

Aus Wissenschaft und Praxis: Empfieht sich eine Änderung der Rechtsprechung zum Verhältnis der Tatbestände der vorsätzlichen Tötungsdelikte (§§ 211 ff. StGB) zueinander?

Von Prof. Dr. Karl Heinz Gössel, Richter am Bayerischen Obersten Landesgericht a.D., München

I. Der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung

1. Die Halbherzigkeit der Eigenständigkeitsthese

Spätestens seit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. November 1951 erblickt die Rechtsprechung in den §§ 211 und 212 StGB „zwei selbständige Tatbestände mit verschiedenem Unrechtsgehalt“, die eben „nicht im Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation“ zueinander stehen.² Jedoch führt schon diese Entscheidung deshalb zu erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit dieser Auffassung, weil hiernach „die vorsätzliche Tötung auch ein Merkmal des § 211 StGB“ sein soll.³ Die darauf folgende Rechtsprechung bestärkt diese Zweifel: Die „Strafnorm“⁴ des Totschlags sei „vollständig“ in der des Mordes „enthalten“⁵, weshalb beide Tatbestände im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz zueinander stehen können sollen,⁶ von einem „Qualifikationsgrund der Verdeckungsmodalität“ die Rede ist⁷ und die Mordmerkmale ausdrücklich als „Mordqualifikationen“ bezeichnet werden.⁸ In seiner Aufsehen erregenden Entscheidung vom 10. Januar 2006⁹ hat der *Fünfte Strafsenat* des Bundesgerichtshofs in einem obiter dictum nun selbst der These von der in den §§ 211 und 212 StGB beschriebenen „Verwirklichung zweierlei verschiedenen Unrechts und zweier selbständiger Tatbestände“ ausdrücklich widersprochen: sowohl im Hinblick auf deren fragwürdige Konsequenzen als auch auf die in der Literatur dagegen vorgebrachten Argumente.¹⁰

2. Voraussetzungen einer möglichen Aufgabe der Eigenständigkeitsthese

Eine etwaige Aufgabe der bisherigen Auffassung des Bundesgerichtshofs zum Verhältnis der Tatbestände der §§ 211 und 212 StGB zueinander dürfte allerdings voraussetzen,

dass die dafür angegebenen Gründe als nicht mehr tragfähig und die Konsequenzen der auf dieser Auffassung beruhenden Rechtsprechung als nicht mehr hinnehmbar erachtet werden. Dieser Problematik seien die nachfolgenden Darlegungen gewidmet, die schon deshalb als notwendig erscheinen, weil die Kontroverse zwischen Wissenschaft und Praxis um das Verhältnis der vorsätzlichen Tötungsdelikte zueinander weniger klar ist, als gemeinhin angenommen: Abgesehen von einer wohl doch mehrdeutigen Argumentation zur Selbständigkeit auch des § 216 StGB gegenüber §§ 211, 212 StGB (unten II. 1. a) ist die Literatur trotz aller Einigkeit in der Ablehnung der in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung doch uneins in der Beurteilung des Verhältnisses des Tatbestandes des Mordes zu dem des Totschlags.

Vor einer Betrachtung der Konsequenzen eines etwaigen Wandels der Rechtsprechung sei zunächst auf die Gründe eingegangen, auf welche die These von der Eigenständigkeit der Tatbestände des Mordes und des Totschlags gestützt zu werden versucht werden kann. Die Rechtsprechung beruft sich insoweit einmal auf die gesetzliche Kennzeichnung der Täter dieser Tatbestände als „Mörder“ und als „Totschläger“, zum anderen auf die sich daraus ergebenden Konsequenzen insbesondere für die Teilnahmestrafbarkeit. Darüber hinaus ist in der Literatur das gegenüber dem Totschlag gesteigerte Unrecht des Mordes erwähnt¹¹ und auch darauf hingewiesen worden, die Auffassung des Bundesgerichtshofs könne auch mit „der in § 211 [StGB] absolut angedrohten lebenslangen Freiheitsstrafe“ gerechtfertigt werden, wenn auch nur in gewisser Weise.¹²

II. Rechtfertigung der Eigenständigkeitsthese aus der Natur der Tötungstatbestände?

1. Die Berufung des Bundesgerichtshofs auf die gesetzliche Täterkennzeichnung

a) Zur Beurteilung der mit dem Gesetzeswortlaut begründeten Eigenständigkeit der §§ 211, 212 StGB ist vorab zu bedenken, dass das StGB in den §§ 211, 212 und 216 insgesamt drei Tatbestände der vorsätzlichen Tötung normiert. Dabei dürften nicht nur die §§ 211 und 212 StGB von der Rechtsprechung als je eigenständige Tatbestände beurteilt werden, sondern wohl auch § 216 StGB: Schon das Reichsgericht erblickte in § 216 „den Tatbestand eines selbständigen Vergehens, keinen bloßen Straf minderungsgrund“, wengleich in damit kaum vereinbarer Weise § 216 StGB „verfahrensrechtlich“ als ein gesetzlicher Straf minderungsgrund angesehen wurde.¹³ An diese Rechtsprechung anknüpfend, erblickte auch der *Dritte Strafsenat* des Bundesgerichtshofs in einer

¹ BGHSt 1, 368 (370); 6, 329 (330); zust. BGHSt 50, 1 (5).

² BGH NJW 2006, 1008 (1012); BGH-DAT 2 StR 206/04 m.w.N.

³ BGHSt 1, 368 (370); ebenso BGHSt 36, 231 (234).

⁴ Gemeint wohl: der Tatbestand des Mordes enthält den des Totschlags in sich; zum Verhältnis von Norm und Tatbestand vgl. *Gössel/Dölling*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Einf. Rn. 2 ff.

⁵ BGHSt 36, 231 (234).

⁶ BGHSt 36, 231 (234); BGH NSTz 2006, 288 (290): im konkreten Fall nur in der Form der Spezialität denkbar, vgl. dazu auch *Puppe*, in ihrer Anmerkung NSTz 2006, 290.

⁷ BGHSt 41, 8 (9).

⁸ BGHSt 41, 358 (362); *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2006, Bd. 2, Vor § 211 Rn. 142, sieht hierin und in der Fn. 5 erwähnten Entscheidung Annäherungen an die in der Literatur h.M.

⁹ Vgl. dazu *Gasa/Marlie*, ZIS 2006, 200: „Sensation“.

¹⁰ BGH NJW 2006, 1008 (1013).

¹¹ *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Vor §§ 211 ff. Rn. 138.

¹² *Neumann* (Fn. 8), Vor § 211 Rn. 143.

¹³ RGSt 53, 293 (294).

frühen Entscheidung aus dem Jahre 1952 in der Tötung auf Verlangen „ein Vergehen besonderer Art“¹⁴ und eben keinen „Unterfall der §§ 211, 212 StGB“¹⁵; zur angeblichen verfahrensrechtlichen Bedeutung des § 216 StGB als Strafminde-
rungsgrund äußerte sich der *Senat* zwar nicht, behandelte diesen Tatbestand aber gleichwohl eher als Spezialgesetz zu §§ 211, 212 StGB, wenn er ausdrücklich ausführt, „der Tatbestand des § 216 StGB“ schließe „als der engere den des Totschlags oder Mordes“ aus.¹⁶ Ohne auf die bis zur Widersprüchlichkeit gehende Mehrdeutigkeit dieser Rechtsprechung einzugehen, sah der *Vierte Strafsenat* in einer Entscheidung aus dem Jahre 1959 § 216 StGB unmissverständlich eindeutig als „einen gegenüber Mord und Totschlag [...] selbständigen Fall vorsätzlicher Tötung“ an.¹⁷ Mag auch die erwähnte mehrdeutige Argumentation eher gegen die Eigenständigkeit des § 216 StGB sprechen,¹⁸ so soll hier doch mit der letztgenannten Entscheidung davon ausgegangen werden, dass der Bundesgerichtshof auch § 216 StGB als gegenüber §§ 211, 212 StGB eigenständigen Tatbestand ansieht. § 213 StGB enthält nach der in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung eine bloße Strafzumessungsregel zu § 212 StGB¹⁹ und kann daher für die hier untersuchte Frage nach den Konsequenzen einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung zum Verhältnis der Tatbestände der vorsätzlichen Tötung zueinander außer Betracht bleiben.

b) Ob die Herleitung der Eigenständigkeit des Mordes gegenüber dem Totschlag aus den vom NS-Gesetzgeber verwendeten Täterbezeichnungen ein mit heutigen Rechtsvorstellungen unvereinbares Täterstrafrecht²⁰ voraussetzt, mag dahinstehen: Leicht lassen sich die Begriffe „Mörder“ und „Totschläger“ als die tatstrafrechtlichen Begriffe „Mord“ und „Totschlag“ interpretieren;²¹ überdies ist zu bedenken, dass die Eigenständigkeit des § 216 StGB jedenfalls nicht auf die unterschiedliche Verwendung der Begriffe „Mörder“ und „Totschläger“ zurückgeführt werden kann und ebensowenig auf eine tatbestandlich ausdrücklich genannte Täterbezeichnung. Damit bleibt es denkbar, die Tatbestände des Mordes, des Totschlags und der Tötung auf Verlangen nominalistisch allein schon wegen ihrer unterschiedlichen Benennung als je eigenständig anzusehen, mit deren Exklusivität als Folge der

Eigenständigkeit.²² Wer einen Menschen tötet, kann mit derselben, gegen dieses Opfer gerichteten Tötungshandlung nur einen der drei genannten Tatbestände unter Ausschluss der anderen beiden verwirklichen.²³ Schon diese inhaltliche Bedeutung der Eigenständigkeit zeigt das Ungenügen einer allein nominalistischen Begründung: Die Herleitung der Eigenständigkeit von Tatbeständen aus ihrer Benennung bedarf selbst einer inhaltlichen Begründung.

