

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Band 23

Die Problematik der Verdeckungsabsicht im Mordtatbestand

Eine Untersuchung
insbesondere aus historischer und
rechtsvergleichender Sicht

Von
Dietmar Weiß



Duncker & Humblot · Berlin

DIETMAR WEISS

**Die Problematik der Verdeckungsabsicht
im Mordtatbestand**

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von

**Klaus Bernsmann, Hans Joachim Hirsch
Günter Kohlmann, Michael Walter
Thomas Weigend**

Professoren an der Universität zu Köln

Band 23

Die Problematik der Verdeckungsabsicht im Mordtatbestand

**Eine Untersuchung
insbesondere aus historischer und
rechtsvergleichender Sicht**

Von

Dietmar Weiß



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Weiss, Dietmar:

Die Problematik der Verdeckungsabsicht im Mordtatbestand : eine Untersuchung insbesondere aus historischer und rechtsvergleichender Sicht / von Dietmar Weiss. – Berlin : Duncker und Humblot, 1997
(Kölner kriminalwissenschaftliche Schriften ; Bd. 23)
Zugl.: Köln, Univ., Diss., 1996
ISBN 3-428-08798-4 brosch.

Alle Rechte vorbehalten
© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0936-2711
ISBN 3-428-08798-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen Eltern

Vorwort

Die von mir hier vorgenommene Untersuchung des Mordqualifikationsmerkmals der Verdeckungsabsicht hat im Wintersemester 1995/1996 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation vorgelegt. Für die nunmehrige Veröffentlichung in der Reihe "Kölner Kriminalwissenschaftlichen Schriften" konnten Rechtsprechung und Schrifttum bis Oktober 1996 berücksichtigt werden.

Ich möchte mich an dieser Stelle herzlich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans Joachim Hirsch (Universität zu Köln), bedanken, der mir nicht nur bei der Auswahl des Dissertationsthemas behilflich war, sondern das Gedeihen meiner Arbeit mit zahlreichen wertvollen Ratsschlägen gefördert hat.

Köln, im Oktober 1996

Dietmar Weiß

Inhaltsverzeichnis

Einführung in die Problematik

1

Teil I

Ausländische Strafrechte

A. Gang der Untersuchung	5
B. Die kontinental-europäischen Strafgesetze	10
I. Frankreich	10
1. Der Code Pénal von 1791	10
2. Die Tötung im Zusammenhang mit einem anderen Verbrechen	12
3. Der Code Pénal von 1810/1811	14
4. Die Novelle von 1832	15
II. Italien	17
1. Die italienischen Partikularstaaten	17
2. Das Strafrecht nach der Staatsgründung	19
III. Schweiz	22
1. Vorgeschichte	22
2. Die schweizerischen Partikulargesetzbücher	23
a) Waadt	23
b) Graubünden	24
c) Neuenburg	26
d) Wallis	27
e) Luzern	28
f) Freiburg	28
g) Tessin	29
h) Genf	31
i) Appenzell-Außerrhoden	32
j) St. Gallen	34
3. Die Entwürfe zu einem Bundesstrafgesetzbuch	34
a) Der Vorentwurf von 1893/94	34
b) Der weitere Reformverlauf	39
IV. Österreich	44

I. Das Strafgesetz von 1852	44
2. Der Entwurf von 1867	45
3. Der Regierungsentwurf von 1874	49
4. Der weitere Reformverlauf	52
V. Ungarn	55
VI. Niederlande	56
VII. Portugal	59
VIII. Bulgarien	61
IX. Norwegen	63
X. Früheres Serbien	65
XI. Frühere Tschechoslowakei	67
XII. Früheres Sowjetreußland	68
XIII. Rumänien	71
XIV. Früheres Jugoslawien	73
XV. Frühere DDR	76
C. Die vom Code Pénal beeinflußten Strafgesetze außerhalb Europas	78
I. Lateinamerika	78
1. Argentinien	78
2. Kuba	80
3. Brasilien	83
II. Asien	86
1. Türkei	86
a) Das Strafgesetzbuch von 1858	86
b) Die Novelle von 1911	87
c) Das Strafgesetzbuch von 1926	89
2. Japan	90
3. China	92
D. Der angelsächsische Rechtskreis	93
I. Das gemeine Strafrecht	93
II. Geschriebenes Recht	96
1. Großbritannien	96
2. New York	100
3. Louisiana	102
4. Entwurf eines Musterstrafgesetzbuches für die USA	104

