

Strafgesetzbuch: StGB

Matt / Renzikowski (Hrsg.)

2. Auflage 2020
ISBN 978-3-8006-4981-5
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

wortlichkeit ab.²⁸⁷ Dem ist zuzustimmen, denn eine Missachtung des subjektiven Rechts liegt mangels Einwirkung auf die fremde Rechtssphäre nicht vor (→ Rn. 100).²⁸⁸ Aus diesem Grund scheidet ebenfalls eine Zuständigkeit kraft Ingerenz für die unterlassene Abwendung der vom Opfer selbst geschaffenen Gefahr aus.²⁸⁹

Von einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Opfers kann unter folgenden **Voraussetzungen** gesprochen werden, die sich an die Figur der mittelbaren Täterschaft anlehnen (→ § 25 Rn. 8 ff.): Das Opfer muss über die notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen, um die fragliche Gefahr beurteilen zu können (auch → Vor § 32 Rn. 18). Daran fehlt es bei Kindern oder unzurechnungsfähigen bzw. vermindert zurechnungsfähigen Personen.²⁹⁰ Ferner muss das Opfer das Risiko ebenso gut überblicken wie der Veranlasser. Das ist nach hL nicht der Fall, wenn der Veranlasser die Gefahr aufgrund überlegenen Sachwissens besser erfasst als das Opfer, insbes. wenn er zusätzliche Risikofaktoren kennt.²⁹¹ Einschränkend wird man jedoch verlangen müssen, dass der Veranlasser für etwaige Fehlvorstellungen des Opfers verantwortlich ist (zB als Garant²⁹² oder aufgrund einer Täuschung, → Vor § 32 Rn. 21). Schließlich muss sich das Opfer frei, dh ohne nötigen Zwang entscheiden können, ob es die Gefahr auf sich nimmt.

Besondere Bedeutung haben in diesem Zusammenhang die sog. „**Retter-Fälle**“ erlangt. Hier geht es um die Frage, ob derjenige, der die Gefahr durch eine strafbare Handlung geschaffen hat (zB durch Brandstiftung), für den Tod derjenigen Person (zB Feuerwehrmann) haftet, die sich um die Abwehr der Gefahr bemüht hat. Hier ist zu differenzieren: Berufsmäßige Retter sind von Rechts wegen zum Einsatz verpflichtet und in ihrer Entscheidung daher gerade nicht frei.²⁹³ Dagegen haftet der Täter nicht für den Tod von Personen, die weder zur Gefahrenabwehr verpflichtet sind, noch aus einer notstandsähnlichen Zwangslage heraus handeln; Heldentum führt nicht zur Zurechnung.²⁹⁴ Darüber hinausgehend bejaht die Rspr. die Zurechnung immer dann, wenn der Täter ein einsichtiges Motiv für die gefährliche Rettungsmaßnahme geschaffen und der Rettungsversuch nicht offensichtlich unvernünftig ist.²⁹⁵

Nach denselben Grundsätzen entfällt die Zurechnung, wenn das Opfer eine mögliche **Schadensabwendung** (zB durch ärztliche Hilfe) in voller Kenntnis der Gefahr **ablehnt**.²⁹⁶ Die Rspr. schließt hier die Zurechnung erst dann aus, wenn die Weigerung „offensichtlich unvernünftig“ war.²⁹⁷

b) Einverständliche Fremdgefährdung. Von der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung werden die Fälle unterschieden, in denen sich jemand in dem Bewusstsein des Risikos der gefährlichen Handlung eines anderen aussetzt. Ein Beispiel ist der bereits vom RG entschiedene „Memel-Fall“, in dem das spätere Opfer den Fährmann drängte, ihn trotz stürmischen Wetters in einem Boot über die Memel überzusetzen.²⁹⁸ Aktuelle Fälle finden sich vor allem im Straßenverkehr, so etwa die Mitfahrt mit einem alkoholisierten Fahrer (→ § 315c Rn. 27) oder das „Auto-Surfen“ (→ § 315b Rn. 17). Die Abgrenzung und Bedeutung dieser Fallgruppe ist umstritten und wirft im Einzelfall Probleme auf, so etwa beim einverständlichen ungeschützten Geschlechtsverkehr mit einem HIV-Infizierten.²⁹⁹ Übli-

²⁸⁷ *Matthes-Wegfraß* S. 77 ff. et passim; *Schönke/Schröder/Eisele* Rn. 101; *Radtke* FS Puppe, 2011, 837 f.; *Jescheck/Weigend* S. 288; *Kühl* § 4 Rn. 86; *WBS* Rn. 260.

²⁸⁸ *Grünwald* GA 2012, 364 f.; insofern ist die Verurteilung des Dealers nach § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG konsequent. Die Kritik an BGHSt 37, 179 ff. = NJW 1991, 307; 46, 279 (284) = NJW 2001, 1802 richtet sich daher vor allem gegen die Bestimmung des Rechtsguts des § 30 BtMG, vgl. *Hoyer* StV 1993, 128 f.; *Roxin* AT/I § 11 Rn. 112; dagegen der Rspr. zust. *Beulke/Schröder* NStZ 1991, 393 ff.; *Rudolphi* JZ 1991, 572 ff.; einschränkend für die Überlassung von Betäubungsmitteln zu einem freien Suizid BGH NStZ 2001, 324 (327) mablAnm *Duttge* NStZ 2001, 546 ff.

²⁸⁹ S. *Walther* S. 220 ff. entgegen BGH NStZ 1984, 452; 1985, 319 (320) mablAnm *Roxin*; anders nunmehr BGHSt 46, 279 (290) = NJW 2001, 1802.

²⁹⁰ Vgl. auch BGH NStZ 1986, 266 (267); AG Saalfeld NStZ 2006, 100 f.; zT abw. *Roxin* AT/I § 11 Rn. 114.

²⁹¹ S. BGHSt 32, 262 (265) = NJW 1984, 1469; 36, 1 (17) = NJW 1989, 781; 49, 34 (39) = NJW 2004, 1054; BGH NStZ 2011, 341 f.; *Frisch*, 1988, S. 211 ff.; *Walther* S. 100 ff.; *Fischer* Rn. 36b; *Roxin* AT/I § 11 Rn. 113; krit. NK-StGB/*Puppe* Rn. 197; *Schönke/Schröder/Eisele* Rn. 101e. Anders aber BGHSt 53, 288 (290) = NJW 2009, 2611 f.

²⁹² Vgl. OLG Naumburg NStZ-RR 1996, 229 (231 f.); *Walther* S. 82. Unter dieser Zusatzannahme lässt sich wohl auch BGHSt 53, 388 halten.

²⁹³ *Biewald* S. 201 ff.; *Radtke/Hoffmann* GA 2007, 211 ff.; *Roxin* FS Puppe, 2011, 913 f.; *Schönke/Schröder/Eisele* Rn. 101f; iE auch *Strasser* S. 230 ff.; aA *Diel* S. 245 f.; *Matthes-Wegfraß* S. 235; *Stuckenberg* FS *Roxin*, 2011, 411 (418 ff.).

