

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 308

**Grund und Grenzen
der strafbaren Beteiligung
durch Unterlassen**

Von

Sheng-Yen Feng



Duncker & Humblot · Berlin

SHENG-YEN FENG

Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung
durch Unterlassen

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 308

Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen

Von

Sheng-Yen Feng



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Uwe Murmann, Göttingen

Die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
hat diese Arbeit im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-18693-8 (Print)
ISBN 978-3-428-58693-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist aus meiner Dissertation hervorgegangen, die im Sommersemester 2021 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen angenommen wurde. Für die Drucklegung wurden die Literaturhinweise nur geringfügig erweitert.

An erster Stelle und ganz besonders herzlich möchte ich meinem Doktorvater und langjährigem Lehrer, Herrn Prof. Dr. Uwe Murmann danken. Nicht nur hat er meine Promotion sorgfältig betreut, mir große wissenschaftliche Freiheit eingeräumt und Vertrauen in meine wissenschaftliche Fähigkeit gehabt, sondern mich am Anfang meines Studiums und Lebens in der Bundesrepublik Deutschland mit großer Freundlichkeit begleitet, und mir auch vielfältige Anregungen und Unterstützung gegeben. Ein ausländischer Promovierender kann es wohl kaum besser treffen!

Herrn Prof. Dr. Gunnar Duttge wiederum danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie für seine langjährige Hilfsbereitschaft und Unterstützung. Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Kai Ambos gilt mein Dank für seine hilfreiche Kritik meiner Thesen und vor allem für die Ermöglichung internationalen wissenschaftlichen Austauschs im Rahmen unseres Doktoranden-Seminars. Prof. Dr. Dr. h. c. Jörg-Martin Jehle und Prof. Dr. Katrin Höffler haben mich mit großer Hilfsbereitschaft und Ermutigung gefördert. Herzlichen Dank auch dafür! Resümee: Das Institut für Kriminalwissenschaften an der Universität Göttingen hat mir die allerbesten Rahmenbedingungen für meine Promotion geschaffen.

Auch der freundlichen Ermutigung von Prof. Dr. Wolfgang Schild sowie der Unterstützung und langjährigen Hilfsbereitschaft von Prof. Dr. Luis Greco gebührt mein aufrichtiger Dank.

Prof. Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder und Prof. Dr. Andreas Hoyer möchte ich dafür danken, dass die vorliegende Arbeit in die Reihe „Strafrechtliche Abhandlungen. Neue Folge“ aufgenommen werden darf.

Nicht zuletzt bin ich der Konrad-Adenauer-Stiftung zu Dank verpflichtet, die mein Studium in der Bundesrepublik Deutschland langjährig in idealer Weise förderte. Ich danke ebenfalls der Göttinger Graduiertenschule Gesellschaftswissenschaften (GGG), die durch das Abschlussstipendium für internationale Promovierende der GGG die letzte Phase meiner Promotion förderte. Der juristischen Fakultät Göttingen und der Juristischen Gesellschaft

zu Kassel schulde ich Dank für die Ehre, dass die vorliegende Arbeit mit dem Dissertationspreis der Juristischen Gesellschaft zu Kassel 2022 ausgezeichnet wurde, sowie für den damit verbundenen Druckkostenzuschuss.

Ich möchte mich auch bei meinen Freunden bedanken, die mein „bewusstes Leben“ in Regensburg, Göttingen und Lyon geprägt und mir auf unterschiedlicher Weise zur Seite gestanden haben. Mein innigster Dank gilt dabei meiner Frau, Dr. Wei-An Sheng für ihre beständige und unermüdliche Unterstützung, früher in Göttingen und jetzt in Lyon. Sie steht mir immer zur Seite und wir haben ein schönes Leben in Göttingen und Lyon gemeinsam genossen.

Schließlich möchte ich mich bei meinen Eltern Hsin-Ta Feng und Yu-Chin Chen herzlich bedanken, ohne deren Geduld und liebe Unterstützung diese Arbeit nicht hätte entstehen können. Deshalb ist sie ihnen gewidmet.

Taichung City, Taiwan, im Oktober 2022

Sheng-Yen Feng

Inhaltsübersicht

Einleitung	27
A. Problemaufriss	27
B. Rekonstruktion des Meinungsstands	29
I. Zur Möglichkeit der Teilnahme durch Unterlassen	29
II. Das Verständnis von instrumenteller Tatherrschaft als Ursache der Auffassungsdivergenz	30
III. Objektiv-normative Tatherrschaftstheorien	34
IV. Pflichtstellungsorientierte Theorien	43
V. Andere unselbständige Kombinationstheorien	52
VI. Wichtige Erkenntnisse aus der kritischen Rekonstruktion des Mei- nungsstands für die Forschungsaufgabe	64
C. Methodik	70
D. Gang der Untersuchung	74
 <i>Erster Teil</i>	
Rechtsphilosophische Grundlage	77
A. Darstellung des freiheitlichen Rechtsbegriffs	77
I. Ausgangspunkt: Freies Vernunftwesen und sittlich-autonome Person	78
II. Die Elemente des Rechts und das Postulat des Rechtsprinzips	84
III. Vom ursprünglichen zum konkreten Rechtsverhältnis, oder: Zur Not- wendigkeit einer rechtlich verfassten Gemeinschaft	104
IV. Verfassungsrechtliche Verankerung des freiheitlichen Rechtsbegriffs	110
B. Unrecht als Verletzung des begründeten Rechtsverhältnisses in einer recht- lich verfassten Gemeinschaft	114
I. Unrecht als Verletzung eines fremden Daseinselements und der Rechtsgeltung	115
II. Unrecht als Selbstwiderspruch des Täters und der Legitimationsgrund der Unrechtszurechnung	119
III. Unrecht als Rechtsverhältnisverletzung in einer konkreten, rechtlich verfassten Gemeinschaft	120

*Zweiter Teil***Pflichtwidriges Unterlassen des Garanten als strafbare Handlung** 126

