

Tötung eines äußerst brutalen Familientyrannen

Relevante Normen: §§ 212, 211, 32, 34, 35 StGB¹

Copyright by Rolf Schmidt – Juli 2003

Jüngst hatte der BGH in Strafsachen (1 StR 483/02 v. 25.3.2003) über die Frage zu entscheiden, ob die Tötung eines äußerst brutalen Familientyrannen eine Bestrafung wegen Mordes nach sich zieht oder ob die Tat entschuldigt sein kann.

Da die Entscheidung sämtliche Probleme der gebotenen restriktiven Auslegung des Mordtatbestands, der Rechtsfolgenlösung, der Gegenwärtigkeit eines Angriffs i.S.v. § 32, der Güterabwägung i.S.v. § 34 und der Notstandslage i.S.v. § 35 vereint, liegt die Prüfungsrelevanz dieser Entscheidung auf der Hand.

Um die Entscheidung systematisch nachzuvollziehen, stellt der folgende Beitrag die Problematik der lebenslangen Freiheitsstrafe in seiner Gesamtheit dar und berücksichtigt dabei die genannte Rechtsprechung des BGH.

Mord (§ 211)

I. Problematik der lebenslangen Freiheitsstrafe

Mord ist die besonders verwerfliche Tötung eines *anderen* Menschen unter Verwirklichung eines oder mehrerer der in § 211 II genannten Mordmerkmale. Sie ist, ohne daß minder schwere Fälle vorgesehen wären (§ 213 bezieht sich nur auf § 212), mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht. Zur Restaussetzung lebenslanger Freiheitsstrafe vgl. § 57a. Mord verjährt nicht, § 78 II.

Ogleich Mord gesetzssystematisch vorangestellt ist, handelt es sich nach dem herrschenden Schrifttum² bei § 211 weder um den Grundtatbestand der übrigen Tötungsdelikte noch um einen diesen gegenüber selbständigen Tatbestand. Vielmehr sei Mord als Qualifikation des als Grundtatbestand zu verstehenden Totschlags zu verstehen. Demgegenüber geht die Rechtsprechung bei § 211 von einem selbständigen Delikt aus.

Weiterhin wird die systematische Stellung der Mordmerkmale innerhalb der Verbrechensstufen des § 211 kontrovers diskutiert. Die in Abs. 2 aufgeführten Mordmerkmale lassen sich in drei Gruppen unterteilen:

- ⇒ Die Gruppe 1 enthält in vier Varianten besonders verwerfliche Beweggründe (**Motive**), also **täterbezogene** Merkmale: Tötung aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder aus sonst niedrigen Beweggründen.
- ⇒ Die Gruppe 2 enthält in drei Varianten besonders verwerfliche **Begehungsweisen**, also **tatbezogene** Merkmale: heimtückische Tötung, grausame Tötung und Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln.
- ⇒ Die Gruppe 3 enthält in zwei Varianten besondere **Absichten**, also wiederum **täterbezogene** Merkmale: Tötung, um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wie noch zu sehen sein wird, sind die Mordmerkmale der 2. Gruppe aufgrund ihrer Tatbezogenheit objektiv *und* subjektiv und die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe aufgrund der Beschreibung von Motiv- bzw. Absichtsmerkmalen ausschließlich subjektiv zu prüfen. Auch wird im folgenden noch darzulegen sein, daß die Merkmale der 2. Gruppe unstreitig Tatbestands-

¹ Soweit nicht anders gekennzeichnet, beziehen sich alle Gesetzesangaben auf das StGB.

² Siehe *Schmidt/Priebe*, Strafrecht BT I, 2. Aufl. **2003** (ab Aug 2003), S. 1, vgl. aber auch S. 41 ff.

merkmale sind und daß die Merkmale der 1. und der 3. Gruppe lediglich herrschend als Tatbestandsmerkmale³, teilweise aber auch als Schuldelemente⁴ interpretiert werden. Aus Gründen der Rechtsklarheit und Überschaubarkeit bei der Rechtsanwendung sollte man aber *alle* Mordmerkmale als Tatbestandsmerkmale behandeln mit der Folge, daß sich die Prüfung der Mordmerkmale ausschließlich als Tatbestandsprüfung, nicht jedoch als Schulprüfung darstellt. Das hat vor allem Auswirkungen im Irrtumsbereich (je nach Einordnung greift § 16 oder § 17). Konsequenzen ergeben sich aber auch im Teilnahmebereich, denn § 28 gilt nur für Tatbestandsmerkmale. Betrachtet man die subjektiven Mordmerkmale dagegen als spezielle Schuldmerkmale, so greift nicht § 28, sondern § 29.

Der vorstehende Katalog ist jedenfalls insoweit abschließend, als nur bei positivem Vorliegen von mindestens einem der Mordmerkmale der objektive Tatbestand verwirklicht sein kann. Fraglich ist hingegen, ob Abs. 2 auch in der Weise abschließend ist, daß bei Vorliegen eines seiner Merkmale *zwingend* auf Mord zu erkennen ist. Diese Frage stellt sich vor allem dann, wenn die durch ein Mordmerkmal erschwerte Tötung gleichzeitig durch unrechtmildernde Umstände relativiert wird, so beispielsweise bei der Mitleidstötung.

Beispiel: Die 88jährige O ist hoffnungslos an Krebs erkrankt und leidet unter schweren Schmerzen. Sie hat bereits mehrmals definitiv den Wunsch geäußert, endlich würdevoll sterben zu wollen, aber nie jemanden konkret um Sterbehilfe gebeten. Eines Nachts, während sie schläft, befreit sie ihr Sohn T von den Qualen, indem er ihr ein tödlich wirkendes Gift injiziert. Hier kommt für T eine Strafbarkeit aus § 211 I, II, 5. Alt. (Heimtücke) mit der Folge einer lebenslangen Freiheitsstrafe in Betracht.

Daß in solchen Situationen die Möglichkeit bestehen muß, der Konsequenz der sonst unumgänglichen lebenslangen Freiheitsstrafe zu entgehen, wird allgemein gefordert. Auch das **BVerfG** hebt zu Recht hervor, daß **jede Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zur Schuld des Täters stehen muß** (BVerfGE 45, 187, 227 ff.) Daraus folgt, daß die **Tatbestandsmerkmale** des § 211 II **restriktiv** auszulegen sind. Denn nur so kann die Verfassungsmäßigkeit des § 211 erreicht und sichergestellt werden, daß die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe auf die in § 211 II beschriebenen besonders verwerflichen Fälle beschränkt bleibt. Offen ist dagegen nach wie vor, auf welche Weise den Vorgaben des BVerfG Rechnung zu tragen ist. Denkbar ist eine Korrektur auf Tatbestandsseite, aber auch auf der Rechtsfolgesseite.

- ⇒ Ein Teil der **Literatur** erreicht trotz Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals i.S.d. § 211 II die gebotene restriktive Auslegung der Mordmerkmale über eine *Verneinung der den Mord kennzeichnenden besonderen Verwerflichkeit* - **negative Typenkorrektur**. Mord setze zwar immer voraus, daß eines der in § 211 II genannten Merkmale verwirklicht ist, die dort beschriebenen Mordmerkmale hätten jedoch nur eine **Indizwirkung**. Der Mordvorwurf könne daher bei allen Mordmerkmalen wieder **entfallen, wenn die Tötung aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters und der Tatumstände ausnahmsweise nicht als besonders verwerflich** erscheine.⁵
- ⇒ Das Spiegelbild bildet die Lehre von der **positiven Typenkorrektur**. Diese geht davon aus, daß die Erfüllung eines Mordmerkmals zwar eine notwendige, nicht aber eine hinrei-

³ BGHSt **1**, 368, 370 f.; BGH NSTZ-RR **2002**, 139; BGH NJW **2002**, 3559, 3560; *Detter*, NSTZ **2003**, 133; SK-*Horn*, § 211 Rn 3; LK-*Jähnke*, Vor § 211 Rn 46-49; *Baier*, JA **2002**, 925, 926 f.

