

Jedem nach seiner Schuld

Die Akzessorietät und ihre Limitierung

Von Prof. Dr. **Ingeborg Puppe**, Bonn

Der Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme, der in § 27 f. seinen Ausdruck findet, besagt, dass dem Teilnehmer die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale durch den Täter zugerechnet wird, sofern er sie kennt und sich sein Vorsatz darauf bezieht. Aber das Gesetz kennt einzelne Tatbestandsmerkmale, sie werden in § 28 als „besondere persönliche Merkmale“ bezeichnet, die sich für eine solche akzessorische Zurechnung nach dem Urteil des Gesetzgebers nicht eignen. Der Grund dafür ist umstritten und soll hier deshalb zunächst offen gelassen werden. Das allgemeine Prinzip, das § 28 zugrunde liegt, ist der Ausschluss der Zurechnung bei diesen besonderen persönlichen Merkmalen. Das nennen wir Limitierung der Akzessorietät.

Aber der konsequenten Durchführung des Zurechnungsausschlusses bei besonderen persönlichen Merkmalen steht ein anderes Prinzip entgegen, das allgemein anerkannt ist: Die Limitierung der Akzessorietät soll sich nur auf das Wie, nicht aber auf das Ob der Strafbarkeit eines Teilnehmers auswirken. Dieses führt dazu, dass die Limitierung der Akzessorietät bei strafbarkeitsbegründenden höchstpersönlichen Merkmalen nur unvollkommen durchgeführt wird, sie wird gewissermaßen ihrerseits wieder limitiert. Ihre konsequente Anwendung würde bei strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen nämlich dazu führen, dass der Teilnehmer straflos bleibt, der sie in seiner Person nicht erfüllt, auch wenn der Täter sie erfüllt, und umgekehrt der Teilnehmer bestraft wird, der sie in seiner Person erfüllt, auch wenn der Täter sie nicht erfüllt und daher straflos ist.

Dies wird dadurch verhindert, dass strafbegründende höchstpersönliche Merkmale nach § 28 Abs. 1 dem Teilnehmer zur Begründung seiner Strafbarkeit zugerechnet werden, sofern der Täter sie erfüllt und die Tatsache, dass sie eigentlich nicht zurechnungsfähig sind, nur dadurch berücksichtigt wird, dass der Strafraum für den Teilnehmer nach dem Milderungsschlüssel des § 49 gesenkt wird. Dies bezeichnen wir im Folgenden als semiakzessorische Behandlung strafbarkeitsbegründender höchstpersönlicher Tatbestandsmerkmale.

Andererseits soll die Erfüllung eines solchen Merkmals durch den Teilnehmer seine Strafbarkeit auch nicht begründen können, sofern dieses

Merkmal dem Täter fehlt. Auch hier setzt sich der Grundsatz der Akzessorität gegen den der Höchstpersönlichkeit des Merkmals durch, ohne voll tatbestandsmäßige Haupttat keine Teilnahme¹.

Aber nun soll es auch strafbegründende höchstpersönliche Merkmale geben, deren semiakzessorische Behandlung sich verbietet, weil sie den Grundsatz jedem nach seiner Schuld widerspricht. Das sind die strafbarkeitsbegründenden reinen Schuldmerkmale. Diese sollen deshalb die Strafbarkeit des Teilnehmers, bei dem sie fehlen (nach einem gemilderten Strafrahmen) nicht begründen, wie es der Wortlaut des § 28 Abs. 1 vorsieht, sie sollen vielmehr unter § 29 subsumiert werden um zu erreichen, dass der Teilnehmer, der sie nicht erfüllt, straflos bleibt². Die Anwendung des § 29 auf den Fall, dass der Teilnehmer das strafbegründende Schuldmerkmal erfüllt, nicht aber der Täter, würde nun dazu führen, dass der Teilnehmer strafbar ist, obwohl es der Täter nicht ist. Das wäre unvereinbar mit dem Grundsatz, keine Teilnahme ohne tatbestandsmäßige Haupttat. Also wendet man § 29 auf diesen Fall nicht an³.

Sehr befriedigend ist diese Interpretation der §§ 28 und 29 nicht. Sie wird noch unbefriedigender dadurch, dass die herrschende Lehre besondere persönliche Merkmale annimmt, die je nach dem, in welchem Tatbestand sie vorkommen, mal strafbegründende und mal strafscharfende sein können also je nach dem, in welchem Tatbestand sie vorkommen, nonakzessorisch oder semiakzessorisch behandelt werden. Hierher gehört vor allem die Eigenschaft als Amtsträger. Dabei ist allgemein anerkannt, dass der Strafgrund der Amtspflichtverletzung bei beiden Arten von Amtsdelikten identisch ist. Er besteht im Missbrauch der dem Amtsträger verliehenen Amts-

¹ Hoyer, in: SK StGB, Stand 2001, § 28 Rdn. 2; Frister, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2007, 25/30.

² Herzberg, ZStW 88 (1976), S. 68 (71 f.); Vogler, Festschrift für Lange, 1976, S. 267; Joecks, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 1. Aufl. 2003, § 28 Rdn. 16; Stratenwerth/Kuhlen, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2004, 12/186; i. E. auch Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, 27. Aufl. 2006, § 28 Rdn. 5; Küper, ZStW 104 (1992), S. 559 (587 ff.); Hoyer (Anm. 1), § 28 Rdn. 11 f.; Jakobs, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 23/5; Jescheck bei Grebing, ZStW 88 (1976), S. 173.

³ So Herzberg, ZStW 88 (1976), S. 68 (72); Küper, ZStW 104 (1992), S. 559 (584 ff.); Langer, Festschrift für Lange, 1976, S. 252 ff.; Joecks (Anm. 2), § 28 Rdn. 13; Hoyer (Anm. 1), § 28 Rdn. 11; Jakobs, Allg. Teil (Anm. 2), 23/5; Jescheck/Weigend, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 61 VII 4d; Kühbl, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2005, 29/157; Schmidhäuser, Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 1985, 14/167; Wessels/Beulke, Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, Rdn. 423; Stratenwerth/Kuhlen, Allg. Teil (Anm. 2), 12/186.

gewalt und der Enttäuschung des ihm entgegengebrachten öffentlichen Vertrauens⁴. Bei den Amtsdelikten, denen ein Allgemeindelikt entspricht, in dem Sinne, dass in der Regel eine Strafbarkeit nach dem Allgemeindelikt übrig bleibt, wenn man die Amtsträgereigenschaft weg lässt, den sog. unechten Amtsdelikten, gilt die Amtsträgereigenschaft als strafschärfend, wird also nach § 28 Abs. 2 nonakzessorisch behandelt⁵. Bei denjenigen Amtsdelikten, denen kein solches Allgemeindelikt entspricht, gilt sie als strafbegründend und wird nach § 28 Abs. 1 semiakzessorisch behandelt⁶.

Das wird als ein „Notbehelf“ gerechtfertigt, um Strafbarkeitslücken zu vermeiden, die durch die nonakzessorische Behandlung der Amtsträgereigenschaft entstehen würden, wo sie als strafbarkeitsbegründendes Merkmal auftritt⁷. Historisch ist das richtig, denn vor Einführung des heutigen § 28 Abs. 1 (durch das EGOWiG vom 24.5.1968 als § 50 Abs. 2 a. F.) wurde die Amtsträgereigenschaft als strafbegründendes Merkmal vollakzessorisch behandelt. Aber systematisch ist es nicht richtig. Wenn die Amtsträgereigenschaft gemäß dem § 28 Abs. 2 nach dem Urteil des Gesetzes ihrer Natur nach nicht akzessorisch ist, so entsteht keine Strafbarkeitslücke, wenn ein Beteiligten, der dieses Merkmal als strafbegründendes nicht erfüllt, straflos bleibt.

Um die unterschiedliche Behandlung des extraneus, der sich an einem solchen Amtsmissbrauch beteiligt, je nach dem ob dieser Amtsmissbrauch die Strafe begründet oder nur verschärft, wenigstens abzumildern, schlagen *Roxin* und *Cortes Rosa* vor, bei den sog. unechten Amtsdelikten, und nur bei diesen, § 28 Abs. 2 dahin zu interpretieren, dass er sich nur auf den Strafrahmen auswirkt, nicht aber auf den Urteilstenor und die Nebenfolgen⁸. Aber abgesehen davon, dass diese Angleichung an die semiakzessorische Behandlung der Amtsträgereigenschaft bei den echten Amtsdelikten nur äußerlich ist⁹, ist es fraglich, ob der Wortlaut des § 28 Abs. 2 „so gilt dies nur bei dem

⁴ Für viele *Cramer*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 2), Vor § 331 Rdn. 1; *Kuhlen*, in: *Nomos Kommentar*, 2. Aufl. 2005, § 331 Rdn. 9; *Fischer*, 55. Aufl. 2007, § 331 Rdn. 3.

