

Mittäterschafts- und Teilnahmekonstellationen beim Mord

§ 28 StGB und die Mordmerkmale

§ 211 Mord

(1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.

(2) Mörder ist, wer

aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstrieb, 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.

§ 28 Besondere persönliche Merkmale

(1) Fehlen besondere persönliche Merkmale (§ 14 Abs. 1), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern.

(2) Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen.

A Einführung

Zur Verwirklichung des Mordtatbestandes muss der Täter eines der in drei Gruppen in § 211 StGB angegebenen Mordmerkmale erfüllen. Treten jedoch mehrere Beteiligte gemeinsam auf, so kann durchaus einem Beteiligten ein Mordmerkmal des anderen zugerechnet werden, ohne dass er es ebenfalls in seiner Person erfüllt. Diesem in Klausuren beliebten Problem der Mittäterschaft und Teilnahme beim Mord soll sich das vorliegende Skript widmen. Eine zentrale Vorschrift ist hier der § 28 StGB, die sich damit beschäftigt, wie sich die bei einem Beteiligten vorhandenen „besonderen persönlichen Merkmale“ auf die Strafbarkeit des anderen Beteiligten auswirken.

B Die Regelung des § 28 StGB

I. Anwendungsbereich der Vorschrift

Die Norm des § 28 StGB beschreibt Rechtsfolgen bei Vorhandensein von „besonderen persönlichen Merkmalen“. Oft wird gesagt, dass § 28 StGB eine Akzessorietätslockerung darstellt. Dies beruht darauf, dass § 28 StGB vom Akzessorietätsgrundsatz, die Teilnahme strafbarkeit richte sich nach der Strafbarkeit für die vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat, Ausnahmen macht.

Trotz des Verweises auf § 14 StGB und der gleichen Terminologie wird die Bedeutung der „besonderen persönlichen Merkmale“ in beiden Vorschriften unterschiedlich gesehen¹. Persönliche Merkmale gemäß § 28 StGB sind Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände, die zum Deliktstypus gehören und den Täter näher beschreiben². Zudem kann gesagt werden, dass sie nicht in mittelbarer oder Mittäterschaft begangen werden können³. Besonders sind persönliche Merkmale, wenn sie die Person des Täters oder eine ihm obliegende Pflichtenstellung charakterisieren⁴. Die h.M. unterscheidet diesbezüglich auch nach tat- und täterbezogenen Merkmalen. Nur täterbezogene Merkmale seien von § 28 StGB erfasst⁵. Zur Differenzierung wird angeführt, dass tatbezogene Merkmale Umstände sind, die das Tatgeschehen nach seiner objektiven Beschaffenheit kennzeichnen, z.B. der Taterfolg, die Tathandlung, das Tatmittel, eine besondere Ausführungsart etc.⁶ Demgegenüber seien täterbezogen

¹ Herzberg, ZStW 88, 68, 110; Joecks, § 14 Rn 4; Lackner/Kühl, § 14 Rn 9; Jakobs, AT, 23/4.

² Lackner/Kühl, § 28 Rn 3.

³ Herzberg, ZStW 88, 68, 80; Schünemann, Jura 1980, 354, 367.

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

⁵ BGHSt 39, 326, 327; Fischer/Gutzeit, JA 1998, 41, 42; Otto, AT, § 22 Rn 15.

⁶ BGH JR 1996, 161; Fischer/Gutzeit, JA 1998, 41, 42.

die Merkmale, die eine besondere Pflicht des Täters, seine ethisch verwerfliche Gesinnung oder seine persönliche Gefährlichkeit beschreiben⁷.

Folglich muss zunächst entschieden werden, welche Mordmerkmale täterbezogen und daher nach § 28 StGB zu behandeln, und welche tatbezogen und damit streng akzessorisch zu behandeln sind.

II. Struktur und Rechtsfolgen der Vorschrift

Der § 28 StGB wendet sich in zwei Absätzen unterschiedlichen Gruppen von „besonderen persönlichen Merkmalen“ zu, nämlich den strafbegründenden in Absatz 1 und den strafmodifizierenden in Absatz 2. Demnach ist für die Mordmerkmale zu untersuchen, ob diese die Strafbarkeit des Täters begründen oder nur modifizieren.