⁴ So *Wessels/Beulke*, AT, Rn 422 u. 559. Näher *Jescheck/Weigend*, AT, § 42 I 2, II 3a; Sch/Sch-*Lenckner*, Vorbem §§ 13 ff Rn 122. Vgl. auch *Grunst*, Jura **2002**, 252, 253.

⁵ Vgl. SK-*Horn*, § 211 Rn 6; Sch/Sch-*Eser*, § 211 Rn 10; *Saliger*, ZStW **109**, 302, 329.

chende Voraussetzung für die Bejahung des Mordes ist. Das Urteil müsse sich vielmehr aufgrund einer *Gesamtwürdigung* von Täter und Tat durch eine im Verhältnis zum Totschlag **erheblich gesteigerte Verwerflichkeit** begründen lassen.

Kritik: Die Typenkorrekturen mögen zwar zu gerechteren Entscheidungen führen, verlangen dafür aber als Preis einen Verlust an Rechtssicherheit⁶. Die generalklauselartige Weite des Kriteriums „besondere Verwerflichkeit“ im Tatbestand ist im Hinblick auf das verfassungsrechtlich verankerte Bestimmtheitsgebot (Art. 103 II GG) inakzeptabel. Darüber hinaus sprechen keine Anhaltspunkte dafür, daß der enumerativen Aufzählung des § 211 II lediglich eine Indizwirkung zukommen soll. Im Gegenteil ist im Gesetz eine **abschließende Regelung** des Mordtatbestands beabsichtigt.⁷ Die Typenkorrekturen sind daher mit dem Wortlaut des § 211 kaum vereinbar und somit abzulehnen.

⇒ Daher werden die Typenkorrekturen vom überwiegenden Schrifttum auch abgelehnt. Eine im Hinblick auf Schwere und Verwerflichkeit der Tat möglicherweise erforderliche **restriktive Auslegung** habe vielmehr bei den **einzelnen Mordmerkmalen** anzusetzen.⁸

⇒ Die **Rspr. des BGH** trägt demgegenüber seit einer zwar auf Heimtücke beschränkten, aber durchaus verallgemeinerungsfähigen Grundsatzentscheidung des *Großen Senats* in Strafsachen⁹ den Vorgaben des BVerfG dadurch Rechnung, daß sie zwar von einem **tatbestandlich abschließenden Charakter der Mordmerkmale** ausgeht (die vom Gesetz als besonders verwerflich umschriebenen Merkmale ließen - zumindest auf der Tatbestandsebene - keinen Raum für eine Korrektur durch eine richterliche Gesamtwürdigung der Tat als ausnahmsweise nicht verwerflich), bei Vorliegen von *außergewöhnlichen Umständen, die im konkreten Mordfall eine Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen lassen*, aber auf der Ebene der **Strafzumessung** von einer lebenslangen Freiheitsstrafe absieht, indem sie den **Strafrahmen des § 49 I Nr. 1** anwendet (sog. **Rechtsfolgenlösung**: Zeitstrafe statt lebenslange Freiheitsstrafe).

Beispiele für solche außergewöhnliche Umstände sind: unverschuldete und notstandsähnliche, anders als durch Tötung ausweglos erscheinende Situationen. Auch tiefes Mitleid, schwere Provokationen oder vom Opfer verursachte, ständig neu angefachte, zermürbende Konflikte oder schwere Kränkungen des Täters durch das Opfer, die dazu führen, daß das heimtückische Handeln für den Täter „unausweichlich“ ist, sind anerkannt. Hierunter fällt auch der noch zu behandelnde Fall „Familientyrann“.

Die Annahme von außergewöhnlichen Umständen i.S.e. Strafzumessungslösung (Rechtsfolgenlösung) könne aber lediglich *ultima ratio* sein. Bevor der Tatrichter also auf die Rechtsfolgenlösung (Strafzumessungslösung) zurückgreift, müsse er zuvor die Tatbestandsvoraussetzungen (z.B. Heimtücke) besonders sorgfältig prüfen und **restriktiv auslegen**. So setze das Mordmerkmal *Heimtücke* eine „feindliche Willensrichtung“ des Täters gegenüber dem Opfer voraus.¹⁰ Für das Mordmerkmal *Grausamkeit* fordert sie eine „gefühllose, unbarmherzige Gesinnung“. Sodann seien alle in Betracht kommenden **Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe** (insbesondere entschuldigender Notstand gem. § 35) erschöpfend abzuhandeln.¹¹ Schließlich habe sich der Tatrichter mit den gesetzlichen **Schuld minderungsgründen** eingehend auseinanderzusetzen, bevor er sich entschließt, außergewöhnliche Umstände im Sinne der Auffassung des *Großen Senats* anzunehmen.¹²

⁶ Vgl. *Tröndle/Fischer*, § 211 Rn 3.

⁷ *Mitsch*, JuS **1996**, 121, 122.

⁸ *Lackner/Kühl*, Vor § 211 Rn 19; *Wessels/Hettinger*, BT/1 Rn 133.

⁹ BGH GSSt **30**, 105, 120 ff. Vgl. nun auch BGH v. 25.3.2003 – 1 StR 483/02.

¹⁰ Vgl. zuletzt BGH NJW **2003**, 1955, 1956 ff.

¹¹ Vgl. auch hier zuletzt BGH NJW **2003**, 1955, 1956 ff. und BGH v. 25.3.2003 – 1 StR 483/02.

¹² BGH JZ **1983**, 967.

Kritik: Auch der Rechtsfolgenlösung des BGH fehlt letztlich die feste Verankerung im geltenden Recht. Zwar erkennt der *Große Senat* dieses Defizit, ein generalklauselartiges Kriterium sei aber auf der Rechtsfolgenseite auch bei Tötungsdelikten unbedenklich, was in § 212 II und in § 213 Alt. 2 bestätigt werde. Im Wege der „richterlichen Rechtsschöpfung“ - die er selbst für verfassungskonform hält¹³ - schlägt er deshalb vor, eine Strafrahmenmilderung nach § 49 I Nr. 1 vorzunehmen, wenn außergewöhnliche Umstände vorlägen, welche die lebenslange Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheinen ließen.¹⁴ Dieser Rechtsfortwirkungsgedanke, mit dem der *Große Senat* seine Rechtsfolgenlösung zum Bestandteil des geltenden Rechts erklärt, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht äußerst bedenklich: § 49 I Nr. 1 setzt eine ausdrückliche Verweisung aus einer Milderungsvorschrift voraus, wie sie z.B. in § 13 II oder § 17 S. 2 enthalten ist. Eine Milderungsvorschrift, die an „außergewöhnliche Mordumstände“ anknüpft, existiert im geltenden Recht aber nicht. Für eine täterbegünstigende - und daher nicht gegen Art. 103 II GG verstoßende Rechts- oder Gesetzesanalogie bestehen keine Anhaltspunkte. Der *Große Senat* erwähnt diese Methode der Entfaltung geltenden Rechts auch nicht. Statt dessen setzt er neues Recht. Die Setzung neuen Rechts ist nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung aber ausschließlich Aufgabe des parlamentarischen Gesetzgebers. Die Rechtsprechung dagegen ist an „Gesetz und Recht“ gebunden (Art. 20 III GG). Hält ein Gericht ein Gesetz für verfassungswidrig, bleibt ihm der Weg über Art. 100 I GG zum BVerfG. Fachgerichte einschließlich ihrer *Großen Senate* haben nicht die Befugnis, legislative Befugnisse an sich zu ziehen und dem verfassungsmäßigen Gesetzgebungsverfahren vorzugreifen. Aus diesem Grund wird der Vorschlag des *Großen Senats* teilweise für verfassungswidrig gehalten.¹⁵ Sowohl die Lehre von der Typenkorrektur als auch die Rechtsfolgenlösung des BGH vermögen daher keine befriedigende Lösung herbeizuführen.