⁵ *Lackner/Kühl*, 26. Aufl. 2007, Vor § 331 Rdn. 2; *Cramer*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 2), Vor § 331 Rdn. 8; *Hoyer* (Anm. 1), § 28 Rdn. 38; *Rudolphi/Stein*, in: *SK StGB*, Stand 2003, Vor § 331 Rdn. 5.

⁶ *Lackner/Kühl* (Anm. 5), Vor § 331 Rdn. 2; *Cramer*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 2), Vor § 331 Rdn. 7; *Hoyer* (Anm. 1), § 28 Rdn. 38.

⁷ Zuletzt *Frister*, *Allg. Teil* (Anm. 1), 25/37.

⁸ *Cortes Rosa* *ZStW* 90 (1978), S. 413 (420 ff., 433 ff.); *Roxin*, in: *LK*, 11. Aufl. 1994, § 28 Rdn. 3 ff.; *ders.*, *Allgemeiner Teil* 2, 1. Aufl. 2003, 27/19 f.

⁹ *Puppe*, in: *Nomos Kommentar* (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 38.

Teilnehmer, bei dem sie vorliegen“, eine solche Interpretation zulässt. Außerdem soll sie nur für Sonderpflichtmerkmale gelten, nicht für andere strafschärfende Merkmale, z. B. Schuldmerkmale. Bei diesen soll die Wendung „so gilt dies nur für den Täter, bei dem sie vorliegen“, dahin verstanden werden, dass der Teilnehmer, bei dem sie fehlen, nur aus dem Grunddelikt bestraft werden kann. Es sprengt aber die Grenzen zulässiger Interpretation eines Textes, ein und denselben Wortlaut in ein und derselben Norm, je nach dem, auf welchen Fall diese Norm anzuwenden ist, mal so und mal anders zu interpretieren¹⁰.

Bisher hat die Strafrechtsdogmatik versucht, die beiden oben genannten Prinzipien der limitierten Akzessorietät zu Lasten einer konsistenten Interpretation der §§ 28 und 29 zu verwirklichen, wobei sie von einer festen Einordnung der Merkmale der einzelnen Tatbestände als höchstpersönliche bzw. strafbarkeitsbegründende oder strafbarkeitsmodifizierende ausging. Dabei wurde der Wortlaut von § 28 und § 29 mal so, mal anders interpretiert, je nach dem, welche Interpretation erforderlich war, um zu verhindern, dass die Limitierung der Akzessorietät auf die Strafbarkeit des Teilnehmers durchschlägt. Es ist an der Zeit, den umgekehrten Weg zu erproben und die Tatbestände des Besonderen Teils im Lichte einer konsistenten Auslegung der §§ 28 und 29 zu interpretieren. Dafür gilt es zunächst, sich eine klare Vorstellung über Sinn und Grund der Akzessorietät sowie Sinn und Grund ihrer Einschränkung nach §§ 28, 29 zu verschaffen. Daraus ist eine konsistente Systematik der §§ 28 und 29 zu entwickeln um am Ende zu klären, welche Anforderungen diese Vorschriften an die Interpretation der in den Tatbeständen auftretenden besonderen persönlichen Merkmale stellen. Es wird sich dann zeigen, ob es möglich ist, das Prinzip der limitierten Akzessorietät in unserem Strafgesetz zu verwirklichen, ohne dem Wortlaut des Gesetzes Gewalt anzutun, sei es den §§ 28 und 29, sei es einzelnen Tatbeständen des Besonderen Teils.

Das Prinzip der limitierten Akzessorietät besagt kurz gefasst: Das Unrecht ist den Beteiligten gemeinsam, die Schuld ist individuell. Dieses Prinzip folgt nicht nur aus §§ 26, 27 einerseits, §§ 28, 29 andererseits, also aus dem positiven Recht, es erscheint auch vernünftig und gerecht. Eine Interpretation der einzelnen Tatbestände und ihrer besonderen persönlichen Merkmale gemäß diesem Prinzip hat, wenn der Wortlaut der einzelnen Tat-

¹⁰ Küper, JZ 2006, 1157 (1165); Grünwald, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 555 (565); Puppe, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), § 28/29 Rdn. 38.

bestände sie denn zulässt, sowohl die Grundsätze des Allgemeinen Teils des StGB als auch die der Vernunft auf ihrer Seite.

I. Die akzessorische Zurechnung des gemeinsamen Unrechts der Tatbeteiligten

Die akzessorische Zurechnung wird gerade für das subjektive Unrecht der Haupttat gebraucht, zum objektiven Unrecht besteht eine Zurechnungsbeziehung schon kraft der Kausalität des Beteiligten für dessen Verwirklichung. Das Hauptbeispiel für eine solche akzessorische Zurechnung ist der Vorsatz des Haupttäters. Dieser ist zu trennen vom eigenen Vorsatz des Teilnehmers. Gemäß der Lehre vom sog. doppelten Teilnehmersvorsatz muss der Teilnehmer erstens wissen und nach den voluntaristischen Vorsatztheorien auch wollen, dass der Täter die Tat begeht und zwar vorsätzlich, zweitens muss er wissen und wollen, dass der Täter damit Erfolg hat, die Tat also beendet. Nur wenn der Vorsatz des Teilnehmers sich auf beides bezieht, kann ihm die Verwirklichung der Haupttat nach den Regeln der Akzessorietät überhaupt zugerechnet werden. Es ist also zu unterscheiden, zwischen dem Tätersvorsatz, der dem Teilnehmer akzessorisch zugerechnet wird, und dem Teilnehmersvorsatz, der diese Zurechnung erst begründet.

Völlige Uneinigkeit besteht im Schrifttum über die Behandlung der sog. überschießenden Innentendenzen. Das sind diejenigen Tatbestandselemente, auf deren objektive Verwirklichung der Gesetzgeber verzichtet, obwohl sie seiner Auffassung nach zu dem betreffenden Deliktstyp dazugehören. Solche überschießenden Innentendenzen treten auf bei den kupiert zweiaktigen Delikten und den kupierten Erfolgsdelikten. Bei den kupiert zweiaktigen Delikten betreffen sie den zweiten Deliktsakt, bei den kupierten Erfolgsdelikten den Erfolg selbst oder einen Teilaspekt des Erfolges. Im Gesetz wird eine solche überschießende Innentendenz meistens mit Worten wie „um zu“ oder „in der Absicht“ eingeleitet.

Die wohl h. L. und die Rechtsprechung behandelt diese überschießenden Innentendenzen als Unrechtsmerkmale voll akzessorisch¹¹. Es wird aber auch die Ansicht vertreten, dass sie nicht akzessorisch zu behandeln sind mit der Folge, dass der Beteiligte, der sie selbst nicht hegt, überhaupt straffrei

¹¹ Joecks (Anm. 2), § 28 Rdn. 43; Roxin, in: LK (Anm. 8), § 28 Rdn. 38; Jescheck/Weigend, Allg. Teil (Anm. 3), 61 VII 4a.

bleibt. Das wird damit begründet, dass der Teilnehmer ein strafloser agent provocateur ist, wenn er nicht den sog. Beendigungsvorsatz hat¹². Schließlich wird auch die Ansicht vertreten, dass diese Merkmale, wie alle persönlichen Merkmale semiakzessorisch zu behandeln sind, sog. Einheitstheorie¹³. Obwohl *Herzberg* diese Merkmale grundsätzlich als nicht akzessorisch behandelt wissen will, sollen doch nach seiner Ansicht einzelne von ihnen akzessorisch behandelt werden mit der Begründung, dass diese lediglich typisierende Merkmale ohne Unwertgehalt seien¹⁴. Auch *Hoyer* fasst überschneidende Innentendenzen als Merkmale ohne Unwertgehalt auf und rechtfertigt sie mit einem erhöhten Präventionsbedürfnis bei den Tätern, die ein solches Merkmal erfüllen. Deshalb nennt er sie auch Präventionsmerkmale. Im Gegensatz zu *Herzberg* zieht er aus der Wertneutralität dieser Präventionsmerkmale die Konsequenz, dass sie nach § 28 semiakzessorisch zu behandeln seien¹⁵.

Dies zeigt deutlich, dass jegliche Orientierung über die volle Akzessorietät, Semiakzessorietät und Nonakzessorietät eines Merkmals verloren geht, wenn man es weder als Unrechtsmerkmal noch als Schuldmerkmal, sondern als wertneutral versteht. Aber wertneutrale Merkmale sind als strafbegründende aus prinzipielleren Gründen illegitim. Selbst wenn ausgeprägte Vorstellungen über einen bestimmten Deliktstyp oder gar Spekulationen über die Präventionsbedürftigkeit bestimmter Tätergruppen den Gesetzgeber bewogen haben sollten, die Strafbarkeit nach einem bestimmten Tatbestand von der Erfüllung eines bestimmten Merkmals abhängig zu machen, so ist diese Entscheidung illegitim, wenn dieses Merkmal keinen Unwertgehalt beschreibt, sei es ein Unrechtsgehalt oder Schuldgehalt. Der Gesetzesinterpret muss also versuchen, das betreffende Merkmal so auszulegen, dass es einen Unrechts- oder Schuldgehalt aufweist, ehe er sich mit einem derart illegitimen Gesetzesverständnis abfindet. Mag es wenig plausibel sein, die Strafbarkeit z. B. eines Betrugers oder einer Hehlerei davon abhängig zu machen, dass der Täter sich oder einen anderen bereichern wollte, so haben diese Merkmale doch einen gewissen subjektiven Unrechtsgehalt.

