

§ 25: Das vorsätzliche Unterlassungsdelikt (Teil 2)

b) Überwachergaranten

Überwachergaranten haben Rechtsgüter Dritter vor Schäden zu bewahren, die sich aus einer von ihnen beherrschten und zu verantwortenden Gefahrenquelle ergeben können (*Kindhäuser* AT § 36 Rn. 56).

aa) Vorangegangenes, gefährdendes Tun (Ingerenz)

Nach h.M. (BGHSt 38, 356, 358; *Kindhäuser* AT § 36 Rn. 64 ff.) kann sich auch aus einem gefährlichen Vorverhalten einer Person dessen rechtliche Einstandspflicht ergeben, daraus erwachsende Schädigungen Dritter abzuwenden. BGH NStZ 2013, 578 verlangt hierbei die nahe Gefahr des tatbestandsmäßigen Erfolgseintritts. Eine Mindermeinung (*Lampe* ZStW 1960, 106; *Schünemann* GA 1974, 231; [zurückhaltender] *ders.* ZStW 1984, 309) will dagegen eine solche Garantenstellung aus Ingerenz nicht anerkennen.

- ⊕ Die Ableitung einer allgemeinen Handlungspflicht aus einem irgendwie gearteten Vorverhalten führt zur Unvorhersehbarkeit der Strafbarkeit und verstößt daher gegen die Garantiefunktion des Tatbestands (Art. 103 II GG).

- ⊖ Rspr. und Lehre haben Kriterien für eine Garantenstellung aus Ingerenz entwickelt, die die Voraussetzungen ihrer Entstehung und damit der Strafbarkeit hinreichend deutlich machen. Es droht daher keine konturenlose Weite einer „allgemeinen Handlungspflicht“.
- ⊖ Praktisches Bedürfnis für eine entsprechende Garantenstellung, da der sonst nur einschlägige § 323c StGB keine angemessene Bestrafung erlaubt.
- ⊕ Dem Ingerenten fehlt es an der „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“, denn der Entstehungsgrund dieser Garantenstellung liegt allein in der Vergangenheit. Der Ingerent hat den Kausalverlauf aus seiner Herrschaft entlassen. Er besitzt somit keine Herrschaft über das Geschehen mehr und hat nur eine solche durch die Abwendungsmöglichkeit gekennzeichnete potenzielle Herrschaft über das Geschehen wie jedermann.
- ⊖ Eine gänzliche Verneinung der Garantenstellung aus Ingerenz kann daraus schon deshalb nicht abgeleitet werden, weil Fälle denkbar sind, in denen die Gefahrenlage noch innerhalb des Herrschaftsbereichs des Ingerenten weiterwirkt (z.B. A leint einen Hund nicht an, der über einen Passanten herfällt. Unterlässt der Hundebesitzer das Zurückrufen des Hundes, hält er die Herrschaft über den Kausalverlauf weiterhin in der Hand).
- ⊖ Die Ablehnung der Ingerenzgarantenstellung führt zu einem Wertungswiderspruch: Es ist nicht einzusehen, weshalb man einer Verursachung einer Gefahr für fremde Rechtsgüter grds. vorbeugen muss, während man nach Begründung einer solchen Gefahr ihrer Realisierung zum tatbestandsmäßigen Erfolg nicht vorbeugen müssen soll.

Roxin AT II § 32 Rn. 151 hält die Ingerenz mit dem Garantenherrschaftsmodell *Schünemanns* für generell vereinbar: Bei normativer Betrachtung gehört die beherrschbare Weiterentwicklung eines zu überwachenden Gefahrenherdes zum Herrschaftsbereich des Verantwortlichen hinzu.

Erkennt man mit der h.M. eine Garantenstellung aus Ingerenz an, stellt sich die umstrittene Anschlussfrage, wie das Vorverhalten einer Person beschaffen sein muss, um seine Handlungspflicht auszulösen.

- Eine teilweise vertretene Ansicht (*Freund* JuS 1990, 213, 216; *Herzberg* JZ 1986, 986 ff.; *Seelmann* GA 1989, 241, 255) möchte jedes gefahrerhöhende – auch noch erlaubte – Verhalten ausreichen lassen, um eine Ingerenzgarantenstellung zu begründen.
 - ⊕ Nach dem allgemeinen Verantwortungsgefühl will man für schädliche Folgen seines eigenen Verhaltens unabhängig von dessen Pflichtwidrigkeit einstehen.
 - ⊕ Jeder hat sein Verhalten stets so zu organisieren, dass von diesem keine Schädigungen Dritter ausgehen.
 - ⊖ Zu starke Ausdehnung der Verantwortlichkeit, wenn jedes Vorverhalten genügt, um die strenge Strafdrohung unechter Unterlassungsdelikte auszulösen.
 - ⊖ Wertungswiderspruch, dass ein Verhalten auf der einen Seite erlaubt ist, dasselbe Verhalten andererseits aber zum Anknüpfungspunkt einer erhöhten strafrechtlichen Haftung gemacht wird.

- ⊖ Wertungswiderspruch, dass eine in Notwehr handelnde Person bei ihrer Verteidigung in die Schranken der Erforderlichkeit verwiesen wird (vgl. § 32 II StGB), er aber nach der erforderlichen Verletzung des Angreifers keine Maßnahmen zu dessen Rettung einleiten muss.
- ⊖ Konsequenz der Mindermeinung wäre ferner, dass der Angreifer den Verteidiger in eine Ingerenzgarantenstellung drängen und damit eine höhere strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen könnte, als sie den umstehenden und untätigen Passanten trifft, der allein aus § 323c StGB bestraft werden könnte. Vor dem Hintergrund des Rechtsbewährungsprinzips, wonach der Notwehr Übende auch aktueller Verteidiger des Rechts gegen das Unrecht ist, ist dies unhaltbar.
- Nach h.M. (BGHSt 43, 381, 396 f.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1022 f.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 160 ff.; *Sch/Sch/Stree/Bosch* § 13 Rn. 35; *SK/Rudolphi/Stein* § 13 Rn. 38) kann dagegen nur ein pflichtwidriges Vorverhalten eine entsprechende Garantienstellung auslösen. Dabei muss die Pflichtwidrigkeit in der Verletzung einer Norm bestehen, die gerade dem Schutz des betreffenden Rechtsguts dient (*Sch/Sch/Stree/Bosch* § 13 Rn. 35a; *Roxin* AT II § 32 Rn. 171).

