

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Band 60

Das unechte Unterlassungsdelikt

Der gordische Knoten des Allgemeinen Teils

Von

Lars Berster



Duncker & Humblot · Berlin

LARS BERSTER

Das unechte Unterlassungsdelikt

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von

Claus Kreß, Michael Kubiciel, Cornelius Nestler
Frank Neubacher, Jürgen Seier, Michael Walter
Martin Waßmer, Thomas Weigend

Professoren an der Universität zu Köln

Band 60

Das unechte Unterlassungsdelikt

Der gordische Knoten des Allgemeinen Teils

Von

Lars Berster



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen

Druck: Buch Bücher de GmbH, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0936-2711

ISBN 978-3-428-14400-6 (Print)

ISBN 978-3-428-54400-4 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84400-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinem Patenonkel
Winfried Dunkel*

Inhaltsverzeichnis

I. Der gordische Knoten des Allgemeinen Teils	9
II. Die Unterlassungsstrafbarkeit vor 1836	10
III. Entdeckung und Verwirrung	22
1. Entdeckung	22
2. Formelle Rechtspflichttheorie vs. naturalistischer Kausalmönismus	24
3. Verwirrung	27
IV. Lösungsversuche	31
1. Vorrechtliche Handlungserwartungen als Rechtsquelle	31
a) <i>Otto</i> und <i>Brammsen</i>	31
b) Die ältere Auffassung <i>Roxins</i>	32
2. Normativistische Ansätze	33
a) <i>Jakobs</i>	33
b) <i>Freund</i>	37
c) <i>Pawlak</i>	39
d) Fazit	42
3. Die Gleichstellung als Anknüpfungspunkt	43
a) <i>Gimbernat</i> <i>Ordeig</i>	43
b) <i>Schünemann</i> und die neuere Auffassung <i>Roxins</i>	46
V. Die Suche nach dem gordischen Nagel	51
1. Die garantienpflichtzentrierte Lesart des § 13 Abs. 1 StGB	51
2. Die Entsprechungsklausel als Gleichstellungsmerkmal	54
3. Die Entsprechung von Tun und Unterlassen	58
a) Begehungstypus I: Die Körperbewegung als naturgesetzlich wirkende Erfolgsursache	58
aa) Die Beherrschung der eigenen Körperbewegung als Grund der Zurechnung	58
bb) Der Gegenstand der Herrschaft auf Unterlassungsseite	60

cc) Erste Gleichstellungsvoraussetzung: Wirkkraft als Instrument des Willens	61
dd) Zweite Gleichstellungsvoraussetzung: Widmung als Instrument des Willens	62
b) Begehungstypus II: Psychisch wirksames Verhalten	65
aa) Die Begehungszurechnung bei psychischer Kausalität	65
bb) Kein begehungsgleiches Unterlassen im Bereich psychischer Kausalität	68
c) Begehungstypus III: Die Pflichtverletzung bei Pflichtdelikten	69
4. Vorteile des skizzierten Ansatzes	71
5. Möglicher Nachteil: Strafbarkeitslücken	73
a) Strafbarkeitslücken im Bereich naturgesetzlicher Kausalität?	73
b) Strafbarkeitslücken im Bereich psychischer Kausalität?	75
VI. Fazit	78
Literaturverzeichnis	79
Personen- und Sachverzeichnis	86

I. Der gordische Knoten des Allgemeinen Teils

Der bekannten Legende nach hatten die Götter Deichsel und Zugjoch am Streitwagen des phrygischen Königs Gordios durch einen so kunstreichen Knoten miteinander verbunden, dass sich selbst die Klügsten und Stärksten jener Zeit zur Lösung desselben außerstande sahen, und es schließlich des gewaltigen (Schwert)-Streichs des jugendlichen Heißsporns Alexander bedurfte. Weniger bekannt ist die Überlieferungsvariante des Aristobulos von Alexandreia, wonach Alexander den Knoten beiseite ließ, weil er erkannt hatte, die Elemente des Wagens durch schlichtes Ziehen eines Nagels in der Deichsel voneinander trennen zu können.

