

# 1. TEIL: EINLEITUNG

## A. Vorüberlegung

Der „Tatbestand“ im modernen materiell-rechtlichen Sinn als Begriff für eine abschließende, nicht ausdehnungsfähige, allein dem Gesetzgeber vorbehaltene Typisierung eines Unrechtssachverhaltes (Normenverstößes)<sup>1</sup> oder für *diejenigen Thatsachen, welche zusammengenommen den Begriff einer gewissen Gattung von Verbrechen bestimmen*<sup>2</sup>, entsteht am Ende des 18. Jahrhunderts aus der Lehre vom „corpus delicti“.<sup>3</sup>

Nach dieser mußte im Inquisitionsprozeß zunächst im Rahmen der Generalinquisition festgestellt werden, ob aufgrund der Indizien überhaupt eine Straftat gegeben war, wobei für ein solches Ergebnis je nach Deliktstypus bestimmte Anforderungen erfüllt sein mußten. Erst im Anschluß daran konnte auf dem

---

<sup>1</sup> MAURACH/ZIPF, § 19 Rn. 33

<sup>2</sup> KLEIN, Grundsätze, § 68; s.a. TITTMANN, Strafrechtswissenschaft I (1. Aufl.), § 39

<sup>3</sup> Der Umfang dessen, was unter dem *Thatbestande der Verbrechen* zu verstehen sein sollte und damit das Verbrechen ausmachte, stand um die Jahrhundertwende herum nicht fest. KLEIN, Grundsätze, § 68, setzt den *Thatbestand* mit dem *corpus delicti* gleich. Der *Thatbestand des Verbrechens* bedürfe einer willkürlichen, d. h. freien menschlichen Handlung, die eine Wirkung hervorbringt. Worin diese Wirkung besteht, läßt er offen. Andeutungsweise enthält der *Thatbestand* bei Klein neben dem Erfolg auch eine subjektive Komponente, daneben sei ein *nothwendiger Zusammenhang zwischen Erfolg und Handlung vorauszusetzen*, der eine Frage der Zurechnung sei. Ferner werden aber *auch die sinnliche Wirkung des Verbrechens und die Werkzeuge, womit es begangen worden ist, als corpora delicti bezeichnet, weil man von ihnen als Spuren eines begangenen Verbrechens auf ein Verbrechen als die Ursache zurückschließt*. Deutlich wird hier die Überschneidung von materiell-rechtlichen und prozessualen Erwägungen.

STÜBEL, *Thatbestand*, definiert ihn in § 1 als den Inbegriff aller derjenigen Thatsachen, auf welche die in einem Criminalgesetze bestimmte Strafe erfolgen soll, in wie fern diese Thatsachen in der Zurechnungsfähigkeit nicht enthalten sind. Dolus und Culpa und die ganze Zurechnungsfähigkeit rechnet er im Gegensatz zu anderen Autoren damit nicht zum *Thatbestand* (vgl. § 2). Er erkennt aber in § 2 Fn. c), daß gewisse persönliche Eigenschaften und subjective Thatsachen zum Wesen oder zur Natur gewisser Verbrechen gehören, wie z. B. die Verwandtschaft des Verbrechers mit dem Opfer beim parricidium oder die Absicht des Gewinns beim Raubmord. Allein diese subjectiven Thatsachen können, nach den Gesetzen, nur in so fern zu dem *Thatbestande* gerechnet werden, in wie fern sie theils die Unrechtmäßigkeit der Handlung und die Größe der Verbrechen verändern und auf die objective Strafbarkeit einen Einfluß haben, theils die Unterscheidungszeichen zwischen den einzelnen Classen der Verbrechen ausmachen, keineswegs aber in wiefern von denselben die subjective Strafbarkeit und die Zurechnung der Strafe abhängt.

Wege der Spezialinquisition, d. h. ggf. der Folter, gegen einen Verdächtigen vorgegangen werden.<sup>4</sup>

Die Forderung der Aufklärung nach gesetzlicher Fixierung der Straftat sowie Festlegung der dafür angedrohten Strafe erfüllt eine rechtspolitische Funktion: die Garantie des Schutzes des einzelnen vor staatlicher und richterlicher Willkür dadurch, daß ein Eingriff in die individuelle Freiheit nur erlaubt ist, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>5</sup> Die in dem Zusammenhang geforderte Bindung des Richters an das Gesetz und damit eine Beschränkung seiner Befugnisse einerseits und die andererseits damit einhergehende Unabhängigkeit von den jeweiligen Herrschern wurde dem veränderten Richterbild gerecht.

