

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 117

Pflichtdelikt und Beteiligung

**Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit
der Zurechnung bei Tun und Unterlassen**

Von

Javier Sánchez-Vera



Duncker & Humblot · Berlin

JAVIER SÁNCHEZ-VERA

Pflichtdelikt und Beteiligung

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

und Dr. Friedrich-Christian Schroeder
ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 117

Pflichtdelikt und Beteiligung

Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit
der Zurechnung bei Tun und Unterlassen

Von

Javier Sánchez-Vera



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Günther Jakobs, Bonn

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Sánchez-Vera, Javier:

**Pflichtdelikt und Beteiligung : zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit
der Zurechnung bei Tun und Unterlassen / von Javier Sánchez-Vera. –
Berlin : Duncker und Humblot, 1999**

(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 117)

Zagl.: Bonn, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09612-6

Alle Rechte vorbehalten
© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 3-428-09612-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen lieben Eltern

**Das Gesetz kann klüger sein als seine Verfasser
– es *muß* sogar klüger sein als seine Verfasser**

Gustav Radbruch

Vorwort

Die nachfolgende Arbeit hat im Wintersemester 1997/98 der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation vorgelegen. Sie ist für die Veröffentlichung nur unerheblich gekürzt worden.

Meinem hochverehrten Lehrer und Doktorvater, Herrn Professor Dr. Günther Jakobs, danke ich sehr für die Betreuung und Förderung der Arbeit, die andauernde Gesprächsbereitschaft, auch für die Anregungen, die er mir im Hinblick auf die Veröffentlichung gegeben hat, sowie für die ausgezeichneten Arbeitsbedingungen an seinem Lehrstuhl zur Zeit meiner Tätigkeit als Wissenschaftliche Hilfskraft.

Mein herzlicher Dank gilt auch meinem Lehrer in Spanien, Herrn Prof. Dr. Dr. Enrique Bacigalupo, der in seinen Madrider Vorlesungen und Seminaren mein Interesse am Strafrecht geweckt, seit dem Beginn meiner Studienzeit meinen wissenschaftlichen Werdegang maßgeblich beeinflusst und gefördert sowie das Entstehen dieser Arbeit von Anfang an mit Interesse verfolgt hat.

Zu Dank verpflichtet bin ich weiterhin Herrn Professor Dr. Hans-Joachim Rudolphi für die freundliche Erstellung des Zweitgutachtens sowie den Herren Professoren Dres. Eberhard Schmidhäuser und Friedrich-Christian Schroeder, die die Aufnahme der Untersuchung in die „Strafrechtlichen Abhandlungen n. F.“ befürwortet haben.

Für stetige Diskussionsbereitschaft, wertvolle Ratschläge sowie redaktionelle Einarbeiten bin ich Herrn Privatdozent Dr. Heiko Lesch sehr verbunden. Ebenso möchte ich mich bei der studentischen Hilfskraft bei Prof. Dr. G. Jakobs, Frau Isabel Voßgätter genannt Niermann, für immerwährende Aufopferung und Unterstützung des Fortgangs dieser Arbeit sowie das Lesen der Korrekturen bedanken. Mein Dank gilt auch Herrn Florian Höfer M.A. für verschiedentlichen Einsatz, vor allem bei der Erstellung der Druckvorlage.

Dank schulde ich nicht zuletzt der San Pablo Stiftung (Madrid) für die Gewährung eines vierjährigen Zuschusses zur Förderung von Dozenten.

Weiteren Personen, die mir bei dieser Arbeit in vielfacher Art und Weise geholfen haben, schulde ich meinen herzlichen Dank. Ich bitte um ihr Verständnis dafür, daß ich sie hier nicht im einzelnen aufzählen kann. Doch sei an dieser Stelle noch Frau Heidi Gerharz genannt, die stets für eine angenehme Arbeitsatmosphäre unter den „Rechtsphilosophen“ in Bonn sorgt.

Bonn - Bad Godesberg, im Juni 1998

Javier Sánchez-Vera

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
------------------	----

Teil 1

Die Lehre vom Pflichtdelikt - Ausgangspunkt

§ 1 Die erste Formulierung: Roxin	22
A. Der Begriff des Pflichtdelikts	22
B. Materielle Begründung der Pflichtdelikte	27
§ 2 Der Ansatz Jakobs' zur Lehre vom Pflichtdelikt	29
A. Die Unterscheidung zwischen Delikten kraft Organisationszuständigkeit und Delikten kraft institutioneller Zuständigkeit	29
B. Das Charakteristikum der Institutionen im allgemeinen	31
C. Die Erweiterung des Bereichs der Pflichtdelikte	34
D. Die Reduzierung des Bereichs der Pflichtdelikte	35
§ 3 Die Unterlassungsverbrechen als Pflichtdelikte?	38
A. Die Auffassung Roxins	38
I. Die Unterlassung bei „positivierten Pflichtdelikten“	38
II. Die Unterlassung bei „Herrschaftsdelikten“	39
1. Grundlagen	39
2. Das Problem: Tatherrschaft bei Unterlassung?	39