Nach der hier vertretenen Auffassung muß daher weiterhin versucht werden, durch **restruktive** und methodologisch einwandfreie **Auslegung der Mordmerkmale** den Tatbestand zu verneinen, wenn die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe im Einzelfall unverhältnismäßig wäre. In diese Richtung geht auch ein neueres, zum Mordmerkmal **Habgier** ergangenes Judikat des BGH, in dem das Gericht klarstellt, daß die lebenslange Freiheitsstrafe sich nicht mit Hilfe außergewöhnlicher Umstände i.S.d. *Großen Senats* in eine zeitige Freiheitsstrafe umwandeln lasse, weil jenes Merkmal ohnehin eng auszulegen sei.¹⁶ Auf jeden Fall ist eine Rechtssicherheit nicht gewährleistet. Nach fast einhelliger Auffassung sind die Tötungsdelikte daher **reformbedürftig**.¹⁷ Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber im Zuge des 6. StrRG nicht veranlaßt gesehen, an der (unbefriedigenden) Rechtslage etwas zu ändern. Ob der gegenwärtige 15. Deutsche Bundestag in seiner verbleibenden Legislaturperiode daran noch etwas ändern wird, bleibt vorerst abzuwarten.

II. Mordmerkmale der 2. Gruppe des § 211 II

Da die Mordmerkmale der 2. Gruppe (heimtückisch, grausam, mit gemeingefährlichen Mitteln) eine bestimmte Art und Weise der Tatbegehung und damit einen bestimmten **Verhaltensunwert des Tatgeschehens** näher kennzeichnen, den der Gesetzgeber als besonders verwerflich angesehen hat, werden sie nahezu einhellig als **tatbezogene** Mordmerkmale bezeichnet.¹⁸

¹³ Vgl. BGH GSSt **30**, 105, 121.

¹⁴ Vgl. BGH GSSt **30**, 105, 120.

¹⁵ Vgl. aus der kaum überschaubaren Literatur bspw. *Meurer*, NJW **2000**, 2936, 2938; *Lackner/Kühl*, Vor § 211 Rn 20; *Küper*, JuS **2000**, 740, 746; *Saliger*, ZStW **109**, 302, 330; *Tröndle/Fischer*, § 211 Rn 46.

¹⁶ Vgl. BGHSt **42**, 301, 304 mit Bespr. v. *Schöch*, NStZ **1997**, 409 und *Dölling*, JR **1998**, 160.

¹⁷ Vgl. nur *Freund*, JuS **2002**, 640 ff.

¹⁸ Vgl. nur BGH, 25.10.2000 – 2 StR 313/00; *Altwater*, NStZ **2003**, 21, 22; **2002**, 20, 22.

Somit wird klar, daß es sich bei den genannten Mordmerkmalen nicht um besondere persönliche Merkmale handeln kann. § 28 ist daher von vornherein nicht anwendbar, so daß eine Akzessorietätslockerung nicht in Betracht kommt.

Darüber hinaus müssen diese Tatbestandsmerkmale (wie alle objektiven Tatbestandsmerkmale) von einem entsprechenden Vorsatz umfaßt sein. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte genügt *dolus eventualis*.

Demnach muß diese Gruppe sowohl **objektiv als auch subjektiv geprüft werden** (s.o.). Von **besonderer Relevanz** ist das Mordmerkmal der **Heimtücke**, weil dieses Merkmal hinsichtlich der gebotenen restriktiven Handhabung für die Berücksichtigung entlastender Motive wenig Raum läßt.

a. Heimtücke (§ 211 II 5. Alt.)

Dieses Mordmerkmal ist dadurch gekennzeichnet, daß der Täter dem Opfer in besonders niederträchtiger Weise seinen Schutz und seine Chance raubt, den Angriff auf sein Leben erfolgreich abzuwehren. Da aber auf der anderen Seite der Mordtatbestand wegen der mit ihm verbundenen lebenslangen Freiheitsstrafe von Verfassungen wegen restriktiv auszulegen ist und diese Auslegung auf unterschiedliche Weise vorgenommen wird, leuchtet es ein, daß eine allgemein gültige Definition der Heimtücke nicht besteht. Grundelemente dieses Mordmerkmals (und daher in einer Fallbearbeitung zuerst zu prüfen) sind die *Arglosigkeit* und die darauf beruhende *Wehrlosigkeit* des Opfers.

Nach allgemeiner Auffassung bedeutet Heimtücke das **bewußte Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit** des Opfers.¹⁹ **Arglos** ist, wer sich bei Beginn der (ersten) mit Tötungsvorsatz geführten Angriffshandlung keines Angriffes von Seiten des Täters versieht.²⁰

Anders ausgedrückt ist derjenige arglos, der im Zeitpunkt des Angriffes die allgemeine Erwartung hegt, ihm werde von Seiten des Angreifers nichts Arges zustoßen.

- ⇒ Ein **Besinnungsloser** kann demnach nicht arglos sein (diesem fehlt im maßgeblichen Zeitpunkt gerade das Bewußtsein, um irgendwelche Erwartungen hegen zu können).²¹

Das Opfer muß grundsätzlich im **Zeitpunkt des Angriffs** (d.h. bei Eintritt der Tat in das Versuchsstadium) arglos gewesen sein.²²

- ⇒ Daher kann das Opfer auch arglos sein, wenn der Täter ihm zwar offen **feindselig entgegentritt**, es aber die drohende Gefahr **erst im letzten Augenblick erkennt**.²³
- ⇒ Auch wenn der Getötete die ihm drohende Gefahr erkannte, bevor der Täter unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzte, ist das Mordmerkmal der Heimtücke

¹⁹ BGH NSTz **2003**, 146, 147; BGH NJW **2003**, 1955, 1956 ff.; BGH, 29.1.2003 – 1 StR 519/02; BGH, 25.3.2003 – 1 StR 483/02; BGH NSTz **2002**, 368 und 540; BGH, 17.8.2001 – 2 StR 159/01; BGHSt **39**, 353, 368; Sch/Sch-Eser, § 211 Rn 22; *Altwater*, NSTz **2003**, 21, 22; **2002**, 20, 22.

²⁰ BGH NSTz **2003**, 146, 147; BGH NJW **2003**, 1955, 1956 ff.; BGH, 29.1.2003 – 1 StR 519/02; BGH, 17.8.2001 – 2 StR 159/01; BGHSt **39**, 353, 368; **41**, 72, 79; BGH NSTz **2001**, 86, 87; *Krahl*, JuS **2003**, 57, 59; *Altwater*, NSTz **2003**, 21, 22; **2002**, 20, 22.

