

§ 28 StGB Besondere persönliche Merkmale

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

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

25 Tiedemann WiStR AT Rn. 303; Müller-Dietz Jura 1979, 242 (253 ff.).

26 Vgl. Roxin AT II § 26 Rn. 218 ff.; Instruktiv auch LK/Schünemann Rn. 18 ff.

27 BGH 1.8.2000 – 5 StR 624/99, BGHSt 46, 107 ff.

28 Krit. Kudlich/Oglakcioglu Rn. 198.

29 Wittig WiStR § 6 Rn. 154.

30 BGH 20.9.1999 – 5 StR 729/98, NStZ 2000, 34.

31 Er wird daher zu Recht oft als gemischt subjektiv-objektiver Ansatz bezeichnet, s. nur Kudlich/Oglakcioglu Rn. 195.

32 BGH 26.10.1998 – 5 StR 746/97, NStZ-RR 1999 184; BGH 20.9.1999 – 5 StR 729/98, NStZ 2000, 34; BGH 1.8.2000 – 5 StR 624/99, BGHSt 46, 107 unter ausführlicher Darstellung des Streitstandes.

A. Grundlagen	1	B. Besondere persönliche Merkmale mit wirtschafts- strafrechtlicher Relevanz	6
I. Verhältnis zu § 29	2		
II. Besondere persönliche Merkmale	3		

A. Grundlagen

- 1 Die Vorschrift ist (wie § 29) Ausdruck der Lockerung der Akzessorität der Teilnahme im Verhältnis zur Haupttat.¹ Sie bringt zum Ausdruck, dass nur derjenige Beteiligte privilegiert bzw. strenger bestraft wird, bei dem ein besonderes persönliches Merkmal fehlt bzw. vorliegt.² Ausweislich des Wortlautes der Norm gilt § 28 Abs. 1 nur für Anstifter und Gehilfen, wohingegen § 28 Abs. 2 neben den Teilnehmern auch Täter betrifft. Das Normgefüge der §§ 28, 29 wird häufig als misslungen angesehen,³ es ist von dem „dunkelsten und verworrensten Abschnitt der in ihrer Dunkelheit und Verworrenheit [...] so oft beklagten Beteiligungslehre“⁴ die Rede.

I. Verhältnis zu § 29

- 2 Schon die Abgrenzung des § 28 von § 29 ist umstritten. Die hM geht davon aus, dass § 29 für die Schuld-
ausschlussgründe des allgemeinen Teils gilt, wohingegen § 28 die sog. besonderen persönlichen Un-
rechtsmerkmale betrifft.⁵ Probleme bei der Einordnung bereiten allerdings die besonderen Schuldmerkmale,
die strafbegründend wirken, bspw. die „Böswilligkeit“ in § 90 a oder § 225 sowie die „Rücksichtslosigkeit“
in § 315 c Abs. 1 Nr. 2.⁶ Relevant ist dies insbes. im Hinblick darauf, dass der Täter bei Anwendung des
§ 28 Abs. 1 lediglich in den Genuss einer Milderung nach § 49 Abs. 1 kommt, während man bei Anwen-
dung von § 29 zur Strafmilderung käme.⁷ Nach über. Ansicht fallen unter § 29 ausschließlich die Schuld-
ausschluss- bzw. Schuldminderungsgründe des allgemeinen Teils des StGB, so dass alle anderen besonde-
ren persönlichen Merkmale nach § 28 zu behandeln sind.⁸

