

# §§ 28 Abs. 1 und 2 StGB in Zusammenhang mit der Teilnahme am Mord

Von Wiss. Mitarbeiterin **Stephanie Beer**, Düsseldorf\*

*Die Prüfung des § 28 StGB bereitet bei der Strafbarkeit des Teilnehmers an Straftaten nach § 211 StGB häufig Schwierigkeiten. Dabei ist gerade § 28 StGB eine Vorschrift, die bereits im Wortlaut wichtige Informationen für die richtige Prüfungsstruktur liefert. In diesem Beitrag soll zunächst auf die objektiven Mordmerkmale bei der Strafbarkeit des Täters und des Teilnehmers eingegangen werden. Im Anschluss daran wendet sich die Abhandlung den subjektiven Mordmerkmalen und der damit verbundenen Problematik des § 28 StGB zu. Dabei soll zugleich der zugrundeliegende Streit über die Einordnung des § 211 StGB als Qualifikation des Totschlags gesetzlich verortet und die Argumente über die Auslegung des Gesetzes ermittelt werden.*

## I. Objektive Mordmerkmale, § 211 Abs. 2, 2. Gruppe StGB

Die Mordmerkmale der 2. Gruppe sind sog. objektive Mordmerkmale.<sup>1</sup> Sie beschreiben die Art und Weise der Tatbegehung und sind damit tatbezogen.<sup>2</sup> Im Prüfungsaufbau handelt es sich deshalb um Merkmale, welche im objektiven Tatbestand zu prüfen sind.<sup>3</sup> Im Umkehrschluss lässt sich aus § 16 Abs. 1 S. 1 StGB entnehmen, dass sich der nach § 15 StGB erforderliche Vorsatz des Täters auf sämtliche der objektiven Tatbestandsmerkmale – und damit auch auf die im objektiven Tatbestand festgestellten objektiven Mordmerkmale – bezogen haben muss. Sind sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen sowie Rechtswidrigkeit und Schuld erfüllt, ergibt sich eine Strafbarkeit des Täters nach § 211 Abs. 2, 2. Gruppe StGB.

Die Voraussetzungen der Strafbarkeit eines Teilnehmers an dieser Tat ergeben sich aus den §§ 26, 27 StGB. Sowohl § 26 StGB (Anstiftung), als auch § 27 StGB (Beihilfe) verlangen für den objektiven Tatbestand der Teilnahme eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat eines anderen. Der Begriff der rechtswidrigen Tat ist legal definiert in § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Ohne Haupttat gibt es folglich keine Teilnahme. Die Teilnahme verhält sich also zur Haupttat „akzessorisch“.<sup>4</sup> Weil die §§ 26, 27 aber lediglich eine vorsätzliche und rechtswidrige – und damit gerade keine schuldhaft<sup>5</sup>

– Haupttat voraussetzen, spricht man von einer „limitierten Akzessorietät“.<sup>6</sup> Eine Teilnahme an einem heimtückisch begangenen Mord eines anderen verlangt als Haupttat also eine dem Täter zurechenbare, vorsätzlich und rechtswidrig erfolgte Tötung eines anderen Menschen unter Verwirklichung des Merkmals der Heimtücke in objektiver und subjektiver Hinsicht. Sowohl die zurechenbare Verursachung des Todes des Opfers durch den Täter, als auch die heimtückische Begehungswise machen die Haupttat zu der, die sie ist – einem Mord nach § 211 Abs. 2, 2. Gruppe Var. 1 StGB. Die objektive Verwirklichung des Mordmerkmals durch den Täter sowie der Bezug des Tätersvorsatzes auf dieses Merkmal sind damit Teil der teilnahmefähigen Haupttat, und folglich auch Teil des objektiven Tatbestands der Teilnahme. Für die weitere Prüfungsstruktur ergibt sich daraus für den subjektiven Tatbestand der Teilnahme, dass sich der nach § 15 StGB erforderliche Vorsatz des Teilnehmers nicht nur auf die vorsätzlich und rechtswidrig erfolgte, zurechenbare Verursachung des Todes des Opfers durch den Täter, sondern zugleich auch auf dessen vorsätzliche Verwirklichung des objektiven Mordmerkmals bezogen haben muss. Andernfalls kann nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB der Vorsatz des Teilnehmers bezüglich der vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat nicht vollständig bejaht werden.

Im Bereich objektiver Mordmerkmale ergeben sich also, verglichen mit anderen Straftatbeständen, keine Besonderheiten für die Teilnehmerstrafbarkeit. Exemplarisch kann zum Vergleich die Strafbarkeit des Teilnehmers an einer gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB herangezogen werden. Das qualifizierende Merkmal der Begehung mittels eines gefährlichen Werkzeugs gibt der Haupttat erst ihr Gepräge und macht sie damit zu einer gefährlichen Körperverletzung. Im subjektiven Tatbestand der Teilnahme kommt es wiederum darauf an, ob sich der nach § 15 StGB erforderliche Teilnehmersvorsatz auf sämtliche Merkmale des objektiven Tatbestands (Umkehrschluss aus § 16 Abs. 1 S. 1 StGB) bezogen hat. Dazu gehört auch der qualifizierende Umstand, der Teil der Haupttat ist. Fehlt dem möglichen Teilnehmer an § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB also die Kenntnis, dass der Täter die Tat mittels eines gefährlichen Werkzeugs begeht, weil er davon ausgeht, er würde das Opfer mit den Fäusten verprügeln, so führt dies dazu, dass ihm der Vorsatz bezüglich des qualifizierenden Umstands und damit der Haupttat insgesamt fehlt. Es bleibt dann nur eine Teilnehmerstrafbarkeit an dem Grunddelikt des § 223 Abs. 1 StGB. Für die Teilnahme an einer Mordtat unter Verwirklichung objektiver Mordmerkmale kann deshalb nichts anderes gelten als für diejenige an anderen Straftaten, die bestimmte objektive Tatbestandsmerkmale voraussetzen.

\* Die Verf. ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht von Prof. Dr. Schlehofer an der Heinrich-Heine-Universität in Düsseldorf und Autorin.

<sup>1</sup> Wenkel, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, StGB § 211 Rn. 3; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2017, § 4 Rn. 7.

<sup>2</sup> Wenkel (Fn. 1), StGB § 211 Rn. 4.; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 7. Aufl. 2017, § 211 Rn. 3; Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 40. Aufl. 2016, Rn. 101.

<sup>3</sup> Rengier (Fn. 1), § 4 Rn. 7.

<sup>4</sup> Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 38 Rn. 19.

<sup>5</sup> Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 45 Rn. 1.

<sup>6</sup> Kindhäuser (Fn. 4), § 38 Rn. 19.