Die Normierung des Tötungsverbotens bzw. die Sanktionierung von Tötungshandlungen als Reaktion auf den endgültigen und einschneidendsten Eingriff, der in die menschliche Existenz vorgenommen werden kann, gehören seit alters her zu den zentralen Regelungen des Kernstrafrechts. Ihre Existenz rechtfertigt sich aus dem Bestehen der Norm „Du sollst nicht töten“, wie sie z. B. für die jüdisch-christliche Tradition bereits im Dekalog verkörpert wird, ohne daß später je ein Gesetzestext hierauf ausdrücklich verweist.<sup>6</sup> – Allerdings gilt es bereits hier zu beachten, daß die herrschende theologische Auffassung das auf hebräisch geschriebene 5. bzw. 6. Gebot<sup>7</sup> "לא תרצח" als Verbot des eigenmächtigen, ungesetzlichen, gewalttätigen, schuldhaften Tötens begreift, nicht aber als Tötungsverbot schlechthin. Dem entspricht primär die deutsche Übersetzung des Gebotes als „Du sollst nicht morden“.<sup>8</sup> Erst die weitere Bedeutung des Verbs "רצח" wird mit „töten, zermalmen“ wiedergegeben. Der Befund ergibt sich durch die Analyse des Verwendungsbereiches des verhältnismäßig selten im Alten Testament verwendeten Begriffes.

Das göttliche Gebot wiederum wird in der Bibel ursprünglich in der Weisung Gottes an Noah ausgesprochen: *Wer Menschenblut vergießt, dessen Blut soll auch durch den Menschen vergossen werden*, wobei Gott die Weisung mit

---

<sup>4</sup> Eb. SCHMIDT, Einführung, § 187; SCHAFFSTEIN, Deliktstatbestände, S. 147

<sup>5</sup> SCHAFFSTEIN, Deliktstatbestände, S. 146 ff.

<sup>6</sup> MAURACH/ZIPF § 19 Rn 30

<sup>7</sup> Exodus 20,13 sowie Deuteronomium 5,17; Die unterschiedliche Zählweise ist bedingt durch die Doppelüberlieferung der Gebote in Exodus und Deuteronomium, die katholische und lutherische Tradition zählt das Tötungsverbot an 5. Position, nach der orthodoxen, reformierten, anglikanischen und jüdischen Tradition findet es sich erst an 6. Stelle. Vgl. DOHMEN, Exodus, S. 98 f.

<sup>8</sup> KORNFELD, „Mord“, in: Bibel-Lexikon, Sp. 1170; DOHMEN, Exodus, S. 122; BOCKELMANN, Für und wider die Todesstrafe, S. 54

einem Rückgriff auf die Schöpfungsgeschichte mit den Worten *denn Gott hat den Menschen nach seinem Bilde gemacht* legitimiert.<sup>9</sup>

Der Mordtatbestand als das seit jeher schwerwiegendste und besonders verwerfliche Tötungsdelikt gegenüber dem bis zu einem gewissen Grade verständlichen Totschlag soll in dieser Arbeit dahingehend untersucht werden, wie er sich im 19. Jahrhundert unter den neuen Bedingungen in (kriminal-) politischer Diskussion, Strafgesetzgebung, rechtswissenschaftlicher Literatur und Rechtsprechung entwickelt hat. Dazu gehören die Frage nach den Voraussetzungen, dem Wesen oder Kern des Mordes ebenso wie die Suche nach der höchsten Verwerflichkeit, deren Vorwurf allein die von den Strafgesetzen zu jeder Zeit verhängte Höchststrafbarkeit, sei es das Rad, Schwert, überhaupt der Tod oder lebenslange Freiheitsstrafe, auslöst und rechtfertigt. Höchste Verwerflichkeit setzt dazu voraus, daß das menschliche Leben als der Höchstwert in der gesellschaftlichen Werteordnung anerkannt und seine Vernichtung als besonders starkes, absolutes Unrecht betrachtet wird.

