

Frank Zieschang [Hrsg.]

Strafrechtliche Fragen der Gegenwart

Band 13

Johannes Fischer

Die Garantenstellung aus Ingerenz

Untersuchungen zur Dogmatik des unechten
Unterlassungsdelikts, § 13 StGB

λογος

Strafrechtliche Fragen der Gegenwart

Band 13

Strafrechtliche Fragen der Gegenwart

Band 13

Herausgegeben von
Prof. Dr. Frank Zieschang

Johannes Fischer

Die Garantenstellung aus Ingerenz

Untersuchungen zur Dogmatik des
unechten Unterlassungsdelikts, § 13 StGB

Logos Verlag Berlin GmbH



Strafrechtliche Fragen der Gegenwart

Herausgegeben von

Prof. Dr. Frank Zieschang

Universität Würzburg

Juristische Fakultät

Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht

Domerschulstraße 16

D-97070 Würzburg

Tel.: +49 (0)931 / 31 8 23 01

zieschang@jura.uni-wuerzburg.de

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.

Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2022

Tag der mündlichen Prüfung: 13.07.2022

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Frank Zieschang

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Frank Peter Schuster



© Copyright Logos Verlag Berlin GmbH 2022

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-8325-5533-7

ISSN 1614-4260

Logos Verlag Berlin GmbH
Georg-Knorr-Str. 4, Geb. 10,
12681 Berlin

Tel.: +49 (0)30 / 42 85 10 90

Fax: +49 (0)30 / 42 85 10 92

<http://www.logos-verlag.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von November 2021. Spätere Neuerscheinungen wurden punktuell berücksichtigt.

Mein besonderer Dank geht an Herrn Professor Dr. Frank Zieschang, der mir das Thema anvertraut, die Dissertation betreut und maßgeblich zum Gelingen des Projekts beigetragen hat. Ich konnte mich stets auf sein konstruktives und schnelles Feedback verlassen. Eine bessere und angenehmere wissenschaftliche Betreuung kann man sich nicht wünschen.

Herrn Professor Dr. Frank Peter Schuster danke ich vielmals für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein herzlicher Dank geht zudem an die Friedrich-Ebert-Stiftung für die Förderung des Promotionsvorhabens.

Das Projekt hätte niemals verwirklicht werden können ohne die Unterstützung meiner Familie sowie von Freund:innen und Kolleg:innen. Für wertvolle Korrekturen und Anmerkungen zum Manuskript danke ich meinen Eltern, meiner Schwester Dr. Christina Fischer sowie Dr. Jessica Flint, Luisa Schuster, Joachim Diehl, Dr. Tobias Pascher, Johannes Petersen, Thomas Schüßler und Tobias Teuber. Ihre konstruktive Kritik spiegelt sich im Text wider.

Würzburg, im Juli 2022

Johannes Fischer

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
Kapitel 1: Grundlagen	7
§ 1 Geschichtliche Herleitung	7
A. Traditionelle formelle Rechtspflichttheorie	7
B. Kausalitätstheorien	10
I. Kausalität des Andershandelns.....	10
II. Kausalität der Vorhandlung	11
III. Kausalität der Willensänderung (sog. Interferenztheorien).....	15
IV. Kausalität der sozialen Ordnung	20
C. Renaissance der formellen Rechtspflichttheorie	23
D. Abkehr von der formellen Rechtspflichttheorie.....	25
I. Einzug der materiellen Betrachtungsweise	25
II. Abkehr im NS-Unrechtsstaat	26
III. Überwindung durch die Garantenlehre.....	27
E. Rechtsprechung des Reichsgerichts.....	29
F. Neuere Entwicklung.....	31
§ 2 Die Regelung des „unechten“ Unterlassungsdelikts in § 13 StGB	31
A. Hintergründe.....	31
B. Die Gleichstellungsfrage im Lichte des Bestimmtheitsgrundsatzes Art. 103 II GG	37
I. Vereinbarkeit von § 13 StGB mit dem Bestimmtheitsgrundsatz	37
1. Vereinbarkeit de lege lata	38
2. Neuregelung de lege ferenda	43
3. Zwischenergebnis	44
II. Restriktive Auslegung von § 13 I StGB?.....	45
III. Folgerungen für die weitere Untersuchung	47
C. § 13 StGB als Ausgangspunkt der Gleichstellungsrichtlinie	50
I. Abweichende Konzeptionen in der Literatur	51
II. Stellungnahme	54
1. Vereinbarkeit mit <i>nullum crimen</i>	55
2. Abweichende Besonderheiten des Unterlassungsdelikts	60

3. Besondere gesetzliche Voraussetzungen nach § 13 I StGB.....	65
4. Zwischenergebnis	67
D. Regelungsgehalt des § 13 I StGB.....	67
I. Bildung von Unterlassungstatbeständen	67
II. Rechtliches Einstehenmüssen – Überblick	70
III. Tatbestandsmäßige Situation.....	71
IV. Entsprechungsklausel	72
1. Ausgangspunkt der herrschenden Ansicht.....	72
2. Dreh und Angelpunkt der Gleichstellungsfrage?.....	72
3. Stellungnahme	74
V. Fakultative Strafmilderung, § 13 II StGB.....	79
1. Gründe der Milderung	80
2. Kritik an § 13 II StGB.....	81
3. Stellungnahme	84
§ 3 Das rechtliche Einstehenmüssen.....	87
A. Das Einstehenmüssen in Rechtsprechung und Literatur	87
I. Überblick.....	87
II. Interpretation des Einstehenmüssens in der Literatur	90
1. Teil-formelle Ansätze	90
2. Zentralbegriff Garantenpflicht?	94
3. Garantenstellung als Tätermerkmal?	97
4. Ablehnung der Garantenstellung bei <i>Freund</i>	99
a) Darstellung	99
b) Bewertung	100
III. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	101
IV. Zwischenfazit	103
B. Stellungnahme	104
I. Übersicht	104
II. Kein Erfordernis einer meta-strafrechtlichen Pflicht.....	105
1. Ablehnung der formellen Rechtspflichttheorie.....	105
2. Ausgangspunkt des geltenden Rechts	106
3. Abweichende Zwecksetzungen der Rechtsgebiete	108
4. Unterschiedlicher Charakter zivilrechtlicher Pflichten.....	113
5. Zwischenergebnis	114

III. „Formale Grundlage“ der „Garantenpflicht“	115
IV. Das Entstehenmüssen als Teil der Verhaltens- oder Sanktionsnorm?	118
1. Strafrecht ohne Verhaltensnormen?	119
2. Strikte Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnorm?	120
3. Stellungnahme	121
a) Einheitliche rechtspolitische Strategie	121
b) Einheitliche verfassungsrechtliche Legitimation von „Verhaltens- und Sanktionsnorm“	122
c) Aushöhlung verfassungsrechtlicher Garantien	124
d) Beschränkte inhaltliche Aussagekraft normentheoretischer Modelle....	128
e) Tatbestand als Leitkategorie	129
f) Zwischenergebnis	131
4. Folgerungen für das Entstehenmüssen.....	131
V. Gesamtschau oder subsumtionsfähiges Konzept?	133
VI. Regelungsbereich des Entstehenmüssens.....	136
1. Eingrenzung des Merkmals Garantenstellung	136
2. Norminhalt beim Begehungs- und Unterlassungsdelikt	136
3. „Entstehenmüssen“ beim Begehungsdelikt	138
4. Entstehenmüssen beim Unterlassungsdelikt.....	140
a) Besondere Feststellung des Entstehenmüssens.....	140
b) Keine Orientierung an der Belastung.....	144
c) Zwischenfazit	146
5. Das „rechtliche“ Entstehenmüssen	147
VII. Ergebnis	147
Kapitel 2: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Ingerenz.....	151
§ 1 Herleitung und Überblick	151
§ 2 Frühe Entwicklung	153
A. Reichsgericht: Allgemeine Grundsätze	153
B. Meineidsbeihilfe	154
C. Frühe Judikatur des BGH	158
§ 3 Einschränkungsbemühungen des BGH.....	162
§ 4 Aushöhlung des Pflichtwidrigkeitskriteriums?.....	169
§ 5 Aktuelle Probleme der Ingerenz in der Rechtsprechung.....	173
A. Arbeitsteilige Straftatbegehung.....	174

B. Selbstgefährdung des Opfers	182
I. Sachverhalte	182
II. Stellungnahme	184
III. Garantenstellung aus Ingerenz nach Beihilfe zum Suizid?	194
C. Vorsätzliches Vorverhalten?.....	197
§ 6 Zusammenfassung	198
Kapitel 3: Die Garantenstellung aus Ingerenz im Spiegel der Literatur	199
§ 1 Die Ablehnung der Ingerenz in der Literatur	199
A. Die Bedenken von <i>Welzel</i> und <i>Arm. Kaufmann</i>	199
B. Die ältere Ansicht von <i>Roxin</i>	201
I. Darstellung	201
II. Bewertung.....	202
C. Renaissance der formellen Rechtspflichttheorie (<i>Seebode</i>)	205
I. Darstellung	205
II. Kritik.....	205
D. Fehlende „Unrechtssteigerung“ (<i>Langer</i>)	206
I. Darstellung	206
II. Kritik.....	209
1. Unechte Unterlassungsdelikte als Unterlassungssonderdelikte?	209
2. Probleme des „Gemeinunrechtskerns“	211
3. Unrechtssteigerung	215
4. Fazit	217
E. Die „Antiingerenztheorie“ <i>Schünemanns</i> : Herrschaft über den Grund des Erfolgs	217
I. Das Konzept <i>Schünemanns</i>	217
1. Herrschaft über den Grund des Erfolgs als <i>tertium comparationis</i>	217
2. Die Herrschaft über Gefahrenquellen und die Ingerenz	221
II. Kritik.....	224
1. Die Methodik <i>Schünemanns</i>	224
a) Analogistisches Verfahren: Das „Gleichstellungsproblem“ als Gleichheitsproblem	224
b) Die Natur der Sache	227
c) Zwischenfazit	230
2. Grund der Übertragung	230

a) Maßgeblichkeit beim Begehungsdelikt?	231
b) Sachlogische Gleichheit.....	232
c) Begründung von Modifikationen	237
d) Zwischenfazit.....	240
e) Teleologische Gleichstellung?	240
f) Zwischenfazit	243
3. Ergebnis der Übertragung	243
a) Grund des Erfolgs	243
aa) Körperbewegung als Grund des Erfolgs?	243
bb) Körperbewegung als Grund des adäquaten/zurechenbaren Erfolgs? 245	
cc) Herrschaft über das Gesamtgeschehen als Grund des Erfolgs?.....	248
b) Herrschaft.....	250
aa) Erforderlichkeit einer Verantwortlichkeitsbegründung.....	250
bb) Aspekte der Verantwortlichkeit bei <i>Schünemann</i>	251
cc) Aktuelle Herrschaft.....	253
dd) Konsequenz: Wertungswidersprüche.....	258
ee) Zwischenergebnis	259
4. Ergebnis	259
F. „Entscheidungshoheit“ als strukturelle Ähnlichkeit (<i>Sangenstedt</i>)	260
I. Darstellung	260
II. Kritik	262
1. Allgemeines	262
2. Begriff der Entscheidungshoheit.....	264
a) Begriffsinhalt beim Begehungsdelikt.....	264
b) Begriffsinhalt beim Unterlassungsdelikt	267
3. Ablehnung der Ingerenz.....	269
a) Verwirrung des „Müssens“ und des „Dürfens“	269
b) Teleologische Widersprüche.....	270
c) Ausschluss anderer als gemeinsames Telos?	272
d) Aktualitätserfordernis <i>trotz</i> entgegenstehendem Telos?.....	274
e) Ergebnis	276
G. Fortentwicklung des Herrschaftskriteriums bei <i>Berster</i>	276
I. Darstellung	276
II. Kritik	278

1. Grundsätzliches.....	278
2. Herrschaftsbegriff	280
3. Ablehnung der Ingerenz.....	283
III. Fazit	284
H. „Grundfallmethode“ (<i>Pfleiderer</i>)	284
I. Darstellung	284
II. Kritik.....	285
J. Die Ingerenz als Begehungsdelikt (<i>Brammsen</i>)	288
I. Darstellung	288
1. Ablehnung einer Garantenstellung	288
2. Begründung des Begehungsdelikts.....	289
3. Einschub: Die Ingerenz als <i>dolus subsequens</i> bei <i>Lampe</i>	291
II. Kritik.....	293
1. Ablehnung der Ingerenzgarantenstellung durch <i>Brammsen</i>	293
2. Konstruktion des <i>dolus subsequens</i>	295
3. Qualität der Vorhandlung	298
III. Fazit	301
K. Resümee	301
§ 2 Ingerenzbegründende Theorien	303
A. Formale Einteilungen	303
B. Allgemeines Schädigungsverbot	304
I. Darstellung	304
II. Kritik.....	307
1. Normlogischer Einwand?	307
2. Fehlende Strafrechtsspezifität des <i>allgemeinen</i> Schädigungsverbots.....	309
3. Differenzierung zwischen Begehung und Ingerenzunterlassung.....	311
4. Fazit	312
C. Verwandte Ansätze.....	313
I. Gefahrschaffung (<i>Arzt</i>).....	313
II. Eingriff in fremde Rechtssphären (<i>Kugler</i>)	314
1. Darstellung.....	314
2. Kritik.....	315
III. Individuelle Handlungsverantwortung (<i>Seelmann/Grünwald</i>).....	316
1. Darstellung.....	316

2. Bewertung.....	317
IV. Verhältnismäßigkeit (v. <i>Coelln</i>).....	319
1. Darstellung.....	319
2. Kritik.....	320
a) Keine Verankerung in der Herrschaftstheorie.....	320
b) Substanzlosigkeit der bloßen Verhältnismäßigkeitsprüfung	321
c) Rechtsverzicht bei pflichtwidrigem Vorverhalten?	323
d) Gesellschaftliche Erwartungen?.....	324
e) Fazit.....	325
V. Freiheitsentfaltung und Zurechnung (<i>Paradissis</i>).....	325
1. Gewohnheitsrecht als Grundlage der Ingerenz?	325
a) Darstellung	325
b) Kritik.....	326
2. Materielle Begründung der Ingerenz	327
a) Darstellung	327
b) Kritik.....	330
aa) Strafgrund der Ingerenz	330
bb) Qualität des Vorverhaltens.....	333
cc) „Zurechnung“	335
dd) Fazit.....	340
VI. „Gefährdungsunrecht“ (<i>Herbertz</i>).....	340
1. Darstellung.....	340
2. Kritik.....	344
a) Strafgrund der Ingerenz	344
b) Unrechtsnähe	346
c) Appellfunktion	350
d) Ausgestaltung des Gefährdungsunrechts	356
e) Fazit.....	364
D. Soziologische Begründungen.....	364
I. „Engere soziale Ordnung“ (<i>Vogt</i>)	364
1. Darstellung.....	364
2. Kritik.....	365
II. „Schon vorher Da-neben-sein“ (<i>Androulakis</i>).....	366
1. Darstellung.....	366

2. Kritik.....	366
III. Vertrauen/Vertrauendürfen.....	368
1. Darstellung.....	368
2. Kritik.....	369
IV. Erwartungserwartungen (<i>Otto</i>).....	371
1. Darstellung.....	371
a) Erwartungserwartungen	371
b) Garantenstellung aus Ingerenz.....	373
2. Kritik.....	375
a) Maßgeblichkeit von Erwartungserwartungen?	375
b) Strafrechtliche Eingrenzung	377
c) Garantenstellung aus Ingerenz	378
d) Garantenstellung aufgrund Schaffen einer hilflosen Lage?.....	380
E. Abhängigkeit.....	381
I. Abhängigkeit und Kausalität aus Freiheit (<i>E. A. Wolff, Köhler, Kahlo</i>).....	381
1. Darstellung.....	381
2. Kritik.....	384
3. Annex: Begründung der Garantenstellungen durch „Kausalität aus Freiheit“?	389
a) Die Ausführungen von <i>Matt</i>	389
b) Kritik.....	389
II. Ausdifferenzierung der Richtlinie bei <i>Welp</i>	392
1. Darstellung.....	392
a) Unrechtsstruktur der Begehung	392
b) Opferposition	393
c) Täterposition	393
d) Erstreckung auf rechtmäßige Verhandlungen	394
2. Kritik.....	396
a) Allgemeines	396
b) Abhängigkeit.....	396
c) Täterposition	400
d) Rechtmäßige Verhandlungen.....	402
3. Fazit	405
F. Herrschaftstheorien	405

I. Zentralgestalt (<i>Rudolphi</i>)	405
1. Darstellung.....	405
2. Bewertung.....	410
a) Gleichstellungsrichtlinie	410
b) Pflichtwidrigkeitskriterium.....	414
c) Fazit.....	416
II. Kontrollherrschaft (<i>Roxin</i>).....	416
1. Darstellung.....	416
2. Kritik.....	418
a) Kontrollherrschaft	418
b) Objektive Zurechnung	419
3. Fazit	421
III. Zwischenfazit zu den Herrschaftstheorien	421
G. Normativistische Gleichstellungstheorien.....	421
I. Negativer Handlungsbegriff (<i>Herzberg</i>).....	421
1. Darstellung.....	421
2. Bewertung.....	425
a) Der negative Handlungsbegriff.....	425
b) Die Garantenstellung aus Ingerenz	429
c) Fazit.....	431
II. Organisationszuständigkeit (<i>Jakobs</i>)	432
1. Das Konzept <i>Jakobs</i> ‘	432
a) Norm, Normbruch, Strafe	432
b) Ingerenz als Organisationszuständigkeit.....	435
2. Bewertung.....	440
a) Straftat als Normverletzung/ Rollenbruch oder als Rechtsgutsverletzung?	441
b) Unbestimmtheit und Empiriefreiheit	445
c) Die Ingerenz als „synallagmatische Gegenleistung“ für den Freiheitsgebrauch?	448
d) Resümee.....	454
III. „Varianten“ der Organisationszuständigkeit	455
1. Respektierungspflicht als „Mitwirkungspflicht des Bürgers“ (<i>Pawlik</i>).....	455
a) Darstellung	455

b) Bewertung	456
2. Freiheitstheoretische Legitimation (<i>Vogel</i>).....	458
a) Darstellung	458
b) Bewertung	461
IV. Sonderverantwortlichkeit (<i>Freund/Rostalski</i>)	463
1. Darstellung.....	463
a) Legitimatorisches Konzept	463
b) „Sonderverantwortlichkeit des Ingerenten“	466
2. Bewertung	467
a) Das legitimatorische Konzept <i>Freunds</i>	468
b) Kritik der „dualistischen“ Legitimation von Verhaltensnormen	474
c) Bedenken im Hinblick auf Art 103 II GG.....	478
d) Die „Sonderverantwortlichkeit“ aufgrund Ingerenz	483
e) Fazit.....	488
H. Wiederkehrende Argumentationsmuster	488
I. Lösung von Freiheitskonflikten	489
1. Überblick	489
a) Abwägung von Freiheitssphären.....	489
b) Abgrenzung der Freiheitssphären durch die Verbote der Rechtsordnung?	490
c) Sonderrisiko und bedingte Gestattung	492
2. Bewertung	495
a) Pflichtwidriges Vorverhalten?	495
b) Bedingte Gestattung bei Sonderrisiken?.....	497
c) Freiheitsgewinn durch bedingte Gestattung?	502
d) Ergebnis	504
II. Zurechnung der Gefahrenlage.....	504
J. Fazit	507
Kapitel 4: Begründung der Ingerenzgarantenstellung	509
§ 1 Die grundsätzliche Berechtigung des Ingerenzgedankens	509
A. Eckpunkte der Ingerenzbegründung.....	509
I. Tatbestandliche Gleichstellung	510
1. Selbstverständliches Einstehenmüssen bei der Begehung.....	511
2. Begehung und Unterlassen als Rechtsgutsverletzung	513

3. Erheblichkeit des Rechtsgutsangriffs.....	519
4. Unterlassung als Rechtsgutsangriff.....	522
5. Sekundäre Garantenstellung aus Ingerenz.....	523
6. Zwischenfazit.....	525
II. Entfaltung der maßgeblichen Rechtsidee.....	525
1. Maßgeblichkeit der Tatherrschaft bei den Begehungsdelikten.....	525
2. Ergänzende Funktion der Ingerenz.....	526
3. Geringeres Unrecht der Ingerenzunterlassung?.....	529
4. Wesentliche und unwesentliche Aspekte der Herrschaft.....	533
5. Zwischenergebnis.....	536
III. Die Garantenstellung aufgrund Sachherrschaft.....	536
1. Vorgehensweise.....	536
2. Unvollständigkeit der Beschränkung auf aktive Begehung.....	538
3. Herrschaft bei gegenständlichen Gefahrenquellen.....	541
4. Ausschließende Wirkung der Handlungsherrschaft.....	544
5. Folgerungen für das Unterlassungsdelikt.....	547
6. Objektive Seite der Handlung.....	553
7. Verhältnis von Handlungsherrschaft und Sachherrschaft.....	554
IV. Zwischenergebnis.....	557
B. Begründung des Ingerenzgedankens.....	557
I. Fortbestehen der Überwachungsposition.....	557
1. Gefährlichkeit des Kontrollverlustes.....	557
2. Fortbestehende Abhängigkeit.....	561
3. Zwischenfazit.....	562
4. „Sicherungspflichten“ und „Rettungspflichten“?.....	563
a) Differenzierungen in der Literatur.....	563
b) Stellungnahme: Einheitliche Überwachungsposition.....	564
c) Übertragung auf die „klassischen“ Ingerenz-Fälle.....	569
d) Strafrechtliche Gleichstellung.....	573
5. Fortbestehender Sachgrund des Einstehenmüssens.....	574
II. Maßgeblichkeit der tatbestandlichen Wertung.....	575
III. Adressat der Überwachungsposition.....	577
IV. Strafmilderung.....	581
V. Historisches Argument.....	582

VI. Zwischenergebnis.....	583
§ 2 Eingrenzung des Ingerenzgedankens.....	583
A. Rechtliche Bewertung der Vorhandlung.....	584
I. Begründung auf Grundlage des Herrschaftskriteriums.....	584
II. Auffassung der herrschenden Ansicht.....	584
III. Vorläufige Bewertung.....	588
1. Praktische Vorzüge.....	588
2. Formaler Charakter des Pflichtwidrigkeitskriteriums.....	588
3. Ausnahmen vom Pflichtwidrigkeitskriterium.....	591
IV. Grundgedanken von Fahrlässigkeit und Ingerenzbegründung.....	593
1. Das fahrlässige Handlungsunrecht.....	594
a) Maßgebliche Perspektive.....	594
b) Voraussetzungen des Fahrlässigkeitsdelikts.....	597
c) Erlaubtes Risiko?.....	602
d) Sozialadäquanz?.....	605
e) Zwischenergebnis.....	608
2. Maßgeblichkeit des Begründungskontextes.....	608
3. „Verkürzung“ der Urteilsbasis oder „Maximum an Wahrheitsgarantie“?.....	612
4. Teleologischen Begründung der <i>ex ante</i> Perspektive bei der Ingerenz? ...	614
a) Verhaltenssteuerung?.....	614
b) Maximierung der Handlungsfreiheit?.....	615
c) Schuldprinzip?.....	616
5. Systematische Begründung des Pflichtwidrigkeitskriteriums?.....	619
a) Relativer Charakter des Pflichtwidrigkeitsurteils.....	619
b) Globalabwägung oder Berücksichtigung individueller Interessen?.....	624
6. Zwischenfazit: Objektivierung der Ingerenzbegründung.....	626
V. „Kompromisslösung“ Adäquanz?.....	628
1. Allgemeines.....	628
2. Relevantes Risiko?.....	629
3. Objektive Beherrschbarkeit?.....	630
4. Bewertung.....	631
VI. Zwischenergebnis.....	634
B. Objektivierung der Unrechtsbewertung.....	634
I. Objektive Bestimmung der Normwidrigkeit?.....	635

II. Anknüpfungspunkt der objektiven Unrechtswertung	638
1. Anerkennung des Erfolgsunrechts?	638
2. Wirklichkeitsverändernde Funktion des Erfolgsunrechts.....	646
3. Zwischenfazit für die Garantenstellung aus Ingerenz.....	649
III. Erfolgsbegriff	653
1. Erfolg und Rechtsgutsverletzung.....	654
2. Maßgeblichkeit des formell tatbestandlichen Erfolgs oder der Rechtsgutsverletzung?	656
3. „Erfolg“ bei den Handlungsdelikten.....	658
4. Zwischenfazit.....	660
IV. Konkretisierende und konkurrierende Konzepte.....	660
1. Begrenzung der Schutznorm durch das „erlaubte Risiko“ (<i>Küper</i>).....	661
a) Darstellung	661
b) Bewertung	662
2. Verhaltensnorm als Verursachungsverbot (<i>Kindhäuser/Vogel</i>)	664
a) Darstellung	664
b) Bewertung	665
3. Subjektive Rechte als Abgrenzung der Freiheitssphären? (<i>Haas/Renzikowski</i>)	666
a) Darstellung	666
b) Kritik	668
c) Die Garantenstellung aus Ingerenz	671
d) Folgerungen	673
4. Zwischenfazit.....	673
V. Abhängigkeit des Erfolgsunrechts vom Vorliegen des Handlungsunrechts?674	
VI. Zwischenfazit	676
C. Ingerenz nach gerechtfertigtem Vorverhalten	677
I. Darstellung	677
1. Notwehr	677
2. Notstand	680
3. Dauerzustand	681
II. Bewertung.....	682
1. Allgemeine Stellungnahme.....	682
2. Rechtfertigungsgründe als Zurechnungsgründe?.....	686

3. Ingerenz in Folge von Notwehrhandlungen.....	689
a) Die Auffassung von <i>Welp</i>	689
aa) Darstellung.....	689
bb) Kritik	690
b) Die Argumente von <i>Herzberg, Gössel</i> und <i>Kühl</i>	694
aa) Darstellung.....	694
bb) Kritik	695
c) „Unzumutbarkeit“ der Garantenstellung?	697
d) „Friedlosigkeit“ des Angreifers?.....	699
e) Schuldloser Angreifer?	700
f) Fazit	701
4. Ingerenz in Folge von gerechtfertigten Notstandshandlungen	701
a) Eingriffsrecht	701
b) Rechtsgedanke des § 904 S. 2 BGB?.....	703
c) Notstandshilfe	704
d) Erträglichkeit für das Rechtsgefühl	706
e) Obhutsgarantenstellung nach Aggressivnotstand?.....	707
f) Fall des Defensivnotstandes	709
5. Handlungsbefugnisse ohne Eingriffsrecht	710
6. Ausnahme für Dauerzustände?	710
7. Objektive, subjektive und prognostische Elemente der Rechtfertigung....	713
III. Fazit	715
D. Überlegungen zur Reichweite der tatbestandlichen Schutznorm.....	715
I. Pragmatische Differenzierung zwischen pflichtwidrigem und pflichtgemäßem Vorverhalten	715
II. Handlung als kausaler Vorgang	717
III. Lückenlose Begründung der Rechtswidrigkeit.....	720
1. Rechtswidrigkeit der Handlungsobjektivation.....	720
2. Durchgängigkeitserfordernis	722
3. Zwischenfazit.....	724
IV. Gefahrschaffung	724
1. Gefahrbegriffe im Strafrecht.....	724
2. Gefahrbegriff des rechtfertigenden Notstands	725
3. Gefahrbegriff der „potentiellen Gefährdungsdelikte“	729

4. Unterscheidbarkeit von Gefahr und Kausalfaktor	731
5. Bildung des Prognoseurteils	737
a) Maßstabsperson der Prognose.....	737
b) Erforderlicher Wahrscheinlichkeitsgrad	738
c) Feststellung des Gefahrensachverhalts	740
6. „Allgemeine Lebensrisiken“ und „Sonderrisiken“?	740
7. Zwischenergebnis	741
8. Unwahrscheinliche Verläufe.....	742
V. Strafrechtliche Unrechtswertung	743
1. Allgemeines	743
2. Trennung von Objektivem und Subjektivem?	744
3. Anerkannte Rechtfertigungsgründe	745
4. Eingriffsrecht in anderen Fällen?.....	745
5. Der Gedanke der Eigenverantwortlichkeit.....	746
6. Gleichwertige Einflussmöglichkeiten des Opfers.....	748
7. Dazwischentreten eines Dritten	753
a) Lösungsvorschläge.....	753
b) Bewertung.....	755
c) Lösung der Fälle.....	756
d) Differenzierung zwischen den Beteiligungsformen.....	762
8. Zwischenergebnis	767
VI. Sonderkonstellationen	768
1. Ingerenz beim Betrug?	768
a) Allgemeines	768
b) Die Entscheidung BGHSt 62, 72: Untreuetaten als Ingerenzvorhandlung für §§ 263 I, 13 I StGB?.....	772
c) Bedeutung der Entsprechungsklausel	776
d) Spätere Unwahrheit der Erklärung?.....	777
e) Weitere Eckpunkte	779
2. Maßgeblichkeit der materiellen Unrechtswertung: Unterlassene Lebensrettung nach privilegierter (§ 216 StGB) Lebensgefährdung.....	780
3. Fazit	782
Zusammenfassung	783
Literaturverzeichnis	793

Einleitung

Das „unechte“¹ Unterlassungsdelikt bereitet der Strafrechtswissenschaft seit jeher Kopfzerbrechen. Als das „umstrittenste und dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils“² hat es zweifelhaften Ruhm erlangt.

„Du sollst nicht töten [...] du sollst nicht stehlen [...] du sollst nicht falsch Zeugnis reden wider deinen Nächsten“³: Diese Gebote, andere nicht aktiv zu schädigen, sind seit jeher überpositivistisch anerkannt und auch in Form des Totschlags, § 212, des Diebstahls, § 242, und der falschen uneidlichen Aussage, § 153 StGB, aus der heutigen Strafrechtsordnung nicht wegzudenken. Aber besteht in gleichem Maße auch ein strafbewehrtes Handlungsgebot „du sollst fremdes Leben retten, fremdes Eigentum schützen, falsches Zeugnis verhindern“? So schrieb bereits *Feuerbach* im Jahr 1803, dass die „ursprüngliche Verbindlichkeit des Bürgers nur auf Unterlassungen geht“.⁴

Nach geltendem Recht kann jeder Straftatbestand des Besonderen Teils⁵ daher nur dann durch Unterlassen verwirklicht werden, wenn der Täter für den Nichteintritt des Erfolgs

¹ Die genaue Abgrenzung von „echtem“ und „unechtem“ Unterlassungsdelikt ist strittig; sie geht zurück auf *Luden* Abhandlungen II (1840) S. 219 ff.; siehe zur Abgrenzung etwa v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 21 ff.; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 45 Rn. 47 ff.; *Herzberg* Garantenprinzip S. 21 ff.; *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 275 ff.; *Roxin* AT II § 31 Rn. 16 ff.; *Schünemann* ZStW 96 (1984) 288, 302 f.; *Weigend* LK § 13 Rn. 16, alle m.w.N.; die Terminologie variiert im Einzelnen, vgl. etwa *Jakobs* AT 28/12: „sekundäre Unterlassungsdelikte“; *Jescheck/Weigend* AT § 58 III 2 „qualifiziertes Unterlassungsdelikt“; *Freund* MK § 13 Rn. 2: „begehungsgleiches Unterlassungsdelikt“; kritisch zu dem Begriff bereits *Nagler* GS 111 (1938) 1 f. m. Fn. 1; sowie *Schmidhäuser* FS Müller-Dietz S. 761, 762 ff.; **im Folgenden** soll das „unechte“ Unterlassungsdelikt synonym zum Unterlassen des Garanten und damit parallel zum Anwendungsbereich des § 13 StGB verwendet werden, überzeugend daher *Jescheck/Weigend* § 58 III 2; *Weigend* LK § 13 Rn. 16; die Unterscheidung zwischen „echtem“ und „unechtem“ Unterlassungsdelikt hat jedoch keine systematischen Folgen und besitzt lediglich Ordnungsfunktion, vgl. *Sch/Sch/Bosch* Vor § 13 Rn. 137.

² *Roxin* AT II § 32 Rn. 2; mit ihm *Pawlik* FS Roxin (2011) S. 931; *Weigend* LK § 13 Rn. 23; ähnlich *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 308; siehe auch *Berster* Unterlassungsdelikt S. 9: „gordische[r] Knoten des Allgemeinen Teils“; *Jakobs* AT 29/26: „eine der schwierigsten Aufgaben der Dogmatik des AT“; *Arm. Kaufmann* Dogmatik Vorbemerkung XVI: „vielleicht unlösbar“; dazu, dass derartige Superlative auch für andere Bereiche des Allgemeinen Teils kursieren *Rotsch* FS Neumann S. 1009 m. Fn. 2.

³ Bibel, Buch Exodus 20, 13 ff.

⁴ *Feuerbach* Lehrbuch § 24; siehe auch *ders.* Anti-Hobbes S. 13; *Kant* MdS Rechtslehre Einl. § B, § C, AB 32-34, Werke VIII S. 337 f.; *Hegel* Grundlinien § 36 ff., § 113 Anm.; *Ad. Merkel* Abhandlungen S. 89; zur Verwurzelung *Feuerbachs* im liberalen *kantischen* Denken vgl. *Jakobs* in: Das Proprium S. 104, 112; *Pawlik* FS Roxin S. 931, 934 ff.; *Schünemann* FS Amelung S. 303, 305, 309; parallel zu *Feuerbach* etwa *Kühl* JA 2014, 507, 509; *ders.* FS Herzberg S. 177, 180 ff.; *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 670; auch der Bundesgerichtshof führt aus, der Täter werde „ausnahmsweise“ für das Unterlassen verantwortlich gemacht, vgl. BGHSt 62, 72, 76; ähnlich v. *Bar* Causalzusammenhang S. 97; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 2; *Kahlo* Handlungsform S. 251 f.; *Stein* SK § 13 Rn. 17: „als selbstverständlich empfundene [...] Relation zwischen Handlungsverboten und -geboten“; *Weigend* LK § 13 Rn. 23; **kritisch** hingegen *Herzberg* Garantenprinzip S. 210: Die Frage nach den Verbindlichkeiten könne das Gesetz nur selbst entscheiden; gegen die Nachrangigkeit von Geboten auch *Jakobs* AT 28/13; *ders.* Unterlassen S. 14; *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 54 f., 64 f.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 306 f.

⁵ Abgesehen von wenigen Unterlassungsdelikten, wie insbesondere §§ 138, 323c I StGB.

rechtlich einzustehen hat, § 13 I StGB.⁶ Um eine im Hinblick auf Art. 2 I GG unerträgliche Ausuferung⁷ der Handlungspflichten zu vermeiden, knüpft der Gesetzgeber sie an ein rechtliches „Einstehenmüssen“. Die Rechtsfolgen, die die Bejahung der Voraussetzungen des § 13 StGB auslösen kann, sind erheblich:⁸ Während die Verwirklichung des „echten“ Unterlassungsdelikts § 323c I StGB zu einer Freiheitsstrafe von maximal einem Jahr oder Geldstrafe führt, sieht das „unechte“ Unterlassungsdelikts §§ 211, 13 I StGB lebenslängliche Freiheitsstrafe vor.⁹ Trotz der so erheblichen freiheitsrechtlichen Relevanz¹⁰ der Frage nach der Garantenstellung¹¹ beschreibt das Gesetz nicht, in welchen Fällen eine Erfolgsabwendungspflicht, deren Missachtung strafrechtlich geahndet werden soll, besteht.¹² Und auch in der Strafrechtswissenschaft besteht hinsichtlich der Frage nach den Garantenstellungen erhebliche Unsicherheit: „Man kann wohl sagen, daß das einzig Sichere bei den unechten Unterlassungsdelikten darin besteht, daß es nichts Sicheres gibt“.¹³

Grundsätzlich wird es als ein Problem angesehen, dass die Unterlassungsstrafbarkeit rechtlich schwerer zu greifen ist als die Begehungsstrafbarkeit. *Rudolphi* betont etwa, dass anders als die Begehungsdelikte, welche fest umrissene Handlungsbeschreibungen enthalten, die Unterlassungsdelikte ganz vielgestaltige soziale Erscheinungen betreffen.¹⁴

⁶ Viele, jedoch längst nicht alle ausländischen Rechtsordnungen kennen eine dem § 13 I StGB vergleichbare Vorschrift, siehe hierzu rechtsvergleichend *Freund* MK § 13 Rn. 35 ff.; *Jescheck* ZStW 77 (1965) 109 ff.; *ders.* FS Tröndle S. 795 ff.; *ders.* 140 Jahre GA S. 115 ff.; zur Rechtslage in England und Frankreich auch *Schrägler* Unterlassungsdelikts S. 130 ff., 150 ff., speziell zur Ingerenz S. 217 ff.

⁷ Vgl. *Bosch* Jura 2019, 1239; v. *Coelln* Unterlassungsdelikts S. 77; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 19; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 67: „in seiner Tragweite gar nicht abzusehender Eingriff in die Handlungsfreiheit des einzelnen“; *Pawlik* Unrecht S. 140; im Allgemeinen auch *Jakobs* ZStW 89 (1977) 1, 18: „Folge der den Rettungsfähigen nichts angehenden Welt“; *Naucke* Strafrecht § 7 Rn. 242: Unterlassungsstrafbarkeit als „moralisierendes Instrument“ zur Durchsetzung von Solidarität. Überdies wird darauf hingewiesen, es sei „dysfunktional“, jeden für alles verantwortlich zu machen, vgl. *Vogel* Norm und Pflicht S. 309 f.

⁸ Auf diese Differenz hinweisend auch *Welzel* JZ 1958, 494, 495; ferner *Kretschmer* Jura 2006, 898; *Kühl* JA 2014, 507, 508; *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 670; *Rengier* AT § 49 Rn. 26.

⁹ Vorbehaltlich der – allerdings bloß fakultativen – Milderungsmöglichkeit, § 13 II StGB.

¹⁰ „Das Strafrecht trennt den Bürger vom Verbrecher, den freien Menschen von der wie in einem Käfig gehaltenen Kreatur“, *Schünemann* FS Herzberg S. 39, 43; siehe auch *Roxin/Greco* AT I § 3 Rn. 61.

¹¹ Der Begriff des Garanten in seiner heutigen Form geht zurück auf *Nagler* GS 111 (1938) S. 1, 59 ff.; er findet jedoch bereits Erwähnung bei *Binding* Normen II 1 S. 553, 576 ff.

¹² Ähnliche Diagnose etwa bei *Bosch* Jura 2019, 1239; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 25; *Hoven* GA 2016, 16, 18 f.; *Jakobs* System S. 18; *Jescheck/Weigend* AT § 58 IV 4; *Kühl* AT § 18 Rn. 41; *Roxin* JuS 1973, 197, 198; *ders.* GA 2021, 190; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 2; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 63; *Schmitz* MK § 1 Rn. 64; *Vogel* Norm und Pflicht S. 125; *Weigend* LK Einl. Rn. 43, § 13 Rn. 19.

