

Stefanie Samland
Haus 1, Nr. 00.06.2
Möllner Straße 11
18109 Rostock
3. Fachsemester, Matrikelnr.: 000201083

Rostock, 21. Januar 2002

Seminar: Täterschaft und Teilnahme
(Wahlfachgruppe 8)

Die Regelung des § 28 StGB
(insbesondere in Bezug auf die Mordmerkmale)

Semester:	Wintersemester 2001/02
Dozent der Übung:	Prof. Dr. Christoph Sowada
Abgabetermin:	21. Januar 2002

Gliederung

A Einführung.....	1
B Grundsätze der Akzessorietät der Teilnahme	1
I. Grund für die Strafbarkeit der Teilnahme	1
II. Akzessorische Behandlung des Teilnehmers und limitierte Akzessorietät	2
III. Akzessorietätslockerung.....	2
IV. Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 28 StGB	2
C Die Akzessorietätslockerung gemäß § 28 StGB	3
I. Besondere persönliche Merkmale	3
1. Regelungen in §§ 14 und 28 StGB	3
2. Unterscheidung von tat- und täterbezogenen Merkmalen	4
a) Nichtanwendung des § 28 StGB bei tatbezogenen Merkmalen	4
b) Kriterien zur Unterscheidung.....	4
c) Strittige Merkmale	5
d) Rechtsfolgen bei Vorliegen von tatbezogenen Merkmalen	6
II. Strafbegründende Merkmale – § 28 I StGB.....	6
1. Voraussetzungen.....	6
2. Beispiele	7
3. Zurechnung beim Teilnehmer	7
4. Rechtsfolge – Obligatorische Strafmilderung.....	8
5. Konkurrenz zur Strafmilderung in § 27 II 2 StGB.....	8
III. Strafmodifizierende Merkmale – § 28 II StGB.....	10
1. Voraussetzungen.....	10
2. Beispiele	10
3. Zurechnung beim Beteiligten	11
a) Teilnehmer	11
b) Mittäter	11
4. Rechtsfolge – Anwendung nur bei dem, bei dem das Merkmal vorliegt	12
a) Tatbestandsverschiebung	12
b) Strafrahmensverschiebung.....	12
c) Gegenüberstellung.....	12
d) Stellungnahme	14
IV. Verhältnis zu § 29 StGB	14
1. Regelung des § 29 StGB	14
2. Konkurrenz der §§ 28 II, 29 StGB.....	15
3. Konkurrenz der §§ 28 I, 29 StGB.....	16
D Mordmerkmale als besondere persönliche Merkmale.....	17
I. Einteilung in tat- und täterbezogene Merkmale	17
II. Mordmerkmale als strafbegründende und –modifizierende besondere persönliche Merkmale	19
1. Das Verhältnis der §§ 211, 212 StGB.....	19
a) Rechtsprechung: Eigenständige Delikte – Anwendung von § 28 I StGB ..	19
b) Literatur: Qualifikation – Anwendung von § 28 II StGB	20
2. Stellungnahme: Anwendung von § 28 I oder § 28 II StGB.....	21

III. Fallkonstellationen bei Vorliegen von Mordmerkmalen	22
1. Tatbezogenes Merkmal	22
a) Beim Haupttäter oder einem Mittäter	22
b) Beim Teilnehmer	23
2. Täterbezogenes Merkmal	23
a) Beim Täter.....	23
b) Beim Mittäter oder Teilnehmer	24
3. Tat- und täterbezogenes Merkmal	25
a) Täter verwirklicht tat-, Teilnehmer/Mittäter täterbezogenes Merkmal.....	25
b) Täter verwirklicht täter-, Teilnehmer tatbezogenes Merkmal.....	26
4. Verschiedene täterbezogene Merkmale	26
E Zusammenfassung.....	27

Literaturverzeichnis

- Arzt, Gunther* „Gekreuzte“ Mordmerkmale? Zur Tragweite des § 50 II StGB, JZ 1973, 681.
- Arzt, Gunther / Weber, Ulrich* Strafrecht. Besonderer Teil, Bielefeld 2000.
- Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang* Strafrecht. Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Bielefeld 1995.
- Cortes Rosa, Manuel* Teilnahme am unechten Sonderverbrechen, ZStW 90 (1978), 413.
- Ebert, Udo* Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg 2001.
- Engisch, Karl* Zum Begriff des Mordes, GA 1955, 161.
- Fischer, Daniel / Gutzeit, Guido* Grundfragen zu § 28 StGB, JA 1998, 41.
- Geppert, Klaus* Die Anstiftung (§ 26 StGB), Jura 1997, 299.
- Geppert, Klaus* Die Beihilfe (§ 27 StGB), Jura 1999, 266.
- Geppert, Klaus / Schneider, Hartmut* Mordmerkmale und Akzessorietät der Teilnahme (§ 28 StGB), Jura 1986, 106.
- Gropp, Walter* Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin / Heidelberg 2001.
- Grünwald, Gerald* Zu den besonderen persönlichen Merkmalen (§ 28 StGB), in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln / Berlin / Bonn 1989, 555.
- Hake, Manfred* Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“. Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB, Diss., Berlin 1994.
- Herzberg, Rolf Dietrich* Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale, GA 1991, 145.
- Herzberg, Rolf Dietrich* Die Problematik der „besonderen persönlichen Merkmale“ im Strafrecht, ZStW 88 (1976), 68.
- Jakobs, Günther* Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Berlin / New York 1991.
- Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas* Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.
- Joecks, Wolfgang* Studienkommentar StGB, 3. Auflage, München 2001.
- Kühl, Kristian* Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München 2000.
- Küper, Wilfried* „Besondere persönliche Merkmale“ und „spezielle Schuldmerkmale“. Zur Koordination von § 28 Abs. 1, 2 und § 29 StGB, ZStW 104 (1992), 559.
- Küper, Wilfried* Die Rechtsprechung des BGH zum tatbestandssystematischen Verhältnis von Mord und Totschlag – Analyse und Kritik, JZ 1991, 761 (Teil 1), 862 (Teil 2), 910 (Teil 3).

- Lackner, Karl / Kühl, Kristian* StGB. Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Auflage, München 2001.
- Leipziger Kommentar* StGB. Großkommentar, Jähnke, Burkhard / Laufhütte, Heinrich Wilhelm / Odersky, Walter (Hrsg.), 11. Auflage, 16. Lieferung, §§ 28 - Vor § 32, Berlin / New York 1994.
- Maurach, Reinhart* Die Mordmerkmale aus der Sicht des § 50 StGB, JuS 1969, 249.
- Mayer, Hellmuth* Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart 1953.
- Otto, Harro* Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Auflage, Berlin / New York 2000.
- Otto, Harro* Die Mordmerkmale in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Jura 1994, 141.
- Otto, Harro* Anstiftung und Beihilfe, JuS 1982, 557.
- Rengier, Rudolf* Strafrecht. Besonderer Teil II. Delikte gegen die Person und Allgemeinheit, München 1998.
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst* Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Auflage, München 2001.
- Schünemann, Bernd* Die Bedeutung der „Besonderen persönlichen Merkmale“ für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung, Jura 1980, 354 (Teil 1), 568 (Teil 2).
- Schwerdtfeger, Dirk* Besondere persönliche Unrechtsmerkmale, Diss., Frankfurt/Main 1992.
- SK-StGB* Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Rudolphi, Hans-Joachim / Horn, Eckhard (Hrsg.), Band II, Besonderer Teil (§§ 80 - 358), 51. Lieferung, Neuwied / Kriftel / Berlin 2001.
- Stein, Ulrich* Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Diss., Berlin 1988.
- Stratenwerth, Günter* Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat, 4. Auflage, Köln / Berlin / Bonn 2000.
- Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Auflage, München 2001
- Wessels, Johannes / Beulke, Werner* Strafrecht. Allgemeiner Teil, 31. Auflage, Heidelberg 2001.
- Wessels, Johannes / Hettinger, Michael* Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 25. Auflage, Heidelberg 2001.

Die Regelung des § 28 StGB (insbesondere in Bezug auf die Mordmerkmale)

A Einführung

Die Norm des § 28 StGB zählt nicht zu den beliebtesten Vorschriften des Strafrechts bei Studenten. Dies liegt zum einen an der Unklarheit des Begriffs der besonderen persönlichen Merkmale, zum anderen an den unterschiedlichen Rechtsfolgen der beiden Absätze, die auch in der Literatur umstritten sind. Beide Aspekte machen es nicht einfach, mit dem § 28 StGB umzugehen. Die vorliegende Arbeit wird zunächst die Regelung des § 28 StGB in den Kontext der Akzessorietät der Teilnahme einordnen, daraufhin beide Absätze getrennt voneinander untersuchen und strukturiert darstellen und schließlich das Ergebnis dieser Untersuchung anhand des wohl am meisten diskutierten Anwendungsfeldes, der Mordmerkmale, anwenden.

Neben der Zurechnung besonderer persönlicher Merkmale enthält § 28 StGB eine weitere bedeutende Funktion. In dieser Norm finden sich die Legaldefinitionen für Teilnehmer und Beteiligte.

B Grundsätze der Akzessorietät der Teilnahme

I. Grund für die Strafbarkeit der Teilnahme

Die §§ 26, 27 StGB sehen eine Bestrafung des Anstifters bzw. Gehilfen, die in § 28 StGB als Teilnehmer bezeichnet sind, vor. Nicht ganz einig ist man sich über den Grund der Strafbarkeit des Teilnehmers neben der des Haupttäters.

Die Schuldteilnahmetheorie sieht den Strafgrund des Teilnehmers darin, dass er den Haupttäter „verführt“¹. Diese Ansicht ist jedoch mit der Einführung des § 29 StGB, der die Schuld des Haupttäters für den Teilnehmer gerade nicht berücksichtigt, nicht mehr haltbar². Auch die Unrechtsteilnahmelehre, die dem Teilnehmer die „soziale Desintegration“ des Täters vorwirft, wird nicht mehr vertreten.

Heute herrschend sind die Verursachungstheorien. Diese treten ebenfalls in verschiedenen Nuancen auf. Die reine Verursachungstheorie stellt nur auf den Rechtsgutsangriff des Teilnehmers ab, den er durch die Mitverursachung der Haupttat ausübt. Nach der akzessorischen Verursachungs-

¹ Mayer, AT, S. 319.

² Hake, Beteiligtenstrafbarkeit, S. 44 f.; Geppert, Jura 1997, 299; Otto, JuS 1982, 557.

theorie wird der eigene Rechtsgutsangriff des Teilnehmers bestraft, jedoch nur bei Vorliegen einer vorsätzlich, rechtswidrigen Haupttat³. Die wohl h.M. vertritt die Förderungs- und Verursachungstheorie, die den Strafgrund der Teilnahme schlicht darin sieht, dass der Teilnehmer das Unrecht des Haupttäters fördert⁴.

