

# Unechte Unterlassungsdelikte in der Fallbearbeitung

## A. Einleitung

Unechte Unterlassungsdelikte sanktionieren wie die Begehungsdelikte einen Verstoß gegen ein Verbot. Dennoch ist die Unterscheidung, ob ein Straftatbestand durch aktives Tun oder Unterlassen einer Handlungspflicht verwirklicht wird, von zentraler Bedeutung. Denn während beim Begehungsdelikt grundsätzlich jedermann Täter sein kann, muss der Täter eines unechten Unterlassungsdelikts Garant iSv. § 13 Abs. 1 StGB und damit zur Erfolgsabwendung verpflichtet sein. Es handelt sich um sog. Sonderdelikte.<sup>1</sup> Im Gegensatz zu den echten Unterlassungsdelikten, die schon tatbestandlich einen Verstoß gegen eine *Gebotsnorm* sanktionieren (vgl. etwa: § 323c StGB: „Du sollst bei einem Unglücksfall Hilfe leisten!“), bestrafen die unechten Unterlassungsdelikte die Nichtvornahme einer Rettungshandlung, die zur Abwendung eines *verbotenen* Erfolgseintritts erforderlich wäre.

## B. Aufbauschema

(Gedankliche!) Vorprüfung: Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen

### I. Tatbestandsmäßigkeit

#### 1. Objektiver Tatbestand

- a) Eintritt des tatbestandlichen Erfolges
- b) Unterlassen der gebotenen und möglichen Handlung  
Problem: Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen  
Problem: *omissio libera in causa*
- c) Quasi-Kausalität der unterlassenen Handlung für den konkreten Erfolg
- d) Garantenstellung § 13 Abs. 1 StGB
- e) Objektive Zurechenbarkeit des Erfolges
- f) Modalitätenäquivalenz

#### 2. Subjektiver Tatbestand

### II. Rechtswidrigkeit

### III. Schuld

\* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht der EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden.

<sup>1</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 14 f.

## C. Die Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen

### I. Erfolgseintritt

Für eine Strafbarkeit entsprechend § 13 Abs. 1 StGB ist erforderlich, dass der Täter es unterlässt, den Eintritt eines tatbestandlichen Erfolges abzuwenden. Dies ist bei Erfolgsdelikten, die die Verletzung eines geschützten Rechtsgutes oder den Eintritt einer konkreten Gefährdung bestrafen, wie etwa die § 212 oder § 315c StGB, unproblematisch möglich. Hinsichtlich des abzuwendenden Erfolges wird § 13 StGB überwiegend weit interpretiert, sodass in Rechtsprechung und Schrifttum mehrheitlich davon ausgegangen wird, dass auch abstrakte Gefährdungsdelikte durch Unterlassen begangen werden können.<sup>2</sup>

### II. Unterlassen der gebotenen, möglichen und zumutbaren Handlung

Häufig findet sich in Aufbauschemata des unechten Unterlassungsdelikts eine vorgezogene Prüfung der Abgrenzung von Tun und Unterlassen.<sup>3</sup> Diese sollte jedoch höchstens auf gedanklicher Ebene erfolgen, um zu prüfen, ob eine Begehung durch Unterlassen überhaupt in Betracht kommt. Das *Unterlassen* einer Handlung ist wie die *Handlung durch aktives Tun* beim Begehungsdelikt Teil des objektiven Tatbestands und sollte auch dort angesprochen werden.<sup>4</sup>

Zur Abgrenzung zwischen aktivem Tun und Unterlassen haben sich im Wesentlichen zwei Strömungen herausgebildet. Die Rechtsprechung und Teile des Schrifttums grenzen anhand des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit ab. Zur Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen sei folglich der Schwerpunkt des Täterverhaltens entscheidend, welches in wertender Würdigung durch das Tatgericht festzustellen sei.<sup>5</sup> Andere Teile des Schrifttums prüfen zunächst, ob der Täter den tatbestandlichen Erfolg durch eine aktive Handlung kausal herbeigeführt hat.<sup>6</sup> Ein Tun liege demnach vor, wenn bei Hinwegdenken der Handlung der Erfolg ausgeblieben wäre. Teilweise wird die Abgrenzung auch anhand des Kriteriums des Energieeinsatzes vorgenommen, sodass ein aktives Tun jedenfalls dann vorliege, wenn durch eine

<sup>2</sup> BGHSt 46, 212 (222).