2. Zur Möglichkeit einer materiellen Unterscheidung zwischen eigenständigen und abgewandelten Tatbeständen

Eine solche Begründung müsste *inhaltliche* Merkmale benennen können, welche die Eigenständigkeit eines Tatbestandes mit exklusiver Wirkung gegenüber anderen Tatbeständen ausmachen. Der Bundesgerichtshof benennt solche Merkmale indessen nicht.²⁴ Begründete Antworten auf die Frage nach inhaltlichen Merkmalen der Eigenständigkeit von Tatbeständen finden sich im wesentlichen nur in der Literatur in den Darstellungen zum Allgemeinen Teil des Strafrechts bei den Erörterungen zu den tatbestandlichen Formen eigenständiger Delikte im Verhältnis zu Grunddelikten und deren Qualifikationen und Privilegierungen.

a) Im Vordergrund steht dabei „die Unterscheidung von Grundtatbeständen und abgewandelten Tatbeständen, wobei die Abwandlung immer in der Weise geschieht, dass zum Grundtatbestand kumulativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmale ergänzt werden“²⁵, wobei „die abgewandelte Tat nicht nur ihrer Substanz, sondern auch der Rechtsform nach in voller Abhängigkeit vom Grunddelikt“ bleibt²⁶. Dabei bildet das „Grunddelikt“ den „Ausgangstatbestand, während sich die Abwandlung als unselbständige, durch zusätzliche Merkmale erfolgende Weiterbildung der im Ausgangstatbestand niedergelegten Grundform darstellt“²⁷ und zwar derart, „dass die Merkmale des Grundtatbestandes bei Qualifikationen und Privilegierungen unverändert und mit derselben Auslegung wiederkehren“²⁸. Diese gegenüber dem Grunddelikt als Qualifizierung oder Privilegierung auftretende unselbständige tatbestandliche Abwandlung, zu deren Verwirklichung „der Täter die Merkmale des Grunddelikts sowie zu-

¹⁴ BGHSt 2, 258.

¹⁵ BGHSt 2, 258 (260).

¹⁶ BGHSt 2, 258.

¹⁷ BGHSt 13, 162 (165).

¹⁸ Vgl. dazu *Gössel/Dölling* (Fn. 4), § 1 Rn. 17 f.

¹⁹ So die weit überwiegende Auffassung in der Literatur, vgl. dazu z.B. *Jähnke*, in: ders./Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2003, § 213 Rn. 2; *Horn*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 50. Lieferung, Stand: April 2000, § 213 Rn. 2; a.A. aber *Otto*, Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl. 1998, § 2 Rn. 15; vgl. auch BGHSt 27, 287 (289).

²⁰ Mit Recht abl. dazu z.B. *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vorbem §§ 211 ff. Rn. 6.

²¹ Vgl. dazu *Puppe*, JZ 2005, 902 (903).

²² *Puppe*, NStZ 2005, 290.

²³ *Gössel/Dölling* (Fn. 4), § 1 Rn. 12.

²⁴ *Zutr. Jähnke* (Fn. 19), Vor § 211 Rn. 41; *Horn* (Fn. 19), § 211 Rn. 2; ähnlich *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, Vor § 211 Rn. 22: „Zu Unrecht und ohne zureichende inhaltliche Begründung“ werden „Mord und Totschlag für selbständige Tatbestände“ gehalten.

²⁵ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 6/95; ähnlich *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, Rn. 108 f.

²⁶ *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 20 Rn. 44; ähnlich *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 23 Rn. 34.

²⁷ *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 26 III. 1.; ähnlich *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 8 Rn. 60.

²⁸ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 133.

sätzlich die Voraussetzungen des abgewandelten Tatbestandes erfüllt“ haben muss,²⁹ wird unterschieden vom eigenständigen Verbrechen (*delictum sui generis*), „das zwar einen kriminologischen Zusammenhang mit einem anderen Delikt aufweist, aber eine verselbständigte Abwandlung darstellt und deshalb im Gesetzssystem von jenem anderen Delikt gelöst ist“³⁰, „zu einem rechtlichen Einheitsgefüge neuen Wertranges mit einem eigenen Gehalt“³¹.

b) Auf dieser Unterscheidung zwischen eigenständigen Delikten und unselbständigen Qualifikationen beruht die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die indessen von jenen Stimmen in der Literatur radikal in Frage gestellt wird, welche die Möglichkeit dieser Unterscheidung leugnen: sie finde „im Gesetz keine Stütze und“ opfere „die gesetzliche Tatbestandstechnik zu Gunsten unklarer vorrechtlicher Vorstellungen von einem Deliktstyp“ und sei „deshalb abzulehnen“³².

Es ist gewiss zuzugeben, dass in der Literatur für die Unterscheidung zwischen unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und *delicta sui generis* nur allgemeine Grundsätze benannt werden, nicht aber handhabbare Kriterien für eine Unterscheidung in Einzelfällen, weshalb mit Recht erst eine „vergleichende Auslegung der in Betracht kommenden Tatbestände“ als entscheidend dafür angesehen wird, ob ein eigenständiger Tatbestand vorliegt oder nicht.³³ Die erwähnten ablehnenden Stimmen in der Literatur leugnen indessen mindestens inzidenter diese Möglichkeit einer durch Auslegung zu gewinnenden Unterscheidung und führen damit im Ergebnis dazu, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur jeweiligen Eigenständigkeit der Tatbestände der vorsätzlichen Tötung mit der Folge gänzlich zu verwerfen, Mord und Tötung auf Verlangen nur als abgewandelte Tatbestände anzusehen. Die angebliche Unmöglichkeit, durch Auslegung zwischen der Eigenständigkeit eines Delikts und dessen tatbestandlicher Abweichung zu unterscheiden, ist jedoch bisher lediglich behauptet, aber nicht überzeugend nachgewiesen worden; demgegenüber dürfte es wohl doch möglich sein, Kriterien einer Eigenständigkeit verwandter Tatbestände zu finden, wobei für die hier verfolgten Zwecke offen bleiben kann, ob diese Kriterien allgemeiner Natur sind oder nur für die tatbestandlichen Merkmale gelten, welche Mord oder Tötung auf Verlangen kennzeichnen und diese Tatbestände so vom Tatbestand des Totschlags unterscheiden.

c) Auf der Suche nach solchen Kriterien ist davon auszugehen, dass im Strafrecht Rechtsgüter durch Verbote vor

deren Beeinträchtigung und durch Gebote zur deren Erhaltung geschützt werden.³⁴ Ein rechtsgutsbezogenes normwidriges Verhalten ist damit unverzichtbares Merkmal aller in den strafrechtlichen Tatbeständen beschriebenen Straftaten. Dabei fungiert der Tatbestand als die notwendige *Form* strafbaren Verhaltens, dessen *Inhalt* in einer rechtsgutsbezogenen Normwidrigkeit besteht und damit in der Unrechtsmaterie. Etwaige inhaltliche Kriterien für die Eigenständigkeit von Tatbeständen müssen deshalb solche der normwidrigen Rechtsgutsbeeinträchtigung sein und damit des Unrechts. Deshalb erscheint es sinnvoll, zur Ermittlung solcher Kriterien entweder auf das je geschützte Rechtsgut abzustellen oder aber auf die Unterschiedlichkeit der von *den tatbestandlichen Handlungen beeinträchtigten* Rechtsgüter, auch wenn die je betroffenen Tatbestände dieselben Rechtsgüter schützen,³⁵ wie z.B. im Fall des § 252 StGB (s. dazu unten bb): Nur ein „aliud“ des Unrechts kann demnach zur Eigenständigkeit eines Tatbestandes gegenüber anderen führen, nicht aber eine bloß quantitative Differenz im Unrecht, wie schon das Verhältnis der Qualifikationstatbestände zu den jeweiligen Grunddelikten lehrt³⁶; ebensowenig lässt sich die Andersartigkeit des Mordes gegenüber dem Totschlag aus der von § 211 StGB absolut angedrohten lebenslangen Freiheitsstrafe herleiten, weil § 57a StGB die Absolutheit dieser Strafe nicht bloß relativiert,³⁷ sondern de facto inhaltlich beseitigt hat: zum einen durch die in § 57a Abs. 1 Nr. 1 StGB für den Regelfall nach einer 15-jährigen Vollstreckung vorgesehene Strafaussetzung zur Bewährung, zum anderen, bei notwendiger weiterer Vollstreckung wegen der besonderen Schwere der Schuld (§ 57 Abs. 1 Nr. 2 StGB), durch die vom Bundesverfassungsgericht verlangte verbindliche Mitteilung eines Zeitpunktes, „bis wann die Vollstreckung – unbeschadet sonstiger Voraussetzungen und Möglichkeiten ihrer Aussetzung – unter dem besonderen Gesichtspunkt der Schwere der Schuld fortzusetzen ist“³⁸.

