

Besondere persönliche Merkmale und Sonderdelikte: Rückkehr zum Ursprung als Weg nach vorne*

Von Dr. Felipe Belmar Todorovic, LL.M. (Hamburg), Hamburg**

Im Aufsatz geht es um die Behandlung von zwei verbundenen Fragen: Einerseits um die Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 28 StGB und die Auslegung des Begriffs der besonderen persönlichen Merkmale und andererseits um die Begründung und Struktur der Sonderdelikte, die die wichtigste – wenn nicht ausschließliche – Fallgruppe der besonderen persönlichen Merkmale darstellen.

I. Einleitung

Die Frage über die Auslegung der besonderen persönlichen Merkmale und den Anwendungsbereich des § 28 StGB wird in der Strafrechtsdogmatik seit langem immer wieder aufgeworfen und kontrovers diskutiert. Der Aufsatz fasst die wichtigsten diesbezüglich entwickelten Theorien zusammen und setzt sich kritisch mit ihnen auseinander.

Es werden zunächst die Theorien behandelt, die derzeit die meisten Vertreter haben: Zum einen die Auffassungen, welche die besonderen persönlichen Merkmale und die Regeln des § 28 StGB als eine Ausnahme der allgemeinen Täterschafts- und Teilnahmeregeln interpretieren, da diese Merkmale eher den „Täter“ als die „Tat“ selbst beschreiben würden. Zum anderen werden die Überlegungen der sog. Pflichtdeliktslehre analysiert. Ihre Vertreter sind der Ansicht, dass es bestimmte Delikte gibt, bei denen Täterschaft und Teilnahme nicht durch das Kriterium der Tatherrschaft bestimmt werden, sondern durch die Innehabung einer vorstrafrechtlichen bzw. institutionellen Sonderpflicht. Bei diesen Delikten existiere eine direkte Beziehung zwischen dem Täter und dem geschützten Rechtsgut, was zu ihrer unterschiedlichen Behandlung berechtige. Die Prämissen dieser beiden Theorien werden im Folgenden grundlegend kritisiert und abgelehnt.

Angesicht der Schwächen dieser Theorien wird eine alternative Charakterisierung dieser Merkmale und des Anwendungsbereichs des § 28 StGB vorgeschlagen: nämlich das Verständnis der besonderen persönlichen Merkmale als ein Hinweis auf Positionen, die entweder ein (echtes) Sonderdelikt – § 28 Abs. 1 StGB – oder ein unechtes Sonderdelikt – § 28 Abs. 2 StGB – begründen. Diese Auffassung stellt eine Rückkehr zu den grundlegenden Überlegungen *Johannes Naglers* dar, der zu Beginn des 20. Jahrhunderts das moderne Verständnis von Sonderdelikten in Gang gesetzt hat.

* Der Beitrag basiert auf meiner 2024 bei Duncker & Humblot erschienenen Dissertation „Normwidrigkeit und Zurechnung bei Sonderdelikten“, insbesondere dem zweiten Kapitel derselben. Ich danke *Alexander Frantz* herzlich für seine sprachlichen Korrekturen bei der Erstellung des Manuskripts.

** Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht von Prof. Dr. Karsten Gaede an der Bucerius Law School, Hamburg.

II. Konkurrierende Theorien über den Anwendungsbereich des § 28 StGB

1. Besondere persönliche Merkmale als höchstpersönliche täterbeschreibende Merkmale

a) Tatbezogene und täterbezogene Merkmale

aa) Argumente der herrschenden Meinung

Die derzeit herrschende Auslegung des § 28 StGB begreift die Vorschrift als eine Sonderlösung für eine spezielle Unterart von Merkmalen, nämlich die besonderen persönlichen Merkmale, die von den allgemeinen Regeln zur Täterschaft und Teilnahme abweicht. In diesem Sinne wird darauf hingewiesen, dass die im Paragraphen enthaltenen Regeln eine „Lockerung“ (§ 28 Abs. 1 StGB) oder eine vollständige „Durchbrechung“ (§ 28 Abs. 2 StGB) des Akzessorietätsgrundsatzes darstellen würden.¹ In diesem Aufsatz soll es weniger um die Probleme gehen, die durch diese Interpretation beider Absätze entstehen,² sondern vielmehr um die Auslegung und Begründung des Begriffs der besonderen persönlichen Merkmale selbst.

Bei der Einordnung dieser Merkmale unterscheiden und klassifizieren die höchstrichterliche Rechtsprechung und ein Teil der Literatur die Tatbestandsmerkmale zuerst in zwei große Kategorien, nämlich die sog. „tatbezogenen“ Merkmale und die „täterbezogenen“ Merkmale. Was genau mit diesen Bezeichnungen gemeint ist, kann je nach Darstellung erheblich variieren.

Für den BGH ist ein Merkmal tatbezogen, wenn es die „Verwerflichkeit der Tat als solche[r]“ erhöhe³ oder wenn es das „äußere Bild der Tat“ präge, indem eine besondere Gefährlichkeit des Täterverhaltens gekennzeichnet oder die Ausführungsart des Delikts beschrieben werde.⁴ Täterbezogen seien dagegen Motive und Tendenzen, die „das besondere Gesinnungsunrecht kennzeichnen“⁵ oder die in erster Linie „die Person und die Persönlichkeit des Täters kennzeichnen“.⁶

¹ Beispielsweise: „§ 28 zielt darauf ab, die Akzessorietät der Teilnahme zu einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat weiter zu lockern, als es den §§ 26; 27 entspricht.“, *Hoyer*, in: *Wolter/Hoyer* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 28 Rn. 1; siehe auch *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 27 Rn. 4.

² Siehe dazu ausführlicher *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 163 f. und 190 ff.

³ BGHSt 22, 380; 55, 232.

⁴ BGHSt 55, 232; BGH NJW 1994, 272; BayObLG StV 1999, 257; *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 16. Aufl. 2024, § 46 Rn. 13; *Heine/Weißer*, in: *Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 31. Aufl. 2025, § 28 Rn. 16.

⁵ BGHSt 23, 39; 22, 375; BGH NSTZ-RR 2002, 139.

⁶ *Rengier* (Fn. 4), § 46 Rn. 13; ähnlich dazu BGH NJW 2024, 2268, was auch zeigt, dass der BGH an seiner Meinung festhält.

Auf dieser Grundlage erklärte sich, warum zwei unterschiedliche Regeln bei diesen verschiedenen Gruppen von Merkmalen anzuwenden sind: Der leitende Gedanke ist, dass nur die tatbezogenen Merkmale das strafrechtliche Verhalten selbst bzw. die Handlung prägen und näher bestimmen. Daher sollten die vom Täter verwirklichten tatbezogenen Merkmale dem Teilnehmer aufgrund des Akzessorietätsgrundsatzes auch zugerechnet werden, solange er davon Kenntnis genommen und daran mitgewirkt hat. Mit anderen Worten, sie unterfallen den allgemeinen Regeln der §§ 26, 27 StGB.⁷

Da sie nur die Person der Täter weiter kennzeichneten, hätten die täterbezogenen Merkmale hingegen einen „höchstpersönlichen Charakter“.⁸ Sie bildeten eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln bilden und beeinflussten nur das Unrecht bzw. die Strafbarkeit von denen, die sie persönlich verwirklichen. Sie könnten den anderen Beteiligten nicht, oder zumindest nicht in vollem Umfang, zugerechnet werden. Dies bedeute, dass hinsichtlich dieser Merkmale die Regeln des § 28 StGB anzuwenden seien. Der Begriff der täterbezogenen Merkmale wäre in diesem Sinne mit dem gesetzlichen Begriff der besonderen persönlichen Merkmale gleichzusetzen.

So würde beispielsweise das Merkmal der Tötung eines Menschen beim Totschlag (§ 212 StGB) das Unrecht der Handlung selbst prägen und nicht nur den Täter weiter charakterisieren. Dementsprechend wäre das Merkmal auch dem Teilnehmer zuzurechnen, der davon Kenntnis hatte, auch wenn er das Merkmal nicht selbst ausgeführt hat. Das Qualifikationsmerkmal des niedrigen Beweggrunds beim Mord, würde dagegen eher die besondere Besinnung bzw. die Persönlichkeit des Täters kennzeichnen und sollte deshalb nur die Verantwortlichkeit der Person, die es selbst erfüllt hat, beeinflussen.

bb) Schwachstellen der klassischen Unterscheidung

Auf den ersten Blick scheinen die obigen Überlegungen eine plausible Erklärung zu liefern. Bei näherer Betrachtung offenbaren sich jedoch bedeutsame Schwachstellen, die Anlass zu zahlreichen kritischen Einwänden gegen die herrschende Meinung geben. Ein erstes Problem liegt in der Unbestimmtheit des Kriteriums, aufgrund dessen das gleiche Merkmal je nach Autor entweder als tatbezogen oder als täterbezogen eingestuft werden kann. Zwar scheinen die oben genannten Beispiele sich leicht klassifizieren zu lassen, aber wie sollte ein anderes subjektives Element wie die Zueignungsabsicht bei einem Diebstahl (§ 242 StGB) oder die Bereicherungs-

absicht bei dem Betrug (§ 263 StGB) eingeordnet werden? Prägt etwa eine Absicht das „äußere Bild der Tat“ oder kennzeichnet sie eine Eigenschaft des Täters?

Da es sich um ein subjektives Element handelt, könnte man annehmen, dass es zur näheren Charakterisierung des Täters und seiner Stellung gegenüber einer Sachlage verwendet wird. Andererseits wird auch behauptet, dass Absichten zwar subjektiv wären, sich aber auf die Rechtsgutsverletzung bzw. das Tatumrecht beziehen würden und dementsprechend akzessorisch behandelt werden sollten. Oft wird diese Frage für jedes spezifische Merkmal im Rahmen der Auslegung seines Tatbestandes einzeln entschieden. So werden beispielsweise die Zueignungs- und Bereicherungsabsichten je nach Autor als tatbezogen bzw. akzessorisch,⁹ als täterbezogen bzw. nichtakzessorisch¹⁰ oder sogar – wiederum innerhalb der Zueignungsabsicht differenzierend – die Enteignungsabsicht als tatbezogen und die Aneignungsabsicht als täterbezogen angesehen.¹¹

Otto kritisiert zudem, dass der Begriff der Täterbezogenheit bestenfalls die Merkmale aus dem Bereich des § 28 StGB ausklammern würde, „die ausschließlich den Tathergang beschreiben“. Das eigentliche Problem, das in der Abgrenzung der unter § 28 StGB fallenden „besonderen“ persönlichen Merkmale von dem Rest der persönlichen Merkmale bestehe, werde aber nicht berührt.¹² Das heißt, dass – auch wenn es möglich wäre, zu sagen, dass die Tötung eines Menschen nur die Handlung beschreibt – das wahre Problem darin besteht, die besonderen persönlichen Merkmale – wie etwa die Eigenschaft, ein Richter zu sein bei der Rechtsbeugung (§ 339 StGB) – von Merkmalen wie den vorher genannten Absichten, die die meisten akzessorisch behandeln, abzugrenzen.

Richtet man nun den Blick auf die besonderen persönlichen Merkmale selbst, und insbesondere auf die sog. strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmale, wird die Unrichtigkeit der Prämissen der herrschenden Meinung noch deutlicher: bei diesen wird schon anhand der gesetzlichen Formulierung deutlich, dass die besonderen persönlichen Merkmale oft, wenn nicht immer, auch die Handlung und den Kern des Unrechts ihrer Tatbestände prägen. Denn die Eigenschaft, ein Richter zu sein bei der Rechtsbeugung – genauso wie die Amtsstellung bei anderen Amtsdelikten oder die Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue (§ 266 StGB) – charakterisiert nicht nur die Persönlichkeit des Täters, sondern die Handlung selbst. Der Umstand, dass der Richter aufgrund seiner Stellung über Rechtssachen entscheiden kann, macht den Angriff auf das Rechtsgut überhaupt erst möglich.

⁷ Die herrschende Meinung begründet die Strafbarkeit der Teilnahme durch die sog. „akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie“. Für diese sei der „Strafgrund der Teilnahme die Verursachung fremden Unrechts durch Mitwirken an der Normverletzung des Täters“ (*Hervorhebungen* im Original), Scheinfeld, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, Vorbemerkung zu § 26 Rn. 10; siehe auch Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, Vor. §§ 25 ff. Rn. 8 f.

⁸ Rengier (Fn. 4), § 46 Rn. 13.

⁹ Rengier (Fn. 4, § 46 Rn. 20) z.B. ordnet sie zum Tatumrecht zu; zustimmend Heine/Weißer (Fn. 4), § 28 Rn. 20.