Inhaltsverzeichnis XI

5. Australien	107
a) Neostidwales	107
b) Queensland	108
E. Zusammenfassung	109

Teil II

**Die Geschichte der Vereitelungstötung
und der Verdeckungstötung im deutschen Strafrecht**

A. Die Regelung der Vereitelungstötung in den deutschen Strafgesetzbüchern bis 1941	118
I. Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794	119
II. Das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg von 1839	120
1. Die Entstehungsgeschichte des Art. 245 WürttStGB	120
2. Die Vereitelungstötung nach Art. 245 WürttStGB	128
III. Das preußische Strafgesetzbuch von 1851	136
1. Die Vereitelungstötung nach § 178 PreußStGB	136
2. Die Entstehungsgeschichte des § 178 PreußStGB	139
IV. Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund von 1870	143
V. Andere deutsche Partikularstrafgesetzbücher	147
B. Die Unterscheidung von Mord und Totschlag vor der Novelle von 1941 ..	147
I. Die historische Entwicklung der Mordmerkmale Überlegung und Vorbedacht	148
1. Das germanische Recht	149
2. Das römische Recht	151
3. Das italienische Recht im Mittelalter	153
4. Ursachen für die Einführung der Kriterien Überlegung und Vorbedacht	155
5. Die Aufnahme der Überlegung in das deutsche Recht	157
a) Das Mittelalter	158
b) Die Neuzeit	165
II. Die Überlegung in der Rechtsprechung des RG	174
C. Die Reform des § 211 StGB während der nationalsozialistischen Zeit	180
I. Der Gang des Gesetzgebungsverfahrens	180
II. Zusammenfassung	196

*Teil III***Die Verdeckungstötung nach § 211 Abs. 2 StGB**

A. Die Verfassungsmäßigkeit der Verdeckungsabsicht	199
B. Die Verdeckungsabsicht und ähnliche Tatbestandsmerkmale als Unterscheidungskriterien für Mord und Totschlag	203
C. Die einzelnen Tatbestandselemente der Verdeckungsabsicht	216
I. Die andere Straftat	216
II. Das Tatopfer	222
III. Der Begriff des Verdeckens	224
IV. Das Konkurrenzverhältnis von Vortat und Verdeckungstötung	228
V. Die Verdeckungstötung durch Unterlassen	236
VI. Die Berücksichtigung seelischer Ausnahmezustände	241
VII. Verdeckungsabsicht und sonstige Tatmotive	243
VIII. Der Tötungsvorsatz bei der Verdeckungsabsicht	244
IX. Verdeckungsabsicht und sonstige Mordqualifikationsmerkmale	246
D. Interpretationsversuche zur Beschränkung der Verdeckungsabsicht	248
I. Die besondere Verwerflichkeit der Tat oder der Gesinnung des Täters .	250
II. Das Merkmal der besonderen Verwerflichkeit in der Rechtsprechung des BGH	256
III. Die vom Täter vorausgeplante Tötung	262
1. Die Auffassung der Literatur	262
2. Der Standpunkt der Rechtsprechung vor BGHSt 27, 346	264
3. Die Wende mit BGHSt 27, 346	267
4. Die von BGHSt 27, 346 aufgestellten einschränkenden Voraussetzungen	270
a) Die Überlegung	270
b) Körperverletzung als Vortat	271
c) Die "Doppelspontaneität"	274
d) Keine "zeitliche Zäsur" zwischen Vortat und Verdeckungstötung .	275
e) Zusammenfassende Bewertung von BGHSt 27, 346	276
5. Die Reaktion der anderen Strafsenate des BGH	277
6. Die erneute Wende in der Rechtsprechung des 2. Senats	291

	Inhaltsverzeichnis	XIII
E. Lösungsansätze	305	
I. Die Rechtsprechung	306	
II. Der Gesetzgeber	313	
III. Schluß	316	
	Schrifttumsverzeichnis	318
	Ausländische Gesetzentexte und ihre Übersetzungen	328
	Ausländische Gesetzesmaterialien	332
	Namen- und Sachwortregister	333