A. Die strafrechtliche Handlungslehre	126
I. Notwendigkeit und Funktionen der Handlungslehre	126
II. Grundlinien einer interpersonalen Handlungslehre	128
III. Die Straftat als eine vom Strafrecht interpretierte Handlung	133
B. Garantenpflichtwidriges Unterlassen als (strafrechtliche) Handlung	141
I. Die sozialontologische Handlungsstruktur des pflichtwidrigen Unterlassens	142
II. Straftheoretische Einführungsbemerkung zum Strafgrund des unechten Unterlassungsdelikts	158
III. Ursprüngliche Abhängigkeit als Entstehungsgrund der Garantenstellung	159
IV. Vielfältigkeit der „rechtlich ursprünglichen“ Abhängigkeitsverhältnisse	163
V. Konsequenzen der Analyse der Handlungsstrukturen für die Bestimmung der Verletzungsmacht eines garantenpflichtwidrigen Unterlassens	234
VI. Überleitung zur Beteiligungslehre	251

*Dritter Teil***Grundlinien einer interpersonalen Beteiligungslehre** 252

A. Die Handlungs- und Unrechtsstruktur der Alleintäterschaft	252
I. Unrechtstheoretische Hintergründe	252
II. Normentheoretische Überlegungen	254
III. Straftheoretische Bestimmung des tatbestandsmäßigen Unrechts einer Straftat	259
B. Täterschaft als Verwirklichung der im Tatbestand vertypen Rechtsverhältnisverletzung	262
I. Vorüberlegungen: Die Besonderheit des Beteiligungsverhältnisses	262
II. Das Verständnis des materiellen Tatbestandsunrechts als Ausgangspunkt für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme	267
III. Variante 1 der Bestimmung des materiellen Tatbestandsunrechts: Täterschaft als Zentralgestalt handlungsmäßigen Geschehens (Roxin)	282
IV. Variante 2 zur Bestimmung des materiellen Tatbestandsunrechts: Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolgs (Schünemann)	312
V. Variante 3 zur Bestimmung des materiellen Tatbestandsunrechts: Verletzung der negativen bzw. positiven Pflicht (Jakobs)	317
VI. Täterschaft als Herrschaft über die Qualität des Rechtsverhältnisses zum Opfer und deren Konkretisierung	327
C. Teilnahme als akzessorischer Rechtsverhältnisangriff auf das Opfer	356
I. Handlungs-, unrechts- und normentheoretische Analyse des Teilnahmeunrechts	356

II.	Die Vernünftigkeit der limitierten Akzessorietät	373
D.	Ein monistisches interpersonales Täter-Teilnahme-System	379
I.	Der erste Schritt: Ermittlung der Qualität des Rechtsverhältnisses zum Opfer	379
II.	Der zweite Schritt: Ermittlung der Reichweite der Verhaltensnorm . . .	380

Vierter Teil

Beteiligung durch Unterlassen 383

A.	Abgrenzungskriterien der Beteiligungsformen	383
I.	Grundsätzliches: Zweistufiges Abgrenzungsmodell	383
II.	Nichtverhinderung einer Teilnahmehandlung	384
III.	Täterschaft bei Verletzung einer Beschützergarantenpflicht	385
IV.	Die Eigenverantwortlichkeit des Begehungstäters als Grund für die Reduzierung des Schutzzwecks der Garantenpflicht auf die Taterschwerung	397
V.	Die Überwachungspflicht mit dem Schutzzweck der Erfolgsverhinderung	404
VI.	Abschließende Bewertung konkurrierender Abgrenzungskriterien	412
VII.	Zwischenergebnis	431
B.	Erscheinungsformen der Täterschaft durch Unterlassen	433
I.	Nebentäterschaft durch Unterlassen	433
II.	Mittelbare Täterschaft durch Unterlassen	434
III.	Mittäterschaft durch Unterlassen	454
C.	Erscheinungsformen der Teilnahme durch Unterlassen	506
I.	Garantenunterlassen als akzessorischer Rechtsgutsangriff	506
II.	Anstiftung durch Unterlassen	507
III.	Beihilfe durch Unterlassen	533

Resümee 550

Literaturverzeichnis 559

Stichwortverzeichnis 597

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	27
A. Problemaufriss	27
B. Rekonstruktion des Meinungsstands	29
I. Zur Möglichkeit der Teilnahme durch Unterlassen	29
II. Das Verständnis von instrumenteller Tatherrschaft als Ursache der Auffassungsdivergenz	30
1. Gehilfentheorie	30
2. Subjektive Theorie	32
III. Objektiv-normative Tatherrschaftstheorien	34
1. Potentielle Tatherrschaftslehren	34
2. Empirisch bemessene potentielle Tatherrschaftslehre	35
3. Normative Tatherrschaftslehre im Lichte der Erfolgsverhinderungs- macht	36
a) Normative Gesamtbetrachtungslehre von Rengier	36
b) Selbständige oder akzessorische Erfolgsverhinderungsmacht (Ransiek und Otto)	36
aa) Darstellung	36
bb) Kritische Analyse	40
IV. Pflichtstellungsorientierte Theorien	43
1. Pflichtdeliktslehre	43
a) Grundthese	43
b) Analyse	45
2. Pflichtinhaltsatheorien und nahestehende Abgrenzungskriterien	48
V. Andere unselbständige Kombinationstheorien	52
1. Entsprechensklausel als Abgrenzungskriterium?	53
2. Die „normative Kombinationstheorie“ der neueren Rechtsprechung	54
3. Andere unselbständige Kombinationstheorien in der Literatur	62
VI. Wichtige Erkenntnisse aus der kritischen Rekonstruktion des Mei- nungsstands für die Forschungsaufgabe	64
C. Methodik	70
D. Gang der Untersuchung	74