## II. Subjektive Mordmerkmale, § 211 Abs. 2, 1. und 3. Gruppe StGB

Subjektive Mordmerkmale beziehen sich auf die Person des Täters.<sup>7</sup> Dazu gehören die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe.<sup>8</sup> Diese Mordmerkmale nennen bestimmte Beweggründe und Zwecke, welche der Täter mit der Tötung verfolgt<sup>9</sup> und die der Gesetzgeber als derart unrechts- und schulderhöhend im Sinne des § 46 Abs. 1 S. 1 StGB einordnet, dass er es als schuldangemessen ansieht, eine lebenslange Freiheitsstrafe anzuordnen.<sup>10</sup>

Die erste Gruppe des § 211 Abs. 2 StGB enthält dabei eine Aufzählung spezieller niederer Beweggründe in den Var. 1 bis 4,<sup>11</sup> und in Var. 5 die sonst niederen Beweggründe. Die Formulierung „sonst“ in Var. 5 bringt bereits zum Ausdruck, dass diese lediglich eine Auffangfunktion<sup>12</sup> hat. Erfüllt eine Motivation eine der spezielleren Var. 1 bis 4, so ist nach der Regelung *lex specialis derogat legi generali*<sup>13</sup> diese vorrangig zu prüfen und die sonst niederen Beweggründe sind nicht mehr anzusprechen. Var. 5 hätte nur eigenständige Bedeutung, wenn daneben ein weiteres Motiv vorliegt, welches von keinem der speziellen niederer Beweggründe erfasst ist.<sup>14</sup>

Subjektive Mordmerkmale sind, wie bereits die Bezeichnung vermuten lässt, bei der Prüfung der Strafbarkeit des Täters im subjektiven Tatbestand zu prüfen.<sup>15</sup> Die Prüfung im subjektiven Tatbestand sollte dogmatisch sinnvoll strukturiert werden. Begonnen wird deshalb am besten mit der allgemeinsten subjektiven Deliktsvoraussetzung, nämlich dem Vorsatz, der nach § 15 StGB grundsätzlich immer erforderlich ist, solange das Gesetz nichts anderes bestimmt. Eine Erörterung von subjektiven Mordmerkmalen erübrigt sich nämlich, sollte der Täter bereits den tatbestandlichen Erfolg in nicht zurechenbarer Weise verursacht haben. Im Weiteren ist dann zu fragen, ob sich der Vorsatz auch auf das objektive Mordmerkmal bezogen hat.<sup>16</sup> Denn dieses ist Teil des objektiven Tatbestands, auf den sich der Vorsatz, wie sich im Umkehrschluss aus § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ergibt, vollständig beziehen muss. Erst im Anschluss daran ist zu prüfen, ob darüber hinaus noch (weitere), subjektive Mordmerkmale verwirklicht wurden.<sup>17</sup> Diese Struktur lässt sich in identischer

Weise auf die Strukturierung des Tatentschlusses im Rahmen der Versuchsprüfung<sup>18</sup> übertragen.

Dass die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht streng akzessorisch geprüft wird, liegt daran, dass der Grundsatz der Akzessorität mit § 28 StGB durchbrochen wird.<sup>19</sup>

## III. Anwendungsbereich des § 28 StGB

Sowohl § 28 Abs. 1, als auch § 28 Abs. 2 StGB richten sich nur an besondere persönliche Merkmale. Persönliche Merkmale sind täter- statt tatbezogen.<sup>20</sup> Allein die subjektiven Mordmerkmale beschreiben die Person des Täters<sup>21</sup> und sind solche besonderen persönlichen Merkmale. Für tatbezogene Merkmale – also insbesondere objektive Mordmerkmale – finden weder § 28 Abs. 1 noch § 28 Abs. 2 StGB Anwendung.<sup>22</sup> Zudem sind nur solche persönlichen Merkmale erfasst, welche das Maß an Unrecht und Vorwerfbarkeit, welches § 46 Abs. 1 S. 1 StGB beschreibt, mitbestimmen.<sup>23</sup> Die subjektiven Mordmerkmale erhöhen das Unrecht der Tötung eines anderen Menschen, was in der absoluten Strafandrohung<sup>24</sup> des § 211 Abs. 1 StGB – im Gegensatz zu dem von § 212 Abs. 1 StGB vorgegebenen Strafraum – zum Ausdruck kommt. Damit haben die subjektiven Mordmerkmale Einfluss auf das Schuldmaß. Folglich unterfallen die subjektiven Mordmerkmale dem Anwendungsbereich des § 28 StGB. Je nachdem, welcher der beiden Absätze nun anzuwenden ist, zieht das z.T. unterschiedliche Konsequenzen für die Strafbarkeit des Teilnehmers nach sich. Es geht daher alleinig darum, zu ermitteln, ob für die Teilnehmerstrafbarkeit § 28 Abs. 1 oder § 28 Abs. 2 StGB maßgeblich ist. Damit ist Kern des Streits zwischen Rechtsprechung und Literatur ausschließlich die Frage, ob die subjektiven Mordmerkmale die Strafbarkeit nach § 211 StGB begründen,<sup>25</sup> oder sie schärfen.<sup>26</sup> Im ersten Fall findet § 28 Abs. 1 StGB, im zweiten § 28 Abs. 2 StGB Anwendung. Diese Frage hängt wiederum allein davon ab, ob der Mord als eigener, isolierter Tatbestand<sup>27</sup> einzuordnen ist (§ 28 Abs. 1 StGB), oder als Qualifikation des Totschlags<sup>28</sup> (§ 28 Abs. 2 StGB).

<sup>18</sup> Eisele (Fn. 8), Rn. 76.

<sup>19</sup> Kindhäuser (Fn. 2), § 28 Rn. 2 ff.; Murmann, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2017, § 28 Rn. 12.

<sup>20</sup> Kindhäuser (Fn. 2), § 28 Rn. 8.

<sup>21</sup> Safferling, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 211 Rn. 6.

<sup>22</sup> Kindhäuser (Fn. 8), § 2 Rn. 52.

<sup>23</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 28 Rn. 1.

<sup>24</sup> Wessels/Hettinger (Fn. 2), Rn. 86.

<sup>25</sup> BGHSt 50, 1 (6); 22, 375 (377); 6, 329 (330); 1, 368 (372).

<sup>26</sup> Fischer (Fn. 8), § 211 Rn. 98; Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 211 Rn. 117; Safferling (Fn. 21), § 211 Rn. 87; Schneider (Fn. 10), § 211 Rn. 265; Wessels/Hettinger (Fn. 2), Rn. 154.

<sup>27</sup> BGHSt 50, 1 (6); 22, 375 (377); 6, 329 (330); 1, 368 (372).

<sup>28</sup> Fischer (Fn. 8), § 211 Rn. 98; Neumann/Saliger (Fn. 26), § 211 Rn. 117; Safferling (Fn. 21), § 211 Rn. 87; Schneider

<sup>7</sup> Kindhäuser (Fn. 2), § 211 Rn. 3; Rengier (Fn. 1), § 4 Rn. 7.

