

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---------------------------------|----|
| Einleitung | 15 |
| I. Zum Problemstand | 15 |
| II. Abgrenzungsfragen | 17 |
| III. Reformprobleme | 22 |
| IV. Gang der Untersuchung | 23 |

Erstes Kapitel

| | |
|--|----|
| Dogmengeschichte | 25 |
| A. Die Feuerbach-Spangenbergische Rechtspflichttheorie | 26 |
| I. Darstellung | 26 |
| II. Kritik | 28 |
| III. Anfänge der Ingerenz | 29 |
| B. Die Kausalität des Andershandelns (Luden) | 30 |
| C. Die Ingerenz-Theorien (Temme, Krug, Glaser, Adolf Merkel) | 32 |
| I. Darstellung | 33 |
| 1. Temme | 33 |
| 2. Krug | 34 |
| 3. Glaser | 36 |
| 4. Adolf Merkel | 38 |
| II. Kritik | 40 |
| 1. Zur Kausalität der Vorhandlung | 41 |
| 2. Dolus vel culpa subsequens | 43 |
| D. Die Interferenz-Theorien (v. Buri, v. Berger, Binding, Hälschner u. a.) | 45 |
| I. Der Kausalbegriff | 45 |
| II. „Äußere“ und „innere“ Kausalität | 46 |
| III. Interferenz und Ingerenz | 52 |
| IV. Binding | 53 |
| E. Die Unterlassung als fremdpsychische Ursache (Geyer, Aldosser u. a.) | 55 |
| F. Rechtskausalitätstheorien (v. Bar, Kohler u. a.) | 57 |
| I. v. Bar | 57 |
| II. Kohler | 59 |
| G. Rechtspflichttheorien | 61 |
| I. Die formelle Rechtspflichttheorie | 61 |
| 1. Darstellung | 61 |
| 2. Kritik | 63 |

| | |
|--|-----|
| II. Die materielle Rechtspflichttheorie (Sauer und Kissin) | 66 |
| 1. Darstellung | 66 |
| 2. Kritik | 68 |
| H. Die Garantenlehre (Nagler) | 70 |
| I. Darstellung | 70 |
| II. Kritik | 72 |
| I. Die Rechtsprechung | 75 |
| I. Die Rechtsprechung des Königlichen Ober-Tribunals | 75 |
| II. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts | 78 |
| 1. Fahrlässiges Unterlassen: Die Verkehrssicherungspflicht | 80 |
| 2. Vorsätzliches Unterlassen | 81 |
| 3. Betrug durch Unterlassen | 82 |
| 4. Entziehung durch Unterlassen | 82 |
| 5. Nichthinderung fremder Straftaten | 83 |
| 6. Unterlassungsmomente der Begehung | 86 |
| III. Die Nachkriegsrechtsprechung | 87 |
| 1. Fahrlässiges Unterlassen: Verkehrssicherungspflicht und Hal- | |
| terhaftung | 89 |
| 2. Vorsätzliches Unterlassen | 90 |
| 3. Nichthinderung fremder Straftaten | 92 |
| 4. Unterlassungsmomente der Begehung | 100 |
| IV. Zusammenfassung | 101 |

Zweites Kapitel

| | |
|---|------------|
| Handeln und Unterlassen | 103 |
| A. Herkömmliche Abgrenzungstheorien | 104 |
| I. Die Körperbewegung | 104 |
| II. Der „soziale Sinn“ | 104 |
| B. Handeln und Energieeinsatz | 109 |
| I. Methodische Postulate | 109 |
| II. Das Energiemoment | 110 |
| III. Einzelheiten: Kraftentfaltung und Bewegung | 112 |
| C. „Schwierigkeiten“ | 116 |
| I. Sukzession der Verhaltensformen | 116 |
| II. Koinzidenz der Verhaltensformen | 118 |
| III. Fremdpsychische Kausalität | 123 |
| D. Dolus vel culpa subsequens vel praecedens | 124 |
| I. Die „nachfolgende“ Schuld | 124 |
| 1. Dolus subsequens und dolus post factum | 125 |
| 2. Zur Perpetuierlichkeit der „Handlung“ | 126 |
| 3. Stellungnahme | 130 |
| II. Die „vorangehende“ Schuld — Exkurs | 132 |
| 1. Versari in re illicita und dolus indirectus | 132 |
| 2. Actio vel omissio libera in causa vel in omittendo | 134 |