Die Legende samt beider Lösungsvarianten taugt als Allegorie des Ringens um das begehungsgleiche (unechte) Unterlassungsdelikt im deutschen Strafrecht. Als im 19. Jahrhundert seine besondere Struktur erkannt und fortan zwischen ihm und dem begehungsungleichen (echten) Unterlassen unterschieden wurde, knüpfte sich ein bislang unentwirrter und im Theorienstreit immer fester gezogener Knoten um Grund und Grenzen des unechten Unterlassens. Und wie im antiken Gordion scheinen zu seiner Entwirrung nur zwei Wege offenzustehen: Entweder ein dem Befreiungsschlag Alexanders vergleichbarer Coup des Gesetzgebers in Gestalt einer Novellierung des § 13 Abs. 1 StGB, welcher das Problem wenn nicht lösen so doch entscheiden würde, oder das Auffinden eines in den Tiefen des Diskurses verborgenen Nagels, durch dessen Ziehen dem Problem eine Lösung und der Rechtswissenschaft Erlösung zuteil würde. Die Erfolgsaussichten einer Suche nach dem allseligmachenden Nagel sind angesichts der binnen zweihundert Jahren gewachsenen Vielfalt atomisiert verfeinerter Bearbeitungen berufener Häupter äußerst bescheiden. Andererseits müssen angesichts der unerträglichen Unschärfe der Unterlassungstrafbarkeit auch kleine Fortschritte als wertvoll erachtet werden.

Als Hinführung zum Komplex soll im Folgenden zunächst dargestellt werden, wie sich Praktiker und Theoretiker des Rechts in den Jahrhunderten vor der Entdeckung des unechten Unterlassens im Umgang mit dem Unterlassungsdelikt beholfen. Sodann wird der Prozess der Knotenbildung nachgezeichnet, gefolgt von einer kritischen Darstellung der wichtigsten Lösungsvorschläge durch die Literatur. Abschließend soll dem gordischen Nagel nachgespürt und ein eigener Vorschlag zur Diskussion gestellt werden. Wohlan denn – irren wir uns weiter empor!

II. Die Unterlassungsstrafbarkeit vor 1836

Die im klassischen römischen Recht auffindbaren Fälle der Unterlassungsstrafbarkeit lassen sich aus heutiger Perspektive unschwer den Typen des echten Unterlassens, der Sicherungsgarantenhaftung sowie der Obhutsgarantenhaftung zuschlagen. In die erste Kategorie fällt die pflichtwidrige Unterlassung der Anzeige eines von anderen geplanten Verbrechens. Entsprechende Anzeigepflichten waren jedoch nur mit Blick auf wenige Delikte anerkannt, wie etwa die Verschwörung oder die Münzfälschung.¹ Zweitens finden sich einzelne Fälle, in denen das römische Strafrecht eine strafbewehrte Einstandspflicht für die Abwehr bestimmter Gefahren annahm, wie etwa die Nichthinderung eines von Dritten begangenen Ehebruchs innerhalb des eigenen Hauses² oder die Nichthinderung von Delikten eines zur eigenen Familie gehörenden Geisteskranken (*furiosus*).³ Drittens schließlich hielt das römische Recht die unterlassene Rettung einer gefährdeten Person für strafbar, soweit der Untätige mit dem Geschädigten in einem bestimmten Näheverhältnis stand (wie etwa der untergebene Soldat gegenüber dem Offizier bzw. der Sklave gegenüber dem Herrn).⁴ Namentlich im Militärstrafrecht wurde die Nichtrettung des Vorgesetzten dabei dem aktiven Angriff ausdrücklich gleichgestellt: „Qui praepositum suum non protexit, cum posset, *in pari causa factori habendus est (...)*.“⁵

Im überlieferten Recht der germanischen Völker sind die Anhaltspunkte für eine Unterlassungshaftung im ersten nachchristlichen Jahrtausend ungleich spärlicher. Den wohl frühesten Anhaltspunkt liefert Tacitus in seiner historisch nicht durchweg zuverlässigen „Germania“ mit Blick auf militärische Delikte. Danach wurde je nach Begehungsmodus unterschiedlich bestraft: Während die aktive Schädigung der Wehrfähigkeit durch Verrat oder Überlaufen zum Feind durch das öffentliche Aufhängen des Delinquenten an Bäumen geahndet worden sein soll, seien Feiglinge und Drückeberger – also gleichsam Unterlassungstäter – im Moor

¹ Rein, Criminalrecht, S. 120 m. w. N.

² Dig. 48, 5, 9 (8), pr.: „Qui domum suam, ut stuprum adulteriumve cum aliena matre familias vel cum masculo fieret, sciens praebuerit vel quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit: cuiuscumque sit condicoris, quasi adulter punitur.“ Der Täter wird hier also nicht als *leno* (Kuppler), sondern wie ein *adulter* (Ehebrecher) bestraft.

³ Rein, Criminalrecht, S. 120. Vgl. auch Nagler, GS 111 (1938), S. 5, dessen Belege allerdings die Gleichstellung von Tun und Unterlassen im Zivilrecht betreffen.

⁴ Rein, Criminalrecht, S. 120.

