

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 302

Die notwendige Teilnahme

**Zum Strafgrund der Beteiligung im Rahmen
der Zuständigkeitslehre**

Von

Xueshuang Zhao



Duncker & Humblot · Berlin

XUESHUANG ZHAO

Die notwendige Teilnahme

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 302

Die notwendige Teilnahme

Zum Strafgrund der Beteiligung im Rahmen
der Zuständigkeitslehre

Von

Xueshuang Zhao



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Dr. h.c. mult. Michael Pawlik LL.M. (Cambridge), Freiburg

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
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
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-18498-9 (Print)
ISBN 978-3-428-58498-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen.

An erster Stelle gilt mein herzlicher Dank meinem hochverehrten Doktorvater Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Pawlik, LL.M. (Cantab.) für die geduldige Betreuung ebenso wie für die stete Gesprächsbereitschaft und die fördernden Ermutigungen. Seinem wissenschaftlichen Vorbild und der freundschaftlichen Atmosphäre am Freiburger Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht Abteilung 1 verdankt die vorliegende Arbeit.

Bei Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Perron möchte ich mich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens bedanken. Für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Strafrechtliche Abhandlungen. Neue Folge“ danke ich den Herausgebern Prof. Dr. Dr. h.c. Friedrich-Christian Schroeder und Prof. Dr. Andreas Hoyer.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern und meinem Mann, die mir während der Entstehung dieser Arbeit ein wichtiger Rückhalt waren.

Shenzhen, November 2021

Xueshuang Zhao

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
A. Krise der Rechtsfigur „notwendige Teilnahme“	11
B. Abstecken des Problembereichs	13
I. Konvergenz- und Begegnungsdelikte	13
II. Unterschiedliche Bezugspunkte der Figur „notwendige Teilnahme“	16
III. Anforderung einer begrifflichen „Notwendigkeit“?	18

Erstes Kapitel

Der Meinungsstand in der Literatur 21

A. Analyse der einzelnen Auffassungen	21
I. Strafflosigkeit aufgrund des Schweigens des Gesetzgebers?	22
II. Der Erst-recht-Schluss von Freudenthal	26
III. Die Unterlegenheitsthese von Lange	30
IV. Parallele zwischen Mittäter und notwendigem Beteiligten bei Zöllner	33
V. Gropps Rückgriff auf verfassungsrechtliche Grundsätze	37
VI. Funktionales Privilegierungsmodell von Sowada	43
B. Rückblick: Rechtsgutsdogma als Roter Faden?	47
I. Rechtsgutsträger als Beteiligte	49
1. Die Schwierigkeit bei der notwendigen Teilnahme	49
2. Das Rechtsinstitut der Einwilligung und die Akzessorietät der Teilnahme	51
3. Vermittlungsfunktion des Rechtsgutsbegriffs?	54
II. Rechtsgutsdogma und Auslegung der Einzeltatbestände	58
1. Die Ratlosigkeit der rechtsgutsbezogenen Lösungswege	59
2. Allgemeiner oder Besonderer Teil?	65

Zweites Kapitel

Strafgrund der Teilnahme 69

A. Das Scheitern der Schuldteilnahmetheorie	70
---	----

B. Rechtsgutsbasierte Teilnahmekonzeption – Verursachungstheorie und ihre Varianten	73
I. Die reine Verursachungstheorie	74
1. Sperrgebiet der Zuständigkeitsabwägungen	75
2. Eigenständiges Teilnahmeunrecht	79
II. Die akzessorische Ansicht	81
1. Akzessorietät nach dem gängigen Verständnis	83
2. Akzessorietät aufgrund faktischer Förderung der Haupttat?	86
3. Akzessorietät und die positiv-rechtlichen Regelungen	90
III. Der akzessorische Rechtsgutsangriff	94
1. Unmöglichkeit der Kombination	95
2. Selbständiger Rechtsgutsangriff aufgrund der Lehre von der objektiven Zurechnung?	99
IV. Zwischenergebnis	101
C. Zuständigkeitsbasierte Teilnahmekonzeption	102
I. Regressverbot und eigenständiges Teilnahmeunrecht	104
1. Schumanns Ansatz	104
2. Renzikowskis Ansicht	108
a) Teilnahme als Verletzung der eigenständigen Gefährdungsverbote?	109
b) Schwierigkeiten bei der Mittäterschaft	113
3. Zwischenergebnis	116
II. Radikal normativistische Beteiligungslehre von Jakobs und seinen Schülern	117
1. Konstruktion eines Gesamtsubjekts?	120
2. Als Moment der objektiven Zurechnung	123
a) Die subjektive Tatseite der Beteiligten	124
b) Die Formel der Rollenverteilung	128
3. Die maßgebliche Unzulänglichkeit – Begrenztheit der Perspektive	130

