

§ 25: Das vorsätzliche Unterlassungsdelikt (Teil 1)

I. Begriff, Einteilung und Abgrenzung

Nach geltendem Recht kann sich ein Täter nicht nur deshalb strafbar machen, weil er eine bestimmte Handlung (positiv) vorgenommen hat, sondern auch deshalb, weil er eine bestimmte Handlung (negativ) nicht vorgenommen hat.


1. Der Begriff des Unterlassens

Bei Unterlassungsdelikten schreitet der Täter gegen eine drohende Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung nicht ein. Das schlichte Untätigbleiben stellt jedoch noch kein Unterlassen im Rechtssinne dar. (Straf-)Rechtlich relevantes Unterlassen liegt nur dort vor, wo der Täter rechtlich verpflichtet war, eine bestimmte Handlung vorzunehmen.

2. Einteilung der Unterlassungsdelikte

Im Rahmen der Unterlassungsdelikte können zwei strukturell verschiedene Gruppen von Unterlassungsstraftaten unterschieden werden.

a) **Echte Unterlassungsdelikte**


 Bei echten Unterlassungsdelikten ist das konkrete Delikt so gefasst, dass allein ein Unterlassen tatbestandsmäßig ist.

Echte Unterlassungsdelikte sind Tätigkeits- und keine Erfolgsdelikte. Maßgeblich ist allein das Unterlassen des rechtlich gebotenen, aktiven Tuns (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1153), nicht der Erfolg. Echte Unterlassungsdelikte begründen eine Rechtspflicht zum Tätigwerden in sich selbst. Normadressat und damit tauglicher Täter echter Unterlassungsdelikte ist jeder Bürger, der zur Vornahme der gebotenen Handlung in der Lage ist.

Bsp.:

- Nichtanzeige geplanter Straftaten gem. § 138 StGB
- Unterlassen der Hilfeleistung gem. § 323c StGB
- Verweilen gem. § 123 I Alt. 2 StGB

b) **Unechte Unterlassungsdelikte**

 Unechte Unterlassungsdelikte sind dagegen solche Tatbestände, deren Verwirklichung grds. auch durch aktives Tun denkbar (und sogar der Regelfall) ist, die aber unter den zusätzlichen Voraussetzungen von § 13 StGB auch durch Unterlassen verwirklicht werden können.

Zum Tatbestand gehört hier nicht lediglich das Unterlassen einer gebotenen Handlung, sondern darüber hinaus auch der Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs. Unechte Unterlassungsdelikte sind somit Erfolgsdelikte. Bei unechten Unterlassungsdelikten folgt die Rechtspflicht zum Einschreiten nicht aus dem BT-Tatbestand selbst, sondern erst § 13 StGB begründet die Handlungspflicht. Der Kreis der tauglichen Täter ist hier durch § 13 StGB auf Personen begrenzt, die dafür einzustehen haben, dass der Erfolg nicht eintritt (sog. Garanten).

– Bsp.: Totschlag durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I StGB

Eines Rückgriffs auf § 13 StGB bedarf es nach überwiegender Meinung konstruktiv bei sog. Pflichtdelikten nicht (Sch/Sch/*Bosch* § 13 Rn. 1a). Bei ihnen hat das Gesetz die Fälle des Unterlassens tatbestandlich mitvertyp. Ein Pflichtdelikt ist z.B. § 266 StGB. Voraussetzung einer Strafbarkeit ist dort die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht. Der Begriff der Pflicht ist aber allgemein gefasst und je nach Situation kann sie dadurch verletzt werden, dass ein Täter in einer bestimmten Weise tätig wird oder eben auch gerade dadurch, dass er nicht tätig wird und es unterlässt, einen Nachteil vom fremden Vermögen abzuwenden.

3. Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen

Auf den ersten Blick scheinen sich aktives Tun und Unterlassen problemlos unterscheiden zu lassen. Wer auf jemanden schießt, handelt unzweifelhaft aktiv. Ebenso unzweifelhaft ist es, dass derjenige unterlässt, der dem Ertrinkenden nur zusieht. Es gibt jedoch Fälle, in denen nicht sogleich klar ist, ob dem Täter ein Handeln oder ein Unterlassen anzulasten ist:

Bsp. 1 (nach RGSt 63, 392): *Radfahrer R fährt abends ohne Licht, sieht daher den Fußgänger F nicht und verletzt ihn durch das Anfahren.*

Bsp. 2 (nach RGSt 63, 211): *Fabrikant F gibt an seine Arbeiterinnen nicht desinfizierte Ziegenhaare aus, wodurch mehrere Arbeiterinnen versterben.*

Bsp. 3 (nach BGH NStZ 2003, 657): *Weil sich der Chirurg C keinen Kontrolluntersuchungen unterzogen hat, blieb eine Hepatitis-B-Erkrankung unentdeckt. C steckte zwölf Patienten bei Operationen an.*

Bsp. 4: *T zieht das in den Brunnenschacht geworfene Rettungsseil wieder hoch, bevor es den Hilfesuchenden O am Grund des Brunnens erreicht hat.*

Bsp. 5 (nach BGHSt 40, 257): *Arzt A schaltet das Gerät ab, das ein irreversibel bewusstloses Unfallopfer am Leben hält.*

Bsp. 6 (nach BGHSt 55, 191): *Tochter T schneidet den Schlauch der Magensonde ihrer im Wachkoma liegenden Mutter durch, was deren früher geäußertem Willen entsprach.*

Die h.M. (BGHSt 6, 46, 59; 40, 257, 265 f.; Sch/Sch/Bosch Vor § 13 ff. Rn. 158a; Rengier AT § 48 Rn. 10; Wesels/Beulke/Satzger AT Rn. 1160) will die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen durch eine **wertende Betrachtung** lösen. Maßgeblich soll sein, wo nach normativer Betrachtung und bei Berücksichtigung des sozialen Handlungssinnes der **Schwerpunkt** des strafrechtlich relevanten Verhaltens liegt.

- Das Abstellen auf den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit stellt einen Zirkelschluss dar: Denn der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit wird durch die Strafwürdigkeit eines Verhaltens wesentlich bestimmt. Gerade diese soll jedoch erst geprüft, nicht aber in einer undifferenzierten Gesamtwürdigung des Verhaltens aufgrund gefühlsmäßiger Wertung vorausgesetzt werden.
- Der „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ ist kein eindeutiges Kriterium und daher für die Abgrenzung viel zu vage und unbestimmt.