II. Akzessorische Behandlung des Teilnehmers und limitierte Akzessorietät

Die Tatsache, dass die Strafbarkeit des Teilnehmers von der Tat des Haupttäters abhängt, belegen §§ 26, 27 StGB. Ein „Bestimmen“ oder „Hilfe leisten“ allein ist also nicht strafbar, die Teilnahme ist daher akzessorisch, da sie eine Haupttat voraussetzt⁵. Die Akzessorietät ist jedoch limitiert, d.h. die Haupttat muss nur tatbestandlich und rechtswidrig begangen worden sein, die Schuld des Haupttäters ist für die Bestrafung des Teilnehmers unerheblich. Dieser Grundsatz der limitierten Akzessorietät wird aus § 29 StGB hergeleitet⁶.

III. Akzessorietätslockerung

Der § 28 StGB, insbesondere Abs. 2, enthält zudem eine Akzessorietätslockerung für so genannte „besondere persönliche Merkmale“⁷. Liegen diese beim Täter vor, beim Beteiligten jedoch nicht, so werden sie letzterem u.U. entgegen dem Akzessorietätsgrundsatz nicht zugerechnet. Den Voraussetzungen dieser Akzessorietätslockerung für „besondere persönliche Merkmale“ soll sich die vorliegende Arbeit widmen. Zusätzlich bilden die Strafmilderung für den Gehilfen nach § 27 II StGB, die Straffreiheit des agent provocateur sowie die Straffreiheit bei der Teilnahme des Tatopfers weitere Akzessorietätslockerungen⁸.

IV. Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 28 StGB

Die Norm des heutigen § 28 StGB hat sich nach und nach entwickelt. Im Preußischen Strafgesetzbuch von 1851 war die Teilnehmerstrafbarkeit vom Grundsatz her streng von der Haupttat abhängig⁹. Jedoch enthielt der Besondere Teil schon Ausnahmeregelungen, z.B. galten in § 180 PrStGB („Kindesmord“ durch die uneheliche Mutter) und § 228 PrStGB (Straflosig-

³ Otto, JuS 1982, 557, 558; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, Vor § 25 Rn 17 f.; Jakobs, AT, 22/9; Wessels/Beulke, AT, Rn 551.

⁴ Lackner/Kühl, Vor § 25 Rn 8; Ebert, AT, S. 204; Gropp, AT, § 10 Rn 102; Jescheck/Weigend, AT, § 64 I 2.

⁵ Geppert/Schneider, Jura 1986, 106, 107; Jescheck/Weigend, AT, § 61 VII 1; Kühl, AT, § 20 Rn 134.

⁶ Geppert, Jura 1997, 299, 300; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 28 Rn 44; Otto, AT, § 22 Rn 1.

⁷ Herzberg, ZStW 88, 68 f.; Ebert, AT, S. 207; Kühl, AT, § 20 Rn 148; Otto, AT, § 22 Rn 13.

⁸ Herzberg, GA 1991, 145 f.

keit wegen Aszendenten- oder Ehegattendiebstahls) die dort vorgesehenen Privilegierungen nicht für Außenseiter. Für die Amtsdelikte galt diese Akzessorietätslockerung dagegen ausdrücklich nicht¹⁰.

Schon zehn Jahre später erfuhr die starre Akzessorietät des Preußischen StGB mehrere Einschränkungen. So entschied das Preußische Obertribunal in einem Beschluss vom 12.11.1860 gegen die Regelung des § 35 I PrStGB. Das Bayrische Strafgesetzbuch von 1861 enthielt dann sogar schon einen entscheidenden Fortschritt, indem es die Akzessorietätslockerung für strafmodifizierende Merkmale kodifizierte¹¹.

Der Vorläufer des heutigen § 28 StGB war § 50 StGB, der 1943 eine Regelung für straffausschließende Merkmale ins Gesetz aufnahm und zudem bestimmte, dass nur *besondere* persönliche Eigenschaften zu einer Lockerung der Akzessorietät führen können¹². Schließlich ergänzte der Gesetzgeber 1968 die Vorschrift durch einen Absatz für strafbegründende besondere persönliche Merkmale¹³. In seiner jetzigen Form besteht § 28 StGB seit dem 1. Januar 1975¹⁴.

C Die Akzessorietätslockerung gemäß § 28 StGB

I. Besondere persönliche Merkmale

1. Regelungen in §§ 14 und 28 StGB

§ 28 I StGB verweist auf § 14 StGB, in dem ebenfalls die Wendung „besondere persönliche Merkmale“ vorkommt. Dennoch hat dieser Ausdruck in beiden Vorschriften unterschiedliche Bedeutung¹⁵. Diese Differenzierung in der Auslegung hängt mit der Funktion der Vorschriften zusammen. Während § 14 StGB sich auf einen besonderen Status des Vertretenen bezieht, umfasst § 28 StGB Merkmale von höchstpersönlichem Charakter¹⁶. Von § 14 StGB ist ein viel kleinerer Teil besonderer persönlicher Merkmale betroffen, die eine soziale Rolle des Täters beschreiben und außerdem die Strafbarkeit erst begründen¹⁷. Daher hat § 14 StGB für die Anwendung des § 28 StGB nur die Bedeutung, das Tatbestandsmerkmal

⁹ § 35 I PrStGB sagte dazu aus: „Auf den Theilnehmer ... ist dasselbe Strafgesetz anzuwenden, welches auf den Thäter Anwendung findet.“

¹⁰ Maurach, JuS 1969, 249.

¹¹ Art. 65 III BayrStGB: „Bestehen nur für die Person des einzelnen Thäters, Theilnehmers oder Begünstigers besondere Gründe, welche seine Strafbarkeit erhöhen, mindern, ausschließen oder tilgen, so sollen diese bei Beurtheilung der Strafbarkeit der übrigen weder zum Vortheil noch zum Nachtheil derselben in Betracht gezogen werden.“

¹² LK-Roxin, § 28 Entstehungsgeschichte.

¹³ Schwedtfeger, Unrechtsmerkmale, S. 39.

¹⁴ Schwedtfeger, Unrechtsmerkmale, S. 42.

¹⁵ Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 35 f.; Herzberg, ZStW 88, 68, 110; Joecks, § 14 Rn 4; Lackner/Kühl, § 14 Rn 9; Jakobs, AT, 23/4.

¹⁶ Gropp, AT, § 10 Rn 112.

¹⁷ Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 14 Rn 8.

„Merkmale“ näher zu bestimmen, indem er diese mit „Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände“ definiert.

Persönliche Merkmale gemäß § 28 StGB sind Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände, die zum Deliktstypus gehören und den Täter näher beschreiben¹⁸. Zudem kann gesagt werden, dass sie nicht in mittelbarer oder Mittäterschaft begangen werden können¹⁹. Besonders sind persönliche Merkmale, wenn sie die Person des Täters oder eine ihm obliegende Pflichtenstellung charakterisieren²⁰.

2. Unterscheidung von tat- und täterbezogenen Merkmalen

a) Nichtanwendung des § 28 StGB bei tatbezogenen Merkmalen

Für die besonderen persönlichen Merkmale, bei denen § 28 StGB zur Geltung kommen soll, wird also verlangt, dass es sich um die Strafbarkeit mitbestimmende Umstände handeln muss, die gerade die Person des Täters charakterisieren²¹. Diese Umstände werden täterbezogene Merkmale genannt. Nach allgemeiner Auffassung werden nur sie von der Regelung des § 28 StGB erfasst²², daher werden sie in diesem Zusammenhang von den so genannten tatbezogenen Merkmalen abgegrenzt, für die § 28 StGB nicht anwendbar ist und die daher streng akzessorisch behandelt werden.

b) Kriterien zur Unterscheidung

Es ist folglich zu untersuchen, nach welchen Kriterien tat- und täterbezogene Merkmale zu unterscheiden sind. Vereinzelt wird diese Differenzierung auch kritisiert und für ungeeignet gehalten, das bei täterbezogenen Merkmalen verminderte Unrecht des Teilnehmers zu begründen²³. Dennoch geht die h.M. auf diese Weise vor.

Zunächst wird eine grobe Einteilung vorgenommen, nach denen tatbezogene Merkmale jene sind, die die Tat als solche beschreiben, z.B. Tatmodalitäten; im Gegensatz dazu beschreiben täterbezogene Merkmale die Person des Täters näher²⁴. Dies ist verständlicherweise unpräzise. Vor allem bei den Mordmerkmalen heimtückisch oder grausam wird viel diskutiert²⁵.

¹⁸ Lackner/Kühl, § 28 Rn 3.

¹⁹ Herzberg, ZStW 88, 68, 80; Schönemann, Jura 1980, 354, 367.

²⁰ Geppert, Jura 1997, 299, 301; Lackner/Kühl, § 28 Rn 4.

²¹ Ebert, AT, S. 208; Kühl, AT, § 20 Rn 154.

²² BGHSt 39, 326, 327; Fischer/Gutzeit, JA 1998, 41, 42; Otto, AT, § 22 Rn 15.

²³ Hake, Beteiligtenstrafbarkeit, S. 94 ff.; LK-Roxin, § 28 Rn 28; Otto, AT, § 22 Rn 16.

²⁴ Geppert/Schneider, Jura 1986, 106, 107.

²⁵ Siehe dazu Punkt D I.

Deshalb soll nun versucht werden, die Unterscheidung weiter zu konkretisieren. So werden als tatbezogene Merkmale Umstände angesehen, die das Tatgeschehen nach seiner objektiven Beschaffenheit kennzeichnen, zB. der Taterfolg, die Tathandlung, das Tatmittel, eine besondere Ausführungsart etc.²⁶ Demgegenüber seien täterbezogen die Merkmale, die eine besondere Pflicht des Täters, seine ethisch verwerfliche Gesinnung oder seine persönliche Gefährlichkeit beschreiben²⁷. Jedoch darf an dieser Stelle täterbezogen nicht mit subjektiv gleichgesetzt werden, vor allem subjektive Merkmale wie die besonderen Absichten, u.a. in §§ 242, 263 StGB, werden nicht als besondere persönliche Merkmale, sondern als tatbezogene, nicht akzessorische Merkmale eingestuft²⁸. Gleichsam streng akzessorisch wird auch der Tatbestandsvorsatz behandelt²⁹. Festzuhalten ist also, dass unter tatbezogenen Merkmalen solche verstanden werden, die entweder besondere Absichten oder objektive Tatmodalitäten umfassen. Diese werden nicht von § 28 StGB berührt.

c) Strittige Merkmale

Während über einzelne Merkmale – z.B. dass die Amtsträgereigenschaft täterbezogenen und die besonderen Absichten tatbezogenen Charakter haben – Einigkeit herrscht, wird über andere viel diskutiert. So wird unterschiedlich gesehen, ob die Stellung des Unfallbeteiligten in § 142 StGB³⁰ ein besonderes persönliches Merkmal iSd. § 28 StGB darstellt, ähnlich verhält es sich mit der „Verwandtschaft“ in § 173 StGB³¹. Dagegen ist das Merkmal „Mann“ in § 183 StGB nach herrschender Ansicht nicht akzessorisch zu behandeln³².

