

## Vorlesung Strafrecht II

### Zusammenfassung 3. Stunde (6.5. 2015)

#### § 4 Probleme der Akzessorietät der Teilnahme (insbes. § 28 II StGB)

1. Nach dem Prinzip der *Akzessorietät* ist der Teilnehmer grundsätzlich aus dem gleichen Tatbestand wie der Täter zu bestrafen. Das folgt aus den Regelungen der §§ 26 (Bestrafung „gleich einem Täter“) und 27 Abs. 2 Satz 1 StGB. Strikt durchgeführt würde dieses Prinzip zu ungerechtfertigten Benachteiligungen oder Privilegierungen von Tatbeteiligten führen und insbesondere den Grundsatz des § 29 StGB verletzen.
2. **Beispiel:** Die 16 jährige Schülerin A will sich an ihrem Mitschüler O rächen. Sie veranlasst den Lehrer L, während des Unterrichts einen Streit mit dem O vom Zaun zu brechen und dem O einige Ohrfeigen zu verabreichen.

Hier ist L nach § 340 I Satz 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten zu verurteilen. Für die A als Anstifterin (§§ 340, 26 StGB) würde die gleiche Strafdrohung gelten, obwohl die Mindeststrafe für A, wenn sie den O selbst geohrfeigt hätte, eine Geldstrafe bzw. eine Freiheitsstrafe von einem Monat (§ 38 II StGB) gewesen wäre. Da die höhere Strafdrohung des § 340 StGB aus der besonderen Pflichtenstellung des Amtsträgers resultiert, wäre eine Bestrafung der A aus dem Strafrahmen des § 340 I Satz 1 StGB (vgl. § 26: Bestrafung des Anstifters „gleich einem Täter“) unangemessen. Hier ermöglicht § 28 Abs. 2 StGB eine Bestrafung der A aus dem milderen Tatbestand des § 223 StGB: Die Eigenschaft des L als *Amtsträger* ist ein besonderes persönliches Merkmal, das die Strafe *schärft* (Strafrahmen des § 340 im Vergleich zu dem des § 223 StGB). Die Strafdrohung gilt folglich nur für den Tatbeteiligten, bei dem dieses Merkmal vorliegt, also den L, nicht aber für die A. A ist folglich gemäß §§ 223, 26 StGB wegen Anstiftung zur *einfachen* Körperverletzung zu bestrafen, obwohl die Tat, zu der sie angestiftet hat, eine Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB) darstellt. Da der Anstifter hier aus einem anderen Tatbestand bestraft wird als der Angestiftete, spricht man von einer „*Tatbestandsverschiebung*“ (hier: von § 340 StGB zu § 223 StGB).

3. Die Lösung über eine „*Tatbestandsverschiebung*“ kommt nur in Betracht, wenn zu dem vom Täter verwirklichten Tatbestand ein (milderer) Grundtatbestand existiert, aus dem der Teilnehmer bestraft werden kann. Das ist nicht immer der Fall.

**Beispiel:** Die 18-jährige A hat wenige Monate vor dem Abitur die Schule verlassen. Um weiterhin in den Genuss von Vergünstigungen zu kommen, veranlasst sie den Schulleiter S, ihr wider besseres Wissen eine Bestätigung über ihren weiteren Schulbesuch auszustellen.

Hier ist S wegen Falschbeurkundung im Amt nach § 348 StGB strafbar. Ein Grundtatbestand zu § 348, der von einem Nichtamtsträger verwirklicht werden könnte, existiert nicht. Die Amtsträgereigenschaft hat bei § 348 also, anders als bei § 340, nicht strafschärfende, sondern *strafbarkeitsbegründende* Funktion (sog. „echtes“ Amtsdelikt).

Hier bleibt nur die Möglichkeit, die A aus dem von S als Amtsträger verwirklichten Tatbestand zu bestrafen (§§ 348, 26). In diesen Fällen greift § 28 Abs. 1 ein, der eine *obligatorische Strafmilderung* vorsieht.

4. Eine Bestrafung der Beteiligten aus unterschiedlichen Tatbeständen ist nur gerechtfertigt, wenn die strafmodifizierenden Umstände aus der höheren/geringeren Schuld eines Tatbeteiligten bzw. aus dem höheren oder geringeren „personalen“ Unrecht resultieren. Wo sich der objektive Unrechtsgehalt der Tat verändert, muss sich das zugunsten bzw. zu Lasten *aller* Beteiligten auswirken.

§ 28 Abs. 2 setzt deshalb – wie auch Abs. 1 – voraus, dass es sich bei den strafmodifizierenden Merkmalen gerade um *besondere persönliche* Merkmale handelt. Man spricht hier auch von *täterbezogenen* – im Gegensatz zu den *tatbezogenen* – Merkmalen. Die Zuordnung eines Merkmals zu den tat- bzw. täterbezogenen Merkmalen kann im Einzelfall problematisch sein.

**Beispiel:** Der 80-jährige O leidet an einer schmerzhaften und unheilbaren Krankheit. Er bittet seinen Arzt, Dr. A, ihn durch eine tödliche Injektion von seinen Qualen zu erlösen. Dr. A. berät sich mit dem Sohn des O, dem S. Dem S sind die Schmerzen seines Vaters gleichgültig; um an das väterliche Erbe zu kommen, bestimmt er aber den Dr. A dazu, dem Wunsch des O nachzukommen. Daraufhin verabreicht Dr. A dem O eine tödliche Injektion.