¹³ *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 308; siehe auch *Bosch* Jura 2019, 1239: *Burkhardt* in: Jahrtausendwende S. 111, 147 f.; *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159; moderater *Frisch* in: Jahrtausendwende S. 159, 175: eindrucksvoll entwickelt.

¹⁴ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 86 f.; siehe auch *Bärwinkel* Garantieverhältnisse S. 18; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 5/6; *H. Bruns* Tatbestand S. 74: „Der Generalisierung nicht fähig“; *Gallas* ZStW 80 (1968) 1, 17; *Kühl* in: Recht und Moral S. 139, 171; v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 32 C I, jeder Typisierungsversuch versage; *Welzel* Strafrecht S. 209 f.; *Weigend* LK § 13 Rn. 19; *Zieschang* NK Medienstrafrecht § 13 Rn. 39; bereits *Mittermaier* NArchCrim 10 (1829) 559, 560: Der Gesetzgeber könne nicht jeden Schritt der Bürger „haarscharf“ vorzeichnen; **anders** *Schmitz* MK § 1 Rn. 64.

Daher seien die Pflichten, zum Schutz fremder Rechtsgüter tätig zu werden, in viel stärkerem Maße der sozialen Wirklichkeit und dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen.¹⁵ Sogar die Gesetzesbegründung hält es für unmöglich, sämtliche Entstehungsgründe für Garantenstellungen gesetzlich festzuschreiben.¹⁶ Auch das Bundesverfassungsgericht geht von diesem Standpunkt aus.¹⁷

Gleichzeitig wird ein steigendes Schutzbedürfnis und damit eine wachsende kriminalpolitische Bedeutung der Unterlassungsstrafbarkeit festgestellt.¹⁸ In Zeiten fortschreitender Technisierung sei es nicht mehr möglich, jede Verantwortlichkeit an eine Körperbewegung zu knüpfen.¹⁹ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Digitalisierung und des Einsatzes „künstlicher Intelligenz“.²⁰ Zu denken ist aktuell etwa an den Problemkreis des „autonomen Fahrens“,²¹ wo menschliche Entscheidungen durch automatisierte ersetzt werden. Hier kommen Pflichten zur Überwachung des Systems,²² jedoch auch solche zur Korrektur und Abwendung schädlicher Folgen nach „falschen Systementscheidungen“ in

¹⁵ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 86 f.; siehe auch *Henkel* MschrKrim 1961, 178, 186 f.: „Eine solche im Fluß befindliche Entwicklung kann der Gesetzgeber vernünftigerweise nicht durch abschließende Gesetzesformulierungen zum Stillstand bringen [...]“; jüngst auch *Paradissis* Unterlassungsdelikte S. 88, 91, eine Kodifizierung sei „zum Stand der damaligen und auch heutigen Dogmatik nicht möglich“ gewesen – erstaunlicherweise soll es sich jedoch um Gewohnheitsrecht handeln, aaO S. 105 ff.

¹⁶ BT-Drucks. V/4095 S. 8: Es sei unmöglich „die einzelnen Entstehungsgründe der Handlungspflicht in sachgemäßer und erschöpfender Weise zu regeln“; ebenso zu E 1962 BT-Drucks. IV/650 S. 124 f.; *Sturm* Prot. V S. 1863; **gegen** eine Normierung der *Voraussetzungen* der Garantenstellung daher *Jescheck* Niederschriften 12 S. 96; *Eb. Schmidt* Niederschriften 2 Anhang Nr. 54 II 3, insbesondere zur Ingerenz; *ders.* Niederschriften 12 S. 90; *Welzel* Niederschriften 12 S. 94; *ders.* Strafrecht S. 210; siehe auch *Sturm* Prot. V S. 1862; **gegen** eine Normierung des unechten Unterlassungsdelikts überhaupt *Bockelmann* Niederschriften 12 S. 85, 94; **für** eine gesetzliche Lösung der Ingerenz *Gallas* Niederschriften 12 S. 82; *Lange* Niederschriften 12 S. 97 f.; siehe auch rechtsvergleichend *Jescheck* FS Tröndle S. 795, 815, der konstatiert, es sei keine dem § 13 StGB überlegene Lösung ersichtlich; zustimmend *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 13.

¹⁷ BVerfGE 96, 68, 98.

¹⁸ *Gallas* Studien S. 70 f.; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 57; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 8; *ders.* in: *Vielfalt des Rechts* S. 85, 93.

¹⁹ *Gallas* Studien S. 70 f.; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 283; *neminem laedere* sei „möglicherweise noch in der Steinzeit auf Körperbewegungen beschränkt“ gewesen, S. 285; siehe auch *Philipps* Handlungsspielraum S. 132 ff.; *Seelmann* GA 1989, 241, 249 f.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 23; sowie bereits *Nagler* GS 111 (1938) 1, 50: „Je verschlungener das Gemeinschaftsleben wird und je mächtigere Kräfte die Technik entfesselt, um so mehr Abwehrstellen müssen im großen sozialen Schutzsystem geschaffen werden, um den reibungsfreien Ablauf zu ermöglichen“.

²⁰ Siehe nur *Hilgendorf* FS Fischer S. 99 ff.; *Mansdörfer* FS Fischer S. 155 ff.

²¹ Siehe hierzu etwa *Hilgendorf* JA 2018, 801 ff.; *Sander/Hollering* NSTZ 2017, 193 ff.; *Schuster* DAR 2019, 6 ff.; *Valerius* in: *Autonome Systeme* S. 9 ff.

²² *Mansdörfer* FS Fischer S. 155, 167 f.; so ist bereits heute der Fahrzeugführer verpflichtet, automatisierte Assistenzsysteme des Fahrzeugs zu kontrollieren und zu überwachen, vgl. *Valerius* in: *Autonome Systeme* S. 9, 14.

Betracht. Daneben ist auch die Verantwortlichkeit einzelner, in komplexe Organisationsapparate eingebundener, Individuen zu nennen,²³ etwa der Verantwortungsträger in wirtschaftlich tätigen Unternehmen.²⁴ Davon abgesehen hat die Unterlassungsstrafbarkeit auch in den „klassischen Feldern“ nichts an Relevanz eingebüßt. Das Spannungsfeld zwischen diesen kriminalpolitischen Erfordernissen und der Schwierigkeit der Strafbarkeitsbegründung kann man als das „Dilemma der Unterlassungsstrafbarkeit“ bezeichnen.²⁵ Der Konflikt zwischen Gesetzeszweck und Gesetzesbestimmtheit ist zwar jedem Tatbestand immanent,²⁶ tritt aber bei der Unterlassungsstrafbarkeit besonders deutlich zutage.

Eine besondere Stellung²⁷ innerhalb der Gründe für das „Einstehenmüssen“ nimmt die Garantenstellung aufgrund gefahrschaffenden Vorverhaltens, aus *Ingerenz*²⁸, ein. Sie wurde bereits – obgleich sie sich weder ausdrücklich an eine gesetzliche Vorschrift noch an eine (stillschweigende) Vereinbarung anknüpfen lässt²⁹ – von der traditionellen formellen Rechtspflichttheorie in der „Garantentrias“³⁰ neben Gesetz und Vereinbarung als besonderer Verpflichtungsgrund geführt.³¹ Dies ist vor dem Hintergrund dieser Lehre geradezu paradox.³² Nirgendwo steht oder stand ausdrücklich geschrieben, dass derjenige, der durch sein Verhalten eine Gefahr schafft, zur Abwendung der aus ihr resultierenden

²³ Siehe dazu *Hefendehl* GA 2019, 705, 708: Die Unterlassungsstrafbarkeit als „Speerspitze aktueller Tendenzen der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität“; monographisch hierzu jüngst *Blassl* Garantenpflicht; *Bülte* Vorgesetztenverantwortlichkeit (insbesondere S. 127 ff.); *Noll* Compliance; *Utz* Geschäftsherrenhaftung; **kritisch** zu dieser Entwicklung *K. Günther* in: Zustand des Strafrechts S. 445, 457 ff.: „Das fahrlässige Unterlassungsdelikt als neues Paradigma des Verbrechensbegriffs“.

²⁴ Siehe nur die viel diskutierte Ledersprayentscheidung BGHSt 37, 106 ff.

²⁵ *Seelmann* GA 1989, 241, 247, 250; *ders.* NK¹ § 13 Rn. 8; hinzu kommt die prozessuale Bedeutung der Unterlassungsstrafbarkeit, wenn eine aktive deliktische Handlung nicht beweisbar ist, Rn. 9; *ders.* in: Vielfalt des Rechts S. 85, 94; eingehend zu letzterem Aspekt auch *Arzt* FG BGH IV S. 755, 760 ff.

²⁶ Siehe *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 62.

²⁷ So auch *Gallas* Studien S. 86; *Otto/Brammsen* Jura 1985, 646, 648: „Keine andere Garantenposition ist so kontrovers diskutiert worden“; *Vogler* FS Lange S. 265, 281 f.; *E. A. Wolff* Kausalität S. 41; vgl. auch kritisch *Arzt* FG BGH IV S. 755, 761: hier sei die Herausarbeitung der Kriterien „bisher am wenigsten gelungen“; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 70: Die verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. auch die Voraufgabe: die „Verfassungswidrigkeit“) machten sich an dieser Stelle besonders deutlich bemerkbar; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 342; *Herbertz* Ingerenz S. 280: keine Garantenstellung vermag derart zu polarisieren.

²⁸ Von Lat. *ingerere* = sich einmischen; die Verbindlichkeit aus vorangegangenem Tun findet erstmalig Erwähnung bei *Stübel* Thatbestand S. 226; *ders.* Teilnahme S. 49; siehe hierzu unten → Kapitel 1 § 1 A; der Begriff *Ingerenz* wurde geprägt durch *Nagler* GS 111 (1938) 1, 26 ff.; aufgrund seiner Griffbarkeit wird er im Folgenden auch in Bezug zeitlich frühere Beiträge verwendet. **Kritisch** zur Formulierung „Garantenstellung aus vorangegangenem Tun“ v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 32 C III 3: die Rechtspflicht könne nicht direkt auf dem vorangegangenen Tun beruhen, sondern nur auf einem, auf dieses bezogenen, Rechtssatz.

²⁹ Siehe auch *Gallas* Studien S. 86, es fehlt der Ingerenz an einer formellen Rechtsquelle.

³⁰ Vgl. insbesondere die Rechtsprechung, etwa BGH NStZ 1982, 245; BayOblG NJW 1987, 1654; OLG Hamm NStZ-RR 2021, 60, 61; siehe dazu *Roxin* AT II § 32 Rn. 4.

³¹ Siehe etwa *Beling* Grundzüge S. 38 f.; v. *Hippel* Strafrecht II § 14 VIII; *Mezger* Strafrecht § 16 IV; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 79 ff.

³² Siehe *Schünemann* in: Freiburg-Symposium S. 103, 113: „Fremdkörper“; *ders.* FS Amelung S. 303, 310: „sich eigentlich ausschließende Konzepte“; ähnlich *ders.* ZStW 96 (1984) 288, 291 f.; vgl. auch *Herzberg* Garantenprinzip S. 210; *ders.* Arbeitsschutz S. 224; *Roxin* AT II § 32 Rn. 14; *Seelmann* GA 1989, 241, 243.

Schäden verpflichtet ist.³³ Die plausibelste Erklärung ist wohl, dass die Ingerenz als „gewohnheitsrechtliche“ Rechtspflicht konstruiert wurde.³⁴ Auch heute wird häufig auf die Evidenz des Gedankens abgestellt.³⁵ Trotz dieses Geburtsfehlers der Garantenstellung aus *Ingerenz* und der nicht abreißen Kritik, der sie seit ihrer ersten Erwähnung ausgesetzt ist,³⁶ konnte sich die Rechtsfigur in der Rechtsprechung und Literatur durchsetzen. Dies ist besonders erstaunlich, wenn man bedenkt, dass die Garantenstellung sowohl bezüglich des Entstehungsgrundes als auch ihrer Voraussetzungen auch heute noch weitestgehend umstritten ist.³⁷ Die zentrale ungelöste Frage in der Diskussion, welche auch im Mittelpunkt dieser Untersuchung stehen wird, ist die, ob eine solche Garantenstellung überhaupt anzuerkennen ist, und gegebenenfalls, welche Anforderungen an die Qualität des Vorverhaltens zu stellen sind.³⁸ Zwar besteht trotz divergierender zugrunde liegender Konzepte im Wesentlichen Übereinstimmung über die Feststellung der Garantenstellung in den einzelnen Fällen.³⁹ Jedoch entbindet diese Einigkeit über das Ergebnis nicht von der Begründung: „Ein Konsens, der von sich widersprechenden Argumenten getragen wird, ist wertlos“.⁴⁰ Aufgabe der Wissenschaft ist es, präzise und folgerichtige Kriterien aus den Wertungen des Gesetzes⁴¹ abzuleiten und zu einer rechtssicheren Handhabung der Vorschrift Leitlinien zu formulieren.⁴²

³³ Bereits *Schaffstein* FS Gleispach S. 70, 74, 84; siehe auch S. *Böhm* Garantenpflichten S. 52; *Ceffinato* Legitimation S. 168; *Herbertz* Ingerenz S. 78; *Herzberg* Garantenprinzip S. 210; *Kühl* FS Herzberg S. 177, 188; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 70: Die Ingerenz sei „von niemandem aus einer gesetzlichen Vorschrift abgeleitet“ und deswegen abzulehnen; *Roxin* AT II § 32 Rn. 14 ff.; *ders.* Kriminalpolitik S. 19 spricht insofern von freier „Rechtsschöpfung“; *Schünemann* Chengchi Law Review 50 (1994) 371.

³⁴ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 286; so ausdrücklich, z.T. aber einschränkend, *Frank* Strafgesetzbuch § 1 IV; *Grunderath* Rechtspflicht S. 255; v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 32 C III 3; *Mezger* Strafrecht § 16 IV 3; *Nagler* GS 111 (1938) 1, 26 f.; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 104; jüngst für den Kernbereich der Ingerenz auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 105 ff.; siehe hierzu auch *Herzberg* Garantenprinzip S. 211: die Pflicht sei häufig schlicht fingiert worden; treffend zudem *Herbertz* Ingerenz S. 247: „Über die Frequenz, mit welcher sich Gewohnheitsrecht wieder und wieder als Begründungsmodell in die Ingerenzlehre einschleicht, lässt sich nur staunen [...]“.

³⁵ v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 98; *Kühl* AT § 18 Rn. 91; *Weigend* LK § 13 Rn. 42; der Satz sei allgemein anerkannt, BGHSt 4, 20, 22; BGHSt 19, 152, 154; BGHSt 37, 106, 115.

³⁶ Auch in der großen Strafrechtskommission wurde der Ingerenzgedanke nicht für selbstverständlich gehalten, **dagegen** etwa *Welzel* Niederschriften 12 S. 95 f. „dubioseste Frage der ganzen Garantenlehre“; **da-für** etwa *Gallas* Niederschriften 12 S. 95; *Lange* Niederschriften 12 S. 97 f.

³⁷ In diesem Sinne auch *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159; *Gallas* Studien S. 87; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 87; *Herbertz* Ingerenz S. 16; *Jasch* NStZ 2005, 8, 9; *Kühl* § 18 Rn. 91; *Roxin* AT II § 32 Rn. 143; *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 3; *Stratenwerth/Kuhlen* § 13 Rn. 26 f.; *Stree* FS Klug II S. 395: flüssige Grenzen.

³⁸ „Zankapfel der Strafrechtswissenschaft“, *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 158; diese Einschätzung gilt nach wie vor, vgl. *Herbertz* Ingerenz S. 16; *Hoven* GA 2016, 16.

³⁹ Ähnliche Einschätzung bei *Herbertz* Ingerenz S. 171.

⁴⁰ *Neumann* GA 1985, 389, 401, „Verständigung über die dem Konsens zugrunde liegenden Zurechnungsregeln ist [...] unverzichtbar“; zustimmend *Paeffgen* FS Frisch S. 403, 422.

⁴¹ Im Allgemeinen *Roxin* TuT S. 25 f.

⁴² Vgl. *Schünemann* Grund und Grenzen S. 217: Die Ergebnisse müssen „subjektiver Beliebigkeit entrückt“ werden; *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 161; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1155; allgemein zur rechtsstaatlichen Kontrollfunktion der Strafrechtswissenschaft *Roxin* TuT S. 26; *Greco* rescriptum 2014,

139 ff.; *Hörnle* in: Empirische Fundamente S. 105; *Schünemann* FS Roxin (2001) S. 1, 7 f.: „Vierte Gewalt“; *ders.* FS Herzberg S. 39 ff., insbesondere S. 43 f.; *ders.* in: Empirische Fundamente S. 349, 374; zur Unerlässlichkeit der wissenschaftlichen Aufbereitung im Vorfeld einer gelungenen gesetzlichen Kodifizierung, vgl. z.B. *Zieschang* in: Strafgedanke S. 173, 185.

Kapitel 1: Grundlagen

§ 1 Geschichtliche Herleitung

Im Folgenden soll die Dogmengeschichte des unechten Unterlassungsdelikts sowie der Ingerenz aufgegriffen werden. Es finden sich hierzu bereits hervorragende und ausführliche Darstellungen,⁴³ auf die hier ergänzend verwiesen wird. Die Beschäftigung mit älteren Ansätzen kann auf verschiedene Weise Ertrag bringen. Einerseits kann sie Irrwege und Sackgassen aufzeigen, zum anderen finden sich jedoch bereits Gedanken, die auch heute noch erhebliche Relevanz haben. Die Ingerenz hat, um es mit ihrem vehementesten Kritiker *Schünemann* auszudrücken, in der Geschichte des Unterlassungsdelikts „eine ebenso hartnäckige wie dubiose Rolle gespielt“.⁴⁴ Da es sich vorliegend nicht um eine rechtshistorische Untersuchung handelt, beschränkt sich die Darstellung auf die wichtigsten Beiträge und Strömungen seit 1800. Sie orientiert sich daran, welche Ideen einen nachhaltigen Einfluss auf die weitere Entwicklung ausgeübt haben und damit Grundlage der heutigen Diskussion darstellen.⁴⁵

A. Traditionelle formelle Rechtspflichttheorie

Als Ursprung der Frage nach dem Rechtsgrund der Unterlassungsstrafbarkeit werden meist die Ausführungen *Feuerbachs* gesehen,⁴⁶ der 1803 in der zweiten Auflage seines Lehrbuchs befand, die ursprüngliche Verbindlichkeit des Bürgers gehe nur auf Unterlassungen, während die Unterlassungsstrafbarkeit einen besonderen Rechtsgrund voraussetze, etwa das Gesetz oder einen Vertrag.⁴⁷ Das Verbrechen stelle nämlich – in der Tradition *Kants* – eine Verletzung fremder Rechte dar, also die Überschreitung eigener und

⁴³ Zusammenfassend zur Geschichte der Unterlassungsstrafbarkeit insbesondere *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 4 ff.; *van Gelder* Entwicklung S. 4 ff.; *Schünemann* ZStW 96 (1984) 287 ff.; *Berster* Unterlassungsdelikt S. 10 ff.; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 32 ff. (auch zur Entwicklung vor *Feuerbach*); zum 19. Jahrhundert *Clemens* Unterlassungsdelikte S. 1 ff.; speziell zur Ingerenz *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 341 ff.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 25 ff.; *Schünemann* FS Amelung S. 303, 309 ff.; zur Gesetzgebung in den Partikularstrafgesetzbüchern vor Einführung des Reichsstrafgesetzbuches *Clemens* Unterlassungsdelikte S. 17 ff.; *Herbertz* Ingerenz S. 24 ff.; zur älteren Geschichte ab dem römischen Recht *Honig* FS R. Schmidt S. 3 ff.

⁴⁴ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 59, „in einer verworrenen Mischung aus Kausalmonismus und dolus subsequens, Obhutsübernahme und Verkehrspflichten“.

⁴⁵ Der geschichtliche Abriss endet mit dem Beginn der Bundesrepublik. Danach ergangene Rechtsprechung und Literatur werden im Zusammenhang mit den im Einzelnen zu behandelnden Fragen dargelegt und erörtert.

⁴⁶ Siehe etwa *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 5. Zuvor wurden zur Strafbarkeit durch Unterlassen zumeist nur Einzelfälle diskutiert, ohne die Strafbarkeit generell zu begründen, vgl. hierzu *Rudolphi* aaO; *Clemens* Unterlassungsdelikte S. 6 ff.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 26.

⁴⁷ *Feuerbach* Lehrbuch § 24; zustimmend *Spangenberg* NArchCrimR 4 (1821) 527, 528; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 28; **dagegen** bereits *Luden* Abhandlungen II S. 226 ff.; *Glaser* Abhandlungen I S. 308 ff.; *Ad. Merkel* Lehrbuch S. 40, 115; *ders.* Abhandlungen S. 89: „Allein die verbrecherische Urheberchaft begründet sich hier nicht in der Rechtspflicht, sondern umgekehrt die Rechtspflicht in der eventuellen verbrecherischen Urheberchaft“; *Binding* Normen II 1 S. 547 f.: „das Gebot zu handeln [...] macht die Unterlassung zu einer verbotenen, aber nicht zu einer Begehung“; später auch *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 51 ff.; *Jakobs* Unterlassen S. 14; *Pawlik* Unrecht S. 168 ff.; *Schaffstein* FS Gleispach S. 70 ff.; *Schünemann* FS Amelung S. 303, 309: „Verwechslung von notwendiger und hinreichender Bedingung“.

Verletzung fremder Freiheit.⁴⁸ Ähnliche Überlegungen wie bei *Feuerbach* finden sich jedoch bereits einige Jahre zuvor bei *Westphal*: Ein Unterlassungsdelikt setze „eine besondere Pflicht, nicht müßig zu sein“, voraus.⁴⁹ Die *Feuerbach'sche* Lehre wurde von *Spangenberg* aufgegriffen.⁵⁰ Dieser fügt zu Gesetz und Vertrag als besonderen Rechtsgründen noch die „besonderen rechtlichen Verhältnisse“ hinzu, aus denen Pflichten zur Handlung entstehen, „deren Unterlassung strafbar sein muß“, wenn keine schmerzliche Rechtslücke verbleiben solle. Die Gesetze knüpften zwischen manchen Personen ein „besonders inniges Band“, aus dem die Beteiligten zum gegenseitigen Beistand verpflichtet seien.⁵¹ Auch wenn es sich bereits um eine Aufweichung des Erfordernisses einer geschriebenen rechtlichen Grundlage handelt,⁵² ist die Ingerenz in diesem System von Schutzverhältnissen aus Nähebeziehungen noch fremd.⁵³ Eine noch weitergehende Aufweichung des Gesetzeserfordernisses findet sich bei *Mittermaier*: Man könne nicht zu streng und „buchstäblich“ auf dem Erfordernis der gesetzlichen Pflicht beharren, da es der Gesetzgebung unmöglich sei, „jeden möglichen Schritt der Bürger haarscharf vorzuzeichnen“. Durch das „Staatsbürgerverhältnis“ übernehme jeder Bürger bestimmte Pflichten, für die es im Einzelfall keine ausdrückliche gesetzliche Anordnung bedürfe.⁵⁴

⁴⁸ *Kant* MdS Rechtslehre Einl. § B, § C, AB 32 f., Werke VIII S. 337; *Feuerbach* Lehrbuch § 21. Vgl. dazu *Welp* Vorangegangenes Tun S. 28: „naturrechtlich-liberale Präzisierung der aus dem Gesellschaftsvertrag herzuleitenden Bürgerpflichten“.

⁴⁹ *Westphal* Criminalrecht (1785) S. 12 f., sowohl durch Begehung als auch durch Unterlassung müsste eine Pflicht verletzt werden; siehe auch S. 56 f.; die Lehre *Feuerbachs* erlangte ihre Bedeutung letztlich durch den Einfluss, den sie seither auf die Dogmatik des Unterlassungsdelikts ausübt, sodass die Frage nach der ersten Erwähnung hier zweitrangig ist.

⁵⁰ *Spangenberg* NArchCrimR 4 (1821) 527, 528 ff. Es gehöre eigentlich nicht zur Sphäre des Strafrechts, Handlungen zu gebieten.

⁵¹ *Spangenberg* NArchCrimR 4 (1821) 527, 532, 538 f., Rechtsquelle sei dabei das Gesetz, das die Verbindung knüpfe, wengleich es die Verpflichtung nicht selbst statuiere. Er nennt dabei jedoch etwa auch den Fall, enger verwandtschaftlicher Bindungen, bei denen zwar kein spezielles Gesetz existiere, das zum Beistand verpflichte. Allerdings widerspreche hier die Straflosigkeit „allen Forderungen der Gerechtigkeit“.

⁵² Vgl. auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 6: die Fälle entsprechen denen, die nunmehr unter die Garantenstellung aus enger Lebensgemeinschaft gefasst werden.

⁵³ Siehe auch *Welp* Vorangegangenes Tun S. 28.

⁵⁴ *Mittermaier* NArchCrim 10 (1829) 559, 560. Ähnlich zu fordert *Henke*, dass eine „Bürgerpflicht“ zur Tätigkeit bestehe, die durch Gesetz, Vertrag oder Amtsverbindlichkeit begründet werde, *Henke* Handbuch S. 249, 251 f.; vgl. außerdem die bei *Pawlik* Unrecht S. 169 Fn. 91 genannten Autoren.

Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun soll auf die Monographie *Stübel*s zur Teilnahme am Verbrechen zurückgehen,⁵⁵ findet jedoch beim gleichen Autor bereits einige Jahre zuvor Erwähnung.⁵⁶ Es gebe Fälle, in denen jemand aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses oder einer *vorangehenden Handlung* verpflichtet sei. So machen sich etwa diejenigen strafbar, die „einen anderen in einen Zustand versetzt haben, in welchem er ohne ihre Hülfe um das Leben kommen muß, wenn sie ihm solche nicht leisten, des Verbrechens einer Tötung schuldig. Man denke sich den Fall, dass Jemand einen anderen einsperrt und ihm die erforderlichen Lebensmittel zu reichen unterläßt.“⁵⁷ Ähnliche Erwägungen wie diejenigen *Stübel*s finden sich zudem bei *Oersted*, der 1818 schreibt, ein rechtswidriger Erfolg könne auch durch „zusammengesetzte positive und omissive Handlungen, die ein untrennbares Ganzes ausmachen“ hervorgebracht werden. Wenn jemand einen anderen verletze und in dem hilflosen Zustand zurücklasse, sodass dieser umkommt, sei eine vorsätzliche Tötung gegeben.⁵⁸ Der Gedanke der Ingerenz wird hier zwar in deutlich allgemeinerer Weise formuliert als bei *Stübel*, doch beide Autoren begnügen sich damit, die Verbindlichkeit zu benennen und die Evidenz des Gedankens für sich sprechen zu lassen. Eine Begründung⁵⁹ hingegen findet sich an dieser Stelle noch nicht. Gleichzeitig wurde der formelle Ansatz durch die Integration des Ingerenzgedankens teilweise aufgegeben, sodass die um die Ingerenz erweiterte formelle Rechtspflichttheorie die Entstehungsgründe eher aufzählt und benennt als sie inhaltlich zu legitimieren.⁶⁰

⁵⁵ *Stübel* Ueber die Theilnahme S. 58 ff. *Stübel* untersucht die Frage, inwiefern sich jemand durch „negative Hülfe oder Mitwirkung“ zu einem Verbrechen strafbar machen kann. Dies verwirft er: Es handle sich bloß um eine „Tugendpflicht“. Wenn ein landesgesetzliches „Polizeigesetz“ bestehe, das der Täter durch die Unterlassung verletze, mache er sich nur danach schuldig, nicht jedoch der Teilnahme an dem Verbrechen, das er zu hindern unterließ. Sodann unterscheidet er jedoch von den Fällen der „negativen Mitwirkung“ diejenigen Unterlassungen, welche eigene besondere Verbrechen sind, da durch sie Rechte verletzt würden. Für die Ingerenz auf diese Erwähnung abstellend statt vieler *Jescheck* ZStW 77 (1965) 109, 113; *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 241; *Nagler* GS 111 (1938) 1, 26 m. Fn. 60; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 7. – Der erste eigens der Unterlassung nach vorangegangenem Tun gewidmete Beitrag findet sich erst recht spät bei *Rotering* GS 34 (1883) 206 ff., der zu einer sehr weiten Ausdehnung der Haftung gelangt.

⁵⁶ *Stübel* Thatbestand S. 226 f., „vor allen Anderen“ treffe denjenigen, der einen anderen verletzt, die Verbindlichkeit, den Tod zu verhindern. Darauf zu Recht hinweisend *Welp* Vorangegangenes Tun S. 30.

⁵⁷ *Stübel* Ueber die Theilnahme S. 61. Zum Teil wurde dies dahingehend interpretiert, dass *Stübel*, der eine „volldeliktische“ Freiheitsberaubung als Vorhandlung annahm, die Ingerenz bereits auf rechtswidrige oder strafbare Vorhandlungen begrenzen wollte (etwa *Clemens* S. 14; *Nagler* GS 111 (1938) 1, 26 m. Fn. 60; vgl. auch *Jakobs* Unterlassen S. 15 m. Fn. 27: „jedenfalls für vorangehendes strafbares Verhalten“; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 7: die an die Vorhandlungen gestellten Anforderungen seien unklar, allerdings deute das Beispiel darauf hin, dass „in erster Linie“ rechtswidrige Vorhandlungen gemeint seien). Hierfür finden sich jedoch in den knappen Ausführungen keine Anhaltspunkte (so auch *Welp* Vorangegangenes Tun S. 29). Ähnlich zu *Stübel*s „Urfall“ der Ingerenz auch die (spätere) Entscheidung RGSt 24, 339, in der es allerdings um Freiheitsberaubung nach *versehentlichem* Einsperren ging.

⁵⁸ *Oersted* Abhandlungen I S. 311.

⁵⁹ Ausführlich zur Lehre *Stübel*s äußert sich *Brammsen*, der den Versuch unternimmt, *Stübel*s Gedankengang zur Ingerenz anhand dessen Gesamtwerk zu rekonstruieren (Entstehungsvoraussetzungen S. 341 ff.).

⁶⁰ Vgl. dazu eingehend *Otto/Brammsen* Jura 1985, 530, 532; *Seebode* FS Spendel S. 317, 330; siehe außerdem *S. Böhm* Garantenpflichten S. 78; *Kleinherne* Garantenstellung S. 142; *Schünemann* in: Freiburg-Symposium S. 103, 113; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 26: Ingerenz als Lückenfüller, wo die Unterlassung strafwürdig erschien; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 28.

B. Kausalitätstheorien

I. Kausalität des Andershandelns

Mitte des 19. Jahrhunderts formulierte *Luden* die Ablehnung der Rechtspflichttheorien.⁶¹ Auf seine Abhandlungen geht die Unterscheidung von echtem und unechtem Unterlassungsdelikt zurück, also zwischen „Unterlassungsverbrechen im eigentlichen Sinne und zwischen Verbrechen, welche durch Unterlassungshandlungen“ begangen werden.⁶² Für letztere komme es darauf an, dass die Unterlassung „von der Art war, daß sie zur Tödtung hätte führen müssen“.⁶³ Hier bestehe insoweit kein Unterschied zur aktiven Begehung: Sowohl beim Begehungsverbrechen als auch beim Unterlassungsverbrechen, tätige der Täter eine andere Handlung als die nach dem Gesetz verlangte.⁶⁴ Die Unterlassungshandlung sei von der anderen Seite aus betrachtet eine positive Handlung. „Denn während er das Eine unterließ muß er notwendig etwas Anderes gethan haben[...] und diese Handlung ist alsdann die alleinige Ursache des verbrecherischen Erfolgs“.⁶⁵

Dies stieß zu Recht bald auf Widerspruch. Dass es rechtlich völlig irrelevant ist, was der Täter gleichzeitig zu der Unterlassung tut, hat *Krug* dargelegt: „Hiernach müssten wir also, wenn die Mutter, während sie dem Säugling Nahrung reichen sollte, Strümpfe gestrickt hat, sagen, das Kind sei am Strümpfestricken verstorben!“ Das Andershandeln bewirkt nicht den Erfolg, dieser wäre auch eingetreten, wenn der Täter überhaupt nicht anwesend oder existent wäre.⁶⁶ Noch problematischer ist jedoch die Uferlosigkeit der Strafbarkeit, die nach der Konzeption *Ludens* jeden trafe, der einen Erfolg verhindern könnte

⁶¹ *Luden* Abhandlungen II S. 219 ff. (insbesondere 225 ff.; 235 ff.; zur Ingerenz S. 247 ff.); *ders.* Abhandlungen I S. 469 ff.; insoweit **zustimmend** *Glaser* Abhandlungen I S. 379 ff.; v. *Bar* Causalzusammenhang S. 90 ff.

⁶² *Luden* Abhandlungen II S. 219 ff.; vgl. S. 220: das eine Mal werde ein „Praeceptivgesetz“, das andere Mal ein „Prohibitivgesetz“ verletzt; Verbrechen könnte auch durch Unterlassungen begangen werden, da zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikt nur ein formaler Unterschied bestünde: In jedem Gebot sei ein Verbot, in jedem Verbot ein Gebot enthalten. Es sei nur die „größere Kürze und Präcision des Ausdruckes“, welche den Gesetzgeber dazu verleite, im einzelnen Fall die „Form des Gebotes oder des Verbotes“ zu verwenden (S. 220; siehe zur Ableitung von Geboten aus Verboten bereits *Hegel* Grundlinien § 38); zusammenfassend S. 259.

⁶³ *Luden* Abhandlungen II S. 226, 236, 245, 259; etwa die Pflicht, seine Kinder zu ernähren, komme nicht als solche für die Strafbarkeit in Betracht, sondern nur, sofern ihre Nichterfüllung „auf die Tödtung eines anderen gerichtet war“, S. 224.

⁶⁴ *Luden* Abhandlungen II S. 221: „Denn als gar nicht thugend oder handelnd kann der Mensch juristisch gar nicht gedacht werden“, siehe auch S. 252; *ders.* Abhandlungen I S. 469 f.: Es bestehe kein Unterschied zwischen der Nichtverabreichung der erforderlichen Nahrungsmittel und der Wegnahme von Nahrungsmitteln.

⁶⁵ *Luden* Abhandlungen I S. 473 f.; vgl. ähnlich aus neuerer Zeit *Hoyer* Strafrechtsdogmatik S. 334 f.: Sowohl Begehungs- als auch Unterlassungsdelikte wiesen beide Verhaltensweisen auf: Das strafbedrohte Verhalten werde jeweils verwirklicht, das straffreie versäumt. Der Vater, der beim Hausbrand sein Eigentum rette, anstatt seines Kindes, werde zum Unterlassungstäter deklariert, obwohl er ebenso aktiv gehandelt habe, indem er sein Eigentum barg. In Frage stünden stets zwei Verhaltensweisen, die Bevorzugung der einen sei straffrei, die der anderen mit Strafe bedroht.

⁶⁶ *Krug* Abhandlungen S. 30, 32; *Temme* Lehrbuch des gemeinen preußischen Strafrechts S. 263 f.: Durch Untätigkeit könne nicht auf die Außenwelt eingewirkt werden; ebenso v. *Buri* GS 21 (1869) 189; v. *Bar*

und dies unterließe.⁶⁷ Es werde „immer für Nichtverhinderung gelten müssen, und also in Beziehung auf eine eingetretene Erscheinung als verursachende Handlung, wenn Jemand solche Handlungen in Folge deren die Erscheinung nicht eingetreten sein würde, nicht vornahm und dennoch vorzunehmen im Stande war.“⁶⁸ So umschreibt *Luden* in der Sache nicht die Kausalität, sondern bloß die Quasikausalität⁶⁹ und physisch-reale Abwendungsmöglichkeit, die heute als äußerste, jedoch nicht hinreichende, Grenze der Unterlassungsstrafbarkeit angesehen werden.⁷⁰

Ludens Verdienst liegt letztlich in der grundsätzlichen Ablehnung der formellen Rechtspflichttheorien. Die Maßgeblichkeit des Strafgesetzes (und damit nach der damals herrschenden Ansicht der Kausalität), bereitete den Kausaltheorien und hiermit dem Durchbruch des Ingerenzgedankens – auch wenn dessen Rolle in *Ludens* Abhandlungen nicht deutlich wird – den Weg.

II. Kausalität der Vorhandlung

So wurde das Erfordernis der Kausalität der Unterlassung im Folgenden von anderen Autoren aufgegriffen,⁷¹ wobei diese jedoch *Ludens* Anknüpfungspunkt des gleichzeitigen Andershandelns verwarfen. Stattdessen versuchte man, die Kausalität der Unterlassung in der Vorhandlung zu suchen. Die „Wirksamkeit des Menschen“ manifestiere sich zwar regelmäßig im bloßen „Geschehenlassen“.⁷² Durch Untätigkeit selbst könnten jedoch keine Naturkräfte angestoßen werden: „Aus nichts aber wird nichts“.⁷³ Gleichzeitig

Causalzusammenhang S. 93; *Mezger* Strafrecht § 16 III 1; *Sauer* GS 114 (1940) 279, 284; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 30 f.; siehe auch *Nagler* GS 111 (1938) 1 m. Fn. 1: „was der Nichtfunktionierende sonst treibt, ist rechtlich in der Regel ganz gleichgültig“; *Herzberg* Garantenprinzip S. 38; *Roxin* AT II § 31 Rn. 788 ff.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 96; *T. Walter* ZStW 116 (2005) 555, 584.

⁶⁷ Siehe nur *Krug* Abhandlungen S. 30 f.; v. *Bar* Causalzusammenhang S. 93; *Herzberg* Garantenprinzip S. 38; diese Folgerung zieht *Luden* allerdings nicht in letzter Konsequenz, indem er etwa die Nichtanzeige geplanter Verbrechen (Abhandlungen S. 236 f.) sowie die unterlassene Hinderung fremder Verbrechen (S. 237 ff.) ausnimmt – eine Einschränkung „nach nicht nachvollziehbaren Kriterien“, vgl. *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 8.

⁶⁸ *Luden* Abhandlungen II S. 251 f. Urheber sei derjenige, von dem es allein abhing, ob die „Erscheinung“ eintreten würde oder nicht. Zur Ingerenz führt *Luden* zudem aus, dass kein Zweifel bestehen könne, dass jeder, der – auch erlaubte – Handlungen vornimmt, die für andere Menschen Gefahren hervorrufen, die Verbindlichkeit habe, andere Menschen vor diesen Gefahren zu warnen. Komme er dieser Verbindlichkeit nicht nach, werde er als Urheber angesehen, S. 247 f., 250. – Wenn *Luden* jedoch bezüglich der Kausalität grundsätzlich auf das Andershandeln abstellt, wird nicht deutlich, welche zusätzliche besondere Bedeutung die Vorhandlung haben soll. So auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 9.

⁶⁹ Siehe zu diesem Kriterium etwa BGHSt 48, 77, 93 m.w.N.; *Schünemann* in: Freiburg-Symposium S. 103, 118; *Zieschang* NK Medienstrafrecht § 13 Rn. 37 f.

⁷⁰ Siehe hierzu *Zieschang* AT Rn. 595 ff.

