

1. Sachverhalt¹

A bewohnt mit ihrem Ehemann B und der gemeinsamen drei Monate alten Tochter C ein Zimmer in einer Asylbewerberunterkunft. A fühlt sich in letzter Zeit zunehmend allein gelassen und hilflos. Als es ihr in einem solchen Moment schließlich zu viel wird, tötet sie das gemeinsame Kind mit mehreren Messerstichen. Zum Tatzeitpunkt hält sich B etwa 360 Meter von dem Gebäude, in dem sich das von der Familie bewohnte Zimmer liegt, entfernt im Außenbereich des Geländes auf. Das LG würdigt die Tat als Heimtückemord gem. § 211 Abs. 1, 2 Gr. 2 Var. 1 StGB. A legt Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Problematik des Falles liegt im Kern darin, ob das Mordmerkmal der Heimtücke gegeben ist. Hierfür ist entscheidend, unter welchen Voraussetzungen ein heimtückischer Mord an einem Kleinkind möglich ist und ob diese Voraussetzungen in unserem Fall gegeben sind.

Die Heimtücke stellt eine besonders hinterlistige, verwerfliche und vor allem gefährliche Ausführungsart der Tötung dar.² Nach der Rspr. wird das tatbezogene Mordmerkmal der Heimtücke als ein

Oktober 2023

Klein(st)kindtötungs-Fall

Mord / Heimtücke Kleinkind / Schutzbereiter Dritter
§ 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB

famos-Leitsätze:

1. Ein Kleinkind ist aufgrund seines Alters noch nicht zu Argwohn und Gegenwehr fähig. Daher kommt es bei der Tötung des Kindes für die Frage der Heimtücke allein auf die Arg- und Wehrlosigkeit eines im Hinblick auf das Kind schutzbereiten Dritten an.
2. Der potenzielle schutzbereite Dritte muss den Schutz für ein Kleinkind wirksam erbringen können, wofür eine gewisse räumliche Nähe erforderlich ist.
3. Die „räumliche Nähe“ besteht nicht, wenn aufgrund der räumlichen Entfernung vom Tatort der tödliche Angriff schon nicht wahrgenommen werden kann und eine Gegenwehr des schutzbereiten Dritten auch deshalb zu spät käme, weil hierfür erst eine erhebliche räumliche Distanz überwunden werden muss.

BGH, Beschluss vom 12. Juli 2023 – BGH 6 StR 231/23; veröffentlicht in NStZ 2023, 675.

bewusstes Ausnutzen der **Arg- und Wehrlosigkeit** des Opfers in feindlicher Willensrichtung definiert.³

Aufgrund des hohen Strafrahmens geboten ist eine restriktive Auslegung der Mordmerkmale, sodass Teile der Lit. anstelle der feindlichen Willensrichtung bzw.

¹ Der Sachverhalt wurde verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

² BGHSt 11, 139, 141 f.

³ BGHSt 32, 382, 383; BGH NJW 1991, 1963; NStZ 2009, 569.

zusätzlich das Vorliegen eines besonders verwerflichen Vertrauensbruchs fordern.⁴ Eine heimtückische Tötung wäre demnach nur in einem besonderen persönlichen Näheverhältnis denkbar. Zwar ist die Ansicht bei einem heimtückischen Auftragsmord problematisch, da Täter und Opfer meist in keiner persönlichen Beziehung zueinanderstehen.⁵ Jedoch kann dies dahinstehen, da ein persönliches Näheverhältnis zweifelsfrei gegeben ist, sodass die Ansichten zum selben Ergebnis gelangen. Damit eine heimtückische Tötung vorliegt, muss als zentrales Element die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers gegeben sein.

Arglos ist, wer grundsätzlich Argwohn bilden kann und sich im konkreten Tatzeitpunkt keines Angriffes des Täters auf sein Leib oder seine körperliche Unversehrtheit versieht.⁶ **Wehrlos** ist, wer aufgrund seiner Arglosigkeit in seiner Verteidigungsfähigkeit eingeschränkt oder gar außer Stande ist, sich zu verteidigen.⁷ Zusätzlich muss bei der Wehrlosigkeit die konstitutionelle Fähigkeit des Opfers, den Angriff gegen sein Leben entgegenwirken zu können, vorliegen.⁸ Auf die Arg- und Wehrlosigkeit des Kindes C kann hier grundsätzlich nicht abgestellt werden. Nach h.M. sind **Babys und Kleinkinder** bis zu einem Alter von ca. drei Jahren noch nicht fähig, Argwohn zu hegen,⁹ da diese nicht die nötige Verstandesreife besitzen, um zu verstehen, dass jemand sie töten möchte.¹⁰ Auch eine

instinktmäßige Arglosigkeit des Kindes ist nicht ausreichend, insbesondere auch wenn der Täter eine Person aus dem näheren Umfeld des Kindes ist.¹¹