Strafbegründende besondere persönliche Merkmale sind solche, die sich in Tatbeständen finden, welche nicht auf einem Grunddelikt aufbauen⁸. Oder anders ausgedrückt: Sie sind dann gegeben, wenn das Verhalten ohne ihr Vorliegen nicht strafbar gewesen wäre⁹. Sieht man Mordmerkmale als strafbegründende Merkmale an, so ist auch der Teilnehmer aus dem Tatbestand des vom Haupttäter begangenen Delikts zu bestrafen. Damit stellt § 28 I StGB eine Strafzumessungsvorschrift dar¹⁰. Ihm kommt jedoch eine obligatorische Strafmilderung zugute.

Strafmodifizierend sind besondere persönliche Merkmale, wenn sie auf einem Grundtatbestand aufbauend eine gegenüber diesem unselbstständige Abwandlung schaffen, also das Grunddelikt privilegieren oder qualifizieren¹¹. 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. Ordnet man die Mordmerkmale als strafmodifizierend ein, so wird jeder Beteiligte nur aus dem Delikt bestraft, welches er tatsächlich verwirklicht hat, also erhält der Beteiligte, bei dem kein Mordmerkmal vorliegt, die Strafe aus dem Totschlagsdelikt. Über die genaue Rechtsfolge wird gestritten. 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 werde¹². 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 in der Strafzumessung statt¹³. Beide Lehren kommen jedoch in der konkret verhängten Strafe zum gleichen Ergebnis.

C Einordnung der Mordmerkmale

I. Tat- oder täterbezogene Merkmale

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

⁷ Ebert, AT, S. 208.

⁸ Kühl, AT, § 20 Rn 161.

⁹ Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 32 Rn 20; Jakobs, AT, 23/30; Otto, AT, § 22 Rn 20.

¹⁰ Fischer/Gutzeit, JA 1998, 41, 46; Tröndle/Fischer, § 28 Rn 7; Ebert, AT, S. 207.

¹¹ Jescheck/Weigend, AT, § 61 VII 4b; Kühl, AT, § 20 Rn 162.

¹² BGH StV 1996, 87; Geppert, Jura 1997, 299, 301; Lackner/Kühl, § 28 Rn 1; Jakobs, AT, 23/34; Kühl, AT, § 20 Rn 151.

¹³ Cortes Rosa, ZStW 90, 413, 424 f, 433; LK-Roxin, § 28 Rn 3, 5.

Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe überwiegend als täterbezogen betrachtet und damit der Anwendung des § 28 StGB zugänglich gemacht¹⁴.

Probleme ergeben sich vor allem bei zwei Merkmalen, der Heimtücke und der Grausamkeit. Die Heimtücke wird 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 Heimtücke¹⁵ als auch für die Grausamkeit¹⁶ 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 ist¹⁷.

Nach der sehr herrschenden Meinung kann jedoch der § 28 StGB für die Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe angewandt werden, wogegen für die zweite Gruppe die allgemeinen Grundsätze gelten. Entscheidet man sich bei Heimtücke und Grausamkeit für die Mindermeinung, so ist auch dort § 28 StGB anzuwenden.

II. Strafbegründende oder strafmodifizierende Merkmale

Ob die Mordmerkmale strafbegründend oder strafmodifizierend sind, hängt vom Verhältnis von Mord und Totschlag ab. Hierzu gibt es zwei verfestigte Positionen der Rechtsprechung und der Literatur.

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 sind¹⁸, jedoch spräche dies nicht gegen die Selbstständigkeit beider Vorschriften, die eigenständige Tatbestände mit unterschiedlichem Unrechtsgehalt seien¹⁹. 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 an²⁰.

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 StGB²¹. Die Tatbestandsmerkmale des Totschlags seien vollständig in § 211 StGB enthalten, daneben enthalte § 212 StGB keinen weiteren Unrechtsgehalt. Infolgedessen ordnet die herrschende Meinung in der Literatur die täterbe-

¹⁴ 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.

¹⁵ Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn 49.

¹⁶ Herzberg, ZStW 88, 68, 80.

