

Buchrezension

Andreas Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung. Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 209, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2009, 214 S., € 58,-

Die Frage der Beteiligung bei Unterlassungen zählt zweifellos zu den „Klassikern“ der strafrechtlichen Streitstände. Obwohl seit Jahrzehnten unaufhörlich entsprechende Versuche unternommen werden, ist es bisher nicht gelungen, eine allgemein anerkannte Theorie zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten zu entwickeln. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht übertrieben, wenn man feststellt, dass sich *Mosenheuer* mit seiner Augsburger Dissertation thematisch an das „Hochreck der Dogmatik“ begeben hat. Inhaltlich werden die entsprechend hohen Erwartungen an die Arbeit zwar keineswegs enttäuscht, aber auch nicht vollumfänglich befriedigt.

Nach der Charakterisierung des Unterlassens als „Nichtvornahme einer Körperbewegung“ (S. 24) befasst sich *Mosenheuer* im ersten von insgesamt fünf Kapiteln mit der (umstrittenen) Frage der Abgrenzung zu den Begehungsdelikten. Insoweit geht der *Autor* zunächst auf die sogenannte „Konkurrenzlösung“ ein (S. 26 ff.), die auf eine Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen gänzlich verzichtet und stattdessen eine Klärung der Problematik auf der Ebene der Konkurrenzen bevorzugt. Hier soll dann der Grundsatz gelten, dass die Unterlassung – sofern sie sich auf denselben tatbestandlichen Erfolg bezieht – hinter das durch aktives Tun verwirklichte Delikt aufgrund materieller Subsidiarität zurücktritt, weil erstere die weniger intensive Angriffsform darstellt (S. 27). Anhand von vier geschickt ausgewählten Beispielen (u.a. „Ziegenhaarfall“, S. 27 f.) zeigt *Mosenheuer* sodann überzeugend, dass die Vertreter der Konkurrenzlösung in allen typischen Konstellationen zu denselben Ergebnissen gelangen wie diejenigen, die mit Hilfe der „Schwerpunkt-Formel“ bzw. eines Energie- oder Kausalitätskriteriums eine wertende Abgrenzung vornehmen (S. 33). Da eine solche aber von zahlreichen Vertretern in der Literatur in bestimmten Fällen als unerlässlich angesehen wird, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen, setzt sich der *Autor* mit den insoweit einschlägigen Fallgruppen intensiv auseinander (S. 33 ff.). Hierbei geht es um Sachverhaltskonstellationen, in denen ein Tun in ein Unterlassen umgedeutet werden soll, um das jeweils rechtspolitisch wünschenswerte Resultat zu erreichen. Diesbezüglich kommt *Mosenheuer* aber z.B. für die Fallgruppe des „technischen Behandlungsabbruchs“ zu dem Schluss, dass es weder erforderlich noch sinnvoll sei, das Abschalten eines Respirators durch den Arzt als Unterlassen einzustufen, weil man die zu befürwortende Straflosigkeit des Mediziners auch über § 34 StGB erreichen könne (S. 42 ff.). Dies ist in der Tat der bessere Weg, weil aller argumentativer Aufwand nicht darüber hinwegtäuschen kann, dass das Drücken eines Knopfes letztlich doch die Vornahme einer Körperbewegung bedeutet und damit gerade kein Unterlassen. Auch für die anderen problematischen Fallkonstellationen (u.a. Rücktritt vom Gebotserfüllungsversuch, S. 37 ff. und

omissio libera in causa, S. 49 f.) weist der *Autor* dezidiert nach, dass eine Abgrenzung von Tun und Unterlassen nicht notwendig und zum Teil sogar kontraproduktiv ist, weil sie den Blick auf die eigentlichen Sachargumente (Fragen der Erfolgszurechnung und Rechtfertigung) verstellt (S. 51).

Im Anschluss daran überprüft *Mosenheuer* die von ihm bevorzugte Konkurrenzlösung vor dem Hintergrund des § 13 Abs. 2 StGB, indem er fragt, ob es denn sachgerecht sei, dem Täter in sämtlichen Fällen, in denen er den Tatbestand durch aktives Tun verwirkliche, die Berufung auf die in der vorgenannten Norm verankerte fakultative Strafmilderung zu verweigern (S. 54). Da aber nichts dafür spricht, einen Begehungstäter in den „Genuss“ von § 13 Abs. 2 StGB kommen zu lassen, verneint der *Autor* dies mit Recht (S. 57).

Im Zentrum des zweiten Kapitels stehen sodann grundlegende Überlegungen zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. Nachdem sich *Mosenheuer* zunächst mit ausführlicher Begründung für einen extrem restriktiven (materiellen) Täterbegriff ausgesprochen hat (S. 65 ff.), analysiert er die wesentlichen Abgrenzungstheorien (S. 71 ff.) und schließt sich – in Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur – der Tatherrschaftslehre an (S. 90).

