

1. Sachverhalt¹

A ist mit ihrer Rolle als Mutter überfordert. Als sie erneut ihre zwei Wochen alte Tochter nicht beruhigen kann, stopft sie ihr das Spucktuch in den Mund und hält ihr gleichzeitig die Nase zu, wodurch das Kind stirbt. In der gleichen Weise verfährt sie später bei ihrem eineinhalb Monate alten Sohn. Die Obduktion gibt in beiden Fällen keinen Hinweis auf einen unnatürlichen Tod, weshalb man von einem plötzlichen Kindstod als Todesursache ausgeht.

Als A einen weiteren Sohn zur Welt bringt, verschreiben die Ärzte nun einen Überwachungsmonitor, der Herzschlag und Atmung des Babys während des Schlafs kontrollieren soll. Nach etwa vier Wochen schlafen A und ihr Sohn im Schlafzimmer, während ihr Ehemann E wach bleibt und den Säugling überwacht. Am Morgen des Tattages weckt E seine Ehefrau, woraufhin sie aufsteht und er sich in einem anderen Zimmer schlafen legt. Nach knapp einer Stunde schaltet A den Überwachungsmonitor aus. Kurz darauf beginnt das Kind zu schreien, sodass sich A erneut überfordert fühlt. Aus diesem Grund erstickt A ihren Sohn auf gleiche Weise, wie die beiden anderen Kinder zuvor. Als das Kind aufhört zu atmen, verständigt A den Notarzt.

¹ Der Sachverhalt wurde gekürzt und leicht verändert, um die Probleme des Falles zu verdeutlichen.

September 2013 Säuglings-Fall

Heimtückemord an einem Kleinstkind

§ 211 Abs. 2 Var. 5 StGB

Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Bei der Tötung eines nicht argwohnfähigen Kleinstkinds kann auf die Arg- und Wehrlosigkeit eines schutzbereiten Dritten abgestellt werden.
2. Es ist weder erforderlich, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des schutzbereiten Dritten herbeiführt, noch dass sich dieser bei der Tatbegehung im selben Raum befindet und wach ist.

BGH, Urteil vom 21. November 2012 – 2 StR 309/12; veröffentlicht in NSTZ 2013, 158.

A wird in allen drei Fällen vom LG wegen Totschlags verurteilt. Hiergegen legt die Staatsanwaltschaft eine auf den dritten Fall beschränkte Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das zentrale Problem des Falles ist die Frage, wann ein heimtückischer Mord gemäß § 211 Abs. 2 Var. 5 StGB² an einem Kleinstkind möglich ist.

Das tatbezogene Mordmerkmal der Heimtücke kennzeichnet die besonders gefährliche Ausführungsart der Tötung. Zur Begründung der Erhöhung des Strafmaßes bei einer heimtückisch begangenen Tötung wird die einerseits durch Tücke hervorgerufene große Gefährlichkeit³, andererseits die besondere Verwerflichkeit⁴ angeführt. Indem

² Alle folgenden §§ sind solche des StGB.

³ BGHSt 11, 139, 141 f.; vgl. auch BGHSt 20, 301, 302.

⁴ Eser, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Auflage 2010, § 211 Rn. 26.

der Täter mit List und Tücke handelt, überrascht er das Opfer in einer hilflosen Lage und verhindert, dass es den Anschlag abwehrt oder wenigstens erschwert.