Drittes Kapitel

| | |
|--|------------|
| Die Gleichstellungsproblematik | 140 |
| A. Die rechtsstaatliche Problematik | 140 |
| I. Nullum crimen sine lege | 141 |
| II. Die rechtsstaatliche Problematik der Bestrafung gesetzlich un- | |
| geregelter Unterlassungsdelikte | 143 |
| III. Methodische Folgerungen | 146 |
| B. Induktionsversuche | 150 |
| I. Der „Wille des Gesetzgebers“ | 150 |
| II. „Echtheit“ und „Unechtheit“ der Unterlassungsdelikte | 152 |
| III. Einzelfälle gesetzlich geregelter unechter Unterlassungsdelikte | 153 |
| 1. Hausfriedensbruch (§ 123 Abs. I StGB) | 153 |
| 2. Aussetzung (§ 221 Abs. I StGB) | 155 |
| 3. Herbeiführung von Brandgefahr (§ 310 a Ziff. 2 StGB): Hand- | |
| lungshaftung | 157 |
| IV. Echte Unterlassungsdelikte als Induktionsbasis? | 162 |
| V. Ergebnis | 163 |
| C. Rechtswidrige Vorhandlungen | 163 |
| I. Die Defizienz der Unterlassung: „Kausalität“ und „Bewirkung“ | 165 |
| 1. „Reale“ und „hypothetische“ Kausalität | 166 |
| 2. Folgerungen | 170 |
| II. Zur Bedeutung des Energiemomentes als tertium einer Hand- | |
| lungsäquivalenz der Unterlassung | 171 |
| 1. Die Täterposition | 173 |
| 2. Die Opferposition | 174 |
| III. Die Handlungsäquivalenz der Unterlassung | 177 |
| 1. Die Opferposition | 178 |
| 2. Die Täterposition | 189 |
| IV. Zusätze | 194 |
| 1. Zur Kausalität der Vorhandlung | 194 |
| 2. Zur Adäquanz der Gefährdung | 201 |
| 3. Zur Rechtswidrigkeit der Vorhandlung | 205 |
| D. Rechtmäßige Risiko-Vorhandlungen | 209 |
| I. Vorbemerkungen | 209 |
| 1. Zum Begriff der Risiko-Vorhandlung | 209 |
| 2. „Akzessorische“ und „komplementäre“ Sicherungsvorkehrungen | 212 |
| II. Die Bewirkensäquivalenz des Unterlassens komplementärer | |
| Sicherung | 214 |
| 1. Die Opferposition | 215 |
| 2. Die Täterposition | 221 |
| 3. Zur Adäquanz der Gefährdung | 226 |
| 4. Sicherungs- und Rettungspflichten | 229 |

| | |
|---|-----|
| III. Die Betriebseröffnung | 235 |
| 1. Die Betriebseröffnung als Veranlassung fremder Risiko-Handlungen | 236 |
| 2. Die Betriebseröffnung als Veranlassung arbeitsteiligen Zusammenwirkens | 238 |
| 3. Die Verkehrssicherungspflicht | 241 |
| IV. Zur Frage des „Herrschaftsbereichs“ | 249 |
| 1. Herrschaftsbereich und Ingerenz | 249 |
| 2. Ein Anwendungsfall | 254 |
| 3. Zur Frage der sog. Zustandshaftung | 259 |
| V. Schlußbetrachtung | 262 |
| E. Gerechtfertigte Verhandlungen | 265 |
| I. Der Meinungsstand | 266 |
| II. Fallkonstellationen | 267 |
| III. Stellungnahme | 271 |