<sup>3</sup> Etwa bei: *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 414.

<sup>4</sup> So auch etwa: *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht AT, 6. Aufl. 2016, S. 477.

<sup>5</sup> BGHSt 6, 46; BGH, NSTZ 1999, 607; BGHSt 40, 257; BGHSt 56, 277; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 415; *Schönke/Schröder/Bosch*, 30. Aufl. 2019, Vor. §§ 13 ff. Rn. 158a; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht AT, 6. Aufl. 2016, S. 478.

<sup>6</sup> *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 654; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, S. 603; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1993, S. 775 f.

Körperbewegung auf die Außenwelt eingewirkt wird.<sup>7</sup> Letztgenannte empirische Kriterien führen jedoch dazu, dass dem aktiven Tun im Rahmen der Abgrenzung gewissermaßen ein genereller Vorrang eingeräumt wird. Denn ein Unterlassen ohne ein gleichzeitiges positives Tun scheint nur schwer vorstellbar, sodass praktisch nur in Ausnahmefällen ein Unterlassen anzunehmen wäre.<sup>8</sup> Zur Entscheidung von Zweifelsfällen scheint die Schwerpunktformel somit vorzugswürdig.

Steht fest, dass ein Unterlassen vorliegt, müsste die unterlassene Handlung geboten, d.h. zur Erfolgsabwendung erforderlich, sowie dem Unterlassenden physisch-real möglich sein.<sup>9</sup> Unmögliches kann nicht verlangt werden; rechtlich gefordert ist nur das, was dem Normadressaten in der Gefahrensituation tatsächlich möglich ist.<sup>10</sup> So kann von einem Nichtschwimmer nicht verlangt werden, dass er zur Rettung des Opfers ins Wasser springt, wohl aber, dass er einen Bademeister herbeiruft.<sup>11</sup>

### III. Quasi-Kausalität

Bei Begehungsdelikten liegt entsprechend der *conditio-sine-qua-non*-Formel kausales Handeln vor, wenn bei Hinwegdenken der Handlung des Täters der tatbestandliche Erfolg entfielen. Dass dies mangels Vorliegens einer Handlung bei Unterlassungsdelikten so nicht gelten kann, liegt auf der Hand. So wird die *conditio-sine-qua-non*-Formel gewissermaßen gespiegelt, sodass keine vorgenommene Handlung hinweg-, sondern eine unterlassene Handlung hinzugedacht wird. Ein Unterlassen ist somit kausal für den tatbestandlichen Erfolg, wenn die Vornahme der unterlassenen Rettungshandlung zum Ausbleiben des Erfolges geführt hätte (sog. modifizierte *conditio-sine-qua-non*-Formel).<sup>12</sup> Dabei ist eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit ausreichend.<sup>13</sup>

Teile des Schrifttums stellen entsprechend der Risikoerhöhungslehre geringere Anforderungen an den Kausalitätsnachweis. So soll es genügen, wenn die Vornahme

<sup>7</sup> MüKoStGB/Freund, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 8 ff.

<sup>8</sup> Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 415; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht AT, 6. Aufl. 2016, S. 478.

<sup>9</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 418;

<sup>10</sup> Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, § 13 Rn. 5; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 418; *Ransiek*, JuS 2010, 490 (492); BGHSt 6, 46 (57).

<sup>11</sup> *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 629 f.

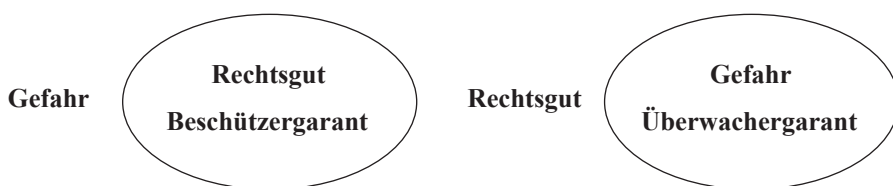
<sup>12</sup> BGHSt 6, 1 (2); BGHSt 37, 106 (126); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 418; Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 61; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl. 1996, S. 619; differenzierend: *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 645 ff.