Hier ist Dr. A nach § 216 StGB strafbar. Da S zu seiner (Anstiftungs-)handlung nicht durch die Bitte des O motiviert wurde, greift § 28 Abs. 2 StGB ein, wenn es sich bei dem strafmodifizierenden Merkmal „durch das . . . Verlangen des Getöteten zur Tat bestimmt“ um ein täterbezogenes (= besonderes persönliches) Merkmal handelt.

Ob das der Fall ist, ist umstritten. Dafür spricht, dass § 216 StGB ausdrücklich auf die Motivation des Täters abstellt. Dagegen spricht, dass die Einwilligung des Opfers regelmäßig die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließt, also das Unrecht der Tat entfallen lässt, so dass man bei der Einwilligung des Opfers in die Verletzung des nicht dispositiven Rechtsguts „Leben“ zumindest eine Minderung des (objektiven) Unrechts der Tat annehmen könnte.

Versteht man das Merkmal als *tatbezogenes* Merkmal, ist S gemäß §§ 216, 26 StGB zu bestrafen. Interpretiert man es als *täterbezogenes* Merkmal, dann kommt neben einer Anstiftung zum Totschlag (§§ 212, 26 StGB) auch eine Anstiftung zum Mord (§§ 211, 26 StGB) in Betracht. Voraussetzung für die Anwendung des § 28 Abs. 2 StGB ist zunächst, dass es sich bei der Habgier um ein täterbezogenes Merkmal handelt.

5. Als Faustregel für die Einordnung der Mordmerkmale des § 211 Abs. 2 StGB gilt, dass die Merkmale der *ersten* und der *dritten* Gruppe *täterbezogen*, die der *zweiten* Gruppe *tatbezogen* sind (teilweise streitig). Das Merkmal „Habgier“ ist täterbezogen. Betrachtet man das Handeln aus Habgier als strafscharfendes Merkmal i. S. d. § 28 Abs. 2 StGB, kommt eine Bestrafung des S wegen Anstiftung zum Mord (§§ 211, 26 StGB) in Betracht.

Es könnte sich damit für die Strafbarkeit des S eine doppelte „Tatbestandsverschiebung“ ergeben“ (von § 216 zu § 212, weiter von § 212 zu § 211 StGB)..

6. Ob es sich bei den Mordmerkmalen (§ 211 Abs. 2 StGB) tatsächlich um *strafschärfende* Merkmale handelt, ist aber umstritten.

a) Die h.M. bejaht das, weil sie § 211 StGB als Qualifikationstatbestand zum Grundtatbestand des § 212 StGB versteht. Dann führen die Mordmerkmale (§ 211 Abs. 2 StGB) zu einer höheren Strafe (lebenslange Freiheitsstrafe) im Verhältnis zum Totschlag (zeitige Freiheitsstrafe), sind also strafschärfende Merkmale.

b) Demgegenüber betrachtet der BGH § 211 nicht als Qualifikationstatbestand zu § 212 StGB, sondern als gegenüber dem Totschlagstatbestand andersartigen und völlig selbständigen Tatbestand. Damit fehlt die Basis für einen Vergleich der Strafdrohung von § 211 und § 212 StGB; die Mordmerkmale sind also nach Auffassung des BGH keine strafschärfenden Merkmale i. S. d. § 28 Abs. 2 StGB. Der BGH blendet bei der Einordnung der Mordmerkmale also den Tatbestand des Totschlags (§ 212) aus. Dann sind die Mordmerkmale nicht strafschärfende, sondern *strafbegründende* Merkmale

Damit kommt nach der Auffassung des BGH im Verhältnis der § 211 zu § 212 StGB nicht § 28 Abs. 2, sondern allenfalls § 28 Abs. 1 zur Anwendung, der im obigen Fall nicht weiterhilft, weil das Mordmerkmal nicht beim Täter, sondern beim Teilnehmer vorliegt. Nach Auffassung des BGH kommt also eine Bestrafung des S wegen Anstiftung zum Mord (§§ 211, 26) nicht in Betracht.

7. Zu § 28 Abs. 1 StGB kommt der BGH, wenn beim *Täter* ein MM *vorliegt*, das beim *Teilnehmer fehlt*.

**Beispiel:** S bittet Dr. A, dem moribunden O, der selbst zu keinen Willensäußerungen mehr fähig ist, von seinen Leiden zu erlösen. Dr. A, der von O zum Alleinerben eingesetzt wurde, folgt dieser Bitte, um schneller an die Erbschaft zu gelangen. Spritze“ gebeten hatte. Dr. A ist strafbar nach § 211 StGB.

Hinsichtlich der Strafbarkeit von S kommt es darauf an, ob man dem BGH oder der h.M. folgt. Strafbarkeit des S nach h.M.: §§ 212, 26 (§ 28 Abs. 2).

Für die Strafbarkeit des S „nach BGH“ kommt es darauf an, ob S weiß, dass Dr. A aus Habgier handelt. Falls ja: Strafbarkeit des S nach BGH: §§ 211, 26 (28 I, Strafmilderung).

Das führt zu der paradoxen Konsequenz, dass für die Anstiftung zu einem Tötungsdelikt, das sich in der Person des Täters als Mord (§ 211 StGB) darstellt, eine geringere Mindeststrafdrohung gilt als für die Anstiftung zu einem Totschlag (3 Jahre gem. §§ 211, 28 I, 49 I Nr. 1 StGB im Vergleich zu 5 Jahren gem. §§ 212, 26 StGB).

Zur Vertiefung:

- Rengier, Strafrecht AT, 6. Aufl., § 46, oder
- Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 44. Aufl., Rn. 555-559.
  
- Rengier, Strafrecht BT/II, 16. Aufl. 2015, § 4 Rn. 1-7, oder
- Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1, 38. Aufl. Rn. 138-154.