Der BGH machte hiervon jedoch eine Ausnahme. Er bejahte im sog. Babybrei-Fall eine Argwohnfähigkeit des Kleinkindes. In diesem Fall mischte der Täter die bitteren Schlafmedikamente in den süßen Brei, um dadurch ein Ausspucken zu verhindern.¹² Dadurch konnten dessen natürliche Abwehrinstinkte „ausgetrickst“ und ausgeschaltet werden. Der BGH bejahte somit das Mordmerkmal der Heimtücke und stellte unmittelbar auf das Kind ab.¹³ Da der Täter die natürlichen Abwehrinstinkte des Kindes ausschaltet, ist diese vom BGH entschiedene Ausnahme grundsätzlich einleuchtend. Von Seiten der Literatur wird hiergegen jedoch eingewendet, dass es verfehlt sei, eine Tat als Mord alleine davon abhängig zu machen, welchen Geschmack eine dem Kind verabreichte Substanz besitzt.¹⁴ So haben die Abwehrinstinkte per se zunächst nichts mit dem Argwohn zu tun.¹⁵ Zudem geht das Verhalten des Kindes nicht auf eine eigene Kraftentfaltung, sondern nur auf einen Automatismus zurück.¹⁶ Angenommen, der Babybrei hätte einen bitteren Geschmack und das Gift wäre süß, dann müssten gerade keine Abwehrinstinkte des Kindes überwunden werden. In unserem Fall hat A nicht die Abwehrinstinkte des C ausgetrickst, sodass

⁴ Hassemer, JuS 1971, 630.

⁵ BGHSt 28, 210 f.; 30, 105, 115 f.

⁶ BGH NJW 1955, 759; vgl. dazu [Widiker/Young, famos 09/2013, S. 2](#). Vgl. auch [Eitschberger/Pöttsch, famos 05/2022, S. 26](#).

⁷ BGH NSTz 1993, 341.

⁸ BGH NSTz 2009, 569, 570; Fischer, StGB, 70. Aufl. 2023, § 211, Rn. 39.

⁹ BGH NSTz 2006, 338, 339; NSTz 2013, 158; vgl. dazu [Widiker/Young, famos 09/2013, S. 2](#). Vgl. auch [Bohnhorst/Skeries, StV 2014, 340, 341](#); [Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 211 Rn. 25 c](#).

¹⁰ BGHSt 3, 330, 332; BGH NSTz 1993, 341; NSTz 1995, 230; NSTz 2006, 338, 339.

¹¹ BGH NJW 1953, 633, 634.

¹² BGHSt 8, 216, 218; [Eschelbach, in BeckOK, StGB, 58. Ed.; Stand: 01.08.2023, § 211, Rn. 48](#).

¹³ BGHSt 8, 216 f.

¹⁴ [Neumann, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, NK, StGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 58](#).

¹⁵ [Fahl, JA 1999, 284, 286](#); [Kett-Straub, JuS 2007, 515, 520](#).

¹⁶ [Lackner/Kühl, StGB, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 211 Rn. 9](#).

diese Ausnahme hier ohnehin nicht einschlägig ist.

Es kommt für die Frage nach der heimtückischen Tötung eines Kleinkindes daher nicht auf dessen Arg- und Wehrlosigkeit an. Es kann aber auf das Ausnutzen der Arglosigkeit eines potenziell schutzbereiten Dritten ankommen.¹⁷ Insofern könnte man an eine gewisse Parallele zu den ebenfalls dem Heimtückemerkmal zuzuordnenden Hinterhaltsfällen denken, in denen das Opfer im Zeitpunkt des Tötungsbeginns nicht mehr arglos ist, da es zuvor vom Täter in eine Falle gelockt wurde, in der er ihm dann „offen“ entgegentreten kann.¹⁸ Eine solche Situation ist im Fall jedoch nicht gegeben, da es hier ausschließlich auf die Arglosigkeit des schutzbereiten Dritten ankommt.