Bsp. zur Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens (nach BGHSt 25, 218): *A fuhr mit seinem Wagen in erlaubter Geschwindigkeit den in gleicher Richtung gehenden, erheblich angetrunkenen O an und verletzte ihn schwer. Dass A irgendwie schuldhaft zu diesem Unfall beigetragen hat, ist nicht erwiesen. A hielt an, lief zurück, sah jedoch niemanden. Obwohl er damit rechnete, einen Menschen angefahren und schwer verletzt zu haben, setzte er seine Fahrt fort. O lag bewusstlos auf der Fahrbahn, wo er einige Zeit danach von*

einem Lastkraftwagen überfahren und tödlich verletzt wurde. – Der BGH hat hier zu Recht eine Garantenstellung aus Ingerenz abgelehnt.

Bsp. nach BGHSt 4, 20 (vgl. auch BGHSt 20, 152): *Wirt W schenkt dem noch zurechnungsfähigen, aber bereits fahruntüchtigen Gast G auch weiterhin Alkohol aus, obwohl W wusste, dass G noch mit dem Wagen nach Hause fahren will. Auf dem Heimweg überfährt der G den X und verletzt diesen tödlich.* – § 20 GastG (i.V.m. § 1 LGastG-BW) lautet: „Verboten ist [...] 2. in Ausübung eines Gewerbes alkoholische Getränke an erkennbar Betrunkene zu verabreichen.“ – Hier will der BGH zu Recht eine Garantenstellung nur dann annehmen, wenn der Gast erkennbar unzurechnungsfähig ist.

Bsp. vereinfacht nach BGH NStZ 2000, 414: *A und O gerieten in einer Gaststätte in Streit. Erboost verließ O das Lokal, holte ein Messer und lauerte A auf. Im Laufe der nun folgenden Auseinandersetzung gelang es A, das Messer zu ergreifen. A fügte O daraufhin drei tiefe Stichverletzungen am Oberschenkel zu, unter denen sich die später zum Tode führende Schlagaderverletzung befand. In diesem Moment des Kampfes musste sich A noch gegen den Angriff des O wehren und damit rechnen, dass dieser die Absicht hatte, ihm das Messer wieder zu entwenden und es dann gegen ihn (den A) zu richten. Das änderte sich, nachdem A die ersten Stiche gesetzt hatte. Infolge der ihm zugefügten Verletzung schwand die Angriffskraft des O und es gelang A, seinen Gegner auf dem Boden zu fixieren. Obwohl A erkannte, dass er O überwältigt hatte und von diesem keine Gefahr mehr ausging, stach er vier weitere Mal auf O ein. Als A bewusst wurde, dass er „etwas Schlimmes getan“ hatte, sprang er auf und rannte zu seinem Wagen. Dabei nahm er den Tod des O durch Verbluten billigend in Kauf. O wurde ins Krankenhaus eingeliefert und verstarb infolge der erhaltenen Verletzungen.* – Hier muss festgestellt werden, ob die weiteren vier Stiche mitursächlich für den

Tod des O waren. Bezüglich der ersten drei Stiche war A gerechtfertigt. Daher konnten sie laut BGH auch keine Ingerenz begründen.

Bsp. nach Sch/Sch/Stree/Bosch, § 13 Rn. 35a: *Dieb D bricht in die Wohnung des A ein. Auf der Suche nach dem Einbrecher stürzt A die Treppe hinab und verletzt sich schwer. Erschrocken flüchtet D, anstatt dem A zur Hilfe zu kommen. A verstirbt deshalb.* – Die missachtete Vorschrift dient nicht dem Rechtsgutschutz vor Verletzungen der vorliegenden Art.

Ein Sonderproblem ergibt sich innerhalb der h.M., die ein pflichtwidriges Vorverhalten verlangt, wenn sich das pflichtwidrige Verhalten nicht im tatbestandsmäßigen Erfolg niederschlägt und es somit am Zurechnungszusammenhang fehlt.

Bsp. (nach BGHSt 34, 82 mit Anm. Rudolphi JZ 1987, 161): *A fuhr mit seinem Wagen nachts mit einer Geschwindigkeit von ca. 120 km/h (statt der erlaubten 100 km/h) den mit dem Rad in dieselbe Richtung fahrenden O an und schleuderte ihn zur Seite. O befand sich im Zeitpunkt des Zusammenstoßes auf der rechten Fahrbahnhälfte im Bereich des Mittelstreifens. Es konnte nicht ausgeschlossen werden, dass O im Moment der Wahrnehmung durch A weiter rechts gefahren ist und kurz vor dem Zusammenstoß ein bis zwei Meter nach links in die Fahrbahn einschwenkte. Nach dem Unfall schaute A sich um und bemerkte den stark blutenden O. Er stieg wieder in sein Fahrzeug und fuhr nach Hause. O verstarb etwa zweieinhalb Stunden nach dem Unfall infolge Verblutens. Bei sofortiger ärztlicher Hilfe wäre ein Überleben des Verletzten nicht ausgeschlossen gewesen.*

Im vorliegenden Fall hat sich A durch das Anfahren des O nicht wegen fahrlässiger Tötung nach § 222 StGB strafbar gemacht. Denn er hat sich zwar pflichtwidrig verhalten, indem er zu schnell fuhr. Er hätte jedoch den Unfall auch bei Einhaltung der vorgeschriebenen Höchstgeschwindigkeit weder durch eine Vollbremsung noch durch ein kräftiges Lenken nach links vermeiden können. Es fehlt somit am erforderlichen Pflichtwidrigkeitszusammenhang, wenn A auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten den O verletzt hätte (h.M.).