Am Beispiel der Garantenpflicht bei unechten Unterlassungsdelikten soll dargelegt werden, wie schwierig sich die Abgrenzung von tat- und täterbezogenen Umständen gestalten kann. Hier werden in sehr ausgeglichenem Verhältnis beide Ansichten vertreten. Eine Meinung sieht keinen Unterschied zwischen der Pflicht eines Garanten und der Amtsträgerpflicht. Beide Pflichten seien besondere Stellungen des Pflichteninhabers und damit täterbezogene Merkmale³³. Die Vertreter der anderen Ansicht sehen

²⁶ BGH JR 1996, 161; Fischer/Gutzeit, JA 1998, 41, 42.

²⁷ Ebert, AT, S. 208.

²⁸ BGHSt 22, 375, 380; Lackner/Kühl, § 28 Rn 6; LK-Roxin, § 28 Rn 70; Jakobs, AT, 23/20.

²⁹ Herzberg, GA 1991, 145, 151 ff.; Tröndle/Fischer, § 28 Rn 6; Jakobs, AT, 23/16.

³⁰ Dagegen argumentieren Hake, Beteiligtenstrafbarkeit, S. 113; Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 337; Ebert, AT, S. 208; dafür jedoch Kühl, AT, § 20 Rn 158.

³¹ Dagegen BGHSt 39, 326, 327 f.; Ebert, AT, S. 208; dafür Tröndle/Fischer, § 28 Rn 5.

³² Hake, Beteiligtenstrafbarkeit, S. 114; Herzberg, ZStW 88, 68, 82 f.; Ebert, AT, S. 208; Kühl, AT, § 20 Rn 158.

³³ Cortes Rosa, ZStW 90, 413, 440 f.; LK-Roxin, § 28 Rn 64; Tröndle/Fischer, § 28 Rn 6; Kühl, AT, § 20 Rn 161; Otto, AT, § 22 Rn 23; Wessels/Beulke, AT, Rn 558.

die Funktion des § 13 StGB lediglich in der Gleichstellung von Tun und Unterlassen und halten die Garantenstellung als Pflicht, die sich an jedermann richtet, demnach für tatbezogen³⁴. Herzberg³⁵ differenziert gar noch nach Beschützer- und Bewachergaranten. Für erstere soll § 28 I StGB zur Anwendung kommen, für letztere dagegen nicht.

d) Rechtsfolgen bei Vorliegen von tatbezogenen Merkmalen

Wie schon mehrfach festgestellt, unterliegen nur die Person des Täters charakterisierende Merkmale der Regelung des § 28 StGB. Tatbezogene Merkmale sind dagegen nach den allgemeinen Akzessorietätsgrundsätzen zuzurechnen. Nach §§ 26, 27 StGB werden Teilnehmer, nach § 25 II StGB Mittäter demnach – abgesehen von der Strafmilderung in § 27 II 2 StGB – gleich dem Täter bestraft, wenn sie die in ihrer eigenen Person nicht vorliegenden tatbezogenen Merkmale in ihren Vorsatz aufgenommen haben. So wird beispielsweise derjenige, der dem Haupttäter bei einer Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs Hilfe leistet, aus §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 27 StGB bestraft, auch wenn er selbst kein Werkzeug bei sich führt bzw. einsetzt. Weiß er jedoch nichts davon, dass der Haupttäter ein solches bei Begehung der Tat verwendet, wird ihm dies nicht zugerechnet, die Bestrafung erfolgt dann gemäß §§ 223 I, 27 StGB. Folglich kommt es bei der Zurechnung von tatbezogenen Merkmalen nicht darauf an, ob diese in der Person des Mittäters oder Teilnehmers vorliegen, sondern ob der Haupttäter sie verwirklicht und der Beteiligte dies wusste und in Kauf nahm.

II. Strafbegründende Merkmale – § 28 I StGB

1. Voraussetzungen

Nachdem die tatbezogenen Merkmale abgegrenzt wurden, soll sich die Arbeit auf die täterbezogenen besonderen persönlichen Merkmale konzentrieren, auf die § 28 StGB tatsächlich angewandt wird. Hierzu wird zunächst der Absatz 1 untersucht.

Das Gesetz sieht zwei Unterschiede zu Absatz 2 vor, einmal gilt die von Absatz 1 vorgesehene Strafmilderung nur für Teilnehmer, nicht für Mittäter, und zum anderen werden *strafbegründende* Merkmale erfasst.

³⁴ BGH JR 1996, 161; Schwerdtfeger, Unrechtsmerkmale, S. 255 ff.; Lackner/Kühl, § 28 Rn 6; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 28 Rn 19; Ebert, AT, S. 208; Gropp, AT, § 10 Rn 112; Jescheck/Weigend, AT, § 61 VII 4a.

³⁵ Herzberg, GA 1991, 145, 162 ff.

Fraglich ist, wann ein besonderes persönliches Merkmal strafbegründend ist. In diesem Zusammenhang wird auf das Vorhandensein eines Grundtatbestandes abgestellt. Strafbegründende besondere persönliche Merkmale sind solche, die sich in Tatbeständen finden, welche nicht auf einem Grunddelikt aufbauen³⁶. Oder anders ausgedrückt: Strafbegründende Merkmale sind dann gegeben, wenn das Verhalten ohne deren Vorliegen nicht strafbar gewesen wäre³⁷.

2. Beispiele

Abschließende Übersichten für Merkmale, die unter die Regelung der einzelnen Absätze des § 28 StGB fallen, finden sich in keinem Lehrbuch oder Kommentar. Daher sollen auch an dieser Stelle nur Beispiele aufgeführt werden, um die Einordnung von strafbegründenden Merkmalen anschaulicher zu machen.

Am unbestrittensten wird die Amtsträgereigenschaft als besonderes persönliches Merkmal angesehen³⁸. Strafbegründend sind dann solche Pflichtenstellungen als Amtsträger, die gerade den Unwert der Tat ausmachen. Ist das gleiche Delikt auch von Nicht-Amtsträgern zu verwirklichen und erhält nur einen niedrigeren Strafraum, so fällt dies nicht unter § 28 I StGB. In Betracht kommen als strafbegründende Amtsträgereigenschaften also jene der §§ 331, 332, 339, 344, 345, 348 StGB³⁹.

Als weitere strafbegründende besondere persönliche Merkmale gelten z.B. die Geheimhaltungspflicht des Arztes in § 203 StGB⁴⁰ oder die Stellung des Pfandleihers in § 290 StGB⁴¹. Ob auch Mordmerkmale in den Bereich von § 28 I StGB fallen, soll im späteren Teil der Arbeit erörtert werden⁴².

3. Zurechnung beim Teilnehmer

Obgleich § 28 StGB eine Akzessorietätslockerung darstellt, werden die allgemeinen Akzessorietätsgrundsätze nicht außer Kraft gesetzt. Daher wird auch für die Zurechnung von strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen Vorsatz verlangt. Weiß der Teilnehmer also nicht, dass

³⁶ Kühl, AT, § 20 Rn 161.

³⁷ Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 32 Rn 20; Jakobs, AT, 23/30; Otto, AT, § 22 Rn 20.

³⁸ Hake, Beteiligtenstrafbarkeit, S. 107; Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 334 ff.; Grünwald, GS Kaufmann, 555, 561 f.; Ebert, AT, S. 209; Kühl, AT, § 20 Rn 161.

³⁹ Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 32 Rn 20; Ebert, AT, S. 209; Kühl, AT, § 20 Rn 161; Rengier, BT II, § 59 Rn 2, § 61 Rn 3.

⁴⁰ Hake, Beteiligtenstrafbarkeit, S. 108; SK-StGB-Samson, § 203 Rn 51; Kühl, AT, § 20 Rn 161; Rengier, BT II, § 31 Rn 22.

⁴¹ Herzberg, ZStW 88, 68, 80; Kühl, AT, § 20 Rn 161.

⁴² Siehe Abschnitt D.

der Haupttäter ein solches verwirklicht, so kommt § 28 StGB nicht in Betracht⁴³.

Im übrigen geht § 28 I StGB, was die Zurechnung des Haupttatunrechts beim Teilnehmer angeht, nicht weit von der limitierten Akzessorietät nach §§ 26, 27 StGB ab. Das vom Haupttäter begangene Delikt wird auch für die Strafbarkeit des Anstifters oder Gehilfen angesetzt.

Aus der oben⁴⁴ durchgeführten Überlegung über strafbegründende Merkmale ist auch erklärbar, warum § 28 I StGB nicht für Mittäter gilt. Für eine Bestrafung als Mittäter muss der jeweilige Täter auch die täterbezogenen Merkmale in sich selbst verwirklichen. So kann eine Rechtsbeugung nach § 339 StGB nicht von einem Richter und einem Nicht-Richter in Mittäterschaft begangen werden, da der Nicht-Richter keine Täterqualität besitzt. Diese Merkmale können auch nach § 28 I StGB nicht täterschaftlich zugerechnet werden.

4. Rechtsfolge – Obligatorische Strafmilderung

Die Strafdrohung für den Teilnehmer, der das vom Täter erfüllte strafbegründende besondere persönliche Merkmal nicht verwirklicht, ergibt sich aus dem Tatbestand der Haupttat⁴⁵, § 28 I StGB sieht lediglich eine Strafmilderung vor. Im Unterschied zu den Regelungen in §§ 17, 35 I StGB ist diese Strafmilderung aber zwingend und nicht nur eine Kann-Bestimmung. Insofern ist § 28 I StGB eine Strafzumessungsvorschrift⁴⁶ und verändert nicht die Tatbestände oder Schuldsprüche für den Teilnehmer.

5. Konkurrenz zur Strafmilderung in § 27 II 2 StGB

Umstritten ist die Frage, wie sich die Konkurrenz von Beihilfe und dem Vorliegen von strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen bei der Bestimmung des Strafmaßes auswirken, denn sowohl § 27 II 2 StGB als auch § 28 I StGB sehen eine obligatorische Strafmilderung vor. Ist folglich eine „doppelte“ Milderung möglich und zulässig?

Nach einer Ansicht ist eine Doppelmilderung der Teilnehmerstrafe möglich. Sie begründet dies mit dem Wortlaut beider Vorschriften⁴⁷.

Die herrschende Gegenansicht differenziert nach der Art des Umstands, der der Einstufung als Gehilfe zugrunde liegt. So soll nur dann eine dop-

⁴³ Kühl, AT, § 20 Rn 149, 150.

⁴⁴ Siehe Punkt C II 1.

⁴⁵ Kühl, AT, § 20 Rn 149, 150.

⁴⁶ Fischer/Gutzeit, JA 1998, 41, 46; Tröndle/Fischer, § 28 Rn 7; Ebert, AT, S. 207.

⁴⁷ Stein, Beteiligungsformenlehre, S. 339; LK-Roxin, § 28 Rn 88.

pelte Strafmilderung eintreten, wenn die fehlende Täterqualität nicht auf dem Fehlen des besonderen persönlichen Merkmals beruht; sie kommt also dann in Betracht, wenn dem Gehilfen die Tatherrschaft und das besondere persönliche Merkmal, das der Täter verwirklicht, fehlen⁴⁸. Andernfalls spräche das Verbot der Doppelverwertung strafmildernder Umstände aus § 50 StGB gegen dieses Vorgehen⁴⁹.