¹² *Herzberg* ZStW 88 (1976), S. 68 (77), *ders.*, GA 1991, 145 (153); *Jakobs*, Allg. Teil (Anm. 2), 23/19 f.

¹³ *Schünemann*, in: LK, 11. Aufl. 2005, § 28 Rdn. 45; *ders.*, Festschrift für Küper, 2007, S. 561 (569 f.); *ders.*, Unternehmenskriminalität, 1979, S. 131 ff.; *ders.*, Jura 1980, 354 (364 ff.); *ders.*, GA 1986, 293 (340 f.).

¹⁴ ZStW 88 (1976), S. 68 (84 ff.).

¹⁵ *Hoyer* (Anm. 1), § 28 Rdn. 29 ff.

Der Sache nach sind auch die überschießenden Innentendenzen Elemente des Tatvorsatzes, also Unrechtsmerkmale. Auch wenn das Gesetz auf ihre Verwirklichung dadurch verzichtet, dass es die formelle Vollendung des Delikts vorverlegt, sich also bei einigen Merkmalen des Deliktstyps mit dem subjektiven Tatbestand begnügt. Das geschieht bei den kupiert zweiaktigen Delikten und bei den kupierten Erfolgsdelikten. Dieser Verzicht auf einen Teil des objektiven Tatbestandes des Deliktstyps ist kein Grund, den überschießenden subjektiven Tatbestand anders zu behandeln, als bei den erfolgskongruenten Delikten. Die sog. überschießenden Innentendenzen sind also keine besonderen persönlichen Tatbestandsmerkmale, die nonakzessorisch oder semiakzessorisch behandelt werden können, sondern reine Unrechtsmerkmale, die voll akzessorisch sind¹⁶.

Dem steht nicht entgegen, dass der Teilnehmer die subjektiven Innentendenzen des Täters nicht nur kennen, sondern i. S. eines einfachen Vorsatzes teilen muss. Dies ist nur die Konsequenz der Anwendung der Lehre vom doppelten Teilnehmervorsatz auf überschießende Innentendenzen. Wenn z. B. der Anstifter zur Vortäuschung einer Straftat nach § 164 zwar weiß, dass der Täter ein Strafverfahren gegen den Angeschuldigten erreichen will, dies aber seinerseits zu verhindern gedenkt, so ist er ein agent provocateur und nicht wegen Anstiftung zur falschen Anschuldigung strafbar. Dies hat aber mit einer nonakzessorischen Behandlung der überschießenden Innentendenz des Täters nichts zu tun. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob diese überschießenden Innentendenzen eine Absicht des Täters im technischen Sinne erfordern, oder ob für sie, gemäß dem Grundsatz, dass der Verzicht auf die objektive Verwirklichung einzelner Merkmale des Deliktstyps kein Grund ist, die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand zu verschärfen, auch im Bezug auf diese Merkmale einfacher Vorsatz genügt¹⁷. Dass beim Teilnehmer im Bezug auf die überschießenden Inhalte des subjektiven Tatbestandes einfacher Vorsatz genügt, folgt aus der Akzessorietät des Tätervorsatzes. Der Teilnehmer muss um den Tätervorsatz wissen, aber sein Teilnehmervorsatz ist ein anderer und zwar stets der einfache Vorsatz¹⁸. Dieser muss sich allerdings nicht nur auf die formelle Vollendung, sondern auch auf die Beendigung der Haupttat beziehen und demgemäß auch auf den Inhalt der überschießenden Innentendenz des Täters. Das ist die Voraussetzung für

¹⁶ Puppe, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 81.

¹⁷ So Puppe, Allgemeiner Teil 1, 1. Aufl. 2002, 18/1 ff.; dies., in: Nomos Kommentar (Anm. 4) § 15 Rdn. 109; dies., Vorsatz und Zurechnung, 1992, S. 67 f.

¹⁸ Dies verkennt Hoyer (Anm. 1), § 28 Rdn. 24.

die akzessorische Zurechnung auch des Vorsatzes und der überschießenden Innentendenz des Täters.

II. Die Systematik der §§ 28, 29 und die Akzessorietätslockerung

„Sind mehrere an einer Tat beteiligt, so ist jeder ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld strafbar“. Dieser Satz stand ursprünglich in § 50 Abs. 1 am Beginn der gesetzlichen Regelung der Akzessorietätslockerung, gefolgt von einem Abs. 2 und einem Abs. 3, die den heutigen Abs. 1 und 2 des § 28 entsprechen. Dadurch kam der Wille des Gesetzes zum Ausdruck, den Grundsatz, jeder nach seiner Schuld, als allgemeines Prinzip aufzustellen, dessen Durchführung bei besonderen persönlichen Merkmalen die folgenden Abs. 2 und 3 dienen sollten. Durch diese Sonderregelungen wurde der praktische Anwendungsbereich des allgemeinen Satzes auf die allgemeinen Schuldmerkmale eingeschränkt. Das ändert aber nichts daran, dass er das Prinzip ausdrückt, den „archimedischen Punkt“¹⁹, von dem aus die speziellen Regelungen der Abs. 2 und 3 und auch die besonderen persönlichen Merkmale der einzelnen Tatbestände des Besonderen Teils zu interpretieren sind. Dass dieses allgemeine Prinzip später als § 29 an das Ende der gesamten Regelung gerückt ist, hat nur äußerliche gesetzestechnische Gründe. Diese Paragraphenziffer war eben zufällig frei. Zunächst einmal gilt es, die heutigen §§ 28 Abs. 1 und 2 gemäß dem Prinzip, jeder nach seiner Schuld, zu interpretieren.

Danach stellt sich für § 28 Abs. 1 die Frage, wie es zu rechtfertigen ist, dass nach dieser Vorschrift gewisse besondere persönliche Merkmale semiakzessorisch behandelt werden, in dem sie Teilnehmern, die sie nicht erfüllen, einerseits zugerechnet werden, sofern der Täter sie erfüllt, andererseits aber die Tatsache, dass der Teilnehmer sie selbst nicht erfüllt, durch eine erhebliche Milderung des für diesen geltenden Strafrahmens berücksichtigt wird. Dies erscheint in sich widersprüchlich, denn ein Merkmal, das nur der Täter erfüllt, sollte dem Teilnehmer entweder akzessorisch zugerechnet werden oder nicht. Dass man auf diese Weise Strafbarkeitslücken vermeidet, ist ebenso wenig eine Erklärung wie das Postulat, die Limitierung der Akzesso-

¹⁹ *Schünemann*, Festschrift für Küper (Anm. 13), S. 561 (564); *ders.* in: LK (Anm. 13), § 28 Rdn. 4. Die Formulierung verwendet *Schünemann* aber nicht für diesen Grundsatz, sondern für die unterschiedliche Behandlung der Amtsträgereigenschaft, je nachdem, ob sie als strafbegründende oder strafschärfende auftritt.

rietät dürfe sich nur auf das Wie nicht aber auf das Ob der Strafbarkeit auswirken. Schließlich wirkt sie sich nach § 29 auch auf das Ob der Strafbarkeit aus, wenn für den Täter ein Entschuldigungsgrund besteht, für den Teilnehmer aber nicht.

Eine solche semiakzessorische Behandlung eines Tatbestandsmerkmals kann nur damit erklärt werden, dass es, begrifflich ungeschieden und unscheidbar, sowohl ein Unrechts- als auch ein Schuldmoment enthält, dergestalt, dass das Unrechtsmoment dem Teilnehmer zurechenbar ist, das Schuldmoment aber nicht. *Gallas* hat diese Rechtfertigung für die semiakzessorische Behandlung der Amtsträgereigenschaft und anderer Pflichtenstellungen gefunden²⁰. Danach geben besondere Pflichtenstellungen ihrem Träger einerseits die Macht über das Rechtsgut, es in einer Weise anzugreifen, wie es ein extraneus nicht könnte. Der extraneus kann aber Anteil an dieser Machtstellung dadurch gewinnen, dass er mit dem intraneus zusammenarbeitet, sei es als dessen Anstifter oder dessen Gehilfe. Andererseits wird der intraneus durch diese seine besondere Stellung in einer Weise zum Schutz des Rechtsguts verpflichtet, an der der extraneus keinen Anteil hat. Diese Pflicht gibt dem intraneus einen besonderen Grund, das Rechtsgut zu respektieren und steigert daher seine Schuld, sofern er dies nicht tut. An dieser Schuldsteigerung hat aber der extraneus keinen Anteil. So erklärt sich die semiakzessorische Behandlung besonderer Pflichtmerkmale. Als Standardbeispiel dafür gelten die Amtsträgereigenschaft bei den Amtsdelikten sowie die rechtlich begründete Vertrauensstellung des Treuehmers bei der Untreue²¹.