- Im Hinblick auf das Unterlassen der Rettung hat der BGH eine Strafbarkeit des A aus §§ 212, 22, 13 StGB wegen versuchten Totschlags bejaht. Die erforderliche Garantenstellung begründet der BGH aus Ingerenz, da sich A objektiv pflichtwidrig verhalten hat. Das Fehlen des Zurechnungszusammenhangs stehe dem nicht entgegen. Ausreichend sei, dass das verkehrswidrige Verhalten in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Unfall stand (BGHSt 34, 82, 84).
 - ⊖ Anders als bei § 222 StGB geht es hier nicht um die Frage der Zurechnung eines Erfolgs, sondern um die Begründung einer Handlungspflicht.
 - ⊖ Der Verzicht auf den Pflichtwidrigkeitszusammenhang gibt das Erfordernis eines pflichtwidrigen Vorverhaltens in der Sache auf und läuft auf eine unzulässige Zufallshaftung aufgrund einer einmaligen Pflichtwidrigkeit (versari in re illicita) hinaus.
 - ⊖ Der BGH führt hier die Risikoerhöhungslehre, die er selbst sonst zutreffend ablehnt, in der Sache durch die Hintertür wieder ein: Während die bloße Risikoerhöhung den Zurechnungszu-

sammenhang noch nicht begründet, wird zur Begründung einer Garantenstellung in der Sache an eben diese Risikoerhöhung angeknüpft.

- Die h.L. (Roxin AT II § 32 Rn. 170; SK/Rudolphi/Stein § 13 Rn. 40; LK/Weigend § 13 Rn. 47; Kindhäuser § 36 Rn. 71) lehnt eine Garantenstellung aus Ingerenz bei Fehlen des Zurechnungszusammenhangs daher ab.

Problematisch ist die Annahme einer Garantenstellung aus Ingerenz auch, wenn sich erst aus einer Rückschau ergibt, dass das Verhalten des Täters „pflichtwidrig“ war.

Bsp. (vereinfacht nach BGHSt 37, 106 – Lederspray-/Erdal-Fall mit Anm. Kuhlen NStZ 1990, 566): *Die Firma W & M-GmbH stellte Lederpflegesprays her. Ab Herbst 1980 gingen bei der Firma Meldungen ein, in denen von Gesundheitsschäden bei Verwendern des Sprays berichtet wurde. Wegen Atembeschwerden, Husten, Übelkeit, Schüttelfrost und Fieber mussten die Betroffenen ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen, bedurften oftmals stationärer Krankenhausbehandlung und kamen in nicht seltenen Fällen wegen ihres lebensbedrohlichen Zustands zunächst auf die Intensivstation. Die ersten Schadensmeldungen lösten firmeninterne Untersuchungen aus. Fabrikationsfehler ergaben sich dabei nicht. Festgestellt wurde nur, dass bei einem Spray der Wirkstoffanteil des Silikonöls erhöht worden war. Diese Rezepturänderung wurde daraufhin rückgängig gemacht. Gleichwohl folgten weitere Schadensmeldungen. Fachgespräche mit Toxikologen brachten keine Klärung. Als sich herausstellte, dass kürzlich der Lieferant der zur Produktion verwendeten Fluorkarbonharze gewechselt wurde, wurden diese Stoffe wieder vom vormaligen Lieferanten bezogen. Die Schadensmeldungen setzten sich jedoch fort. Im Mai 1981 fand eine Sondersitzung sämtlicher Geschäftsführer der W & M-GmbH statt. Sie vereinbarten, eine externe Institution mit weiteren Untersu-*

chungen zu beauftragen und Warnhinweise auf allen Spraydosen anzubringen. Einigkeit bestand auch darüber, dass die Anordnung eines Vertriebsstopps, einer Rückruf- oder auch Warnaktion nur dann in Betracht zu ziehen sei, falls die noch ausstehenden Untersuchungen einen „echten Produktfehler“ oder ein „nachweisbares Verbraucherrisiko“ ergeben sollten. In der Folgezeit kam es zu weiteren Gesundheitsschäden nach der Verwendung von Ledersprays. Auch bei den neuerlichen Untersuchungen gelang es nicht, eine bestimmte Substanz als schadensauslösend zu identifizieren.

- Bis zur Sondersitzung kommt eine Strafbarkeit der Geschäftsführer wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen (des Rückrufs) gem. §§ 229, 13 StGB in Betracht. Problematisch ist dabei zunächst der Nachweis der (Quasi-)Kausalität, da die schadensauslösende Substanz nicht ermittelt werden konnte. Ein naturalistisch auf eine bestimmte Substanz bezogener Kausalitätsnachweis ist jedoch nicht erforderlich. Ausreichend ist, wenn andere Schadensquellen ausgeschlossen werden können, so dass das Gericht die Ursächlichkeit des Sprays als bewiesen ansieht. Problematisch ist weiterhin die Garantenstellung der Geschäftsführer. Der BGH hat im vorliegenden Fall ihre Garantenstellung aus Ingerenz bejaht. Das fragliche Vorverhalten sah es in dem Inverkehrbringen des Sprays. Dieses sei pflichtwidrig gewesen, weil es gegen das allgemeine Verbot verstoßen habe, eine Gefahr für Dritte zu schaffen (BGHSt 37, 106, 114).