Erster Teil

	Rechtsphilosophische Grundlage	77
A.	Darstellung des freiheitlichen Rechtsbegriffs	77
I.	Ausgangspunkt: freies Vernunftwesen und sittlich-autonome Person . .	78
	1. Möglichkeit der transzendentalen Freiheit	78
	2. Autonomie als Grund des moralischen Gesetzes	79
	3. Das Faktum der Vernunft	83
II.	Die Elemente des Rechts und das Postulat des Rechtsprinzips	84
	1. Kants moralischer Rechtsbegriff	84
	a) Der Regelungsbereich des Rechts und die juristische Gesetzgebung	85
	b) Transzendente Freiheit als Grund des allgemeinen Rechtsgesetzes	86
	c) Erweiterung zur rechtlich-praktischen Vernunft	90
	d) Die angeborene Freiheit eines Rechtssubjekts	92
	2. Recht als gegenseitiges Anerkennungsverhältnis zwischen Vernunftwesen bei Fichte	94
	a) Intersubjektivität als transzendente Bedingung des Selbstbewusstseins	95
	b) Methodische und inhaltliche Würdigung der Deduktion des Rechtsverhältnisses	99
III.	Vom ursprünglichen zum konkreten Rechtsverhältnis, oder: Zur Notwendigkeit einer rechtlich verfassten Gemeinschaft	104
	1. Das konkrete Rechtsverhältnis und seine Gestalt in einer Gemeinschaft	104
	2. Pflicht zum Eintritt in einen Zustand des öffentlichen Rechts und die Begründung des Staates	106
	3. Das gegenseitige Anerkennungsverhältnis von Person, Gesetz und Institution im Staat	108
IV.	Verfassungsrechtliche Verankerung des freiheitlichen Rechtsbegriffs . .	110
B.	Unrecht als Verletzung des begründeten Rechtsverhältnisses in einer rechtlich verfassten Gemeinschaft	114
I.	Unrecht als Verletzung eines fremden Daseinselements und der Rechtsgeltung	115
II.	Unrecht als Selbstwiderspruch des Täters und der Legitimationsgrund der Unrechtszurechnung	119
III.	Unrecht als Rechtsverhältnisverletzung in einer konkreten, rechtlich verfassten Gemeinschaft	120

Zweiter Teil

Pflichtwidriges Unterlassen des Garanten als strafbare Handlung	126
A. Die strafrechtliche Handlungslehre	126
I. Notwendigkeit und Funktionen der Handlungslehre	126
II. Grundlinien einer interpersonalen Handlungslehre	128
1. Methodische Überlegungen	128
2. Menschliches praktisches Vermögen und sein Bewirken	129
a) Erinnerung an die rechtsphilosophische Grundlage	129
b) Die personale Dimension der Handlung: Freie Entscheidung für oder gegen ein Sollen und die Schwächen der kausalen und finalen Handlungslehren	130
c) Die soziale Dimension der Handlung und ihre Begründung	132
III. Die Straftat als eine vom Strafrecht interpretierte Handlung	133
1. Positive Verletzungsmacht statt negativer Bestimmung einer Straftat	133
2. Straftat als schuldhaftes Übertreten einer Verhaltensnorm und grundlegende Verletzung eines Rechtsverhältnisses zum Opfer	134
B. Garantenpflichtwidriges Unterlassen als (strafrechtliche) Handlung	141
I. Die sozialontologische Handlungsstruktur des pflichtwidrigen Unterlassens	142
1. Unzulänglichkeit der naturkausalen sowie finalen Handlungserklärung	142
2. Unterlassen als wirkliche Bedingung oder Ursache im Sinne einer Bedingungstheorie der Kausalität? (Puppe)	143
3. Unterlassen nur als intentionale Zulassung eines unerwünschten Erfolgs durch Nichtvornahme einer erwarteten Handlung? (Kindhäuser)	146
4. Unterlassen als freie Entscheidung zur Gestaltung eines Anerkennungsverhältnisses	149
a) Methodische Überlegungen	149
b) Rechtsphilosophische Grundannahme	150
c) Verletzung der Pflicht ursprünglicher Solidarität zwischen Personen	152
d) Verletzung einer Pflicht aus „ursprünglicher Abhängigkeit“ eines Daseinselements von einer bestimmten Person: am Beispiel der Eltern-Kind-Beziehung	155
e) Zwischenergebnis	157
II. Strafrechtliche Einföhrungsbemerkung zum Strafgrund des unechten Unterlassungsdelikts	158
III. Ursprüngliche Abhängigkeit als Entstehungsgrund der Garantstellung	159
1. Weitere Bestimmungen einer rechtlich ursprünglichen Abhängigkeit	159
2. Erwiderung auf Einwände gegen den Abhängigkeitsgedanken	161

IV. Vielfältigkeit der „rechtlich ursprünglichen“ Abhängigkeitsverhältnisse	163
1. Ursprüngliche Abhängigkeit aus der einseitigen oder gegenseitigen Übernahme der Schutzfunktion	164
a) Eltern-Kind-Verhältnis und andere autonom begründete famili- enähnliche Rechtsverhältnisse	164
b) Übernahme der Schutzfunktion in der bürgerlichen Gesellschaft	165
c) Übernahme der Schutzfunktion in staatlichen Institutionen: Schutzpflicht von Amtsträgern	169
aa) Begründungszusammenhang: ursprüngliche Abhängigkeit des Bürgers vom Staat	169
bb) Die Garantenstellung des Amtsträgers	171
2. Ursprüngliche Abhängigkeit aufgrund einseitiger Risikoschaffung	174
a) Überwachungspflicht im Eltern-Kind-Verhältnis und anderen autonom begründeten familienähnlichen Rechtsverhältnissen	175
b) Die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz	178
aa) Begründungszusammenhang	178
bb) Insbesondere: Beteiligung als Vorverhalten	180
(1) Garantenpflicht bezogen auf die Verhinderung- oder Erschwerung der Tat, zu deren Begehung ein Tatbeitrag vorsätzlich geleistet wurde	181
(a) Vorsätzlich täterschaftliches Vorverhalten	181
(b) Vorsätzliche Anstiftung und Beihilfe als Vorverhal- ten	181
(2) Sog. „Weiterungstaten“	183
c) Zuständigkeit für Sachen als Gefahrenquelle	188
aa) Allgemeine Bemerkung	188
bb) Nichtverhinderung deliktischer Anwendung gefährlicher Sachen durch einen Dritten	190
cc) Nichtverhinderung einer fremden Straftat in bestimmten Räumen	191
3. Insbesondere: Nichtverhinderung einer betriebsbezogenen Straftat in Unternehmen	193
a) Begründungsstränge	194
aa) Garantenstellung aufgrund der Übernahme der Schutz- funktion?	194
bb) Garantenstellung aus Ingerenz und Verantwortlichkeit für gefährliche Sachen oder Betriebstätigkeiten	195
cc) Garantenstellung aus Herrschaft über die partielle Unmün- digkeit der Untergeordneten?	197
dd) Das Unternehmen als zu überwachender Gefahrenherd	198
b) Betriebsbezogenheit der zu überwachenden Gefahren als Grund und Grenzen der Garantenpflicht von Vorgesetzten	200
c) Zur personellen Reichweite der Garantenpflichten im Unterneh- men	208
aa) Allgemeine Bemerkung	208