¹⁰ Beide – genauso wie alle anderen subjektiven Tendenzen – werden von Schünemann (bei Grebing, ZStW 88 [1976], 176 f.) im Rahmen seiner „Einheitslösung“ nichtakzessorisch behandelt. Hoyer ([Fn. 1], § 28 Rn. 26) charakterisiert die Bereicherungsabsicht beim Betrug als ein Motiv des Täters, und dementsprechend täterbezogen.

¹¹ Hoyer (Fn. 1), § 28 Rn. 25 f.

¹² Otto, Jura 2004, 470.

Und trotzdem wird – mit Recht – ein Unterschied bei der Zurechnung zum Teilnehmer gemacht, der diese Eigenschaft nicht selbst besitzt. Der Grund für diese Unterscheidung muss aber dementsprechend woanders liegen.

Indes deuten diese Gedanken wiederum auf ein noch größeres Problem hin, das struktureller Natur ist und von *Armin Kaufmann* schon vor längerer Zeit erkannt wurde: Selten werden – wenn überhaupt – Merkmale gefunden, die nur die Handlung oder den Täter charakterisieren. So stellt er fest, dass es im Kernbereich des Strafrechts Delikte *reine* Tätermerkmale nicht zu geben scheine, „sondern nur ‚umdeutbare‘ in dem Sinne, daß Normsubjekt und Normmaterie, Täter und tatbestandliche Handlung oder Unterlassung gleichzeitig gekennzeichnet werden durch eine besondere Beziehung zwischen dem Subjekt und seiner Handlung oder durch die fehlende Ausführung oder Fehlausführung einer Funktion seitens des Funktionsträgers“.¹³

Diese letzte Tatsache ist aber nicht nur als ein Problem zu betrachten, auch wenn sie in diesem Zusammenhang die Identifizierung der besonderen persönlichen Merkmale erschwert. Denn es ist gleichzeitig positiv zu bewerten, dass das Strafrecht nicht reine Gesinnungen bestraft, sondern diese nur relevant werden, wenn sie sich in einem konkreten äußeren Verhalten materialisieren und, als Gegenstück, die „Persönlichkeit des Täters“ – wenn sie überhaupt eine Rolle spielt – durch seine Handlungen definiert wird.

Die letzten beiden Punkte zeigen deutlich, warum es besser ist, auf die Terminologie der Täter- und Tatbezogenheit zu verzichten. Wie *Otto* zutreffend aufzeigt, können diese Kritiken nicht durch die Abwägung von täter- und tatbezogenen Elementen innerhalb eines Merkmals vermieden werden. Im Gegenteil, diese Herangehensweise erhöht die Unvorhersehbarkeit der Ergebnisse und gibt einen noch breiteren Raum, um Entscheidungen ohne rechtssichere Grundlage zu treffen.¹⁴ Diese Mängel erklären auch, warum in der Literatur versucht wurde, diese Unterscheidung in eine solche zwischen rechtsgutsbezogenen und nicht rechtsgutsbezogenen bzw. besonderen persönlichen Merkmalen umzudeuten, wie im Folgenden erörtert wird. Andere bedeutende Charakterisierungen in der Literatur, die ebenfalls auf der Gegenüberstellung von zwei oder mehr gegenseitigen Gruppen von Merkmalen basieren, wie z.B. *Herzbergs* wertneutrale und wertbezogene Merkmale oder *Puppes* Unrechts-, Schuld- und gemischte Merkmale, werden hier der Übersichtlichkeit halber nicht behandelt.¹⁵

b) Rechtsgutsbezogene Merkmale und besondere persönliche Merkmale

aa) Gründe für die Umformulierung der Begriffe

Die vielleicht üblichste Umdeutung der Unterscheidung zwischen tat- und täterbezogenen Merkmalen ist ihre Einordnung

in rechtsgutsbezogene Merkmale, die den Angriff auf das geschützte Rechtsgut charakterisieren, und in besondere persönliche Merkmale. Während die ersteren uneingeschränkt akzessorisch zu behandeln seien, unterfielen letztere der Regelung des § 28 StGB.¹⁶ Die Idee dahinter ist, dass, wenn der Teilnehmer für seine Mitwirkung an der Rechtsgutsverletzung durch einen anderen verantwortlich gemacht wird, alles, was für die Rechtsgutverletzung konstitutiv ist, auch für den Unwertgehalt der Teilnahmehandlung relevant wäre. Umgekehrt soll ein Merkmal die Verantwortlichkeit der anderen Beteiligten *nicht* modifizieren, wenn sie den Rechtsgutangriff nicht charakterisiert und nur die Verantwortlichkeit des Täters beeinflusst.¹⁷

Wie *Grünwald*, der diese Meinung vertritt, aber selbst feststellt, führt diese Einordnung schnell zu einer widersprüchlichen Lage bei einem der wichtigsten Bereiche der besonderen persönlichen Merkmale, nämlich bei den Amtsdelikten. Die Amtsträgereigenschaft – wie er richtig erkennt – ist unstrittig ein besonderes persönliches Merkmal und die Amtsdelikte gehören zum Kernbereich des § 28 StGB. Gleichzeitig entspricht aber die Amtsträgereigenschaft der Definition der tatbezogenen Merkmale, da sie die Rechtsgutsverletzung mitkonstituiert: Bei der Rechtsbeugung beispielsweise ist das Rechtsgut überhaupt nicht zu erreichen, wenn der Täter Richter, Amtsträger oder Schiedsrichter wäre.¹⁸ Laut diesem Autor gebe aber die Tatsache, dass die Anerkennung der Amtsträgereigenschaft als besonderes persönliches Merkmal nicht in Einklang mit der herrschenden Definition stehe, keine Veranlassung dazu, von der Definition abzugehen oder die Amtsträgereigenschaft aus dem Anwendungsbereich des § 28 StGB herauszunehmen. Sie wäre vielmehr als eine historisch bedingte Besonderheit zu verstehen.¹⁹

Anstatt aufzugeben und die Situation als ein innerhalb dieses Rahmens unlösbares Problem zu erkennen, versuchen manche Autoren wie *Geppert* die Klassifikation weiter zu präzisieren und somit auch die sog. „Mischfälle“, bei denen ein Merkmal zwar rechtsgutsbezogene Elemente innezuhaben scheint, aber eben auch nicht rechtsgutsbezogene Elemente, besser einzuordnen. Aus diesem Grund definiert er den Begriff der besonderen persönlichen Merkmale negativ durch die Ausklammerung aller (objektiven oder subjektiven) persönlichen Merkmale, die „auch irgendeinen Bezug zum jeweils geschützten Rechtsgut und damit zum Kern des in der Person des Haupttäters verwirklichten Unrechts aufweisen“.²⁰ Das heißt, dass bei den sog. Mischfällen, bei denen ein Tatbestandsmerkmal nicht nur die Rechtsgutsverletzung beschreibt, sondern auch höchstpersönliche Elemente enthält, diese Merk-

¹³ *Armin Kaufmann*, in: Kohlmann (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Bd. II, 1983, S. 277 (283 f.).

¹⁴ *Otto*, Jura 2004, 470.

¹⁵ Zur Darstellung und Kritik von *Herzbergs* Kategorisierung siehe *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 59 ff., zu *Schünemanns* Einheitslösung S. 61 ff., zu *Puppes* Gedanken S. 64 ff.

¹⁶ *Grünwald*, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 555 (559).

¹⁷ *Grünwald* (Fn. 16), S. 559; *Geppert*, ZStW 82 (1970), 58 f.

¹⁸ Vgl. *Grünwald* (Fn. 16), S. 559.

¹⁹ *Grünwald* (Fn. 16), S. 562 f.

²⁰ *Geppert*, ZStW 82 (1970), 58 (65); vgl. auch *Blauth*, „Handeln für einen anderen“ nach geltendem und kommen dem Strafrecht, 1968, S. 107.

male als besondere persönliche Merkmale verstanden und nicht streng akzessorisch behandelt werden sollten.

In ähnlicher Weise und auch auf der Idee der Rechtsgutsverletzung basierend, meint *Gallas*, dass es zwei Grundsätze gebe, die für die Einordnung eines Merkmals als ein besonderes persönliches Merkmal notwendig seien: Einerseits sollten – wie bereits beschrieben – negativ vom Begriff alle diejenigen objektiv-täterschaftlichen oder subjektiven Tatbestandsmerkmale ausgeschlossen werden, die ausschließlich rechtsgutbezogen erscheinen und somit allein die „Sozialschädlichkeit“ der Tat betreffen, für die der Teilnehmer voll einzustehen habe. Andererseits fügt er aber positiv hinzu, dass auch alle diejenigen Merkmale zu dieser Gruppe gehörten, die den Gesinnungswert der Tat und nicht den Handlungswert betreffen.²¹

Auch in diese Richtung gehen die Überlegungen *Hakes*. In Bezug auf *Grünwalds* Auffassung hinterfragt er, ob aus dem Strafgrund der Teilnahme als Mitwirkung an einer fremden Rechtsgutsverletzung folge, dass dem Teilnehmer das vom Haupttäter verwirklichte Unrecht in vollem Umfang vorgeworfen werden könne. Er ist dagegen der Meinung, dass es auch Unrechtsmerkmale geben könnte, deren unrechtssteigernde Wirkung auch oder ausschließlich auf persönlichen Umständen des Täters beruhe, ohne die rechtsgutsverletzende Wirkung seines Verhaltens zu beeinflussen, oder, wie er es weiter formuliert, dass es zu untersuchen sei, „ob Merkmale existieren, die zwar die Haupttat und somit damit den Anknüpfungspunkt für die Teilnahme strafbarkeit in ihrem ‚So-Sein‘ charakterisieren, deren Gehalt sich aber nicht darin erschöpft, die Rechtsgutsverletzung als solche näher zu beschreiben“.²²

Für die Identifizierung der besonderen persönlichen Merkmale sei somit entscheidend, ob die Funktion eines bestimmten Merkmals sich nicht darin erschöpfe, die Rechtsgutsverletzung als solche näher zu beschreiben. Solange es zumindest zum Teil ein höchstpersönliches Unrecht zum Ausdruck bringe, spiele es keine Rolle, ob das Merkmal auch die Rechtsgutsverletzung näher beschreibt. Diese Merkmale dem Teilnehmer in vollem Umfang zur Last zu legen, widerspreche aber auch dem Strafgrund der Teilnahme, da dadurch der Teilnehmer auch wegen der nichtrechtsgutsbezogenen Komponente bestraft würde.²³

bb) Kritische Auseinandersetzung mit der Unterscheidung von rechtsgutbezogenen und besonderen persönlichen Merkmalen

Es sind somit zwei Positionen zu identifizieren: Für die erste kann sich ein Merkmal entweder auf die Rechtsgutsverletzung beziehen oder auf persönliche Eigenschaften eines Beteiligten, aber (in der Theorie) nicht auf beides. Die Amtsdelikte seien aber (in der Praxis) eine historische bedingte Ausnahme, bei der genau dieses Phänomen stattfindet, und die Amtsträgereigenschaft sei als besonderes persönliches

Merkmal zu behandeln. Die zweite Position gibt dagegen zu, dass ein einziges Merkmal gleichzeitig das Unrecht und persönliche Eigenschaften eines Beteiligten kennzeichnen könne. Um als besonderes persönliches Merkmal zu gelten, reicht es ihr zufolge aus, wenn die Funktion des Merkmals sich nicht in der Beschreibung der Rechtsgutsverletzung erschöpft.

Wenn die Diskussion mit konkreten Merkmalen verbildlicht wird, ist wiederum klar, dass beide Ansichten die Amtsdelikte dem Anwendungsbereich des § 28 StGB unterstellen. Bei anderen Fällen ergeben sich hingegen Unterschiede: Wenn man etwa an die Untreue denkt, die normalerweise als Sonderdelikt verstanden wird,²⁴ müsste die erste Position – wenn sie wirklich nur die Amtsdelikte als Ausnahme versteht – annehmen, dass die Vermögensbetreuungspflicht ein akzessorisch zu behandelndes rechtsgutsbezogenes Merkmal sei, da sie die Rechtsgutsverletzung mitkonstituiert. Mit der zweiten Position könnte aber argumentiert werden, dass das Merkmal hier eine doppelte Rolle spiele und insoweit als besonderes persönliches Merkmal zu behandeln sei.