⁷¹ Vgl. etwa *Krug* Abhandlungen S. 33 f.: *Luden* habe als erster auf den entscheidenden Gesichtspunkt abgestellt, indem er die Bedeutung des Unterlassens auf ein positives, kausales Handeln zurückführt; treffend hierzu *Freund* Erfolgsdelikt S. 18 f.: die Autoren beschäftigten sich damit, „einem Phantom nachzujagen“.

⁷² *Glaser* Abhandlungen I S. 297.

⁷³ *Krug* Abhandlungen S. 32; zustimmend *Binding* Normen II 1 S. 521.

könne auch die Rechtspflichtwidrigkeit nichts an der objektiven Beschaffenheit des Verhaltens ändern, also insbesondere nicht den erforderlichen Kausalzusammenhang herstellen. Es sei zwar denkbar, den pflichtwidrig Unterlassenden per gesetzlicher Anordnung dem Begehungstäter gleichzustellen, nach geltendem Recht könne jedoch nur der bestraft werden, der den Erfolg herbeigeführt habe.⁷⁴

Erster Vertreter dieser kausalen Ansicht war 1853 *Temme*, dessen Ausführungen jedoch bei zeitgenössischen Autoren auf keine große Resonanz stießen.⁷⁵ Die Unterlassung könne für sich, da sie als bloßes Negativum die Außenwelt nicht verändere, niemals „verbrecherisch“ sein. Die Untätigkeit müsse daher stets in Verbindung mit dem vorangehenden aktiven Tun betrachtet werden. In dieser positiven Handlung habe das Verbrechen „seinen eigentlichen Grund“.⁷⁶ Ähnlich versucht *Krug*, die Unterlassung als Bestandteil des vorangegangenen positiven Verhaltens zu deuten: Durch seine Vorhandlung sei der Täter verpflichtet, gefährliche Auswirkungen einzudämmen, da alle anderen dazu veranlasst wurden, sich in Vertrauen auf die Abwendung in Gefahr zu begeben.⁷⁷ Durch sein Untätigbleiben lasse der Täter seine vorangegangene Handlung (den „Verpflichtungsact“) fortwirken, wodurch sein Wille mit dem Erfolg in deliktischen Zusammenhang gebracht und so zum criminalrechtlichen *dolus* werde.⁷⁸

Die ausführlichste Kausaltheorie findet sich bei *Glaser*,⁷⁹ der sich auch eingehend mit dem Vorwurf des *dolus subsequens* auseinandersetzt. In vielen Fällen setze der Täter durch „physische Tätigkeit“ ein Geschehen in Gange, das den Erfolg nur dann herbeiführe, wenn er dem nicht Einhalt gebiete.⁸⁰ Dann sei das „negative Verhalten“ des Täters der „nächste Anlaß der Verletzung“.⁸¹ Man müsse die Handlung so verstehen, „wie sie

⁷⁴ *Glaser* Abhandlungen I S. 308 ff.; die Pflichtwidrigkeit falle allerdings häufig mit der Verursachung zusammen, wenn sich aus den gleichen Umständen, die die Vorhandlung bilden auch die Pflicht ergebe, S. 311; ähnlich *Ad. Merkel* Abhandlungen S. 80.

⁷⁵ *Temme* Lehrbuch des gemeinen preußischen Strafrechts S. 262 ff.; später auch *ders.* Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts S. 112 f.; siehe zu letzterem Aspekt auch *Welp* Vorangegangenes Tun S. 32 m. Fn. 61.

⁷⁶ *Temme* Lehrbuch des gemeinen preußischen Strafrechts S. 263 ff. Dabei müsse die Tätigkeit keine „verbrecherische“ sein, diesen Charakter könne sie auch später mit der Untätigkeit – „als ein Ganzes“ – annehmen. *Temme* stellt keine besonderen Anforderungen an das Vorverhalten. So habe etwa die Mutter das Kind in die Lage gebracht, in der es der Fürsorge bedürfe.

⁷⁷ *Krug* Abhandlungen S. 34 ff., siehe auch S. 41 ff.; *ders.* Kommentar S. 83: dass jemand durch sein vorangegangenes Tun „eine specielle Verpflichtung zu positiver Thätigkeit (zur Abwendung der aus dem ungestörten Fortwirken jener Handlung entspringenden Gefahr) [...] übernommen hat“.

⁷⁸ *Krug* Abhandlungen S. 36; **dagegen** bereits v. *Buri* GS 21 (1869) 189, 190: der nachträglich eingetretene Wille werde auf die Zeit der bewirkenden Handlung zurück fingiert; ebenso *Binding* Normen II 1 S. 516 ff.

⁷⁹ *Glaser* Abhandlungen I S. 289 ff.; 379 ff.; vgl. auch v. *Bar* Gesetz und Schuld II S. 250: „nur eine feinere Ausbildung“ der Theorie *Krugs*.

⁸⁰ *Glaser* nennt etwa folgende Beispiele: Der Täter hält den Pferdewagen nicht an, wenn ein Mensch auf der Straße liegt; er schließt die geöffnete Schleuse nicht rechtzeitig, sodass es zu einer Überflutung kommt; er bremst eine Lokomotive nicht ab, wenn eine zweite entgegenkommt; er verbindet den Patienten nach der Operation nicht, sodass dieser verblutet. – Es handelt sich dabei nach heutigem Verständnis jeweils um Konstellationen der Herrschaft über eine Gefahrenquelle oder der freiwilligen Übernahme.

⁸¹ *Glaser* Abhandlungen I S. 299 f.

criminalistisch allein aufgefaßt werden darf – nämlich als *ein Ganzes*“.⁸² Hierfür bemüht er ähnlich wie auch schon *Krug* den heute noch vertretenen Vertrauensgedanken: Niemand würde sich auf eine Eisenbahnfahrt einlassen, wenn er nicht davon ausgehen könnte, dass bestimmte Personen, wie etwa Bahnwächter, die zur Eindämmung der sonst unvermeidlichen Gefahren erforderlichen Maßnahmen ergreifen.⁸³ Es sei nicht erforderlich, dass der *dolus* bereits mit dem Beginn der Begehung vorliege, er müsse vielmehr innerhalb des Zeitraums, in dem positives und negatives Verhalten eine Einheit bildeten, der Erfolg also noch vermeidbar sei, eintreten. Der Vorsatz trete zu den Vorbereitungen hinzu. Indem der Täter diese „seinem neu gefaßten Zwecke dienstbar“ mache, gebe er ihnen „rückwirkend den verbrecherischen Charakter“.⁸⁴

Ad. Merkel hingegen sieht als deliktisches Verhalten *allein* die Vorhandlung an. Den Einzelnen treffe grundsätzlich nur die negative Rechtspflicht, „in die Sphäre der Anderen nicht verletzend einzugreifen“,⁸⁵ eine besondere rechtliche Verantwortung bestehe daher nur für das, was der Urheber in der Rechtssphäre Dritter bewirke.⁸⁶ Sowohl die subjektive als auch die objektive Zurechnung müsse daher auf das aktive Verhalten zurückgeführt werden.⁸⁷ Viele Handlungen seien jedoch allein deswegen rechtskonform, weil sie von anderen vorangehenden, parallelen oder nachfolgenden Handlungen begleitet werden.⁸⁸ Wo der Täter durch seine Vorhandlung in zurechenbarer Weise die Integrität des Rechtsgutes von der Vornahme einer späteren Handlung abhängig gemacht hat, werde die Zurechnung bereits durch die Handlung als eine „eventuell eintretende“ begründet.⁸⁹ Die Vornahme der Abwendungshandlung sei damit als „ergänzende[...] Bedingung[...] der Rechtmäßigkeit“ geboten, um die gefährliche Handlung mit dem Recht zu „harmonisieren“, indem schädliche Wirkungen für andere eingedämmt werden.⁹⁰ Dem Unterlassen

⁸² *Glaser* Abhandlungen I S. 301; Hervorhebung nicht im Original; siehe auch S. 312: Das Tun, das durch die Unterlassung „ergänzt“ werde, führe den Erfolg herbei; der gleiche Gedanke fand sich bereits bei *Temme*, siehe dazu oben; **dagegen** bereits v. *Bar* Gesetz und Schuld II S. 250; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 33 f., die Einheit sei willkürlich und gekünstelt; siehe auch *Jakobs* Unterlassen S. 16; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 44.

⁸³ *Glaser* Abhandlungen I S. 313 f.; siehe auch *Krug* Abhandlungen S. 32 ff., der insoweit auf Versprechen und Veranlassung abstellt.

⁸⁴ *Glaser* Abhandlungen I S. 301 f.: Wahrer Kern an dem Einwand des *dolus subsequens* sei daher allein, dass, sobald der Eintritt des Erfolges nicht mehr von dem Unterlassen abhängt, der hinzutretende Wille dem Tun nicht mehr im Nachhinein den verbrecherischen Charakter geben könne und daher einen bloßen Wunsch, eine bloße Gesinnung darstelle; **kritisch** *Hälschner* Strafrecht S. 239 m. Fn. 2; *Binding* Normen II 1 S. 530 f.: *Glaser* denke an „ein Hantieren mit dem bereits Geschehenen“; die Zurückbeziehung des Vorsatzes sei jedoch falsch: „der Schuldlose kann nie ex post zum Verbrecher werden“.

⁸⁵ *Ad. Merkel* Abhandlungen S. 89; er steht damit in kantischer Tradition, vgl. *Pawlik* Unrecht S. 181.

⁸⁶ *Ad. Merkel* Abhandlungen I S. 77; Nichthandeln könne an sich keine Wirkungen erzeugen. Es genüge nicht, dass der Täter den Schaden verhindern können und dies unterlässt, vgl. auch S. 79 f.; *ders.* Lehrbuch S. 114.

⁸⁷ *Ad. Merkel* Abhandlungen I S. 86 f.

⁸⁸ *Ad. Merkel* Lehrbuch S. 111 f.; die Bedeutung einer Tätigkeit ergebe sich nicht isoliert aus ihr selbst, sondern häufig aus ihrer Verknüpfung mit weiteren Handlungen, S. 116.

⁸⁹ *Ad. Merkel* Abhandlungen S. 81 f., 87, 90; was die Rechtspflicht angehe, so könne diese nur Folge der Urheberschaft sein, nicht Bedingung.

⁹⁰ *Ad. Merkel* Lehrbuch S. 112, vgl. auch S. 39, 113 f.

komme nur mittelbare Wirkung zu, indem es dem aktiven Vorverhalten erlaube, „einen Charakter anzunehmen und Wirkungen zu äußern, welche einem Verbote zuwiderlaufen“. ⁹¹ Die Verantwortlichkeit für die Folgen des Tuns gründe im Allgemeinen auf die Voraussehbarkeit. Daher komme es auch hier auf die Art und Tragweite des gefährlichen Vorverhaltens, also die Erkennbarkeit zum Zeitpunkt der Tätigkeit an, nicht hingegen auf die „auf Grund einer zufälligen Verkettung von Umständen hervortretende Gefahr“. ⁹²

Diese Lehren sind zu Recht auf erheblichen Widerspruch gestoßen. Sie sind Folge des damals herrschenden naturalistischen Verständnisses der Straftat, ⁹³ das den Kausalitätsbegriff zum Dreh- und Angelpunkt des Tatbestands erklärt und dabei nicht bewertend nach dem Gewicht und der Bedeutung des Verursacherbeitrags fragt. ⁹⁴ Doch aus dem Sein der Kausalität kann kein Sollen folgen, ⁹⁵ daher kann die normative Bedeutung eines Verhaltens auch nicht allein und unmittelbar aus dessen bloß mechanischer Wirkung begründet werden. ⁹⁶ Das Strafrecht hat es nicht mit dem Verhältnis von Ursache und Wirkung zu tun, sondern mit der Verantwortlichkeit des Täters, also einer rechtlichen Beurteilung eines sozialen Vorgangs. ⁹⁷ Indem die „lose Beziehung“ der Kausalität von den Autoren als Spezifikum der Erfolgszurechnung herausgegriffen wird, verfehlen diese den Sinn der Straftat als sozialer Erscheinung. ⁹⁸ Zu betonen ist auch, dass die geltend gemachten Beispiele keineswegs primär solche bloßer Verursachung sind, sondern der Grund der Überwachungsposition größtenteils in der *Übernahme* einer Funktion liegt. ⁹⁹

⁹¹ *Ad. Merkel* Lehrbuch S. 113; **dagegen** bereits v. *Buri* GS 21 (1869) 189, 191 ff.; *ders.* Ueber Causalität S. 96; *ders.* Die Causalität S. 18 f.: die schuldlos vorgenommene Handlung werde nicht im Nachhinein zu einer schuldhaften; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 38: „Die Annahme einer bedingten Schuld [...] ist etwas Widersinniges“.

⁹² *Ad. Merkel* Lehrbuch S. 115; *ders.* Abhandlungen S. 82; siehe zur Einschränkung auf vorhersehbare Entwicklungen auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 11: „erheblicher Fortschritt“ durch die Heranziehung eines normativen Kriteriums zur Einschränkung der wertfreien Kausalität; **kritisch** zum Kriterium der Vorhersehbarkeit v. *Buri* GS 21 (1869) 189, 200; *Binding* Normen II 1 S. 526 ff.; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 38.

⁹³ *Krug* Abhandlungen S. 34; *Glaser* Abhandlungen I S. 297; nicht in der Weise, dass der Erfolg direkte Wirkung der Handlung sei, sondern, dass die Mitwirkungshandlung im Sinne einer *conditio sine qua non* „einen Platz in der Verkettung von Ursachen und Wirkungen, an deren Ende jener Erfolg steht“ habe. Siehe hierzu *Schünemann* in: Grundfragen S. 1, 21.

⁹⁴ Vgl. auch *Traeger* Kausalbegriff S. 72 ff.; zudem *Seelmann* in: Recht und Moral S. 295, 300: „im wesentlichen durch das Bedürfnis nach einem systematisch einheitlichen Kausalitätsbegriff bedingt“.

⁹⁵ Siehe nur *Roxin* FS Trechsel S. 551, 556.

⁹⁶ Vgl. *Roxin* FS Lampe S. 423, 433; *ders.* FS Trechsel S. 551, 556: kriminalpolitisch sinnlos; bereits *Honig* FG Frank I S. 174, 175 ff.

⁹⁷ Im Allgemeinen *Ebert/Kühl* Jura 1979, 561, 569.

⁹⁸ Vgl. auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 12 f. Insbesondere können die Ingerenztheorien nicht die auf sozialen Verhältnissen beruhenden Beschützergarantenstellungen erklären, S. 14; vgl. auch *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 268; *Henkel* MschrKrim 1961, 178, 185.

⁹⁹ Vgl. nur *Krug* Abhandlungen S. 34 ff.: Schwimmler, Weichensteller, Nachtwächter; *Ad. Merkel* Abhandlungen S. 83: Schwimmler, Krankenwärter, Bahnwärter; zur Übernahme auch *Glaser* Abhandlungen I S. 303 ff., die Fälle auf S. 299 ff. entsprechen teils den heute als Ingerenz, teils den als Gefahrenquellenverantwortlichkeit diskutierten.

Den Kausalitätstheorien wurde schließlich zum Verhängnis, dass sie den Vorwurf des *dolus subsequens* nicht entkräften konnten.¹⁰⁰ Dies gelingt weder durch die im Schuldstrafrecht äußerst problematischen Fiktionen einer einheitlichen Handlung (*Temme/Glaser*) noch durch die einer „bedingten“ Begehungshaftung¹⁰¹ (*Ad. Merkel*). Es bleibt rätselhaft „warum das dolose Nichts rückwirkend das nicht dolose Etwas in ein doloses soll verwandeln können“.¹⁰² Die Theorien sind zudem heute mit § 16 I 1 StGB, der das Vorliegen des Vorsatzes zum Zeitpunkt der Tatbegehung verlangt, unvereinbar.¹⁰³

Festzuhalten ist jedoch, dass sich insbesondere die von *Ad. Merkel* vorgetragenen Aspekte auch in moderneren Begründungsansätzen zur Ingerenz finden.¹⁰⁴ Die Vorhersehbarkeit der Rechtsgutsgefährdung ist auch heute in Form der „nahen Gefahr“ Voraussetzung der Ingerenz-Garantenstellung in der ständigen Rechtsprechung des BGH.¹⁰⁵ Auch der von *Glaser* und *Ad. Merkel* vorgebrachte Gedanke der bedingten Gestattung ist in der Lehre zur Ingerenz hochaktuell.¹⁰⁶ Das Scheitern der Ingerenztheorien liegt also weniger an einer Ideenarmut, sondern in erster Linie an der – in dem Irrglauben der alleinigen Maßgeblichkeit von Kausalität – erzwungenen, fingierten Begehungskonstruktion.¹⁰⁷ Für die weitere Entwicklung haben die Kausalitätslehren sowie die sogleich dargestellten Interferenztheorien maßgeblich zur Etablierung des Ingerenzgedankens beigetragen.¹⁰⁸

III. Kausalität der Willensänderung (sog. Interferenztheorien)

Die teils skurril anmutende Suche nach einem naturwissenschaftlichen Zusammenhang gipfelte in dem „untauglichen Versuch“¹⁰⁹ der sogenannten Interferenztheorien,¹¹⁰ die Unterlassungen in Begehungen umzudeuten und somit insbesondere dem Vorwurf des

¹⁰⁰ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 268; v. *Liszt* Lehrbuch^{21/22} § 30 III; *ders./Schmidt* Lehrbuch § 30 II; *Roxin* AT II § 32 Rn. 14; *ders.* FS Trechsel S. 551, 554; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 11; *Schünemann* FS Amelung S. 303, 310; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 31 ff.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 43 ff.

¹⁰¹ Siehe hierzu auch *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 38: „Die Annahme einer bedingten Schuld zur Zeit der positiven Handlung [...] ist etwas Widersinniges“.

¹⁰² *Binding* Normen II 1 S. 531; siehe auch *Pawlik* Unrecht S. 172; *Schünemann* FS Amelung S. 303, 310.

¹⁰³ Sie werden zudem der Bedeutung des Vorsatzes in der personalen Unrechtslehre als Steuerungselement nicht gerecht, vgl. unten → Kapitel 3 § 1 JI 3, II 1, 2.

¹⁰⁴ Die vom Täter geschaffene Abhängigkeit der Rechtsgutsintegrität vom rettenden Eingriff des Täters wird etwa von *Welp* vorgebracht, Vorangegangenes Tun S. 176 ff.; an *Ad. Merkel* anknüpfend auch *Pawlik* FS Roxin (2011) S. 931, 939 f.

¹⁰⁵ Siehe nur BGHSt 54, 44, 47 m.w.N.; auch § 12 AE 1966. *Vogel* Norm und Pflicht S. 360 will hier sogar schon die Überschreitung eines erlaubten Risikos erkennen.

¹⁰⁶ Siehe nur *Jakobs* Unterlassen S. 21 m. Fn. 49; *Vogel* Norm und Pflicht S. 359 ff.

¹⁰⁷ *Arm. Kaufmann* nennt es *zumindest konsequent*, das unechte Unterlassungsdelikt als echten Fall der Begehung zu erfassen und somit die Widersprüchlichkeit einer verbotswidrigen Unterlassung zu vermeiden (Dogmatik S. 272).

¹⁰⁸ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 26 m. Fn. 60.

¹⁰⁹ Vgl. auch *Kohler* Studien I S. 45: „Bestreben, etwas Unmögliches zu erreichen“; siehe auch den bekannten Ausspruch von v. *Liszt*: Der Streit um die Kausalität der Unterlassung ist „einer der unfruchtbarsten, welche die strafrechtliche Wissenschaft je geführt hat“, vgl. v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 30 II; außerdem *Welp* Vorangegangenes Tun S. 45

¹¹⁰ Siehe dazu *Binding* Normen II 1 S. 537 m. Fn. 35: „wenig schön genannte[...]“ Interferenztheorie.

dolus subsequens zu entgehen. Der Interferenzgedanke findet sich erstmals bei *v. Buri*.¹¹¹ Der Täter fasse mit der Vorhandlung den Willen, einen möglichen Erfolg abzuwenden und setze damit „eine dem Erfolg entgegenwirkende *causa*“, ein Hindernis: „Ist nun aber eine Handlung mit dem Willen, den möglichen schädlichen Erfolg derselben abzuwenden, unternommen worden, so erscheint dieser Wille als ein Bestandtheil, eine Qualität des Geschehenen, und es sieht sich darum der Handelnde genöthigt, dasselbe in dieser Gestalt, als von ihm ausgegangen anzuerkennen.“¹¹² Diesen Willen *müsse* der Täter fassen, wenn er straflos eine gefährliche Handlung vornehme, die bei Gewissheit des Erfolgseintrittes verboten wäre.¹¹³ Ändere der Täter den Abwendungswillen in sein Gegenteil um und fasse einen Unterlassungswillen, so sei darin eine Handlung zu erkennen. Mit ihr unterdrücke der Täter die durch den früher gebildeten Willen gesetzte *causa* – die Unterdrückung einer dem Erfolg entgegenwirkenden Ursache sei der „mitwirkenden Ursache“ gleich und damit kausal. Dass es sich bei der „Umänderung des Willens“ um eine „innere Handlung“ handle, schade nicht.¹¹⁴ Wo jedoch keine eigene vorausgegangene Kausalität vorliege, könne sich der Unterlassende nicht strafbar machen: Sein Abwendungswille sei nicht „durch die Causalität gebunden, und darum konnte er ihn ändern, ohne der Causalität zu verfallen“¹¹⁵ – ansonsten müsste jeder für jede Unterlassung bestraft werden.¹¹⁶ *v. Buri* kommt zu einer sehr weitgehenden Ingerenzhaftung, indem er

¹¹¹ *v. Buri* GS 21 (1869) 189, 198 ff.; *ders.* Ueber Causalität S. 96 ff.; *ders.* GS 27 (1875) S. 25 ff.; **abweichend** später *ders.* ZStW 1 (1881) S. 400 ff.; *ders.* Die Causalität S. 14 ff.; **zustimmend** *Binding* Normen II 1 S. 537 m. Fn. 35: die Ausführungen enthalten „ganz eminenten Fortschritt“; grundsätzlich auch *Ortmann* GS 26 (1874) 439, 440.

¹¹² *v. Buri* GS 21 (1869) 189, 198 f., Hervorhebung im Original; **kritisch** etwa *Ortmann* GS 26 (1874) 439, 442 f., es gebe Fälle, in denen sich der Täter überhaupt keine Gedanken über die Folgen seiner Handlungen und damit über die Abwendung macht.

¹¹³ *v. Buri* GS 21 (1869) 189, 211 f.: „Der Büchsenmacher darf seine Waffe verkaufen, wenn keine Gründe zur Annahme eines mit derselben zu vollziehenden Mords vorliegen [...] Wusste er aber mit Bestimmtheit, daß der Käufer die Waffe zu diesem Zwecke benutzen wollte, so muß er den Verkauf unterlassen [...] Daher muß er, für den Fall, [dass] ihm der bei dem Verkauf der Waffe nicht oder doch nur als möglich vorausgesehene Erfolg in Verlauf der Causalität als sicher bevorstehend zum Bewußtsein kommen werde, diesen Erfolg abzuwenden, von vornherein entschlossen sein und darf darum später auch diese Abwendung nicht unterlassen“; siehe aber auch *ders.* ZStW 1 (1881) 400, 407: Es gebe keine bedingte Strafbarkeit.

¹¹⁴ Vgl. *v. Buri* GS 21 (1869) 189, 199 f.; siehe auch *ders.* Ueber Causalität S. 98 f.; *ders.* Die Causalität S. 15, 17: auch die Veränderung, die der Täter in seinem Inneren hervorrufe, beruhe auf einem kausalen Vorgang; *ders.* ZStW 1 (1881) 400, 404. Ob daneben eine Rechtspflicht bestehe, hielt *v. Buri* für unerheblich, solange die Pflicht nicht auf einer Vorhandlung beruhe. So habe etwa die Mutter das Kind „in ein hilfloses Dasein gerufen“, *v. Buri* GS 21 (1869) 189, 214.

¹¹⁵ *v. Buri* GS 21 (1869) 189, 213. In späteren Publikationen weicht *v. Buri* von seiner ursprünglichen Linie ab, indem er zwar den Interferenzgedanken beibehält, jedoch die rechtliche Maßgeblichkeit des Abwendungswillens nicht in der vorangegangenen Kausalität, sondern in einer rechtlichen Verpflichtung begründet sieht, womit er sich den Rechtspflichttheorien annähert. In einem frei gefassten Entschluss könne kein Hindernis für den Erfolgseintritt gesehen werden, außer, wenn der Täter den Erfolg abwenden *muss*. Hindernis sei also das *Pflichtbewusstsein*. Eine Vorhandlung sei hierfür nicht zwingend nötig und auch nur insoweit relevant als sie zum Entstehen einer gesetzlichen Pflicht führe, vgl. *ders.* ZStW 1 (1881) 400, 410 ff.: ein ethisches Gebot genüge nicht, ebenso die Verletzung eines zivilrechtlichen Vertrages; aber auch „aus der Kausalität selbst kann sich die Pflicht [...] nicht ergeben“; ähnlich auch *ders.* Die Causalität S. 14 ff.

¹¹⁶ *v. Buri* Ueber Causalität S. 99 f.

auch an sich ungefährliche Vorhandlungen sowie schuldlose Verursachung genügen lässt und überdies keine Handlungsqualität der Verursachung zu fordern scheint.¹¹⁷

Auf die Hemmung innerer „negativer Ursachen“ stellt auch *Binding*¹¹⁸ ab. *Bindings* Lehre beruht maßgeblich auf seinem Verursachungsbegriff: „Verursachung einer Veränderung ist deshalb identisch mit einer *Veränderung des Gleichgewichts* zwischen den sie abhaltenden und den zu ihr hinwirkenden Bedingungen zu Gunsten der Letzteren. Ursache sind die positiven Bedingungen in ihrem Uebergewicht über die negativen.“¹¹⁹ Er bildet folgendes Beispiel: Wenn ein Mensch mit seinem Hund unterwegs sei, so führe die Aufmerksamkeit und Bereitschaft zur Intervention zu einer negativen Bedingung, die mit der Bissgefahr des Hundes ein Gleichgewicht herstelle. Wenn der Täter seinen „Hemmungsapparat“ ausschalte, entfalte die bisher gehemmte Kausalität ihre volle Wirkkraft und werde zur Ursache. Dieses Ausschalten sei damit nicht bloß Unterlassung, sondern eine „interne Handlung“, durch die der Täter die „bisher durch den Gegenwillen gebundenen Kräfte“ entfessele.¹²⁰ Es mache sich hingegen niemand allein durch die Aufgabe eines Abwendungswillens, insbesondere eines „rein für sich selbst“ gefassten, strafbar, da durch die Setzung gleichwertiger Bedingungen das Gleichgewicht bewirkender und abhaltender Faktoren nicht verändert werde.¹²¹

Die Setzung positiver Kausalität durch eine Vorhandlung sei damit (wenngleich diese nicht die *eigentliche* Verursachungshandlung ist) für die Unterlassungsstrafbarkeit erforderlich, da sich der Urheber durch sie als „*Garant*“ aufgestellt habe. Dadurch entschieße

¹¹⁷ v. *Buri* GS 21 (1869) 189, 197, 200, 202 f.: auf die Voraussehbarkeit komme es nicht an, auch die „unwahrscheinliche“ Möglichkeit genüge, da praktisch jede Handlung gefährlich werden könne. Ähnlich weit geht, von anderen Prämissen ausgehend, *Roterling* GS 34 (1883) 206 ff., insbesondere S. 213: „absolut ungefährliche Handlungen gibt es nicht“.

¹¹⁸ *Binding* Normen II 1 S. 552 ff.; zusammenfassend S. 585 ff.; sympathisierend *H. Mayer* Studienbuch § 16 I 2 m. Fn. 5. Eine Variante der Theorie *Bindings* findet sich bei *Hälschner*, der anders als jener die „klassischen“ Ingerenz-Fälle nicht gesondert behandelt. Er unterwirft den Willensbildungsprozess einer explizit mechanischen Betrachtungsweise. Die „durch den Willen einmal angeregte Thätigkeit“ (der Hemmungsentschluss) laufe ohne weitere Mitwirkung *mechanisch* fort und werde „nur durch einen neuen auf die motorischen Nerven und die Muskeln wirkenden Willensact zum Stillstande gebracht“. Es werde damit ein Hindernis beseitigt, indem eine der Rechtsverletzung entgegenwirkende Tätigkeit aufgehoben werde. *Hälschner* Strafrecht S. 238 ff., Zitat S. 241. Erforderlich sei, dass das vorangegangene Tun ein das deliktische Geschehen förderndes war. Dann werde nämlich dem gefährlichen Tun durch die Unterlassung als negative Handlung erlaubt, „in Wirksamkeit [zu] treten“, S. 244. **Kritisch** v. *Bar* Gesetz und Schuld II S. 253: Nicht das Unterlassen, sondern die Tätigkeit erfordert „psychische und physische Anstrengung“; v. *Buri* ZStW 1 (1881) 400, 401 ff.

¹¹⁹ *Binding* Normen I S. 116; das Verbot, eine Ursache zu setzen, beinhalte daher das Gebot, eine bestehende Ursache zu vernichten, S. 118; grundsätzlich zustimmend *Ortmann* GS 27 (1985) 209, 210; in der Sache (trotz zuvoriger Kritik) auch *Kugler* Ingerenz S. 138 (vgl. S. 130 ff. andererseits); **kritisch** *Berner* Lehrbuch § 62.

¹²⁰ *Binding* Normen II 1 S. 552 ff., 556 f.: Das Fallenlassen des Entschlusses werde als Vernichten einer abhaltenden Bedingung kausal. Die darin liegende Handlung werde durch die Unterlassung „maskiert“; dies sei der entscheidende Zeitpunkt, in dem auch die „Schuld“ vorhanden sein müsse, S. 598.

¹²¹ *Binding* Normen II 1 S. 567 f., 570 f. (Zitat); ebenso wenig verursache jemand, der die gesetzten schädlichen Bedingungen wieder neutralisiert; entscheidend sei, ob „das Verhalten eines Menschen vollständig weggedacht werden kann“ und der Erfolg dennoch in gleicher Weise eingetreten wäre, S. 574.

sich der Mensch, als „abhaltende Bedingung“ zu funktionieren, und setze gleichzeitig eine schädliche Bedingung für den Erfolg. Die Vorhandlung habe „doppelten Charakter: zur Hälfte hindert, zur Hälfte fördert sie die Gefahr“. Der Entschluss als „abhaltende Bedingung“ sei Äquivalent für die Gefahrschaffung auf der anderen Seite.¹²² Diese Überlegungen sind auf die bewusste Übernahme der Verantwortung für eine Gefahr zugeschnitten und passen nicht auf die „reinen“ Ingerenzfälle.¹²³ *Binding* klammert diese Fälle daher aus und nimmt insoweit ein echtes Begehungsdelikt an.¹²⁴ Das Verbot der Verursachung bezwecke, dass die „positiven Bedingungen“ die „negativen“ nicht überwiegen – der Urheber fördernder Bedingungen sei daher zur Schaffung negativer Gegenbedingungen verpflichtet.¹²⁵ Hinsichtlich der „reinen Ingerenzfälle“ ist *Binding* also eine Rückkehr zur Lehre *Glaser* vorzuhalten, die dann wiederum dem Einwand des *dolus subsequens* ausgesetzt ist.¹²⁶

Der Hauptgrund, dass die Interferenztheorien nicht überzeugen, ist wieder der Versuch, um jeden Preis Kausalität aufzuzeigen, wodurch die Autoren das eigentlich strafrechtlich irrelevante und fiktive Internum des „Hemmungswillens“ in eine physische Ursache umdeuten.¹²⁷ Denn dieser Versuch muss scheitern: Der rein innere Vorgang der Entscheidungsbildung kann nicht mit der aktiven Hinderung äußerer rettender Kausalverläufe gleichgesetzt werden.¹²⁸ Es handelt sich bei dem „Niederdrücken“ eines Rettungsimpulses gerade nicht um die physische Einwirkung nach außen aufgrund des Einsatzes von Energie.¹²⁹

¹²² *Binding* Normen II 1 S. 559 ff., 565, 576 f. Diese Grundsätze gelten jedenfalls, wenn die Person nicht von vornherein zur Zulassung der Schadensentstehung entschlossen sei, vgl. S. 562 ff.; dann allerdings komme Begehungstäterschaft in Frage, S. 578. Die Beispiele *Bindings* sind solche der gefahrerhöhenden freiwilligen Übernahme; **abweichend** daher *Ortmann* GS 26 (1874) 439, 446 f., der Täter müsse durch seine Vorhandlung die Erwartung geweckt haben, er werde den Erfolg abwenden. Damit scheiden in der Konsequenz die „klassischen“ Ingerenz-Fälle aus, vgl. S. 449 ff.; ähnlich *ders.* GS 27 (1875) 209, 214 f.

¹²³ **Kritisch** auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 19 f.: Es sei ein Hauptfehler, diese Erwägungen zur vertraglichen Übernahme auf sämtliche Konstellationen zu erstrecken; außerdem *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 268: Die Theorie versagt, wenn der Täter von vornherein keinen Abwendungswillen besitzt.

¹²⁴ *Binding* Normen II 1 S. 605; **kritisch** *Welp* Vorangegangenes Tun S. 54 f., der die Inkonsequenz *Bindings* anrängert.

¹²⁵ *Binding* Normen II 1 S. 603 ff.: Auf die Rechtswidrigkeit der Vorhandlung oder die Vorausschbarkeit der Folgen komme es jedoch nicht an. Solange die Entscheidung über die Verursachung noch beim Täter liege, trage das Verbrechen Begehungscharakter und solange könne die Schuld eintreten; siehe bereits *ders.* Normen I S. 118. Hier führt *Binding* also mangels vorhandenen Abwendungswillens wieder den Pflichtgedanken ein; **kritisch** *Welp* Vorangegangenes Tun S. 54 f., die Inkonsequenz *Bindings* anmahnd.

¹²⁶ Indem *Binding* allerdings die schädlichen und abhaltenden Bedingungen saldiert und dabei die Vorhandlung mit der Unterlassung als Einheit sieht, begeht er den gleichen Fehler wie *Glaser*. Vgl. auch v. *Bar* Gesetz und Schuld II S. 253; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 51 ff.; sowie *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 17.

¹²⁷ Die reine Kausalität ist ungeeignet, axiologisch die Strafbarkeit der Unterlassung zu begründen, *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 15; siehe auch *Schünemann* GA 1999, 207, 208: die subjektive Ingerenzbegründung als „Absurdität“, unter denen die Strafrechtsdogmatik heute noch schwer leide.

¹²⁸ *Aldosser* Unterlassungen S. 69 f.; v. *Bar* Gesetz und Schuld II S. 251 ff.; *Geyer* Kritische Vierteljahresschrift 24 (1882) 237, 242; v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 30 II; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 55; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 47.

¹²⁹ v. *Bar* Gesetz und Schuld II S. 251; *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 269; v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 30 II; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 55; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 47.

Ohne in der Außenwelt realisierte Körperbewegung besteht keine Tat, sondern ein rein interner Vorgang, der im *Tatstrafrecht*¹³⁰ keine Unrechtsrelevanz hat.¹³¹ Bei der Annahme der Unterdrückung des Abwendungsimpulses handelt es sich zudem um eine Fiktion.¹³² Die Entschlussbildung darf nicht in „Strömungen und Gegenströmungen“ unterteilt werden, es handelt sich um einen einheitlichen Motivationsprozess.¹³³ Dabei muss die Motivation, einzugreifen, nicht niedrigerungen werden, es genügt, dass diese nicht weiter verfolgt wird.¹³⁴ Jedenfalls kann der Rettungsimpuls als Internum nicht bewiesen werden.¹³⁵

Weiterhin wurde entgegnet, es müsse mit der bloßen Kenntnis der Situation bei dem Täter nicht zwingend ein innerer Antrieb zur Rettung entstehen. Bei Fehlen eines Rettungsimpulses – insbesondere bei gleichgültigen oder schadenfreudigen Tätern¹³⁶ – versage die Interferenztheorie.¹³⁷ Auf der anderen Seite werde jeder Außenstehende bestraft, der einen aus irgendwelchen Gründen zuvor gebildeten Abwendungswillen aufgibt.¹³⁸ – Was bei der Kritik der Interferenztheorien jedoch häufig übersehen wird, ist, dass nach *v. Buri* und *Binding* ein *relevanter* Hemmungswille nur aufgrund einer Vorhandlung besteht.¹³⁹ Es besteht zwar kein ausdrücklicher formaler Rechtssatz, dass und wann ein Wille „durch die Kausalität gebunden“ ist und daher nicht aufgegeben werden darf, jedoch werden so-

¹³⁰ Vgl. dazu nur *Hirsch* FS Lüderssen S. 253 ff.; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 159: Strafe kann nur eine proportionale Reaktion auf Tatunrecht sein, nicht auf den Willen des Täters.

¹³¹ *v. Liszt* Lehrbuch^{21/22} § 30 III: Die Bestrafung bloß innerer Vorgänge widerspricht den „allgemeinsten Grundsätzen des Strafrechts“; siehe auch *ders./Schmidt* Lehrbuch § 30 II; *H. Mayer* AT S. 43; *Schünemann* ZStW 96 (1984) 287 m. Fn. 1; *Vogel* Norm und Pflicht S. 115; vgl. bereits *Temme* Lehrbuch des gemeinen preußischen Strafrechts S. 261 f.: „Mit dem bloßen inneren Gedanken, der bloß innerlich gebliebenen, durch eine äußere That nicht herausgetretene Gesinnung, hat das Recht überall nichts zu schaffen. Auch das Strafrecht nicht.“; *v. Bar* Gesetz und Schuld II S. 259.

¹³² *Herzberg* Garantprinzip S. 39; *Sauer* GS 114 (1940) 279, 284; *Schünemann* ZStW 96 (1984) 287 m. Fn. 1; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 18.

¹³³ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 47; siehe auch *Arm. Kaufmann* FS v. Weber S. 207, 221 f.

¹³⁴ *Frank* Strafgesetzbuch § 1 IV; *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 269; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 19; *Vogel* Norm und Pflicht S. 115; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 47; siehe auch *Herzberg* Garantprinzip S. 39.

¹³⁵ *v. Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 30 II.

¹³⁶ *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 18. Die unbewusste Fahrlässigkeit sei überdies nicht erfassbar, da der Täter keinen Anlass habe, einen entgegenstehenden Willen zu bilden, *Gallas* Studien S. 7; *v. Liszt/Schmidt* § 30 I; *Roxin* AT II § 31 Rn. 38; *Traeger* aaO S. 19; *Vogel* Norm und Pflicht S. 114; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 46.

¹³⁷ *Gallas* Studien S. 6; *Jakobs* AT 28/2 m. Fn. 1; *Vogel* Norm und Pflicht S. 115.