²⁹⁴ S. *Strasser* S. 221 ff., 238 ff.; *Bernsman/Zieschang* JuS 1995, 775 (779); *Jakobs* ZStW 89 (1977), 1 (33); *Otto* FS E. A. Wolff, 1998, 411 f.; *Radtke/Hoffmann* GA 2007, 215 ff.; *Roxin* FS Puppe, 2011, 915 ff., 923 f.

²⁹⁵ BGHSt 39, 322 (325 f.) = NJW 1994, 205 mAnm *Alwart* NStZ 1994, 84 und *Amelung*, 338; OLG Stuttgart NStZ 2009, 331; ebenso MüKoStGB/*Freund* Rn. 425; NK-StGB/*Puppe* Rn. 186 f.; krit. *Derksen* NJW 1995, 240 f.

²⁹⁶ *Otto* FS Lampe, 2003, 510; *Kindhäuser* StGB Rn. 151; LK-StGB/*Walter* Rn. 120; *Roxin* AT/I Rn. 118; s. auch *Frisch*, 1988, S. 446 ff.

²⁹⁷ Vgl. BGH NStZ 1994, 394; OLG Celle NJW 2001, 2816 f. mablAnm *Walther* StV 2002, 367 ff.

²⁹⁸ RGSt 57, 172 ff.

²⁹⁹ Vgl. BayObLG NJW 1990, 132 mzustAnm *Dölling* JR 1990, 474 ff.; s. ferner *Hellmann* FS *Roxin*, 2001, 273; LK-StGB/*Walter* Rn. 130 ff.; gegen die „relative Willkürlichkeit der phänomenologischen Konstellationen“ *Frisch*,

cherweise zieht man die Grenze analog der Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme (näher → Vor § 25 Rn. 2 ff.).³⁰⁰

- 124 Nach der früheren **Rspr.** wurde die Zurechnung in diesen Fällen dann ausgeschlossen, wenn der Täter keine Sorgfaltspflicht verletzt hat.³⁰¹ Das führt jedoch gerade im Straßenverkehr nicht zu überzeugenden Lösungen, denn die Verkehrsregeln liegen nicht im ausschließlichen Interesse des Opfers.³⁰² Nach aA sollen diese Fälle nicht mehr im Schutzbereich des Tatbestands liegen, wenn sie einer Selbstgefährdung in allen relevanten Aspekten gleichen.³⁰³ In der Sache handelt es sich jedoch um eine vergleichbare Konstellation wie bei einer rechtfertigenden Einwilligung in einen (vorsätzlichen) Eingriff in die eigene Rechtssphäre.³⁰⁴
- 125 Daher gelten grundsätzlich dieselben **Kriterien wie bei einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung** (→ Rn. 120): Das zurechnungsfähige Opfer muss das Risiko im selben Maß übersehen wie der Gefährdende und der Schaden muss die Folge des bewusst und freiwillig eingegangenen Risikos sein.³⁰⁵ Daher lag in folgendem Fall keine einverständliche Fremdgefährdung vor: Das spätere Opfer fuhr bei einem Täter, der keine Fahrerlaubnis hatte, auf dem Motorrad mit. Diesen Umstand kannte das Opfer auch, aber es wusste nicht, dass die Bremsen des Motorrades nicht funktionierten.³⁰⁶ Eine im Hinblick auf die Autonomie problematische Grenze für den Zurechnungsausschluss zieht die Rspr. durch die Anwendung der §§ 216, 228 auf Handlungen, die den Betroffenen in die konkrete Gefahr des Todes bringen.³⁰⁷
- 126 **c) Nachfolgendes Verhalten von Dritten.** Während die Eigenverantwortlichkeit des Opfers bei der Selbst- und bei der Fremdgefährdung als maßgeblicher Wertungsgesichtspunkt angesehen wird, spielt die Eigenverantwortlichkeit bei Fehlverhalten dritter Personen keine Rolle. Wer etwa sorglos eine Schusswaffe herumliegen lässt, macht sich nicht wegen fahrlässiger Tötung strafbar, wenn ein anderer sich damit selbst erschießt (→ Rn. 119), wohl aber, wenn der andere – vorsätzlich oder fahrlässig – eine weitere Person tötet.³⁰⁸ Diese Lösung wurzelt in dem Grundgedanken der objektiven Zurechnung, die die Äquivalenz der Bedingungen durch die Äquivalenz der unerlaubten Risiken ersetzt (→ Rn. 98 ff.). Zwar könne die Gefahrschaffung durch die eigenverantwortliche Zustimmung des Opfers legitimiert werden, aber eben nur im Hinblick auf das Opfer selbst, nicht aber zu Lasten von Dritten.³⁰⁹ Ein Zurechnungsausschluss bei nachfolgendem fremdem Fehlverhalten lässt sich demnach nur auf zwei Wegen begründen: Entweder stellt die Ermöglichung des fremden Fehlverhaltens noch kein unerlaubtes Risiko dar (→ Rn. 101 ff.), oder das fremde Fehlverhalten fällt nicht unter den Schutzzweck der Norm (→ Rn. 111). Hierbei lassen sich zwei Konstellationen unterscheiden:
- 127 Bei der **mittelbaren Risikoschaffung** ermöglicht der Ersthandelnde die Verletzungshandlung durch eine andere Person. Nach dem von der Rspr. für den Straßenverkehr entwickelten **Vertrauensgrundsatz** darf jeder Verkehrsteilnehmer grundsätzlich darauf vertrauen, dass sich andere Verkehrsteilnehmer an die Verkehrsregeln halten. Diese Vermutung gilt nicht bei Personen, die aufgrund ihres Alters oder ihrer Konstitution nicht dazu in der Lage sind (zB Kinder, alte oder gebrechliche Personen), sowie in Situationen, in denen konkrete Anhaltspunkte dafür erkennbar

1988, S. 116 f., 149 f. et passim; *M.-K. Meyer*, Ausschluss der Autonomie durch Irrtum, 1984, S. 141 ff.; *Otto FS Tröndle*, 1989, 170; s. auch *Derksen* S. 240 f.; *Fiedler* S. 153 ff.; *Puppe* ZIS 2007, 249 f.; hiergegen wiederum zutr. *Grünevald GA* 2012, 366 f.

³⁰⁰ *Matthes-Wegfräß* S. 220 ff.; *Walther* S. 172 ff.; *Duttge FS Otto*, 2007, 244; *Fischer* Rn. 37; s. auch BGHSt 49, 34 (39) = NJW 2004, 1054; 49, 166 (169 ff.) = NJW 2004, 2458; BGH NJW 2003, 2326 (2327); StV 2014, 601; krit. *Murmann*, 2005, S. 336 ff., 382 f.

³⁰¹ S. BGHSt 4, 88 (93) = NJW 1953, 912; 7, 112 (115) = NJW 1955, 472; ebenso *Geppert ZStW* 83 (1971), 947 (994 ff.); *Frisch JuS* 2011, 119 f.; dagegen *Hellmann FS Roxin*, 2001, 273 f.

³⁰² *Roxin AT/I* § 11 Rn. 123.

³⁰³ So *Roxin AT/I* § 11 Rn. 123; ebenso OLG Zweibrücken JR 1994, 519 f. mkritAnm *Dölling*; *Hellmann FS Roxin*, 2001, 282 ff.