<sup>13</sup> BGH, NSTz 2000, 583; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, S. 418; Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 61.

der erforderlichen Handlung das Risiko des Erfolgsintritts verringert hätte.<sup>14</sup> Dies hätte aber zur Folge, dass der Unterlassende bereits für die Nichtverringering der Gefahr des Erfolgsintritts bestraft würde. Die Risikoerhöhungslehre stellt somit lediglich das Unrecht des Untätigbleibens nicht aber das Erfolgsunrecht fest.<sup>15</sup>

#### IV. Garantenstellung

Damit eine Strafbarkeit wegen Unterlassens vorliegen kann, setzt § 13 Abs. 1 StGB voraus, dass der Täter „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt“. Dabei zeigen sich zwei Grundkonstellationen der Garantenpflicht. Während sog. Beschützergaranten gewissermaßen das Rechtsgut des Opfers schützen müssen, verantworten sog. Überwachergaranten die Gefahrenquelle.



Die Übergänge zwischen beiden Garantenstellungen sind dabei fließend. Zudem können auch gleich mehrere Garantenstellungen vorliegen.

##### 1. Beschützergaranten

Die Beschützergarantenstellung setzt eine besondere Schutzpflicht für bestimmte Rechtsgüter voraus. Eine solche besondere Schutz- oder Obhutspflicht kann in folgenden Situationen entstehen:

###### a) Gesetz und enge natürliche Verbundenheit

Überwiegend im Zivilrecht finden sich besondere Rechtssätze (z.B. §§ 1353, 1618a, 1626 f., 1631, 1793, 1800 BGB), aus welchen sich Schutzpflichten für bestimmte Rechtsgüter ergeben. Daneben kann eine Garantenpflicht aufgrund enger natürlicher Verbundenheit entstehen. Letztere wird regelmäßig unter Ehegatten, Verwandten

<sup>14</sup> Otto, Allg. Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004; S. 185; Greco, ZIS 2011, 674 (675 ff.); Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2011, S. 289.

<sup>15</sup> Dazu: Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 63.

gerader Linie, Geschwistern und Verlobten angenommen, wobei der Umfang der Schutzpflicht vom Einzelfall abhängen soll.<sup>16</sup> Gerade bei Ehegatten soll nicht allein die rechtliche Bindung § 1353 BGB, sondern das tatsächliche Verhältnis entscheidend sein. Dies hat zur Folge, dass für ein getrenntes Ehepaar, welches ein freundschaftliches Verhältnis unterhält, die Garantenstellung bestehen bleibt, während sie bereits vor Ablauf des gem. § 1566 Abs. 1 BGB geforderten Trennungsjahres entfällt, wenn sich ein Ehegatte vom anderen in der ernsthaften Absicht getrennt hat, die eheliche Lebensgemeinschaft nicht wiederherzustellen.<sup>17</sup>

## b) Gefahrengemeinschaften

Gehören Menschen (auch vorübergehend) einer Gemeinschaft an, die ihrem Wesen nach auf gegenseitige Hilfeleistung angelegt ist, kann sich auch aus dieser Gemeinschaftsbeziehung eine Pflicht zur gegenseitigen Hilfeleistung ergeben. Solche Gefahrengemeinschaften entstehen häufig, wenn Menschen sich zu einem gefährlichen Unternehmen zusammentun, um durch den Zusammenschluss die Gefahren der Unternehmung besser zu bestehen (z.B. Bergbesteigung, Weltumseglung, Tiefseetauchgang oder sonstige Expeditionen). Die Übernahme einer entsprechenden Beistandspflicht resultiert hier aus der gegenseitigen Hilfeleistung der Gruppenmitglieder in Gefahrensituationen. Keine Gefahrengemeinschaft liegt vor, wenn sich mehrere Menschen rein zufällig in derselben Gefahrensituation befinden. So sind Schiffbrüchige keine Garanten untereinander, nur weil sie zufällig Passagiere desselben Schiffs waren.<sup>18</sup> Sonstige zufällige Gemeinschaften von Zechkumpanen<sup>19</sup> oder illegalen Einwanderern beim Grenzübertritt<sup>20</sup> können ebenso wenig eine Garantenpflicht begründen, wie ein rein tatsächliches Zusammenleben in einer häuslichen Gemeinschaft (z.B. Studierendenwohngemeinschaft).