bb)	Die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder bzw. des Geschäftsführers	212
(1)	Der Begründungszusammenhang der Überwachungs- garantenstellung	212
(2)	Zur Reichweite der Überwachungsgarantenpflichten . . .	216
(a)	Vertikale Überwachung	216
(b)	Horizontale Überwachung	217
cc)	Die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder	219
(1)	Der Begründungszusammenhang der Überwachungs- garantenstellung	219
(a)	Herrschaft über die Vorstandsmitglieder oder über die Mitarbeiter?	220
(b)	Übernahme der Überwachungsfunktion in Unter- nehmen	221
(2)	Reichweite der Überwachungsgarantenpflicht	225
dd)	Die Verantwortlichkeit der Compliance-Beauftragten	227
(1)	Begründungszusammenhang der Überwachungs- garantenstellung eines Compliance-Beauftragten	227
(2)	Reichweite der Überwachungsgarantenpflicht des Compliance-Beauftragten	230
d)	Schlussbetrachtung	233
V.	Konsequenzen der Analyse der Handlungsstrukturen für die Bestim- mung der Verletzungsmacht eines garantenpflichtwidrigen Unterlassens	234
1.	Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen	234
a)	Notwendigkeit der Abgrenzung von Tun und Unterlassen	234
b)	Die begrenzte Leistungsfähigkeit der Abgrenzung von Tun und Unterlassen	235
c)	Garantenstellung auch bei positivem Tun?	236
d)	Zur normativen Relevanz der Abgrenzung von selbständigem und abhängigem Rechtsverhältnis	238
e)	Das normative Kriterium zur Abgrenzung von Tun und Unter- lassen	239
2.	Die Verletzungsmacht eines garantenpflichtwidrigen Unterlassens aus der Reichweite bzw. dem Schutzzweck der Garantienpflicht . . .	244
3.	Erste Kritik an der Pflichtdeliktslehre und an einer bestimmten Variante der Pflichtinhaltslehre	245
4.	Vergleich der Verletzungsmacht von Tun und Unterlassen: Erste Kritik an der instrumentalen Tatherrschaftslehre	246
a)	Vergleich der Handlungsstruktur	246
b)	Vergleich der Normenlogik	247
c)	Vergleich aus der Strafmilderungsvorschrift im § 13 Abs. 2 StGB	248
d)	Zusammenfassung und der Einwand gegen die instrumentale Tatherrschaftslehre	250
VI.	Überleitung zur Beteiligungslehre	251

Dritter Teil

	Grundlinien einer interpersonalen Beteiligungslehre	252
A.	Die Handlungs- und Unrechtsstruktur der Alleintäterschaft	252
I.	Unrechtstheoretische Hintergründe	252
II.	Normentheoretische Überlegungen	254
	1. Verletzung einer kontext- und adressatenspezifisch konkretisierten Verhaltensnorm als Voraussetzung für eine Straftat	254
	2. Das Verhältnis von Normverletzung und Pflichtverletzung	255
	3. Der Taterfolg als Teil der Straftat und Richtpunkt der Verhaltensnorm	257
III.	Straftheoretische Bestimmung des tatbestandsmäßigen Unrechts einer Straftat	259
	1. Bestimmung des tatbestandsmäßigen Verhaltens	259
	2. Zurechnung des tatbestandsmäßigen Erfolgs zum tatbestandsmäßigen Verhalten	261
	3. Zwischenergebnis	262
B.	Täterschaft als Verwirklichung der im Tatbestand vertypen Rechtsverhältnisverletzung	262
I.	Vorüberlegungen: Die Besonderheit des Beteiligungsverhältnisses	262
	1. Die individuelle Dimension der Beteiligungshandlung als autonome Entscheidung	263
	2. Die soziale Handlungsdimension der Beteiligungshandlung	264
	3. Zur Notwendigkeit einer Beteiligungsformenlehre	266
II.	Das Verständnis des materiellen Tatbestandsunrechts als Ausgangspunkt für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme	267
	1. Extensiver Täterbegriff und seine Schwäche	268
	2. Restriktiver Täterbegriff und materielle Tatbestandsauslegung	269
	a) Zurückweisung der formell-objektiven Theorie	270
	b) Extrem restriktiver Täter- oder Tatbegriff	271
	aa) Extrem restriktiver Täterbegriff (Mosenheuer, Hoyer)	272
	bb) Notwendigkeit eines restriktiven Tatbegriffs? (Renzikowski, Haas)	274
	(1) Darstellung	274
	(2) Kritische Würdigung	276
	3. Gemäßigt restriktiver Täterbegriff und materiell-objektive Theorie	281
III.	Variante 1 der Bestimmung des materiellen Tatbestandsunrechts: Täterschaft als Zentralgestalt handlungsmäßigen Geschehens (Roxin)	282
	1. Kritik der methodischen Ausgangspunkte	282
	a) Notwendigkeit der Entwicklung eines Leitprinzips der Täterbestimmung und seine Konkretisierung	282
	b) Faktizität und Normativität des Täterbegriffs	284

2. Unzulänglichkeit der instrumentalen bzw. faktischen Tatherrschaft zur Bestimmung des Tatbestandsunrechts bei Herrschaftsdelikten ..	285
a) Handlungsherrschaft bei unmittelbarer Täterschaft	287
b) Willensherrschaft bei mittelbarer Täterschaft	289
c) Funktionelle Tatherrschaft bei Mittäterschaft	295
3. Die selbständige Kategorie des Pflichtdelikts und ihre Schwäche ..	301
a) Keine Notwendigkeit zur Entwicklung der Pflichtdeliktslehre ..	301
aa) Ursprüngliches Abhängigkeitsverhältnis bei unechten Unterlassungsdelikten	302
bb) Ursprüngliches Abhängigkeitsverhältnis bei echten Sonderdelikten	303
b) Aufspaltung des einheitlichen Unrechtsbegriffs und ihre Konsequenzen	305
4. Täterschaft bei strafbarer persönlicher Erklärung in Abhängigkeit von der Bestimmung der tatbestandsmäßigen Handlung	309
5. Zwischenergebnis	311
IV. Variante 2 zur Bestimmung des materiellen Tatbestandsunrechts: Täterschaft als Herrschaft über den Grund des Erfolgs (Schünemann)	312
1. Reduzierter Herrschaftsbegriff	313
2. Fehlen der Vergleichbarkeit zwischen unterschiedlichen Herrschaftsformen	314
3. Inkonsequente Anwendung des Täterkriteriums der Herrschaft über den Grund des Erfolges beim unechten Unterlassungsdelikt	316
V. Variante 3 zur Bestimmung des materiellen Tatbestandsunrechts: Verletzung der negativen bzw. positiven Pflicht (Jakobs)	317
1. Darstellung	318
a) Täterschaft bei Verletzung einer negativen Pflicht	318
b) Täterschaft bei Verletzung einer positiven Pflicht	320
2. Kritik	321
VI. Täterschaft als Herrschaft über die Qualität des Rechtsverhältnisses zum Opfer und deren Konkretisierung	327
1. Methodische Vorbemerkungen	327
2. Herrschaft über die Qualität des Rechtsverhältnisses als Leitprinzip	328
3. Die Bestimmung der tatbestandsmäßigen Handlung und des Inhalts des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beteiligten und dem Opfer als Ausgangspunkt	330
a) Die Verhaltensnorm setzt kein ursprüngliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Beteiligten und dem Opfer voraus ..	330
b) Der Verhaltensnorm liegt ein ursprüngliches Abhängigkeitsverhältnis zugrunde	332
4. Verhaltensnormverletzung, Zurechnung fremden Verhaltens und Erfolgzurechnung bei fremdhändiger Tatbestandsverwirklichung ..	334
a) Zuständigkeit für fremdes Verhalten und dessen Zurechnung ..	334