³⁰⁴ Ebenso *Murmann*, 2005, S. 427 ff.; *Beulke FS Otto*, 2007, 214 ff.; *Fischer* Rn. 37a; wohl auch *Frisch NSTZ* 1992, 66 f.; abl. *Hellmann FS Roxin*, 2001, 274 ff.

³⁰⁵ *Hellmann FS Roxin*, 2001, 284; *Otto FS Tröndle*, 1989, 174; *Roxin AT/I* § 11 Rn. 124; vgl. auch BGH StV 2014, 601 (602).

³⁰⁶ RG JW 1925, 2250; zum umgekehrten Fall des „Selbstmordes in mittelbarer Täterschaft“ s. BGH NJW 2003, 2326; OLG Nürnberg NJW 2003, 454 mablAnm *Engländer* JZ 2003, 747 f.; abl. auch *Roxin FS Otto*, 2007, 441 ff.; dagegen den Entscheidungen zust. *Herzberg NSTZ* 2004, 1 ff. und *Küpper JuS* 2004, 757 (759 f.).

³⁰⁷ S. BGHSt 49, 166 (175) = NJW 2004, 2458 (2460) mAnm *Hirsch* JR 2004, 475 ff. und *Arzt* JZ 2005, 103 f.; 53, 55 (62 ff.) = NJW 2009, 1155 (mkritAnm *Kühl*) insoweit in Abkehr von der früheren, noch strengeren Rspr., vgl. BGHSt 4, 88 (93) = NJW 1953, 912 (913); 7, 112 (114) = NJW 1955, 472. Nach OLG Düsseldorf NSTZ-RR 1997, 325 (327) m. Bespr. *Saal NZV* 1998, 49 (53 f.); *Dölling GA* 1984, 90 ff. kommt es darauf an, ob der Wert der mit der Gefährdung verfolgten Zwecke den in der Lebensgefährdung liegenden Unwert überwiegt. Mit Recht krit. *Duttge FS Otto*, 2007, 230 ff.; *Grünevald GA* 2015, 375 f.; *Murmann FS Puppe*, 2011, 781 ff.; *Roxin AT/I* § 11 Rn. 134 f.

³⁰⁸ Vgl. R.GSt 34, 91 ff.

³⁰⁹ So die Kritik an einem Regressverbot von *Schmoller FS Triffiterer*, 1996, 244 ff.; dagegen im Grundsatz wie hier *Schönke/Schröder/Eisele* Rn. 101 und 101a.

sind, dass der Andere die Verkehrsregeln nicht beachtet (zB erkennbare Vorfahrtsverletzung).³¹⁰ Dieser Grundsatz wird auf alle Bereiche der Arbeitsteilung (Beruf, Wirtschaftsleben) übertragen; er kann als allgemeine Regel für das soziale Zusammenleben überhaupt angesehen werden.³¹¹ Ergänzt wird der Vertrauensgrundsatz durch das **Verantwortungsprinzip**, demzufolge jeder grundsätzlich nur für seine eigenen Handlungen und nicht für das Verhalten anderer verantwortlich ist.³¹² In zwei Fällen soll sich jemand jedoch nicht auf die Selbstverantwortung berufen können: wenn er Garant für die bedrohte Rechtssphäre ist (näher → § 13 Rn. 51 ff.)³¹³ oder wenn sich deliktisches Verhalten eines anderen aufdrängt.³¹⁴ Noch weitergehend lässt die Rspr. hier bereits die bloße Vorhersehbarkeit genügen.³¹⁵

Kritik: Die Gleichsetzung von Sorgfaltswidrigkeit und unerlaubter Verursachung widerspricht dem Gesetz. So setzt die Strafbarkeit von Anstiftung oder Beihilfe voraus, dass der Teilnehmer eine unerlaubte Gefahr für die von der Haupttat angegriffene Rechtssphäre schafft. Trotzdem wird ihm der Erfolg der Haupttat nicht zugerechnet, denn es handelt sich – im Einklang mit der hL – bei den §§ 25 ff. eben nicht um bloße Strafzumessungsregeln.³¹⁶ Mit dem restriktiven Täterbegriff ist eine derart weite Zurechnung nicht vereinbar.³¹⁷ Stattdessen kann ein unerlaubtes Verhalten nur unter den Voraussetzungen des § 25 (auch → Vor § 25 Rn. 28 f.) oder bei Verletzung einer Garantspflicht die Zurechnung – und damit Täterschaft – begründen. Das führt vor allem im Bereich der fahrlässigen Delikte zu einer deutlichen Einschränkung der Strafbarkeit.³¹⁸

Bei der **unmittelbaren Risikoschaffung** begründet bereits die Ersthandlung für sich genommen das Risiko einer Verletzung, die jedoch erst im Zusammenhang mit einem fehlerhaften Gefahrabwendungsversuch eines anderen eintritt. Hier differenziert die hL nach dem Grad des Verschuldens. Mit leichter und mittlerer Fahrlässigkeit müsse man immer rechnen, nicht dagegen mit grober Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz.³¹⁹ Demgegenüber kommt es unabhängig vom Verschuldensgrad darauf an, ob sich die Ausgangsgefahr realisiert hat (zB bei unzureichender ärztlicher Versorgung aufgrund einer Fehldiagnose) – dann Zurechnung³²⁰ – oder ob durch das nachfolgende Verhalten ein neues Risiko geschaffen wurde. So verhielt es sich etwa in dem Fall des Lkw-Fahrers, der wegen einer Fahrt mit unbeleuchteter Rückseite von der Polizei angehalten und verwahrt wurde. Da die Polizeibeamten die – neue – Gefahr eines Auffahrunfalls auf den am Straßenrand abgestellten Lkw geschaffen hatten, waren sie für eine ordnungsgemäße Absicherung verantwortlich.³²¹ Sofern die Verletzung erst auf der neu begründeten Gefahr beruht, richtet sich die Zurechnung nach den Regeln des § 25. Demnach ist der Ersthandelnde insbesondere dann verantwortlich, wenn er durch seine Handlung die Schaffung der Zweitgefahr gewissermaßen erzwungen hat (Beispiele: Unfalltod des lebensgefährlich verletzten Opfers bei einer Hochgeschwindigkeitsrettungsfahrt ins Krankenhaus; Tod des Opfers infolge einer aufgrund einer fehlerhaften Erstoperation notwendigen Zweitoperation).³²²

³¹⁰ BGHSt 7, 118 ff. = NJW 1954, 1493; Roxin AT/I § 24 Rn. 21 ff.; ferner → § 15 Rn. 43.

³¹¹ Vgl. OLG Stuttgart NSStZ 1997, 190 f. (mit Einschränkung bei sicherungspflichtigen Gegenständen) mAnm Gössel JR 1997, 519 ff.; ebenso MüKoStGB/Freund Rn. 413; s. ferner zur Arbeitsteilung bei medizinischen Eingriffen: BGHSt 43, 306 (310 f.) = NJW 1998, 1802; BGH NJW 1980, 649 f.; MedR 2007, 304; OLG Naumburg MedR 2005, 232; Stratenwerth FS Schmidt, 1961, 392 ff.; im Baugewerbe: BGH NJW 2009, 240 ff.; Kraatz JR 2009, 182 ff.