Viertes Kapitel

| | |
|---|------------|
| Die Nichthinderung fremder Taten | 274 |
| A. Veranlassung und Förderung freier (volldeliktischer) Vorsatztaten .. | 279 |
| I. Vorsätzliche Teilnahme als Vorhandlung? | 280 |
| II. Fahrlässige Teilnahme als Vorhandlung? | 283 |
| 1. „Fahrlässige Anstiftung“ als Vorhandlung? | 286 |
| 2. „Fahrlässige Beihilfe“ als Vorhandlung? | 290 |
| III. „Psychische“ und „physische“ Mitwirkbarkeit | 293 |
| IV. Zur Frage des „Regreßverbotes“ | 299 |
| B. Veranlassung und Förderung unfreier und fahrlässiger Taten | 301 |
| I. Die Veranlassung unfreier Vorsatztaten | 301 |
| II. Die Veranlassung „eingeschränkt freier“ Vorsatztaten | 306 |
| III. Die Veranlassung unvorsätzlicher Taten | 310 |
| IV. Anwendungsfälle | 316 |
| 1. Die Gastwirthaftung | 316 |
| 2. Die Veranlassung einer Selbsttötung | 320 |

Fünftes Kapitel

| | |
|--|------------|
| Unterlassungsmomente der Begehung | 321 |
| A. Zur Struktur der Begehungstat | 322 |
| B. Anwendungsfälle | 335 |
| Literaturverzeichnis | 343 |
| Sachverzeichnis | 359 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------|--|
| Abh. | = Abhandlungen |
| AG | = Amtsgericht |
| ALR | = Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten |
| AöR | = Archiv des öffentlichen Rechts |
| AT | = Allgemeiner Teil |
| BayObLG | = Bayerisches Oberstes Landesgericht |
| BB | = Betriebsberater |
| BGB | = Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | = Bundesgerichtshof |
| BGHSt | = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen |
| BGHZ | = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BT | = Besonderer Teil |
| BVerfG | = Bundesverfassungsgericht |
| BVerwG | = Bundesverwaltungsgericht |
| DAR | = Deutsches Autorecht |
| Diss. | = Dissertation |
| DJZ | = Deutsche Juristenzeitung |
| DR | = Deutsches Recht |
| DRiZ | = Deutsche Richterzeitung |
| DtStrR. | = Deutsches Strafrecht |
| DVBl. | = Deutsches Verwaltungsblatt |
| E 1962 | = Regierungsentwurf eines Strafgesetzbuchs mit Begründung (Bundestagsdrucksache IV/650) |
| FamRZ | = Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht |
| GA | = Goldhammers Archiv für Strafrecht |
| GaststG | = Gaststättengesetz |
| GG | = Grundgesetz |
| GS | = Der Gerichtssaal |
| GVBl. | = Gesetz- und Verordnungsblatt |
| HannRpflg. | = Hannoversche Rechtspflege |
| HESt | = Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen |
| HRR | = Höchstrichterliche Rechtsprechung |
| JMBiNRW | = Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen |
| JR | = Juristische Rundschau |
| JuS | = Juristische Schulung |
| JW | = Juristische Wochenschrift |
| JZ | = Juristenzeitung |
| KG | = Kammergericht |
| KRG | = Kontrollratsgesetz |
| Lb. | = Lehrbuch |
| LG | = Landgericht |
| LK | = Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar |

| | |
|-------------------|--|
| LM | = Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier - Möhring |
| LZ | = Leipziger Zeitschrift |
| Mat. | = Materialien zur Strafrechtsreform |
| MDR | = Monatsschrift für deutsches Recht |
| MonSchrKrim. | = Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform |
| MonSchrKrimBiol. | = Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform |
| MonSchrKrimPsych. | = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform |
| N. | = Fußnote |
| NArchCrimR. | = Neues Archiv des Criminalrechts |
| NiedersRpflg. | = Niedersächsische Rechtspflege |
| Niederschriften | = Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission |
| NJW | = Neue Juristische Wochenschrift |
| OGH | = Deutscher Oberster Gerichtshof für die britische Zone |
| OGHSt | = Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone in Strafsachen |
| OLG | = Oberlandesgericht |
| Oppenhoff | = Die Rechtsprechung des Königlichen Obertribunals (und des Königlichen Oberappellationsgerichts) in Strafsachen |
| PrOberTrib. | = Königliches (preußisches) Obertribunal |
| Recht | = Das Recht |
| RG | = Reichsgericht |
| RGRechtspr. | = Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen |
| RGSt | = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen |
| RGZ | = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| SchlHA. | = Schleswig-Holsteinische Anzeigen |
| SJZ | = Süddeutsche Juristenzeitung |
| StGB | = Strafgesetzbuch |
| StPO | = Strafprozeßordnung |
| StrR. | = Strafrecht |
| StudB. | = Studienbuch |
| StVG | = Straßenverkehrsgesetz |
| StVO | = Straßenverkehrsordnung |
| StVZO | = Straßenverkehrszulassungsordnung |
| VAE | = Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen |
| VerkMitt. | = Verkehrsrechtliche Mitteilungen |
| VersR. | = Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung |
| VRS | = Verkehrsrechts-Sammlung, Entscheidungen aus allen Gebieten des Verkehrsrechts |
| Z | = Zivilsachen |
| ZakDR | = Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht |
| ZPO | = Zivilprozeßordnung |
| ZStW | = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |

Einleitung

I. Zum Problemstand

Die Bereicherung, die die Lehre von den Unterlassungsdelikten im letzten Jahrzehnt mit den Arbeiten von *Grünwald*, *Armin Kaufmann*, *Androulakis*, *E. A. Wolff* u. a. erfahren hat¹, ist vor allem ihren systematischen Problemen zugute gekommen. Hierüber ist die wissenschaftliche Behandlung der „axiologischen“ Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte, die den „dogmatischen“ Fragen entgegengesetzt zu werden pflegt, in den Hintergrund getreten, nicht zuletzt aus Skepsis gegenüber der Möglichkeit verifizierbarer Einsichten². Für die *praktische* Rechtsanwendung liegt das Schwergewicht indessen gerade hier; denn unter der Herrschaft des „*nullum crimen sine lege*“ ist sie Postulaten ausgesetzt, denen beim gegenwärtigen Rechtszustand nur durch die Ausbildung exakter Auslese Kriterien genügt werden kann. Insofern bedarf eine dieser Aufgabe gewidmete Untersuchung keiner weiteren Legitimierung.

Ein Teilbereich der Gleichstellungsproblematik ist der Dogmengeschichte seit 150 Jahren unter dem Topos der „Pflichten aus vorangegangenem Tun“ bekannt, während ihre Bezeichnung als *Ingerenz* erst auf *Nagler* zurückgeht³. Bezugspunkt dieser — von dem Verbum „ingerere“ abgeleiteten — Terminologie ist die „Einmischung“⁴, nämlich die Tangierung des fremden Rechtskreises durch eine gefährliche *Vorhandlung*. Seine völkerrechtliche Entsprechung findet dieser Be-

¹ *Grünwald*, Das unechte Unterlassungsdelikt — Seine Abweichungen vom Handlungsdelikt, Dissertation Göttingen, 1956; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; *Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963; *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965.

² Während *Armin Kaufmann* (a.a.O., S. XVI, 241, 280) einen Fundus strafbarer Fälle voraussetzt und im übrigen die *Grünwaldsche* Skepsis gegenüber generalisierenden Doktrinen teilt, läßt *Androulakis* selten die Intention zur Lösung „rein juristischer“ Probleme der Unterlassung erkennen. Grundzüge einer Gleichstellungstheorie entwirft jedoch *E. A. Wolff*. — Den heutigen Stand der „axiologischen“ Diskussion bietet vor allem *Blei*, *H. Mayer-Festschrift*, S. 119 ff.