Nach der von der Rechtsprechung entwickelten Definition liegt das Merkmal der Heimtücke dann vor, wenn der Täter in feindlicher Willensrichtung die **Arg- und Wehrlosigkeit** des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt.⁵ Erst recht handelt der Täter heimtückisch, wenn er dabei noch ein besonderes Vertrauensverhältnis missbraucht. Allerdings sieht die Rechtsprechung im Gegensatz zur herrschenden Meinung in der Literatur einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch nicht als Voraussetzung der Heimtücke an.⁶

Damit eine heimtückische Tötung in Betracht kommt, muss das Opfer arg- und wehrlos sein. Arglos ist, wer sich im Zeitpunkt der Tötungshandlung keines Angriffs auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht.⁷ Wehrlos ist, wer in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und Abwehrfähigkeit eingeschränkt ist. Der Zustand der Wehrlosigkeit muss auf der Arglosigkeit beruhen.⁸ Vorausgesetzt wird außerdem die konstitutionelle Fähigkeit des Opfers, dem Angriff auf sein Leben entgegenzutreten zu können.⁹

Diese Fähigkeit zum Argwohn ist in der Regel bei **Kleinst- und Kleinkindern** problematisch, da sie konstitutionell bedingt arg- und wehrlos sind. Der BGH lehnt die heimtückische Tötung eines sehr kleinen Kindes bisher ab, weil es die böse Absicht des Täters

nicht erkennen kann und verteidigungsunfähig ist.¹⁰ Selbst wenn der Täter eine Person aus dem sehr engen Lebensumfeld des Kleinkindes sei, reiche die Annahme, das Kind sei „instinktmäßig“ arglos, nicht aus.¹¹ Teile der Literatur sehen allerdings die Fähigkeit zum Argwohn nicht als eine Voraussetzung der Arglosigkeit. Jedoch erachten sie es im Ergebnis für sinnvoll, die Arglosigkeit auf diese Weise einzuschränken, um zu vermeiden, dass bei jeder Tötung eines Säuglings beziehungsweise Kleinkindes ein heimtückischer Mord vorliegt, mithin also ganze Personengruppen dem § 211 unterstellt werden.¹² Der BGH geht davon aus, dass normal entwickelte Kinder grundsätzlich erst im Alter von etwa drei Jahren im Stande sind, Argwohn zu entwickeln, einen auf ihr Leben zielenden Angriff zu erkennen und zu versuchen, diesen abzuwehren.¹³

Eine klare Grenze zwischen aus entwicklungspsychologischer Sicht bereits vorhandener und noch fehlender Argwohnfähigkeit ist nur sehr schwer zu ziehen. Im Brei-Fall bejahte der BGH ausnahmsweise die Argwohnfähigkeit eines Kleinkindes und somit die Heimtücke. Hierbei stellte er auf die „Ausschaltung des natürlichen Abwehrinstinkts“ des Kindes ab, weil der Täter bittere Schlafmedikamente in die süß schmeckende Nahrung des Kindes mischte und dadurch das Ausspeien verhinderte.¹⁴

Selbst, wenn das Opfer konstitutionell nicht fähig ist, Argwohn zu entwickeln, kommt eine heimtückische Tötung aber auch dann in Betracht, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit von **schutzbereiten Dritten** ausnutzt.

⁵ BGHSt 32, 382, 383; BGH NStZ 2009, 569, 570; *Fischer*, StGB, 60. Auflage 2013, § 211 Rn. 34; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Auflage 2012, § 4 Rn. 23.

⁶ BGHSt 28, 210 f; 30, 105.

⁷ BGH NStZ 1993, 341.

⁸ BGH NStZ 2009, 569, 570; *Eser* in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 211 Rn. 24a; *Fischer* (Fn. 4), § 211 Rn. 39.

⁹ BGHSt 2, 11, 12; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht Besonderer Teil/1, 36. Auflage 2012, Rn. 110.

¹⁰ BGHSt 3, 330, 332; BGH NStZ 2006, 338, 339; vgl. auch *Mitsch*, in Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwaltKommentar StGB, 2010, § 211 Rn. 53.

¹¹ BGH NJW 1953, 633, 634.

¹² *Fischer* (Fn. 4), § 211 Rn. 43.

¹³ BGH NStZ 1995, 230, 231; BGH NStZ 2006, 338, 339.

¹⁴ BGHSt 8, 216, 218.

