

## § 25: Das vorsätzliche Unterlassungsdelikt

### 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 Rechtsinne dar. (Straf-)Rechtlich relevantes Unterlassen liegt nur dort vor, wo das Recht dem untätigen Täter eine Handlungspflicht auferlegt, der Täter also 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 können demnach nur durch Unterlassen begangen werden. Echte Unterlassungsdelikte sind Tätigkeits- und keine Erfolgsdelikte. Für die Strafbarkeit des Verhaltens kommt es daher nicht darauf an, dass die Nichtvornahme einer Handlung einen bestimmten Erfolg verursacht. Maßgeblich ist allein das Unterlassen des rechtlich gebotenen, aktiven Tuns (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 696). 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

### 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 unterliegt es keinem Zweifel, dass derjenige unterlässt, der dem Ertrinkenden nur zusieht. Es gibt jedoch Fälle, in denen nicht sogleich klar ist, ob dem Täter hier ein Handeln oder ein Unterlassen anzulasten ist:

- RGSt 63, 392: *Radfahrer R fährt abends ohne Licht, sieht daher den Fußgänger F nicht und verletzt ihn durch das Anfahren.*
- RGSt 63, 211: *Fabrikant F gibt an seine Arbeiterinnen nicht desinfizierte Ziegenhaare aus, wodurch mehrere Arbeiterinnen versterben.*
- *T zieht das in den Brunnenschacht geworfene Rettungsseil wieder hoch, bevor es den Hilfe suchenden O am Grund des Brunnens erreicht hat.*
- 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.*

- BGHSt 40, 257: *Arzt A schaltet das Gerät ab, das ein irreversibel bewusstloses Unfallopfer am Leben hält.*
- 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/Stree/Bosch Vor § 13 ff. Rn. 158: *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 700) 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/Rudolphi/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 gegen-

über einem anderweitig in Gang gesetzten Kausalverlauf nicht eingesetzt hat.

Schließlich verfährt eine dritte Lösung nach dem **Subsidiaritätsprinzip** (*Stratenwerth/Kuhlen* § 13 Rn. 2 f.; *Kaufmann* in: FS Schmidt [1962] S. 212): Zunächst ist scharf zwischen aktivem Tun (= Körperbewegung) und Unterlassen (= Nichtvornahme einer Körperbewegung) zu unterscheiden. Weil ein aktives Tun bereits unter geringeren Voraussetzungen strafbar ist, sind zunächst alle Körperbewegungen auf ihre Strafbarkeit hin zu überprüfen. Erst wenn feststeht, dass das aktive Handeln des Täters zwar vorsätzlich oder fahrlässig, aber nicht zurechenbar, rechtmäßig oder schuldlos war, muss weiter geprüft werden, ob der Täter ein zu erwartendes positives Tun, durch das der Erfolg abgewendet worden wäre, unterlassen hat.

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, dass das Abschalten lebensverlängernder Maschinen nicht als aktives Tun, sondern als normativ verstandenes Unterlassen zu bewerten sei, abgerückt. In BGHSt 40, 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 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 Problemkreises ihre Brisanz.

## II. Tatbestand der unechten Unterlassungsdelikte

### I. Objektiver Tatbestand

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

### II. Subjektiver Tatbestand

### III. Rechtswidrigkeit

### IV. Schuld

## 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* 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. 708). Hieran mangelt es beispielsweise

- bei fehlender Nähe zur Gefahrenstelle (z.B. T geht in Freiburg spazieren, während O in Mannheim in den Rhein fällt),
- bei individueller Unfähigkeit, die zur Rechtsguterhaltung allein sinnvolle Handlung vorzunehmen (z.B. *T ist Nichtschwimmer und kann den Ertrinkenden daher nicht retten*) oder
- beim Nichtvorhandensein der zur Rettung notwendigen Hilfsmittel (z.B. *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. 711; *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. Gegner einer Unterlassungskausalität im strengsten Sinne sprechen aus o.g. Gründen aber lediglich von einer Quasi-Kausalität.