Diese besonderen Pflichten müssen positiv rechtlich begründet sein und zwar außerhalb des Strafrechts²². Dadurch unterscheiden sie sich von den strafrechtlich bewehrten Jedermanns-Pflichten wie z. B. der Pflicht, fremdes

²⁰ Bei *Grebing*, ZStW 88 (1976), S. 175; *ders.*, Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, in: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 130 (158 f.); ihm folgend *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 201; *Puppe*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 9 f., Rdn. 40; *dies.*, Allg. Teil 2, 1. Aufl. 2005, 43/18 f.

²¹ Wenn *Hoyer* (Anm. 1), § 28 Rdn. 36 ff. diese Erklärung der Semiakzessorietät von Sonderpflichten mit dem Hinweis zu falsifizieren sucht, dass der Sonderpflichtige zum Schutz des ihm anvertrauten Rechtsguts nicht mehr Notstandsbefugnisse hat als ein extraneus, verkennt er, dass der Machtmissbrauch des Sonderpflichtigen nur das subjektive Unrecht erhöht und nicht den objektiv drohenden Schaden, auf den es bei § 34 allein ankommt. Trotzdem geht es bei Amtspflichtverletzungen um gesteigertes Unrecht und höhere Schuld und nicht bloß um ein vermehrtes Präventionsbedürfnis.

²² *Puppe*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Fn. 69.

Eigentum oder fremde körperliche Integrität zu respektieren. Oft werden solche Verpflichtungen freiwillig eingegangen, wie z. B. die Treupflicht nach § 266 oder die Amtspflichten. Aber sie können dem einzelnen auch von Rechtswegen aufgezwungen werden, wie etwa die Pflichten des Soldaten nach Wehrstrafrecht, die Wahrheitspflicht des Zeugen, die Wartepflicht des Unfallbeteiligten, oder die Steuerpflicht. Die Wahrheitspflicht des Zeugen hat ihren Grund in der meist durch zufällige Wahrnehmungen bedingten prozessualen Zeugnispflicht eines Bürgers, die durch Belehrung und Vereidigung lediglich einen besonders feierlichen Ausdruck findet, die Wartepflicht in dem ebenfalls zufälligen Verkehrsunfall, der die Beteiligten delikt-rechtlich gegeneinander verpflichtet, bei der Schadensregulierung mitzuwirken. Eine solche Sonderpflicht stellt auch die Schuldnerreue bei der Vollstreckungsverweigerung und beim Bankrott dar²³. Der Schuldner oder der Bankrotteur verletzt keine Jedermannspflicht zur Achtung fremder Güter, sondern in krasser Weise die Forderungen ihrer Gläubiger, die sie in der Regel sogar freiwillig eingegangen sind. Auch die Steuererklärungspflicht, die durch § 370 AO strafbewehrt ist, ist, entgegen BGHSt. 41, 1 f., keine Jedermannspflicht, sondern eine Sonderpflicht, insofern sie sich auf eine Steuererklärung bestimmten Inhalts bezieht²⁴.

Es gibt jedoch Tatbestände, die eine besondere Rechtstellung des unmittelbaren Täters voraussetzen, ohne dass diesem daraus eine besondere Vertrauensstellung gerade gegenüber dem verletzten Rechtsgut erwächst. Einige Wirtschaftsdelikte, z. B. Subventionsbetrug, Vorenthaltung von Arbeitsentgelt, Submissionsabsprache oder Bestechlichkeit im Wirtschaftsverkehr können nur von dem Vertreter eines Unternehmens begangen werden. Dass gerade diese Personen als unmittelbare Täter der genannten Straftatbestände in Betracht kommen, liegt nicht daran, dass ihnen die durch diese Tatbestände geschützten Rechtsgüter besonders anvertraut sind, sondern lediglich daran, dass sie die besondere Machtstellung besitzen, die erforderlich ist, um diese Rechtsgüter in der tatbestandlich beschriebenen Weise anzugreifen. Es be-

²³ *Puppe*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 67; zum Bankrott *Tiedemann*, in: LK (Anm. 8), § 283 Rdn. 219; *Müller-Gugenberger/Bieneck*, 4. Aufl. 2006, § 64 Rdn. 1; *Kindhäuser*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), § 283 Rdn. 111; a. A. *Dreber/Tröndle*, 47. Aufl. 1995, § 283 Rdn. 38; a. A. *Roxin*, Allg. Teil (Anm. 8), 27/59; zur Verweigerung der Zwangsvollstreckung *Woblers*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), § 288 Rdn. 7 ff. m. w. N.; a. A. *Roxin*, a. a. O., 27/72.

²⁴ *Puppe*, Allg. Teil 2 (Anm. 20), 43/27 ff. (33); *dies.*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4) §§ 28/29 Rdn. 69; *Grunst*, NStZ 1998, 548 (550).

steht danach kein Grund, Gehilfen oder Anstifter milder zu bestrafen, wenn sie nicht diesem Personenkreis angehören. Die Zugehörigkeit zu diesem Kreis ist ein reines Unrechtsmerkmal, das voll akzessorisch zu behandelt ist. Man bezeichnet solche Merkmale der Täterperson als „funktional sachliche“ Merkmale²⁵.

Als funktional sachliches Tätermerkmal gilt nach der h. L. auch die Eigenhändigkeit bei den als eigenhändig anerkannten Delikten²⁶. Es wird allerdings auch die Ansicht vertreten, dass die Eigenhändigkeit ein höchstpersönliches Merkmal i.S. von § 28 Abs. 1 sei und der nicht eigenhändig das Delikt ausführende Teilnehmer daher eine Strafmilderung nach § 49 verdient, zum Ausgleich dafür, dass er das Delikt nicht als mittelbarer Täter begehen kann²⁷. Früher wurde der Ausschluss der mittelbaren Täterschaft bei den sog. eigenhändigen Delikten damit erklärt, dass diese einen unreinen Akt darstellen, durch den sich nur derjenige beflecken könne, der ihn körperlich ausführt²⁸. Früher galten vor allem die Sexualdelikte als in diesem Sinne eigenhändig²⁹. Inzwischen ist man bei den Sexualdelikten von dieser Einschränkung der Strafbarkeit abgekommen³⁰, gibt nun aber andere Delikte als eigenhändig an, z. B. das Fahren im fahruntüchtigen Zustand³¹, den Vollrauschtatbestand³², die Unfallflucht³³ und die falsche Aussage³⁴. Zur Begründung beruft man sich heute nicht mehr auf die Unreinheit des deliktischen Aktes, sondern auf den Wortlaut der Straftatbestände, die eine be-

²⁵ Herzberg, GA 1991, 143 (169).

²⁶ BGHSt. 39, 326 (328 f.).

²⁷ Schönemann, in: LK (Anm. 13), § 28 Rdn. 60; ders., Festschrift für Küper (Anm. 13), S. 561 (571); Jakobs, Allg. Teil (Anm. 2), 23/26; Köbler, Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 1997, S. 55.

²⁸ Vgl. Roxin, Allg. Teil (Anm. 8), 25/297; ähnlich Jakobs, Allg. Teil (Anm. 2), 23/26: „persönliche Insuffizienz“.

²⁹ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, § 35 V 2a, S. 412; ders., Allg. Teil (Anm. 8), 25/297.

³⁰ Vgl. Die heutige Fassung von § 177: „sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten“, gegen Eigenhändigkeit auch Lackner/Kübl (Anm. 4), § 177 Rdn. 2; Lenckner/Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder (Anm. 2), § 177 Rdn. 15; Fischer (Anm. 4), § 177 Rdn. 17, anders aber jetzt der BGH in NStZ 2007, 699.

³¹ Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Anm. 2), § 316 Rdn. 22; Fischer (Anm. 4), § 316 Rdn. 49.

³² Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Anm. 2), § 323a Rdn. 24; Fischer (Anm. 4), § 323a Rdn. 20.

³³ Geppert, in: LK (Anm. 4), § 142 Rdn. 182; Arloth, GA 1985, 504.

