

Zur Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB auf die Aussagedelikte der §§ 153 ff. StGB

Zugleich eine Besprechung von BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23 (LG Oldenburg)*

*Wiss. Mitarbeiter Yusef Mansouri, Bayreuth***

I. Sachverhalt und Einführung in die Problematik	888
1. Der Grundsatz der limitierten Akzessorietät	890
2. Die Regelung des § 28 StGB und ihre Folgen	890
3. Der Anwendungsbereich des § 28 StGB im Besonderen	891
a) § 14 StGB als Ausgangspunkt?	892
b) Besondere „persönliche“ Merkmale	893
c) „Besondere“ persönliche Merkmale	893
aa) Einheitslösung	894
bb) Differenzierende Auffassungen (insb. qualifizierte Pflichtenstellungen)	894
cc) Tat- und Täterbezogene Merkmale	895
II. Entscheidung des Senats	896
III. Würdigung	897
1. Wortlaut	897
2. Historie	898
3. Systematik	898
a) Drohender Widerspruch in der Binnensystematik der §§ 153 ff. StGB	898
b) Strafrahmendiskrepanz zu § 160 StGB	899
4. Schutzrichtung der §§ 153, 154 StGB	900
IV. Fazit	901

I. Sachverhalt¹ und Einführung in die Problematik

Die Vorschrift des § 28 StGB lernen Studierende meist im Zusammenhang mit Tötungsdelikten kennen, angesprochen werden hier in der Regel Beteiligungsfragen rund um §§ 211, 212 StGB. Sie spielt

* Der Beschluss ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=12288&nr=137633&pos=0&anz=1368> sowie abgedruckt in NJW 2024, 2268 m. Bespr. *Stephan/Zurmussen*, KriPoZ 2024, 317; *Gerson*, JR 2024 (im Erscheinen).

** Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und IT-Strafrecht von Prof. Dr. *Christian Rückert* an der Universität Bayreuth.

¹ Die Darstellung des Sachverhalts beruht auf der Pressemitteilung Nr. 27/21 des LG Aurich, abrufbar unter

dort eine nicht unerhebliche Rolle. Nunmehr musste sich der BGH erneut² zur Frage eines „besonderen persönlichen Merkmals“ äußern. Der Fall ist nicht nur mit Blick auf die materiell-rechtliche Kernfrage – die Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 StGB auf § 153 StGB – interessant, sondern auch wegen seiner vorherigen „prozessuale Sprünge“:

Ursprünglich hat das LG Aurich den Angeklagten V mit Urteil vom 3.6.2021³ wegen Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage in Tateinheit mit Strafvereitelung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. V wurde vorgeworfen, als Verteidiger in einem Strafverfahren vor dem AG Aurich im Rahmen eines persönlichen Gespräches einen Zeugen dahingehend erfolgreich beeinflusst zu haben, dass dieser im Rahmen seiner Zeugenaussage vor Gericht bewusst falsche Angaben machte, die letztlich zum Freispruch des von V verteidigten Angeklagten führten. Ein solcher Vorwurf kann nicht nur strafrechtliche, sondern auch anwaltsberufsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen (§§ 113 Abs. 1, 114 Abs. 1 BRAO), die bei der Bemessung der zu verhängenden Strafe (§ 46 Abs. 1 StGB) in der Regel strafmildernd einzustellen sind. Diese Feststellungen hatte das LG Aurich vermessen lassen, weshalb der BGH hinsichtlich des Strafausspruchs das Urteil aufgehoben und an eine neue Strafkammer verwiesen hat.⁴ Die dritte Strafkammer des LG Aurich hatte sodann Feststellungen über dem V drohende anwaltsgerichtliche Maßnahmen treffen können und dies in der Strafzumessung berücksichtigt, ihn jedoch überraschenderweise – ohne weitere Begründung – zur selben Strafe verurteilt.⁵ „Überraschenderweise“ deshalb, weil es der gefestigten Rechtsprechung entspricht, dass das Tatgericht nach Aufhebung des ursprünglichen Urteils seine erneute Entscheidung eingehend begründen muss, wenn es Umstände feststellt, die die Tat in einem milderem Licht erscheinen lassen, es dennoch aber der Höhe nach auf dieselbe Strafe erkennen will.⁶ Der BGH machte nach Bemängelung dieses Umstandes von der Zurückweisung an ein anderes Landgericht desselben Landes Gebrauch (§ 354 Abs. 2 Alt. 2 StPO), weshalb nun das LG Oldenburg zur Entscheidung berufen war. Dieses hat schließlich unter anderem strafmildernd das inzwischen gegen V eingeleitete anwaltsgerichtliche Verfahren berücksichtigt und ihn zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde (was wegen § 358 Abs. 2 StPO und § 56 Abs. 2 StGB zu erwarten war).⁷ Die hiergegen eingelegte und auf die Sachrüge gestützte Revision gegen den allein in Rede stehenden Strafausspruch blieb erneut ohne Erfolg. Das LG Oldenburg habe insbesondere fehlerfrei den Strafraum aus §§ 153, 26 StGB zu Grunde gelegt, ohne dass eine Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB angezeigt gewesen wäre.⁸

Es lohnt sich, sich die hinter § 28 StGB stehenden Grundprinzipien in gebotener Kürze in Erinnerung zu rufen (hierzu 1.), bevor nach ebenso kurzem Überblick der Systematik und Rechtsfolgen des § 28 StGB (hierzu 2.) auf das eigentliche Kernproblem – die Abgrenzung zwischen tat- und täterbezo-

<https://www.landgericht-aurich.niedersachsen.de/aktuelles/presseinformationen/neu-beginnende-erstin-stanzliche-strafverfahren-kw-20-200407.html> (18.9.2024) sowie auf den Urteilsgründen des damit im Nachgang befassten LG Oldenburg, vgl. LG Oldenburg, Urt. v. 15.8.2023 – 3 Kls 410 Js 11816/20 (14/23) = BeckRS 2023, 48256 Rn. 13 ff.

² Eine vergleichbare Fragestellung hatte der BGH zuletzt für die Ingerenz-Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (§ 13 StGB) zu klären, vgl. BGH, Beschl. v. 24.3.2021 – 4 StR 416/20, Rn. 15 ff. = BGHSt 66, 66 (71 ff.) mit umfangreichen Nachweisen zu den einzelnen Auffassungen; Besprechung bei Kudlich, JA 2021, 606.

³ LG Aurich, Urt. v. 3.6.2021 – 11 Kls 45/20 (unveröffentlicht).

⁴ BGH, Beschl. v. 8.3.2022 – 3 StR 398/21.

⁵ LG Aurich, Urt. v. 19.9.2022 – 11 Kls 45/20 (unveröffentlicht).

⁶ BGH, Beschl. v. 11.1.2023 – 3 StR 445/22, Rn. 4 m.w.N. (juris).

⁷ LG Oldenburg, Urt. v. 15.8.2023 – 3 Kls 410 Js 11816/20 (14/23) = BeckRS 2023, 48256.

⁸ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23.

genen besonderen Merkmalen und die Anwendbarkeit auf die Tatbestände des Besonderen Teils (hierzu 3.) – näher eingegangen wird. Anschließend wird die Entscheidung des *Senats* (hierzu II.) einer kritischen Würdigung unterzogen (hierzu III.).

