Wiss. Mit. Bettina Röwer, Universität Greifswald*

Das Verhältnis von Mord und Totschlag: Auswirkungen auf die Teilnehmerhaftung

Hat sich ein Täter wegen Mordes strafbar gemacht, stellt sich die Frage, wie der Beitrag des Teilnehmers zu bewerten ist. Ist er wegen Teilnahme am Mord oder wegen Teilnahme am Totschlag strafbar? Genügt es, dass der Täter Mordmerkmale verwirklicht oder muss auch der Teilnehmer ein eigenes Mordmerkmal aufweisen?

In diesem Beitrag sollen die Probleme im Bereich der Teilnehmerhaftung bei Tötungsdelikten dargestellt und Lösungen aufgezeigt werden. Zunächst wird der bisherige Streitstand mit seinen Auswirkungen auf die Teilnehmerhaftung untersucht und anhand einiger Beispiele erläutert. Anschließend werden die Entwicklungen in der Rechtsprechung und insbesondere das Urteil des 5. Strafsenats des *Bundesgerichtshofs (BGH)* vom 10.01.2006 vorgestellt.

I. Bisheriger Streitstand

Seit seiner Entscheidung im Jahr 1951[1] geht der *BGH* von einer Selbständigkeit der Tatbestände des Mordes (§ 211 StGB[2]) und des Totschlags (§ 212) aus.[3] Mörder ist, wer einen anderen Menschen tötet und zudem mindestens eines der in § 211 II genannten Mordmerkmale erfüllt. Totschläger ist, wer einen anderen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein. Das Gesetz spricht also vom Mörder und vom Totschläger. Nach Ansicht des *BGH* ergibt sich daher schon aus dem Wortlaut des § 212 „ohne Mörder zu sein", dass ein Mörder kein Totschläger sei. Eine Tötung mit der Begehungsweise des § 211 werde vom Gesetz nicht als schwerer Fall der Tötung, sondern als Mord bezeichnet, so dass Mord und Totschlag zweierlei Unrechtstatbestände seien und selbständig nebeneinander stünden. Ebenso wie die Tatbestände des Mordes und Totschlags sei auch die in § 216 normierte Tötung auf Verlangen ein selbständiges, neben den §§ 211, 212 stehendes Delikt.[4] Für eine Selbständigkeit spreche insbesondere auch die Gesetzessystematik. Der Qualifikationstatbestand werde im Gesetz stets *nach* dem Grunddelikt geregelt. Der Mord stünde im Gesetz aber *vor* dem Totschlag. Somit würde es der Gesetzessystematik widersprechen, wenn im Mordtatbestand eine Qualifikation zum Totschlag gesehen werde. Dass die Tötung eines Menschen auch im Tatbestand des Mordes enthalten ist, spreche nicht gegen eine Selbständigkeit.

Im Ergebnis führt die Auffassung der Rechtsprechung dazu, dass die Mordmerkmale die Strafbarkeit des Täters erst begründen – und nicht „nur" verschärfen.

Ein ganz anderes Verständnis von dem Verhältnis Mord – Totschlag wird seit jeher einhellig im Schrifttum aufgezeigt: Mord und Totschlag sind danach keine selbständigen Straftatbestände. Der Tatbestand des § 211 stellt eine Qualifizierung im Verhältnis zum Grunddelikt des § 212 dar.[5] Beide Tatbestände sind auf den Schutz des Lebens ausgerichtet und stellen die Handlung des Tötens eines anderen Menschen unter Strafe. Somit könne in den Tatbeständen nicht die Verwirklichung zweierlei Unrechts gesehen werden, auch wenn der Tatbestand des Mordes im Gesetz vor dem des Totschlags steht. Der Tatbestand der Tötung auf Verlangen wird als unselbständige Privilegierung gesehen, die im Ergebnis die Anwendung des Mordtatbestandes sperrt.[6]

Nach Auffassung der h. L. würden die Mordmerkmale die Strafbarkeit des Täters also nicht erst begründen, sondern modifizieren.

§ 211 stellt die Tötung eines Menschen unter erschwerenden Umständen unter Strafe. Eine Strafbarkeit wegen Tötung auf Verlangen (§ 216) kann nur bei besonderen, privilegierenden Umständen vorliegen.[7] Der Tatbestand des Totschlags hingegen enthält keinerlei solcher Umstände und stellt somit im Verhältnis zum Mord und zur Tötung auf Verlangen das allgemeinere Delikt dar. Es spricht also nichts dagegen, den § 212 als Grunddelikt, den Mord als Qualifikation und die Tötung auf Verlangen als Privilegierung zu sehen. Dass der Mord nun im Gesetz vor dem Totschlag und der Tötung auf Verlangen geregelt ist, bringt nur die besondere Bedeutung des Mordes zum Ausdruck. Allein aus der Stellung der ein-

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, insbesondere Wirtschafts- und Steuerstrafrecht *(Prof. Dr. Wolfgang Joecks)* der Universität Greifswald.

1 BGHSt 1, 370.

2 Folgende Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des Strafgesetzbuches (StGB).

3 Zuletzt bekräftigte der *BGH* seine bisherige Rechtsprechung noch mit den Urt. v. 13.10.2004 – 2 StR 206/04 –; sowie v. 12.01.2005 – 2 StR 229/04 –; und dem Beschl. v. 30.06.2005 – 1 StR 227/05.

4 BGHSt 2, 258 (259).

5 *Johannes Wessels/Michael Hettinger*, Strafrecht BT/1, 29. Aufl. 2005, Rn. 69 f.; *Eckhard Horn*, in: Systematischer Kommentar StGB, § 211 Rn. 2; *Wolfgang Joecks*, in: Münchener Kommentar StGB, Bd. 1, 2003, § 28 Rn. 13; *Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald,* Strafrecht BT/1, 9. Aufl. 2003, § 1 Rn. 5 ff.; *Wolfgang Joecks*, Studienkommentar StGB, 6. Aufl. 2005, Vor § 211 Rn. 13; *Ingeborg Puppe*, Anmerkung zu BGH Urt. v. 12.01.2005 – 2 StR 229/04 (LG Kassel) –, JZ 2005, 902; *Karl Lackner/Kristian Kühl*, StGB Kommentar, 25. Aufl. 2004, Vor § 211 Rn. 22.

6 *Hartmut Schneider*, in: Münchener Kommentar, Bd. 3, 2003, § 211 Rn. 133, § 216 Rn. 1; *Lackner/Kühl*, Fn. 5, § 211 Rn. 24.