¹⁷ Herzberg, ZStW 88, 68, 106 ff.; Schönemann, Jura 1980, 568, 578 f.

¹⁸ BGHSt 36, 231, 235.

¹⁹ BGHSt 1, 368, 370.

²⁰ BGH NJW 1982, 2738; BGH StV 1989, 150.

²¹ 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; SK-StGB-Horn, § 211 Rn 2; Rengier, BT II, § 5 Rn 5; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 69.

zogenen 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 an²² und käme damit zur Anwendung des § 29 StGB. Im Ergebnis würde aber auch diese Ansicht zu einer Akzessorietätslockerung für den Teilnehmer gelangen.

In Klausuren sollten beide Meinungen dargestellt und bei Bedarf ein Streitentscheid geführt werden. Es ist ratsam, der Meinung der h.L. zu folgen, die die logisch besseren Argumente vorzuweisen hat²³.

D Konstellationen von Mordmerkmalen und die Strafbarkeit der Beteiligten

Bevor auf das Vorhandensein einzelner Mordmerkmale eingegangen wird, ist zunächst der Vorsatz zu analysieren, denn ohne Kenntnis von der Verwirklichung eines Mordmerkmals beim anderen Beteiligten kann keine Mordstrafbarkeit erfolgen²⁴.

Zu den beim Mord auftretenden Konstellationen gibt es in der Literatur verschiedene Schaubilder²⁵. Dazu ist jedoch zu sagen, dass Schaubilder dazu verführen, den verdeutlichten Inhalt tabellarisch aufzunehmen und stur auf die Fälle zu übertragen. Vorteilhafter ist es, sich die Regelung des § 28 StGB anhand von Fällen mit dem Gesetz zu verdeutlichen und die Norm zu verstehen. Dazu sollen die Fälle, die im Folgenden die denkbaren Konstellationen darstellen, dienen.

I. Mittäterschaft

1. Tatbezogene Merkmale

Fall 1: A und B wollen gemeinsam den O töten. Nachdem A erfolglos auf O schoss, zündet B, nachdem sich beide in Sicherheit befanden, eine Bombe im Mehrfamilienhaus des O.

Unabhängig voneinander betrachtet, hätte A einen Totschlag, B einen Mord unter Einsatz eines gemeingefährlichen Mittels begangen. Jedoch handelt es sich bei dem gemeingefährlichen Mittel um ein tatbezogenes Merkmal, das A nach den Grundsätzen der Mittäterschaft dann zugerechnet wird, wenn er von der Verwirklichung des Mordmerkmals in Person des B wusste. Dies ist hier der Fall, mithin sind A und B beide wegen Mord in Mittäterschaft gemäß §§ 211, 25 II StGB zu bestrafen.

2. Täterbezogene Merkmale

Fall 2: Frau F will an das Erbe ihrer Mutter M. Deshalb beschließt sie, die M gemeinsam mit ihrem Sohn S im Schlaf zu erschlagen. Während S ohne Aussicht auf das Erbe ins Schlafzimmer der M schreitet, fordert F in immer wieder ausdrücklich zum Zuschlagen auf, während sie an der Tür steht und das Tatgeschehen unter Kontrolle hat²⁶.

F hatte Täterwillen und Tatherrschaft und ist daher nicht bloße Teilnehmerin. Sie handelte aus Habgier und hat demzufolge einen Mord begangen. Fraglich ist, wie sich die Habgier der F auf die Strafbarkeit des S, der nicht habgierig war, auswirkt. Die Habgier ist ein täterbezogenes Merkmal und damit besonderes persönliches Merkmal iSd. § 28 StGB.

²² Engisch, GA 1955, 161, 166; Wessels/Beulke, AT, Rn 559; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn 141.

²³ Siehe dazu die Literaturhinweise für die h.L.

²⁴ LK-Jähnke, § 211 Rn 62; SK-StGB-Horn, § 211 Rn 23; Gropp, AT, § 10 Rn 118.