³¹² OLG Rostock NSStZ 2001, 199 (200); Renzikowski S. 67 ff.; Zaczyk S. 18 ff.; Otto FS Lampe, 2003, 498 f.; Schönke/Schröder/Eisele Rn. 101; Kühl § 4 Rn. 84; abl. Schmoller FS Triffterer, 1996, 244 ff.; NK-StGB/Puppe Rn. 178 ff., 246.

³¹³ Vgl. Freund S. 228 ff.; Wehrle S. 101 ff.

³¹⁴ Roxin FS Tröndle, 1989, 190 ff.; Kühl § 4 Rn. 49; s. ferner Frisch, 1988, S. 280 ff., 295 ff. („deliktischer Sinnbezug“); krit. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele § 10 Rn. 1162; SK-StGB/Hoyer Anh. zu § 16 Rn. 55 ff.

³¹⁵ BGH NSStZ 1992, 333 (335); 2001, 29 f.; JR 2013, 34 (36 f.) mAnm Berster ZIS 2012, 623; Krey/Esser AT Rn. 354.

³¹⁶ So aber Frisch, 1988, S. 302 f.; demgegenüber plädiert Maiwald FS Miyazawa, 1995, 480 f. für eine Übertragung der Beteiligungsformenlehre in die objektive Zurechnung.

³¹⁷ Hruschka ZStW 110 (1998), 582 ff.; s. auch Diel S. 315 ff.; Schumann S. 42 f.; LK-StGB/Walter Rn. 109.

³¹⁸ Näher dazu Renzikowski S. 261 ff.; s. ferner Schumann S. 107 ff.; Sutschet S. 213 ff.; Jäger FS Schroeder, 2006, 241 (250 ff.); Otto FS Lampe, 2003, 499 ff.; Schönke/Schröder/Eisele Rn. 101j; in eine ähnliche Richtung gehen die Ansätze von Otto FS Spindel, 1992, 276 ff.; ders. FS E. A. Wolff, 1998, 404 f. und Diel S. 305 ff., die auf die „Steuerbarkeit“ des Geschehens abstellen. Zutr. hat daher OLG Stuttgart NSStZ 2009, 331 ff. mabAnm Puppe die Verantwortlichkeit des Brandstifters für den Tod der Feuerwehrleute infolge des Verschuldens der Einsatzleitung verneint.

³¹⁹ OLG Celle NJW 1958, 271 f.; Burgstaller FS Jescheck, 1985, 363 ff.; Schönke/Schröder/Eisele Rn. 102b; Krey/Esser AT Rn. 344; iE auch Strasser S. 126 ff., 130 ff.; zT abw. Roxin AT/I § 11 Rn. 143.

³²⁰ OLG Stuttgart JZ 1980, 618 (620); Renzikowski S. 109 f., 271; insoweit auch Schmoller FS Triffterer, 1996, 232 ff.; Roxin AT/I § 11 Rn. 142; dagegen Frisch, 1988, S. 428 ff.; Strasser S. 96 ff.; Otto FS E. A. Wolff, 1998, 409; NK-StGB/Puppe Rn. 248 ff.; Schönke/Schröder/Eisele Rn. 102a.

³²¹ Entgegen BGHSt 4, 360 ff. = NJW 1954, 41; LK-StGB/Walter Rn. 110; iE wie hier Roxin AT/I § 11 Rn. 137.

³²² Vgl. BGH JR 1989, 382 m. Bespr. von Krümpelmann JR 1989 353; ebenso Namias S. 152 f. sowie das „Durchgängigkeitsfordernis“ von Puppe ZStW 99 (1987), 610 f.

§ 13 Begehen durch Unterlassen

(1) Wer es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.

(2) Die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

Schrifttum: *Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; *Arzt*, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, 712; *Baier*, Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs- oder Schuldfähigkeit – Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der *omissio libera in causa*, GA 1999, 272; *Bärwinkel*, Die Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968; *Benau/Rau/Zschieschak*, Die Übernahme einer Betreuung – ein straf- und zivilrechtliches Haftungsrisiko?, NJW 2008, 3756; *Beulke/Bachmann*, Die Ledersprayentscheidung – BGHSt 37, 106, JuS 1992, 737; *Beulke/Sowoda*, Beschützergarant Jugendamt. Zur Strafbarkeit von Mitarbeitern des Jugendamts bei Kindstod, Kindesmisshandlung oder -missbrauch innerhalb der betreuten Familie, FS Gössel, 2002, 73; *Blei*, Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen, FS. H. Mayer, 1966, 199; *Bloy*, Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978), 609; *ders.*, Anstiftung durch Unterlassen, JA 1987, 490; *Bosch*, Organisationsverschulden im Unternehmen, 2002; *Botke*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen *de lege lata*, 1994; *Böhm*, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungspflichten, 1957; *Böse*, Die Garantenstellung des Betriebsbeauftragten, NStZ 2003, 636; *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986; *ders.*, Strafrechtliche Rückrufpflichten bei fehlerhaften Produkten?, GA 1993, 110; *ders.*, Bemerkungen zur mittelbaren Unterlassungstäterschaft – Eine Ergänzung zu BGHSt 40, 257, NStZ 2000, 337; *ders.*, Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Garantenpflichten, GA 2002, 193; *Bringewat*, Kommunale Jugendhilfe und strafrechtliche Garantenstellung, NJW 1998, 944; *Bruns*, Zur Auslegung des § 13 Abs. 2 StGB, FS Tröndle, 1989, 125; *Czerner*, Das Abstellen des Respirators an der Schnittstelle zwischen Tun und Unterlassen bei der Sterbehilfe, JR 2005, 94; *G. Dannecker/E. Dannecker*, Die „Verteilung“ der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen, JZ 2010, 981; *Dencker*, Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung, FS Stree/Wessels, 1993, 159; *Duttge*, Der Alternativ-Entwurf-Sterbebegleitung (AE-StB) 2005 – Ziel erreicht oder bloße Etappe auf dem langen Weg zu einer Gesamtregelung?, GA 2006, 573; *Engisch*, Tun und Unterlassen, FS Gallas, 1973, 163; *ders.*, Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe, FS Dreher, 1977, 309; *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., 1832; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen – Zu den Legitimitätsbedingungen von Schuldspruch und Strafe, 1992; *ders.*, Erlöschen strafrechtlicher Garantenpflichten bei Ehegatten, NJW 2003, 3384; *ders.*, Verdeckungsmord durch Unterlassen?, NStZ 2004, 123; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; *Gallas*, Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960, 686; *ders.*, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989; *Geilen*, Garantenpflichten aus ehelicher und ehelähnlicher Gemeinschaft, FamRZ 1961, 147; *Gimbernat Ordeig*, Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht, FS Roxin, 2001, 651; *Göhler*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb ergangenen Zuwiderhandlungen, FS Dreher, 1977, 611; *Gössel*, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW 96 (1984), 321; *Grünevald*, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, 2001; *Grünevald*, Das unechte Unterlassungsdelikt, 1957; *ders.*, Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, FS H. Mayer, 1966, 281; *ders.*, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, 410; *Gropp*, Die „Pflichtenkollision“: weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision, FS Hirsch, 1999, 207; *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002; *ders.*, Kausalität, FS Kirchhof, Bd. II, 2013, 1363; *ders.*, Strafbarkeit wegen (versuchten) Totschlags durch Manipulation von Patientendaten im Bereich der Leberallokation?, HRRS 2016, 384; *Hecker*, „Wilde“ Müllablagerungen Dritter als Problem der abfallstrafrechtlichen Unterlassungshaftung, NJW 1992, 873; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *ders.*, Täterschaft und Teilnahme, 1977; *Hilgenhof*, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Ledersprayurteils, NStZ 1994, 564; *Hillenkamp*, Garantenpflichtwidriges Unterlassen nach vorsätzlichem Tatbeginn?, FS Otto, 2007, 287; *Hirsch*, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, FS Lackner, 1987, 597; *Hoven*, Ingerenz und umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum, GA 2016, 16; *Hruschka*, Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung, GA 1968, 193; *ders.*, Rettungspflichten in Notstandssituationen, JuS 1979, 385; *Iburg*, Zur Unterlassungstäterschaft im Abfallstrafrecht bei „wildem“ Müllablagerungen, NJW 1988, 2338; *Ingelfinger*, Zeitliche Grenzen ehelicher Garantenpflichten, NStZ 2004, 409; *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1992; *ders.*, Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, FG 50 Jahre BGH, 2000, 29; *Jasch*, Übernahme von Garantenpflichten aus Ingerenz, NStZ 2005, 8; *Jäger*, Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, ZStW 115 (2003), 765; *Jescheck*, Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte in neueren Strafgesetzentwürfen, FS Tröndle, 1989, 795; *Kahlo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990; *Kargl*, Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen, GA 1999, 459; *ders.*, Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Betrug durch Schweigen, ZStW 119 (2007), 250; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989; *Köbel*, Objektive Zurechnung beim unechten Unterlassen, JuS 2006, 309; *Krause*, Verfolgungspflicht bei privater Kenntnis und Strafreitelung, JZ 1984, 548; *Kuhlen*, Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte, NStZ 1990, 568; *ders.*, Die Pflicht zum Rückruf in der strafrechtlichen Produkthaftung, FS Eser, 2005, 359; *Kühl*, Die strafrechtliche Garantenstellung – Eine Einführung m. Hinweisen zur Vertiefung, JuS 2007, 497; *Küper*, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, 474; *ders.*, Grund und Grenzen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979; *ders.*, Grundsatzfragen der Differenzierung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, 81; *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990; *Lampe*, Ingerenz oder dolus subsequens, ZStW 72 (1960), 93; *Langer*, Zum Begriff der „besonderen persönlichen Merkmale“, FS Lange, 1976, 241; *ders.*, Die Sonderstraftat, 2. Auflage, 2007; *Laubenthal*, Strafrechtliche Garantenhaftung von Polizisten und außerdienstliche Kenntniserlangung – BGH, NJW 1993, 544, JuS 1993, 907;