³ *Nagler*, GS 111 [1938], 26 et passim.

⁴ *Maurach*, AT, S. 516; vgl. auch *H. Mayer*, Studienbuch, S. 78. — Die im Begriff des „ingerere“ enthaltene „Aufnötigung“ bezog sich nach den Intentionen *Naglers* nur auf die Beeinträchtigung des fremden Gutes, nicht aber auf die Eigenart der Garantieposition („Garant wider Willen“) selbst.

griff in der *Intervention* als „Einmischung“ in die Angelegenheiten fremder Staaten⁵, ein Zusammenhang, der der französischen Völkerrechtslehre im Terminus der „ingérence“ als Synonym von „intervention“⁶ und den romanischen Umgangssprachen im allgemeinen geläufig ist⁷.

Für diese Ingerenz gilt das eingangs Bemerkte in besonderem Maße; obwohl ihr mehrfach und noch in jüngster Zeit bescheinigt worden ist, zu den „ungelösten Problemen“ zu zählen⁸, stand eine monographische Untersuchung bis zum Jahre 1961 aus. An der Perplexität der durch sie aufgeworfenen Fragen entzündete sich deswegen vorzüglich die aphoristische Kunst: daß etwa der Fluch der bösen Tat (Vorhandlung) fortzeugend Böses (die Unterlassung) gebäre⁹, oder daß mit der Vorhandlung A gesagt sei, worauf das B der Erfolgsabwendung folgen müsse¹⁰. Mit anderen Wendungen ist ob ihrer Landläufigkeit wenig zu beginnen; daß die Ingerenz aus den Grundgedanken des Rechts „unmittelbar emporgewachsen“ sei¹¹, „unmittelbar aus dem Gerechtigkeitsempfinden“ folge¹², nach „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“¹³ „selbstverständlich“ sei, „keiner Begründung bedürfe“ und „sich rational nicht ganz erklären“ lasse¹⁴, dürfte den gesuchten Aufschluß über Gründe und Grenzen der Strafbarkeit wohl noch kaum enthalten.

⁵ Dazu *Dahm*, Völkerrecht, Bd. I, S. 205 ff.

⁶ Vgl. *Bry*, Précis élémentaire de Droit international public, 5. Aufl., Paris, 1906, S. 150; *Pradier-Fodéré*, Traité de Droit international public, Bd. I, Paris, 1885, S. 550 („L'intervention ... n'est autre chose, en effet, que l'ingérence dans les affaires intérieures ...“); *Fauchille*, Traité de Droit international public, Bd. I, Paris, 1922, S. 538 f.; *Cavarré*, Le Droit international public positif, Bd. II, Paris, 1962, S. 546; *Delbez*, Les principes généraux du Droit international public, Paris, 1964, S. 289 (Für diese Nachweise danke ich Herrn Dr. Christian *Tomuschat*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg); vgl. auch *Forsthoff*, Dt. Verfassungsgeschichte d. Neuzeit, 1961, S. 91. — Bei *Dahm*, Völkerrecht, Bd. III, 1961, S. 210 erscheint die Ingerenz hingegen im Zusammenhang der Lehre vom völkerrechtlichen Delikt durch Unterlassen, mithin in einer von der deutschen strafrechtlichen Terminologie abgeleiteten Bedeutung.

⁷ *Französisch*: „ingérence“ (vgl. *Paul Robert*, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Bd. 4, Paris, 1959); *italienisch*: „ingerenza“ (vgl. *Bulle-Rigotini*, Wörterbuch der italienischen und deutschen Sprache, Bd. 1, 9. Aufl., Leipzig, 1939); *spanisch*: „ingerencia“ (vgl. *Slabý-Grossmann*, Wörterbuch der spanischen und deutschen Sprache, Bd. 1, Leipzig, 1932).