<sup>8</sup> BGHSt 1, 368 (371); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 211 Rn. 92; Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2017, Rn. 74; Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 2017, § 2 Rn. 3.

<sup>9</sup> Rengier (Fn. 1), § 4 Rn. 6.

<sup>10</sup> BVerfG 45, 187 (228); Schneider, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 275; Wessels/Hettinger (Fn. 2), Rn. 86.

<sup>11</sup> Schneider (Fn. 10), § 211 Rn. 48.

<sup>12</sup> Schneider (Fn. 10), § 211 Rn. 70.

<sup>13</sup> Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 197.

<sup>14</sup> Rengier (Fn. 1), § 4 Rn. 22a; Kühl, JA 2009, 566.

<sup>15</sup> Rengier (Fn. 1), § 4 Rn. 8.

<sup>16</sup> Rengier (Fn. 1), § 4 Rn. 8.

<sup>17</sup> Rengier (Fn. 1), § 4 Rn. 8.

**IV. § 28 Abs. 1 StGB**

Bringt man mit der Rechtsprechung § 28 Abs. 1 StGB zur Anwendung, ändert sich durch das Fehlen des besonderen persönlichen Merkmals beim Teilnehmer tatbestandlich nichts. Es gelten auf Tatbestandsebene die allgemeinen, zuvor erläuterten Akzessorietätsregeln.<sup>29</sup> Das vom Täter verwirklichte, subjektive Mordmerkmal ist damit Teil der vorsätzlichen Haupttat im objektiven Tatbestand der Teilnahme. Es kommt daher für eine Teilnahme am Mord nur darauf an, dass sich der Vorsatz des Teilnehmers zugleich auch auf das subjektive Mordmerkmal des Täters erstreckte. Der Teilnehmer muss also beispielsweise gewusst haben, dass der Täter aus Habgier handelte. Den Begriff der Tatbestandsverschiebung in Zusammenhang mit § 28 Abs. 1 StGB anzubringen, ist also falsch, weil § 28 Abs. 1 StGB den Tatbestand unverändert lässt. § 28 Abs. 1 StGB wird vielmehr erst auf der Rechtsfolgenseite relevant. Es geht um eine obligatorische Strafmilderung, wenn die Voraussetzung von § 28 Abs. 1 StGB vorliegt. Die Vorschrift führt also lediglich zu einer Verschiebung des Strafrahmens,<sup>30</sup> und das nur dann, wenn das besondere persönliche Merkmal, welches die Strafbarkeit des Haupttäters begründet hat, beim Teilnehmer fehlt. Die Rechtsfolge des § 28 Abs. 1 StGB lässt damit erkennen, dass die Vorschrift eine Strafzumessungsvorschrift<sup>31</sup> ist, denn nur auf Strafzumessungsebene wird relevant, aus welcher Strafandrohung die (ggf.) zuzumessende Strafe zu entnehmen ist.<sup>32</sup> Und weil in § 28 Abs. 1 StGB eine strafzumessungsrelevante Rechtsfolge steht, lässt sich als „Eselsbrücke“ für die Zuordnung zu den Sichtweisen des Meinungsstands merken, dass Strafzumessung etwas ist, was in der Praxis geschieht – also durch die Rechtsprechung praktiziert wird. Die Rechtsprechung wendet demzufolge § 28 Abs. 1 StGB an. Obwohl die Rechtsfolge des § 28 Abs. 1 StGB erst auf Strafzumessungsebene relevant wird, empfiehlt es sich zur besseren Darstellung des ggf. unterschiedlichen Ergebnisses, den Streit über die Anwendung von §§ 28 Abs. 1 oder 2 StGB an einer einheitlichen Stelle im Gutachten im Anschluss an den subjektiven Tatbestand zu erörtern.<sup>33</sup>

**V. § 28 Abs. 2 StGB**

Die Sicht der h.L. muss also § 28 Abs. 2 StGB zur Anwendung bringen. Nach § 28 Abs. 2 StGB kommt es für eine Teilnahme am Mord nicht darauf an, ob der Teilnehmer das subjektive Mordmerkmal des Haupttäters kennt. Vielmehr muss er in eigener Person ein subjektives Mordmerkmal verwirklichen. § 28 Abs. 2 StGB kann also bei entsprechender Fallgestaltung dazu führen, dass sich der Tatbestand

verschiebt.<sup>34</sup> Diese Tatbestandsverschiebung kann den Täter besser, aber auch schlechter stellen.<sup>35</sup> Verwirklichte der Täter also ein subjektives Mordmerkmal, der Teilnehmer jedoch nicht, führt die Anwendung von § 28 Abs. 2 StGB dazu, dass aus der bisher tatbestandlichen Teilnahme am Mord eine Teilnahme am Totschlag wird. Verwirklichte der Haupttäter keinerlei subjektive Mordmerkmale, der Teilnehmer dagegen schon, so führt § 28 Abs. 2 StGB dazu, dass aus der bisher tatbestandlichen Teilnahme am Totschlag eine Teilnahme am Mord wird.

Da es nach § 28 Abs. 2 StGB darauf ankommt, ob der Teilnehmer in eigener Person ein subjektives Mordmerkmal verwirklicht und subjektive Mordmerkmale Teil des subjektiven Tatbestandes sind,<sup>36</sup> erscheint es konsequent, die Prüfung der Voraussetzungen von § 28 Abs. 2 StGB im subjektiven Tatbestand der Teilnahme zu verorten. Gegen eine dort erfolgende einheitliche Abhandlung des Streits ist jedoch einzuwenden, dass § 28 Abs. 1 StGB sachlich mit dem subjektiven Tatbestand in keiner Verbindung steht (siehe oben IV.). Aus diesem Grund empfiehlt sich, die einheitliche Abhandlung unter einem eigenen Prüfungspunkt im Anschluss an den subjektiven Tatbestand vorzunehmen.<sup>37</sup>

**VI. Sonderfall gekreuzte Mordmerkmale**

Ein Sonderfall bildet die Fallgruppe der sog. gekreuzten Mordmerkmale. Bei dieser Konstellation fehlt dasjenige besondere persönliche Merkmal, welches der Haupttäter aufweist, beim Teilnehmer.<sup>38</sup> Der Teilnehmer weist in eigener Person dafür aber ein anderes subjektives Mordmerkmal auf, welches im Unrechtsgehalt dem des Haupttäters in nichts nachsteht.<sup>39</sup>

*1. Die Problematik der Rechtsprechungsauffassung*

Würde die Rechtsprechung § 28 Abs. 1 StGB konsequent anwenden, so fehlt – nach dem Wortlaut des § 28 Abs. 1 StGB – dasjenige Mordmerkmal, welches die Strafbarkeit des Haupttäters begründet hat, beim Teilnehmer. Demzufolge müsste sie nun, und zwar zwingend, die Strafmilderung zur Anwendung bringen. Denn seiner Formulierung nach gibt § 28 Abs. 1 StGB kein Ermessen, sondern enthält eine gebundene Entscheidung (Wortlaut: „ist ... zu mildern“). Gegen eine solch strikte Anwendung der Rechtsfolge von § 28 Abs. 1 StGB ist jedoch einzuwenden, dass die Strafe nach § 46 Abs. 1 S. 1 StGB schuldangemessen<sup>40</sup> sein muss. Verwirklicht der Teilnehmer ein anderes, gleichartiges subjektives

(Fn. 10), § 211 Rn. 265; *Wessels/Hettinger* (Fn. 2), Rn. 154; *Küper*, JZ 1991, 861 (865).