b)	Zuständigkeit für das Verhalten des Vordermannes bei mittelbarer Täterschaft	340
aa)	Zuständigkeit kraft überlegener Pflichtstellung	340
bb)	Zur begrenzten Reichweite des Verantwortungsprinzips sowie zur Begründung des Täters hinter dem Täter am Beispiel der Organisationsherrschaft	343
cc)	Handlungs- und Zurechnungsstruktur bei mittelbarer Täterschaft	348
c)	Zuständigkeit für die Gesamttat bei Mittäterschaft	349
aa)	Zuständigkeit für die Handlung anderer Mittäter kraft autonomer Willensvereinigung	349
bb)	Die konstruktive Funktion des § 25 Abs. 2 StGB und ihre Folgen für den Versuchsbeginn der Mittäterschaft	353
C.	Teilnahme als akzessorischer Rechtsverhältnisangriff auf das Opfer	356
I.	Handlungs-, unrechts- und normentheoretische Analyse des Teilnahmeunrechts	356
1.	Unterscheidung und Abhängigkeit der teilnehmerschaftlichen von der täterschaftlichen Verhaltensnorm	356
a)	Teilnahme als mittelbare/akzessorische Rechtsverhältnisverletzung	356
aa)	Täterschaft und Teilnahme verletzen dasselbe Daseins-element des Opfers	357
bb)	Die Art und Weise der Rechtsverletzung der Teilnahme	359
b)	Die Notwendigkeit der Selbständigkeit der teilnehmerschaftlichen Verhaltensnorm gegenüber der täterschaftlichen und deren flankierender akzessorischer Charakter	359
aa)	Begrenzte Reichweite der täterschaftlichen Verhaltensnorm	359
bb)	Notwendige Selbständigkeit und flankierender, abhängiger Charakter der teilnehmerschaftlichen Verhaltensnorm gegenüber der täterschaftlichen Verhaltensnorm	361
cc)	Keine völlige Selbständigkeit der teilnehmerschaftlichen gegenüber der täterschaftlichen Verhaltensnorm und Kritik am schlichten abstrakten Gefährdungsverbot der teilnehmerschaftlichen Verhaltensnorm	362
dd)	Akzessorische Verursachungstheorie oder Theorie des akzessorischen Rechtsgutsangriffs?	367
2.	Die den Teilnehmer treffende sekundäre Pflicht und die Reichweite seiner Zuständigkeit	369
3.	Inhalt und Umfang der Verantwortlichkeit der Teilnahme für das tatbestandsmäßige Unrecht	370
II.	Die Vernünftigkeit der limitierten Akzessorietät	373
1.	Das Vorliegen einer vom Vorsatz getragenen und rechtswidrigen Haupttat	374
2.	Wiederbelebung der strengen Akzessorietät?	376

D. Ein monistisches interpersonales Täter-Teilnahme-System	379
I. Der erste Schritt: Ermittlung der Qualität des Rechtsverhältnisses zum Opfer	379
II. Der zweite Schritt: Ermittlung der Reichweite der Verhaltensnorm	380

Vierter Teil

Beteiligung durch Unterlassen 383

A. Abgrenzungskriterien der Beteiligungsformen	383
I. Grundsätzliches: Zweistufiges Abgrenzungsmodell	383
II. Nichtverhinderung einer Teilnahmehandlung	384
III. Täterschaft bei Verletzung einer Beschützergarantenpflicht	385
1. Normentheoretische Befunde	385
2. Klassische Fälle	386
3. Verletzung einer Beschützerpflicht durch positives Tun	388
4. Täterschaft des Beschützergaranten nur bei „Beteiligung“ im Ausführungsstadium?	388
5. Bedenken der Vorverlagerung der Strafbarkeit bei der Vorfeldbeteiligung eines Beschützergaranten	390
6. Teilnahme durch Verletzung einer Beschützerpflicht	391
7. Exkurs: Kritik der Gehilfentheorie	393
a) Allgemeine Akzessorität des Garantenunterlassens?	393
b) Fehlerhafte Bestimmung der Verletzungsmacht des pflichtwidrigen Garanten als „negative Entscheidungsmacht“	396
IV. Die Eigenverantwortlichkeit des Begehungstäters als Grund für die Reduzierung des Schutzzwecks der Garantenpflicht auf die Taterschwerung	397
1. Grundsätzliches	397
2. Garantenpflicht zur Überwachung einer gefährlichen Sache, deren Gefahr für das Rechtsgut vom Eingreifen eines menschlichen Verletzungswillens abhängig ist	399
3. Garantenpflicht zur Überwachung eines vollverantwortlichen Handelnden	399
4. Exkurs: Garantenpflichtwidriges Unterlassen als mittelbare Rechtsverletzung. Zugleich eine Kritik der Pflichtdeliktslehre	400
a) Unfähigkeit der „klassischen“ Pflichtdeliktslehre zur Erklärung der Teilnahme durch Unterlassen	400
b) Die Strafmilderungsmöglichkeit des § 13 II StGB als Rettungsanker?	402
c) Positive Begründung für garantenpflichtwidriges Unterlassen als akzessorische Rechtsgutsverletzung	402
V. Die Überwachungspflicht mit dem Schutzzweck der Erfolgsverhinderung	404