3. Die Auflösung des Dilemmas: Die Unterlassungsstraftaten als Pflichtdelikte	43
4. „Soziale Tatherrschaft“ und Strafzumessung	45
B. Intrasystematische Kritik	47

Teil 2

Weiterentwicklung der Lehre vom Pflichtdelikt

§ 4 Nochmals: Zur Frage der Unterlassungsstraftaten als Pflichtdelikte	51
A. Die Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen bei Automatisierungen	51
B. Die Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen bei den Herrschaftsdelikten	53
I. Das Problem	53
II. Ansatz der Lösung, insbesondere über den Begriff der Person	55
III. Die Lösung	58
§ 5 Die Wurzeln der Pflicht- und Herrschaftsdelikte	67
A. Die negative Institution „neminem laede“ - insbesondere als Grundlage auch von Handlungspflichten	67
B. Positive Institutionen	76
§ 6 Genaueres über die Verbote und Gebote und über die Institutionen	89
A. Das Problem	89
B. Die Lösung	90
I. Die erste, sprachliche Ebene	90
II. Die zweite, materielle Ebene	92
§ 7 Pflichtdelikte als unzulässige Moralisierung des Rechts?	102

A. Die Postulate positiver Institutionen und die daraus entspringenden Antinomien: Ein Hindernis für die Pflichtdeliktslehre?	102
I. Die Diskussion im Strafrecht	103
II. Das ideengeschichtliche Fundament der strafrechtlichen Diskussion	105
III. Die mangelnde Präzisierbarkeit der Gebote positiver Institutionen	109
B. Auflösung der Antinomien	111
§ 8 Die „Jagd“ nach der Herrschaft in den Pflichtdelikten - Erste Überlegungen zur Beteiligung bei Pflichtdelikten	126
A. Herrschaft versus Pflichtverletzung? - Die Modelle von Gallas, Schönemann und Freund	126
B. Vermittelnde Auffassungen	137
C. Weitere Präzisierungen: „Aussteigen“ aus der positiven Institution?	142

Teil 3

Die Beteiligung bei und an Pflichtdelikten

§ 9 Die Beteiligung bei Pflichtdelikten	147
A. Täterschaft (und Teilnahme)	147
B. Mittäterschaft bei den Pflichtdelikten?	158
C. Mittelbare Täterschaft des Verpflichteten?	161
D. Strafbarkeit des Intraneus als Anstifter?	165
§ 10 Die Beteiligung an Pflichtdelikten	167
A. Zur generellen Möglichkeit einer Teilnahme am Pflichtdelikt. <i>Zugleich:</i> Einiges über deren Strafgrund	167
B. Nochmals: Gemeinschaftliches Verhalten von Extraneus und Verpflichtetem als Mittäterschaft?	172
C. Mittelbare Täterschaft eines Extraneus durch Benutzung eines Intraneus?	174

D. Beihilfe und Anstiftung zum Pflichtdelikt	177
§ 11 Eine harmonische Lösung für § 28 StGB im Lichte der Lehre vom Pflichtdelikt	180
A. Einleitung	180
B. Das Problem	181
C. Der richtige Weg zur Lösung - insbesondere der Vorschlag Cortes Rosas .	186
D. Einige Stolpersteine auf dem richtigen Weg zur Lösung	192
E. Die Lösung	195
F. Weitere Absicherung der Lösung	203
G. Offene Fragen	205
§ 12 Anhang: Konkurrenzen und Strafmilderungsmöglichkeiten bei Pflichtdelikten	207
A. Scheinbare Konkurrenzen	207
B. Strafmilderungsmöglichkeiten des beteiligten Extraneus am Pflichtdelikt .	211
Zusammenfassung	214
Literaturverzeichnis	227
Sachregister	261

Abkürzungsverzeichnis

a	articulus (Artikel)
a.A.	andere Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AK	Alternativkommentar
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch von 18. 8. 1896, RGBl. S. 339
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof in Strafsachen. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft
Bsp.	Beispiel
BT	Besonderer Teil
BT-DrS.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
c	caput (Kapitel)
ca.	zirka
ders.	derselbe
d.h.	das heißt

d.i.	das ist
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Strafrecht [= GA]
dt.	deutsch
E	Einwand bei Thomas von Aquin-Zitaten, der die Untersuchung einleitet, aber nicht notwendigerweise die Meinung von Thomas darstellt
ebd.	ebenda
EG	Einführungsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
etc.	et cetera
f.(ff.)	folgende Seite(n)
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GA	Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet v. Th. Goldammer, 1880 - 1933; Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1953 ff.
gen.	genannte(r)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. 5. 1949, BGBl. 1949 S. 1
ggf.	gegebenenfalls
GS	Der Gerichtssaal/Gedächtnisschrift
h.L.	herrschende Lehre
hrsg.	herausgegeben
i.d.F.v.	in der Fassung von
i.d.S.	in dem Sinne/in diesem Sinne
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne

JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
m.	mit
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	Meines Erachtens
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform (1904-1936); Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform (1937-1944), Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform mit weiteren Nachweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
no.	Numero
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
ÖStGB	Österreichisches Strafgesetzbuch
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten v. 24.5.1968, BGBl. I S. 481
q	quaestio (Frage)
Rdn.	Randnummer
resp.	respektive
RG	Reichsgericht in Strafsachen; Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, hrsg. von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
s.	siehe
S.	Seite
scil.	scilicet
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
sog.	sogenannte(r)
StGB	Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 103. 1987 (BGBl. I S. 945, 1160), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes v. 26. 1. 1998 (BGBl. I S. 160)
StPO	Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 7. 4. 1987, BGBl. I S. 1074, Berichtigung S. 1319
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
StV	Strafverteidiger
StVO	Straßenverkehrsordnung v. 16. 11. 1970, BGBl. I S. 1565, Berichtigung BGBl. 1971 I, S. 38
u.	und
u.a.	unter anderem/und andere
u.a.m.	und anderen mehr
u.ä.m.	und ähnliches mehr
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	von/vom
vgl.	vergleiche
Vol.	Volumen
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
zahlr.	zahlreich(en)
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZphF	Zeitschrift für philosophische Forschung
ZschwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil
Zus.	Zusatz

Einleitung

Die vorliegende Abhandlung versteht sich als Beitrag zu der erstmals von Roxin entfalteten Lehre vom Pflichtdelikt. Ihr Ziel besteht darin, den Begriff des Pflichtdelikts weiterzuentwickeln und für die Beteiligungslehre fruchtbar zu machen. Der Schwerpunkt liegt auf den Pflichtdelikten qua Unterlassung, es geht also zugleich um einen Beitrag zur traditionellen Dogmatik der Unterlassungsdelikte.

In Einleitungen bezeichnet man gewöhnlich den Gegenstand der jeweiligen Untersuchung als Stiefkind der betroffenen Disziplin, um eine Abhandlung zu jeweiligen Thematik zu rechtfertigen. Ohne mich dieser Unsitte anschließen zu wollen, beansprucht diese Bezeichnung für die Pflichtdelikte gewiß Richtigkeit: Dem grundlegenden Begriff des Pflichtdelikts wurde bisher ex professo keine Monographie gewidmet. Zwar hat man sich in der Strafrechtstheorie teilweise dieser Lehre angeschlossen bzw. sie abgelehnt. Aber ihre Problematisierung erfolgte bisher in Teilstücken oder im Rahmen anderer Untersuchungsziele, so daß eine spezielle, eingehende Abhandlung notwendig war.

I.

Die Studie beginnt in § 1 mit einer Darstellung der Pflichtdeliktslehre Roxins, die jedoch nur zusammenfassend bleibt, weil diese Lehre in Anbetracht der in der wissenschaftlichen Literatur hervorgerufenen Resonanz als bekannt vorausgesetzt werden darf. Es ist Roxins längst anerkanntes Verdienst, die Pflichtdeliktslehre formuliert und dem Pflichtverletzungsgedanken in der Beteiligungslehre einen eigenständigen Rang neben dem Tatherrschaftsprinzip zugewiesen zu haben. Anschließend wird die Auffassung Jakobs', die nach Roxins Einschätzung als bisher wichtigste Weiterentwicklung der Lehre vom Pflichtdelikt zu gelten hat, dargestellt (§ 2). In § 3 wird die Lehre Roxins wieder aufgegriffen, soweit sie sämtliche Unterlassungsstraftaten als Pflichtdelikte betrachtet. Bei der Würdigung und intrasystematischen Kritik ergeben sich einige Friktionen, die eine Korrektur

dieses Ansatzes herausfordern, was ohne Rekurs auf die eigenen dogmatischen Grundlagen nicht möglich ist.

II.

Im zweiten Teil geht es um die Entfaltung dieser Grundlagen, zunächst wiederum um die Frage, ob alle Unterlassungsstraftaten Pflichtdelikte sind, und zwar anhand der Begriffe der „Erwartung“ und der „Rolle“, insbesondere des Begriffes der „Person“ (§ 4).