Durch deren Ausschaltung wird das Kind nicht mehr behütet, sodass der Täter die Tötung ungehindert begehen kann.¹⁵ Als schutzbereiter Dritter ist nach der Rechtsprechung jede Person anzusehen, die den Schutz dauernd oder vorübergehend übernommen hat und zum Tatzeitpunkt auch tatsächlich ausübt oder es deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut.¹⁶ Der schutzbereite Dritte muss folglich in einem Garantenverhältnis zum Opfer stehen.

Eine der Voraussetzungen der heimtückischen Tötung ist, dass der Täter die von ihm erkannte Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bzw. des schutzbereiten Dritten bewusst ausnutzt. Nicht erforderlich ist dagegen deren Herbeiführung oder Bestärkung.¹⁷ Es genügt demnach, wenn der Täter zum Tatzeitpunkt die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bzw. des schutzbereiten Dritten wahrgenommen und sie zur Tatbegehung instrumentalisiert hat.¹⁸

Allerdings muss die Schutzperson ausgehend vom Einzelfall im Stande sein, den Schutz auch wirksam zu erbringen. Es ist daher eine **gewisse räumliche Nähe**, sowie eine überschaubare Anzahl von zu schützenden Personen notwendig. So kommt eine grundsätzlich schutzbereite Mutter, die zum Tatzeitpunkt nicht in unmittelbarer Nähe des Tatorts gewesen ist, nicht als Schutzperson in Betracht.¹⁹

Heimtückisch handelt in der Regel auch die Person, die die Arg- und Wehrlosigkeit eines schlafenden Opfers zur Tötung ausnutzt, weil das Opfer nach der Rechtsprechung seine Arg- und Wehrlosigkeit mit in den Schlaf nimmt.²⁰ Im Gegensatz dazu werden aber bewusstlose Personen nicht als

arglos angesehen, da sie den Zustand der Bewusstlosigkeit nicht abwenden konnten, und somit nicht in ihrer Erwartung, von niemandem angegriffen zu werden, enttäuscht werden könnten.²¹

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hat in seiner Entscheidung festgestellt, dass das LG den rechtlichen Maßstab der Heimtücke bei Kleinstkindern verkannt hat und den Fall zurück an eine andere Kammer des LG verwiesen.

Der BGH hält an hierbei an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. In Anlehnung an die bereits zuvor entwickelten Grundsätze führt er aus, dass die Annahme des Landgerichts, das Kleinkind sei noch nicht argwohn- und gegenwehrfähig, weswegen auf die Arg- und Wehrlosigkeit des Vaters als schutzbereitem Dritten abgestellt werden müsse, richtig sei. Jedoch stelle das „Zugegen-sein“ dieser Schutzperson keine Voraussetzung dar. Vielmehr komme es darauf an, dass er den Schutz des Kindes vor Leib- und Lebensgefahr übernommen habe und ihn zum Tatzeitpunkt ausübe oder es deshalb nicht tue, weil er dem Täter Vertrauen entgegenbringe.²² Auf Grund der Umstände des Einzelfalls sei zudem zu prüfen, ob er den Schutz auch wirksam erbringen könne, wofür räumliche und zeitliche Nähe Indizien darstellen könnten.²³

Das LG habe fälschlicherweise angenommen, eine bloße Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit reiche nicht aus, um Heimtücke zu bejahen. Es verlange vielmehr eine bewusste Herbeiführung dieser Heimtückelage zum Zweck der Tatbegehung.

¹⁵ BGHSt 3, 330, 332; BGH NSTz 2008, 93, 94.

¹⁶ BGH NSTz 2006, 338, 339 f.; NSTz 2008, 93, 94.

¹⁷ BGHSt 8, 216, 219.

¹⁸ BGH NSTz 2006, 167, 168.

¹⁹ Vgl. BGH NSTz 2006, 338.

²⁰ BGH NSTz 2006, 338, 339.

²¹ BGHSt 23, 119, 120; *Neumann*, in NK, StGB, 4. Auflage 2013, § 211 Rn. 55.

