

Skript zur Vorlesung Strafrecht AT

§ 36: Unechte Unterlassungsdelikte

I. Allgemeines

Fall 1: Auf einer Urlaubsfahrt ans Meer gerät A mit seiner Ehefrau F in Streit. Nachdem sie bereits beschlossen hatten, sich scheiden zu lassen, bemerkt A bei einem Strandspaziergang, dass die badende F wegen des hohen Wellengangs zu ertrinken droht. A hält die Situation für einen Wink des Schicksals und bleibt untätig; F stirbt.

§§ 212, 13 StGB

I. oTb:

1. Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs (+)

2. Unterlassen (zwei Prüfungsschritte)

a) der zur (effektiven) Erfolgsabwendung objektiv geeigneten und

b) dem konkreten Täter („physisch-real“) möglichen Handlung (vgl. BGH NStZ 1997, 545).

Beachte: Ob der Täter um die mögliche Rettungshandlung wusste, ist eine Frage des Vorsatzes, der erst im subjektiven Tatbestand nachzugehen ist (SK-Rudolphi/Stein Vor § 13 Rn. 33 ff.; Schönke/Schröder-Stree/Bosch Vor § 13 Rn. 142/143).

3. (hypothetischer) Kausalzusammenhang

- hM: Erfolg konnte mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert werden (BGHSt 7, 211 [214]; 37, 106 [126]; BGH NStZ 1987, 505; Kühl § 18/36).
- MM: Kausalzusammenhang nicht erforderlich; es genügt die reelle Möglichkeit, die Gefahr abzuwenden oder zu vermindern (Otto § 9/101; Stratenwerth Gallas-FS 227 ff.).
- *Beachte:* Die vorgestellte Problematik entspricht dem Problem des *pflichtgemäßen Alternativverhaltens* im Rahmen der Zurechnung beim fahrlässigen Begehungsdelikt; dieser Punkt wird bei Unterlassungsdelikten bereits im Rahmen der Kausalität geprüft, da hier eine Erfolgsabwendung eben nur unter dem Gesichtspunkt eines aktiven Tuns in Betracht kommt. Dabei entspricht der Ansatz der MM der **Risikoerhöhungslehre** (vgl. hier im Skript, § 33 4 c), nur dass es beim Unterlassen – umgekehrt – und die konkrete Wahrscheinlichkeit einer *Risikoverringerung* geht.

4. Garantenstellung:

§ 13 StGB: Unterlassen der Verhinderung einer Deliktstatbestandsverwirklichung (= Abwendung eines Erfolgs) ist nur strafbar, wenn der Täter *rechtlich* dafür einzustehen ist, dass der Deliktstatbestand nicht verwirklicht wird (= der Erfolg nicht eintritt) und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des Tatbestandes durch Begehen entspricht.

- *Handlungsäquivalenz* (durch Verletzung der Garantenpflicht)
- *Modalitätenäquivalenz* (Entsprechungsklausel)

Garantenstellungen:

a) **Formelle Rechtspflichtlehre** (vgl. RGSt 74, 309; BGHSt 2, 150; 19, 167; Baumann/Weber/Mitsch § 15/44 ff., 52 ff.)

- Gesetz,
- Vertrag,

- freiwilliger Übernahme,
- enger Lebensgemeinschaft
- und Gefahrschaffung (Ingerenz).

b) Funktionenlehre (*Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 283 ff.; *SK-Rudolphi/Stein* § 13 Rn. 23 ff.)

- Beschützergarantenstellung
- Überwachergarantenstellung

c) Materielle Rechtspflichtlehre (grundlegend *Jakobs* 29/26 ff.; *ders.*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassung, 1996, 19 ff., 30 ff.):

- Garantpflichten kraft Risikoherrschaft (Überwachergarant)
- Garantpflichten kraft institutioneller Fürsorge (Beschützergarant)