Verbreitet ist auch eine Auffassung (*Jescheck/Weigend* S. 603 f.; *SK/Stein* Vor § 13 Rn. 2; grds. auch *Otto* AT § 9 Rn. 2), die (mit unterschiedlichen Betonungen) für entscheidend hält, ob der Täter den Erfolg durch positiven **Energieeinsatz** verursacht hat oder ob er seine Energie gegenüber einem anderweitig in Gang gesetzten Kausalverlauf nicht eingesetzt hat.

Auf dieser Grundlage (Lehre vom positiven Energieeinsatz) lassen sich die genannten Beispielfälle wie folgt auflösen:

- Bsp. 1 und 2 (KK 593): Im Radfahrer- sowie im Ziegenhaarfall wird man jeweils ein Fahrlässigkeitsdelikt durch aktives Tun zu prüfen haben. Hier liegt mit dem Fahren ohne Licht bzw. der Ausgabe der verunreinigten Ziegenhaare jeweils ein positiver Energieeinsatz vor. Außerdem liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in diesem aktiven Tun, sodass auch auf dieser Grundlage ein aktives Tun zu bejahen ist.
- Bsp. 3 (KK 593): hier hat sich Chirurg C aus der gleichen Überlegung wegen aktiven Tuns zu verantworten.

- Bsp. 4 (KK 593): Im Brunnenfall geht es um den Abbruch einer fremden Rettungsbemühung. Die herrschende Meinung (*Kühl* AT § 18 Rn. 21; *Roxin* AT II § 31 Rn. 108 ff.) unterscheidet danach, ob die Rettungsmaßnahme den Gefährdeten bereits erreicht hat. Ab diesem Zeitpunkt verliere ein Rückziehen der Maßnahme den Charakter des Unterlassens. Da das Seil des T den O noch nicht erreicht hat, ist hier ein Unterlassen anzunehmen.
- Bsp. 5 (KK 593): Für die umstrittene Frage nach dem Vorliegen einer (strafbaren) aktiven oder (straflosen) passiven Sterbehilfe ist der BGH in BGHSt 55, 191 von seinem ursprünglichen Standpunkt abgerückt, dass das Abschalten lebensverlängernder Maschinen nicht als aktives Tun, sondern als normativ verstandenes Unterlassen zu bewerten sei. In BGHSt 40, 257, 265 hatte der BGH noch auf den sozialen Sinn des Verhaltens als „Unterlassen der (Weiter-)Behandlung“ abgestellt. Jetzt will er unterscheiden zwischen einer (strafbaren) lebensbeendenden Behandlung, „die außerhalb eines solchen Zusammenhangs mit einer medizinischen Behandlung einer Erkrankung vorgenommen“ wird, und einem gerechtfertigten Handeln, das „darauf beschränkt [bleibt], einen Zustand (wieder-)herzustellen, der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf lässt“.

Damit verliert die Frage, ob Tun oder Unterlassen seitens des Täters vorliegt, innerhalb dieses Problembereichs ihre Brisanz.

Ausführlich werden Fragen des ärztlichen Behandlungsabbruchs und der Sterbehilfe dann im Sommersemester in der Vorlesung Strafrecht BT behandelt werden.

- Einen erweiterten Überblick über den Meinungsstand bietet das Problemfeld *Abgrenzung Tun/Unterlassen*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/tun-unterl/>

II. Tatbestand der unechten Unterlassungsdelikte

I. Objektiver Tatbestand

1. Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs
2. Unterlassen der Rettungshandlung trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit.
3. (Quasi-)Kausalität
Die Vornahme der unterlassenen Handlung müsste mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Entfallen des (konkreten) Erfolgs geführt haben.
4. Objektive Zurechnung
5. Garantenstellung des Täters
6. Entsprechungsklausel gem. § 13 I StGB

II. Subjektiver Tatbestand

III. Rechtswidrigkeit

IV. Schuld


→ hier insbesondere: Zumutbarkeit des normgemäßen Verhaltens

1. Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs

Hinsichtlich der Prüfung des Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolgs bestehen keine Unterschiede im Vergleich zum Begehungsdelikt.

2. Unterlassen der Rettungshandlung

Gem. § 13 I StGB müsste der Täter zunächst die zur Erfolgsabwendung gebotene Rettungshandlung unterlassen haben.

 Unterlassen meint die Nichtvornahme dieser Handlung trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit. Geboten ist eine solche Rettungshandlung, die den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs möglichst effektiv abwenden würde (*Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 9).

Von ihm ist jedoch nur das zu fordern, was ihm in der Gefahrensituation physisch-real möglich ist (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1168). Hieran mangelt es beispielsweise

- bei fehlender Nähe zur Gefahrenstelle (Bsp.: *T geht in Freiburg spazieren, während O in Mannheim in den Rhein fällt*),
- bei individueller Unfähigkeit, die zur Rechtsguterhaltung allein sinnvolle Handlung vorzunehmen (Bsp.: *T ist Nichtschwimmer und kann den Ertrinkenden daher nicht retten*) oder

- beim Nichtvorhandensein der zur Rettung notwendigen Hilfsmittel (Bsp.: *Nichtschwimmer T verfügt über keinen Rettungsring, den er dem Ertrinkenden zuwerfen könnte*).

3. (Quasi-)Kausalität

Ob ein Unterlassen wie ein aktives Tun für einen Erfolg im strengsten Sinne kausal werden kann, ist seit jeher ungeklärt. Überwiegend (Kaufmann in: FS Schmidt [1962] S. 214) wird dies abgelehnt, da Kausalität als Seinskategorie eine tatsächliche Energiequelle erfordert, die fähig ist, einen Kraftaufwand zu erbringen. Hieran fehlt es aber gerade beim Unterlassen. Für die rechtliche Betrachtung ist indes nicht ein naturwissenschaftlicher, sondern ein normativer Kausalbegriff maßgebend. Die ganz h.M. (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1172; *Stratenwerth/Kuhlen* § 13 Rn. 53; *Roxin* AT II § 31 Rn. 37 ff. m.w.N.) geht dementsprechend von dem Erfordernis eines Bedingungs Zusammenhangs zwischen dem Nichtstun und dem Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs aus. Die *Conditio-Formel* kann aber nicht ohne Weiteres angewendet werden, da ein Unterlassen **nicht hinweg-**, sondern nur **hinzugedacht** werden kann (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1172). Daher wird die Formel modifiziert (BGHSt 6, 1, 2; 37, 106, 126). Man spricht auch von einer „Quasi-Kausalität“ bzw. „hypothetischen Kausalität“.