aa) Betrachtet man die Tatbestände der §§ 211, 212 und 216 StGB unter diesen Gesichtspunkten, so scheidet eine mögliche Selbstständigkeit der von diesen Tatbeständen geschützten Rechtsgüter offensichtlich aus: Sie alle schützen ausschließlich das Rechtsgut „menschliches Leben“ – und auch die jeweiligen Tathandlungen verletzen als Tötungshandlungen stets dasselbe Rechtsgut.

bb) Damit ließe sich eine etwaige Selbstständigkeit der genannten Tatbestände nur noch aus den jeweiligen Tötungsmotiven herleiten oder aber aus der Art und Weise der Beeinträchtigung. Dies wird indessen zu verneinen sein: Tatmotive und Tatmodalitäten geben dem Unrecht einer vorsätzlichen Rechtsgutsvernichtung in aller Regel lediglich eine besondere Färbung oder ein besonderes Gewicht, verändern es aber nicht inhaltlich, wie schon die Tatbestände der vorsätzlichen Körperverletzung zeigen dürften: §§ 223, 224 und 226 StGB

²⁹ Jescheck/Weigend (Fn. 27), § 26 III. 2.

³⁰ Jescheck/Weigend (Fn. 27).

³¹ Maurach/Zipf (Fn. 26), § 20 Rn. 46; Roxin (Fn. 28), § 10 Rn. 135; Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 27), § 8 Rn. 79; Wessels/Beulke (Fn. 25), Rn. 111.

³² Jakobs (Fn. 25), 6/98; Walter, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 19), Vor § 13 Rn. 71; ähnlich auch Roxin (Fn. 28), § 10 Rn. 136: Die Unterscheidung habe keinen „dogmatischen Eigenwert“ (ähnlich schon früher Haffke, JuS 1973, 402 [407]: kein Erkenntniswert).

³³ So Jescheck/Weigend (Fn. 27), § 26 II. 1.; ähnlich Roxin (Fn. 28), § 10 Rn. 136; Wessels/Beulke (Fn. 25), Rn. 111.

³⁴ Allg. Meinung.

³⁵ Zu unscharf insoweit noch Gössel/Dölling (Fn. 4), § 1 Rn. 13.

³⁶ Zutr. Schneider (Fn. 11), Vor §§ 211 ff. Rn. 138.

³⁷ Neumann (Fn. 8), Vor § 211 Rn. 143.

³⁸ BVerfG JZ 1992, 1176 (1179) (= BVerfGE 86, 288).

erfassen jeweils eine Tathandlung der Verletzung desselben Rechtsguts der körperlichen Integrität und unterscheiden sich lediglich hinsichtlich der Tatmodalitäten; Ähnliches gilt im Verhältnis der §§ 176, 176a und 176b StGB zueinander.

Auch die Systematik der Raubtatbestände dürfte die hier vertretene Auffassung stützen: führt doch erst die Verschiedenheit der je betroffenen Rechtsgüter zur Eigenständigkeit der jeweiligen Tatbestände. § 249 StGB stellt ein eigenständiges Delikt gegenüber Nötigung und Diebstahl deshalb dar, weil hier die Verletzung zweier *verschiedener* und *aufeinander bezogener* Rechtsgüter erfasst wird. So begründet also einmal schon die Verschiedenheit der je betroffenen Rechtsgüter die Eigenständigkeit, darüber hinaus aber zudem die besondere Verknüpfung der von den §§ 240, 242 StGB jeweils erfassten tatbestandlichen Handlungen: muss doch die Nötigungshandlung als Mittel der Wegnahme eingesetzt werden (Näheres dazu unten 3. a). Dagegen führen die in § 250 StGB beschriebenen besonderen Tatmodalitäten nur zu einer tatbestandlichen Abwandlung des § 249 StGB. Die Eigenständigkeit des § 252 StGB lässt sich allerdings nicht mit der Verschiedenheit der geschützten Rechtsgüter begründen, wohl aber mit der Verschiedenheit der rechtsgutsbeeinträchtigenden Tathandlungen: diejenige des räuberischen Diebstahls besteht allein in einem das Rechtsgut der persönlichen Freiheit beeinträchtigenden Einsatz von Nötigungsmitteln, ohne aber, wie in den §§ 249, 250 StGB geschehen, die das Rechtsgut des Eigentums beeinträchtigende Diebstahlshandlung zum Merkmal der Tathandlung des § 252 StGB zu machen – schützt auch § 252 StGB neben der persönlichen Freiheit zudem das Eigentum, so führt doch die Unterschiedlichkeit der von *den tatbestandlichen Handlungen* in §§ 249, 252 StGB *beeinträchtigten* Rechtsgüter zur Eigenständigkeit des § 252 StGB, wie auch die tatbestandlichen Hehlerhandlungen in § 259 StGB hinsichtlich ihrer jeweiligen Rechtsgutsbeeinträchtigung verschieden sind von der Tathandlung des § 242 StGB. Die Eigenständigkeit des § 316a StGB lässt sich schon aus der Vielzahl der hier geschützten Rechtsgüter herleiten.

3. Die Fragwürdigkeit der auf die Natur der Tötungstatbestände gestützten Eigenständigkeitsthese

Damit dürfte es weder möglich sein, die Eigenständigkeit der Tatbestände der vorsätzlichen Tötung aus deren Natur herzuleiten noch aus den im Gesetz verwendeten Begriffen „Mörder“ und „Totschläger“.³⁹ Aus den soeben dargelegten Gründen erscheint es indessen sehr wohl möglich, §§ 211 und 216 StGB als tatbestandliche Abwandlungen des als Grundtatbestand zu verstehenden § 212 StGB anzusehen. Wenn auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bisher stets ausdrücklich an der Eigenständigkeitsthese festgehalten hat⁴⁰, so dürften dieser These die dafür gegebenen Begründungen doch in mehreren Fällen direkt widersprechen.

³⁹ Weshalb der Vermutung von *Jähnke* (Fn. 24), eine derartige Begründung „dürfte auch schwerlich zu finden sein“, zugestimmt werden kann.

⁴⁰ Bis auf die in NJW 2006, 1008 veröffentlichte und oben I. 1. erwähnte Entscheidung des 5. Strafsenats.

a) So begründet der *Erste Strafsenat* seine Auffassung, Mord und Totschlag könnten in Mittäterschaft begangen werden, mit dem Argument, § 211 StGB enthalte den Tatbestand des § 212 StGB „vollständig“ in sich, weshalb nicht etwa „verschiedene Straftaten begangen worden“ seien, „es [...] sich vielmehr um einen Fall von Gesetzeskonkurrenz“ handele, weshalb „die in beiden Tatbeständen gleichermaßen enthaltene einheitliche Straftat [...] demnach in Mittäterschaft begangen werden“ könne,⁴¹ was auch dann zutrefte, wenn man „Mord und Totschlag als selbständige Straftatbestände“ begreife⁴² – und dies zeige sich auch im Fall des Raubtatbestandes, der „die vollständigen Tatbestände von § 242 StGB und § 240 StGB“ in sich enthalte und dennoch ein eigenständiges Delikt gegenüber §§ 240, 242 StGB darstelle.⁴³

Indessen dürfte man der Eigenständigkeitsthese nicht eindruckvoller widersprechen können, als es der *Erste Strafsenat* mit dieser Begründung getan hat. Wenn ein Tatbestand von einem anderen vollständig aufgenommen wird, dann verliert er grundsätzlich notwendig seine Eigenständigkeit gegenüber dem aufnehmenden Tatbestand; gerade deshalb ist ja der aufnehmende Tatbestand Spezialgesetz gegenüber dem aufgenommenen, welcher folglich im Wege der Gesetzeskonkurrenz⁴⁴ hinter diesen Spezialtatbestand zurücktritt. Dieser Argumentation kann auch nicht das Verhältnis der §§ 240, 242 StGB zu § 249 StGB entgegengehalten werden. Wie oben 2. c) bb) bereits dargelegt wurde, begnügt sich der Raubtatbestand nicht damit, lediglich eine mit der schon von ihm erfassten identische tatbestandliche Rechtsgutsbeeinträchtigung in sich aufzunehmen, vielmehr werden hier die Tatbestände *zweier* voneinander *verschiedener* Rechtsgutsbeeinträchtigungen zum Inhalt des § 249 StGB, dessen Tatbestand zudem ein Kausalverhältnis zwischen beiden aufgenommenen Tatbeständen derart verlangt, dass die Nötigung als Mittel des Diebstahls fungiert⁴⁵ – und *dieses* Kausalverhältnis ist ein Merkmal *nur* des Raubtatbestandes und gerade nicht eines der §§ 240, 242 StGB. Es sind folglich die Verschiedenheit der geschützten Rechtsgüter und die der jeweiligen tatbestandlich rechtsgutsbeeinträchtigenden Tathandlungen, welche dem Raub seine eigenständige Bedeutung gegenüber Diebstahl und Nötigung geben – und genau darin liegt der Unterschied zu §§ 211, 216 StGB, die lediglich *die* Rechtsgutsverletzung und *die* rechtsgutsverletzende Tathandlung erfassen, welche mit der des § 212 StGB identisch ist.

b) Der Eigenständigkeitsthese wurde von diesem *Senat* später überdies insoweit widersprochen, als er ausdrücklich von einem „Qualifikationsgrund der Verdeckungsmodali-

⁴¹ BGHSt 36, 231 (234).