²² BGH NSTz 2013, 158 f.; so schon BGHSt 8 216, 219; BGH NSTz 2006, 338, 339 f.

²³ BGH NSTz 2013, 158 f.; so schon BGH NSTz 2008, 93, 94.

Nach Ansicht des BGH genüge es jedoch, diese Lage bewusst zu missbrauchen, und zwar unabhängig davon, woher sie rühre.²⁴ Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass E einem offenen Angriff auf das Kleinkind entgegengetreten und dazu auch in der Lage gewesen wäre, hätte er sich nicht im Vertrauen auf A schlafen gelegt.²⁵ Daher sei der Fall neu zu entscheiden.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

In der Praxis sollte man beachten, dass bei der Tötung von Kleinstkindern weder generell auf die Arglosigkeit, noch auf eine generelle Ausscheidung der Heimtücke in Ermangelung der Argwohnfähigkeit geschlossen werden kann. Vielmehr sollte man am konkreten Fall prüfen, ob das Kind aufgrund der konkreten Tatausübung ausnahmsweise arglos ist, da sein natürlicher Abwehrinstinkt durch List ausgeschaltet wurde, und sofern dies nicht der Fall ist, ob ein schutzbereiter Dritter zugegen ist und seine Arglosigkeit ausgenutzt wird. Bei der Prüfung sind die Kriterien der bisherigen Rechtsprechung weiterhin zu berücksichtigen. Beispielsweise gilt bei Bewusstlosen, Besinnungslosen oder Komapatienten²⁶ der gleiche rechtliche Maßstab wie bei Kleinkindern und Säuglingen.

Bei einer Tötung von Klein- und Kleinstkindern durch die eigene Mutter ist zudem noch an das subjektive Mordmerkmal „niedrige Beweggründe“ zu denken. Hierbei entscheiden bereits wenige Nuancen, ob die Tötung unter § 211 Abs. 2 Var. 4 fällt. Empfindet eine Mutter ihr Kind als einen „Störfaktor“, so kommt dieses Mordmerkmal eher in Betracht, als wenn die Tat spontan aufgrund von Verzweiflung, Überforderung oder Gefühlsausbrüchen ge-

schieht.²⁷ Selbst wenn das Motiv nach allgemeiner Anschauung die Tötung nicht rechtfertigt, führt dies alleine noch nicht zur Annahme niedriger Beweggründe.²⁸

Unter Umständen könnte die Tötung eines Kindes während oder unmittelbar nach der Geburt auch als minder schwerer Fall qualifiziert und von § 213 umfasst werden.²⁹ Dieser stellt jedoch nicht, wie der frühere § 217 a.F., einen Privilegierungstatbestand dar, sondern einen Strafmilderungsgrund nach § 12 Abs. 3. Bei Wiederholungstaten soll aber gerade der Strafmilderungsgrund nicht zur Anwendung kommen, weil, wie auch in dem hier zu entscheidenden Fall, die Täterin der tatauflösenden Situation bereits vorher ausgesetzt war.³⁰

Des Weiteren kann in solchen Fällen auch die Rechtsfolgenlösung der Rechtsprechung diskutiert werden. Hierbei kann bei Tötungen, bei denen es auf Grund besonderer Umstände unverhältnismäßig erscheint eine lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen, die eigentlich absolute Strafandrohung nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 gemildert werden. Diese Lösung kann jedoch nur angewendet werden, wenn trotz besonders enger Auslegung des Mordtatbestandselements der Heimtücke die Annahme von Mord unumgänglich ist.³¹ Dies ist hier gerade nicht der Fall.

5. Kritik

Der BGH hat in seiner Entscheidung zutreffend festgestellt, dass die Schutzbereitschaft eines Dritten bei der Tötung von nicht argwohnfähigen Kleinkindern dann vorliegt, wenn dieser sich noch im räumlichen Umfeld befindet.