Das Unterlassen ist ursächlich, wenn durch die Vornahme der gebotenen Handlung der tatbestandliche Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre.

Modifiziert wird die Conditio-Formel also in zweierlei Hinsicht. Zum einen wird durch den Zusatz „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ verdeutlicht, dass man im Rahmen hypothetischer Kausalverläufe („Was wäre, wenn...“) niemals Gewissheit erlangen, sondern nur den Grad der Überzeugungsbildung festlegen kann (*Rengier* AT § 49 Rn. 13). Zum anderen wird bei der Definition teilweise auf das Merkmal des „konkreten Erfolgs“ verzichtet, um einer Ausuferung der Haftung für Unterlassen entgegenzuwirken. Zur Verdeutlichung das folgende Bsp. nach BGH JZ 1973, 173:

Ein Vater kann sich des hohen Verletzungsrisikos wegen nicht entschließen, seine Kinder aus dem brennenden Haus sechs Meter tief in die Arme von Helfenden zu werfen, wodurch diese in den Flammen umkommen.

Fraglich ist die Kausalität des Unterlassens. Das Unterlassen besteht vorliegend darin, die Kinder nicht aus dem Fenster geworfen zu haben. Würde man auf das Vermeiden des **Erfolgs in seiner konkreten Gestalt** (hier: Flammentod) abstellen, käme man selbst dann zur Ursächlichkeit des Unterlassens, wenn das Hinabwerfen der Kinder den sicheren Tod zur Folge gehabt hätte (bspw. weil sie sich im 18. Stock eines Hochhauses befanden). Das Werfen hätte in diesem Fall dann aber trotzdem den Erfolg in seiner konkreten Gestalt (hier: Flammentod) vermieden. Sinn der Erfolgsabwendungspflicht i.S.d. § 13 StGB kann es aber nicht sein, lediglich die eine Todesart (Flammentod) gegen eine andere (Fenstersturztod) auszuwechseln. Würde man nicht auf den konkreten Erfolg (Flammentod), sondern auf den **im Gesetz abstrakt umschriebenen Erfolg** (Tod im Allgemeinen) abstellen, wäre die Handlung des Vaters **nicht** kausal. Denkt man sich nämlich die gebotene Handlung (Wurf aus dem Fenster) hinzu, wäre der im Gesetz abstrakt umschriebene Erfolg (Tod im Allgemeinen) trotzdem eingetreten, und zwar in Gestalt des Fenstersturztods.

Es geht damit letztlich um die Frage, wie es sich zurechnungsmäßig auswirkt, dass der Täter in einer Gefahrensituation zwar den Erfolg in seiner konkreten Gestalt, nicht aber den im Gesetz abstrakt umschriebenen Erfolg verhindern kann (*Murmann* Grundkurs Strafrecht § 29 Rn. 26). Wie im Bereich des aktiven Tuns müssen auch hier nicht verwirklichte Ersatzursachen außer Betracht bleiben. Eine methodisch einwandfreie Lösung kann daher nicht über reine Kausalitätserwägungen, sondern nur mit Hilfe der Kriterien der objektiven Zurechnung sowie des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs erfolgen (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1173; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 19 f.). Daher gilt:

- Auch im Rahmen der Unterlassungskausalität bleibt es bei der Maßgeblichkeit des Erfolges in seiner konkreten Gestalt, der aber bei der objektiven Zurechnung Relevanz entfaltet. Obige Definition muss daher lauten:



- Das Unterlassen ist ursächlich, wenn durch die Vornahme der gebotenen Handlung der Erfolg in seiner konkreten Gestalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre.
- Neben der Ursächlichkeit sind aber wiederum die allgemeinen Kriterien der objektiven Zurechnung zu prüfen. So bedarf es der Beantwortung der Frage, ob der Erfolg gerade auf der Pflichtwidrigkeit des Unterlassens beruhte. Dieser Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist nur dann gegeben, wenn die Vornahme der gebotenen Rettungshandlung in der konkreten Gefahrensituation mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zur Erhaltung des gefährdeten Rechtsgutes geführt hätte. Im o.g. Beispielfall würde eine Bestrafung des Vaters demnach nicht an der fehlenden Kausalität seines Verhaltens scheitern, sondern vielmehr am Fehlen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs.

Zwar ist die Konkretetheit des Erfolges tatsächlich ein Fremdkörper in der csqn-Formel, da aber beim Unterlassen ohnehin lediglich eine „Quasi-Kausalität“ bestimmt werden kann, erscheint der Weg über die objektive Zurechnung vorzugswürdig.

Da es im Bereich der Unterlassungskausalität häufig zum Problem gerät, die Kausalität des Unterlassens mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festzustellen, wollen es einige Autoren ausreichen lassen, dass ein Einschreiten des Täters das Risiko der Tatbestandsverwirklichung verringert hätte (sog. Risikoverringungslehre, vgl. *Otto* AT § 9 Rn. 101; differenzierend *Roxin* AT II § 31 Rn. 54).

Bsp. nach BGH StV 1985, 229 mit Anm. Schünemann StV 1985, 229: A hatte seine Frau F geschlagen und ihr erhebliche Kopfverletzungen zugefügt. Obwohl er den besorgniserregenden Zustand der F erkannte, holte er keine Hilfe herbei. Vielmehr verließ er nach einer Stunde die Wohnung. Als er fortging, rechnete er damit, dass F sterben könne, und nahm dies billigend in Kauf. F verstarb an den erlittenen Verletzungen. Nach den Feststellungen des LG hätte für sie auch bei sofortiger Operation nur eine geringe Überlebenschance bestanden. Da sich hier nicht feststellen lässt, ob die unterbliebene Handlung den Erfolg verhindert hätte, liegt keine vollendete Tat vor; möglich bleibt lediglich die Verurteilung wegen Versuchs. Unter Anwendung der Risikoverringungslehre hätte eine sofortige Operation das Risiko des Todes jedoch verringert, so dass danach As Unterlassen kausal wäre.