Ein **schutzbereiter Dritter** ist jede Person, die den Schutz des Kindes vor Leib- oder Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und im Tatzeitpunkt entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut.¹⁹ Dabei soll es nicht auf die rechtliche, sondern allein auf die tatsächliche Schutzbereitschaft des Dritten ankommen.²⁰ Für die Eigenschaft eines potenziell schutzbereiten Dritten ist zwar nicht erforderlich, dass sich der Dritte direkt neben dem Kind befindet, jedoch muss gerade eine **gewisse räumliche Nähe** zum Kind bestehen, sodass der Dritte den Schutz für das Kind vor Gefahren auf dessen Leib und Leben wirksam erbringen kann.²¹ In unserem Fall hielt sich der potenziell schutzbereite Dritte B im Zeitpunkt der Tötungshandlung 360 Meter entfernt vom Tatort im Außenbereich auf. Es ist zu klären, ob dieser Umstand dazu führt, dass er als schutzbereiter Dritter ausscheidet.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision und hebt das Urteil des LG auf. Die Ergebnisse zum äußeren Tatgeschehen haben jedoch Bestand. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des LG zurückverwiesen.

Das Mordmerkmal der Heimtücke sei nicht gegeben. Bei der Tötung eines wenige Wochen oder Monate alten Kleinkindes komme es für die Frage der Heimtücke nicht auf dessen Arg- und Wehrlosigkeit an, weil es aufgrund seines Alters noch nicht zu Argwohn und Gegenwehr fähig sei. Vielmehr müsse auf die Arg- und Wehrlosigkeit eines im Hinblick auf das Kind schutzbereiten Dritten abgestellt werden. Dies sei jede Person, die den Schutz des Kindes vor Leib- oder Lebensgefahr dauernd oder vorübergehend übernommen hat und im Tatzeitpunkt entweder tatsächlich ausübt oder dies deshalb nicht tut, weil sie dem Täter vertraut oder vom Täter ausgeschaltet wurde. Der potenziell schutzbereite Dritte müsse nach den Umständen des Einzelfalls den Schutz für das Kind wirksam erbringen können. Hierfür sei eine „gewisse räumliche Nähe“ zum Opfer erforderlich. Die erforderliche Nähe bestehe nicht, wenn aufgrund der räumlichen Entfernung vom Tatort der tödliche Angriff schon nicht wahrgenommen werden kann und eine Gegenwehr des Dritten auch deshalb zu spät käme, weil dafür erst eine erhebliche räumliche Distanz überwunden werden muss. Aus den bisherigen Feststellungen ergebe sich nicht, dass B von seinem Standort aus, dem Außenbereich des Geländes, die Möglichkeit hatte, einen Angriff auf das Kind wahrzunehmen, was mit Blick auf die festgestellte Entfernung von 360 Metern auch fern liege.

¹⁷ BGHSt 2, 309, 12; 4, 13; 8, 216, 219; BGH NStZ 2006, 338, 339 f.; NStZ 2008, 93, 94.

¹⁸ BGH NStZ 1989, 364; Küper, JuS 2000, 740, 743 f.

¹⁹ BGH NStZ 2006, 338, 339 f.; NStZ 2008, 93, 94; NStZ 2015, 215; Zieschang, Strafrecht BT I, 2022, Rn. 92.

²⁰ BGHSt 8, 216, 219; BGH NStZ 2015, 215.

²¹ BGH NStZ 2015, 215.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Aus dem Beschluss des 6. Strafsenats geht hervor, dass dieser an seiner bisherigen Rspr. festhält. § 211 StGB stellt einen der umstrittensten Paragraphen des gesamten deutschen Strafgesetzbuches dar. Besonders komplex und stark diskutiert ist dabei das mit am häufigsten in der Rechtspraxis vorkommende Mordmerkmal der Heimtücke.²² Die Prüfung des Mordmerkmals der Heimtücke ist mit relevanten Problemen verbunden. Vor allem in der Lehre, aber auch in der Praxis wirft die Heimtücke immer wieder neue und vielseitige Fragen auf. Insbesondere im Hinblick auf Sonderprobleme wie die in unserem Fall diskutierte heimtückische Tötung von Kleinstkindern. Bei der Tötung von Kleinstkindern ist darauf zu achten, dass eine heimtückische Tötung in Ermangelung der Argwohnfähigkeit des Kleinstkindes nicht vorschnell abzulehnen ist. Stattdessen muss immer anhand des konkreten Falles überprüft werden, ob ausnahmsweise auf die Arg- und Wehrlosigkeit des Kleinstkindes abgestellt werden kann, etwa weil seine natürlichen Abwehrinstinkte durch listiges Handeln bzw. Vorgehen des Täters ausgeschaltet wurden. Sofern dies nicht der Fall ist, müsste geprüft werden, ob ein schutzbereiter Dritter in Betracht kommt und, falls dies zu bejahen ist, ob dessen Arglosigkeit ausgenutzt wird.

