

§ 30: Akzessorietät und Akzessorietätslockerungen

I. (Limitierte) Akzessorietät der Teilnahme

Wie gesehen setzen sowohl die Anstiftung als auch die Beihilfe die Existenz einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat voraus. Somit verhält sich die Teilnahme akzessorisch zur Haupttat, d.h. eine Teilnahme ist vom Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat abhängig. Da es nicht notwendig ist, dass die Haupttat auch schuldhaft verwirklicht wurde (siehe hierzu der ausdrückliche Wortlaut von § 26 StGB bzw. § 27 I StGB sowie § 29 StGB), spricht man insoweit vom Grundsatz der *limitierten Akzessorietät* (vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 868, 874; *Rengier* AT § 45 Rn. 13 ff.).

Grundsätzlich wird bei der Teilnahme nach Akzessorietätsregeln zugerechnet: Das Ausmaß der Teilnehmerstrafbarkeit bestimmt sich somit nach der Haupttat (*Joecks/Jäger* § 28 Rn. 3). Dem Teilnehmer können alle Umstände der Haupttat zugerechnet werden, von denen er Kenntnis hat.

Bsp.: Liefert der Gehilfe (G) dem Täter (T) einen Dietrich in Kenntnis des von T geplanten Wohnungseinbruchsdiebstahls, kann G auch dann wegen Beihilfe zum Wohnungseinbruchsdiebstahl (§§ 242 I, 244 I Nr. 3, 27 I StGB) bestraft werden, wenn er selbst gar nicht in die Wohnung eingebrochen ist.

II. Akzessorietätslockerungen

Ausnahmen von der Akzessorietät enthalten die §§ 28 f. StGB. Dabei bezieht sich § 29 StGB auf Schuldmerkmale, während § 28 StGB die Akzessorietät im Hinblick auf das Unrecht durchbricht.

1. Grundsatz der Schuldunabhängigkeit (§ 29 StGB)

Gem. § 29 StGB ist jeder Beteiligte (Täter oder Teilnehmer) ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld zu bestrafen. Entschuldigungs-, Schuldausschließungs- oder Schuldmilderungsgründe gelten somit nur für den einzelnen Beteiligten, in dessen Person sie vorliegen. Im Rahmen der Schuld findet somit keine Zurechnung zwischen den Beteiligten statt.

An der „vollen“ Strafbarkeit eines Täters, in dessen Person keine schuldrelevanten Defizite bestehen, ändert es daher nichts, wenn sein Mittäter nach § 20 StGB schuldunfähig war und/oder der Anstifter zur Tat in einem – auch vermeidbaren – Verbotsirrtum (§ 17 StGB) gehandelt hat und/oder nach §§ 33, 35 StGB entschuldigt war.

2. Akzessorietätslockerung im Bereich der Unrechtsmerkmale gem. § 28 StGB

Im Bereich des Unrechts wird das von einem Beteiligten begangene Unrecht dagegen den anderen Beteiligten grundsätzlich zugerechnet. In der Konsequenz werden alle Beteiligten grundsätzlich aus demselben Strafraum bestraft (Ausnahme stets bei der Beihilfe gem. §§ 27 II, 49 I StGB). § 28 StGB bringt hier eine

Lockerung der Akzessorietät im Hinblick auf *besondere persönliche Merkmale* mit sich, so dass ein bestimmter Beteiligter nach einem anderen – strengeren oder milderem – Strafraumen zur Verantwortung gezogen werden kann als weitere Beteiligte.

Gem. § 28 I StGB ist daher z.B. ein Privatmann nur aus dem nach § 49 I StGB gemilderten Strafraumen des § 339 StGB strafbar, wenn er einen Richter zur Rechtsbeugung anstiftet. Denn dem Anstifter selbst fehlt als Privatmann die besondere persönliche Eigenschaft „Richter“. Zwar greift auch der Anstifter hier mittelbar die Rechtspflege an, er selbst kann das zusätzliche, in dem Verstoß gegen die vornehmste Pflicht des Richteramts liegende Unrecht jedoch selbst nicht verwirklichen. Das Gesetz trägt diesem Umstand durch eine Milderung der Strafe gem. §§ 28 I, 49 I StGB Rechnung. § 28 I StGB (und nicht etwa § 28 II StGB) ist hier einschlägig, da es sich bei § 339 StGB um ein sog. „echtes Sonderdelikt“ handelt. Die besondere persönliche Eigenschaft „Richter“ schärft die Strafe nicht nur, sondern begründet sie erst (ausführlich hierzu KK 852 ff.).