<sup>29</sup> BGHSt 50, 1 (5).

<sup>30</sup> *Kindhäuser* (Fn. 2), § 28 Rn. 2; *Murmann* (Fn. 19), § 28 Rn. 12; *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 7.

<sup>31</sup> *Fischer* (Fn. 8), § 28 Rn. 7; *Küper*, JZ 2006, 1157 (1158).

<sup>32</sup> *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Auflage 2014, S. 163.

<sup>33</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 13; *Vietze*, Jura 2003, 394 (398).

<sup>34</sup> BGHSt 55, 229 (231); *Ingelfinger*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Fn. 1), StGB § 28 Rn. 10; *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 4.

<sup>35</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 11.

<sup>36</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 4 Rn. 7.

<sup>37</sup> *Rengier* (Fn. 1), § 5 Rn. 13; *Vietze*, Jura 2003, 394 (398).

<sup>38</sup> *Kindhäuser* (Fn. 8), § 2 Rn. 59; *Vietze*, Jura 2003, 394 (396).

<sup>39</sup> *Kindhäuser* (Fn. 8), § 2 Rn. 59; *Vietze*, Jura 2003, 394 (396).

<sup>40</sup> BVerfG 50, 5 (12); 20, 323 (331).

ves Mordmerkmal als der Haupttäter in eigener Person, würde aber gleichwohl der Zumessung seiner Strafe der nunmehr über §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB gemilderte Strafraum zugrunde gelegt, so könnte die Strafe des Teilnehmers nur dem Bereich innerhalb der sich dadurch ergebende, neuen Ober- und Untergrenze des Strafraums entnommen werden. Das würde indessen dazu führen, dass die Strafe für den Teilnehmer nicht mehr schuldangemessen ist, weil das Maß an Unrecht und Vorwerfbarkeit<sup>41</sup> der Teilnahme durch Verwirklichung des anderen subjektiven Mordmerkmals genauso hoch ist, wie in dem Fall, in dem der Teilnehmer das subjektive Mordmerkmal des Täters verwirklicht. Die konsequente Anwendung der Rechtsfolge des § 28 Abs. 1 StGB führt also zu einer nicht mehr schuldangemessenen Strafe und damit zu einem Verstoß gegen § 46 Abs. 1 S. 1 StGB als einfachgesetzliche Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.<sup>42</sup> Diesen Schritt geht die Rechtsprechung aber nicht. Da sie über Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG als Judikative an die Grundrechte und die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gebunden ist, versucht sie nunmehr durch ihre Inkonsistenz, diesen Verstoß zu vermeiden. Sie versagt deshalb dem Teilnehmer die eigentlich nach § 28 Abs. 1 StGB obligatorische Strafmilderung<sup>43</sup> mit der Argumentation, dass er in eigener Person ein anderes subjektives Mordmerkmal erfüllt, das einen gleichartigen Unrechtsgehalt<sup>44</sup> aufweist. Diese Rechtsfolge sieht § 28 Abs. 1 StGB aber gar nicht vor.<sup>45</sup> Die Rechtsprechung befände sich nicht in dem aufgezeigten Konflikt, würde sie wie die h.L. § 28 Abs. 2 StGB zur Anwendung bringen.

## 2. Die Lösung über § 28 Abs. 2 StGB

Die h.L. führt dagegen über § 28 Abs. 2 StGB zu einem strukturierteren und systematisch stimmigeren Ergebnis. Verwirklicht der Teilnehmer ein anderes subjektives Mordmerkmal als der Haupttäter, ist zunächst festzustellen, dass dasjenige subjektive Mordmerkmal, welches der Haupttäters in eigener Person verwirklichte, beim Teilnehmer fehlt. Es kommt also zu einer Tatbestandsverschiebung von einer Teilnahme am Mord hin zu einer Teilnahme am Totschlag. Dabei bleibt es aber nicht, denn § 28 Abs. 2 StGB legt fest, dass es für eine Strafschärfung durch besondere persönliche Merkmale darauf ankommt, ob diese in der Person des Teilnehmers vorliegen. Nach § 28 Abs. 2 StGB ist es somit durchaus denkbar, dass der Teilnehmer ein anderes subjektives Mordmerkmal erfüllt, welches dann aus der tatbestandlichen Teilnahme am Totschlag wiederum eine tatbestandliche Teilnahme am Mord macht. Es kommt also zu einer weiteren Tatbestandsverschiebung.

## VII. Weitere strafzumessungsrechtliche Probleme infolge der Anwendung von § 28 Abs. 1 StGB

Im Hinblick auf das Erfordernis der Schuldangemessenheit der Strafe in § 46 Abs. 1 S. 1 StGB ergeben sich durch die Anwendung von § 28 Abs. 1 StGB weitere Probleme hinsichtlich der Bestimmung des maßgeblichen Strafraums, dem die zuzumessende Strafe zu entnehmen ist.

### 1. Doppelte Strafmilderung

Neben § 28 Abs. 1 StGB beinhaltet der allgemeine Teil des StGB weitere Vorschriften, welche eine zwingende Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB anordnen. Treffen zwei unterschiedliche, obligatorische Strafmilderungsgründe zusammen, so ist die Strafe doppelt zu mildern.<sup>46</sup> Dem steht § 50 StGB nicht entgegen, denn die Vorschrift untersagt nur die doppelte Verwertung desselben Umstandes.<sup>47</sup> Eine obligatorische Strafmilderung ergibt sich aus den §§ 30 Abs. 1 S. 2, 49 Abs. 1 StGB hinsichtlich des Versuchs der Anstiftung.<sup>48</sup> Ebenso legt § 27 Abs. 2 S. 2 StGB für die Beihilfe zwingend fest,<sup>49</sup> dass die Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB zu mildern ist. In Zusammenhang mit § 211 StGB sind deshalb Fälle denkbar, in denen die Strafe für die Teilnahme am Mord, möchte man der Rechtsprechung folgen, nicht nur nach §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB, sondern zudem nach den §§ 30 Abs. 1 S. 2, 49 Abs. 1 StGB bzw. den §§ 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 StGB zu mildern ist.