Für die Beurteilung der Unterlassungskausalität muss die *Conditio-Formel* modifiziert werden (BGHSt 6, 1, 2; 37, 106, 126): Die Ursächlichkeit des Unterlassens für den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges ist zu bejahen, wenn die rechtlich erwartete Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfielen würde.

Anders als im Bereich der Begehungsdelikte verzichtet die h.M. bei der Definition auch auf das Merkmal des konkreten Erfolgs, um einer Ausuferung der Haftung für Unterlassen entgegenzuwirken.

- 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.*



Würde man auf das Vermeiden des Todes in seiner konkreten Gestalt (hier also den Flammentod) abheben, käme man selbst dann zur Ursächlichkeit des Unterlassens, wenn das Hinabwerfen der Kinder den sicheren Tod zur Folge gehabt hätte. Sinn der Erfolgsabwendungspflicht i.S.d. § 13 StGB kann es aber nicht sein, lediglich die eine Todesart gegen eine andere auszuwechseln.

Daher ist es im Ergebnis richtig, wenn der BGH die Frage stellt, ob die Kinder bei Tätigwerden des Vaters gerettet worden wären. Wie im Bereich des aktiven Tuns müssen aber 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. 713; *Kindhäuser* AT § 36 Rn. 19 f.). Daher gilt:

- Auch im Rahmen der Unterlassungskausalität bleibt es bei der Maßgeblichkeit des Erfolges in seiner konkreten Gestalt.
- Neben der Ursächlichkeit sind die allgemeinen Kriterien der objektiven Zurechnung zu prüfen.
- Schließlich 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. Beispielsfall würde eine Bestrafung des Vaters demnach nicht an der fehlenden Kausalität

seines Verhaltens scheitern, sondern vielmehr am Fehlen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs.

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. Risikoverringerungslehre, 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): *Der A hatte seine Frau 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. Sie verstarb an den erlittenen Verletzungen. Nach den Feststellungen des LG bestand für die F auch bei sofortiger Operation nur eine geringe Überlebenschance. Da sich hier nicht feststellen lässt, ob die unterbliebene Handlung den Erfolg verhindert hätte, liegt keine vollendete Tat vor und möglich bleibt lediglich die Verurteilung wegen Versuchs. Unter Anwendung der Risikoverringerungslehre 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 beim Jugendamt A wurde von der Vertrauenslehrerin S darüber informiert, dass sich die Schülerin T ihr anvertraut habe. T habe S offenbart, sie werde vom Freund ihrer Mutter – dem M – fortwährend sexuell missbraucht. T befand sich zur damaligen Zeit in psychisch schlechtem Zustand. Als*

die Sommerferien begannen, konnte S die T für diese Zeit nicht weiterbetreuen. S wandte sich daher an A, um weitergehende Hilfe zu erhalten. Daraufhin nahm A jedoch nur einen Vermerk über das Gespräch zu den Akten. Nachdem T nach Ende der Sommerferien wieder missbraucht worden war, unternahm sie einen Selbstmordversuch. Der infolge dessen angeklagte M 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 A vom Vorwurf der Verletzung der Fürsorgepflicht (§ 170d StGB a.F.) frei: Sämtliche Maßnahmen, die A im Rahmen ihrer Handlungspflichten hätte ergreifen können, hätten, da der von T benannte M 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.

#### 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“.

Eines Rückgriffs auf § 13 StGB bedarf es konstruktiv bei sog. Pflichtdelikten nicht (Sch/Sch/Stree/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 Schaden vom fremden Vermögen abzuwenden.