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AE	Alternativ-Entwurf zu einem Strafgesetzbuch
a.F.	alte Fassung
AGB	Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative
amtl.	amtlich
Anm.	Anmerkung
Anm. d. Verf.	Anmerkung des Verfassers
ArchCrR	Archiv des Criminalrechts, zitiert nach Jahrgang und Seite
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
b.	bei
BayStGB	Bayerisches Strafgesetzbuch
Beschl.	Beschluß
Bd.	Band
b. Dall.	bei Dallinger
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH Rechtsprechung - Strafsachen, hrsg. v. den Richtern des BGH, zitiert nach Paragraph und Nummer
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Strafsachen, zitiert nach Band und Seite
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BVerfG, zitiert nach Band und Seite
ca.	circa
CCB	Cautio Criminalis Bambergensis
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
dies.	dieselben
DJ	Deutsche Justiz, zitiert nach Jahrgang und Seite
DJT	Deutscher Juristentag 1980
DJZ	Deutsche Juristenzeitung, zitiert nach Jahrgang und Seite
DR	Deutsches Recht, zitiert nach Jahrgang und Seite
DRiZ	Deutsche Richterzeitung, zitiert nach Jahrgang und Seite
E 1936	Entwurf zu einem Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1936
E 1962	Entwurf zu einem Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1962

f.	folgende Seite
ff.	fortfolgende Seiten
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Golddammers Archiv für Strafrecht, zitiert nach Jahrgang und Seite
gest.	gestorben
GG	Grundgesetz
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung, zitiert nach Jahrgang und Seite
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. v.	herausgegeben von
krit.	kritisch
i.d.F.	in der Fassung
i.S.d.	im Sinne des (der)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter, zitiert nach Jahrgang und Seite
JR	Juristische Rundschau, zitiert nach Jahrgang und Seite
JuS	Juristische Schulung, zitiert nach Jahrgang und Seite
JW	Juristische Wochenschrift, zitiert nach Jahrgang und Seite
JZ	Juristenzeitung, zitiert nach Jahrgang und Seite
lit.	Buchstabe
LK	Leipziger Kommentar
LM	Lindenmaier/Möhring, zitiert nach Paragraph und Nummer
LZ	Leipziger Zeitung, zitiert nach Jahrgang und Seite
m.	mit
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, zitiert nach Jahrgang und Seite
m.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz, zitiert nach Jahrgang und Seite
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, zitiert nach Jahrgang und Seite
NorddStGB	Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund
Nr.	Nummer
NStE	Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht, zitiert nach Paragraph und Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, zitiert nach Jahrgang und Seite
OG DDR	Oberstes Gericht der DDR
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHSt	Amtliche Entscheidungssammlung des OGH in Strafsachen, zitiert nach Band und Seite
PreußStGB	Preußisches Strafgesetzbuch
Rdnr.	Randnummer

RG	Reichsgericht
RGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des RG in Strafsachen, zitiert nach Band und Seite
ReichsStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RGBI.	Reichsgesetzblatt
S.	Seite
s.	siehe
SK	Systematischer Kommentar
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung, zitiert nach Jahrgang und Spalte
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StV	Strafverteidiger, zitiert nach Jahrgang und Seite
u.	und
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
v. Chr.	vor Christus
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechtssammlung, zitiert nach Band und Seite
WürttStGB	Strafgesetzbuch für das Königreich Würtemberg
z.B.	zum Beispiel
zit. n.	zitiert nach
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, zitiert nach Jahrgang und Seite
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, zitiert nach Band und Seite
z.T.	zum Teil

Einführung in die Problematik

Die Verdeckungstötung gehört neben der Heimtücke und den niedrigen Beweggründen zu den umstrittensten Mordqualifikationsmerkmalen. An ihr scheiden sich die Geister. Die einen wollen sie möglichst weit auslegen: jedesmal, wenn der Täter in der Absicht tötet, eine andere Straftat zu verheimlichen, soll Mord vorliegen. Andere wollen die Verdeckungstötung möglichst eng auslegen. Als einschränkende zusätzliche Kriterien erfreuen sich dabei die Überlegung und die besondere Verwerflichkeit der Tat großer Beliebtheit. Eine Tötung die zur Verheimlichung einer anderen Straftat erfolgte, soll daher nur Mord sein, wenn entweder der Täter die Tötung schon vor Begehung der Straftat geplant hatte oder sie, aus welchen Gründen auch immer, als besonders verwerflich erscheint, andernfalls liege nur Totschlag vor. Wie so häufig im Strafrecht, verläuft die Grenze des Meinungsstreits zwischen Literatur und Rechtsprechung.