1. Der Grundsatz der limitierten Akzessorietät

Ausgangspunkt ist die im Gesetz bereits früh⁹ angelegte Grundregel, dass sich die Strafe eines Teilnehmers (Anstifter oder Gehilfe, §§ 26 f. StGB) grundsätzlich nach dem vom Haupttäter verwirklichten Unrecht richtet, d.h. er wird aus dem Tatbestand bestraft, den der Täter verwirklicht. Weil die Teilnahme aus Gründen einer sonst drohenden Ausuferung der Teilnehmerbestrafung¹⁰ an das tatsächliche Vorliegen einer Straftat anknüpft, ist sie „akzessorisch“, sie hängt also von der Begehung einer (mindestens versuchten) Tat ab. Das Gesetz kennt bei genauer Betrachtung zwei „Lockerungen“ dieser Akzessorietäts-Logik: Die erste besteht darin, dass die Haupttat nur vorsätzlich rechtswidrig (nicht zwingend: auch schuldhaft) zu sein braucht, die Akzessorietät also nicht „streng“¹¹, sondern „begrenzt abhängig“ verstanden wird – sog. limitierte Akzessorietät der Teilnahme.¹² Das ergibt sich heute unter anderem aus §§ 26, 27 StGB und § 29 StGB.

2. Die Regelung des § 28 StGB und ihre Folgen

Die zweite – für den hier in Rede stehenden Fall bedeutende – Lockerung findet sich in § 28 StGB. Verlangt die Verwirklichung eines Tatbestandes „besonderes Unrecht“ bzw. „besondere Schuld“, und liegt jenes bzw. jene bei nur einem von mehreren Beteiligten vor, so scheint es nach der gesetzgeberischen Konzeption unbillig, demjenigen, der sich an der Tat beteiligt und zugleich diese Merkmale nicht aufweist, in vollem Umfang haften zu lassen.¹³ Hier setzt § 28 StGB mit der Lösung einer „gegenakzessorischen Rechtsregel“¹⁴ ein. Ein Blick auf die Systematik zeigt:

Nach § 28 Abs. 1 StGB wird die Strafe des Teilnehmers – in Abweichung vom Grundsatz, dass sich seine Strafe am vom Täter verwirklichten Unrecht richtet – nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert¹⁵, wenn ihm ein besonderes persönliches Merkmal, das die Strafbarkeit des Täters begründet, fehlt. Dabei handelt es sich um eine auf Gerechtigkeitserwägungen beruhende¹⁶ Lockerung auf Strafzumessungsebene.¹⁷ Relevant wird dies vor allem (aber nicht nur¹⁸) bei Sonderdelikten. Hierunter sind sol-

⁹ Historisch zur Entwicklung der Akzessorietät der Teilnahme insbesondere im 19. Jahrhundert *Schlutter*, Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme, 1941.

¹⁰ *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, Vor §§ 26 ff. Rn. 4.

¹¹ Zur „strengen Akzessorietät“ der Teilnahme etwa *Jakobs*, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 35 ff.

¹² Vgl. nur jüngst im Zusammenhang mit der Abgrenzung von (versuchter) Anstiftung und mittelbarer Täterschaft BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/2, Rn. 15 ff. = NJW 2024, 604 (606) m. Bespr. *Sinn*, ZJS 2024, 591; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 ff. Rn. 22; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vor § 26 Rn. 18 f.; *Schild/Kretschmer*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 26, 27 Rn. 10; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 868.

¹³ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 1.

¹⁴ *Herzberg*, GA 1991, 145.

¹⁵ Für die nachfolgenden Ausführungen soll die zwingende Strafmilderung aus § 27 Abs. 2 S. 2 StGB als Folge der Gehilfeneigenschaft außer Betracht bleiben. Zu Korrelationen mit § 28 StGB kann es kommen, wenn die Gehilfeneigenschaft Folge des Fehlens besonderer persönlicher Merkmale nach § 28 Abs. 1 StGB ist, hierzu BGHSt 26, 53 (54 f.).

¹⁶ *Schwerdtfeger*, Besondere persönliche Unrechtsmerkmale, 1991, S. 46 f.

¹⁷ *Murmann*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 28 Rn. 12.

¹⁸ Zu weiteren, teils umstrittenen Fallgruppen *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 56 ff.

che Delikte zu verstehen, die an eine bestimmte Eigenschaft des Täters anknüpfen.¹⁹ Das ist beispielsweise die Schweigepflichtigkeit in § 203 StGB²⁰ oder die Vermögensbetreuungspflicht in § 266 Abs. 1 StGB.²¹ Wer etwa als Nicht-Rechtsanwalt einen Rechtsanwalt zur Offenbarung eines ihm anvertrauten Geheimnisses anstiftet, kann aus §§ 203 Abs. 1, 26 StGB bestraft werden, der Strafraum ist aber gem. § 28 Abs. 1 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 Nrn. 1, 3 StGB zu mildern – er betrüge in einem solchen Fall Freiheitsstrafe von einem Monat (vgl. § 38 Abs. 2 StGB) bis zu neun Monaten oder Geldstrafe.

Nicht erst auf Strafzumessungs-, sondern bereits auf Tatbestandsebene (str.²²) wirkt es sich hingegen nach § 28 Abs. 2 StGB – günstig oder ungünstig – für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer) aus, wenn es um strafmodifizierende besondere persönliche Merkmale geht, also solche, die die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen. Die Strafmodifikation bzw. den Strafausschluss trifft in diesem Fall nur denjenigen, in dessen Person das besondere persönliche Merkmal vorliegt, im Übrigen wird die Strafe dem jeweils strengeren oder milderem Strafraum entnommen. Wer etwa als „außenstehender“ Gehilfe einer Diebesbande, d.h. ohne selbst Bandenmitglied zu sein, den übrigen Bandenmitgliedern die Tatwerkzeuge liefert, ist nicht etwa Gehilfe zu § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Denn die Eigenschaft als Bandenmitglied wirkt als besonderes persönliches Merkmal strafmodifizierend²³, sodass in diesem Beispiel der Teilnehmer an der Diebstahlstat nicht der Beihilfe zum schweren Diebstahl nach §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 27 Abs. 1 StGB, sondern der Beihilfe zum einfachen Diebstahl nach §§ 242 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen ist.

3. Der Anwendungsbereich des § 28 StGB im Besonderen

Hier wie dort ist es für § 28 StGB aber erforderlich, dass es sich bei den Merkmalen des jeweiligen Tatbestandes um „besondere persönliche Merkmale“ handelt, anderenfalls ist schon der Anwendungsbereich des § 28 StGB gar nicht erst eröffnet. Mit der Beantwortung genau dieser Frage haben es Studierende – etwa in einer strafrechtlichen Klausur – vergleichsweise selten zu tun. Denn auch der aus dem Studium bekannte und prominente Meinungsstreit um die Anwendung des § 28 StGB auf die täterbezogenen Mordmerkmale in § 211 StGB adressiert weniger das Problem, ob es sich bei diesen um besondere persönliche Merkmale des § 28 StGB handelt²⁴ als mehr die Frage, ob § 28 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB anzuwenden ist.²⁵ In hiesiger Entscheidung hatte der Senat aber Ersteres zu klären, und zwar mit Blick darauf, ob es sich bei der Zeugeneigenschaft um ein strafbegründendes

¹⁹ Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 10 Rn. 24 ff.; krit. zur Unterscheidung von Allgemein- und Sonderdelikten Walter, in: *LK-StGB*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rn. 58 ff.