³⁴ Ruß, in: LK (Anm. 4), vor § 153 Rdn. 7; Lackner/Kübl (Anm. 4), vor § 153 Rdn. 7; Lenckner, in: Schönke/Schröder (Anm. 2), vor § 153 Rdn. 33.

stimmte Handlung beschreiben³⁵. Auch wird der ultima Ratio-Gedanke als Begründung für den Ausschluss der mittelbaren Täterschaft angeführt³⁶. Der ultima Ratio-Gedanke gibt aber keine Begründung dafür an, bestimmte Verhaltensweisen von der Strafbarkeit auszunehmen, er stellt nur ein Gegenargument gegen die Behauptung einer unerträglichen Strafbarkeitslücke dar, falls es einen anderen Grund gibt, die Strafbarkeit nach einem bestimmten Tatbestand einzuschränken. Als dieser andere Grund kommt nur der Wortlaut der Tatbestände in Betracht, die als eigenhändige in Anspruch genommen werden. Es sind solche, die bestimmte Handlungen beschreiben, wie z. B. Aussagen, Schwören, ein Fahrzeug führen oder sich in einen Rausch versetzen. Zunächst macht stutzig, dass dieses Argument bei anderen Tatbeständen, die ebenfalls Handlungsbeschreibungen enthalten, nicht ins Feld geführt wird. Niemand hat Skrupel einen Diebstahl oder Betrug oder eine Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft anzunehmen, obwohl auf einen mittelbaren Täter weder das Wort wegnehmen, noch das Wort täuschen, noch das Wort misshandeln zutrifft. Denn § 25 2. Alt. lässt es zu, dass der Täter diese Handlungen „durch einen anderen“ begeht. Dies ist ebenso wie § 13 eine Transformationsregel, die es ermöglicht, Verhaltensweisen unter einen Tatbestand zu subsumieren, die ohne eine solche Regel nicht unter diesen subsumierbar wären³⁷. Auch ein Reflexivum in der Handlungsbeschreibung wie „sich in einen Rausch versetzt“ oder „sich entfernt“ ist kein Hindernis für die Annahme mittelbarer Täterschaft, weil man es selbst der Transformationsregel des § 25 Abs. 1 2. Alt. unterwerfen kann. Warum diese Transformationsregel ausgerechnet auf die Handlungsbeschreibungen Führen eines Fahrzeuges und sich in einen Rausch versetzen nicht angewandt werden soll, bleibt unbegründet.

Das Führen eines Kraftfahrzeugs in alkoholbedingt fahruntüchtigem Zustand oder die Herbeiführung eines die Schuldunfähigkeit ausschließenden Vollrausches sind nicht deshalb verboten, weil dies unreine Akte sind, die den Täter beflecken, der sie körperlich ausführt, sondern, weil es gefährliche Zustände sind, die das Leben und die Gesundheit anderer Menschen kosten

³⁵ *Schünemann*, Festschrift für Küper (Anm. 13), S. 561 (571); *ders.*, in: LK (Anm. 13), § 25 Rdn. 46; *Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 144 f.; *Woblers* SchwZStR 116 (1998), S. 95 (99 ff.).

³⁶ *Schünemann*, Festschrift für Küper (Anm. 13), S. 561 (571); *ders.*, in: LK (Anm. 13), § 25 Rdn. 50.

³⁷ Vgl. dazu *Hirsch*, NSStZ 1997, 230 (231); *Otto*, Jura 1999, 217 (218); *Puppe*, Allg. Teil 1 (Anm. 17), 30/8.

können. Deshalb gibt es keine rationale Begründung dafür, dass derjenige, der einem anderen heimlich Schnaps ins Bierglas kippt oder ihm sonst heimlich Drogen verabreicht, in der Erwartung, dass dieser noch sein Fahrzeug führen wird, nicht nach § 315c, § 316 oder § 323a in mittelbarer Täterschaft bestraft werden soll, weil er diesen gefährlichen Zustand vorsätzlich herbeigeführt hat. Das gilt auch für das letzte Standardbeispiel der eigenhändigen Delikte, den strafbaren männlichen Exhibitionismus. Dass der weibliche Exhibitionismus im Gegensatz zum männlichen nicht strafbar ist, hat seinen Grund darin, dass er eine ganz andere Bedeutung hat. Ein weiblicher Exhibitionismus ist ein, mehr oder weniger verlockendes, Angebot an die Männer, der männliche ist eine, mehr oder weniger gefährliche, Drohung gegenüber den Frauen³⁸. Es gibt also auch bei diesem Tatbestand keinen Grund dafür, die mittelbare Täterschaft auszuschließen, auch, wenn sie durch eine Frau begangen wird, die beispielsweise einen debilen Mann dazu verführt, sich zu exhibitionieren³⁹.

Die Überzeugungskraft der Rechtsfigur des eigenhändigen Delikts beruht auch darauf, dass manche Tatbestände als eigenhändige Delikte in Anspruch genommen werden, die in Wirklichkeit Pflichtdelikte sind. Vor allem gilt das für den Falscheid⁴⁰ und demgemäß auch für die falsche uneidliche Aussage und für die Unfallflucht⁴¹. Der Zeuge, der falsch schwört, wird nicht deshalb schwerer bestraft als sein Anstifter oder Gehilfe, weil er die drei Schwurfinger erhoben und sich dadurch bedingt selbst verflucht hat, sondern deshalb, weil nur er der besonderen prozessualen Pflicht zur Wahrhaftigkeit unterliegt⁴². Das findet im Gesetz seinen Ausdruck dadurch, dass die mittelbare Täterschaft durch einen Sondertatbestand, die Verleitung zum Falscheid, unter Strafe gestellt ist, dessen Strafraumen aber wesentlich mil-

³⁸ *Hoyer* (Anm. 1), § 28 Rdn. 20; *Roxin*, in: LK (Anm. 8), § 28 Rdn. 40.

³⁹ *Herzberg*, ZStW 88 (1976), S. 68 (82); *Puppe*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 58.

⁴⁰ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft (Anm. 29), § 34 VI 3, S. 394; *Rudolphi*, in: SK StGB, Stand 1999, Vor § 153 Rdn. 9; dagegen *Ruß*, in: LK (Anm. 8), vor § 153 Rdn. 7; *Lackner/Kühl* (Anm. 5), Vor § 153 Rdn. 7; *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 2), vor § 153 Rdn. 33; *Vormbaum*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), § 160 Rdn. 11; *Müller* (Anm. 35), S. 137 f. mit der Begründung, dass der wahrheitspflichtige Zeuge nicht wegen Mittäterschaft oder mittelbarer Täterschaft an der Falschaussage eines anderen Zeugen strafbar sein kann. Er verkennt, dass die Wahrheitspflicht des Zeugen sich nur auf seine eigene Aussage bezieht und nicht auf die anderer Zeugen.

⁴¹ *Geppert*, in: LK (Anm. 8), § 142 Rdn. 182; *Arloth*, GA 1985, 504; *Puppe*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 71.

⁴² *Puppe*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 70.

der ist, als der für den Meineid. Ein Pflichtdelikt und kein eigenhändiges Delikt ist die Unfallflucht deshalb, weil sie nichts anderes darstellt, als eine strafrechtliche Bewährung der deliktsrechtlichen Pflicht des Unfallbeteiligten, zur Schadensregulierung beizutragen, wozu auch gehört, dass er am Unfallort verbleibt und sich dort als Unfallbeteiligter zu erkennen gibt⁴³. An dieser Verpflichtung hat der extraneus keinen Anteil. Deswegen kann der Tatbestand nicht dadurch erfüllt werden, dass ein anderer den Unfallbeteiligten gegen seinen Willen entfernt.

Es gibt also in unserem säkularen und rationalen Strafrecht kein Bedürfnis nach einer Rechtsfigur der eigenhändigen Delikte. Damit erledigt sich der Streit, ob die Eigenhändigkeit ein besonderes persönliches Merkmal i. S. von § 28 Abs. 1 ist oder nicht. Um zu ermitteln, ob ein bestimmtes Tätermerkmal ein besonderes persönliches Merkmal ist oder ein funktional sachliches, kann man nun folgende Probe machen. Ist es möglich, dass eine Person, die dieses Merkmal selbst nicht erfüllt, den Tatbestand als mittelbarer Täter dadurch verwirklicht, dass sie sich einer anderen Person, die es erfüllt, als Werkzeug bedient, so ist es ein funktional sachliches Merkmal, ist diese Form der mittelbaren Täterschaft ausgeschlossen, so ist es ein besonderes persönliches Merkmal.

III. Die unechten Amtsdelikte

Die Erkenntnis von *Gallas*, dass sich die semiakzessorische Behandlung der strafbarkeitsbegründenden besonderen persönlichen Merkmale sachlich aus deren Natur rechtfertigen lässt und nicht nur damit, dass man Strafbarkeitslücken vermeiden will⁴⁴, hätte ihn eigentlich zu der Konsequenz führen müssen, dass diese semiakzessorische Behandlung der betreffenden Merkmale unabhängig von ihrer systematischen Stellung im Gesetz ist. Diese Merkmale müssen danach auch dann semiakzessorisch und nicht nonakzessorisch behandelt werden, wenn sie einen Grundtatbestand qualifizieren. Die Konsequenz ist also, dass es keine unechten Amtsdelikte gibt. Sie wurde erst Jahrzehnte später aus dieser Erkenntnis gezogen⁴⁵.

⁴³ *Puppe*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 71.

⁴⁴ *Gallas*, ZStW 88 (1976), S. 175; *ders.*, Beiträge zur Verbrechenlehre, 1968, S. 130 (158 f.).