Bsp. nach OLG Düsseldorf NStZ-RR 2001, 199: Die Sozialarbeiterin S beim Jugendamt wurde von der Vertrauenslehrerin V darüber informiert, dass sich die Schülerin T ihr anvertraut habe. T habe V offenbart, sie werde vom Freund F ihrer Mutter fortwährend sexuell missbraucht. T befand sich zur damaligen Zeit in psychisch schlechtem Zustand. Als die Sommerferien begannen, konnte V die T für diese Zeit nicht weiterbetreuen. V wandte sich daher an S, um weitergehende Hilfe zu erhalten. Daraufhin nahm

S jedoch nur einen Vermerk über das Gespräch zu den Akten. Nachdem T nach Ende der Sommerferien wieder missbraucht worden war, unternahm sie (T) einen Selbstmordversuch. Der infolgedessen angeklagte F wurde vom Vorwurf des sexuellen Missbrauchs von Kindern und der Vergewaltigung rechtskräftig freigesprochen, da T zwar tatsächlich missbraucht wurde, die Täterschaft des M jedoch ausgeschlossen werden konnte. Das OLG Düsseldorf sprach auch S vom Vorwurf der Verletzung der Fürsorgepflicht (§ 170d StGB a.F.) frei: Sämtliche Maßnahmen, die S im Rahmen ihrer Handlungspflichten hätte ergreifen können, hätten, da der von T benannte F als Sexualtäter ausschied, allenfalls zu einer Verminderung, jedoch nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einer Verhinderung der konkreten Gefahr für das Kindeswohl geführt. Mit der Risikoverringerungslehre würde man jedoch wiederum eine Kausalität bejahen können.

- ✚ Vermeidung von Strafbarkeitslücken, die entstehen würden, wenn der Täter auch bei 90%iger Rettungschance straffrei untätig bleiben könnte.
- Eine Strafbarkeit des bloßen Unterlassens der Risikoverringerung ist mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes unvereinbar und verbietet sich schon deshalb.
- Die Risikoverringerungslehre muss bei Unterlassungsdelikten auf den Kausalzusammenhang verzichten und die Quasi-Kausalität durch die unterlassene Risikominderung ersetzen. Bei Unterlassungsdelikten wirkt sie also strafbarkeitsausdehnend, während sie bei den Begehungsdelikten neben den Ursachenzusammenhang tritt und dort strafbarkeitseinschränkend wirkt. Vor dem Hintergrund der Geltung des in dubio-Grundsatzes kann der fehlende Nachweis der Quasi-Kausalität aber nicht durch den Nachweis einer unterlassenen Risikoverringerung ersetzt werden.

- Das Ausreichen des Unterlassens einer Risikoverringerung würde zu einer erheblich strengeren strafrechtlichen Haftung als bei den im Unwertgehalt parallel liegenden Begehungsdelikten führen.
- Einen erweiterten Überblick über den Meinungsstand bietet auch das Problemfeld *Quasi-Kausalität*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/quasikausalitaet/>

4. Garantenstellung

Gem. § 13 StGB ist weiterhin Voraussetzung, dass der Unterlassende Garant für die Abwendung des Erfolges ist, also aufgrund einer besonderen Pflichtenstellung „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt“.

Ursprünglich wurde für die Garantenstellung irgendeine Rechtspflicht zur Vornahme der unterlassenen Handlung verlangt, als deren Entstehungsgründe Gesetz oder Vertrag anerkannt wurden (*Feuerbach* Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts [14. Aufl. 1847] S. 24). Hinzu kamen als Gleichstellungsgrund das vorangegangene gefährliche Tun (sog. Ingerenz) sowie später die engen Lebensbeziehungen (vgl. RGSt 66, 71; 69, 321). Die Rspr. seit dem Dritten Reich ließ auch moralische Pflichten ausreichen, was zu einer Ausuferung der unechten Unterlassungsdelikte führte. Dem versuchte der Reformgesetzgeber 1975 mit Hilfe des § 13 StGB einen Riegel vorzuschieben, indem er die Erfordernisse des rechtlichen Einstehenmüssens sowie der Entsprechensklausel aufstellte.

Die o.g. überlieferte Einteilung der Garantenstellungen (sog. formelle Rechtspflichtlehre oder auch Rechtsquellenlehre, Baumann/Weber/Mitsch/Eisele/*Mitsch* § 21 Rn. 57) nennt lediglich mögliche Quellen einer Garantenstellung, sagt aber inhaltlich gerade nicht, was der (bei allen Quellen gleiche) Grund für die Entstehung einer Garantenstellung ist und vermag deshalb auch keine sachlichen Abgrenzungsmerkmale anzugeben. Die neuere Lehre (sog. materielle Rechtspflichtlehre, *Roxin* AT II § 32 Rn. 10 ff.) versucht deshalb, die Garantenpflichten nach materiellen Gesichtspunkten zu bestimmen.


- Im Anschluss an Kaufmann (Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte [1. Aufl. 1959] S. 283) wird verbreitet (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1175; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 9; *SK/Stein* § 13 Rn. 23 f.) zwischen Garantenpflichten differenziert, die in einer Schutzfunktion für ein bestimmtes Rechtsgut bestehen (**Beschützergaranten**), und anderen, bei denen dem Garanten die Überwachung einer Gefahrenquelle obliegt (**Überwachergaranten**).
- ✚ Die Unterscheidung fördert die Klarheit über die Reichweite einer Garantenpflicht.
- Die Differenzierung nennt jedoch ebenfalls nicht den Geltungsgrund der einzelnen Garantenstellungen.
- Letztlich ist die Unterscheidung auch nur formaler Natur. Das zeigt sich daran, dass sich die h.L. in der Anerkennung von weiteren, nicht aus einem gemeinsamen systematischen Grundprinzip abgeleiteten Garantenstellungen gehindert sieht.
- Ein streng materialisiertes und zugleich vorzugswürdigeres Konzept findet sich bei *Schünemann* ZStW 96 (1984), 287 (294) (zust. *Roxin* AT II § 32 Rn. 19; a.A. *Brammsen* Jura 1985, 543; *Sch/Sch/Bosch* § 13

Rn. 15), der den Garantenbegriff durch die „**Herrschaft über den Grund des Erfolges**“ definiert. Dieser Grund kann zum einen in der „Herrschaft über eine wesentliche Erfolgsursache“, aber zum anderen auch in der „Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsgutsobjekts“ begründet sein.