Wenn an andere subjektive Merkmale wie Absichten gedacht wird, ist die Lage aber noch unklarer: Definiert beispielsweise die Bereicherungsabsicht beim Betrug oder die Zueignungsabsicht beim Diebstahl die Rechtsgutsverletzung oder kennzeichnet sie den üblichen Tätertyp? Die meisten verstehen sie als rechtsgutsbezogene Merkmale. Wie wir vorhin gesehen haben, vertreten aber diesbezüglich die unterschiedlichen Autoren divergierende Meinungen.²⁵ Einer der Kritikpunkte von *Otto* an *Hakes* Modifizierung der Rechtsgutsbezogenheit ist, dass sie nicht aus dem Dilemma der irrtümlichen Einordnung von Merkmalen hinausführt. Mit Fällen von Absichten wie der Zueignungsabsicht bei einem Diebstahl oder Raub konfrontiert, müsse *Hake* das ungewollte Ergebnis der Anwendung der Strafmilderung des § 28 Abs. 1 StGB beim Teilnehmer dadurch vermeiden, dass er sie als ausschließlich rechtsgutbezogene Merkmale betrachte, was für *Otto* am Charakter dieser Merkmale vorbeigehe.²⁶

Die Zuordnung der einzelnen Merkmale bleibt somit umstritten und variiert je nach Autor. Aber diese Unterschiede deuten – vielleicht noch wichtiger – auch daraufhin, dass die Unterscheidung in rechtsgutsbezogenen und besonderen persönlichen Merkmalen keine weiteren Anhaltspunkte bietet, um festzustellen, ob ein Delikt im Bereich des § 28 StGB zu subsumieren ist oder nicht.

Dass die erste Prägung der Rechtsgutsbezogenheit scheitert, liegt auf der Hand. Das Problem bei den Amtsdelikten betrifft nicht nur diese „historisch bedingte Besonderheit“. Vielmehr ist diese Inkonsistenz bei allen strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen oder zumindest bei allen echten Sonderdelikten – wie der Untreue – festzustellen, bei der das Merkmal das Unrecht des Delikts begründet: Jedes dieser Merkmale wird zumindest zum Teil die Rechts-

²¹ *Gallas* bei *Grebing*, ZStW 88 (1976), 174 f.

²² *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“: Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB, 2001, S. 97 f.; siehe auch bei Fn. 7.

²³ *Hake* (Fn. 22), S. 98.

²⁴ Vgl. nur *Kindhäuser/Hoven*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, StGB*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 266 Rn. 1.

²⁵ Siehe oben II. 1. a) bb); vgl. auch dazu *Grünwald* (Fn. 16), S. 559 f., einschließlich Fn. 24 und 29.

²⁶ *Otto*, *Jura* 2004, 470 (471).

gutsverletzung mitcharakterisieren. Die zweite Position kann zwar diesen Widerspruch teilweise vermeiden, aber ihre negative Definition – alles, was nicht ausschließlich die Rechtsgutsverletzung charakterisiert, ist ein besonderes persönliches Merkmal – bietet kaum eine Begründung dafür, *was* diese besonderen persönlichen Merkmale definiert und *warum* sie anders behandelt werden sollten.

Schon Grünwald – zwar in Bezug auf die Amtsdelikte, aber die Überlegungen können mit weniger Aufwand auf alle Sonderdelikte übertragen werden – hat die Möglichkeit erwogen, der Amtsträgereigenschaft eine „Doppelrolle“ bei den Amtsdelikten zuzuweisen, wie die Anhänger der zweiten Position vertreten: so, dass einerseits die Rechtsgutsverletzung den Unwertgehalt des Verhaltens aller Beteiligten präge, bei dem Verpflichteten selbst aber noch die Verletzung der ihn obliegenden Pflicht hinzutrete, die nur seine eigene Verantwortlichkeit beeinflusse.²⁷ Er hält dies aber letztendlich für unrichtig, „denn die Rechtsgutsverletzung und die Amtspflichtverletzung sind bei den Amtsdelikten überhaupt nicht von einander zu trennen. Der Extraneus verletzt zwar selbst keine Amtspflicht, aber er bewirkt eine Amtspflichtverletzung, er nimmt an ihr ebenso wie an der Rechtsgutsverletzung teil“.²⁸ Das heißt, dass seiner Meinung nach, indem diese unterschiedlichen Elemente nicht wirklich getrennt werden können, sie – soweit sie das Unrecht der Haupttat modifizieren – dennoch die Verantwortlichkeit des Teilnehmers modifizieren.

Diese zweite Auslegung der Unterscheidung zwischen rechtsgutsbezogenen Merkmalen und besonderen persönlichen Merkmalen birgt zudem die Gefahr, diesen letzten Begriff zu weit zu überdehnen. Denn, wenn die von Kaufmann festgestellte Umdeutbarkeit der Handlungs- und Tätermerkmale sowie die Tatsache berücksichtigt wird, dass die besonderen persönlichen Merkmale negativ durch den Ausschluss der *reinen* rechtsgutsbezogenen Merkmale charakterisiert werden, wäre es möglich zu vertreten, dass die meisten Merkmale keine reinen Handlungsmerkmale sind und dementsprechend in den Anwendungsbereich der Regeln des § 28 StGB fallen. Diese Umdeutbarkeit kann zur Erklärung beitragen, warum die Literaturmeinungen sich bei der Einordnung der einzelnen Absichten und anderen Merkmalen spalten und je nach Autor sie mal als rechtsgutsbezogene, mal als besondere persönliche eingeordnet werden: Sie fokussieren sich auf einen unterschiedlichen Aspekt des gleichen Merkmals.

Insoweit bringt uns die Idee der Rechtsgutsbezogenheit bestimmter Merkmale nicht viel weiter als die davor charakterisierte Unterscheidung zwischen tat- und täterbezogenen Merkmalen, und entkommt nicht allen der dort geschilderten Einwände. In Anbetracht der obigen Ausführungen lohnt es sich zu prüfen, ob andere theoretische Rahmen, die weniger auf die Sortierung einzelner Merkmale ausgerichtet sind und eine allgemeinere Perspektive auf diese Art von Delikten einnehmen, zu harmonischeren Lösungen führen können.

2. Pflichtdeliktslehre: vorgelagerte Sonderpflicht als unmittelbare Verbindung

a) Pflichtdelikte als Charakterisierung der Zentralgestalt des Delikts

Einen anderen theoretischen Rahmen bezüglich dieser Fragen bietet die sog. Pflichtdeliktslehre. Diese Lehre wurde von Roxin in seiner Habilitationsschrift „Täterschaft und Tatherrschaft“ entwickelt, in welcher er am Begriff des Sonderdelikts, das er – irrtümlicherweise – als die Beschränkung des Täterkreises von vornherein auf bestimmte Berufsgruppen oder Stände versteht,²⁹ seine vermeintliche Unklarheit bemängelt und ihn zu ersetzen versuchte.³⁰ Jakobs greift diese Unterscheidung zwischen Herrschafts- und Pflichtdelikten ebenfalls auf. Er entwickelt sie aber in einer eigenen Weise weiter. Er unterscheidet zwischen einem weiteren und einem engeren Sinn der Sonderdelikte: Bei den Sonderdelikten im weiteren Sinne könne nicht jedermann Täter eines vollendeten Delikts sein, sondern nur eine Person mit bestimmten Eigenschaften oder in bestimmter Lage. Sonderdelikte im engeren Sinne seien hingegen Delikte, bei denen der Täter des betreffenden Delikts nur eine Person sein könne, die unabhängig von der Deliktsbegehung in einer Beziehung (Status) zu dem geschützten Gut stehe, im Gegensatz zu den Fällen, in denen eine Beziehung zum Gut nur durch das deliktische Verhalten vermittelt werde. Der Begriff der Pflichtdelikte ist der letzteren Kategorie vorbehalten.³¹

Roxin versteht die Pflichtdelikte als eine der Methoden, die der Gesetzgeber zur Charakterisierung der Zentralgestalt eines Delikts benutzt und damit als alternatives Täterkriterium zu dem von ihm vertretenen Kriterium der Tatherrschaft. Er definierte dieses Kriterium ursprünglich als „die Verletzung einer außerstrafrechtlichen Pflicht, die sich nicht notwendig auf jeden Deliktsbeteiligten erstreckt, die aber für die Tatbestandserfüllung erforderlich ist“.³² Diese Pflicht unterscheide sich von der aus der Strafrechtsnorm entspringenden Pflicht, sei dieser logisch vorgelagert und soll im Allgemeinen anderen Rechtsgebieten entspringen.³³ Innerhalb dieser Delikte soll jede Mitwirkung des Intraneus seine Täterschaft

²⁹ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl. 2022, S. 394. Schon Nagler (Die Teilnahme am Sondereverbrechen, Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, 1903, S. 19) hat aber die „ungerechtfertigte Einengung des Begriffs“ der Sonderdelikte kritisiert, wenn man „die besonderen Kreise der jeweiligen unmittelbar Vinkulierten mit den Vertretern der Berufsstände identifizierte“. Insoweit ist Roxins Kritik unangebracht.

³⁰ Roxin (Fn. 29), S. 436.

³¹ Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. 2011, 6/91; Sánchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung, Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999, S. 36 f.

³² Roxin (Fn. 29), S. 394.

³³ Roxin (Fn. 29), S. 394 f.

²⁷ Grünwald (Fn. 16), S. 561.

²⁸ Grünwald (Fn. 16), S. 561 f.

begründen, solange er seine Sonderpflicht verletzt, ungeachtet der Tatsache, ob ihm die Tatherrschaft fehlt.³⁴

In dieser ersten Vorstellung der Lehre *Roxins* wird schon deutlich, dass der Begriff sich für ihn auf eine täterschaftsbegründende Funktion beschränkt – und insoweit vom Begriff von Täterschaft abhängig ist –, aber es keinen wesentlichen Unterschied bei der Begründung dieser Delikte im Vergleich zu den Gemeindelikten bzw. Tatherrschaftsdelikten gäbe. Es bleibt aber noch die Frage offen, *warum* der Gesetzgeber hier die Zentralgestalt anders charakterisiert als im Normalfall. Der Unterschied läge – *Roxin* und seinen Anhängern zufolge – nicht in einem abweichenden Strafgrund, denn auch hier wäre die Rechtsgutsverletzung der Grund der Bestrafung.³⁵ *Roxin* meint, dass die Pflichtdelikte einen der zwei Wege darstellten, durch die der Gesetzgeber die Forderungen des *nulum-crimen*-Grundsatzes verwirklicht. Der Gesetzgeber könne entweder die Handlung möglichst präzise durch die Deskription äußerer und innerer Fakten (Tatherrschaftsdelikte) beschreiben oder den Tatbestand durch den Verstoß einer außerstrafrechtlichen Pflicht konkretisieren. Im letzteren Fall komme es nicht auf das äußere Verhalten des Täters an, sondern auf den Verstoß gegen eine Pflicht, die aus einer von ihm übernommenen sozialen Rolle entspringt.³⁶ Bei diesen Delikten gehe es um „rechtlich schon durchgeformte Lebensbereiche [...], deren Funktionsfähigkeit durch die Tatbestände geschützt werden soll“.³⁷

Wenn aber auf der Frage beharrt wird, *warum* der Gesetzgeber eine solche Entscheidung treffen sollte, antwortet *Roxin*, dass die Wahl zwischen den beiden Methoden schlicht eine gesetzgeberische Entscheidung sei, die davon abhängt, für wie bedeutsam der Gesetzgeber die Pflichtenstellung im Rahmen der Rechtsgutsverletzung ansieht. Werde „der Strafwürdigkeitsgehalt des Delikts durch sie nach seiner Meinung wesentlich beeinflusst, so wird er den Pflichten ohne Rücksicht auf den Handlungsverlauf im Zentrum des Geschehens sehen und die Strafbarkeit Außenstehender erheblich einschränken“.³⁸ Wenn er eine dieser fest geformten Vorgegebenheiten – Herrschaft und Pflicht – auswähle, müsse er die sich daraus ergebenden Folgen in Bezug auf die Teilnahmefragen in Kauf nehmen.³⁹

Als *Begründung* der Pflichtdelikte und als Darstellung der Kriterien, die den Gesetzgeber berechtigen oder berechtigen sollten, um ein Pflichtdelikt zu typisieren, bleiben *Roxins*

Ausführungen ungenau. Wenn die obigen Überlegungen wohlwollend interpretiert werden, wäre es möglich, die Entstehungsgründe dieser Pflichten und den Wert ihres Schutzes in der wesentlichen Rolle zu sehen, die diese rechtlich schon durchgeformten Lebensbereiche bzw. sozialen Rollen für die Rechtsordnung haben. Welche genauen Rollen Pflichtdelikte begründen, ist aber umstritten: *Roxin* inkludiert z.B. auch Tatbestände wie die Vereitelung der Zwangsvollstreckung (§ 288 StGB) und die Unfallflucht (§ 142 StGB), die von anderen Autoren aus dem Bereich der Sonderdelikte bzw. der besonderen persönlichen Merkmale ausgeschlossen werden⁴⁰.

