

Akzessorietätslockerungen gem. § 28**Prüfungsaufbau**

⇒ Die Anwendbarkeit von § 28 II ist im Anschluss an den Tatbestand, die von § 28 I im Anschluss an die Schuld zu prüfen:

I. Schritt: Vorliegen eines besonderen persönlichen Merkmals i.S.d. § 28?

- **persönlich** = Merkmale, die sich auf den Täter beziehen.
 - **Eigenschaften** = untrennbar mit der Person eines Menschen verbundene Merkmale geistiger, körperlicher oder rechtlicher Art.
 - **Verhältnisse** = Merkmale, die die äußeren Beziehungen einer Person zu anderen Menschen, Institutionen oder Sachen kennzeichnen.
 - **Umstände** = sonstige persönliche Merkmale
- **täterbezogen** = Merkmale, die aus vornehmlich in der Person des Täters liegenden Gründen das Unrecht, die Schuld oder die Strafbarkeit mitbestimmen.

II. Schritt: Anwendbarkeit des § 28 I oder des § 28 II?

- **strafbegründende Merkmale** ⇒ § 28 I
= d.h. das Merkmal führt überhaupt erst dazu, dass bestraft wird.
- **strafmodifizierende oder strafausschließende Merkmale** ⇒ § 28 II
= d.h. das Merkmal verändert nur die Höhe der Strafe oder schließt die Strafe aus.

Rechtsfolge

- **strafbegründendes Merkmal** gem. § 28 I ⇒ obligatorische **Strafmilderung**
- **strafmodifizierendes Merkmal** gem. § 28 II ⇒ **Tatbestandsverschiebung**

Problematik der Teilnahme bei §§ 211, 212 StGB

Praktische Bedeutung erhält der Streit um das Verhältnis von §§ 212, 211 StGB dann, wenn an einem Tötungsdelikt mehrere Personen beteiligt sind, die unterschiedliche Mordmerkmale der 1. und der 3. Gruppe verwirklichen. Bei diesen Mordmerkmalen handelt es sich nach h.M. (Rengier BT II § 4 Rn. 7) um täterbezogene besondere persönliche Merkmale, auf die die Vorschrift des § 28 StGB – und nicht des § 29 StGB – anwendbar ist (h.M. vgl. dazu AT KK 693 ff.).

- Sieht man zwischen §§ 212, 211 StGB ein **Stufenverhältnis**, kommt den Mordmerkmalen **strafschärfende** Wirkung zu. Es gilt § 28 II StGB.
- Sieht man die beiden Delikte dagegen als **selbstständige Tatbestände** an, wirken die Mordmerkmale **strafbegründend**. Es gilt § 28 I StGB.

Im Fall **gekreuzter Mordmerkmale** versagt die Rspr. (BGHSt. 23, 39, 40) dem Teilnehmer eine Strafmilderung gem. §§ 28 I, 49 I StGB. Das Fehlen des vom Haupttäter erfüllten täterbezogenen Mordmerkmals in der Person des Teilnehmers kann diesem nicht zugute kommen, wenn er selbst ein anderes täterbezogenes Mordmerkmal in eigener Person verwirklicht.

In Konstellationen, in denen dem Teilnehmer – neben §§ 28 I, 49 I StGB – **eine weitere obligatorische Strafmilderung** zugute käme (Beihilfe gem. § 27 II 2 StGB; Versuch der Beteiligung gem. § 30 I 2, II StGB), entnimmt die Rspr. (BGH NStZ 2006, 34, 35) dem jeweils bei der Beteiligung am Totschlag geltenden Mindeststrafmaß eine Sperrwirkung, die bei der nach dem Standpunkt der Rspr. vorliegende Beteiligung am Mord nicht unterschritten werden darf.

Beispiele

Sachverhalt		Rspr.	herrschende Lehre
H tötet aus Mordlust; G leistet in Kenntnis davon Beihilfe.	H: MM (+) G: Kenntnis (+) MM (-)	H: § 211 G: §§ 211, 27, 28 I	H: §§ 212, 211 G: §§ 212, 27, 28 II
H tötet und A stiftet ihn aus Habgier hierzu an.	H: MM (-) A: MM (+)	H: § 212 A: §§ 212, 26	H: § 212 A: §§ 212, 211, 26, 28 II
H tötet aus Mordlust und A hat in Kenntnis davon aus Habgier angestiftet.	H: MM (+) A: anderes MM (+)	H: § 211 A: §§ 211, 26 § 28 I (-) gekreuzte MM	H: §§ 212, 211 A: §§ 212, 211, 26, 28 II
H tötet heimtückisch, G leistet in Kenntnis davon Beihilfe.	H: MM, Gr. 2 (+) G: Kenntnis (+) MM (-)	H: § 211 G: §§ 211, 27 § 28 unanwendbar	H: §§ 212, 211 G: §§ 212, 211, 27 § 28 unanwendbar
T tötet aus Habgier, G leistet ohne Kenntnis davon Beihilfe.	H: MM (+) G: Kenntnis (-) MM (-)	H: § 211 G: §§ 212, 27, 16 I	H: §§ 212, 211 G: §§ 212, 27, 28 II
H tötet aus Habgier, G weiß davon nichts, leistet selbst aber aus Habgier Beihilfe.	H: MM (+) G: Kenntnis (-) MM (+)	H: § 211 G: §§ 212, 27, 16 I	H: §§ 212, 211 G: §§ 212, 211, 27, 28 II