

## § 25: Das vorsätzliche Unterlassungsdelikt (Teil 2)

### II. Tatbestand der unechten Unterlassungsdelikte (Fortsetzung)

#### 4. Garantenstellung

##### b) Überwachergaranten

##### 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/Zimmermann* AT § 36 Rn. 59; *Kühl* AT § 18 Rn. 106; vgl. *Fischer* StGB § 13 Rn. 60 ff.). 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, 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 u. BeckRS 2019, 9718, Rn. 9).
- 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 159 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 Zusammenhang 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 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 Garantenpflicht dann nicht entfallen, wenn sich das **allein** auf **Selbstgefährdung** angelegte Geschehen erwartungswidrig in Richtung des **Rechtsgutsverlusts** entwickle.

Beachte: Diese vom BGH aufgestellten Grundsätze zur Garantenstellung bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung lassen sich auch auf Beschützergaranten (wie bspw. die Garantenstellung unter Ehegatten) übertragen (vgl. BGH NStZ 2017, 219). Siehe zu den Grenzen der Strafbarkeit bei ärztlich assistierter Selbsttötung BGH NJW 2019, 3092.

## (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/Heger 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 WStG).

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 A 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 Unterlassen (§§ 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/Stein § 13 Rn. 43) 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/Kühl § 13 Rn. 14; Kindhäuser/Zimmermann AT § 36 Rn. 63; Hellmann Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 1059) trifft den Unternehmensleiter eine Pflicht zur Verhinderung **betriebsbezogener** Straftaten. Betriebsbezogen ist eine Straftat dann, wenn sie einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Täters oder mit der Art dieses Betriebes aufweist (BGH BeckRS 2018, 2975). Von den betriebsbezogenen Straftaten sind Straftaten, die nur **bei Gelegenheit der Tätigkeit** begangen werden, abzugrenzen, für die keine Garantenpflicht besteht.

- 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.

Ebenso wird auch diskutiert, ob den Compliance-Beauftragten (CB) eines Unternehmens eine Garantenstellung trifft. Compliance meint alle Maßnahmen, die ein Unternehmen trifft, um Regelverstöße zu vermeiden.

Bsp. nach BGHSt 54, 44: *Die Compliance-Beauftragten eines Unternehmens soll eine Garantenpflicht treffen, im Zusammenhang mit der Tätigkeit eines Unternehmens stehende Straftaten zu verhindern. Dies stelle die Kehrseite zu seiner gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Verpflichtung dar, Rechtsverstöße und Straftaten zu unterbinden („übertragene Garantenpflicht“, vgl. Raum, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 5. Aufl. 2020, 4. Kap. Rn. 148 ff.).*

- Compliance-Beauftragte werden vom Unternehmen angestellt, um dieses vor Haftungsrisiken und Ansehensverlust zu schützen. Der BGH erweitert hier eine rein vertragliche Verpflichtung gegenüber den Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern in eine Schutzpflicht für Rechtsgüter Dritter (vgl. MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 326).

Daher muss eine solche Pflicht, um strafrechtliche Relevanz erlangen zu können, eindeutig an den Compliance-Officer delegiert werden, was angesichts der Vielgestaltigkeit des Berufsbildes nur im



konkreten Einzelfall bestimmt werden kann. Es handelt sich somit auch allenfalls um eine vom Geschäftsinhaber abgeleitete Garantenstellung (*Rengier* AT, § 50 Rn. 68a; zur Garantenstellung des Geschäftsinhabers s. KK 632 f.), die auch nicht weitergehen kann als diejenige des Geschäftsinhabers (MüKo StGB/*Hefendehl* § 263 Rn. 326 f.). Wurde eine solche Pflicht nicht eindeutig delegiert, erschöpft sich die Pflicht des Compliance-Beauftragten darin, Verstöße an die Geschäftsleitung zu melden (MüKo StGB/*Hefendehl* § 263 Rn. 326; *Rengier* AT § 50 Rn. 68a).

- Dem Compliance-Beauftragten stehen zwar die sog. „Eskalationsrechte“ zu (Auskunfts- und Einsichtsrechte). Gleichwohl hat er regelmäßig keine eigene Entscheidungs- und Anordnungs-kompetenz und verfügt somit nicht über die Befugnis, rechtswidrige Zustände zu beseitigen (vgl. hierzu *Schäfer* BKR 2011, 187 ff.).
- + Die sog. „Eskalationsrechte“ begründen aber einen Wissensvorsprung und damit eine „Informationsmacht“ des Compliance-Beauftragten (*Rönnau/Schneider* ZIP 2010, 52 [58]).
- „Ein Informationsvorsprung begründet keine Herrschaft über das Geschehen, wie sie eine Sonderverantwortung als Garant erfordert. Die Sonderverantwortung des Überwachungs-garanten beruht auf seiner Verantwortung für eine Gefahrenquelle und seiner Möglichkeit, die von ihr ausgehenden Gefahren zu beeinflussen (vgl. auch KK 627). Informationen über eine Gefahrenquelle zu haben, steht dem nicht gleich (*Warneke* NSTZ 2010, 312 [316]).“

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

§ 13 I StGB verlangt neben der Garantenstellung als zweites Gleichstellungskriterium, dass das Unterlassen (wertungsmäßig) 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. 1205).