#### a) Rechtliche Konsequenzen der doppelten Strafmilderung am Beispiel des § 30 Abs. 1 S. 2 StGB

Stellt man sich die Konstellation einer versuchten Anstiftung zur Tötung vor, so belässt die Rechtsprechung in Anwendung von § 28 Abs. 1 StGB den Tatbestand bei einer versuchten Anstiftung zum Mord, wenn der Teilnehmer das subjektive Mordmerkmal, welches der Täter verwirklicht hätte, kannte.<sup>50</sup> Allerdings ist nach §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB der Strafraum zu mildern, wenn der Teilnehmer in eigener Person kein subjektives Mordmerkmal erfüllt. § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB ordnet nunmehr an, dass anstelle der Rechtsfolge der lebenslangen Freiheitsstrafe in § 211 Abs. 1 StGB Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren tritt. § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB gibt also das Mindestmaß des Strafraums vor, innerhalb dessen nunmehr die Strafzumessung zu erfolgen hat. Über das Höchstmaß trifft § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB keine Aussage, dieses ist deshalb der allgemeinen Vorschrift des § 38 Abs. 2 StGB zu entnehmen und beträgt fünfzehn Jahre. Zusätzlich ordnet aber § 30 Abs. 2 S. 2 StGB für die versuchte Anstiftung ebenfalls eine Strafmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB an. Der bereits gemilderte Strafraum ist deshalb

<sup>41</sup> v. Heintschel-Heinegg, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.8.2017, § 46 Rn. 2; Meier (Fn. 32), S. 186.

<sup>42</sup> BVerfG 110, 1 (13).

<sup>43</sup> Kindhäuser (Fn. 8), § 2 Rn. 59.

<sup>44</sup> BGHSt 50, 1 (5); 23, 39.

<sup>45</sup> Küper, JZ 1991, 862 (865).

<sup>46</sup> Kindhäuser (Fn. 2), § 49 Rn. 7; § 50 Rn. 7; Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 19), § 49 Rn. 21.

<sup>47</sup> Seebode, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwalt-Kommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 50 Rn. 2; Fischer (Fn. 8), § 50 Rn. 2.

<sup>48</sup> Seebode (Fn. 47), § 49 Rn. 3; Fischer (Fn. 8), § 49 Rn. 3.

<sup>49</sup> Seebode (Fn. 47), § 49 Rn. 3; Fischer (Fn. 8), § 49 Rn. 3.

<sup>50</sup> BGHSt 50, 1 (5).

erneut zu mildern, diesmal nach §§ 30 Abs. 1 S. 2, 49 Abs. 1 Nrn. 2, 3 StGB. Das neue Höchstmaß beträgt deshalb nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB elf Jahre und drei Monate. Das Mindestmaß beträgt nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB nunmehr sechs Monate.

Nach der Literatur, die § 28 Abs. 2 StGB zur Anwendung bringt, verschiebt sich der Tatbestand der versuchten Anstiftung zum Mord hin zu einer versuchten Anstiftung zum Totschlag. Die Strafe ist nach den §§ 30 Abs. 1 S. 2, 49 Abs. 1 Nrn. 2, 3 StGB zu mildern. Das Mindestmaß des Totschlags beträgt nach § 212 Abs. 1 StGB regulär fünf Jahre und senkt sich nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB auf zwei Jahre ab. Das bisherige Höchstmaß von fünfzehn Jahren (§§ 212 Abs. 1, 38 Abs. 2 StGB) wird nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB in elf Jahre und drei Monate geändert.

Die Anwendung von § 28 Abs. 1 StGB durch die Rechtsprechung führt also dazu, dass das Mindestmaß des Strafrahmens, dem die Strafe für die versuchte Anstiftung am Mord entnommen wird, im Vergleich zu dem Mindestmaß, welches bei der versuchten Anstiftung zum Totschlag die Untergrenze im Strafrahmen bildet, deutlich abgesenkt ist.<sup>51</sup> Damit steht derjenige, der der versuchten Anstiftung am Mord für schuldig befunden wurde, strafzumessungsrechtlich nun besser, als er bei einer versuchten Anstiftung zum Totschlag stünde,<sup>52</sup> denn der strafzumessungsrechtliche Spielraum des Richters wird durch das abgesenkte Mindestmaß beträchtlich erweitert. Es ist also denkbar, dass derjenige, der sich einer versuchten Anstiftung zum Mord schuldig gemacht hat, eine geringere Strafe erhält als derjenige, der einer versuchten Anstiftung am Totschlag für schuldig befunden wurde. Vor dem Hintergrund, dass sich das Schuldmaß der versuchten Anstiftung zum Mord zusammensetzt aus dem Unrecht der versuchten Anstiftung zur Tötung und dem der Kenntnis des subjektiven Mordmerkmals des Täters, und damit dasjenige der versuchten Anstiftung zum Totschlag übersteigt, erscheint das mit Blick auf § 46 Abs. 1 S. 1 StGB wenig sachgerecht.

#### *b) Sperrwirkung des Mindestmaßes der versuchten Anstiftung am Totschlag*

Die Rechtsprechung versucht diese sich aus der Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB ergebenden Wertungswidersprüche<sup>53</sup> durch eine Korrektur der Rechtsfolgen zu lösen. Das Mindestmaß des Strafrahmens des zurücktretenden Delikts (versuchte Anstiftung zum Totschlag) soll eine Sperrwirkung hinsichtlich des Mindestmaßes der versuchten Anstiftung zum Mord entfalten.<sup>54</sup> Damit gelingt es der Rechtsprechung zwar, den Wertungswiderspruch nachträglich zu beseitigen, jedoch nicht, ohne sich in logische Widersprüche zu verwickeln.<sup>55</sup> Sie begründet die Übertragung dieses Instituts aus der Konkurrenzlehre damit, dass der Unrechtsgehalt des

Totschlags im Mord enthalten sei,<sup>56</sup> betont aber gleichzeitig die Eigenständigkeit der beiden Straftatbestände.<sup>57</sup> Geht man von der Eigenständigkeit der beiden Strafnormen aus, besteht bereits kein Konkurrenzverhältnis, da entweder § 211 StGB oder § 212 StGB verwirklicht wurde.<sup>58</sup> Ohne Konkurrenzverhältnis lässt sich dogmatisch die Übertragung des konkurrenzrechtlichen Instituts der Sperrwirkung der Mindeststrafe des zurücktretenden Delikts nicht erklären.