Es sollte zuletzt erwähnt werden, dass *Roxin* seine Lehre im Laufe der Zeit in dreierlei Hinsicht modifiziert hat: Er hat erstens die Fahrlässigkeitstatbestände aus dem Bereich der Pflichtdelikte herausgenommen, zweitens eingestanden, dass die täterschaftsbegründende Pflicht nicht notwendig auf außerstrafrechtlichen Regeln beruhe, und drittens hat er *Jakobs'* Auffassung übernommen, dass die aus einer sozialen Rolle erwachsenden Sonderpflichten auch bei Jedermann-Delikten die Täterschaft begründen.⁴¹ Im Folgenden wird auf die Argumentation des letztgenannten Autors näher eingegangen, der die oben erwähnten Bedeutsamkeit der Ausübung einer sozialen bzw. institutionellen Rolle für die Begründung der Pflichtdelikte unterstreicht.

b) Pflichtdelikte als das Handeln gegen eine Institution

Jakobs ist deutlich klarer in der Behandlung der Frage der Begründung der Pflichtdelikte. In seiner Auffassung legt er einen beachtlichen Wert auf die Ausübung einer sozialen Rolle als Grundlage dieser Art von Delikten. So differenziert er in einer ersten Konturierung zwischen Delikten, bei denen Täter nur eine Person sein könne, „die unabhängig von der Deliktsbegehung in einer Beziehung (Status) zu dem geschützten Gut steht“ und solchen Delikten, bei denen „die Beziehung zum Gut nur durch das deliktische Verhalten vermittelt wird“, die nicht Sonder- bzw. Pflichtdelikte sind.⁴²

Ähnlich wie *Roxin* unterscheidet auch *Jakobs* zwischen zwei Deliktskategorien: Herrschaftsdelikte oder „Delikte kraft Organisationszuständigkeit“, bei denen der Haftungsgrund die „Zuständigkeit für die Schädlosigkeit der eigenen Organisation“ sei, und Pflichtdelikte, bei denen „bestimmte Personen überhaupt für den Bestand eines Guts einzustehen haben und nicht dafür, daß der eigene Organisationskreis ein Gut nicht schädigend tangiert“.⁴³ Bei den ersteren werde die Person verantwortlich gemacht, weil sie ihre Handlungsfreiheit in einer schädigenden Weise ausgeübt habe, weil sie ihren Organisationskreis in einer unerlaubten Maß ausgedehnt und die Handlungsfreiheit einer anderen Person dadurch beschränkt

³⁴ *Roxin*, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 509; zust. *Heine/Weißer* (Fn. 4), Vorbemerkungen zu den §§ 25 ff. Rn. 82 f.

³⁵ Vgl. dazu *Pariona*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Botke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 853 (856 f.); *Roxin* (Fn. 29), S. 885 Fn. 964.

³⁶ *Roxin*, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1973, S. 16 ff.

³⁷ *Roxin* (Fn. 36), S. 17 f.

³⁸ *Roxin* (Fn. 29), S. 430.

³⁹ *Roxin* (Fn. 29), S. 430.

⁴⁰ *Roxin* (Fn. 34), S. 517.

⁴¹ *Roxin* (Fn. 29), S. 884 ff. In Bezug auf den zweiten Punkt geht *Pariona* (Fn. 35, S. 857 ff.) sogar noch weiter, indem er den strafrechtlichen Charakter aller dieser Pflichten, sogar die vermeintlich außerstrafrechtlichen Pflichten, betont, da sie zuerst durch den Straftatbestand umgeformt werden müssten, um als Täterschaftskriterium zu wirken.

⁴² *Jakobs* (Fn. 31), 6/91.

⁴³ *Jakobs* (Fn. 31), 21/115 und 21/116.

habe. Bei den Zweiten haftet der Täter „wegen Verletzung von Pflichten zur besonderen, institutionellen abgesicherten solidarischen Sorge für ein Gut“. Während bei den Herrschaftsdelikten das Verhältnis zwischen Täter und Gut erst durch die Tat erzeugt werde und sich negativ zu einem Nicht-Verletzten beschränke, bestehe diese Beziehung bei den Sonderdelikten unabhängig von der Tat und werde positiv durch den Status des Täters im Verhältnis zum Gut bestimmt.⁴⁴

Obwohl es viele Gemeinsamkeiten mit der Auffassung *Roxins* gibt, zeigt sich schon hier ein wichtiger Unterschied in der Begründung dieser Delikte: Während für *Roxin* die Rechtsgutsverletzung als gemeinsamer Grund der Bestrafung aller Delikte dient und die Sonderpflicht (nur) für die Bestimmung der Täterschaft wichtig ist, gibt es für *Jakobs* und seinen Schüler *Sánchez-Vera* einen Unterschied im Haftungsgrund.⁴⁵ Hier werden die Pflichten, die eine unmittelbare Beziehung des Täters zum Gut herstellen sollen, konkret mit bestimmten Institutionen verknüpft, die von elementarem Gewicht für den gesellschaftlichen Bestand seien.⁴⁶ Es sei der an diesen Institutionen – das Eltern-Kind-Verhältnis, das sog. besondere Vertrauen, die genuin staatlichen Pflichten und ursprünglich auch die Ehe⁴⁷ – gebundene Status, der die unterschiedliche Behandlung dieser Delikte rechtfertige. Da diese Beziehung zwischen Beteiligten und Gut unmittelbar ist, sei jede Mitwirkung des Verpflichteten täterschaftlich, sie „überspringe“ die Akzessorität.⁴⁸

Diese neue Begründung soll gewichtige Folgen sowohl für die Unterlassungs- als auch für die Begehungsdelikte haben oder, besser gesagt, verliert diese Unterscheidung für *Jakobs* und *Sánchez-Vera* sogar ihren Sinn und tritt bei den Pflichtdelikten hinter der Differenzierung des Haftungsgrunds zurück.⁴⁹ In der zugespitzten Formulierung *Sánchez-Veras*:

„Ob der Gesetzgeber zufällig eine Norm als Verbot oder als Gebot ausformuliert hat, oder der Richter sie als Verbot oder als Gebot interpretiert, ist also normativ bedeutungslos“.⁵⁰

Aus diesem unterschiedlichen Haftungsgrund folgt auch das, was *Sánchez-Vera* als eine „Erweiterung“ und eine „Reduzierung“ des Bereichs der Pflichtdelikte bezeichnet. Bei den Begehungsdelikten hat diese Reduzierung zur Folge, dass nicht jede isolierte Pflicht einen Status begründe, sondern nur

die, die auf einer der oben genannten Institutionen basiert oder, mit anderen Worten, nur wenn der Täter Garant kraft institutioneller Zuständigkeit ist. So begründe z.B. die Leistungspflicht eines vermögensrechtlichen Schuldners kein Pflichtdelikt, ein Status liege dagegen vor, „wenn die strafrechtlich sanktionierte Pflicht Teil einer Institution sei (etwa beim Beamten, Soldaten, Vater etc.) oder aber den Pflichtigen in eine Institution hineinziehe“.⁵¹

Diese Reduzierung wirkt sich auch auf den Bereich der sog. unechten Unterlassungsdelikte aus. Laut diesen Autoren sind nicht alle sog. unechten Unterlassungsdelikte Pflichtdelikte, sondern nur die, die auf bestimmten Garantstellungen basieren. Sie versuchen die herkömmliche, auf *Kaufmann* zurückzuführende Unterscheidung zwischen Obhuts- und Überwachungsgarantenstellungen⁵² – die *Jakobs* kritisiert⁵³ – in ähnlicher Weise wie bei den Begehungsdelikten durch die unterschiedlichen Haftungsgründe zu ersetzen: Es soll somit Garant kraft institutioneller Zuständigkeit und Garant kraft Organisationszuständigkeit geben. Auch hier beschränken sich die Pflichtdelikte im Hinblick auf die erste Kategorie, die teilweise der der Obhutsgarantenstellungen entspreche. Nur bei diesen gehe es darum, den Bestand eines Guts überhaupt oder gegen bestimmte Gefahren solidarisch zu garantieren. So ist *Jakobs*' Meinung nach ein Polizist, der eine

⁵¹ *Sánchez-Vera* (Fn. 31), S. 35 f.; siehe auch *Jakobs* (Fn. 31), 25/46 und 7/70.

⁵² Es wird üblicherweise behauptet, dass der Obhutsgarant ein bestimmtes Rechtsgut gegen alle möglichen Angriffe bzw. Gefahren beschützen müsste, während der Überwachungsgarant eine bestimmte Gefahrenquelle überwachen und dafür sorgen müsste, dass keine Rechtsgüter durch diese Quelle beschädigt werden; siehe dazu *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 283 ff.; *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 35 ff.; *Rengier* (Fn. 4), § 50 Rn. 3 ff.; *Stein/Eckstein*, in: *Wolter/Hoyer* (Fn. 1), § 13 Rn. 23 ff.; *Vogel*, Norm und Pflicht, 1993, S. 340; BGHSt 48, 77 (91 f.).

⁵³ Er wendet dagegen die Umdeutbarkeit dieser Unterscheidung ein: „Insbesondere lassen sich keine systematischen Konsequenzen an einer Unterscheidung von Beschützergaranten und Überwachergaranten festmachen, da die identische Aufgabe regelmäßig als Beschützeraufgabe sowie als Überwacheraufgabe formulierbar ist.“, *Jakobs* (Fn. 31), 29/27. Und tatsächlich stellt sich in der konkreten Situation, in der eine Handlungsgelegenheit vorliegt, die Garantbeziehung immer zwischen einem bestimmten Rechtsgut und einer bestimmten Gefahrenquelle ein. Wie *Mañalich* (Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 21 – N° 2, 2014, 225 [243]) aber feststellt, liegt der Unterschied vielmehr in der Frage, welche der beiden Variablen situativ konkretisiert werden soll: „Bei einer Überwachungs- oder Sicherungsgarantenstellung ist es die Identifizierung des Rechtsguts, dessen Beeinträchtigung der Garant verhindern werden soll, was situationsbedingt ist; bei einer Obhutsgarantenstellung hingegen ist es die Identifizierung der Gefahrenquelle, die die vom Garant zu verhindernde Beeinträchtigung potenziell auslösen könnte.“ (eigene Übersetzung aus dem spanischen Original).

⁴⁴ *Jakobs* (Fn. 31), 7/70.

⁴⁵ *Roxin* (Fn. 29), S. 885 Fn. 964; *Jakobs* (Fn. 31), 21/115 und 21/116; *Sánchez-Vera* (Fn. 31), S. 30.

⁴⁶ *Jakobs* (Fn. 31), 29/58.

⁴⁷ *Jakobs* (Fn. 31), 29/58 ff.; *Sánchez-Vera* (Fn. 31), S. 32. Diese Liste, und insbesondere das besondere Vertrauen als Institution, wird oft kritisiert. Vgl. dazu *Schünemann*, in: *Gimbernat Ordeig/Schünemann/Wolter* (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, Ein spanischdeutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin, 1995, S. 49 (60 ff.); *Roxin* (Fn. 34), S. 523 f.

⁴⁸ *Jakobs* (Fn. 31), 21/116.

⁴⁹ *Jakobs* (Fn. 31), 21/116 und 28/16.

⁵⁰ *Sánchez-Vera* (Fn. 31), S. 218.

Anstiftung zu einem Delikt nicht verhindere, Täter dieses Delikts; ferner seien Eltern, die ihr minderjähriges und ihrer Sorge unterstehendes Kind nicht von einer (tatbestandslosen) Selbsttötung abhalten, Täter eines – in ihrer Person tatbestandlichen – Tötungsdelikts.⁵⁴

Die Erweiterung des Bereichs der Pflichtdelikte – die, wie vorhin bemerkt wurde, auch von *Roxin* angenommen wurde⁵⁵ – bezieht sich auf die Tatsache, dass der Garant, der zur solidarischen Sorge für ein Schutzgut verpflichtet ist, auch Garant bleibt, wenn er durch ein Tun gegen eine Verbotsnorm verstößt: Insoweit würden im Fall der Begehung auch Jedermannsdelikte zu Pflichtdelikten umgedeutet, solange sie von einem Garant kraft institutioneller Zuständigkeit begangen werden.⁵⁶ So seien die Eltern des minderjährigen Sohnes, der Selbstmord begeht, trotz der äußeren Teilnahmehandlung auch Täter, wenn sie dem Kind das Mittel zur Selbsttötung geben, obwohl die Haupttat prinzipiell straflos sei.