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, *Baummann/Weber/Mitsch* § 15 Rn. 51 ff.) nennt lediglich mögliche Quellen einer Garantenstellung, sagt aber inhaltlich gerade nicht, was der (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. 716; *Sch/Sch/Stree/Bosch* § 13 Rn. 9; *SK/Rudolphi/Stein* § 13 Rn. 23 f.) zwischen Garantenpflichten, die in einer Schutzfunktion für ein bestimmtes Rechtsgut bestehen (**Obhutspflichten**), und anderen, bei denen dem Garanten die Überwachung einer Gefahrenquelle obliegt (**Sicherungs- und Beherrschungspflichten**), differenziert.
  - ⊕ 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 Garantstellungen gehindert sieht.
- Ein streng materialisiertes Konzept findet sich bei *Schünemann ZStW 96 (1984), 287, 294* (zustimmend *Roxin AT II § 32 Rn. 19*; a.A. *Brammsen Jura 1985, 543*; *Sch/Sch/Stree/Bosch § 13 Rn. 15*), der den Garantbegriff durch die „**Herrschaft über den Grund des Erfolges**“ definiert. Dieser Grund kann zum einen in der „Herrschaft über eine wesentliche Erfolgsursache“, aber 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 Garantstellungen darzustellen.

### a) Beschützergaranten

Beschützergaranten haben ein bestimmtes Rechtsgut vor allen ihm aus beliebigen Quellen drohenden Verletzungen zu beschützen (*Kindhäuser 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. 718), wie unter:

- Ehegatten (BGHSt 2, 150, 153 f.), vgl. § 1353 BGB (eheliche Lebensgemeinschaft)
- Verwandten gerader Linie (RGSt 39, 397, 398; BGHSt 7, 268, 272), vgl. §§ 1626, 1626a, 1631 BGB (jew. zur elterlichen Sorge), vgl. auch §§ 1793, 1800 BGB (Vormund)
- Geschwistern (*Kindhäuser* AT § 36 Rn. 75) und
- Verlobten (str., bejahend BGH JR 1955, 104, 105; a.A. Sch/Sch/*Stree/Bosch* § 13 Rn. 18)

Die Reichweite der Schutzpflicht kann dabei von Fall zu Fall verschieden sein. So kann es bei getrennt lebenden Ehegatten etwa darauf ankommen, seit wann die Trennung besteht. Die Garantenpflicht unter Eheleuten kann auch 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). Nach h.M. (*Kindhäuser* AT § 36 Rn. 77; *Stratenwerth/Kuhlen* § 13 Rn. 41) sind entsprechende Garanten aber jedenfalls bei Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit zu Schutz und Beistand verpflichtet. Die aus einer Lebensgemeinschaft resultierende Garantenstellung wird von der h.M. (*Kindhäuser* AT § 36 Rn. 74 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 716) 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.).

Auf der Grundlage des materialen Ansatzes von *Schünemann* kann dem nur teilweise gefolgt wer-

den: Danach sind Großeltern gegenüber ihren Enkeln nicht stets Garanten und auch Ehegatten trifft nicht per se eine Garantenpflicht ohne Rücksicht auf das Bestehen einer tatsächlichen Lebensgemeinschaft. Denn von einer Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsgutsobjektes kann nur dann ausgegangen werden, wenn sich das zu schützende Kind tatsächlich in der Obhut der Großeltern befindet oder bei den Ehegatten tatsächlich ein gegenseitiges Vertrauens- und Abhängigkeitsverhältnis besteht (so auch SK/*Rudolphi/Stein* § 13 Rn. 48 ff.; *Kindhäuser* AT § 36 Rn. 76; in der Rspr. wird auch teilweise auf dieses tatsächliche Element rekurriert; vgl. etwa RGSt 72, 374; BGH NJW 2003, 3212, 3214).

### 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. 719; *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 auch 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. 719; NK/Wohlers/Gaede § 13 Rn. 40; Kühl § 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.