## c) Tatsächliche Übernahme

Eine Beschützergarantenstellung kann sich auch aus der freiwilligen Übernahme einer Schutzpflicht gegenüber dem Gefährdeten oder auch gegenüber einem Dritten zugunsten des Gefährdeten ergeben. Dies geht teilweise mit einer vertraglichen Vereinbarung einher. So wird etwa ein Arzt mit Beginn der diagnostischen Untersuchung kraft faktischer Übernahme zum Garanten, gleichzeitig besteht aber

<sup>16</sup> BGH NSZ 18, 34 mit Bespr. *Eisele*, JuS 2018, 179; vertiefend: *Bülte*, GA 2013, 389.

<sup>17</sup> BGHSt 48, 301 (304); *Rönnau*, JR 2004, 158; Schönke/Schröder/*Bosch*, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 19/20.

<sup>18</sup> Vgl. zur „Costa Concordia“ *Esser/Bettendorf*, NSZ 12, 233.

<sup>19</sup> BGH NJW 54, 1047.

<sup>20</sup> BGH NSZ 08, 276.

eine Garantenstellung aufgrund des Behandlungsvertrages.<sup>21</sup> Entscheidend für die Begründung der Pflicht ist jedoch nicht die zivilrechtliche Gültigkeit der vertraglichen Vereinbarung, sondern die faktische Übernahme der Schutzpflicht.<sup>22</sup> Erfolgt die tatsächliche Übernahme gegenüber einer Person, die ihrerseits Garant ist, rückt der Übernehmende im übernommenen Umfang in die Garantenstellung ein.<sup>23</sup> Von besonderer Relevanz ist dabei die Frage, ob im berechtigten Vertrauen auf die zugesagte Übernahme der Garantenpflicht durch den Übernehmer andere Schutzmaßnahmen des ursprünglich Pflichtigen unterbleiben durften.<sup>24</sup> Sagt etwa ein Babysitter seine Dienste zu, entstehe die Garantenstellung nicht bereits mit der vertraglichen Vereinbarung sondern erst mit der Anwesenheit am Dienort und damit der tatsächlichen Übernahme der Schutzfunktion. Etwas anderes soll aber gelten, wenn die Eltern im Vertrauen auf eine fest vereinbarte Uhrzeit kurz vor Dienstantritt die Wohnung verlassen.<sup>25</sup>

#### **d) Amtsträger und Organe juristischer Personen**

Die Frage, inwiefern die Amtsträgereigenschaft geeignet ist eine Garantenstellung zu begründen, ist im Einzelnen umstritten.<sup>26</sup> Nach überwiegender Ansicht sind jedoch die Art der Dienstpflicht und der jeweilige Aufgabenbereich entscheidend. So trifft etwa Polizeibeamte während ihrer Dienstausbübung innerhalb der Grenzen ihres örtlichen und sachlichen Verantwortungsbereiches eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten und zum Schutz von Rechtsgütern Einzelner und der Allgemeinheit.<sup>27</sup> Auch bei der Ingewahrsamnahme entsteht eine Beschützergarantenstellung hinsichtlich der Lebens- und Gesundheitsgefahren des Betroffenen.<sup>28</sup> Juristische Personen sind selbst nicht handlungsfähig und müssen so ihre Rechtsgüter ihren Organen anvertrauen, die dadurch zu Beschützergaranten vor allem hinsichtlich des Vermögens der juristischen Person werden.<sup>29</sup> Häufig besteht für Organe juristischer Personen jedoch auch eine Überwachergarantenstellung ihrer

<sup>21</sup> MüKoStGB/*Freund*, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 173; Spickhoff *Medizinrecht/Knauer/Brose*, 3. Aufl. 2018, §§ 211, 212 Rn. 7.