a) **Besondere persönliche Merkmale**

Für den Begriff des „besonderen persönlichen Merkmals“ verweist § 28 I StGB auf § 14 I StGB. Dort werden die besonderen persönlichen Merkmale als „besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse und Umstände“ (allerdings kaum) genauer erläutert:



Besondere persönliche Eigenschaften sind untrennbar mit der Person eines Menschen verbundene Merkmale geistiger, körperlicher oder rechtlicher Art; Bsp.: Alter und Geschlecht (vgl. § 184 I StGB: nur Männer können sich wegen Exhibitionismus strafbar machen).

Besondere persönliche Verhältnisse sind solche, die die äußeren Beziehungen einer Person zu anderen Menschen, Institutionen oder Sachen kennzeichnen (Sch/Sch/Heine/Weißer § 28 Rn. 13); Bsp.: Amtsträger- oder Soldateneigenschaft (vgl. §§ 331 ff. StGB).

Besondere persönliche Umstände stellen alle übrigen Merkmale dar, die einen Bezug zur Person des Täters haben (Sch/Sch/Heine/Weißer § 28 Rn. 14); Bsp.: Gewerbsmäßigkeit (vgl. § 243 I 2 Nr. 3 StGB).

b) Tat- und Täterbezogenheit des besonderen persönlichen Merkmals

Mit dem Vorliegen eines besonderen persönlichen Merkmals hat es i.R.d. § 28 StGB jedoch noch nicht sein Bewenden: Weiterhin ist nach h.M. (Kühl AT § 20 Rn. 154; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 877; Kindhäuser/Zimmermann AT § 38 Rn. 26 ff.; Rengier AT § 46 Rn. 13 ff.) zu klären, ob das jeweilige besondere persönliche Merkmal tat- oder täterbezogen ist. § 28 StGB erfasst nur *täterbezogene* Merkmale. Hinsichtlich tatbezogener Merkmale gelten die üblichen Akzessorietätsregeln (MüKo/Joecks/Scheinfeld § 28 Rn. 16).

 Ein Merkmal ist *tatbezogen*, wenn es nur das objektiv verwirklichte bzw. zu verwirklichende Unrecht subjektiv widerspiegelt (Kindhäuser/Zimmermann AT § 38 Rn. 27).

Dagegen ist ein Merkmal *täterbezogen*, wenn es sich nicht auf das objektive Unrecht der Tat bezieht (Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 876; Kindhäuser/Zimmermann AT § 38 Rn. 28).

Die Abgrenzung zwischen tat- und täterbezogenen Merkmalen ist nicht immer einfach. Weil sich die Einordnung des Merkmals nach dessen Funktion innerhalb des Tatbestands richtet, ist es noch nicht gelungen, ein zweifelsfreies allgemeingültiges Unterscheidungskriterium zu entwickeln (Wessels/Beulke/Satzger AT

Rn. 877; *Rengier* AT § 46 Rn. 16 ff.). Auf die Einordnung konkreter Merkmale kann daher umfassend nur im BT näher eingegangen werden. Als ersten Überblick ordnet die h.M. wichtige Merkmale jedoch wie folgt zu:

Täterbezogen	Tatbezogen
Mordmerkmale gem. § 211 II Gr. 1 und 3 StGB (BGHSt 22, 375 [378]; NK/ <i>Saliger</i> § 211 Rn. 112).	Mordmerkmale gem. § 211 II Gr. 2 StGB (BGHSt 24, 106 [108]; <i>Fischer</i> StGB § 28 Rn. 6b).
„ihm anvertraut“ in § 246 II StGB (<i>Joecks/Jäger</i> § 246 Rn. 35; <i>Rengier</i> AT § 46 Rn. 17).	Bewaffnung eines Tatbeteiligten z.B. in § 250 II Nr. 1 StGB (<i>Fischer</i> StGB § 28 Rn. 6b).
Amtsträgereigenschaft, z.B. in § 340 StGB (<i>Kindhäuser/Hilgendorf</i> LPK § 340 Rn. 1; <i>Rengier</i> AT § 46 Rn. 17).	Unfallbeteiligung in § 142 StGB (Lackner/Kühl/ <i>Heger/Heger</i> § 28 Rn. 6).
Vermögensbetreuungspflicht in § 266 StGB (<i>Fischer</i> StGB § 266 Rn. 186; <i>Rengier</i> AT § 46 Rn. 17).	Zueignungsabsicht bei §§ 242, 249 StGB (Lackner/Kühl/ <i>Heger/Heger</i> § 28 Rn. 6; <i>Rengier</i> AT § 46 Rn. 20).

Garantenstellung bei unechten Unterlassungsdelikten (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 876; BGH NJW 2021, 1767 [1768 f.] für die Garantenstellung kraft Ingerenz).

Bereicherungsabsicht bei §§ 263, 253 StGB (vgl. BeckOK-StGB/*Kudlich* § 28 Rn. 13).

c) Strafbegründende und strafmodifizierende persönliche Merkmale

§ 28 StGB unterscheidet zwischen strafbegründenden (Abs. 1) und strafmodifizierenden (Abs. 2) besonderen persönlichen Merkmalen.

aa) Strafbegründende persönliche Merkmale

Fehlen bei einem Beteiligten besondere persönliche Merkmale, die strafbegründend wirken, so ist dessen Strafe gem. § 28 I StGB nach Maßgabe von § 49 I StGB zu mildern. Der Teilnehmer wird wegen des gleichen Delikts wie der Haupttäter bestraft; der diesem Delikt zu entnehmende Strafraum ist jedoch nach Maßgabe von § 49 I StGB zu mildern.

Bsp.: *Privatmann A stiftet Richterin T zur Rechtsbeugung (§ 339 StGB) an, die T tatsächlich begeht.* T ist als Richterin wegen Rechtsbeugung gem. § 339 StGB strafbar. In der Person des A liegt das besondere persönliche Merkmal der Richterstellung nicht vor. Dieses Merkmal wirkt strafbegründend, da ein Privatmann, der das Recht „beugt“ nicht tatbestandsmäßig handelt. A ist daher zwar wegen Anstiftung

zur Rechtsbeugung gem. §§ 339, 26 StGB strafbar. Seine Strafe ist jedoch wegen des Fehlens des strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmals gem. §§ 28 I, 49 I StGB zu mildern.

Übersicht: Die Vorschrift des § 28 I StGB

Täter = Amtsträger	Teilnehmer = Privatmann
I. Tatbestand: § 339 StGB	I. Tatbestand: § 339 StGB
II. Rechtswidrigkeit: (+)	II. Rechtswidrigkeit: (+)
III. (eigene) Schuld: (+)	III. (eigene) Schuld: (+)
IV. Ergebnis: § 339 StGB (+)	IV. Strafzumessung: Milderung gem. §§ 28 I, 49 I StGB
	V. Ergebnis: §§ 339, 26 StGB (+)

bb) Strafmodifizierende persönliche Merkmale

In § 28 II StGB bestimmt das Gesetz, dass besondere persönliche Merkmale, die die Strafe modifizieren, d.h. sie schärfen, mildern oder ausschließen, nur für den Beteiligten gelten, bei dem sie vorliegen. Damit ermöglicht § 28 II StGB eine *Tatbestandsverschiebung*: Während ein Beteiligter aufgrund des Vorliegens eines strafmodifizierenden besonderen persönlichen Merkmals wegen eines bestimmten Delikts strafbar sein kann, kann ein anderer Beteiligter, der dieses Merkmal in seiner Person nicht aufweist, wegen Beteiligung an einem anderen Delikt strafbar sein.