⁴² BGHSt 36, 231 (233).

⁴³ BGHSt 36, 231 (235).

⁴⁴ Besser wohl: Subordination, vgl. dazu *Klug*, ZStW 68 (1956), 399; *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 1989, § 55 Rn. 29.

⁴⁵ *Gössel*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 1996, § 12 Rn. 8. Ob dieses Verhältnis objektiv oder nur subjektiv in der Vorstellung des Täters bestehen muss (vgl. dazu *Gössel* a.a.O., § 13 Rn. 31 ff.), bedarf hier keiner Erörterung.

tät“⁴⁶ spricht, der ja nichts anderes als eben eine Qualifikation begründen kann, und überdies, in einer späteren Entscheidung, ebenso ausdrücklich von „niedrigen Beweggründe[n]“ und „andere[n], benannte[n] Mordqualifikationen“⁴⁷ spricht.

c) Die bisherigen Überlegungen zu Struktur und Inhalt des eigenständigen und auch des tatbestandlich abgewandelten Delikts und auch zur Natur der Tötungstatbestände führen damit zu dem Ergebnis, §§ 211 und 216 StGB als unselbständige tatbestandliche Abwandlungen des Grunddelikts des § 212 StGB anzusehen. Jedoch bleibt zu untersuchen, ob die These von der Eigenständigkeit aller Tatbestände der vorsätzlichen Tötung nicht mit den Konsequenzen gerechtfertigt werden kann, die sich aus dieser These ergeben, insbesondere hinsichtlich der Strafbarkeit der Beteiligten einschließlich der Verfolgungsverjährung, darüber hinaus aber auch für Konkurrenzen und Strafzumessung.

III. Rechtfertigung der Eigenständigkeitsthese aus ihren Konsequenzen für die Beteiligtenstrafbarkeit?

1. Die Natur der §§ 28, 29 StGB und ihre Bedeutung für die Beteiligtenstrafbarkeit

Unter Beteiligten versteht das Gesetz Mittäter und Teilnehmer (§ 28 Abs. 2 StGB): Die Beteiligtenstraftaten sind damit stets bezogen entweder auf die Tat(en) von Mittätern oder aber, bei Teilnehmern, auf die Haupttat(en) eines oder mehrerer Täter. Deshalb erscheint es sinnvoll, die Taten, auf die sich die Beteiligung bezieht, einheitlich als *Bezugsstraftat(en)* zu bezeichnen und als *Bezugstäter* die Täter der Bezugstaten: erscheint doch im Fall mittäterschaftlicher Beteiligung die Rede von einer Haupttat des oder der anderen Mittäter als ebenso irreführend wie die Bezeichnung einer der Mittäter als Haupttäter.

a) Bei einer strikt akzessorischen Beteiligtenstrafbarkeit, bei der sich die Strafbarkeit der Beteiligten ausschließlich nach der Bezugsstraftat richten würde, wäre der Beteiligte bekanntlich straflos, wenn der Täter der Bezugstat schuldlos handelte; das Vorliegen besonderer persönlicher Merkmale beim Beteiligten wäre in diesem Fall bedeutungslos, auch wenn von deren Vorliegen die Strafbarkeit des Bezugstäters abhinge. Mit der Einführung der sog. limitierten Akzessorität durch § 50 Abs. 1 StGB i.d.F. der StrafrechtsangleichungsVO v. 29.5.1943⁴⁸ wurde die Beteiligtenstrafbarkeit nur noch an eine rechtswidrige Bezugstat gebunden und unabhängig von der Schuld des Bezugstäters von der Schuld des Beteiligten abhängig gemacht. Wie schon § 50 StGB i.d.F. des RGStGB von 1871, so schrieb auch Abs. 2 des § 50 StGB i.d.F. der erwähnten Verordnung überdies vor, strafmodifizierende besondere persönliche Eigenschaften seien nur bei denjenigen Beteiligten zu berücksichtigen, bei denen diese Eigenschaften auch tatsächlich vorlägen: beim Beteiligten also nur, wenn dieser selbst die Eigenschaften aufweise, unabhängig von deren Vorliegen in der Person des Bezugstäters.

aa) Bei dieser Rechtslage hat der *Zweite Strafsenat* des Bundesgerichtshofs den Angeklagten wegen Anstiftung zum Totschlag verurteilt, der im Jahre 1945 amerikanische Besatzungssoldaten, in deren Person keine Mordmerkmale vorlagen, durch eine bewusst falsche Anschuldigung aus niedrigen Beweggründen dazu veranlasst hatte, das Opfer dieser Anschuldigung ohne weitere Nachprüfung zu erschießen. An einer Berücksichtigung des niedrigen Beweggrundes sah sich der *Senat* gehindert: die Mordmerkmale seien keine Schuldmerkmale, sondern echte unrechtsbegründende Tatbestandsmerkmale, die zur Eigenständigkeit des § 211 StGB gegenüber § 212 StGB führten – und diese Eigenständigkeit führe zur strafbegründenden Natur der Mordmerkmale und schließe deshalb die Anwendung des § 50 Abs. 2 StGB in der damals geltenden Fassung aus, wodurch „das sonderbare Ergebnis“ verhindert werde, die das Unrecht des § 211 StGB gleichermaßen bestimmenden Mordmerkmale nur dann zur Bewertung der Beteiligentat als Mord führen zu lassen, wenn diese besonderer persönlicher Natur seien.⁴⁹

bb) Ohne die vom *Fünften Strafsenat* erwogene Aufgabe der Bewertung des § 211 StGB als eines gegenüber § 212 StGB eigenständigen Tatbestandes (s. oben I. 1.) würde der Bundesgerichtshof vom Boden seiner bisherigen Rechtsprechung wohl zum gleichen Ergebnis kommen, auch wenn berücksichtigt wird, dass dem erwähnten sonderbaren Ergebnis schon im Jahre 1968 dadurch Rechnung getragen wurde, dass ein in den bisherigen § 50 StGB i.d.F. des Jahres 1943 eingefügter Absatz 2 vorschrieb, dass nur beim Bezugstäter, nicht aber beim Beteiligten vorliegende strafbegründende besondere persönliche Merkmale zwar die Beurteilung der Beteiligentat als Beteiligung am Mord nicht hindere, wohl aber zur Milderung der Beteiligtenstrafe nach Versuchsvorschriften führen solle⁵⁰ – und damit der den jetzt geltenden §§ 28, 29 StGB entsprechende Rechtszustand erreicht wurde. Die These von der Eigenständigkeit der §§ 211, 212 StGB führt dazu, den beim Beteiligten vorliegenden niedrigen Beweggrund unberücksichtigt zu lassen – auch § 28 Abs. 1 StGB, der den umgekehrten Fall eines zwar beim Bezugstäter, nicht aber beim Beteiligten vorliegenden besonderen persönlichen Mordmerkmals betrifft, führt zu keiner anderen Lösung.

Der beim Beteiligten vorliegende niedrige Beweggrund kann auch nicht über § 29 StGB berücksichtigt werden: Der Bundesgerichtshof sieht auch heute noch die Mordmerkmale zu Recht als unrechtskonstituierende Tatbestandsmerkmale an und gerade nicht als Schulselemente. Die auch derzeit noch vertretene gegenteilige Ansicht überzeugt nicht. Nach einer früher verbreiteten Argumentation wurden die Mordmerkmale als schuldsteigernde Elemente angesehen, weil „eine Unrechtssteigerung“ bei der vorsätzlichen Tötung „nicht möglich“ sei⁵¹. Dem hat jedoch schon *Jähnke* überzeugend entgegengehalten, dies könne für die tatbezogenen Mordmerkmale offensichtlich nicht gelten, für die täterbezo-

⁴⁶ BGHSt 41, 8 (9).

⁴⁷ BGHSt 41, 358 (362).

⁴⁸ RGBI. I, S. 339.

⁴⁹ BGHSt 1, 368 (370 ff.).

⁵⁰ Eingefügt durch das EGOWiG v. 24.5.1968, BGBl. I, S. 503.