²¹ BGH StV **1998**, 545; *Wessels/Hettinger*, BT/1 Rn 120; anders *Krey*, BT/1 Rn 45.

²² BGH NJW **2003**, 1955, 1956 ff.; BGH, Urteil v. 17.8.2001 – 2 StR 159/01; BGHSt **32**, 382, 384; BGH NSTz **1999**, 506, 507 (mit Bespr. v. *Jahn/Risberg*, JA **2000**, 272); BGH NSTz-RR **1999**, 101, und 234 (mit krit. Bespr. v. *Bosch/Schindler*, Jura **2000**, 78) sowie BGH NSTz-RR **2001**, 14; *Küper*, JuS **2000**, 740, 742.

²³ BGH NSTz **2003**, 146, 147; vgl. auch *Altwater*, NSTz **2003**, 21, 23.

grundsätzlich nicht gegeben. Lediglich wenn die Zeitspanne so kurz gewesen ist, daß dem Opfer **keine Zeit zur Reaktion** blieb, ist Heimtücke anzunehmen.²⁴

- ⇒ Heimtücke kann auch dann angenommen werden, wenn die Tat **von langer Hand geplant** und vorbereitet war oder wenn der Täter das Opfer **in einen Hinterhalt gelockt** hat. Hier soll es aufgrund der Schaffung einer günstigen Gelegenheit nicht mehr darauf ankommen, ob das Opfer bereits vor der Angriffshandlung Argwohn entwickelt hat.²⁵
- ⇒ Eine weitere Besonderheit hinsichtlich der Zeitregel besteht beim Angriff auf **Schlafende**. Zwar kann jemand, der schläft, keinen Argwohn entwickeln. Hat sich der Schlafende aber arglos in den Schlaf gelegt, er sich also beim Schlafengehen dem Vertrauen überlassen, ihm werde nichts geschehen, ist Arglosigkeit zu bejahen. Man sagt, der Schlafende habe die Arglosigkeit „**mit in den Schlaf genommen**“.²⁶ Zur Tötung eines schlafenden **Familientyrannen** vgl. unten S. 9 ff.

Das Opfer muß aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos sein. Eine Wehrlosigkeit, die unabhängig von der Arglosigkeit besteht, ist insoweit nicht ausreichend.²⁷ Allgemein anerkannt ist folgende Definition:

Wehrlos ist, wer bei Beginn des Angriffs infolge seiner Arglosigkeit in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und -fähigkeit erheblich eingeschränkt ist.²⁸

An diesem **Kausalzusammenhang** fehlt es, wenn das Heimtückeopfer über effektive Abwehrmittel verfügt, es z.B. fliehen oder Hilfe herbeirufen könnte.²⁹

Subjektiv fordert Heimtücke die „**bewußte Ausnutzung**“ der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit. Hierfür genügt es nicht, daß der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers nur in äußerer Hinsicht wahrnimmt. Dieses *finale Element* ist vielmehr erst dann gegeben, wenn der Täter die auf Arglosigkeit beruhende Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen erkennt und sie sich zur Ausführung der Tat ganz bewußt zunutze macht.³⁰ Für die Fallbearbeitung bietet sich folgende Kurzform an:

In **subjektiver Hinsicht** verlangt die Heimtücke, daß der Täter die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit für die hilflose Lage erkennt und sich die hilflose Lage ganz bewußt zunutze macht.³¹

Verneint hat der BGH die Kenntnis des Täters bezüglich der Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit und damit deren Ausnutzen, wenn der Täter hochgradig erregt ist und sich in einem psychischen Ausnahmezustand befindet.³²

²⁴ Vgl. dazu BGHSt 7, 218; 28, 210; 39, 353, 369.

²⁵ Vgl. BGHSt 22, 77, 79; 32, 382, 384.

²⁶ BGHSt 23, 119, 121; 32, 382, 386; BGH StV 2001, 666, 667; BGH, 8.8.2001 – 3 StR 162/01; BGH, 29.1.2003 – 1 StR 519/02; BGH, 25.3.2003 – 1 StR 483/02; *Altwater*, NSTz 2002, 20, 22. Kritisch zur Unterscheidung von Bewußtlosen und Schlafenden *Bosch/Schindler*, Jura 2000, 77, 79; *Küper*, JuS 2000, 740, 744; siehe auch *Fahl*, Jura 1998, 456, 457.

²⁷ Vgl. BGHSt 39, 353, 369; *Küper*, JuS 2000, 740, 741.

²⁸ BGH, 15.3.2003 – 1 StR 483/02; BGH NSTz 1997, 490; *Lackner/Kühl*, § 211 Rn 8; *Krahl*, JuS 2003, 57, 59; *Küper*, JuS 2000, 740, 741.

²⁹ Sch/Sch-Eser, § 211 Rn 24a.

³⁰ BGHSt 22, 77, 80; 39, 353, 369; BGH NSTz-RR 2001, 14; *Lackner/Kühl*, § 211 Rn 9; Sch/Sch-Eser, § 211 Rn 25.

³¹ BGH NJW 2003, 1955, 1956 ff.; BGH, 29.1.2003 – 1 StR 519/02; BGH, 17.8.2001 – 2 StR 159/01; *Altwater*, NSTz 2002, 20, 22.

³² Vgl. BGH StV 2000, 74, 75.

Fraglich ist, ob im Hinblick auf das Postulat des BVerfG, den Tatbestand des Mordes **restriktiv auszulegen**, allein das Vorliegen der bewußten Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit für die Bejahung des Mordmerkmals der Heimtücke ausreicht. Denn würden die vorgenannten Kriterien genügen, wären etwa ein niederträchtiger Anschlag aus dem Hinterhalt und die Tötung aus verständlichen Motiven oder aus menschlich begreifbarer Konfliktlage („Mitleidstötung“) hinsichtlich des Schuldspruchs und der Rechtsfolge (lebenslange Freiheitsstrafe!) völlig gleich zu behandeln.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Prüfung wird demnach mit dem kleinsten gemeinsamen Nenner begonnen, also mit den Voraussetzungen, die von allen Ansichten gefordert werden. Das ist das „bewußte Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers“. Nur wenn der Fall dadurch noch nicht gelöst werden kann, wenn also der Täter hiernach zu bestrafen wäre, muß unter erneuter Obersatzbildung auf die von den verschiedenen Ansichten zusätzlich geforderten Voraussetzungen (siehe sogleich) eingegangen werden. Die Gesamtprüfung wird also durch die verschiedenen Stufen „verfeinert“.