Beide Ansichten kommen also je nach Fallgestaltung nicht immer zu unterschiedlichen Ergebnissen. Dies soll anhand von zwei Beispielen verdeutlicht werden, bevor der Streitentscheid geführt wird.

Ein Amtsträger und ein Nicht-Amtsträger begehen gemeinsam eine Falschbeurkundung im Amt. Im ersten Fall leistet der Nicht-Amtsträger schon von der Tatbestandsverwirklichung her nur Hilfe, er hat weder das Tatgeschehen in den Händen noch Täterwillen. Hier würden beide Ansichten dazu kommen, dass dem Teilnehmer die Strafmilderung sowohl des § 27 II 2 StGB für die Gehilfenstellung als auch die des § 28 I StGB für die fehlende Amtsträgerstellung zugute kommt. Im zweiten Fall nehmen beide Beteiligten die gleichen Handlungen vor, dem Nicht-Amtsträger fehlt jedoch durch die nicht vorhandene Amtsträgereigenschaft die Täterqualität. Er ist folglich nur Gehilfe, dies beruht aber diesmal auf dem Fehlen des strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmals. An dieser Stelle würde die erste Ansicht dem Wortlaut der §§ 27 II 2, 28 I StGB folgend zu einer doppelten Strafmilderung, die zweite Ansicht jedoch wegen des Verbots, einen strafmildernden Umstand doppelt zu verwerten, nur zu einer einfachen Strafmilderung gelangen.

Die vorgestellten Beispiele zeigen, dass das verwirklichte Unrecht des Gehilfen in beiden Fällen tatsächlich unterschiedlich ausgeprägt ist. Infolgedessen ist der zweiten Ansicht zu folgen und danach zu differenzieren, ob das Fehlen des besonderen persönlichen Merkmals gerade die Begründung der Gehilfenstellung ausmacht oder nicht. Eine doppelte Strafmilderung ist demnach prinzipiell möglich, jedoch nur, wenn sie nicht auf demselben Umstand beruht.

⁴⁸ BGH NStZ 1981, 299; Geppert, Jura 1999, 266, 274; Herzberg, GA 1991, 145, 159 f.; Schönemann, Jura 1980, 354, 367; Tröndle/Fischer, § 28 Rn 12.

⁴⁹ BGHSt 26, 53, 55.

III. Strafmodifizierende Merkmale – § 28 II StGB

1. Voraussetzungen

§ 28 II StGB spricht von strafschärfenden, strafmildernden und strafausschließenden besonderen persönlichen Merkmalen. Dieser Absatz betrifft also nicht Umstände, die die Strafbarkeit eines Beteiligten begründen, sondern solche, die eine Strafbarkeit modifizieren. Strafmodifizierend sind besondere persönliche Merkmale, wenn sie auf einem Grundtatbestand aufbauend eine gegenüber diesem unselbstständige Abwandlung schaffen, also das Grunddelikt privilegieren oder qualifizieren⁵⁰. Im Tatbestand des strafmodifizierenden Merkmals müssen sämtliche Tatbestandsmerkmale des Grundtatbestandes enthalten sein⁵¹. Absatz 2 umfasst also Merkmale, ohne deren Vorliegen das dem Beteiligten vorgeworfene Verhalten auch strafbar gewesen wäre und nur milder bzw. höher bestraft worden wäre.

Diese strafmodifizierenden Merkmale gelten nach dem Gesetzeswortlaut nur für den Teilnehmer oder Mittäter, bei dem sie vorliegen. Vorliegen heißt, der Beteiligte muss das Merkmal in seiner Person aufweisen⁵². Anders als in Absatz 1 werden hier auch Mittäter berücksichtigt.

2. Beispiele

Die Liste der Beispiele für strafmodifizierende Merkmale ist umfangreicher als die für strafbegründende besondere persönliche Merkmale. Im Bereich der strafschärfenden Merkmale ist auch hier die Amtsträgereigenschaft einschlägig, im Gegensatz zu Absatz 1 jedoch in Form des unechten Sonderdelikts aus § 340 StGB⁵³. Hinzu kommen besondere Positionen wie die „Schwangerschaft“ in § 218 III StGB⁵⁴, das „Anvertrautsein der Sache“ in § 246 StGB⁵⁵ oder die „Gewerbsmäßigkeit“ in § 260 StGB⁵⁶. Auch subjektive besondere persönliche Merkmale wie z.B. die Ermöglichungsabsicht des § 306 b II Nr. 2 StGB⁵⁷ sind strafmodifizierende besondere persönliche Merkmale.

⁵⁰ Jescheck/Weigend, AT, § 61 VII 4b; Kühl, AT, § 20 Rn 162.

⁵¹ Ebert, AT, S. 209.

⁵² Kühl, AT, § 20 Rn 148.

⁵³ Ebert, AT, S. 209; Kühl, AT, § 20 Rn 151; Rengier, BT II, § 62 Rn 1.

⁵⁴ SK-StGB-Rudolphi, § 218 Rn 26; Kühl, AT, § 20 Rn 152, 153.

⁵⁵ Hake, Beteiligtenstrafbarkeit, S. 109; Jescheck/Weigend, AT, § 61 VII 4a aa; Kühl, AT, § 20 Rn 163.

⁵⁶ BGH StV 1996, 87; Tröndle/Fischer, § 28 Rn 6.

⁵⁷ Kühl, AT, § 20 Rn 163.

Als strafmilderndes Merkmal iSd. § 28 II StGB gilt z.B. das „Verlangen“ in § 216 StGB⁵⁸. Die allgemeinen Schuldmerkmale der §§ 17, 21, 35 StGB werden dagegen zumeist nach § 29 StGB behandelt⁵⁹.

Ob die Regelung des § 28 II StGB für straffausschließende Merkmale überhaupt relevant ist, wird diskutiert. So wird z.B. vertreten, dass Strafausschlussgründe ohnehin nicht akzessorisch zu behandeln seien und nur für den jeweiligen Beteiligten selbst gelten⁶⁰. Die Ansicht, die dem Wortlaut folgend für straffausschließende Merkmale § 28 II StGB anwendet, lässt darunter das Merkmal „Angehöriger“ in § 258 IV StGB oder auch den strafbefreienden Rücktritt gemäß § 24 StGB⁶¹ fallen.

3. Zurechnung beim Beteiligten

a) Teilnehmer

Die von § 28 I StGB geregelten strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmale werden jeweils auch dem Teilnehmer der Tat zugerechnet. Anders verhält es sich mit den strafmodifizierenden Merkmalen des Absatz 2. Diese gelten nur für den, in dessen Person sie vorliegen. Erfüllt der Teilnehmer also ein strafmodifizierendes besonderes persönliches Merkmal des Täters nicht, so wird ihm dieses auch nicht zugerechnet, selbst wenn er von dem Vorliegen des Merkmals beim Haupttäter Kenntnis hat. Daher stellt § 28 II StGB eine Akzessorietätslockerung dar. Im umgekehrten Fall können über § 28 II StGB dem Teilnehmer jedoch auch Merkmale zugerechnet werden, die der Täter nicht in seiner Person inne hat, was bei strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen in Absatz 1 schon allein aus der Natur der Sache nicht geht, denn wenn der Täter ein strafbegründendes Merkmal nicht verwirklicht, scheidet die Strafbarkeit des Teilnehmers schon am Mangel der strafbaren Haupttat.

b) Mittäter

Anders als Absatz 1 bezieht sich § 28 II StGB auch auf Mittäter. Für sie gelten die gleichen Überlegungen wie für Teilnehmer, auch ihnen werden strafmodifizierende Merkmale nur dann zugerechnet, wenn sie in ihnen selbst vorliegen.

⁵⁸ Schwerdtfeger, Unrechtsmerkmale, S. 215 f.; Ebert, AT, S. 209; Jescheck/Weigend, AT, § 61 VII 4a bb; Kühl, AT, § 20 Rn 165.

⁵⁹ LK-Roxin, § 28 Rn 78.

⁶⁰ Hake, Beteiligtenstrafbarkeit, S. 162 ff.; ebenso Jakobs, AT, 23/33 für straffausschließende und strafmildernde Merkmale.

⁶¹ Geppert, Jura 1999, 266, 273; Lackner/Kühl, § 28 Rn 11; Ebert, AT, S. 209; Jescheck/Weigend, AT, § 61 VII 4a cc.

4. Rechtsfolge – Anwendung nur bei dem, bei dem das Merkmal vorliegt

Während die Regelung des § 28 I StGB einhellig eine Strafzumessungsvorschrift darstellt, herrscht über die Rechtsfolge des Absatz 2 Uneinigkeit. Eine Ansicht sieht auch in § 28 II StGB eine Strafrahmenschiebung, die andere Ansicht ordnet ihn als Tatbestandsverschiebung ein.

a) Tatbestandsverschiebung

Nach der vorherrschenden Lehre der Tatbestandsverschiebung sieht § 28 II StGB vor, dass für die Bestimmung des Straftatbestandes jedes Beteiligten nur seine verwirklichten strafmodifizierenden besonderen persönlichen Merkmale berücksichtigt werden. Demnach seien diese Merkmale ausschlaggebend schon für den Tatbestand, aus dem jeder Mittäter oder Teilnehmer bestraft werde. § 28 II StGB stelle also eine Verschiebung des Tatbestandes dar⁶².

b) Strafrahmenschiebung

Demgegenüber sieht eine Mindermeinung den Absatz 2 wie Absatz 1 lediglich als Strafzumessungsregel an. Auch für den Beteiligten, der das strafmodifizierende Merkmal nicht aufweist, seien die Merkmale des Täters zu berücksichtigen, daher sei für ihn der Tatbestand des Haupttäters anwendbar. Eine Berücksichtigung des Fehlens des besonderen persönlichen Merkmals fände erst im Schuldspruch statt⁶³.

c) Gegenüberstellung

Im folgenden soll herausgestellt werden, in welcher Hinsicht sich Tatbestandsverschiebungslösung und die Lehre von der Strafrahmenschiebung unterscheiden.

Der erste Fall betrifft die Teilnahme, als Beispiel soll angenommen werden, dass Nicht-Amtsträger N den Amtsträger A dazu anstiftet, den O im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit körperlich zu misshandeln. Wendet man die Ansicht an, die besagt, dass § 28 II StGB den Tatbestand verändert, so würde A nach § 340 StGB, N dagegen nur nach §§ 223, 26 StGB

⁶² BGH StV 1996, 87; Geppert, Jura 1997, 299, 301; Lackner/Kühl, § 28 Rn 1; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 18 Rn 28; Tröndle/Fischer, § 28 Rn 8; Ebert, AT, S. 207; Jakobs, AT, 23/34; Jescheck/Weigend, AT, § 61 VII 4; Kühl, AT, § 20 Rn 151.

