

Das Phänomen der (doppelten) Tatbestandsverschiebung bei Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB auf den Teilnehmer im Zusammenhang mit § 216 StGB

*Dipl. iur. Maximilian Mayer, Cand. iur. Tobias Willauer, Leipzig**

Die Strafbarkeit des Teilnehmers bestimmt sich im heutigen Strafrecht nach dem Prinzip der limitierten Akzessorietät. Zur strafbaren Teilnahme bedarf es einer vorsätzlichen und rechtswidrigen, nicht notwendigerweise schuldhaften,¹ Haupttat. In besonderen Fällen kommt es jedoch zur Akzessorietätslockerung i.R.d. § 28 StGB. Das ganz spezielle Phänomen der doppelten Tatbestandsverschiebung auf Ebene der Tötungsdelikte bei der Person des gutgläubigen Teilnehmers und die Hintergründe zu § 28 Abs. 1 und 2 StGB, täter- und tatbezogenen Merkmalen sowie zum Irrtum über privilegierende Umstände (§ 16 Abs. 2 StGB) sollen hier anhand eines fiktiven Falls beleuchtet werden.

Sachverhalt	1154
A. Strafbarkeit des T	1154
I. Mord gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4 StGB.....	1155
1. Tatbestand.....	1155
a) Objektiver Tatbestand	1155
b) Subjektiver Tatbestand.....	1155
2. Rechtswidrigkeit und Schuld.....	1156
3. Ergebnis.....	1156
B. Strafbarkeit der F.....	1156
I. Beihilfe zum Mord gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4, 27 Abs. 1 StGB	1156
a) Tatbestand	1156
aa) Objektiver Tatbestand.....	1156
(1) Taterfolg.....	1156
(2) Tathandlung: Hilfeleisten.....	1156
(3) Kausalität.....	1157
b) Subjektiver Tatbestand.....	1157
c) Tatbestandsverschiebung, § 28 Abs. 2 StGB.....	1158
aa) Meinung der herrschenden Lehre	1158
bb) Meinung der Rechtsprechung.....	1159

* Die Autoren sind Studenten der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

¹ Vgl. § 29 StGB.

cc)	Die Natur des Merkmals „durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt“ (§ 216 StGB)	1160
dd)	Das Verhältnis zwischen § 212 StGB, § 211 StGB (und § 216 StGB) – Auswirkungen auf den Teilnehmer im Rahmen von § 28 StGB.....	1160
	(1) Die Teilnehmerstrafbarkeit der F nach der herrschenden Lehre	1160
	(2) Die Teilnehmerstrafbarkeit der F nach der Rechtsprechung	1161
	(3) Bewertung der Lösungswege und Stellungnahme	1161
2.	Rechtswidrigkeit und Schuld	1162
3.	Ergebnis.....	1162

Sachverhalt

Der Täter (T) leitet seine neue und noch heimliche Freundin (F) während eines Treffens mündlich und kurz darauf als Erinnerungshilfe auch per SMS dazu an, am Mittag des Folgetags in der Innenstadt mit der EC-Karte des T in dessen Lieblingsgeschäften Einkäufe zu tätigen und mit seinem Smartphone zu telefonieren. Dabei gibt er F sowohl mündlich als auch schriftlich vor, er benötige ein Alibi, um in der Zwischenzeit seine im Rollstuhl sitzende Noch-Ehefrau (O) zu töten. Ferner täuscht T gegenüber F vor, er wolle O auf ihr eigenes Verlangen hin durch Einflößen eines Medikamentencocktails töten, da sie selbst ihr Leid – die Querschnittslähmung und damit einhergehende Pflegebedürftigkeit – nicht mehr ertragen könne und der Tod ihr ausdrücklich und ernstlich geäußerter Wille sei. Ausschließlich der Gedanke an den vermeintlich von O geäußerten Sterbewunsch treibt F am Folgetag dazu an, T ein Alibi zu verschaffen. Tatsächlich gab es ein derartiges Verlangen der O jedoch nie und T möchte O töten, um ungestört mit F ein neues Leben zu beginnen.