Bsp. (BayObLG NJW 1987, 1654): *Einen Vermieter, der wegen Eigenbedarf gekündigt hat (nunmehr § 573 II Nr. 2 BGB), trifft aus Treu und Glauben eine Garantenpflicht, dem Mieter bei Wegfall des Eigenbedarfs auf die veränderte Lage hinzuweisen. Diese Pflicht besteht bis zur Räumung der Wohnung durch den Mieter und ist gem. §§ 263, 13 StGB strafbewehrt.*

⊖ Das Rechtsprinzip Treu und Glauben ist zu konturenlos, um ein taugliches strafbegründendes Merkmal abzugeben. Es führt zu einer rechtsstaatlich bedenklichen Rechtsunsicherheit.

Inzwischen leitet die Rspr. eine Garantenstellung aufgrund der Kritik nur noch eingeschränkt aus Treu und Glauben ab. Voraussetzung sei ein besonderes Vertrauensverhältnis oder eine dauerhafte enge Geschäftsbeziehung (BGHSt 46, 196; BGH wistra 2000, 419; krit. auch Otto AT § 9 Rn. 72; Stratenwerth/Kuhlen § 13 Rn. 23).

Stattdessen ist in den relevanten Fällen zu prüfen, ob eine **Garantenstellung aus tatsächlicher freiwilliger Übernahme** (s.u.) 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 ferner aus der freiwilligen Übernahme einer Schutzfunktion, d.h. eines Obhutsverhältnisses über ein total oder partiell hilfloses Rechtsgutsobjekt (BGH NStZ 1994, 84; Sch/Sch/*Stree/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/*Rudolphi* § 13 Rn. 62).

Bsp.:

- Ärzte (vgl. dazu BGH NJW 1979, 1258, 1258 f.; BGHSt 7, 211, 212),
- Babysitter (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 720),
- Bademeister (*Kindhäuser* AT § 36 Rn. 80).

Die Reichweite der Garantenstellung wird durch die Reichweite des Anvertrauungsaktes 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 76jährigen Witwe U. Sie litt an hochgradiger Verkalkung der Herzkranzgefäße und an Gehbeschwerden infolge einer Arthrose. Nachdem ihr Ehemann – von ihr „Peterle“ genannt – gestorben war, sah sie in ihrem Leben keinen Sinn mehr. Gegenüber A und Dritten äußerte sie öfter die Absicht, aus dem Leben zu scheiden. Sie wollte nicht in einen Zustand der Hilflosigkeit geraten und in ein Pflegeheim eingewiesen werden. A wusste von einem von U verfassten Schriftstück: „Willenserklärung. Im Vollbesitz meiner Sinne bitte ich meinen Arzt: Keine Einweisung in ein Pflegeheim, keine Intensivstation und keine Anwendung lebensverlängernder Medikamente. Ich möchte einen würdigen Tod sterben. Keine Anwendung von Apparaten.“ Eines Abends klingelte A an der Türe der U zu einem Hausbesuch. Obwohl Licht brannte, öffnete U nicht. A begab sich daraufhin zu dem in der Nähe wohnenden B, von dem er wusste, dass er einen Zweitschlüssel zum Haus besaß. Mit diesem gelangten beide 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 Morphium und Schlafmittel in Selbsttötungsabsicht zu sich genommen hatte. Sie atmete, wie er feststellte, nur noch*

*sechsmal pro Minute; ihr Puls war nicht zu fühlen. A ging davon aus, dass U nicht, jedenfalls nicht ohne schwere Dauerschäden zu retten sein werde. Das Wissen um den beständig geäußerten Selbsttötungswillen und die vorgefundene Situation veranlassten ihn, nichts zur Rettung der U zu unternehmen. Er blieb mit B 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, dem 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, versorgte ihn mit Essen und Trinken. Anfangs wechselte A noch gelegentlich die Bettwäsche und wusch seinen Freund. Schließlich stellte er diese Pflegeleistungen ein. Als 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).