²⁰ Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 203 Rn. 93.

²¹ BGH, *Beschl. v. 26.11.2015 – 3 StR 17/15*, Rn. 141 = *NJW* 2016, 2585 (2600) m. Anm. Saliger/Schweiger.

²² Zur Interpretation des § 28 Abs. 2 StGB als Tatbestandsverschiebung BGH, *Beschl. v. 14.7.2010 – 2 StR 104/10* = *NJW* 2010, 3669 m.w.N.; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 28 Rn. 27; Joecks/Scheinfeld, in: *MüKo-StGB*, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vor § 28 Rn. 10; Kudlich, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.8.2024, § 28 Rn. 21 f.; Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 28 Rn. 8; a.A. Cortes Rosa, *ZStW* 90 (1978), 413 (423), ihm folgend Hake, *Beteiligtenstrafbarkeit und besondere persönliche Merkmale*, 1994, S. 141 ff., 164; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 19 ff.

²³ Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 244 Rn. 44 m.w.N. zur inzwischen st. Rspr.; a.A. Bosch, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 28/29; Valerius, *Jura* 2013, 15 (19).

²⁴ Allg. Meinung, vgl. BGHSt 22, 375 (377); 23, 39 f.; 25, 287 (289); Saliger, in: *NK-StGB*, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 114; Heger, in: *Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 211 Rn. 16; Momsen, in: *SSW-StGB*, 6. Aufl. 2024, § 211 Rn. 92.

²⁵ Zu diesem strafrechtlichen „Problemklassiker“ beispielhaft Hillenkamp/Cornelius, *40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil*, 13. Aufl. 2020, S. 1 ff.; Wessels/Hettinger/Engländer, *Strafrecht, Besonderer Teil* 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 90 ff.; Beer, *ZJS* 2017, 536.

besonderes persönliches Merkmal handelt. Für den hier zu besprechenden Fall war § 28 Abs. 1 StGB für den Angeklagten V durchaus von Bedeutung, denn bei einer Strafrahmenermilderung nach § 28 Abs. 1 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 Nrn. 1, 3 StGB beträgt der Strafrahmen einen Monat bis drei Jahre und neun Monate (statt ein Jahr bis fünf Jahre). Wann von „besonderen persönlichen Merkmalen“ die Rede ist, ist umstritten.

Didaktischer Hinweis: Um ein strafschärfendes besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB konnte es sich von vornherein nicht handeln, da § 153 StGB den Tatbestand der Rechtspflegedelikte anführt (vgl. nur die Systematik im neunten Abschnitt) und die Strafbarkeit damit offenkundig erst begründet, ohne selbst auf einem Grundtatbestand aufzubauen. Dieser Gedanke lässt sich zwar relativieren, indem man strafschärfenden Charakter i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB²⁶ in § 154 StGB (Meineid) erblicken mag, da dieser für Zeugen und Sachverständige insoweit eine Qualifikation ist.²⁷ Andererseits handelt es sich für Nichtzeugen, etwa im Fall des Parteieids (vgl. § 452 ZPO), bei § 154 StGB um ein Grunddelikt. Gerade das macht aber ein einheitliches Verständnis von der Zeugeneigenschaft im neunten Abschnitt des StGB notwendig, anderenfalls käme es zu einer gespaltenen Anwendung des § 28 StGB (Abs. 1 einerseits, Abs. 2 andererseits) bzgl. desselben Merkmals (Zeugeneigenschaft) im Abschnitt der Delikte gegen die Rechtspflege, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen würde.

a) § 14 StGB als Ausgangspunkt?

Als erster Anker im Gesetz könnte § 14 Abs. 1 StGB dienen, verweist es doch selbst in § 28 Abs. 1 StGB auf die Vorschrift. Die Organ- und Vertreterhaftung aus § 14 Abs. 1 StGB²⁸ bewirkt im Bereich der Sonder- und Pflichtdelikte, dass ein Gesetz, nach dem besondere persönliche „Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände“ (besondere persönliche Merkmale) die Strafbarkeit begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden ist, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen. Sinn und Zweck der Regelung ist die Schließung von Strafbarkeitslücken²⁹, die sonst entstünden, weil die in § 14 Abs. 1, Abs. 2 StGB genannten Personen häufig nicht die von der Verhaltensnorm (z.B. §§ 266, 283 StGB) adressierten Sonderpflichtigen sind, die dahinterstehenden eigentlich sonderpflichtigen Rechtssubjekte (z.B. eine AG) aber mangels Handlungsqualität strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden können.³⁰ Es handelt sich damit um eine Strafausdehnung, die nicht das Rechtssubjekt, sondern das jeweilige Organ bzw. den Vertreter trifft.³¹

Darin liegt aber bereits der entscheidende Grund, warum § 14 Abs. 1 StGB für die Auslegung des § 28 StGB in Sachen „besondere persönliche Merkmale“ nur bedingt weiterhilft. Denn § 28 Abs. 1 StGB ist eine den Teilnehmer begünstigende Regelung und soll vor der „blinden“ Zurechnung besonderer persönlicher Merkmale schützen, indem er privilegierend zu einer Strafmilderung zwingt, während § 14 StGB die Zurechnung – wenngleich einschränkend³² – gerade ermöglichen soll.³³ Hat man sich die unterschiedlichen Normzwecke vergegenwärtigt, folgt hieraus, dass mit den besonderen persön-

²⁶ Für strafbegründenden Charakter grundlegend *Deichbaum*, Grenzfälle der Sonderstraftat, 1994, S. 108.

²⁷ BGHSt (GS) 8, 301 (309); *H.E. Müller*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 154 Rn. 4.

²⁸ Vgl. auch die Parallelnorm in § 9 Abs. 1 OWiG.

²⁹ Möglich sind Geldbußen nach dem OWiG, vgl. insoweit § 30 OWiG.

³⁰ *Radtke*, JR 2010, 233 (234); *Valerius*, Jura 2013, 15 (16).

³¹ *Bosch*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 14 Rn. 1; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2023, § 6 Rn. 77.

³² Ausführlich *Radtke*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 14 Rn. 58 ff.

³³ *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 68 (110 f.).

lichen Merkmalen in § 14 Abs. 1 StGB etwas anderes gemeint sein muss als in § 28 Abs. 1 StGB, denn ein- und dasselbe Merkmal kann nicht ent- und belastend zugleich sein.³⁴ Weil es letztlich um die Zurechnung von im weiten Sinn übertragbaren Merkmalen vom Vertretenen auf den Vertreter geht, muss es sich demnach um solche Pflichten handeln, die nicht höchstpersönlicher Natur sind (sog. nicht höchstpersönlich wirkende objektiv-täterschaftliche Merkmale³⁵). Wer als Geschäftsführer einer von Zwangsvollstreckung bedrohten GmbH (besonderes persönliches Merkmal ist hier die Stellung als Vollstreckungsschuldnerin als „besonderes persönliches Verhältnis“³⁶) Vermögensbestandteile veräußert, kann über § 14 Abs. 1 StGB zur Haftung aus § 288 Abs. 1 StGB herangezogen werden. Denn bei der Stellung als Vollstreckungsschuldner handelt es sich um ein Merkmal, das ohne Änderung des Pflichteninhalts auch von einem (beauftragten) Dritten wahrgenommen werden kann.³⁷