- ⊖ Die Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens kann nicht aus deren allein ex post festgestellter Gefährlichkeit abgeleitet werden. Denn eine Rechtspflicht soll den Normadressaten zu einem bestimmten Verhalten motivieren. Dieser Zweck kann nur erreicht werden – und damit kann ein

Verhalten nur dann objektiv pflichtwidrig sein –, wenn es im Moment seiner Vornahme mit einer objektiv erkennbaren, rechtlich missbilligten Risikoschaffung verbunden ist.

- ⊖ Das Erfordernis eines pflichtwidrigen Vorverhaltens wird daher in der Sache aufgegeben, wenn sich die Pflichtwidrigkeit auch erst aus einer ex post-Perspektive ergeben kann.
- *Kuhlen* NSTZ 1990, 566, 568 sieht das Inverkehrbringen von Produkten als eine generell gefährliche Tätigkeit an und knüpft schon daran zur Begründung einer Garantenstellung an.
 - ⊕ Der Hersteller hat wegen seines Überblicks und seiner Sachkenntnis eine erheblich größere Wirkungschance als Dritte, so dass seine rechtliche Sonderverantwortung im Sinne eines effektiven Rechtsgüterschutzes geboten ist.
 - ⊕ Gegenüber dem *quivis ex populo* steht der Hersteller in einer herausgehobenen Verantwortung für „sein“ Produkt, so dass es gerechtfertigt ist, ihn besonders in die Pflicht zu nehmen.
- Nach *Schünemann* wistra 1982, 41, 44 erlischt die Garantenstellung aus Oberherrschaft über gefährliche Produkte mit Austritt der Sache aus dem Einflussbereich des Herstellers.
 - ⊕ Hat der Hersteller das Produkt an den Großhändler verkauft, hat er keine rechtliche Handhabe mehr, diesen zu einem bestimmten Verhalten im Hinblick auf das Produkt zu veranlassen. Es fehlt ihm mithin an der Herrschaft über den Grund des Erfolgs.
 - ⊖ Dem Hersteller ist es nach wie vor möglich, sich in einer Warnung bzw. einer Rückrufaktion rein tatsächlich an die Öffentlichkeit zu wenden.

- Ergänzend sei bemerkt, dass der BGH ab dem Zeitpunkt der Sondersitzung eine Haftung der Geschäftsführer wegen des Herstellens und Inverkehrbringens weiterer Spraydosen aus § 223 StGB (d.h. durch aktives Tun und mit bedingtem Vorsatz) bejaht hat.

→ Einen erweiterten Überblick bieten auch die Problemfelder *Garantenstellung aus Ingerenz*:

<http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/ingerenz/>

bb) Garantenpflicht zur Überwachung von Gefahrenquellen (und Verkehrssicherungspflichten)

Es besteht die Verkehrspflicht zur Überwachung gegenständlicher Gefahrenquellen, die innerhalb des eigenen Herrschaftsbereichs einer Person liegen. Diese Person hat die Gefahrenquelle so zu kontrollieren und zu sichern, dass sie Dritte nicht schädigt (*Kindhäuser* AT § 36 Rn. 59; *Fischer* StGB § 13 Rn. 60 ff.; *Kühl* AT § 18 Rn. 106). Dies gilt ohne Rücksicht auf die Freiwilligkeit der Übernahme der Obhut und unabhängig von der Pflichtwidrigkeit eines vorangegangenen Tuns.

- Garant ist, wer als Mieter die Streupflicht übernimmt.
- Eine Pflicht des Wohnungsinhabers zur Verhinderung von Straftaten in seinen Räumlichkeiten besteht nur dann, wenn die Wohnung nicht nur Schauplatz des Geschehens ist, sondern durch ihre Eigenart den Angriff des Täters erleichtert (BGHSt 30, 391; s. auch BGH NSTz 2010, 221).
- Den Fahrer eines Kfz treffen die Verkehrssicherungspflichten des Halters, wenn ihm das Kfz anvertraut ist.

(1) Garantenpflicht bei Selbstgefährdung

Bsp. (vereinfacht nach BGH NSTz 2012, 319 – sog. „Cleanmagic-Fall“): *Der T und die O waren seit Längerem ein Paar. Da der T fortwährend Drogen zu sich nahm und auf der Suche nach einer „legalen“ Beschaffungsalternative war, kam er auf einen im Internet freiverkäuflichen Felgenreiniger („Cleanmagic“). In diversen Internetforen fand er schließlich heraus, dass gewisse chemische Substanzen in diesem Reiniger in einer dezenten Dosis durch orale Aufnahme zu einem „angenehmen High“ verhalfen. So tranken er und seine Freunde regelmäßig diesen Felgenreiniger und versetzten sich so in einen Rausch. Die O hingegen verweigerte stets die Einnahme des Felgenreinigers, wohnte den „Sessions“ jedoch regelmäßig bei. Als sich der T schließlich von der O wegen der Verlobung mit einer Dritten trennte, kam sie wegen ihrer tiefen Liebe nicht mit der Situation klar. Nach einem Streit mit der Verlobten verbrachten der T und die O ein paar Tage in Trier, wo die O über ein Zimmer in einer WG verfügte. Dort versuchte die O den T zu einer Fortführung der Beziehung zu bewegen, was jedoch keine Früchte trug. Die O – die noch nie Suizidgedanken hegte – entdeckte schließlich den auf ihrem Wohnzimmertisch befindlichen Felgenreiniger und trank im Beisein des T spontan aus Verzweiflung die gesamte Flasche, wobei der T sie unbeeindruckt nicht davon abhielt. Während die O nunmehr röchelnd am Boden lag, rief der T keinen Notarzt, sondern recherchierte in den nämlichen Internetforen teilnahmslos nach Lösungsvorschlägen für eine Überdosis. Nach einer gewissen Zeit forderte er die O auf, sich mittels Finger selbst zum Erbrechen zu bringen. Dies tat zwar die O, jedoch verstarb sie an den Folgen einer chemischen Vergiftung, wobei eine zeitige Hinzuziehung von Rettungskräften mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der O das Leben gerettet hätte.*

Der BGH hat hier eine Strafbarkeit des T wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212, 13 StGB angenommen.