⁶³ Hake, Beteiligtenstrafbarkeit, S. 164; Stein, Beteiligtenformenlehre, S. 41, 50; Cortes Rosa, ZStW 90, 413, 424 f, 433; LK-Roxin, § 28 Rn 3, 5.

bestraft werden, da letzterer nicht das strafscharfende besondere persönliche Merkmal der Amtsträgereigenschaft in sich verwirklicht. Die Gegenansicht jedoch würde auch für N im Schuldspruch §§ 340, 26 StGB anführen, denn N hätte A zu einer Körperverletzung im Amt angestiftet. Die Regelung des § 28 II StGB berücksichtigt diese Meinung erst in der konkreten Strafzumessung, hier würden sie den Strafraumen den §§ 223, 26 StGB entnehmen. Für diese Konstellation ist also ersichtlich, dass der Streit beider Lehren nur prozessuale Auswirkungen hat, für die Höhe der Strafe jedoch keinen Unterschied erkennen lässt.

Fraglich ist, ob auch in Fällen der Mittäterschaft beide Ansichten zu ähnlichen Ergebnissen kommen. Dazu soll der Fall nun so modifiziert werden, dass N und A gemeinsam den O verprügeln. Hier gibt es nun keine Haupttat und einen nur Teilnehmenden mehr, sondern N und A erfüllen beide Täterqualität, was die Körperverletzung betrifft. Ein Amtsdelikt kann jedoch nur als Täter begehen, wer selbst die Amtsträgereigenschaft inne hat. Dazu bedarf es des § 28 II StGB nicht einmal, denn diese Tatsache ergibt sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen über die Mittäterschaft⁶⁴. Die Lehre von der Tatbestandsverschiebung käme hier auch über § 28 II StGB zu einer Bestrafung des A gemäß §§ 340, 25 II StGB sowie des N aus §§ 223, 25 II StGB. Will man jedoch § 28 II StGB als Strafzumessungsregel verstehen, so müsste man hier, da es keine Haupttat gibt, entweder für beide Täter eine Strafbarkeit aus §§ 340, 25 II StGB annehmen und für N den Strafraumen der §§ 223, 25 II StGB anwenden oder aber beide aus §§ 223, 25 II StGB schuldig sprechen und für N die Strafe den §§ 340, 25 II StGB entnehmen. Welcher der beiden Alternativen man folgt, ist sehr willkürlich.

Eine Modifizierung der Strafraumenverschiebungslösung sieht jedoch noch ein anderes Ergebnis bei Mittäterschaft vor. Demnach sei § 28 II StGB für die Mittäterschaft nur insoweit anwendbar, als dass es nicht die Strafbarkeit für das in Mittäterschaft begangene Delikt selbst – dies ergebe sich aus den allgemeinen Grundsätzen – sondern die Strafbarkeit für die Teilnahme am qualifizierten Delikt umfasst. Folglich würde diese Theorie dazu kommen, dass N aus §§ 223, 25 II StGB ohne Berücksichtigung von § 28 II StGB zu bestrafen wäre. Hinzu käme eine Strafbarkeit aus §§ 340, 27 StGB, denn das Fehlen der Amtsträgereigenschaft mache N zum Gehilfen an der Körperverletzung im Amt des A. Die

Strafe wäre wegen § 28 II StGB, als Strafzumessungsregel verstanden, wiederum den §§ 223, 27 StGB zu entnehmen. Die begangene Körperverletzung in Mittäterschaft und die Beihilfe zur Körperverletzung im Amt würden in Idealkonkurrenz zueinander stehen⁶⁵.

d) Stellungnahme

Die zuletzt angeführte Ansicht wendet den § 28 II StGB tatsächlich nicht für Fälle der Mittäterschaft an, sondern lediglich für die Tatsache, dass der Mittäter Gehilfe des qualifizierten Deliktes ist, gerade weil er die Qualifikation nicht in sich selbst erfüllt. Im Grunde ist dies eine Konstellation der Teilnahme. Der Wortlaut des § 28 II StGB umfasst aber ausdrücklich auch die Mittäterschaft, daher vermag diese Theorie nicht zu überzeugen.

Demzufolge ist zwischen den beiden größeren Lehren der Tatbestands- bzw. Strafrahmenschiebung zu entscheiden. Der Beispielfall zur Mittäterschaft zeigt, dass die Strafrahmenschiebungslösung zu beliebigen Ergebnissen führt, was den Schuldspruch anbelangt. Doch genau an dieser Stelle setzt diese Ansicht an, denn ihre Vertreter wollen gerade im Schuldspruch zeigen, dass ein erhöhtes Unrecht durch die Verwirklichung des besonderen persönlichen Merkmals bei einem Täter vorliegt. Bei der Mittäterschaft ist jedoch mangels Haupttat eine klare Ranglinie nicht zu erkennen. Daher ist zugunsten der Tatbestandsverschiebungslösung zu plädieren, die die Trennung der Strafbarkeit beider Beteiligten am saubersten erreicht. Soll die Strafänderung durch Vorliegen eines besonderen persönlichen Merkmals nur für den Beteiligten gelten, der dieses verwirklicht, so ergibt sich folglich aus § 28 II StGB für jeden ein eigener Straftatbestand, der dann auch mit der verhängten Strafe übereinstimmt.

IV. Verhältnis zu § 29 StGB

Schließlich ergibt sich im Rahmen der theoretischen Untersuchung des § 28 StGB noch ein Problemkreis. Es soll im Folgenden analysiert werden, wie die Vorschrift des § 28 StGB sich zu § 29 StGB verhält.

1. Regelung des § 29 StGB

Zunächst soll sich der Regelung des § 29 StGB an sich zugewandt werden. Nach dieser Norm soll jeder Beteiligte – dazu gehören nach § 28 II StGB Teilnehmer und Täter – nur nach seiner eigenen Schuld be-

⁶⁴ Hake, Beteiligtenstrafbarkeit, S. 181.

straf werden. § 29 StGB beschreibt damit den Grundsatz der limitierten Akzessorietät⁶⁶, der in §§ 26, 27 StGB Einzug gefunden hat. Der Beteiligte, bei dem ein Schuldausschließungs- oder Schuld mildierungsgrund nicht vorliegt, soll also wegen vollendeten Delikts bestraft werden, während sein Mitbeteiligter, der dieses Schuldmerkmal verinnerlicht, schuldlos oder mit verminderter Schuld bleibt.

Unklar ist, welche Schuldmerkmale dem Anwendungsbereich des § 29 StGB unterfallen. Vielfach werden unter diese Norm lediglich Schuldmerkmale des allgemeinen Teils subsumiert. Ob darüber hinaus § 29 StGB auch für besondere Schuldmerkmale gilt, ist umstritten. Zu diesen Merkmalen gehören die Rücksichtslosigkeit in § 315c I Nr. 2 und die Böswilligkeit in § 90a I Nr. 1. Eine Mindermeinung bezieht auch diese in die Anwendungsbreite des § 29 StGB ein⁶⁷, die h.M. jedoch sieht hier § 28 StGB als *lex specialis* an und reduziert § 29 StGB auf die allgemeinen Schuld voraussetzungen wie z.B. §§ 17, 19, 20, 21, 35 StGB.⁶⁸

2. Konkurrenz der §§ 28 II, 29 StGB

Betrachtet man zunächst die strafmodifizierenden Schuldmerkmale, also strafmildernde und strafausschließende Umstände der Schuld, so stellt sich heraus, dass alle Ansichten zur Konkurrenz der §§ 28 II, 29 StGB zu gleichen Ergebnissen kommen⁶⁹. Die Vertreter einer Ansicht wenden § 28 StGB nur auf Merkmale des Unrechts an, daher seien Schuldmerkmale grundsätzlich nach § 29 StGB zu behandeln⁷⁰. Sie bestrafen also bei Vorliegen eines Verbotsirrtums oder Kindlichkeit bei nur einem Tatbeteiligten den anderen nach vollendetem Delikt, wie § 29 StGB vorsieht, ohne Rücksicht auf die Schuld seines Mitbeteiligten. So wird also jeder nur für das Delikt bestraft, das er selbst begeht. Zum gleichen Ergebnis kommt die Ansicht, die keinen Widerspruch in der parallelen Anwendung von §§ 28 II, 29 StGB sieht⁷¹. Nach dieser Ansicht können besondere persönliche Schuldmerkmale beiden Normen zugeordnet werden⁷². Auch aus § 28 II StGB ergibt sich aber nach allen zur Rechtsfolge vertretenen Mei-

⁶⁵ Hake, Beteiligtenstrafbarkeit, S. 184.

⁶⁶ Lackner/Kühl, § 29 Rn 1; Gropp, AT, § 10 Rn 108.

⁶⁷ Jescheck/Weigend, AT, § 61 VII 4c; Kühl, AT, § 20 Rn 156.

⁶⁸ Schünemann, Jura 1980, 354, 363; Lackner/Kühl, § 28 Rn 5; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 29 Rn 2; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 32 Rn 7.

⁶⁹ Grünwald, GS Kaufmann, 555, 567; Kühl, AT, § 20 Rn 155.

⁷⁰ Fischer/Gutzeit, JA 1998, 41, 42; Joecks, § 28 Rn 3; Jakobs, AT, 23/7; Jescheck/Weigend, AT, § 61 VII 5; Stratenwerth, AT, 12/199 f.

⁷¹ Küper, ZStW 104, 559, 574 f.

⁷² Vereinzelt wird sogar vertreten, dass besondere persönliche Schuldmerkmale nur nach § 28 StGB zu behandeln seien; so LK-Roxin § 28 Rn 17 f.

nungen im Schuldbereich die Folge, dass jeder Beteiligte nur für das von ihm tatsächlich begangene Delikt bestraft wird. Daher kann ein Streitentscheid an dieser Stelle dahinstehen.

3. Konkurrenz der §§ 28 I, 29 StGB

Schließlich stellt sich das Problem der gegenseitigen Zurechnung bei den strafbegründenden Schuldmerkmalen. Im allgemeinen Teil finden sich nur strafmildernde und strafausschließende Vorschriften für die Schuld. Daher kommen für die Konkurrenz von §§ 28 I, 29 StGB nur Merkmale des besonderen Teils in Frage. Die meistens genannten Beispiele für strafbegründende Merkmale der Schuld sind „böswillig“ in § 90a I Nr. 1 und „rücksichtslos“ in § 315c I Nr. 2⁷³.