¹³⁸ *Herzberg* Garantprinzip S. 39 nennt es grob ungerecht, dass der ursprünglich Rettungswillige anders als der von vornherein gleichgültige gestraft werde; siehe auch *Herbertz* Ingerenz S. 94: Es sei „unbillig und sachwidrig“, denjenigen, der sich überhaupt keine Gedanken mache, zu privilegieren; *Nagler* GS 111 (1938) 1, 76; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 55 f.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 47; **siehe aber** *v. Buri* ZStW 1 (1881) 400, 405: „Ein aus freien Willen konstituiertes Hindernis ist sonach in Wirklichkeit kein Hindernis“.

¹³⁹ Im Ergebnis, nicht mit der Konstruktion, sympathisierend *Seelmann* in: Vielfalt des Rechts S. 85, 96: *Binding* führe die Strafbarkeit auf die Handlungsverantwortung zurück.

wohl bei *v. Buri* als auch bei *Binding* die in der modernen Literatur auffindbaren materiellen Gedanken des Vertrauens sowie der bedingten Gestattung gefährlicher Handlungen vorgebracht.¹⁴⁰

Aktuelle Relevanz kommt den Interferenztheorien eher unter umgekehrten Vorzeichen zu: Denn ihre Argumentation erlaubt es nicht nur, Unterlassungen in aktives Tun umzu-
deuten, sondern auch entgegengesetzt Begehungen in Unterlassungen: So wird auch in jüngerer Zeit häufig für die Strukturgleichheit von Begehungs- und Unterlassungsdelikt das Argument bemüht, der *Aktivtäter* habe es versäumt, sich selbst als Gefahrenquelle zu überwachen und den schädlichen Willensimpuls zu unterdrücken.¹⁴¹ Diese Argumentationsmuster leiden wie die Interferenztheorien an der strafrechtlichen Irrelevanz rein interner Vorgänge.

IV. Kausalität der sozialen Ordnung

Der naturwissenschaftliche Kausalbegriff wurde um die Jahrhundertwende zunächst von *Geyer*¹⁴² sowie dann insbesondere von *v. Bar* und *Kohler* angegriffen und normativiert.¹⁴³

¹⁴⁰ *v. Buri* führt etwa aus, der Täter dürfe eine Handlung überhaupt nur vornehmen, wenn er gleichzeitig Abwendungswillen habe.

¹⁴¹ Siehe unten → Kapitel 3 § 1 F II 2 (zu *Sangenstedt*) und → Kapitel 3 § 2 G I 2 a) (zu *Herzberg*). Zum Teil wird der Abwendungswille auch als Bedingung der Ausübung von Notrechten erachtet, vgl. etwa *Welp JZ* 1971, 73 ff.; hierzu unten → Kapitel 4 § 2 C II 3 a). Siehe auch *Bloy ZStW* 90 (1978) S. 609, 622 ff. *Bloy* will die „mitgestaltende Kraft“ der Unterlassung zwar ausdrücklich nicht kausal-mechanisch, sondern im sozialen Zusammenhang verstehen, stellt jedoch in Tradition der Interferenztheorien auf das Internum der *Aufgabe der Schutzbereitschaft* ab: Vergesse etwa die Mutter, ihr am Rande eines Teichs spielendes Kind zu beaufsichtigen, verändere die Aufgabe der Schutzbereitschaft die Situation (S. 622). Das Opfer werde durch die „Entscheidung zur Verweigerung von Schutz der Realisierung einer für es bestehenden Gefahr preisgegeben“, S. 624. Das Unterlassen sei eine „soziale Realität im Sinne einer Objektivierung der bösen Gedanken des Täters“. **Kritisch** hierzu auch *Herzberg JZ* 1988, 573, 577, der allerdings selbst aufseiten der Begehung auf das Internum „Nichtvermeidung“ einer Körperbewegung abstellt.

¹⁴² *Geyer* *Kritische Vierteljahresschrift* 24 (1882) 237, 241 ff.; ähnlich *Aldosser* *Unterlassungen* S. 81 ff.; insbesondere S. 94 ff. Das reine Unterlassen habe keine physische Wirkkraft (und könne daher nicht unter die Begehungstatbestände subsumiert werden), man könne nur die *konkludente* Unterlassung als kausal ansehen, indem diese psychisch wirke. Wer etwa sein Pferd nicht anhalte oder seinen Hund nicht zurückrufe, mache dem Tier konkludent deutlich, dass dieses weiterwirken dürfe und solle. Durch Unterlassen könne man zudem einen anderen in seinem Verhalten bestärken und das Verbrechen damit psychisch fördern. Zudem werde in vielen Fällen, in denen der Täter die „faktische Macht“ über einen anderen habe, konkludent der Glauben anderer aufrechterhalten, dass dem Opfer keine Gefahr drohe. – Diese Ansicht engt jedoch den Bereich der strafbaren Unterlassungen weitgehend ein. Ein Teil der Fälle erscheint als Fiktion: So wird der Hund in der Regel nicht attackieren, weil sein Herr schweigt, sondern weil sein Verteidigungs- oder Jagdinstinkt geweckt ist. Über diese Fiktion führt die Theorie zurück zu *Ludens* Kausalität des Andershandelns. Überdies würde es zu dem zufälligen und widersprüchlichen Ergebnis führen, dass sich der, der seinen Hund unter Kontrolle hat und ihn zurückrufen kann, strafbar macht, während derjenige, der das ungehorsame Tier zurückziehen unterlässt, straffrei bleibe. Die Auffassung betreffe jedoch etwa im Bereich des Betrugs solche Fälle, die auch nach heutigem Verständnis als konkludentes Tun aufzufassen sind (vgl. nur *Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 18; **anders** *Streng ZStW* 122 (2010) 1 ff., der das passive Tun als „dritte Handlungsform“ auffasst).

¹⁴³ *v. Bar* *Causalzusammenhang* S. 90 ff.; *ders.* *Gesetz und Schuld* II S. 244 ff.; insbesondere S. 258 ff.; *Kohler* *Studien* I S. 45 ff.; zustimmend auch *Höpfner ZStW* 36 (1915) 103, 114 ff. Darüber hinaus weist *Kugler* *Ingerenz* S. 13 f. auf ähnliche Ausführungen bei *v. Böhmer* (*Meditationes*) im Jahr 1770 hin.

Im Allgemeinen schränkt *v. Bar* die Äquivalenztheorie insoweit ein, dass (rechtlich relevante) „Ursachen“ nur solche menschlichen „Bedingungen“ sein könnten, „durch welche der sonst als *regelmäßig* gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein *anderer* wird.“¹⁴⁴ Im Anschluss an diese den natürlichen Kausalzusammenhang einschränkenden Maßstäbe sieht *v. Bar* überdies auch in manchen Fällen der Unterlassung einen Kausalzusammenhang, obwohl er „im natürlichen Sinn nicht existiert“.¹⁴⁵ Eine Ausnahme vom Erfordernis des natürlichen Kausalzusammenhangs sei dort zu machen, wo etwas fehle, das wir aufgrund der „unausweichlich sich aufdrängenden Anschauungen des Lebens [...] mit gutem Grunde erwarten durften“.¹⁴⁶ Dort wo das aktive Tätigwerden „gleichsam selbstverständlich“ ist, erfolge die Untätigkeit entgegen dem natürlichen, in den Verhältnissen liegenden Antrieb zum Handeln und erscheine im ethischen Sinne als ebenso strafwürdig wie eine positive Aufhebung des Hindernisses: „das Niederkämpfen des Antriebes zum Handeln steht [...] dem positiven Ergreifen des Naturkausalismus gleich“.¹⁴⁷ Ein solcher Antrieb könne aufgrund einer Rechtspflicht, aber auch infolge eines sonstigen Vertrauen stiftenden Akts entstehen.¹⁴⁸ Als selbstverständlich angesehen werde etwa auch die Abwendung schädlicher Folgen aus eigenem „fehlerhaften (schuldhaften)“ Verhalten.¹⁴⁹ Damit knüpft *v. Bar* die Ingerenz bereits an die Fahrlässigkeit des Vorverhaltens.

Im Bereich der Unterlassungen ist auch für *Kohler* nicht der „bloße Naturcausalismus“, sondern der „Causalismus der sozialen Ordnung“ maßgeblich. Die „Causalität“ hänge davon ab, ob der Täter von dieser sozialen Ordnung auf einen „*Posten*“ gestellt wurde.¹⁵⁰

¹⁴⁴ *v. Bar* Causalzusammenhang S. 11; zur Differenzierung von Ursache und Bedingung S. 4 ff.

¹⁴⁵ *v. Bar* Gesetz und Schuld II S. 258; vgl. auch S. 268 f.: ideale Erweiterung des Kausalzusammenhangs, „man könnte sie fingiert nennen“.

¹⁴⁶ *v. Bar* Gesetz und Schuld II S. 258 f.

¹⁴⁷ *v. Bar* Gesetz und Schuld II S. 269. Im Anschluss an *v. Buri* nimmt *v. Bar* an, dass in diesem Fall das Untätigbleiben auf einem diesen natürlichen Antrieb hemmenden Entschluss beruhe. Dies könne allerdings keinen Kausalzusammenhang im natürlichen, sondern nur im ethischen Sinne erzeugen, S. 260 m. Fn. 18; **kritisch** *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 64: bedenkliche Hinneigung zu den Interferenztheorien.

¹⁴⁸ *v. Bar* Gesetz und Schuld II S. 261 f.; eine Rechtspflicht an sich genüge auch nicht immer für die Entstehung eines Kausalzusammenhangs, die Hinderung des Erfolges müsse dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsprechen, sodass man darauf vertraue und vertrauen dürfe. Leicht **abweichend** *v. Rohland* Unterlassung S. 122, der allein auf die Rechtspflichtwidrigkeit abstellt und aus ihr in Verbindung mit der Abwendungsmöglichkeit auf die Kausalität schließt. *v. Rohland* ist daher in der Sache wohl eher der formellen Rechtspflichtlehre zuzuordnen, wobei er das Erfordernis sachfremd in der Kausalität verortet, vgl. auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 21.

¹⁴⁹ *v. Bar* Gesetz und Schuld II S. 267, nicht aber bei fehlerlosem Verhalten, vgl. S. 268 mit der Ausnahme der „komplementären Tätigkeit“; anderes noch *ders.* Causalzusammenhang S. 99: auch eine „unsträfliche, nicht culpose“ Handlung.

¹⁵⁰ *Kohler* Studien I S. 45 f., Hervorhebung nicht im Original; „[...] wer die von der sozialen Ordnung eingefügte Thätigkeit, auf welche [diese zur] Erreichung ihrer Interessen baut, unterlässt, der nimmt damit ein Rad aus dem Getriebe der sozialen Ordnung heraus, und damit wirkt er causierend“. Da wir nicht in einer bloßen Naturordnung, sondern einer sozialen Ordnung lebten, verlasse sich jeder auf die „einwirkende Funktion der verschiedensten Menschen“, deren Handlungen für die soziale Ordnung erforderlich sind. Wer „als funktionierendes Glied auf seinen Posten gestellt“ die ihm zugewiesene Funktion vernachlässige,

Es findet sich dabei der durchaus fortschrittliche Gedanke, dass die *bloße* rechtspflichtwidrige Unterlassung nicht „kausal“, der Betreffende also nicht durch jede Pflichtbindung auf Posten gestellt sei.¹⁵¹ Die *besondere* Pflichtbindung könne sich auch aus einer Vorhandlung ergeben, wenn die Handlung nur dann für andere ungefährlich ist, wenn sie „einer ständigen Regulierung unterworfen wird“.¹⁵²

Die „Rechtskausalitätstheorien“ haben unbestreitbar das Verdienst, die Abwendung von der erfolglosen Suche nach der Naturkausalität eingeleitet zu haben, indem sie das Problem der Unterlassungsstrafbarkeit rechtlich als Gleichstellungsfrage einordnen.¹⁵³ Insbesondere bei *Kohler* findet sich der wegweisende Gedanke, dass der Unterlassende zum Schutz des Rechtsgutes „auf Posten“ gestellt sein muss, wofür eine bloße Rechtspflicht nicht genügt – fast fünfzig Jahre vor der „Wiederentdeckung“ des Garantenprinzips durch *Nagler*, während zwischenzeitlich die formelle Rechtspflichtlehre wiederaufblühte. Jedoch handelt es sich bei der von *v. Bar* und *Kohler* geltend gemachten sozialen „Kausalität“ um eine von der Kausalität verschiedene Kategorie.¹⁵⁴ *v. Bar* fügt letztlich in seinem Kausalbegriff die „Regelmäßigkeit“ der Handlung nach den natürlichen Anschauungen mit der Quasikausalität zusammen.¹⁵⁵ Zwar erfassen diese Lehren die Straftat als soziales, nicht mechanisches, Ereignis bereits deutlich besser als die der Autoren zuvor. Jedoch scheinen die Theorien teilweise in der bloßen sozialen Faktizität zu verbleiben, indem sie auf die tatsächliche Regel des Lebens, die soziale Ordnung abstellen. Die wirkliche soziale Ordnung muss nicht zwingend die rechtlich gewollte sein. Erst recht kann der ethisierende Vergleich zwischen Handlungs- und Unterlassungsantrieb nicht überzeugen. Dabei ist die Verwurzelung in der Interferenztheorie nicht zu übersehen, deren naturalistische Unhaltbarkeit *v. Bar* über die ethische Gleichstellung zu heilen versucht.¹⁵⁶ Es handelt sich bei dem Kriterium der „Selbstverständlichkeit“ des aktiven Tuns im Ergebnis um eine dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht genügende Richtlinie. Insbesondere die Evidenz der Ingerenzpflicht wird schlicht vorausgesetzt.

stehe dem gleich, der das Funktionieren eines anderen Gliedes aktiv verhindere; **kritisch** etwa *E. A. Wolff* Kausalität S. 39: Damit sei noch nicht gesagt, warum das Unterlassen des Täters Wirkungen entfalte.

¹⁵¹ *Kohler* Studien I S. 47 f.

¹⁵² *Kohler* Studien I S. 59 ff.; die meisten von *Kohler* genannten Beispiele sind gleichzeitig solche der Übernahme oder der Herrschaft über Gefahrenquellen; **kritisch** zur Begründung bei der Ingerenz *Welp* Vorangegangenes Tun S. 61.

¹⁵³ Siehe auch *Welp* Vorangegangenes Tun S. 61; sowie *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 23 ff., bis auf die Verortung bei der Kausalität mit den Gedanken des sozialen Sinngehalts sympathisierend.

¹⁵⁴ Nämlich um soziale Erwartungen, vgl. *E. A. Wolff* Kausalität S. 39 f.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 60; siehe auch *v. Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 30 II, der Versuch, die Kausalität rechtlich zu bestimmen, sei „völlig verfehlt“; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 60: die Kausalität werde zum inhaltslosen Begriff.

¹⁵⁵ *v. Bar* Gesetz und Schuld II S. 269.

¹⁵⁶ *v. Bar* Gesetz und Schuld II S. 260 m. Fn. 18, 18a. Die hierfür herangezogenen Kriterien der „sich aufdrängenden Anschauung des Lebens“ sowie, dass der trotz „Selbstverständlichkeit“ des Handelns Unterlassende „als ein den ethischen Anforderungen nicht entsprechender, als ein schlechter, ein strafwürdiger und strafbedürftiger Mensch erscheint“, erheben dabei bloß das subjektiv Strafwürdigkeitsempfinden des jeweiligen Rechtsanwenders zum Kriterium der Strafbarkeit.

C. Renaissance der formellen Rechtspflichttheorie

Anfang des 20. Jahrhunderts fand eine Rückbesinnung auf die formelle Rechtspflichttheorie statt,¹⁵⁷ die, wie unten aufgezeigt werden soll, in der Rechtsprechung und Literatur noch immer nachhallt. Die Gleichstellungsproblematik wurde zu dieser Zeit regelmäßig in der Rechtswidrigkeit verortet.¹⁵⁸ Dies erklärt sich aus der zu dieser Zeit ganz vorherrschenden Auffassung, der Tatbestand sei wertfrei, sodass alle normativen Elemente Teil der Rechtswidrigkeit seien.¹⁵⁹ Die Rechtswidrigkeit werde bei der unechten Unterlassung anders als beim Tun nicht durch die Erfüllung des Tatbestandes indiziert. Die Unterlassung müsse daher verboten sein, indem sie gegen eine besondere Rechtspflicht verstoße.¹⁶⁰ Die Nichtabwendung des Erfolgs könne dann den positiv gefassten Tatbeständen unterfallen, man könne etwa durch Unterlassen „töten“. ¹⁶¹ Die Rechtspflicht soll sich aus dem bürgerlichen oder öffentlichen Recht ergeben,¹⁶² zum Teil wurde Gewohnheitsrecht als Entstehungsgrund geführt.¹⁶³ Die Verbindlichkeit müsse jedoch gerade auf Abwendung des konkreten tatbestandsmäßigen Erfolgs gerichtet sein.¹⁶⁴ Dabei wird jedoch auch

¹⁵⁷ Etwa *Beling* Verbrechen S. 164, 224; *ders.* Grundzüge S. 38 f.; *Frank* Strafgesetzbuch § 1 IV; *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 32 C; sowie zuvor v. *Liszt* Lehrbuch^{21/22} § 30 II; *M. E. Mayer* Lehrbuch S. 189 ff.; *Mezger* Strafrecht § 16 III, IV; *Schwarz* StGB Einl. 3) D; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 66 ff.; siehe auch *Larenz* Zurechnungslehre S. 86; **kritisch** etwa *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 262 ff.; *Nagler* GS 111 (1938) 1, 76 ff.

¹⁵⁸ *Beling* Verbrechen S. 164 f., 225; *ders.* Grundzüge S. 38 f.; *Frank* Strafgesetzbuch § 1 IV; *Honig* FG Frank I S. 174, 194 m. Fn. 2; v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 32 C; *M. E. Mayer* Lehrbuch S. 189 ff.; *Mezger* Strafrecht § 16 III, IV; vgl. auch *P. Merkel* Unterlassung S. 31; *Maurach* AT § 46 I 2; *A. Böhm* JuS 1961, 177, 181; *Spendel* JZ 1973, 137, 140.

¹⁵⁹ Hierzu auch *Arth. Kaufmann* in: Schuld und Strafe S. 121, 122; *Schünemann* in: Grundfragen S. 1, 20 f.

¹⁶⁰ Vgl. *Beling* Verbrechen S. 164 f., ohne das Erfordernis der Rechtspflicht bestünde hingegen eine nicht hinnehmbare Ausdehnung der Rechtswidrigkeit und damit Strafbarkeit; *ders.* Grundzüge S. 38: Die Rechtspflicht zum Handeln sei enger als die zum Unterlassen; zu *Dohna* Aufbau S. 37, 54; *Frank* Strafgesetzbuch § 1 IV; v. *Hippel* Strafrecht II § 14 VIII; *Honig* FG Frank I S. 174, 194 m. Fn. 2; v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 32 C I, II; *Maurach* AT § 46 I 2; *M. E. Mayer* Lehrbuch S. 189 ff., Regel und Ausnahme seien vertauscht; *P. Merkel* Unterlassung S. 31; *Mezger* Strafrecht S. § 16 IV 1; *Schwarz* StGB Einl. 3) D; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 66 ff.; **kritisch** zu Recht *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 263 ff.: Wenn die Tatbestandserfüllung durch Unterlassen die Rechtswidrigkeit nicht indiziert, handelt es sich um einen *anderen* Tatbestand als den des Begehungsdelikts.

¹⁶¹ *Beling* Verbrechen S. 164, 224; vgl. auch *Frank* Strafgesetzbuch § 1 IV; *Maurach* AT § 46 III A 1 a).

¹⁶² v. *Hippel* Strafrecht II § 14 VIII 1; v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 32 C III; *M. E. Mayer* Lehrbuch S. 191 f.; *Mezger* Strafrecht § 16 IV 1; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 70; eine sittliche Pflicht genüge nicht, *Frank* Strafgesetzbuch § 1 IV 2, v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 32 C II; *Schwarz* StGB Einl. 3) D.

¹⁶³ *Frank* Strafgesetzbuch § 1 IV; *Fuhrmann* GA 1962, 161, 171; v. *Hippel* Strafrecht II § 14 VIII 1; v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 32 C III; *Maurach* AT § 46 III B 1; *Mezger* Strafrecht § 16 IV 1; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 104; siehe auch *Nagler* LK⁷ Einl. Anhang 2 B I 3 a) (S. 34); **kritisch** zu Recht *Henkel* MschrKrim 1961, 178, 185, die gewohnheitsrechtliche Begründung genügt nicht dem Gesetzmäßigkeitsprinzip; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 279.

¹⁶⁴ v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 32 C III 1; siehe auch *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 77: Eine allgemeine Beistandspflicht genügt nicht; *Mezger* fordert bereits vor den Ausführungen *Schaffsteins* und *Naglers*, dass die Rechtspflicht den Sinn habe, strafrechtliche Haftung zu begründen *Mezger* Strafrecht² § 16 IV 1; ebenso *ders.* Strafrecht § 16 IV 1.

die Unterlassung nach vorangegangenem Tun als rechtspflichtwidrig erachtet.¹⁶⁵ Als Grundlage wurden Gewohnheitsrecht,¹⁶⁶ Übernahme,¹⁶⁷ zivilrechtliches Delikt¹⁶⁸ sowie weitere privatrechtliche Vorschriften, wie die Geschäftsführung ohne Auftrag oder § 249 BGB, genannt.¹⁶⁹ Strittig war die erforderliche Qualität des Vorverhaltens. Vielfach wurde vertreten, die Vorhandlung könne auch eine rechtmäßige oder schuldlose sein.¹⁷⁰

Dass die formelle Rechtspflichtlehre zu untragbaren Ergebnissen führt, ist insbesondere von *Schaffstein* dargelegt worden.¹⁷¹ Sie vermag insbesondere nicht darzulegen, aus welchen Gründen der Verstoß gegen eine zivil- oder verwaltungsrechtliche Pflicht *Strafungsrecht* begründen soll. Letztlich bedient sich auch heute noch die herrschende Meinung trotz materieller Einschränkungen bei der traditionellen formellen Lehre.¹⁷² Jedenfalls sei hier nochmals daran erinnert, dass die Begründung der Ingerenz aus Gewohnheitsrecht unter Geltung des Grundgesetzes nicht mehr vertretbar erscheint.¹⁷³

¹⁶⁵ Etwa *Beling* Verbrechen S. 257, 500 f.; *ders.* Grundzüge S. 38 f.; *Frank* Strafgesetzbuch § 1 IV; v. *Hippel* Strafrecht II § 14 VIII 3; v. *Liszt* Lehrbuch^{21/22} § 30 II 2; *ders./Schmidt* Lehrbuch § 32 C III 3; *M. E. Mayer* Lehrbuch S. 192 ff.; *Mezger* Strafrecht § 16 IV 3; *Schwarz* StGB Einl. 3) D; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 71, 94 ff.

¹⁶⁶ v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 32 C III 3; *Frank* Strafgesetzbuch § 1 IV, allerdings nur soweit Gewohnheitsrecht tatsächlich feststellbar sei; *Mezger* Strafrecht § 16 IV 3 „sorgfältige Einzelabwägung“; **dagegen** *M. E. Mayer* Lehrbuch S. 192 m. Fn. 11; die Entstehung einer Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun aufgrund von Gewohnheitsrecht bestreiten auch *zu Dohna* Aufbau S. 38: „von allgemeiner Anerkennung sehr weit entfernt“; *van Gelder* Entwicklung S. 124 ff.; *Henkel* MschrKrim 1961, 178, 185.

¹⁶⁷ Siehe die früheren Ausführungen von v. *Liszt* Lehrbuch^{21/22} § 30 II 2: „durch konkludentes Tun vom Täter übernommen“; ebenso *ders./Schmidt* Lehrbuch²³ § 30 II 2; mit fortschreitender Prägung des Lehrbuchs durch *Eb. Schmidt* wird der Gedanke der Übernahme aufgegeben und durch den des gewohnheitsrechtlichen Rechtssatzes ersetzt, etwa v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 32 C III 3 sowie bereits (auf die Unsicherheit dieses Satzes hinweisend) die Voraufgabe *dies.* Lehrbuch²⁵ § 32 C III m. Fn. 17.

¹⁶⁸ *M. E. Mayer* Lehrbuch S. 192.

¹⁶⁹ *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 96.

¹⁷⁰ *Beling* Grundzüge S. 39 (anders noch *ders.* Verbrechen S. 257); *zu Dohna* Aufbau S. 38, allerdings müssten Rechtsgüter „dadurch in Gefahr oder in erhöhte Gefahr versetzt werden“; v. *Hippel* Strafrecht § 14 VIII 3b; v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 32 C III 3, die allerdings eine Ausnahme für die Notwehr machen; *P. Merkel* Unterlassung S. 35, 39; *Mezger* Strafrecht § 16 IV 3, die Vorhandlung müsse objektiv rechtswidrig, dürfe aber auch schuldlos (also ohne Fahrlässigkeit) sein; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 55, 104, auch Notwehrhandlungen; **andere** *M. E. Mayer* Lehrbuch S. 192 m. Fn. 11: „Wie soll das Bestehen einer Rechtspflicht davon abhängig sein können, ob ein gefahrdrohender Zustand schuldlos, fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt wurde“; nur „fehlerhaftes Verhalten“, also „Delikt“, könne zur Rechtspflicht führen.

¹⁷¹ *Schaffstein* FS Gleispach S. 70 ff.; siehe unten → § 3 B II 1; außerdem *Herzberg* Garantenprinzip S. 208; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 29 ff.

¹⁷² Siehe dazu etwa *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 73.

¹⁷³ Siehe zum Verbot strafbarkeitsbegründenden Gewohnheitsrechts etwa BVerfGE 130, 1, 43; BVerfGE 143, 38, 52 f.; *Krey/Esser* AT Rn. 98 f.

D. Abkehr von der formellen Rechtspflichttheorie

I. Einzug der materiellen Betrachtungsweise

Zu Anfang der Dreißigerjahre ist eine Tendenz weg von der formellen Rechtspflichtlehre hin zu einer materiellen Bestimmung der Rechtswidrigkeit zu erkennen, eingeleitet insbesondere von *Sauer* und *Kissin*.¹⁷⁴ Da nach dem „elementaren Rechtsempfinden“ nicht jeder Unterlassende wegen des Tötungsdelikts bestraft werden könne, müsse die Lücke übergesetzlich gefüllt werden.¹⁷⁵ Das Unterlassen müsse, da das Strafrecht die „Förderung des Gemeinwohls“ bezwecke, rechtswidrig sein im Sinne einer übergesetzlichen, materiellen, soziallogischen Rechtswidrigkeit („Mehr-Schaden-als-Nützen“).¹⁷⁶ Grund für die materielle Rechtswidrigkeit der Unterlassung trotz der Belastung für die Handlungsfreiheit¹⁷⁷ könne die Hochwertigkeit des verletzten Rechtsgutes,¹⁷⁸ die gefahrbe gründende Vortat,¹⁷⁹ sowie die „rechtlich-soziale Stellung“ des Täters sein.¹⁸⁰ Die Vorhandlung müsse keinem strafgesetzlichen Tatbestand unterfallen, nicht „schuldhaft“ sein. Erforderlich sei allgemein, dass die Vorhandlung die „nahe Wahrscheinlichkeit“, die „generelle Tendenz“ der Herbeiführung des Erfolgs begründe.¹⁸¹ In diesem Fall schade die Vorhandlung der Gesellschaft mehr als sie nutze und sei damit materiell rechtswidrig – die Rechtswidrigkeit der nachfolgenden Unterlassung habe darin ihren Ursprung.¹⁸²

Dem wurde erwidert, dass nicht einzusehen sei, wieso das Rechtswidrigkeitsurteil bei der Unterlassung anders als bei der Begehung gespalten sein soll.¹⁸³ Hauptsächlich spricht

¹⁷⁴ *Sauer* Grundlagen S. 456 ff.; *ders.* FG Frank I S. 202 ff.; *ders.* GS 114 (1940) 279 ff.; *ders.* Strafrechtslehre S. 91 ff.; *Kissin* Rechtspflicht S. 68 ff.; siehe hierzu *Schaffstein* FS Gleispach S. 70, 90: Es sei ein „erheblicher Fortschritt“, die Rechtswidrigkeit spezifisch strafrechtlichen Erwägungen zu unterstellen; *Nagler* GS 111 (1938) 1, 79: „bemerkenswerte und kluge Variante“; zu Recht **kritisch** hingegen *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 264 ff.

¹⁷⁵ *Kissin* Rechtspflicht S. 29 f., 70.

¹⁷⁶ *Sauer* Grundlagen S. 456; *ders.* FG Frank I S. 202, 215; *Kissin* Rechtspflicht S. 81 ff.: eine Norm, die mehr schadet als nützt, sei „unrichtiges Recht“, es sei jedoch zu vermuten, dass der Gesetzgeber „richtiges Recht“ habe schaffen wollen und damit die Normen nach seiner Intention mehr nützen als schaden sollen; siehe bereits die Ausführungen S. 61 ff.: der für die Rechtfertigung entwickelte Grundsatz müsse auch für die Bewertung der Rechtsnorm gelten; **kritisch** *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 34 ff.

¹⁷⁷ *Kissin* Rechtspflicht S. 88 f., 93 f.; bereits *Sauer* Grundlagen S. 457;

¹⁷⁸ *Kissin* Rechtspflicht S. 98 ff.

¹⁷⁹ *Sauer* Grundlagen S. 459 ff.; *ders.* FG Frank I S. 202, 216 ff.; *ders.* GS 114 (1940) 279, 304; *Kissin* Rechtspflicht S. 101 ff., 106 f.

¹⁸⁰ *Kissin* Rechtspflicht S. 107 ff.; *Sauer* FG Frank I S. 202, 221; siehe hierzu auch *ders.* GS 114 (1940) 279, 305 ff.; **kritisch** *Nagler* GS 111 (1938) 1, 80: Es geht in der Sache um das Vorliegen einer Garantstellung.

¹⁸¹ *Kissin* Rechtspflicht S. 105 ff.; *Sauer* Grundlagen S. 460 f., „adäquate Kausalität“; *ders.* FG Frank I S. 202, 216 f.; siehe auch *ders.* GS 114 (1940) 279, 304; **kritisch** zu diesem Kriterium *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 34.

¹⁸² *Kissin* Rechtspflicht S. 105 f.; vgl. auch *Sauer* FG Frank I S. 202, 216 „die bereits begründete materielle Rechtswidrigkeit besteht fort“

¹⁸³ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 81.

gegen diese Lehre jedoch, dass sie jegliche Bestimmtheit vermissen lässt,¹⁸⁴ weder also die Rechtsanwendung für den Adressaten vorhersehbar ist noch die Strafbarkeit auf Wertungen des parlamentarisch legitimierten Gesetzes zurückgeführt werden kann. Überdies ist in einem demokratischen Rechtsstaat nicht jedes „materiell rechtswidrige“ Verhalten strafbar, sondern nur solches, das den gesetzlichen Tatbeständen unterfällt.¹⁸⁵ Die freie Abwägung,¹⁸⁶ welche sich weder an empirischen Gegebenheiten noch an genauer bestimmten rechtlichen Wertungen orientiert, stellt in der Sache eine Abkehr von dem Grundsatz *nullum crimen* dar, welche nach 1933 von anderen Autoren radikal weiterbetrieben wurde.¹⁸⁷ Und auch die utilitaristische Begründungsweise¹⁸⁸ der Pflichten nach dem Prinzip „Mehr-Schaden-als-Nutzen“ entspricht zwar dem kollektivistischen Zeitgeist der dreißiger Jahre, jedoch nicht der auf individuellen Freiheitsrechten basierenden Ordnung des Grundgesetzes.¹⁸⁹

II. Abkehr im NS-Unrechtsstaat

Entscheidender Sargnagel für die formellen Rechtspflichttheorien waren insbesondere die Beiträge von *Schaffstein*¹⁹⁰ und *Nagler* aus den Dreißigerjahren des vergangenen Jahrhunderts. Es ist bemerkenswert, dass diese Beiträge, die inmitten der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft entstanden, die Garantenlehre bis heute so nachhaltig beeinflussen. Daher ist es insbesondere bei *Schaffstein*, der als Teil der „Kieler Schule“ für das nationalsozialistische Strafrecht prägend war,¹⁹¹ erforderlich, zwischen der sachlich berechtigten Kritik an der formellen Rechtspflichtlehre einerseits¹⁹² und den Motiven für

¹⁸⁴ Siehe auch *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 265, diese Lehre biete eher eine Aufgabe als eine Lösung; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 36: sie führt zu einer „nicht mehr nachprüfaren, irrationalen Gefühlsrechtsprechung“, S. 90.

¹⁸⁵ Vgl. *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 16 ff.; *Hassemer/Neumann* NK Vor § 1 Rn. 65; zum fragmentarischen Charakter auch *Kühl* FS Tiedemann S. 29, 35 ff.; *ders.* FS Kühne S. 15, 19.

¹⁸⁶ Kann etwa die Höherwertigkeit eines Rechtsguts ein Weniger an sozialer Stellung kompensieren oder umgekehrt?

¹⁸⁷ Wenngleich die Ausführungen *Sauers* wohl nicht dem nationalistischen Strafrechtsdenken zuzuordnen sind, vgl. *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 32.

¹⁸⁸ Siehe dazu *Seelmann* in: *Recht und Moral* S. 295, 300.

¹⁸⁹ Unter dessen Prämissen bleibt zudem zweifelhaft, ob die den Garantenstellungen zugrundeliegende hervorgehobene Verantwortlichkeit in einer solchen Abwägung überhaupt abgebildet werden kann. Es geht nämlich gerade darum, dass sich eine Person jenseits einer Schaden-Nutzen-Betrachtung darauf berufen kann, dass sie ein bestimmtes Geschehen „nichts angeht“. Vgl. auch *Herbertz* Ingerenz S. 103, die zu Recht die Bedenken erhebt, „entgegen von Feuerbachs Postulat [entstehe] stets eine strafbewehrte Erfolgsabwendungspflicht“, wenn nur das Rechtsgut hochrangig genug sei. Auch wenn insbesondere *Sauer* soweit nicht geht (Grundlagen S. 460 ff.), sondern an die herkömmlichen Entstehungsgründe anknüpft (so auch *Herbertz* aaO Fn. 122 und 123) und in der Sache das Kriterium der Garantenstellung anwendet (vgl. *Nagler* GS 111 (1938) 1, 80), so fügt sich die Abkehr von der liberalen Tradition *Feuerbachs* hin zu Betrachtung des Kollektiv-, Gemein- oder Volkswohls doch in den Zeitgeist der dreißiger Jahre ein und bereit damit insbesondere den Theorien *Schaffsteins* und *Naglers* den Weg.

¹⁹⁰ *Schaffstein* FS Gleispach S. 70 ff.; siehe schon *ders.* Pflichtverletzung S. 36 ff.; zustimmend *Mezger* ZStW 57 (1938) 675, 683 ff.

¹⁹¹ *Schaffstein* Pflichtverletzung 8 ff. Eingehend zum Wirken *Schaffsteins* im nationalsozialistischen Unrechtsstaat *Ambos* Nationalsozialistisches Strafrecht S. 42 f., 90 m. Fn. 436, S. 102 ff.

¹⁹² Siehe unten → § 3 B II 1.

diese Kritik sowie dem hieraus folgenden rechtsstaatswidrigen Entwurf der Unterlassungsstrafbarkeit zu differenzieren. *Schaffstein* selbst sieht als Grundlage der Unterlassungsstrafbarkeit ihre Pflichtwidrigkeit¹⁹³ sowie, dass der Unterlassende „nach gesundem Volksempfinden als Täter [...] erscheint“.¹⁹⁴ Die Ablehnung dieser rechtsstaatswidrigen Konzeption bedarf keiner eingehenden Begründung.¹⁹⁵

III. Überwindung durch die Garantenlehre

Den Ausgangspunkt für die moderne Garantendogmatik bilden die Ausführungen von *Nagler*.¹⁹⁶ Dieser verortet das Problem der Unterlassungsstrafbarkeit im Tatbestand als solches der tatbestandsmäßigen Handlung:¹⁹⁷ Ein Begehen durch Unterlassen könne nur vorliegen, wenn sich die Untätigkeit als Handlung im Sinne des Tatbestands erweise, der Aktivität also „nach dem Willen des Gesetzes“ gleichstehe.¹⁹⁸ Es handle sich bei dieser

¹⁹³ Hierzu *Schaffstein* FS Gleispach S. 70, 96 ff.: es genüge die Verletzung einer Pflicht aus der „völkischen Sittenordnung“. Die kategorische Trennung zwischen sittlichen und rechtlichen Pflichten führe zu einer „unzulässigen Einengung“ der Unterlassungsstrafbarkeit (S. 81). „Die Trennung von Gesetz und völkischer Sittenordnung führt hier zwangsläufig zu einer falschen Entgegensetzung von rechtlichen Pflichten und sittlichen Pflichten“ (S. 84). „Die frühere Entgegensetzung von Rechtspflicht und sittlicher Pflicht [...] hat im nationalsozialistischen Staat ihren Sinn verloren“ (S. 96). *Schaffstein* sieht dabei die Pflichtwidrigkeit als Voraussetzung der Straftat überhaupt an, S. 98 f.; ausführliche Kritik bereits bei *Nagler* GS 111 (1938) 1, 91 ff., 94 ff. „blutleere Abstraktion“, die alles der Einzelentscheidung überlasse; vgl. außerdem *Ambos* Nationalsozialistisches Strafrecht S. 102 ff.; S. *Böhm* Garantenpflichten S. 92 ff.; K. *Günther* in: Zustand des Strafrechts S. 445, 452 ff., 456: Völlige Umkehrung der *Feuerbach*'schen Begründung.

¹⁹⁴ Hierzu *Schaffstein* FS Gleispach S. 70, 102 ff.; zustimmend *Mezger* ZStW 57 (1938) 675, 683 ff.; **ablehnend** *Nagler* GS 111 (1938) 1, 101 ff., 108: Es handle sich in Wirklichkeit um die Frage nach der materiellen Strafwürdigkeit.

Aus dieser Konzeption heraus entstand auch § 13 E 1936: *Wer es pflichtwidrig unterläßt zu handeln, wird wie ein Handelnder bestraft, wenn er nach gesundem Volksempfinden als Täter oder Teilnehmer verantwortlich ist* (zitiert nach *Vormbaum/Rentrop* Reform Bd. 2 S. 347); siehe die Kritik bei *Eb. Schmidt* Niederschriften 2 Anhang Nr. 54 I 1, mit Verweis auf *Nagler* GS 111 (1938) 1, 85 ff.

¹⁹⁵ Siehe auch *Vogt* ZStW 63 (1951) 381, 395 m. Fn. 39: „Zum Glück sind sie [die Ausführungen *Schaffsteins*] überholt“.

¹⁹⁶ *Nagler* GS 111 (1938) 1 ff.; siehe hierzu *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 45: „entscheidende Wendung“; *Schünemann* FS Roxin (2001) S. 1, 3 m. Fn. 10 „unauslöschliches Verdienst“, den Kausaltheorien sowie den formellen Rechtspflichtlehren ein Ende gesetzt zu haben; in der großen Strafrechtskommission spricht *Eb. Schmidt* von einem großartigen Aufsatz *Naglers*, einem ausgezeichneten Gedanken. Es werde deutlich, dass sich die Garantenpflicht fundamental von der bloßen Pflicht zum Tätigwerden unterscheidet, *ders.* Niederschriften 12 S. 89; zustimmend *Baldus* Niederschriften 12 S. 92; **kritisch** zur Lehre *Naglers* äußert sich insbesondere *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 251 ff.; sowie *Vogel* Norm und Pflicht S. 126 ff.