⁴⁵ *Neumann*, Festschrift für Lampe, 2003, S. 643 (648 f.); *Sánchez-Vera* (Anm. 20), S. 195 ff.; *Puppe*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 32; *dies.*, Allg. Teil 2 (Anm. 20), 43/22 ff.

Vermutlich sah sich *Gallas*, daran durch den Wortlaut des Gesetzes gehindert, nämlich durch den Ausdruck „die die Strafe schärfen“ in § 28 Abs. 2. Als strafschärfend wurde und wird von der herrschenden Lehre bis heute ein Merkmal angesehen, wenn eine Strafbarkeit nach einem allgemeineren Tatbestand übrig bleibt, sobald dieses Merkmal fehlt⁴⁶. Das trifft auf die Amtsträgereigenschaft bei den sogenannten unechten Amtsdelikten zu. Als strafbegründend gilt ein Merkmal nur dann, wenn von seinem Vorhandensein nicht nur das Wie, sondern das Ob der Strafbarkeit des Täters abhängt. Das trifft für die Amtsträgereigenschaft bei den sogenannten echten Amtsdelikten zu. So kommt es, dass ein und dasselbe Tatbestandsmerkmal mal nonakzessorisch, mal semiakzessorisch behandelt werden muss.

Wegen dieser Interpretation des Wortlauts des § 28 sind auch *Cortes Rosa* und *Roxin* bei ihrem Versuch, die Behandlung der Amtsträgereigenschaft bei den unechten Amtsdelikten an die bei den echten anzugleichen, auf halbem Wege stehen geblieben⁴⁷. Ich selbst habe den Versuch unternommen, nachzuweisen, dass auch bei den sogenannten unechten Amtsdelikten die Amtsträgereigenschaft kein strafschärfendes Merkmal in diesem Sinne ist, weil sie sich bei genauer Untersuchung der unechten Amtsdelikte herausstellt, dass sie sich auch noch durch andere Merkmale von den ihnen entsprechenden Gemeindelikten unterscheiden⁴⁸. So unterscheidet sich die Aussageerpressung von der Nötigung nicht nur dadurch, dass sie durch einen Amtsträger begangen wird, sondern auch noch dadurch, dass zu einer Aussage genötigt wird. Die Körperverletzung im Amt unterscheidet sich von der einfachen Körperverletzung dadurch, dass sie die Alternative des Quälens und die des Begehen-Lassens enthält.

Nach *Neumann* hängt die Einordnung eines besonders persönlichen Merkmals als strafschärfendes nicht allein davon ab, dass es einen Tatbestand gibt, der die Strafbarkeit auch für den Fall begründet, dass dieses Merkmal und allein dieses fehlt. Dies ist nach *Neumann* zwar eine notwendige aber noch nicht eine hinreichende Bedingung für die Einordnung des Merkmals als strafschärfend. Auch ein solches Merkmal ist nach seiner Auffassung ein strafbegründendes, sofern es ein neues Rechtsgut in den Tatbestand ein-

⁴⁶ *Hoyer* (Anm. 1), § 28 Rdn. 43; *Jakobs*, Allg. Teil (Anm. 2), 6/98; *Gallas*, Beiträge, 1968, (Anm. 20), S. 130 (158 f.).

⁴⁷ *Cortes Rosa*, ZStW 90 (1978), S. 413 (420 ff., 433 ff.); *Roxin*, in: LK (Anm. 8), § 28 Rdn. 3 ff.; *ders.*, Allg. Teil (Anm. 8), 27/19 f.; vgl. oben Anm. 5; dazu auch *Puppe*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 39.

⁴⁸ *Puppe*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 39.

führt⁴⁹. Das könnte bei den Amtsdelikten etwa die Reinheit der Amtsführung oder das öffentliche Vertrauen in deren Rechtmäßigkeit sein. Aber man braucht gar nicht so weit zu gehen, dies als ein neues und eigenständiges Rechtsgut zu postulieren, das der Tatbestand neben dem verletzten Bürgerinteresse schützt. Es genügt, dass der Missbrauch des Amtes der Tat einen zusätzlichen Unrechtsgehalt verleiht. Ein solches besonderes persönliches Merkmal ist deshalb kein bloß strafscharfendes i. S. von § 28 Abs. 2, weil dies aus dem Prinzip der limitierten Akzessorietät folge, wonach das Unrecht gemeinsam und nur die Schuld individuell ist. Es ist also kurz gesagt nicht deshalb semiakzessorisch, weil es ein strafbegründendes Merkmal ist, sondern deshalb ein strafbegründendes Merkmal i. S. von § 28 Abs. 1, weil es seiner Natur nach semiakzessorisch ist.

Da das Sonderdelikt dadurch von dem Grundtatbestand, also der *lex generalis*, abgekoppelt wird, mag man es als *delictum sui generis* bezeichnen. In anderen Zusammenhängen ist eine solche Abkoppelung bereits früher erfolgt. So wird beispielsweise der Raub als *delictum sui generis* im Verhältnis zum Diebstahl bezeichnet, um zu begründen, dass die Privilegierungen und Qualifikationen des Diebstahls auf den Raub keine Anwendung finden. Der BGH hat den Mordtatbestand als *delictum sui generis* im Verhältnis zum Totschlag behandelt, um zu begründen, dass die Mordmerkmale, soweit sie besondere persönliche Merkmale sind, als strafbegründende und nicht als strafscharfende behandelt werden⁵⁰. Das ist zwar auf den einhelligen Widerspruch der Lehre gestoßen und davon wird noch zu handeln sein, aber es zeigt, dass eine solche Abkoppelung auch nach Ansicht der Rechtsprechung offenbar mit dem Wortlaut des § 28 vereinbar ist.

Bei einzelnen, insbesondere den klassischen Amtsdelikten der Körperverletzung im Amt oder der Begünstigung im Amt führt die Anwendung von § 28 Abs. 1 allerdings zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass der Teilnehmer sich besser stellt, wenn er sich an einem Amtsdelikt als Anstifter oder Gehilfe beteiligt, als wenn er sich an dem Gemeindelikt in dieser Weise beteiligt hätte. Es ist daran zu erinnern, dass die Strafrahmen dieser Tatbestände aus einer Zeit stammen, zu der es eine dem § 28 Abs. 1 entsprechende Vorschrift noch gar nicht gab. Dieser Mangel ist auch bei klassischen echten Amtsdelikten zu beobachten, so bei der Bestechlichkeit. Auf den Anstifter oder Gehilfen des bestechlichen Beamten muss § 28 Abs. 1 jedenfalls ange-

⁴⁹ Neumann (Anm. 45), S. 643 (649).

⁵⁰ Vgl. Puppe, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 27; *dies.*, ZIS 2008, 67 (67).

wandt werden. Das hat zur Folge, dass sich der Anstifter oder Gehilfe wesentlich besser steht, wenn er sich auf Seiten des bestechlichen Beamten beteiligt, als wenn er dies auf Seiten des bestechenden Bürgers täte⁵¹. Solche Unstimmigkeiten sind nicht durch Auslegung des § 28 zu bereinigen, sondern nur durch den Gesetzgeber.

IV. Tatbestandliche Schuldmerkmale

Reine Schuldmerkmale sind gemäß dem Grundsatz, jeder nach seiner Schuld, nicht akzessorisch. Es handelt sich dabei um belastende Tatmotive, aus denen eine besonders verwerfliche Gesinnung des Täters spricht⁵². Dass die Gesinnung, die aus der Tat spricht, ein legitimes Kriterium der Schuldzuweisung ist, findet in § 46 seinen gesetzlichen Ausdruck. *Schünemann* wendet gegen die Einordnung von Motiven und Gesinnungsmerkmalen als Schuldmerkmale ein, dass dadurch der Schuldbegriff unklar würde, das einzige Schuldmoment sei das Anders-Handeln-Können⁵³. Aber das Anders-Handeln-Können ist kein Schuldmoment, sondern eine Voraussetzung des Schuldvorwurfes. Dem Täter wird nicht vorgeworfen, dass er anders hätte handeln können, sondern unter der Voraussetzung, dass er anders hätte handeln können, wird ihm vorgeworfen, dass er so gehandelt hat, wie er es getan hat⁵⁴. Aus dem Grundsatz jedem nach seiner Schuld und dem Grundsatz, dass diese Limitierung der Akzessorietät sich nicht auf das Ob, sondern nur auf das Wie der Strafbarkeit auswirken darf, folgt, dass es keine strafbegründenden Schuldmerkmale geben kann. Davon geht offenbar der Gesetzgeber aus.

Nach § 26 und § 27 setzt die Teilnahme eine tatbestandsmäßige Haupttat voraus. Enthält ein Straftatbestand ein strafbegründendes Schuldmerkmal, das der Haupttäter nicht erfüllt, so ist eine Haupttat, die den Tatbestand vollständig erfüllt nicht gegeben. Daraus folgt, dass der Teilnehmer an einer solchen Tat auch dann straflos bleibt, wenn er seinerseits das strafbegrün-

⁵¹ *Puppe*, in: *Nomos Kommentar* (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 57; vgl. *Kublen*, in: *Nomos Kommentar* (Anm. 4), § 331 Rdn. 121.

