

Verhältnis Mord (§ 211) – Totschlag (§ 212)

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: G ist seit langem mit T befreundet und weiß daher von dessen unglücklicher Ehe mit O. Als T ihm eines Tages berichtet, er wolle seine Ehefrau loswerden, um endlich wieder glücklich zu sein, besorgt G, um dem T einen Gefallen zu tun, für diesen eine Pistole und die entsprechende Munition. Tags darauf erschießt T die O mit dieser Waffe. Dabei handelte T in erster Linie deshalb, um das Vermögen der O zu erben, die beabsichtigt hatte, sich von ihm zu trennen. Hiervon wusste der G allerdings nichts.

Rechtliche Problematik: Während T als Täter einen Mord (§ 211 StGB) begangen hat, da er aus Habgier seine Frau tötete (um an die Erbschaft zu kommen), liegt in der Person des – hinsichtlich der Tötung unzweifelhaft als Gehilfen anzusehenden – G kein Mordmerkmal vor. Da es sich bei dem Merkmal der „Habgier“! um ein „besonderes persönliches Merkmal“ i.S.d. § 28 StGB handelt ist es entscheidend, ob die Mordmerkmale als strafbegründend (dann § 28 I StGB – Beihilfe zum Mord mit Milderungsmöglichkeit) oder als strafscharfend (dann § 28 II StGB – Beihilfe zum Totschlag) anzusehen sind. Dies hängt davon ab, ob § 211 StGB als selbständiger Tatbestand oder als Qualifikation des § 212 StGB anzusehen ist.

1. Theorie der Selbständigkeit des Mordtatbestandes

- Vertreter:** **Rechtsprechung:** BGHSt 1, 368 (370); 2, 251 (255); 6, 329 (330); 22, 375 (377); 36, 231 (233).
M.M. Literatur: LK-*Busch*, 9. Aufl., § 48 Rn. 31; *Pfeiffer-Maul-Schulte*, § 211 Rn. 1; *Woesner*, NJW 1978, 1025.
- Inhalt:** Mord, § 211 StGB, und Totschlag, § 212 StGB, sind zwei selbständige, voneinander unabhängige Tatbestände.
- Argument:** Mord und Totschlag sind selbständige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt. Indiz hierfür ist die Verwendung der Täterbezeichnungen „Mörder“ und „Totschläger“ bzw. „Mord“ und „Totschlag“. Ansonsten hätte der Gesetzgeber den Mord als „besonders schweren Fall“ des Totschlags bezeichnen können. Dass auch der Mord tatbestandlich eine Tötung voraussetzt, steht dem nicht entgegen. Auch § 249 StGB ist keine Qualifikation des Diebstahls, obwohl auch § 249 StGB die Tatbestandsmerkmale des Diebstahls enthält.
- Konsequenz:** Die einzelnen Mordmerkmale wirken strafbegründend. Soweit sie besondere persönliche Merkmale darstellen, ist § 28 I StGB anwendbar.
- Kritik:** Die Täterumschreibungen „Mörder“ und „Totschläger“ sind lediglich Überreste der Lehre vom Tätertyp, die teilweise 1941 Gesetz wurde, für die Systematisierung von Tatbeständen spielen sie keine Rolle. Die Lehre der Selbständigkeit führt auch zu nicht nachvollziehbaren Ergebnissen im Bereich der gekreuzten persönlichen Mordmerkmale und der Mittäterschaft, weswegen die Rechtsprechung sie auch nicht konsequent durchhält (siehe unten).

Folgeprobleme:

- (1) Wenn Mord und Totschlag zwei selbständige, voneinander unabhängige Tatbestände sind, wäre eine Mittäterschaft dahingehend, dass ein Mittäter einen Mord, der andere einen Totschlag begeht, nicht möglich. Eben diese an sich zwangsläufige Konsequenz zieht die Rechtsprechung jedoch nicht und hält Mittäterschaft für möglich (vgl. BGHSt 36, 231).
- (2) Wenn die einzelnen Mordmerkmale strafbegründend wären, so könnte dann, wenn Täter und Teilnehmer jeweils ein anderes besonderes persönliches (Mord)Merkmal i.S.d. § 28 I StGB erfüllen würden (sog. „gekreuzte persönliche Mordmerkmale“), nach dem Wortlaut des Gesetzes dem Teilnehmer die Strafmilderung dennoch nicht versagt werden, da er „das“ für den Täter strafbegründende Mordmerkmal eben nicht erfüllt. Auch diese Konsequenz zieht die Rechtsprechung jedoch nicht (vgl. BGHSt 23, 39).

2. Theorie der Unselbständigkeit des Mordtatbestandes

- Vertreter:** **h.M. in der Literatur:** vgl. *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Hilgendorf*, § 2 Rn. 26 ff.; *Eisele*, BT I, Rn. 61 ff.; *Fischer*, § 211 Rn. 6; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 1, Rn. 21 ff.; *Lackner/Kühl/Heger*, Vor § 211 Rn. 22; LK-*Jähnke*, 11. Aufl., Vor § 211 Rn. 39 ff.; *Mitsch*, JuS 1996, 26 (29); *MüKo-Schneider*, 4. Aufl., Vor §§ 211 ff. Rn. 189 f.; NK-*Neumann*, Vor § 211 Rn. 154 ff.; *Otto*, § 1 Rn. 14; *ders.*, JURA 1994, 141 (142); *Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 5; *Sönke*, JA 2019, 721; *SSW-Momsen*, Vor §§ 211 ff. Rn. 10.
- Inhalt:** Der Totschlag, § 212 StGB, ist als Grundtatbestand anzusehen; Mord, § 211 StGB, ist ein Qualifikationstatbestand des Totschlags.
- Argument:** § 211 StGB enthält die Tötung eines Menschen unter erschwerenden Umständen – dies ist der typische Fall einer Qualifikation. In gleicher Weise enthält § 216 – Tötung unter privilegierenden Umständen – eine Privilegierung des „Grundtatbestandes“ des Totschlags (anders – konsequent – auch die Rechtsprechung, die § 216 StGB als selbständigen Tatbestand ansieht; vgl. BGHSt 2, 258; 13, 162 [165]).
- Konsequenz:** Die einzelnen Mordmerkmale wirken strafscharfend. Soweit sie besondere persönliche Merkmale darstellen, ist § 28 II StGB anwendbar.
- Kritik:** Der besondere Unwertgehalt des Mordes wird geleugnet, wenn er „lediglich“ als Qualifikation des Totschlags erscheint. In allen sonstigen Fällen nennt das Gesetz die Qualifikation **nach** und nicht **vor** dem Grundtatbestand.