✚ Bei den Begehungsdelikten liegt der Grund der Strafbarkeit in der (Tat-)Herrschaft der Person über den Erfolg. Wenn § 13 StGB bestimmte Unterlassungen einer Begehungstat gleichstellt, muss dies durch ein ähnliches Kriterium geschehen, das der Tatherrschaft bei Begehungsdelikten nahesteht.

Die Abweichungen, die sich aus *Schünemanns* Ansatz gegenüber der h.L. ergeben, sind im Rahmen der einzelnen Garantenstellungen darzustellen.

a) Beschützergaranten

 Beschützergaranten haben ein bestimmtes Rechtsgut vor allen ihm aus beliebigen Quellen drohenden Verletzungen zu beschützen (*Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 56).

aa) Natürliche Verbundenheit

Eine Garantenstellung besteht nach h.M. zunächst innerhalb von rechtlich fundierten Verhältnissen enger natürlicher Verbundenheit (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1180), wobei die Reichweite der Schutzpflicht von Fall zu Fall unterschiedlich sein kann:

(1) Ehegatten (BGHSt 2, 150 [153 f.]), vgl. § 1353 BGB (eheliche Lebensgemeinschaft) und **eingetragene Lebenspartner**

Ehegatten und Lebenspartner sind grundsätzlich Beschützergaranten. Denn in aller Regel ist ihr Verhältnis so eng, dass sie auch darauf vertrauen können, bei Gefahren für ihre Rechtsgütern vom jeweils anderen geschützt zu werden. Umstritten ist dabei allerdings, wann die Garantenstellung endet. Eine kaum noch vertretene, rein formale Ansicht lässt die Garantenbeziehung erst mit rechtskräftiger Scheidung (§ 1564 S. 2 BGB) enden. Auf der Grundlage des materialen Ansatzes von *Schünemann* kann dem nicht gefolgt werden. Denn von einer Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsgutsobjektes kann nur dann ausgegangen werden, wenn bei den Ehegatten tatsächlich ein gegenseitiges Vertrauens- und Abhängigkeitsverhältnis besteht (so auch *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 76). So kann es bei getrenntlebenden Ehegatten etwa darauf ankommen, seit wann die Trennung besteht. Auch die Rechtsprechung berücksichtigt tatsächliche Elemente. So kann hiernach die Garantenpflicht unter Eheleuten auch dann enden, wenn die Ehe zerrüttet ist, bspw. wenn sich ein Ehegatte von dem anderen in der ernsthaften Absicht getrennt hat, die eheliche Lebensgemeinschaft nicht wiederherzustellen (BGH NJW 2003, 3212 [3214]).

(2) Verwandte gerader Linie (RGSt 39, 397 [398]; BGHSt 7, 268 [272]; BGH NJW 2017, 3609), vgl. §§ 1626, 1626a, 1631 BGB (jew. zur elterlichen Sorge), § 1618a BGB (zur Eltern-Kind-Beziehung), vgl. auch §§ 1793, 1800 BGB (Vormund)

Auch hier ist das formale Näheverhältnis allein nicht als ausreichend anzusehen. Entscheidend ist wieder eine Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsgutsobjektes, wovon nur dann ausgegangen werden kann,

wenn sich bspw. das zu schützende Kind tatsächlich in der Obhut der Großeltern befindet (so auch SK/*Stein* § 13 Rn. 65 ff.).

Nach h.M. (*Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 77; *Stratenwerth/Kuhlen* § 13 Rn. 41) sind entsprechende Garanten jedenfalls bei Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit zu Schutz und Beistand verpflichtet. Vorzugswürdig hingegen ist die Ansicht des BGH (NJW 2017, 3609 f.), der – bezogen auf das Verhältnis der Kinder zu ihren Eltern – entschied, die geschuldete Solidarität bestimme sich nach den Umständen des Einzelfalls, wobei insbesondere das Alter, der Gesundheitszustand und die Lebensumstände von Relevanz seien (BGH NJW 2017, 3609 f.).

(3) Geschwister (*Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 75)

Auch unter Geschwistern stellt sich eine den Verwandten gerader Linie vergleichbare Diskussion.


(4) Verlobte (str., bejahend BGH JR 1955, 104 [105]; a.A. *Jakobs* AT 29/65)

Die aus einer Lebensgemeinschaft resultierende Garantenstellung wird von der h.M. (*Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 74 ff.; vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1195) aber lediglich als Beschützergarantenstellung verstanden; eine Überwachergarantenstellung erwächst aus ihr nicht. Die Garantenstellung verpflichtet daher nicht dazu, z.B. Straftaten des Partners zu verhindern (OLG Hamm MDR 1970, 162; OLG Stuttgart NJW 1986, 1767 [1768 f.]).

→ Einen Überblick bietet auch das Problemfeld *Voraussetzungen der Garantenstellung aus besonderen persönlichen Näheverhältnis (effektive Familiengemeinschaft)*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/garant-naeheverh/>

bb) Enge Lebens- und Gefahrengemeinschaft

Eine Beschützergarantenstellung kann sich auch aus einer Lebens- und Gefahrengemeinschaft ergeben.

 Voraussetzung dafür ist ein besonderes Vertrauensverhältnis für die Gewähr gegenseitiger Hilfe und Fürsorge in Gefahrensituationen (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1181; *Otto* AT § 9 Rn. 62).

Das bloße Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft (z.B. eine Wohngemeinschaft) reicht dafür noch nicht aus. Vielmehr müssen Umstände hinzukommen, aus denen sich die tatsächliche Übernahme einer Schutzfunktion ergibt (BGH NStZ 1983, 117 [118]). Nicht hierher gehören mangels eines besonderen Vertrauensverhältnisses bloße Zufallsgemeinschaften von Zechkumpanen oder Rauschgiftkonsumenten (BGH NJW 1954, 1047 [1047 f.]; OLG Stuttgart NJW 1981, 182 [182 f.]).