Eigenständige Bedeutung hat die Entsprechungsklausel daher nur bei sog. verhaltensgebundenen Delikten, bei denen die Art der Erfolgsverursachung, also eine bestimmte Verhaltensweise 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/Bosch* § 13 Rn. 4; *NK/Gaede* § 13 Rn. 19).

→ Einen erweiterten Überblick zur Entsprechung bietet auch das Problemfeld *Wann entspricht das unechte Unterlassen einem Tun?*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/entspr-unterl-tun/>

### III. Vorsatz beim Unterlassen

Die Formel, Vorsatz bedeute Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung, passt bei Unterlassungsdelikten nur sinngemäß, denn es fehlt 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. 1207).

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 Garanten**stellung** ist ein Tatumstandsirrtum, derjenige über die Garanten**pfl**icht ein Gebotsirrtum, der wie ein Verbotsirrtum behandelt wird (vgl. BGHSt 16, 55; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 30 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1207; näher KK 639).

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 329 ff.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *In welchem Verhältnis stehen die sich widersprechenden Handlungspflichten?*:

<https://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. 1218 m.w.N.). Diese Rechtsfigur ist indes nur bei restriktiver Interpretation zu billigen. Die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens wird nur in seltensten Ausnahmefällen anzunehmen sein.

Positiv-Bsp. nach Rengier (AT § 49 Rn. 48) und Kühl (AT § 18 Rn. 140): *T kann aus einem brennenden Haus entweder seinen Bruder B oder seine geliebte Freundin F, der er bald einen Antrag machen möchte, retten. T rettet letztlich F.* Hier wird eine Strafbarkeit des T gem. §§ 212 I, 13 StGB (zulasten des B) verneint, da zumindest ein Menschenleben gerettet wurde und T eigene billigenwerte Interessen (Wunsch, F zu heiraten) preisgegeben hätte. Damit soll es T nicht zumutbar gewesen sein, B zu retten. § 34 StGB scheidet aus (Gleichwertigkeit der geschützten Rechtsgüter). Die h.M. würde auch eine rechtfertigende Pflichtenkollision ablehnen, hat T gegenüber F doch – jedenfalls bis zur Verlobung – noch keine Garantenstellung (vgl. KK 331 f.). Auch ein entschuldigender Notstand soll mit Blick auf § 35 I 2 StGB nicht einschlägig sein (vgl. Rengier AT § 49 Rn. 45, 48).

Negativ-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).

→ Siehe hierzu auch das Problemfeld *Schränkt die Zumutbarkeit den Tatbestand ein oder wirkt sie schuld-ausschließend?*: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/unterl/tb/zumutbarkeit/>

## **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. Versuch und Unterlassen

Auch ein Unterlassungsdelikt kann natürlich 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 nach seiner Vorstellung 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 nach seiner Vorstellung 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. 1223 f.; *Lackner/Kühl/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. Für den Fall, dass W sein Häuschen **nicht** verlässt, liegt ein unmittelbares Ansetzen vor, wenn nach seiner Vorstellung das geschützte Rechtsgut unmittelbar gefährdet und der Eintritt des Erfolgs nahegerückt ist. Diesen Zeitpunkt wird man noch vor der 2. Weiche zu sehen haben, da sich die Gefahr mit schwindender Distanz zur 2. Weiche kontinuierlich verdichtet.
- Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Unmittelbares Ansetzen beim unechten Unterlassungsdelikt*:  
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/versuch/unmittelb-ansetzen/unecht-unterl/>

## Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Welche Argumente sind gegen eine sog. Geschäftsherrenhaftung anzuführen?
- II. Was spricht dagegen, das unmittelbare Ansetzen bei einem Versuch des Unterlassens schon nach Verstreichenlassen der ersten Rettungsmöglichkeit anzunehmen?

### 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 13 am Vorlesungsstoff orientierte Fragen mit unterschiedlichem Schwierigkeitsgrad und kommentierten Lösungen zum Durchklicken und Punktesammeln. <https://strafrecht-online.org/mct-unterlassen>