Am Mittag des folgenden Tages lässt T unachtsam sein ungesichertes Mobiltelefon – ein günstiges Prepaid-Gerät, das er heimlich für den Kontakt mit F nutzt – im Wohn- und Esszimmer auf dem Tisch liegen. Während er gerade die Teller nach einer letzten gemeinsamen Mahlzeit mit O abräumt und das Küchenmesser, die spätere Tatwaffe, holt, wird O durch eine eingehende SMS aufmerksam. Die Nachricht erscheint direkt auf dem Bildschirm und stammt von dem Kontakt „Geliebte F“. In der Nachricht berichtet F, dass sie bereits Einkäufe mit Ts EC-Karte getätigt habe, und fragt, ob er O, wie vereinbart, bereits getötet habe. O liest die SMS mehrmals, erschüttert und misstrauisch. Obwohl ihr noch die Möglichkeit zur Flucht über die Rollstuhllampe zur Veranda bleibt, von wo aus sie die in Rufweite befindlichen Nachbarn alarmieren könnte, zögert sie. Just in dem Moment, als sie versucht zu fliehen, betritt T, das Messer in der Hand, den Raum. O setzt sich zur Wehr, indem sie T mit einem Stoß ihres Kopfes in die Magengrube überrascht. Doch T, der erneut von der Widerstandskraft seiner Frau überrascht ist, die einem Zusammenleben mit F im Weg steht, tötet O mit einem gezielten Stich in den Oberkörper. F, sichtlich schockiert, erfährt vom tatsächlichen Tathergang erst nach der Tat aus den Nachrichten.

A. Strafbarkeit des T

Anmerkung: Im Folgenden soll der Schwerpunkt dieser Ausführung nicht auf der Strafbarkeit des T liegen, sodass die nachstehenden Ausführungen ausdrücklich kurzgehalten wurden.

I. Mord gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4 StGB

Indem T mit dem Messer auf O einstach, sodass diese in unmittelbarer Folge der Stichverletzung verstarb, könnte sich T wegen Mordes aus niedrigen Beweggründen nach §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

In der Person der O hat T durch das Einstechen auf deren Oberkörper und lebenswichtige Organe einen anderen Menschen in kausaler und objektiv zurechenbarer Art und Weise getötet, sodass der objektive Tatbestand erfüllt ist.

Anmerkung: Weitere Ausführungen sind entbehrlich. Auf Kausalität und objektive Zurechnung als einzelne Prüfungspunkte sollte nur näher eingegangen werden, wenn diese problematisch sind. Das ist hier ersichtlich nicht der Fall. Eine Erfüllung des Heimtückemerkmals (§ 211 Abs. 2 Gruppe 2 Var. 1 StGB) durch T scheidet ebenfalls aus, da O nicht mehr arglos war und ihr ab Entdeckung der Tötungsabsicht des T noch Zeit zu erfolgsversprechender Gegenwehr/Flucht verblieb.

b) Subjektiver Tatbestand

T müsste auch vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist „der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis all seiner objektiven Tatbestandsmerkmale“². Als T auf O einstach, wusste er, dass er dadurch einen Menschen töten würde. Dies wollte er gezielt herbeiführen. T handelte vorsätzlich mit dolus directus 1. Grades.

Dies könnte T aus niedrigen Beweggründen getan haben. Niedrige Beweggründe sind als täterbezogenes Mordmerkmal nach herrschender Meinung (h.M.) ein besonders persönliches³ Unrechtsmerkmal⁴ i.S.d. § 28 StGB. Diese liegen nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn die Motive einer Tötung „nach allgemeiner sittlicher Anschauung verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen“⁵. Einer klassischen Fallgruppe gehören hier die Konstellationen der Beseitigung eines (Ehe-)Partners, um sich einem anderen zuzuwenden, an.⁶ Ein solch niederes Motiv liegt bei T zum Tatausführungszeitpunkt vor, da er durch ungehemmte und triebhafte Eigensucht bestimmt ist. Seine Ehefrau ist ihm, unabhängig von ihrer Behinderung, lästig gewesen und stand seiner neuen Beziehung entgegen. Statt einer – menschlich noch nachvollziehbaren – Scheidung wegen fehlender Gefühle beendete er ihr Leben. T handelte aus niedrigen Beweggründen i.S.d. § 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4 StGB.

² Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 14 Rn. 5.

³ BGH NStZ 2009, 627 f.

⁴ BGHSt 1, 368 (371); 22, 375 (377); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 4 Rn. 7; Gaede, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 17.

⁵ BGHSt 42, 226 (228); 47, 128 (130); 50, 1 (8); 56, 11 (18); BGH NJW 1995, 602; BGH NStZ 2003, 146 (147); BGH NStZ 2019, 206 (207).