(Klassische) Beispiele dieser Fallgruppe sind vielmehr: Zusammenschlüsse von Bergsteigern und Expeditionsteilnehmern sowie eheähnliche Lebensgemeinschaften (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1181; *NK/Gaede* § 13 Rn. 40; *Kühl* AT § 18 Rn. 61).

cc) Treu und Glauben (§ 242 BGB)

In der Rspr. (BGHSt 6, 198) wurde bei bestehenden Vertragsbeziehungen aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Aufklärungspflicht dahingehend angenommen, den Vertragspartner auf Umstände hinzuweisen, die für diesen erkennbar von besonderer Bedeutung sind, insb. dann, wenn dem Vertragspartner ohne solche Aufklärung ein erheblicher Schaden droht. Dieser Konstruktion wurde vorgeworfen, das Rechtsprinzip Treu und Glauben sei zu konturenlos, um ein taugliches strafbegründendes Merkmal abzugeben. Es führe zu einer rechtsstaatlich bedenklichen Rechtsunsicherheit.

Mittlerweile ist die Rechtsprechung bezüglich einer aus Treu und Glauben abgeleiteten Garantenpflicht zurückhaltender geworden und verlangt zusätzlich ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragspartnern oder eine dauerhafte enge Geschäftsbeziehung.

Bsp. nach BGHSt 46, 196: F unterhielt als Alleingesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH ein Geschäftskonto bei der Deutschen Bank. Aufgrund eines Tippfehlers einer Sachbearbeiterin wurde diesem Konto ein Betrag in zweistelliger Millionenhöhe gutgeschrieben. F informierte die Bank nicht, sondern griff auf das Geld zu und benutzte es, um Verbindlichkeiten zu tilgen. – Das Landgericht sah in jeder von F vorgenommenen Überweisung eine selbstständige Betrugshandlung, da in ihnen jeweils die schlüssige Erklärung angelegt sei, dass ein entsprechendes Guthaben tatsächlich vorhanden sei und F über dieses verfügen dürfe. Eine solche konkludente Täuschung lehnte der BGH ab. Abbuchungen ohne Kontodeckung seien in der Bankenpraxis gängig. Eine Strafbarkeit käme allenfalls durch Unterlassen in Betracht, wenn den F eine Offenbarungspflicht getroffen hätte, die ihn zur Offenlegung der Fehlbuchung verpflichtet hätte. Eine solche könne sich aber nicht allein aus der Vertragsbeziehung zwischen F und

der Bank ergeben. Die Unterhaltung eines Girokontos stelle nur ein gewöhnliches Leistungsaustauschverhältnis dar. Es fehle an einem darüber hinausgehenden besonderen Vertrauensverhältnis.

Oftmals ist in den relevanten Fällen zu prüfen, ob eine **Garantenstellung aus tatsächlicher freiwilliger Übernahme** (dazu sogleich) in Betracht kommt (*Otto* AT § 9 Rn. 73). Hier muss dann beachtet werden, dass sich das Vertrauen des Vertragspartners nicht allein auf das kompetente Auftreten seines Gegenübers gründen darf. Anders ist dies nur bei den Geschäften (z.B. Kredit oder Versicherung), bei denen der zu schützende Partner für den anderen ersichtlich auf dessen Informationen angewiesen ist und sich ihm selbst anvertraut hat. Nach h.L. kann aber erst dann eine Garantenstellung angenommen werden, wenn der „Helfer“ selbst zu einer konkreten Gefahrerhöhung des Vermögens beigetragen hat (z.B. durch Vereitelung einer konkreten Rettungsmöglichkeit oder Erhöhung des Gefahrenpotenzials). Der BGH hingegen verzichtet bei dieser Garantenstellung auf das Erfordernis einer konkreten Gefahrerhöhung und lässt eine abstrakte genügen.

dd) Tatsächliche freiwillige Übernahme von Schutz- und Beistandspflichten

Ein weiterer Garantentyp erwächst aus der freiwilligen Übernahme einer Schutzfunktion, d.h. eines Obhutsverhältnisses über ein total oder partiell hilfloses Rechtsgutsobjekt (BGH NStZ 1994, 84; Sch/Sch/*Bosch* § 13 Rn. 26). Weil das Vertrauen des Schutzbedürftigen auf den Beistand des Garanten von der zivilrechtlichen Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung unabhängig ist, kann es auch nicht auf diese, sondern allein auf die faktische, d.h. die tatsächliche Übernahme der betreffenden Schutzpflicht ankommen (BGHSt 47, 224 [229]; SK/*Stein* § 13 Rn. 86).

Bsp.:

- Ärzte (vgl. dazu BGH NJW 1979, 1258 [1258 f.]; BGHSt 7, 211 [212]; vgl. auch BGH NJW 2019, 3089 [3091 f.]; NJW 2019, 3092 [3094] zur **fehlenden** Beschützergarantenstellung bei bloßer Sterbebegleitung bei einem freiverantwortlichen Suizidenten),
- Babysitter (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1182),
- Bademeister (*Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 80).

Die Reichweite der Garantenstellung wird durch die Reichweite des Anvertraungsaktes begrenzt. Denn die aus einer Übernahme der Herrschaft über die Hilflosigkeit des Opfers resultierende Garantenstellung geht nur so weit wie die anvertraute Hilflosigkeit. Ein Arzt muss daher stets nur die aus einer Krankheit resultierenden Gefahren abwehren, nicht aber die Folgen eines freien Tötungsentschlusses, deren Abwendung niemandem anvertraut ist und über deren Grund deshalb auch niemand eine Herrschaft ausübt (*Schünemann* GA 1985, 341 [379]).

Bsp. nach BGHSt 32, 367: *A war der Hausarzt der schwerkranken 76jährigen Witwe U, die nach dem Tod ihres Ehemanns P in ihrem Leben keinen Sinn mehr sah. Gegenüber A und Dritten äußerte sie öfter die Absicht, aus dem Leben zu scheiden. Eines Abends klingelte A an der Tür der U zu einem Hausbesuch. Obwohl Licht brannte, öffnete U nicht. Mit einem Zweitschlüssel gelangte A in die Wohnung von U. Sie lag bewusstlos auf der Couch. Unter ihren gefalteten Händen befand sich ein Zettel, auf dem sie handschriftlich vermerkt hatte: „An meinen Arzt – bitte kein Krankenhaus – Erlösung! – 28. 11. 1981 – ich*

will zu meinem P. – U.“ A erkannte, dass U eine Überdosis Morphinum und Schlafmittel zu sich genommen hatte. Sie atmete nur noch sechsmal pro Minute. A ging davon aus, dass U nicht, jedenfalls nicht ohne schwere Dauerschäden zu retten sein werde. Das Wissen um den beständig geäußerten Selbsttötungswillen veranlasste ihn, nichts zur Rettung der U zu unternehmen. Er blieb in der Wohnung, bis er am nächsten Morgen den Tod feststellen konnte. Es konnte nicht geklärt werden, ob das Leben der U bei sofortiger Einleitung von Rettungsmaßnahmen hätte gerettet werden können. – Der BGH nahm im vorliegenden Fall (verfehlt) eine Garantenstellung des A aus tatsächlicher Übernahme an.