#### *c) Sperrwirkung des Mindestmaßes der Beihilfe am Totschlag*

Das Problem der doppelten Strafmilderung stellt sich, bringt man § 28 Abs. 1 StGB zur Anwendung, auch bei der Beihilfe zum Mord. Auch hier führt die doppelte Strafmilderung über die §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 und §§ 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 StGB dazu, dass sich für die Beihilfe zum Mord ein Mindestmaß von sechs Monaten nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB und ein Höchstmaß von elf Jahren und drei Monaten nach § 49 Abs. 1 Nrn. 1, 2 StGB ergibt. Bringt man dagegen § 28 Abs. 2 StGB zur Anwendung, so läge tatbestandlich eine Beihilfe zum Totschlag vor. Die Strafe würde sich nur einmalig nach §§ 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 StGB mildern. Das Mindestmaß der Freiheitsstrafe würde nach § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB zwei Jahre, ihr Höchstmaß nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB elf Jahre und drei Monate betragen. Auch im Rahmen der Beihilfe strafbarkeit ist das Mindestmaß der Freiheitsstrafe bei der Beihilfe am Mord deutlich abgesenkt im Vergleich zur Beihilfe am Totschlag, sodass derselbe Wertungswiderspruch (siehe oben VII. 1.) besteht, den die Rechtsprechung ebenfalls versuchen müsste, über das Institut der Sperrwirkung zu korrigieren.<sup>59</sup>

#### *2. Korrektur über konstruierten Teilnehmervorsatz bezüglich tatbezogener Mordmerkmale*

Tendenzen, die obligatorische Rechtsfolge der Strafmilderung in § 28 Abs. 1 StGB zu umgehen, finden sich auch auf Tatbestandsebene. Aus dem Umstand, dass der Teilnehmer, der selbst kein subjektives Mordmerkmal verwirklichte, einen Auftragsmörder mit der Ausführung der Tat beauftragt hat, hat die Rechtsprechung den Schluss gezogen, dass der Auftraggeber zugleich auch zumindest billigend in Kauf genommen hat, dass der Täter die Tat heimtückisch begeht, weil dies bei Auftragsstötungen in aller Regel geschehe und damit den Teilnehmervorsatz bezüglich des objektiven Mordmerkmals begründet.<sup>60</sup> Da auf tatbezogene Merkmale § 28 StGB nicht anwendbar ist,<sup>61</sup> erübrigt sich mit derartiger Argumentation auch jegliche Diskussion über eine Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB oder deren Korrektur.<sup>62</sup> Fraglich bleibt bei diesem Lösungsansatz jedoch, wie das zurechen-

<sup>51</sup> BGH NStZ 2006, 34 (35).

<sup>52</sup> BGH NStZ 2006, 34 (35); Rengier (Fn. 1), § 5 Rn. 12; Puppe, NStZ 2006, 290.

<sup>53</sup> BGH NStZ 2006, 288 (290); BGH NStZ 2006, 34 (35).

<sup>54</sup> BGH NStZ 2006, 288 (290); BGH NStZ 2006, 34 (35).

<sup>55</sup> Puppe, NStZ 2006, 290.

<sup>56</sup> BGH NStZ 2006, 288 (290).

<sup>57</sup> BGH NStZ 2006, 288 (290).

<sup>58</sup> Puppe, NStZ 2006, 290.

<sup>59</sup> BGH, Beschl. v. 13.10.2004 – 2 StR 206/04, = BGH HRRS 2004, Nr. 934, Rn. 1 f.

<sup>60</sup> BGHSt 50, 1 (7).

<sup>61</sup> Kindhäuser (Fn. 8), § 2 Rn. 52.

<sup>62</sup> Puppe, JZ 2005, 902 (904).

bare Bestimmen des Täters zur Haupttat im objektiven Tatbestand der Anstiftung bejaht werden kann.<sup>63</sup> Erforderlich ist für den objektiven Anstiftungstatbestand, dass das Bestimmungsverhalten ein rechtlich missbilligtes Risiko dafür geschaffen hat, dass der Täter die Haupttat begeht.<sup>64</sup> Für ein rechtlich missbilligtes Bestimmen genügen keine allgemein gehaltenen Äußerungen,<sup>65</sup> sondern es ist vielmehr erforderlich, dass sich diese auf eine Haupttat beziehen, welche dadurch zumindest in ihrem wesentlichen Unrechtsgehalt erfassbar wird.<sup>66</sup> Ein rechtlich missbilligtes Risiko dafür, dass ein anderer einen heimtückischen Mord begeht, wird damit nicht allein dadurch geschaffen, dass aus dem Bestimmungsverhalten der Auftrag hinsichtlich der Tötung eines anderen Menschen zu entnehmen ist. Das Bestimmungsverhalten erfasst dann zwar den wesentlichen Unrechtsgehalt des § 212 Abs. 1 StGB, nicht aber den des heimtückischen Mordes in § 211 Abs. 2, 2. Gruppe, Var. 1 StGB, weil erst das Unrecht der Tötung und das Unrecht der Verwirklichung des objektiven Mordmerkmals zusammen der Haupttat ihr Gepräge als Mord geben. Demnach wäre eine Anstiftung zum heimtückischen Mord bereits an der fehlenden objektiven Zurechenbarkeit des Bestimmens<sup>67</sup> abzulehnen.

### VIII. Herleitung der Argumentation aus der Gesetzesauslegung

Ob subjektive Mordmerkmale die Strafbarkeit begründen oder sie schärfen, hat also entscheidende Auswirkungen auf die Lösung des Sachverhalts und die strafzumessungsrechtlichen Rechtsfolgen. Deshalb soll im Folgenden auf die wesentlichen Argumente eingegangen werden, welche gegen oder für die Einordnung des § 211 StGB als Qualifikation des § 212 StGB sprechen. Diese sind im Wege der Auslegung des Gesetzes ermittelbar.

#### 1. Mord als eigener Tatbestand

Zunächst sollen auf diese Art die Argumente ermittelt werden, die für die Einordnung des § 211 StGB als eigenen Tatbestand sprechen.

##### a) Wortlautauslegung unter Einbeziehung der Systematik

§ 211 ist wie folgt formuliert: „Mörder ist, wer [...]“ Diese Formulierung kann verglichen werden mit der des § 212 Abs. 1 StGB. Dort steht im Wortlaut der Zusatz „ohne Mörder zu sein“. Ergänzend spricht § 213 StGB, der für den Totschlag im minder schweren Fall eine Strafzumessungsvorschrift regelt, im Wortlaut vom „Totschläger“. Die Formulierung deutet also auf zwei unterschiedliche Tätertypen

hin,<sup>68</sup> was die Selbstständigkeit der beiden Tatbestände<sup>69</sup> indiziert.