⁶ Vgl. BGH NJW 1952, 1026; BGH NJW 1955, 1727; BGH JZ 1987, 474.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

T hat sich gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4 StGB zulasten O strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit der F

Problematisch ist vielmehr die Bestimmung der Strafbarkeit von Teilnehmerin F. Vorrangig in Betracht kommt bei der Beschaffung eines Alibis eine Gehilfenstrafbarkeit gem. § 27 StGB.

I. Beihilfe zum Mord gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4, 27 Abs. 1 StGB

F könnte sich durch ihr Verhalten bzgl. der Nutzung der Geldkarte des T gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 4, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

a) Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

(1) Taterfolg

Für eine Strafbarkeit i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB bedarf es für F einer Hilfeleistung bei einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen.⁷ Durch die Tat des T (siehe oben) liegt eine solche vor.

(2) Tathandlung: Hilfeleisten

Ferner bedarf es bzgl. der Haupttat einer Hilfeleistung der F. Hilfeleisten ist ein für die Begehung der Haupttat im Sinne der *condicio-sine-qua-non*-Formel oder Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung⁸ kausaler Tatbeitrag, der die Rechtsgutverletzung ermöglicht oder verstärkt oder die Durchführung der Tat erleichtert oder absichert und der nicht Täterschaft oder Anstiftung darstellt.⁹ Hierbei kann die Beihilfe physisch oder psychisch geleistet werden¹⁰, wobei eine reine Kenntnis der Tat und selbst deren Billigen noch nicht zur Annahme einer strafbaren Beihilfehandlung genügt.¹¹ Hingegen wird überwiegend bei einer „Bestärkung des Tatentschlusses“ eine psychische Beihilfe angenommen.¹²

⁷ Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 27 Rn. 1.

⁸ Zurückgehend auf *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 21 ff., besagt diese, dass für einen Erfolg eine Handlung dann ursächlich ist, wenn sie aufgrund einer gesetzmäßigen Beziehung im konkreten Erfolg tatsächlich wirksam geworden ist, so *Freund*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, Vor § 13 Rn. 334.

⁹ Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 27 Rn. 1.

¹⁰ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 27 Rn. 4; vgl. *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 27 Rn. 3.

¹¹ Vgl. *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 10; vgl. auch BGH, Beschl. v. 13.4.2010 – 3 StR 24/10 = StraFo 2010, 339.

¹² Vgl. *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 5; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 27 Rn. 2; bzgl. eines Beschaffens eines Alibis sieht der BGH, jedoch in anderer Falllösung, richtigerweise bereits eine strafbare Beihilfe, sofern der Hilfeleistende von der Tatbegehung weiß oder wofür ein Alibi benötigt wird, vgl. BGH, Urt. v. 29.3.1951 – 3 StR 82/51 = NJW 1951, 451.

Durch die Beschaffung eines Alibis für T, wodurch sich dieser in der Tat bekräftigt sah, leistete F psychische Hilfe, die ebenso nach der *condicio-sine-qua-non*-Formel nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel. Mithin leistete F Hilfe i.S.d. § 27 Abs. 1 StGB.

(3) Kausalität

Anmerkung: Im Prüfungspunkt der Kausalität sollte der Problempunkt umrissen werden, dass nach der h.L.¹³ die Beihilfehandlung für den konkreten Taterfolg nach den allgemeinen Kausalitätsregeln ursächlich gewesen sein muss.¹⁴ Entgegen dieser Auffassung lässt die st. Rspr.¹⁵ es genügen, dass die Beihilfehandlung die Handlung des Täters tatsächlich fördere, erleichtere, die Erfolgchancen erhöhe oder ihre Auswirkungen intensiviere.¹⁶ Dieser Lehrbeitrag setzt seinen Schwerpunkt jedoch an anderer Stelle, sodass hier der Auffassung der Rechtsprechung gefolgt wird.

Entsprechend der vertretenen Meinung innerhalb der Rspr. müsste F ferner durch das Verwenden der Kreditkarte des T die Tat(-handlung) des T tatsächlich erleichtern oder fördern.

Eine Art der psychischen Beihilfe zur Tat kann vor allem darin liegen, dass der Gehilfe den Haupttäter in seinem schon gefassten Tatentschluss bestärkt und ihm ein erhöhtes Gefühl der Sicherheit vermittelt.¹⁷

Im Fallsachverhalt ermutigte F mit dem Verwenden der Karte den T nicht direkt, dieser wiegte sich aber aufgrund des Handelns von F bzgl. des Entdeckungsrisikos in Sicherheit. F minderte mithin das Entdeckungsrisiko des T, indem sie ihm ein Scheinalibi durch Verwendung der Kreditkarte des T zum Zeitpunkt der Tat beschaffte. F bestärke somit T in seinem Handeln und erhöhte sein Gefühl der Sicherheit. F förderte folglich die Tat des T; sie handelte ebenso kausal.