„Nach denselben Regeln überlagert die Täterschaft des Pflichtdelikts auch eine eventuell gegebene Beihilfe durch Tun. Beispiel: Der Ehemann, der das Mittel zur Tötung seiner Frau hingibt, ist Täter“.⁵⁷

c) Kritik der Pflichtdeliktslehre

Diese Lehre⁵⁸ ist auf zwei Ebene zu kritisieren: einerseits aus der Perspektive ihrer Anpassung an die gegebene Gesetzeslage und andererseits auf einer allgemeineren theoretischen Ebene. In Bezug auf Ersteres bringt *Langer* das Wortlautargument gegen diese Theorie vor, das den § 28 Abs. 2 StGB und die Folgen, welche die Pflichtdeliktslehre für die Beteiligung eines Intraneus – der von der Sonderpflicht verpflichtet wird – hat, betrifft. In beiden Versionen dieser Lehre wird, wie wir gesehen haben, jede Mitwirkung eines Intraneus, der seine Sonderpflicht verletzt hat, als eine täterschaftliche Handlung wahrgenommen. Dieser Autor wendet ein, dass § 28 Abs. 2 StGB ausdrücklich die Möglichkeit anerkenne, dass

ein Intraneus (qua seiner Stellung als Träger eines besonderen persönlichen Merkmals) Teilnehmer sein könne, dass die Qualifikation nur beim Teilnehmer liegen kann.⁵⁹

Laut *Roxin* ist diese Behauptung eine *petitio principii*, weil § 28 Abs. 2 StGB nicht die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bestimme, sondern sie voraussetze und die Akzessorietät auf der Grundlage einer nach allgemeinen Lehren bestehenden Täter-Teilnehmer-Beziehung behandle.⁶⁰ Die Kritik ist aber nicht, dass § 28 Abs. 2 StGB selbst diese Abgrenzung durchführt, sondern dass die Vorschrift den Fall regelt, dass ein besonderes persönliches Merkmal beim Teilnehmer vorliegt, ohne dass er dadurch zum Täter würde, was innerhalb des Rahmens der Pflichtdeliktslehre aber unmöglich ist.⁶¹

Auch wenn er in seiner Formulierung weniger deutlich ist, ein ähnliches Argument kann § 28 Abs. 1 StGB entnommen werden: Diese Vorschrift bestimmt eine obligatorische Strafmilderung, wenn beim Teilnehmer besondere persönliche Merkmale fehlen. Es wäre möglich, daraus zu schließen, dass, wenn die Merkmale tatsächlich beim Teilnehmer vorliegen – das heißt, ohne dass er Täter ist –, diese Strafmilderung nicht anwendbar wäre.⁶²

Sánchez-Vera spricht sich aber ausdrücklich gegen eine solche Interpretation des § 28 Abs. 1 StGB aus. Er meint, dass diese Interpretation nur eine der vielen Auslegungsmöglichkeiten ist, die diese Vorschrift erlaubt. Es gebe freilich eine andere, die die Pflichtdeliktslehre bestätige. Die Regel des § 28 Abs. 1 StGB finde hiernach erst dann Anwendung, wenn die Frage der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme entschieden wurde. Die Regel solle deswegen die Pflichtdeliktslehre für diese Abgrenzung voraussetzen und beantworte lediglich die Frage, wie die Teilnahme am Pflichtdelikt zu behandeln ist. So könne man den Text so umdeuten:

„Unter der Voraussetzung, daß der Richter sich vor einen Fall der Teilnahme am Pflichtdelikt gestellt sieht, hat er die Strafe des Teilnehmers nach § 49 Abs. 1 zu mildern“.⁶³

Zwar ist diese Auslegung tatsächlich möglich, es gibt aber gute Gründe, um die Interpretation zu bevorzugen, welche die Unterscheidung zwischen Teilnehmern, die besondere persönliche Merkmale aufweisen, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, erlaubt. Zunächst kommt die hier bevorzugte Auslegung dem Wortlaut von beiden Absätzen des § 28

⁵⁴ *Jakobs* (Fn. 31), 29/106. Bei den anderen Garantenstellungen soll der Grund der Verantwortlichkeit in der Abschirmung von Gefahren, die die Entfaltung der eigenen Handlungsfreiheit erzeuge; siehe *Jakobs* (Fn. 31), 29/29 ff. und 29/46.; vgl. dazu auch *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 74.

⁵⁵ Siehe *Roxin* (Fn. 34), S. 524 ff.; *ders.* (Fn. 29), S. 888 ff.

⁵⁶ *Jakobs* (Fn. 31), 21/116; *Sánchez-Vera* (Fn. 31), S. 34; *Roxin* (Fn. 34), S. 516.

⁵⁷ *Jakobs* (Fn. 31), 29/106.

⁵⁸ Sei an dieser Stelle bemerkt, dass auch *Schünemann* eine eigene Version der Pflichtdeliktslehre entwickelt hat. Da seine Lehre sich nur in der Begründung, aber nicht in den Folgen von *Roxins* Version unterscheidet, wird sie hier der Übersichtlichkeit halber nicht ausführlich dargestellt. Siehe dazu aber *Schünemann/Greco*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 52 ff.; *Chen*, *Das Garanten-sonderdelikt, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte und der Sonderdelikte*, 2006, S. 108 ff.; *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 75 ff. Die Einwände im Haupttext richten sich entsprechend auch gegen diese Version.

⁵⁹ *Langer*, *Das Sonderverbrechen, Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, 1972, S. 224.

⁶⁰ *Roxin* (Fn. 29), S. 885 Fn. 964.

⁶¹ *Langer*, *Die Sonderstraftat, Eine gesamt-systematische Grundlegung der Lehre vom Verbrechen*, 2. Aufl. 2007, S. 249 f.; *Deichmann*, *Grenzfälle der Sonderstraftat, Zum Problem der Subjektqualifikation durch besondere persönliche Merkmale bei den Aussage- und Verkehrsdelikten*, 1994, S. 17.

⁶² Vgl. in diesem Sinne *Deichmann* (Fn. 61), S. 17 ff.; *Langer* (Fn. 61), S. 426.

⁶³ *Sánchez-Vera* (Fn. 31), S. 202 Fn. 55.

StGB näher als die von *Sánchez-Vera* vorgeschlagene Interpretation. Aber – viel wichtiger – auch die Gerechtigkeit seiner Lösung ist zu hinterfragen. Wenn man an einen konkreten Fall denkt, bei dem ein Teilnehmer einem Vater ein Messer reicht, um diesem bei der Tötung seines Sohnes zu helfen – was in beiden Versionen der Pflichtdeliktslehre als ein Pflichtdelikt wahrzunehmen wäre –, käme dem Teilnehmer sowohl die Milderung des § 27 Abs. 2 StGB als auch die des § 28 Abs. 1 StGB zugute. Wenn in einem modifizierten Fall diese familiäre Beziehung zwischen Täter und Opfer jedoch nicht besteht und der Teilnehmer genau den gleichen Beitrag leistet, käme ihm jetzt nur eine Strafmilderung zugute, nämlich die des § 27 Abs. 1 StGB, obwohl er an einer Handlung teilnimmt, die zumindest den gleichen Unwert – wenn nicht weniger – aufweist. Es leuchtet nicht ein, warum diese Unterscheidung Bestand haben sollte; ganz im Gegenteil scheint es Gerechtigkeitsvorstellungen zu widersprechen.

Auf einer theoretischen Ebene ist zunächst festzustellen, dass in einem vielleicht trivialen Sinne alle Delikte „Pflichtdelikte“ sind. Wie im nächsten Abschnitt weiter ausgeführt wird, werden alle Delikte, ungeachtet ob sie vollendet oder nur versucht sind, durch die Verletzung einer strafrechtlichen Pflicht gebildet, die wiederum aus einer Verhaltensnorm entspringt. In der Pflichtdeliktslehre wird freilich nicht von dieser „allgemeinen“ Pflicht gesprochen, sondern von einer zweiten, täterschaftsbegründenden vorgelagerten bzw. einer institutionellen Pflicht. Wie aber weiter unten deutlich wird, ist die für das Strafrecht relevante und als „besondere“ zu charakterisierende Pflicht nicht eine vorgelagerte Pflicht, sondern genau diejenige, die aus der strafrechtlichen Verhaltensnorm entsteht, weil *diese* Norm auch einen Sondercharakter hat. Ob diese unterschiedliche Begründung und Charakterisierung gelingen, kann erst nach dem nächsten Abschnitt festgestellt werden.

Was aber bemängelt werden kann, ist die Tatsache, dass die Vertreter der Pflichtdeliktslehre zwar abstrakt zwischen der strafrechtlichen Pflicht und einer täterschaftsbegründenden Pflicht unterscheiden, aber trotzdem die Möglichkeit nicht einsehen, dass die letztere verletzt werden könnte, ohne dass gleichzeitig die allgemeine Pflicht verletzt ist. Diese Tatsache zeigt, dass die Vertreter der Pflichtdeliktslehre die Tatbestandsmäßigkeit bei den sog. Pflichtdelikten nicht ernst genug nehmen.⁶⁴ Durch die Idee einer unmittelbaren Beziehung zum geschützten Rechtsgut, die alle Handlungen des Verpflichteten zu einer täterschaftlichen Handlung verwandeln würde, wird die Tatsache außer Acht gelassen, dass die Innehabung dieser vorgelagerten Pflicht und deren Verletzung nur *eines* der Merkmale des Tatbestandes ist. Wenn man Täterchaft als eine Kategorie der Zurechnung versteht, bei der eine Person für die zurechenbare Verwirklichung *aller* Tatbestandsmerkmale verantwortlich gemacht wird, wird klar, dass der Rest der Tatbestandsmerkmale auch erfüllt und dem Täter als eigene zugerechnet werden müssen.⁶⁵

Die Vorstellung der Vertreter der Pflichtdeliktslehre, dass jegliche Handlung eines Intraneus als eine täterschaftliche

Handlung gesehen werden darf, da er bei der Ausübung seiner Sonderrolle gescheitert ist, kommt einer strengen objektiven Haftung nahe. Wie es bei *Jakobs* deutlich wurde, kann sogar das Nicht-Hindern an einer Anstiftung zu einer täterschaftlichen Handlung innerhalb dieses Modells führen.

Die Weiterentwicklung der Pflichtdeliktslehre – insbesondere in der institutionellen Variante von *Jakobs* – hat überdies die paradoxe Folge, dass sie letztendlich einer Charakterisierung der Pflichtdelikte als Standesdelikte viel näherkommt als die von *Roxin* – irrtümlicherweise – so getadelte Auslegung der Sonderdelikte. Denn die Intranei wären wegen jeglichen Angriffs gegen eine für das Funktionieren der Gesellschaft als wesentlich wahrgenommene Institution, zu der sie gehören, bestraft und nicht wegen ihrer Verletzung einer konkret definierten strafrechtlich geschützten Verhaltensnorm.

Wenn diese Ideen konsequent weitergeführt werden, müsste gesehen werden, dass sie nicht in kohärenter Weise mit dem jetzigen strafrechtlichen Modell in Einklang zu bringen sind. Dies lässt sich anhand einiger konkreter Beispiele verdeutlichen: *Jakobs* erwähnte den Fall des Polizisten als einen, bei dem das Subjekt wegen seiner Sonderstellung innerhalb einer Institution – hier des Staates selbst – eine Sonderverantwortlichkeit habe, die zur Konstruktion von Pflichtdelikten benutzt werde. Und tatsächlich wird so eine Stellung benutzt, um beispielsweise das Delikt der Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB) zu charakterisieren. Aber wenn die Amtsstellung bzw. der Schutz der Institution selbst im Vordergrund steht, warum sollte man dort aufhören? Wenn der Amtsträger einen Diebstahl im Amt begeht, wäre es gemäß den Grundlagen der Pflichtdeliktslehre zu erwarten, dass auch da seine Verantwortlichkeit qualifiziert wäre, da er auch so seine Institution beschädigt. Und das gleiche gilt für jedes andere Delikt.

Somit wären zwei mögliche Systeme der strafrechtlichen Haftung zu erwarten: Denkbar wäre eine Auslegung, bei der der Angriff gegen die geschützte Institution im Vordergrund steht und eine allgemeine (ungeschriebene) Verhaltensnorm begründet – etwa „es ist verboten, gegen den Staat rechtswidrig zu handeln“. Diese Verhaltensnorm wäre dann durch bestimmte Strafbarkeitsmerkmale in gesonderte Spezialtatbestände aufgeteilt, die letztendlich die einzelnen Delikte gegen den Staat bilden würden. Diese Alternative würde aber, wie *Nagler* schon vor langem festgestellt hat, dem positiven Recht widersprechen.⁶⁶ Die Alternative wäre ein strafrechtliches System, bei dem die Verletzung einer institutionellen Pflicht als allgemeiner Qualifikationsgrund für alle Gemeindelikte gälte. Auch dies entspricht offensichtlich nicht der gesetzlichen Lage.

Diese Schwierigkeiten sind Ausdruck eines allgemeineren Problems dieser Theorie: Das Problem besteht nämlich darin, dass diese Theorie sich nur schwer mit einem modernen Verantwortlichkeitssystem in Einklang bringen lässt. *Mañalich* bemerkt, dass ein wesentlicher Aspekt der modernen Ideen des Rechts die Vorstellung sei, dass neben der Möglichkeit der vertraglichen Selbstbindung die Verwirklichung des Rechts durch die Befolgung öffentlich verbindlicher Nor-

⁶⁴ Siehe auch *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 80.