- **Garantenstellungen kraft Risikoherrschaft (Organisation)**

- ⇒ **Pflichten aufgrund der Beherrschung von Gefahrenquellen**, zB Betrieb von gefährlichen Anlagen, Tiere und Kraftfahrzeugen, Verkehrssicherungspflichten (BGHSt 19, 286; BGH NJW 1975, 108; *Jescheck/Weigend* § 59 IV 4 b).
- ⇒ **Pflichten aufgrund vorangegangenen gefährlichen Tuns, sog. „Ingerenz“** (ganz hM, BGHSt 38, 356 [358]; BGH NStZ 1992, 31 NStZ 1998, 83; abl. *Schünemann* GA 1974, 231 ff.). Zur Ingerenzhaftung durch das Inverkehrbringen von Produkten, deren bestimmungsgemäße Verwendung mit Gesundheitsgefahren verbunden ist vgl. BGHSt 37, 106 (Lederspray); *Hilgendorf* NStZ 1994, 561; *Kuhlen* JZ 1994, 1142; *Puppe* JZ 1994, 1147.

- **Garantenstellungen kraft institutioneller Fürsorge (Institution)**

- ⇒ **Pflichten aus natürlicher Verbundenheit**, Eltern-Kind-Verhältnis (BGHSt 19, 167; *Rudolphi* NStZ 1984, 149 [152 f.]), Geschwister (*Jescheck/Weigend* § 59 IV 3 a; a.A. *Jakobs* 29/62).
- ⇒ **Pflichten aus enger Gemeinschaftsbeziehung**, zB Ehe, Vormund, eingetragene Lebenspartnerschaft (RGSt 71, 187 [189]; BGHSt 2, 150 [153 f.])
- ⇒ **Pflichten kraft (tatsächlicher) Übernahme von Schutzfunktionen**, zB Arzt/Patient, Hebamme, Badewärter, Bergführer (BGHSt 7, 211 [212]; BGH NJW 1979, 1258 f.; OLG Düsseldorf NStZ 1991, 531; *Kühl* § 18/65,70ff.); nicht: Zufallsgemeinschaften von Drogenkonsumenten (OLG Stuttgart NJW 1981, 182 f.) oder Zechern (BGH NStZ 1983, 454)
- ⇒ **aus (bestimmten) öffentlichen Ämtern**, z.B. Beamte der Schutzpolizei bzgl. der Rechtsgüter des Einzelnen oder der Allgemeinheit sowie zur Verhinderung von Straftaten (BGHSt 38, 388 ff. mit Anm. *Bergmann* StV 1993, 518 f.; *Laubenthal* JuS 1993, 907 ff.; *Mitsch* NStZ 1993, 384 f.; *Rudolphi* JR 1995, 167 f.; *Jakobs* 29/76 ff.)

Ob die Verantwortlichen eines Unternehmens eine Garantspflicht zur Verhinderung von Straftaten der Mitarbeiter haben, ist umstritten:

- Dies wird teils mit der Begründung bejaht, die Verantwortlichen hätten die Möglichkeit, derartige Taten zu verhindern (vgl. *Bottke*, Haftung aus Nichtverhinderung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, 1994, 25 ff.; *Rogall* ZStW 98 [1986], 573 [617 f.]; *Schünemann* wistra 1982, 41 [43 ff.]).
- Teils wird dies mit dem Argument, das Arbeitsverhältnis begründe nur ein Weisungsrecht, nicht aber eine Herrschaft über Personen, abgelehnt (vgl. *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, 116 ff.; *Hsü*, Garantstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seines Angestellten?, 1986, 241 ff.; diff. *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996, 33 f., 36, 38, 40 f.).

In **Fall 1**: Garantenstellungen aus enger Gemeinschaftsbeziehung? Bloß geplante Scheidung unbeachtlich, daher (+); anders, wenn Ehe bereits so zerrüttet, dass keiner der Partner mehr Anlass hat, auf die Hilfe durch den anderen zu vertrauen (BGH NStZ 2004, 30 f.).