Im dritten und umfangreichsten Teil des Werkes geht der *Autor* der Frage nach, welche der fünf Beteiligungsformen bei Unterlassungsdelikten in Betracht kommen. Keine Überraschung ist es zunächst, wenn *Mosenheuer* feststellt, dass eine unmittelbare Unterlassungstäterschaft existiere (S. 98).

Eine mittelbare Täterschaft durch Unterlassen hält der *Autor* demgegenüber mit nachvollziehbaren Gründen für konstruktiv problematisch (S. 116 ff.), nicht notwendig (S. 120 f.) und zudem nicht sachgerecht (S. 121 ff.). Ersteres begründet er u.a. damit, dass die Pflicht zur Lenkung bzw. Steuerung des Werkzeuges beim Unterlassungsdelikt keine Bedeutung habe (S. 118). Hinsichtlich des zweiten Einwands verweist *Mosenheuer* darauf, dass beim Unterlassen der „Umweg“ über eine fremde Handlung für die Unrechtsbegründung nicht notwendig sei (S. 121). Damit könne die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen letztlich auch nicht sachgerecht sein, weil sie einer Bestimmung unterschiedlicher Maße der Verantwortlichkeit, die gerade die Hauptfunktion des differenzierten Beteiligungs-systems der §§ 25 ff. StGB sei, nicht erlaube (S. 122 f.).

Zuzustimmen ist dem *Autor* auch in seiner ablehnenden Haltung gegenüber einer Mittäterschaft durch Unterlassen (S. 135 ff.). Diese beruht letztlich auf denselben grundsätzlichen Erwägungen (konstruktive Schwächen usw.), die schon im Rahmen der Beteiligungsform des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB einschlägig sind. Nicht in Gänze überzeugend sind hingegen *Mosenheuers* Ausführungen zur sog. „Lederspray-Entscheidung“ des BGH. Zwar ist seine Kritik an dem vorgenannten Urteil durchaus berechtigt, weil die Geschäftsführer der GmbH, die nicht für den Rückruf des Produktes gestimmt haben, in der Tat keine Mittäter durch Unterlassen sind. Die Frage einer unmittelbaren Täterschaft diskutiert der *Autor* sodann aber nur unter dem Aspekt der Möglichkeit zur Erfolgsabwendung (S. 141), ohne wenigstens kurz auf die h.L. einzugehen, die das zentrale Problem in der Kausalität verortet.

Da *Mosenheuer* im Bereich der Teilnahme nur eine Beihilfe durch Unterlassen anerkennt, reduziert sich die Frage nach der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme folgerichtig auf diejenige zwischen den Beteiligungsformen nach § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB und § 27 StGB (S. 158).

Mit dieser Feststellung ist der *Autor* zugleich zum Kern der Thematik vorgedrungen und analysiert nun im vierten Kapitel die verschiedenen Ansichten zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Bereich des Unterlassens. Seiner Meinung nach kommen nur zwei Lösungen ernsthaft in Betracht: Entweder bestrafe man den unterlassenden Garanten grundsätzlich als Täter oder man stufe ihn prinzipiell nur als Gehilfe ein (S. 190). Die übrigen Ansichten (u.a. die subjektive Sichtweise der Rechtsprechung) verwirft *Mosenheuer* von vornherein mit jeweils eingehender und nachvollziehbarer Begründung. Allerdings sei in diesem Zusammenhang angemerkt, dass es wünschenswert gewesen wäre, wenn sich der *Autor* auch mit dem neueren Ansatz von *Hoffmann-Holland* (ZStW 118 [2006], 620) auseinandergesetzt hätte. Dieser will die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Bereich des Unterlassens anhand des Gesichtspunktes der direkten Steuerung des Rechtsgutsangriffes vornehmen. Leider erwähnt *Mosenheuer* die Auffassung *Hoffmann-Hollands* nicht einmal.

Noch entscheidender ist allerdings die Frage, wie sich der *Autor* denn in der Abgrenzungsfrage letztlich positioniert: Er hält die Gehilfentheorie für den grundsätzlich besseren Ansatz (S. 189 f.), wengleich diese seiner Ansicht nach unter einem Begründungsdefizit leide (S. 190). Der Tätertheorie hält er im Kern entgegen, dass sie in den Fällen zu Wertungswidersprüchen führe, in denen der unterlassende Garant zuvor aktiv Beihilfe zur Herbeiführung eines tatbestandlichen Erfolgs geleistet habe (S. 172 ff.). Als Beispiel nennt er die Mutter, die den Vater in dem Beschluss bestärkt, das gemeinsame Kind zu schlagen und zugleich nicht die Möglichkeit wahrnimmt, die Körperverletzung zu verhindern (S. 172 f.). Diesbezüglich ist *Mosenheuer* nun der Ansicht, dass sich das Konkurrenzverhältnis zwischen der (psychischen) Beihilfe durch aktives Tun und dem täterschaftlichen Unterlassen nicht widerspruchsfrei klären lasse, weil nicht klar sei, welche der beiden Angriffsformen subsidiär sei (S. 173). Die Antwort gibt er aber letztlich selbst, indem er (mit Recht) feststellt, dass jedenfalls die Annahme von Tateinheit allgemeinen Grundsätzen widerspreche. So werde schließlich der Mittäter, der einen anderen Mittäter zu einer Tat angestiftet habe, ja auch nicht wegen Mittäterschaft und Anstiftung zu dieser Tat verurteilt. Aber warum? Doch wohl deshalb, weil die Beteiligungsform nach § 25 Abs. 2 StGB gegenüber derjenigen nach § 26 StGB als die schwerere Angriffsform einzustufen ist und letztere verdrängt. Der Gesichtspunkt der materiellen Subsidiarität ist es letztlich auch, der im Falle der Mutter die aktive Beihilfe hinter das täterschaftliche Unterlassen zurücktreten lässt (so bereits *Walter*, ZStW 116 [2004], 555 [584]). Dann ist die erstgenannte Beteiligungsform zwar in der Tat nicht mehr Bestandteil des Schuldspruches (S. 173). Das liegt jedoch in der Natur der Sache. Inwiefern sich hier Wertungswidersprüche ergeben sollen, bleibt rätselhaft.