Vergleichend können darüber hinaus die §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB herangezogen werden. § 223 Abs. 1 StGB normiert die einfache Körperverletzung. Die Qualifikation § 224 Abs. 1 StGB formuliert: „Wer die Körperverletzung begeht [...]“. § 224 Abs. 1 StGB nennt damit die Deliktsbezeichnung des Grundtatbestands im Wortlaut. Dies findet sich auch bei anderen Qualifikationstatbeständen im StGB. Aus dem Bereich der Vermögensdelikte können exemplarisch der Grundtatbestand der Erpressung in § 253 StGB und die räuberische Erpressung in § 255 StGB als Qualifikation herangezogen werden. Auch hier legt § 253 StGB fest, welches Verhalten genau eine Erpressung darstellt. § 255 StGB als Qualifikation bezieht sich im Wortlaut auf „die Erpressung“ und erwähnt den Grundtatbestand. Dieselbe Formulierung findet sich ebenso bei § 244 Abs. 1 StGB, der den Grundtatbestand des Diebstahls (§ 242 Abs. 1 StGB) erwähnt. § 211 StGB beinhaltet jedoch eine Formulierung, die von der üblichen Formulierung eines Qualifikationstatbestands abweicht. Hätte der Gesetzgeber also den Mord als Qualifikation des Totschlags gesehen, so hätte er dies zweifelsfrei durch die Formulierung: „Wer den Totschlag begeht, indem er [...]“ ausdrücken können. Dann wäre das Grunddelikt Totschlag im Mordtatbestand nach dem ermittelten Muster bezeichnet. Der von der üblichen Formulierung von Qualifikationstatbeständen abweichende Wortlaut des § 211 StGB spricht deshalb dafür, dass der Gesetzgeber den Mord als eigenen, von § 212 StGB isolierten Tatbestand gesehen hat.

##### b) Systematische Auslegung

Auf Ebene der Systematik lässt sich ein weiteres Argument finden. Vergleicht man die Reihenfolge der §§ 211, 212 StGB mit anderen Grundtatbeständen und Qualifikationen, so fällt auf, dass – wäre § 211 StGB eine Qualifikation des § 212 StGB – bei den Straftaten gegen das Leben der Qualifikationstatbestand vor dem Grundtatbestand normiert ist. Dies widerspricht der vom Gesetzgeber in den meisten anderen Abschnitten des StGB üblicherweise gewählten Reihenfolge, dem Grundtatbestand die Qualifikation nachfolgen zu lassen. Als Vergleich können wiederum die §§ 223 (Grundtatbestand), 224 Abs. 1 (Qualifikation) StGB, sowie die §§ 242 Abs. 1 (Grundtatbestand), 244 Abs. 1 (Qualifikation) StGB und §§ 253 (Grundtatbestand), 255 (Qualifikation) StGB herangezogen werden.

#### 2. Mord als Qualifikation des Totschlags

Nunmehr sollen im Wege der Auslegung des § 211 StGB auch die Gründe ermittelt werden, die für eine Einordnung des Mordes als Qualifikation des Totschlags sprechen.

<sup>63</sup> Kühl (Fn. 23), § 26 Rn. 5; Puppe, JZ 2005, 902 (904).

<sup>64</sup> Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 188; Herzberg, JuS 1987, 617 (621); Weßlau, ZStW 104 (1992), 105 (129).

<sup>65</sup> BGHSt 34, 63 (66); Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, Kap. 24 Rn. 24.

<sup>66</sup> Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 136.

<sup>67</sup> Herzberg, JuS 1987, 617 (621).

<sup>68</sup> Deckers/Fischer/König/Bernsmann, NSTZ 2014, 9 (10, 15); Geilen, JR 1980, 309 (311).

<sup>69</sup> BGHSt 1, 368 (370).

## a) Wortlautauslegung

Denkbar wäre auch, dass der Gesetzgeber die Formulierung des § 211 StGB anders als bei Qualifikationen üblich gewählt und auf die Bezeichnung des Totschlags als Grunddelikt verzichtet hat (siehe oben VIII. 1. a), weil er den besonderen Unrechtsgehalt des § 211 StGB zum Ausdruck bringen wollte. § 211 StGB enthält statt eines Strafrahmens auf Rechtsfolgenseite eine absolute Strafandrohung. Das Maß an Unrecht und Vorwerfbarkeit,<sup>70</sup> welches § 211 StGB beschreibt, ist also so hoch, dass die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nach § 46 Abs. 1 S. 1 StGB grundsätzlich schuldangemessen<sup>71</sup> ist. Insofern könnte man aus der Formulierung des § 211 „Mörder ist, wer [...]“ nicht den Schluss ziehen, dass der Gesetzgeber den Mord zugleich als eigenen Tatbestand verstanden wissen wollte. Vielmehr wäre der Wortlaut dann ein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber die besondere Schwere des Deliktsunrechts sprachlich deutlich herausstellen wollte.

Als tatbestandsmäßiges Verhalten stellt § 211 Abs. 2 StGB im Kern dasselbe Verhalten wie § 212 unter Strafe, nämlich „einen Menschen töten“. § 211 StGB enthält im Gegensatz zu § 212 StGB jedoch weitere Tatbestandsmerkmale, welche das Maß an Unrecht und Vorwerfbarkeit<sup>72</sup> erhöhen und damit zu einer höheren, nämlich absoluten Strafandrohung führen. Sofern dies die typische Regelungsstruktur eines Qualifikationstatbestandes wäre, spräche dies dafür, auch den Mord als Qualifikation des Totschlags einzuordnen. Als vergleichendes Beispiel soll erneut die gefährliche Körperverletzung in § 224 Abs. 1 StGB dienen. Diese setzt das Unrecht des Grundtatbestands § 223 Abs. 1 StGB voraus, benennt aber zusätzliche Tatbegehungsvarianten, die das Unrecht des Grundtatbestands erhöhen. § 224 Abs. 1 StGB ordnet deshalb eine vom Grundtatbestand abweichende, im Mindest- und Höchstmaß der Freiheitsstrafe höhere Strafandrohung an. Ebenso ist dies bei den Qualifikationen der §§ 244, 255, 250 StGB, welche das Unrecht des jeweils zugehörigen Grundtatbestandes in sich aufnehmen, darüber hinaus jedoch unrechtserhöhende Umstände benennen. Dass der Qualifikationstatbestand das Unrecht des Grundtatbestandes beinhaltet, darüber hinaus aber zusätzliche Tatbestandsmerkmale beschreibt, welche das Unrecht erhöhen und deshalb in der Rechtsfolge zu einer anderen Strafandrohung führen,<sup>73</sup> ist also typisch für Qualifikationstatbestände des StGB. Es ist kaum vorstellbar, dass der Gesetzgeber diese Struktur gerade bei §§ 211, 212 StGB durchbrochen haben sollte. Für die Einordnung des § 211 StGB als Qualifikation

des § 212 StGB spricht deshalb, dass auch § 211 StGB das Unrecht des Totschlags beinhaltet.<sup>74</sup>