5. Objektive Zurechnung (Eigenverantwortlichkeit der F?) (+)

6. Modalitätenäquivalenz (hier: reines Erfolgsdelikt)

II. sTB: Vorsatz (einschl. tatsächlicher Voraussetzungen der Garantenstellung)

III. RW

IV. Schuld: Gebotsirrtum (-), Zumutbarkeit (+)

Ergebnis: §§ 212, 13 (+)

II. Einzelfragen

1. Anforderungen der Garantenstellung aus Ingerenz:

Fall 2: Auf dem Heimweg nachts um 3 Uhr wird A von B, der mit einem Messer bewaffnet ist und ihm seine Wertgegenstände wegnehmen will, überfallen. A gelingt es, den B mit einem herumliegenden Stein niederzuschlagen. Anschließend lässt er den am Kopf schwer verletzten B liegen, ohne sich um medizinische Hilfe zu kümmern. Wenig später kommt C vorbei, der die Schwere der Verletzung erkennt; er bemüht sich jedoch ebenfalls nicht um Hilfe. B stirbt, hätte aber bei sofortiger Hilfe durch A oder C gerettet werden können.

Strafbarkeit des C:

I. §§ 212, 13 (-), da keine Garantenstellung

II. § 323c (+)

Strafbarkeit des A:

I. § 212:

1. oTb und sTB (+)

2. RW: § 32 (+)

II. §§ 212, 13:

I. oTb:

1. Erfolg, Rettungshandlung, Kausalität (+)

2. **Garantenstellung aus Ingerenz?**

⇒ hM: *nur bei Schaffung eines unerlaubten Risikos* (BGHSt 23, 327 f.; 43, 381 [396 f.]; LK-Weigend § 13 Rn. 42ff.; Rudolphi JR 1987, 162 ff.). Daher haftet ein Gastwirt nicht für die Folgen des Ausschanks von Alkohol, soweit er nicht ersichtlich Betrunkene (§ 20 Nr. 2 GaststättenG) bedient (vgl. BGHSt 26, 35 [37 f.]).

⇒ MM: auch bei erlaubt riskantem Verhalten (*Arzt JA 1980, 712 ff.*; *Freund, JuS 1990, 213 [216]*; *Herzberg JZ 1986, 986 ff.*; *Seelmann GA 1989, 241 [255]*);

⇒ diff. Meinung: Auch bei rechtmäßiger Eröffnung einer Gefahrenquelle für beliebige Dritte, nicht bei Eingriffsrechten gegenüber Opfer, namentlich: Notwehr (*Jakobs 29/39 ff.*; *Maiwald JuS 1981, 473 [482 f.]; Otto NJW 1974, 528 ff.*).

III. § 323c (+)

Fall 3: M bemerkt, dass seine Ehefrau E einen Betrug zu Lasten der Nachbarin N plant. Er unternimmt jedoch nichts, um E von ihrem (später auch realisierten) Vorhaben abzubringen.

§§ 263, 13 (–), da keine Überwacher-, sondern lediglich eine **Beschützergarantenstellung** des M besteht: Abwehr aller Gefahren, die für E *bestehen*, nicht umgekehrt solcher Risiken, die von E *ausgehen*.

2. Irrtum über die Garantenstellung:

Fall 4: Vater V, ein sportlich durchtrainierter Schwimmer, sieht am Strand, wie eine Frau ins offene Meer abgetrieben und daher über kurz oder lang ertrinken wird. V erkennt jedoch nicht, dass es sich dabei um seine Ehegattin handelt. Weil er sich mit seiner Familie verabredet hat und nicht unpünktlich sein will, unternimmt er nichts zur Rettung des ertrinkenden Opfers.

Subjektive Zurechnung: Irrtum über Garantenstellung

- Hier: Fehlvorstellung bzgl. der **tatsächlichen Voraussetzungen** der Garantenstellung, nämlich der engen Gemeinschaftsbeziehung zum Opfer, welche eine Handlungspflicht des V erst begründet; daher Eingreifen des § 16 Abs. 1 StGB, Tatbestandsirrtum.

Abwandlung: V erkennt in dem ertrinkenden Opfer zutreffend seine Ehefrau, glaubt aber wegen der geplanten Scheidung nicht mehr zur Rettung verpflichtet zu sein.

Subjektive Zurechnung: Irrtum über Garantenstellung

- Hier: Fehlvorstellung bzgl. des **Bestehens einer Handlungspflicht**. Die tatsächlichen Voraussetzungen der Garantenstellung werden zutreffend erkannt, es werden nur – wertungsmäßig – die falschen Schlüsse hieraus gezogen. Daher: § 17 StGB, Verbotsirrtum (vgl. BGHSt 16, 155)

3. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts:

Fall 5: Mutter M beschließt, ihr Kind verhungern zu lassen.