Drittes Kapitel

Eigene Ansicht – Beteiligung als Verbindung der Organisationskreise	134
A. Freiheitsverständnis und strafrechtliches Unrecht	135
I. Der naturalistische Freiheitsbegriff und der Schmerzpunkt der Strafrechtsdogmatik	136
II. Das normative Freiheitsverständnis	142
1. Freiheit als Selbstgesetzgebung	142
2. Rechtsgesetz und das subjektive Recht	145
3. Pflichtverletzung als Mittelpunkt des Verbrechensbegriffs	149
III. Die Mitwirkungspflicht des Bürgers	151
1. Normverletzung und Normrehabilitierung	152

2. Der Normbrecher als Bürger	156
3. Verletzung eines besonderen Rechts als allgemeines Recht	160
IV. Zwischenergebnis	164
B. Das System der Zuständigkeiten	165
I. Die Parallele zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte	165
II. Die Kategorie der Rechtsperson als Scharnier	169
III. Respektierungsgebote im Fall des Alleinhandelns	174
1. Skizze der Respektierungserwartung	174
2. Grundaxiom: Respektierungspflichten als Kosten der Organisationsfreiheit ..	176
3. Die konkreten Ausprägungen der Organisationsfreiheit	179
IV. Kooperationsfreiheit – die Ausprägung der Respektierungsgebote im Fall des ge-	
meinsamen Handelns	187
1. Zuständigkeit für die Tatbestandsverwirklichung	188
2. Kooperationsfreiheit als Bestandteil der Organisationsfreiheit	191
3. Abgrenzung zum Regressverbot	195
C. Konstruktive Erfassung der Verbindung mehrerer Organisationskreise	200
I. Repräsentanzgedanke	200
1. Die Denkmöglichkeit der Verbindung der Organisationskreise	202
2. Repräsentanzgedanke als Sondergut der Mittäterschaft?	206
II. Die Bestimmung der Zuständigkeitsverbindung	213
1. Zuständigkeitsverbindung statt der modifizierten kausalen Beziehung	214
2. Irrelevanz der individuellen Sinnggebung	218
III. Zusammenfassung	221

Viertes Kapitel

Die notwendige Teilnahme in einzelnen Deliktstatbeständen 223

A. Die Zuständigkeit des Mitwirkenden statt des eigenständigen Rechtsgutsangriffs: Die	
Mitwirkung des seine Tötung Verlangenden (§ 216)	223
I. Rechtspflicht zum Weiterleben?	225
1. Berufung auf übergeordnete Interessen der Allgemeinheit	225
a) Das Bestandsschutzargument	225
b) Das Tabubruch-Argument und andere auf Generalprävention bezogene Ar-	
gumente	228
2. Intrapersonale Pflicht aufgrund der kantischen Vernunft	232
II. Der weich-paternalistische Schutz vor Übereilung	235
1. Selbsttötung und Vollzugsreife	235
2. Autonomie unter dem weich-paternalistischen Schutz	237
III. Die Straflosigkeit des Sterbewilligen trotz Mitwirkung	240

B. Die Strafbarkeit der sogenannten Mindestmitwirkung	243
I. Die Mitwirkung des begünstigten Gläubigers (§ 283c StGB)	244
1. Der Grund der Privilegierung des begünstigten Gläubigers	245
2. Das Kriterium der Tatbestandsnotwendigkeit	247
3. Die Strafbarkeit des begünstigten Gläubigers	250
II. Die Mitwirkung des Käufers von Raubkopien (§ 106 UrhG) oder pornographi- schen Werken (§ 184 I Nr. 3)	251
1. Kriminalpolitische Erwägungen und das Unrecht der Teilnahme	252
2. Der prozessuale Lösungsweg statt des materiellrechtlichen Lösungswegs	256
3. Die Straftheorie und Opportunitätsabwägungen bei der Strafverfolgung	260
III. Fazit	264
 Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	 265
 Literaturverzeichnis	 271
 Sachwortverzeichnis	 296