Dieses Problem soll in zwei Konstellationen untersucht werden. Zum einen kann es der Fall sein, dass der Haupttäter das Schuldmerkmal in sich verwirklicht, der Teilnehmer an dieser Tat dagegen nicht. Nach der herrschenden Meinung, die Schuldmerkmale des besonderen Teils dem Anwendungsbereich des § 29 StGB entzieht, ist § 28 I StGB anzuwenden. Folglich würde der Teilnehmer genauso bestraft wie der Täter, ihm bliebe lediglich die obligatorische Strafmilderung⁷⁴. Die Mindermeinung hat zwischen §§ 28 I, 29 StGB zu entscheiden. Ihre Anhänger führen als Argument zumeist an, dass bei Anwendung des § 28 I StGB der das Schuldmerkmal nicht erfüllende Teilnehmer schlechter gestellt wird, als hätte er selbst als Täter gehandelt⁷⁵. Als Täter wäre er ohne das strafbegründende Schuldmerkmal nicht bestraft worden, so aber wird ihm das Verhalten des Haupttäters nach § 28 I StGB zugerechnet. Zudem widerspreche es auch dem Grundsatz von § 29 StGB, wenn ihm fremde Schuld zur Last gelegt wird⁷⁶. Infolgedessen spricht sich die Mindermeinung für die Anwendung des § 29 StGB bei strafbegründenden Schuldmerkmalen aus.

Als zweite Konstellation kann sich der Fall vorgestellt werden, dass nicht der Täter das Schuldmerkmal verwirklicht, aber der Teilnehmer. Die herrschende Meinung würde hier in Anwendung des § 28 I StGB zur Straflosigkeit des Teilnehmers kommen, denn es fehle schon an einer Haupttat im Sinne der Teilnahmegrundsätze fehlen. Die strafbegründenden Merkmale böswillig oder rücksichtslos seien nämlich schon Merkmale, die zum

⁷³ Lackner/Kühl, § 28 Rn 5; LK-Roxin, § 28 Rn 12.

⁷⁴ Grünwald, GS Kaufmann, 555, 569 f.; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 28 Rn 5.

⁷⁵ Kühl, AT, § 20 Rn 158.

⁷⁶ Küper, ZStW 104, 559, 587 ff.; LK-Roxin, § 28 Rn 14; Jescheck/Weigend, AT, § 61 VII 4d; Stratenwerth, AT, 12/187.

Tatbestand von §§ 90a I Nr. 1, 315c I Nr. 2 gehören, auch wenn sie die Schuld beschreiben. Da z.B. § 90a Nr. 1 StGB ein besonderes persönliches Merkmal iSd. § 28 I StGB ist⁷⁷, kann dieses dem Teilnehmer nur zugerechnet werden, wenn es beim Täter vorliegt, eine Berücksichtigung des Vorliegens beim Teilnehmer, während der Täter das Merkmal nicht aufweist, kann über § 28 I StGB nicht geschehen.

Die Positionen der Mindermeinung teilen sich an diesem Punkt. Einzelne Vertreter bleiben bei der Ansicht, § 29 StGB wäre einschlägig und kommen so zu der Lösung, dass der Teilnehmer nach seiner Schuld bestraft wird. Andere lassen § 29 StGB in dieser Konstellation jedoch nicht zur Anwendung kommen, mit einer der herrschenden Meinung ähnlichen Begründung, dass es an einem „den Garantietatbestand erfüllenden Täterverhaltens“ fehle. § 29 StGB erwähne „Beteiligter“, sei also nur einschlägig, wenn auch die Voraussetzungen der Teilnahme erfüllt sind⁷⁸.

D Mordmerkmale als besondere persönliche Merkmale

Nachdem die theoretischen Grundlagen des § 28 StGB nun ausführlich dargestellt worden sind, soll sich die vorliegende Untersuchung dem wohl häufigsten Anwendungsfall dieser Vorschrift, den Mordmerkmalen, zuwenden. Dabei ist zunächst zu unterscheiden, inwieweit die Mordmerkmale überhaupt § 28 StGB zugeordnet werden können und welcher Absatz einschlägig ist. Anschließend werden alle vorstellbaren Konstellationen und deren Rechtsfolgen erläutert.

I. Einteilung in tat- und täterbezogene Merkmale

Das Gesetz stellt die den Täter als Mörder charakterisierenden Merkmale in § 211 in drei Gruppen dar. Diese lassen sich folgendermaßen unterscheiden: die besondere Verwerflichkeit des Beweggrundes in Gruppe 1, die besonders gefährliche oder unmenschliche Art der Tatausführung in Gruppe 2 sowie die besondere deliktische Zielsetzung in Gruppe 3⁷⁹. Fraglich ist, welche dieser Umstände oder Eigenschaften besondere persönliche Merkmale iSd. § 28 StGB sind. Dabei ist nach der Einordnung als tat- oder täterbezogene Merkmale vorzugehen.

⁷⁷ Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben, § 90a Rn 9.

⁷⁸ Grünwald, GS Kaufmann, 555, 568 f.; Herzberg, ZStW 88, 68, 72; Küper, ZStW 104, 559, 584 ff.; LK-Roxin, § 28 Rn 15; Jescheck/Weigend, AT, § 61 VII 4d; Stratenwerth, AT, 12/185 f.

⁷⁹ LK-Jähnke, § 211 Rn 2; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 5.

BGH und h.L. sehen die Mordmerkmale der zweiten Gruppe, da sie die Tatausführung beschreiben, als tatbezogen an, damit werden diese streng akzessorisch behandelt. Demgegenüber werden die Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe überwiegend als täterbezogen betrachtet und damit der Anwendung des § 28 StGB zugänglich gemacht⁸⁰.

Probleme ergeben sich vor allem bei zwei Merkmalen, der Heimtücke und der Grausamkeit. Diese stützen sich auf die Definitionen dieser Tatbestandsmerkmale. So wird die Heimtücke einhellig als bewusste Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers gekennzeichnet, die sich in feindlicher Willensrichtung äußert. Ob es dabei zusätzlich auf einen verwerflichen Vertrauensbruch ankommt, wird unterschiedlich gesehen. Ebenso verhält es sich mit der Grausamkeit. Einig ist man sich darüber, dass grausam tötet, wer dem Opfer Schmerzen oder Qualen seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen. Hier wird darüber gestritten, ob zudem auch das Handeln aus einer gefühllosen und unbarmherzigen Gesinnung erfolgen muss. Die jeweils unstrittige Grunddefinition ist in beiden Fällen tatbezogen, da sie nur objektive Komponenten der Tatmodalitäten umfasst. Bezüglich der zusätzlichen subjektiven Komponente, wird sowohl für die Heimtücke⁸¹ als auch für die Grausamkeit⁸² vereinzelt eher Täterbezogenheit angenommen, so dass auch diese Merkmale als besondere persönliche Merkmale nach § 28 StGB angewendet werden können. Differenzierend wird daneben vertreten, dass es sich bei diesen Merkmalen um Mischmerkmale handelt, deren objektiver Teil streng akzessorisch, der subjektive Teil aber als besonderes persönliches Merkmal nach § 28 StGB zuzurechnen ist⁸³.

Für die folgende Betrachtung kommt es nur abstrakt darauf an, wie die einzelnen Beteiligten bei Vorliegen bestimmter Mordmerkmale bestraft werden. Daher kann an dieser Stelle auf einen Streitentscheid bezüglich dieser beiden Merkmale verzichtet werden, diese Einzelheiten lassen sich dann im konkreten Fall anhand der im Folgenden beschriebenen Untersuchungen für die jeweils vertretene Meinung anwenden.

⁸⁰ BGH StV 1984, 69; Fischer/Gutzeit, JA 1998, 41, 43; Geppert/Schneider, Jura 1986, 106, 107; Lackner/Kühl, § 211 Rn 16; LK-Jähnke, § 211 Rn 64, 67; Rengier, BT II, § 5 Rn 1, 3; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 140 f.

⁸¹ Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 49; a.A. (tatbezogen): BGHSt 23, 103, 105.

⁸² Herzberg, ZStW 88, 68, 80; a.A. (tatbezogen): SK-StGB-Horn, § 211 Rn 46.

⁸³ Herzberg, ZStW 88, 68, 106 ff.; Schünemann, Jura 1980, 568, 578 f.

II. Mordmerkmale als strafbegründende und –modifizierende besondere persönliche Merkmale

Im Anschluss an die Frage, welche der Mordmerkmale überhaupt besondere persönliche Merkmale darstellen, ergibt sich ein noch größerer Streitpunkt, nämlich die Frage, ob sie nach Absatz 1 oder Absatz 2 zu behandeln sind. Es herrscht Uneinigkeit darüber, ob die täterbezogenen Mordmerkmale die Strafbarkeit des jeweiligen Täters begründen oder nur modifizieren. Dazu ist der Frage nachzugehen, wie sich die §§ 211, 212 StGB zueinander verhalten.

Unabhängig von dieser Einordnung ist zunächst aber immer zu untersuchen, ob der Teilnehmer, bei dem das Mordmerkmal nicht vorliegt, Kenntnis von der Verwirklichung des Mordmerkmals durch den Täter hatte. Ohne Vorsatz kann eine Zurechnung überhaupt nicht stattfinden⁸⁴.

1. Das Verhältnis der §§ 211, 212 StGB

a) Rechtsprechung: Eigenständige Delikte – Anwendung von § 28 I StGB

Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH stellen Mord und Totschlag jeweils selbstständige Tatbestände dar. Der Bundesgerichtshof bestreitet zwar nicht, dass im Mord alle Tatbestandsmerkmale des Totschlags enthalten sind⁸⁵, jedoch spräche dies nicht gegen die Selbstständigkeit beider Vorschriften, die eigenständige Tatbestände mit unterschiedlichem Unrechtsgehalt seien⁸⁶. Ebenso bedeute die nun vordringende Meinung des BGH, Mord und Totschlag könnten in Mittäterschaft begangen werden, nicht zwingend ein Qualifikationsverhältnis. Die gemeinschaftliche Straftatbegehung in § 25 II StGB erfordere nicht die Erfüllung des gleichen Tatbestandes⁸⁷. Die Bezeichnungen „Mörder“ und „Totschläger“ würden verschiedene Tätertypen charakterisieren.

Stellt also § 211 StGB keine Qualifikation zum Totschlag, sondern ein selbstständiges Delikt dar, so sind die täterbezogenen Merkmale der ersten und dritten Gruppe die Mordstrafbarkeit begründende besondere persönliche Merkmale. Folglich wendet der BGH bei diesbezüglichen Zurechnungsfragen des § 211 StGB die Norm des § 28 I StGB an⁸⁸. Somit wäre ein Teilnehmer, der kein Mordmerkmal verwirklicht, dennoch wegen Teil-

⁸⁴ LK-Jähnke, § 211 Rn 62; SK-StGB-Horn, § 211 Rn 23; Gropp, AT, § 10 Rn 118.

⁸⁵ BGHSt 36, 231, 235.

⁸⁶ BGHSt 1, 368, 370.