Insbesondere für die Ausbildung ist der Beschluss von großer Relevanz, da verdeutlicht wird, dass eine genaue Bestimmung der räumlichen Nähe nicht konkret festgelegt werden sollte. Vorliegend wäre zu prüfen, ob eine räumliche Nähe bei einer 360 Meter Entfernung weiterhin bestehen würde, oder ob diese erst dann vorliegt, wenn sich der schutzbereite Dritte,

wie im Säuglings-Fall,²³ im Raum nebenan befindet.

Die Wirkung des freien Auslegungsspielraums liegt darin, dass unter einer sauberen Subsumtion auf den konkreten Einzelfall abgestellt werden muss. Entscheidend ist die eigene Argumentation unter Heranziehung der im Sachverhalt angegebenen Anhaltspunkte. Das bestehende Problem, ob sich der schutzbereite Dritte in räumlicher Nähe aufhält, sollte im Rahmen der Arglosigkeit angesprochen werden. Wird die räumliche Nähe angenommen, so besteht im Tatzeitpunkt die Arg- und Wehrlosigkeit des schutzbereiten Dritten.

Diese und noch weitere zahlreiche Fragen beschäftigen die Gerichte immer wieder und sind deshalb sowohl in der Praxis als auch in der Lehre von immenser Bedeutung. Nicht sonderlich überraschend ist zudem, dass das Mordmerkmal der Heimtücke auch in der Revisionsgerichtlichen Praxis Eingang findet und damit auch dort von hoher Relevanz ist.²⁴

Vor allem aber bietet das Mordmerkmal der Heimtücke eine große Bandbreite an prüfbarem Wissen und ist daher immer wieder Gegenstand von Klausuren. Hinzu kommt, dass die heimtückische Tötung auch eine der am häufigsten ausgeübten Tötungsweisen darstellt,²⁵ da der Täter sein Opfer meist unter Ausnutzung des Überraschungsmoments töten möchte, weil gerade ein Vorgehen ohne Ausnutzung dieses Überraschungsmoments meist kaum auf Erfolg hat bzw. schwer auszuführen ist. Man stelle sich bspw. vor, dass ein bewaffneter Täter, der sein Opfer mit einer Machete zu töten gedenkt, dem Opfer ausreichend Zeit und Gelegenheit geben würde, sich auf die bevorstehende Tötung und den damit verbundenen Angriff einzustellen. Je nach persönlichem Temperament und körperlicher Beschaffenheit, würde das Opfer entweder

²² Eser, NStZ 1983, 433, 436; Geppert, JURA 2007, 270 ff.

²³ [Widiker/Young, famos 09/2013, S. 1 ff.](#)

²⁴ Eser, NStZ 1983, 433, 436.

²⁵ Eser, NStZ 1981, 383, 384.

weglaufen, polizeiliche Hilfe in Anspruch nehmen oder sich aber, eher unwahrscheinlich, ebenfalls mit einer Waffe ausstatten und dem Täter so gegenüber treten. Eine Sache würde das Opfer bei ausreichender Gelegenheit jedoch sicher nicht tun: sich allein, ohne vorherige Meldung an Dritte und unbewaffnet, dem Täter stellen.

Insgesamt ist also festzuhalten, dass die Problematik zum schutzbereiten Dritten und der Mord an Klein- bzw. Kleinstkindern präsent sein sollte und daher in keiner Aufarbeitung Vorbereitung fehlen darf. Die Heimtücke gehört daher zum absoluten Pflichtwissen bei Studierenden und in der Praxis und sollte beherrscht werden.