F erfüllt mit ihrem Handeln den objektiven Tatbestand.

b) Subjektiver Tatbestand

Ebenso müsste F – hinsichtlich aller Umstände des objektiven Tatbestandes¹⁸ – vorsätzlich gehandelt haben.

Hierbei muss der Vorsatz des Gehilfen ein „doppelter“¹⁹ sein, da sich dieser auf die Unterstützungshandlung als solche sowie auf eine bestimmte, in ihrem wesentlichen Unrechtsgehalt und der Angriffsrichtung nach umrissene, nicht notwendig schon in allen Einzelheiten konkretisierte Handlung, beziehen muss, welche die Voraussetzungen einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat erfüllt.²⁰ Allerdings muss sich der Gehilfenvorsatz zwar nicht auf die Ausführung einer in allen Einzelheiten, wohl aber in ihren wesentlichen Merkmalen und Grundzügen konkretisierten Tat richten.²¹

¹³ Vgl. statt vieler *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 33 ff.

¹⁴ Vgl. *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 32; vgl. auch *Beckemper*, Jura 2001, 163 (164).

¹⁵ BGH, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16 = BGHSt 61, 252 = NJW 2017, 498.

¹⁶ Vgl. *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 27.

¹⁷ Vgl. BGH StV 1982, 517; BGH NSTz 1993, 535; vgl. auch *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, 13. Kap. Rn. 68.

¹⁸ *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 102.

¹⁹ Vgl. *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 27 Rn. 7.

²⁰ *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 7.

²¹ Vgl. BGH, Urt. v. 29.11.2006 – 2 StR 301/06 = BeckRS 2006, 15111 Rn. 8 m.w.N.; vgl. auch *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 27 Rn. 104.

F wusste bezüglich der vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Haupttat, dass es sich bei der Tötung der O um eine Fremdtötung²² durch T handelte, was bei einer von T mit eigener Hand kontrollierten tödlichen Medikamentenzufuhr der Fall wäre. Die tatsächliche Tötung mittels gezielter Messerstichs stellt nur eine unwesentliche Abweichung dar. Mithin handelte F bezüglich der Haupttat des T vorsätzlich. Unabhängig von ihrem unwesentlichen Irrtum, da es (siehe oben) nicht auf die genauen Kenntnisse aller Tatumstände ankommt, wusste – gar wollte – F dem T ein Alibi verschaffen, indem sie seine Kreditkarte zum Tatzeitpunkt verwendete. Auch war es F mindestens möglich, in Betracht zu ziehen, dass durch ihr Handeln das Entdeckungsrisiko des T gemindert ist. Mithin handelte F ferner bezüglich des Hilfeleistens ebenso vorsätzlich.

F handelte folglich hinsichtlich aller Umstände des objektiven Tatbestandes vorsätzlich.

c) Tatbestandsverschiebung, § 28 Abs. 2 StGB

Anmerkung: Unabhängig von einer Falllösung über § 28 Abs. 2 StGB (h.L.) oder § 28 Abs. 1 StGB (Rspr.) wird die Akzessorietätsproblematik erstmals direkt nach dem subjektiven Tatbestand angesprochen und ein Streitentscheid herbeigeführt. Sofern man der Auffassung der Rechtsprechung folgt, würde die Lösung über § 28 Abs. 1 StGB nach der Schuldprüfung auf Strafzumessungsebene fortfahren (ggf. mit Strafrahmenverschiebung) und im Rahmen des Vorsatzes der F ferner auf § 16 Abs. 2 StGB eingehen, da es sich bei ihrem Handeln um einen Irrtum über privilegierende Umstände handelt. Entsprechend § 16 Abs. 2 StGB entfielen nach der Rspr. die Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB eventuell in Gänze. Bei aus Sicht der Fallbearbeiter überzeugender Wahl der Anwendung von § 28 Abs. 2 StGB wird mit der Tatbestandsverschiebung weitergeprüft. Da es sich bei obiger Ausführung jedoch um eine Aufbaufrage handelt, ist im Falle einer Klausur oder Hausarbeit nicht darauf einzugehen.