⁸⁷ BGHSt 36, 231, 233.

nahme am Mord strafbar, erhalte aber eine Strafmilderung. Der BGH schränkt seine Ansicht ein, wenn der Teilnehmer ein „gleichwertiges“, aber anderes Mordmerkmal als der Täter erfüllt. In diesem Fall der „gekreuzten“ Mordmerkmale träte die Strafmilderung nicht ein⁸⁹.

b) Literatur: Qualifikation – Anwendung von § 28 II StGB

Gegen diese Ansicht der Rechtsprechung wendet sich die ganz herrschende Meinung in der Literatur. Sie vertritt die Auffassung, § 211 StGB sei eine Qualifikation zu § 212 StGB⁹⁰. Die Tatbestandsmerkmale des Totschlags seien vollständig in § 211 StGB enthalten, daneben enthalte § 212 StGB keinen weiteren Unrechtsgehalt. Daher stellen die Mordmerkmale den Totschlagstatbestand qualifizierende Merkmale dar. Auch die Wendung „ohne Mörder zu sein“ in § 212 StGB spräche nicht für ein Ausschlussverhältnis beider Normen, denn sie sei nur der Hinweis darauf, dass beide Vorschriften in Konkurrenz zueinander stehen⁹¹. Die bezeichneten Tätertypen „Mörder“ und „Totschläger“ seien lediglich dazu gedacht, dem Richter die Bedeutung der Persönlichkeit des Täters bei der Abgrenzung von Mord und Totschlag zu verdeutlichen⁹². Zudem seien sie Ausdruck der früher vertretenen Tätertypenlehre, die heute nicht mehr aktuell ist⁹³. Außerdem lehnen die Vertreter dieser Meinung auch das Argument der Rechtsprechung ab, Mord sei daher ein eigenständiges Delikt, da es in der Gesetzessystematik vor dem Totschlag steht, denn auch § 146 I Nr. 3 StGB würde als Qualifikation des § 147 StGB vor dem Grunddelikt stehen. Nach § 28 I StGB könne dem Teilnehmer ferner kein beim Täter fehlendes Mordmerkmal zugerechnet werden⁹⁴. Damit sei die Begründung des BGH, warum eine Milderung bei gekreuzten Merkmalen nicht stattfinden soll, wenig konsequent⁹⁵. Dem Teilnehmer könne zwar das vom Täter erfüllte Merkmal bei Strafmilderung zugerechnet werden, ein Ausschluss der Strafmilderung wegen der Verwirklichung eines eigenen Merkmals könne aber über § 28 I StGB nicht erreicht werden⁹⁶. Schließlich würde die

⁸⁸ BGH NJW 1982, 2738; BGH StV 1989, 150.

⁸⁹ BGHSt 23, 39, 40.

⁹⁰ Engisch, GA 1955, 161, 166; Küper, JZ 1991, 761; Otto, Jura 1994, 141, 142; Schönemann, Jura 1980, 568, 580; Lackner/Kühl, Vor § 211 Rn 22; LK-Jähnke, Vor § 211 Rn 45; LK-Roxin, § 28 Rn 71; SK-StGB-Horn, § 211 Rn 2; Ebert, AT, S. 209; Rengier, BT II, § 5 Rn 5; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 69.

⁹¹ Küper, JZ 1991, 910, 911 f.

⁹² Schönke/Schröder-Eser, Vor § 211 Rn 6.

⁹³ Küper, JZ 1991, 910, 912; Joecks, Vor § 211 Rn 13.

⁹⁴ Rengier, BT II, § 5 Rn 9.

⁹⁵ Küper, JZ 1991, 862, 865 f.; Otto, Jura 1994, 141, 142; Arzt/Weber, BT, § 2 Rn 37.

⁹⁶ Arzt, JZ 1973, 681, 682 f.

Rechtsprechung mit der Bejahung von Mittäterschaft bei Mord und Totschlag ihre Meinung in der Sache aufgeben⁹⁷.

Infolgedessen ordnet die herrschende Meinung in der Literatur die täterbezogenen Merkmale als strafmodifizierend ein und kommt zur Anwendung des § 28 II StGB. Somit ist also für die Mordmerkmale nach dieser Ansicht eine Akzessorietätslockerung möglich.

Eine Mindermeinung sieht die Mordmerkmale sogar als Schuldmerkmale an⁹⁸ und käme damit zur Anwendung des § 29 StGB. Im Ergebnis würde aber auch diese Ansicht zu einer Akzessorietätslockerung für den Teilnehmer gelangen.

2. Stellungnahme: Anwendung von § 28 I oder § 28 II StGB

In Anbetracht der hohen Strafdrohung des Mordes ist der soeben dargestellte Streit nicht unerheblich. Die Frage, ob die Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe strafbegründende oder strafschärfende Merkmale darstellen, ist daher genau zu durchleuchten.

Wie bei der Untersuchung des § 28 StGB festgestellt, sind strafbegründende Merkmale solche, ohne deren Vorliegen das vorgeworfene Verhalten nicht strafbar gewesen wäre⁹⁹. Dies lässt sich am Beispiel der Rechtsbeugung durch einen Richter gut verdeutlichen: Ein Nichtamtsträger, der die gleiche Tathandlung begeht, wird nicht, auch nicht aus einem anderen Tatbestand, bestraft. Daher ist die Amtsträger- bzw. Richtereigenschaft ein die Strafbarkeit begründendes Merkmal.

Entsprechendes kann jedoch bei §§ 211, 212 StGB nicht festgestellt werden. Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, dabei aber kein Mordmerkmal erfüllt, der ist dennoch aus § 212 StGB zu bestrafen. Die höhere Strafe des § 211 StGB beruht nur auf der Verwirklichung des Mordmerkmals, dies spricht dafür, dass Mordmerkmale eben nicht strafbegründend, sondern strafschärfend wirken.

Auch die Systematik der Tötungsdelikte spricht für die Einordnung des Mordes als Qualifikation des Totschlags. So erfährt § 212 StGB straferschwerende Modifikation durch § 211 StGB einerseits, strafmildernde durch die Privilegierung in § 216 StGB andererseits. Damit ist ein Rangverhältnis vorhanden, welches den Totschlag als Grundform aller Tö-

⁹⁷ Otto, Jura 1994, 141, 143.

⁹⁸ Engisch, GA 1955, 161, 166; Wessels/Beulke, AT, Rn 559; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 141; dagegen halten BGHSt 1, 368, 371; SK-StGB-Horn, § 211 Rn 3, die Mordmerkmale für unrechtssteigernd.

⁹⁹ Siehe Punkt C II 1.

tungsdelikte erkennen lässt. Insofern ist der Literaturmeinung zu folgen, die erkennt, dass sämtliche Merkmale des § 212 StGB in § 211 StGB aufgehen und nur durch die Mordmerkmale ergänzt werden. Somit ist für die Ansicht der Literatur zu plädieren und § 28 II StGB auf die Mordmerkmale anzuwenden. Im dritten Teil dieses Abschnitts soll nun auf die sich ergebenden Problemkonstellationen eingegangen werden, die jeweils nach beiden Ansichten analysiert und gegenübergestellt werden.

III. Fallkonstellationen bei Vorliegen von Mordmerkmalen

1. Tatbezogenes Merkmal

a) Beim Haupttäter oder einem Mittäter

Beispielfall: A stiftet T dazu an, O zu töten. T tut dies daraufhin mittels einer Bombe, wozu A ihn nicht anstiftete. A wusste vom Tatplan des T.

T begeht einen Mord durch Anwendung eines gemeingefährlichen Mittels und ist folglich nach § 211 StGB zu bestrafen. Dieses Mordmerkmal wird einhellig als tatbezogen eingestuft. Daher sind im Beispielfall nicht die Regelungen des § 28 StGB, sondern die allgemeinen Akzessorietätsgrundsätze zu beachten¹⁰⁰. Gemäß § 26 StGB wird der Anstifter gleich dem Täter bestraft, wenn er Vorsatz bezüglich Anstiftung und Haupttat hat. A wollte T zur Tötung anstiften und hatte Kenntnis von der Verwirklichung des Mordmerkmals durch T. Dass er selbst das Mordmerkmal nicht verwirklicht und nicht zu diesem anstiftete, spielt bei tatbezogenen Merkmalen keine Rolle, sie sind streng akzessorisch zu behandeln. Somit wäre A wegen Anstiftung zum Mord gemäß §§ 211, 26 StGB zu bestrafen.

Abwandlung 1: A hatte keine Kenntnis vom erweiterten Tatplan des T. Jedoch ist auch für strenge Akzessorietät Vorsatz gemäß § 26 StGB vonnöten. Weiß A also nichts von der Verwirklichung des Mordmerkmals des gemeingefährlichen Mittels, so kann ihm dieses auch nicht zugerechnet werden. Er wäre in diesem Fall nach §§ 212, 26 StGB strafbar.

Abwandlung 2: A und T wollen gemeinsam den O töten. Nachdem A erfolglos auf O schoss, zündet T, nachdem sich beide in Sicherheit befanden, eine Bombe.

Auch aus § 25 II ergibt sich eine Zurechnung des Unrechts eines Täters beim Mittäter. Demnach ist auch A wegen Mord in Mittäterschaft nach §§ 211, 25 II StGB schuldig zu sprechen.

¹⁰⁰ Tröndle/Fischer, § 211 Rn 40; Rengier, BT II, § 5 Rn 1.

Verwirklicht also der Haupttäter oder ein Mittäter ein tatbezogenes Merkmal, der Teilnehmer oder andere Mittäter jedoch nicht, so ist auch dieser Beteiligte wegen Teilnahme am Mord bzw. Mord in Mittäterschaft zu bestrafen, wenn er Kenntnis von der Erfüllung des Mordmerkmals durch den Haupttäter hatte. § 28 StGB kommt hier nicht zur Anwendung.

b) Beim Teilnehmer

Beispielsfall: A stiftet T dazu an, O mittels einer Bombe zu töten. T tötet daraufhin O durch einen Schuss mit einer Waffe.

T ist wegen Totschlags nach § 212 StGB strafbar. Auch in diesem Fall ergibt sich die Strafbarkeit des A nach den allgemeinen Grundsätzen. Die von § 26 StGB geforderte tatbestandsmäßige und rechtswidrige Haupttat ist der Totschlag. Nur an diesem Delikt kann A teilnehmen. Die Tatsache, dass er selbst das Mordmerkmal erfüllt hätte, ist für seine Teilnehmerstrafbarkeit nur bedingt ausschlaggebend. A ist lediglich wegen Anstiftung zum Totschlag nach §§ 212, 26 StGB zu bestrafen, hinzu käme aber eine Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung zum Mord gemäß §§ 211, 30 I StGB.

Ein tatbezogenes Mordmerkmal, das nur beim Teilnehmer vorliegt, kann ihm nicht über die allgemeinen Akzessorietätsgrundsätze zur Last gelegt werden.

2. Täterbezogenes Merkmal

a) Beim Täter

Beispielsfall: A stiftet T dazu an, O zu töten. T tut dies daraufhin, weil er weiß, dass O, sein Erbonkel, ein beträchtliches Vermögen aufweist.

T tötet den O aus Habgier und verwirklicht damit ein täterbezogenes Mordmerkmal. Er ist folglich aus §§ 211 StGB zu bestrafen. Für die Strafbarkeit ist nun – anders als bei tatbezogenen Merkmalen – zwischen den Ansichten von Rechtsprechung und Literatur zu differenzieren.