- ⇒ Die **Rechtsprechung** wird dem Postulat des BVerfG zunächst dadurch gerecht, daß sie das Heimtückemerkmal um eine zusätzliche subjektive Komponente erweitert, damit Fälle, in denen der Täter etwa „**zum vermeintlich Besten des Opfers**“³³ handelt, als verwerlichkeitsmindernde Gesinnungsaspekte in die Rechtsanwendung einbezogen werden können. Sie verlangt, daß die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit in „**feindlicher Willensrichtung**“ erfolgt sein muß.³⁴

Stellungnahme: Mit dieser Rechtsprechung fallen zunächst nur **echte Mitleidstötungen** aus § 211 heraus, bei denen der Täter dem Opfer etwa Not, Schande oder schweres Leid ersparen möchte. Dasselbe galt nach zwischenzeitlicher Rspr. des BGH für den **Mitnahmesuizidversuch** (z.B. Selbstmordversuch unter Mitnahme von Familienangehörigen, etwa um diesen ein Leben ohne den Suizidenten zu „ersparen“).³⁵ Aber auch in diesen Fällen macht sich der wohlmeinende Tötende nun einmal die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers zunutze, um sein Ziel zu erreichen. Denn in dem Augenblick, in dem er seinem Opfer gegenübertritt, steht er ihm gerade in feindseliger Weise gegenüber. Dieses einschränkende Kriterium wird heute daher selbst vom BGH zu Recht wegen zu großer Unbestimmtheit nur noch als Durchgangsstadium zu weiteren Einschränkungen (siehe sogleich) angesehen.³⁶

- ⇒ Vor diesem Hintergrund wird in der **Literatur** die Restriktion des Heimtückebegriffs durch eine Einbeziehung weiterer verwerlichkeitsrelevanter Gesichtspunkte gefordert.
- ⇒ Den weitreichendsten Lösungsvorschlag vertritt die Lehre von der **negativen Typenkorrektur** (s.o.), wonach versucht wird, über eine restriktive Auslegung der Mordmerkmale hinaus im Wege einer umfassenden *Gesamtwürdigung der Tat* die Tötung ausnahmsweise als nicht besonders verwerlich einzustufen.

Hinweis für die Fallbearbeitung: An dieser Stelle der Klausur wird die erste Weichenstellung vorzunehmen sein. Die Kritik an der Typenkorrektur - vor allem wegen der Unvereinbarkeit mit dem Wortlaut des § 211 und der Rechtsunsi-

³³ Vgl. BGHSt 30, 105, 119; BGH StV 2001, 666, 667.

³⁴ Vgl. nur BGH NSTZ 2001, 86; NSTZ-RR 2001, 14 (jeweils zurückgehend auf BGHSt GS 9, 385); BGH StV 2001, 666, 667; BGH, 25.3.2003 – 1 StR 483/02.

³⁵ Vgl. BGH NSTZ 1995, 230 mit Bespr. v. Winckler/Förster, NSTZ 1996, 32.

³⁶ Unter Berücksichtigung des Opferwillens daher zu Recht ablehnend bzw. einschränkend BGH, 29.1.2003 – 1 StR 519/02; BGH NSTZ-RR 2000, 327 (mit Bespr. v. Baier, JA 2001, 97). Vgl. auch Altwater, NSTZ 2002, 20, 22; Sch/Sch-Eser, § 211 Rn 25a.

cherheit - wurde bereits dargelegt (S. 1 ff.). Wer der Lehre von der Typenkorrektur dennoch folgen möchte und darüber hinaus zum Ergebnis kommt, daß durch sie der Tatbestand nicht erfüllt ist, muß aber beachten, daß er dann nicht mehr auf die Probleme, die mit der Strafzumessungslösung des BGH verbunden sind, eingehen kann. Unter Umständen verschenkt man dadurch wertvolle Punkte (vgl. in diesem Sinne auch den Abschlußfall auf S. 9 f.).

- ⇒ Weiterhin wird zur Restriktion des Heimtückebegriffs das Kriterium des „**besonders verwerflichen Vertrauensbruchs**“ gefordert. Danach ist Kern des Heimtückemerkmals der bewußte Mißbrauch von Vertrauen, das dem Täter von dem Opfer in der Tatsituation entgegengebracht wird.³⁷

Stellungnahme: In der Tat mag das Erfordernis eines verwerflichen Vertrauensbruchs zu einer weitgehenden Beschränkung des Heimtückemerkmals führen. Es ist aber keineswegs klar, was unter „Vertrauen“ und „Mißbrauch“ desselben zu verstehen ist.³⁸ Die Unklarheit wird vor allem dann deutlich, wenn das Opfer mit dem Täter zuvor in keiner Beziehung gestanden hat, dem Täter also auch kein Vertrauen entgegen bringen konnte, wie dies typischerweise beim „Meuchelmord“³⁹ der Fall ist. Konsequenterweise müßte dann der Heimtücketatbestand verneint werden, was auch vor dem Hintergrund des Gebots der restriktiven Handhabung des § 211 nicht überzeugen kann.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wird der Auffassung des BGH gefolgt und werden nach dieser Prüfung die Kriterien, die nach dem BGH zur Annahme des Mordmerkmals der Heimtücke führen würden, vom Täter verwirklicht, muß, wenn die Tat im übrigen rechtswidrig und schuldhaft begangen wurde, auf die sog. **Rechtsfolgenlösung des BGH** eingegangen werden (vgl. dazu den Abschlußfall auf S. 9 f.).

- ⇒ Soweit auf der Tatbestandsseite keine befriedigende Lösung erzielt werden kann, und auch **Rechtfertigungs- bzw. Schuldaußschließungsgründe** nicht greifen, sieht die **Rechtsprechung des BGH** auf der Ebene der **Strafzumessung** (Prüfungsstandort: nach der Schuld) im Einzelfall von einer lebenslangen Freiheitsstrafe ab, indem sie den **Strafrahmen des § 49 I Nr. 1** anwendet (sog. **Rechtsfolgenlösung**).

Stellungnahme: Auch der Rechtsfolgenlösung des BGH fehlt letztlich die feste Verankerung im geltenden Recht (zu den Argumenten siehe oben S. 16 f.). Daher muß weiterhin versucht werden, durch **restriktive** und methodologisch einwandfreie **Auslegung der Mordmerkmale** den Tatbestand zu verneinen, wenn die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe im Einzelfall unverhältnismäßig wäre.

³⁷ Vgl. *Krahl*, JuS 2003, 57, 59.

³⁸ Hinsichtlich des Mißbrauchs von Vertrauen wird eine unüberschaubare Zahl von Varianten angeboten. Diese reichen von „Mißbrauch sozialpositiver Verhaltensmuster“ über „menschenverachtende Gesinnung“, „tückisch-verschlagenem“ oder „heimlich verschlagenem Vorgehen“ bis hin zum „hinterhältigen Verhalten“. Mithin gewinnt man den Eindruck, jeder Autor wolle der Problematik seine eigene Note geben. Vgl. zu den einzelnen Nachweisen z.B. Sch/Sch-*Eser*, § 211 Rn 26.

³⁹ Vgl. etwa den Heckenschützen oder die Tötung durch eine ferngezündete Bombe.