Bsp. (nach BGH NSTz 1983, 117): A war seinem Jugendfreund S begegnet und hatte ihn in seine Wohnung aufgenommen. Beide lebten fortan zusammen und sprachen erheblich dem Alkohol zu. S wurde schließlich völlig bettlägerig. A kümmerte sich zunächst um ihn. Schließlich stellte er die Pflegeleistungen ein. As Vorschlag, S ins Krankenhaus zu bringen, lehnte S ab. Wiederholt habe S zu ihm gesagt: „Das bisschen Leben rentiert nicht mehr. Die paar Kaffeestunden, die ich noch zu leben habe, bleibe ich bei Dir.“ Als A seine Pflege eingestellt und S eröffnet habe, er könne ihm nicht mehr helfen, habe dieser erwidert, das sei ihm auch recht. Er habe ihm dann nichts mehr zu essen gegeben und ihn wunschgemäß nur noch mit Schnaps, Bier und Zigaretten versorgt. Der Gesundheitszustand des S verschlechterte sich weiter. A erkannte spätestens jetzt, dass S ohne umgehende ärztliche Versorgung sterben werde. Er unterließ es jedoch, einen Arzt zu rufen oder eine andere Person zu Hilfe zu holen, insb. weil er sich schämte, das völlig verwahrloste Zimmer und das durch Kot und Urin verunreinigte Bett einem Dritten zu präsentieren. Er fand sich mit dem erwarteten alsbaldigen Tod des S ab und nahm ihn billigend in Kauf. S verstarb. – „Aus einer Wohn- und Lebensgemeinschaft ergibt sich für den daran Beteiligten keine Rechtspflicht, den anderen am selbstgewollten Ableben zu hindern, sofern sich dieser in freier

Selbstbestimmung dazu entschlossen hat, dem für ihn erkennbar herannahenden Tod keinen Widerstand mehr entgegenzusetzen, sondern dem dazu führenden Geschehen seinen Lauf zu lassen.“ (BGH NStZ 1983, 117, 118)

→ Einen Überblick zur Fallgruppe bietet auch das Problemfeld *Garant aus Übernahme einer Schutzfunktion*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/garant-schutzfunktion/>

ee) Garantenstellung von Organen und Amtsträgern

Inwieweit sich aus Amtspflichten eine Garantenstellung ergibt oder ergeben kann, ist im Wesentlichen noch ungeklärt. Nach wohl h.M. (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1185) kommt es insb. auf die Art der Dienstpflicht und den maßgebenden Aufgabenbereich an, ob sie zugleich eine Garantenpflicht begründet. Die Garantenstellung besteht in der Regel nur während der Dienstausbung (*Roxin* AT II § 32 Rn. 84; *Rengier* AT § 50 Rn. 35).


Bsp. nach OLG Nürnberg JuS 2018, 181 (183): Eine Garantenpflicht von Polizeibeamten ergebe sich jedenfalls im Rahmen der Dienstausbung und innerhalb der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Beamten. Darüber hinaus sei eine Garantenpflicht auch bei privat erlangtem Wissen über strafbare Handlungen anzunehmen, wenn die strafbare Handlung in die Phase seiner Dienstausbung hineinreicht und wenn eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Straftatverhinderung und dem privaten Interesse des Beamten am Schutz seiner Privatsphäre ein Überwiegen des öffentlichen Interesses ergibt. Ein Überwiegen des öffentlichen Interesses komme insbesondere bei Körperverlet-

zungs- oder Tötungsdelikten in Betracht. Erlangt eine Polizistin also Kenntnis davon, dass eine entsprechende Straftat (mit der besagten Schwere) gerade andauert oder bevorsteht, so muss sie im Dienst hiergegen einschreiten (*Kühl AT § 18 Rn. 83 ff. Roxin AT II § 32 Rn. 84; Rengier AT § 50 Rn. 35*).

Bsp. nach BGHSt 43, 82 mit Anm. *Kleszczewski JZ 1998, 313*: Ein Strafvollzugsbeamter hatte Kenntnis davon erhalten, dass andere Strafvollzugsbeamte Gefangene ohne Rechtfertigung geschlagen haben. Gleichwohl hat er dies nicht den Strafverfolgungsbehörden (z.B. der Staatsanwaltschaft) gemeldet. Strafbarkeit des Vollzugsbeamten nach §§ 258, 258a, 13 StGB?

- Schutzgut der §§ 258, 258a StGB ist die staatliche Strafrechtspflege. Eine Handlungspflicht trifft also nur die, denen die Aufgabe zugewiesen ist, Belange der Strafrechtspflege wahrzunehmen. Dies sind die in der Strafverfolgung Tätigen, also Strafrichter, Staatsanwaltschaft, Polizei und Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft. Da nur ihnen eine entsprechende Handlungspflicht obliegt, können nur sie Garanten sein. Die Vollzugsbeamten stehen demgegenüber nur in einer gewissen Sachnähe zu diesen. Das allein kann aber keine übergreifende Zuständigkeit begründen. Und außerhalb des umrissenen Bereichs besteht für Beamte keine allgemeine Pflicht, ihnen bekannt gewordene Straftaten anzuzeigen (*BGH NSTZ 1997, 597; Rengier AT § 50 Rn. 36*).
- + Infolge einer solch weiten Freistellung von einer Anzeigepflicht kann eine einfache Strafvereitelung nach § 258 StGB nie durch Unterlassen begangen werden. Denn die Beamtinnen und Beamte der Strafverfolgungsbehörden, die hiernach als einzige eine Garantenstellung haben, machen sich nicht nach § 258 StGB, sondern nach § 258a StGB strafbar (*Kleszczewski JZ 1998, 313*, der aber im Ergebnis für den konkreten Fall doch dem BGH folgt).

b) Überwachergaranten


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

aa) Vorangegangenes, gefährdendes Tun (Ingerenz)

(1) Anerkennung einer Garantenstellung aus Ingerenz?