²⁵ So z.B. bei Fischer/Gutzeit, JA 1998, 41, 46; Arzt/Weber, BT, S. 49,

Hefendehl, <http://www.tu-dresden.de/jfstraf2/SS2001/MSWOrd/Tabelle%20Mordmerkmale.doc>;

Heinrich, <http://www.jura.uni-tuebingen.de/heinrich/acmordabgrbt.pdf>;

Niedling, <http://www.jura.uni-erlangen.de/Lehrstuehle/Strafrecht2/Kolloquium/KolloquiumBT/UebungbpM.doc>.

²⁶ Nach BGHSt 36, 231.

Die Literatur wendet aufgrund des Qualifikationsverhältnisses von Mord und Totschlag § 28 II StGB auf das Mordmerkmal Habgier an. Demzufolge wäre die Habgier für S nicht ausschlaggebend, er würde nur nach § 212 StGB bestraft. Diese Konstellation von Totschlag und Mord in Mittäterschaft bietet der Ansicht der Literatur also keinerlei dogmatische Probleme.

Die Rechtsprechung, die für die Habgier § 28 I StGB anwenden würde, kann diese hier dem S nicht zurechnen, da § 28 I StGB nur für Teilnehmer gilt. Sie bejaht über § 25 II StGB dennoch die Mittäterschaft bei Mord und Totschlag, denn die gemeinschaftliche Straftatbegehung in § 25 II StGB erfordert nicht die Erfüllung des gleichen Tatbestandes²⁷.

Folglich wären nach allen Ansichten F und S gemäß §§ 211, 25 II StGB bzw. §§ 212, 25 II StGB wegen Mordes bzw. Totschlags in Mittäterschaft zu bestrafen.

Fall 3: Wie Fall 1, jedoch beteiligt sich A an der Tat, um an das Erbe seines Onkels O zu gelangen. Das täterbezogene Merkmal der Habgier des A wird T nicht mittäterschaftlich zugerechnet, wie in Fall 2 ersichtlich. Doch verwirklicht hier T ein tatbezogenes Merkmal, das A über § 25 II StGB zur Last gelegt wird, so dass beide gemäß §§ 211, 25 II StGB wegen Mordes in Mittäterschaft strafbar sind.

II. Teilnahme

1. Tatbezogene Merkmale

Fall 4: K will seine Frau F heimtückisch töten. Apotheker W weiß von diesem Plan und gibt ihm die gewünschten Medikamente, die K der F, ohne dass diese Verdacht schöpft, verabreicht²⁸.

K hat sich wegen Mordes gemäß § 211 StGB strafbar gemacht. Betrachtet man die Heimtücke als tatbezogenes Merkmal, so ist sie nach den allgemeinen Akzessorietätsgrundsätzen zu behandeln. Das bedeutet, dass Gehilfe W, der von der heimtückischen Begehungsweise durch K weiß, vorsätzlich zu einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat Hilfe geleistet hat und daher auch wegen Beihilfe zum Mord gemäß §§ 211, 27 StGB schuldig zu sprechen ist.

Fall 5: T tötet O mit einem gemeingefährlichen Mittel. A hatte ihn zur Tötung angestiftet, jedoch ohne etwas von der Verwendung des gemeingefährlichen Mittels zu wissen²⁹.

T hat einen Mord begangen. Das gemeingefährliche Mittel ist ein tatbezogenes Merkmal und wird die Strafbarkeit des A betreffend nach § 26 StGB behandelt. Es liegt eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat vor. Jedoch hatte A keine Kenntnis von der Verwirklichung eines Mordmerkmals und ging von einem Totschlag aus. Mangels Vorsatzes hat A den T also nur zu einem Totschlag angestiftet und wird gemäß §§ 212, 26 StGB bestraft.

Fall 6: A stiftet T zur Tötung des O mittels eines gemeingefährlichen Mittels an. T tötet O, hat aber zuvor die Gemeingefährlichkeit ausgeschlossen.

Abwandlung: A leistet T bei der Tötung des O mittels eines gemeingefährlichen Mittels Hilfe, ohne zu wissen, dass T die Gemeingefährlichkeit ausgeschlossen hat³⁰.