Zusammenfassung zur Heimtückeprüfung

- ⇒ Grundvoraussetzung für die Bejahung der Heimtücke ist das **bewußte Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers**.
- ⇒ Wenn der Täter wegen Erfüllung dieses Kriteriums aus § 211 zu verurteilen wäre, muß wegen des Gebots der restriktiven Auslegung des § 211 auf weitere, einschränkende Kriterien eingegangen werden.
- ⇒ Von der Rechtsprechung des BGH entwickelt und auch von der Literatur anerkannt ist das ergänzende Erfordernis des Ausnutzens der Arg- und Wehrlosigkeit **„in feindlicher Willensrichtung“**. Danach liegt Heimtücke trotz Ausnutzens der Arg- und Wehrlosigkeit nicht vor, wenn der Täter in einer schwerwiegenden seelischen Konfliktlage zum vermeintlich Besten des Opfers zu handeln glaubt (z.B. die Ersparung eines qualvollen Dahinvegetierens). Dieser Weg stößt aber, wie aufgezeigt, auf Grenzen.
- ⇒ Die Literatur erblickt in dem Erfordernis der „feindlichen Willensrichtung“ zwar ein notwendiges, nicht aber ein hinreichendes Kriterium. Teilweise wird versucht, über die **Typenkorrektur** (im positiven wie negativen Sinne, s.o.) eine restriktive Auslegung der Mordmerkmale herbeizuführen. Danach soll im Wege einer umfassenden *Gesamtwürdigung der Tat* die Tötung ausnahmsweise als nicht besonders verwerflich einzustufen sein. Doch diese Auslegung ist mit dem Wortlaut des § 211 kaum vereinbar.
- ⇒ Der überwiegende Teil der Literatur stellt daher nicht auf die Typenkorrektur ab, sondern fordert neben der „feindlichen Willensrichtung“ einen **„besonders verwerflichen Vertrauensbruch“** zwischen Täter und Opfer. Dieses Erfordernis mag in der Tat zu einer weitgehenden Beschränkung des Mordtatbestands auf besonders tückische Verhaltensweisen führen, der Begriff „Vertrauen“ ist aber kaum präzisierbar, da er keine festen Konturen aufweist. Vor allem aber führt diese Einschränkung zu unsachgerechten Ergebnissen. Die Tötung fremder Menschen könnte in Ermangelung eines Vertrauensverhältnisses zwischen Täter und Opfer niemals den Mordtatbestand wegen Heimtücke erfüllen. Damit wäre gerade der klassische „Meuchelmörder“ ausgenommen, was auch vor dem Hintergrund des Gebots einer restriktiven Interpretation nicht überzeugen kann.

Wird aus diesem Grund das zusätzliche Erfordernis des besonders verwerflichen Vertrauensbruchs abgelehnt oder begeht der Täter bei Anerkennung dieses Erfordernisses einen solchen Vertrauensbruch, muß im Anschluß an die Schuldfeststellung auf die sog. **Rechtsfolgenlösung** eingegangen werden. Sie bejaht bei Vorliegen der bewußten Ausnutzung von Arg- und Wehrlosigkeit das Mordmerkmal Heimtücke im Tatbestand und berücksichtigt besondere Umstände (etwa die Tötung aus Mitleid oder Provokation, die nicht als verwerflich anzusehen sind) bei der Strafzumessung. Danach tritt eine Zeitstrafe an die Stelle der sonst festgesetzten lebenslangen Freiheitsstrafe.

b. Abschlußfall⁴⁰:

Sachverhalt: T, „Präsident“ mehrerer gewälttätiger Rockergruppen und Inhaber einer Gaststätte, mißhandelte über Jahre hinweg seine Frau F und seine beiden Töchter. Wann immer er meinte, F habe etwas falsch gemacht, versetzte er ihr einen Faustschlag ins Gesicht. Er titulierte sie regelmäßig als „Schlampe“, „Hure“ oder „Fotze“ und bedachte sie mit Ohrfeigen oder Fußtritten. Schließlich wurden seine Gewalttätigkeiten noch intensiver und häufiger. Es kam vor, daß er seine Frau mit einem Baseballschläger oder sonstigen Gegenständen schlug, die gerade für ihn greifbar waren. Er mißhandelte und demütigte sie auch vor seinen Freunden in seinem Motorradclub: Eines Tages schlug er sie in Anwesenheit der versammelten Vereinsmitglieder, zwang sie vor ihm niederzuknien und ihm nachzusprechen,

⁴⁰ Nach BGH, Urteil v. 25.3.2003 – 1 StR 483/02.

sie sei eine „Schlampe“ und der „letzte Dreck“. F nahm die ständigen Beleidigungen und Körperverletzungen ohne Widerworte oder gar Gegenwehr hin; sie meinte, daß ihr Mann sich sonst noch mehr erzürnen und noch kräftiger zuschlagen würde. Auch die beiden Töchter bekamen jetzt Schläge „ins Genick“, wenn sie sich seiner Auffassung nach aufsässig oder unbotmäßig verhielten.

Durch die fortgesetzten Beleidigungen und Tätlichkeiten geriet F an die Grenzen ihrer psychischen und physischen Belastbarkeit. Körperlich magerte sie immer mehr ab. Als sie in diesem Zustand von T auch noch schwanger wurde, erlitt sie eine Fehlgeburt.

Als T am Tattag gegen 3.30 Uhr nach Hause kam, stritt er erneut mit F. Eine halbe Stunde lang beschimpfte er sie, bespuckte sie und schlug ihr ins Gesicht, so daß sie aus dem Mund blutete. Er versetzte ihr unvermittelt einen so starken Faustschlag in den Magen, daß sie sich vor Schmerz zusammenkrümmte. Er war nun wütend, weil F dabei gegen eine Tür gestoßen war; er hielt ihr vor, daß die Tür hätte beschädigt werden können. Sodann trat T, der nun Springerstiefel trug, mindestens zehnmal auf die schließlich am Boden liegende F ein, kniete sich auf sie und schlug ihr mit den Fäusten ins Gesicht. Schließlich ging er zu Bett, während F wach blieb, weil T ihr befohlen hatte, noch die Wohnung aufzuräumen.

Beim Säubern stieß F auf den von T illegal erworbenen achtschüssigen Revolver „Double Action“ der Marke Animus, Kaliber 22 Magnum, nebst Munition. Diesen verwahrte ihr Mann normalerweise in der Gaststätte, um sich gegen Racheakte verfeindeter Rockergruppen und Überfälle zu schützen.

F hielt ihre Situation für vollkommen ausweglos. Sie sah in ihrer Situation keinen anderen Ausweg, als ihren Mann zu töten, um den Gewalttätigkeiten zu entkommen und ihre eigene sowie die Unversehrtheit ihrer Töchter für die Zukunft zu garantieren. Eine Trennung von ihrem Mann meinte sie auch mit Hilfe staatlicher oder karitativer Einrichtungen nicht bewerkstelligen zu können. Für diesen Fall hatte er ihr wiederholt angedroht, daß er den Töchtern etwas antun würde. Auch sie selbst könne er jederzeit ausfindig machen. Selbst wenn er ins Gefängnis käme, sei sie nicht vor ihm sicher. Er werde schließlich irgendwann „wieder rauskommen“. Überdies könne er auch aus dem Gefängnis heraus seine Freunde aus den Rockergruppen beauftragen, ihr etwas anzutun. Die Angeklagte nahm diese Drohungen ernst. Tatsächlich waren T und die Rockergruppen, denen er angehörte, gerichtsbekannt äußerst gewalttätig.

Nachdem F nach dem Auffinden des Revolvers längere Zeit mit sich gerungen hatte, ob dies die Gelegenheit sei, die von ihr bereits seit einiger Zeit in Aussicht genommene Tat zu begehen, entschloß sie sich, den Schritt zu wagen und ihren Ehemann zu töten. Sie sah darin die „einzige Lösungsmöglichkeit“, um die für sie ruinöse Beziehung zu ihrem Mann zu beenden. Sie betrat das Schlafzimmer und feuerte aus einer Entfernung von rund 60 cm den Inhalt der gesamten Trommel des achtschüssigen Revolvers in Sekundenschnelle auf ihren schlafenden Ehemann ab. Zwei der Geschosse trafen und führten umgehend zu seinem Tod.