Trotz des Verweises in § 28 Abs. 1 StGB auf § 14 Abs. 1 StGB muss daher der Begriff der besonderen persönlichen Merkmale aus teleologischen Gründen unterschiedlich ausgelegt werden.³⁸ Für die damit verbundene eigene Auslegung bietet es sich an, diese Begriffs-Trias zumindest in zwei Begriffspaare zu trennen und zwischen den „persönlichen Merkmalen“ einerseits und den „besonderen Merkmalen“ weiter zu differenzieren.³⁹

b) Besondere „persönliche“ Merkmale

Wenig Wunder – weil im Wortlaut insoweit noch klar formuliert – nimmt es zunächst, dass es sich um ein Merkmal handeln muss, das personenbezogen und damit von den sachlichen Unrechtsmerkmalen (z.B. Tötung mit einem gemeingefährlichen Mittel) abzugrenzen ist.⁴⁰ Hierunter fallen persönliche Eigenschaften (z.B. Geschlecht, Alter⁴¹), persönliche Verhältnisse (z.B. Amtsträgereigenschaft, vgl. §§ 331 ff. StGB, und andere Pflichtenpositionen⁴²) und – gewissermaßen als Auffangtatbestand – die persönlichen Umstände, die weder zu den Eigenschaften noch zu oder Verhältnissen gezählt werden (z.B. die Gewerbs- oder Gewohnheitsmäßigkeit, aber auch Schwangerschaft).⁴³

c) „Besondere“ persönliche Merkmale

Welche persönlichen Unrechtsmerkmale nunmehr so „besonders“ sind, dass sie eine – auf Billigkeitserwägungen fußende – Abweichung vom Grundsatz der limitierten Akzessorietät verlangen, ist

³⁴ Gallas, ZStW 80 (1968), 1 (21 f.) m.V.a. die Arbeit von Blauth, Handeln für einen anderen nach geltendem und kommandem Strafrecht, 1968, ohne gewisse Überschneidungen gänzlich abzulehnen; ein hierin zumindest ähnliches reziprokes Verhältnis erblickend Herzberg, ZStW 88 (1976), 68 (111 ff.); a.A. Schünemann, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 14 Rn. 34.

³⁵ Schröder/Bergmann, in: Matt/Renzikowski, 2. Aufl. 2020, § 14 Rn. 16; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 14 Rn. 2; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/11.

³⁶ Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 14 Rn. 10/11.

³⁷ Gallas, ZStW 80 (1968), 1 (22).

³⁸ Das ist nicht unüblich, sondern vielmehr ein geradezu typischer Fall der „Relativität der Rechtsbegriffe“, vgl. Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 14 Rn. 8; hierzu grundlegend Demko, Relativität der Rechtsbegriffe, 2002.

³⁹ In Anlehnung an Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 28 Rn. 3 ff. – nur mit dem Unterschied, dass er sich auch (zur hier nicht weiter besprochenen) Differenzierung zwischen § 28 Abs. 1 und Abs. 2 StGB verhält (Kudlich [a.a.O.], Rn. 15 ff.); vgl. auch die umfassende Darstellung bei Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 24 ff.

⁴⁰ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 24.

⁴¹ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 28 Rn. 4.

⁴² Schünemann/Greco, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 55.

⁴³ Kudlich, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2024, § 28 Rn. 7.

eine deutlich schwieriger zu beantwortende Frage. Mit anderen Worten: Es bedarf nunmehr eines weiteren Filters der unter b) kategorisierten Merkmale. Hier können die vielen Ansätze zur Eingrenzung und Interpretation⁴⁴ nur auszugsweise und überblicksartig umrissen werden, um einen Einblick in dieses tief dogmatische Problem aus dem Allgemeinen Teil zu geben, das bis heute nach wie vor umstritten bleibt. Die folgenden Lösungsansätze gehören zu den bekanntesten:

Vertiefungshinweis: Es soll im Folgenden auch außen vor bleiben, wie sich § 28 StGB zu § 29 StGB verhält. Hiermit ist namentlich die Einordnung der speziellen Schuldmerkmale, seien sie strafbegründender (wie etwa die „Rücksichtslosigkeit“, vgl. § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB) oder strafmodifizierender (hierzu zählt die Gruppe der täterbezogenen Mordmerkmale⁴⁵) Natur, gemeint. Das Problem kreist dort darum, ob für diese § 29 StGB Anwendung finden soll oder ob sie – neben den Unrechtsmerkmalen – auch § 28 StGB unterfallen.⁴⁶ Der Streit wirkt sich bei den strafbegründenden speziellen Schuldmerkmalen aus, denn bei den strafmodifizierenden besonderen persönlichen speziellen Schuldmerkmalen kommen § 28 Abs. 2 StGB und § 29 StGB zum selben Ergebnis.⁴⁷

aa) Einheitslösung

Hierzu zählt auch die gänzliche Aufgabe von Differenzierungsmerkmalen, wie sie namentlich von *Schünemann*⁴⁸ ins Leben gerufen wurde. Danach würden alle „persönlichen“ Merkmale einheitlich dem Anwendungsbereich des § 28 StGB unterfallen und somit einer strengen Akzessorietät entzogen sein. Ziel ist im Ergebnis die Vermeidung einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Täter und Teilnehmer, die bei unkorrigiertem Akzessorietätsprinzip entstände. Die Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB korrigiere diese Unstimmigkeiten und berücksichtige das Rangverhältnis zwischen der dem Unrecht tatferneren Teilnahme im Vergleich zur (stärkeren) Form der Täterschaft. Besondere persönliche Merkmale seien danach alle Merkmale, die nicht in mittelbarer Täterschaft verwirklicht werden können. Diese Einschränkung betrifft insbesondere eigenhändige Delikte.⁴⁹

bb) Differenzierende Auffassungen (insb. qualifizierte Pflichtenstellungen)

Vielfach wird differenziert: Charakterisiert das jeweilige Delikt eine qualifizierte Pflichtenstellung, wie es etwa bei den Sonderdelikten der Fall ist (z.B. §§ 331 f. StGB und §§ 339 f. StGB; aber auch §§ 203, 266 StGB), handele es sich bei den dort angesprochenen Pflichtenstellungen um ein besonderes persönliches Merkmal, auf das § 28 StGB Anwendung finde.⁵⁰ Hiervon auszunehmen seien jedoch nicht qualifizierte Pflichten. Diese in einem Sonderdelikt zu erkennen, ist häufig nicht so einfach. Auszuschließende Merkmale seien etwa solche, bei denen dem Pflichtigen „keine soziale Rolle

⁴⁴ Vgl. nur die Darstellung bei *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, 1994, S. 94 ff.; ebenso – mit an Grundgedanken des § 28 StGB vorgestellten Leitlinien aus der mannigfaltigen Lit. – auch *Schwerdtfeger*, Besondere persönliche Unrechtsmerkmale, 1992, S. 108 ff.

⁴⁵ Soweit der Mord als Qualifikation des Totschlags angesehen wird.

⁴⁶ Eingehend *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 28 Rn. 6 ff.; *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, 1994, S. 117 ff.

⁴⁷ Hierzu *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 155 ff.

⁴⁸ *Schünemann*, Jura 1980, 354 (364 ff.); *ders.*, GA 1986, 293 (339 ff.); auch heute noch *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 10 ff., 48 ff.

⁴⁹ *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 63.