⁵ Dig. 49, 16, 6, 8 (Hervorhebung v. Verf.). Etwas weniger deutlich ebenso in Dig. 49, 16, 3, 22: „Qui praepositum suum protegere nollerunt vel deseruerunt, occiso eo capite puniuntur.“

versenkt worden.⁶ Die unterschiedliche Rechtsfolge begründet Tacitus mit dem Hinweis darauf, dass Verbrechen zwar grundsätzlich öffentlich angeprangert würden, die besonders schimpfliche Feigheit jedoch verborgen werden solle.⁷

Als gesichert gelten kann zudem, dass die Aussetzung von Kleinkindern als strafbare Tötung durch Unterlassen behandelt wurde. Obwohl eine ausdrückliche Regelung der Aussetzung in den germanischen Stammesrechten nicht vor kommt, lässt ein spezieller Erlaubnissatz auf die Existenz einer solchen Unterlassungsstrafbarkeit schließen. So stand dem Kindesvater nach germanischer Sitte das Recht zu, das Neugeborene aktiv oder durch Aussetzung zu töten, bis es durch die germanische „Lustration“⁸ in den Stammesverband Aufnahme gefunden hatte. Nach anderen Überlieferungen erlosch das Tötungsrecht des Vaters bereits mit der ersten Nahrungsaufnahme des Neugeborenen.⁹ Mit der Christianisierung wurde das väterliche Tötungsprivileg des heidnischen Rechts verdrängt.¹⁰

Unergiebig ist das in der „Lex Salica“ (6. Jh. n. Chr.) aufgezeichnete Stammesrecht der salischen Franken, das von einer marginalen Ausnahme¹¹ abgesehen alle bußwürdigen Verhaltensweisen aktivisch umschreibt. In späteren, vom römischen Vulgarrecht stärker beeinflussten Kodifikationen wie der Lex Ribuaria¹² (verm. 623–639 n. Chr.), dem Edictus Rothari¹³ (um 634 n. Chr.) und der Lex Saxonum¹⁴ (802 n. Chr.) finden sich immerhin Bußanordnungen für Schäden, die Dritte durch Tiere des Verpflichteten erlitten haben, womit zumindest implizit die mangelnde Verhinderung der aktiven Verletzung gleichstellt wurde. Zu beachten ist freilich, dass es sich bei diesen Regelungen um solche des vom Deliktsrecht noch nicht unterschiedenen Privatstrafrechts handelte.

⁶ *Tacitus*, Germania, Kapitel 12: „Proditores et transfugas arboribus suspendunt, ignavos et imbellis et corpore infames caeno ac palude, innecta insuper crate, mergunt.“

⁷ *Tacitus*, Germania, Kapitel 12: „Diversitas supplicii illuc respicit, tamquam scelera ostendi oporteat, dum puniuntur, flagitia abscondi.“

⁸ Die Lustration bezeichnet eine kultische Wasserweihe, die zumeist am 9. Tage nach der Geburt vorgenommen worden zu sein scheint.

⁹ *Wilda*, Strafrecht der Germanen, S. 725 f.; *Weiske*, Tötungsdelikte, S. 7 f.

¹⁰ *Wilda*, Strafrecht der Germanen, S. 725.

¹¹ Diese betrifft die Festlegung einer Buße für eine zugewanderte Person, die auch nach mehrfacher Aufforderung im Rahmen eines formalisierten Verfahrens das Dorf nicht mehr verlässt – ein früher Vorläufer des § 92 AuslG.

¹² § 48.1 Lex Ribuaria: „Wenn ein Vierfüßler einen Menschen tötet, werde dieser Vierfüßler, der ihn getötet hat, statt der Hälfte des Wergeldes angenommen, und der Eigentümer des Vierfüßlers befleißige sich, die andere Hälfte zu zahlen, ausgenommen das Friedengeld; denn von dem, was Vierfüßler tun, wird kein Friedengeld eingetrieben.“

¹³ Edictus Rothari: „§ 325. Bei Vierfüßlern, wenn sie einem Menschen oder einem Tier Schaden antun, zahlt der den Schaden, dem das Tier gehört. § 326. Wenn ein Pferd einen Menschen mit dem Huf verletzt, ein Rind mit dem Horn, ein Schwein mit dem Hauer oder ihn ein Hund beißt, dann muss derjenige die Tötung oder den Schaden zahlen, dessen Tiere sie sind.“

¹⁴ § LVII Lex Saxonum: „Si animal quodlibet damnum cuilibet intulerit, ab eo cuius esse constituerit conponatur excepta faida.“ (Also: Wenn ein Tier irgendjemandem irgendeinen Schaden zugefügt hat, so werde vom Eigentümer gebüßt (jedoch) ohne Fehde.)