Im Rahmen der Fallprüfung treten jedoch Akzessorietätsprobleme auf, da F offensichtlich weder selbst den geschilderten niedrigen Beweggrund des T noch ein anderes persönliches Mordmerkmal aufweist. Außerdem hat F keinerlei Kenntnis vom wahren Motiv des T. Ihre Strafbarkeit bestimmt sich, da das bei ihr fehlende persönliche Mordmerkmal nach h.M. ein Unrechtsmerkmal²³ ist, zunächst über § 28 StGB.

Fraglich ist allerdings, ob das bei F jeweils fehlende/hinzutretende besondere persönliche Merkmal strafbegründend ist und sie semiakzessorisch nach § 28 Abs. 1 StGB behandelt wird oder ob das Merkmal strafscharfend ist und sie nonakzessorisch nach § 28 Abs. 2 StGB behandelt wird. Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es eines besseren Verständnisses über das Verhältnis zwischen den vorsätzlichen Tötungsdelikten Totschlag (§ 212 StGB), Mord (§ 211 StGB) und Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) zueinander.

aa) Meinung der herrschenden Lehre

Nach der herrschenden Lehre²⁴ handelt es sich bei Mord (§ 211 StGB) um die Qualifikation des Grundtatbestands Totschlag (§ 212 StGB), während Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) eine Privilegierung

²² Bezüglich der Abgrenzung der Fremdtötung siehe auch *Kühl*, Jura 2010, 81 ff.

²³ A.A. *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 659; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 801, sehen die täterbezogenen Mordmerkmale Gruppen 1 und 3 als spezielle Schuldmerkmale i.S.v. § 29 StGB, die den Gesinnungswert des Täters prägen.

²⁴ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 4 Rn. 1; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 211 Rn. 6; *Schneider*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 211 Rn. 189 f.

zum Grundtatbestand darstellt. Das hat zur Folge, dass die persönlichen Mordmerkmale die Strafe schärfen und das persönliche Merkmal des § 216 StGB (die Mitleidsmotivation) die Strafe mildert. Die besonderen persönlichen Merkmale fallen unter § 28 Abs. 2 StGB. Jeder Beteiligte wird, bei Teilnahme sogar unabhängig von der Kenntnis des Vorliegens solcher Merkmale beim Haupttäter, nur auf Grundlage der besonderen persönlichen Merkmale bestraft, die bei ihm (und nicht beim Haupttäter) vorliegen. Dafür spreche der Wortlaut der Straftatbestände. Die Begriffe „Mörder“ und „Totschläger“ seien einer Differenzierung gänzlich unzugänglich, da sie aus der Zeit des Nationalsozialismus und der heute abzulehnenden Lehre vom Tätertypus stammen. Durch die Begriffe „Mörder“ und „Totschläger“ solle nicht auf bestimmte kriminalpolitische Tätertypen Bezug genommen werden. Dem Tatrichter solle stattdessen dadurch bewusst gemacht werden, dass bei der Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag auch die Persönlichkeit des Täters und die Verwerflichkeit seiner Motivation relevant sein können. § 212 StGB nehme, mit der Formulierung „ohne Mörder zu sein“, gerade auf § 211 StGB Bezug, was unterstreiche, dass § 212 StGB den Grundtatbestand zu § 211 StGB bilde und ein innerer Zusammenhang zwischen beiden Delikten bestehe. Zudem seien zumindest die Mordmerkmale in § 211 Abs. 2 StGB zu verschieden, als Mord ein eigenständiger Deliktstypus wäre.

Der herrschenden Lehre, u.a. bezugnehmend auf die abzulehnende Lehre vom Tätertypus, zustimmend, veröffentlichte der Gesetzgeber das Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs, wobei dieser die Chance zur inhaltlichen Modernisierung erneut verstreichen lässt.²⁵ An einer klärenden Konkretisierung der §§ 211, 212 StGB scheint dem Gesetzgeber, entgegen seiner Äußerungen im Koalitionsvertrag²⁶, nicht gelegen, sodass sich die Modernisierung lediglich auf bedeutungslose²⁷ sprachliche Anpassungen beschränkt.²⁸ Mithin bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber sein gesetztes Ziel innerhalb der Legislaturperiode umsetzen kann.