ders., Privates Wissen und strafrechtliche Verantwortlichkeit von Polizeibeamten, FS Weber, 2004, 109; *Lermann*, Die fakultative Strafrahmenermilderung für die unechten Unterlassungsdelikte, GA 2008, 78; *Lilie*, Garantenstellungen für nahestehende Personen, JZ 1991, 541; *Luden*, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht, 2. Bd., 1840; *Maiwald*, Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 1981, 473; *Meinberg*, Amtsträgerstrafbarkeit bei Umweltschäden, NJW 1986, 2224; *Merkel*, Die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikten, FS Herzberg, 2008, 193; *Mommsen*, Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten, 2006; *Mosenheuer*, Unterlassen und Beteiligung, 2009; *Murmann*, Beteiligung durch Unterlassen, FS Beulke, 2015, 181; *Nestler*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Bürgermeisters für Gewässerverunreinigungen des Bürgers, GA 1994, 514; *Neumann*, Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen, FS Roxin, 2001, 421; *Ostendorf*, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1981, 166; *Otto*, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, FS Maurach, 1972, 92; *ders.*, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, FS Spindel, 1992, 271; *ders.*, Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen, Jura 1998, 413; *ders.*, Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte, FS Hirsch, 1999, 291; *ders.*, Ingerenz und Verantwortlichkeit, FS Gössel, 2002, 99; *ders.*, Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs als Problem der Verantwortungszuschreibung, FS Lampe, 2003, 491; *ders.*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen, FS Schroeder, 2006, 339; *Otto/Brammsen*, Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens, Jura 1985, 592; *Pawlik*, Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten, ZStW 111 (1999), 335; *Puppe*, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), 863; *Ranft*, Garantpflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung, ZStW 94 (1982), 815; *ders.*, Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten, JZ 1987, 914; *ders.*, Bemerkungen zu Täterschaft und Teilnahme durch garantiepflchtig-widriges Unterlassen, FS Otto, 2007, 403; *Ransiek*, Das unechte Unterlassungsdelikt, JuS 2010, 490; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997; *Rogall*, Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG), ZStW 98 (1986), 573; *Roxin*, Zur Kritik an der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), 515; *ders.*, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, FS Engisch, 1969, 381; *ders.*, Die Entsprechungsklausel beim unechten Unterlassen, FS Lüderssen, 2002, 577; *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966; *ders.*, Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen, FS Dünnebieber, 1982, 561; *ders.*, Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantenstellungen?, NSStZ 1984, 149; *ders.*, Primat des Strafrechts im Umweltschutz?, NSStZ 1984, 193; *Samson*, Begehung und Unterlassung, FS Welzel, 1974, 579; *ders.*, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, StV 1991, 182; *Sangenstedt*, Garantenstellung und Garantspflicht von Amtsträgern, 1989; *Schaal*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen, 2001; *Schall*, Umweltschutz durch Strafrecht: Anspruch und Wirklichkeit, NJW 1990, 1263; *ders.*, Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, FS Rudolphi, 2004, 267; *Schmakowski*, Die Garantenstellung aus Verantwortung für gefährliche Sachen, 2017; *Schneider*, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1997; *Schöne*, Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafrecht, 1974; *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; *ders.*, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, wistra 1982, 41; *ders.*, Die Unterlassungsdelikte, ZStW 96 (1984), 287; *ders.*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, 341; *ders.*, Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Gewässerstrafrecht, wistra 1986, 235; *ders.*, Unternehmenskriminalität, FG 50 Jahre BGH, 2000, 621; *ders.*, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, FS Amelung, 2009, 577; *Seebode*, Zur gesetzlichen Bestimmtheit des menschlichen Unterlassungsdelikts, FS Spindel, 1992, 173; *Seelmann*, Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantienpflichtdogmatik, GA 1989, 241; *Schröder*, Die so genannte Rückkehrpflicht bei § 142 StGB, NJW 1966, 1002; *Steber*, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der „passiven“ Gesprächsteilnahme, JZ 1983, 431; *Stein*, Garantienpflichten aufgrund vorsätzlich-pflichtwidriger Ingerenz, JR 1999, 265; *Stoffers*, Die Formel „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?, 1992; *ders.*, Die vorrechtlich-ontologische Unterscheidung der Verhaltensformen positiven Tuns und Unterlassens, GA 1993, 262; *Stratenwerth*, Bemerkungen zum Begriff der Risikoerhöhung, FS Gallas, 1983, 227; *Stree*, Garantenstellung kraft Übernahme, FS H. Mayer, 1966, 145; *ders.*, Ingerenzprobleme, FS Klug, Bd. II, 1983, 395; *ders.*, Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten, FS Lenckner, 1998, 393; *Struensee*, Handeln und Unterlassen, Begehung- und Unterlassungsdelikt, FS Stree/Wessels, 1993, 133; *Tag*, Nichtanzeige geplanter Straftaten, unterlassene Hilfeleistung oder Freispruch?, JR 1995, 133; *Toepel*, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992; *Tröndle*, Verwaltungshandeln und Strafverfolgung – konkurrierende Instrumente des Umweltrechts?, GS K. Meyer, 1990, 607; *Vérrel*, Der Anstaltsleiter als Garant für die Verfolgung von Straftaten während des Strafvollzugs?, GA 2003, 595; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993; *ders.*, Die versuchte „passive Sterbehilfe“ nach BGH, MDR 1995, 80, MDR 1995, 337; *Völk*, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, FS Tröndle, 1989, 219; *Weber*, Garantenstellung kraft Sachherrschaft? Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit für beleidigende Parolen auf Sachen, FS Oehler, 1985, 83; *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968; *Wilhelm*, Verdeckungsmord durch Unterlassen nach bedingt vorsätzlicher Tötungshandlung – Besprechung von BGH, Urteil vom 12.12.2000 – 4 StR 297/02, NSStZ 2005, 177; *Winkelbauer*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht, NSStZ 1986, 149; *Winter*, Der Abbruch rettender Kausalität, 1999; *Zaczek*, Zur Garantenstellung von Amtsträgern, FS Rudolphi, 2004, 361.