<sup>22</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1183; MüKoStGB/*Freund*, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 173.

<sup>23</sup> *Schönke/Schröder/Bosch*, 30. Aufl. 2019, § 12 Rn. 26a; BGHSt 47, 230.

<sup>24</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1183; *Schönke/Schröder/Bosch*, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 27; *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 729.

<sup>25</sup> Beispiel nach: *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1183.

<sup>26</sup> Ausführlich: *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 736 ff.

<sup>27</sup> *Schönke/Schröder/Bosch*, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 52; BGHSt 38, 388 (390).

<sup>28</sup> Zum Fall Oury Jalloh: BGHSt 59, 292.

<sup>29</sup> *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 736.

Geschäftsherren hinsichtlich in Verkehr gebrachter Produkte oder Gefahren, die von der juristischen Person als solcher ausgehen.<sup>30</sup>

## 2. Überwachergaranten

Die Überwachergarantenstellung setzt eine Pflicht zur Überwachung einer Gefahrenquelle zum Schutz von Rechtsgütern Dritter voraus. Sie unterscheidet sich von der Beschützergarantenstellung regelmäßig dadurch, dass der Überwachergarant der Gefahrenquelle nähersteht.

### a) Sicherungspflichten

Verkehrssicherungspflichten treffen etwa Hausbesitzer, Grundstückseigentümer, KFZ-Halter oder Inhaber gefährlicher Betriebe<sup>31</sup> für die in deren Verantwortungsbereich liegenden Gefahrenquellen. So ist ein Grundstückseigentümer im Winter etwa dazu verpflichtet, die zu seinem Grundstück gehörigen Wege zu streuen bzw. zu räumen.<sup>32</sup> Ob die Gefahrverursachung bei bestehender Verkehrssicherungspflicht auf einem pflichtwidrigen Verhalten beruht, ist dabei unerheblich, da Dritte auf die Gefahrenquelle im fremden Herrschaftsbereich regelmäßig nicht einwirken können und dürfen, sodass sie sich darauf verlassen müssen, dass der Verpflichtete seiner Sicherungspflicht nachkommt.<sup>33</sup> Eine weitere Sicherungspflicht ist die Pflicht zur Abwehr von Gefahren, die auf dem Zustand von Sachen, Anlagen oder Einrichtungen in einem bestimmten sozialen Herrschaftsbereich beruhen.<sup>34</sup> Eine Überwachungspflicht kann auch durch freiwillige Übernahme für den ursprünglich Verpflichteten entstehen.<sup>35</sup>

### b) Geschäftsherrenhaftung

Nicht abschließend geklärt ist, ob und inwieweit einen Geschäftsherrn die Pflicht trifft, Straftaten anderer, eigenverantwortlich handelnder Organisationsmitglieder zu verhindern. So wird teilweise entsprechend des Grundsatzes der Eigenverantwortlichkeit aller Mitarbeiter eine Einstandspflicht des Unternehmensverantwortlichen für unternehmensbezogene Straftaten von Mitarbeitern abgelehnt.<sup>36</sup> Überwiegend

<sup>30</sup> Siehe C. IV. 2. c) d).

<sup>31</sup> Siehe C. IV. 1. d).

<sup>32</sup> Vgl. dazu: *Dötsch/Greiner*, ZWE 2014, 343 (344).

<sup>33</sup> LKStGB/*Weigend*, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 48 f.

<sup>34</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1187.

<sup>35</sup> BGHSt 52, 159, sog. Sattelschlepperfall.