⁵¹ *Lange*, in: Stree (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S. 217, 221 f. m.w.N.

genen aber ebensowenig, weil diese „keineswegs nur“ mit der „Einstellung des Täters zur Tat oder seine Gesinnung“ inhaltlich erklärt werden könnten, sondern „in ihrer Gefährlichkeit und besonderen Wertwidrigkeit die objektive Rechtsordnung“ betreffen;⁵² dementsprechend kann auch nicht „die in der Tat aktualisierte Rechtsgesinnung des Täters“ als außerhalb des Unrechts stehendes Schuldmerkmal anerkannt werden⁵³ und ebensowenig können dies sonstige Merkmale des Mordtatbestandes. Überdies ist zu bedenken, dass die Mordmerkmale zugleich Merkmale der Tathandlung „Tötung eines Menschen“ sind und diese Tathandlung nicht isoliert, gleichsam ohne Eigenschaften, sondern nur zusammen mit diesen Merkmalen dem tatbestandlichen Unrecht zugehören⁵⁴ und das Unrecht der Tathandlung erhöhen, was freilich zu einer Steigerung der Vorwerfbarkeit und damit auch zu einer Schuldsteigerung führt.

b) Die soeben abgelehnte Auffassung vom Schuldcharakter aller oder auch nur einiger der Mordmerkmale führt zur Notwendigkeit einer Klärung der rechtlichen Natur des die Beteiligtenstrafbarkeit regelnden § 28 StGB insbesondere im Hinblick auf die Akzessorietät der Beteiligung.

Die weit überwiegende Auffassung in der Literatur sieht diese Vorschrift als eine die Akzessorietät der Beteiligung zur Bezugstat weiter lockernde Regelung für besondere persönliche Merkmale mindestens auch im Unrechtsbereich an,⁵⁵ die also über die in § 29 StGB für den Schuldbereich vorgesehene Lockerung hinausgehen kann. Jedoch werden Systematik, Inhalt und rechtliche Bedeutung der §§ 28, 29 StGB bekanntlich äußerst kontrovers diskutiert, so z.B., ob § 29 StGB auf alle Schuldmerkmale oder nur auf solche allgemeiner Art (etwa Schuldfähigkeit, Verbotsirrtum und Entschuldigungsgründe)⁵⁶ anzuwenden sei und § 28 StGB nur bei besonderen Schuldmerkmalen. Jedoch können diese Fragen dahingestellt bleiben: Nach der in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung, die aus den soeben dargelegten Gründen für zutreffend erachtet wird, sind alle im Mordtatbestand aufgeführten Merkmale, deren Vorliegen dazu führt, die vorsätzliche Tötung eines anderen Menschen § 211 StGB zu subsumieren, tatbestandliche Unrechtsmerkmale, auf die folglich § 28 StGB nur angewendet werden kann, soweit es

sich (wie im Fall des § 216 StGB) um besondere persönliche Merkmale handelt⁵⁷ und § 29 StGB gar nicht. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob etwa § 28 Abs. 2 StGB eine bloße Strafzumessungsregel sei:⁵⁸ Die Mordmerkmale sind als tatbestandliche Unrechtselemente § 28 Abs. 2 StGB unabhängig von der Rechtsnatur dieser Norm unterworfen⁵⁹ – auch wenn § 28 Abs. 2 StGB tatsächlich eine Strafzumessungsregel wäre, könnte diese Auffassung nicht dazu führen, die Mordmerkmale dem Strafzumessungsbereich zuzuweisen.

2. Konsequenzen

Damit ist es möglich geworden, die Konsequenzen näher zu bedenken, die sich für die Beteiligtenstrafbarkeit auch hinsichtlich der Verjährung ergeben würden (zu den weiter betroffenen Bereichen der Konkurrenzen und der Strafzumessung s. unten IV.), wenn der Bundesgerichtshof die Tatbestände der vorsätzlichen Tötung nicht mehr als eigenständige Tatbestände ansehen, sondern §§ 211 und 216 StGB als tatbestandliche Abwandlungen des als Grundtatbestand verstandenen § 212 StGB behandeln würde – und zwar, der besseren Übersichtlichkeit wegen, in Gegenüberstellung zu den insoweit der Eigenständigkeitstheese entfließenden Konsequenzen. Dabei wird vorausgesetzt, dass die bisherige Rechtsprechung beibehalten wird, derzufolge die Mordmerkmale tatbestandliche Unrechtselemente darstellen und überdies ihrer Natur nach tat- oder täterbezogene Merkmale sind, von denen nur die letzteren (also die erste und die dritte Gruppe der Mordmerkmale) besondere persönliche Merkmale i.S. des § 28 StGB darstellen.⁶⁰

a) Die Strafbarkeit des Beteiligten hängt zunächst davon ab, ob er hinsichtlich der Merkmale der Tötung auf Verlangen oder der Mordmerkmale vorsätzlich handelt: ob er sich vorsätzlich an einer vorsätzlichen Bezugstat entweder des Mordes oder der Tötung auf Verlangen beteiligen will.

aa) Zunächst sei die Beteiligtenstrafbarkeit vom Boden der Eigenständigkeitstheese betrachtet. Hier ist zu unterscheiden, ob der Beteiligte Mordmerkmale beim Bezugstäter zu Recht oder zu Unrecht annahm.

Richtet sich der Vorsatz des *Anstifters* etwa auf einen Mord als Bezugstat, während der Bezugstäter aber „nur“

⁵² Jähnke (Fn. 19), Vor § 211 Rn. 46 f.; Horn (Fn. 19), § 211 Rn. 3.

⁵³ So aber Jescheck/Weigend (Fn. 27), § 42 I.

⁵⁴ Vgl. dazu Horn (Fn. 19), § 211 Rn. 3; Gössel/Dölling (Fn. 4), § 1 Rn. 21.

⁵⁵ Jähnke (Fn. 19), Vor § 211 Rn. 43; Joecks, in: ders./Miebach (Fn. 11), § 28 Rn. 10, 53; Schneider (Fn. 11), Vor §§ 211 ff. Rn. 139; Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Fn. 20), § 28 Rn. 8; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 28 Rn. 2; Lackner/Kühl (Fn. 24), § 28 Rn. 8; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2006, § 28 Rn. 1; Jakobs (Fn. 25), 23/1; Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 27), § 32 Rn. 5, 35; Otto (Fn. 19), § 22 Rn. 13 ff.

⁵⁶ Vgl. dazu Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Fn. 19), 7. Aufl., 35. Lieferung, Stand: Januar 2001, § 28 Rn. 6 ff., ferner die Übersicht bei Cramer/Heine (Fn. 55), § 28 Rn. 3.

⁵⁷ Selbst wenn aber alle oder nur einzelne Mordmerkmale als Schuldmerkmale anzusehen wären, wären die Ergebnisse weitgehend denen gleich, zu denen die Anwendung des § 28 StGB führte: § 28 Abs. 2 StGB macht die Strafbarkeit des Beteiligten ebenso wie § 29 StGB davon abhängig, ob diese Merkmale in seiner Person vorliegen oder nicht – nur bei der Anerkennung auch strafbegründender Schuldmerkmale wäre dem Teilnehmer die Milderung versagt, die im Bereich des § 28 Abs. 1 StGB für strafbegründende Unrechtselemente gewährt wird; vgl. dazu Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2003, § 27 Rn. 9.

⁵⁸ Vgl. z.B. Roxin, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 19), § 28 Rn. 3; Roxin (Fn. 57), § 27 Rn. 18.

⁵⁹ Vgl. Cramer/Heine (Fn. 55), § 28 Rn. 6.

⁶⁰ Vgl. nur BGH NSTZ-RR 2002, 139 (140) m.w.N.; vgl. dazu ferner Schneider (Fn. 11), § 211 Rn. 208 mit zahlr. weit. Nachw.

einen Totschlag begeht, so kann dem Anstifter wegen seiner irrigen Vorstellung über das Vorliegen von Mordmerkmalen beim Bezugstäter nur eine *versuchte* Anstiftung zum Mord (§§ 30, 211 StGB) vorgeworfen werden. Allerdings bejaht der Bundesgerichtshof hier zudem eine tateinheitlich begangene Anstiftung zum Totschlag,⁶¹ in indessen inkonsequenter Weise: ist doch diese Auffassung mit der These von der Eigenständigkeit der §§ 211, 212 StGB im Verhältnis zueinander wegen der dann notwendig anzunehmenden Exklusivität des § 211 StGB (oben II. 1. b) deshalb nicht vereinbar,⁶² weil der Haupttäter nur den Tatbestand des § 211 StGB unter Ausschluss des Tatbestandes des § 212 StGB verwirklichen kann – und an einem nicht verwirklichten Tatbestand kann in strafbarer Weise nicht teilgenommen, insbesondere kann nicht dazu angestiftet werden. Für die Strafverfolgungsverjährung beim Beteiligten ist hier bedeutsam, dass die Strafverfolgung bei Verbrechen des Mordes nicht verjährt (§ 78 Abs. 2 StGB) und dass diese Unverjährbarkeit auch „für den [...] Versuch der Beteiligung“ gilt.⁶³ Vom Standpunkt des Bundesgerichtshofs müsste hier eine unverjährende Straftat nach §§ 30, 211 StGB und eine damit tateinheitlich begangene Anstiftung zum Totschlag bejaht werden, die nach zwanzig Jahren verjähren würde (§ 78 Abs. 3 Nr. 2 StGB) – mit der nicht jedermann einleuchtenden Konsequenz, nach materiellem Recht als tateinheitlich zu beurteilende Taten, die auch prozessual als eine einheitliche Tat zu bewerten wären (§ 264 StPO), verschiedenen Verjährungsregeln zu unterwerfen, was hier indessen nicht weiter vertieft werden kann. Verwirklicht der Bezugstäter in diesem Fall (bei im übrigen gleichbleibenden Umständen) den Tatbestand des § 216 StGB, so haftet der Beteiligte ebenfalls nur wegen versuchter Anstiftung zum Mord. Ob der Bundesgerichtshof auch in diesem Fall – inkonsequent, s. oben – zudem Beteiligung am Totschlag bejahen würde, kann nur vermutet werden.