## b) Systematische Auslegung

Die Reihenfolge der §§ 211, 212 StGB spricht auch nicht zwangsläufig gegen die Einordnung des Mordes als Qualifikation des Totschlags. Zwar stellt das Gesetz § 211 StGB voran, was im Vergleich mit anderen Grundtatbeständen und Qualifikationen eher unüblich ist. Dies kann aber genauso Ausdruck des besonderen Unrechtsgehalts des § 211 StGB sein, den der Gesetzgeber durch die Voranstellung des § 211 StGB zum Ausdruck bringen wollte.<sup>75</sup> In der Gesamtheit der Straftatbestände gegen das Leben würde der Mord mit seiner absoluten Strafandrohung nahezu untergehen, würde er erst nach dem Totschlag normiert. Im Übrigen ließe sich dann auch die Reihenfolge der übrigen Straftatbestände gegen das Leben in Frage stellen. Wollte man die Straftatbestände im 16. Abschnitt nach der Schwere der Rechtsgutsbeeinträchtigung aufeinander folgen lassen, so müsste der neue § 217 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt<sup>76</sup> die vorsätzlichen Delikte gegen das Leben anführen. Erst dann würden die Tötung auf Verlangen, der Totschlag samt Privilegierung und zuletzt der Mord folgen. Die Reihenfolge der übrigen Delikte wurde aber selbst im Zuge der Einführung des § 217 StGB<sup>77</sup> nicht in Frage gestellt. Es spricht also deutlich mehr dafür, dass der Gesetzgeber den Mord wegen des in der absoluten Strafandrohung zum Ausdruck kommenden, besonderen Unrechtsgehaltes an den Anfang der Straftaten gegen das Leben gestellt hat.<sup>78</sup>

Auch aus anderem Grund scheint die Reihenfolge der Tatbestände §§ 211, 212 StGB kein durchgreifendes Argument. Im Verhältnis von § 249 StGB (Raub) und § 253 StGB (Erpressung) geht die Rechtsprechung selbst davon aus, dass die Erpressung der Grundtatbestand des Raubes sei.<sup>79</sup> Dann wäre aber auch im 20. Abschnitt die Qualifikation vor dem Grundtatbestand geregelt. Ungeachtet dessen, ob man für das Verhältnis von §§ 249 und 253 StGB der Rechtsprechung folgen möchte, belegt die Ansicht der Rechtsprechung doch, dass sie selbst also davon auszugehen scheint, dass im Strafgesetzbuch eine andere Reihenfolge der Tatbestände der Einordnung als Qualifikation nicht entgegensteht.

## c) Historische Auslegung

Das einzige Argument, welches sich nicht aus dem Gesetz ableiten lässt und deshalb in der Klausur bekannt sein sollte, ist der Historie des § 211 StGB zu entnehmen. Der Mordtatbestand ist mit der heutigen Formulierung im September 1941 in das Strafgesetzbuch gelangt.<sup>80</sup> Die Formulierung des

<sup>70</sup> v. Heintschel-Heinegg (Fn. 41), § 46 Rn. 2; Meier (Fn. 32), S. 186.

<sup>71</sup> BVerfG 45, 187 (228); Schneider (Fn. 10), § 211 Rn. 275; Wessels/Hettinger (Fn. 2), Rn. 86.

<sup>72</sup> v. Heintschel-Heinegg (Fn. 41), § 46 Rn. 2; Meier (Fn. 32), S. 186.

<sup>73</sup> Steinmetz/Laue, in: Dölling/Duttge/Rössner (Fn. 1), StGB § 52 Rn. 3; Kindhäuser (Fn. 4), § 8 Rn. 6 f.; Rengier (Fn. 5), § 8 Rn. 19.

<sup>74</sup> Kraatz, Jura 2006, 613 (618).

<sup>75</sup> Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vorb. §§ 211 ff. Rn. 1, 5.

<sup>76</sup> Wenkel (Fn. 1), StGB § 217 Rn. 3.

<sup>77</sup> BT-Drs. 18/5373.

<sup>78</sup> Kraatz, Jura 2006, 613 (618).

<sup>79</sup> RGSt 4, 429 (432); BGHSt 14, 386 (390).

<sup>80</sup> RGBI. I 1941, S. 549.

§ 211 StGB „Mörder ist [...]“ geht zurück auf die vor allem zur Zeit des Nationalsozialismus vertretene Tätertypenlehre.<sup>81</sup> Sie ist mit dem modernen Rechtsstaat nicht mehr vereinbar und aus diesem Grunde überholt.<sup>82</sup> Aus dem aus der Formulierung hervorgehenden Tätertypus „Mörder“ im Gegensatz zu dem des „Totschlägers“ in § 213 StGB kann deshalb nicht gefolgert werden, dass der Mord ein isolierter Tatbestand ist.

#### d) Teleologische Auslegung

Der Sinn und Zweck der Vorschrift erschließt sich erst durch eine genaue Auslegung der Vorschrift über die anderen Auslegungskriterien.<sup>83</sup> Aus dem Wortlaut ergibt sich, dass § 211 StGB die Tötung eines anderen Menschen unter Strafe stellt. Genau wie § 212 StGB, der dies ebenfalls tut, schützt § 211 StGB damit das Leben des Opfers.<sup>84</sup> Die Tatbestände §§ 211, 212 StGB dienen somit dem Schutz desselben Rechtsgutes, wie dies bei Qualifikationen und Grundtatbeständen üblich ist. So schützen §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 StGB jeweils die körperliche Unversehrtheit<sup>85</sup> und §§ 242 Abs. 1, 244 Abs. 1 StGB schützen beiderseits im Kern das Eigentum.<sup>86</sup> Der identische Schutzzweck der Vorschriften spricht also ebenfalls für ein Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation.

#### IX. Fazit

Insgesamt sprechen also die überzeugenderen Gründe für die h.L. und damit zugleich auch für die Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB. Die Rechtsprechung hat dies in einem obiter dictum<sup>87</sup> auch anklingen lassen und damit eine Annäherung an die h.L. vollzogen. Ob es tatsächlich noch zu einem Wechsel der Rechtsprechung kommen wird, bleibt abzuwarten. Jedenfalls die geplante Reform der Tötungsdelikte wird – sollte der neue Tatbestand der Tötung tatsächlich in der im Antrag an den Bundestag vom 17.6.2015<sup>88</sup> vorgeschlagenen Fassung Gesetz werden – den Streit aber endgültig beilegen können.

<sup>81</sup> Safferling (Fn. 21), § 211 Rn. 4; Rengier (Fn. 1), § 3 Rn. 1; Geppert, Jura 2008, 34 (38).

<sup>82</sup> BVerfG 45, 187 (269); Safferling (Fn. 21), § 211 Rn. 4; Rengier (Fn. 1), § 3 Rn. 1; Geppert, Jura 2008, 34 (38).

<sup>83</sup> Reimer (Fn. 13), Rn. 364.

<sup>84</sup> Fischer (Fn. 8), § 211 Rn. 1.

<sup>85</sup> Fischer (Fn. 8), § 223 Rn. 2.

<sup>86</sup> Fischer (Fn. 8), § 242 Rn. 2; Duttge, in: Dölling/Duttge/Rössner (Fn. 1), StGB § 244 Rn. 1.

<sup>87</sup> BGH, Beschl. v. 10.1.2006 – 5 StR 341/05 = BGH NJW 2006, 1008 (1013).

<sup>88</sup> BT-Drs. 18/5214.