bb) Meinung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung²⁹ ist anderer Auffassung und hält Mord (§ 211 StGB), Totschlag (§ 212 StGB) sowie Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) für eigenständige Delikte. Immerhin räumt die Rechtsprechung ein, dass der Unrechtsgehalt von § 212 StGB in § 211 StGB enthalten und die vorsätzliche Tötung ein notwendiges Merkmal des § 211 StGB ist.³⁰ Die persönlichen Mordmerkmale sind, ebenso wie die vom Verlangen des Täters abhängige Mitleidsmotivation, hiernach jeweils strafbegründend und fallen unter § 28 Abs. 1 StGB. Hat der Teilnehmer auf seiner subjektiven Tatseite Kenntnis vom Vorliegen eines solchen Merkmals beim Haupttäter, wird er wegen Teilnahme an der Haupttat bestraft. Liegt das persönliche Merkmal aber bei ihm selbst nicht vor, so wird seine Strafe nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert (bloße Strafraumenverschiebung). Für diese Ansicht spreche ebenfalls der Wortlaut: § 212 StGB spricht von der Tötung eines Menschen, „ohne Mörder zu sein“, wohingegen § 211 StGB definiert, wer „Mörder ist“. Vor allem aber die Systematik streite für diese Interpretation. Qualifikationen

²⁵ Dem zustimmend und konkretisierend vgl. Akay/Schiemann, KriPoZ, 2024, 76 (82).

²⁶ Dem Wunsch der Koalitionsparteien nach der „Überprüfung des Strafrechts auf Handhabbarkeit, Berechtigung und Wertungswidersprüche [mit] Fokus auf historisch überholte Straftatbestände“ kann das vom BMJ vorgelegte Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs vom 23. November 2023 nicht entsprechen, vgl.: Koalitionsvertrag 2021–2025, Mehr Fortschritt wagen, 2021, S. 84, abrufbar unter https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (31.10.2024); vgl. Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs vom 23. November 2023.

²⁷ Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, Vor § 211 Rn. 200, dem hier zuzustimmen ist; vgl. auch Akay/Schiemann, KriPoZ, 2024, 76 (82).

²⁸ Vgl. Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafgesetzbuchs vom 23. November 2023.

²⁹ BGHSt 1, 368 (370 f.); 22, 375 (377); 36, 231 (233); BGH NJW 2005, 996 (997).

³⁰ Vgl. BGHSt 36, 231.

können im Gesetz nicht vor dem Grunddelikt stehen. Zudem ergebe sich aus den komplett unterschiedlichen Strafdrohungen der Normen (§ 211 StGB: lebenslang; § 212 StGB: Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren; § 216 StGB: Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu 5 Jahren) sowie der alleinigen Unverjährbarkeit für Mord (§ 78 Abs. 2 StGB) ein qualitativer und nicht bloß quantitativer Unterschied im Unrechtsgehalt der Delikte.

cc) Die Natur des Merkmals „durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt“ (§ 216 StGB)

Verkompliziert wird die Situation nach Interpretation des Sachverhalts dadurch, dass bei der von Mitleid bestimmten F ein weiteres Merkmal – das aus § 216 StGB – hinzutreten könnte, dessen Rechtsnatur umstritten ist. Nach h.M.³¹ handelt es sich bei der Mitleidsmotivation in § 216 StGB um ein täterbezogenes, besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 StGB. Eine andere Ansicht³² ist der Meinung, es handle sich um ein tatbezogenes und den allgemeinen Akzessorietätsregeln unterliegendes Merkmal. Begründet wird letzteres mit dem geminderten Gesamtunrecht der Tat, was im „einwilligungs“-bedingten Rechtsgutsverzicht in Kombination mit einer Schuldminde rung infolge der Konfliktlage des Täters und dem geringerem kollektiven Interesse an der Aufrechterhaltung des Tötungstabus im Verhältnis zum (wenngleich auch indisponiblen) Individualrechtsgut Leben liegen würde.³³ Näher am Wortlaut des § 216 StGB bewegt sich jedoch die h.M. mit der Einstufung als täterbezogenes Merkmal, weil diese nahelegt, dass das Opfer in der Person des Täters eine Mitleidsmotivation hervorrufen muss, die handlungsleitend³⁴ ist. Außerdem kommt dem Rechtsgut Leben in diesem Fall, wie sich noch zeigen wird, ein höherer Schutz (auch gegenüber Teilnehmern der Tat) zu.

dd) Das Verhältnis zwischen § 212 StGB, § 211 StGB (und § 216 StGB) – Auswirkungen auf den Teilnehmer i.R.v. § 28 StGB