Handelt es sich bei dieser Auseinandersetzung noch um einen Streit von praktischer Bedeutung oder ist er nicht schon lange zu einem "akademischen Glasperlenspiel" degeneriert? Die Frage ist erlaubt, denn der Gesetzgeber hat mit Einführung des § 57a StGB die absolute Strafandrohung für Mord relativiert. So kann der wegen Mordes Verurteilte nach fünfzehn Jahren Freiheitsentzug mit einer Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung rechnen. Es ist durchaus möglich, daß § 57a StGB zumindest faktisch die lebenslange Freiheitsstrafe über kurz oder lang abschaffen wird. Hat dies nicht wenigstens die Folge, daß der Streit um die einzelnen Mordqualifikationsmerkmale letztlich genau so bedeutsam oder unbedeutsam wird, wie die zahlreichen anderen Abgrenzungsprobleme im Strafrecht auch?

Aber schon eine oberflächliche Untersuchung zeigt, daß die Frage nach der Einstufung der Verdeckungstötung in den Kategorien Mord und Totschlag immer noch beachtliche Konsequenzen hat, eine klare, rational nachvollziehbare Lösung dieses Problems daher angezeigt ist.

Der Grund dafür, daß die Einordnung einer Tötung als Mord oder Totschlag nach wie vor von großer Bedeutung ist, darf in dem Verhältnis dieser beiden Vorschriften zueinander erblickt werden. Vergleicht man dieses mit dem Verhältnis anderer Strafvorschriften zueinander, die ebenfalls eine enge Verwandtschaft aufweisen (und deren Abgrenzung voneinander oft genauso

umstritten ist, wie z.B. bei Diebstahl und Raub), tauchen Besonderheiten auf, die eine gewisse Einmaligkeit begründen.

Begründet sind diese Besonderheiten vor allem in dem sog. Exklusivitäts-Absolutheits-Mechanismus¹ des § 211 StGB. Die Exklusivität des § 211 StGB ergibt sich daraus, daß bei Vorliegen nur eines einzigen Mordqualifikationsmerkmals der Rückgriff auf den Totschlag einschließlich der ihn privilegierenden Vorschriften (insbesondere § 213 StGB) ausgeschlossen ist. Gekopelt ist diese Exklusivität des § 211 StGB mit einer absoluten Strafan drohung: liegt ein Mordqualifikationsmerkmal vor, darf als einzige mögliche Strafe nur noch die lebenslängliche Haftstrafe (bzw. unter Berücksichtigung des § 57a StGB eine fünfzehnjährige Freiheitsstrafe) verhängt werden, sofern nicht die sog. Vermeidungsstrategien² der Strafgerichte verfangen. Daraus folgt: Konnte man bei einer vorsätzlichen Tötung, wie auch immer, die Annahme eines Mordqualifikationsmerkmals vermeiden, ist dem Gericht ein Strafraum von fünf bis fünfzehn Jahren eröffnet.³ Entscheidet sich das Gericht, einen minder schweren Fall des Totschlags i.S.v. § 213 StGB anzunehmen (insbesondere die vom Gesetzgeber nicht weiter präzisierte äußerst dehbare 2. Alternative des § 213 StGB), darf es im Strafmaß sogar bis auf sechs Monate heruntergehen, also praktisch in die Bereiche der Bagatellstrafen vor dringen (zumal eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten wegen § 56 Abs. 1 StGB regelmäßig zur Bewährung auszusetzen ist). Konnte dagegen die Annahme eines Mordqualifikationsmerkmals nicht vermieden werden, muß das Gericht auf lebenslange Haft (bzw. unter Berücksichtigung des § 57a StGB fünfzehn Jahren) erkennen, selbst dann, wenn die Voraussetzungen der doch sehr verständlichen Milderung des § 213 1. Alternative erfüllt sind. Die Einordnung einer Tat als Mord oder Totschlag kann also über die Verhängung einer unbedeutenden Strafe oder die Vernichtung der gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und wohl auch psychischen Existenz eines Menschen entscheiden.