II. Besondere persönliche Merkmale

- 3 Es besteht keine Einigkeit darüber, wann ein Merkmal ein besonderes persönliches Merkmal iSd § 28 ist.
Nach der in § 28 Abs. 1 enthaltenen Verweisung auf die Legaldefinition in § 14 sind besondere persönliche
Merkmale „besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände“. Besonders hilfreich ist die-
se mehr paraphrasierende als genauer definierende Wendung allerdings nicht. Eindeutig ist lediglich, dass
besondere persönliche Merkmale jedenfalls immer einen Bezug zum Täter haben müssen. Gemeint sind ins-
bes. subjektive Merkmale, aber auch objektive, soweit deren subjektiver Bezug nicht unerheblich ist.⁹
- 4 Eigenschaften sind „Gegebenheiten, die mit dem Wesen des Täters verbunden sind“,¹⁰ so zB das Alter oder
das Geschlecht.¹¹ Verhältnisse sind „Beziehungen zu anderen Menschen oder Dingen“.¹² Hier ist bspw. die
Amtsträgereigenschaft zu nennen. Aber auch andere „täterschaftsbegründende Pflichtenpositionen“¹³ kön-
nen ein Verhältnis iSd § 14 Abs. 1 sein. Die ebenfalls erwähnten Umstände haben eine Art Auffangfunktion
und wurden erst 1968 in das Gesetz aufgenommen.¹⁴ Damit sollen Merkmale erfasst werden, die sich we-
der als Eigenschaft noch als Verhältnis darstellen lassen, zB die Gewerbmäßigkeit der Tatbegehung oder
die niedrigen Beweggründe bei § 211.¹⁵
- 5 Soweit eine Eigenschaft, ein Verhältnis oder ein Umstand im Grundsatz vorliegt, muss untersucht werden,
ob es sich auch um ein besonderes persönliches Merkmal handelt. Die Rspr. bedient sich zur Abgrenzung
der sog. Differenzierungslösung und unterscheidet zwischen täterbezogenen und tatbezogenen Umständen.¹⁶
Entscheidend ist, ob nach einer wertenden Betrachtung unter Berücksichtigung der Schutzrichtung des Tat-

1 Fischer Rn. 2; GJW/Hoffmann-Holland/Singelstein Rn. 1.

2 GJW/Hoffmann-Holland/Singelstein Rn. 1.

3 Fischer Rn. 1.

4 LK/Schünemann Rn. 1.

5 Roxin AT II § 27 Rn. 5; BGH 6.10.1955 – 3 StR 279/55, BGHSt 8, 206 (209); BGH 13.4.1962 – 3 StR 11/62, BGHSt 17, 215 (217).

6 Roxin AT II § 27 Rn. 7; LK/Schünemann Rn. 16.

7 LK/Schünemann Rn. 16.

8 LK/Schünemann Rn. 16; aA etwa Frister AT 25/33.

9 GJW/Hoffmann-Holland/Singelstein Rn. 7.

10 BGH 13.7.1954 – 1 StR 464/53, BGHSt 6, 260 (262); Roxin AT II § 27 Rn. 23.

11 GJW/Hoffmann-Holland/Singelstein Rn. 8.

12 BGH 13.7.1954 – 1 StR 464/53, BGHSt 6, 260 (262).

13 Roxin AT II § 27 Rn. 23.

14 Dazu Roxin AT II § 27 Rn. 23.

15 BGH 20.5.1969 – 5 StR 658/68, BGHSt 22, 375 (377 f.).

16 Hierzu und zum Folgenden GJW/Hoffmann-Holland/Singelstein Rn. 11.

bestandes das Merkmal schwerpunktmäßig die Tat selbst oder die Persönlichkeit des Täters kennzeichnet. Diese immer noch recht vage Differenzierung stößt jedoch in der Lit. teilw. auf Kritik.¹⁷ Dort wird zT zwischen Merkmalen unterschieden, die „rechtsgutsbezogen“ sind oder eine „höchstpersönliche Pflichtenstellung“ zum Gegenstand haben.¹⁸

B. Besondere persönliche Merkmale mit wirtschaftsstrafrechtlicher Relevanz

Im Bereich des (hier weit definierten) Wirtschaftsstrafrechts gibt es eine ganze Reihe von besonderen persönlichen Merkmalen iSd §§ 14 Abs. 1, 28. Einige wichtige Beispiele¹⁹ sind im Folgenden in alphabetischer Reihenfolge aufgelistet. Besonderheiten bei der Anwendung von § 28 ergeben sich aus der Zuordnung zum Wirtschaftsstrafrecht nicht.