Lösungsgesichtspunkte: Hier kommt für F eine Strafbarkeit aus § 211 I, II, 5. Alt. (Heimtücke) mit der Folge einer lebenslangen Freiheitsstrafe in Betracht. Nach allgemeiner Auffassung bedeutet Heimtücke das **bewußte Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit** des Opfers.⁴¹ **Arglos** ist, wer sich bei Beginn der (ersten) mit Tötungsvorsatz geführten Angriffshandlung keines Angriffes von Seiten des Täters versieht.⁴² **Wehrlos** ist, wer bei Beginn des

⁴¹ BGH NSTz **2003**, 146, 147; BGH NJW **2003**, 1955, 1956 ff.; BGH, 29.1.2003 – 1 StR 519/02; BGH, 25.3.2003 – 1 StR 483/02; BGH NSTz **2002**, 368 und 540; BGH, 17.8.2001 – 2 StR 159/01; BGHSt **39**, 353, 368; Sch/Sch-Eser, § 211 Rn 22; *Altwater*, NSTz **2003**, 21, 22; **2002**, 20, 22.

⁴² BGH NSTz **2003**, 146, 147; BGH NJW **2003**, 1955, 1956 ff.; BGH, 29.1.2003 – 1 StR 519/02; BGH, 17.8.2001 – 2 StR 159/01; BGHSt **39**, 353, 368; **41**, 72, 79; BGH NSTz **2001**, 86, 87; *Krahl*, JuS **2003**, 57, 59; *Altwater*, NSTz **2003**, 21, 22; **2002**, 20, 22.

Angriffs infolge seiner Arglosigkeit in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und -fähigkeit erheblich eingeschränkt ist.⁴³

F hat trotz restriktiver Auslegung des Mordtatbestandes das Merkmal der **Heimtücke** (§ 211 II Alt. 5) verwirklicht (hier wäre in der Fallbearbeitung der o.g. Streit darzulegen).

Möglicherweise ist die Tat aber infolge **Notwehr** (§ 32) gerechtfertigt. Dazu müßte im Zeitpunkt der Tat von T ein gegenwärtiger Angriff auf eines der Rechtsgüter der F ausgegangen sein. Vorliegend schlief T jedoch im Zeitpunkt der Tat. Insbesondere stellt eine sog. **Dauergefahr**, d.h. eine Gefahr, bei der der Schaden jederzeit eintreten kann, auch wenn die Möglichkeit offen bleibt, daß der Schadenseintritt noch einige Zeit auf sich warten läßt („der seidene Faden, an dem das Schwert des Damokles hängt, kann jederzeit reißen“), so lange keinen „gegenwärtigen Angriff“ dar, als sie sich nicht akut zuspitzt. Würde man einen alsbald bevorstehenden Angriff als „gegenwärtig“ ansehen, falls sich die Verteidigungschancen durch weiteres Zuwarten erheblich verschlechtern würden, so würde man durch eine derartige „Präventivnotwehr“ den Vorrang staatlicher Hilfe mißachten und auf die für eine Gefahrenabwehr nach § 34 StGB erforderliche Güterabwägung verzichten.⁴⁴ Eine Rechtfertigung durch Notwehr scheidet im Ergebnis daher aus.

Bei Präventivmaßnahmen, die nicht unter § 32 fallen, kommt aber **rechtfertigender Notstand** gem. § 34 in Betracht. Zu beachten ist jedoch, daß § 34 nur dann eingreift, wenn bei einer Güterabwägung das geschützte Interesse (hier das Interesse der F an ihrer körperlichen Unversehrtheit) das verletzte (hier das vernichtete Leben des T) wesentlich überwiegt. Selbst wenn F in einer zugespitzten Situation mit akuter Gefahr für ihr Leben gehandelt hätte, würde das Ergebnis der Abwägung von „Leben gegen Leben“ nicht zugunsten der F ausfallen. Der Umstand, daß sich die Rettungshandlung gegen den Urheber der Gefahr richtet, vermag die Tötung der gefährlichen Person auch nach dem Maßstab eines Defensivnotstands entsprechend § 228 BGB nicht zu rechtfertigen. Die Tötung des T war somit rechtswidrig.

Möglicherweise ist F entschuldigt. In Betracht kommt zunächst **Notwehrexzeß** gem. § 33. Dazu müßte F die Grenzen der Notwehr überschritten haben. Eine Überschreitung der Notwehr (§ 33) aus Furcht kommt in Betracht, wenn man die Vorschrift auf die zeitlichen „Grenzen der Notwehr“ ausdehnt und damit auch den extensiven Notwehrexzeß erfaßt.

- ⇒ Mit durchaus beachtlichen Argumenten versteht eine Mindermeinung⁴⁵ die Formulierung „Überschreitung der Grenzen der Notwehr“ dergestalt, daß auch die **Überschreitung der zeitlichen Grenzen** umfaßt sei – **extensiver Notwehrexzeß**. Hierbei ist wiederum zwischen vorzeitigem und nachzeitigem extensiven Notwehrexzeß zu unterscheiden. Vorzeitiger extensiver Notwehrexzeß liegt vor, wenn der Angriff noch gar nicht begonnen hat. Demgegenüber spricht man von einem nachzeitigem extensiven Notwehrexzeß, wenn der Angriff bereits beendet war.
- ⇒ Die h.M.⁴⁶ beschränkt den Anwendungsbereich des § 33 dagegen auf den Fall, daß der Angegriffene (oder der Nothelfer) **bei einem gegenwärtigen Angriff** über die nach § 32 II **erforderliche Abwehr hinausgeht**. Dieser Fall wird als **intensiver Notwehrexzeß** bezeichnet. Demzufolge wäre F gem. § 33 nicht entschuldigt, da der Angriff seitens des T beendet war bzw. der nächste erst bevorstand.

Fraglich ist, welcher Auffassung zu folgen ist. Für eine Subsumtion des extensiven Notwehrexzesses unter § 33 spricht, daß die Beschränkung auf den intensiven Notwehrexzeß aus

⁴³ BGH, 15.3.2003 – 1 StR 483/02; BGH NSTZ 1997, 490; Lackner/Kühl, § 211 Rn 8; Krahl, JuS 2003, 57, 59; Küper, JuS 2000, 740, 741.

⁴⁴ Vgl. Lackner/Kühl, § 32 Rn 4; SK-Günther, § 32 Rn 74, 75.

⁴⁵ Wessels/Beulke, AT, Rn 447; Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 33 Rn 7; Müller-Christmann, JuS 1989, 717.

⁴⁶ BGH, 25.3.2003 – 1 StR 483/02; BGH NSTZ 2002, 141; Jescheck/Weigend, AT, § 45 II 4; Lackner/Kühl, § 33 Rn 2; SK-Rudolphi, § 33 Rn 2.

dem Wortlaut der Vorschrift nicht hervorgeht. *Dagegen* spricht jedoch die Überlegung, daß die in § 33 genannten Affekte den Täter nur bei einer Verteidigungshandlung entschuldigen können, an der es fehlt, wenn er im Zeitpunkt seiner Tat noch keinen rechtswidrigen Angriff abwehrt. F ist daher nicht nach § 33 entschuldigt.

Fraglich ist, ob F sich im **entschuldigenden Notstand** gem. § 35 befand. Bei diesem besteht die Notstandslage in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für abschließend aufgezählte, fundamentale Rechtsgüter (Leben, Leib und Freiheit). Der Begriff der gegenwärtigen Gefahr ist inhaltsgleich zu dem in § 34 verwendeten.⁴⁷ **Gegenwärtig** ist die Gefahr demnach dann, wenn sich die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nach einem objektiven Urteil aus der ex-ante-Sicht so verdichtet hat, daß die zum Schutz des bedrohten Rechtsguts notwendigen Maßnahmen sofort eingeleitet werden müssen, um den Eintritt des Schadens sicher zu verhindern. **Bei einer Dauergefahr ist eine solche Verdichtung der Gefahr dann anzunehmen, wenn der Schaden jederzeit eintreten kann, auch wenn die Möglichkeit offen bleibt, daß der Schadenseintritt noch einige Zeit auf sich warten läßt.** Vorliegend war mit dem Erwachen des schlafenden T und der sofortigen Aufnahme weiterer körperlicher Mißhandlungen zu rechnen. Zur Vermeidung weiteren Schadenseintritts war deshalb im Grundsatz sofortiges Handeln geboten.