1. Täterschaft bei Eingreifen eines nicht vollverantwortlichen Handelnden	405
2. Zuständigkeit für die gefährliche Sache, die unabhängig vom Eingreifen eines menschlichen Verletzungswillens das Rechtsgut gefährden kann	406
3. Geschäftsherrenhaftung: Zuständigkeit des Überwachungsgaranten für die tatbestandsmäßige Handlung des zu überwachenden Handelnden	407
a) Begründungszusammenhang	407
b) Möglichkeit und Notwendigkeit einer Eingrenzung des Schutzzwecks der Überwachungspflicht nach der Pflichtstellung im Unternehmen	409
VI. Abschließende Bewertung konkurrierender Abgrenzungskriterien	412
1. Zum Gedanken des Tatherrschaftswechsels	413
2. Zur Relevanz der Erfolgsverhinderungsmacht	415
a) Empirische Bestimmung der Erfolgsverhinderungsmacht	415
b) Normative Bestimmung der Erfolgsverhinderungsmacht	416
aa) Unmittelbare Erfolgsverhinderungsmacht bei Otto	416
bb) Rechtliche Verhinderungsmacht bei Ransiek	418
3. Kritik anderer Varianten der Pflichtinhaltslehre und nahestehender Abgrenzungskriterien	419
a) Nichtschlüssigkeit der Unterscheidung zwischen Beschützer- und Überwachungsgarantenstellung	419
b) Untauglichkeit der Unterscheidung zwischen situationsbezogener und situationsunabhängiger Garantenpflichten bei Hoffmann-Holland	421
c) Unterscheidung zwischen negativer und positiver Pflicht bei Jakobs	422
d) Die sogenannte Zurechnungstheorie von Haas	426
e) Die Abgrenzung der Beteiligungsformen nach der Reichweite der Sonderverantwortlichkeit bei Freund und Rauber	429
VII. Zwischenergebnis	431
B. Erscheinungsformen der Täterschaft durch Unterlassen	433
I. Nebentäterschaft durch Unterlassen	433
II. Mittelbare Täterschaft durch Unterlassen	434
1. Konstruktionsmöglichkeit und Notwendigkeit	434
a) Zum Argument der aktuell-faktischen instrumentellen Tatherrschaft über ein fremdes Verhalten	435
b) Zum Entbehlichkeitsargument	437
aa) Einebnung der Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft	437
bb) Ist die Begründung der mittelbaren Täterschaft über die Zurechnung fremden Verhaltens entbehlich?	438

cc)	Ist der Unterschied im Versuchsbeginn ein Argument für die Anerkennung der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen?	440
2.	Struktur und Reichweite mittelbarer Unterlassungstäterschaft	442
a)	Mittelbare Unterlassungstäterschaft durch einen zurechnungsdefizitären Tatmittler	442
aa)	Begründungszusammenhang	442
bb)	Insbesondere: Mittelbare Unterlassungstäterschaft durch einen objektiv nicht pflichtwidrigen Tatmittler im Organisationsbereich	444
cc)	Insbesondere: Mittelbare Unterlassungstäterschaft durch einen sich im Verbotsirrtum befindenden Tatmittler	447
b)	Mittelbare Unterlassungstäterschaft durch einen vollverantwortlichen Tatmittler – Verantwortung für fremdes Verhalten in einer vertikalen Zurechnungsstruktur	450
aa)	Begründungszusammenhang	450
bb)	Uminterpretation der mittelbaren Unterlassungstäterschaft kraft Organisationsherrschaft	452
III.	Mittäterschaft durch Unterlassen	454
1.	Konstruktive Möglichkeit der Mittäterschaft durch Unterlassen	454
a)	Einwände aus dem Missverständnis der Verletzungsmacht der Garantenunterlassung	454
b)	Einwände aus der Handlungs- und Zurechnungsstruktur des Unterlassungsdelikts	455
2.	Mittäterschaft zwischen einem Garanten und einem Begehungstäter	458
a)	Angewiesenheit auf das Abgrenzungskriterium und Aufwertungsverbot	458
b)	Beschränkung der Mittäterschaft auf die einheitliche Zurechnungskategorie?	459
c)	Mögliche Beispiele und die Notwendigkeit der Annahme der Mittäterschaft	460
aa)	Ermöglichung der vollendeten Erfolgzurechnung zum Garanten	460
bb)	Ermöglichung der Zurechnung der qualifizierenden verhaltensbezogenen Umstände zum Garanten?	461
3.	Mittäterschaft durch Unterlassen bei mehreren Unterlassungen, insbesondere am Beispiel der Gremienentscheidung	468
a)	Fallkonstellationen	468
b)	Begründung der Garantenpflicht sowie das Handlungsunrecht des Garanten	469
c)	Die Erfolgzurechnung zum pflichtwidrigen Unterlassen im Rahmen der Allein- oder Nebentäterschaft	472
aa)	Ablehnung der Erfolgzurechnung durch Anwendung der „modifizierten Conditio-Formel“	472

bb)	Begründung der Erfolgszurechnung mit der Risikoverringungslehre?	474
cc)	Versuche, innerhalb der modifizierten Conditio-Formel die Erfolgszurechnung zu begründen	481
	(1) Lösung über die kumulative Kausalität?	481
	(2) Lösung über die alternative Kausalität?	482
	(3) Lösung über die Kombination von kumulativer und alternativer Kausalität?	485
dd)	Lösung über die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung?	487
ee)	Lösung über die Lehre von der gesetzmäßigen Mindestbedingung?	488
	(1) Die erste Kritik: Notwendigkeit der Annahme der Mittäterschaft	489
	(2) Die zweite Kritik: Unzulässige allgemeine „Unterstellung“ rechtmäßigen Verhaltens des Dritten	490
	(a) Unzulässige kontrafaktische „Unterstellung“ bei der Politbüro-Entscheidung	490
	(b) Unzulängliche „Unterstellung“ rechtmäßiger Handlungen der Einzelhändler bei der Lederspray-Entscheidung	491
ff)	Zwischenergebnis	496
d)	Die Begründung der Mittäterschaft bei gleichzeitigen Unterlassungen	497
aa)	Kausalität des Einzeltatbeitrages für den tatbestandsmäßigen Erfolg als notwendige Voraussetzung für Mittäterschaft?	497
bb)	Die Begründung des gemeinsamen Tatentschlusses	498
cc)	Die Begründung der Übernahme einer wesentlichen Funktion für die Tatbestandsverwirklichung	503
	(1) Verletzung der Erfolgsverhinderungspflicht als Tatherrschaftsmacht	503
	(2) Mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft	505
4.	Zwischenergebnis	506
C.	Erscheinungsformen der Teilnahme durch Unterlassen	506
I.	Garantenunterlassen als akzessorischer Rechtsgutsangriff	506
II.	Anstiftung durch Unterlassen	507
	1. Das Unrecht der Anstiftung	508
	2. Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Bestimmen“ im § 26 StGB	510
	a) Schwäche der kausalen oder psychisch-kommunikativen Ansätze	510
	b) Bestimmung als Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr in Richtung auf die Aufforderung zur Haupttatbegehung	512
	c) Kritische Aufnahme anderer mit der Tatherrschaft vergleichbarer Ansätze	514
	d) Grenze der Hervorrufung des Tatentschlusses: Zur Kritik der Rechtsfigur des „omnimodo facturus“	517

