

## § 4 Probleme der Akzessorietät der Teilnahme (Fortsetzung)

1. Das Grundprinzip der „limitierten Akzessorietät“ ist in § 29 StGB formuliert.

„Schuld“ ist hier nicht im engeren Sinne der dritten Stufe des Deliktsaufbaus zu verstehen. Es geht vielmehr um das Ausmaß der persönlichen Vorwerfbarkeit der Tat, für das auch Elemente des personalen Unrechts (Handlungsunrechts) von Bedeutung sind.

2. § 28 StGB setzt in seinen beiden Absätzen das in § 29 StGB formulierte Prinzip um und deckt dessen Anwendungsbereich weitestgehend ab. Deshalb kommt § 29 StGB bei Falllösungen selten zur Anwendung. Gemäß dem Grundgedanken des § 29 StGB beschränkt sich § 28 StGB darauf, Sonderregelungen für den Fall zu treffen, dass *täterbezogene* (= besondere persönliche) Merkmale nur bei einem/einigem Beteiligten vorliegen. § 28 StGB gilt dementsprechend *nicht* für *tatbezogene* Merkmale. Grund: Eine Bestrafung der Beteiligten aus unterschiedlichen Tatbeständen (§ 28 Abs. 2 StGB) oder unterschiedlichen Strafraumen (Abs. 1 StGB) ist nur gerechtfertigt, wenn die „besonderen Merkmale“ sich auf die Schuld (im engeren Sinne) oder das „personale Unrecht“ beziehen. Wo sich der objektive Unrechtsgehalt der Tat verändert (tatbezogene Merkmale), muss sich das zugunsten bzw. zu Lasten *aller* Beteiligten auswirken.

3. Zum Begriff der „besonderen persönlichen Merkmale“ verweist § 28 Abs. 1 StGB auf die implizite Legaldefinition in § 14 Abs. 1 StGB, Diese Definition ist allerdings wenig hilfreich, weil sie lediglich den Begriff der „Merkmale“, nicht aber den wesentlich problematischeren des *persönlichen Charakters* dieser Merkmale präzisiert.

4. Zu den Merkmalen, die die Strafe iSd § 28 Abs. 2 StGB *ausschließen*, gehört insbesondere der strafbefreiende *Rücktritt vom Versuch* (§ 24 Abs. 1 und 2 StGB). Beispiel: Die A hat die T angestiftet, den O zu vergiften. T präpariert entsprechend den Tee des O. Nachdem O getrunken hat, wird T von Gewissensbissen gepackt und alarmiert den Notarzt.

T ist *nicht* nach §§ 212, 211, 22 StGB strafbar (§§ 211, 212, 22, 24 I StGB).

A bleibt strafbar wegen Anstiftung zum versuchten (!) Mord (§§ 212, 211, 22, 26 StGB).

5. Die Mordmerkmale des § 211 StGB sind

- nach Auffassung der h.M. *strafschärfende* Merkmale iSd § 28 Abs. 2 StGB

- nach Auffassung des BGH *strafbegründende* Merkmale iSd § 28 Abs. 1 StGB.

Die Konsequenzen der unterschiedlichen Positionen lassen sich anhand unterschiedlicher Fallkonstellationen verdeutlichen (im Folgenden im Anschluss an *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT/1, 38. Aufl. 2014, Rn. 144-154).

6. Fall: T erschießt den auf einer Parkbank schlafenden Stadstreicher S Die Tatwaffe hat ihm sein Bekannter G überlassen, der wusste, dass das Opfer im Schlaf erschossen werden sollte.

Da „Heimtücke“ ein *tatbezogenes* MM ist, kommt § 28 StGB nicht zur Anwendung. Es bleibt (nach h.M. und BGH) bei der Akzessorietät. Folge:

Strafbarkeit des T: § 211 StGB

Strafbarkeit des G: §§ 211, 27 StGB

7. Gleicher Fall. Aber: G wusste nicht, dass O im Schlaf erschossen werden sollte.

Da sich der Gehilfenvorsatz (ebenso, wie der Anstiftervorsatz) auf die *Vollendung* der Haupttat richten muss, muss er *alle* Tatbestandsmerkmale der Haupttat umfassen. Hier fehlt dem G die Kenntnis, dass die Haupttat das MM der „Heimtücke“ verwirklichen wird.