- Zunächst ist hier zu problematisieren, ob einer Strafbarkeit des T nicht das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit entgegensteht. In dem Trinken der O könnte eine grds. straflose eigenverantwortliche Selbstgefährdung bzw. Selbsttötung zu sehen sein. Dies hat der BGH hier mangels ernst gemeinter und freiverantwortlicher Entscheidung der O, sich selbst zu töten, verneint. Denn aus dem spontanen Trinken des Reinigers in der Anwesenheit des T ist nur der Schluss zu ziehen, dass die O dies tat, um auf sich aufmerksam zu machen. Ferner spreche gegen einen Selbsttötungsentschluss der Umstand, dass die O der Aufforderung zum Erbrechen Folge leistete, wenn auch vergebens (s. auch die Abgrenzungskriterien auf KK 115 ff. sowie den Streitstand zur Abgrenzung positives Tun/Unterlassen).
- Hauptproblem des Falles ist hier die Garantenpflicht des T. Ausgehend von obigen allgemeinen Grundsätzen ist die Nichtabwendung einer Gefahr aus der vom Garanten eröffneten Gefahrenquelle dann strafbar, wenn eine naheliegende Möglichkeit begründet wurde, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können. Durch das Abstellen der Flasche im Zimmer der O hat der T eine erhebliche Gefahrenquelle geschaffen, wobei durch das frühere Anbieten des Konsums auch die naheliegende Möglichkeit bestand, dass die O davon trinken würde. Zwar könnte man diese Begründung des BGH in Zweifel ziehen, da die O den Konsum auch stets abgelehnt hatte, jedoch ändert dies nichts am Ergebnis, da jedenfalls eine naheliegende Möglichkeit wegen der psychischen Verfassung der O um die Verlobung und ihre „Hörigkeit“ bestand. *(Anm.: Der BGH nennt in diesem Zusammen-*

hang auch das Stichwort Ingerenz, wobei dann lediglich obige zusätzliche Probleme zu erörtern wären; das Hauptproblem mit der „naheliegenden Möglichkeit“ ist hingegen identisch).

- Eine Handlungspflicht für den T wurde in dem Moment begründet, in dem er wahrnahm, dass die O tatsächlich davon trank. Da er aufgrund seiner exakten Internetrecherche um die rasche Wirkung sowie die besondere Gefährlichkeit nebst der Dosierung wusste und erkannte, dass die O eine erhebliche Menge getrunken hatte und nicht sogleich erbrach, hätte er unverzüglich einen Notarzt rufen müssen, was er jedoch nicht tat. Bedenken gegen die Quasi-Kausalität bestanden nicht.

In einer neueren – sehr ähnlich gelagerten – Entscheidung nahm der BGH (NJW 2016, 176) zunächst eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung durch den Konsum einer unverdünnt giftigen Betäubungsmittelsubstanz an. Diese wurde dem Konsumenten mit dem Hinweis bereitgestellt, dass der unverdünnte Genuss lebensgefährlich sei. Sodann bejahte der BGH auch in diesem Fall eine Unterlassensstrafbarkeit wegen Totschlags (§§ 212, 13 StGB), indem der die Substanz Bereitstellende keine medizinische Hilfe anforderte, als er merkte, dass der Konsument starke Atemaussetzer hatte. Eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung lasse die Garantienpflicht dann nicht entfallen, wenn sich das allein auf Selbstgefährdung angelegte Geschehen erwartungswidrig in Richtung des Rechtsgutsverlusts entwickele.

(2) Funktionsnachfolge des Ingerenten

Problematisch ist die Funktionsnachfolge des Ingerenten. Dabei geht es um die Frage, ob auch eine durch Ingerenz begründete Garantenstellung vom Nachfolger des Ingerenten übernommen werden kann.

- Bsp.: *Amtswalter A erteilt eine rechtswidrige Genehmigung. Anschließend wechselt A in eine andere Position und seinen früheren Posten bekleidet nun Amtswalter B. Ist B kraft persönlicher Nachfolge in die Ingerenz-Garantenstellung des A zur Rücknahme der Genehmigung verpflichtet?*
 - ⊖ Allein durch eine Stellennachfolge übernimmt der Nachfolger noch nicht automatisch die Verantwortung für das vorangegangene gefährliche Tun seines Vorgängers.
 - ⊖ Der Haftung des Nachfolgers steht entgegen, dass der Garant aus Ingerenz für eigenverantwortlich begründete Gefahren haftet, deren Verwirklichung er abwenden kann.
 - ⊕ Die Genehmigungserteilung wird der Behörde zugerechnet. Die Behörde ist zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes verpflichtet. Die Verpflichtung kann dem Nachfolger B im Wege einer „behördlichen Betrachtungsweise“ überbürdet werden.

Ob eine solche Überbürdung möglich ist, ist streitig (vgl. *Lackner/Kühl* Vor § 324 Rn. 11). Jedenfalls muss B – unabhängig vom Fehlverhalten seines Vorgängers – kraft eigener Stellung gegen den rechtswidrigen Zustand vorgehen. Denn dazu ist er „auf Posten gestellt“ (StA Mannheim NJW 1976, 585, 587). Es besteht eine primäre Zuständigkeit der (Umwelt-)Verwaltungsbehörden für die ihnen anvertrauten (ökologischen) Schutzgüter, die mit entsprechenden Handlungsbefugnissen ausgestattet ist. Hierauf verlässt sich die Allgemeinheit.

cc) Pflicht zur Beaufsichtigung Dritter

Ferner besteht für bestimmte Personen eine Aufsichtspflicht für sog. Untergebene.