- Bsp. (OLG Frankfurt NStZ 2001, 150 mit Anm. *Wolfslast* NStZ 2001, 151): *F lebte viele Jahre mit M zusammen und hat mit ihm zwei Kinder. A war der Hausarzt aller. Er stellte 1992 eine Aids-Erkrankung bei M fest. M untersagte A jede Auskunftserteilung über die Aids-Infektion. Als F die Praxis aufsuchte, verschwieg A ihr gegenüber die Erkrankung. Nachdem M verstorben war, teilte ihr A die Todesursache mit. Er veranlasste eine Blutuntersuchung der F, die den Befund HIV-positiv erbrachte.* – Die ärztliche Schweigepflicht verbietet nicht die Aufklärung über die Aids-Erkrankung des Lebenspartners, wenn der Kranke erkennbar uneinsichtig ist. Sind beide Lebenspartner Patienten des gleichen Arztes, ist dieser nicht nur berechtigt, sondern kraft seiner Garantenstellung sogar verpflichtet, den anderen Lebenspartner über die Aids-Erkrankung und die bestehende Ansteckungsgefahr aufzuklären.

### 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. 721; *Kindhäuser* AT § 36 Rn. 82) kommt es insb. auf die Art der Dienstpflicht und den maßgebenden Aufgabenbereich an, ob eine Amtspflicht zugleich eine Garantenpflicht begründet.

- Bsp. (nach BGHSt 54, 44): Der Leiter der Innenrevision in einer Anstalt des öffentlichen Rechts ist verpflichtet, die Einhaltung der gesetzlichen Regeln auch zum Schutz der Entgeltschuldner sicherzustellen. Ebenfalls eine Garantenpflicht treffen soll nach einem obiter dictum den Compliance-Beauftragte eines Unternehmens aufgrund seiner Aufgabe, Rechtsverstöße, insbesondere auch von Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden, zu verhindern.
- ⊖ Der Compliance-Beauftragte wird von den Unternehmen angestellt, um dieses vor Haftungsrisiken und Ansehensverlust zu schützen. Der BGH erweitert hier eine rein vertraglichen Verpflichtung gegenüber dem Arbeitgeber in eine Schutzpflicht für Rechtsgüter Dritter.
- Bsp. (nach BGH wistra 1986, 256): Der BGH bejahte eine Garantenstellung des Leiters des Paderborner Ordnungsamts, der die Einhaltung der Vorschriften des GastG zu überwachen hat, im Hinblick darauf, dass er Gefahren entgegenzutreten habe, die sich in einem Bordellbetrieb für die durch § 180a I StGB geschützten Prostituierten ergeben (a.A. *Otto* AT § 9 Rn. 70).
- ⊖ Die im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung begründete Amtspflicht, gegen bestimmte Bordellbetreiber einzuschreiten, wird in eine Pflicht zum Schutz individueller Rechtsgüter (sexuelle Selbstbestimmung der Prostituierten) umgedeutet.
- Einen Polizeibeamten trifft im Rahmen seiner örtlichen und sachlichen Dienstausbübung eine Verpflichtung zur Verhinderung von Straftaten und zum Schutz der Rechtsgüter des Einzelnen oder der Allgemeinheit. Die öffentlich-rechtliche Pflicht muss aber auch den Zweck ver-

folgen, das in dem jeweiligen Straftatbestand geschützte Rechtsgut gerade vor der Gefahr zu bewahren, in die es das Nichthandeln versetzt.

- 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).
  - ⊕ Eine solch weite Freistellung von einer Anzeigepflicht lässt den Tatbestand der Strafvereitelung leerlaufen.

## Schlagwörter zur Wiederholung

- I. Warum spielt der Rücktrittshorizont zweifach eine Rolle?
- II. Was ist an der Frank'schen Formel zur Bestimmung der Unfreiwilligkeit („Ich kann nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es wollte“) zu kritisieren?
- III. Kann aus einem unbeendeten Versuch ein beendeter Versuch werden?
- IV. Warum hilft die Differenzierung in Beschützer- und Überwachergaranten nicht entscheidend weiter?