Übersicht

	Rn.
I. Grundlagen	1
1. Unechtes Unterlassen als Zurechnungsfigur	1
2. Anwendungsbereich	3
3. Verfassungsmäßigkeit	6
II. Abgrenzung von Tun und Unterlassen	7
1. Abgrenzungsnotwendigkeit	7
2. Vertretene Abgrenzungstheorien	8

	Rn.
3. Maßgebliche Abgrenzungsregeln	12
a) Verhaltensnormebene	12
b) Rechtszuweisungsebene	14
c) Konkurrenzebene	24
III. Verbrechenselemente des unechten Unterlassungsdelikts	25
1. Tatbestand	24
a) Objektive Voraussetzungen	24
b) Subjektive Voraussetzungen	44
2. Rechtswidrigkeit	48
3. Schuld	49
IV. Einzelne Garantenstellungen	50
1. Allgemeines	50
a) Rechtsquellen	50
b) Systematik	53
c) Materielle Anforderungen	55
2. Sicherungsgarantenstellungen	56
a) Verantwortlichkeit für sachliche Gefahrenquellen	56
b) Verantwortlichkeit für rechtswidriges Verhalten Dritter	70
c) Verantwortlichkeit für vorangegangenes Tun	75
d) Verantwortlichkeit aus tatsächlicher Übernahme	88
3. Beschützergarantenstellungen	96
a) Verantwortlichkeit aufgrund familiärer Verbundenheit	96
b) Verantwortlichkeit aus tatsächlicher Übernahme	104
c) Verantwortlichkeit von Organen juristischer Personen und von Amtsträgern	112
V. Beteiligung durch Unterlassen	124
1. Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme	124
a) Standpunkt der Rspr.	124
b) Tatherrschaftslehre	127
c) (Sonder-)Pflichttheorie	128
d) Differenzierung zwischen Garantenstellungen	129
e) Zurechnungstheorie	130
2. Täterschaft durch Unterlassen	131
a) Unmittelbare Täterschaft	131
b) Mittelbare Täterschaft	132
c) Mittäterschaft	133
3. Teilnahme durch Unterlassen	135
VI. Fakultative Strafrahmilderung des Abs. 2	137
1. Rechtsgrund	137
2. Anwendungsbereich	138
3. Voraussetzungen	140
4. Rechtsfolge	142

I. Grundlagen

- 1 **1. Unechtes Unterlassen als Zurechnungsfigur.** Abs. 1 erweitert die Strafbarkeit im Falle eines Unterlassens: Hat der Täter rechtlich dafür einzustehen, dass der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehörende Erfolg nicht eintritt (**Garantenstellung**), und entspricht sein Unterlassen, diesen Erfolg abzuwenden, dem vom Tatbestand geforderten Tun (**Modalitätenäquivalenz**), darf sich der Täter nicht darauf berufen, den Tatbestand de facto nicht verwirklicht zu haben. Er wird vielmehr de jure so behandelt, als habe er den Erfolg durch aktives Tun herbeigeführt und damit den betreffenden Tatbestand erfüllt. § 13 Abs. 1 ist also eine Rechtsfigur, die eine Rechtsfiktion zu Lasten des Unterlassungstäters statuiert. § 13 Abs. 2 ordnet hingegen zu seinen Gunsten eine **fakultative Strafrahmilderung** an.
- 2 Unter einem **Unterlassen** ist das **Nichtausführen einer Handlung** zu verstehen.¹ Teilw. wird ein normativ erheblicher Unterschied zwischen Begehen und Unterlassen geleugnet.² Dieser Ansicht ist insoweit zu folgen, als in Teilbereichen der Rechtsgrund von Begehungs- und Unterlassungshaftung identisch ist.³ Dies ändert gleichwohl nichts daran, dass die „**ursprüngliche Verbindlichkeit**“ der Bürger darauf beschränkt ist, nicht durch einen Kausalverlauf schädigend auf fremde Rechtssphären einzuwirken (vgl. § 903 BGB).⁴ Da jenseits dieser Verpflichtung grds. jeder Inhaber eines Rechtskreises gemäß dem Grundsatz „Casum sentit dominus“ die ihn betreffenden Schäden zunächst einmal selbst zu tragen hat, bedarf es eines **besonderen Grundes**, warum ausnahmsweise ein Außenstehender für die Verhinderung von Gefährdungen oder Schädigungen fremder Rechtsgüter verantwortlich ist.⁵ Die

¹ Vgl. Schönke/Schröder/Bosch Vor § 13 Rn. 139; LK-StGB/Weigend Rn. 61.

² S. Jakobs, 1992, S. 19 ff., 36 ff.; Kahlo S. 235 ff.; Volk FS Tröndle, 1989, 237.

³ Haas S. 232 ff.; sogar für eine vollständige Kongruenz Jakobs, 1992, S. 36 f.

⁴ Vgl. Feuerbach § 24 S. 50; umfassend dazu Jakobs, 1992, S. 7 ff.

⁵ BGH NJW 2010, 1087 (1090).