⁵⁰ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil. 2. Aufl. 1991, 23/25; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 55 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 46 Rn. 17.

mit gesteigerter Verantwortung“ oder „besonderes Vertrauen“ zukomme⁵¹, bei denen es mehr um die Charakterisierung der Rechtsgutsverletzung gehe (und nicht um die Persönlichkeit des Täters)⁵² oder bei denen der Gesetzgeber – trotz Anknüpfung an eine Pflicht – nur einen bestimmten Lebensbereich oder Kontext näher beschreiben wollte und hierdurch nur das Rechtsgut näher kennzeichne.⁵³ Einzelheiten sind aber umstritten und müssen der Auslegung der jeweiligen Vorschrift des Besonderen Teils vorbehalten bleiben.⁵⁴

cc) Tat- und Täterbezogene Merkmale

Namentlich die Rspr.⁵⁵ und Teile der Lit.⁵⁶ kategorisieren in tatbezogene und täterbezogene Merkmale. Erstere seien aus dem Anwendungsbereich des § 28 StGB auszuklammern mit der Folge, dass sie streng akzessorisch zu behandeln seien, letztere hingegen nicht. Für die Abgrenzung sei der Schwerpunkt des Merkmals entscheidend: Wird hierdurch mehr die Tat, ihre Verwerflichkeit, ihre Gefährlichkeit, ihre Ausführungsart oder ihr Unrechtsgehalt und weniger die Persönlichkeit des Täters (im Sinne der Motive und Gesinnungen) gekennzeichnet, handele es sich um tatbezogene Merkmale. Für die Rspr. kommt es bei der Auslegung auf den jeweiligen Tatbestand unter Beachtung des Charakters und der Schutzrichtung an.⁵⁷ Speziell im Bereich der durch besondere Pflichten gekennzeichneten Delikte differenziert sie weiter dahingehend, ob es sich um eine vorstrafrechtliche Sonderpflicht (dann eher Kennzeichnung der Persönlichkeit und deshalb täterbezogenes Merkmal) oder ob es sich um ein „Jedermanns-Gebot“ (dann eher Kennzeichnung der Tat und deshalb tatbezogen) handelt.⁵⁸ Bei der Unterscheidung zwischen tatbezogenen und täterbezogenen Merkmalen darf man freilich nicht dem – semantisch angelegten – Trugschluss unterliegen, es handele sich bei den „täterbezogenen“ Merkmalen zugleich immer um subjektive Unrechtsmerkmale (insb. Vorsatz; besondere Absichten) und bei den tatbezogenen Merkmalen stets um objektive Unrechtsmerkmale. Denn es ist anerkannt, dass etwa die überschießenden Innentendenzen, wie die besonderen Absichten in §§ 242, 263 StGB⁵⁹, genauso wenig zum Anwendungsbereich des § 28 StGB zählen wie es umgekehrt etwa bei dem objektiv-persönlichen Merkmal der Schwangerschaft (§ 218 Abs. 1, Abs. 3 StGB) gerade der Fall ist.⁶⁰

⁵¹ Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 59.

⁵² Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2023, § 28 Rn. 4.

⁵³ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 28 Rn. 18, die beispielhaft die Unterhaltspflicht aus § 170 StGB oder die Stellung als Vollstreckungsschuldner aus § 288 StGB nennen.

⁵⁴ Str. Beispiele: Die Stellung als Unfallbeteiligter (dafür Zopfs, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 142 Rn. 124) oder als Zeuge (§§ 153 ff. StGB), worauf hier näher einzugehen sein wird (unten III.).

⁵⁵ Etwa BGHSt 22, 375 (377 f.); 39, 326 (327); 41, 1 (1 f.); 55, 229 (231); 66, 66 (69) und jüngst auch in hiesiger Entscheidung, vgl. BGH, *Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23*, Rn. 6 ff.

⁵⁶ Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 28 Rn. 3; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 46 Rn. 13; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 877; krit. Herzberg, *ZStW* 88 (1976), 68 (78 f.) und – sehr deutlich – Schünemann/Greco, in: *LK-StGB*, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 35 f.

⁵⁷ BGHSt 39, 326 (328).

⁵⁸ BGHSt 41, 1 (2) und BGHSt 56, 153 (155) – beides zur steuerrechtlichen Erklärungspflicht § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; bzgl. dieser Maßstäbe festhaltend BGHSt 63, 282 (285), vgl. aber *in der Sache* andererseits BGHSt 63, 282 (286): § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO sei ein besonderes persönliches Merkmal.

⁵⁹ BGHSt 55, 229 (232) – zur Bereicherungsabsicht in § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB; Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 159; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 46 Rn. 13; a.A. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 23/23.

⁶⁰ BGHSt 1, 139 (142 f.).

II. Entscheidung des Senats

Die Frage, ob die Zeugeneigenschaft ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB ist, wurde bislang in der Rspr. nicht ausdrücklich⁶¹ entschieden. Dies verlangte es dem BGH nunmehr ab, sich explizit hierzu zu verhalten.

Der *Senat* skizziert die in der gefestigten Rspr. vertretene Grundunterscheidung in tatbezogene und täterbezogene Merkmale (dazu oben I. 3. c) cc)) und betont, dass es auf eine an Schutzrichtung sowie am Charakter orientierte Auslegung und – soweit Pflichtdelikte betroffen sind – auf die Differenzierung zwischen vorstrafrechtlichen Sonderpflichten und Gemeinpflichten ankomme.⁶² Bei der Zeugeneigenschaft in § 153 StGB handele es sich – so der BGH – um ein tatbezogenes Merkmal, sodass § 28 Abs. 1 StGB nicht zur Anwendung gelange.⁶³

Schon dem Wortlaut nach lasse sich die Formulierung „als Zeuge“ dahingehend interpretieren, in einer zeugenschaftlichen Vernehmung falsch auszusagen, was letztlich ein Element der Delikthandlung – und damit nicht eines der Persönlichkeit des Täters – kennzeichne.⁶⁴

Dieses Ergebnis werde auch durch die Historie gestützt, denn § 153 StGB, der im Rahmen der Strafrechtsangleichungsverordnung eingeführt wurde⁶⁵, sollte die Lücke schließen, die sich dadurch ergab, dass die obligatorische Beeidigung von Aussagen entfiel. So habe die Vorschrift den Schutz der Rechtspflege vervollständigt und den durch unwahre Aussagen ausgehenden Gefahren entgegengewirkt, die Anerkennung einer Sonderpflicht für Zeugen sei damit nicht einhergegangen.⁶⁶

Auch die Systematik belege dieses Verständnis. Ein Vergleich des § 153 StGB mit § 154 StGB (Meineid) zeige, dass dort der Täterkreis größer sei, erfasst werde mit derselben Strafandrohung neben dem Zeugeneid auch der Parteieneid (§ 452 Abs. 1 ZPO). Wenn die Zeugeneigenschaft ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB sei (Anm. d. *Verf.*: mit der Folge, dass auch der Anstifter zum Meineid in den Genuss der Strafmilderung käme), führe das zu einem Wertungswiderspruch, der sich für Teilnehmer am Parteienmeineid ergäbe: Denn das falsche Schwören in der Stellung als Zivilprozesspartei sei gerade kein besonderes persönliches Merkmal, damit bleibe dem Teilnehmer am Parteieneid eine Privilegierung aus § 28 Abs. 1 StGB verwehrt. Entweder verzichte man also zur Vermeidung von Ungleichbehandlungen gänzlich auf die Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB oder aber man nehme für die Wahrheitspflicht der Zivilprozesspartei eine besondere Pflichtenstellung an.⁶⁷