Einleitung

A. Krise der Rechtsfigur „notwendige Teilnahme“

Freudenthal eröffnet seine Monographie „Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen“ im Jahr 1901 mit der Klage, dass die Problematik der notwendigen Teilnahme keine genügende Beachtung oder Erwägung gefunden habe.¹ An diesem Zustand hat sich im weiteren Verlauf und sogar bis in die Gegenwart wenig geändert. Gropp beschreibt im Jahr 1992 den unbefriedigenden Zustand der Untersuchung zur „notwendigen Teilnahme“ mit der ziemlich bildlichen Metapher, dass die Problematik der „notwendigen Teilnahme“ ein „Stiefkind“ der Strafrechtsdogmatik geblieben sei und ihre nähere Herausarbeitung als unwürdig betrachtet werde.² Sowada beschwert sich darüber, dass eine minutiöse Suche nach dem Grund der Straflosgigkeit der „notwendigen Teilnahme“ als „akademisches Glasperlenspiel“ belächelt und ignoriert werde.³ Gropp und Sowada plädieren dafür, die „notwendige Teilnahme“ aus ihrem „Schattendasein“ herauszuführen.⁴ Aber nach dem jetzigen status quo führt diese Problematik immer noch ein Schattendasein, die Situation hat sich sogar noch verschlimmert. Denn während Freudenthal zufolge die zeitgenössischen Autoren in Lehrbüchern und Kommentaren des Strafrechts bezüglich der notwendigen Teilnahme zumindest noch betonen, „so schwierig sie theoretisch zu fassen [sei], so bedeutsam [möge] sie zum Theil für die Praxis sein“,⁵ wird heute die Problematik der notwendigen Teilnahme als solche in zunehmendem Maße umfassend bestritten.

Zum einen richtet sich der Einwand gegen die dogmatische Bedeutung der Rechtsfigur „notwendige Teilnahme“. Roxin stellt ausdrücklich dar, dass der Begriff der notwendigen Teilnahme lediglich aus traditionellen Gründen beibehalten werde und ihm kaum Bedeutung zukomme, weil die rechtliche Behandlung des Großteils der einschlägigen Konstellationen nicht aus der notwendigen Beteiligung abzuleiten sei.⁶ Diese Ansicht findet weitgehend Anklang in der Literatur, sodass „notwendige Teilnahme“ oft durch das Präfix „sog.“ modifiziert wird.⁷ Bei Puppe wird unter dem

¹ Freudenthal, Teilnahme, S. 2.

² Gropp, Sonderbeteiligung, S. 2 f.

³ Sowada, Teilnahme, S. 14.

⁴ Sowada, Teilnahme, S. 14; Gropp, Sonderbeteiligung, S. 3.

⁵ Freudenthal, Teilnahme, S. 2.

⁶ Roxin, AT II, § 26, Rn. 43.

⁷ Puppe, in: NK, § 29, Rn. 86; Jakobs, AT II, § 24, Rn. 7 ff.

Titel „notwendige Teilnahme“ lediglich der Fall behandelt, dass der Teilnehmer selbst der Träger des geschützten Rechtsguts ist.⁸ Außerdem weist der Vorwurf darauf hin, dass der Begriff der notwendigen Teilnahme die meisten der mit ihr verbundenen Probleme eher verdeckt.⁹ Denn die rechtliche Behandlung der einschlägigen Konstellationen ist entweder aus dem Strafgrund der Teilnahme¹⁰ oder der Auslegung der einzelnen Tatbestände¹¹ abzuleiten, und in allen diesen Fällen stellt sich nicht die Frage der notwendigen Teilnahme als solche.

Zum anderen bleibt die Leistung der Untersuchung höchst unbefriedigend. Obwohl nach wie vor „die Rechtslage zum Teil umstritten und in den Grundlagen noch nicht geklärt“ ist,¹² fehlen monographische Untersuchungen aus neuerer Zeit seit 1992; in jenem Jahr sind die Habilitation von Groppe und die Dissertation von Sowada veröffentlicht worden. Die Darstellungen in strafrechtlichen Kommentaren und Lehrbüchern beschränken sich grundsätzlich auf die Wiedergabe eher topischer oder punktueller Ansätze. Die angebotenen Lösungswege sind geprägt vom herkömmlichen Verständnis des Verbrechensbegriffs und des Strafgrundes der Teilnahme, nämlich im Sinne einer Rechtsgutsverletzung und der gemischten Verursachungstheorie. Weniger beachtet wird dabei jedoch, dass solche grundlegenden Theorien hier nicht so stichhaltig oder leistungsfähig sind wie erwartet und es dementsprechend den darauf beruhenden Lösungswegen bezüglich notwendiger Teilnahme an Überzeugungskraft fehlt.

Zusammenfassend kann man sagen, dass der Rechtsfigur „notwendige Teilnahme“ eine doppelte Krise droht: nicht nur durch äußeren Widerstand, sondern auch durch inneren Zerfall.

