

Beteiligung bei Unterlassungsdelikten

Motoko TOYOTA*

I . Darstellung des Problems anhand einzelner Fälle

- 1 . Jemand ist dafür Garant, das ein bestimmtes Gift nicht frei verfügbar ist, läßt es aber trotzdem einen anderen nehmen, der es dazu gebraucht, einen weiteren Menschen zu töten.
- 2 . Ein Täter und seine Gehilfin peinigten ihr Opfer schwer, woraufhin der Täter dazu übergang, das Opfer zu erdrosseln, woran er auch von seiner Gehilfin nicht gehindert wurde.
- 3 . Ein Gastwirt schenkt einem Gast Alkohol aus und verhindert daraufhin nicht, daß dieser in seinem alkoholisierten Zustand Auto fährt. Infolgedessen kommt es zu einem Unfall, bei dem ein anderer getötet wird.
- 4 . Eine Mutter verhindert nicht, daß ihr Kind von einem Fremden getötet wird.
- 5 . Ein Mitglied des Vorstands einer Firma unterläßt es, den Rückruf eines gesundheitsgefährdenden Produkts zu beantragen. Die anderen Mitglieder hätten den Antrag nicht angenommen. Auch wenn er den Rückrufantrag gestellt hätte, wäre die für einen solchen Beschluß nötige Mehrheit nicht erreicht worden.
- 6 . Jemand beteiligt sich an einer Abstimmung, bei der er gegen ein rechtwidriges Verhalten seiner Firma abstimmt, jedoch verliert er. Daraufhin wird die Tat durchgeführt.
- 7 . Ein Extraneus rät einem Amtsträger, einen Unschuldigen dadurch zu belasten, daß Entlastendes nicht zu den Akten genommen wird. In der Folge kommt es tatsächlich zur einer Verurteilung.

Die Problematik der Beteiligung bei Unterlassungsdelikten¹⁾ soll im folgenden anhand

* Dr. Motoko Toyota ist eine DAAD-Stipendiatin. Der Beitrag beruht auf einem Manuskript, das die Verfasserin während eines Forschungsaufenthalts an der Universität Bonn (Prof. Dr. Günther Jakobs) in den Jahren 2001/2002 erstellte.

1) Siehe dazu z.B.: SK-Hans-Joachim Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Auflage, Stand 36. Lieferung, 2001, Vor § 13 Rdn. 41ff.; NK-Kurt Seelmann, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Lieferung, 2001, § 13 Rdn. 91ff.; Adolf Schönke/Horst Schröder-Peter Cramer/Günter Heine, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, 2001, Vor § 25 Rdn. 101ff.; Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundlagenwissen, 36/25ff.; Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Auflage, 2001, § 27 Rdn. 5; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, /

der sieben dargestellten Fälle in Bezug auf die nachstehenden Fragen untersucht werden. Fall 1 wirft die Frage auf, ob eine Beteiligung an einem fremden Delikt durch Unterlassen überhaupt möglich ist. In den Fällen 2, 3 und 4 ist zu fragen, anhand von welchem Kriterium zwischen Täterschaft und Teilnahme durch Unterlassen differenziert werden kann. Fälle 5 und 6 sind daraufhin zu untersuchen, ob ein Unterlassungsdelikt auch mittäterschaftlich verwirklicht werden kann und wann und in welchem Umfang die Pflicht in einem solchen Fall zu einer gemeinsamen wird. In Fall 7 ist schließlich fraglich, ob die Garantenstellung als ein besonderes persönliches Merkmal i.S. v. § 28 StGB zu qualifizieren ist. Freilich hängen diese Fragen zusammen, da sie alle wegen der Haftung für Unterlassen gemäß § 13 Abs. 1 StGB an zwei Voraussetzungen geknüpft sind: Erstens muß derjenige, der es unterläßt, einen Schadenserfolg abzuwenden, Garant dafür sein, daß der Erfolg nicht eintritt. Zweitens muß sein Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch ein Tun entsprechen.

Die Beteiligung bei Unterlassungsdelikten ist daher in folgender Hinsicht zu problematisieren. Zunächst ist zu untersuchen, ob und weshalb überhaupt eine Garantenpflicht besteht, d.h. welcher Zweck mit dieser Verpflichtung verfolgt wird. Es geht also darum, in welchem Umfang man die Verantwortung des Unterlassenden, der an dem Schadensverlauf Anteil trägt, begründen kann. Zweitens fragt sich, wie man dabei die Behebungsgleichstellung des Unterlassens begründen kann. Die Auseinandersetzung mit der Beteiligung bei Unterlassungsdelikten bedarf einer genauen Untersuchung der Haftungsvoraussetzungen, also in ersterer Linie die Strafbarkeit und Behebungsgleichstellung der unterlassenen Handlung.²⁾ Ansonsten würde die Auseinandersetzung zur bloßen Kasuistik führen.

Im folgenden skizziere ich zunächst den gegenwärtigen Diskussionsstand zur Beteiligung bei Unterlassungsdelikten, der aufgrund der mangelnden Berücksichtigung der oben angesprochenen Haftungsvoraussetzungen beim Unterlassen lediglich zu kasuistischen Lösungen und somit höchstens zu Zwischenergebnisse führt. Im Anschluß daran werde ich die von Jakobs vertretene Auffassung als Grundlage für eine Untersuchung der im Bereich der Beteiligung bei Unterlassungsdelikten auftretenden Probleme heranziehen.

1) Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, S. 696; LK-Claus Roxin, Leipziger Kommentar, 10. Auflage, 1989, § 25 Rdn. 147ff.; LK-Jescheck, § 13 Rdn. 57.

2) Zu den Haftungsvoraussetzungen der Unterlassungsdelikte in den hier genannten Fällen siehe insbesondere Günther Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, S. 10f.; ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und Zurechnungslehre, 2. Auflage, 1993, 29/101ff.; Jesus-Maria Silvia Sanchez, Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, in: Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 641f.