Bsp.:

- Pflicht eines Amtsträgers zur Beaufsichtigung von Untergebenen und bestimmten anderen Amtsträgern (vgl. § 357 StGB).
- Pflicht des Soldaten zur Beaufsichtigung Untergebener (vgl. § 41 WStGB).

Eine Erweiterung dieser Fallgruppe wird im Hinblick auf eine Pflicht des Unternehmensinhabers zur Verhinderung von Straftaten der Mitarbeiter diskutiert:

Bsp.: Der Unternehmensinhaber U hört ein Gespräch seines Angestellten A mit dem Kunden K mit, in dem dem K die Unfallfreiheit eines Gebrauchtwagens versicherte. Wie U und A wussten, handelt es sich bei dem Wagen jedoch um einen Unfallwagen. A und K vereinbaren einen über dem unfallbedingten Minderwert des Wagens liegenden Kaufpreis. – A begeht einen Betrug (§ 263 StGB). Fraglich ist, ob U einen Betrug durch Untertassen (§§ 263, 13 StGB) beging. Das würde eine Aufklärungspflicht von U gegenüber K voraussetzen.

Eine Garantenpflicht ergibt sich nicht schon aus dem Kaufvertrag. Aus einem Vertrag erwachsen regelmäßig keine Sonderpflichten zum Schutz des Vermögens des Vertragspartners (Sch/Sch/Perron § 263 Rn. 22).

Fraglich ist, ob und inwieweit U als Unternehmensinhaber eine Überwachungspflicht zur Abwendung von Straftaten durch seine Mitarbeiter trifft (sog. Geschäftsherrenhaftung).

- Teilweise (*SK/Rudolphi/Stein* § 13 Rn. 35a) wird der Unternehmensinhaber nur dann in eine gesteigerte Verantwortung genommen, wenn sein Unternehmen eine besondere Gefahrenquelle für die Allgemeinheit darstellt (z.B. Herstellung von Waffen).
 - ⊖ Eigenverantwortlichkeitsprinzip: Der Arbeitnehmer ist eine erwachsene und vernünftige Person, so dass zunächst nur er für sein Handeln verantwortlich sein kann.
 - ⊖ Dem Arbeitgeber kommt gegenüber seinem Mitarbeiter nur ein Weisungsrecht, aber keine Herrschaft über dessen Person zu.
 - ⊕ Im Rahmen der betriebsbezogenen Betätigung wird der Angestellte im Interesse des Unternehmensleiters tätig und nutzt dabei die ihm vom Geschäftsinhaber eingeräumten Handlungsmöglichkeiten.
 - ⊕ Durch die Eingliederung in die Betriebsorganisation wird der Angestellte zum Teil des Unternehmens, für das der Unternehmensinhaber stets und nicht bei besonderen Gefahren verantwortlich ist.
- Nach h.M. (*Lackner/Kühl* § 13 Rn. 14; *Kindhäuser* AT § 36 Rn. 63; *Hellmann/Beckemper* Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 951) trifft den Unternehmensleiter eine Pflicht zur Verhinderung aller Straftaten, die der Angestellte bei der Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben begeht.
- Nach *Schünemann* wistra 1982, 41, 44 f. kommt es darauf an, ob eine durch weisungsgebundenes Handeln für einen Betrieb vorgenommene „Verbandstat“ vorliegt.

- ⊕ Soweit der Untergebene das Direktionsrecht des Geschäftsherrn respektieren würde, übt das Leitungsorgan kraft seiner Befehlsgewalt die Herrschaft über den Grund des Erfolgs aus und es ist deshalb gerechtfertigt, von einer Aufsichts-Garantenstellung infolge der Befehlsgewalt zu sprechen. Keine Herrschaft über den Grund des Erfolgs liegt dagegen vor, wenn der Untergebene eine individuelle Entscheidung trifft.

5. Entsprechungsklausel (§ 13 I Hs. 2 StGB)

§ 13 I StGB verlangt neben der Garantenstellung als zweites Gleichstellungskriterium, dass das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch ein Tun entsprechen muss.

Bei reinen Erfolgsdelikten kommt der Entsprechungsklausel letztlich keine Bedeutung zu. Denn bei ihnen folgt die Entsprechung bereits aus dem Umstand, dass das Gesetz allein auf den Eintritt eines Erfolgs abhebt und nicht auf die Art und Weise seiner Herbeiführung (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1028).

Eigenständige Bedeutung hat die Entsprechungsklausel daher nur bei sog. verhaltensgebundenen Delikten, bei denen die Art der Erfolgsverursachung näher beschrieben wird, wie z.B. bei § 211 II 2. Gruppe StGB („heimtückisch“, „grausam“, „gemeingefährlich“). Hier müssen die geforderten Modalitäten also auch beim Unterlassungsdelikt vorliegen, d.h. das Unterlassen muss einen dem aktiven Tun vergleichbaren Charakter haben (*Sch/Sch/Stree/Bosch* § 13 Rn. 4; *NK/Wohlens* § 13 Rn. 19).

III. Vorsatz beim Unterlassen

Die Formel, Vorsatz bedeute Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung, passt bei Unterlassungsdelikten nur sinngemäß, denn es fehlt bei ihnen an einem vom Verwirklichungswillen getragenen aktiven Tun. Zum Vorsatz gehört bei Unterlassungsdelikten der Wille zum Untätigsein in Kenntnis aller obj. Tatbestandsmerkmale und in dem Bewusstsein, dass die Abwendung des drohenden Erfolgs möglich ist (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1030).