Im fünften Kapitel will der *Autor* schließlich nachholen, was die Vertreter der von ihm favorisierten Gehilfentheorie in seinen Augen bisher vernachlässigt haben: die Entwicklung einer tragfähigen Begründung. Dabei macht *Mosenheuer* den im Bereich der Begehungsdelikte anerkannten Aspekt der Tatherrschaft, die sich in eine Entscheidungs- und eine Gestaltungsherrschaft unterteilen lässt (S. 186), auch für den Bereich des Unterlassens fruchtbar. Insofern weist der *Autor* zunächst darauf hin, dass der Aspekt der Gestaltungsherrschaft (das „Wie“ der Tat) für die Beurteilung der Tatherrschaft des Unterlassenden irrelevant sei, weil ihm die Gestaltung der Tat gar nicht vorgeworfen werde, sondern nur der Umstand, dass ein bestimmter Erfolg eingetreten sei (S. 194). Als Anknüpfungspunkt verbleibe somit allein die Entscheidungsherrschaft als die Macht über das „Ob“ der Tat (S. 194 f.). Diesbezüglich stellt *Mosenheuer* nun fest, dass sowohl Unterlassender als auch Begehungstäter eine *negative* Entscheidungsherrschaft innehätten, weil beide über die Möglichkeit verfügten, darüber zu befinden, ob der Erfolg nicht eintritt (S. 195). Dem passiven Garanten fehle aber grundsätzlich die *positive* Entscheidungsherrschaft, weil er hinsichtlich des Erfolgseintritts vom Begehungstäter abhängig sei (S. 195). Hieran anknüpfend kommt der *Autor* nun im Kern zu folgendem Ergebnis: Der das vollverantwortliche Begehungsunrecht eines Dritten nicht hindernde Garant sei grundsätzlich Gehilfe, es sei denn er besitzt eine überlegene Hemmungsherrschaft (= negative Entscheidungsherrschaft). Diese liege immer dann vor, wenn der Unterlassende im Vergleich zum aktiv Handelnden ein Mehr an Hemmungsmotiven überwinden müsse (S. 196). Dies wiederum sei dann der Fall, wenn der aktiv Handelnde nicht vollverantwortlich agiere (S. 196 f.), aktuell keine Hemmungsmotive entwickeln könne (etwa im Fall des § 21 StGB, S. 197) oder diese rechtlich schwächer zu bewerten seien als die des Unterlassenden (S. 198).

Im Ganzen betrachtet verdient *Mosenheuers* prinzipieller Ansatz, die Problematik der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme sowohl im Begehungs- als auch im Unterlassungsbereich auf das gemeinsame Fundament der Tatherrschaft zu stellen, durchaus Anerkennung. Was aber für Unbehagen sorgt, ist der Umstand, dass es dem *Autor* nicht überzeugend gelingt, die Tätertheorie zu widerlegen. Insofern bleibt die Frage, warum ein Unterlassender, der als Garant die Möglichkeit zur Erfolgsabwendung hat und damit alle Tatbestandsmerkmale des unechten Unterlassungsdeliktes erfüllt, grundsätzlich nur Gehilfe sein soll. Wer einen Tatbestand in eigener Person voll verwirklicht, ist nach dem Gesetz stets Täter, da die Tat dann i.S.d. § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB selbst begangen ist (und „Begehen“ meint ausweislich der Überschrift des § 13 StGB auch die Variante des Unterlassens). Diese gesetzliche Entscheidung wird im Bereich des aktiven Tuns nicht in Frage gestellt und es erschließt sich nicht, warum im Falle des Unterlassens noch Raum für Abstufungen nach Tatherrschaftsgesichtspunkten verbleiben soll, wenn doch alle Tatbestandsmerkmale durch den Täter voll erfüllt wurden.

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Jur. Mario Bachmann, Köln