II . Der gegenwärtige Diskussionsstand zur Beteiligung bei Unterlassungsdelikten

Der Haftungsgrund eines den schädlichen Verlauf mitverursachenden Unterlassens soll der den Erfolg mitkausierenden Handlung entsprechen.³⁾ Es muß stets ein für Tun und Unterlassen einheitlicher Haftungsgrund vorliegen. Auch wenn praktisch je nach scheinbarer Beteiligungsgestalt bestimmte Punkte umstritten sind, bleibt die Zielrichtung gleich. Daher stellen die Antworten auf die einzelnen Streitpunkte lediglich Zwischenergebnisse dar. Vermutlich wird in der gegenwärtigen Diskussion das Ziel eines einheitlichen Haftungsgrundes übersehen, so daß eine befriedigende Lösung in vielen Fällen nicht zu finden ist. Dies soll im folgenden anhand der oben dargestellten Fragen und Fälle gezeigt werden.

A . Ist eine Beteiligung an einem fremden Delikt durch Unterlassen möglich (Fall 1) ?

Bei der Auseinandersetzung mit Fall 1 ist zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen die Beteiligung an einem fremden Delikt auch durch ein Unterlassen möglich ist. Vor allem die Beteiligung im Hinblick darauf, unter welchen Voraussetzungen derjenige, der es als Garant zuläßt, daß ein anderer eine Straftat begeht, Täter oder nur Gehilfe dieser Tat wird. Hier zu sind eine Vielzahl unterschiedlicher Meinungen zu finden.⁴⁾ In Frage steht demnach einerseits, ob die Garantstellung ein hinreichendes Täterkriterium darstellt und andererseits, ob eine doppelte Strafmilderung (nach § 27 Abs. 2 StGB und nach § 13 Abs. 2 StGB) in Betracht kommen kann.⁵⁾

Eine in der Literatur vertretene Ansicht bejaht bei dem durch sein Unterlassen Beteiligten grundsätzlich das Vorliegen einer Täterschaft.⁶⁾ Die Garantstellung allein könne bereits die Täterschaft bedingen.⁷⁾ Dieser Auffassung liegt eine ontologische Sichtweise zugrunde, d.h. der Verzicht auf die Übertragung der für die Unterscheidung von

3) Hierzu siehe Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 29/101.

4) Dazu siehe oben Fn. 1.

5) NK-Seelmann (Fn. 1), § 13 Rdn. 91. Schönke/Schröder-Stree (Fn. 1), § 49 Rdn. 6.

6) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, 1969, S. 221ff.; Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 300ff.; Gerald Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, S. 111f.; SK-Rudolphi (Fn. 1), Vor § 13 Rdn. 37; LK-Roxin (Fn. 1), § 25 Rdn. 147ff.; 209f., § 27 Rdn. 43; ders., TuT, S. 459ff.; René Bloy, Anstiftung durch Unterlassen?, JA 1987, S. 493; ders., Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 216ff.; Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat, 4. Auflage, 2000, 14/21f.

7) Siehe dazu oben Fn. 6.

Täterschaft und Teilnahme entwickelten Grundsätze auf die Unterlassungsdelikte und damit zugleich die Ablehnung einer Gleichstellung von Tun und Unterlassen.⁸⁾ Nach dieser Auffassung hat das Recht „keinen Anlaß, ein nutzloses Eingreifen zu verlangen.“⁹⁾

Wie sich an Fall 1 zeigt, führt diese Auffassung jedoch zu nicht befriedigenden Ergebnissen, da der Garant aufgrund des Unterlassens der gebotenen Handlung als Täter bestraft werden müßte, während er lediglich als Gehilfe behandelt würde, hätte er sich durch die Ausgabe des Gifts (aktives Tun) an dem Schadensverlauf beteiligt. Diese Ansicht führt daher zu einem deutlichen Wertungswiderspruch. Somit hat diese Auffassung heute schon ihre dogmatische Grundlage verloren.¹⁰⁾

B . Anhand von welchem Kriterium kann zwischen Täterschaft und Teilnahme durch Unterlassen differenziert werden (Fälle 2-4)?

Nach einer weiteren Auffassung soll der Unterlassende neben einem vorsätzlich Handelnden stets nur Gehilfe sein. Als das die Täterschaft, sowohl beim Tun als auch beim Unterlassen, begründende Kriterium ziehen die Vertreter dieser Auffassung die sog. Tatherrschaft heran.¹¹⁾ Diese gehe erst dann auf den Unterlassenden über, wenn der Handelnde den Tatablauf nicht mehr beherrscht.¹²⁾ Diese Ansicht beruht zum einen auf dem Gedanken, daß die tatsächliche Herrschaft durch Begehung der potentiellen Herrschaft durch Unterlassung überlegen ist, und zum anderen darauf, daß es abgesehen von der sog. Tatherrschaft kein geltendes Täterkriterium gibt.¹³⁾ Zwar gelingt es den Vertretern dieser Ansicht, die oben dargestellten Wertungswidersprüche bei der Lösung von

8) „Im Unterschied zu den Begehungsdelikten, bei denen auf Grund der finalen Tatherrschaft zwischen Täterschaft und Teilnahme differenziert wird, gibt es bei den unechten Unterlassungsdelikten eine entsprechende Absichtung nicht, da die Unterlassungen schon begrifflich durch das Vorliegen der potentiellen finalen Tatmacht gekennzeichnet werden.“ Vgl. Welzel, Das Deutsche Strafrecht (Fn. 6), S. 222.

9) Grünwald, GA 1959 (Fn. 6), S. 118, Fn. 21 und dagegen Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 29/102a, Fn. 201.

10) Die Anwendbarkeit des § 13 Abs. 2 kann der Sache nach § 27 Abs. 2 nicht beseitigen. Vgl. BGHSt. 26, 53. Siehe oben Fn. 5 und NK-Seelmann (Fn. 1), § 13 Rdn. 145f.

11) Ferner siehe zur Problematik der sog. subjektiven Theorie Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Auflage, 2000, S. 52ff., S. 490f.; NK-Seelmann (Fn. 1), § 13 Rn. 95; hierzu vgl. BGHSt 2, 150; BGHSt13, 162; BGHSt 38, 356; BGH NJW 1966, 1763; BGH NStZ 1985, 24; BGH StV 1986, 59; weiter Gunther Arzt, Mord durch Unterlassen, in: Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 861ff.

12) Vgl. Jescheck, Lehrbuch des Strafrecht (Fn. 1), S. 696; Wilhelm Gallas, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960, S. 686ff.; G. Kielwein, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, S. 227; Otfried Ranft, Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung, ZStW 94, S. 828ff.; Lachner/Kühl, Strafgesetzbuch (Fn. 1) § 27 Rdn. 5.