Richtet sich der Vorsatz des *Gehilfen* auf die Begehung eines Mordes, während der Bezugstäter aber nur einen Totschlag begeht, bleibt der Gehilfe deshalb straflos, weil die versuchte Beihilfe straflos ist – ist die Bezugstat eine Tötung auf Verlangen, ist das Verhalten des Gehilfen zudem deshalb straflos, weil sich dieser nur einem Vergehen beteiligen will.

Endlich sei noch der Fall betrachtet, in dem ein *Mittäter* (s. zu dieser Möglichkeit oben II. 3. a) zwar § 211 StGB wegen mittäterschaftlichen Zusammenwirkens verwirklicht und dessen Vorsatz sich auch auf die Verwirklichung von Mordmerkmalen durch seinen Mittäter richtet, der zwar die Tötungshandlung selbst alleine vornimmt, aber „nur“ einen Totschlag begeht. Hier gerät die Eigenständigkeitsthese in Konflikt mit jener Auffassung, welche es auch vom Boden dieser These aus für möglich hält, Mord und Totschlag mittäterschaftlich zu verwirklichen (oben II. 3. a). Ob in der hier

behandelten Fallkonstellation eine Lösung möglich ist, erscheint fraglich – m.E. lässt sie sich nur im Widerspruch zur Eigenständigkeitsthese finden: vollendeter Mord und versuchte Beteiligung am Mord, idealiter konkurrierend und begangen in mittäterschaftlichem Zusammenwirken (§§ 211, 25 Abs. 2, 30, 212, 52 StGB), wobei die Strafe allein § 211 StGB (§ 52 Abs. 2 S. 1 StGB) zu entnehmen ist.

Richtet sich der Vorsatz des Beteiligten zwar auf die Begehung eines Totschlags durch den Bezugstäter, ohne aber die beim Bezugstäter vorliegenden Mordmerkmale zu umfassen, so fehlt dem Beteiligten der Vorsatz, sich an einem Mord zu beteiligen. Folglich kann der Beteiligte auch nicht wegen Beteiligung am Mord haften, aber ebensowenig wegen Beteiligung am Totschlag, weil es wegen der Eigenständigkeit und der daraus folgenden Exklusivität (oben II. 1. b) des Totschlagstatbestandes gegenüber dem des Mordes (und umgekehrt) an einer Bezugstat fehlt: Der als *Mittäter* oder *Anstifter* Beteiligte kann hier nur wegen versuchter Beteiligung am Totschlag nach § 30 StGB haften, damit also nicht im Falle einer versuchten *Beihilfe*. Indessen wird nicht ausgeschlossen werden können, dass der Bundesgerichtshof auch in diesem Fall gleichwohl Beteiligung am Totschlag bejahen wird, wie schon im dazu umgekehrten und soeben erörterten Fall, in dem der Beteiligte Mordmerkmale in der Person des Bezugstäters zu Unrecht annahm. Ist dem Beteiligten unbekannt, dass der Bezugstäter mit seiner Tötungshandlung den Tatbestand des § 216 StGB verwirklicht, haftet der Beteiligte nach §§ 30, 212 StGB, bleibt als Gehilfe also straflos, sofern der Bundesgerichtshof nicht auch hier zu der inkonsequenten Lösung einer Beihilfe zum Totschlag greifen sollte. Sofern ein Beteiligter nach §§ 30, 212 StGB haftet, unterliegt diese Tat einer 20-jährigen Verjährung (§ 78 Abs. 3 Nr. 2, § 30 Abs. 1 S. 1 StGB, abstrakte Betrachtung)⁶⁴.

bb) Betrachtet man §§ 211 und 216 StGB als tatbestandliche Abwandlungen des § 212 StGB, so richtet sich der Vorsatz des Beteiligten bei irriger Annahme der Mordmerkmale in der Person des Bezugstäters nicht nur auf die Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 211 StGB, sondern notwendig auch auf die des Grundtatbestandes des § 212 StGB. Damit ist sowohl eine versuchte Anstiftung zum Mord zu bejahen als auch eine erfolgreiche Anstiftung zum Totschlag, die beide zueinander derart in Gesetzeskonkurrenz⁶⁵ stehen, dass die erfolgreiche Anstiftung (§§ 26, 212 StGB) die bloß versuchte Beteiligung (§ 30 StGB) zum Mord konsumiert.⁶⁶ Die stärkere Beteiligungsform konsumiert die schwächere – und § 78 Abs. 2 StGB wäre eben nicht anwendbar (anders vom Boden der Eigenständigkeitsthese) –, so dass die Strafverfolgung gegen den Beteiligten nach Maßgabe des § 78 Abs. 3 StGB verjähren könnte. Nimmt der Beteiligte irrig an, der Bezugstäter verwirkliche den Tatbestand des § 216 StGB, und will auch er sich nur an einer Tötung auf Verlangen beteiligen, so haftet er als etwaiger Gehilfe nach §§ 216, 27, 16 Abs. 2 StGB – mit der Möglich-

⁶¹ BGHSt 50, 1.

⁶² Treffend weist schon *Puppe* auf die Widersprüchlichkeit dieses vom Bundesgerichtshof angenommenen Ergebnisses hin, JZ 2005, 902 (903 m.w.N.).

⁶³ Allg. Meinung, vgl. nur *Jähnke* (Fn. 19), § 78 Rn. 6; *Mitsch*, in: Joecks/Miebach (Fn. 11), § 78 Rn. 14; *Rudolphi/Wolter*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 19), § 78 Rn. 4.

⁶⁴ Vgl. dazu z.B. *Lackner/Kühl* (Fn. 24), § 78 Rn. 9.

⁶⁵ S. Fn. 44.

⁶⁶ Vgl. nur *Fischer* (Fn. 55), § 30 Rn. 16.

keit einer Strafverfolgungsverjährung nach fünf Jahren (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB).

Liegen dagegen beim Bezugstäter Mordmerkmale vor, die vom Beteiligtenvorsatz nicht umfasst werden, so richtet sich etwa der Anstiftersvorsatz nur auf die Verwirklichung des Grundtatbestandes des § 212 StGB, nicht aber auf die Verwirklichung des § 211 StGB durch den Bezugstäter: Insoweit liegt ein den Beteiligten nicht belastender (§ 16 Abs. 1 StGB) Exzess des Bezugstäters vor, es sei denn, beim Beteiligten liegen selbst Mordmerkmale begründende besondere persönliche Merkmale vor (§ 28 Abs. 2 StGB). Begeht der Bezugstäter eine Tötung unter den Voraussetzungen des § 216 StGB, die dem Beteiligten nicht bekannt sind, so richtet sich der Beteiligtenvorsatz ebenfalls nur auf die Verwirklichung des Grundtatbestandes des § 212 StGB mit der Verjährungsfolge aus § 78 Abs. 3 Nr. 2 StGB – die nur beim Haupttäter vorliegenden privilegierenden Merkmale des § 216 StGB kommen dem Beteiligten nach § 28 Abs. 2 StGB nicht zugute.

b) Unbeschadet der soeben behandelten Vorsatzproblematik seien nunmehr die Fälle untersucht, in denen Mordmerkmale oder die Voraussetzungen einer Tötung auf Verlangen entweder nur beim Beteiligten oder nur beim Bezugstäter vorliegen, nicht aber bei beiden und auch die Fälle, in denen beim Bezugstäter andere Mordmerkmale vorliegen als beim Beteiligten.

aa) Auch in diesen Fällen soll die Teilnehmerstrafbarkeit zunächst vom Boden der Eigenständigkeitsthese aus betrachtet werden, derzufolge alle Merkmale der §§ 211, 212, 216 StGB jeweils strafbegründende Natur besitzen.

Liegen beim Beteiligten Merkmale des Mordes oder der Tötung auf Verlangen vor, nicht aber beim Bezugstäter, der „nur“ einen Totschlag nach § 212 StGB begeht, so haftet er allein wegen seiner Beteiligung an der Haupttat des § 212 StGB (Verjährung nach § 78 Abs. 3 Nr. 2 StGB): Die bei ihm vorliegenden Mordmerkmale oder diejenigen der Tötung auf Verlangen bleiben unberücksichtigt (zu Irrtumfällen s. oben a).