⁵² *Schmidhäuser*, *Allg. Teil* (Anm. 3), 10/117 (S. 453); *ders.*, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, S. 197 ff.

⁵³ *Schünemann*, in: *LK* (Anm. 13), § 28 Rdn. 17; *ders.*, *Festschrift für Küper* (Anm. 13), S. 561 (563).

⁵⁴ *Puppe*, in: *Nomos Kommentar* (Anm. 4), Vor § 13 Rdn. 17; *dies.*, *Festschrift für Otto*, 2007, S. 389 (392).

dende Schuldmerkmal erfüllt⁵⁵. In diesem Fall würde das strafbegründende Schuldmerkmal also akzessorisch behandelt, obwohl es seiner Natur nach gemäß § 29, also dem Grundsatz, jeder ist nach seiner Schuld strafbar, non-akzessorisch behandelt werden müsste.

Auf den umgekehrten Fall, dass der Teilnehmer das Schuldmerkmal nicht erfüllt, wohl aber der Täter, müsste nach dem Wortlaut des Gesetzes § 28 Abs. 1 anwendbar sein. Das Merkmal wäre also semiakzessorisch, so auch die wohl h. L.⁵⁶. Aber auch dies widerspricht dem Grundsatz jedem nach seiner Schuld, weil die Strafbarkeit des Teilnehmers nur dadurch begründet werden kann, dass ihm die Schuld des Täters wenigstens teilweise zugerechnet wird. Deshalb schlägt ein Teil der Lehre vor, auf strafbegründende Schuldmerkmale nicht § 28 Abs. 1, sondern § 29 anzuwenden, mit der Folge, dass der Teilnehmer, der das Schuldmerkmal selbst nicht erfüllt, straflos bleibt⁵⁷. Die Annahme von strafbarkeitsbegründenden Schuldmerkmalen führt also zu einem Widerspruch zwischen den §§ 26, 27 einerseits und §§ 28, 29 andererseits.

Aber es gibt noch prinzipiellere Gründe, solche Merkmale abzulehnen. Wenn der Gesetzgeber ein bestimmtes Unrecht nicht für schwerwiegend genug erachtet, um es unter Strafe zu stellen, so darf er es auch dann nicht bestrafen, wenn ein zusätzliches Schuldmerkmal, etwa eine besonders verwerfliche Gesinnung oder ein besonders verwerfliches Motiv hinzukommt. Sonst würde er Gesinnungsstrafrecht praktizieren. Dass es keine strafbegründenden Schuldmerkmale geben kann folgt also schon aus dem Tat-schuldprinzip⁵⁸.

⁵⁵ *Herzberg*, ZStW 88 (1976), S. 68 (72); *Küper*, ZStW 104 (1992), S. 559 (584 ff.); *Langer* (Anm. 3), S. 252 ff.; *Joecks* (Anm. 2), § 28 Rdn. 13; *Hoyer* (Anm. 1), § 28 Rdn. 11; *Jescheck/Weigend*, Allg. Teil (Anm. 3), 61 VII 4d; *Kühl*, Allg. Teil (Anm. 3), 29/157; *Schmidhäuser*, Allg. Teil (Anm. 3), 14/167; *Wessels/Beulke*, Allg. Teil (Anm. 3), Rdn. 423; *Stratenwerth/Kuhlen*, Allg. Teil (Anm. 2), 12/186; *Jakobs*, Allg. Teil (Anm. 2), 23/5.

⁵⁶ *Grünwald* (Anm. 10), S. 576; *Schünemann*, in: LK (Anm. 13), Rdn. 14 ff.; *Baumann/Weber/Mitsch*, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, 32/6; *Frister*, Allg. Teil (Anm. 1), 25/33; nunmehr auch *Roxin*, Allg. Teil (Anm. 8), 27/12 ff. seinem Schüler *Niedermaier*, ZStW 106 (1994), S. 388 (397 ff.) folgend und entgegen seiner bisherigen Ansicht, in: LK (Anm. 8), Rdn. 14.

⁵⁷ *Herzberg*, ZStW 88 (1976), S. 68 (71 f.); *Vogler* (Anm. 2), S. 267; *Jescheck* bei *Grebing*, ZStW 88 (1976), S. 173; *Küper*, ZStW 104 (1992), S. 559 (587 ff.); *Joecks* (Anm. 2), § 28 Rdn. 16; i.E. auch *Cramer/Heine*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 2), § 28 Rdn. 5; *Hoyer* (Anm. 1), § 28 Rdn. 11 f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, Allg. Teil (Anm. 2), 12/187; *Jakobs*, Allg. Teil (Anm. 2), 23/5.

⁵⁸ *Puppe*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 81.

Es gibt denn auch nur wenige Merkmale, von denen die herrschende Lehre annimmt, dass es strafbegründende Schuldmerkmale seien. Dazu gehört das Merkmal „böswillig“ in § 90a⁵⁹ und § 130⁶⁰ sowie in § 225⁶¹, das Merkmal „roh“ in § 225⁶², das Merkmal „rücksichtslos“ in § 315c⁶³ und das Merkmal „gewerbsmäßig“ in § 180a⁶⁴. An all diesen Merkmalen fällt auf, dass sie jeweils in einer von mehreren Alternativen eines Tatbestandes vorkommen. Wenn sie wirklich Schuldmerkmale sind, so bedeutet das, dass bei einigen Alternativen ein und desselben Tatbestandes der Unrechtsgehalt für die Strafbarkeit ausreicht, bei anderen ein strafbegründendes Schuldmoment hinzu kommen muss. Das ist befremdlich und legt den Versuch nahe, auch diese Merkmale nicht als Gesinnungsmerkmale zu interpretieren, sondern als solche, die das Ausmaß des Unrechts der betreffenden Tatbestandsalternative charakterisieren. Solche Interpretationen erweisen sich bei allen genannten Tatbeständen als möglich und auch sinnvoll.

Bei § 90a und § 130 geht es um strafbare Äußerungen von Meinungen. Es liegt also näher, das Merkmal „böswillig“ auf den Inhalt dieser Meinungsäußerungen zu beziehen, statt auf die Gesinnung des sich äßernden Täters. Es charakterisiert dann den Grad der Verächtlichmachung, dass sie böswillig sein muss. Ebenso lassen sich die Merkmale roh und böswillig in § 225 als Anforderungen an die Schwere der Misshandlung und das Ausmaß der Vernachlässigung⁶⁵ interpretieren, durch die geringfügige Fälle ausgeschlossen werden sollen. Das gilt auch für das strafbegründende Merkmal „gewerbsmäßig“ in § 180a. Dies bezieht sich nämlich, anders als das strafscharfende Merkmal „gewerbsmäßig“ in anderen Tatbeständen, etwa § 243 Abs. 1 Ziff. 3 oder § 260 nicht auf einen Zusammenhang der betreffenden Tat mit anderen Taten, sondern auf diese allein. Wer gewerbsmäßig die Prostitution fördert, nutzt sie auch aus. Ausgeschlossen werden sollen geringfügige Fälle, wie etwa einmalige Gewährung von Unterkunft an eine Prostituierte.

In einigen neueren Tatbeständen gibt es Merkmale, die auf den ersten Blick den Anschein erwecken, dass sie eine Gesinnung des Täters bezeich-

⁵⁹ Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Anm. 2), § 28 Rdn. 14; Kübl, Allg. Teil (Anm. 3), 20/156.

⁶⁰ Roxin, in: LK (Anm. 8), § 28 Rdn. 12; Schönemann, in: LK (Anm. 13), § 28 Rdn. 16.

⁶¹ Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Anm. 2), § 28 Rdn. 14.

⁶² Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder (Anm. 2), § 28 Rdn. 14.

⁶³ Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Anm. 2), § 315c Rdn. 28, 30; Hoyer (Anm. 1), § 28 Rdn. 7; Kübl, Allg. Teil (Anm. 3), 20/156.

⁶⁴ Schönemann, in: LK (Anm. 13), § 28 Rdn. 16.

⁶⁵ BGH NSTZ 2004, 94; Stree, in: Schönke/Schröder (Anm. 2), § 28 Rdn. 13.

nen, während sie in Wirklichkeit die Tat charakterisieren. Hierher gehört etwa das Handeln „gegen Entgelt“ und die Bereicherungsabsicht in § 236. Darin kommt zum Ausdruck, dass der Täter nicht zum Wohle des zur Adoption vermittelten Kindes handelt. Auf andere Weise konnte der Gesetzgeber den Unterschied zwischen Wohltätigkeit und Ausbeutung in diesem Handlungsbereich nicht ausdrücken.

Die nähere Untersuchung dieser Merkmale zeigt, dass sie sinnvoller Weise nicht als Gesinnungsmerkmale, sondern als Tatmerkmale zu interpretieren sind. Sie charakterisieren das Unrecht der Tat, nicht die Persönlichkeit des Täters und sind daher voll akzessorisch⁶⁶.

