

Wenn besondere persönliche Merkmale vorliegen, sollen sich daraus ergebende **Differenzen im Unrecht** zwischen Täter und Teilnehmer nach § 28 StGB ausgeglichen werden. Die **Legaldefinition** des besonderen persönlichen Merkmals in § 14 I StGB hat sich dabei als wenig hilfreich erwiesen. Ganz überwiegend wird ein besonderes persönliches Merkmal iSv § 28 I, II StGB angenommen, wenn es „**täterbezogen**“ ist, also in der Person des Täters liegt. Den **Gegensatz** bilden **tatbezogene** Merkmale. Sie kennzeichnen das Delikt selbst. Umstritten ist

ob die Garantenstellung iSv § 13 I StGB bei unechten Unterlassungsdelikten ein besonderes persönliches Merkmal iSv § 28 StGB ist.

a) Garantenposition als tatbezogenes Merkmal

Wohl überwiegend wird die Stellung als Garant eines unechten Unterlassungsdelikts iSv § 13 I StGB als **tatbezogen** angesehen. § 28 StGB sei nicht anwendbar.

Argument:

- Das Garantieverhältnis beim unechten Unterlassungsdelikt bestimmt **unmittelbar** den Rechtsgutsangriff der Unterlassungstat selbst und ist daher tatbezogen (Stichwort: **Kennzeichnung Rechtsgutsangriff**).

b) Garantenposition als täterbezogenes Merkmal

Teilweise wird die Garantenstellung als **besonderes persönliches Merkmal** iSv § 28 StGB angesehen.

Argumente:

- Die Garantenpflicht unterscheidet sich strukturell nicht von der Eigenschaft als **Amtsträger**, die unbestritten besonderes persönliches Merkmal ist (Stichwort: **Amtsträgervergleich**). Hier wie dort steht die Rechtsgutsbezogenheit des Merkmals § 28 StGB nicht entgegen.
- Dem Garant ist der Schutz bestimmter Rechtsgüter bzw. die Überwachung bestimmter Gefahrenquellen **besonders anvertraut** (Stichwort: **Sonderunrecht kraft besonderer Verpflichtung**).

Hinweise

- Jedenfalls auf **Garantenstellungen aus Ingerenz** (dazu siehe **STREITSTAND** Nr. 10) wird § 28 StGB häufig nicht angewendet, weil der „Vortäter“ garantenpflichtig ohne besonderen Vertrauensakt werde.
- Anerkannt **täterbezogen** sind
 - die **Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe** (Teilweise werden diese nicht als subjektive Tatbestandsmerkmale, sondern als spezielle Schuldmerkmale nach § 29 StGB behandelt. Dazu siehe **STREITSTAND** Nr. 71).
 - **personenbezogene Merkmale bei Sonderdelikten**, zum Beispiel die Eigenschaft als Amtsträger (§ 332 StGB), Richter (§ 339 StGB), Arzt oder Rechtsanwalt (§ 203 StGB) und die Vermögensbetreuungspflicht (§ 266 StGB).
- Anerkannt **tatbezogen** sind
 - die **Mordmerkmale der zweiten Gruppe**. Sie sind streng akzessorisch.
 - der Tatbestandsvorsatz (§ 15 StGB) sowie besondere subjektive Merkmale wie Zueignungsabsicht (§§ 242, 249 StGB) und Bereicherungsabsicht (§§ 253, 263 StGB).
 - die Unfallbeteiligung (§ 142 StGB).
- Erwähnt sei im Zusammenhang mit § 28 I und II StGB noch, dass die Rechtsprechung nach wie vor daran festhält, dass es sich bei den Mordmerkmalen um strafbegründende Merkmale handele. § 28 II StGB ist danach unanwendbar. Die Rechtsprechung behandelt Mord als eigenständiges Delikt und nicht als Qualifikation des Totschlags. Siehe näher **STREITSTAND STRAFRECHT BT II** Nr. 7.

Fundstellen

Roxin AT II § 27 Rn 68; **STREITSTÄNDE STRAFRECHT BT II** Nr. 7 und 8