¹⁹⁷ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 51; anhand der Tatbestände, in denen Tun und Unterlassen bereits nach dem Wortlaut gleichstehen, zeige sich, dass die Gleichstellung eine solche der tatbestandsmäßigen Handlung sei, S. 55. Zustimmend zur tatbestandsmäßigen Gleichstellung etwa *Engisch* FS Kohlrausch S. 141, 168; *Welzel* Strafrecht S. 211; infolge *Naglers* Beitrag habe sich diese nicht völlig neue Erkenntnis durchgesetzt, *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 46.

¹⁹⁸ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 18 f.: „getarnte Aktivität“, 53 f., 57; die Passivität verstoße dann gegen das jeweilige rechtliche Verbot; **dagegen** etwa *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 255: Es handelt sich durch das zusätzliche Merkmal der Garantenstellung um einen vom Tatbestand des Begehungsdelikts zu unterscheidenden Unterlassungstatbestand; dem zustimmend *Welzel* Strafrecht S. 211; *E. A. Wolff* Kausalität S. 35 m. Fn. 8; **anderns wiederum** *Welp*: *Arm. Kaufmann* verkenne, dass die Garantenstellung kein zusätzliches

Gleichstellung um eine „Tatbestandsberichtigung“, die den Willen des Gesetzgebers ausdrücke, auch wenn dieser „aus technischen Gründen“ nicht klar im Gesetz ausgedrückt sei.¹⁹⁹ Hierbei ist im Hinterkopf zu behalten, dass *Nagler* seine Aussagen im Jahr 1938 trifft, zu einer Zeit, in der der *nullum crimen* Satz außer Kraft gesetzt war, und sich dabei auf die „völkische Gerechtigkeit“ und das „gesunde Volksempfinden“ stützt.²⁰⁰

Als „Zwischenglied“, das Begehung und Unterlassung verbinde, macht er die Stellung als „Garant“ aus, dem es obliege, „rechtsfeindliche Energien unschädlich zu machen. Die Gleichstellung sei „von einem besonderen Pflichtenverhältnis abhängig“, aufgrund dessen der Täter „zur Abwendung des Erfolgs [...] berufen oder bestellt worden ist“.²⁰¹ Es genüge also nicht jede Rechtspflicht zum Handeln, sondern nur diejenige, die dem Täter die Position eines Garanten zuweise, also „gerade eine Garantiefunktion“ begründe, welche sich aus der Rechtsordnung²⁰² oder „Vorgängen des Soziallebens“ ergebe.²⁰³ „Die Pflicht, die Garantie wirksam werden zu lassen“ stelle die Unterlassung mit der gesetzlich beschriebenen Aktivität gleich.²⁰⁴

An die Vorhandlung als „Vorgang des Soziallebens“ knüpft *Nagler* die Rechtspflicht aus Ingerenz.²⁰⁵ Das praktische Bedürfnis stehe „außer jedem Zweifel“, sie habe sich „selbst in der Hochblüte des Liberalismus“ [!] durchgesetzt. Es spreche „schlechterdings alles“ dafür, die schuldlose Gefährdung genügen zu lassen.²⁰⁶ Der Täter sei verpflichtet, als „Herr über die Kausalitätsentwicklung“ diese so zu steuern, dass der Erfolg nicht eintrete.²⁰⁷ Beabsichtigt oder nicht klingt hier der Herrschaftsgedanke an, der zur Begründung der Täterschaft bei den Begehungsdelikten²⁰⁸ und zum Teil auch der Unterlassungstäterschaft herangezogen wird.

Merkmal sei, sondern den Energieeinsatz kompensiere, *Welp* Vorangegangenes Tun S. 73 m. Fn. 350; kritisch zum normentheoretischen Ausgangspunkt *Naglers* auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 127.

¹⁹⁹ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 61.

²⁰⁰ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 35 ff., 40: „es besteht kein Zwang mehr zu unvolkstümlichen Gesetzesformalismus“.

²⁰¹ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 59. Dies entnimmt er im Wege einer induktiven Untersuchung den gesetzlich normierten Unterlassungstatbeständen. Ähnlich auch das Vorgehen bei *A. Böhm* JuS 1961, 177, 179 ff.

²⁰² Dabei sei von der völkischen Ordnung, dem „gesunden Volksempfinden auszugehen“. Ein bestimmtes Gesetz sei „häufig, aber nicht mehr unerlässlich“.

²⁰³ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 62, 65. Es handle sich also insbesondere um „Personen, deren besondere Aufgabe es ist, drohende Gefahren abzuwehren“, die „auf Posten“ (*Kohler* Studien I S. 46) gestellt seien, um einen Schaden abzuwenden; **kritisch** *Welp* Vorangegangenes Tun S. 73: durch die Garantenformel werde die Gleichstellungsproblematik eher umschrieben als gelöst.

²⁰⁴ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 60. Dem Garanten gegenüber umfasse das Verbot auch die „Nichtabwehr“.

²⁰⁵ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 62.

²⁰⁶ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 27; **kritisch** zu dieser weiten Ausdehnung der Ingerenz-Garantenstellung *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 49; siehe auch *Welp* Vorangegangenes Tun S. 74: Der Garantengedanke passe zur Übernahme, jedoch nicht zum gefährlichen Vorverhalten. Es handle sich nicht um ein soziales Schutzverhältnis.

²⁰⁷ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 26.

²⁰⁸ Siehe nur *Roxin* AT II § 25 Rn. 13 ff., 27 ff.

Die Ausführungen *Naglers* haben die Strafrechtsdogmatik im Folgenden erheblich geprägt. So wird die unechte Unterlassungsstrafbarkeit bis heute als Problem tatbestandlicher Gleichstellung betrachtet. *Nagler* präzisiert dabei die Erkenntnis *Schaffsteins*, es könne nicht auf das Vorliegen *irgendeiner* zivilrechtlichen Pflicht ankommen, dahingehend, dass der Täter als „Garant“ zur Schadensabwehr „auf Posten“ gestellt sein müsse. Auch wenn dem Merkmal der Garantenstellung bei *Nagler* kaum materieller Inhalt gegeben wird,²⁰⁹ handelt es sich doch um das Grundgerüst der modernen Unterlassungsdogmatik.²¹⁰ Gerade weil die maßgeblichen Erkenntnisse *Naglers* die *Funktion* der Garantenstellung im Verbrechenaufbau betreffen, nicht ihren materiellen Inhalt, bleibt die Lehre insoweit auch unter Geltung des Grundgesetzes anschlussfähig.²¹¹

E. Rechtsprechung des Reichsgerichts

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts stellte von Anfang an ohne nähere Erörterung auf das Bestehen einer besonderen Rechtspflicht ab.²¹² Diese könne sich aus Gesetz²¹³ oder Vertrag²¹⁴ ableiten. Das Erfordernis wurde jedoch bereits vor 1933 erheblich aufgeleicht. Die Rechtspflicht könne sich aus den „ausdrücklichen oder stillschweigenden Geboten der Rechtsordnung ergeben.“²¹⁵ So wurde etwa bereits früh unabhängig von der Wirksamkeit und Dauer eines Vertrages auf die tatsächliche Obhut und den tatsächlich

²⁰⁹ Dass die Berichtigung des Tatbestandes sowie die materielle Garantenlehre *Naglers* aus heutiger Sicht nicht haltbar sind, steht also auf einem anderen Blatt. Siehe dazu etwa *Herbertz* Ingerenz S. 106.

²¹⁰ Siehe auch *Welzel* Niederschriften 12 S. 94.

²¹¹ Zweifelnder *Herbertz* Ingerenz S. 104 ff.: Es liege eine „Verquickung von NS-Ideologie und Garantenlehre“ vor (S. 105). Bei *Nagler* handle es sich um einen „NSDAP-nahen Strafrechtslehrer“ (S. 104, dort in Fn. 129 jedoch wieder relativiert), die Lehre sei nach dem zweiten Weltkrieg ohne kritische Auseinandersetzung rezipiert worden, müsse jedoch im Gegenteil „besonders kritisch auf Überreste seines [*Naglers*] Schaffens“ überprüft werden (S. 105). Sie ist auch nicht im „tätertypologischen Denken“ verwurzelt (so aber *Freund* Erfolgsdelikt S. 39 f. m. Fn. 39, der im Übrigen mit der „Sonderverantwortlichkeit“ im Ergebnis beinahe die gleichen Kriterien anlegt wie die moderne Garantenlehre), wovon insbesondere die ablehnenden Aussagen *Naglers* hinsichtlich entsprechender Äußerungen *Schaffsteins* Zeugnis ablegen. *Nagler* GS 111 (1938) 1, 85 ff., 101 ff.

²¹² RGSt 10, 100, 101; RGSt 11, 153, 154; RGSt 15, 58; RGSt 17, 260, 261; RGSt 22, 332, 333 f.; RGSt 24, 339, 340; RGSt 30, 125; RGSt 39, 397 f.; RGSt 46, 337, 342 f.; RGSt 58, 130, 131; RGSt 58, 244, 245; RGSt 64, 273, 275; RGSt 70, 82, 84; RGSt 72, 20, 22; RGSt 74, 38, 39; zum Teil führt das RG aus, das rechtspflichtwidrige Handeln sei ursächlich, wodurch es sich an die Kausallehren annähert, RGSt 11, 153, 154, RGSt 39, 397 f.; RGSt 58, 244, 246; **kritisch** zu letzterem Aspekt auch *Vogt* ZStW 63 (1951) 381, 388; zum Teil wird die Rechtspflicht aber auch in der Rechtswidrigkeit verortet, vgl. RGSt 58, 130, 131; eingehend zur Rechtsprechung des RG *Welp* Vorangegangenes Tun S. 75.

²¹³ RGSt 10, 100, 101; RGSt 15, 58 RGSt 22, 332, 333 f.; auch aus dem Wesen einer gesetzlichen Institution; RGSt 39, 397, 398; RGSt 58, 130, 131; RGSt 58, 244, 245; RGSt 70, 82, 84.

²¹⁴ RGSt 10, 100, 101; RGSt 17, 260, 261; RGSt 39, 397, 398; RGSt 58, 130, 131; RGSt 58, 244, 245; also mittelbar aufgrund Gesetzes; **kritisch** zu dieser Fallgruppe etwa *Jakobs* Unterlassen S. 14.

²¹⁵ RGSt 64, 273, 275.

geschaffenen Rechtszustand abgestellt.²¹⁶ Zum Teil wurde eine sittliche Pflicht für ausreichend erachtet,²¹⁷ mitunter Gewohnheitsrecht anerkannt.²¹⁸ Zusätzlich zur Rechtsverbindlichkeit aus Gesetz und Vertrag wurde die vorhergehende oder begleitende Tätigkeit als Grund geführt.²¹⁹ Insoweit war die formelle Rechtspflichtenlehre häufig ein bloßes Lippenbekenntnis.²²⁰

Die faktische Aufgabe der formellen Rechtspflichtenlehre wurde Anfang der dreißiger Jahre – bereits vor Beginn der NS-Diktatur – eingeleitet. Ob eine sittliche Pflicht rechtliche Bedeutung erhalte, hänge insbesondere davon ab, auf welche Vorstellungen der Gemeinschaft die Rechtsvorschrift gebaut sei.²²¹ Nach 1933 kam es zu einem vollständigen Bedeutungsverlust des Erfordernisses. So führt das RG 1935 aus, Rechtspflichten könnten in sittlichen Pflichten ihren Ursprung haben.²²² Nach dem „gesunden Volksempfinden“ seien Angehörige einer engen Gemeinschaft verpflichtet, füreinander einzustehen, auch ohne dass eine gesetzliche oder vertragliche Pflicht bestehe.²²³ Der BGH knüpfte ausdrücklich an diese Rechtsprechung an, und zieht Pflichten unmittelbar aus „Grundgedanken der Rechtsordnung“.²²⁴ Die sehr weite Linie der Rechtsprechung lässt sich also maßgeblich auf die Zeit zurückführen, zu der der Gesetzlichkeitsgrundsatz praktisch außer Kraft gesetzt war.²²⁵

²¹⁶ RGSt 17, 260, 261. Es bestehe eine strafrechtliche Norm, die die Gefährdung von Rechtsgütern, für die eine Verantwortlichkeit übernommen wurde, verbiete.

²¹⁷ RGSt 30, 125; **anders** RGSt 22, 332, 333; RGSt 39, 397, 398; RGSt 64, 273, 275.

²¹⁸ RGSt 58, 130, 131.

²¹⁹ RGSt 11, 153, 154; RGSt 24, 339, 340; RGSt 46, 337, 343; RGSt 58, 130, 131 f.; RGSt 58, 244, 245; RGSt 64, 273, 276; RGSt 66, 71, 72; RGSt 69, 321, 324; RGSt 72, 20, 23; RGSt 74, 38, 39; vgl. auch RGSt 17, 260, 262: der durch einen Vertrag *tatsächlich* geschaffene Rechtszustand; nach RGSt 68, 99, 104 auch die vorangehende rechtspflichtwidrige Unterlassung; die Haftung für vorangegangenes Tun und herrschte Gefahrenquellen fand sich auch schon in der Rechtsprechung des preußischen Obertribunals, vgl. die Nachweise bei *Welp* Vorangegangenes Tun S. 76 f.

²²⁰ *Herzberg* Arbeitsschutz S. 224.

²²¹ Aus dem Jahr 1932 RGSt 66, 71, 73 f.; damit lässt das RG bloß faktische Obhutsverhältnisse genügen. Etwa die Unterlassung des unehelichen Vaters, der gerade keine Fürsorgepflicht für das Kind habe, erscheine aufgrund des besonderen Verhältnisses als „besonders strafwürdig“.

²²² RGSt 69, 321, 323; im Nationalsozialismus werde nämlich innerhalb der „Volksgemeinschaft“ Opferbereitschaft verlangt; Damit lässt das Reichsgericht enge Lebensgemeinschaft, Gefahrgemeinschaften und sonstige Näheverhältnisse genügen. Der BGH führt diese Rechtsprechung bedenkenlos fort, BGHSt 19, 167.

²²³ RGSt 69, 321, 324; **kritisch** auch *Seelmann* GA 1989, 241, 243.

²²⁴ BGHSt 19, 167, 168; hierzu **kritisch** auch *Schünemann* Unternehmenskriminalität S. 73.

²²⁵ Zutreffend resümierte hierzu *H. Mayer*: „Es ist auch nach 1933 offen zugegeben worden, daß man sozialethische Pflichten zur Grundlage einer Verurteilung aus dem Gesichtspunkt der Begehung durch Unterlassung nur deshalb machen könne, weil das Analogieverbot aufgehoben sei. Dies wird heute seltsamerweise vergessen, nachdem das Analogieverbot wieder besteht“, *H. Mayer* AT § 17 III 3 a). – Unzutreffend daher etwa BGH NSTz 1982, 245; OLG Hamm NSTz-RR 2021, 60, 61: eine sittliche Verpflichtung sei „niemals als ausreichender Grund für die Annahme einer Garantienpflicht angesehen worden“.

Bei der Ingerenz sieht das RG den rechtlichen Verpflichtungsgrund zum Teil unmittelbar in der Vorhandlung,²²⁶ zum Teil in Gewohnheitsrecht,²²⁷ zum Teil im allgemeinen Schädigungsverbot: Die Pflicht sei dem Täter durch das Verbot, das Leben und die Gesundheit nicht zu verletzen, auferlegt.²²⁸ Der Täter müsse eine gefährliche Lage geschaffen haben, die zum Eintritt des Schadens führen könne.²²⁹ Dabei wurde die Ursächlichkeit der Vorhandlung für diese Lage für ausreichend gehalten.²³⁰

F. Neuere Entwicklung

Mit Gründung der Bundesrepublik endet natürlich nicht die Dogmengeschichte des unechten Unterlassungsdelikts sowie der Ingerenz im Speziellen. Aufgrund der unmittelbaren Relevanz für die in dieser Arbeit thematisierten Einzelfragen soll die weitere Entwicklung jedoch in dem jeweiligen Zusammenhang erörtert werden. Der Geltungsbeginn des Grundgesetzes²³¹ bietet sich hier als Zäsur an.²³² Obwohl heillos umstritten und auf unsicherer historischer wie dogmatischer Grundlage stehend, hat die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun nicht an Befürwortern verloren.²³³ Bevor sich die Untersuchung jedoch dieser Garantenstellung zuwendet, nimmt sie die gesetzliche Grundlage des unechten Unterlassungsdeliktes in den Blick.

§ 2 Die Regelung des „unechten“ Unterlassungsdelikts in § 13 StGB

A. Hintergründe

Heute gibt es mit § 13 StGB einen gesetzlichen Anhaltspunkt für die Strafbarkeit des Unterlassens. Der Gesetzgeber normierte die Unterlassungsstrafbarkeit durch das 2. StrRG²³⁴ im Zuge der Großen Strafrechtsreform²³⁵ „aus rechtsstaatlichen Erwägungen“²³⁶ in Kenntnis der bisherigen Diskussion und ohne eine materielle Änderung herbeiführen

²²⁶ RGSt 58, 244, 246.

²²⁷ RGSt 58, 130, 132.

²²⁸ RGSt 66, 71, 73.

²²⁹ Vgl. RGSt 46, 337, 343; RGSt 58, 130, 132; RGSt 58, 244, 245 f.; RGSt 68, 99, 104; RGSt 72, 20, 23; RGSt 74, 38, 39; zustimmend *Vogt ZStW* 63 (1951) 381, 403.

²³⁰ RGSt 24, 339, 340; RGSt 46, 337, 343; RGSt 58, 244, 246; RGSt 68, 99, 104.

²³¹ Prägend für das Strafrecht sind insbesondere das Schuldprinzip sowie der (freilich schon zu Weimarer Zeiten geltende) Gesetzlichkeitsgrundsatz; vgl. dazu *Weigend LK* Einl. Rn. 33.

²³² Die oben zuletzt dargestellten maßgeblichen Beiträge bedeuten das Ende der *reinen* formellen Rechtspflichttheorie, auch wenn diese noch nachwirkt, und markieren gleichzeitig den Beginn des Siegeszuges der Garantenlehre. Mit diesen den Aufsätzen *Schaffsteins* und *Naglers* ist der Rahmen für die späteren Garantenlehren gesteckt, während sie gleichzeitig für eine inhaltliche Bestimmung der Garantenstellungen – aufgrund ihrer Prägung durch das rechtsstaatswidrige NS-Strafrecht – selbst völlig untauglich sind.

²³³ *Anders* noch *Schünemann GA* 1974, 231.

²³⁴ Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 4. Juli 1969, BGBl. 1969 I S. 717, 719.

²³⁵ Zusammenfassend *Roxin/Greco AT I* § 4 Rn. 17 ff.; *Vormbaum Strafrechtsgeschichte* S. 230 ff.; *ders. Handbuch* Bd. 1 § 9 Rn. 39 ff.

²³⁶ BT-Drucks. V/4095 S. 8; ebenso schon die Begründung zu § 13 E 1962, BT-Drucks. IV/650 S. 124; siehe auch *Gallas Niederschriften* 12 S. 79, 478 f.; *Mezger Niederschriften* 12 S. 78; sowie BGHSt 36, 227, 228; *Jescheck FS Tröndle* S. 795 f.; *Jescheck*, der selbst der großen Strafrechtskommission angehörte konstatiert (S. 815), der Gesetzgeber habe sich hinsichtlich des Gesetzlichkeitsprinzips „jedenfalls bemüht“.

zu wollen.²³⁷ § 13 I StGB „legalisiert [...] in formelhafter Fassung“ die herrschende Konzeption des unechten Unterlassungsdelikts.²³⁸ So wurde vor Einführung des § 13 I StGB die Unterlassungsstrafbarkeit direkt auf die auf aktive Handlungen zugeschnittenen Tatbestände des Besonderen Teils gestützt. Es handelte sich um eine „extensive Interpretation der Begehungstatbestände“, die davon ausging, dass bestimmte Unterlassungen von ihnen „stillschweigend mitgemeint“ seien.²³⁹ Diese Lesart der Tatbestände sah sich bereits damals – wenngleich sie absolut herrschend war – erheblicher Kritik ausgesetzt.²⁴⁰

Die Vorschrift des § 13 StGB geht maßgeblich auf die Arbeiten der 1954 einberufenen²⁴¹ Großen Strafrechtskommission zurück.²⁴² Nach der ersten Lesung der großen Strafrechts-

²³⁷ BT-Drucks. V/4095 S. 8; BGHSt 36, 227 f.; *Gercke/Hembach* AnwK § 13 Rn. 1; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 2; vgl. auch *Herzberg* in: *Empirische Fundamente* S. 31, 42; *Arm. Kaufmann* in: *Strafrecht und Strafrechtsreform* S. 7, 10: dies galt für die gesamte Dogmatik des allgemeinen Teils; siehe zur Entstehungsgeschichte weiterhin S. *Böhm* *Garantenpflichten* S. 98; v. *Coelln* *Unterlassungsdelikt* S. 48 ff.; *Schulte* *Garantenstellung* S. 31 ff.; knapp auch *Weigend* LK § 13 Vor Rn. 1.

²³⁸ *Gallas* *Studien* VI.

²³⁹ Wobei es weniger auf die Handlungsbeschreibungen direkt ankomme als vielmehr den materiellen Unrechtsgehalt, vgl. *Gallas* *Studien* S. 74 ff.; *ders.* *ZStW* 67 (1955) 1, 26 m. Fn. 56a; *ders.* *JZ* 1960, 686 (einschränkend *ders.* *Niederschriften* 2 S. 279); *Honig* *FG* *Frank* I S. 174, 187; *Maurach* *AT* § 46 III A 1 a); *Eb. Schmidt* *Niederschriften* 2 S. 267; *Schünemann* *Grund und Grenzen* S. 46 ff.; *Vogt* *ZStW* 63 (1951) 381, 383; *Welzel* *Strafrecht* S. 215; vgl. auch BT-Drucks. IV/650 S. 124: dies sei „gewöhnheitsrechtlich anerkannt“ gewesen; ebenso *Wessels/Beulke/Satzger* *AT* Rn. 1155. Aus der Rechtsprechung *RGSt* 11, 153; *RGSt* 15, 58; *RGSt* 17, 260; *RGSt* 22, 332; *RGSt* 30, 125; *RGSt* 39, 397; *RGSt* 46, 337, 342; *RGSt* 58, 130, 131; *RGSt* 58, 244; *BGHSt* 3, 203 ff.; *BGH* *NJW* 1953, 551; *NJW* 1958, 957, 958.

²⁴⁰ **Kritisch** etwa *Arm. Kaufmann* *Dogmatik* S. 281 f.; *ders.* *JuS* 1961, 173 ff.; *Grünwald* *Unterlassungsdelikt* S. 68 ff.; *ders.* *ZStW* 70 (1958) 412, 416 ff.; *H. Mayer* *AT* § 17 III 3; *ders.* *Studienbuch* § 16 III 4; *Schöne* *Unterlassene Erfolgsabwendungen* S. 280; zweifelnd *Gallas* *Niederschriften* 2 S. 279 „zum mindesten ein erheblicher Schönheitsfehler“; *ders.* *Niederschriften* 12 S. 279 „höchst extensive Interpretation“; vgl. bereits *O. Kraus* *ZStW* 23 (1903) 763, 789 f.; später auch *Gropp/Sinn* *AT* § 11 Rn. 18; *Herbertz* *Ingerenz* S. 29; kritisch bei der Ingerenz *Oehler* *JuS* 1961, 154; *Roxin* *ZStW* 83 (1971) 369, 403; *ders.* *JuS* 1973, 197; *ders.* *Kriminalpolitik* S. 18 f.; siehe auch *ders.* *GA* 2009, 73, 83; **dagegen** wieder *Herzberg* *Garantenprinzip* S. 252 ff., 33; *Arm. Kaufmann* und *Grünwald* hätten konsequenterweise zur Straflosigkeit der Unterlassung kommen müssen, seien diesen Schritt jedoch nicht ausdrücklich gegangen; *Schünemann* *Grund und Grenzen* S. 46 f., 56 ff. m.w.N., siehe aber auch S. 270: „unbefriedigend aber doch noch mit dem Grundgesetz vereinbar“. Aus der späteren Literatur etwa *Freund* *Erfolgssdelikt* S. 1; *ders.* *MK* § 13 Rn 14 „nie ernsthaft umstritten“; *Gimbernat* *ZStW* 111 (1999) 307, 314.

²⁴¹ Die Reform wurde 1953 von Justizminister *Thomas Dehler* (FDP) mit der Inauftraggabe von Gutachten in Gang gesetzt und 1954 von dessen Nachfolger *Fritz Neumayer* (FDP) einberufen. Die Kommission war zusammengesetzt aus Abgeordneten, Ministerialbeamten, Strafrechtswissenschaftlern und Strafrechtspraktikern, vgl. zur großen Strafrechtskommission BT-Drucks. IV/650 S. 95; E 1958 *Begründung* S. 3 (zitiert nach dem Abdruck im Verlag des Bundesanzeigers); *Vormbaum* *Strafrechtsgeschichte* S. 231; *Zieschang* in: *Strafgedanke* S. 173, 176 ff.

²⁴² Bereits in früheren Reformentwürfen war die Unterlassungsstrafbarkeit geregelt (alle Zitate nach *Vormbaum/Rentrop* *Reform* Bd. 2): § 14 E 1922 (Entwurf Radbruch), der auf die Rechtspflichtwidrigkeit abstellt und in Abs. 2 die Ingerenz regelt (S. 7); wortgleich § 14 E 1925 (S. 65); ähnlich § 22 E 1927 (S. 132) und § 22 E 1933 (S. 272); § 13 E 1936 stellte völlig rechtsstaatswidrig auf das gesunde Volksempfinden ab (S. 347), siehe dazu oben die Ausführungen zu *Schaffstein*; in E 1930 fehlte eine Regelung (S. 204). Siehe zur Unterlassungsstrafbarkeit in früheren Entwürfen *Eb. Schmidt* *Niederschriften* 2 Anhang Nr. 54 I; allgemein zu früheren Reformbemühungen BT-Drucks. IV/650 S. 93 ff.

kommission zu den Vorschriften des Allgemeinen Teils, welche im Dezember 1956 abgeschlossen war, fasste die Strafrechtsabteilung des Bundesjustizministeriums auf Grundlage der in der Kommission gefassten Beschlüsse einen Gesetzesvorschlag zur Unterlassungsstrafbarkeit, § 13 StGB E 1958,²⁴³ der im wortgleichen § 14 StGB E 1959²⁴⁴ übernommen wurde:

Begehen durch Unterlassen

(1) Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, steht dem Täter oder Teilnehmer, der den Erfolg durch ein Tun herbeiführt, tatbestandsmäßig nur dann gleich, wenn er kraft Gesetz verpflichtet ist, den Erfolg zu verhindern, und den Umständen nach dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintreten werde.

*(2) Die Pflicht zur Verhinderung des Erfolgs besteht auch für den, der durch sein Verhalten entweder die nahe Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts herbeigeführt oder die Gewähr dafür übernommen hat, daß der drohende Erfolg nicht eintreten werde.*²⁴⁵

Die Vorschrift betonte das Prinzip tatbestandlicher Gleichstellung und verfolgte überdies sowohl das Rechtspflicht-²⁴⁶ als auch das Garantenprinzip. Damit scheint der Entwurf zwischen Pflichtbegründung und besonderer Garantiefunktion zu unterscheiden,²⁴⁷ mithin eine zweistufige Begründung der Strafbarkeit vorzunehmen. Vornehmlich der Gedanke der Garantenstellung ist in der Großen Strafrechtskommission betont worden.²⁴⁸ Dies geschah insbesondere in Abweichung zum Fassungs-vorschlag des Justizministeriums, der die rechtliche Verpflichtung (als Tatbestandsmerkmal) als maßgeblich ansah.²⁴⁹ Die Formulierung des Einstehenmüssens geht maßgeblich auf die Leitsätze von *Eb. Schmidt* in der Kommission zurück, der damit den Gedanken *Naglers* der „Garantenpflicht“ ausdrücken wollte.²⁵⁰ Mit großer Mehrheit wurde in erster Lesung für eine gesetzliche Regelung der Entstehungsgründe der Garantenstellungen votiert.²⁵¹ Da die formelle Rechtspflichttheorie die Garantenpflicht aus Ingerenz nicht begründen konnte, erfuhr diese konsequenterweise eine eigenständige Regelung in Absatz 2.

²⁴³ E 1958 S. 8; E 1958 Begründung S. 4.

²⁴⁴ Niederschriften 12 S. 551 ff., 573; der Entwurf 1958 zum Allgemeinen Teil wurde in den Gesamtentwurf 1959 integriert, vgl. auch BT-Drucks. IV/650 S. 95.

²⁴⁵ Niederschriften 12 S. 573.

²⁴⁶ Siehe auch E 1958 Begründung S. 21: „Die gesetzliche Erfolgsabwendungspflicht kann auch auf außerstrafrechtlichen Vorschriften beruhen“.

²⁴⁷ So zuvor auch *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 286 f.

²⁴⁸ Niederschriften 2 S. 357, Anhang 58.

²⁴⁹ Niederschriften 2 Anhang Nr. 56.

²⁵⁰ *Eb. Schmidt* Niederschriften 2 Anhang Nr. 54 I 2 b, II 2 b; siehe hierzu auch *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 330: Der Gesetzgeber wollte nicht auf die reine Rechtspflichttheorie zurückgehen.

²⁵¹ Niederschriften 2 S. 357, Anhang 57, 58.

Auf Anregung von *Gallas* wurde dem Entwurf in zweiter Lesung die Gleichwertigkeitsklausel beigefügt.²⁵² Die Strafrechtskommission empfahl nach zweiter Lesung (in Abweichung zur ersten) keine Aufzählung der Entstehungsgründe.²⁵³ Nachdem sich eine knappe Kommissionsmehrheit zunächst für die Aufnahme der Milderungsklausel aussprach, wurde diese jedoch nach Vorlage der endgültigen Formulierungsvorschläge (die eine Gleichwertigkeitsklausel enthielten) durch die Unterkommission abgelehnt.²⁵⁴ Auf Grundlage der Beratungsergebnisse schlug das Justizministerium sodann E 1959 II vor.²⁵⁵ Dieser Entwurf wurde mit geringfügigen Änderungen sprachlicher Natur letztlich zu § 13 E 1962.²⁵⁶

Begehen durch Unterlassen

Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist als Täter oder Teilnehmer strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintreten werde, und sein Verhalten den Umständen nach der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun gleichwertig ist.

Dieser Entwurf enthielt erstmals nicht den Begriff der „Rechtspflicht“, sondern spricht nur von „einzustehen [...] hat“. Die Formulierung „Rechtspflicht“ wurde dabei *bewusst vermieden*, um nicht den Eindruck zu erwecken, „daß Verpflichtet- und Garantsein zweierlei sei“.²⁵⁷ Durch das Einstehenmüssen wird deutlich das Garantprinzip verankert.²⁵⁸ Daneben intendiert E 1962 eine umfassende Gesamtbewertung durch das Erfordernis der Gleichwertigkeit, die nicht nur die Handlungsmodalitäten betrifft, sondern bei der auch der Grad der Pflichtenbindung sowie die Zumutbarkeit eine Rolle spielen sollen. Durch

²⁵² Niederschriften 12 S. 481. *Gallas* Niederschriften 12 S. 80 ff., 478 ff., da das Einstehenmüssen lediglich die Bewirkungsäquivalenz, nicht aber die Gleichwertigkeit in Bezug auf die Handlungsmodalitäten schaffe; jedoch wollte *Gallas* die Gleichwertigkeitsklausel auch auf Erfolgsdelikte anwenden, S. 82; siehe auch *Jescheck* Niederschriften 12 S. 96; *Baldus* Niederschriften 12 S. 99.

²⁵³ Niederschriften 12 S. 481. Für eine Normierung jedenfalls der Ingerenz *Gallas* Niederschriften 12 S. 82; *Lange* Niederschriften 12 S. 97 f.; **ablehnend** *Jescheck* Niederschriften 12 S. 96; *Eb. Schmidt* Niederschriften 12 Anhang Nr. 54 II 3; *ders.* Niederschriften 12 S. 90; *Welzel* Niederschriften 12 S. 94.

²⁵⁴ Vgl. Niederschriften 12 S. 102, 247 f., 481. Auch nach erster Lesung war sie abgelehnt worden, Niederschriften 2 S. 357 f., Anhang 57.

²⁵⁵ Vgl. BT-Drucks. IV/650 S. 95.

²⁵⁶ BT-Drucks. IV/650 S. 13 (im Vergleich zu BT-Drucks. III/2150 S. 13 andererseits). In den Entwurf 1959 II wurden teilweise die Vorschläge der von den Landesjustizverwaltungen gebildeten Länderkommission eingearbeitet, woraus der erste Gesamtentwurf der Regierung, E 1960 (BT-Drucks. III/2150; BR Drucks. 270/60) entstand. Dieser konnte aufgrund des Endes der Legislaturperiode nicht direkt weiterverfolgt werden, wurde jedoch nach der Bundestagswahl 1961 nochmals überarbeitet und von der neuen Bundesregierung dem Bundesrat sowie dem Bundestag als E 1962 vorgelegt, wodurch § 13 StGB kaum berührt wurde. Vgl. zur Entstehung BT-Drucks. IV/650 S. 95; siehe auch *Vormbaum* Strafrechtsgeschichte S. 232.

²⁵⁷ *Gallas* Niederschriften 12 S. 243. Damit scheint die Vorschrift nicht mehr auf die formelle Rechtspflichttheorie abzustellen; siehe auch *Schulte* Garantstellung S. 35, 37.

²⁵⁸ *Gallas* Niederschriften 12 S. 243; siehe auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 52.

das Erfordernis echter Gleichwertigkeit erklärt sich sodann auch der Verzicht auf eine Milderungsklausel.²⁵⁹

Im Zuge der Kritik an E 1962²⁶⁰ veröffentlichten 14 Strafrechtslehrer im Jahr 1966 einen Alternativentwurf.²⁶¹

Begehen durch Unterlassen

Wer es unterläßt, den zum Tatbestand gehörenden Erfolg abzuwenden, obwohl er

- 1. auf Grund einer gesetzlichen oder freiwillig übernommenen Rechtspflicht gegenüber der Allgemeinheit oder dem Geschädigten dafür zu sorgen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, oder*
- 2. eine nahe Gefahr für den Eintritt des Erfolgs geschaffen hat,*

ist nach dem betreffenden Tatbestand nur dann strafbar, wenn das Unrecht seines Verhaltens nach den Umständen der Tat dem Unrecht der Begehung durch Tun entspricht.

Die Verfasser des AE nehmen für sich in Anspruch, die Unterlassungsstrafbarkeit als „Ausnahmesituation“ enger zu umgrenzen als der E 1962. Es handle sich um keine Generalklausel, sondern nur zwei „relativ eng umrissene Gründe für eine Gleichstellung.“²⁶² Nr. 1 der Vorschrift statuiert das Rechtspflichtprinzip. Durch diese Rechtspflicht muss dem Betroffenen nach der Begründung des AE das Schutzgut in besonderer Weise anvertraut bzw. „in die Hand gegeben“ sein.²⁶³ Im Gesetzestext selbst ist dies allerdings mit der Formulierung „dafür zu sorgen hat“ nicht völlig eindeutig. Dies werde, so jedenfalls die Begründung, auch dadurch betont, dass das Unterlassen dem Unrecht der aktiven Begehung entsprechen müsse.²⁶⁴ In Nr. 2 ist die „Pflicht kraft Gefahrschaffung“ ausdrücklich normiert. Hier stehen materielle Gesichtspunkte im Vordergrund. Wie schon E 1959 fordert der AE 1966 die Schaffung einer „nahen“ Gefahr.²⁶⁵ Die Frage nach dem Erfordernis der *rechtswidrigen* Gefahrschaffung sollte allerdings nicht vorweggenommen werden.²⁶⁶

²⁵⁹ BT-Drucks. IV/650 S. 125 f.

²⁶⁰ Sowohl bei einigen Landesregierungen und der parlamentarischen Opposition als auch in der Strafrechtswissenschaft geriet der Entwurf 1962 (im Allgemeinen) aufgrund fehlender kriminalpolitischer Konzepte sowie der Kriminalisierung von bloßen Moralwidrigkeiten in heftige Kritik, vgl. *Lenckner* in: *Mißlingt die Strafrechtsreform?* S. 65 ff. sowie die weiteren Beiträge des Sammelbands; siehe dazu auch *Arm. Kaufmann* in: *Strafrecht und Strafrechtsreform* S. 7, 9; *Vormbaum* *Strafrechtsgeschichte* S. 232.

²⁶¹ AE 1966 S. 9; **kritisch** besprochen von *Gallas* *ZStW* 80 (1968) 1, 16 ff.

²⁶² AE 1966 S. 47; zustimmend auch *Arm. Kaufmann* in: *Strafrecht und Strafrechtsreform* S. 7, 14; ablehnend hingegen der Gesetzgeber, BT-Drucks. V/4095 S. 8; *Gallas* *ZStW* 80 (1968) 1, 18.

²⁶³ AE 1966 S. 47.

²⁶⁴ Im Alternativentwurf tritt im Vergleich zu E 1962 die Formulierung „entspricht“ an Stelle von „gleichwertig ist“, AE 1966 S. 48.

²⁶⁵ Ablehnend hierzu die Gesetzesbegründung zum geltenden § 13 StGB, BT-Drucks. V/4095 S. 8; *Gallas* *ZStW* 80 (1968) 1, 19: „Handicap für die weitere Diskussion“.

²⁶⁶ AE 1966 S. 48.

Auch der Alternativentwurf wurde im Folgenden vom Sonderausschuss für die Strafrechtsreform berücksichtigt.²⁶⁷ Das 2. StrRG,²⁶⁸ stellt einen Kompromiss aus dem E 1962 und dem AE 1966 dar. § 13 StGB liegt wohl näher an § 13 StGB E 1962.²⁶⁹ Der Gesetzgeber lehnte – die Schwächen der formellen Rechtspflichttheorie vor Augen – die Formulierung des Alternativentwurfs „Rechtspflicht“ ab und favorisierte den Begriff des Einstehenmüssens, der den materiellen Garantengedanken ausdrücken soll. Statt der Gleichwertigkeit der Verhaltensweisen wird allerdings in § 13 StGB mit dem AE das „Entsprechen“ gefordert.²⁷⁰ Diese gegenüber dem Erfordernis der Gleichwertigkeit „neutralere Formulierung“ sollte Widersprüche zu der fakultativen Strafmilderungen des geltenden § 13 II StGB ausräumen.²⁷¹ Insofern erscheint die Entwicklung der Gesamtkonzeption stimmig.²⁷² Die Generalklauseln des Regierungsentwurfs wurden der eng umrissenen Aufzählung des Alternativentwurfs vorgezogen. Auf eine Präzisierung der einzelnen Fälle, in denen eine Garantienstellung besteht, wurde verzichtet: Diese könnten in der Kürze des Gesetzes ohnehin nicht ausreichend zum Ausdruck gebracht werden, zudem läge damit eine „unerwünschte Festlegung“ vor, die eine weitere Entwicklung durch Rechtsprechung und Lehre verhindern würde. Die Norm wurde bewusst offen gehalten,

²⁶⁷ Als Gesetzesvorlage der oppositionellen FDP, siehe *Lenckner* in: *Mißlingt die Strafrechtsreform?* S. 65, 66.