7 Im Vergleich zum Totschlag erfolgt hier die Tötung eines Menschen nur aufgrund des ausdrücklichen Verlangens des Getöteten. Der Tatbestand des § 216 unterscheidet sich sowohl objektiv als auch subjektiv von dem des § 212.

zelnen Tötungsdelikte im Gesetz kann daher nicht auf deren Selbständigkeit geschlossen werden. Die Begriffe „Mörder“ und „Totschläger“ wurden im Jahr 1941 ins Gesetz aufgenommen und stammen somit aus der Zeit des Nationalsozialismus, in der die Lehre vom Tätertyp vertreten wurde. Diese wird heute jedoch zu Recht abgelehnt.[8] Somit kann auch aus den verschiedenen Begrifflichkeiten nicht auf eine Selbständigkeit der Tatbestände geschlossen werden. Schließlich führt die Auffassung in der Rechtsprechung zu widersprüchlichen Ergebnissen. Dies wird insbesondere in der Rechtsprechung zu den sogenannten „gekreuzten Mordmerkmalen“ und zur Mittäterschaft bei Mord und Totschlag deutlich.[9]

Die Auffassung der Literatur erscheint daher gegenüber der Rechtsprechung vorzugswürdig. Die Mordmerkmale sind nicht strafbegründender, sondern strafmodifizierender Natur.

II. Auswirkungen auf die Teilnehmerhaftung

Ist allein die Strafbarkeit eines Einzeltäters zu beurteilen, hat der Streitstand lediglich Auswirkungen auf den zu wählenden Prüfungsaufbau.[10] Problematisch ist erst die Beurteilung der Strafbarkeit eines Teilnehmers. Die Frage ist dann, ob der Teilnehmer wegen Teilnahme am Mord oder wegen Teilnahme am Totschlag strafbar ist.

1. Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme

Als Teilnahmeformen sind die Beihilfe (§ 27) und die Anstiftung (§ 26) zu nennen. Strafgrund der Teilnahme ist nach der „modifizierten Verursachungstheorie“, dass der Teilnehmer eine fremde Haupttat veranlasst oder fördert.[11] Voraussetzung für eine Teilnahme ist demnach immer das Vorliegen einer rechtswidrigen und vorsätzlichen Haupttat im Sinne des § 11 I Nr. 5. Nicht nötig ist, dass der Haupttäter auch schuldhaft gehandelt hat (limitierte Akzessorietät). Das Unrecht der Teilnahme wird somit vom Unrecht der Haupttat abgeleitet.

Als Folge bestimmt das Gesetz, dass die Strafandrohung für Anstiftung und Beihilfe sich nach der für den Täter geltenden Strafandrohung zu richten habe. Ausnahmsweise ist bei der Beihilfe die Strafe nach § 27 II 2 i. V. m. § 49 I zu mildern.

Bei strafbegründenden oder strafmodifizierenden „besonderen persönlichen Merkmalen“ werden die Akzessorietätsregeln zusätzlich durch die Regelungen des § 28 gelockert. Nach der Legaldefinition des § 14 I handelt es sich hierbei um persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände. So stellen beispielsweise die Amtsträgereigenschaft oder die Fürsorge- und Erziehungspflicht nach § 170 d besondere persönliche Merkmale dar.[12] Die besonderen persönlichen Merkmale werden auch als täterbezogene Merkmale bezeichnet.[13]

Für die Strafbarkeit der Teilnahme ist daher entscheidend, ob *tatbezogene* oder *täterbezogene* Merkmale vorliegen. Hinsichtlich der tatbezogenen Merkmale findet der Grundsatz der Akzessorietät Anwendung. Entscheidend ist somit, ob die Umstände, die die Tötung zum Mord qualifizieren, vom Vorsatz des Teilnehmers umfasst sind. Ist dies der Fall, ist der Teilnehmer wegen Teilnahme am Mord strafbar. Ansonsten verbleibt es bei einer Teilnahme am Totschlag.

Täterbezogene Merkmale sind hingegen nach § 28 zu beurteilen. Ob sich die Beurteilung nach § 28 I oder § 28 II richtet, hängt vom Verhältnis der Tötungsdelikte zueinander ab. Die in Betracht kommenden Mordmerkmale sind somit dem tat- oder täterbezogenen Bereich zuzuordnen, um entscheiden zu können, ob die allgemeinen Akzessorietätsregeln oder § 28 anzuwenden sind.

2. Zuordnung der Mordmerkmale

Insgesamt werden in § 211 II neun verschiedene Mordmerkmale aufgezählt. Eingeteilt werden diese Merkmale dabei in drei Gruppen. Zur 1. Gruppe der Mordmerkmale zählen die Mordlust, die Befriedigung des Geschlechtstriebs, die Habgier und die sonstigen niedrigen Beweggründe. Merkmale der 2. Gruppe sind die der heimtückischen und der grausamen Begehungsweise sowie eine Tat mit gemeingefährlichen Mitteln. Zur 3. Gruppe gehören schließlich die Verdeckungsabsicht und die Absicht, eine andere Straftat zu ermöglichen. Merkmale der 1. und 3. Gruppe werden überwiegend als täterbezogene Merkmale qualifiziert.[14] Diese Merkmale stellen insbesondere auf die innere Gesinnung, Absichten und Motive des Täters ab und sind somit täterbezogen. Die Mordmerkmale der 2. Gruppe werden hingegen nach überwiegender Auffassung als tatbezogen eingeordnet.[15]

Umstritten ist hingegen, inwiefern das Merkmal der Heimtücke ebenfalls tatbezogen ist. Teilweise wird Heimtücke erst bei einem Vertrauensbruch angenom-

8 Vgl. hierzu *Schneider*, Fn. 6, Vor § 211 Rn. 138 m. w. N.

9 Die einzelnen Widersprüche werden ausführlich im Abschnitt III bzw. in diesem Abschnitt unter Punkt 4 aufgezeigt.

10 Siehe zu den verschiedenen Aufbauvarianten in diesem Abschnitt Punkt 4.

11 Vgl. zur Darstellung der verschiedenen Begründungen zum Strafgrund der Teilnahme *Joecks*, Studienkommentar, Fn. 5, Vor § 26, Rn. 5 ff.

12 Über die Einordnung einzelner Merkmale im Bereich der besonderen persönlichen Merkmale herrscht weitgehend Streit. Vgl. hierzu ausführlich *Claus Roxin*, in: Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 28 Rn. 58 ff.

13 BGHSt 22, 375 (378).

14 BGHSt 22, 375 (379); *Lackner/Kühl*, Fn. 5, § 211 Rn. 16; *Schneider*, Fn. 6, § 211 Rn. 210; *Joecks*, Studienkommentar, Fn. 5, § 211 Rn. 22.