<sup>36</sup> BGHZ 194, 26; *Warneke*, NStZ 2010, 312; umfassend: *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, 2009, S. 123 ff.

wird die Überwachergarantenstellung des Unternehmensinhabers bzw. leitenden Angestellten aufgrund der tatsächlichen Befehls- und Weisungsbefugnis für den Fall angenommen, dass von ihnen oder ihren Angestellten Straftaten aus dem Betrieb heraus begangen werden.<sup>37</sup>

### c) Ingerenz

Von besonderer Klausurrelevanz ist regelmäßig die Garantenstellung wegen pflichtwidrigen Vorverhaltens (sog. Ingerenz). Wer durch ein objektiv pflichtwidriges Tun oder Unterlassen Rechtsgüter anderer gefährdet, ist zur Abwendung des drohenden Erfolges verpflichtet. Dabei ist umstritten, ob die Garantenpflicht durch jedes gefährdende Vorverhalten entsteht, oder *pflichtwidriges* Handeln erforderlich ist. Dabei sprechen auch hinsichtlich der Abgrenzung zu § 323c StGB die besseren Gründe dafür, mit der h.M. Pflichtwidrigkeit zu fordern.<sup>38</sup> Begründet ein pflichtgemäßes Verhalten eine Gefahr für andere, sei die Beziehung zum Gefährerfolg keine andere als eine zufällige.<sup>39</sup> Dies gilt insbesondere auch im Falle eines verkehrsgerechten Vorverhaltens im Straßenverkehr, da das Unfallopfer im Hinblick auf § 323c StGB nicht schutzlos gestellt wird. Auch die strafrechtliche Produktverantwortlichkeit wird regelmäßig mit der Ingerenz begründet. Wenn von einem in Verkehr gebrachten Produkt bei bestimmungsgemäßer Nutzung Gefahren für den Verbraucher ausgehen, so ist der Produzent zu schadensverhütenden Maßnahmen verpflichtet. So sind bei nachträglich auftretenden Produktmängeln Gegenmaßnahmen einzuleiten, wobei in diesem Fall das Vorverhalten nicht pflichtwidrig sein muss.<sup>40</sup>

## V. Objektive Zurechnung

Im Rahmen der objektiven Zurechnung ist bei unechten Unterlassungsdelikten danach zu fragen, ob der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges gerade auf der pflichtwidrigen Handlung beruht (sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang). An einem solchen fehlt es etwa, wenn der gleiche tatbestandliche Erfolg (auch auf eine andere Weise) auch bei pflichtgemäßem Verhalten als unmittelbare Folge der allein in Betracht kommenden Rettungshandlung eingetreten wäre.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1191; dazu: *NKStGB/Gaede*, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 53; *Jahn*, JuS 2009, 1142 ff.

<sup>38</sup> BGHSt 23, 327; BGHSt 43, 381; *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 764 ff.; *MüKoStGB/Freund*, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 119; *Schönke/Schröder/Bosch*, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 35 mwN.

<sup>39</sup> *Ransiek*, JuS 2010, 585 (589).

<sup>40</sup> Siehe dazu BGHSt 37, 106, sog. Ledersprayentscheidung.

<sup>41</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1203.



## VI. Modalitätenäquivalenz

Zudem müsste das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entsprechen, vgl. § 13 Abs. 1 Hs. 2 StGB. Setzt der Tatbestand wie bei Erfolgsdelikten lediglich den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges voraus, kommt der Modalitätenäquivalenz kaum eigenständige Bedeutung zu; in der Fallbearbeitung ist regelmäßig eine kurze Feststellung ausreichend. Wird aber bei sog. verhaltensgebundenen Delikten eine bestimmte Art der Erfolgsherbeiführung vorausgesetzt (zB. bei § 263 StGB durch Täuschung oder bei § 240 StGB durch Zwang), muss diese auch bei einem Unterlassen vorliegen.<sup>42</sup>