Liegen im umgekehrten Falle Mordmerkmale oder Merkmale der Tötung auf Verlangen nur beim Bezugstäter, nicht aber beim Beteiligten vor, so kommt als Bezugstat entweder nur § 211 oder § 216 StGB in Betracht: Liegen die Voraussetzungen *beider Tatbestände* vor, so ist wegen der Sperrwirkung des mildereren Tatbestandes⁶⁷ *allein* § 216 StGB Bezugstat. Die Beteiligtenstrafbarkeit ist auch hier von dem Tatbestand abhängig, den der Bezugstäter verwirklicht. Ist § 216 StGB Haupttat, haftet der Beteiligte nur wegen Beteiligung

⁶⁷ Vgl. nur *Lackner/Kühl* (Fn. 24), Vor § 211 Rn. 24; *Maurach/Gössel* (Fn. 44), § 55 Rn. 20 und *Gössel/Dölling* (Fn. 4), § 1 Rn. 8; *Maurach/Schröder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2003, § 2 Rn. 61. Im Ergebnis so schon das Reichsgericht, das jedoch hier – trotz der bestätigten Eigenständigkeitsthese – von dem gegenüber Mord und Totschlag engeren Tatbestand des § 216 StGB spricht (so RGSt 45, 247 [248]; 53, 293 [294]); BGH NStZ 2006, 288 (290) erkennt in ähnlicher Weise, ebenfalls vom Boden der Eigenständigkeitsthese, eine Sperrwirkung wegen Gesetzeskonkurrenz an (vgl. dazu aber die treffende Kritik von *Puppe*, NStZ 2006, 290).

an § 216 StGB (fünfjährige Verjährungsfrist nach § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB) unabhängig davon, dass in seiner Person die Merkmale einer Tötung auf Verlangen nicht vorliegen (zu Irrtumfällen s. auch hier oben a). Ist § 211 StGB als Bezugstat anzusehen, so haftet der Beteiligte grundsätzlich wegen Beteiligung am Mord mit der Konsequenz, dass § 78 Abs. 2 StGB (s. oben a) aa) der Strafverfolgungsverjährung gegen den Beteiligten entgegensteht; das gilt auch dann, wenn beim Beteiligten die Merkmale des § 216 StGB vorliegen. Indessen kann die Strafe des Beteiligten nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden, wenn das mordbegründende Merkmal besonderer persönlicher Natur ist (§ 28 Abs. 1 StGB).

Dem Wortlaut des § 28 Abs. 1 StGB zufolge ist diese Milderung stets dann zu gewähren, wenn dem Beteiligten eben jenes Merkmal fehlt, welches beim Bezugstäter als strafbegründendes besonderes persönliches Mordmerkmal vorliegt. Jedoch versagt der Bundesgerichtshof diese Milderung (hier verbleibt es erst recht bei der Unverjährbarkeit nach § 78 Abs. 2 StGB), wenn beim Beteiligten zwar nicht das den Bezugstäter als Mörder kennzeichnende besondere persönliche Merkmal vorliegt, wohl aber ein anderes, welches dem beim Bezugstäter vorliegenden Merkmal entspricht⁶⁸ – eine These, die in der Literatur deshalb mit Recht als inkonsequent beurteilt wird, weil mit einer derartigen „Kreuzung“ von Mordmerkmalen diese eben nicht als strafbegründend, sondern nur noch als strafscharfend behandelt werden, der Bundesgerichtshof entgegen seiner Eigenständigkeitsthese eben doch § 28 Abs. 2 StGB anwendet.⁶⁹

bb) Werden §§ 211 und 216 StGB dagegen als tatbestandliche Abwandlungen des als Grunddelikt verstandenen § 212 StGB aufgefasst, sind die Mordmerkmale sowie diejenigen der Tötung auf Verlangen als strafscharfend bzw. strafmildernd aufzufassen und eben nicht als strafbegründend. Auf Mordmerkmale besonderer persönlicher Natur (täterbezogene Merkmale, s. oben vor a) ist folglich nicht Abs. 1 des § 28 StGB anzuwenden, sondern allein dessen Abs. 2; Gleiches gilt für die gegenüber § 212 StGB privilegierenden Merkmale des § 216 StGB.⁷⁰

Demnach wird § 212 StGB vom Bezugstäter auch dann verwirklicht, wenn in seiner Person die Merkmale des Mordes oder der Tötung auf Verlangen vorliegen und er deswegen zugleich die Tatbestände des § 211 oder § 216 StGB verwirklicht, die als Spezialtatbestände das Grunddelikt im Wege der Gesetzeskonkurrenz⁷¹ verdrängen. Verwirklicht der Bezugstäter sowohl den Spezialtatbestand des § 211 StGB als auch denjenigen des § 216 StGB, geht § 216 StGB wegen der Sperrwirkung des mildereren Tatbestandes⁷² vor.

Die *privilegierenden* Merkmale des § 216 StGB kommen nach § 28 Abs. 2 StGB nur dem Beteiligten zugute, bei dem sie vorliegen. Wer sich unter den bei ihm vorliegenden Vor-

⁶⁸ BGHSt 23, 39; BGH NStZ 2006, 288 (289).

⁶⁹ So *Arzt*, JZ 1973, 681 (686), inzwischen h.L. in der Literatur, vgl. nur *Schneider* (Fn. 11), § 211 Rn. 208.

⁷⁰ Vgl. nur *Jähnke* (Fn. 19), § 216 Rn. 10 und *Schneider* (Fn. 11), § 216 Rn. 59, jeweils m.w.N.

⁷¹ S. Fn. 44.

⁷² S. Fn. 67.

aussetzungen des § 216 StGB an einer vorsätzlichen Tötung als Bezugstat beteiligt, ist über § 28 Abs. 2 StGB auch dann nur wegen Beteiligung an einer Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) haftbar, wenn beim Bezugstäter die Voraussetzungen des § 216 StGB nicht vorliegen und dieser allein die Tatbestände der §§ 211, 212 StGB verwirklicht. Nach § 78 Abs. 4 StGB gilt deshalb für den Beteiligten eine Verfolgungsverjährungsfrist von fünf Jahren (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB) selbst dann, wenn die Bezugstat Mord ist: Wenn es auch fraglich erscheint, ob § 78 Abs. 4 StGB nur auf verjährende, nicht aber auf unverjährende Straftaten anzuwenden ist⁷³ und folglich Unverjährbarkeit nach Abs. 2 des § 78 StGB zu bejahen wäre, so wird doch deshalb das gleiche Ergebnis wie bei der Anwendung des § 78 Abs. 4 StGB erreicht, weil den täterbezogenen besonderen persönlichen Mordmerkmalen eine akzessorietätslockernde Wirkung im Unrechtsbereich zukommt (oben 1. b); dieser Wirkung wegen hat der gegen den Beteiligten zu erhebende strafrechtliche Vorwurf seine Grundlage eben nicht in § 211 StGB und ist folglich nicht nach § 78 Abs. 2 StGB zu beurteilen.⁷⁴

Entsprechendes gilt auch für die *qualifizierenden* Merkmale des § 211 StGB, sofern sie *täterbezogene* besondere persönliche Merkmale darstellen: Weist die Handlung des Beteiligten solche täterbezogenen Mordmerkmale auf, so liegt Beteiligung am Mord mit der Unverjährbarkeitsfolge aus § 78 Abs. 2 StGB auch dann vor, wenn die Tat des Bezugstäters nicht selbst von § 211 StGB erfasst wird, sondern von §§ 212 oder 216 StGB – es sei denn, beim Beteiligten liegen zugleich die Merkmale des § 216 StGB vor: In diesem Fall kommt dem Beteiligten die Sperrwirkung⁷⁵ des milderen § 216 StGB zugute, welche die Beteiligung am Mord oder am Totschlag verdrängt und deren Verfolgung nach § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB in fünf Jahren verjährt.

Hat der Bezugstäter indessen *tatbezogene* qualifizierende Mordmerkmale verwirklicht, so sind etwaige Beteiligte ebenfalls wegen Beteiligung am Mord (mit der Unverjährbarkeitsfolge aus § 78 Abs. 2 StGB) unabhängig davon haftbar, dass diese Merkmale in der Person des Beteiligten gerade nicht vorliegen (zu Irrtumfällen s. oben a) aa). Jedoch kann Beteiligung am Mord dann aus einem zweiten Grunde bejaht werden, wenn der Beteiligtenhandlung auch täterbezogene Mordmerkmale zukommen (§ 28 Abs. 2 StGB) – die aber dann nur als Beteiligung an einer Tötung auf Verlangen anzusehen ist, wenn der Beteiligte auch unter dem Einfluss der durch das Opfer hervorgerufenen Tatmotivation handelt (§ 216 StGB), womit aber die zudem vorliegende Beteiligung am Mord (tatbezogene Merkmale der Bezugstat) nicht ausgeschlossen werden kann.