15 BGHSt 23, 104 (104); 24, 106 (108); *Lackner/Kühl*, Fn. 5, § 211 Rn. 16; *Herbert Tröndle/Thomas Fischer*, StGB Kommentar, 53. Aufl. 2006, § 211 Rn. 41; *Burkhard Jähnke*, in: Leipziger Kommentar, 5. Bd., 11. Aufl. 2003, § 211 Rn. 62.

men.[16] Dieses Mordmerkmal stelle stark auf persönliche Momente ab und wäre demnach mehr ein täterbezogenes Merkmal. Andere setzen zur Annahme einer heimtückischen Begehungsweise eine feindliche Willensrichtung voraus.[17] Auch dieses Merkmal beziehe sich mehr auf die Gesinnung des Täters als auf die Begehungsweise selbst. Auch hier würde das Merkmal der Heimtücke mehr dem täterbezogenen Bereich zuzuordnen sein. Ähnlich wird von einigen auch bei dem Merkmal der Grausamkeit die subjektive Komponente der gefühllosen Gesinnung in den Vordergrund gestellt. Danach würde auch die Grausamkeit mehr als täterbezogenes Merkmal einzuordnen sein.[18]

Andererseits ist im Hinblick auf die Einordnung der Mordmerkmale als tat- oder täterbezogenes Merkmal mehr auf die Gefährlichkeit der Tatausführung abzustellen. Gegen die Einordnung als täterbezogenes Merkmal dürfte auch sprechen, dass sonst die Mordmerkmale der 2. Gruppe aufgespaltet werden müssten und diese uneinheitliche Anwendung nicht der Rechtssicherheit dienen dürfte.[19] Auch dürfte es schwer sein, im Einzelnen objektive und subjektive Komponenten voneinander zu trennen. Überwiegend werden daher alle Merkmale der 2. Gruppe als tatbezogene Merkmale eingeordnet. Die Strafbarkeit des Teilnehmers ist bei diesen Mordmerkmalen nach den allgemeinen Akzessorietätsregeln zu behandeln.

Problematisch wird es bei den Mordmerkmalen der 1. und 3. Gruppe. Bei diesen täterbezogenen Merkmalen muss die Anwendung des § 28 geprüft werden, insbesondere, ob Absatz 1 oder Absatz 2 anzuwenden ist. Vereinzelt findet sich die Auffassung, dass die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe schuldsteigernde Merkmale darstellen und somit nicht dem Anwendungsbereich des § 28, sondern dem des § 29 unterfallen.[20] Nach § 29 wird jeder Beteiligte nach seiner Schuld bestraft, was regelmäßig zu denselben Ergebnissen führt wie die Anwendung des § 28 II.

3. § 28 I oder § 28 II?

Die Norm des § 28 befasst sich in zwei Absätzen mit verschiedenen „besonderen persönlichen Merkmalen". Absatz 1 bezieht sich auf Merkmale, die die Strafbarkeit des Täters erst begründen. Entscheidend ist damit, dass der Haupttäter ein Mordmerkmal erfüllt und dass dieses Merkmal vom Vorsatz des Teilnehmers umfasst ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, wird der Mord dem Teilnehmer zugerechnet. Dieser ist dann wegen Anstiftung/Beihilfe zum Mord zu bestrafen, auch ohne ein eigenes Merkmal verwirklicht zu haben. Einzig eine Strafmilderung nach § 49 I kann dem Teilnehmer zugute kommen. § 28 II greift hingegen die strafmodifizierenden Merkmale auf, also solche, die die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen. Liegen strafmodifizierende Merkmale vor, reicht der bloße Teilnehmervorsatz nicht aus, um die Tat dem Teilnehmer zurechnen zu können. Der Teilnehmer muss in eigener Person strafmodifizierende Merkmale aufweisen, um auch der Teilnahme an dem Delikt schuldig zu sein.

Die unterschiedlichen Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur haben somit auch eine unterschiedliche Anwendung des § 28 zur Folge:

Die Rechtsprechung qualifiziert den Mord als selbständigen Tatbestand und macht damit aus den Mordmerkmalen solche, die die Strafbarkeit erst begründen, so dass § 28 I hier Anwendung finden muss.

Anders das Schrifttum: Der Mord stellt eine Qualifikation dar, die aus einer zeitigen Freiheitsstrafe eine lebenslange Freiheitsstrafe macht. Die Erfüllung der Mordmerkmale führt daher zu einer Strafschärfung. Dementsprechend findet hier § 28 II Anwendung. Der Teilnehmer ist wegen Teilnahme am Mord nur strafbar, wenn er selbst ein Mordmerkmal aufweist. Sonst kann er nur wegen Teilnahme am Totschlag verurteilt werden.

4. Rechtsfolgen des § 28 anhand von Beispielen

a) Der Täter handelt heimtückisch. Dem Anstifter A war die Begehungsweise gleichgültig.

Sowohl nach der Rechtsprechung als auch nach h. L. hat sich der Haupttäter des heimtückischen Mordes (§ 211 II Var. 5) strafbar gemacht.

Die Strafbarkeit des A richtet sich sowohl nach der Rechtsprechung als auch nach der überwiegenden Auffassung der Literatur nach den allgemeinen Akzessorietätsregeln, da es sich bei der Heimtücke um ein tatbezogenes Merkmal handelt.[21] § 28 findet hier keine Anwendung. Entscheidend ist, ob die heimtückische Begehungsweise vom Vorsatz des A umfasst war. Hinsichtlich des heimtückischen Mordes reicht die Vorsatzform des *dolus eventualis* aus. Dieser kann auch schon angenommen werden, wenn dem Teilnehmer – wie hier – die Begehungsweise gleichgültig ist bzw. er mit jeder möglichen Tatausführung einverstanden ist.[22] A war die Begehungsweise gleichgültig und er weist somit bedingten Vorsatz bezüglich der Heimtücke auf. Daher ist A wegen Anstiftung zum Mord strafbar, §§ 211, 26.

Wird hingegen derjenigen Auffassung in der Literatur gefolgt, nach der das Merkmal der Heimtücke als täterbe-

16 *Albin Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 211 Rn. 49.

17 *Horn,* Fn. 5, § 211 Rn. 31.

18 *Roxin*, Fn. 12, § 28 Rn. 78.

19 So auch *Jähnke*, Fn. 15, § 211 Rn. 62.

20 *Wessels/Hettinger,* Fn. 5, Rn. 141.