### D. Ausgewählte Probleme

#### I. Unmittelbares Ansetzen beim unechten Unterlassungsdelikt

Liegt ein unechtes Unterlassungsdelikt in Form des strafbaren Versuchs §§ 22 ff. StGB vor, muss sich die Prüfung am Versuchsaufbau orientieren. Nach Prüfung des Tatentschlusses im Rahmen des subjektiven Tatbestandes stellt sich die Problematik des unmittelbaren Ansetzens bei unechten Unterlassungsdelikten. Teilweise wird vertreten, dass dies bereits beim ersten Verstreichenlassen der Rettungsmöglichkeit der Fall sei (sog. Theorie vom erstmöglichen Eingriff).<sup>43</sup> Demgegenüber steht die Theorie vom letztmöglichen Eingriff, die davon ausgeht, dass erst das Verstreichenlassen der letztmöglichen Rettungshandlung ein unmittelbares Ansetzen begründet.<sup>44</sup> Die herrschende Ansicht geht aber davon aus, dass der Garant unmittelbar ansetzt, wenn der nach seiner Vorstellung entweder durch weitere Verzögerung der Rettungshandlung das Rechtsgut unmittelbar gefährdet oder er den Kausalverlauf aus der Hand gibt.<sup>45</sup> Die Bestimmung des unmittelbaren Ansetzens beim unechten Unterlassungsdelikt erfolgt somit auf ähnliche Weise wie im Rahmen des Begehungsdelikts. Dennoch ist die Kenntnis dieses Streits beim versuchten unechten Unterlassungsdelikt unerlässlich.

#### II. Behandlungsabbruch

Die Coronapandemie wird dem Behandlungsabbruch als Klausurproblem im Rahmen der unechten Unterlassungsdelikte frischen Wind einhauchen. Man stelle sich

<sup>42</sup> MüKoStGB/Freund, 4. Aufl 2020, § 13 Rn. 202 ff.

<sup>43</sup> Schröder, JuS 1962, 81 (86); RGSt 61, 361 f.

<sup>44</sup> Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 210 ff.

<sup>45</sup> Ransiek, JuS 2010, 678 (681); Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1222 f.; Schönke/Schröder/Eser/Bosch, 30. Aufl. 2020, § 22 Rn. 42 mwN.

die Konstellation der Ex-ante Triage<sup>46</sup> vor: Weil alle Beatmungsplätze mit über 60-jährigen Risikopatienten belegt sind, wird zugunsten eines neu ankommenden 30-jährigen Patienten, der ebenso dringend einer Beatmung bedarf, aber bessere Erfolgsaussichten aufweist, ein älterer Patient vom Beatmungsgerät genommen, der daraufhin verstirbt. Fraglich ist, ob das Abstellen des Beatmungsgeräts als Tun oder als Unterlassen zu bewerten ist. Die h.M. grenzt dies anhand des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit ab.<sup>47</sup> Vorausgesetzt ein manueller Knopfdruck ist erforderlich, um das Beatmungsgerät abzuschalten, so läge bereits phänomenologisch ein Tun vor. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit läge im Drücken des Knopfes, der die Behandlung beendet. Mit Blick auf die Situation vor der Einführung der technikgestützten Intensivmedizin ergibt sich jedoch ein anderes Bild. Denn der Abbruch manueller Reanimationsversuche, etwa durch das Einstellen einer manuellen Beatmung, muss als Unterlassen weiterer manuell zu erbringender Rettungsbemühungen eingeordnet werden. Umstritten ist deshalb, ob in solchen Fällen des Behandlungsabbruchs trotz des Vorliegens einer Handlung, etwa durch den Druck auf einen Knopf, strafrechtlich ein Unterlassen vorliegt. Dabei wird vertreten, dass der soziale Handlungssinn in diesem Fall keine andere Bewertung zuließe als beim Abbruch einer manuellen Behandlung.<sup>48</sup> Die Gegenansicht stellt dem gegenüber auf den aktiven Knopfdruck und den damit verbundenen verschlechternden Eingriff ab.<sup>49</sup>

Betrachtet man das Gesamtgeschehen, so führt dennoch die unterlassene Behandlung, nämlich die unterbliebene Beatmung des Patienten, zu dessen Tod. Nicht die Tatsache, dass ein Arzt einen Knopf drückt, sondern dass die Maschine angewiesen wird, die Beatmung zu *unterlassen* führt zum Ableben des Patienten.<sup>50</sup> Auch der Vergleich mit der Situation vor der Möglichkeit einer maschinellen Beatmung ist sinnvoll, denn dasselbe Bild ergibt sich auch, wenn das Beatmungsgerät etwa so konzipiert wäre, dass ein regelmäßiger Knopfdruck erforderlich ist, um ihre Funktion aufrecht zu erhalten. Entsprechend des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit erscheint somit ein Unterlassen naheliegender,<sup>51</sup> ein aktives Tun kann aber mit Blick auf den aktiven Knopfdruck in der Klausurbearbeitung ebenso gut vertreten werden.

