

Einleitung

Laut § 13 StGB ist die unterlassene Abwendung eines Erfolges, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn der Unterlassende rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht (Abs. 1). Die Strafe kann gemildert werden (Abs. 2).

Inhalt und Bedeutung der im Jahre 1975 mit dem 2. Strafrechtsreformgesetz in Kraft getretenen Vorschrift¹ sind bislang weitgehend ungeklärt. Bereits im Gesetzgebungsverfahren blieben viele Einzelheiten der Regelung umstritten und bestanden Zweifel hinsichtlich Tragweite und Aussagekraft der Strafbarkeitsvoraussetzungen².

Vor 1975 hatte die Rechtsprechung aus Strafvorschriften des StGB, in denen Begehungsdelikte³ beschrieben sind, sogenannte Garantenunterlassungsdelikte abgeleitet und wie Begehungsdelikte bestraft. Dem lag das Bedürfnis nach einer weitergehenden Bestrafung von Unterlassungen zugrunde, als sie durch die bestehende gesetzliche Regelung der Unterlassungsstrafbarkeit in nur einigen wenigen Vorschriften (wie etwa § 330 c a.F. – „Unterlassene Hilfeleistung“) ermöglicht wurde. Diese Rechtsprechung stieß jedoch auf verfassungsrechtliche Bedenken: Nach Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz darf eine Tat nur bestraft werden, wenn ihre Strafbarkeit „gesetzlich bestimmt“ war, bevor die Tat begangen wurde. Die Strafbarkeitsvoraussetzungen der Garantenunterlassungsdelikte, insbesondere die Voraussetzung der Garantenstellung des Unterlassenden, waren demgegenüber nicht im Gesetz niedergelegt. Im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Bedenken wurde daher die Vorschrift des § 13 geschaffen.

In den Gesetzgebungsmaterialien finden sich der Grund der Regelung und die mit ihr verfolgten Ziele in der Begründung zu § 13 des Entwurfs 1962⁴ wie folgt formuliert: „Da die einzelnen Tatbestände des Besonderen Teils (des StGB, *Anm. vom Verfasser*) in ihrer Ausformung auf die Begehung

¹ In der Bekanntmachung vom 2. 1. 1975 (BGBl. I, S. 1, 11); im folgenden ist jeweils diese Fassung gemeint, wenn von § 13 ohne Benennung eines Gesetzes oder Gesetzesentwurfes die Rede ist.

² Vgl. die Ausführungen des Bundesjustizministeriums im Sonderausschuß für die Strafrechtsreform, Prot. S. 1644 ff.; vgl. weiterhin Prot. S. 1860 ff.

³ Die Ausdrücke „Begehungsdelikt“, „Tätigkeitsdelikt“ und „Handlungsdelikt“ werden im folgenden im gleichen Sinne verwandt.

⁴ Begründung zum Entwurf 1962, S. 124.

durch ein Tun zugeschnitten sind, ist für die sogenannten unechten Unterlassungsstraftaten eine allgemeine gesetzliche Regelung notwendig, aus der sich die Grundsätze und Richtlinien dafür ergeben, wem die Nichtabwendung eines tatbestandsmäßigen Erfolges zugerechnet wird (Garantenproblem) und in welchen Fällen ein solches Unterlassen ebenso zu behandeln ist wie die Tatbestandsverwirklichung durch ein Tun (Gleichwertigkeitsproblem). Hiervon handelt § 13⁴. Im übrigen empfehle sich aus rechtsstaatlichen Gründen die nähere gesetzliche Bestimmung dieser rechtlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen, „um die Praxis auf feste Grundlagen zu stellen und Zweifel, die immer wieder auch im Hinblick auf den Grundsatz der gesetzlichen Bestimmtheit der Straftatbestände (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz) geäußert werden, zu beseitigen“.

Vergleicht man diese der Entwicklung und Entstehung der Vorschrift zugrunde liegenden ursprünglichen Postulate mit der amtlichen Begründung zu der endgültigen Fassung des § 13 und wirft zugleich einen ersten Blick auf den Wortlaut der Vorschrift, so ist eine auffällige Diskrepanz festzustellen. In der amtlichen Begründung heißt es nämlich, daß die Zeit für eine sachgemäße gesetzliche Regelung der Problematik, wann (also auch: für wen) eine Handlungspflicht entstehe, noch nicht reif sei⁵. Damit wird offen zugegeben, daß die erste Forderung an eine strafbegründende allgemeine Unterlassungsvorschrift, nämlich die notwendigen „Grundsätze und Richtlinien“ dafür aufzustellen, wer überhaupt als „Unterlassungstäter“ für die Zurechnung eines tatbestandsmäßigen Erfolges in Betracht kommen soll, mit der Strafvorschrift des § 13 nicht erfüllt wird.