Um „den Mord“ jedoch in seiner gesamten Erscheinung zu erfassen, kann nicht nur auf seine einzelnen Tatbestandsmerkmale zurückgegriffen werden. Wenn Eberhard Schmidt sagt, daß *für den Geist eines Strafgesetzbuches (...) sein Strafsystem und alles das, was sich über Sinn und Zweck staatlichen Strafens aus ihm entnehmen läßt, (entscheidend ist)*<sup>10</sup>, so muß auch bei der Betrachtung des einzelnen Tatbestandes die Strafe als Rechtsfolge berücksichtigt werden. Im Ergebnis ist also eine Gesamtbetrachtung des Gesetzeswortlautes vorzunehmen. Für die Bestimmung wird ferner die systematische Stellung des Mordes innerhalb der Strafgesetze und unter den vorsätzlichen Tötungsdelikten, insbesondere die Abgrenzung zum Totschlag, heranzuziehen sein. Aufgabe dieser Arbeit ist es nicht, allgemeine Problemkreise wie Vorsatz bzw. Schuld, Notwehr, Täterschaft und Teilnahme, Kausalität so zu behandeln, wie sie heute im Allgemeinen Teil der Verbrechenslehre dargestellt werden. Hier eine Verknüpfung vorzunehmen war noch für viele Autoren des 19. Jh. aus der gemeinrechtlichen Tradition heraus üblich, als die meisten allgemeinen Lehren empirisch wie am Beispiel des Gegensatzpaares Mord – Totschlag vom einzelnen Deliktstypus her entwickelt wurden.<sup>11</sup> Diese Problemkreise werden lediglich mit ihrer Relevanz für den Mordtatbestand berücksichtigt.

---

<sup>9</sup> Genesis 9, 6

<sup>10</sup> Eb. SCHMIDT, Einführung, § 281

<sup>11</sup> SCHAFFSTEIN, Allg. Lehren, S. 34; s. beispielsweise Stübels Über den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern besonders in Rücksicht der Tödtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten (1805) sowie den dem Andenken Stübels gewidmeten Versuch einer Prüfung der Lehre vom Thatbestand und der Thäterschaft der Verbrechen

Als Ausgangspunkt soll ein Überblick über die Auffassung vom Mord im ausgehenden 18. Jahrhundert dienen, wie sie durch die gemeinrechtliche Strafrechtsdoktrin einerseits und durch erste aufgeklärte Partikulargesetzgebungen wie insbesondere das preußische Allgemeine Landrecht andererseits bestimmt wird. Von dort soll der Bogen über verschiedene partikularstaatliche Gesetzgebungen und die dazugehörigen Entwürfe in der ersten Hälfte des 19. Jahrhundert mit der sich anschließenden zeitgenössischen rechtswissenschaftlichen Literatur und Rechtsprechung bis hin zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871 als unmittelbarem Vorläufer der heutigen Regelung von 1941 gespannt werden. Schwerpunktmäßig bietet sich dabei die Berücksichtigung der beiden „großen“ Strafgesetzbücher des 19. Jahrhunderts, des Bayerischen Strafgesetzbuches von 1813 und des Preußischen Strafgesetzbuches von 1851 an. Dieses war der unmittelbare Vorläufer für das Reichsstrafgesetzbuch, jenes galt und gilt als Basis der Strafrechtsgesetzgebung im 19. Jahrhundert.

Dabei ist zu untersuchen, welche Bedingungen und Spuren die Aufklärung und ihr verändertes Menschenbild, die französische Revolution und die napoleonischen Kriege, der deutsche Liberalismus im Vormärz und die Revolution von 1848/49, die historische Rechtsschule und Schulenstreit hinterlassen haben.

Eine rechtshistorische Arbeit, die sich mit der Analyse und Bewertung einer Rechtsentwicklung beschäftigt, wird den Verfasser von der derzeitigen Normierung der Tötungsdelikte ausgehen lassen. Er wird sich fragen, wie die Regelungen, die sich heute im sechzehnten Abschnitt des Strafgesetzbuches *Straftaten gegen das Leben* in §§ 211 ff.<sup>12</sup> finden, damals aussahen, wo die Unterschiede liegen und wo Parallelen und Kontinuität bestehen.

---

im Allgemeinen und des Verbrechens der Tötung insbesondere nach den Grundsätzen des Preußischen Rechts von C. G. L. MEYER aus dem Jahre 1836.

<sup>12</sup> § 211. Mord.

(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Mörder ist, wer

aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,

heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder

um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken,

einen Menschen tötet.

§ 212. Totschlag.

(1) Wer einen anderen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

§ 213. Minder schwerer Fall des Totschlags.

War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem getöteten Menschen zum Zorn gereizt und