13) Siehe oben Fn. 12; ferner, z.B. Bernd Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, 1971, S. 235ff., 341ff.; Georg Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 171, S. 180ff.

Fall 1 zu vermeiden, ihre Auffassung ist jedoch an naturalistischen Gesichtspunkten orientiert und übersieht deswegen die Gleichstellung von Tun und Unterlassen. Die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten sollen nun anhand der Fälle 2, 3 und 4 aufgezeigt werden.

Im zweiten Fall wird deutlich, daß die Möglichkeit einer täterschaftlichen Beteiligung durch Unterlassen, die das Geschehen im naturalistischen Sinn nur potentiellen beherrschen kann, besteht, selbst wenn die tatsächliche Herrschaft durch positives Tun überwiegt. Nach der Ansicht des BGH¹⁴⁾ kann in einem solchen Fall derjenige, der die anschließende Tötung nicht verhindert hat, auch Mittäter durch Unterlassen sein. Geht es also z.B. um die Haftung des Beteiligten für die unterlassene Verhinderung der Exzeßtaten eines anderen, ist es für die Unterlassungshaftung gleichgültig, ob der Unterlassende das Geschehen im naturalistischen Sinn nur potentiell beherrschen kann. Wie weit die Gemeinsamkeit der Beteiligten reicht, läßt sich nicht daran festmachen, ob sich die Beteiligung als Tun oder Unterlassen darstellt. Relevant ist vielmehr der Anteil (Rolle), den die Beteiligung durch Tun oder Unterlassen am Schadensverlauf hat. Fraglich ist demnach, unter Zuhilfenahme welcher Kriterien die von den jeweiligen Umständen abhängige Bedeutung des Verhaltens objektiv ermittelt werden kann.¹⁵⁾

Desweiteren läßt sich die Auffassung, nach der der Unterlassende neben einem vorsätzlichen Handelnden stets Gehilfe sein soll, nicht auf die Umstände in Fall 3 anwenden. Dies ergibt sich daraus, daß sich die Gemeinsamkeit hier nicht auf die deliktische Ausführung erstreckt. Der Alkohol zur Verfügung stellende Gastwirt haftet daher nicht für den in Folge des Alkoholgenusses eingetretenen Schaden, obwohl er den Schadensverlauf im naturalistischen Sinn potentiell beherrscht. Er haftet folglich weder als Täter, noch als Gehilfe für den eingetretenen Schaden.¹⁶⁾

Im vierten Fall würde die Mutter nach der oben erwähnten Auffassung durch ihr Unterlassen zum Gehilfen des Mörders.¹⁷⁾ Die Mutter, die ihrem Kind nicht zu Hilfe eilt,

14) BGH NStZ 1992, 31f.; dazu Ulfrid Neumann, JR 1993, S. 161ff.; Seelmann, Strafverteidiger 12, 1992, S. 416f.

15) Diesbezüglich will Neumann ein „Regreßverbot“ oder ein „Verantwortungsprinzip“ anzunehmen. Vgl. Neumann (Fn. 14) S. 162; dagegen siehe Jakobs, Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000, S. 45 Fn. 78; ders., Theorie und Praxis der Ingerenz, in: EL sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal, von Günther Jakobs und Manuel Cancio melia, 2000, S. 133ff.; S. 156f.

16) BGHSt 19, 152ff., 154; dagegen BGHSt 4, 20ff., 22; ferner zum hier behandelten Problem, Heribert Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen, 1986; Jakobs, Theorie und Praxis (Fn. 15), S. 144ff.

17) Die Auffassung, die den Unterlassenden neben dem Täter eines vorsätzlichen Handlungsdelikts grundsätzlich nur als Gehilfen haften lassen will, nimmt nicht stets die täterschaftliche Haftung ✓

weil sie irrig annimmt, daß es ermordet wurde, wäre damit nicht strafbar (versuchte Beihilfe). Andererseits wird die Mutter nach dieser Auffassung als Täterin behandelt, falls die Gefahr für das Kind von Naturgewalten oder nicht verantwortlich Handelnden droht. Die Mutter, die ihrem Kind nicht hilft, wenn sie irrig meint, daß ihm eine Gefahr droht, wäre damit strafbar. In beiden Fällen jedoch ist die Mutter verpflichtet, ihr Kind zu retten. Was die Verletzung derartiger Pflichten angeht, bleibt die Haftung der Mutter stets die gleiche. Auch wenn diese Verpflichtung zugleich aufgrund der Beziehung der Mutter zu anderen Beteiligten besteht, ändert dies an der Verantwortung für die Verletzung der genannten Pflicht nicht. Verhindert die Mutter also nicht, daß ihr Kind getötet wird (oder leistet sie sogar Beihilfe), handelt es sich mithin nicht etwa nur um eine Beteiligung an diesem Tötungsakt durch Unterlassen oder Tun, sondern um eine eigenständige Pflichtverletzungen, also um Täterschaft.¹⁸⁾

Mit Rücksicht auf die oben genannten Schwierigkeiten wird in der Literatur teilweise versucht, Unterlassungsdelikte, die wertungsmäßig dem Bereich der Täterschaft, und solchen, die dem Bereich der Beihilfe zuzuordnen sind, anhand der Qualität und dem Inhalt der Pflicht zu unterscheiden, die der Täter durch sein Unterlassen verletzt.¹⁹⁾ Der Obhutsgarant, der einen anderen gewähren läßt, soll stets Täter sein, der Sicherungsgarant grundsätzlich nur Gehilfe.²⁰⁾

Wegen der Umformulierbarkeit dieser Garantarten dürfte die Lösung jedoch auf einem Zirkelschluß beruhen: Je nach der für richtig gehaltenen Beteiligung kann die Garantstellung zugeordnet werden.²¹⁾ Zudem ist der Garant in vielen Fällen sowohl Obhuts- als auch Sicherungsgarant. Beispiel: Haben die Eltern ihren Kindern gegenüber eine Obhutspflicht hinsichtlich der vom Täter ausgehenden Gefahren, oder besteht vielmehr eine Sicherungspflicht der Eltern bezüglich dieser Gefahren? Aus der hier erwähnten Auffassung folgt also höchstens, daß bestimmte Garantentpflichten stets Täterschaft begründen können. Die entscheidende Frage, welche Pflichten dies sind, vermag die aufgezeigte Ansicht jedoch nicht zu beantworten. Eine Lösung kann vielmehr nur mit Hilfe eines Oberbegriffs für die aus den verschiedenen Garantentstellungen erwachsenden Haftungsgründe herbeigeführt werden. Überhaupt vernachlässigt diese Auffassung

der Mutter aus. „Eine Garantentpflicht der Eltern ließe sich nur gewaltsam auf die Erzeugung des Kindes als die die Abhängigkeit begründende, Vorhandlungstützen.“ „Bis zu einem gewissen Grad haben wir eine solche Konzession schon bei den Garantentpflichten der Eltern machen müssen.“ Vgl. Gallas, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989, S. 92f.