Am Ergebnis der Unanwendbarkeit des § 28 Abs. 1 StGB ändere sich auch nicht deshalb etwas, weil die Anstiftung zum Meineid nach §§ 154, 26 StGB im Vergleich zur täterschaftlichen Verleitung zur Falschaussage nach § 160 Hs. 1 StGB mit schwererer Strafe belegt sei. Zum einen lassen sich unmittelbare Rückschlüsse aus § 160 StGB nicht ziehen, weil sich dieser nicht bruchlos in die Systematik der §§ 153 ff. StGB einfügen ließe, zum anderen knüpfe die Vorschrift an die Vorstellung des

⁶¹ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 5 verweist u.a. auf BGHSt 27, 74 (76), wo „ohne ausdrückliche Erörterung“ von der Nichtanwendbarkeit des § 28 Abs. 1 StGB ausgegangen wird. Dieser Verweis birgt zumindest die Gefahr eines Missverständnisses. Denn dort ging es um Fehler bei der Verurteilung wegen des Verdachts der Begünstigung (§ 60 Nr. 2 StPO) des wegen Meineides Verurteilten. Dieser Fehler führe nach der Rspr. des BGH in der Regel zu einer Strafmilderung (die nicht zwingend aus § 157 StGB zu folgen hat, vgl. BGHSt 23, 30 [32 f.]). Das ist nach Auffassung des *Verf.* ein wesensmäßiger Unterschied zur Strafmilderung aus § 28 Abs. 1 StGB. Richtig bleibt dennoch, dass der BGH in der dort zitierten Entscheidung gleichwohl nicht von § 28 Abs. 1 StGB Gebrauch gemacht hat.

⁶² BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 7–9.

⁶³ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 10.

⁶⁴ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 11.

⁶⁵ RGBl. I 1943, S. 339 (340).

⁶⁶ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 12.

⁶⁷ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 13–15.

Meineids als Sakraldelikt an – ausgehend hiervon mache es einen wertungsmäßigen (im Sinne von im Ergebnis weniger strafwürdigen) Unterschied, ob jemand einen Meineid beginge oder einen unvorsätzlichen Falscheid.⁶⁸

Schließlich, so der *Senat*, gehe es bei § 153 StGB dem Sinn und Zweck nach nicht um die Verletzung einer dem Zeugen obliegenden Pflicht zur Bewahrung eines ihm anvertrauten Rechtsgutes – wie es etwa bei den Amtsdelikten oder der Untreue der Fall sei –, sondern um den objektiven Eingriff auf das Rechtsgut. Diese Rechtsgutsbezogenheit führe zu einer vollakzessorischen Zurechnung des vom falsch aussagenden Zeugen verwirklichten Unrechts. Insbesondere treffe den Zeugen nur eine formell-prozessuale Rolle in tatsächlicher Stellung, die sich darauf beschränke, zu einem Beweisthema zum Zwecke der Wahrheitsfindung Tatsachen zu bekunden. Er erhalte keine rechtliche Dispositionsbefugnis über den Inhalt seiner Bekundung (und damit über das Rechtsgut), denn die Beweiswürdigung obliege allein dem Gericht. Hinzukäme, dass die Rolle als Zeuge nur temporärer Natur sei, außerhalb der Verhandlung werde er wieder zum „jedermann“, dessen Verpflichtungen der Rechtspflege gegenüber nicht weiter reichen als diejenigen anderer Personen.⁶⁹

III. Würdigung

Die Frage, ob die Zeugeneigenschaft ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB ist, ist durchaus umstritten.⁷⁰ Insofern darf man *Müller* auch heute noch darin zustimmen, dass sich ein „Überwiegen einer Ansicht“⁷¹ nicht wirklich feststellen lässt. Neu ist nunmehr die ausdrückliche Position der Rspr., namentlich des 3. *Strafsenats*, die dennoch einigen Einwänden begegnet.

1. Wortlaut

Dies trifft zunächst auf die wortlautgestützte Argumentation des *Senats* zu. Denn in Wahrheit lässt der Wortlaut („als Zeuge“) den Schluss auf eine „besondere“ Rolle im Sinne einer besonderen Pflichtenstellung ebenso zu wie er es – nach Ansicht des *Senats* – in die andere Richtung ermöglicht. Auch an anderen Stellen verwendet das Gesetz die Formulierung „als“, siehe z.B. §§ 344, 345 StGB („Wer als Amtsträger...“) für den mitunter klassischsten Fall eines besonderen persönlichen Merkmals (Amtsträgereigenschaft). Dass es sich hierbei um ein besonderes persönliches Merkmal handelt (was nicht

⁶⁸ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 16–18.

⁶⁹ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 19–22.

⁷⁰ Dafür *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 28 Rn. 37; *Zöller*, in: SK-StGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2017, Vor § 153 Rn. 10; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, Vor § 28 Rn. 32; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 63; *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 28 Rn. 70; *Vormbaum*, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 153 Rn. 111; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 23/25; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 66: „Wahrheitspflicht“; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, § 25 Rn. 40; *Vormbaum*, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S. 282 ff.; *Deichbaum*, Grenzfälle der Sonderstrafat, 1994, S. 78, 108 f.; *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und besondere persönliche Merkmale, 1994, S. 111 f.; *Langer*, Die Sonderstrafat, 2007, S. 425 f.; *Herzberg*, ZStW 88 (1976), 68 (103 f.) sowie *ders.*, GA 1982, 145 (182); wohl auch *Hirsch*, ZStW 88 (1976), 752 (771), wenn er § 153 StGB Sonderdeliktscharakter zuschreibt; *Langer*, in: FS Wolf, 1985, S. 335 (355); *Stephan/Zurmussen*, KriPoZ 2024, 317 (323); *Gerson*, JR 2024 (im Erscheinen); dagegen *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 153 ff. Rn. 42; *Wolters/Ruß*, in: LK-StGB, Bd. 9, 13. Aufl. 2021, Vor §§ 153 ff. Rn. 7; *H.E. Müller*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, Vor § 153 Rn. 19; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 153 Rn. 7; *Murmann*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 28 Rn. 7; *Sinn*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 153 Rn. 4; *H.E. Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 359; *Grünwald*, GS Kaufmann, 1989, S. 555 (563).

⁷¹ *H.E. Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 339.

nur am Wortlaut auszumachen war), ist praktisch unbestritten.⁷² Insofern kann man – so viel gibt der Wortlaut her – durchaus von einer besonderen „Stellung“ sprechen.