21 Vgl. hierzu II, 2.

22 BGH, Urt. v. 12.01.2005 – 2 StR 229/04 –, NStZ 2005, 381.

zogen einzuordnen ist, muss § 28 II angewendet werden. Dann reicht Vorsatz nicht aus. Zu fragen ist vielmehr, ob A selbst ein Mordmerkmal aufweist. Dies ist nicht der Fall, so dass A sich nach dieser Auffassung lediglich wegen Anstiftung zum Totschlag strafbar gemacht hat.

b) Der Täter handelt grausam, ohne dass der (Anstifter) A davon wusste.

Der Täter ist wegen grausamen Mordes (§ 211 II Var. 6) strafbar.

Die Strafbarkeit des A bestimmt sich wiederum nach allgemeinen Akzessorietätsregeln. Die Frage ist, ob sich der Vorsatz des A auch auf die Grausamkeit des Täters bezog. Hier hatte A keinerlei Kenntnis, so dass ihm das Mordmerkmal auch nicht zugerechnet werden kann. A ist wegen Anstiftung zum Totschlag zu bestrafen, §§ 212, 26. Auch die Rechtsprechung verurteilt wegen Anstiftung zum Totschlag.

Die Lösung der Rechtsprechung ist dabei wenig konsequent. A wollte, dass der Haupttäter einen Totschlag verwirklicht. Tatsächlich jedoch begeht der Haupttäter einen Mord. Sieht man nun im Mord und im Totschlag jeweils ein selbständiges Delikt, dann würde das Delikt, zu dem A anstiften wollte (Totschlag), nicht erfüllt sein. Und zu dem Delikt, das tatsächlich erfüllt wurde (der Mord) wollte A nicht anstiften. In Betracht dürfte daher nur eine versuchte Anstiftung kommen.

Die Auffassung in der Literatur, die das Merkmal der Grausamkeit als täterbezogen einordnet, wendet § 28 II an. A selbst weist das Merkmal „grausam“ nicht auf und ist damit nach dieser Lösung wegen Anstiftung zum Totschlag strafbar.

c) Der Täter handelt aus Habgier, wovon (Anstifter) A wusste.

Der Täter erfüllt ein Mordmerkmal und ist wegen habgierigen Mordes (§ 211 II Var. 3) strafbar.

Anders bei A:

Bei dem Mordmerkmal der Habgier handelt es sich um ein besonderes persönliches Merkmal. § 28 findet insoweit Anwendung.

Die Lösung der Rechtsprechung: Das Mordmerkmal ist strafbegründender Natur, so dass § 28 I Anwendung findet. Es kommt darauf an, ob der Anstifter Vorsatz bezüglich des Mordmerkmals hatte. Hier hatte A Kenntnis von dem Merkmal und somit Vorsatz. A ist daher wegen Anstiftung zum Mord strafbar, §§ 211, 26. Dass A in seiner Person kein eigenes Mordmerkmal erfüllt, ist für die Beurteilung seiner Strafbarkeit nach Auffassung der Rechtsprechung ohne Bedeutung. A kommt lediglich eine Milderung der Strafe nach § 28 I i. V. m. § 49 I zugute.

Die Lösung der h. L.: Das Mordmerkmal ist strafschärfender Natur, somit ist § 28 II anzuwenden. Der A ist nur wegen Anstiftung zum Mord strafbar, wenn er das Mordmerkmal selbst aufweist, bloße Kenntnis reicht nicht aus. A weist kein Mordmerkmal auf, so dass nur eine Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Totschlag vorliegt, §§ 212, 26.

In diesem Fall kommen Rechtsprechung und h. L. also zu unterschiedlichen Ergebnissen. Der Streit müsste somit entschieden werden.

d) Der Täter handelt habgierig, wovon (Anstifter) A keine Kenntnis hatte.

Der Täter ist nach beiden Auffassungen wegen Mordes strafbar, § 211.

Die Rechtsprechung fragt wieder in Anwendung des § 28 I, ob das Mordmerkmal der Habgier vom Vorsatz des A umfasst war. Hier hatte A keine Kenntnis, also keinen Vorsatz. Die Tat des Täters kann daher bei der Bestrafung des A nicht zugrunde gelegt werden. A ist nach Auffassung der Rechtsprechung wegen Anstiftung zum Totschlag zu bestrafen, §§ 212, 26.

Die Auffassung der h. L. kommt hier zum selben Ergebnis wie im Fall c). Der A weist kein eigenes Mordmerkmal auf und ist damit lediglich wegen Anstiftung zum Totschlag zu bestrafen, §§ 212, 26 (§ 28 II).

e) Der Täter handelt mit gemeingefährlichen Mitteln und habgierig. (Anstifter) A weiß hiervon nichts.

Der Täter ist wegen Mordes strafbar (§ 211 II Var. 3, 7).

Der Täter weist hier sowohl ein tatbezogenes als auch ein täterbezogenes Merkmal auf.

Die Rechtsprechung und die Literatur behandeln die Teilnehmerhaftung bei tatbezogenen Merkmalen nach den Grundsätzen der Akzessorietät. Das Mordmerkmal „gemeingefährliche Mittel“ als tatbezogenes Merkmal kann dem Teilnehmer also nur zugerechnet werden, wenn er Vorsatz bezüglich dieses Merkmals hatte. A wusste nichts von einer Begehungsweise mit gemeingefährlichen Mitteln, so dass ihm diesbezüglich der Vorsatz fehlt. Eine Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Mord mit gemeingefährlichen Mitteln scheidet damit nach beiden Auffassungen aus.

Weiterhin erfüllt der Täter in seiner Person das Merkmal der Habgier und damit ein täterbezogenes Merkmal. Fraglich ist, ob dieses Merkmal dem A zugerechnet wer-

den kann. Hier ergibt sich die gleiche Lösung wie im Fall d). Die Rechtsprechung verlangt Vorsatz in Anwendung des § 28 I, die Literatur hingegen, dass der Teilnehmer selbst ein Mordmerkmal aufweist, § 28 II. Beides liegt hier nicht vor. Daher ist A auch nicht strafbar wegen Anstiftung zum habgierigen Mord. Es verbleibt bei einer Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Totschlag, §§ 212, 26.

f) Der Täter handelt habgierig und mit gemeingefährlichen Mitteln. Der (Anstifter) A weiß davon.

Im Gegensatz zu Fall e) weist hier der A Vorsatz bezüglich beider Mordmerkmale auf. Das tatbezogene Mordmerkmal der Heimtücke wird dem A somit schon nach den allgemeinen Akzessorietätsregeln zugerechnet. Nach beiden Auffassungen kommt es hier zu einer Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Mord, §§ 211, 26.