Bsp.: Privatmann A stiftet den Amtsträger T zur Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB) an, die T tatsächlich begeht. T ist als Amtsträger nach § 340 StGB wegen Körperverletzung im Amt strafbar. In der Person des A liegt das besondere persönliche Merkmal der Amtsträgereigenschaft nicht vor. Dieses Merkmal wirkt gegenüber § 223 StGB strafscharfend (h.M., vgl. Fischer StGB § 340 Rn. 6; Lackner/Kühl/Heger/Heger § 340 Rn. 1, 6), da T auch beim Handeln als Privatmann nicht straflos wäre. Somit kommt es bei der Beurteilung der Strafbarkeit des A zu einer Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II StGB. A ist daher nicht wegen Anstiftung zur Körperverletzung im Amt gem. §§ 340, 26 StGB strafbar, sondern vielmehr wegen Anstiftung zur (einfachen) Körperverletzung nach §§ 223, 26 StGB. Folglich ist auch der Strafrahmen zur Bestrafung des A dem § 223 StGB zu entnehmen.

Selbstverständlich ist eine Tatbestandsverschiebung genauso gut in die andere Richtung möglich. Wenn also der Amtsträger (A) einen Privatmann (T) zur Körperverletzung anstiftet, kann sich der Amtsträger wegen § 28 II StGB auch dann gem. §§ 340, 26 StGB strafbar machen, wenn beim Täter „nur“ eine (einfache) Körperverletzung gem. § 223 StGB vorliegt.

Auch eine mehrfache Tatbestandsverschiebung ist möglich. Diese kommt insb. dann in Betracht, wenn man mit der h.L. den Mord als Qualifikation des Totschlags ansieht (siehe dazu KK 857 f.) und bei Anstifter und Täter verschiedene täterbezogene Mordmerkmale vorliegen.

A stiftet die T aus Habgier an die O zu töten. T selbst handelt nicht habgierig, allerdings liegt bei ihr das Mordmerkmal „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“ vor.

T ist strafbar wegen Mordes zur Befriedigung des Geschlechtstriebes strafbar. Bei A fehlt das täterbezogene Mordmerkmal der Befriedigung des Geschlechtstriebes, sodass es zu einer *ersten Tatbestandsverschiebung*, gem. § 28 II StGB (hin zu § 212 StGB) kommt. Allerdings hat A das täterbezogene Merkmal der Habgier verwirklicht. Somit kommt es zu einer *zweiten Tatbestandsverschiebung*. Im Ergebnis ist A wegen Anstiftung zum Mord gem. §§ 212, 211, 26 StGB zu bestrafen.

Übersicht: Die Vorschrift des § 28 II StGB

Beteiligter 1 = Amtsträger	Beteiligter 2 = Privatmann
I. Tatbestand: § 340 StGB	I. Tatbestand: §§ 340, 26 StGB
II. Rechtswidrigkeit: (+)	II. Tatbestands-Verschiebung, § 28 II StGB: aus § 340 StGB wird § 223 StGB
II. Rechtswidrigkeit: (+)	III. Rechtswidrigkeit: (+)
III. (eigene) Schuld: (+)	IV. (eigene) Schuld: (+)
IV. Ergebnis: § 340 StGB (+)	V. Ergebnis: §§ 223, 26 StGB (+)

cc) Das Verhältnis von § 28 I StGB zu § 28 II StGB

Ob bei einem besonderen persönlichen Merkmal Abs. 1 oder Abs. 2 von § 28 StGB Anwendung findet, hängt also davon ab, ob diesem Merkmal *strafbegründende* oder *strafmodifizierende* Wirkung zukommt. Ob ein Merkmal strafbegründend oder strafmodifizierend wirkt, entscheidet sich insbesondere danach, wie man das Verhältnis in Betracht kommender Delikte zueinander sieht. Die Bestimmung des systematischen Verhältnisses kann somit Folgeprobleme nach sich ziehen, wie dies insbesondere im Hinblick auf die Tötungsdelikte der Fall ist (Einzelheiten dazu im BT):