Zu beachten ist, dass es sich beim Merkmal der Garantenstellung um ein normatives Tatbestandsmerkmal handelt. Für Vorsatz ist daher sowohl die Kenntnis der tatsächlichen Umstände und auch ihrer sozialen Bedeutung erforderlich (*Stratenwerth/Kuhlen* § 13 Rn. 72 f.).

Der Irrtum über die Garantenstellung ist ein Tatbestandsirrtum ist, derjenige über die Garantenpflicht ein Verbotsirrtum (vgl. BGHSt 16, 55; *Kindhäuser* AT § 36 Rn. 30 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1030).

Bsp.:

- Irrtum über die Garantenstellung: Der Vater V erkennt nicht, dass es sich bei dem ertrinkenden Jungen J um seinen Sohn handelt.
- Irrtum über die Garantenpflicht: Der Vater V erkennt zwar, dass es bei dem ertrinkenden Jungen J um seinen Sohn handelt, meint aber, er sei ihm gegenüber deshalb nicht mehr zur Hilfeleistung verpflichtet, weil dieser schon volljährig sei.

IV. Rechtswidrigkeit bei unechten Unterlassungsdelikten

Bei Unterlassungsdelikten gelten die allgemeinen Rechtfertigungsgründe.

Zu beachten gilt nur die Besonderheit der sog. echten, rechtfertigenden Pflichtenkollision, bei der zwei zumindest gleichwertige Handlungspflichten kollidieren. Hier rechtfertigt die Wahrnehmung einer gleichrangigen Pflicht die Verletzung der anderen.

- Bsp.: *Der Hausarzt wird zu zwei Patienten gerufen, die beide sofortiger Hilfe bedürfen und von denen er deshalb nur einen retten kann.*

Vgl. auch ausführlich zur rechtfertigenden Pflichtenkollision KK 259 ff.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *widersprechende Handlungspflichten*: <http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/pflichtenkollision/kollision/>

V. Schuld bei unechten Unterlassungsdelikten

Auch bei der Schuld gelten zunächst die allgemeinen Grundsätze zur Schuld des Täters. Besonderheiten ergeben sich nur in zwei Punkten.

1. Gebotsirrtum

Während sich bei den Begehungsdelikten das Unrechtsbewusstsein auf das rechtliche Verbot eines Tuns bezieht, ist es im Bereich der Unterlassungsdelikte auf das rechtliche Gebot, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, bezogen. Der Täter muss wissen, dass er die betreffende Handlung von Rechts wegen nicht unterlassen darf. Ein Gebotsirrtum, der wie der parallel liegende Verbotsirrtum bei Begehungsdelikten nach § 17 StGB zu behandeln ist, liegt vor, wenn der Täter sich über seine Handlungspflicht irrt: Er verkennt die Gebotsnorm, aus der sich die materielle Rechtswidrigkeit seines Untätigbleibens ergibt.

2. Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens

Es ist allgemein anerkannt, dass eine Strafbarkeit des Unterlassens immer unter dem Vorbehalt der Zumutbarkeit des normgemäßen Verhaltens steht (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1040 m.w.N.). Diese Rechtsfigur ist indes nur bei restriktiver Interpretation zu billigen. Die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens wird nur in seltensten Ausnahmefällen anzunehmen sein.

Bsp. (nach BGH NStZ 1984, 164): *Die F unterließ die Anzeige ihres Ehemanns M, nachdem sie bemerkt hatte, dass dieser mit ihren beiden minderjährigen Töchtern aus erster Ehe wiederholt geschlechtlich verkehrte.* Der BGH bejahte hier die Zumutbarkeit einer Anzeige.

a) Echte Unterlassungsdelikte

Bei einzelnen echten Unterlassungsdelikten lässt die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens schon die Handlungspflicht und damit den Tatbestand entfallen.

So folgt bereits aus dem Wortlaut des § 323c StGB, dass niemand eine ernstliche Selbstgefährdung oder eine andere beträchtliche Einbuße hinnehmen muss, um seiner Hilfespflicht zu genügen.

b) Unechte Unterlassungsdelikte

Bei den unechten Unterlassungsdelikten hingegen wird die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens überwiegend dem Schuldbereich zugeordnet (BGHSt 6, 46, 57; Roxin AT II § 31 Rn. 233).

VI. Strafe bei unechten Unterlassungsdelikten

§ 13 II StGB sieht eine fakultative Strafmilderung nach § 49 I StGB vor. Grund dafür ist die Erwägung, dass der Schuldgehalt des Unterlassens geringer ist als der des aktiven Tuns. Denn zur Realisierung eines Verbrechensentschlusses durch aktives Tun ist eine größere verbrecherische Energie nötig, als einem Geschehensablauf „nur“ untätig zuzusehen, der sich auf den Erfolg zubewegt. Zur (analogen) Anwendbarkeit des § 13 II StGB auf Pflichtdelikte vgl. BGH NStZ 1990, 77.

VII. Exkurs: Versuch und Unterlassen

Auch ein Unterlassungsdelikt kann selbstverständlich im Versuchsstadium steckenbleiben.

Bsp.: Zwei Züge fahren aufeinander zu. Der erste Zug passiert zunächst die Weiche 1 und kurz vor der Kollision der Züge die Weiche 2. An jeder der Weichen könnte der Zug umgeleitet und damit ein Zusammenstoß vermieden werden. Bahnwärter W verlässt in Kenntnis der Sachlage das Bahnwärterhäuschen, von wo er die Weiche allein umstellen kann, zu einem Moment, in dem sich der erste Zug zwischen Weiche 1 und Weiche 2 befindet. Eine Kollision der Züge kann durch die Aufmerksamkeit der Lokführer in letzter Sekunde verhindert werden.