Die Frage, ob die Rechtsfigur „notwendige Teilnahme“ eine weitere Untersuchung lohnt oder ohne weiteres abgeschafft werden sollte, hängt von der ihr zukommenden Aufgabe ab, nämlich dem Abstecken des Problembereiches. Fraglich ist genauer, was eine „Definition“ der notwendigen Teilnahme leisten muss bzw. leisten könnte. Wollte man die „notwendige Teilnahme“ als strenge begriffliche Beschreibung einer Deliktsstruktur verstehen, die zwingend den Schluss auf die Straflosigkeit der Mitwirkenden rechtfertigt, so käme nur ein ziemlich enger Anwendungsbereich für diese Rechtsfigur in Betracht. Wenn die allein auf die „Notwendigkeit“ bezogene Argumentation sich als kraftlos erweist, verliert die Rechtsfigur notwendige Teilnahme alle dogmatischen Anknüpfungspunkte. Infolgedessen ergäbe die „notwendige Teilnahme“ als eine eigenständige Rechtsfigur keinen Sinn und müsste nicht mehr im Allgemeinen Teil des Strafrechts als Trivialität erwähnt werden.

⁸ Puppe, in: NK, § 29, Rn. 86.

⁹ Roxin, AT II, § 26, Rn. 43; Otto, FS-Lange, S. 197.

¹⁰ Roxin, AT II, § 26, Rn. 43.

¹¹ Schünemann, in: LK, Vor § 26, Rn. 25.

¹² Lackner, Strafgesetzbuch, Vor § 25, Rn. 12.

Hingegen kann eine rechtsfolgenorientierte Bestimmung des Problembereiches wahrscheinlich neues Leben in diese ein „Schattensein“ fristende Problematik bringen. Ist für die „notwendige Teilnahme“ nicht mehr die begrifflich-formale Besonderheit des denotwendigen Zusammenwirkens mehrerer Personen entscheidend, sondern orientiert sich die Begriffsbestimmung an dem zu analysierenden Strafbarkeitszweifel, der zu begründenden eventuellen Straflosigkeit, so gewinnt diese Rechtsfigur nicht nur maßgebliche dogmatische Bedeutung, nämlich die, als eine Herausforderung für das Akzessorietätsprinzip zur Reflexion der allgemeinen Beteiligungslehre beizutragen, sondern gewinnt auch enorme praktische Bedeutung. In einer modernen, durch Arbeitsteilung und Massengeschäftsverkehr geprägten Wirtschaftsgesellschaft lebt fast niemand autark. Zur Erfüllung der meisten Bedürfnisse und zur Verwirklichung der meisten Pläne werden Leistungen Dritter in Anspruch genommen. Diese gegenwärtige Lage stellt die gesamte Beteiligungslehre vor eine heikle Herausforderung. Angesichts dieser Situation erscheinen nahezu alle Delikte als Delikte mit notwendiger Mitwirkung, zumal im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts. Nachfolgend wird der Versuch unternommen, die herkömmliche Definition einer kritischen Überprüfung zu unterziehen und die rechtsfolgenorientierte Annahme zu vertreten.

B. Abstecken des Problembereichs

I. Konvergenz- und Begegnungsdelikte

Unter „notwendiger Teilnahme“ versteht man gemeinhin die Erscheinung, dass ein Straftatbestand zu seiner Erfüllung notwendigerweise das Zusammenwirken mehrerer Personen erfordert. Die Unterscheidung zwischen Konvergenz- und Begegnungsdelikten nach der Bewegungsrichtung der Beteiligten bildet das heute einhellig anerkannte begriffliche Fundament für die Erörterung des Problemkreises der „notwendigen Teilnahme“. Aber ob diese Unterscheidung ihre Aufgabe, nämlich den Fragebereich präzise abzustecken, zu erfüllen vermag und inwiefern dies zur Behandlung der notwendigen Teilnahme beizutragen vermag, bleibt zu erörtern.

Nach der Formulierung von Freudenthal sind bei der notwendigen Teilnahme „Willensbestätigungen mehrerer Personen“¹³ erforderlich und dementsprechend bezieht sich „Begegnung“ eigentlich auf diese „verschiedene[n] Willensbestätigungen“, wie in einem Vertragsabschluss.¹⁴ Ersichtlich sind diese Definitionen stark geprägt von der subjektiven Theorie, nach der die Willensbestätigung der Beteiligten eine entscheidende Rolle für die Zurechnung spielt. Terminologische Kontinuität in der späteren Literatur bedeutet jedoch weder Anschluss an die originäre Bedeutung noch Einmütigkeit über Definitionen. Infolge der später fast einhelligen Ablehnung

¹³ Freudenthal, Teilnahme, S. 1.

¹⁴ Freudenthal, Teilnahme, S. 3.