Des weiteren ist es auch unter psychologischen Gesichtspunkten sehr zweifelhaft, die Möglichkeit der Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe nach fünfzehn Jahren mit einer von vornherein zeitig begrenzten Freiheitsstrafe zu vergleichen. Selbst wenn man unterstellt, daß der § 57a StGB in Zukunft einen gewissen Automatismus entwickeln wird, ändert dies nichts daran, daß

¹Dieser Begriff dürfte wohl zuerst von Eser verwendet worden sein, z.B. Eser, NStZ 1983, 433, 438.

²Ausführlich hierzu Arzt, in: Jescheck/Triffterer, S. 141, 150 f.

³Zwar besteht auch beim Totschlag die grundsätzliche Möglichkeit, eine lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen (§ 212 Abs. 2 StGB), doch wird in der Praxis von dieser Vorschrift kaum Gebrauch gemacht; vgl. hierzu auch Eser, DJT-Gutachten, D 36.

der zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte sich lange Jahre in Unsicherheit darüber befindet, ob und wann er mit seiner Entlassung rechnen kann. Dagegen hat der zur zeitigen Höchststrafe von fünfzehn Jahren verurteilte Totschläger Gewißheit darüber, zu welchem Zeitpunkt er spätestens entlassen wird. Hinzu kommt, daß er in aller Regel bereits nach zwei Dritteln (§ 57 Abs. 1 StGB), bei ein wenig "guter Führung" sogar schon nach der Hälfte seiner Strafzeit in die Freiheit zurückkehren kann (§ 57 Abs. 2 StGB).

In der Praxis klafft also nach wie vor eine Lücke zwischen Mord und Totschlag, die in dieser Extremheit bei anderen Straftatbeständen, bei denen ebenfalls Abgrenzungsprobleme auftauchen, nicht bekannt ist. Daher hat sich an der Aktualität der Mordproblematik auch heute nichts geändert. Nach wie vor ist eine sachgerechte Differenzierung zwischen den einzelnen Tötungsdelikten in Anbetracht der hieran anschließenden Sanktionen dringend geboten.

Bei der Frage nach einer sachgerechten, und das heißt im Strafrecht schuldangemessenen Differenzierung, steht die Verdeckungsabsicht, neben einigen anderen Mordqualifikationsmerkmalen (hier sind insbesondere die Heimtücke und die sonstigen niedrigen Beweggründe zu nennen), im Mittelpunkt der Betrachtung. Schon seit langem wird dieses Mordmerkmal als eher zwielichtig empfunden; wird doch sonst die Selbstbegünstigung im Strafrecht als strafmildernd, wenn nicht sogar als strafbefreiend gewertet, soll sie im Zusammenhang mit einer Tötung strafsschärfend wirken.

Natürlich bestehen auch unter dem Aspekt schuldgerechten Strafens grundsätzlich keine Bedenken, der Verdeckungstötung ein eigenes Tatunrecht zugeschrieben, das durch Strafe abzugelten ist.⁴ Dies ergibt sich schon aus dem häufig vorgetragenen Argument, daß der Täter einer Verdeckungstötung nicht nur seine bereits begangene Straftat verheimlicht, sondern noch ein weiteres Unrecht begeht, das, wenn man die betroffenen Rechtsgüter als Maßstab heranzieht, meist noch über das durch die Vortat verursachte deutlich hinausgeht. Wenn der Täter neuen Schaden anrichtet, neues Unrecht begeht, so ist der Rechtsstaat aufgerufen, dieses neue Unrecht zu ahnden. Es gibt kein Grundrecht, sich für alle Zeiten außerhalb der Rechtsordnung zu bewegen, nur weil man sie einmal verlassen hat. Die Verdeckungstötung ist daher sicher ein strafbarer Totschlag. Es soll auch hier nicht in Zweifel gezogen werden, daß die Verdeckungstötung vielleicht sogar zu den eher schweren Fällen des Totschlags gehört. Doch das oben erwähnte Argument genügt eigentlich nicht, um die Verdeckungsabsicht als ein Kriterium zu betrachten, das eine

⁴Siehe hierzu auch unten S. 209 ff.