²⁶⁸ Nach Bildung der Großen Koalition im Jahr 1966 nahmen die Reformbemühungen zwar wieder an Fahrt auf (vgl. *Arm. Kaufmann* in: *Strafrecht und Strafrechtsreform* S. 7, 9 f.). Allerdings erschien das komplette Reformprogramm angesichts Umfang, Tragweite und politischer Sprengkraft bis zum Ende der Legislaturperiode nicht zu bewältigen, sodass man sich auf die Reform des Allgemeinen Teils beschränkte. Im Mittelpunkt der Diskussion stand allerdings eher die kriminalpolitisch brisantere Reform des Sanktions- und Maßregelungsrecht (*Vormbaum* *Strafrechtsgeschichte* S. 234: „Herzstück“), sodass die Dogmatik der allgemeinen Verbrechenlehre in den Hintergrund trat. Das führte dazu, dass sich der Gesetzgeber in diesem Bereich mit der Kodifizierung des bisherigen Standes der Rechtsprechung und Lehre zufriedengab (BT-Drucks. V/4095 S. 7 f.: im dogmatischen Bereich sei eine Regelung am wenigsten dringlich, siehe auch *Lenckner* in: *Mißlingt die Strafrechtsreform?* S. 65, 68).

²⁶⁹ Vgl. BT-Drucks. IV/650 S. 13; im Allgemeinen *Weigend* LK Einl. Rn. 36: „In der dogmatischen Konzeption setzten sich [...] die Vorschläge des E 1962 weitgehend durch“.

²⁷⁰ Das Entsprechen wurde vom BMJ in der Formulierungshilfe von 1968 anstatt der Gleichwertigkeit gewählt, Prot. V S. 1870.

²⁷¹ BT-Drucks. V/4095 S. 8. Der Sonderausschuss für die Strafrechtsreform stimmte in Abweichung zu E 1962 der Aufnahme einer solchen Klausel zu, Prot. V S. 1869.

²⁷² Siehe auch *Roxin* FS Lüderssen S. 577, 581: § 13 II StGB schafft hier eine Ausweichmöglichkeit, sodass nicht stets zwischen vollständiger Gleichstellung und Strafflosigkeit entschieden werden muss.

da es nicht möglich sei, alle Fallgruppen praxisgerecht, sachgemäß und erschöpfend gesetzlich zu erfassen.²⁷³ Ob diese Normierung einen inhaltlichen Gewinn brachte, wird jedoch vielfach bezweifelt.²⁷⁴

B. Die Gleichstellungsfrage im Lichte des Bestimmtheitsgrundsatzes Art. 103 II GG

I. Vereinbarkeit von § 13 StGB mit dem Bestimmtheitsgrundsatz

Gesetzlicher Anhaltspunkt ist allein, dass der Täter nach § 13 I StGB für den Nichteintritt des Erfolgs einzustehen hat und das Unterlassen der Tatbestandsverwirklichung durch Tun entsprechen muss. Der Konflikt mit dem grundgesetzlichen Bestimmtheitsgebot, Art. 103 II GG, ist hier nicht zu übersehen.²⁷⁵ Während das BVerfG²⁷⁶ sowie ein Teil des Schrifttums²⁷⁷ die Vorschrift dennoch als verfassungskonform ansehen, nehmen andere

²⁷³ BT-Drucks. V/4095 S. 8; ebenso die Begründung zu § 13 E 1962 BT-Drucks. IV/650 S. 124; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 86 f.; zustimmend und zusammenfassend zum Reformprozess *T. Beck* Strafrechtsreform S. 41; eine Generalklausel begrüßend außerdem *Henkel* MschrKrim 1961, 178, 187; siehe auch *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 20; **ablehnend** *Schmitz* MK § 1 Rn. 61 f., 64: eine wenigstens ansatzweise Konkretisierung sei möglich; *Schünemann* FS Amelung S. 303, 319: Gesetzgebung nach dem Prinzip „Ich weiß, dass ich nichts weiß“. Allgemein zu dem Spannungsfeld, in dem sich der Gesetzgeber hier bewegt *Zieschang* in: Strafgedanke S. 173, 182 f.; *ders.* in: Rechtsvergleich S. 223, 224: Er darf einerseits eine im Fluss befindliche Entwicklung nicht blockieren, andererseits hat er die Letztentscheidung über die Strafbarkeit zu treffen.

²⁷⁴ Etwa von *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 1, 5/6, der die Voraussetzungen jedoch durch Rechtsprechung und Lehre als hinreichend konkretisiert ansieht; *Freund* Erfolgsdelikt S. 1; *ders.* MK § 13 Rn. 26; *Köhler* AT S. 213 f.: zirkulär; *Otto* AT § 9 Rn. 38 „nichtssagend“; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 2; *Roxin* GA 2009, 73: „wenig aussagekräftige Leerformeln“; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 325 f.; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 380: Tautologie; *Weigend* LK § 13 Rn. 1, 18: Die Verweisung gehe ins Leere; *ders.* Handbuch Bd. 1 § 11 Rn. 27 m. Fn. 54; siehe auch *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 161, aus dem Analogieproblem sei ein Bestimmtheitsproblem geworden; ähnlich *Roxin* JuS 1973, 197, 198; *Busch* FS v. Weber S. 192, 202; *Gaede* NK § 13 Rn. 3; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 13; z.T. wird das Merkmal des Entstehenmüssens aufgrund von Zirkularität **abgelehnt**, etwa von *Berster* Unterlassungsdelikt S. 52; *Schürmann* Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 61 ff.; siehe auch *Herbertz* Ingerenz S. 182; S. 208: „[...] die Bezeichnung Merkmal nicht verdient. Naheliegender wäre es dann von einer Rechtsfolge zu sprechen“.

²⁷⁵ *Weigend* LK § 13 Rn. 19: Der Gesetzgeber beantworte die Frage nach der Grenze zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten nicht; kritisch zudem (statt vieler) *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 17; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 19; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 6; *Hruschka* JuS 1979, 385, 392; *Kühl* AT § 18 Rn. 41; *Naucke* Strafrecht § 7 Rn. 240; *Roxin* AT II § 31 Rn. 32; *ders.* GA 2009, 73; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 340 ff.; *Schünemann* in: Freiburg-Symposium S. 103, 115; *Welzel* JZ 1960, 179; *ders.* Strafrecht S. 209; siehe auch die Aufzählung kritischer Stimmen bei *Seebode* FS Spindel S. 317, 334.

²⁷⁶ BVerfGE 96, 68, 97 ff.; BVerfG NJW 2003, 1030; zustimmend *Kudlich* SSW § 13 Rn. 3; *Ransiek* JuS 2010, 585, 587. Das Argument des Bundesverfassungsgerichts, die Voraussetzungen seien jedenfalls durch die Rechtsprechung konkretisiert, mildert allerdings nicht die Bedenken hinsichtlich der *gesetzlichen* Bestimmtheit. Denn der Gesetzgeber darf seine demokratische Aufgabe nicht völlig delegieren, *Grünwald* ZStW 76 (1964) 1, 16; vgl. zu diesem Argument i.R.d. § 13 StGB auch *Dannecker* FS Otto S. 25, 33 f.; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 6; *Kühl* FS Herzberg S. 177, 190; *Kuhlen* FS Otto S. 89, 104; *Schünemann* Nulla poena S. 6; besonders **kritisch** *Seebode* NSTZ 1993, 83 ff.; *ders.* JZ 2004, 305 ff.; ausführliche Kritik zu den beiden Urteilen des BVerfG auch bei *Herbertz* Ingerenz S. 184 ff., die diesem maßgeblich in der Aussage widerspricht, es läge eine ausreichende Konkretisierung durch die Rechtsprechung vor.

²⁷⁷ Statt vieler *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 5/6; *Bülte* Vorgesetztenverantwortlichkeit S. 129 f.; *Dannecker/Schuhr* LK § 1 Rn. 220; *Sachs/Degenhart* Art. 103 GG Rn. 64; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 25 ff.; *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 21; *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 30; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 3;

Autoren²⁷⁸ einen Verstoß an.²⁷⁹ Die Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit von § 13 I StGB sind grundsätzlich ernst zu nehmen. Bereits in der Einleitung wurde darauf hingewiesen, dass die Bejahung der in § 13 I StGB sehr offen gehaltenen Voraussetzung des unechten Unterlassungsdelikts einen ganz erheblichen Strafbarkeitsunterschied bedeuten kann. Dennoch ist mit dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit zurückhaltend umzugehen²⁸⁰ (1.), was jedoch nicht die Reformbedürftigkeit von § 13 I StGB ausschließt (2.).

1. Vereinbarkeit de lege lata

Im Allgemeinen lässt sich feststellen, dass hinsichtlich des Bestimmtheitsgrundsatzes eine große Lücke zwischen Anspruch und Wirklichkeit klafft.²⁸¹ § 13 StGB weist in dieser Hinsicht keine Sonderstellung im StGB auf. Auch in anderen Bereichen gibt das Gesetz zunächst nur gewisse Leitlinien vor, insbesondere im Allgemeinen Teil des StGB geht der Gesetzgeber in hohem Maße abstrahierend vor und verwendet an vielen Stellen definitionsbedürftige Begriffe. So ist nirgendwo präzisiert, unter welchen Voraussetzungen der Täter unmittelbar ansetzt,²⁸² wann das Notwehrrecht sozial ethisch eingeschränkt ist,²⁸³ nach welchen Kriterien Täterschaft und Teilnahme abzugrenzen sind und welche Handlungen objektiv sorgfaltswidrig sind (bzw. wann nach der h.L. ein Erfolg „objektiv

Roxin AT II § 31 Rn. 33; ders. GA 2021, 190 ff.; Rudolphi SK⁷ § 13 Rn. 3; Stratenwerth/Kuhlen AT § 13 Rn. 13.

²⁷⁸ Roxin GA 2021, 190 meint, dies sei „fast schon h.M.“.

²⁷⁹ **Verfassungswidrigkeit** annehmend etwa: Bung ZStW 120 (2008) 526, 534 f., 539 f.; Köhler AT S. 213 f.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT¹² § 21 Rn. 43 (milder nunmehr die 13. Auflage: „teilweise“ verfassungswidrig); Seebode NSTZ 1993, 83, 84; Schmitz MK § 1 Rn. 61 f., 64; Schürmann Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 157, 181 ff., 187 f.; Stam ZStW 131 (2019) 259, 260; **sehr kritisch** Blassl Garantienpflicht S. 283; Busch FS v. Weber S. 192, 206 (zu E 1962); Class FS Eb. Schmidt S. 122, 125, 138; Gaede NK § 13 Rn. 3; Kamberger Treu und Glauben S. 194 ff.; Kargl ZStW 119 (2007) 250, 278; Paradissis Unterlassungsstrafbarkeit S. 93; Seelmann GA 1989, 241, 250; siehe auch Schöne Erfolgsabwendungen S. 340 ff., der § 13 StGB als verfehlt ansieht, dessen Streichung fordert und eine Regelung im allgemeinen Teil für unmöglich hält; offen gelassen von Herbertz Ingerenz S. 214, siehe auch S. 210: „gerade noch erträgliches, wenn auch hochgradig ausfüllungsbedürftiges, normatives Tatbestandsmerkmal“.

²⁸⁰ Leicht polemisch Herzberg NSTZ 2004, 593, 600: man solle aufhören, im Hinblick auf Art. 103 II GG „müßige Flausen auszuhecken“, indem man wahllos Strafvorschriften nach einem Mangel an Bestimmtheit absucht. Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit von § 13 StGB monographisch Schürmann Gesetzlichkeitsgrundsatz; außerdem S. Böhm Garantienpflichten S. 107 ff.; Kamberger Treu und Glauben S. 157 ff.

²⁸¹ Siehe auch Schünemann Nulla poena S. 8: Während das Prinzip in der Theorie an hervorragender Stelle steht, trifft es in der Praxis auf Missachtung; S. 37: im Allgemeinen Teil sei vom Bestimmtheitsgebot praktisch überhaupt nichts übriggeblieben; Arth. Kaufmann Analogie S. 5; **anders** Rostalski Tatbegriff S. 88: „Soweit es dem Bundesverfassungsgericht auf die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit des Verhaltens ankommt, werden erheblich *zu weit gehende* Anforderungen an gesetzliche Straftatbestände gestellt“; Hervorhebung nicht im Original.

²⁸² Kühl JuS 2007, 497, 498.

²⁸³ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 7 Rn. 10.

zurechenbar“ ist).²⁸⁴ Die relative Unbestimmtheit ist also keine Besonderheit des § 13 I StGB,²⁸⁵ sondern allgemein kennzeichnend für den Allgemeinen Teil des StGB.²⁸⁶

Hiermit ist nun grundsätzlich bloß der einfachgesetzliche Seinszustand aufgezeichnet, woraus sich allein nichts für die Frage ergibt, ob dieser verfassungsrechtlichen Wertmaßstäben genügt. Wenn also pauschal die Konsequenz gezogen wird, dass an die Regeln des Allgemeinen Teils geringere Anforderung zu stellen seien als an die einzelnen Tatbestände,²⁸⁷ wird nicht beachtet, dass die Strafbarkeit von den allgemeinen Vorschriften ebenso abhängen kann wie von den Vorschriften des Besonderen Teils²⁸⁸ – oder anders

²⁸⁴ Vgl. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 7 Rn. 10; Herzberg Garantenprinzip S. 253 f.: Beim Begehungsdelikt würden Unsicherheiten gleichen Grades hingenommen; Jakobs AT 4/15 f.; 29/5; ders. System S. 18; Schönemann Grund und Grenzen S. 271; Stein SK § 13 Rn. 15; besonders kritisch Burkhardt in: Jahrtausendwende S. 111, 144 ff. sowie dort Fn. 117, in hundert Jahren sei es nicht gelungen, sich auf eine Fahrlässigkeitsdefinition zu einigen, es habe seit den Arbeiten Engischs keinen Fortschritt gegeben.

²⁸⁵ Dementsprechend ist es jedenfalls übertrieben, wenn Kargl annimmt, der Bestimmtheitsgrundsatz habe nirgendwo größeren Schaden genommen als beim Einstehenmüssen, ZStW 119 (2007) 250, 278; ähnliches gilt für die Überlegungen von Herbertz Ingerenz S. 195 ff., die versucht, darzulegen, dass nur wenige Regeln des AT so unbestimmt seien wie § 13 I StGB. Etwa die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit sei „weniger“ unbestimmt als die Frage nach der Garantenstellung. Doch ebenso wie es in der Bevölkerung einen gewissen Konsens über einen gewissen Kernbestand von Sorgfaltsstandards gibt, besteht auch eine vergleichbare Rechtsüberzeugung, dass bestimmte Personen in bestimmten Situationen „auf Posten gestellt“ sind. Wenn Herbertz außerdem anbringt, dass erst die Fallgruppenbildung den Begriff der Garantenstellungen erhellte, so spricht diese Möglichkeit der Fallgruppenbildung doch gerade für die Bestimmtheit von § 13 I StGB, da man so nicht, wie bei der Fahrlässigkeit, stets auf eine Abwägung im Einzelfall ausweichen muss. Ohne diesen im Ergebnis müßigen Vergleich weiter verfolgen zu wollen, kann wohl angenommen werden, dass § 13 I StGB keine Anomalie im Allgemeinen Teil des StGB ist, sondern Ausdruck eines strukturellen Bestimmtheitsdefizits. Es ist inkonsequent, § 13 I StGB für problematisch zu halten, wenn man gleichzeitig die Unbestimmtheit der Fahrlässigkeit hinnimmt (so auch Stein SK § 13 Rn. 15). Zu stark relativierend auf der anderen Seite wohl Sch/Sch/Bosch § 13 Rn. 5/6: ebenso wenig problematisch, wie jede sonstige Meinungsverschiedenheit über die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen; Jakobs AT 29/5; Stein SK § 13 Rn. 15 f.; anders Schmitz MK § 1 Rn. 61 f., 64.

²⁸⁶ Auch im Besonderen Teil des StGB finden sich Rechtsbegriffe, die in hohem Maße auslegungsbedürftig sind, vgl. etwa die Aufzählung bei Sachs/Degenhart Art. 103 GG Rn. 64; sowie die Beispiele bei Krey/Es-ser AT Rn. 104; in der großen Strafrechtskommission wurden etwa die Nötigung und die Erpressung ausdrücklich genannt, Bockelmann Niederschriften 12 S. 88.

²⁸⁷ Etwa Herzberg Garantenprinzip S. 254: „Strengere Maßstäbe sind nicht realistisch“ (anders aber ders. in: Empirische Fundamente S. 31, 42 f.); Jakobs AT 4/16 (Jakobs vertritt hier eine deutlich zu weite Linie, wenn er meint, die allgemeinen Zurechnungsregeln könnten von der Dogmatik aufgestellt werden, ohne dass sie sich positiv in den fixierten Regeln andeuten müssen; siehe ebenfalls ders. System S. 17 f.); Kudlich SSW § 13 Rn. 3; Roxin AT II § 31 Rn. 33; Stein SK § 13 Rn. 15; vgl. zudem Fünfsinn Aufbau S. 16; Paradissis Unterlassungsstrafbarkeit S. 91.

²⁸⁸ Hirsch FS Lüderssen S. 253, 263; Krey Gesetzesvorbehalt S. 228 ff.: strafbegründendes materieller Recht, das die Vorschriften des Besonderen Teils ergänzt; siehe auch Dannecker FS Otto S. 25, 30 ff.; ders./Schuhr LK § 1 Rn. 172, der darauf hinweist, dass es um die Ausweitung von Verhaltensnormen gehe; Herzberg in: Empirische Fundamente S. 31, 42; Ransiek Gesetz S. 100; Sangenstedt Garantenstellung S. 90 ff.; Schönemann Nulla poena S. 23; Stein Beteiligungsformenlehre S. 51; Tiedemann Verfassungsrecht S. 36; Weigend Handbuch Bd. 1 § 11 Rn. 28.

gewendet: Ob man die Unterlassungsstrafbarkeit nun formal auf eine allgemeine Regelung (§ 13 StGB) stützt oder im BT eigene Unterlassungstatbestände schafft,²⁸⁹ kann im Ergebnis nicht entscheidend sein. Für den Inhaber des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 103 II GG macht es keinen Unterschied, ob sich seine Bestrafung auf eine Regel stützt, die im Wege der Abstraktion „vor die Klammer“ gezogen ist.²⁹⁰ In jedem Fall ist es die originäre Aufgabe des Gesetzgebers, abstrakt-generell zu bestimmen, welche Verhaltensweisen strafrechtlich missbilligt sind, er darf diese nicht vollständig dem Richter übertragen.²⁹¹

Zu beachten ist jedoch, dass sich die an das konkrete Gesetz anzulegenden Bestimmtheitsanforderungen insbesondere nach dem zu regelnden Lebenssachverhalt richten.²⁹² Hieraus mag sich insbesondere für Regeln des Allgemeinen Teils ergeben, dass aufgrund der *Abstraktheit* der Materie eine exaktere Festlegung in ihrer Umsetzung auf Hürden stoßen kann.²⁹³ Insbesondere hinsichtlich des unechten Unterlassungsdelikts erscheint es, wie oben bereits angedeutet, graduell schwieriger, die Gebotsmaterien zu umschreiben als bei den Verboten der Begehungsdelikte.²⁹⁴ Das Problem ist nicht allein das Auffinden der maßgeblichen Wertideen, sondern ihre Anwendung auf die vielfältigen sozialen Erscheinungsformen des Unterlassens.²⁹⁵ Diese in der Natur der Regelungsmaterie liegende Hürde²⁹⁶ muss bei aller berechtigten Kritik an der Ausgestaltung von § 13 I StGB berücksichtigt werden. Insbesondere hat der Gesetzgeber die offene Formulierung der Norm bewusst gewählt, weil er fürchtete, sämtliche Entstehungsgründe der Garantstellungen ansonsten nicht sachgemäß erfassen zu können.²⁹⁷ Dabei handelt es sich grundsätzlich

²⁸⁹ So etwa *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 287 ff.; siehe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 304 f. der § 13 StGB dem „Allgemeinen Teil des Besonderen Teils“ zuschreibt.

²⁹⁰ *Herzberg* in: *Empirische Fundamente* S. 31, 42 f.: an die „Beistandspflicht“ müssten sonst in § 221 StGB strengere Voraussetzungen geknüpft werden als bei § 13 StGB. Vgl. im Allgemeinen zu dieser Regelungstechnik *Kühl* FS *Herzberg* S. 177, 183: um Wiederholungen zu vermeiden und das StGB zu „verschlanken“.

²⁹¹ *Dannecker/Schuhr* LK § 1 Rn. 172; *Zieschang* in: *Strafgedanke* S. 173, 183; *ders.* in: *Rechtsvergleich* S. 223, 224; siehe auch *Schünemann* in: *Freiburg-Symposium* S. 103, 108: „Anspruch einer Kodifikation auch des allgemeinen Teils“.

²⁹² BVerfGE 126, 170, 195: „so genau [...] wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist“; BVerfGE 143, 38, 55: Die erforderliche Bestimmtheit hängt von den Besonderheiten des Tatbestandes sowie den Umständen der Gesetzesentstehung ab; *Lenckner* JuS 1968, 304, 305; siehe auch *Stam* ZStW 131 (2019) 259, 283.

²⁹³ In diese Richtung wohl auch *Schünemann* *Nulla poena* S. 23 f.

²⁹⁴ Siehe → Einleitung. Insbesondere versagt hier die bei den Begehungsdelikten angewandte Regel-Ausnahme-Technik; vgl. auch *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 5/6; *Kühl* in: *Recht und Moral* S. 139, 171; *Weigend* LK § 13 Rn. 19; *Zieschang* NK *Medienstrafrecht* § 13 Rn. 39.

²⁹⁵ *Rudolphi* *Gleichstellungsproblematik* S. 85.

²⁹⁶ Siehe etwa *Rudolphi* *Gleichstellungsproblematik* S. 59: Unmöglichkeit einer vornehmlich deskriptiven Umschreibung; *Welzel* *Das neue Bild* S. 16 f.: „bedauerliche Einbußen“, die sich aus der „Natur der Sache“ ergeben; ferner *Arth. Kaufmann* in: *Schuld und Strafe* S. 121, 127, man könne vom Gesetzgeber hier nichts Unmögliches verlangen; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 7 Rn. 9.

²⁹⁷ Siehe → Einleitung. Überdies wird insbesondere die abschließende Aufzählung von Garantstellungen in E 1966 abgelehnt, da hierdurch die weitere Entwicklung in der Rechtslehre abgeschnitten und verengt würde, vgl. auch *Gallas* ZStW 80 (1968) 1, 18; *Mezger* *Niederschriften* 12 S. 78.

um ein legitimes Interesse.²⁹⁸ Auch das BVerfG erkennt das Bedürfnis an, dass die Gesetze den Wandel der Verhältnisse oder die Besonderheit des Einzelfalls berücksichtigen müssen und daher nicht bis ins Letzte bestimmt sein können.²⁹⁹ Normative Tatbestandsmerkmale,³⁰⁰ unbestimmte Rechtsbegriffe und sogar Generalklauseln sind nicht grundsätzlich verboten,³⁰¹ jedenfalls solange ihr Inhalt mithilfe der üblichen Auslegungsmethoden bestimmt werden kann. Sie sollen gerade der „Vielgestaltigkeit des Lebens“ Rechnung tragen³⁰² und sind damit bis zu einem gewissen Grad in einer „komplizierten Gesellschaft“ unerlässlich.³⁰³ Diese „Vielgestaltigkeit“, tritt im Bereich der Unterlassungen besonders deutlich zutage.³⁰⁴ Überdies unterliegen die Garantenstellungen stärker dem Wandel gesellschaftlicher Entwicklungen und Wertvorstellungen.³⁰⁵ Insoweit wird etwa eine Zunahme der Bedeutung der Unterlassungsstrafbarkeit aufgrund von Arbeitsteilung und Automatisierung festgestellt.³⁰⁶ Auf diese Entwicklungen muss das Recht reagieren können und damit eine gewisse Flexibilität aufweisen. Im Gegenteil ist auch eine zu

²⁹⁸ Allgemein *Engisch* Einführung S. 180: „Die Kasuistik ist immer der Gefahr ausgesetzt, den Rechtsstoff nur fragmentarisch und ‚vorläufig‘ zu bewältigen“.

²⁹⁹ So auch in der Entscheidung zu § 13 StGB, BVerfGE 96, 68, 97; außerdem BVerfGE 126, 170, 195; *Schmahl* Handbuch Bd. 1 § 2 Rn. 57; *Weigend* LK Einl. Rn. 43 ff.

³⁰⁰ Normative Begriffe sind häufig in besonders hohem Grade unbestimmt. Die (selbst nicht ganz trennscharf durchführbare) Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Begriffen entspricht gleichwohl nicht der Unterscheidung, ob ein Begriff bestimmt oder unbestimmt ist. So gibt es einerseits reichlich unbestimmte Beschreibungen, andererseits auch gesetzlich hinreichend präzisierte normative Begriffe, *Engisch* Einführung S. 160 ff.; *tendenziell* zutreffend dennoch die Abstufung nach Bestimmtheit bei *Schünemann* Nulla poena S. 29 ff.: numerisch – deskriptiv – normativ – Generalklausel.

³⁰¹ BVerfGE 26, 41, 42 f.; Baumann/Weber/Mitsch/*Eisele* AT § 7 Rn. 9; *Fischer* § 1 Rn. 16; *Frister* AT 4/13; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 1 Rn. 5; *Schmahl* Handbuch Bd. 1 § 2 Rn. 58; *Schünemann* Nulla poena S. 31; kritischer hinsichtlich der Generalklauseln *Naucke* Generalklauseln *passim*; überdies *Class* FS Eb. Schmidt S. 122 ff., 138: „wesensfremder Bestandteil im Strafrecht“; *Kamberger* Treu und Glauben S. 185 f. – Generalklauseln unterscheiden sich allerdings von sonstigen unbestimmten Tatbestandsmerkmalen nicht strukturell, sondern nur graduell, vgl. *Engisch* Einführung S. 179. Daher wäre eine Entscheidung, ob es sich bei § 13 I StGB nun um eine „Generalklausel“ oder ein sonstiges unbestimmtes Merkmal handelt, müßig.

³⁰² Vgl. nur BVerfGE 48, 48, 56; BVerfGE 73, 206, 235; BVerfGE 126, 170, 195; BVerfGE 143, 38, 54; BGHSt 59, 218, 221 f.; BVerfG NJW 2003, 1030; BGHSt 59, 218, 222; siehe auch *Canaris* Lücken S. 28; Baumann/Weber/Mitsch/*Eisele* AT § 7 Rn. 9; Maurach/*Gössel*/Zipf AT 2 § 46 Rn. 26; *Lenckner* JuS 1968, 304, 305: „wichtige rechtsstaatliche Funktion“; *Schmahl* Handbuch Bd. 1 § 2 Rn. 57; ebenfalls *Kuhlen* FS Otto S. 89, 95 f. m. Fn. 46. – Völlig überstrapaziert wird diese Rechtsprechung allerdings bei v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 234 f. m. Fn. 593.

³⁰³ *Schünemann* Nulla poena S. 30, ein Strafrecht, welches nur mit deskriptiven Begriffen arbeitete, könnte dies nicht oder nur unvollkommen leisten; letzterem Aspekt auch *Engisch* Weltbild S. 20 f.: Juristische Begriffe erreichen regelmäßig nicht die Genauigkeit naturwissenschaftlicher Begriffe.

³⁰⁴ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 86. Dieses Argument stützt auch die Verfassungsmäßigkeit des § 13 StGB, BVerfGE 96, 68, 98; BVerfG NJW 2003, 1030.

³⁰⁵ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 86 f.

³⁰⁶ Siehe → Einleitung; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 7; siehe auch *Philipps* Handlungsspielraum S. 132 ff.; *Freund* FS Herzberg S. 225, 226; *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 51.

starre, „kasuistische“ oder rastermäßige Bestrafung nicht bezweckt,³⁰⁷ diese könnte willkürlich und damit im Hinblick auf die materielle Einzelfallgerechtigkeit³⁰⁸ als bedenklich erscheinen.

Nun kann man mit sehr guten Gründen bezweifeln, ob eine *derartige* Offenheit, wie sie in § 13 I StGB zutage tritt, tatsächlich unumgänglich ist.³⁰⁹ Es ist jedoch zu betonen, dass dem Gesetzgeber bei der Fassung von Strafnormen eine weite Einschätzungsprärogative zusteht.³¹⁰ Solange gewisse Mindeststandards nicht unterschritten werden (die Norm also überhaupt nicht *auslegungsfähig* wäre), obliegt diesem die Beurteilung, ob er mit einem detaillierteren Gesetz die verfolgten kriminalpolitischen Ziele genauso gut erreichen könnte. Wenn sich der Gesetzgeber auf den grundsätzlich plausiblen Standpunkt stellt, dass die offene Formulierung in § 13 I StGB *erforderlich* ist, um der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte gerecht zu werden, eine detailreichere Regelung also der Abstraktheit der Materie nicht gerecht würde, so ist diese Einschätzung *de lege lata* zu respektieren.³¹¹

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass nicht die Auslegungsbedürftigkeit einer Strafnorm das Problem ist, sondern ihre Auslegungsfähigkeit.³¹² Die Auslegungsbedürftigkeit schließt die Bestimmtheit gerade nicht aus,³¹³ sondern entspricht der Funktionsverteilung zwischen Gesetzgeber und Gericht.³¹⁴ Daher muss sich nicht nur die Gesetzgebung, sondern insbesondere auch die Rechtsanwendung an den Grundrechten sowie grundrechtsgleichen Rechten und damit an Art. 103 II GG messen lassen. Da die Bestimmtheit einer

³⁰⁷ Vgl. BVerfGE 48, 48, 56; BVerfGE 75, 329, 342; BVerfGE 143, 38, 54 f.; BGHSt 59, 218, 222; siehe auch *Schmahl* Handbuch Bd. 1 § 2 Rn. 57; *Vogel* Norm und Pflicht S. 328 f. m.w.N.

³⁰⁸ Dieses beruht auf dem Rechtsstaatsgrundsatz und hat damit Verfassungsrang, vgl. BVerfGE 45, 187, 246; BVerfGE 74, 129, 152; BVerfGE 105, 135, 154; BVerfGE 143, 38, 54 f.; siehe auch *Canaris* Lücken S. 28; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 7 Rn. 9; *Lenckner* JuS 1968, 304, 305.

³⁰⁹ Ebenso wohl *Stam* ZStW 131 (2019) 259, 283.

³¹⁰ BVerfGE 50, 290, 332 f.; BVerfGE 77, 84, 106; BVerfGE 80, 144, 255; BVerfGE 81, 156, 192 f.; *Eschelbach* in: *Gefahr* S. 145, 146 f.; *Hassemer* in: *Rechtsgutstheorie* S. 57, 61; *ders./Neumann* NK Vor § 1 Rn. 63; *Kudlich* JZ 2003, 127; *Puschke* Legitimation S. 175; *Sternberg-Lieben* in: *Rechtsgutstheorie* S. 65, 76 ff.; *Tiedemann* Verfassungsrecht S. 50 f.; *Weigend* LK Einl. Rn. 2; auch wenn diese im Strafrecht aufgrund der besonderen grundrechtlichen Relevanz der Strafsanktion wohl enger zu ziehen ist als in der restlichen Rechtsordnung, vgl. *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 93; *Puschke* Legitimation S. 159; besondere Legitimationsbedürftigkeit; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 94i.

³¹¹ Anders insoweit wohl *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 44.

³¹² Vgl. BVerfG NJW 2003, 1030; *Krey/Esser* AT Rn. 105; zu § 13 auch *Ransiek* JuS 2010, 585, 586; *Vogel* Norm und Pflicht S. 330; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 91; im Ergebnis auch S. *Böhm* Garantienpflichten S. 170, zuvor eingehend zu Art. 103 II GG, S. 107 ff.; *Herbertz* Ingerenz S. 202, 211, zuvor eingehend generell zur Bestimmtheit von § 13 StGB, S. 183 ff.; *Albrecht* Begründung S. 182 bejaht die Verfassungsmäßigkeit von § 13 StGB, mahnt jedoch (hinsichtlich der Garantienstellungen aus familiären Beziehungen) einen Verstoß der von der Rechtsprechung und Literatur vorgenommenen *Auslegung* gegen Art. 103 II GG an.

³¹³ BVerfGE 48, 48, 56; BVerfGE 75, 329, 341; BVerfGE 85, 69, 73; BVerfGE 87, 363, 391; BVerfGE 96, 68, 97 (zu § 13 StGB); BVerfGE 126, 170, 195 ff.; BVerfG NJW 2001, 1848, 1850; BVerfG NJW 2003, 1030.

³¹⁴ Vgl. *Dannecker/Schuhr* LK § 1 Rn. 209, 252; siehe auch *T. Fischer* in: *Gefahr* S. 127, 135 f.

Norm maßgeblich von ihrer Auslegungsfähigkeit abhängt, kann ein Urteil über die Verfassungskonformität des § 13 I StGB nicht vor einer eingehenden Untersuchung ihrer Voraussetzungen erfolgen.³¹⁵ Wenn eine für den Normadressaten vorhersehbare und auf den Wertentscheidungen des parlamentarischen Gesetzgebers beruhende³¹⁶ Auslegung gelingt, überwiegen die hinter § 13 StGB stehenden kriminalpolitischen Erwägungen des Gesetzgebers die Bedenken bezüglich der Bestimmtheit.³¹⁷ Wenn sich § 13 StGB als auslegungsfähig erweist,³¹⁸ ist die Vorschrift *hinreichend* bestimmt.

2. Neuregelung de lege ferenda

Auch wenn damit die Regelung des § 13 StGB als auslegungsfähig erweist und damit den Anforderungen von Art. 103 II GG genügt, ist sie aufgrund ihrer Offenheit dennoch im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz äußerst kritisch zu sehen und eine Konkretisierung durch den Gesetzgeber wäre angebracht.³¹⁹

Der Verweis auf andere Vorschriften des Allgemeinen Teils kann rechtspolitisch ebenso wenig wie die Hürden einer sachgerechten Kodifizierung „Ausrede“ für die Inhaltsleere von § 13 StGB sein.³²⁰ Eine genauere Bestimmung wäre auch prinzipiell möglich, wie insbesondere der Alternativentwurf 1966 (der immerhin die Garantenstellung aus Ingerenz explizit regelte) sowie die in der Großen Strafrechtskommission verworfenen Entwürfe³²¹ (trotz vorhandener Schwächen) zeigen.³²² Zugegebenermaßen ist Unterlassungsstrafbarkeit einer Abstrahierung schwer zugänglich und trotz umfassender Systematisierungsversuche in der Literatur konnte ein einheitlich anerkanntes Prinzip zur Begründung der Gleichstellung nicht gefunden werden.³²³ Es erscheinen jedoch die maßgeblichen Argumente in der Wissenschaft weitestgehend ausgetauscht zu sein, sodass ein Abwarten

³¹⁵ Kudlich JZ 2003, 127; siehe auch Dannecker/Schuhr LK § 1 Rn. 110; Kuhlen FS Otto S. 89, 91 f., 102 f.

³¹⁶ Siehe zu den Schutzrichtungen des Gesetzlichkeitsgrundsatzes etwa BVerfG NJW 2003, 1030 m.w.N.; Schünemann Nulla poena passim.

³¹⁷ Siehe auch Seelmann NK¹ § 13 Rn. 2, 4; zudem Lenckner JuS 1968, 304, 305; auf das Auffinden adäquater, wertausfüllender Auslegungsinhalte verweist auch Herbertz Ingerenz S. 211.

³¹⁸ BVerfGE 96, 68, 97 ff. sieht die Auslegung für § 13 StGB als durch die Rechtsprechung gewährleistet an.

³¹⁹ Wünschenswert wäre insofern ein möglichst hoher Grad an Bestimmtheit; vgl. auch Lenckner JuS 1968, 304, 305: „so bestimmt [...] wie dies bei Berücksichtigung der Erfordernisse materieller Gerechtigkeit möglich ist“; wäre es möglich, das unechte Unterlassungsdelikt „besser und deutlicher zu regeln [...] so müßte dieser Weg schon aus verfassungsrechtlichen Gründen besprochen werden“ (JuS 1964, 304, 305); es handle sich jedoch aufgrund des weiten Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers nur um eine Vertretbarkeitsprüfung; Stam ZStW 131 (2019) 259, 283; siehe auch Herbertz Ingerenz S. 170, 197: kein unnötiges Zurückfallen hinter die Bestimmtheitserfordernisse des Besonderen Teils.

³²⁰ So auch Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 21 Rn. 44; Herbertz Ingerenz S. 188 f.; Schmitz MK § 1 Rn. 64; siehe auch Kamberger Treu und Glauben S. 196 f.

³²¹ Siehe zu diesen → A; siehe im Übrigen die Entwürfe von v. Coelln Unterlassungsdelikt S. 130 f.; Freund MK § 13 Rn. 29; Grünwald ZStW 70 (1958) 412, 424 ff., 431; Herbertz Ingerenz S. 382 f.; Herzberg Garantenprinzip S. 362; Kugler Ingerenz S. 400 ff., 403; Schünemann Grund und Grenzen S. 380 f.

³²² Ebenso Stam ZStW 131 (2019) 259, 284.

³²³ Statt aller Ceffinato Legitimation S. 144; Kargl ZStW 119 (2007) 250, 278: „babylonische Verwirrung“; Kühl AT § 18 Rn. 42; Schünemann FS Amelung S. 303, 304, 306, „kaum noch überschaubare Fülle einan-

keinen wesentlichen Erkenntnisgewinn mehr bringt.³²⁴ Können „die maßgeblichen Gesichtspunkte als zusammengetragen gelten“, muss der Gesetzgeber die Letztentscheidung treffen und darf sich dieser nicht enthalten.³²⁵ Es hat sich hinsichtlich der Garantstellungen zwar in den Konzepten³²⁶ keine Einheitlichkeit³²⁷ herausgebildet, doch wohl ein reiches Angebot an den Gesetzgeber der insoweit nun „Farbe bekennen“ muss.³²⁸ Dass die Strafrechtswissenschaft hinsichtlich der *Kernfragen* der materiellen Garantlehre demnächst auf einen gemeinsamen Nenner kommt, erscheint (bereits aufgrund z.T. stark divergierender rechtsphilosophischer und rechtsdogmatischer Ausgangspunkte) wenig realistisch.³²⁹ Trotz dieser Uneinigkeiten scheint die Problematik heute wissenschaftlich deutlich tiefer durchdrungen³³⁰ zu sein als zur Entstehungszeit des § 13 I StGB³³¹ und damit „vergesetzlichungsfähig“. Gerade in dieser „Pattsituation“ wäre eine Richtungsentscheidung des demokratischen Gesetzgebers erforderlich. Hierdurch könnten zumindest die für die Garantstellung maßgeblichen Prinzipien³³² sowie die einzelnen Entstehungsgründe benannt werden.