18) Zur hier erwähnten Problematik siehe insbesondere Grünwald, GA 1959 (Fn. 6), S. 116f.

19) Schönke/Schröder-Cramer/Heine (Fn. 1), Vor § 25 Rdn. 103ff.; Rolf Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 82ff.; weiter Schönemann, GuG (Fn. 13), S. 377f.

20) Siehe oben Fn. 19.

21) Vgl. Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 29/105; NK-Seelmann (Fn. 1), § 13 Rdn. 92.

den Gesichtspunkt der Gleichstellung von Tun und Unterlassen.²²⁾ Ihre Ergebnisse beruhen auf dem Gedanken, daß die Garantenstellung eine nur auf den Unterlassenden Anwendung findende Haftungsbedingung ist. Bei der Heranziehung der Garantenstellung als Täterschaftskriterium handelt es sich folglich um eine lediglich auf Unterlassungen zugeschnittene Lösung, die im Bereich der Handlungen keine Parallele findet.²³⁾

Im weiteren sollen nun die Schwachpunkte dieser sowie der anderen bisher erwähnten Auffassungen anhand der Fälle 5-7 aufgezeigt werden. Legt man diese Fälle der Untersuchung zugrunde, ergibt sich, daß die bis heute entwickelten Ansätze noch kein für Tun und Unterlassen geltendes Täterkriterium entwickelt haben.

C . Kann ein Unterlassungsdelikt mittäterschaftlich verwirklicht werden (Fall 5)?

Im fünften Fall geht es um die sog. strafrechtliche Produkthaftung.²⁴⁾ Im Mittelpunkt der Darstellung soll hierbei die Annahme einer Mittäterschaft mehrerer Unterlassender stehen. In vorliegendem Fall ist fraglich, ob jemand einen zur Pflichterfüllung notwendigen Beschluß beantragen muß, wenn sich die erforderliche Mehrheit nicht erreichen läßt. Um auch die Unterlassenden zur Verantwortung ziehen zu können, hat sich die Rechtsprechung diesbezüglich auf folgenden Standpunkt gestellt: „Mittäterschaft ist auch bei den (unechten) Unterlassungsdelikten möglich. Sie liegt unter anderem vor, wenn mehrere Garanten, die eine ihnen gemeinsam obliegende Pflicht nur gemeinsam erfüllen können, gemeinschaftlich den Entschluß fassen, dies nicht zu tun.“²⁵⁾

Demgegenüber findet sich in der Literatur eine Auffassung, die die Unterlassenden aufgrund folgender Überlegung zur Verantwortung ziehen will: „Als Einzelursache muß ein Verhalten bereits dann genügen, wenn es ein notwendiger Bestandteil einer von möglicherweise mehreren erfüllten nach allgemeinen Regeln hinreichenden Erfolgsbedingungen ist.“²⁶⁾

Daraus folgt jedoch nur, daß die Verantwortung des Unterlassenden nicht bereits deshalb ausgeschlossen werden kann, weil es sich um einen Sachverhalt handelt, in dem ein

22) Hierzu z.B. Schönke/Schröder-Cramer/Heine (Fn. 1), Vor § 25 Rdn. 102.

23) Auf die Oberbegriff von Tun und Unterlassen bezogen siehe Jakobs, Die strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. weiter Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen (Fn. 13), S. 68ff. S. 166f.; Joachim Vogel, Norm und Pflicht, 1993, S. 174ff.; Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 172ff.

24) Vgl. BGHSt 37, 107ff.; dazu z.B. Erich Samson, Strafverteidiger 11, 1991, S. 182, 184f.; Ingeborg Puppe, JR 1992, S. 30ff.; Harro Otto, Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1990, S. 47f.

25) BGHSt 37, 106, 129.

26) Puppe, JR 1992 (Fn. 24), S. 32.

einzelner den Schadenserfolg nicht alleine abwenden kann.²⁷⁾ Wo jeder Unterlassende für sich den Erfolg hätte abwenden können, handelt es sich dagegen nicht um einen Fall der Mittäterschaft, vielmehr liegt Nebentäterschaft der Unterlassenden vor.²⁸⁾ Problematisch ist also, unter welchen Voraussetzungen eine Gemeinsamkeit der Unterlassenden begründet werden kann.

D . Wann und in welchem Umfang wird eine *Pflicht* zu einer gemeinsamen (Fall 6)?

Dieses Problem läßt sich anhand von Fall 6 verdeutlichen.²⁹⁾ Im diesem Fall soll der gegen ein rechtswidriges Vorhaben Abstimmende nicht für die Vornahme der verbotenen Handlung haften. Er setzt keine Bedingung für den Schadenserfolg und hat bei dem Schadenserfolg keine Rolle gespielt.³⁰⁾ Es geht also nicht um die Möglichkeit der Schadensverhinderung, sondern um das pflichtwidrige Unterlassen selbst. Mit anderen Worten, der Pflichtige ist schon von der Haftung ausgeschlossen, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hat. Probleme bereitet vor allem die Feststellung, wann der Unterlassende, d.h. sein pflichtwidriges Verhalten, zum Objekt der Haftung wird. Fraglich ist in diesem Zusammenhang insbesondere, in welchem Umfang oder in welcher Form der einzelne Unterlassende jeweils für den tatsächlich eingetretenen Schadenserfolg haftet.³¹⁾ Es bedarf der Klärung, ob er Mittäter, Nebentäter oder nur sonstiger Beteiligter ist. Ferner bedarf es der Erklärung, wie die Gleichstellung von Tun und Unterlassen begründet werden kann. Eine Antwort darauf läßt sich jedoch nur anhand des Täterkriteriums beim Unterlassen finden, das wiederum nur mit der aus der Begehungsgleichheit begründeten Haftung des Unterlassens folgen kann. Bei der oben genannten Auffassung findet dieser Gesichtspunkt jedoch, wie schon erwähnt, kaum Beachtung, so daß die Vertreter dieser Ansicht auf die dargestellten Probleme keine Antworten geben können.