Ersetzt man in der Formulierung der zweiten Forderung an die von § 13 zu erbringende Leistung den Ausdruck der „Gleichwertigkeit“ von Tun und Unterlassen durch den nach Ansicht des Gesetzgebers⁶ im Grunde dasselbe meinenden⁷, aber nach der amtlichen Begründung zu § 13 „etwas neutraleren Begriff“ des „Entsprechens“ von Tun und Unterlassen, dann müßten sich die „Grundsätze und Richtlinien“ dafür, *in welchen Fällen* ein solches Unterlassen ebenso zu behandeln (d.h. zu bestrafen) sei wie die Tatbestandsverwirklichung durch ein Tun, also *wann* das Unterlassen dem Tun *entspricht*, aus § 13 ergeben. Das gesetzgeberische Ergebnis jahrzehntelanger Bemühungen des Bundesgesetzgebers klingt wie ein Echo: „Wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.“

⁵ BTagsDrucks. V/4095, S. 8.

⁶ Womit hier nicht nur der *formelle* Gesetzgeber im Sinne der durch das Grundgesetz als Legislative eingesetzten Organe der Gesetzgebung, sondern auch der *informelle* Gesetzgeber gemeint ist, also die Personen, von denen die Gesetze tatsächlich „gemacht“ werden; näher dazu *Maihofer*, in: Winkler / Schilcher, Gesetzgebung, S. 4ff., 20ff.; vgl. auch *Noll*, Gesetzgebungslehre, S. 44ff.; ähnlich *Scheuner*, DÖV 1960, S. 604f.

⁷ Vgl. Bundesjustizministerium, Prot. S. 1868.

Die Stellungnahme der Verfasser des § 13 in der Begründung im Sonderausschuß des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform hierzu lautet: § 13 wolle klarstellen, daß der Unterlassende eine Garantenpflicht haben und daß das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entsprechen müsse. Wann nun allerdings im einzelnen eine solche Garantenpflicht bestehe und wann das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspreche, müsse der Wertung durch die Rechtsprechung überlassen bleiben. Für diese Wertung gebe § 13 allerdings sehr wichtige Hinweise, nämlich einmal durch die Forderung der Garantenstellung und zum anderen durch die „Gleichwertigkeitsklausel“⁸.

Mit anderen Worten: Für die Lösung der von § 13 aufgeworfenen Frage, wann ein Unterlassen einem (gedachten) Tun entspricht, gibt § 13 den *wichtigen Hinweis*, daß das Unterlassen einem Tun entsprechen muß! Diese Scheinbegründung zeigt, daß hier die Vorstellungen der an der Gesetzesvorbereitung Beteiligten über das, was die Vorschrift des § 13 zu leisten habe, in keiner Weise verwirklicht worden sind. Gerade die zuletzt wiedergegebene „Begründung“ macht offenkundig, daß – immer unter Zugrundelegung der Meinung der Gesetzesväter – mit § 13 die selbst vorgegebenen Optionen, nämlich „die Praxis auf feste Grundlagen zu stellen“ und „Zweifel... im Hinblick auf den Grundsatz der gesetzlichen Bestimmtheit der Straftatbestände (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz) ... zu beseitigen“, nicht erfüllt wurden. Noch deutlicher wird dies, wenn man die Begründung zu § 1 des Entwurfs von 1962⁹, der den Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz wiederholt, zum Maßstab nimmt. Dort heißt es, § 1 enthalte die Forderung, „daß das Gesetz das straffbare Handeln so bestimmt umschreiben muß, daß die Rechtsprechung in seinen Vorschriften eine zuverlässige und feste Grundlage für die Anwendung auf die in Betracht kommende einzelne Tat findet“.

Wie aber kann § 13 eine zuverlässige und feste Grundlage für die Rechtsprechung abgeben, wenn die entscheidenden Fragen „der Wertung durch die Rechtsprechung überlassen bleiben“ müssen, ohne daß Kriterien für diese Wertung vorgegeben sind, wie aus den Aussagen der Gesetzesväter selbst hervorgeht? Wie soll § 13 eine zuverlässige und feste Grundlage für die Anwendung auf die *einzelne* Tat bilden, wenn schon die Urheber der Vorschrift, in der abschließenden Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform auf die Lösung eines Gastwirts-Falles angesprochen¹⁰, zugeben müssen, „derartige Einzelfälle könnten allein von der Fassung des

⁸ Prot. S. 1864.

⁹ S. 106.

¹⁰ Die Frage lautete, ob sich ein Gastwirt, der einen angetrunkenen Gast nicht daran hindere, sich ans Steuer zu setzen, wegen eines Unterlassungsdelikts schuldige mache, wenn dieser Gast einen Unfall verursache.