Nach h.M. (BGHSt 38, 356 [358]; *Kindhäuser/Zimmermann* 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 72 [1960], 106; *Schünemann* GA 1974, 231; [zurückhaltender] *ders.* ZStW 96 [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 gehöre die beherrschbare Weiterentwicklung eines zu überwachenden Gefahrenherdes zum Herrschaftsbereich des Verantwortlichen hinzu.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Garantenstellung aus Ingerenz*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/ingerenz/>

(2) Wenn ja: Wie muss das Vorverhalten beschaffen sein, um eine Garantenpflicht auszulösen?

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 Notwehrübende 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. 1198 f.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 160 ff.; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 35; *SK/Stein* § 13 Rn. 50) kann dagegen nur ein pflichtwidriges Vorverhalten eine entsprechende Garantenstellung auslösen. Dabei muss die Pflichtwidrigkeit in der Verletzung einer Norm bestehen, die gerade dem Schutz des betreffenden Rechtsguts dient (BGH NJW 2019, 3092 [3095]; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 35a; *Roxin* AT II § 32 Rn. 171).
- Einen erweiterten Überblick bietet auch das Problemfeld *Garantenstellung aus Ingerenz bei rechtmäßigem Vorverhalten*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/rechtmaess-vorverhalten/>

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 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 G den X und verletzt diesen tödlich.* – § 20 Nr. 2 GastG (i.V.m. § 1 LGastG-BW) lautet: „Verboten ist [...] 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. Erbst 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/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, nicht zu stehlen, 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 Zurechnungszusammenhang 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/Stein § 13 Rn. 40; LK/Weigend § 13 Rn. 46; Kindhäuser/Zimmermann AT § 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** (ex post) 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 Untersuchungen 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 er 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 dessen 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. Möchte man also in der Konstellation der Lederspray-Entscheidung eine Garantenstellung kraft Ingerenz bejahen, dann nur unter Aufgabe des Pflichtwidrigkeitskriteriums. Dagegen sprechen aber die oben (KK 617 f.) dargelegten Bedenken.

- *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 *quavis ex populo* (= der „Jedermann“ aus dem Volk, also ein Nichtgarant) 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 des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Garantenpflicht zur Verhinderung der Umsetzung von rechtswidrigen Gremienentscheidungen*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/garantenpflicht-verhinderung-gremienentscheidungen/>

(3) Kann Vorverhalten auch pflichtwidrig sein, wenn der Ingerent schuldlos oder entschuldigt handelte?

Bsp. 1: A schlägt im Zustand rauschbedingter Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) den B nieder und schläft neben diesem ein. Nachdem A ausgenüchtert wieder aufwacht, vergegenwärtigt er sich der Situation, unterlässt es aber, dem B Hilfe zu leisten. B erliegt seinen Verletzungen.

Bsp. 2: D greift den C an und möchte auf diesen einprügeln. C ist derart erschrocken, dass er seine legal bei sich geführte Schusswaffe zieht und dem D in den Bauch schießt, obwohl es ihm möglich gewesen wäre, zunächst dem D in den Arm zu schießen. Auch letzteres hätte den Angriff abgewehrt, allerdings hat C diese Möglichkeit wegen des Schrecks verkannt. C hat hier die Grenzen der Notwehr (s. zum Schusswaffengebrauch bei der Notwehr KK 281 ff.) aus Schrecken überschritten. Er ist daher zwar nicht gem. § 32 StGB gerechtfertigt, wohl aber nach § 33 StGB (Notwehrexzess) entschuldigt.

Nach ganz h.M. muss das Vorverhalten für eine Garantenstellung kraft Ingerenz nicht schuldhaft sein (BGHSt 11, 353 [355]; Sch/Sch/Bosch § 13 Rn. 38; Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, S. 183). Hier wäre also in beiden Bsp. eine Garantenstellung zu bejahen.

- Macht die Rechtsordnung eine Bestrafung von der Schuld abhängig, dann kann schuldloses Handeln keine Sonderverantwortlichkeit begründen
- + Die Schuld ist lediglich Voraussetzung dafür, dass einem Täter sein Handeln auch vorgeworfen werden kann; sie steht aber gerade außerhalb der Frage, ob die Rechtsordnung ein Verhalten missbilligt. In beiden Beispielen wurde hier Unrecht verwirklicht, sodass das Verhalten jeweils pflichtwidrig war.

- + Besonders deutlich wird dies im Bsp. 2 (Notwehrexzess): Nach § 33 StGB ist entschuldigt, wer wegen eines sog. asthenischen Affektes die Grenzen der Notwehr überschreitet. Schon das Gesetz stellt also klar, dass die Grenzen des Erlaubten überschritten wurden und verzichtet nur auf eine Bestrafung. Um das Pflichtwidrigkeitserfordernis nicht zu unterlaufen, wird man den Ingerenten aber nur insoweit verpflichtet dürfen, als der Erfolg gerade durch die Überschreitung der Notwehrgrenzen einzutreten droht.

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Bei der Feststellung der Kausalität wird bei Begehungsdelikten häufig auf den „Erfolg in seiner konkreten Gestalt“ abgestellt. Wie sieht dies bei den Unterlassungsdelikten aus?
- II. Warum hat sich die klassische Garantenstellungs-Trias „Gesetz, Vertrag, Ingerenz“ nicht bewährt?
- III. Welche Kritik ist an der Einteilung der Garantenstellungen in Beschützer- und Überwachergaranten zu üben?
- IV. Ist der Arzt Garant, der von dem Wunsch seiner nunmehr bewusstlosen Patientin weiß, bei einer schwerwiegenden Erkrankung nicht behandelt werden zu wollen, aber durchaus Rettungschancen sieht?
- V. Der A sieht sich wegen der eingegangenen Ehe auch nach Jahren des Getrenntlebens als Garant und unterlässt in einer Notsituation eine Hilfe; Strafbarkeit?
- VI. Warum ist die Ingerenzgarantenstellung ein Fremdkörper im Kanon der herkömmlichen Garantenstellung?
- VII. Reicht erst eine im Nachhinein festgestellte Pflichtwidrigkeit aus, um eine Garantenstellung zu begründen?