(1) Die Teilnehmerstrafbarkeit der F nach der herrschenden Lehre

Nach der herrschenden Lehre führt das Handeln der F unter Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB durch Fehlen des besonderen persönlichen Merkmals (niedriger Beweggrund) von einer Strafbarkeit der Beihilfe zum Mord (§§ 212, 211, 27 StGB) zu einer Strafbarkeit nach §§ 212, 27 StGB wegen Beihilfe zum Totschlag. Wenn man das Tötungsverlangen i.S.v. § 216 StGB nach h.M. wegen der Mitleidsmotivation als täterbezogenes, besonders persönliches Merkmal ansieht, lässt sich weiter streiten, ob dieses privilegierende Merkmal bei F hinzukommt. Entscheidend dagegen spricht, dass F gerade nicht durch die getötete O selbst zum Hilfeleisten motiviert worden ist, sondern durch einen Dritten (T), wobei eine (wie hier erfolgte) Manipulation durch den Dritten nie auszuschließen ist. Angesichts des hohen Stellenwertes des betroffenen Schutzguts „Leben“ hätte sich F, ungeachtet des damit eventuell einhergehenden Bekanntwerdens ihrer heimlichen Beziehung zu T, zumindest bei O bezüglich des Vorliegens ihres Sterbeverlangens rückversichern müssen. Nur eine durch das auch an sie adressierte Sterbeverlangen motivierte Gehilfin wäre nach einer weiteren – sogenannten „doppelten“ Tatbestandsverschiebung strafbar wegen Beihilfe zur Tötung auf Verlangen gem. §§ 212, 216, 27 StGB gewesen. Im Falle der F ist die trotzdem vorliegende Mitleidsmotivation strafmildernd

³¹ Hassemer, *Delictum sui generis*, 1974, S. 60; Mitsch, JuS 1996, 309 (312); Engländer, in: FS Krey, 2010, S. 71 ff.; Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 216 Rn. 63.

³² Neumann/Saliger, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 216 Rn. 20.

³³ Neumann/Saliger, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 216 Rn. 2.

³⁴ Vgl. bezugnehmend auf die Charakterisierung der handlungsleitenden Mitleidsmotivation, BGH NJW 2005, 1876 ff. m. Anm. Geppert, JK 12/2005, StGB § 211/46.

innerhalb der Strafzumessung bei der Beihilfe zum Totschlag (§§ 212, 27 StGB) zu berücksichtigen. Aus der Verfassung, in Gestalt des Schuldgrundsatzes („nulla poena sine culpa“ – wurzelnd im Rechtsstaatsprinzip, gem. Art. 20 Abs. 3 GG)³⁵ ergibt sich, dass die angedrohte Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld stehen muss.³⁶ Vertritt man hingegen die Ansicht, es handle sich bei dem Merkmal aus § 216 StGB um ein tatbezogenes Merkmal, dessen Vorliegen F beim Haupttäter annimmt, kommt es alleine auf das Vorstellungsbild der F an und es greift § 16 Abs. 2 StGB (Irrtum über privilegierende Umstände), der besagt, dass derjenige, der bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, die den Tatbestand eines milderen Gesetzes verwirklichen würden, wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden kann. Der Begriff „Tat“ gilt hier auch für die Teilnahme.³⁷ Wegen vorsätzlicher Begehung könnte F nur nach §§ 212, 216, 27 StGB bestraft werden, was den Schutzstandard für das Rechtsgut Leben gerade in Fällen wie diesem schwächen würde.

(2) Die Teilnehmerstrafbarkeit der F nach der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung gelangt unter Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB auf einen anderen Lösungsweg. F weiß nichts vom strafbegründenden Mordmerkmal bei dem Haupttäter T, sodass sich ihr Gehilfenvorsatz gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nicht darauf bezieht. Allerdings weiß F von einer (im Mord unweigerlich enthaltenen) vorsätzlichen Tötung durch den Haupttäter und leistet somit Beihilfe zum Totschlag gem. §§ 212, 27 StGB. Nun wird es problematisch, da bei F noch die verlangensbedingte Mitleidsmotivation aus § 216 StGB hinzukommen könnte. Denn über das Hinzutreten von besonderen persönlichen Merkmalen beim Teilnehmer trifft § 28 Abs. 1 StGB keine Aussage. Eine Bestrafung aus §§ 212, 27 StGB erscheint jedoch nur ungerecht, wäre F tatsächlich Adressatin eines von O ausgehenden Verlangens. F könnte dann entweder ebenfalls die Regelung des § 16 Abs. 2 StGB zugutekommen oder eine analoge Milderung nach § 49 Abs. 1 StGB. Schlussendlich liegt aber im Falle der lediglich auf Hörensagen gestützten Mitleidsmotivation auch auf Seite der Rechtsprechung eine Strafbarkeit der F wegen Beihilfe zum Totschlag gem. §§ 212, 27 StGB nahe.