- Sie lässt die nächste Mahlzeit aus.
- Nach der dritten ausgelassenen Mahlzeit beginnt das Kind ernstlich zu leiden.
- Nach zwei Tagen kann der Tod des fast verhungerten Kindes gerade noch verhindert werden.

a) Versuchsbeginn:

- h.M.: Versuch beginnt, wenn der Garant untätig bleibt, obgleich die Gefahr akut wird (Schönke/Schröder-Eser § 22 Rn. 50; Jescheck/Weigend § 60 II 2; Kühl § 18/148; Otto § 18/45).
- Mindermeinungen:
 - Versuchsbeginn bereits mit dem Verstreichenlassen der *ersten* Möglichkeit zur gebotenen Erfolgsabwendung (Herzberg MDR 1973, 89 ff.; Lönnes NJW 1962, 1950). *Kritik:* Beim Auslassen der ersten Rettungsmöglichkeit muss noch nicht unbedingt eine – strafrechtlich

relevante – Entscheidung des Täters gegen das Rechtsgut getroffen sein, insbesondere wenn weiteres Zuwarten die Rettungschancen nicht signifikant verschlechtert. Außerdem rückt das Unterlassensdelikt mangels konkret eingetretener Gefährdung damit stark in die Nähe einer Gesinnungsstrafbarkeit (*Kühl* § 18/146).

- Versuchsbeginn erst mit dem Verstreichenlassen der *letzten* Rettungschance (*Armin Kaufmann*, Unterlassensdelikte [1959], 210 ff.; *Welzel* 221). *Kritik*: Bei diesem Ansatz wird der Versuchsbereich stark verkürzt, so dass dem Täter faktisch die Möglichkeit eines Rücktritts genommen wird. Außerdem wird der Opferschutz vor Handlungen, die das Rechtsgut bereits konkret gefährden, bedenklich eingeschränkt.

Fall 6: Mutter M sieht, wie ihr kleines Kind von Jugendlichen in den Rhein gestoßen wird. Da es ihr lästig geworden ist, will sie es zunächst nicht retten. Doch dann stellt sich Reue ein, sie zieht das schon bewusstlose Kind aus dem Wasser und beatmet es; es überlebt.

b) Rücktritt:

- In **Fall 6** handelt es sich um den tauglichen Versuch einer Einzel(Neben-)täterin; folglich kommt ein Rücktritt nur nach § 24 Abs. 1 S. 1 StGB in Betracht. Jedoch kann vom unechten Unterlassensdelikt strafbefreiend nur dann zurückgetreten werden, wenn der Erfolg durch aktives Tun abgewendet wird; ein Rücktritt durch bloße „Tataufgabe“ i.S. von S. 1 Alt. 1 ist, da die Pflichtwidrigkeit ja gerade in einem Nichtstun liegt, nicht denkbar. Folglich wird beim Unterlassensdelikt die Unterscheidung zwischen unbeendeten und beendeten Versuch von der h.M für entbehrlich gehalten.
- Eine a.A. hingegen nimmt eine Differenzierung dergestalt vor, dass von einem unbeendeten Versuch dann auszugehen sei, wenn die Erfolgsabwendung nach Vorstellung des Täters noch durch Nachholung der **ursprünglich gebotenen Handlung** erfolgen kann; ein beendeter Versuch wäre hingegen dann gegeben, wenn der Täter eine Erfolgsabwendung nur noch mit **anderen (riskanteren) Maßnahmen** für möglich hält.
Als Konsequenz o.g. Differenzierung soll bei einem unbeendeten Versuch ein Rücktritt des Täters auch dann möglich sein, wenn der Erfolg trotz erfolgter Gegenaktivität eintritt, während in der beendeten Variante der Täter unbedingt für die Tatbestandsverwirklichung einzustehen hat (näher Schönke/Schröder-*Eser* § 24 Rn. 30; *Jescheck/Weigend* § 60 II 3; krit. *Küper* ZStW 112 [2000], 1 ff.).