Auf den Streit um das täterbezogene Merkmal der Habgier, ob dieses dem A nach § 28 zugerechnet werden kann oder nicht, kommt es insofern nicht mehr an. Die Lösung entspricht der im Fall c).

g) Der Täter weist keinerlei Mordmerkmale auf. Hingegen handelt (Anstifter) A aus Habgier.

Der Täter ist wegen Totschlags zu bestrafen, § 212.

Fraglich ist, wie sich A strafbar gemacht hat. Es kommt hier entweder eine Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Totschlag oder eine Anstiftung zum Mord in Betracht.

Entsprechend der Auffassung der Rechtsprechung wäre A strafbar wegen Anstiftung zum Totschlag. Vorsätzlich rechtswidrige Haupttat, an die die Teilnahme anknüpfen kann, ist hier lediglich der Totschlag.

Die Literatur entscheidet danach, ob der Teilnehmer ein Mordmerkmal in eigener Person verwirklicht hat oder nicht. A handelte selbst aus Habgier und weist damit ein täterbezogenes Merkmal auf. In Anwendung des § 28 II kommt die Literatur damit zu einer Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Mord, §§ 212 I, 211 II Var. 3, 26.

h) Der Täter handelt aus Mordlust. Der A weiß davon und handelt selbst aus Habgier (sog. Fall der gekreuzten Mordmerkmale[23]).

Der Täter ist strafbar wegen Mordes, § 211 II Var. 1.

Problematisch erscheint dagegen die Beurteilung der Strafbarkeit des A.

Die Rechtsprechung prüft den Vorsatz des A in Bezug auf das von dem Täter verwirklichte täterbezogene Merkmal der Mordlust. Der A wusste von der Mordlust des Täters, sein Vorsatz bezog sich damit auch auf das täterbezogene Merkmal. Damit kommt die Rechtsprechung gem. § 28 I zu einer Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Mord mit der obligatorischen Strafmilderung nach § 49 I. Dass der A hier noch ein eigenes Mordmerkmal aufweist, wird insofern berücksichtigt, als dass die Rechtsprechung die Strafmilderungsmöglichkeit wieder versagt, wenn bei dem Teilnehmer ein Mordmerkmal gleicher Art vorliegt.

Die Literatur prüft indes die Verwirklichung eigener Mordmerkmale gem. § 28 II. Der A handelte selbst aus Habgier und weist damit ein Mordmerkmal auf, so dass A wegen Anstiftung zum Mord strafbar ist, §§ 212 I, 211 II Var. 3, 26.

Auf unterschiedlichem Weg kommen damit beide Auffassungen zum gleichen Ergebnis: A ist strafbar wegen Anstiftung zum Mord.

i) Der Täter weist keinerlei eigene Mordmerkmale auf. Hingegen hatte A die Vorstellung, der Täter würde mit gemeingefährlichen Mitteln handeln.

Der Täter ist strafbar wegen Totschlags, § 212.

Fraglich ist, wie A sich strafbar gemacht hat. A stellte sich lediglich vor, dass der Täter ein tatbezogenes Merkmal aufweist. Tatsächlich war dies nicht so. Die vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat, an die hier angeknüpft werden kann, ist lediglich der Totschlag. A ist daher wegen Anstiftung zum Totschlag zu bestrafen. Selbst weist A kein Mordmerkmal auf. Die Begehung mit gemeingefährlichen Mitteln ist akzessorisch, so dass auch noch eine versuchte Anstiftung zum Mord vorliegt, §§ 211, 30 I[24]. Die Anstiftung zum Totschlag und die versuchte Anstiftung zum Mord stehen dabei in Tateinheit zueinander, § 52.

j) Der Täter weist keinerlei eigene Mordmerkmale auf. Hingegen hatte A die Vorstellung, der Täter würde habgierig handeln.

Der Täter ist strafbar wegen Totschlags, § 212.

Die Rechtsprechung beurteilt die Strafbarkeit des Teilnehmers nach den allgemeinen Akzessorietätsregeln. Der Täter verwirklicht kein eigenes Mordmerkmal, so dass dem A der Totschlag zugerechnet wird. A ist strafbar wegen Anstiftung zum Totschlag, §§ 212, 26. Weiterhin hatte A aber die Vorstellung von der Verwirklichung des Mordmerkmals der Habgier. Dieses Merkmal würde bei seinem Vorliegen zur Anwendung des § 28 I und bei entsprechendem Vorsatz des A zur Anstiftung zum Mord

23 Vgl. zu der Problematik der gekreuzten Mordmerkmale auch Abschnitt III, 1.

24 Beachte, dass eine versuchte Beihilfe nicht strafbar ist.

führen. Das Mordmerkmal wurde aber nicht erfüllt. Daher kommt es zu einer Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung zum Mord, §§ 211, 30 I[25], die zur Anstiftung zum Totschlag in Tateinheit steht, § 52.

Die Literatur fragt in Anwendung des § 28 II nach dem tatsächlichen Vorliegen besonderer persönlicher Merkmale, die in diesem Fall bei keinem vorliegen. Somit kommt die Literatur zu einer Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Totschlag, §§ 212, 26.

4. Hinweise für den Prüfungsaufbau in der Klausur

Der Streit um das Verhältnis von Mord und Totschlag ist nicht nur im Bereich der Teilnehmerhaftung von Bedeutung, sondern hat auch Auswirkungen auf den Prüfungsaufbau. Insbesondere stellt sich die Frage, an welcher Stelle der Prüfung der Strafbarkeit des Teilnehmers die vorstehende Problematik aufgegriffen werden sollte.

a) Prüfung des Haupttäters

Bei der Strafbarkeit des Haupttäters haben die unterschiedlichen Auffassungen der Rechtsprechung und des Schrifttums im Ergebnis keine Auswirkungen.

Wird der Auffassung von der Selbständigkeit des Mordtatbestandes gefolgt, ist die Tötung eines Menschen i. S. d. § 212 als notwendiges Merkmal in § 211 hineinzulesen. Dann wäre folgender Aufbau zu wählen:

A. Tatbestand des § 211
  I. Objektiver Tatbestand
    1. Tötung eines anderen Menschen
    2. Mordmerkmale der 2. Gruppe
  II. Subjektiver Tatbestand
    1. Vorsatz bezüglich I. 1, 2 (also auch bezüglich der Mordmerkmale der 2. Gruppe)
    2. sonstige subjektive Unrechtselemente (Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe)
B. Rechtswidrigkeit
C. Schuld

Teilt man hingegen die Auffassung der Literatur, kommt eventuell ein anderer Aufbau in Betracht. § 212 wäre zunächst als Grunddelikt zu prüfen. Nachdem eine Strafbarkeit nach § 212 festgestellt werden konnte, ist dann das Vorliegen der Qualifikation des Mordtatbestandes in objektiver und subjektiver Hinsicht zu prüfen. Auf die Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes kommt es erst dann an, wenn das Grunddelikt verwirklicht ist, der Tatbestand also erfüllt ist und keine Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe vorliegen.