2. Historie

Ob die Gesetzesgeschichte des § 153 StGB gegen die Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB spricht, ist ebenso zweifelhaft. Der *Senat* meint, das Rechtsgut der staatlichen Rechtspflege (mit seinem damit verbundenen Interesse an Wahrheitsfindung) sei durch die falsche Aussage an sich gefährdet (dem Eid käme insoweit nur eine die Aussage bekräftigende Wirkung zu)⁷³, der Wegfall der obligatorischen Beeidigung habe die Einführung des § 153 StGB notwendig gemacht. Ein Blick in die Gesetzesmaterialien der damaligen Zeit zeigt jedoch, dass es darum ging, den Verstoß gegen die Wahrheitspflicht in der Rolle des Zeugen als Beweismittel zu ahnden.⁷⁴ Dass davon abgesehen wurde, die Zivilprozesspartei von § 153 StGB zu erfassen, spricht im Übrigen dafür, dass gerade den Zeugen eine besondere Pflichtenstellung treffen soll.⁷⁵

3. Systematik

Zuzugeben ist dem *Senat*, dass die Systematik innerhalb der §§ 153 ff. StGB nicht ganz widerspruchsfrei ist. Diese Widersprüchlichkeit spricht aber nicht gegen, sondern für eine Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB.

a) Drohender Widerspruch in der Binnensystematik der §§ 153 ff. StGB

Das (nach Meinung des *Verf.*) wohl stärkste Argument liegt in der drohenden Ungleichbehandlung des Parteieneids im Vergleich zum Zeugeneid. *Müller*⁷⁶ ist zuzustimmen, dass sich (bis heute zumindest⁷⁷) kaum jemand⁷⁸ dieses Wertungswiderspruchs bei einer Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB angenommen hat. Doch verkennt der BGH, dass man die Ungleichbehandlung schlicht durch eine Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB auch auf § 154 StGB hinsichtlich des Parteienmeineids beseitigen kann. Denn in Wahrheit weist auch § 154 StGB Sonderdeliktscharakter auf.⁷⁹

Das ergibt sich allen voran aus der Formulierung der Tathandlung in § 154 StGB („Wer ... falsch schwört“), denn falsch schwören kann nur derjenige, der vereidigt wurde. Dies deckt sich mit der Auslegung der Tathandlung in § 153 StGB, denn auch dort wird in der Eigenschaft gerade als Zeuge (oder Sachverständiger) „falsch ausgesagt“. Dann kann aber nichts anderes für § 154 StGB gelten, wobei die Eigenschaft dann an die Vereidigung (sei es als Zeuge, als Sachverständiger oder – siehe sogleich – als Partei) vor einer zur Abnahme von Eiden zuständige Stelle anknüpft. Wer dies anerkennt, kann bei § 153 StGB zu keinem anderen Ergebnis gelangen. Dies gilt dort für Zeugen und Sachverständige gleichermaßen aus folgenden Erwägungen: Bereits im Grundtatbestand (§ 153 StGB)

⁷² Statt vieler nur *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 28 Rn. 57.

⁷³ BGH, Beschl. v. 5.2.2024 – 3 StR 470/23, Rn. 12 m.V.a. BGHSt 21, 116 (117).

⁷⁴ Darauf weisen *Stephan/Zurmussen*, KriPoZ 2024, 317 (319 f.) unter Bezugnahme insbesondere der Arbeiten von *Vormbaum*, Eid, Meineid und Falschaussage, 1990, sowie *ders.*, Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943, 2011, zutreffend hin.

⁷⁵ *Gerson*, JR 2024 (im Erscheinen).

⁷⁶ *H.E. Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 358.

⁷⁷ Siehe die Besprechungen bei *Stephan/Zurmussen*, KriPoZ 2024, 317 (320 f.); *Gerson*, JR 2024 (im Erscheinen).

⁷⁸ *H.E. Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 358, weist zutreffend auf *Deichbaum*, Grenzfälle der Sonderstrafat, 1994, S. 104 ff. hin.

⁷⁹ *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 28 Rn. 70.

beschränkt sich der Täterkreis auf bestimmte Tatsubjekte. Diesen Personen kommt besondere Bedeutung bei der Wahrheitsfindung zu. Strafbar ist man nur in der Rolle als Zeuge oder Sachverständiger. Das Gericht bedient sich zur Aufklärung des Sachverhalts der Wahrnehmung bestimmter Personen, die über das Verfahrensrecht zu laden und zu vernehmen sind und ihrer Bekundung nach wahrheitsgemäß auszusagen haben (Wahrheitspflicht). Ihre Bekundungen werden etwa im Strafprozessrecht als Teil des Inbegriffs der Hauptverhandlung (§ 261 StPO) zur Grundlage des Urteils gemacht. Die vernommenen Personen sind auch nicht etwa beliebig austauschbar. Nur wer als Zeuge (oder Sachverständiger) gerade in dieser Rolle falsch aussagt, macht sich strafbar, nicht hingegen, wer etwa vom Gericht fälschlicherweise als Beschuldigter vernommen wurde und in dieser Position falsch aussagt⁸⁰ oder wer (mangels Einflusses auf die Tatsachenfindung) durch Zwischenrufe etwas bekundet.⁸¹ Zugleich geht die Eigenschaft als Zeuge mit einer Reihe von Verfahrensvorschriften (§§ 48 ff. StPO⁸²) einher: Es existieren Belehrungsvorschriften (z.B. § 57 StPO), Aussageverweigerungsrechte (z.B. §§ 52 ff. StPO) oder das Recht auf einen Zeugenbeistand (§ 68b StPO). Auf der anderen Seite hat sich der Staat an bestimmte Vorgaben zu halten (vgl. etwa § 69 Abs. 3 StPO i.V.m. § 136a StPO), was zeigt, dass diesem Personenkreis gegenüber besondere Rücksicht im Verfahren gewidmet wird. Dies alles macht die qualifizierte Sonderstellung des Zeugen gerade aus. Mit anderen Worten (insbesondere in der Sprache der Rspr.): Es handelt sich hierbei um außerstrafrechtliche Sonderpflichten, die eine Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB auf Teilnehmer zwingend machen. Bzgl. dieser Personengruppe gilt Entsprechendes für § 154 StGB.

Für den Parteieid in § 154 StGB muss ein Gleichlauf begründet werden. Die ZPO legt den Parteien nur in Ausnahmefällen Pflichten auf.⁸³ Hierzu zählt unter anderem die Wahrheitspflicht aus § 138 Abs. 1 ZPO.⁸⁴ Das deckt sich auch mit der Systematik des Zivilprozessrechts. Dort wird im Abschnitt der Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO) deutlich, dass die Vereidigung im Zivilprozess eher die Ausnahme als die Regel ist, insbesondere geht hier in der Regel eine vorläufige Beweiswürdigung voraus – hierauf hat *Deichbaum*⁸⁵ zutreffend hingewiesen. Deshalb misst das Gericht dem Parteieid eine – gegenüber dem Zeugeneid – hohe Bedeutung bei.⁸⁶ Das besondere persönliche Merkmal wurzelt auch hier in der sozialen Rolle als mit einem hohen Maß an Verantwortung⁸⁷ an der Mitwirkung des Verfahrens beteiligte Person. Es ist im Fall der zivilprozessualen Partei die vor einer zur Abnahme von Eiden zuständige „vereidigte Partei“, die mit derjenigen des Zeugen (sei er uneidlich, sei er eidlich vernommen) korrespondiert. Die zivilprozessuale Besonderheit, dass die Vereidigung die Ausnahme darstellt, gleicht das (scheinbare) Ungleichgewicht aus. In beiden Fällen ist aber § 28 Abs. 1 StGB anzuwenden.

b) Strafrahmendiskrepanz zu § 160 StGB

Nicht wirklich zu erklären ist bis heute der Strafrahmen des § 160 StGB – man kann die Vorschrift nur als missglückt bezeichnen.⁸⁸ Denn es leuchtet schlichtweg nicht ein, den Täter des Verleitens eines

⁸⁰ Beispiel nach *Langer*, in: FS Wolf, 1985, S. 339 (350 f.).