5. Kritik

Der Beschluss des BGH überzeugt zumindest in großen Teilen und vor allem im Ergebnis. Er wird auch dem Grundsatz gerecht, dass Mordmerkmale restriktiv auszulegen sind. Zudem hält der 6. Strafsenat des BGH an seiner bisherigen und jahrelang gefestigten Rspr. fest, indem er die Möglichkeit einer heimtückischen Tötung eines Kleinstkindes in diesem Fall ablehnt. Zuzustimmen ist dem BGH, wenn er ausführt, dass dem Grunde nach für die Frage der Heimtücke nicht auf die Arg- und Wehrlosigkeit des Kindes abgestellt werden kann. Kleinstkinder sind gerade nicht infolge der Arglosigkeit wehrlos, sondern aufgrund der offensichtlichen körperlichen Unterlegenheit generell, noch nicht zur Verteidigung imstande.²⁶ Die Rspr. zum schutzbereiten Dritten ist hinsichtlich des Näheverhältnisses zum Kind jedoch präzisierungsbedürftig. Zwar ist überzeugend, dass der BGH eine gewisse räumliche Nähe zum Kind fordert, da der Dritte sonst keinen wirksamen Schutz für dieses erbringen kann. Er führt dazu aus, dass es mit Blick auf die festgestellte Entfernung von 360 Meter eher fernliegt, dass B die Möglichkeit hatte, einen

Angriff auf das Kind bspw. durch Schreie bei erstmaliger Verletzung wahrzunehmen.

Das Abstellen auf die räumliche Nähe ist jedoch problematisch. So kann der Täter, wenn er das Kind im Beisein eines schutzbereiten Dritten tötet und die Tötung dadurch komplizierter ist, da der schutzbereite Dritte vermutlich versucht, die Lebensgefahr für das Kind abzuwehren, wegen Heimtückemordes bestraft werden. Derjenige Täter, der bewusst auf die Entfernung des schutzbereiten Dritten wartet und sich damit die Tatbegehung erleichtert, da kein Dritter zugegen ist, der den Angriff abwehren kann, kann hingegen nicht wegen Heimtückemordes bestraft werden. Dies ist insofern problematisch, als sich der Täter bewusst der Strafbarkeit wegen heimtückischen Mordes entziehen kann, indem er die Tat erst ausführt, wenn der schutzbereite Dritte nicht mehr zugegen ist. Er kann bspw. durch Standortermittlung den potenziell schutzbereiten Dritten mittels GPS am Handy oder Laptop überwachen und so sehen, dass sich dieser sehr weit entfernt von dem Kind befindet, und zwar so weit, dass dieser den Schutz für das Kind nicht mehr wirksam erbringen kann.

Wenn man den Fall dahingehend abwandelt, dass B ein Babyphone bei sich geführt und so die Babyschreie wahrgenommen hätte, könnte an eine potentielle Schutzbereitschaft gedacht werden. Allerdings wäre nicht sicher, ob diese als gewöhnliche Babyschreie oder Todesschreie eingeschätzt worden wären. Laute Schreie eines Kleinkindes können individuell interpretiert werden, dabei ist insbesondere die subjektive Wahrnehmung entscheidend, weswegen eine Unterscheidung kaum möglich wäre.

Letztlich wäre bei der Tötung eines Kleinstkindes durch die eigene Mutter auch immer an das Mordmerkmal der „niedrigen Beweggründe“ zu denken. Eine Erwähnung

²⁶ Kaspar, JA 2007, 699, 702.

der niedrigen Beweggründe durch den BGH unterblieb jedoch in dem Beschluss in Gänze.

Falls die Mutter ihr Kind als „Störfaktor“ ansieht, könnten die niedrigen Beweggründe eher in Betracht kommen, als wenn die Mutter die Tat spontan aufgrund von Überforderung oder Verzweiflung ausführt.²⁷

Würde man davon ausgehen, dass außergewöhnliche Umstände vorliegen, die den Schuldgehalt erheblich mindern können, hält die Rspr. in Heimtückefällen eine Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB für möglich.²⁸ Diese Umstände sind bspw. Gefühlsregungen wie nachvollziehbarer Zorn aber auch wenn sich der Täter in einer ausweglosen Lage wähnt oder eine vom Opfer hervorgerufene schwere Provokation.²⁹ Durch eine Gesamtabwägung muss die Möglichkeit einer Strafmilderung festgestellt werden, in die auch schulderhöhende Umstände eingehen.³⁰ In unserem Fall kann ein schuld mindernder Umstand nicht angenommen werden, da eine regelmäßige Hilflosigkeit und Überforderung bei der Erziehung des Kindes keine ausweglose Situation darstellt. Somit käme eine mögliche Strafmilderung nicht in Betracht.

(Devi Felicia Keck/Sarah Kraft)

²⁷ *Schneider*, in MüKo, StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 211 Rn. 72.

²⁸ BGH MDR 1990, 834.

²⁹ BGH NJW 1983, 54, 55.

³⁰ BGHSt 7, 28.