In den nächsten beiden Abschnitten (§§ 5, 6) werden die bis dorthin gewonnenen Ergebnisse rechtsphilosophisch untermauert und erweitert. Die Argumentation bedient sich berühmter Worte, und zwar u.a. derer von Cicero, der Ansätze der Naturrechtslehrer Pufendorf und Svarez, aus der Zeit des deutschen Idealismus Kants und Hegels, und dessen Zeitgenosse Fries', ferner auch des Kantianers Schmalz', Schopenhauers, oder der einflußreichen Monographie Ferdinand Tönnies', Gemeinschaft und Gesellschaft.

Trotz der sehr unterschiedlichen philosophischen Ansätze, die sich vielleicht in anderen Punkten schwer vereinbaren lassen*, haben alle diese Autoren zwei unterschiedliche Arten von Pflichten erkannt und systematisiert. Anhand dieser Erkenntnisse werden die geistesgeschichtlichen Grundlagen der Herrschafts- und der Pflichtdelikte dargelegt, sowie die Begründung von *Handlungspflichten* im Strafrecht gewonnen.

Weiterhin setzt sich die Untersuchung mit zwei klassischen Einwänden gegen die Pflichtdeliktslehre auseinander. Zunächst wird der Vorwurf erörtert (§ 7), die Handlungspflichten der Pflichtdelikte stellten eine unzulässige Moralisierung des Rechts dar, weil sie die Freiheit des Einzelnen mehr als die Unterlassungspflichten der Herrschaftsdelikte beschränken. Ferner werden die monistischen Modelle, die allein auf die Herrschaft abstellen (Gallas, Schünemann, Freund) sowie die vermittelnden Auffassungen, die neben der Pflichtverletzung *auch* die Tatherrschaft voraussetzen (insb. Bloy), diskutiert (§ 8).

* Erinnert sei an die sog. Senilitäts-These *Schopenhauers* (vgl. E., S. 119) zu *Kants* Metaphysik der Sitten (die Rechtslehre *Kants* sei „deplorable“, die Metaphysik der Sitten überhaupt stünde überwiegend unter dem Einfluß *Kants* Altersschwäche) oder an die „guten Beziehungen“ zwischen *Hegel* und *Fries*: *Hegel* bezeichnet in der Vorrede seiner Rechtsphilosophie die Äußerungen *Fries*' als „Seichtigkeit, die sich Philosophieren nennt“, während *Fries* seinerseits meinte, *Hegels* Lehre gehöre „ihrem großen Einfluß nach mehr in die Geschichte der Schulpolizei zu Berlin als in die Geschichte der Philosophie“ (Geschichte der Philosophie, II. Band, S. 671; dazu auch *Dooren*, Kant-Studien 61 [1970], S. 217 ff.).

III.

Nach der Darstellung der dogmatischen Grundlagen der Pflichtdeliktslehre und der Zurückweisung der Einwände dürften für die Frage der Beteiligung bei und an Pflichtdelikten in ihren Grundlinien keine besonderen Schwierigkeiten eintreten. Zunächst werden die möglichen Beteiligungsformen im Bereich der Pflichtdelikte untersucht (§ 9). Es geht also darum, ob Polizisten, Richter, Eltern etc. immer als Täter haften, oder aber auch Mittäter, mittelbare Täter und Gehilfen oder Anstifter sein können.

Es folgt die Erörterung der Frage der Beteiligung am Pflichtdelikt, also der Frage, wie die Beteiligung an den Straftaten von Polizisten, Richtern, Eltern etc. zu behandeln ist (§ 10), erstens über die - inzwischen kaum mehr in Frage gestellte - generelle Möglichkeit dieser Beteiligung, zweitens über die verschiedenen Formen der Beteiligung am Pflichtdelikt.

Dabei ist vor allem die Anwendung des § 28 StGB problematisch (§ 11). Bisher ist der Lehre eine befriedigende Lösung zur Interpretation dieser Vorschrift noch nicht gelungen. Die im Laufe der Abhandlung bereits gewonnenen Erkenntnisse zeigen sich jedoch bei der Untersuchung dieses Problems als sehr hilfreich. Anhand der Lehre vom Pflichtdelikt wird ein neuer Lösungsvorschlag unterbreitet. Der dritte Teil endet mit einigen notwendigen Erläuterungen zu den Konkurrenzen und Strafmilderungsmöglichkeiten bei Pflichtdelikten (§ 12).

Da die Untersuchung als solche kurz gefaßt wurde, habe ich auf eine zusammenfassende Darstellung am Ende jedes Abschnitts verzichtet, so daß das Restümee am Ende der Untersuchung ausführlicher als eine bloße Aufstellung von Thesen ohne jeglichen Zusammenhang ausfällt.