E . Ist die Garantenstellung ein besonderes persönliches Merkmal i.S. v. § 28 StGB (Fall 7)?

Sofern man eine Beteiligung des Extraneus am Unterlassungsdelikt für möglich hält, kann die Frage, ob die Garantenstellung ein besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28

27) Dies entspricht der Problematik der sog. alternative Kausalität beim Begehungsdelikt. Beim Begehungsdelikt ist diese Sicht ganz geläufig: Niemand darf ein Gut deshalb verletzen, weil es sonst ein anderer verletzen würde. Vgl. Jakobs, *Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen*, in: *Festschrift für Koichi Miyazawa*, 1995, S. 431; ders., *Strafrecht AT* (Fn. 2), 7/84.

28) „Jeder für sich ist ‚Unterlassungstäter‘, wenn man will: ‚Nebentäter‘ der Unterlassung“. Vgl. Armin Kaufman, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (Fn. 6), S. 189; weiter Grünwald, *GA* 1959 (Fn. 6), S. 111; Roxin, *TuT* (Fn. 11), S. 469ff. dagegen z.B. BGH *NJW* 1966, 1763.

29) Als weitere Erklärung einem solchen Fall siehe Jakobs, *Strafrechtliche Haftung* (Fn. 27), S. 429f.

30) Dazu siehe Jakobs, *Strafrechtliche Haftung* (Fn. 27), S. 429 Fn. 14.

31) Das führt zum Problem der (quantitativen) Akzessorietät führen.

StGB darstellt, für die Lösung des siebten Falles dahinstehen.³²⁾ Einer Antwort bedarf es jedoch dann, wenn zu klären ist, welche Beteiligung in welchem Maße zu bestrafen ist. Diesbezüglich ist die Lösung natürlich unabhängig von einer Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen zu suchen. Anderenfalls würde es zu Wertungswidersprüchen kommen: Wenn ein Täter einer Sachbeschädigung oder Körperverletzung durch Tun einen Schadenserfolg herbeiführt, haftet der anstiftende (Extraneus) als Anstifter gemäß § 26 StGB gleich dem Täter. Falls der Täter durch Unterlassen ein Schadenserfolg herbeiführt, würde er aber wiederum als Anstifter bestraft, und zwar nicht gleich dem Täter, sondern gemäß § 28 Abs. 1 StGB aus einem nach § 49 Abs. 1 StGB obligatorisch gemilderten Strafrahmen, wenn die Pflicht, den Erfolg abzuwenden, ein besonderes persönliches Merkmal wäre. Dieser Bewertungsunterschied läßt sich nicht rechtfertigen. Es wird vielmehr ein Kriterium benötigt, welches unabhängig davon, ob es sich bei dem jeweiligen Verhalten um ein Tun oder Unterlassen handelt, eine Haftung zu begründen vermag.

F . Zwischenergebnisse und Zusammenfassung

Die bisher dargelegten Ansichten kommen zu den folgenden Ergebnissen:

Eine Beteiligung an einem fremden Delikt durch Unterlassen ist möglich (Fall 1). Selbst wenn die tatsächliche Herrschaft durch positives Tun gegenüber der potentiellen durch Unterlassen überwiegt, besteht die Möglichkeit einer täterschaftlichen Beteiligung durch Unterlassen (Fälle 2 und 3). Es gibt Fallkonstellationen, bei denen bestimmte Beteiligte auch unabhängig von dem Kriterium der Tatherrschaft stets als Täter haften (Fall 4). Die Verantwortung des Unterlassenden ist nicht bereits ausgeschlossen, weil ein Einzelner den Schadenseintritt nicht allein abwenden kann (Fälle 5 und 6). Ob ein Beteiligter eine besondere Pflicht i.S.v. § 28 StGB trägt oder nicht, ist nicht von der Differenzierung von Tun und Unterlassen abhängig (Fall 7).

Demnach ist nach wie vor ungeklärt, unter welchen Voraussetzungen der pflichtwidrig Unterlassende neben einem vorsätzlich Handelnden als (Mit) Täter oder als Teilnehmer einzustufen ist. Ferner ist noch immer fraglich, wie die Gleichstellung von Tun und Unterlassen begründet werden kann. Zur Klärung dieser noch offenen Fragen kann die von

32) Die Fragestellungen, ob eine aktive Teilnahme am Unterlassungsdelikt möglich ist, oder ob ein Nichtgarant sich am Unterlassungsdelikt beteiligen kann, gehen in die falsche Richtung. Ein aktives Verhalten bedeutet nicht, daß man (garanten) pflichtmäßig handelt und problematisch ist nicht, daß ein Beteiligte keine Garantenstellung (Pflicht) hat, sondern daß er nicht diejenige Garantenstellung (Pflicht) hat, die nur der Täter haben kann. Entgegen SK-Samson (Fn. 1), § 28 Rdn. 18; Tröndle/Fischer (Fn. 1), § 28 Rdn. 6; Schönke/Schröder-Cramer (Fn. 1), § 28 Rdn. 19; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT (Fn. 1), S. 657f.

Roxin begründete Pflichtdeliktslehre³³⁾ sowie deren Fortentwicklung durch Jakobs herangezogen werden,³⁴⁾ die die Differenzierung dereteiligungsformen von der jeweils vorliegenden Begehungsform (Tun oder Unterlassen) löst.³⁵⁾ Denn in der Lehre Roxins haben sich bereits intrasystematische Friktionen herausgebildet, die aus einer unvollständigen Gleichstellung zwischen Tun und Unterlassen folgen.³⁶⁾ Nachstehend soll daher die von Jakobs vertretene Auffassung als Grundlage für eine Untersuchung der im Bereich der Beteiligung bei Unterlassungsdelikten auftretenden Probleme herangezogen werden.