3. Zwischenergebnis

Es scheint daher sinnvoll, zu differenzieren: Die Kritik an § 13 I StGB ist rechtspolitisch überzeugend. Soweit sich die Vorschrift jedoch als auslegungsfähig erweist, bedeutet diese Kritik nicht ihre Verfassungswidrigkeit wegen Art. 103 II GG. Aufgrund der Entscheidung des BVerfG, die alle Gerichte mit Gesetzeskraft bindet, § 31 I BVerfGG, muss die Verfassungskonformität des § 13 I StGB zudem bei einer realistischen Betrachtung

der widersprechender Theorien“, „dogmatisches Chaos“, während bei den meisten anderen Fragen des allgemeinen Teils bis auf die „semantischen Ränder“ Einigkeit besteht, herrscht hinsichtlich der Garantstellungen, die eine Behebungsgleichheit herstellen sollen, also die „Kernfrage“ der Strafbarkeit noch immer weitestgehend Uneinigkeit. Siehe auch *Hefendehl* GA 2019, 704, 710: Der materielle Grund der Garantstellungen bleibt regelmäßig im Dunklen.

³²⁴ Entsprechend zur Notstandsregelung *Zieschang* in: Strafgedanke S. 173, 182; sowie zum Fahrlässigkeitsdelikt *ders.* in: Rechtsvergleich S. 223, 224.

³²⁵ Allgemein *Zieschang* in: Strafgedanke S. 173, 183; *ders.* in: Rechtsvergleich S. 223, 224.

³²⁶ Wohl aber besteht *in den Ergebnissen* jedenfalls für die meisten Fälle weitgehende Einigkeit.

³²⁷ **Anders** etwa *Kühl*, der meint die Lehre inzwischen eine gewisse Einheitlichkeit erreicht habe, sodass die Materie nun „vergesetzlichungsfähig“ sei, *Kühl* FS Herzberg S. 177, 190 f.; zustimmend *Bung* ZStW 120 (2008) 526, 535 m. Fn. 27; äußerst pessimistisch hingegen *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 13.

³²⁸ Ähnlich zu derartigen Konstellationen *Zieschang* in: Strafgedanke S. 173, 182 f., der auch darauf hinweist, dass eine spätere Änderung immer möglich bleibt; *ders.* in: Rechtsvergleich S. 223, 224.

³²⁹ So bestehen hinsichtlich der durchaus strafbarkeitsrelevanten Frage nach dem Erfordernis der Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens bei der Ingerenz zwei ähnlich starke Lager in der Literatur. Siehe → Kapitel 4 § 2 A II.

³³⁰ Und damit für die Kodifizierung vorbereitet; vgl. etwa *Maiwald* JuS 1981, 473, der betont, dass der Gesetzgeber immer nur auf den aktuellen Stand der Wissenschaft aufbauen kann; zur Bedeutung der Strafrechtsdogmatik auch *Gimbernat* ZStW 82 (1970) 379, 405 ff.

³³¹ Siehe dazu auch *Schünemann* FS Amelung S. 303, 320.

³³² Bildlich *Stam* ZStW 131 (2019) 259, 285: „Das Licht einschalten“ könne im dunkelsten Kapitel der Strafrechtsdogmatik nur der Gesetzgeber; siehe auch *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 56; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 59; *Schünemann* in: Freiburg-Symposium S. 103, 115; *Herbertz* Ingerenz S. 191 f.

als *status quo* hingenommen werden.³³³ Dass das BVerfG, das bekanntlich eine recht großzügige Linie bezüglich der Bestimmtheit von Gesetzen fährt,³³⁴ seine Rechtsprechung ändert und § 13 StGB für verfassungswidrig erklären wird, ist illusorisch.³³⁵ Auch erschiene dies unter Bestimmtheitsgrundsätzen eher *kontraproduktiv*,³³⁶ indem sich dann zwangsläufig die Frage stellen würde, inwieweit die Rechtsprechung jedenfalls einen unerlässlichen Kernbereich der Garantienunterlassungen wieder auf eine Auslegung der Begehungstatbestände stützen muss.

II. Restriktive Auslegung von § 13 I StGB?

Aufgrund der Kritik an § 13 I StGB gibt es Bestrebungen, die Grenzen der Unterlassungsstrafbarkeit aufgrund der Unbestimmtheit des Gesetzes im Zweifel enger zu ziehen.³³⁷ Dies wird zum Teil mit dem Prinzip *in dubio pro libertate* begründet³³⁸ oder auf das Eingrenzungs- und Präziserungsgebot gestützt.³³⁹ Die Garantienpflicht sei auf die eindeutigen Fallgestaltungen zu begrenzen.³⁴⁰ Eine solche Einschränkung ist jedoch weder der Verfassung noch dem Gesetz zu entnehmen. Natürlich ist aufgrund des mehrdeutigen Wortlauts eine verfassungsorientierte Auslegung geboten, die jedoch keine Zweifelsfallregelung ist,³⁴¹ sondern als Sonderfall der systematischen Auslegung dem hohen Rang von Verfassungswerten im Rahmen der Sinnerfassung unbestimmter Tatbestandsmerkmale Rechnung trägt.³⁴² Wenn eine Auslegung zur „Wirkkraft“ eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts beiträgt, spricht dies für diese Interpretation. Dieses Argu-

³³³ In diesem Sinne auch *Weigend* LK § 13 Rn. 19, man müsse sich „trotz berechtigter Bedenken“ im Hinblick auf die Bestimmtheit mit der Gesetzeslage abfinden; vgl. zudem v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 81; *Vogel* Norm und Pflicht S. 331.

³³⁴ Vgl. auch *Ceffinato* Legitimation S. 64 „moderate Handhabung“; *Kudlich* JZ 2003, 127; **kritisch** hierzu etwa *Berster* Unterlassungsdelikt S. 53; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 44; *Schmahl* Handbuch Bd. 1 § 2 Rn. 57; *Seebode* JZ 2004, 305, 307; zusammenfassend zur Linie des Bundesverfassungsgerichts *Paeffgen* StraFo 2007, 442, 443.

³³⁵ Siehe auch *Fünfsinn* Aufbau S. 13 f.; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 46; *Weigend* LK § 13 Rn. 19.

³³⁶ Dazu ausführlich → C II.

³³⁷ *Arm. Kaufmann* JuS 1961, 173, 176; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 5/6; *G. Dannecker/C. Dannecker* JZ 2010, 981, 982; *Fünfsinn* Aufbau S. 95; *Gaede* NK § 13 Rn. 3, 29; *Herbertz* JR 2016, 548, 550; *dies.* Ingerenz S. 211: § 13 StGB bedürfe „spezifischerer einschränkender Auslegungsmaximen“; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 46: „zur Linderung des Unbehagens“; *Murmann* GK § 29 Rn. 29; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 13; *Verrel* GA 2003, 595, 597; *Weigend* LK § 13 Rn. 19; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 3; *Sowada* Jura 2003, 236, 237; siehe auch *Dießner* Unterlassungsstrafbarkeit S. 211.

³³⁸ *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 334; siehe hierzu auch *Lenckner* JuS 1968, 304, 308.

³³⁹ *Gaede* NK § 13 Rn. 3. Vgl. zu diesem im Allgemeinen BVerfGE 126, 170, 198.

³⁴⁰ *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 10; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 13; *Gaede* NK § 13 Rn. 29; ferner *Kühl* AT § 18 Rn. 6: die Unterlassungsdelikte dürften keine reine Unmoral erfassen.

³⁴¹ **Anders** wohl *Langer* Sonderstrafat S. 460.

³⁴² *Engisch* Einführung S. 124; *Krey* Gesetzesvorbehalt S. 69 f.; *Kudlich* Handbuch Bd. 1 § 3 Rn. 54; zum besonderen Gewicht verfassungsrechtlicher Normen in diesem Argumentationszusammenhang auch *Dannecker/Schuhr* LK § 1 Rn. 332. Für § 13 StGB ähnlich *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 98.

ment ist jedoch nicht unüberwindbar, sondern muss mit widerstreitenden Positionen abgewogen werden.³⁴³ Neben den Freiheitsrechten des Verpflichteten dürfen etwa die hinter den Individualrechtsgütern stehenden Freiheitsrechte des Gefährdeten nicht aus dem Blick geraten.³⁴⁴ Anderenfalls besteht die Gefahr, unter einseitiger Gewichtung des Bestimmtheitsgrundsatzes das kriminalpolitisch gebotene und gesetzlich bezweckte Rechtsgüterschutzniveau zu unterschreiten. Wenn bei der Strafbarkeitsbegründung *andere* verfassungsrechtliche Wertentscheidungen berücksichtigt werden, verletzt dies nicht Art. 103 II GG, sondern setzt gerade das *gesamte* grundlegende Wertsystem des Grundgesetzes³⁴⁵ (und nicht *allein* Art. 103 II GG) um. So könnte im Gegenteil eine Unterschreitung des *gesetzlich vorgesehenen* Schutzniveaus selbst dem Gesetzlichkeitsgrundsatz, Art. 103 II GG, widersprechen, soweit er Demokratie und Gewaltenteilung³⁴⁶ schützt. Über die Strafbarkeit entscheidet abstrakt-generell der Gesetzgeber. Dessen bewusste, sich im Gesetz niederschlagende Entscheidung, auf eine abschließende Normierung zu verzichten und stattdessen eine offene Formulierung zu wählen, würde durch eine einengende Auslegung unterlaufen.³⁴⁷ Im Ergebnis gibt dabei also keine extensive oder restriktive, sondern nur eine „richtige“ Auslegung.³⁴⁸ Soweit es um die Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens geht, bleibt es bei der allgemeinen Regel, dass auch bei auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffen der Wortlaut die Auslegungsgrenze bildet.³⁴⁹ Die Bedeutung der Norm wird von der Rechtsprechung und Wissenschaft vom Ausgangspunkt des mehrdeutigen Wortlauts nicht willkürlich, sondern anhand von System und Zweck – und damit dem gesetzgeberischen Regelungskonzept³⁵⁰ – konkretisiert. Innerhalb dieser systematischen

³⁴³ *Kudlich* Handbuch Bd. 1 § 3 Rn. 54. So kann insbesondere der Zweck eines Gesetzes für eine tendenziell „weite“ oder „enge“ Auslegung sprechen, vgl. *Roxin/Greco* AT I § 5 Rn. 28.

³⁴⁴ *Wolter* GA 1991, 531, 537; *Volk* FS Tröndle S. 219, 236; siehe auch *Kudlich* Handbuch Bd. 1 § 3 Rn. 61; hier kann das Unterraßverbot Platz greifen, vgl. hierzu etwa *Hassemer* in: Rechtsgutstheorie S. 57, 62 f.

³⁴⁵ Vgl. hierzu *Zieschang* FS Hirsch S. 831, 839.

³⁴⁶ Vgl. nur BVerfG 73, 206, 235; BVerfGE 75, 329, 341; BVerfGE 87, 363, 391; BVerfGE 130, 1, 43; BVerfGE 143, 38, 52 f.; BVerfG NJW 2003, 1030 m.w.N.; nachdrücklich hierzu auch *Gärditz* Der Staat 49 (2010) 331, 339 *et passim*; *Grünwald* ZStW 76 (1964) 1, 16; sowie *Ransiek* Gesetz S. 40 ff., 44, 123, der dies als *ausschließlichen* Zweck des Gesetzlichkeitsprinzips annimmt.

³⁴⁷ Denn die Grenze einer verfassungskonformen Auslegung liegt nach dem Bundesverfassungsgericht jedenfalls dort, wo sie „das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlen oder verfälschen“ würde; BVerfGE 8, 28, 34, es entstünde nicht nur ein Konflikt mit den Kompetenzen des Gesetzgebers, sondern außerdem mit dem Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts; siehe auch *Dannecker/Schuhr* LK § 1 Rn. 328; wie hier zudem *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 80; *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen S. 186 f.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 336.

³⁴⁸ *Jescheck/Weigend* § 17 IV 4; *Vogel* Norm und Pflicht S. 337; siehe *Kaspar* Präventionsstrafrecht S. 152, der den Grundsatz *in dubio pro libertate* in der verfassungsrechtlichen Abwägung zwar auf die empirisch geprägten Elemente der Verhältnismäßigkeit, Geeignetheit und Erforderlichkeit, jedoch nicht auf die normative Frage der Angemessenheit (und auf normative Fragen kommt es auch hier allein an) beziehen will; vgl. auch *Puppe* Schule S. 113: die Rechtsanwendung im Einzelfall muss für sich in Anspruch nehmen können, jedenfalls im Einzelfall die einzig richtige zu sein; **andere** *Tiedemann* Verfassungsrecht S. 42 f.

³⁴⁹ Siehe nur BVerfGE 126, 170, 197. Das im Wege der Auslegung gefundene *Ergebnis* muss Art. 103 II StGB entsprechen. Dabei handelt es sich jedoch um eine *Kontrolle*, nicht hingegen um eine eigenständige Auslegungsmethode; vgl. auch *Kudlich* Handbuch Bd. 1 § 3 Rn. 47.

³⁵⁰ *Dannecker/Schuhr* LK § 1 Rn. 291.

und teleologischen Auslegung ist der Einklang mit verfassungsrechtlichen Prinzipien herzustellen, sodass kein Zweifelsfall aufkommt, für den eine restriktive Auslegung erforderlich wäre.³⁵¹

III. Folgerungen für die weitere Untersuchung

Wie oben dargelegt, wird sich die Arbeit nicht mit Spekulationen über die Verfassungswidrigkeit des § 13 StGB aufhalten. Stattdessen soll dem Gebot *hinreichender Bestimmtheit* durch eine enge Orientierung an den gesetzlichen Wertentscheidungen Rechnung getragen werden.³⁵² Die Definition der Garantenstellungen ist keine Frage des subjektiven Meinens, sondern nach den objektiven Wertmaßstäben der Rechtsordnung zwingend vorgegeben. Es geht also um die „Erkenntnis“ des „der Idee nach eindeutig Richtigen“.³⁵³ Eine Theorie der Garantenstellung darf sich also nicht darauf beschränken, dem Rechtsanwender ein normatives „Vakuum“³⁵⁴ zu eröffnen, welches sich durch freie, dezisionistische Wertungsakte auffüllen ließe.³⁵⁵ Viel zu häufig wird die Regelung des § 13 StGB mit einem pauschalen Hinweis auf ihre Unbestimmtheit vorschnell abgetan, ohne sich tatsächlich mit ihr zu beschäftigen.³⁵⁶ Überdies wird dabei nicht beachtet, dass die rechtliche Konzeption nicht bloß aus § 13 I StGB besteht, sondern diese Vorschrift systematisch im Gesamtkontext der allgemeinen Strafrechtsdogmatik steht.

Weiterhin sollen rechtsphilosophische Fragestellungen hier nur im Zusammenhang mit entsprechenden Einzelansichten dargestellt und bewertet werden.³⁵⁷ Dabei soll keinesfalls der theoretische Ertrag der mitunter äußerst interessanten Betrachtungen geleugnet

³⁵¹ Auch das BVerfG verweist in seiner Entscheidung zu § 13 StGB auf die üblichen Auslegungsmethoden, BVerfGE 96, 68, 97 f.; ebenso BVerfGE 85, 69, 73: ein mithilfe der *gängigen* Methoden gefundenes restriktives Interpretationsergebnis sei „unter Bestimmtheitsgesichtspunkten *unbedenklich*“; Hervorhebung nicht im Original; BVerfGE 87, 363, 391; BVerfGE 105, 135, 157; BVerfGE 143, 38, 55.

³⁵² Hierfür auch *Rudolphi SK*⁷ § 13 Rn. 3; *Stein SK* § 13 Rn. 6, 16; siehe weiterhin *Schünemann* in: *Grundfragen* S. 1, 58: „Auslegung der legislatorischen Entscheidungen“; *Herbertz Ingerenz* S. 212: „spezifisch wertungsprinzipienorientierte systematische Auslegung“. – Zwar erscheint das Ideal *Montesquieu*s, das Urteil sei nur die genaue Wiedergabe des Gesetzestextes (*Montesquieu De l'esprit des lois* Liv. XI Chap. VI: „les jugements doivent être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi“) und der Richter der „Mund“ der die Aussagen des Gesetzes verkünde („[...] les juges de la nation ne sont que [...] la bouche qui prononce les paroles de la loi“) aus heutiger Perspektive *naiv* (so auch *Roxin/Greco* AT I § 5 Rn. 27; *Schünemann* *Nulla poena* S. 10). Doch gilt sicherlich der zweite Teil der Aussage, dass es nicht auf die persönliche Wertung des Rechtsanwenders ankommen darf („S'ils étoient une opinion particulière du juge on vivrait dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte“). Siehe auch *Schünemann* aaO: Die gegenteilige Konsequenz, die Gesetzesbindung des Richters sei obsolet, ist „ein ziemlich peinlicher Fehlschluß“.

³⁵³ *Engisch* Einführung S. 185. Dort wo keine objektive Wertung besteht, hat das Verhalten straffrei zu bleiben, vgl. *Roxin* JuS 1964, 373, 379 (zum unbestimmten Begriff der „Sittenwidrigkeit“).

³⁵⁴ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 149.

³⁵⁵ Siehe dazu im Allgemeinen *Puppe* FS Neumann S. 323, 324.

³⁵⁶ So etwa *Matt* Kausalität S. 17; *Herbertz Ingerenz* S. 23, 116 (zur Entsprechungsklausel).

³⁵⁷ Speziell im Hinblick auf die Garantenstellungen, bezüglich derer eine exakte gesetzliche Regelung fehlt, suchen zahlreiche Autoren zur Auffüllung dieses Leerraums nach einer philosophischen Anknüpfung, insbesondere bei *Kant* und *Hegel*. Hinsichtlich der Garantenstellung maßgeblich an *Kant* anknüpfend *E. A. Wolff, Köhler, Kahlo, Seelmann, Grünwald, Matt, Paradissis*; vgl. auch *Vogel*; maßgeblich an *Hegel* anknüpfend *Jakobs, Pawlik, Sánchez-Vera*.

werden. Das Strafrecht ist jedoch aufgrund des *nullum crimen* Satzes, Art. 103 II GG, eben „erzpositivistisch“,³⁵⁸ sodass Maßstab der Strafbarkeit nicht die „beste“, sondern die sich aus dem geltenden Recht ergebende Lösung ist. Dieses leitet seine Geltung weder aus bloßem Machtanspruch noch aus übergeordnetem moralischen Recht, sondern aus dem demokratischen Verfahren ab,³⁵⁹ welches selbst wiederum Ausdruck von Freiheit und individueller Selbstbestimmung ist.³⁶⁰ Die Autorität des Gesetzes darf insbesondere nicht im Sinne einer „Lieblingsphilosoph-Methode“ mit dessen Autorität ersetzt werden.³⁶¹ Dies bedeutet nicht, dass man in der Philosophie keine Anregungen oder Ideen suchen könnte, um verfassungsrechtliche oder strafrechtliche Begriffe zu reflektieren oder zu konkretisieren.³⁶² Problematisch wird es erst dann, wenn hieraus für spezifische strafrechtsdogmatische Fragen unmittelbar Lösungen deduziert werden, die im geltenden Strafrecht keinen Anhaltspunkt aufweisen. Verfehlt ist es daher etwa, § 13 StGB mangels ausreichender Anhaltspunkte als „Tor zum Naturrecht“ anzusehen.³⁶³ Derartigen Wertideen fehlt in einem demokratischen Rechtsstaat die verfassungsrechtliche Legitimation. Sie mögen zwar dem Gesetzgeber die *äußersten* Grenzen³⁶⁴ legitimer Rechtssetzung zu ziehen, sind aber innerhalb dessen nicht geeignet, Rechtsfragen zu *beantworten* und so fehlende Wertentscheidungen des Gesetzgebers zu *ersetzen*.³⁶⁵ Entscheidend ist in viel höherem Maße, dass die Strafbegründung als Grundrechtseingriff in heutiger Zeit nur innerhalb des von der Verfassung gesteckten Rahmens erfolgen kann.³⁶⁶ Das Grundgesetz enthält insoweit Grundsatzentscheidungen, die für alle Bereiche des Rechts gelten.³⁶⁷

³⁵⁸ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 39; siehe auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 90.

³⁵⁹ Vgl. *Habermas* Faktizität S. 674. Nachdrücklich die Notwendigkeit der demokratischen Verankerung des Strafrechts betonend *Gärditz* Der Staat 49 (2010) 331 ff., 349: überpositives Strafrecht wäre undemokratisch; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 90; gegen die Ableitung strafrechtlicher Ergebnisse aus philosophischen Grundsätzen auch *Roxin* Chengchi Law Review 50 (1994) 219, 255.

³⁶⁰ Vgl. BVerfGE 123, 267, 341; *Radbruch* RPh S. 71: „es gehört [...] zum Begriffe des richtigen Rechts, positiv zu sein“; vgl. auch *ders.* Vorschule S. 105 ff.; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 85p m. Fn. 187: als demokratisch legitimiertes Gesetz kann das Recht überhaupt erst seine freiheitssichernde Aufgabe erfüllen. Dies wird gerade auch von denjenigen Autoren betont, die auf der anderen Seite erheblich von den Schriften des deutschen Idealismus geprägt sind, vgl. etwa *Köhler* AT S. 17 f.; *Murmann* Selbstverantwortung S. 223 f.; *Pawlik* Unrecht S. 102; *Zaczyk* Der Staat 50 (2011) 295, 297.

³⁶¹ Treffend *Hörnle* FS HU S. 1265, 1270 ff.; S. 1276: Dies könne sogar mit dem Anspruch auf Wissenschaftlichkeit kollidieren: „Heilige Schriften“ gibt es nur in der Theologie, nicht in der Philosophie; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 85p: selbstverständlich erst recht nicht in der Rechtswissenschaft; insoweit zustimmend auch *Pawlik* Unrecht S. 35.

³⁶² Dazu eindrücklich *Pawlik* Unrecht S. 26 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen, der zu Recht betont, dass sich die Rezeption eines Begriffs oder einer Idee nach den Maßstäben des Strafrechts, nicht der Herkunftsdisziplin vollziehen muss (S. 35).

³⁶³ So ausdrücklich aber *Matt* Kausalität S. 17 f.; die Strafbegründung kann jedoch in unserer säkularisierten Gesellschaft nicht aus metaphysischen Prinzipien erfolgen, vgl. *Lüderssen* FS Eser S. 163, 166:

³⁶⁴ Die Schwelle wird dabei hoch zu legen sein, vgl. etwa *Radbruch* SJZ 1 (1946) 105 ff. – diese Erwägungen spielen also unter Geltung des Grundgesetzes praktisch keine Rolle.

³⁶⁵ Treffend *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 90; vgl. auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 35.

³⁶⁶ *Hörnle* Straftheorien S. 17 f.; siehe auch *Frisch* in: Jahrtausendwende S. 159, 185; *ders.* GA 2019, 537, 541; *Weigend* LK Einl. Rn. 33; *Zieschang* GA 2006, 415, 417; eingehend zur Frage verfassungsrechtlicher Legitimation *Kaspar* Präventionsstrafrecht S. 42 ff.

³⁶⁷ *Zieschang* FS Hirsch S. 831, 836; *ders.* GA 2006, 415, 417.

Diese Anbindung an die Maßstäbe der Verfassung sichert ab, dass die Freiheitsrechte aller Beteiligten gewahrt sind.

Zu bedenken ist außerdem, dass die Strafrechtsdogmatik ihre Begriffe anhand der gesetzlichen Wertentscheidungen sowie im Hinblick auf die ganz spezielle Rechtsfolge „Kriminalstrafe“ ausrichten muss. Hierzu wurden ganz spezielle Institute entwickelt, im vorliegenden Kontext etwa die Garantenstellung, mithilfe derer begründet werden soll, welche Unterlassungen welcher Personen *nach den Begehungstatbeständen des StGB bestraft* werden können, § 13 StGB. Dabei wird wiederum zwischen Beschützer- und Überwachungsgarantenstellungen unterschieden, wobei sich beide Gruppen wieder in einzelne Untergruppen aufgliedern, etwa die Garantenstellung aus Ingerenz ordnet sich in die Überwachungsgarantenstellungen ein. Wenn man dann die prinzipielle Frage bejaht hat, dass Personen, die eine selbst geschaffene Gefahr nicht eindämmen, (vorbehaltlich § 13 II StGB) gleich einem Begehungstäter bestraft werden können, ist es sodann entscheidend, zu präzisieren, welche Eigenschaften diese Gefahrschaffung aufweisen muss, etwa ob das Vorverhalten pflichtwidrig sein muss. Übergesetzliche Maßstäbe sind in aller Regel „zu vage und nicht differenziert genug, um bei der Vielzahl möglicher Erscheinungen einen brauchbaren Maßstab zu liefern“,³⁶⁸ wenn es um spezifisch strafrechtliche Fragen geht.³⁶⁹

Es ist dagegen die Aufgabe der *Strafrechtsdogmatik*, die gesetzlichen Wertentscheidungen zu konkretisieren und auf den Begriff zu bringen. Sie muss dabei den Anspruch haben, Antworten auf konkrete Rechtsfragen geben.³⁷⁰ Somit hat auch die hier angestrebte Lösung dem Anspruch zu genügen, auf dem Boden des geltenden Rechts eine zudem praxistaugliche,³⁷¹ hinreichend bestimmte Richtlinie zu bieten. Die Untersuchung hat

³⁶⁸ Lenckner Notstand S. 173; siehe auch Hassemer FS Lenckner S. 97 f.; Roxin/Greco AT I § 7 Rn. 331, 850 f.

³⁶⁹ Die Philosophie, etwa des deutschen Idealismus, hat sich mit *all diesen* Fragen nicht beschäftigt, sodass gerade die *entscheidenden* Begründungsschritte nicht mehr Gedankengut der jeweiligen Philosophie, sondern ihres Interpreten darstellen.

³⁷⁰ Zur Bedeutung der Strafrechtsdogmatik für die Rechtsanwendung etwa Gimbernat ZStW 82 (1970) 379, 405: „Indem die Strafrechtsdogmatik Grenzen setzt und Begriffe bildet, ermöglicht sie eine sichere und berechenbare Anwendung des Strafrechts und entzieht es der Irrationalität, der Willkürlichkeit und der Improvisation. Je ärmer die Entwicklungen einer Dogmatik, desto unvorhersehbarer die Entscheidungen der Gerichte [...]“; Welzel FS Maurach S. 3, 5; pessimistischer Burkhardt in: Jahrtausendwende S. 111, 152 f. *et passim*.

³⁷¹ Roxin/Greco AT I § 7 Rn. 85g. Siehe etwa die Bedenken zu mancher dogmatischen Entwicklung Hirsch FS Universität Köln S. 399, 426 f.: „Tendenz zu unscharfen Basisbegriffen“; „praxisferne[...] Konstruktionen“; „dogmatische Überzüchtungen“; ders. in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 65, 79; kritisch im Hinblick auf die „blühende Produktion ‚folgenloser‘, also für die Kriminalpolitik und die Strafjustiz – bis hin zur Revisionsjustiz – überkomplexer, Dogmatik“ auch Hassemer in: Das Proprium S. 185, 189; sowie Burkhardt in: Jahrtausendwende S. 111, 127 *et passim*.

nicht das Ziel, das Einstehenmüssen für alle denkbaren Fallgruppen zu definieren, sondern konzentriert sich auf die der Garantenstellung aus vorangegangenem Tun.³⁷²

C. § 13 StGB als Ausgangspunkt der Gleichstellungsrichtlinie

Trotz der berechtigten Zweifel bezüglich der Bestimmtheit des § 13 I StGB ist es positiv zu bewerten, dass nun überhaupt ein gesetzlicher Anhaltspunkt der Unterlassungsstrafbarkeit besteht.³⁷³ Während zuvor sowohl das „ob“ als auch die Voraussetzungen der unechten Unterlassungsdelikte besonders hergeleitet werden mussten, besteht heute zumindest bezüglich ersterer Frage Klarheit. § 13 StGB regelt, dass es „unechte“ Unterlassungsdelikte gibt und diese nach dem Willen des Gesetzgebers bestraft werden sollen.³⁷⁴ Zumindest das Problem der strafbarkeitsbegründenden Analogie stellt sich so nicht mehr,³⁷⁵ wenngleich Zweifel bezüglich des Bestimmtheitsgrundsatzes verbleiben.³⁷⁶ Dieser Fortschritt ist nicht klein zu reden, stellt doch die Rechtsfindung *praeter legem* einen verbotenen Übergriff in den originären Aufgabenbereich des parlamentarischen Gesetzgebers dar, während die Ausfüllung von Auslegungsspielräumen durch die Gerichte im System der Gewaltenteilung grundsätzlich vorgesehen ist.³⁷⁷ Insoweit hat der Gesetzgeber manche Zweifelsfrage der Klärung durch die Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen.³⁷⁸

³⁷² Um § 13 StGB auf den Fall der Ingerenz anwenden zu können, müssen die materiellen Begriffsinhalte des „Einstehenmüssens“ oder des „Entsprechens“ nicht vollständig für alle Garantenstellungen geklärt werden: „Es genügt eine Teildefinition, [...], die im einzelnen Anwendungsfall erfüllt ist“ (allgemein *Puppe* FS Neumann S. 323, 330; siehe bereits *dies.* GS Arm. Kaufmann S. 15, 22 ff.), also die Konkretisierung des Begriffs „Einstehenmüssen“ gerade für die konkreten Lebenssachverhalte, die in der Rechtsprechung und Literatur unter dem Schlagwort „Ingerenz“ diskutiert werden.

³⁷³ Vgl. *Gallas* Niederschriften 12 S. 94: Die Lücke in der gesetzlichen Bestimmtheit wird kleiner“; siehe auch *Roxin* AT II § 31 Rn. 31, die Bestrafung beruhe nun auf dem Gesetz, nicht einem bloßen Analogieschluss; *Grandenrath* Rechtspflicht S. 260; *Jakobs* AT 29/3; *Seebode* FS Spindel S. 317, 329; **anders** *Freund* Erfolgsdelikt S. 1; *Herbertz* Ingerenz S. 170: „mangelhafte gesetzgeberische Leistung“; *Herzberg* Garantenprinzip S. 254 f.: Die Regelung des § 13 StGB sei verfehlt, das Schweigen des bisherigen StGB sei „kluge Zurückhaltung“; *Köhler* AT S. 213 f.; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 340 ff.: die Vorschrift gebe die falsche Sicherheit, man bewege sich auf der Grundlage der Verfassung; sie sei zu streichen; vgl. auch S. 355 „kein subsumtionsfähiges Strafgesetz“; *Schünemann* ZStW 96 (1984) 288, 298 f.: die Regel werfe mehr Fragen auf als sie löse.

³⁷⁴ *Roxin* JuS 1973, 197; *Weigend* Handbuch Bd. 1 § 11 Rn. 27 m. Fn. 54: „formale Regelung“. Siehe auch – bzgl. der Vorentwürfe – *Arm. Kaufmann* JuS 1961, 173, 176; kritisch zur früheren Rechtslage *ders.* Dogmatik S. 282: Bereits die Existenz des Unterlassungsdeliktens erfordere eine wertende Entscheidung. – Daher ist es widersprüchlich, die Unbestimmtheit von § 13 I StGB zu rügen, gleichzeitig aber die Strafbarkeit direkt auf die (insoweit noch weniger aussagekräftigen) Begehungstatbestände zu stützen, so aber etwa *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 32, der dies erwägt und die Frage im Ergebnis offenlässt.

³⁷⁵ Siehe *Kuhlen* FS Otto S. 89, 98: Das Analogieverbot richtet sich nicht an den Gesetzgeber.

³⁷⁶ *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 161; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 19; *Jescheck/Weigend* AT § 58 IV 3, 4; *Arm. Kaufmann* JuS 1961, 173, 176: rechtsstaatliche Bedenken lediglich gemildert, aber nicht behoben; *Krey/Esser* AT Rn. 1170; *Maiwald* JuS 1981, 473; *Roxin* JuS 1973, 197 f.; *ders.* AT II § 31 Rn. 32; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 84: § 13 stelle die Aufgabe, löse sie aber nicht; *Weigend* LK Einl. Rn. 43; vgl. auch *Haft* AT S. 179: unvermeidbarer Konflikt; **anders** *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 1: § 13 sei nahe an der Grenze einer verbotenen Analogie. Es handle sich um eine „noch zulässige innertatbestandliche Analogie“.

³⁷⁷ Siehe auch *Schünemann* Nulla poena S. 20: „durch keine noch so strenge Gewaltenteilung auszumerzen“. Der Richter ist eben nicht nur *la bouche qui prononce les paroles de la loi*.

³⁷⁸ *Weigend* LK Einl. Rn. 43.

In der Literatur wird in § 13 StGB häufig ein Auftrag zur richterlichen Rechtsfindung „*intra legem*“ gesehen.³⁷⁹

I. Abweichende Konzeptionen in der Literatur

Doch auch nach Inkrafttreten des § 13 StGB wurde dessen dogmatische Bedeutung in Zweifel gezogen. Im Schrifttum finden sich weiterhin Begründungsansätze, die das unechte Unterlassungsdelikt direkt in den Begehungstatbeständen verortet sehen³⁸⁰ und § 13 I StGB höchstens deklaratorische Bedeutung zumessen. Dies überrascht bereits bei einer oberflächlichen sprachlichen Betrachtung der Begehungstatbestände: Lässt es sich unter Geltung des Gesetzlichkeitsgrundsatzes tatsächlich ausdrücken, dass derjenige, der dem zuvor gefährdeten Opfer keine Rettung ruft, „getötet“ habe?

Diesen Weg geht *Freund*: Es könnten nur solche Unterlassungen bestraft werden, die dem Tatbestand genauso wie aktives Tun unterfallen.³⁸¹ Die Verhaltensform des Unterlassens könne problemlos unter den *Wortlaut* der Tatbestände des Besonderen Teils subsumiert

³⁷⁹ Zitat nach *Dannecker* FS Otto S. 25, 33; *ders./Schuhr* LK § 1 Rn. 173. *Grünwald* nennt den fast wortgleichen § 13 E 1962 „Analogiegebot“ (ZStW 76 (1964) 1, 7); zustimmend *Fünfsinn* Aufbau S. 11. *Welzel* spricht von § 13 StGB als einem „offenen Tatbestand“, bei dem der Kreis der Täter offengelassen sei und vom Richter nach dem Gesichtspunkt der Garantenstellung zu ergänzen sei (Das neue Bild S. 16; Strafrecht S. 208 f.); *Krey* sieht eine „innertatbestandliche Analogie“, eine Konkretisierung, dass die Begehungsdelikte auch durch Unterlassen erfüllt werden können (Gesetzesvorbehalt S. 225). *Wessels/Beulke/Satzger* sprechen von einer „richterlichen Tatbestandsergänzung“ (AT Rn. 1155), *Gössel* von den Gründen des Entstehenmüssens als ungeschriebenen Tatbestandsvoraussetzungen (Maurach/*Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 25). *Jakobs* bemerkt, § 13 I StGB regle nur die Unterlassungsstrafbarkeit, die Ergänzung des Unrechts müsse durch die Dogmatik erfolgen, AT 29/3; sehr weitgehend *Vogel*, der § 13 StGB gar als „Ermächtigung des Strafrichters zur Normen- und Tatbestandsbildung“ sieht (Norm und Pflicht S. 133). Die Aufgabe sei „näher an der Gesetzgebungslehre als bei der klassischen, ‚am‘ Gesetz arbeitenden Dogmatik“ (S. 305); *Perdomo-Torres*: Ermächtigung zur materiellen Konkretisierung (FS *Jakobs* S. 497, 510); ähnlich zu den Genannten auch *Bosch* Jura 2019, 1239; *Ceffinato* Legitimation S. 111; *Haft* AT S. 178 f.; *Hoyer* Strafrechtsdogmatik S. 373; *Kamberger* Treu und Glauben S. 167; **kritisch** *Bung* ZStW 120 (2008) 526, 544: zweifelhaftes Analogieerlaubnisnorm; *Seebode* NStZ 1993, 83, 84: dem Strafrichter entgegen Art. 103 II GG „*plein pouvoir*“ eingeräumt; *ders.* JZ 2004, 305, 307 f.: Missachtung der Gewaltenteilung.

³⁸⁰ *Freund* Erfolgsdelikt S. 143, dabei spricht er von „wohl vorherrschender Auffassung“; *ders.* FS *Herzberg* S. 225, 241; *Sch/Sch/Bosch* Vor § 13 Rn. 147; *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 314; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 3 ff.; *Herzberg* Garantenprinzip S. 156 f., 252 ff., 290; *Otto* AT § 9 Rn. 16; siehe auch *ders.* FS *Maurach* S. 91, 102; *ders.* NJW 1974, 528, 535: normiert seien Sachverhalte, nicht Handlungen; *ders./Brammsen* Jura 1985, 530, 532; *Perdomo-Torres* FS *Jakobs* S. 497, 498; *Schünemann* Unternehmenskriminalität S. 84 ff., der nun zwar auf die Entsprechungsklausel abstellt, jedoch weiterhin die sachlogische Begehungsgleichheit zu begründen sucht, denn der Garant solle „aus dem betreffenden Begehungstatbestand bestraft werden“; offen gelassen von *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 32; siehe auch *Nitze* Entsprechungsklausel S. 106 f., 125 ff.

³⁸¹ *Freund* Erfolgsdelikt S. 49 f., 144; siehe auch *ders.* MK § 13 Rn. 14 ff.; 66.

werden,³⁸² denn diese müssten die erfassten Verhaltensweisen nicht im Einzelnen bezeichnen, sondern nur „der Art nach“.³⁸³ Die Tatbestände bezögen sich nämlich nicht auf das „vordergründig-naturalistische Phänomen“, Tun und Unterlassen als Verhaltensformen, sondern sanktionierten vielmehr Verstöße gegen Verhaltensnormen.³⁸⁴ Es müsse für die Tatbestandsverwirklichung der „qualitativ der gemeinte Verhaltensnormverstoß“ vorliegen.³⁸⁵ Entscheidend sei dabei, dass der *spezifische Unrechtsgehalt* fast aller Begehungsdelikte auch durch Unterlassen verwirklicht werden könne.³⁸⁶ Tun und Unterlassen seien im Oberbegriff „Verhalten“ zusammengefasst,³⁸⁷ als verschiedene Erscheinungsformen des tatbestandsmäßigen Verhaltens müssten sie den gleichen normativen Kriterien folgen.³⁸⁸ Die meisten Tatbestände des besonderen Teils erforderten einen Verstoß gegen eine „dualistisch“, also auch durch die „Sonderverantwortlichkeit“ des Täters legitimierte Norm.³⁸⁹ § 13 StGB wiederum sei „bei korrektem Vorgehen unschädlich, aber bei der erforderlichen Rechtskonkretisierung in den hier interessierenden Bereichen nicht wirklich hilfreich und im ungünstigsten Falle sogar irreführend“.³⁹⁰

³⁸² Freund FS Herzberg S. 225, 241; ders. in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 385; ders./Rostalski AT § 6 Rn. 3; siehe auch Frisch Strafrecht § 8 Rn. 9: im Wege „sinnvoller“, durch § 13 gestützter Tatbestandsinterpretation; Rn. 17: Töten „im normativen Sinn“.