T hat in beiden Fällen keinen Mord, sondern nur einen Totschlag verwirklicht und ist aus § 212 StGB zu bestrafen. Im Ausgangsfall agiert A als Anstifter. Seine Strafe richtet sich gemäß § 26 StGB nach

²⁷ BGHSt 36, 231, 233.

²⁸ Nach Blei, PdW BT/1, Fall 42.

²⁹ Nach Haft, Fallrepetitorium, Fall 473.

der Haupttat. Diese ist der Totschlag, und nur an diesem Delikt kann A teilnehmen. Jedoch wird die Tatsache, dass er zu einem Mord anstiften wollte, von der versuchten Anstiftung, die beim Mord, einem Verbrechen, immer strafbar ist, erfasst. Demnach hat A sich gemäß §§ 211, 30 I, 212, 26, 52 StGB strafbar gemacht. In der Abwandlung ist A Gehilfe. Auch in § 27 StGB wird die Strafe des Teilnehmers von der Haupttat, hier dem Totschlag, abhängig gemacht. Eine versuchte Beihilfe steht nicht unter Strafe. Folglich ist A in der Abwandlung gemäß §§ 212, 27 StGB zu bestrafen.

2. Täterbezogene Merkmale

Fall 7: Der Neffe N tötet seinen reichen Erbonkel O aus Habgier. Sein Freund F hatte ihm dafür eine Pistole besorgt. F handelte dabei mit Wissen um die Habgier des N³¹.

N ist wegen Mordes strafbar aus § 211 StGB. Er verwirklicht ein täterbezogenes Mordmerkmal. Die Rechtsprechung sieht täterbezogene Merkmale als strafbegründende besondere persönliche Merkmale an und behandelt hier die Habgier des N nach § 28 I StGB. So kann F die Habgier des N bei Kenntnis dieser zugerechnet werden. F ist also nach Ansicht der Rechtsprechung wegen Beihilfe zum Mord nach §§ 211, 27 StGB schuldig zu sprechen. Seine Strafe wird jedoch gemildert.

Indem sie die täterbezogenen Mordmerkmale als strafscharfend einordnet, kommt die Literatur zur Anwendung des § 28 II StGB. Die Habgier liegt nur bei N vor, gilt folglich nicht für F. Daher würde die Literatur die Strafe für F den §§ 212, 27 StGB entnehmen.

Fall 8: Ehemann A ist nach einem Unfall gelähmt. Er wird seiner Frau F zur Last, so dass sie sich entschließt, ihn umbringen zu lassen. Sie beauftragt Krafffahrer K mit der Tötung, die dieser aus Mitleid ausführt³².

K hat aus Mitleid gehandelt. Dies ist nicht ausreichend als niedriger Beweggrund, folglich hat K nur einen Totschlag begangen. Zu untersuchen ist, nach welchen Delikten sich F strafbar gemacht hat.

F wollte ihren Ehemann A töten lassen, weil er ihr eine Last darstellte. Dies kann als niedriger Beweggrund gesehen werden. Folglich liegt bei F ein täterbezogenes Mordmerkmal vor.

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 verwirklicht. Folglich würde die Rechtsprechung F 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 F der niedrige Beweggrund von Belang, F wäre wegen Anstiftung zum Mord nach §§ 211, 26 StGB zu bestrafen.

Fall 9: Der Chef C beauftragt einen Killer K mit der Tötung seines Angestellten A gegen Zahlung von 10.000 Euro. Er tut dies, da A Unterlagen besitzt, die Steuerhinterziehungen des C belegen. Wie von C gewollt, tötet K den A und erhält den vereinbarten Lohn³³.

In diesem klassischen Fall der so genannten „gekreuzten“ Mordmerkmale sind Rechtsprechung und Literatur im Ergebnis einig. Die Strafbarkeit des K ergibt sich wegen der Erfüllung des Mordmerkmals Habgier aus § 211 StGB. Die Literatur rechnet dieses dem C nicht zu, kommt jedoch, da C mit Verde-

³⁰ Nach Haft, Fallrepetitorium, Fall 474.

³¹ Nach Fischer/Gutzeit, JA 1998, 41, Beispiel 5 a).