Strafbarkeit des T: § 211 StGB

Strafbarkeit des G: §§ 212, 27 StGB

Auf der Grundlage der Position der h.M. ist die Bestrafung des G nach §§ 212, 27 StGB folgerichtig, weil der Täter (T) mit der Verwirklichung des Mordtatbestands (§ 211 StGB) zugleich den „Grundtatbestand“ des § 212 StGB verwirklicht hat. Für den BGH ist dieses Ergebnis (zu dem er gleichfalls gelangt) weniger folgerichtig, weil die Verwirklichung des Mordtatbestands (§ 211 StGB) den TB des § 212 StGB *nicht* erfüllt, wenn man § 211 StGB als selbständiges Delikt (und damit nicht als Qualifikation zu § 212 StGB) versteht.

8. Fall: T erschießt den O aus Habgier. In Kenntnis dieses Motivs hatte der G – der selbst keine finanziellen Interessen verfolgt – dem T die Waffe überlassen.

Strafbarkeit des T: § 211 StGB

- Strafbarkeit des G nach h.M.: §§ 212, 27 (28 Abs. 2) StGB

- Strafbarkeit des G nach BGH: §§ 211, 27 (28 Abs. 1) StGB

9. Gleicher Fall, aber: G kannte nicht das Motiv („Habgier“) des T.

Strafbarkeit des T: § 211 StGB

Strafbarkeit des G (nach BGH *und* h.M.): §§ 212, 27 StGB.

BGH und h.M. kommen hier also zu demselben Ergebnis; die Begründung ist aber unterschiedlich. Die h.M. wendet § 28 Abs. 2 StGB an (das täterbezogene MM der Habgier liegt nur beim Täter vor, nicht aber bei dem Gehilfen). Der BGH verneint eine Strafbarkeit des G nach §§ 211 27, weil der G hinsichtlich des bei T vorliegenden MM der Habgier nicht vorsätzlich gehandelt hat.

10. Fall: T erschießt den O aus Habgier. In Kenntnis dieses Motivs hatte der G, der selbst ohne finanzielle Interessen ist, dem T die Waffe überlassen. Sein (des G) eigenes Motiv: der O sollte als Zeuge einer von G begangenen Straftat beseitigt werden. Strafbarkeit des T: § 211 StGB [Habgier].

Für die Strafbarkeit des G nach h.M. gilt: das MM der „Habgier“ bei T wird ihm nicht zugerechnet; da dieses strafscharfende persönliche Merkmal nur beim Täter vorliegt. Es wird ihm aber das strafscharfende MM des Handelns *zur Verdeckung einer Straftat* zugerechnet, das (nur) bei ihm vorliegt. Die h.M. wendet also § 28 Abs. 2 StGB zweimal an; im Ergebnis neutralisieren sich diese beiden Anwendungen.

- Strafbarkeit des G nach h.M.: §§ 211, 27 (28 II) StGB.

Der BGH müsste die Strafe des G eigentlich nach § 28 I StGB mildern, da G nicht aus Habgier handelt. Da er die MME als strafbegründend ansieht, kann er § 28 Abs. 2 StGB nicht anwenden. Der BGH greift hier aber auf die Konstruktion der „gekreuzten“ *Mordmerkmale* zurück. Er verrechnet das eine MM (*Habgier* bei T) mit dem anderen (*Handeln zur Verdeckung einer Straftat* bei G) und gelangt damit zu der gleichen Strafe für G wie die h.M.

- Strafbarkeit des G nach BGH: §§ 211, 27 StGB [ohne Milderung nach § 28 Abs. 1 StGB: „gekreuzte“ Mordmerkmale].

11. Fall: T erschießt den O, ohne ein MM zu verwirklichen. G hatte ihm die Waffe überlassen, weil er erreichen wollte, dass mit O ein Zeuge einer von ihm (G) begangenen Straftat beseitigt würde.

Strafbarkeit des T: § 212 StGB

- Strafbarkeit des G nach h.M.: §§ 211, 27 (28 II) StGB

- Strafbarkeit des G nach BGH: §§ 212, 27 StGB.

Zur Vertiefung: *Wessels/Hettinger*, Strafrecht BT/1, 38. Aufl. 2014, Rn. 138-154.