Die Schutzbereitschaft liegt demnach dann vor, wenn der Dritte den

²⁴ BGH NStZ 2013, 158 f.; so schon BGH NStZ-RR 2006, 43; NStZ 2008, 93, 94.

²⁵ BGH NStZ 2013, 158 f.

²⁶ BGH NStZ 2008, 93.

²⁷ *Schneider*, in MüKo, zum StGB, 2. Auflage, 2012, Band 2, § 211 Rn. 72.

²⁸ *Kudlich*, JA 2006, 573, 574.

²⁹ *Fischer* (Fn. 4), § 213 Rn. 16; *Schneider*, in MüKo (Fn. 27), § 213 Rn. 46.

³⁰ *Schneider*, in MüKo (Fn. 27), § 213 Rn. 46.

³¹ BGHSt 30, 105, 119 ff.

Schutz des Kindes selbst ausübt, oder, wie im vorliegenden Fall, einem Anderen berechtigter Weise übertragen hat und sich in räumlicher Nähe zum Schutzobjekt befindet. Dass er schläft, ist irrelevant, da hierbei der gleiche Maßstab herangezogen werden muss wie beim Opfer selbst. Es genügt also auch hier, dass der schutzbereite Dritte sich mit der Vorstellung, niemand werde das spätere Opfer angreifen, schlafen legt.³² Vorliegend hat sich E gerade im Vertrauen darauf, dass A das Kind überwacht und der Monitor die Atmung und den Herzschlag kontrolliert, schlafen gelegt. Weiterhin ist der Annahme des BGH zu folgen, dass der Tötungsvorsatz des Täters nicht schon in dem Zeitpunkt vorliegen muss, wenn sich der schutzbereite Dritte schlafen legt. Vielmehr reicht es aus, dass die Tat im Wissen um diesen Zustand ausgeführt wird. Nach der Feststellung des BGH, handelt es sich bei E somit prinzipiell um einen schutzbereiten Dritten.

Dieser muss jedoch auch in der Lage sein, den Schutz zum Zeitpunkt der Tat auch tatsächlich auszuüben. Hierfür lässt der BGH eine gewisse räumliche Nähe ausreichen, die zu bejahen ist, wenn sich die betreffenden Personen in derselben Wohnung aufhalten.

Unklar bleibt jedoch, wie eng das Kriterium der räumlichen Nähe ausgelegt werden muss. Es bleibt daher abzuwarten, wie der BGH in ähnlich gelagerten Fällen entscheiden wird, bei denen der schutzbereite Dritte sich für kurze Zeit von der Wohnung entfernt, um beispielsweise die Post aus dem Briefkasten zu holen. Dabei wird es darauf ankommen, ob der Dritte noch in der Lage sein könnte, den Angriff bei einer zeitnahen Rückkehr zu verhindern oder den Erfolg einer Tötung abzuwenden.

Weiterhin erscheint die Rechtsprechung des BGH in Bezug auf die Argwohnfähigkeit von Kleinstkindern inkonsequent. Noch im Brei-Fall³³ hat der

BGH diese bejaht und dies damit begründet, dass durch das Beimischen von Gift in den süß schmeckenden Brei der natürliche Abwehrinstinkt des Kindes außer Kraft gesetzt wurde. Jedoch ist fraglich, inwieweit das Kind in der Lage gewesen wäre, die Zuführung des Giftes zu verhindern, wenn es dieses bemerkt hätte. Es erscheint hier unbefriedigend, es für die Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag auf den Geschmack des Breis ankommen zu lassen. Eine generelle Ablehnung der Argwohnfähigkeit von Kleinstkindern würde die Grenzen deutlicher machen und würde für Rechtsklarheit sorgen.