Unterscheidung von Begehen und Unterlassen ist somit fundamental. Die begriffsjuristische Fragestellung, ob das Unterlassen die Enttäuschung einer rechtlichen Handlungserwartung und infolgedessen auch die Möglichkeit, die Handlung zu vollziehen,⁶ impliziert, ist hingegen ohne normativen Ertrag.⁷

2. Anwendungsbereich. Nach gängiger Terminologie regelt die Vorschrift das **unechte Unterlassungsdelikt**.⁸ Der **materiellen Theorie** zufolge besteht beim unechten Unterlassungsdelikt das Unrecht der Tat darin, dass der Täter als Garant den tatbestandsmäßigen Erfolg nicht abwendet, m. der Konsequenz, dass das Unterlassen dem Begehen entspricht, während sich der Unrechtsgehalt der Tat beim **echten Unterlassungsdelikt** in der Nichtvornahme der gebotenen Handlung erschöpfen soll.⁹ Historischer Hintergrund dieser Ansicht ist das Theorem, dass beim unechten Unterlassungsdelikt das subjektive Recht eines anderen verletzt wird.¹⁰ Die **formale Theorie** stellt hingegen zur Abgrenzung darauf ab, ob der BT einen entspr. Unterlassungstatbestand enthält oder ob sich die Strafbarkeit nur über Abs. 1 begründen lässt.¹¹

Das **Recht auf Erfolgsabwendung** ist das Essentielle der Garantstellung und damit Voraussetzung der Anwendung des § 13 Abs. 1 iSd materiellen Theorie.¹² Trotz der Begehungsleichheit des Unterlassens verstößt der Täter gegen ein strafrechtliches Handlungsgebot, das das genannte Recht schützt.¹³ Ein **Rückgriff auf Abs. 1** ist indes in Übereinstimmung m. der formalen Theorie **ausgeschlossen**, wenn nach dem Willen des Gesetzgebers schon die einzelnen **Tatbestände** des BT das **Unterlassen** eines Garantens **erfassen**. Mögliche Konsequenzen hat dies für die Anwendung der Strafrahmilderung des Abs. 2 (→ Rn. 137 ff.).

Der Anwendungsbereich wird des Weiteren durch das Merkmal des **Erfolgs** bestimmt. Rechtsprechung¹⁴ und hM in der Lit.¹⁵ lassen im Einklang m. dem Wortlaut unter diesen Begriff das **gesamte tatbestandsmäßige Geschehen** fallen, so dass auch abstrakte Gefährdungsdelikte durch Unterlassen begangen werden können. Nach der Gegenansicht ist m. dem Begriff des Erfolgs nur die **Verletzung** oder die **konkrete Gefährdung des Rechtsguts** gemeint.¹⁶ Sie verweist argumentativ auf die gleiche Formulierung in § 9 Abs. 1 und § 78a S. 2.¹⁷ Diese Ansicht wird durch die Gesetzgebungsgeschichte gestützt. Dieser ist zu entnehmen, dass schlichte Tätigkeitsdelikte nicht durch Unterlassen begangen werden können sollen, weil es sich bei dem tatbestandlichen Verhalten nicht um einen zum Tatbestand gehörenden Erfolg handelt.¹⁸

3. Verfassungsmäßigkeit. Da die materiellen Voraussetzungen der Einstandspflichten in § 13 Abs. 1 gesetzlich nicht näher umschrieben sind, wird in der Lit. teilw. ein **Verstoß** der Vorschrift **gegen Art. 103 Abs. 2 GG** in Erwägung gezogen.¹⁹ Die Gegenauffassung hält eine genauere gesetzliche Beschreibung nicht für möglich bzw. verfassungsrechtlich nicht für geboten.²⁰ Das BVerfG hat eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes ua m. der Begründung verneint, dass das Risiko der Bestrafung aufgrund der langjährigen Rechtsprechungstradition voraussehbar sei.²¹ Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass der Bürger aus dem Gesetz erfahren können soll, welches Verhalten strafbar ist.²² Im Übrigen wurzelt Art. 103 Abs. 2 GG auch im Demokratieprinzip. Dem Mangel, dass die Entscheidung über die Strafbarkeit uU auf den Richter verlagert wird, kann durch eine stRspr nicht abgeholfen werden.

II. Abgrenzung von Tun und Unterlassen

1. Abgrenzungsnotwendigkeit. Es gibt Fälle, in denen zweifelhaft ist, ob die Voraussetzungen des Begehungsdelikts erfüllt sind oder ob es des Rückgriffs auf das Regime der unechten Unterlassungsdelikte bedarf. Die Zuordnung eines Tatgeschehens zu einem dieser beiden Deliktstypen kann nicht

⁶ So Gallas S. 24 ff.; SK-StGB/Stein Vor § 13 Rn. 1; Schönke/Schröder/Bosch Vor § 13 Rn. 139.

⁷ Ebenso LK-StGB/Weigend Rn. 4.

⁸ Fischer Rn. 2; Lackner/Kühl Rn. 1; Schönke/Schröder/Bosch Rn. 1.

⁹ BGHSt 14, 280 (281) = NJW 1960, 1677; Lackner/Kühl/Kühl Rn. 2; Wessels/Beulke/Satzger Rn. 982 f.; vgl. Roxin AT/II § 31 Rn. 17 ff.

¹⁰ Luden S. 219 ff.

¹¹ Armin Kaufmann S. 206 ff., 275 ff.; Schönke/Schröder/Stree/Bosch Vor § 13 Rn. 137.

¹² Vgl. schon Haas S. 229 ff.

¹³ MüKoStGB/Freund Rn. 55, der daher den Begriff des unechten Unterlassens für missglückt hält.

¹⁴ BGHSt 38, 325 (338) = NJW 1992, 3247; 46, 212 (222) = NJW 2001, 624.

¹⁵ Fischer Rn. 3; MüKoStGB/Freund Rn. 219 ff.; Lackner/Kühl/Kühl Rn. 6; SK-StGB/Stein Rn. 4; Schönke/Schröder/Bosch Rn. 3.

¹⁶ Kahlo S. 35; LK-StGB/Weigend Rn. 15; ebenso Jescheck FS Tröndle, 1989, 796 m. Ausnahme der Haupttat bei der Beihilfe.

¹⁷ LK-StGB/Weigend Rn. 15.

¹⁸ BT-Drs. 4/650, 126.

¹⁹ Armin Kaufmann S. 280 ff.; Schöne S. 280, 342, 355; Köhler AT S. 213 f.; m. Ausnahme der gesetzlich und vertraglich begründeten Garantstellungen auch Seebode FS Spindel, 1989, 317.

²⁰ Schönke/Schröder/Bosch § 13 Rn. 5; NK-StGB/Gaede Rn. 3; Roxin AT/II § 31 Rn. 32 f.

²¹ BVerfGE 96, 68 (97 ff.) = NJW 1998, 56; BVerfG NJW 2003, 1030.

²² LK-StGB/Weigend Rn. 19.

offengelassen werden, da gemäß § 13 nur beim unechten Unterlassungsdelikt eine Garantenstellung des Täters erforderlich ist und eine Strafmilderung in Betracht kommt.

