

§ 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. 1157), 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 eine Täterin in einer bestimmten Weise tätig wird oder eben auch gerade dadurch, dass sie 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 diejenige unterlässt, die dem Ertrinkenden nur zusieht. Es gibt jedoch Fälle, in denen nicht sogleich klar ist, ob der Täterin oder 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 die Chirurgin 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): *Ärztin 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. 1163) 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 Chirurgin 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 vorliegt, innerhalb dieses Problemkreises 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).

Es kann allerdings nur das gefordert werden, was in der Gefahrensituation physisch-real möglich ist (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1172). 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. 1176; *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. 1176). 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 wegen des hohen Verletzungsrisikos 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 (Fenstersturzod) 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. 1177; *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 häufig problematisch ist, 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. Risikoverringerungslehre, vgl. *Otto* AT § 9 Rn. 101; differenzierend *Roxin* AT II § 31 Rn. 54).

Bsp. nach BGH StV 1985, 229 mit Anm. Schönemann 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 könnte, 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. Eine sofortige Operation hätte das Risiko des Todes jedoch verringert, so dass unter Anwendung der Risikoverringerungslehre 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-prozentigen Rettungschance straffrei untätig bleiben könnte.
- Eine Strafbarkeit des bloßen Unterlassens der Risikoverringerung ist mit dem klaren Wortlaut des § 13 I StGB 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.

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 das vorangegangene gefährliche Tun (sog. Ingerenz) sowie später die engen Lebensbeziehungen (vgl. RGSt 66, 71; 69, 321). Die Rspr. seit der Zeit des Nationalsozialismus 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 Einstehensmüssens sowie der Entsprechensklausel aufstellte.

Die soeben genannte 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. 1179; *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 und hilft daher nicht bei der im konkreten Einzelfall zu entscheidenden Frage, ob nun eine Garantenstellung vorliegt oder nicht.
- 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. 57).

aa) Natürliche Verbundenheit

Eine Garantenstellung besteht nach h.M. zunächst innerhalb von rechtlich fundierten Verhältnissen enger natürlicher Verbundenheit (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1184), wobei die Reichweite der Schutzpflicht von Fall zu Fall unterschiedlich sein kann:

(1) Ehegatten (BGHSt 2, 150 [153 f.]), vgl. § 1353 BGB 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 Rechtsgüter 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. 79). 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 (elterl. Sorge), § 1618a BGB (Eltern-Kind-Beziehung), vgl. §§ 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. 81; *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. 78)

Auch unter Geschwistern stellt sich eine den Verwandten gerader Linie vergleichbare Diskussion. Nach dem BGH ist in diesen Konstellationen eine Garantenpflicht allein aus der tatsächlichen Übernahme einer Schutzfunktion herzuleiten (vgl. BGH BeckRS 2022, 15625 [Rn. 25 ff.]).


(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. 77 ff.; vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1199) 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. 1185; *Otto* AT § 9 Rn. 62).

Das bloße Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft (z.B. in einer 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 Bergsteigenden und Expeditionsteilnehmenden sowie eheähnliche Lebensgemeinschaften (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1185; *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. 1186),
- Bademeister (*Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 84).
- Tierhalter und -betreuer, vgl. § 2 TierSchG.

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. 1189) 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 Dienstausbübung (*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 Dienstausbübung 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 Dienstausbübung 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).

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?