⁶⁵ Siehe auch *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 116 ff.

⁶⁶ *Nagler* (Fn. 29), S. 21 ff.

men stattfinden muss.⁶⁷ Somit wird die Frage danach, wie ein Grundsatz der Selbstbindung an das Recht durch einen solchen Mechanismus der heteronomen Bindung zu begründen wäre, zur zentralen Frage für ein modernes Verständnis der Rechtsgültigkeit.⁶⁸ Die Antwort auf diese Frage – also nach der Harmonisierung zwischen Selbstbindung und öffentlichen sozialen Normen – sei letztlich das, was in einer demokratischen Begründung des strafrechtlichen Schuldbegriffs zum Ausdruck komme.⁶⁹ Diese Normen würden durch die Legalität ihrer Herstellung insoweit den Anspruch erheben, dass die Befolgung der aus ihnen entspringenden Pflichten vom Normsubjekt nicht Ausdruck eines heteronomen externen Zwangs, sondern gleichzeitig Selbstverpflichtung ist.

Die Pflichtdeliktslehre, soweit sie die Grundlage der entsprechenden Pflichten „hinter“ der Norm in einer direkten Bezugnahme auf eine konkrete „Institution“ sucht, verzichtet diesen Grundsatz. Die Grundlage der Pflicht liege nicht in der Verhaltensnorm, die – zumindest in der Theorie – durch ein demokratisches Verfahren entstanden ist und einen Freiheitskonflikt zwischen einem bestimmten geschützten Rechtsgut und der Handlungsfreiheit des Trägers der Pflicht – selbst ein Rechtsgut – zugunsten des ersteren löst, sondern in der unmittelbaren Bindung an einer Institution. Wie *Mañalich* feststellt und die vorherigen Überlegungen und die Beispiele der Vertreter der Pflichtdeliktslehre zeigen, stellt dieser Gedanke eine Umkehrung der Beziehung zwischen Pflicht und Verhaltensnorm dar: Die Normwidrigkeit des Verhaltens gibt bei dieser Lehre nur *den Anlass* für die Auferlegung einer Strafe, erklärt aber nicht mehr *den Grund*. Die Verhaltensnormen würden lediglich Fälle aufzeigen, bei denen gegen die Institutionen in einer bedeutsamen Weise gehandelt wurde, aber was letztendlich bestraft würde, wäre das Handeln gegen die Institution selbst. Sie hätten somit nur einen indikativen Wert, wenn nicht einen nur anekdotischen Charakter, der überwunden werden sollte. Denn, wenn man feststellen könnte, dass das Subjekt maßgeblich gegen die Institution gehandelt hat, obwohl er keiner konkreten Norm widersprochen hat, wäre seine Handlung – im Rahmen der Pflichtdeliktslehre – genauso pflichtwidrig und tadelnswert.⁷⁰

⁶⁷ *Mañalich*, *Política Criminal* 7 (14/2012), 357 (359 f.).

⁶⁸ *Mañalich*, *Política Criminal* 7 (14/2012), 357 (359 f.).

⁶⁹ *Mañalich*, *Política Criminal* 7 (14/2012), 357 (359 f.); siehe auch *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 80 f.

⁷⁰ Vgl. dazu *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 80 f.; siehe auch *Mañalich* (*Política Criminal* 7 (14/2012), 357 [359 f.]), der behauptet: „Ein solches Prinzip der institutionellen Bindung ist, zumindest wenn es so verstanden wird, weit davon entfernt, eine präzise Grundlage für die Verhaltensanforderungen an die Träger der entsprechenden ‚institutionellen Rollen‘ liefern zu können. Dies ist insofern der Fall, als die Pflichtdeliktslehre die anzuerkennende Ableitungsbeziehung zwischen der Norm als abstraktem Satz des Sollens und der konkreten persönlichen Pflicht, deren Verletzung strafrechtlich relevant ist, umkehrt. Denn nach der Pflichtdeliktslehre geht es nicht darum, dass die abstrakte Norm – die sich als kontradiktorische Formulierung aus dem Tatbestand des entsprechenden Grunddelikts ableiten lässt – eine persönliche Pflicht für

Aus diesen Gründen bietet diese Theorie keinen zufriedenstellenden Rahmen für die Behandlung der Sonderdelikte und die Auslegung des § 28 StGB. Daher wird im Folgenden eine dritte Möglichkeit untersucht, die auf der Wiederbelebung der ursprünglich von *Nagler* entwickelten Ideen der Sondernormen und Sonderdelikte beruht.

3. Sonderdelikte und Sondernormen

a) Verhaltensnormen, Sanktionsnormen und Normen als Grund für Handlungen

Um die Funktionsweise der Sondernormen und Sonderdelikte und ihre Unterschiede von dem Rest der Normen und Delikte angemessen erörtern zu können, ist es unerlässlich, zumindest kursorisch etwas über die allgemeinen Regeln zu sagen, von denen sie sich unterscheiden. In diesem Abschnitt wird daher – ohne jeglichen Anspruch auf Vollständigkeit – auf die Art und Weise eingegangen, in der die strafrechtlichen Normen im Allgemeinen strukturiert sind.

In Anlehnung an *Binding* ist im Strafrecht zwischen Verhaltensnormen und Sanktionsnormen zu unterscheiden. Beide Gruppen stehen in einer direkten Verbindung miteinander, aber erfüllen unterschiedliche Funktionen: Als Verhaltensnormen sind diejenigen Normen zu verstehen, die ein bestimmtes Verhalten gebieten oder verbieten; beispielsweise:

„Es ist verboten, jemanden zu töten“.⁷¹

Die Verhaltensnormen werden durch den Schutz eines bestimmten Rechtsguts vor seiner Gefährdung oder Verletzung legitimiert. Die Normen bewirken diesen Schutz durch die Anordnung oder das Verbot eines bestimmten Verhaltens der Person, die diese Norm zu befolgen hat und die deshalb auch als Normadressat benannt werden kann. Das heißt, dass die Verhaltensnorm die Handlungsfreiheit des Normadressaten beschränkt, um die Rechtsgüter vor möglichen schädigenden Verhaltensweisen dieser Person zu schützen. Die Handlungsfreiheit selbst ist aber auch ein vom Recht positiv bewertetes Handlungsinteresse und könnte somit auch als ein Rechtsgut

ihren Adressaten begründet, aufgrund ihrer eigenen Fähigkeit das zu tun oder zu unterlassen, was die Norm gebietet bzw. verbietet; sondern vielmehr, dass die Norm nach einem Prinzip der phänomenologischen Selektion die Instanzen der Pflichtverletzungen enthalten würde, die strafrechtliche Relevanz beanspruchen würden.“ (eigene Übersetzung aus dem spanischen Original). Genau in diese Richtung gehen die Behauptungen von *Sánchez-Vera* ([Fn. 31], S. 218 f.), der behauptet, dass die äußere Form des Rechtssatzes noch nichts für die Bestimmung des materiellen Gehalts besage: ob der Gesetzgeber etwas als Verbot oder Gebot formuliert oder als sog. Herrschaftsdelikt oder sog. Pflichtdelikt, wäre normativ bedeutungslos und würde keine Beschränkung bedeuten.

⁷¹ *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band 1, Neudruck der 4. Aufl. 1965, S. 3 ff., 35 ff.; vgl. auch *Armin Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, S. 3 ff. und 36 ff.

konzeptualisiert werden. Die Rechtsordnung versucht, diese Handlungsfreiheit nicht in unnötiger Weise zu beschränken und ihre Beschränkungen werden dementsprechend im Allgemeinen restriktiv ausgelegt. Insoweit wird durch den Erlass einer Verhaltensnorm ein konkreter Freiheitskonflikt zwischen zwei geschützten Interessen autoritativ gelöst, sodass die Grenzen von beiden Rechtsgütern in einer konkreten Situation festgesetzt werden.⁷²

Aus einer pragmatischen Perspektive liefern die Verhaltensnormen den Normadressaten Gründe für die Unterlassung (bei Verbotsnormen) und die Durchführung (bei Gebotsnormen) von Handlungen. Eine wesentliche Eigenschaft von Verbots- und Gebotsnormen liegt aber darin, dass sie eine besondere Art von Gründen liefern. In der Terminologie von *Hart* und *Raz*, geben sie nicht nur Gründe erster Ordnung, sondern auch eine spezielle Art von Gründen zweiter Ordnung, nämlich *ausschließende* oder *zwingende* Handlungsgründe: Das heißt, sie sind nicht Gründe, die mit den anderen Gründen dafür oder dagegen abgewogen werden sollten, nicht einmal mit einer besonderen Überzeugungskraft. Vielmehr schließen sie die Berücksichtigung von eventuell konfligierenden Gründen aus.⁷³

Diese Verhaltensnormen entsprechen jedoch nicht den Tatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs. Das Verhalten, das der Verhaltensnorm widerspricht, erfüllt den Tatbestand. Die Verhaltensnormen sind dementsprechend vielmehr durch die kontradiktorische Formulierung der Tatbestandseite dieser Vorschriften zu gewinnen.⁷⁴ Es ist dann naheliegend, zu fragen, wozu diese letzten dienen.

Die zweite Art von Normen, Sanktionsnormen, sind sekundäre Regeln, die eine Strafe als institutionelle Reaktion auf eine Straftat einrichten, um die Geltung der primären Verhaltensnormen angesichts ihrer Enttäuschung zu sichern.⁷⁵

⁷² *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, 1989, S. 30 und 149 ff.; *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht, 2009, S. 33 f.; *Vogel* (Fn. 52), S. 29 und 46 ff.

⁷³ *Hart* (in: *Hart*, *Essays on Bentham*, 1982 [Neuausgabe 2001], S. 253 ff.) spricht von „content-independent peremptory reasons for action“ und betont die Inhaltsunabhängigkeit als eine der definitorischen Merkmale dieser Art von Gründen. Zur Gebotsnormen als ausschließende Gründe siehe *Raz*, *Practical Reasons and Norms*, 1999 (Neuausgabe 2002), S. 58 f., 70 f., 74 f.; zur Erklärung des Begriffs der ausschließenden Gründe siehe S. 39 ff. In der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft siehe *Grosse-Wilde*, *ZIS* 2011, 83 (84 f.); *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser*, *Analytische Strafrechtswissenschaft*, 2021, S. 437 ff.; *Mañalich* (Fn. 72), S. 29 ff.; *Renzikowski*, in: *Saliger u.a.* (Hrsg.), *Rechtsstaatliches Strafrecht*, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 335 (338 f.); *Silva Olivares*, *RphZ* 2/2008, 115 (117 f.).

⁷⁴ *Kindhäuser* (Fn. 72), S. 29; *Mañalich*, *RphZ* 3/2015, 288 (298 f.); *Silva Olivares*, *RphZ* 2/2008, 115 (117); *Vogel* (Fn. 52), S. 33 f.

⁷⁵ *Kindhäuser* (Fn. 72), S. 30.

Das heißt, dass sie die Voraussetzungen enthalten, unter denen der Rechtsanwender die Nicht-Befolgung der Verhaltensnormen unter Strafe zu stellen hat; sie richten sich somit primär an die staatlichen Rechtsdurchsetzungsorgane.⁷⁶ Durch sie wird die Verhängung einer Strafe als eine symbolische Reaktion auf die Verletzung einer Verhaltensnorm legitimiert, die über eine bloß faktische Übelzufügung hinausgeht und den Anspruch hat, eine legitime Antwort auf ein Unrecht zu sein und nicht eine zweite Form von Gewalt. Sowohl Strafe als auch Straftat werden durch sie als institutionelle Tatsachen konstituiert.⁷⁷

Auf dieser Grundlage wird im Folgenden die Art und Weise untersucht, wie sich die Sondernormen der Sonderdelikte von den restlichen Verhaltensnormen unterscheiden.

b) Sonderdelikte als Übertretungen von Sondernormen

aa) Sonderdelikte, Sondernormen und ihre Begründung

Wie wir bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs des § 28 StGB gesehen haben, bereiten sowohl die Unterscheidung zwischen tat- und täterbezogenen Merkmalen als auch die Unterscheidung zwischen Herrschaftsdelikten und Pflichtdelikten erhebliche praktische und theoretische Probleme. Es wird daher die Auffassung vertreten, dass ein besserer Ausweg aus dieser verzwickten Situation eine Rückkehr zur ursprünglichen Konzeptualisierung dieser Delikte ist.