Nach dem Wortlaut des § 35 I darf die gegenwärtige Gefahr **nicht anders** als durch die vorgenommene rechtswidrige Tat **abwendbar** gewesen sein. Die Notstandshandlung muß objektiv das letzte **zumutbare, geeignetste** und relativ **mildeste** Mittel zur Gefahrenabwehr sein (**Grundsatz der Erforderlichkeit**). Nicht anders abwendbar ist die Gefahr insbesondere dann, wenn staatliche Hilfe (Polizei, karitative Einrichtungen etc.) nicht rechtzeitig herbeigeholt werden kann. Unklar ist, inwieweit der Täter eine **Prüfungspflicht** hat, d.h. prüfen muß, ob nicht eine andere, für das Eingriffsgut weniger belastende Maßnahme in Frage kommt. Als Faustformel läßt sich sagen, daß je gravierender die mit der Rettungshandlung verbundene Rechtsgutverletzung ist, desto sorgfältiger der Täter die Möglichkeit eines anderen Auswegs prüfen muß. Eine Prüfungspflicht kann aber entfallen, wenn sofortiges Handeln zur wirksamen Vermeidung von Rechtsgutseinbußen unumgänglich ist (dem Täter also keine Zeit zum ruhigen Überlegen bleibt).⁴⁸

An die Annahme anderweitiger Abwendbarkeit der Dauergefahr sind nicht zuletzt aus normativen Gründen und zumal dann, wenn die Vernichtung des Rechtsguts Leben in Rede steht, keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Dem entspricht die Verpflichtung staatlicher Stellen (der Polizei, aber z.B. auch der Jugendämter) zum wirksamen Einschreiten. Danach gilt: Die von einem „Familiencyrannen“ aufgrund seiner immer wiederkehrenden erheblichen Gewalttätigkeiten ausgehende Dauergefahr für die übrigen Familienmitglieder ist regelmäßig i.S.d. § 35 I anders abwendbar als durch die Tötung des „Tyrannen“, indem Hilfe Dritter, namentlich staatlicher Stellen in Anspruch genommen wird. Vorliegend sind Anhaltspunkte dafür, daß behördliche, insbesondere polizeiliche Hilfe oder die Hilfe karitativer Einrichtungen (z.B. von Frauenhäusern) die Gefahr nicht hätten wirksam abwenden können, nicht ersichtlich.

Die Tötung ihres Ehemannes war also nicht das einzige Mittel, die Gefahr abzuwenden. Mithin ist F nicht entschuldigt i.S.v. § 35 I.

Da F ihre Situation jedoch als „vollkommen ausweglos“ und die Tötung des T als „einzige Rettung“ ansah, ist fraglich, ob sie einem **Irrtum** unterlegen ist.

Nimmt ein Täter irrig an, daß die sachlichen Voraussetzungen eines anerkannten Entschuldigungsgrunds vorliegen, ist eine - wenn auch nur analoge - Anwendung des § 16 ausgeschlossen. Denn der Täter kennt sämtliche Umstände seines Handelns, welche dieses tatbestandlich und rechtswidrig werden lassen. Auch fehlt ihm nicht die Einsicht, Unrecht zu tun, so daß § 17 ebenfalls nicht in Betracht kommt. Es handelt sich somit um einen Irrtum eige-

⁴⁷ Roxin, AT, § 22 Rn 15; NK-Neumann, § 35 Rn 8 ff. u. 21; Gropp, AT, § 7 Rn 68.

⁴⁸ Vgl. BGH NSTZ 1992, 487; BGH v. 25.3.2003 – 1 StR 483/02.

ner Art.⁴⁹ Für den entschuldigenden Notstand gem. § 35 I hat der Gesetzgeber deshalb eine entsprechende Regelung in § 35 II getroffen. Diese Vorschrift regelt den Irrtum des Täters über Umstände, die ihn nach § 35 I entschuldigen würden, d.h. der Täter muß entweder irrig eine Notstandslage nach § 35 I S. 1 annehmen oder irrtümlich Umstände i.S.v. § 35 I S. 2 nicht erkennen. Bewertungs- und Subsumtionsirrtümer scheidet somit aus. Diese können aber zu einem Verbotsirrtum i.S.d. § 17 führen. Liegt jedoch ein Irrtum i.S.v. § 35 II vor, führt dies zum Schuldausschluß, wenn der Irrtum *unvermeidbar* war (Umkehrschluß aus § 35 II S. 1). Die *Vermeidbarkeit* führt nach § 35 II S. 2 - in Abweichung zu § 17 - zur *obligatorischen* Strafmilderung nach § 49 I.

Vorliegend hat F irrig angenommen, die gegenwärtige Dauergefahr für ihre körperliche Unversehrtheit sei nicht anders als durch die Tötung des T abwendbar. Fraglich ist, ob sie diesen Irrtum vermeiden konnte. Da mit der Tötung eines Menschen der Angriff auf das höchste Individualrechtsgut in Frage stand, sind insoweit strenge Anforderungen zu stellen. Insbesondere kommt es darauf an, ob F vor der Tat eine ausreichende Überlegungsfrist zur Verfügung stand, in der sie Erkundigungen über Möglichkeiten zur anderweitigen Abwendbarkeit der Gefahr und Rat hätte einholen können.

Geht man zu ihren Gunsten davon aus, daß ihre körperliche und seelische Verfassung nach den langdauernden Mißhandlungen sie gehindert hat, ihre Möglichkeiten realistisch einzuschätzen oder daß sie nach den Umständen sofort handeln mußte, ihr also keine Überlegungszeit blieb, so war ihr Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen der Notstandslage unvermeidbar (der BGH a.a.O. hielt insoweit weitere Feststellungen durch den neuen Tatrichter für erforderlich).

F handelte somit gem. § 35 II S. 1 ohne Schuld. Sie kann nicht wegen Mordes bestraft werden. Dieser Schuldausschluß erfaßt auch die **gefährliche Körperverletzung** nach § 224 I Nr. 2 und 5 (a.A. vertretbar).

Ergebnis: F ist nach der hier vertretenen Auffassung straflos.

Weiterführender Hinweis: Sollte man entgegen der hier vertretenen Auffassung eine Vermeidbarkeit des Irrtums annehmen, gelangt man zur sog. **Rechtsfolgenlösung** des BGH in bezug auf den Mordtatbestand. Diese bejaht bei Vorliegen der bewußten Ausnutzung von Arg- und Wehrlosigkeit das Mordmerkmal Heimtücke im Tatbestand und berücksichtigt besondere Umstände (etwa die Tötung aus Mitleid oder Provokation, die nicht als verwerflich anzusehen sind, aber auch die Tötung eines gewalttätigen Familientyrannen) bei der Strafzumessung. Danach tritt eine Zeitstrafe an die Stelle der sonst festgesetzten lebenslangen Freiheitsstrafe.

⁴⁹ Sch/Sch-Lenckner/Perron, § 35 Rn 39; Tröndle/Fischer, § 35 Rn 16.