³² Nach Beulke, Klausurenkurs AT, Fall 3.

ckungsabsicht handelte, über § 28 II StGB zur Bestrafung des C wegen Anstiftung zum Mord nach §§ 211, 26 StGB. Die Rechtsprechung argumentiert damit, dass C zwar nicht das Mordmerkmal des K erfülle, jedoch ein „gleichwertiges“ anderes Mordmerkmal. Daher sei dem C die Strafmilderung des § 28 I StGB nicht zugänglich, er also nach § 211, 26 StGB zu bestrafen.

Das Ergebnis der Rechtsprechung bei gekreuzten Mordmerkmalen wird zu Recht kritisiert. Nach § 28 I StGB kann dem Teilnehmer nämlich kein beim Täter fehlendes Mordmerkmal zugerechnet werden³⁴. Damit sei die Begründung des BGH, warum eine Milderung bei gekreuzten Merkmalen nicht stattfinden soll, wenig konsequent³⁵. 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 werden³⁶.

3. Tat- und täterbezogene Merkmale

Fall 10: Der verfassungsfeindlich gesinnte I legt eine Bombe vor das Amtsgericht der Stadt T, um den Staatsanwalt S zu töten. Bei der Explosion kommt S ums Leben. Der A hatte den I aus Mordlust zu dem Anschlag angestiftet und wusste um die Bombe³⁷.

I hat einen Mord gemäß § 211 StGB begangen. Die Rechtsprechung würde nach § 28 I StGB dem A die Mordlust nicht strafe erhöhend anrechnen, da I 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 I ergibt, nichts mehr.

Fall 11: 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.

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 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.

E Die Prüfungsreihenfolge im Gutachten

Schließlich stellt sich die Frage, an welcher Stelle im Gutachten die Teilnahmeproblematik der Mordmerkmale zur Sprache kommen sollte. Ist nur ein tatbezogenes Mordmerkmal zu untersuchen, so ist dieses im Tatbestand zu prüfen. Liegt es beim Haupttäter vor, muss im subjektiven Tatbestand beim Teilnehmer der Vorsatz bezüglich dieses Merkmals festgestellt werden.

³³ Nach Blei, PdW BT/1, Fälle 38, 39.

³⁴ Rengier, BT II, § 5 Rn 9.

³⁵ Küper, JZ 1991, 862, 865 f.; Otto, Jura 1994, 141, 142; Arzt/Weber, BT, § 2 Rn 37.

³⁶ Arzt, JZ 1973, 681, 682 f.

³⁷ Nach Fischer/Gutzeit, JA 1998, 41, Beispiel 4 b).

Steht dagegen die Prüfung von täterbezogenen Mordmerkmalen an, so ist die Problematik des Streits zwischen der Anwendung von § 28 I oder § 28 II StGB ebenfalls schon im Tatbestand zu erörtern, da die Ansicht der herrschenden Literatur schon eine Verschiebung des Tatbestandes als Rechtsfolge des § 28 II StGB vorsieht. Bei anderen besonderen persönlichen Merkmalen, die zweifelsfrei strafbe-
gründend sind, wie z.B. der Amtsträgereigenschaft in § 339 StGB, erfolgt die Prüfung jedoch erst auf der Ebene der Strafzumessung, also nach der Schuld.

F Literaturübersicht zu § 28 StGB und den Mordmerkmalen

- Arzt, Gunther* „Gekreuzte“ Mordmerkmale? Zur Tragweite des § 50 II StGB, JZ 1973, 681.
- Fischer, Daniel / Gutzeit, Guido* Grundfragen zu § 28 StGB, JA 1998, 41.
- Geppert, Klaus / Schneider, Hartmut* Mordmerkmale und Akzessorietät der Teilnahme (§ 28 StGB), Jura 1986, 106.
- Kühl, Kristian* Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München 2000.
- Küper, Wilfried* Die Rechtsprechung des BGH zum tatbestandssystematischen Verhältnis von Mord und Totschlag – Analyse und Kritik, JZ 1991, 761 (Teil 1), 862 (2), 910 (3).
- Maurach, Reinhart* Die Mordmerkmale aus der Sicht des § 50 StGB, JuS 1969, 249.
- Otto, Harro* Die Mordmerkmale in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Jura 1994, 141.