A. Grunddelikt des § 212
  I. Tatbestand
    1. Objektiver Tatbestand
      a) Tatobjekt: ein anderer Mensch
      b) Tathandlung: Töten
    2. Subjektiver Tatbestand
      Vorsatz
  II. Rechtswidrigkeit
  III. Schuld
B. Voraussetzungen des § 211
  I. Objektiv (Merkmale der 2. Gruppe)
  II. Subjektiv (Vorsatz bezüglich I. und Merkmale der 1. und 3. Gruppe)

Andere hingegen prüfen die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Mordmerkmale im Tatbestand nach dem subjektiven Tatbestand als eigenen Prüfungspunkt „Deliktsmerkmale des § 211 II“.[26]

Bei der Prüfung des Mordes und Totschlags ist es jedoch auch möglich, dem Schema der Prüfung von Grunddelikt – Qualifikation im Regelfall zu folgen.[27] Danach ergibt sich folgender Aufbau:

A. Tatbestand der §§ 212, 211
  I. Objektiver Tatbestand
    1. Tatobjekt: ein anderer Mensch
    2. Tathandlung: Töten
    3. Mordmerkmale der 2. Gruppe
  II. Subjektiver Tatbestand
    1. Vorsatz bezüglich I. 1–3 (also auch bezüglich der Mordmerkmale der 2. Gruppe)
    2. Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe
B. Rechtswidrigkeit
C. Schuld

Dieser Aufbau unterscheidet sich insofern nicht von dem Aufbau der Rechtsprechung. Allein die Normkette im Obersatz ist verschieden: nach der Rechtsprechung *§ 211*; nach der Literatur *§§ 212, 211*.

Ob der Klausurbearbeiter erst den Tatbestand des § 212 bis hin zur Schuld und erst danach die Verwirklichung der Merkmale des § 211 prüft, ist zum einen sicher eine Frage der Zeit. Wird dieser Aufbauvariante gefolgt, besteht die Möglichkeit, die Verwirklichung des § 212 wegen eventueller Rechtfertigungsgründe abzulehnen und damit einer Prüfung der Mordmerkmale zu umgehen. Mögliche Problemschwerpunkte werden so nicht geprüft und gehen in der Wertung verloren. Vorzugswürdig erscheint daher die zuletzt genannte Variante des Prüfungs-

25 Vgl. hierzu BGH Urt. v. 12.01.2005 – 2 StR 229/04 –, NStZ 2005, 381.

26 Vgl. hierzu das Aufbauschema in *Rolf Schmidt/Klaus Priebe*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 4. Aufl. 2005, S. 21.

27 *Joecks*, Studienkommentar, Fn. 5, § 211 Rn. 10.

aufbaus. Letztlich muss der Klausurbearbeiter zu seiner Wahl des Aufbaus auch keine Worte verlieren, sondern sich entscheiden und danach prüfen.

b) Prüfung des Teilnehmers

Da die Teilnahme akzessorisch und somit abhängig von dem Vorliegen einer vorsätzlich rechtswidrigen Haupttat ist, muss die Prüfung in der Klausur mit der Prüfung der Haupttat beginnen, um unnötige Schachtelprüfungen zu vermeiden. Erst wenn eine teilnahmefähige Haupttat festgestellt werden konnte, ist im nächsten Schritt die Teilnahme zu prüfen.

Grundsätzlich erfolgt die Prüfung des Teilnehmers nach folgendem Schema:

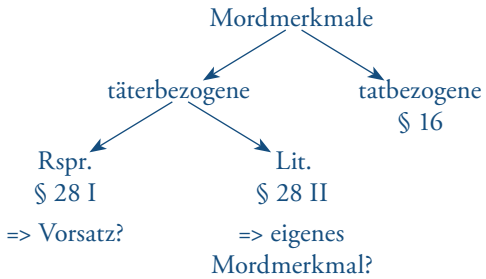
A. Tatbestand
  I. Objektiver Tatbestand
    1. Taterfolg:
    vorsätzlich rechtswidrige Haupttat
    2. Tathandlung:
    Hervorrufen des Tatentschlusses (§ 26) oder Hilfeleisten (§ 27)
    3. Kausalität
  II. Subjektiver Tatbestand
  Vorsatz bezüglich 1.–3.
  III. Akzessorietätslockerung?
B. Rechtswidrigkeit
C. Schuld

Wieder zu unterscheiden ist, ob es sich bei den im Raum stehenden Mordmerkmalen um tat- oder täterbezogene Merkmale handelt. Liegen allein tatbezogene Mordmerkmale in der Person des Haupttäters vor, genügt es, im subjektiven Tatbestand den Vorsatz bezüglich der Haupttat und damit auch des tatbezogenen Merkmals zu prüfen. In diesem Zusammenhang sind also die in Frage kommenden Mordmerkmale in tat- und täterbezogene Merkmale aufzuteilen und die verschiedenen Rechtsfolgen zu nennen.

Hinsichtlich der täterbezogenen Mordmerkmale kommt es auf den Streit um das Verhältnis von Mord und Totschlag an. Der Bearbeiter muss nun den bisherigen Streitstand darstellen und sich einer Auffassung anschließen. Wird der Auffassung der Rechtsprechung gefolgt, ist § 28 I anzuwenden. Dann muss der Vorsatz des Teilnehmers bezüglich der verwirklichten Mordmerkmale geprüft werden. Denn die Rechtsprechung lässt den Vorsatz des Teilnehmers bezüglich der Mordmerkmale ausreichen. Wer hingegen der h. L. folgt, muss das Vorliegen eigener täterbezogener Mordmerkmale prüfen. Der Teilnehmer muss dann ein eigenes Mordmerkmal aufweisen. Andere, die die Anwendung des § 29 annehmen, prüfen die Problematik im Bereich der Schuld.