- Amtsträger, § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 (ggf. iVm § 266 Abs. 2); §§ 331, 333 7
- Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebs: § 299 Abs. 1
- Anvertrautsein: § 246 Abs. 2, § 356, § 18 Abs. 1 UWG
- Arbeitgeber, § 266 a²⁰
- Bandenmitglied: § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 (ggf. iVm § 266 Abs. 2), § 373 Abs. 2 Nr. 3 AO, § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 AO
- Berufsangehörigkeit: § 203
- Geschäftsführer- bzw. Gesellschaftereigenschaft: § 82 Abs. 1 GmbHG, Geschäftsführereigenschaft § 84 Abs. 1 GmbHG; zum faktischen Geschäftsführer s. BGH, 10.5.2000 - 3 StR 101/00, BGHSt 46, 62.
- Gewerbsmäßigkeit: § 260 Abs. 1 Nr. 1, § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 (ggf. iVm § 266 Abs. 2), § 291 Abs. 2 Nr. 2, § 373 Abs. 1 AO, § 49 BörsG, § 152 a Abs. 3
- Mitglied des Vorstandes/Aufsichtsrates, Hauptbevollmächtigter, Liquidator: § 141 Abs. 1, § 143 Abs. 1 VAG, § 147 GenG; Mitglied vertretungsberechtigter Organe § 331 HGB
- Mitglied des Vertretungsorgans, Abwickler oder Gesellschafter: § 15 a Abs. 1, 4 und 5 InsO
- Treueverhältnis bzw. Vermögensbetreuungspflicht: § 266.

Ob die **Garantenstellung** bei unechten Unterlassungsdelikten als besonderes persönliches Merkmal gesehen werden kann, ist umstritten.²¹ Der BGH hat die Frage bislang nicht entschieden, aber immerhin in einer Entscheidung angedeutet, dass die Pflichtenstellung eines Garanten die Qualität eines Merkmals des § 28 haben könnte.²²

Kein besonderes persönliches Merkmal²³ ist nach der Rspr. dagegen die Pflichtenstellung iSd § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO.²⁴ Auch die nicht steuerpflichtige Person kann daher bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen Mittäter gem. 25 Abs. 2 sein.²⁵ Auch die Insider-Eigenschaft im Rahmen des WpHG²⁶ sowie die Gewinnsucht in den §§ 283 a Nr. 1, 283 d Abs. 3 Nr. 1 fallen nach hM nicht unter § 28. Gleiches gilt für den **Vorsatz**, der als subjektives Tatbestandsmerkmal nicht unter den Begriff des besonderen persönlichen Merkmals subsumiert wird.²⁷

17 LK/Schünemann Rn. 32.

18 Fischer Rn. 3.

19 S. dazu (mit weiteren Beispielen) GJW/Hoffmann-Holland/Singelstein Rn. 16.

20 S. das Beispiel bei Kasiske Rn. 11.

21 Dazu Fischer Rn. 5 a; GJW/Hoffmann-Holland/Singelstein Rn. 15, jeweils mwN.

22 BGH 25.1.1995 - 5 StR 491/94, BGHSt 41, 1 (4).

23 Dazu näher (mit weiteren Beispielen) GJW/Hoffmann-Holland/Singelstein Rn. 17.

24 Vgl. BGH 25.1.1995 - 5 StR 491/94, BGHSt 41, 1 (3) mAnm Hake JR 1996, 162 ff.

25 BGH 7.10.2014 - 1 StR 182/14, NStZ-RR 2015, 284.

26 GJW/Hoffmann-Holland/Singelstein Rn. 17.

27 Fischer Rn. 6 a mwN.