Die Heimtücke kann nach Ansicht des BGH deswegen angenommen werden, weil E sich im Vertrauen auf Schutzbereitschaft und -übernahme seiner Frau hinsichtlich ihres Sohnes schlafen gelegt und A dies ausgenutzt hat. Dabei ist es aber nicht zweifelsfrei, ob in dieser konkreten Situation von der Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des E ausgegangen werden kann. Generell ist zu beachten, dass Mordmerkmale, insbesondere das der Heimtücke, besonders eng ausgelegt werden müssen.³⁴ Das Tatbestandsmerkmal der Heimtücke sollte nur solche Begehungsformen erfassen, bei denen die absolute Strafandrohung einer lebenslangen Freiheitsstrafe gerechtfertigt ist. Bei der Beurteilung sollten nicht nur äußere Tatumstände und die Gefährlichkeit der Tat, sondern auch das Maß an der verwerflichen, tückischen und hinterlistigen Gesinnung und dem vorwerfbaren Verhalten Berücksichtigung finden. Des Weiteren muss auch die subjektive Komponente der Heimtücke, das Ausnutzungsbewusstsein, nachgewiesen werden.

Vorliegend hat A aus einer Überforderungssituation heraus gehandelt. Die Tötung hätte zwar wahrscheinlich nicht vollendet werden können, wenn der E als schutzbereiter Dritter wach und eingriffsbereit gewesen wäre. Jedoch reicht allein das Vorliegen dieses tatför-

³² BGHSt 23, 119, 121; 32, 382, 386.

³³ BGHSt 8, 216 f.

³⁴ NJW 1977, 1525 f.

dernden Zustandes nicht aus um hier auch die besondere Hinterlist zu bejahen, die die Heimtücke voraussetzt. Allein die Tatsache, dass A die Möglichkeit gehabt hätte, ihren Mann aufzuwecken, um der Überforderungssituation zu entgehen, gibt keinen Anlass für die Annahme einer vorsätzlichen geschickten Täuschung und besonderer Tücke gegenüber ihrem Ehemann. Als Indiz für das fehlende Ausnutzungsbewusstsein der A kann die Spontaneität des Tatentschlusses dienen. Außerdem erscheint es möglich, dass A sich in einem psychischen Ausnahmezustand befand, was zwar nicht grundsätzlich, aber doch im Einzelfall das Ausnutzungsbewusstsein nicht ausschließen kann. Daher fehlte es hier zumindest am subjektiven Tatbestand des § 211 II Var. 5. Dies hat der BGH in seiner Entscheidung verkannt.

Jedoch hat der BGH die Sache richtigerweise an eine andere Schwurgerichtskammer zurückverwiesen. Es ist nicht auszuschließen, dass das LG nicht nur belastende, sondern auch entlastende Beweise zur subjektiven Tatseite der Heimtücke berücksichtigen wird.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass den Ausführungen des BGH über die Voraussetzung der Arglosigkeit bei Kleinstkindern unter Rückgriff auf die Arglosigkeit eines schutzbereiten Dritten zuzustimmen ist. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob und wie er in zukünftigen Fällen der Tötung von Kleinstkindern die Grenze der Schutzbereitschaft zieht. Auch die Rechtsfolge des Urteils, die Rückverweisung an das LG ist zu befürworten. Jedoch findet der subjektive Tatbestand der Mordqualifikation in der Urteilsbegründung keinerlei Erwähnung. Das Vorliegen des Ausnutzungsbewusstseins ist im vorliegenden Fall aber gerade nicht zweifelsfrei gegeben. Der BGH hätte in seinem Urteil zumindest auf diese Problematik hinweisen müssen. Da er aber nicht selbst abgeurteilt hat, sondern den Sachverhalt zur Entscheidung an eine andere Kammer des LG verwiesen hat, wird diese als

Tatsacheninstanz die abschließende Feststellung über das Vorliegen der objektiven und subjektiven Komponenten der Heimtücke und der diesen zugrunde liegenden Beweiswürdigung treffen. Mithin ist die Entscheidung des BGH nicht gänzlich falsch und den Feststellungen grundsätzlich zuzustimmen.

(Alina Widiker / Nora Young)