So hat *Nagler* festgestellt, wie die anderen Theorien seitdem, dass es eine große Anzahl von Verbrechenstatbeständen gebe, die so formuliert seien, dass sie nicht von jedem dem Recht Unterworfenen unmittelbar verwirklicht werden könnten.⁷⁸ Diese Beschränkung bezieht sich laut dem Autor auf eine Frage nach den Adressaten der Norm: Nur die Personen, von denen das Gesetz Gehorsam fordere, könnten sich dagegen auflehnen.⁷⁹ Während die allgemeinen Verhaltensnormen sich an alle richten, fände bei den Sondernormen eine Beschränkung ihres Adressatenkreises statt: Nur die Personen, die sich in einer bestimmten Stellung befinden und bestimmten Merkmale erfüllen, kämen als unmittelbare Adressaten dieser Normen in Betracht. Nur die wären in erster Linie von diesen Normen verpflichtet. Wenn sie diesen Sonderpflichten

⁷⁶ Dies schließt aber nicht aus, dass sie sich gleichzeitig *auch* an die Handelnde richten können. Zur Auslegung der Sanktionsnormen als Handlungsgründe erster Ordnung siehe *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 178 ff.

⁷⁷ Vgl. *Mañalich* (Fn. 72), S. 25 f.; zur Unterscheidung zwischen rohen und institutionellen Tatsachen siehe *Searle*, *Making the Social World*, 2010, S. 10 f.

⁷⁸ *Nagler* (Fn. 29), S. 1. Schon vor ihm hat *Binding* (*Handbuch des Strafrechts*, Erster Band, 1885, S. 185 und 333) zwischen allgemeinen und besonderen Normen und Delikten unterschieden; *ders.* (Fn. 71), S. 126 f.; *ders.*, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1902, S. 72 f. Die ausführliche Begründung dieser Unterscheidung und ihren Folgen wurden aber dann erst von *Nagler* entfaltet.

⁷⁹ *Nagler* (Fn. 29), S. 7 f.

nicht nachkommen, würden sie dementsprechend ein Sonderdelikt begehen.⁸⁰

Schon an dieser Stelle können manche Ähnlichkeiten und Unterschiede zu den anderen zwei Theorien festgestellt werden: In Bezug auf die erste Auffassung spielen auch hier die besonderen persönlichen Merkmale eine wesentliche Rolle bei der Charakterisierung und Identifizierung der Sonderdelikte und der Beschränkung des Adressatenkreises. Nagler sieht diese Merkmale – von ihm spezielle persönliche Tatumstände genannt – als das rechtstechnische Mittel an, durch welche die kennzeichnenden Eigenschaften der Sonderverpflichteten im Tatbestand zum präzisen Ausdruck kommen.⁸¹ Es ist die Aufnahme dieser persönlichen Qualitäten in einen Tatbestand durch besondere persönliche Merkmale, die einerseits die Verantwortlichkeit dieser Normadressaten mitbegründet und andererseits den Kreis der Verpflichteten beschränkt. Dies unterscheidet sich somit von der Vorstellung der Pflichtdeliktslehre von einer unmittelbaren Beziehung zu einem Rechtsgut oder einer Institution.

Zusätzlich unterscheidet sich diese Begründung signifikant von der Idee der Täterbezogenheit. Hier werden die besonderen persönlichen Merkmale nicht für sich genommen betrachtet oder vereinzelt „nichtakzessorisch“ behandelt und von den anderen Merkmalen abgetrennt: Die Tatbestände, die Sondernormen und die Sonderdelikte werden als ein Ganzes betrachtet. Zwar werden Sonderdelikte mithilfe von besonderen persönlichen Merkmalen „vertatbestandlicht“, aber es ist die Verhaltensnorm selbst und nicht nur ein Teil des Tatbestands, die sich an den besonderen Kreis richtet. Insoweit ist die Tatsache, dass ein Merkmal die Sonderstellung und die Handlung gleichzeitig charakterisiert, nicht per se problematisch.

Diese Theorie unterscheidet sich von der Idee der Täterbezogenheit auch dadurch, dass sie einen kategorialen Unterschied danach erkennt, ob eine persönliche Qualität verbrechensbegründend oder strafändernd wirkt: Während im ersten Fall die Merkmale als Begriffsmerkmale eine straflose Handlung zur Straftat erheben und in der Verhaltensnorm selbst enthalten sind, würden sie im zweiten Fall bloße Strafbarkeitsmerkmale darstellen, die einen schon existierenden

Strafrahmen verengen oder erweitern⁸². Da sie sich auf zwei unterschiedlichen Ebenen – die Ebene der Verhaltensnorm und die der Sanktionsnorm – beziehen und unterschiedliche Phänomene charakterisieren, wäre es möglich – aber nicht verpflichtend – eine unterschiedliche Behandlung der Sonderdelikte – bzw. strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmale – und der unechten Sonderdelikte – bzw. strafändernden besonderen persönlichen Merkmale – zu begründen.

Im Vergleich zur Pflichtdeliktslehre wird hier auch von einer Sonderpflicht gesprochen, aber die Pflicht, die einen beschränkten Adressatenkreis hat, ist nicht eine dem Strafrecht vorgelagerte institutionelle oder außerstrafrechtliche Pflicht, sondern die strafrechtliche Pflicht selbst, die aus der Verhaltensnorm entspringt. Insoweit handelt sich nicht um eine zweite Pflicht, die als ein täterschaftsbegründendes Kriterium dient, sondern es geht darum, ob das Normsubjekt überhaupt durch die Norm verpflichtet ist.⁸³

Zwar wird die Idee der Sonderdelikte dadurch im Verhältnis zu anderen Lehren charakterisiert, es beantwortet aber noch nicht die Frage nach ihrer *Begründung* oder, anders gesagt, *warum* die Rechtsordnung diese Delikte überhaupt enthält, wenn es weder in einer näheren Charakterisierung der Täter noch in der Verletzung einer vorherigen institutionellen Pflicht liegt. Diese Limitierung des persönlichen Geltungsbereiches einer Norm liege zwar im Ermessen des Gesetzgebers,⁸⁴ aber stelle eine Ausnahme zu den allgemeinen Regeln der generellen Gültigkeit der Rechtsvorschriften dar und dementsprechend dürften Sondernormen nur da unterstellt werden, wo sich ihre Limitierung auf die Angehörigen spezieller Lebenskreise mit hinreichender Bestimmtheit ergibt.⁸⁵

Es gebe zwei Gründe, aus denen die Rechtsordnung diese Beschränkung des Adressatenkreises vollzieht. Der erste ist nicht besonders problematisch: Er betrifft die Fälle, in denen das zu respektierende Rechtsgut, dessen Verletzung oder Gefährdung der strafrechtlichen Reaktion unterstellt werden soll, nur für eine besondere Gruppe der Untertanen erreichbar ist. Hier würde sich die Beschränkung der rechtlichen Verpflichtung auf die Personen, deren Obhut das Rechtsgut überantwortet ist, aus der Logik der Sachlage ergeben.⁸⁶ Als Beispiel dafür stellt er das Rechtsinteresse der unparteiischen Rechtspflege, das durch die Typisierung der Rechtsbeugung geschützt wird: Nur jemand, der dazu ermächtigt wurde, Rechtskonflikte unparteiisch zu entscheiden, kann durch parteiische Handlungen dieses Rechtsgut verletzen. Da die Handlungen eines Laien, der versucht, eine Rechtsbeugung zu begehen, überhaupt keine rechtlichen Entscheidungen sind, würde es auch keinen Sinn ergeben, sie mit diesem Verbot zu erfassen.

⁸⁰ Nagler (Fn. 29), S. 7 f.; vgl. auch Belmar Todorovic (Fn. *), S. 41 ff. Eine ähnliche Charakterisierung bietet übrigens Kaufmann (Fn. 71, S. 134 ff.), der von „Normen mit näher gekennzeichneten Subjekten“ spricht; er will damit betonen, dass die Beschränkung der Norm nur den Täter aber nicht den Teilnehmer erreicht. Diese Idee wird aber ausdrücklich auch von Nagler vertreten, der deshalb von „unmittelbar“ oder „in erster Linie“ verpflichtet, spricht. Eine richtige Begründung der Teilnahme führt zum Schluss, dass die Beschränkung der Adressaten bei diesen Delikten die Möglichkeit einer Teilnahme *nicht* ausschließt, bei deren Begründung keine wesentlichen Unterschiede mit der Begründung der Teilnahme bei Gemeindelikten gibt. Siehe dazu Belmar Todorovic (Fn. *), S. 155 ff.; vgl. auch Nagler (Fn. 29), S. 113 ff.; Sánchez-Vera (Fn. 31), S. 167 ff.; Beling, *Lehre vom Verbrechen*, 1906, S. 420 ff.; in der chilenischen Literatur schon Mañalich, *Política Criminal* 14 (27/2019), 296 (360).

⁸¹ Nagler (Fn. 29), S. 26.

⁸² Nagler (Fn. 29), S. 2 f.

⁸³ Diese Beschränkung der Normadresse kann aber wohl als logische Folge eine Beschränkung der Möglichkeit haben, Täter bei diesem Delikt zu sein.

⁸⁴ Nagler (Fn. 29), S. 8.

⁸⁵ Nagler (Fn. 29), S. 11.

⁸⁶ Nagler (Fn. 29), S. 9.

Der zweite Grund – der öfter kritisiert wird – betrifft die Fälle, in denen die Rechtsordnung glaubt, zur Erreichung ihrer Aufgaben, *nicht* die *Allgemeinheit* der Rechtsgenossen in Bewegung setzen zu müssen.⁸⁷ Mit anderen Wörtern entscheidet sich der Gesetzgeber für den Erlass einer Norm, die nur einen bestimmten Kreis verbindet, weil er feststellt, dass die Verpflichtung dieser beschränkten Gruppe ausreicht, um das Rechtsgut angemessen zu schützen.

Dem hält *Langer* entgegen, dass diese Beschränkung des Adressatenkreises dann keinen *inneren Grund* in der Verhaltensnorm finde, sondern dies vielmehr eine unzulässige Übertragung eines gültigen Prinzips vom Bereich des Strafgesetzes auf den Bereich der Norm wäre, nämlich von Zweckmäßigkeitssichtspunkten in der Unterscheidung eines bestimmten Personenkreises, der typischerweise das betreffende Gut verletzt. Da die Verhaltensnormen durch den Schutz von Rechtsgütern gerechtfertigt werden, gebe es keinen gerechtfertigten Zweck, der durch eine Begrenzung der Normadressaten erreicht werden kann. Eine solche Beschränkung wäre dementsprechend reine Willkür der Rechtsordnung.⁸⁸

Aus dem Umstand, dass die Verhaltensnormen durch den Schutz von Rechtsgütern legitimiert werden, folgt jedoch nicht, dass dieser Schutz verabsolutierend oder ohne weitere Überlegungen erfolgt. Vielmehr bedeutet jede Hinzufügung eines neuen Merkmals, und nicht nur die Einschränkung des Adressatenkreises, in gewissem Sinne eine „Reduzierung“ des Schutzes des betreffenden Rechtsguts. So könnte beispielsweise bezüglich des Betrugs davon ausgegangen werden, dass das dadurch geschützte Rechtsgut des Vermögens einen noch breiteren Schutz genieße, wenn das Merkmal der Bereicherungsabsicht gestrichen würde. Diese Bestimmungen und Begrenzungen dienen aber dem wertvollen Ziel, die Handlungsfähigkeit der Normadressaten in einer nicht übermäßigen Weise zu beschränken und Delikten klare Grenzen zu geben.⁸⁹

Jede Norm ist ein Kompromiss zwischen den beiden Interessen oder, wie zuvor formuliert wurde, eine bestimmte

autoritative Lösung eines Freiheitskonfliktes zwischen zwei Rechtsgütern. Die Beschränkung des Adressatenkreises der Norm bietet eine neue oder weitere Alternative, um eine Entscheidung über diese zwei Rechtsgüter zu treffen: Anstatt den allgemeinen Schutz des Rechtsguts durch die Streichung bzw. Hinzufügung von Merkmalen, die alle betreffen, zu bestärken oder beschränken, wird es in erster Linie nur vor denen geschützt, die in einer besseren Lage sind, es zu verletzen. Diese selektive Beschränkung der Handlungsfreiheit von einem bestimmten Personenkreis wird durch ihre Innehabung einer Sonderstellung gerechtfertigt, die ihnen den Angriff gegen das ihnen anvertraute Schutzobjekt erleichtert oder überhaupt erst ermöglicht. In diesem Sinne ist der innere Grund für die Beschränkung in beiden von *Nagler* geschilderten Fallkonstellationen der gleiche; bei den ersteren würde die Anbindung aller Normadressaten nur weniger Sinn ergeben.