Bsp. (vereinfacht nach BGHSt 38, 356): Des Nachts trafen A und B den O am Bahnhof und traktierten diesen mit Schlägen und Tritten. Danach suchten A und B zunächst das Weite. Auf der Bahnhofstreppe äußerte A dann den Entschluss O zur Vermeidung einer drohenden Strafverfolgung zu töten. B befürchtete ebenfalls, durch den O überführt zu werden. Er griff in das folgende Geschehen nicht ein, weil er damit einverstanden war, dass O starb. A und B kehrten auf den Bahnsteig zurück, wo O bewusstlos lag. A warf O auf das Gleisbett, um ihn von einem S-Bahn-Zug überfahren zu lassen. Er forderte nun B auf, auch hinunterzuspringen und mit anzufassen. Dazu war B auch bereit und sprang hinunter. Er fasste O aber nicht mehr an, da A inzwischen schon allein den O so auf das Gleis gelegt hatte, dass er von einem Zug überfahren werden konnte. A und B rechneten damit, dass noch Züge verkehrten und verließen den Bahnhof. Der auf dem Bahnsteig laufende Passant P sah O und versuchte vergeblich, ihn auf den Bahnsteig zu heben. P lief dem einlaufenden S-Bahn-Zug entgegen und signalisierte dem Fahrer anzuhalten. Dem S-Bahn-Führer gelang die Bremsung, so dass O gerettet werden konnte.

Für den Versuch des Unterlassungsdelikts gilt die allgemeine Regel des § 22 StGB, wonach ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandverwirklichung erforderlich ist. Zur Konkretisierung des unmittelbaren Ansetzens kommen beim Unterlassungsdelikt mehrere Anknüpfungspunkte in Betracht.

- Denkbar wäre zunächst den Versuchsbeginn in dem Zeitpunkt anzunehmen, in dem der Garant die erste zur Erfolgsabwendung taugliche Maßnahme unterlässt (*Fischer* StGB § 22 Rn. 33). Im o.g. Zugbeispiel wäre dies in dem Moment der Fall, in dem der erste Zug die Weiche 1 passiert.
 - ⊕ Der Versuch beginnt, wenn sich das tatbestandsmäßige Verhalten unmittelbar anschließt. Das tatbestandsmäßige Verhalten besteht hier im Unterlassen und wenn der Täter die erste Rettungsmöglichkeit nicht nutzt, unterlässt er schon.
 - ⊖ Versuchsbeginn wird zu weit vorverlagert: Ist erst die erste Rettungsmöglichkeit verstrichen, erscheint das Tatobjekt regelmäßig noch nicht unmittelbar gefährdet.
 - ⊖ Man gelangt so zu einer strengeren Haftung gegenüber den im Unwertgehalt parallel liegenden Begehungsdelikten, bei denen das Tatobjekt bei Versuchsbeginn regelmäßig bereits unmittelbar gefährdet erscheint.
- Man könnte dagegen die Meinung vertreten, der Versuchsbeginn liege in dem Augenblick, in dem der Garant die letzte zur Erfolgsabwendung taugliche Maßnahme ungenutzt verstreichen lässt (*Welzel* Das Deutsche Strafrecht [11. Aufl. 1969] S. 221). Im o.g. Zugbeispiel wäre dies in dem Moment der Fall, in dem der erste Zug die Weiche 2 passiert.

- ⊕ In diesem Zeitpunkt muss der Täter spätestens handeln, wenn seine Rettungsmaßnahme ihr Ziel noch erreichen soll.
 - ⊖ Versuchsbeginn wird zeitlich zu weit nach hinten verlagert: Ein Rücktritt vom Unterlassungsversuch wäre nicht mehr denkbar.
 - ⊖ Überhaupt lässt diese Ansicht für einen Unterlassungsversuch nur einen engen Raum: der Unterlassungsversuch wäre nur noch als untauglicher oder fehlgeschlagener Versuch denkbar.
- Die heute h.M. (*Roxin AT II § 29 Rn. 286; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 1044; Lackner/Kühl § 22 Rn. 17*) nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein: Danach beginnt der Versuch des Unterlassungsdelikts spätestens, wenn das Tatobjekt unmittelbar gefährdet erscheint. Vergibt der Täter zuvor aber die Möglichkeit eines rettenden Eingriffs und gibt das Geschehen „aus der Hand“, so liegt darin bereits das unmittelbare Ansetzen zum Unterlassungsdelikt. Die h.M. sieht den Versuchsbeginn im o.g. Zug-Beispiel daher in dem Moment, in dem der Bahnwärter sein Häuschen verlässt.
- Siehe hierzu auch das Problemfeld *unmittelbares Ansetzen beim unechten Unterlassungsdelikt*: <http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/versuch/unmittelb-ansetzen/unecht-unterl/>

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Warum ist die Ingerenzgarantenstellung ein Fremdkörper im Kanon der herkömmlichen Garantenstellung?
- II. Welche Argumente sind gegen eine sog. Geschäftsherrenhaftung anzuführen?
- III. Reicht erst eine im Nachhinein festgestellte Pflichtwidrigkeit aus, um eine Garantenstellung zu begründen?
- IV. Der A sieht sich wegen der eingegangenen Ehe auch nach Jahren des Getrenntlebens als Garant und unterlässt in einer Notsituation eine Hilfe; Strafbarkeit?

Lernhinweis **Multiple-Choice-Test:**

Wenn Sie ihr Wissen und ihren Lernfortschritt spielerisch überprüfen möchten, versuchen Sie sich doch einmal am Multiple-Choice-Test auf unserer Homepage. Zum nun behandelten Lernfeld Unterlassen finden Sie dort 12 am Vorlesungsstoff orientierte Fragen mit unterschiedlichem Schwierigkeitsgrad und kommentierten Lösungen zum Durchklicken und Punktesammeln. <http://strafrecht-online.org/mct-unterlassen>