III . Der Ansatz Jakobs' zur Lehre vom Pflichtdelikt

A . Die Differenzierung der Haftungsgründe

Nach der Auffassung Jakobs' kann man aufgrund unterschiedlicher Haftungsgründe zwischen zwei Deliktskategorien unterscheiden, nämlich zwischen „Herrschaftsdelikten“ bzw. „Delikten kraft Organisationszuständigkeit“ einerseits und „Pflichtdelikten“ bzw. „Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit“ andererseits.³⁷⁾ Die material bedeutsamere Differenzierung ist also nicht die zwischen Begehung und Unterlassung, sondern die nach dem Haftungsgrund.³⁸⁾

Bei den Herrschaftsdelikten stellt die Begehung oder Unterlassung die Verletzung negativer, nämlich aus dem Zusammenhang von Organisationsfreiheit und Folgenverantwortung resultierender, Pflichten dar.³⁹⁾ Wer frei zu organisieren beansprucht, soll auch für die Folgen seiner Organisation einstehen. Die Täterschaft wird durch die Tatherr-

33) Roxin, TuT (Fn. 11), S. 352-S. 399, S. 459ff.; dazu Javier Sánchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999, S. 22-S. 28; diesbezüglich siehe Roxin, a. a. O., S. 696 Fn. 539.

34) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 7/70, 21/116, 29/106 und passim; dazu Roxin, TuT (Fn. 11), S. 696 Fn. 539, S. 705f.; Heiko Lesch, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft-Überlegungen zu der gleichnamigen Monographi von Wilfried Bottke, GA 1994, S. 126f.

35) Vgl. zusammenfassend Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 28/16, 7/51ff.; dazu siehe oben Sánchez-Vera, Pflichtdelikt (Fn. 33), S. 29-S. 37; weiter Vogel, Norm und Pflicht (Fn. 23), S. 354ff.

36) Siehe Sánchez-Vera, Pflichtdelikt (Fn. 33), S. 47ff.

37) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 7/70f., 28/16, ders., Die strafrechtliche Zurechnung (Fn. 2), S. 19ff.; S. 30ff.; ders., Tun und Unterlassen im Strafrecht, in: Ritsumeikan Hogaku (in japanischer Sprache) Nr. 268, 1999, S. 1f. (zit. nach dem deutschsprachigen Manuskript); ders., Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten, in: Hogaku (in japanischer Sprache) Vol. 57. Nr. 3, 1993, S. 2ff. (zit. nach dem deutschsprachigen Manuskript)

38) Siehe oben Fn. 37.

39) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 7/56ff., 28/13f., 29/29ff.; ders., Die strafrechtliche Zurechnung (Fn. 2), S. 21; ders., Tun und Unterlassen, S. 3; ders., Theorie und Praxis (Fn. 15), S. 135ff.

schaft, nämlich durch das Quantum der Organisationsanmaßung, konstituiert.⁴⁰⁾ Mit anderen Worten, Täter ist, wer den Schadenserfolg organisiert hat. Wer nur den zum Schadensverlauf führenden Prozeß organisiert hat, bleibt Teilnehmer.⁴¹⁾

Bei den Pflichtdelikten hingegen stellt die Begehung oder Unterlassung eine Verletzung der positiven, nämlich aus einem speziellen Status folgenden, Pflichten zur Bildung einer gemeinsamen Welt mit einem Begünstigten, dar.⁴²⁾ So sind etwa Eltern ihrem Kind positiv verpflichtet. Auch die Pflichten der Amtswalter des Staats, die ihre Aufgaben zu erfüllen haben, sollen positive Pflichten darstellen.⁴³⁾ Bei diesen Delikten begründet die Pflichtverletzung durch Tun oder Unterlassen Täterschaft und keine Beteiligung, weil die Pflichtverletzung stets nur höchstpersönlich vollzogen werden kann.⁴⁴⁾ Der mit dem Gut institutionell Verknüpfte ist also stets Täter.

B . Die aus negativen und positiven Pflichten bestehende Garantenstellung als einheitlicher Haftungsgrund für Tun und Unterlassen

Bei der von Jakobs entwickelten Lehre kommt es nur auf die Trennung von negativen und positiven Pflichten an, die nicht mit derjenigen von Tun und Unterlassen zusammenhängt. Bei der Verletzung einer Pflicht kraft Organisationszuständigkeit (negativer Pflicht) durch Unterlassen kann man wie beim Begehungsdelikt zwischen den Beteiligungsformen differenzieren. Dabei entspricht der Haftungsgrund der Unterlassung der Beteiligungsform Handlung. Das bedeutet, daß es auf die Anteile am Geschehen ankommt, die zum Organisationskreis des Unterlassenden gehören.⁴⁵⁾ Bezüglich der positiven Pflichten ist es wiederum unerheblich, ob sich die Pflicht zur Schaffung einer gemeinsamen Welt zu

40) Jakobs, Tun und Unterlassen (Fn. 37), S. 7f., S. 11; ders., Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, S. 262f.; in Bezug auf den Inhalt der Tatherrschaft siehe dazu Roxin, Bemerkungen zum Regreßverbot, in: Festschrift für Herbert Tröndle, 1989, S. 177ff., S. 191.

41) Jakobs, Zuständigkeit kraft Organisation beim Unterlassungsdelikt. Zur Äußerlichkeit der Unterscheidung von Begehung und Unterlassung, in: Kansaidagaku Hogkuronshu (in japanischer Sprache) Vol. 43 Nr. 3, 1993, S. 16ff. (zit. nach dem deutschsprachigen Manuskript); ders., GA 1996 (Fn. 40), S. 257ff.; hierzu weiter „soweit ein Beteiligungsverhalten im Vorfeld der Tatbestandsverwirklichung stattfindet, ist es nicht selbst eine Tat, sondern gibt den Grund ab, die Ausführung durch den Haupttäter auch dem Beteiligten zuzurechnen.“ Vgl. Jakobs, a. a. O., S. 253, S. 258.; dagegen Bloy, Die Beteiligungsform (Fn. 6), S. 96ff., S. 183ff., S. 205ff.

42) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 7/70f., 21/115f., 28/13f., 29/57ff.; ders., Die strafrechtliche Zurechnung (Fn. 2), S. 30ff.; ders., Tun und Unterlassen (Fn. 37), S. 1f., S. 8ff.; ders., Beteiligung (Fn. 37), S. 5.; ders., Zuständigkeit (Fn. 41), S. 19.