Um nicht an verschiedenen Punkten der Prüfung auf den Streitstand eingehen zu müssen, empfiehlt es sich, den Streitstand als Tatbestandsannex zu prüfen. Nachdem unter I. und II. der objektive und subjektive Tatbestand geprüft wurden, kann dann unter III. und der Bezeichnung „Akzessorietätslockerung" der Streit um das Verhältnis Mord – Totschlag und die Anwendung des § 28 dargestellt werden.[28]

Zur Vereinfachung bei der Prüfung des Teilnehmers soll folgendes Schema dienen:



III. Entwicklungen in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat seit mehr als einem halben Jahrhundert die Auffassung von der Selbständigkeit des Mordtatbestandes vertreten. Dass dies nicht immer zu sachgemäßen Ergebnissen führen kann, ist der Rechtsprechung nicht verborgen geblieben. Über den Weg des § 49 I wird u. a. versucht, sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Zum anderen hat sich der BGH auch terminologisch der h. L. angepasst. Hinsichtlich der Verdeckungsabsicht spricht der BGH vom Qualifikationsgrund[29] und weiter noch von den Mordqualifikationen[30].

Im Folgenden sollen die Wege der Rechtsprechung zur Vermeidung unerwünschter Ergebnisse kurz aufgezeigt werden.

1. Die „gekreuzten Mordmerkmale"

Der Teilnehmer, der ein anderes Mordmerkmal als der Täter aufweist, ist nach § 28 I wegen Anstiftung zum Mord strafbar, sofern das Mordmerkmal des Täters vom Teilnahmevorsatz umfasst war. Ob der Teilnehmer ein eigenes Mordmerkmal aufweist, ist insofern unerheblich, da die Mordmerkmale nach Auffassung der Rechtsprechung strafbegründend sind. Die Rechtsprechung müsste nun nach § 28 I i. V. m. § 49 I die Strafe des Teilnehmers mildern. Dies wird dem Teilnehmer jedoch verwehrt, wenn das von ihm verwirklichte Mordmerkmal gleichwertig

28 So auch *Werner Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht I, 3. Aufl. 2005, Rn. 64.

29 BGHSt 41, 8 (9).

30 BGHSt 41, 358 (362).

mit dem des Täters ist.[31] Im Ergebnis kommt dem Teilnehmer dann keine Strafrahmenverschiebung zugute.

Die Literatur wendet § 28 II an und kommt daher ebenfalls zu keiner Strafrahmenverschiebung bei der Anstiftung zum Mord. Im Ergebnis bestraft die Rechtsprechung aus dem gleichen Strafrahmen wie die h. L. Das von der Rechtsprechung gewonnene Ergebnis könnte aber eigentlich nur durch die Anwendung des § 28 II erreicht werden, der ihr aber in der Anwendung versperrt bleibt. Über den Weg der „gekreuzten Mordmerkmale" versucht die Rechtsprechung daher, unerwünschte Ergebnisse zu vermeiden.[32]

2. Teilnahme am Mord und Totschlag in Mittäterschaft?

Weiterhin zeigen sich Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung bei der Frage, ob Mord und Totschlag in Mittäterschaft begangen werden können. In seiner Entscheidung vom 25.07.1989[33] entschied der BGH, dass Mord und Totschlag in Mittäterschaft begangen werden können.

Begründet wurde diese Entscheidung damit, dass Mord und Totschlag zwar rechtlich selbständige Taten seien, aber dennoch die gleiche Straftat im Sinne von § 25 II vorliegen würde. Erfüllt ein Täter Mordmerkmale, der andere hingegen nicht, steht dies einer Verurteilung wegen Mordes nicht entgegen. Der andere Täter, der keine Mordmerkmale aufweist, ist nur wegen Totschlags zu bestrafen.[34]

In seiner Entscheidung vom 14.10.1954[35] äußerte der BGH jedoch noch klare Bedenken gegen eine Mittäterschaft bei Mord und Totschlag. Mittäterschaft könne nur bei Verwirklichung desselben Grundtatbestandes vorliegen und dies sei bei Mord und Totschlag als selbständige Delikte nicht gegeben.

Zu Recht ging der BGH in seiner damaligen Entscheidung davon aus, dass bei einer rechtlichen Selbständigkeit der Delikte keine Verwirklichung eines Grundtatbestandes vorliegen könnte. Dennoch ist die neuere Entscheidung im Ergebnis zu begrüßen. Für die Literatur ergibt sich die Möglichkeit der Mittäterschaft schon aus der Systematik der Tötungsdelikte. Wirken der Mörder und Totschläger arbeitsteilig zusammen, verwirklichen sie gemeinsam das Grunddelikt des § 212. Dies würde für eine Mittäterschaft nach § 25 II ausreichen.[36]

Fraglich ist, wie die Teilnehmerhaftung im Rahmen der Mittäterschaft von Mord und Totschlag zu beurteilen ist. Wären § 211 und § 212 selbständige Tatbestände, würde der Teilnehmer einerseits zum Mord und andererseits zum Totschlag seinen Beitrag leisten. Dann müsste der Beitrag künstlich in zweierlei begangenes Unrecht aufgespalten werden. Wird ein Mensch gemeinschaftlich von zwei Tätern getötet, von denen nur einer Mordmerkmale aufweist, liegt dennoch *eine* gemeinschaftliche Tötung vor. Der Teilnehmer kann daher auch nur zu einem verwirklichten Unrecht seinen Beitrag leisten. Die Rechtsprechung beurteilt die Strafbarkeit des Teilnehmers wieder nach § 28 I. Ist das vom Haupttäter verwirklichte Mordmerkmal vom Vorsatz des Gehilfen umfasst, ist dieser wegen Beihilfe zum Mord strafbar, auch wenn der Gehilfe kein eigenes Mordmerkmal aufweist. Handelt der Gehilfe hingegen mittäterschaftlich ohne ein Mordmerkmal zu verwirklichen, wäre er lediglich wegen Totschlags strafbar, obwohl sein Beitrag in diesem Fall wesentlich mehr Bedeutung hat als bei einer Teilnahme. Die Literatur kommt über § 28 II nur zur Teilnahme am Mord, sofern der Teilnehmer selbst Mordmerkmale aufweist. Ansonsten bleibt es bei einer Teilnahme am Totschlag. Nur die Anwendung des § 28 II kann hier zu sachgerechten Ergebnissen führen.

3. Die „Sperrwirkung"

In seiner Entscheidung vom 30.06.2005[37] sprach der *BGH* sich für eine Sperrwirkung der Mindeststrafe wegen Beteiligung an einem Totschlag aus.

Das Problem ist Folgendes: Würde der Beteiligte wegen versuchter Anstiftung zum Mord bestraft, käme diesem in zweifacher Hinsicht eine Milderung der Strafe zugute. Zum einen über § 30 I 2 und zum anderen über 28 I. Somit würde die Mindestfreiheitsstrafe 6 Monate betragen. Bliebe es hingegen bei einer versuchten Anstiftung zum Totschlag, käme dem Beteiligten über § 30 I 2 nur einmal eine Milderung nach § 49 I zugute. Dann läge die Mindestfreiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren.