- 8 **2. Vertretene Abgrenzungstheorien.** Die bisher ständige Rspr.²³ und ein Teil der Lit.²⁴ greifen zur Beantwortung der Frage, ob ein Tun oder Unterlassen vorliegt, auf den **Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit** zurück. Darüber soll der Tatrichter in **wertender Würdigung** zu befinden haben. Es bedürfe einer normativen Betrachtung unter Berücksichtigung des **sozialen Handlungssinns**,²⁵ der auch von Anhängern der sozialen Handlungslehre für die Abgrenzung fruchtbar gemacht wird.²⁶ Gegen dieses Vorgehen ist einzuwenden, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit erst durch Subsumtion des Sachverhalts unter den Tatbestand ermittelt werden kann.²⁷ Verzichtet man auf die Prüfung, ob die einzelnen Tatbestandsmerkmale verwirklicht sind, wird die Entscheidung über das Vorliegen einer Begehungs- oder Unterlassungstat von einem **irrationalen Gefühlsurteil** abhängig gemacht.²⁸ Insbes. bedeutet die Ansicht des BGH, eine vom Tatrichter unterlassene Würdigung dürfe nicht durch eine eigene des Revisionsgerichts ersetzt werden, wenn eine unterschiedliche Würdigung iErg vertretbar sei,²⁹ dass eine Rechtsfrage als Tatfrage eingeordnet wird. Da dem Tatrichter insoweit ein nur begrenzt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zustehen soll, wird damit dem Angeklagten revisionsrechtlicher Rechtsschutz entzogen.³⁰
- 9 Der BGH hat sich im Fall eines Behandlungsabbruchs **gegen eine wertende Umdeutung** aktiven Tuns in ein Unterlassen ausgesprochen, zugleich jedoch angesichts der dogmatisch fragwürdigen und praktisch kaum durchführbaren Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Verhalten auf die Möglichkeit verwiesen, beim Behandlungsabbruch Tun und Unterlassen rechtlich gleich zu behandeln (auch → Rn. 12, 19).³¹
- 10 In der Lit. wird zur Abgrenzung ua auf das Kriterium der **Körperbewegung**³² oder des **Einsatzes von Energie**³³ abgestellt. Es handelt sich jedoch bei diesem Kriterium nur um eine notwendige, nicht aber um eine hinreichende Bedingung für die Verwirklichung eines Begehungsdelikts.³⁴ Für die Zuordnung zweifelhafter Fälle wird deswegen (zusätzlich) auf das Kriterium der **Kausalität** zurückgegriffen.³⁵ Sofern dieser Standpunkt einen Kausalitätsbegriff impliziert, der auch auf negative Bedingungen bzw. hypothetische Geschehensabläufe zutrifft,³⁶ ist er jedoch zu weit gefasst. Denn ein derartiger Kausalitätsbegriff hätte die Konsequenz, dass er auch Fälle erfassen würde, in denen der Täter lediglich sein Recht ausübt. Mit Hilfe der ohnehin unhaltbaren Kategorie der objektiven Zurechnung könnte die notwendige Restriktion nicht erreicht werden, weil das unerlaubte Risiko nichts anderes ist als die Antizipation des späteren Kausalverlaufs (auch → Rn. 14 ff.).³⁷
- 11 Teilw. wird in der Lit. eine **normative Einschränkung des Kausalitätskriteriums** für unumgänglich gehalten. So soll beim Abbruch eigener Rettungsmaßnahmen trotz der postulierten Existenz einer Kausalrelation ein Begehungsdelikt erst dann anzunehmen sein, wenn die Gebotserfüllung vom Versuchs- in das Vollendungsstadium übergegangen ist, das Rettungsgeschehen in die Opfersphäre eingetreten ist oder wenn das Opfer schon in die Lage versetzt wurde, sich selbst helfen zu können (sog. „**Unterlassen durch Tun**“).³⁸ Das Problem an diesem Standpunkt ist, dass er drei unvereinbare Abgrenzungskriterien miteinander kombiniert.³⁹ Es leuchtet zudem nicht ein, warum die

²³ BGHSt 6, 46 (49) = NJW 1954, 766; 52, 158 (163) = NJW 2008, 1897; 56, 277 (286) = NJW 2011, 2895; 59, 292 (296) = NJW 2015, 96; NSStZ 1999, 607; 2005, 446 (447); StV 2007, 76 (77); NJW 2011, 3528 (3529); 2015, 96 (100); wistra 2016, 152 (153); NJW 2018, 169 (170); NSStZ-RR 2019, 74.

²⁴ Schönke/Schröder/Stree/Bosch Vor § 13 Rn. 158; LK-StGB/Weigend Rn. 7; ebenso Wessels/Beulke/Satzger Rn. 987 unter Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns.

²⁵ BGHSt 6, 46, 46 (59) = NJW 1954, 766; 52, 158 (163) = NJW 2008, 1897; 56, 277 (286) = NJW 2011, 2895; 59, 292 (296) = NJW 2015, 96; BGH NSStZ 1999, 607; 2005, 446 (447); BGH NSStZ 2005, 446 (447); StV 2007, 76 (77); NJW 2011, 3528 (3529).

²⁶ S. nur Bloy ZStW 90 (1978), 613.

²⁷ Roxin ZStW 74 (1962), 417; Haas S. 113 f.; MüKoStGB/Freund Rn. 6.

²⁸ Roxin ZStW 74 (1962), 418; Sieber JZ 1983, 436; Schneider S. 131; Welp S. 418; MüKoStGB/Freund Rn. 5; LK-StGB/Weigend Rn. 6.

²⁹ BGH NSStZ 1999, 607.

³⁰ Haas S. 115; vgl. auch LK-StGB/Weigend Rn. 5, Fn. 12.

³¹ BGHSt 55, 191 (194 ff.) = BGH NJW 2010, 2963.

³² Gössele ZStW 96 (1984), 326 f.; Struensee FS Stree/Wessels, 1993, 143 ff.

³³ Welp S. 111; Engisch FS Gallas, 1973, 175; ders. FS Dreher, 1977, 325; MüKoStGB/Freund Rn. 9; Otto AT § 9 Rn. 2.

³⁴ Haas S. 119 ff.; MüKoStGB/Freund Rn. 10.

³⁵ Bramsen GA 2002, 193; Kargl GA 1999, 475; Stoffers GA 1993, 264; ders., 1992, S. 107 ff.; Grünwald S. 21 ff.; Armin Kaufmann S. 59 ff.; Küpper S. 73 f.; Samson FS Welzel, 1974, 589 ff.

³⁶ So aber Sieber JZ 1983, 484; Kindhäuser S. 90 f.; Toepel S. 93 f.; Samson FS Welzel, 1974, 591; Vogel, 1993, S. 115 ff., S. 175 ff.; Winter S. 73 f.

³⁷ Haas JZ 2016, 719; ders. HRRS 2106, 367.

³⁸ Roxin FS Engisch, 1969, 381 f., 386 f.; ders. AT/II § 31 Rn. 110; ebenfalls zwischen dem Abbruch eigener und fremder Rettungshandlungen diff. Wessels/Beulke/Satzger Rn. 988 ff.

³⁹ Umfassender Nachw. bei Haas S. 126 ff.; vgl. auch Winter S. 90.