43) Hierzu siehe SK-Rudolphi (Fn. 1), § 13 Rdn. 36, 40b, 54c.

44) Bei den Pflichtdelikten begründet daher keine Mittäterschaft. Vgl. Jakobs, Beteiligung (Fn. 37), S. 5; ders., Strafrecht AT (Fn. 2), 21/115ff.; dagegen Roxin, TuT (Fn. 11), S. 355ff.

45) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 29/101f.; ders., Tun und Unterlassen (Fn. 37), S. 7f.; ders., GA 1996 (Fn. 40), S. 261f.

dem Gebot konkretisiert, tätig zu helfen, oder zu dem Verbot, die Bedingungen der Gemeinsamkeit zu zerstören.⁴⁶⁾ Prinzipiell kommt bei beiden nur täterschaftliche Haftung in Betracht.

Trotz der Gegenüberstellung negativer und positiver Pflichten, handelt es sich vorliegend um eine monistische Lehre.⁴⁷⁾ Dabei kann der einheitliche Haftungsgrund darin gesehen werden, daß die Garantspflicht aus der jeweiligen Gestalt der Gesellschaft folgt, die durch das Strafrecht erhalten werden soll.⁴⁸⁾ Die negative Pflicht kann also als eine die Strafbarkeit des pflichtwidrigen Verhaltens begründende Rechtspflicht bezeichnet werden, weil sie in der allen Personen auferlegten Pflicht, eine andere Person nicht zu verletzen, besteht und damit Mindestbedingung einer sozialen Ordnung ist.⁴⁹⁾ Auch die positive Pflicht stellt eine Rechtspflicht dar, weil sie aus derjenigen Gestalt, in der die Gesellschaft immer schon sich selbst darstellt und die nicht zur Unzeit preisgegeben werden darf, folgt und deswegen als eine Bedingung, soziale Ordnung zu erhalten, bezeichnet werden kann.⁵⁰⁾

Im folgenden soll nun aufgezeigt werden, zu welchen Ergebnissen diese Lehre bei den zu Anfang aufgezeigten Problemen im Bereich der Beteiligung durch Unterlassen gelangt.

C . Ergebnis

1 . Wer ein bestimmtes Gift gegen seine Pflicht, dieses Gift nicht frei verfügbar zu machen, nicht sichert oder den Schadensverlauf nicht revoziert (Unterlassen), haftet wie derjenige, der Gift pflichtwidrig hingibt (Tun). Wer nur dafür Garant ist, das ein bestimmtes Gift nicht frei verfügbar ist, organisiert nur den Prozeß, der den Totschläger mit dem Schadensverlauf verbindet und haftet insofern nur als Teilnehmer, da die Tatgestalt durch die Verfügbarkeit des Mittels oder das Fehlen der Sicherung nicht im gleichen Maß mitbestimmt wird wie durch den Beitrag des anderen Beteiligten.⁵¹⁾

2 . Auch bei Fall 2 ist die Frage, ob die Anteile am Verlauf der Tat, die zum Organisationskreis der Unterlassungstäterin gehören, mit dem Beitrag des vorsätzlich Handelnden

46) Siehe oben Fn. 41.

47) Hierzu Vogel, Norm und Pflicht (Fn. 23), S. 354ff.

48) Siehe Jakobs, Tun und Unterlassen (Fn. 37), S. 9, S. 15; ders., Die strafrechtliche Zurechnung (Fn. 2), S. 41f.

49) Jakobs, Tun und Unterlassen (Fn. 37), S. 1f., S. 9f.; ders., Die strafrechtliche Zurechnung (Fn. 2), S. 19f., S. 41f.; dazu Sanchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung (Fn. 33), S. 67ff.

50) Siehe Jakobs, Tun und Unterlassen (Fn. 37), S. 1f., S. 9f.; ders., Die strafrechtliche Zurechnung (Fn. 2), S. 19f., S. 30f. S. 41f.; dazu Sánchez-Vera, Pflichtdelikt (Fn. 33), S. 76ff., S. 102ff.; Klaus Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 135ff., S. 137.

51) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 21/55, 29/102.; ders., Tun und Unterlassen (Fn. 37), S. 7f.; ders., (Fn. 40) GA 1996, S. 261f.; ders., Zuständigkeit (Fn. 41), S. 16ff.

gleichwertig die Tat mitbestimmen, dann handelt es sich um Mittäterschaft, oder schwächer sind, dann liegt nur Beihilfe vor.⁵²⁾

3. Bei Fall 3 ist ebenso zu untersuchen, wer den Schadenserfolg organisiert hat. In diesem Fall hat der Gast die Autofahrt in betrunkenem Zustand selbst organisiert. Der Organisationskreis des Gastwirts endet mit dem jeweiligen Transfer, nämlich dem Ausschank des Alkohols. Zwischen dem Gastwirt und dem Gast besteht keine Gemeinsamkeit der Organisation. Der den Gast nicht an seiner Trunkenheitsfahrt hindernde Wirt kann deswegen weder Mittäter noch Teilnehmer werden, selbst wenn er im naturalistischen Sinn den Schadensverlauf potentiell beherrscht.⁵³⁾

4. Im 4. Fall ist die Mutter ihrem Kind positiv verpflichtet. Es geht daher um eine eigenständige positive Pflichtverletzung, also um Täterschaft.⁵⁴⁾

5. Im 5. Fall steht der (bloß hypothetische) Verlauf, daß die für die Annahme des Antrags erforderliche Mehrheit nicht erreicht worden wäre, der alleinigen Unterlassungstäterschaft des Vorstandsmitglieds nicht entgegen. Bei den Begehungsdelikten ist diese Sicht auch ganz geläufig: Niemand darf ein Gut deshalb verletzen, weil es sonst ein anderer verletzen würde. Wer ein Sonderrisiko schafft, muß als derjenige, der frei organisiert hat, für die Schadensfolge Rettungspflichten tragen. Die erlaubte, aber riskante Belieferung des Marktes mit einem Produkt verpflichtet dann zum Rückruf, wenn sich später dessen Schädlichkeit herausstellt. Was die Organisation angeht, ist auch eine Arbeitsteilung möglich. Wenn mehrere Mitglieder den Schadenserfolg gleichermaßen organisiert haben, kann eine Mittäterschaft durch Unterlassen vorliegen.⁵⁵⁾

6. Hat jemand, wie im 6. Fall, gegen ein rechtswidriges Verhalten gestimmt, diese Abstimmung jedoch verloren, so hat er den aus dem Abstimmungsergebnis resultierenden Schadenseintritt nicht organisiert. Daher ist er auch nicht haftbar zu machen.⁵⁶⁾

7. Bei den positiven Pflichten ist per se keine Arbeitsteilung möglich, da der Pflichtinhaber eine besondere Rolle ausführt, die ihn höchstpersönlich bindet. Freilich sind die Organisationsakte, die beim Bruch der Rolle vollzogen werden mögen, teilbar. Die

52) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 21/55, 29/101f.; ders., Tun und Unterlassen (Fn. 37), S. 7f.; ders., Ingerenz in der Rechtsprechung (Fn. 15), S. 45, ders., Theorie und Praxis (Fn. 15), S. 156f.; weiter siehe Lesch, Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105, 1993, S. 271ff.

53) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 29/101f.; ders., Tun und Unterlassen (Fn. 37), S. 14; ders., Die Ingerenz in der Rechtsprechung (Fn. 15), S. 35f; ders., GA 1996 (Fn. 40), S. 260; ders., Die strafrechtliche Zurechnung (Fn. 2), S. 19; ders., Theorie und Praxis (Fn. 15), S. 145f.

54) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 7/70, 21/115ff.; ders., Tun und Unterlassen (Fn. 37), S. 8; ders., Beteiligung (Fn. 37), S. 4f.

55) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 29/102a; ders., Strafrechtliche Haftung (Fn. 27), S. 430f.; ders., GA 1996 (Fn. 40), S. 258, S. 261f.; ders., Tun und Unterlassen (Fn. 37), S. 6; ders., Die Ingerenz in der Rechtsprechung (Fn. 15), S. 31f.; ders., Theorie und Praxis (Fn. 15), S. 153ff.

56) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 24/13f.; ders., Strafrechtliche Haftung (Fn. 27), S. 429f.; ders., GA 1996 (Fn. 40), S. 258ff.

verletzte Rolle muß dazu von jemand, der nicht Inhaber der besonderen Rolle ist, respektiert werden, weil Extraneus und Intraneus trotz Rollentrennung nicht in völlig getrennten normativen Welten leben. Im 7. Fall ist der Amtsträger daher Täter aufgrund der pflichtwidrigen Unterlassung, Entlastendes zu den Akten zu nehmen. Die ihn zu diesem Verhalten ratende Person steht jedenfalls demjenigen gleich, der sich einläßt, Belastendes zu fingieren (§ 344 StGB).⁵⁷⁾ Ob die Garantenstellung ein besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 StGB ist, hängt davon ab, ob die Garantenstellung auf positiver Pflicht beruht oder nicht.

D . Weitere Auswirkungen der Ergebnisse

Die oben aufgezeigten Ergebnisse haben für die Strafrechtstheorie weitreichende Konsequenzen, von denen in diesem Rahmen nur die aufgezeigt werden sollen, welche sich auf den Kernbereich der Problematik der Beteiligung durch Unterlassen beziehen.

Zunächst müssen die durch die Lehre Jakobs' erzielten Ergebnisse im Bereich der Ingerenzhaftung Berücksichtigung finden. Trotz der verbreiteten Ansicht in der Rechtsprechung und in der Literatur,⁵⁸⁾ wird der Bereich der Ingerenzhaftung durch das alleinige Abstellen auf die Rechtswidrigkeit des Vorverhaltens zu eng gefaßt. Dieses Problem kann sich aber sowohl bei rechtswidrigem als auch bei rechtmäßigem Verhalten stellen. Es kommt darauf an, welches unerlaubte Risiko der Vorhandelnde gesetzt hat.⁵⁹⁾

Desweiteren wirken sich die dargestellten Ergebnisse auf den Bereich der Akzessorietät aus. Hier stellt sich die Frage, wie ein Vorverhalten im Vorfeld gestaltet sein muß, um die nachfolgende unerlaubte Ausführung durch einen anderen als dessen Fortsetzung zurechnen zu können.⁶⁰⁾ Handelt es sich um die Verletzung einer Pflicht kraft Organisationszuständigkeit, ist eine Zurechnung des Geschehens als eigenes möglich.⁶¹⁾

Zuletzt ist der Einfluß der Ergebnisse auf die Auslegung des § 28 StGB zu erwähnen. Demnach wird der Extraneus, der sich an einem Pflichtdelikt beteiligt, stets nach dem

57) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 21/28ff, 23/29ff.; ders., Tun und Unterlassen (Fn. 37), S. 11f.; weiter Sánchez-Vera, Pflichtdelikt (Fn. 33), S. 211ff.

58) Hierzu z.B. SK-Rudolphi (Fn. 1), § 13 Rdn. 40a.

59) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 29/101f.; ders., Tun und Unterlassen (Fn. 37), S. 7f.; ders., GA 1996 (Fn. 40), S. 261f.; ders., Die Ingerenz in der Rechtsprechung (Fn. 15), S. 47; ders., Theorie und Praxis (Fn. 15), S. 139ff.

60) Jakobs, Strafrecht AT (Fn. 2), 29/101f.; ders., GA 1996 (Fn. 40), S. 261f.

61) Jakobs, GA 1996 (Fn. 40), S. 257ff.

Strafraumen und Deliktstypus des Pflichtdelikts gemäß §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB bestraft. Für unechte Pflichtdelikte gibt es keinen Raum. Alle Pflichtdelikte sind stets der Regelung des § 28 Abs. 1 unterworfen. Ob es einen äußerlich vergleichbaren sog. „Grundtatbestand“ wie das Pflichtdelikt gibt, der durch Organisation von einem negativ Verpflichteten begangen werden kann, ist für den Tatbestand des Pflichtdelikts gleichgültig.⁶²⁾

62) Ebenso ist die Beteiligung eines Täters, der ein qualifikationslos doloses Werkzeug eingesetzt hat, die gleiche, unabhängig davon, ob es sich um ein sog. unechtes oder ein echtes Pflichtdelikt handelt; siehe dazu Sánchez-Vera, Pflichtdelikt (Fn. 33), S. 195ff.; LK-Roxin (Fn. 1), § 25 Rdn. 91, § 28 Rdn. 6.