- Sieht man § 211 StGB und § 212 StGB wie die Rspr. (BGHSt 1, 368; 22, 375; 50, 1) als *zwei selbstständige Tatbestände* an, so wirken die Mordmerkmale strafbegründend. Hinsichtlich der Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe (diese sind täterbezogene besondere persönliche Merkmale) kann danach allein § 28 I StGB einschlägig sein. Wenn A also T zur Tötung des O anstiftet und T aus Habgier handelt, A aber nicht, ist A trotz fehlender eigener Habgier wegen Anstiftung zum Mord (§§ 211, 26 StGB) strafbar. Für ihn kommt nur eine Strafmilderung nach §§ 28 I, 49 I in Betracht.
- Sieht man § 211 StGB dagegen mit der ganz h.L. (vgl. nur Lackner/Kühl/Heger/Heger Vor § 211 Rn. 22; Joecks/Jäger Vor § 211 Rn. 6 ff.; MüKo/Schneider Vor §§ 211 ff. Rn. 184, 189 f.) als *Qualifikation* des Grundtatbestands des § 212 StGB, so kommt den Mordmerkmalen eine gegenüber § 212 StGB strafschärfende Wirkung zu. Danach ist hinsichtlich der Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe § 28 II StGB einschlägig. Wenn A den T zur Tötung des O anstiftet und T aus Habgier handelt, A aber nicht, kommt es für A demnach zu einer Tatbestandsverschiebung. Weil er selbst nicht aus Habgier handelt, ist er nur wegen Anstiftung zum Totschlag (§§ 212, 26 StGB) strafbar.

Ferner gilt es einen weiteren Unterschied zwischen den Absätzen zu beachten: § 28 I StGB bezieht sich lediglich auf „Teilnehmer“, also Anstifter und Gehilfen. Demgegenüber ist § 28 II StGB mit dem Begriff des „Beteiligten“ weiter formuliert. Er ist daher auf Täter und Teilnehmer anwendbar.

Zum Gutachtenaufbau:

- § 28 I StGB ordnet eine Strafmilderung an. Die Vorschrift ist daher nach der Schuld auf *Strafzumessungsebene* anzusprechen.
- § 28 II StGB bewirkt dagegen eine Tatbestandsverschiebung. Die Norm ist somit nach dem Tatbestand als *Tatbestandsannex* anzusprechen.

3. Verhältnis des § 28 StGB zu § 29 StGB

Zum unbestrittenen Anwendungsbereich des § 28 StGB gehören alle besonderen persönlichen Unrechtsmerkmale. Unbestritten ist auch, dass § 29 StGB jedenfalls die Schuld im eigentlichen Sinne betrifft, d.h. die Schuldaußschließungs- und Entschuldigungsgründe des AT erfasst. Umstritten ist dagegen die Zuordnung der speziellen, in den Tatbeständen des BT enthaltenen Schuldmerkmale.

Bsp.: A stiftet T zu einer Straßenverkehrgefährdung nach § 315c I Nr. 2 StGB an. Dabei ist A – anders als T – nicht von Rücksichtslosigkeit beseelt.

Ob das spezielle Schuldmerkmale der Rücksichtslosigkeit § 28 StGB oder § 29 StGB zuzuordnen ist, ist umstritten.