In diesem Ergebnis sieht der BGH einen Widerspruch. In derartigen Konstellationen müsse die Mindeststrafe, die für eine versuchte Anstiftung zum Totschlag gelte, eine „Sperrwirkung" entfalten, so dass die Mindeststrafe für eine versuchte Anstiftung zum Mord nicht unter der für eine versuchte Anstiftung zum Totschlag liegen dürfe.[38]

4. Neue Tendenzen – Der Beschluss des 5. Strafsenats vom 10.01.2006[39]

Im Zusammenhang mit der Frage, ob die „Blutrache" einen niedrigen Beweggrund darstellt, erging eine Ent-

31 BGHSt 23, 39 (39); BGH Urt. v. 12.01.2005 – 2 StR 229/04 –, NStZ 2005, 391.

32 *Puppe*, Fn. 5, JZ 2005, 903; *Schneider*, Fn. 6, § 211 Rn. 208.

33 BGHSt 36, 231 (231).

34 BGHSt 36, 231 (235).

35 BGHSt 6, 329 (329).

36 *Tröndle/Fischer,* Fn. 15, § 211 Rn. 37; *Lackner/Kühl,* Fn. 5, § 211 Rn. 16; *Jähnke*, Fn. 15, Vor § 211 Rn. 43.

37 BGH, Beschl. v. 30.06.2005 – 1 StR 227/05 –, NStZ 2006, 34.

38 BGH, NStZ 2006, 34.

39 BGH, Beschl. v. 10.01.2006 – 5 StR 341/05 (LG Göttingen) –, NJW 2006, 1008 ff., NStZ 2006, 286 ff., StV 2006, 579 ff.

scheidung des 5. Strafsenats des *BGH*, die sich auch mit der Frage beschäftigte, inwiefern der Gehilfe wegen Beihilfe zum gemeinschaftlichen Mord und Totschlag zu verurteilen ist.

In der Sache ging es um zwei verfeindete Familien. Um den Tod eines Familienmitglieds zu „rächen", wurde der Familienvater der einen Familie von drei Mitgliedern der anderen Familie getötet. Zunächst wurden die Täter A und B durch das LG Göttingen wegen gemeinschaftlichen Mordes verurteilt.[40] Der Beitrag der Frau C wurde als Beihilfe zum Mord eingestuft.

Entsprechend der Rechtsprechung zur Mittäterschaft von Mord und Totschlag entschied der Senat, dass A wegen gemeinschaftlichen Mordes und B lediglich wegen Totschlags zu bestrafen sei.[41] Täter B würde das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe nicht aufweisen. Der Beitrag der C wäre als Beihilfe zum Mord zu qualifizieren, wenn C bei ihrer Gehilfenhandlung in Kenntnis der niedrigen Beweggründe des A gehandelt hätte. Dies lehnte der Senat ab und kommt so zu der Verurteilung der C wegen Beihilfe zum Totschlag.

Anschließend führt der Senat aus, dass es dahinstehen könne, ob es sich bei den täterbezogenen Mordmerkmalen wie denen der niedrigen Beweggründe um strafbegründende oder strafschärfende Merkmale i. S. d. § 28 II handelt. Denn C würde auch kein eigenes Mordmerkmal aufweisen.[42]

Dennoch nimmt der Senat Stellung zum bisherigen Streitstand und erklärt, dass der bisherigen Auffassung von der Selbständigkeit von Mord und Totschlag gewichtige Argumente entgegengehalten würden. Die Auffassung würde zu unüberbrückbaren Wertungswidersprüchen führen, wie es in diesem Fall besonders deutlich werde. In den Ausführungen heißt es u. a.: „Die gemeinschaftlich … begangene Tötung … kann schwerlich als Verwirklichung zweierlei verschiedenen Unrechts und zweier selbständiger Tatbestände verstanden werden, sondern stellt sich als ein Tötungsunrecht im Sinne von § 212 StGB dar, zu dem lediglich bei einem der Täter mit dem Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe besonders erschwerende persönliche Umstände (vgl. § 28 Abs. 2 StGB) hinzukommen; ein solches Verhältnis entspricht nach der üblichen Systematik demjenigen zwischen Grunddelikt und Qualifikation."[43] Der Gehilfenbeitrag der C könne nicht künstlich aufgesplittet werden in eine Beihilfe zum Mord und eine (tateinheitliche) Beihilfe zum Totschlag.

Der Senat kam im vorliegenden Fall zu einer Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Totschlag. Die Gehilfin würde kein eigenes Mordmerkmal aufweisen und auch keinen Vorsatz in Bezug auf das vom Täter A verwirklichte Merkmal. Somit wäre die Gehilfin nach beiden Auffassungen strafbar wegen Beihilfe zum Totschlag. Auf eine Entscheidung zwischen den beiden Auffassungen kam es insofern nicht an.

IV. Schlussbemerkung

Nach langer Zeit des Streits um das Verhältnis von Mord und Totschlag zueinander werden in der Rechtsprechung Bedenken gegen ihre bisherige Auffassung geäußert. Es besteht nunmehr die Hoffnung, dass sich die Rechtsprechung der Auffassung der h. L. anschließen wird und das bisherige Verständnis vom Verhältnis Mord und Totschlag aufgibt. Dann wäre die Behandlung des Teilnehmers im Zusammenhang mit dem Auftreten von Mordmerkmalen bei ihm und/oder dem Haupttäter klar und deutlich nach § 28 II (täterbezogenen) oder §§ 16, 26, 27 (tatbezogenen) vorzunehmen. Der Teilnehmer müsste selbst täterbezogene Mordmerkmale oder den Vorsatz bezüglich tatbezogener Merkmale aufweisen, um wegen Beihilfe oder Anstiftung zum Mord strafbar zu sein. Solange sich die Rechtsprechung noch nicht vollständig der Auffassung der h. L. angepasst hat, muss sich der Student in Klausur und Hausarbeit mit dem bisherigen Streitstand auseinandersetzen und Folgen in der Teilnehmerhaftung diskutieren.

40 Durch Urt. v. 18.01.2005.

41 Vgl. zur möglichen Mittäterschaft von Mord und Totschlag BGHSt 36, 231 ff.

42 BGH, Beschl. v. 10.01.2006 – 5 StR 341/05 –, S. 19, http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=BGH&Art=en&sid=7685b5e9a4515bf84cf674de5194ee22&nr=35129&pos=14&anz=29&Blank=1.pdf (22.06.2006).

43 BGH, Beschl. v. 10.01.2006 – 5 StR 341/05 –, Fn. 42, S.21.