c) Im Ergebnis dürfte sich die Eigenständigkeitsthese mit den aus ihr abgeleiteten Konsequenzen für die Beteiligten-

strafbarkeit (oben a) aa) und b) aa) nicht rechtfertigen lassen. Besonders fragwürdig erscheint insoweit die Annahme mittäterschaftlichen Zusammenwirkens bei der Begehung von Mord und Totschlag (oben II. 3. a), die dazu führt, ein und dieselbe Beihilfehandlung (Entsprechendes gilt auch für die anderen Beteiligungsformen) an derselben Tötungshandlung „in eine objektive Beihilfe zum Mord [...] und eine (hierzu tateinheitliche) objektive Beihilfe zum Totschlag“ aufzuspalten.⁷⁶ Ebenso wenig überzeugend erscheint, den an einer vollendeten Tötung des Bezugstäters Beteiligten *auch* wegen bloß versuchter Beteiligung haften zu lassen, weil er irrig davon ausging, in der Person des Bezugstäters lägen Mordmerkmale vor (oben a) aa). Die zwar zudem angenommene Beteiligung an einem Totschlag verstößt indessen gegen die Eigenständigkeitsthese, worin sich zudem zeigt, dass bedeutende Konsequenzen der Eigenständigkeitsthese nur unter Verstoß gegen diese doch zu rechtfertigende These gewonnen werden (s. dazu oben a) aa). Auch erscheint wenig einsichtig, bei einem Beteiligten vorliegende täterbezogene Mordmerkmale dann unberücksichtigt zu lassen, wenn die Bezugstat die Tatbestände des Totschlags oder der Tötung auf Verlangen verwirklicht (oben b) aa). Ebenso wenig überzeugend erscheinen die von der Eigenständigkeitsthese ausgehenden o.e. Verjährungskonsequenzen für den Beteiligten (§ 78 Abs. 2 StGB: Unverjährbarkeit!) insbesondere in den Fällen, in denen die Bezugstat als Mord zu qualifizieren ist, beim Beteiligten dagegen keine besonderen persönlichen Mordmerkmale vorliegen und statt dessen etwa die Merkmale einer Tötung auf Verlangen.

Demgegenüber dürften die Konsequenzen vorzugswürdig sein, die sich für die Beteiligten daraus ergeben, § 212 StGB als Grundtatbestand, § 211 StGB als dessen Qualifikation und § 216 StGB als dessen Privilegierung aufzufassen mit der Folge, die Merkmale der Tötung auf Verlangen und ebenso die täterbezogenen Mordmerkmale als strafmodifizierend und eben nicht als strafbegründend anzusehen und so § 28 Abs. 2 StGB anwenden zu können samt den sich daraus ergebenden o.e. verjährungsrechtlichen Folgen (s. dazu oben a) bb) und b) bb).

Erst so lässt sich überzeugend erklären, dass §§ 211, 216 StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz § 212 StGB verdrängen und ebenso, dass mittäterschaftliches Zusammenwirken bei einer vorsätzlichen Tötung auch in dem Fall vorliegt, in dem einer der Täter den Tatbestand des § 212 StGB, ein anderer aber den des § 211 StGB verwirklicht – so dass die Tat des Gehilfen zu dieser Tötung einheitlich als Beihilfe zum Totschlag beurteilt werden kann, wenn das die Haupttat zum Mord qualifizierende besondere persönliche Merkmal beim Gehilfen nicht vorliegt.⁷⁷

⁷³ Vgl. dazu Jähnke (Fn. 19), § 78 Rn. 6 f.

⁷⁴ Mitsch (Fn. 63), § 78 Rn. 14; ebenso schon BGHSt 22, 375 (381 f.), allerdings zu den Verjährungsvorschriften des alten Rechts (hier: § 67 StGB a.F.), welches bis zur Einführung der §§ 78 ff. StGB durch das 2. StrRG v. 4.7.1969 (BGBl. I, S. 717) galt.

⁷⁵ S. Fn. 68.

⁷⁶ Zu Recht ablehnend BGH NJW 2006, 1008 (1012).

⁷⁷ Vgl. dazu den der Entscheidung BGH NJW 2006, 1008 zugrunde liegenden Fall.

IV. Rechtfertigung der Eigenständigkeitsthese aus ihren Konsequenzen für Konkurrenzen und Strafzumessung?

1. Konkurrenzen

Soweit angenommen wird, bei einer Verwirklichung des Mordtatbestandes verdränge dieser im Wege der Gesetzeskonkurrenz den zudem verwirklichten Tatbestand des § 212 StGB (oben I. 1.), wird übersehen, dass die Eigenständigkeit der Tatbestände der vorsätzlichen Tötung zur Exklusivität des je verwirklichten Tatbestandes gegenüber den beiden anderen Tatbeständen führt (vgl. oben II. 1. b): Die Verwirklichung des Tatbestandes des § 211 StGB schließt diejenige des § 212 StGB ebenso aus wie diejenige des § 216 StGB und umgekehrt: Die Eigenständigkeitsthese schließt damit zugleich die Möglichkeit aus, Gesetzeskonkurrenz zwischen den Tatbeständen der vorsätzlichen Tötung anzunehmen, die jedoch dann anerkannt werden kann, werden §§ 211, 216 StGB als unselbständige Abwandlungen des § 212 StGB aufgefasst (vgl. dazu oben III. 2. c). Im Ergebnis lässt sich die Eigenständigkeitsthese also auch nicht mit deren Auswirkungen auf die Konkurrenzen rechtfertigen.

2. Strafzumessung

Überlegungen des Bundesgerichtshofs zur Strafzumessung können die Eigenständigkeitsthese nicht nur nicht rechtfertigen, dürften vielmehr gerade umgekehrt an deren Sinnhaftigkeit zweifeln lassen. Der *Vierte Strafsenat* nimmt zwar vom Boden der Eigenständigkeitsthese konsequent an, dass die Strafe wegen erfolgloser Anstiftung zu einem Mord aus Habgier grundsätzlich nach §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB zu mildern ist, weil das besondere persönliche Merkmal der Habgier strafbegründender Natur ist und beim Anstifter nicht vorliegt. Zudem aber kommt eine Strafmilderung nach §§ 30 Abs. 1 S. 2, 49 Abs. 1 StGB in Betracht, was dazu führen würde, für die erfolglose Anstiftung zum Mord wegen der grundsätzlich doppelten Strafmilderung eine Mindeststrafe von sechs Monaten vorzusehen, während die erfolglose Anstiftung zu einem Totschlag nur einmal nach § 30 Abs. 1 S. 2 StGB gemildert werden könnte mit der Folge einer Mindestfreiheitsstrafe von zwei Jahren. Um aber zu verhindern, dass die erfolglose Anstiftung zum Mord, kriminalpolitisch verfehlt, mit einer geringeren Mindeststrafe geahndet wird, als die weniger schwerwiegende erfolglose Anstiftung zu einem Totschlag, soll die Mindeststrafe, die für eine erfolglose Anstiftung zum Totschlag vorgesehen ist, nach der Auffassung des *Vierten Strafsenats* eine Sperrwirkung hinsichtlich der für die erfolglose Anstiftung zum Mord vorgesehenen entfalten.⁷⁸

Das kriminalpolitisch richtige Ergebnis des *Vierten Strafsenats* ist indessen auf einem zweifelhaften Wege gefunden worden. Erst die Eigenständigkeitsthese und die daraus folgende strafbegründende Natur der Mordmerkmale hat den *Senat* in das Dilemma geführt, das er durch die Annahme einer Sperrwirkung gegenüber einer zweiten Strafmilderung lösen will – wenn aber diese Sperrwirkung damit begründet wird, dass der Unrechtsgehalt des Totschlags in dem des

Mordes enthalten sei und deshalb beide Tatbestände zueinander im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz stünden, so wird damit der Eigenständigkeitsthese widersprochen (oben II. 3. a),⁷⁹ die den *Senat* doch zur Sperrwirkungslösung geführt hat. Hätte der *Strafsenat* die Eigenständigkeitsthese und die daraus folgende Auffassung von der strafbegründenden Natur der Mordmerkmale aufgegeben, so hätte er dieser These durch die Sperrwirkungslösung nicht widersprechen müssen – und hätte so das Dilemma vermieden, in das er sich versetzt sah: Wer mit der h.L. im Mord eine qualifizierende tatbestandliche Abwandlung des Totschlags erblickt, kann den Anstifter nach § 28 Abs. 2 StGB nur wegen versuchter Anstiftung zum Totschlag haften lassen, so dass die Strafe nur nach § 30 Abs. 1 S. 2 StGB zu mildern ist, nicht aber zusätzlich aus § 28 Abs. 1 StGB – auch ohne die Annahme einer sehr zweifelhaften „Sperrwirkung“⁸⁰ ergibt sich so eine zweijährige Mindeststrafe.

V. Fazit

Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich die Eigenständigkeitsthese mit der Rechtsnatur der Tatbestände der vorsätzlichen Tötung nicht begründen (oben II.). Weil zudem die Konsequenzen der Eigenständigkeitsthese hinsichtlich Beteiligung (einschließlich Verjährung), Konkurrenzen und Strafzumessung (oben III., IV.) denjenigen unterlegen erscheinen, welche sich aus dem Verständnis der §§ 211, 216 StGB als tatbestandlichen Abwandlungen des § 212 StGB ergeben, dürfte sich die Aufgabe der Eigenständigkeitsthese durch den Bundesgerichtshof empfehlen.

⁷⁸ BGH NStZ 2006, 288 mit zu Recht abl. Anm. *Puppe*.

⁷⁹ Zu Recht abl. dazu *Puppe*, NStZ 2006, 290.

⁸⁰ *Puppe*, NStZ 2006, 290.