⁸ Vgl. *v. Alberti*, Rechtswidrige Unterlassungen, S. 22 f.; *Frank*, § 1 Anm. IV; *Welzel*, JZ 1958, 495; *Blei*, a.a.O., S. 120, 135; *H. Mayer*, a.a.O., S. 79.

⁹ *Roterberg*, GS 34 [1883], 218.

¹⁰ *Kohler*, Studien, Bd. I, S. 59.

¹¹ *Sauer*, Grundlagen, S. 461; *Nahstoll*, Diss. 1951, S. 106.

¹² *Grandérath*, S. 131.

¹³ RGSt 75, 275; RG DR 1943, 893; BGHSt 14, 27.

¹⁴ *Nahstoll*, a.a.O., S. 96 f.

Während daher eine monographische Behandlung der Ingerenz noch vor wenigen Jahren als Desiderat von einiger Wichtigkeit gelten konnte, haben inzwischen *Granderath* und *Rudolphi* diesem Übelstand mit gründlichen und umfangreichen Arbeiten abgeholfen¹⁵. Wenn nunmehr eine weitere diesem Thema gewidmete Untersuchung vorgelegt wird, so rechtfertigt sich dies vor allem mit ihrer von den früheren Arbeiten abweichenden Grundkonzeption, nicht zuletzt auch mit gewissen Erweiterungen und unterschiedlichen Akzentuierungen. Sollte das Neben- und Gegeneinander der verschiedenartigen Ansichten der zukünftigen Auseinandersetzung eine breitere Basis bieten, so hätte auch die vorgelegte Arbeit ihr Ziel erreicht.

II. Abgrenzungsfragen

Die *Abgrenzungsfragen*, vor die sich eine solche Untersuchung stellt sieht, gehen vor allem in zwei Richtungen.

1. Auf der einen Seite verzichtet die Arbeit auf alle Erwägungen, die die *Zumutbarkeit* des Normgehorsams zum Gegenstand haben¹⁶. Diese Einschränkung hat den — hier nicht zu begründenden — Satz zur Prämisse, daß die Unzumutbarkeit das *Unrecht* einer als Handlungsäquivalent ausgewiesenen Unterlassung ebenso wenig berührt wie das der Handlung selbst¹⁷. In dem Maße, in dem das Programm einer Typisierung des Unterlassungsunrechts nachfolgend realisiert wird, entsteht die bekannte Indizwirkung des Typus, die allen außerhalb seiner selbst gelegenen „Umständen des Einzelfalls“ eine über die *Gegenindizierung* hinausgehende Funktion versagt. Ist der Unrechtstypus *vollständig* umschrieben, kann eine Korrektur lediglich Fragen der *Schuld* und damit einen disparaten Gegenstand betreffen.

Auch unter diesem Aspekt wirft die Ingerenz freilich dann besondere Probleme auf, wenn schon die Vorhandlung *für sich* strafbares Tun ist¹⁸. Denn sofern die Erfolgsabwendung hier nicht strafbefreiender Rücktritt vom Versuch der Vortat ist, wird der Unterlassende

¹⁵ *Granderath*, Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus einem vorangegangenen gefährdenden Verhalten bei den unechten Unterlassungsdelikten, Dissertation Freiburg, 1961; *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966.

¹⁶ Dazu *Henkel*, *Mezger-Festschrift*, S. 249 ff. (276 ff.); *ders.*, Recht und Individualität, S. 63 ff.; *Armin Kaufmann*, a.a.O., S. 151 ff.; *Ganderath*, S. 104 ff.

¹⁷ So *Welzel*, JZ 1958, 495; *Armin Kaufmann*, a.a.O., S. 152; a. A. vor allem *Henkel*, *Mezger-Festschrift*, S. 280 f., 306; *ders.*, Recht und Individualität, a.a.O.

¹⁸ Vgl. etwa RGSt 73, 52 (57); BGHSt 5, 187 (190); 11, 353.