- Nach einer Mindermeinung (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 880; *Jescheck/Weigend* S. 659) sind alle Schuldmerkmale – allgemeine wie spezielle – nach § 29 StGB zu behandeln.
 - ✚ Umfassender Wortlaut des § 29 StGB, der nicht zwischen allgemeinen und speziellen Schuldmerkmalen differenziert.
 - ✚ Sollten spezielle Schuldmerkmale von § 28 StGB statt § 29 StGB erfasst sein, müsste man § 28 StGB als *lex specialis* gegenüber § 29 StGB im Hinblick auf besondere persönliche Merkmale verstehen. Entgegen allgemeiner Systematik stünde dann aber die speziellere Vorschrift vor der *lex generalis*.
 - Dieser Grundsatz wird vom StGB – wenn auch jeweils nicht unbestritten – aber auch an anderer Stelle verlassen (z.B. §§ 211, 212; 249, 255 StGB).
- Nach h.M. (BGHSt 17, 215 [217]; 22, 375 [378]; *Roxin* AT II § 27 Rn. 11 ff.; *Lackner/Kühl/Heger/Heger* § 28 Rn. 1; *Sch/Sch/Heine/Weißer* § 28 Rn. 4) sind alle speziellen Schuldmerkmale nach § 28 StGB zu behandeln; § 29 StGB erfasst danach lediglich die Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe des AT.
 - ✚ Die Mindermeinung gelangt zu einer unangemessenen Straflosigkeit des Beteiligten, der die beim Täter vorausgesetzten strafbegründenden speziellen Schuldmerkmale nicht aufweist. So wäre A im Bsp. straflos. Da er das geschützte Rechtsgut jedoch mittelbar angegriffen hat und der Strafgrund der Teilnahme verwirklicht ist, darf er insoweit nicht straffrei ausgehen. Dem Fehlen des speziellen Schuldmerkmals in seiner Person kann durch die Anwendung von §§ 28 I, 49 I StGB und die daraus folgende zwingende Strafmilderung hinreichend Rechnung getragen werden.

- Die Lösung stellt den Teilnehmer schlechter als den Täter: Hätte der fragliche Beteiligte die Tat als Täter begangen, wäre er wegen Fehlens des speziellen Schuldmerkmals straflos; dagegen ist er als Teilnehmer an der Tat – wenn auch nach §§ 28 I, 49 StGB vermindert – strafbar, wenn er das spezielle Schuldmerkmal nicht aufweist.
- + Dieses Argument verfängt nicht, da dieses Ergebnis Folge eines allgemeinen Prinzips ist, denn § 28 I StGB gilt für alle strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmale und nicht allein für strafbegründende Schuldmerkmale. So kann z.B. der Privatmann zwar nicht Täter einer Rechtsbeugung (§ 339 StGB) sein, gleichwohl aber – nach §§ 28 I, 49 I StGB in der Strafe gemildert – wegen Anstiftung in der Teilnehmerrolle strafbar sein.

Abschließend gilt es, sich die Relevanz dieses Meinungsstreits klarzumachen. Denn Auswirkungen auf das Ergebnis hat der Streit nur im Bereich der strafbegründenden, nicht aber der strafmodifizierenden speziellen Schuldmerkmale: So wäre es im oben genannten Bsp., denn die Rücksichtslosigkeit ist ein strafbegründendes spezielles Schuldmerkmal.

- Folgt man der h.M., wäre § 28 I StGB einschlägig. A wäre wegen Anstiftung zur Gefährdung des Straßenverkehrs strafbar, wobei seine Strafe gem. §§ 28 I, 49 I StGB zu mildern ist.
- Folgt man dagegen der Mindermeinung, wäre § 29 StGB der richtige Zugriff. Da A das spezielle Schuldmerkmal der Rücksichtslosigkeit fehlt, wäre er straflos.

Handelt es sich dagegen um ein die Strafe schärfendes Merkmal, hat der Meinungsstreit keine Relevanz, denn egal ob § 28 II oder § 29 StGB angewandt wird, ist das Ergebnis identisch.

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Was ist das Limitierte an der limitierten Akzessorietät?
- II. Wie ist das Mordmerkmal der Heimtücke vor dem Hintergrund der §§ 28, 29 StGB zu charakterisieren?

Lernhinweis **Multiple-Choice-Test:**

Wenn Sie Ihr Wissen und Ihren Lernfortschritt spielerisch überprüfen möchten, versuchen Sie sich doch einmal am Multiple-Choice-Test auf unserer Homepage. Zum nun behandelten Lernfeld Teilnahme finden Sie dort 12 am Vorlesungsstoff orientierte Fragen mit unterschiedlichem Schwierigkeitsgrad und kommentierten Lösungen zum Durchklicken und Punktesammeln. <https://strafrecht-online.org/quiz/>

***Hinweis:** Aufgrund technischer Probleme können Sie die MCT-Fragen aktuell leider nur als eingeloggte:r Nutzer:in beantworten. Ein entsprechendes Nutzer:innenkonto lässt sich jedoch völlig kostenlos mit wenigen Klicks erstellen.*