Die Rechtsprechung sieht täterbezogene Merkmale als strafbegründende besondere persönliche Merkmale an¹⁰¹ und behandelt hier die Habgier des T nach § 28 I StGB. Danach wird A das Mordmerkmal Habgier, das bei T vorliegt, ebenfalls akzessorisch zugerechnet, wenn er Kenntnis von den Umständen hatte. A ist wegen Anstiftung zum Mord gemäß §§ 211, 26 StGB schuldig zu sprechen, seine Strafe wird gemildert.

Indem sie die täterbezogenen Merkmale als strafscharfend einordnet, kommt die Literatur zur Anwendung des § 28 II StGB. Die Habgier liegt nur bei T vor, gilt infolgedessen nicht für A. Die Anhänger der Tatbestandsverschiebungslösung bestrafen A nach §§ 212, 26 StGB, während die Vertreter der Lehre von der Strafraahmenverschiebung zunächst für den Schuldspruch noch §§ 211, 26 StGB anwenden und erst die konkrete Strafe den §§ 212, 26 StGB entnehmen.

Liegt also ein täterbezogenes Mordmerkmal nur bei Täter und nicht beim Teilnehmer vor, ist letzterer bei Kenntnis der Umstände nach Ansicht der Rechtsprechung wegen Teilnahme am Mord zu bestrafen; die Literatur bestraft den Teilnehmer – mit unterschiedlicher Begründung – lediglich wegen Teilnahme am Totschlag.

b) Beim Mittäter oder Teilnehmer

Beispielsfall: A stiftet T dazu an, A's Erbonkel O zu töten, um an das Vermögen des O zu gelangen. T tut dies daraufhin, hat aber an dem Geld kein Interesse.

T hat einen Totschlag gemäß § 212 StGB begangen. A stiftete T aus Habgier zur Tötung seines Erbonkels O an. Fraglich ist, wie sich diese Konstellation auf A's Strafbarkeit auswirkt.

Nach der Rechtsprechung ist der Fall nach § 28 I StGB zu beurteilen. Über diese Norm ist jedoch nur dem Teilnehmer ein Mordmerkmal des Täters zurechenbar, jedoch kein eigenes, wenn der Täter kein Mordmerkmal verwirklicht¹⁰². Folglich würde die Rechtsprechung A wegen Anstiftung zum Totschlag nach §§ 212, 26 StGB bestrafen.

Die Literatur betrachtet die täterbezogenen Mordmerkmale für jeden Beteiligten unabhängig nach § 28 II StGB. Folglich wäre für A die Habgier von Belang, er wäre nach der Tatbestandsverschiebungslösung aus §§ 211, 26 StGB strafbar, die Strafraahmenverschiebungslösung würde den Schuldspruch nach §§ 212, 26 StGB aussprechen, die Strafe ebenfalls den §§ 211, 26 StGB entnehmen.

Abwandlung: A und T töten gemeinsam den O. A will an dessen Vermögen gelangen, T macht nur aus Gefälligkeit mit.

Die Konstellation der Mittäterschaft bei Mord und Totschlag wird sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Literatur bejaht. Während die

¹⁰¹ BGHSt 22, 375, 377 für niedere Beweggründe; BGH StV 1989, 150 für Habgier.

¹⁰² BGHSt 1, 365, 372; Fischer/Gutzeit, JA 1998, 41, 42.

Rechtsprechung dies umständlich begründen muss¹⁰³, kann die Literatur aus § 28 II StGB herleiten, dass jeder Beteiligte nur nach dem von ihm vollendeten Delikt bestraft wird.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass die Rechtsprechung den ein Mordmerkmal erfüllenden Teilnehmer nur wegen Teilnahme am Totschlag bestraft, wenn der Täter keinen Mord begeht. Die Literatur kommt dagegen nach § 28 II StGB zu einer Bestrafung des Teilnehmers wegen Teilnahme am Mord. Bei Mittäterschaft herrscht Einigkeit darüber, jeden Mittäter nur für das von ihm begangene Unrecht zu bestrafen und Mittäterschaft bei Mord und Totschlag zuzulassen.

3. Tat- und täterbezogenes Merkmal

a) Täter verwirklicht tat-, Teilnehmer/Mittäter täterbezogenes Merkmal

Beispielsfall: A stiftet T dazu an, A's Erbonkel zu töten, um an das Vermögen des O zu gelangen. T tut dies daraufhin mittels einer Bombe, die er im Mehrfamilienhaus des O legt, hat aber an dem Geld kein Interesse.

T hat einen Mord gemäß § 211 StGB begangen. Die Rechtsprechung würde nach § 28 I StGB dem A die Habgier nicht straf erhöhend anrechnen, da T kein täterbezogenes Mordmerkmal erfüllt. Daher ist nur das tatbezogene Merkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln“ zu berücksichtigen, was zu einer streng akzessorischen Bestrafung des A gemäß §§ 211, 26 StGB führt.

Bezüglich des tatbezogenen Merkmals kommt die Literatur zum gleichen Ergebnis. Dass A zudem ein täterbezogenes Mordmerkmal erfüllt, ändert an der Strafbarkeit aus §§ 211, 26 StGB, die sich schon aus der Verwirklichung des tatbezogenen Merkmals durch T ergibt, nichts mehr.

Abwandlung: A und T wollen A's Erbonkel O gemeinsam töten. A, der so an das Vermögen des O gelangen will, schießt auf O. Dieser ist schwer verletzt, doch nicht tot. Daher legt T, der dem A helfen will, doch selbst kein Interesse am Geld des O hat, vor dem Verlassen des Hauses noch eine Bombe, die schließlich O tötet.

Zunächst sieht dieser Fall der Konstellation der Mittäterschaft bei Mord und Totschlag ähnlich. Jedoch wird das tatbezogene Merkmal des gemeingefährlichen Mittels, das T erfüllt, auch dem Mittäter A zugerechnet,

¹⁰³ Siehe Punkte D II 1 a und b.

so dass schließlich beide wegen Mordes in Mittäterschaft gemäß §§ 211, 25 II StGB bestraft werden.

Liegt also beim Haupttäter ein tatbezogenes und beim Teilnehmer oder Mittäter ein täterbezogenes Merkmal vor, so bestimmt sich die Strafbarkeit des Teilnehmers oder Mittäters nach den allgemeinen Grundsätzen der Akzessorietät bei tatbezogenen Merkmalen.

b) Täter verwirklicht täter-, Teilnehmer tatbezogenes Merkmal

Beispielsfall: A stiftet T dazu an, dessen Erbonkel O mittels einer Bombe zu töten. T gefällt der Gedanke, da er so an das Erbe des O gelangen kann. Er tötet O, jedoch durch einen Schuss aus einer Waffe.

T handelt habgierig und begeht einen Mord gemäß § 211 StGB. A wollte einen Mord mit Hilfe eines gemeingefährlichen Mittels erreichen. Dieses tatbezogene Mordmerkmal kann ihm mangels Erfüllung durch T nicht zugerechnet werden. Es ist zu untersuchen, wie sich die Habgier des T auf A's Strafbarkeit auswirkt.

Nach der Rechtsprechung wäre § 28 I StGB anzuwenden, was zu einer Strafbarkeit des A nach §§ 211, 26 StGB und einer Strafmilderung führt. Das Merkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln“ ist dem Merkmal „Habgier“ nicht gleichwertig, so dass diese Milderung auch zulässig ist.

Die Literatur würde die Habgier des T auf A nach § 28 II StGB nicht anwenden. Demnach wäre A aus §§ 212, 26 StGB zu bestrafen.

Bei der Konstellation, dass der Täter ein täterbezogenes, der Teilnehmer ein tatbezogenes Mordmerkmal verwirklicht, sind die Akzessorietätsüberlegungen für täterbezogene Merkmale anzuwenden.

4. Verschiedene täterbezogene Merkmale

Beispielsfall: A stiftet T dazu an, A's Erbonkel O zu töten, um an das Vermögen des O zu gelangen. T hat zwar kein Interesse am Geld, tötet den O jedoch aus Mordlust.

In diesem klassischen Fall der so genannten „gekreuzten“ Mordmerkmale sind Rechtsprechung und Literatur im Ergebnis wieder einig. Die Strafbarkeit des T ergibt sich wegen der Erfüllung des Mordmerkmals „Mordlust“ aus § 211 StGB. Die Literatur rechnet dieses dem A nicht zu, kommt jedoch durch dessen Verwirklichung der „Habgier“ über § 28 II StGB zur Bestrafung des A wegen Anstiftung zum Mord nach §§ 211, 26 StGB. Die Rechtsprechung argumentiert damit, dass A zwar nicht das Mordmerkmal

des T erfülle, jedoch ein „gleichwertiges“ anderes Mordmerkmal. Daher sei dem A die Strafmilderung des § 28 I StGB nicht zugänglich, er also nach § 211, 26 StGB zu bestrafen.

Verwirklichen folglich Täter und Teilnehmer verschiedene täterbezogene Mordmerkmale, so wird der Teilnehmer ebenfalls für Teilnahme am Mord verantwortlich gemacht.

E Zusammenfassung

Die Regelung des § 28 StGB ist sehr umstritten und bietet viele Diskussionspunkte. Die vorliegende Arbeit hat gezeigt, dass sich insbesondere in den Rechtsfolgen der beiden Absätze des § 28 StGB, aber auch im Zusammenspiel mit anderen Vorschriften, z.B. mit §§ 27 II 2, 29 StGB, Uneinigigkeiten ergeben.

§ 28 StGB stellt eine Lockerung der von §§ 26, 27, 29 StGB zugrunde gelegten Akzessorietät der Teilnahme dar. Dabei stellt Absatz 1 eine Strafzumessungsregel dar, die dem Teilnehmer einer durch ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal begangenen Tat eine Strafmilderung zukommen lässt. Absatz 2 erwirkt nach herrschender Ansicht eine Tatbestandsverschiebung, die dazu führt, dass der Teilnehmer einer durch ein strafmodifizierendes Merkmal qualifizierten Tat nur aus dem Grunddelikt verurteilt wird.

Das häufigste Anwendungsgebiet der Norm des § 28 StGB liegt bei den Mordmerkmalen. Dabei ist auf das Verhältnis von Mord und Totschlag einzugehen, das in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich gesehen wird. Nach Ansicht des BGH ist der Mord ein eigenständiges Delikt, folglich seien täterbezogene Mordmerkmale strafbegründend und nach § 28 I StGB zu behandeln. Die Literatur erkennt zu Recht in § 211 StGB eine Qualifizierung des Totschlags und wendet § 28 II StGB auf die Mordmerkmale an.

Wie die fallbezogene Untersuchung der einzelnen Konstellationen von Mordmerkmalen zeigt, ist zur Anwendung des § 28 StGB auf die Mordmerkmale kein Schaubild nötig. Folgt man der Vorschrift des § 28 StGB ebenso wie den Ansichten von Lehre und Rechtsprechung, so ergeben sich die Strafbarkeiten der Beteiligten ohne größere Schwierigkeiten.