Danach verbleiben als strafbegründende Schuldmerkmale nur noch die besonderen persönlichen Mordmerkmale nach der Auffassung des BGH. Wie oben gezeigt, steht der Auffassung dieser Merkmale als strafbegründende nicht notwendig die Tatsache entgegen, dass eine Strafbarkeit wegen Totschlags übrig bleibt, wenn diese Merkmale fehlen. Die Auffassung des BGH zwingt also nicht unbedingt dazu, das Merkmal „ohne Mörder zu sein“ in § 212 als echtes Tatbestandsmerkmal zu behandeln⁶⁷. Dennoch ist, wenn man die Mordmerkmale als strafbegründende ansieht, ein Durchgriff auf den Totschlagstatbestand ausgeschlossen, wenn der Teilnehmer ein Mordmerkmal erfüllt, das der Täter nicht erfüllt, es fehlt vielmehr an einer zur Beteiligungshandlung passenden Haupttat. Bei den sogenannten unechten Amtsdelikten tritt dieses Problem deshalb nicht auf, weil der Amtsträger, der sich an einem solchen Delikt beteiligt, nach der Lehre von den Pflichtdelikten automatisch Täter ist. Der BGH hat aber einen solchen Durchgriff auf den Totschlagstatbestand mehrfach vorgenommen, zunächst indem er den Teilnehmer, der in seiner Person ein Mordmerkmal erfüllt, das der Täter nicht erfüllt, wegen Beteiligung an einem Totschlag für strafbar erklärt⁶⁸, zweitens, indem er sogar Idealkonkurrenz zwischen vollendeter Anstiftung zum Totschlag und versuchter Anstiftung zum Mord angenommen hat, wenn der Anstifter irrtümlich annahm, dass der Täter in seiner Person ein Mordmerkmal erfülle⁶⁹; schließlich dadurch, dass er bei einem vergeblichen Anstiftungsversuch die Verbindlichkeit des Mindeststrafrahmens von 2 Jahren, der sich bei einer versuchten Anstiftung zum Totschlag ergibt, mit der

⁶⁶ Vgl. *Wieck-Noodt*, in: Münchener Kommentar (Anm. 2), § 236 Rdn. 55; *Horn/Wolters*, in: SK StGB, Stand 2003, § 236, Rdn. 7.

⁶⁷ *Neumann* (Anm. 45), S. 643 (650); *Puppe*, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 30.

⁶⁸ BGHSt. 1, 368.

⁶⁹ BGHSt. 50, 1 (10); NStZ 2006, 34 f.; JZ 2005, 900 (902).

konkurrenzrechtlichen Figur der Sperrwirkung des mildereren Tatbestandes begründet hat⁷⁰. Wenn man mit der These wirklich ernst macht, dass die persönlichen Mordmerkmale strafbegründende sind, obwohl es Schuldmerkmale sind, so ist die Konsequenz, die die herrschende Lehre bei den anderen von ihr angenommenen strafbegründenden Schuldmerkmalen zieht die, dass der Teilnehmer gänzlich straflos bleibt, wenn der Täter dieses Merkmal nicht erfüllt. Den doch etwas verzweifelt anmutenden Versuchen des BGH, diesen Konsequenzen seiner eigenen Grundannahme zu entgehen, soll hier nicht weiter nachgegangen werden. Dies ist schon vielfach geschehen⁷¹. Denn es steht zu hoffen, dass der BGH die Ansicht, dass die Mordmerkmale strafbegründende i. S. von § 28 Abs. 1 sind, bald aufgeben wird⁷². Der entscheidende Grund dafür, dass sie i. S. von § 28 Abs. 2 strafscharfende und nicht i. S. von § 28 Abs. 1 strafbegründende Merkmale sind, ist nicht, dass sie die Strafe des Totschlags schärfen, sondern, dass es Schuldmerkmale sind⁷³. Aber eben weil es Schuldmerkmale sind, sind sie nur als strafscharfende und nicht als strafbegründende Merkmale überhaupt legitim. Die persönlichen Mordmerkmale sind in Wahrheit der praktisch wichtigste Anwendungsfall des § 28 Abs. 2⁷⁴. Als weiterer Fall sind noch die Gewerbsmäßigkeit und die Bandenmäßigkeit zu nennen, soweit sie einen Tatbestand qualifizieren.

V. Zusammenfassung

Das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung ist, dass es durch eine Interpretation der einzelnen Merkmale der Tatbestände des Besonderen Teils möglich ist, das Prinzip der limitierten Akzessorität konsequent durchzuführen, wonach das Unrecht den Beteiligten gemeinsam, die Schuld aber individuell ist. Die Anforderungen an die verschiedenen Gattungen von Tat-

⁷⁰ BGH NStZ 2006, 34 f.; 288 (290).

⁷¹ Vgl. Puppe, in: Nomos Kommentar (Anm. 4), §§ 28/29 Rdn. 27 ff.; Küper, JZ 2006, 1157 (1165 f.); Schneider, in: Münchener Kommentar (Anm. 3), vor §§ 211 ff. Rdn. 139; Jähnke, in: LK (Anm. 8), vor § 211 Rdn. 43; Horn, in: SK StGB, Stand 2000, § 211 Rdn. 25 ff.

⁷² So in der Tendenz in einem obiter dictum BGH JZ 2006, 629 (632) = NJW 2006, 1008 (1012 f.).

⁷³ Neumann (Anm. 45), S. 643 (652).

⁷⁴ Hoyer (Anm. 1), § 28 Rdn. 9 ff., will sie dem § 29 unterstellen, um sie mit den strafbegründenden Schuldmerkmalen gleich zu behandeln. Da wir strafbegründende Schuldmerkmale nicht anerkennen, entfällt für uns dieses Argument. Im Übrigen läuft es auf das Gleiche hinaus, ob man die Anwendbarkeit eines schulderhöhenden Merkmals auf den Teilnehmer, der es nicht erfüllt, dem § 28 Abs. 2 entnimmt oder dem § 29.

bestandsmerkmalen, die Voraussetzung einer solchen konsequenten Durchführung der limitierten Akzessorietät sind, ergeben sich aus dem Tatprinzip, dem Schuldprinzip und dem Willkürverbot.

Das Willkürverbot schließt es aus, die Strafbarkeit eines Täters von Merkmalen abhängig zu machen, die weder das Unrecht, noch die Schuld der Tat charakterisieren, sondern bloß den Tatbestand typisieren sollen oder auf der Annahme beruhen, dass bestimmte Personen besonders präventionsbedürftig seien. Es gibt keine wertfreien Typisierungsmerkmale oder Präventionsmerkmale. Jedes Tatbestandsmerkmal beschreibt entweder das Unrecht oder die Schuld oder beides. Die sog. Eigenhändigkeit ist weder ein Unrechts- noch ein Schuldmerkmal und daher kein legitimes Tatbestandserfordernis.

Es gibt nur drei Arten von Tatbestandsmerkmalen: Die Unrechtsmerkmale, die Schuldmerkmale und aus Unrecht- und Schuldmerkmalen gemischte Merkmale. Persönliche Unrechtsmerkmale sind vor allem der Vorsatz und die überschießenden Innentendenzen. Sie sind nach dem Grundsatz der Gemeinsamkeit des Unrechts vollakzessorisch. Reine Schuldmerkmale bezeichnen Gesinnungen und Motivationen zur Tat. Sie sind nach dem Grundsatz jedem nach seiner Schuld nonakzessorisch. Aus dem Tatprinzip ergibt sich, dass solche Merkmale nur strafschärfende oder strafmildernde, niemals aber strafbegründende sein können. Sie sind gemäß § 28 Abs. 2 nonakzessorisch. Die gemischten höchstpersönlichen Merkmale sind besondere Pflichtenstellungen des Täters. Sie sind gemäß den beiden Grundsätzen der Unrechtsgemeinschaft und der Schuldtrennung semiakzessorisch nach § 28 Abs. 1 zu behandeln.

Ein und dasselbe Pflichtmerkmal kann nicht in verschiedenen Tatbeständen mal als strafbegründendes und mal als strafschärfendes auftreten. Ob ein Merkmal ein strafbegründendes oder strafschärfendes ist, hängt nicht allein von seiner systematischen Stellung im Gesetz ab, also davon, ob es eine *lex generalis* für den Fall gibt, dass das persönliche Merkmal fehlt, sondern auch von seinem materiellen Gehalt. Dieser ist bei allen Sonderdelikten von gleicher Art. Sonderpflichtmerkmale sind daher stets strafbegründende, es gibt keine unechten Amtsdelikte.

Zusammenfassen lässt sich unser Ergebnis in drei negativen universalen Urteilen:

1. Es gibt keine eigenhändigen Delikte.
2. Es gibt keine unechten Amtsdelikte.
3. Es gibt keine strafbegründende Schuldmerkmale.