⁸¹ *Deichbaum*, Grenzfälle der Sonderstrafat, 1994, S. 65.

⁸² Über § 72 StPO gelten für Sachverständige die Vorschriften über Zeugen grundsätzlich entsprechend.

⁸³ *Musielak/Voit*, in: *Musielak/Voit*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 21. Aufl. 2024, Einl. Rn. 56.

⁸⁴ *Musielak/Voit*, in: *Musielak/Voit*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 21. Aufl. 2024, Einl. Rn. 56 sowie *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 21. Aufl. 2024, § 138 Rn. 2.

⁸⁵ *Deichbaum*, Grenzfälle der Sonderstrafat, 1994, S. 65.

⁸⁶ *Anders H.E. Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 358.

⁸⁷ Zum Gedanken der „Überantwortung“ *Langer*, in: FS Wolf, 1985, S. 339 (353 f.).

⁸⁸ Vgl. zur Kritik statt vieler *H.E. Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 379 ff.

gutgläubig falsch Aussagenden milder zu bestrafen als den Anstifter zu einer uneidlichen Falschaussage. Der *Senat* meint, historisch wirke § 160 StGB der Charakter als Sakraldelikt nach – das Verleiten zu einem unvorsätzlichen Meineid sei etwas anderes als die Anstiftung zu einem vorsätzlichen Meineid.

Diese Argumentation verfängt – wenn überhaupt – nur für die Eidesdelikte, für das Verleiten zur uneidlichen Falschaussage (§ 160 Hs. 2 StGB) kann sie nicht taugen.⁸⁹ Der gegenüber § 153 StGB deutlich niedrigere Strafraum ist allenfalls insoweit zu erklären, als § 153 StGB gerade die besondere Pflichtenstellung des Zeugen berücksichtigt.⁹⁰ Ist diese Pflichtenstellung einmal anerkannt, so ist zugleich die Aussage über denjenigen getroffen, der nicht in dieser Rolle auftritt. Dies gilt für einen „Quasi-mittelbaren Täter“ (wie in § 160 StGB) gleichermaßen wie für einen Teilnehmer. Im ersteren Fall bedarf es eines wertungsmäßigen Unterschieds jedenfalls auf Strafzumessungsebene – dies ist mit § 160 StGB geschehen. Auf Teilnehmerseite bedarf es einer entsprechenden Korrespondenz. Denn die Einflussnahme auf die Wahrheitsfindung liegt nach wie vor beim Zeugen, er ist näher am Rechtsgut dran (was nicht zur einzig denkbaren Folge zwingt, es handele sich um einen „reinen“ rechtsgutsbezogenen Angriff, und dies spreche per se gegen eine Täterbezogenheit des Merkmals, siehe sogleich). Das Gesetz zeigt an anderer Stelle, dass etwa an die Vollendung schwerere Folgen anzuknüpfen als an den Versuch.⁹¹ Und so wird auch aus der dualistischen Beteiligungslehre deutlich, dass es wertungsmäßig einen Unterschied machen muss, wenn jemand als Anstifter als grundsätzlich mildere Beteiligungsform gegenüber der Täterschaft am Geschehen mitwirkt. Dem kann man nur gerecht werden, wenn man § 28 Abs. 1 StGB auf den Anstifter anwendet.⁹²

4. Schutzrichtung der §§ 153, 154 StGB

Nicht verfangen kann das Argument des *Senats*, bei §§ 153, 154 StGB gehe es um die Gefährdung der Sachverhaltsfeststellung durch unwahre Aussagen (insoweit noch richtig), und weil der Zeuge objektiv in dieses geschützte Rechtsgut eingreife, gehe es bei dem Merkmal „als Zeuge“ um diesen Rechtsgriffsangriff – und nicht um die Verletzung einer Pflicht des Zeugen betreffend eines ihm anvertrauten Rechtsguts. Gegenbeispiel zu dieser reinen Rechtsgriffsbezogenheit seien nach dem *Senat* die Amtsdelikte.

Doch schließen sich Rechtsgriffsbezogenheit und besondere Pflichtenstellung gerade nicht (!) aus. Ausgerechnet das vom *Senat* angeführte Beispiel belegt dies. Denn bei den Amtsdelikten lässt sich die Rechtsgriffsbezogenheit kaum leugnen, weil z.B. ohne die Amtsträgereigenschaft in § 339 StGB eine Rechtsgriffsverletzung überhaupt nicht vorläge.⁹³ Im Übrigen braucht dem Sonderpflichtigen das Rechtsgut nicht zwingend „besonders anvertraut“ zu sein. Dies zeigt ein Blick in § 340 StGB: Dort wird zu Recht darauf hingewiesen, dass zum Sonderdeliktsmerkmal auch andere Schutzgüter – wie dort etwa die körperliche Unversehrtheit – hinzukommen können.⁹⁴ Letztere sind dem Amtsträger aber gewiss nicht „anvertraut“. Der Strafraum in § 340 StGB berücksichtigt die Verletzung der Pflicht des Amtsträgers als Repräsentant des Staates.

⁸⁹ Herrmann, Reform der Aussagedelikte, 1973, S. 209.

⁹⁰ Vormbaum, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S. 284.

⁹¹ BGHSt 6, 308 (310).

⁹² Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 66; Herzberg, ZStW 88 (1976), 68 (103 f.); H.E. Müller, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, S. 380 f. ist allerdings zuzugeben, dass rechnerisch das Problem nicht zu einer Besserstellung des Anstifters – auch im Versuchsstadium (§ 159 StGB) – führt.

⁹³ Vgl. nur Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 35.

⁹⁴ Grünwald, in: LK-StGB, Bd. 19, 13. Aufl. 2023, § 340 Rn. 2: „Zweifache Schutzrichtung“.

Nicht durchdringen kann ferner, dass die Rolle des Zeugen eine nur temporäre Rolle sei, er außerhalb der Vernehmung wieder zum „jedermann“ werde. Richtig ist freilich, dass der Zeuge nur während der Vernehmung vor einer zur Abnahme von Eiden befugten Stelle nach § 153 StGB strafbar ist. Außerhalb dieser Situation kann er sich nach anderen Vorschriften strafbar machen. Doch ist nirgendwo verlangt, dass das besondere persönliche Merkmal von Dauerhaftigkeit geprägt sein muss, wie sonst ließe sich etwa das Merkmal der „Schwangerschaft“ in § 218 StGB, das anerkanntermaßen ein besonderes persönliches Merkmal ist⁹⁵, unter § 28 Abs. 1 StGB fassen

IV. Fazit

Die Zeugeneigenschaft i.S.d. §§ 153 ff. StGB ist ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal nach § 28 Abs. 1 StGB. Sie folgt aus seiner Nähe zum Rechtsgut, was nicht ein Grund gegen, sondern für eine Lockerung der Akzessorietät der Teilnahme ist. Seine Stellung geht mit einer Reihe von Rechten und Pflichten einher. Er hat maßgeblichen Einfluss auf den Prozess der Wahrheitsfindung und ist nicht beliebig austauschbar. Diese Rolle endet mit dem Ende der Vernehmung, was jedoch auf die besondere Pflichtenstellung während der Vernehmung keine Auswirkungen hat.

⁹⁵ Siehe oben Fn. 60; das gleiche gilt auch – so man sie nicht unter § 29 StGB subsumiert – für die speziellen Schuldmerkmale, z.B. die niedrigen Beweggründe in § 211 StGB.