(3) Bewertung der Lösungswege und Stellungnahme

Sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur gelangen bei der Lösung des fiktiven Falls, wenn auch auf unterschiedlichem Lösungsweg, zum selben Ergebnis. Jedoch verkompliziert die Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB den Lösungsweg unnötig, indem zunächst ein Umweg über den Tatbestandsirrtum des Teilnehmers gegangen werden muss. Während der vorteilhaftere § 28 Abs. 2 StGB abstrakter vom „Vorliegen“ besonderer persönlicher Merkmale bei Täter und Teilnehmer spricht, was nach der Norm Hinzutreten sowie Fehlen solcher Merkmale bei jedem Beteiligten erfasst, beschränkt sich § 28 Abs. 1 StGB auf das „Fehlen“ besonderer persönlicher Merkmale bei einem Teilnehmer und wird in alleiniger Anwendung nicht allen Konstellationen gerecht.³⁸ Ähnliche Probleme bereitet § 28 Abs. 1 StGB unter anderem in den Konstellationen gekreuzter Mordmerkmale bei Täter und Teilnehmer, sodass die Rechtsprechung bereits umständliche und strafrechtsdogmatisch fragwürdige Korrekturen vornehmen musste. Damit ist schon aus praktischen Gründen die Ansicht der herrschenden Lehre vorzugswürdig. Auch die Gesetzessystematik der Reihenfolge der Aufzählung

³⁵ Vgl. BVerfGE 9, 167 (169); 86, 288 (313); 95, 96 (140); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 23.9.2014 – 2 BvR 2545/12, Rn. 8, 13.

³⁶ So auch BVerfGE 45, 187 (259 ff.); 54, 100 (109).

³⁷ Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 16 Rn. 11.

³⁸ Dies kritisiert auch Engländer, in: FS Krey, 2010, S. 71 (73).

der Delikte ist keineswegs zwingend. So stand bei den Brandstiftungsdelikten in alter Fassung die Qualifikation ebenfalls vor dem Grundtatbestand. Die systematische Stellung des Mordes am Anfang der vorsätzlichen Tötungsdelikte trägt lediglich klarstellend der hohen Verwerflichkeit und dem Charakter des Mordes als schwerstes Delikt im Unrechtsbewusstsein der Bevölkerung Rechnung. Mit der Aussage, dass das Unrecht des Totschlags vollständig in dem des Mordes enthalten sei, liefert die Rechtsprechung paradoxerweise ein idealtypisches Beispiel für voneinander im Qualifikationsverhältnis abhängige Delikte. Mit Spannung bleibt zu erwarten, ob eine Reform der Tötungsdelikte³⁹ den anhaltenden Streit beilegen wird und ob der Tatbestand der Tötung auf Verlangen im Rahmen der Sterbehilfe reformiert wird. Um den Schutzstandard für das Rechtsgut Leben möglichst hochzuhalten und auch vor manipulativer Einwirkung auf Teilnehmer zu schützen, sollte „de lege lata“ das Merkmal „durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt“ als täterbezogenes besonderes persönliches Merkmal angesehen werden.

In obigem Fall überzeugt daher die Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB und im Folgenden wird der zuerst genannten Meinung der herrschenden Lehre gefolgt.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

F handelte damit rechtswidrig sowie schuldhaft.

3. Ergebnis

F hat sich gem. §§ 212 Abs. 1, 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 StGB zulasten O strafbar gemacht.

Anmerkung: Der hier letztlich wegen des Schutzstandards des Rechtsguts Leben nicht vertretene (aber nach a.A. mögliche) Fall doppelter Tatbestandsverschiebung aufgrund konsequenter Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB verdeutlicht, ebenso wie eine „einfache“ Tatbestandsverschiebung, dass ein Abweichen des Obersatzes vom Ergebnis durchaus möglich ist. Umso wichtiger ist es für die Bearbeiter*innen eines solchen Falls, dass Stringenz sowie Konsequenz in ihren Ausführungen vorhanden sind.

³⁹ Etwaige Bestrebungen der Politik wurden 2014 und 2016 in Referentenentwürfe zur Reform der Tötungsdelikte gefasst, die jedoch bis heute nicht weiterverfolgt wurden, vgl. *Suliak*, LTO v. 19.6.2024, abrufbar unter https://www.lto.de/persistent/a_id/54811/ (31.10.2024).