<sup>46</sup> Dazu: *Rönnau/Wegner*, JuS 2020, 403 ff.

<sup>47</sup> Siehe C. II.

<sup>48</sup> *Roxin*, Strafrecht AT II, S. 664 f.; *Kühl*, JA 2014, 507 (510).

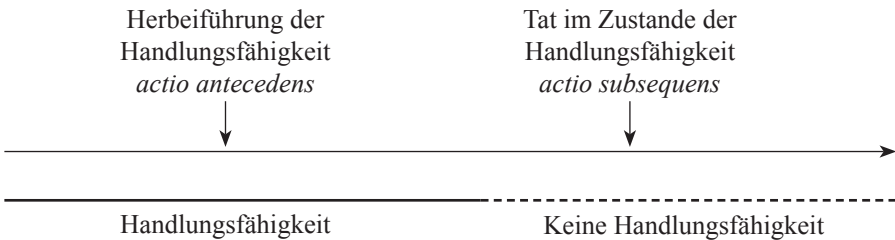
<sup>49</sup> NKStGB/*Gaede*, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 10; krit. auch: *Schönke/Schröder/Bosch*, 30. Aufl. 2019, Rn. 160 mwN.

<sup>50</sup> *Sowada*, NStZ 452 (457).

<sup>51</sup> A.A.: *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627 (635 ff.).

### III. Omissio libera in causa

Die omissio libera in causa kann als das Spiegelbild der actio libera in causa (*a.l.i.c.*) auf Ebene der Unterlassungsdelikte verstanden werden. Sie dient als Rechtsinstitut in Situationen, in welchen der Täter sich durch ein Vorverhalten (*actio antecedens*) in eine Situation versetzt, in der er einen tatbestandlichen Erfolg nicht mehr abwenden kann, obwohl er als Garant für die Abwendung einzustehen hat.<sup>52</sup> Die Tat wird also im Zustand der Handlungsunfähigkeit verübt (*actio subsequens*). Anders als die *a.l.i.c.* wird die omissio libera in causa nicht erst auf Ebene der Schuld relevant, sondern bereits im objektiven Tatbestand bei der Prüfung der physisch-realen Handlungsmöglichkeit des Täters. Hat der Täter sich aber vorsätzlich in den Zustand der Handlungsunfähigkeit begeben, sodass ihm die Rettungshandlung im Tatzeitpunkt nicht möglich ist, soll trotzdem eine Bestrafung nach den Regeln der unechten Unterlassungsdelikte erfolgen. Das sich an den Garantenden richtende Rettungsgebot trifft diesen nicht erst im Moment der Unterlassungstat, sondern bereits zeitlich vorher in Form eines Verbots, sich der Erfüllung der Garantendenpflicht durch das Versetzen in einen Zustand der Handlungsunfähigkeit zu entziehen.<sup>53</sup>



### E. Zusammenfassung

Die Problematik um die unechten Unterlassungsdelikte taucht als „AT-Problem“ regelmäßig bereits in Anfängerklausuren und Übungen auf, wird aber ebenso gern in Examensklausuren abgeprüft. In letzterem Fall erfolgt häufig eine Kombination mit Konstellationen von Täterschaft und Teilnahme oder Versuch und Rücktritt. Auch eine fahrlässige Begehung eines Unterlassungsdelikts ist möglich. Eine solide Grundlagenkenntnis sowie das Verständnis der Deliktsnatur sind jedoch als grundlegende Bestandteile des strafrechtlichen „Handwerkskoffers“ geeignet, auch schwierige Klausurkonstellationen einer korrekten Lösung zuzuführen.

<sup>52</sup> Schönke/Schröder/Bosch, 30. Aufl. 2019, Vor. §§ 13 ff. Rn. 144.

<sup>53</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 1218; dazu sehr lesenswert: Satzger, Jura 2006, 513 ff.