3. Erwidernng auf die Einwände gegen eine Anstiftung durch Unterlassen; Voraussetzungen einer Anstiftung durch Unterlassen	520
a) Zum ersten Einwand: Verletzungsmacht des Garantenunterlassens	520
b) Zum zweiten Einwand: Anforderungen an die Handlungsmodalität	521
aa) Verletzung der Garantenpflicht mit Aufforderungscharakter	521
bb) Zur Nichtbeseitigung einer tatanreizenden Situation	523
4. Erscheinungsformen der Anstiftung durch Unterlassen	524
a) Nichtverhinderung des Entstehens eines fremden Tatentschlusses	525
b) Nichtverhinderung des Entstehens eines fremden Tatentschlusses nach einer eigenen ungewollten Tatprovokation	527
c) Nichtverhinderung der Anstiftung eines Dritten seitens einer vom Garanten zu überwachenden Person	530
5. Zwischenergebnis	533
III. Beihilfe durch Unterlassen	533
1. Einleitende Bemerkung	533
2. Das Unrecht der Beihilfe durch positives Tun	535
a) Die unterschiedlichen Bestimmungen des „Hilfeleistens“ in der Rechtsprechung und im Schrifttum	535
b) Nichtvollständigkeit einer kausalen Erklärung für das notwendige Bewirken	538
c) Schaffung und Erhöhung des Haupttatsrisikos in Richtung auf die Haupttatbegehung und dessen Realisierung in der Haupttatbegehung	538
aa) Die Bestimmung der beihilfespezifischen Handlung	539
bb) Zurechnung des beihilfespezifischen Erfolgs	541
3. Das Unrecht der Beihilfe durch Unterlassen	541
a) Das Handlungsunrecht: Verletzung einer Garantenpflicht zur Verringerung des Haupttatsrisikos	542
b) Das Erfolgsunrecht: insbesondere die Erfolgszurechnung zum Unterlassen der Taterschwerung	543
4. Zwischenergebnis	549
	Resümee
	550
Literaturverzeichnis	559
Stichwortverzeichnis	597

Einleitung

A. Problemaufriss

Die vorliegende Arbeit widmet sich der Frage, wie die Beteiligungsform des Garanten zu bestimmen ist, wenn er sich *vorsätzlich*¹ durch sein pflichtwidriges Unterlassen an der Straftat eines Dritten beteiligt. Besondere Schwierigkeiten bereiten die Fälle, bei denen der Garant die Straftat eines volldeliktischen Dritten pflichtwidrig nicht verhindert. Diese Frage ist nicht neu, hat aber neuerdings in der Rechtsprechung erhöhte Aufmerksamkeit erfahren. So hat der BGH die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft auf das Unterlassungsdelikt übertragen und damit die Täterschaft der Mitglieder des Politbüros begründet.² Darüber hinaus hat der BGH über die Beteiligungsform der Vorgesetzten in Unternehmen zu entscheiden, nachdem er ihre Garantspflicht zur Verhinderung betriebsbezogener Straftaten der Untergebenen ausdrücklich bejaht hat.³

Diese vielfach als „Beteiligung *durch* Unterlassen“ bezeichnete Frage hat in der Strafrechtswissenschaft eine lebendige Diskussion entfacht,⁴ die freilich nicht zu einem Konsens, sondern zu einer unübersichtlichen Meinungsvielfalt geführt hat.⁵ Mit Recht konstatiert Claus Roxin trotz der intensiven Bemühungen in der Strafrechtswissenschaft noch in der aktuellen Auflage seiner Habilitationsschrift, „dass die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen das heute wohl noch ungeklärteste Gebiet der Teilnahmelehre darstellt“.⁶ Dies lässt sich leicht erklären, denn beim Thema überschneiden sich die Dogmatik des unechten Unterlassungsdelikts einerseits und die Beteiligungslehre andererseits, und wenn in beiden Problembe-

¹ Insofern wird die Frage der fahrlässigen Beteiligung des Garanten in dieser Arbeit außer Acht gelassen.

² BGHSt 48, 77, 97.

³ BGHSt 57, 42, 45. Die Relevanz der Beteiligungsformen in diesen Fällen betont Krüger, ZIS 2011, 2.

⁴ Rengier, AT, § 51 Rn. 15: „gehört zu den umstrittensten Fragen des Allgemeinen Teils“.

⁵ Vgl. die kurze Zusammenfassung verschiedener Meinungen mit Literaturhinweisen bei Hillenkamp/Cornelius, 32 Probleme, S. 172 ff. sowie die eigene Darstellung sogleich.