Zwar sind die vorgeschlagene Begründung und Charakterisierung der Sondernormen und -delikte damit klarer. Wie aber zuvor erwähnt wurde und wie *Nagler* selbst erkennt, führt nicht jede positivrechtliche oder gesetzliche Einengung der Täterschaft auf eine geringere Anzahl von Personen zu einer Sondernorm.⁹⁰ Es ist auch möglich, dass die Verhaltensnorm sich selbst an alle richtet, die unmittelbare Täterschaft aber auf eine bestimmte Gruppe eingeschränkt wird. So wird oft in diesem Zusammenhang der Fall der exhibitionistischen Handlungen (§ 183 StGB) erwähnt, bei dem der Tatbestand nur die Belästigung einer anderen Person durch die exhibitionistische Handlung eines Mannes bestraft.⁹¹ Wenn die Beschränkung aber nicht die Norm selbst betrifft, sondern nur das Strafgesetz, bleibt die Möglichkeit offen, das Merkmal in einer anderen Weise auszulegen: beispielsweise als eine Beschränkung der unmittelbaren Täterschaft, die aber nicht die Möglichkeit ausschließt, dass eine Frau in mittelbarer Täterschaft tätig sein könnte.

bb) Soziale Übertragung des Schutzes eines Rechtsguts als materielles Hilfsmittel für die Identifizierung von Sonderstellungen

Für die Identifizierung der Fälle, in denen ein Sonderdelikt und nicht ein bloßes andersgestaltetes Strafbarkeitsmerkmal vorliegt, sind die Überlegungen von *Langer* und *Gerl* hilfreich. Ersterer führt das materielle Kriterium der Überantwortung eines Gemeinschaftswertobjekts an ein Sondersubjekt an:

⁸⁷ *Nagler* (Fn. 29), S. 9.

⁸⁸ *Langer* (Fn. 61), S. 276 f. Er kritisiert auch die ungleiche Behandlung, die aus dieser Theorie für die (echten) Sonderdelikte und die unechten Sonderdelikte folgen würde. Zu diesem Einwand und einer Antwort dazu siehe *Langer* (Fn. 61), S. 241 und 279 f. und *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 45 f.

⁸⁹ Vgl. *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 45; vgl. auch in der chilenischen Literatur schon *Mañalich* (Política Criminal 14 [27/2019], 296 [358]), der behauptet: „Aber das übersieht, dass jede strafrechtlich gesicherte Verhaltensnorm eine autoritative Lösung einer bestimmten auf eine Verteilung (des Genusses oder der Nutzung) der Rechtsgüter bezogenen Freiheitskonflikt darstellt. Die Tatsache, dass jede Verhaltensregel ex definitione den (rechtlich anerkannten) Handlungsspielraum ihrer Adressaten umschreibt, kann ohnehin als ein Grund angesehen werden, der es im Hinblick auf das zu schützende Rechtsgut rechtfertigt, den Kreis ihrer Adressaten durch das Erfordernis einer bestimmten persönlichen Qualifikation abzugrenzen.“ (eigene Übersetzung aus dem spanischen Original).

⁹⁰ *Nagler* (Fn. 29), S. 3.

⁹¹ *Langer* (Fn. 61), S. 342, ist der Meinung, dass das besondere persönliche Merkmal weder das deliktstypische Unrecht noch die deliktstypische Schuld charakterisiert, sondern lediglich einen selbständigen Strafwürdigkeitsgehalt. *Herzberg*, GA 1991, 145 (171), charakterisiert es als ein funktionell sachliches personales Merkmal bzw. „personal gefaßtes, seinen Sinn nach aber sachliches Merkmal“. Vgl. auch *Heger* (Fn. 7), § 183 Rn. 1a; *Hörnle* (in: Erb/Schäfer [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 3, 4. Aufl. 2011, § 183 Rn. 5 und 15) bezeichnet es zwar als Sonderdelikt, aber behauptet gleichzeitig, dass eine Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB nicht angebracht wäre.

Damit würde die Rechtsgemeinschaft einem Sondersubjekt aufgrund einer konkreten Situation, in der es sich willentlich oder unwillentlich befindet, den Sonderschutz eines bestimmten Objekts übertragen.⁹² Diese intensivierte Beziehung sei selbst kein zusätzliches Schutzobjekt, sondern modifiziere den Unwertgehalt der vom Sondersubjekt vorgenommenen Verletzung eines vorher bestehenden „allgemeinen“ Rechtsguts.⁹³ Die Rechtsgemeinschaft verwirkliche diese Übertragung, wenn das Objekt sich im besonderen sozialen Einflussbereich des Sondersubjekts befindet, sodass dieses in spezifischer Weise darauf einwirken können.⁹⁴ Anders gesagt, das Subjekt befinde sich in einer Schlüsselstellung in Bezug auf das betreffende Rechtsgut, kraft welcher dessen Unversehrtheit primär von ihm abhängt.⁹⁵

In ähnlicher Weise sieht auch *Gerl* den Sonderunwert in der Sonderbeziehung, die eine Person zu einem Rechtsgut hat. Diese Sonderstellung oder -beziehung sei eine besondere soziale Stellung, in der der Täter sich in Bezug auf das Rechtsgut – qua elementarer Funktionseinheit des sozialen Systems – befindet. Diese „muß dabei so beschaffen sein, daß der Täter durch sie in eine besondere Beziehung zum Rechtsgut tritt. Die Verletzung des Rechtsguts durch denjenigen, der aufgrund seiner sozialen Position in einer besonders intensivierte Beziehung zum Rechtsgut steht, bedeutet einen verstärkten Angriff auf die Funktionseinheit des sozialen Systems, also eine Tat mit erhöhtem Unrechtsgehalt“.⁹⁶

Diese Ideen bieten nutzbare Kriterien für die Identifizierung derjenigen Fälle, in denen die Rechtsordnung eine Sondernorm erlässt bzw. ein Sonderdelikt typisiert: nämlich, wenn eine Person sich in einer Sonderstellung befindet, die ihr ermöglicht, auf ein Rechtsgut in einer spezifischen Weise einzuwirken. Diese Einwirkung durch einen besonderen sozialen Einflussbereich kann entweder die Möglichkeit bedeuten, das Rechtsgut überhaupt beschädigen zu können, oder die Eröffnung eines neuen Angriffswegs gegen ein sonst geschütztes Rechtsgut. Dem ist auch insoweit zuzustimmen, als dieser Einflussbereich weder das Vorhandensein einer bestimmten bereits bestehenden Institution noch eine zweite (vorstrafrechtliche) Pflicht voraussetzt. Vielmehr ist es die strafrechtliche Pflicht selbst, die dadurch charakterisiert bzw. modifiziert wird. Somit können die Fälle besser begründet werden, bei denen die Überantwortung nicht auf festen vorstrafrechtlichen oder institutionellen Pflichten basiert. Ein Beispiel hierfür liefert etwa der Treubruchtatbestand bei der Untreue (§ 266 StGB), wobei ein Treuverhältnis als Grundlage des Delikts dienen kann.⁹⁷

⁹² *Langer* (Fn. 61), S. 309.

⁹³ *Langer* (Fn. 61), S. 312 ff.

⁹⁴ *Langer* (Fn. 61), S. 301 f.

⁹⁵ *Langer* (Fn. 61), S. 308.

⁹⁶ *Gerl*, Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 28 StGB, 1975, S. 89. Für eine weitere Analyse der Charakterisierung dieses und des vorherigen Autors siehe auch *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 83 ff.

⁹⁷ Die genaue Bedeutung und der Umfang dieses Merkmals werden mit Recht diskutiert. An dieser Stelle wird nicht für eine extensive Auslegung desselben plädiert. Hierfür reicht es

Wo hier aber, anhand *Naglers* Überlegungen, ein wesentlicher Unterschied zu diesen zwei Autoren gemacht wird, liegt in der Art und Weise, wie die Rechtsordnung diese Überantwortung normativ operationalisiert: Nicht durch eine Intensivierung der Dringlichkeit einer allgemeinen Norm, wenn das Delikt von einem Sondersubjekt begangen wird, sondern durch den Erlass einer Sondernorm, der in erster Linie nur von diesen Subjekten überhaupt widersprochen werden kann. Diese Theorie kann besser erklären, warum die Handlungen eines Extraneus gegen das Rechtsgut straflos bleiben und bleiben sollen: in ihnen liegt schlicht kein Delikt und kein rechtliches Unrecht, weder „Gemeinunrecht“ noch „Sonderunrecht“. Die konsequente Weiterentwicklung der Überlegungen dieser Autoren würde zur Umwandlung aller Sonderdelikte in unechte Sonderdelikte führen: Es gäbe nur besondere persönliche Merkmale, die ein bereits existierendes Gemeinunrecht modifizieren, und keine echte Begründung des Unrechts. So ein System ist zwar möglich, aber – genauso wie bei der Pflichtdeliktslehre – nicht das geltende Strafrechtssystem.⁹⁸

III. Fazit

Es wurde versucht, den Hauptanwendungsbereich – wenn nicht den einzigen – des § 28 StGB und den rechtstechnischen Begriff der besonderen persönlichen Merkmale anhand unterschiedlicher rechtstheoretischer Überlegungen näher zu charakterisieren. Wegen der Probleme in der Begründung und den Folgen der herrschenden Meinung und der Pflichtdeliktslehre wurde eine alternative Charakterisierung vorgeschlagen, die hauptsächlich auf den grundlegenden Ideen *Naglers* sowie auf den materiellen Begründungen *Langers* und *Gerls* basiert.

Zusammenfassend lassen sich somit Sonderdelikte als Verletzungen einer Sondernorm charakterisieren. Eine Sondernorm kann wiederum – und im Vergleich zu einer Gemeinnorm – als eine Verhaltensnorm mit einem beschränkten Adressatenkreis von in erster Linie Verpflichteten verstanden werden. Diese Sondersubjekte befinden sich in einer Sonderstellung, die es ihnen ermöglicht oder zumindest erleichtert, das von der Norm geschützte Rechtsgut anzugreifen, da das Rechtsobjekt innerhalb ihres besonderen sozialen Einflussbereichs steht. Genau aus diesen Gründen verlangt die Rechtsordnung von diesen Subjekten mehr als von den anderen und beschränkt gezielt ihre Handlungsfreiheit: entweder weil sie die Einzigen sind, die das Rechtsgut erreichen können, oder weil sie in einer besseren Ausgangslage sind, dies zu tun. Durch das Werkzeug der Sondernormen kann die Rechtsordnung bei der Abwägung der Handlungsfreiheit der Normadressaten als Rechtsgut und des geschützten Rechtsguts eine neue Entscheidung treffen: Nämlich die selektive Beschrän-

aus, dass es zumindest Positionen gibt, die zum Zeitpunkt der Begehung des Delikts zivilrechtlich nicht gültig sind und dennoch als Grundlage für das Delikt dienen; vgl. dazu nur *Schünemann*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Bd. 14, 13. Aufl. 2025, § 266 Rn. 75 ff.

⁹⁸ Vgl. auch *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 94.

kung der Handlungsfreiheit der Personen, die in einer besseren Position sind, das Rechtsgut zu beschädigen. Insoweit tragen Sondernormen zur Maximierung und Kompatibilität von zwei positiv bewerteten Eigenschaften bei.

Aus diesem Verständnis folgen wesentlichen Schlüsse für die Behandlung dieser Delikte, die Regeln der Täterschaft und Teilnahme bei ihnen, die richtige Behandlung der unechten Sonderdelikte und für die Auslegung des § 28 StGB. Aus Platzgründen können sie hier nicht näher erläutert werden, es sei aber gestattet, die wichtigsten Aspekte zu erwähnen: Aus der Beschränkung des Adressatenkreises folgt zwar als Reflexwirkung eine negative Beschränkung der Täterschaft auf die Sondersubjekte, es besteht aber kein positives Kriterium der Täterschaft, wie die Pflichtdeliktslehre irrtümlicherweise behauptet; auch hier müssen alle Tatbestandsmerkmale mit Vorsatz bezüglich aller Tatumstände erfüllt werden.⁹⁹ Aus dieser Tatsache und einer angemessenen Begründung der Strafbarkeit der Teilnahme folgt, dass sowohl Extranei als auch Intranei Teilnehmer bei den Sonderdelikten sein können. Genau diesen Unterschied versucht der Strafmilderungsgrund des § 28 Abs. 1 StGB zu erkennen und wertzuschätzen.¹⁰⁰ Die unechten Sonderdelikte ihrerseits – wie es bei *Naglers* Überlegungen zu sehen war – sind eigentlich Qualifizierungen von Gemeindelikten aufgrund einer Sonderstellung, aber basieren auf keinen Sondernormen.¹⁰¹ Dieser strukturelle Unterschied trägt zur Erklärung bei, weshalb ihre Behandlung im § 28 Abs. 2 StGB von der Regel des Abs. 1 abweicht, obwohl dennoch eine Modifizierung der Vorschrift erforderlich ist, welche die Qualifizierungen aufgrund einer Sonderstellung mit der Behandlung der Sonderdelikte harmonisiert.¹⁰²

⁹⁹ *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 128 ff.

¹⁰⁰ *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 148 ff.

¹⁰¹ *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 169 ff.

¹⁰² *Belmar Todorovic* (Fn. *), S. 198 ff.