⁶ Roxin, TuT, S. 906 Fn. 543.

reichen noch zahlreiche ungeklärte Kontroversen herrschen,⁷ ruft die Verschränkung beider Bereiche zwangsläufig eine hohe Komplexität hervor.⁸ Die herkömmlichen Lösungsvorschläge orientieren sich denn auch entweder an der Beteiligungslehre beim Begehungsdelikt, vor allem an der Übertragbarkeit der dort vielfach vertretenen Tatherrschaftslehre⁹ auf das Unterlassungsdelikt, oder versuchen, ein „eigenständiges“ Kriterium für das unechte Unterlassungsdelikt zu entwickeln, insbesondere das der Pflichtverletzung des Garanten. Schon diese recht knappe Beschreibung der bestehenden Lösungsvorschläge¹⁰ deutet aber zugleich an, dass sich eine angemessene Lösung nur dann finden bzw. erarbeiten lässt, wenn die Unrechts- oder Zurechnungsstruktur in den beiden Bereichen grundlegend untersucht wird. Aus der vorläufigen These, dass Täterschaft (formell) die Tatbestandsverwirklichung¹¹ durch eine Handlung voraussetzt und die Beteiligungslehre nichts anderes als die Abgrenzung des Verantwortungsbereichs nach Maßgabe der Verletzungsmacht des einzelnen Beteiligten bedeutet, ergibt sich die für diese Arbeit entscheidende Frage, ob der Garant trotz der Verletzungsmacht des Dritten durch sein pflichtwidriges Unterlassen den in Frage kommenden Tatbestand und das in ihm vertyppte (materielle) Unrecht verwirklichen kann. Weder eine beteiligungsspezifische noch eine nur am unechten Unterlassungsdelikt orientierte Untersuchung kann diese Frage sachgerecht beantworten. Gefordert ist vielmehr eine synthetische Untersuchung, also die Entwicklung einer tragfähigen Beteiligungslehre, die die Besonderheit der Verletzungsmacht des Garanten schon *konstruktiv* einbezieht.¹² Die Schwäche der bisherigen Forschungen liegt gerade darin, dass sie ohne vertiefte Begründung von einem unzureichenden Verständnis der Tatherrschaft oder des Unrechts des Garanten ausgehen und die Verletzungsmacht des Garanten entsprechend

⁷ Man erinnert sich noch an den Streit um den materiellen Entstehungsgrund der Garantstellung, der von Roxin als „[d]as dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils“ (Roxin, AT II, § 32 Rn. 2) bewertet wird, und an die Kontroverse um die Anerkennung der Organisationsherrschaft als eine eigenständige Form der mittelbaren Täterschaft.

⁸ Murmann, ZIS 2010, 390. Siehe auch Krüger, ZIS 2011, 2.

⁹ Überblick über die neue Entwicklung der Tatherrschaftslehre, Roxin, TuT, S. 611 ff. m. w. N. Zu den verschiedenen Varianten der Tatherrschaftslehre vgl. auch Schild, Tatherrschaftslehre, S. 33 ff. Neuerdings mehren sich aber die grundlegenden Kritiken an der Tatherrschaftslehre, z. B. Haas, Theorie, S. 21 ff.; Rotsch, Einheits-täterschaft, S. 421 ff.; Marlie, Beteiligung, S. 43 ff. Gegen diese Kritiken wiederum Schönemann, FS-Roxin II, S. 807 ff.

¹⁰ Exemplarisch Hoffmann-Holland, ZStW 118 (2006), 622 f.; Mosenheuer, Unterlassen, S. 19.

¹¹ Kühl, AT, § 20 Rn. 2; Murmann, JA 2008, 321.

¹² Siehe bereits Murmann, Nebentäterschaft, S. 181 ff. Wegweisend auch Kahlo, Handlungsform, S. 8 Fn. 21.

unterschätzen. Im Folgenden soll diese Schwäche durch eine kurze kritische Bestandsaufnahme bestehender Lösungsvorschläge beleuchtet werden.

B. Rekonstruktion des Meinungsstands

Damit die obigen Ausführungen über die Schwäche der bestehenden Forschungen nicht auf eine abstrakte Behauptung beschränkt bleiben, soll hier ein kurzer Überblick über den Meinungsstand zu den interessierenden Fragen gegeben werden,¹³ der aber zugleich als Einleitung des weiteren Gedankengangs der Arbeit dient. Dabei sollen nicht die einzelnen Lösungsvorschläge und deren Defizite einfach aneinandergereiht und unsystematisch kritisiert werden, wie es in der Literatur häufig getan wird. Stattdessen sind die sachlichen Prämissen und Konsequenzen verschiedener Positionen, insbesondere deren rechtsphilosophische, normtheoretische und dogmatische Grundlagen zutage zu fördern und in die miteinander zusammenhängenden Problemkomplexe systematisch einzuordnen. Eine umfassende Analyse und begründete Kritik an diesen Vorschlägen wird aber erst nach der Entwicklung des eigenen Unrechtsbegriffs und der Beteiligungslehre vorgenommen.

I. Zur Möglichkeit der Teilnahme durch Unterlassen

Gedanklich ist zunächst zu fragen, ob Teilnahme durch Unterlassen schon konstruktiv möglich ist. Diese Möglichkeit hat der Gesetzgeber bewusst offengelassen, um in die wissenschaftliche Entwicklung nicht einzugreifen.¹⁴ Trotzdem gibt es im Strafgesetzbuch einige Vorschriften wie §§ 8 Satz 1, 9 Abs. 2 StGB, die diese Möglichkeit bereits implizieren.¹⁵ Die systematische Auslegung spricht ebenfalls für diese Möglichkeit, denn § 13 StGB wird nur als eine allgemeine Vorschrift der unechten Unterlassungsstrafbarkeit vor den §§ 25 ff. StGB geregelt und das Beteiligungsverhältnis des Garanten bleibt ausschließlich den §§ 25 ff. StGB vorbehalten.¹⁶ Auch nach der teleologischen Auslegungen müssen die §§ 25 ff. StGB Anwendung auf die vorsätz-

¹³ Vgl. auch *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 124 f.; *Sowoda*, Jura 1986, 401 ff.

¹⁴ BT-Drs. V/4095, S. 8.

¹⁵ *Krüger*, ZIS 2011, 2 f.; *Hilgendorf/Kudlich/Valerius/Noltenius*, HdBStR, § 51 Rn. 91. Wohl auch *MK⁴/Ambos*, § 8 Rn. 15; *Schönke/Schröder/Eser/Weißer*, § 8 Rn. 5.

¹⁶ *Botke*, FS-Rudolphi, S. 17. A. A. aber *NK/Schild*, Vor §§ 25 ff. Rn. 5, der darauf hinweist, dass der Gesetzgeber „die zunächst in § 13 vorgesehene Parallelität von Täterschaft und Teilnahme für die Endfassung gestrichen“ habe, und die (notwendige) Heranziehung des § 25 StGB für die vorsätzliche Beteiligung durch Unterlassen verneint. Die Streichung beweist aber nur, dass der Gesetzgeber nicht in die wissenschaftliche Entwicklung eingreifen will.