³⁸³ Freund/Rostalski GA 2018, 264, 269; Freund Erfolgsdelikt S. 14: Die Wortlauttatbestände seien tatsächlich auch bei aktiven Begehungen kaum aussagekräftig und gäben keinen Anhaltspunkt für die Zurechnung.

³⁸⁴ Freund MK § 13 Rn. 66, Hervorhebungen nicht im Original; ebenso ders. Erfolgsdelikt S. 14, 88 f.: Die Straftat liege „im (geistigen) Widerspruch des Handelnden oder Unterlassenden zur übertretenen Verhaltensnorm“; ders. in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 381: „Ontologismus“; die überschätzte Bedeutung der Kausalität bei der Begehung suggeriere die Relevanz des Wortlautes für die Begehungszurechnung, auch S. 386: „die unnötigen Hindernisse phänomenologischer Zufälligkeiten des Geschehens“, S. 390 *et passim*; ders./Rostalski AT § 2 Rn. 25, § 6 Rn. 56; siehe auch Rostalski GA 2016, 73, 78; S. Walter Pflichten S. 116.

³⁸⁵ Freund MK § 13 Rn. 67; ders./Rostalski AT § 6 Rn. 57; nahestehend auch Stein SK Vor § 13 Rn. 15: Verhaltenspflichtverstoß als strukturelle Gleichheit zum Begehungsdelikt; dieser stellt jedoch hinsichtlich der Subsumierbarkeit unter die jeweiligen Tatbestände auf die tatsächlichen Verhaltensformen ab; vgl. zudem Sánchez-Vera Pflichtdelikt S. 61: Es komme auf die „Form der Erwartung“, nicht die (naturalistische) „Form der Enttäuschung“ dieser Erwartung an; Lerman GA 2008, 78, 90, Norminhalt sei jeweils „Das Leben ist zu schützen“.

³⁸⁶ Freund MK § 13 Rn. 15, 67.

³⁸⁷ Freund MK § 13 Rn. 3; ähnlich Gimbernat ZStW 111 (1999) 307, 315; gegen „Verhalten“ als Oberbegriff zu Recht Gallas ZStW 67 (1955) 1, 11: „Der rechtliche Wertungsakt geht also der Beurteilung als ‚Verhalten‘ logisch voraus – nicht umgekehrt“; Hirsch ZStW 93 (1981) 831, 853: bloß zusammenfassende Bezeichnung; ders. ZStW 95 (1983) 643, 654; auch Herzberg Garantenprinzip S. 161 f.

³⁸⁸ Freund MK § 13 Rn. 1; siehe auch ders. Erfolgsdelikt und Unterlassen S. 51: Diese Kriterien tatbestandsmäßigen Verhaltens seien *tertia comparationis* zwischen Tun und Unterlassen; ders. FS Herzberg S. 225, 228 „vollkommen identisch“; ders. in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 386.

³⁸⁹ Freund MK § 13 Rn. 17 ff.

³⁹⁰ Freund/Rostalski AT § 6 Rn. 51, 151. § 13 StGB trage zur Klärung der Voraussetzungen der Strafbarkeit wenig bei und habe bloße Klarstellungsfunktion, vgl. Freund MK § 13 Rn. 14, 53; ders. FS Herzberg S. 225, 236, 241, 243: sie sei daher in ihrer jetzigen Form nicht beizubehalten; siehe auch ders. Erfolgsdelikt S. 143 m. Fn. 40 „in materialer Hinsicht keine Konkretisierung“; diffus hingegen S. Walter Pflichten S. 117: „§ 13 StGB begründet selbst keine Strafbarkeit, sondern stellt die Strafbarkeit des Unterlassens nach den strafrechtlichen Tatbeständen nur klar. Eine solche Klarstellung ist auch wegen Art. 103 II GG

Auch nach *Herzberg* muss die Bedeutung der Begriffe des Besonderen Teils wie „töten“ „durch gerichtliches Urteil oder wissenschaftliche Abhandlung“ bestimmt werden.³⁹¹ Dem Wortlaut „töten“ unterfielen sowohl Begehungen als auch bestimmte Garantenerlassungen.³⁹² Tun und Unterlassen seien daher im Wege der Abstraktion auf einen allumfassenden Handlungsbegriff als Grundlage sämtlicher deliktischer Erscheinungen zurückzuführen, der so abstrakt sein müsse, dass er sowohl Begehungen als auch Garantenerlassungen, jedoch so konkret, dass er nur diese beiden erfasse.³⁹³ Diese Interpretation der Tatbestände sei nicht die einzige denkbare und „vielleicht nicht einmal die dem ‚Wortsinn‘ nächstliegende“, jedoch sei sie kriminalpolitisch sinnvoll und widerspruchsfrei durchführbar.³⁹⁴ Nach Einführung des § 13 StGB könnten die Wertungen, die zuvor direkt aus den Tatbeständen gezogen wurden, nun an die Begrifflichkeiten des § 13 StGB anknüpfen, ohne dass sich eine materielle Änderung ergebe.³⁹⁵ § 13 StGB sei jedoch verfehlt, das Schweigen des Gesetzes vor 1975 hingegen „kluge Zurückhaltung“.³⁹⁶

Ähnlich meint *Schmidhäuser*, Tatbestände die „auf den ersten Blick nur ein Handlungsdelikt“ beschreiben, enthielten unter bestimmten Voraussetzungen auch ein Unterlassungsdelikt.³⁹⁷ § 13 StGB enthalte bloß eine „Auslegungshilfe“.³⁹⁸ *Schmidhäuser* unterscheidet dabei grundsätzlich zwischen „Wortlauttatbestand“ und „Auslegungstatbestand“. Während der Wortlauttatbestand auf dem Gesetzesverständnis beruhe, das „in der

formal als gesetzliche Verankerung der Strafbarkeit notwendig, insofern kann man auch von einer Ausdehnung der Strafbarkeit [...] auf die Unterlassungsvariante der Begehungsdelikte reden“ – was ist dies nun aber anderes als eine Strafbarkeitsbegründung?

³⁹¹ *Herzberg* Garantprinzip S. 254.

³⁹² *Herzberg* Garantprinzip S. 157; *ders.* JZ 1988, 573, 578: „mit der allgemeinen Ansicht“.

³⁹³ *Herzberg* Garantprinzip S. 157. *Herzberg* legt in der Konsequenz seiner Tatbestandslehre einen „negativen Handlungsbegriff“ zugrunde, Handlung sei „vermeidbares Nichtvermeiden in Garantstellung“, S. 169 ff. Nach dieser Konzeption ist das Unterlassungsdelikt die Grundform der Straftat. Eine tatbestandliche Trennung von Begehung und Unterlassung ist damit obsolet, beide unterfallen dem einheitlichen „Nichtvermeidungstatbestand“. Die Tatbestände des Besonderen Teils seien Verbot und Gebot zugleich, dies stellten nur zwei Aspekte der gleichen Rechtsnorm dar, S. 252; *ders.* FS Röhl S. 270, 272. Der Finalität bei der aktiven Begehung spricht *Herzberg* damit auf Unrechtsebene jede Bedeutung ab. Diese sei allein für die Strafzumessung relevant, Garantprinzip S. 179; ähnlich auch *Otto* FS Maurach S. 91, 102.

³⁹⁴ *Herzberg* Garantprinzip S. 252.

³⁹⁵ § 13 können nicht Bestrafungen, die zuvor verfassungskonform waren, verfassungswidrig machen, *Herzberg* in: *Empirische Fundamente* S. 31, 41 f. Das rechtliche Einstehenmüssen normiere nur die allgemeinen Pflichtwidrigkeitsvoraussetzungen, die ohnehin gelten. Siehe auch *ders.* FS Röhl S. 270, 271: Das Unterlassen entspreche der Tatbestandsverwirklichung durch Tun, weil die Kriterien eben identisch seien.

³⁹⁶ *Herzberg* Garantprinzip S. 254 f.; **anders** *Kühl* FS *Herzberg* S. 177, 190 „immerhin können und müssen sich Rechtsprechung und Rechtslehre daran ‚reiben““.

³⁹⁷ „Auslegungsunterlassen“, *Schmidhäuser* AT 12/2, 8 f.; *ders.* FS Müller-Dietz S. 761, 771, 773: Das Unterlassen sei hier „mitgemeint“.; ähnlich *Bärwinkel* Garantieverhältnisse S. 16 ff., 53; **dagegen** *Roxin* ZStW 83 (1971) 369, 403; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 271 f.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 98 ff.

³⁹⁸ *Schmidhäuser* AT 12/9; siehe auch *ders.* FS Müller-Dietz S. 761, 771, 773.

Nähe des gesetzlichen Wortsinns“ bleibe, stehe bei dem Auslegungstatbestand der Gesamtsinn im Vordergrund, der für die Rechtsanwendung erforderlich sei.³⁹⁹

Gimbernat nennt es den „Grundfehler“ der modernen Unterlassungsdogmatik, § 13 StGB als Tatbestandserweiterung zu verstehen.⁴⁰⁰ Auch nach Einführung der Norm sei weiterhin zu fragen, ob die Unterlassung dem Wortlaut des Begehungsdelikts unterfalle.⁴⁰¹ *Bosch* schreibt sogar, es bestehe Einigkeit, dass das Unterlassen unmittelbar unter den Begehungstatbestand subsumiert werden könne.⁴⁰² Auch der BGH scheint diese Auffassung zu vertreten: „Diese Bestimmung [§ 13 StGB] brachte aber keine Änderung des bis dahin geltenden Strafrechts, sie begründete nicht erst die Strafbarkeit für unechte Unterlassungsdelikte“.⁴⁰³

II. Stellungnahme

Ob die Strafbarkeit der unechten Unterlassungsdelikte nun direkt auf die Tatbestände des besonderen Teils gestützt wird oder aber auf § 13 StGB ist keine bloß theoretische Frage, die letztlich offenbleiben könnte. Denn erstere Lesart tritt nicht nur in Konflikt mit dem verfassungsrechtlichen Analogieverbot (1.). Daneben ist problematisch, ob die Autoren – auf deren materielle Gleichstellungslehren zurückzukommen ist⁴⁰⁴ – den strukturellen Unterschieden von Tun und Unterlassen (2.) sowie der gesetzlichen Anordnung in § 13 I StGB (3.) hinreichend Rechnung tragen.

³⁹⁹ *Schmidhäuser* AT 3/48, 53: Die verbotene Analogie beginne erst dort, wo der Auslegungstatbestand überschritten werde; hierzu *Herzberg* Garantenprinzip S. 253 m. Fn. 9: „Notlösung“; wie *Schmidhäuser* auch *Bärwinkel* Garantieverhältnisse S. 16 ff.; *Demko* Relativität S. 174 ff., 180 ff., 189; siehe zudem *Nitze* Entsprechungsklausel S. 125 ff.; *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 93. Ähnlich macht *Arth. Kaufmann* innerhalb der analogistischen Argumentation die Grenze der *verbotenen* Analogie erst an dem im gesetzlichen Tatbestand ausgedrückten Unrechtstypus fest und hält folglich die Garantenunterlassungen für vom jeweiligen Begehungstatbestand umfasst, *Arth. Kaufmann* Analogie S. 41 f.; siehe im Allgemeinen auch *Sax* Analogieverbot S. 152: „ein ‚Analogieverbot‘ besteht nicht“; *Heller* Logik S. 142; vgl. zudem die vermittelnde Ansicht von *Hassemer* Tatbestand und Typus S. 162 ff., 165: Es gebe keine exakte Grenze, sondern nur ein „Verbot der Verletzung der Garantiefunktion durch unzulässig übertriebene extensive Interpretation“.

⁴⁰⁰ *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 314, ansonsten müsse man konsequenterweise alle Verurteilungen vor Geltung des § 13 StGB als mit dem Gesetzlichkeitsgrundsatz unvereinbar ansehen; ähnlich auch *Freund* FS Herzberg S. 225, 241, dies wäre „vollkommen unberechtigt“.

⁴⁰¹ Vgl. *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 330 f.; **kritisch** hierzu *Roxin* GA 2009, 73, 83 f.

⁴⁰² Sch/Sch/*Bosch* Vor § 13 Rn. 147. Da § 13 mit der Entsprechungsklausel auf den Begehungstatbestand abstelle, müsse der Begehungstatbestand um die Garantenmerkmale ergänzt und unmittelbar angewendet werden (grundlegend gegen ein Verständnis des Unterlassungsdeliktes als Verbotstatbestand plus Garantenstellung jedoch *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 251 ff.). Dafür spreche, dass dies bei den Pflichtdelikten auch der Fall sei; dieser induktive Schluss ist jedoch zweifelhaft, da das Spezifikum der „Pflichtdelikte“ – soweit man diese Kategorie anerkennt – bei den Herrschaftsdelikten gerade nicht zutrifft. Ebenso zweifelhaft ist, dass die Ansicht *Boschs* herrschend wäre oder gar allgemein geteilt würde. Hierfür zieht er als Beleg Beiträge von *Böhm* und *Henkel* aus den Sechziger-Jahren heran sowie das Lehrbuch von *Jescheck/Weigend*, in dem sich diese Aussage nicht findet.

⁴⁰³ BGHSt 36, 227 f.: Zwar solle dem Bestimmtheitsgebot Rechnung getragen werden, allerdings sei keine Änderung der Handhabung der unechten Unterlassungsdelikte bezweckt; zustimmend *Freund* MK § 13 Rn. 53.

⁴⁰⁴ → Kapitel 3 § 2 G I, IV.

1. Vereinbarkeit mit *nullum crimen*

Die meisten Tatbestände des Besonderen Teils sind begrifflich auf Begehungen durch aktives Tun zugeschnitten,⁴⁰⁵ nicht hingegen die Nichthinderung des Erfolgs: Das Gesetz spricht insoweit beispielsweise von „töten“, „misshandeln“, „beschädigen“ und „wegnehmen“.⁴⁰⁶ Nach dem allgemeinen Verständnis des Wortsinns handelt es sich etwa bei dem „Töten“ in § 212 I StGB um die aktive, vom Täter beherrschte Herbeiführung des Todes eines anderen Menschen.⁴⁰⁷ Die Mehrzahl der unterlassenen Abwendungen des Todes lassen sich nicht als „töten“ verstehen.⁴⁰⁸ Sie unterfallen nicht dem Wortlaut als abschließende Grenze der Strafbarkeit.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ So ganz ausdrücklich die Gesetzesbegründung zu § 13 E 1962, BT-Drucks. IV/650 S. 124; ebenso *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 44; *ders.* ZStW 70 (1958) 412 f.; *Jescheck/Weigend* AT § 58 II, IV 1; *Maiwald* JuS 1981, 473; *Sangenstedt* Garantstellung S. 338; *Weigend* LK § 13 Rn. 1, 13, 17: „Tatbestand [...], der nach seinem Wortlaut die aktive Herbeiführung des Erfolges voraussetzt“; im Grunde ebenfalls *Schünemann* GA 1974, 231, 238; siehe auch *Ceffinato* Legitimation S. 110 f.; *Herbertz* Ingerenz S. 142.

⁴⁰⁶ Auch sieht man an der Normierung der wenigen speziellen Unterlassungsdelikte des Besonderen Teils, dass der Gesetzgeber durchaus in seinen Formulierungen zwischen aktivem und passivem Verhalten differenziert. Siehe nur § 123 I StGB: „eindringt“, „verweilt“; § 221 I StGB: „versetzt“, „im Stich läßt“; hierzu auch *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 175 ff.; *Maiwald* JuS 1981, 473; bereits *O. Kraus* ZStW 23 (1903) 763, 791; **andere** *Schünemann* Grund und Grenzen S. 46, dieses *argumentum e contrario* widerspreche dem Rechtsgefühl; siehe auch *A. Böhm* JuS 1961, 177, 179 ff., der induktiv aus den gesetzlich geregelten Unterlassungsdelikten einen „Gleichstellungsobersatz“ ableiten will; **gleichwohl** ist keine der beiden Interpretationen logisch zwingend; siehe auch *Welp* Vorangegangenes Tun S. 150; sowie allgemein *Arth. Kaufmann* Analogie S. 28: Umkehrschluss und Analogie sind logisch, jedoch nicht teleologisch austauschbar.

⁴⁰⁷ So bereits *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 44; *ders.* ZStW 70 (1958) 412; siehe auch *Maiwald* JuS 1981, 473; *Murmann* GK § 29 Rn. 7; *Weigend* LK § 13 Rn. 13; sowie (in anderem Kontext) *Kudlich* Handbuch Bd. 1 § 3 Rn. 10: „töten“ als Herstellung eines bestimmten Zustandes; differenzierend *Roxin* AT II § 32 Rn. 29; *ders.* Kriminalpolitik S. 18 f.; *ders.* GA 2009, 73, 83.

⁴⁰⁸ Dies gilt im Übrigen sogar für die meisten Verursachungen des Todes. Vgl. die parallele Überlegung, ob Teilnahmehandlungen den tatbestandlichen Umschreibungen unterfallen, etwa ein „Töten“ sein können. Es fällt nicht jeder kausale Beitrag zur Tatbestandsverwirklichung unter die Handlungsbeschreibungen der Erfolgsdelikte, *Gallas* ZStW-Sonderheft Athen (1957) 3, 7, 12, „ein nach der Begehungsweise differenziertes Verhalten“.

⁴⁰⁹ Wenn man mit *Philipp Heck* zwischen „Begriffskern“, also dem sicheren Begriffsinhalt, und „Bedeutungshof“, also dem unsicheren Randbereich, (*Heck* AcP 112 (1914) 1, 46, 173; *ders.* Begriffsbildung S. 52, 60; siehe auch *Engisch* Einführung S. 159; *H. L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 287 ff.; *Krey* Gesetzesvorbehalt S. 46 ff., 156; *Schünemann* FS Bockelmann S. 117, 125; *Puppe* Schule S. 132, zu Recht auf die fließenden Übergänge hinweisend) unterscheiden will, bilden etwa bei dem Begriff des „Töten“ aktive Tötungen von eigener Hand den sicheren Begriffskern. Daneben ist es denkbar, dass nach allgemeinem Sprachgebrauch gewisse Unterlassungskonstellationen dem Bedeutungshof des Tötungsbegriffs unterfallen, etwa das klassische, „bis zum Überdruß zitierte[...]“ (*Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 281) Beispiel der Mutter, die ihr Kind verhungern lässt (vgl. *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 315: „Niemand kann im Ernst bestreiten, daß die Mutter, die ihr Kind verhungern läßt, es ‚tötet‘“; *Herzberg* in: Empirische Fundamente S. 31, 42: „außer Zweifel“; *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 69), der Fall des Autofahrers, der bei eingeschaltetem Tempomat nicht abbremst, als ein Kind vor seinen Wagen läuft (etwa *Jakobs* System S. 25; siehe auch *Engisch* Untersuchungen S. 294 f.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 230 f.; in der Sache bereits *Glaser* Abhandlungen S. 299 ff.).

Insbesondere die unterlassene Rettung des Opfers durch den *Ingerenten* wird sich nach dem möglichen Wortsinn regelmäßig nicht als „töten“ verstehen lassen.⁴¹⁰ Für die Adressaten der Norm wäre die Einordnung als strafbarer Totschlag oder Mord häufig kaum vorhersehbar bis überraschend. Es handelt sich eben um eine Nichtabwendung durch einen besonders Verantwortlichen, nicht um ein Herbeiführen des Todes. Es verwundert kaum, dass sogar *Welzel* von der Einordnung als Tötungsdelikt nach §§ 211 f. StGB überrascht und befremdet war: „Es wird also ein Verhalten, das 1906 noch eine bloße Übertretung war und später als leichtes, dann als mittleres Vergehen beurteilt wurde, seit dem Jahre 1955 plötzlich zur Hochkriminalität gerechnet.“⁴¹¹

Dies würden etwa *Freund* und *Herzberg* bestreiten, auf deren materielle Lehren im Einzelnen unten noch zurückzukommen ist. Die Autoren sprechen den naturalistischen Ausprägungen des Verhaltens jegliche Bedeutung ab.⁴¹² Sie beachten dabei jedoch nicht ausreichend, dass Tatbestände zu großen Teilen auf beschreibende Merkmale⁴¹³ zurückgreifen. Dagegen kann ein gesetzlicher Tatbestand schon aufgrund der Vorhersehbarkeit⁴¹⁴ der Rechtsanwendung nicht allein durch nebulöse, rein normative Kategorien⁴¹⁵ wie das „vermeidbare Nichtvermeiden“ (*Herzberg*) oder den „der Art nach bezeichneten Verstoß gegen eine dualistisch legitimierte Verhaltensnorm“ (*Freund*) geprägt sein. Hierbei werden jedoch die Tatbestände nicht mehr ausgelegt, sondern ihnen der gewünschte Inhalt „untergelegt“, sodass es sich in Wirklichkeit um einen „verschleierte[n] Subjektivismus“

⁴¹⁰ Ähnliche Erwägungen zu Fällen der Obhutsgarantenstellung *Roxin* GA 2009, 73, 83 f.; ausdrücklich **and**ers *Otto* FS Maurach S. 91, 102: Es dürfte „dem Sprachgebrauch vollkommen gemäß sein, denjenigen der Tötung eines anderen zu bezichtigen, der diesen in Lebensgefahr gebracht hat und trotz der ihm zu Gebote stehenden Möglichkeit der Erfolgsabwendung die Realisierung der Gefahr in der Tötung des Opfers nicht verhindert“.

⁴¹¹ *Welzel* JZ 1958, 494, 495; *ders.* Niederschriften 12 S. 95; anlässlich der Entwicklung der Rechtsprechung.

⁴¹² Exemplarisch *Freund* Erfolgsdelikt S. 38 m. Fn. 41: „Die ontologischen Differenzen zählen normativ nicht“; *Herzberg* Garantenprinzip S. 181: „Die Finalität als solche ist unerheblich“; siehe auch *Jakobs* Unterlassen S. 20.

⁴¹³ Vgl. *Hassemer* Tatbestand und Typus S. 151 f.; *Welzel* Das neue Bild S. 17 „begriffliches Gebilde“.

⁴¹⁴ Vgl. BVerfGE 48, 48, 56; BVerfGE 73, 206, 234 ff.; BVerfGE 75, 329, 340 f.; BVerfGE 87, 363, 391; BVerfGE 105, 135, 153; BVerfGE 126, 170, 195; BVerfGE 143, 38, 53 f.; BVerfG NJW 2001, 1848, 1850; BGHSt 59, 218, 221 f.; *Fischer* § 1 Rn. 6, Vor § 13 Rn. 13; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 95, 288; *Jescheck/Weigend* AT § 15 III 3; *Lenckner* JuS 1968, 304; *Schmahl* Handbuch Bd. 1 § 2 Rn. 56; *Zieschang* AT Rn. 6; **and**ers *Rostalski* Tatbegriff S. 88 ff.: Art. 103 II GG diene überhaupt nicht der Vorhersehbarkeit der Freiheitseinschränkung.

⁴¹⁵ Ein weiteres Beispiel sind die Ausführungen von *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 62: „Es handelt sich jedoch [bei der Ingerenz] trotz der Handlungspflichten – nach dem dargelegten juristischen Code um ein Jedermannsverbot, und zwar unabhängig davon, ob der jeweilige Tatbestand als Verbot formuliert wurde“; im Anschluss an die Formulierung *Radbruchs* (RPh S. 110) schließt er: „Das Gesetz kann klüger sein als seine Verfasser – es muß sogar klüger sein als seine Verfasser“. Diese „Klugheit“ des Gesetzes (die *Radbruch* nur überzeugend als Argument für die objektive Gesetzesauslegung vorbringt und nicht im Sinne einer völligen Umdeutung des geschriebenen Rechts verstanden wissen wollte) ergibt sich dort allerdings nicht aus der *lex scripta* selbst, sodass hier im Ergebnis höchstens auf „(un)kluge“ Art und Weise die Axt an rechtsstaatliche und demokratische Garantien gelegt wird – treffend daher (in anderem Zusammenhang) *Gärditz* JZ 2015, 641, 650: „ein Vorrang der Philosophie vor der Demokratie dient nur den Philosophen“; siehe auch *ders.* Der Staat 49 (2010) 331, 350 *et passim*.

des Interpreten handelt.⁴¹⁶ Derartige Kriterien haben im Gesetz überhaupt keinen Niederschlag gefunden.⁴¹⁷ Sie sind überdies viel zu abstrakt, als dass sie die Strafbarkeit *bestimmen* könnten. Damit ist es eine Verdrehung der Dinge, wenn *Freund* meint: „Mit Blick auf den nullum crimen-Satz des Art. 103 Abs. 2 GG muss es sich überdies um einen tatbestandsspezifischen Verhaltensnormverstoß handeln“.⁴¹⁸ Denn hiervon ist im nach Art. 103 II GG maßgeblichen *Wortlaut* der Tatbestände evident nicht die Rede.⁴¹⁹ Das Streben nach normativer Systembildung darf nicht um den Preis einer völligen Umdeutung des Wortlauts von Strafnormen erfolgen. Ein solches Verständnis, nach dem sich der Bürger das Risiko der Strafbarkeit erst infolge einer tiefgehenden Beschäftigung mit den hinter der Vorschrift (möglicherweise) stehenden Wertungen erschließen könnte, würde Art. 103 II GG als freiheitssichernde Garantie völlig aushöhlen.⁴²⁰ Vielmehr „übersetzt“ der Gesetzgeber die Gerechtigkeitsvorstellungen in die gesetzlichen Tatbestände, die bestimmte verbotene Verhaltensweisen umschreiben, wobei er sich grundsätzlich der Alltagssprache bedient: „der Bürger soll ja nach Art. 103 Abs. 2 GG aus dem Gesetz und nicht aus Kommentaren erfahren können, welches Verhalten unter Strafe steht“.⁴²¹ Der

⁴¹⁶ Vgl. im Allgemeinen zu dieser Problematik der „objektiv“ teleologischen Auslegung *Jescheck/Weigend* AT § 17 IV 2.

⁴¹⁷ Nachdrücklich auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 313; ebenso im Übrigen wie die Verletzung einer „Garantenpflicht“, vgl. *H. Mayer* AT § 17 III 3; **and**ers gleichwohl *Freund* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 386: „Nur Verstöße gegen solche dualistisch zu legitimierenden Verhaltensnormen sind tatbestandsmäßig missbilligt etwa im Sinne einer Tötung oder Körperverletzung (§§ 212, 223 StGB)“. – Diese Tatbestände sprechen nun allerdings deskriptiv davon, dass eine Person *getötet* bzw. körperlich *misshandelt* wird.

⁴¹⁸ So aber tatsächlich *Freund* FS Maiwald S. 211; der tatsächlich seinem Konzept als „wohl gewichtigste[n] Nutzen“ attestiert, allein dem *nullum crimen* Satz zu entsprechen, *ders.* FS Herzberg S. 225, 240 ff.; was *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 674 m. Fn. 41 zu Recht „überraschend und unzutreffend“ nennt.

⁴¹⁹ Es ist im Hinblick auf die Bestimmtheit sehr problematisch, wenn sich die maßgeblichen Kriterien im Wortlaut nichtmals andeuten; vgl. BVerfGE 73, 206, 235; BVerfGE 75, 329, 340 f. Vgl. zur besonderen Maßgeblichkeit des Wortlauts für die Auslegung außerdem BVerfGE 85, 69, 73; BVerfGE 87, 363, 391 f.; BVerfGE 96, 68, 97; BVerfGE 105, 135, 157; BVerfGE 126, 170, 197; BVerfGE 130, 1, 43; BVerfGE 143, 38, 53 f.; BVerfG NJW 2003, 1030. – Funktionale Begründungsansätze, wie der *Freunds*, erachten dagegen den Wortlaut nicht mehr als Fundament, sondern bloß äußerste Grenze der Strafbarkeit. Symptomatisch *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 35: Der Verhaltensnormverstoß müsse legitimierbar sein und „daneben“ unter den Wortlaut des Tatbestandes fallen. So zielt man zwar auf ein Strafrecht als möglichst umfassendes gesellschaftliches Ordnungsinstrument, vernachlässigt hierbei jedoch die rechtsstaatliche Funktion des Strafgesetzes als „Magna Charta“ des Normadressaten, *He. Schneider* Kritik S. 172 f.; siehe auch *Kühl* JuS 1980, 506, 507.

⁴²⁰ So lässt sich die weite Interpretation der Tatbestände gerade auch auf die Zeit vor der verfassungsrechtlichen Bindung an das Analogieverbot zurückführen, vgl. dazu eingehend *H. Mayer* AT § 17 III 3 a).

⁴²¹ *Weigend* LK § 13 Rn. 19; siehe auch BVerfGE 73, 206, 235 f. „aus der Sicht des Bürgers zu bestimmen; *Heck* Begriffsbildung S. 60: „Die Rechtssprache will auch Nichtjuristenverständlich sein“; *Maunz/Dürig/Remmert* Art. 103 II Rn. 92 f.: Maßstab der Bestimmtheit sei der „Bürger als Normaladressat“, nicht etwa ein Fachjurist; *Schmitz* MK § 1 Rn. 87: Das Strafrecht würde sonst zu einer für die Normunterworfenen nicht nachvollziehbaren „Geheimwissenschaft“; *Valerius* in: *Autonome Systeme* S. 9, 11, 21; vgl. außerdem *Dannecker/Schuhr* LK § 1 Rn. 211; *Larenz* Methodenlehre S. 320; *Roxin/Greco* AT I § 5 Rn. 37; vgl. aber den weiten Maßstab bei *Freund*: „großzügiges Sprachverständnis“ (AT² § 1 Rn. 28).

Gesetzgeber beschreibt daher möglichst präzise die äußere Beschaffenheit des Täterverhaltens „als einen geschlossenen Lebensvorgang“,⁴²² nicht hingegen die Normverstöße als juristisches Abstraktum. Diese Verbindung zur Wirklichkeit schafft erst die Möglichkeit eines Vorverständnisses und damit der Interpretation.⁴²³

Problematisch ist nicht nur die Begründung der Strafbarkeit von Unterlassungen aus den Begehungstatbeständen, sondern die Begründung der Beschränkung auf Garanten (bzw. nach *Freund* Sonderverantwortliche).⁴²⁴ Da nur wenige Unterlassungen überhaupt unter den Wortlaut der Begehungstatbestände fallen und dies auf Evidenzerlebnissen beruht, fällt es recht schwer, hieraus *allgemein* geltende Kriterien zu formulieren.⁴²⁵ Umgekehrt ließe sich das Beispiel des *quiquis ex populo*, der in einer Notlage fernab der Zivilisation als einziger das Opfer retten kann, der also das „Rettungsmonopol“⁴²⁶ innehat, nach der Umgangssprache ebenso wie der Grundfall der Mutter als „töten“ verstehen – wenngleich dieser nach der h.M. nicht für den Nichteintritt des Erfolgs einzustehen hat, § 13 I StGB. Das Garantenerfordernis ist im Wortlaut der Begehungsdelikte also nicht angedeutet, es wurde „zwar nicht gegen das Gesetz, aber ohne das Gesetz herausgearbeitet“.⁴²⁷ Das

⁴²² *Maurach/Zipf* AT 1 § 19 Rn. 33: Diese Umschreibung ist abschließend und der Ausdehnung unfähig. Es handelt sich um eine „Methode, die ebenso einfach ist, wie sie den Vorteil besonderer Rechtssicherheit genießt“. Vgl. auch *Roxin* Kriminalpolitik S. 16 f.: Etwa der § 249 StGB gibt „eine Deskription äußerer und innerer Fakten, die uns zusammen einen Räuber in Aktion zeigen“; *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 51.

⁴²³ Siehe *Hassemer* Tatbestand und Typus S. 153 m. Fn. 14.

⁴²⁴ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 281 f.: Die „Einheitlichkeit des Sprachgebrauchs“ sei nur in ganz wenigen Fällen gegeben – „wer wollte ernsthaft daran die Garantenstellung erkennen und sie auf diese Fälle begrenzen?“; *ders.* JuS 1961, 173, 175 f. Bei dem Standardbeispiel des „Töten“ lässt sich ein Wortsinn, der manches Unterlassen (etwa das Verhungernlassen der Kinder durch ihre Mutter) einschließt, noch leichter feststellen – wie sieht dies jedoch mit dem „wegnehmen“, „misshandeln“, „beschädigen“, „in Brand setzen“ und „Hilfe leisten“ aus, um nur einzelne Beispiele zu nennen (vgl. auch *Arm. Kaufmann* aaO; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 2, 10).

⁴²⁵ Siehe auch *Kühl* AT § 18 Rn. 3: Hierin kann keine gemeinsame Wurzel von Tun und Unterlassen erkannt werden. Die einzige Richtlinie, die das *Gesetz* dem Normadressaten gäbe, wäre die spontan empfundene Strafwürdigkeit, wobei diese gerade unsicher und trügerisch ist. **Anders** noch *H. Mayer* Studienbuch § 16 IV 1, 3: „die allgemeine Formel der gleichwertigen verbrecherischen Willensintensität dient als begriffliche Richtlinie“; – bei dem Vergleich der „Willensintensität“ handelt es sich jedoch um eine völlig unbestimmte, das subjektive Empfinden des Rechtsanwenders zum Maßstab erhebende und damit unbrauchbare Richtlinie; **kritisch** auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 70 ff.

⁴²⁶ Etwa den Fall, dass der A abends im Winter abseits jeder Zivilisation zufällig das Kind K entdeckt, das dem Erfrierungstod nahe ist, trotzdem aber nichts zu dessen Rettung unternimmt; siehe zu diesem Fall auch *Bockelmann* und *Welzel* Niederschriften 12 S. 100; außerdem *Vogel* Norm und Pflicht S. 310: „Die Lösung der h.L., die ‚Monopolstellung‘ nicht als garantenpflichtbegründend anzuerkennen, kommt dem Rechtsgefühl hart an“; *Otto* FS Hirsch S. 291, 301: diese Fälle seien von einem Strafbedürfnis getragen, ihre Erfassung als Garantspflicht wäre jedoch willkürlich; für eine Rechtspflicht aufgrund der Herrschaft über Gefahrabwehrmittel *Lampe* ZStW 79 (1967) S. 476, 505 m. Fn. 97; auch *Granderath* Rechtspflicht S. 165 f. sieht bei einer Monopolstellung die Gleichstellung als geboten an.

⁴²⁷ *Arm. Kaufmann* JuS 1961, 173; vgl. auch *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 69; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwehrungen S. 271 ff., insbesondere 275; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 53; *Vogel* Norm und Pflicht S. 99; **andere** *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 26 m. Fn. 56a: „das Nichtverhindern des Todeserfolgs durch einen Garanten erscheint als ‚töten‘“; *Herzberg* Garantenprinzip S. 210: Die Tätigkeitsbegriffe ließen

Merkmal der Garantenstellung im Gesetz zu erkennen, versucht allerdings *Herzberg*, dessen Methode auf einen Zirkelschluss herausläuft: Die Reichweite des Tatbestandes sei aufs engste mit einem strafrechtsdogmatischen Oberbegriff für Tun und Unterlassen verbunden. Der Strafrechtler könne die Bedeutung des Begriffs „töten“ bis zu einem gewissen Grad bestimmen: Hierunter fielen sowohl aktive Tötungen als auch Garantenunterlassungen.⁴²⁸ Dagegen spricht jedoch, dass der Rechtsanwender an den Allgemeinen Sprachgebrauch rückangebunden bleibt. Denn der Gesetzlichkeitsgrundsatz würde ausgehöhlt, könnte eine juristische Interpretation jedem Wort die „passende“ Bedeutung geben.⁴²⁹ Die normative *Maßgeblichkeit* der Umgangssprache beruht also wiederum auf einer Wertung, dem freiheitsschützenden Telos des Gesetzlichkeitsprinzips.⁴³⁰ *Herzberg* hält die Erfassung von Unterlassungen durch den gesetzlichen Tatbestand für abhängig von der Bildung eines gemeinsamen Oberbegriffs, bildet diesen Oberbegriff selbst aber wiederum im Hinblick auf einige wenige als strafwürdig empfundene Fälle. Dass *Herzberg* „alle peripheren Zweifelsfragen“ beiseitelassen will,⁴³¹ zeigt die Abhängigkeit des Verfahrens von der spontan empfundenen Evidenz. Zuletzt können auch die Ausführungen *Schmidhäusers* zum „Auslegungstatbestand“ nicht überzeugen. Die teleologische und die systematische Auslegung können sich – trotz ihrer unzweifelhaften Bedeutung bei der Auslegung von Strafgesetzen – nach Art. 103 II GG nicht über den Wortlaut als

sich so interpretieren, dass sie nur rechtspflichtwidrige Unterlassungen erfassten; *Eb. Schmidt* Niederschriften 2 S. 267.

⁴²⁸ *Herzberg* Garantenprinzip S. 156 f.

⁴²⁹ Zwar führt die Verwendung eines Begriffs im juristischen Sinne durchaus zur Prägung des Begriffsinhalts. Dabei darf jedoch die Auslegungsschranke des „möglichen Wortsinns“ nicht durch eine Berufung auf die juristische Fachsprache „überspielt“ werden. Die bloß normative Festlegung der Wortlautgrenze, die die allgemeine Verwendung des Begriffs durch die Normunterworfenen nicht mit einbezieht, bietet allein keinen Schutz vor unvorhersehbarer Rechtsanwendung. Innerhalb derselben „Sprachebene“ der juristischen Fachsprache kann es keine Wortlautgrenze geben, da ein Wort mit seinem Gebrauch in der Sprache identisch ist (*Wittgenstein* Philosophische Untersuchungen I Nr. 43; hierzu auch *Schünemann* Nulla poena S. 19 f.; *ders.* FS Bockelmann S. 117, 126). Die Auslegung darf über ihre Grenzen nicht selbst verfügen, sondern muss sich an einem externen, heteronomen Kriterium messen lassen, dem realen Sprachgebrauch, über den die Sprachgemeinschaft im kollektiven sozialen Kontakt eine jedenfalls annähernde Einigung erzielt hat. Die „Konfrontation“ mit dem umgangssprachlichen Wortgebrauch, der eben nicht der spezifisch strafrechtlichen analog-teleologischen Begriffsinhaltsbildung unterliegt, schafft eine Kontrolle des juristischen Sprachgebrauchs und damit die Begrenzung der Strafbarkeit. Diese „Externalität des Kriteriums verbotener Analogie gegenüber der Gesetzesauslegung ist für das Analogieverbot lebenswichtig“, daher verbietet sich die Definition einer ungebräuchlichen aber „richtigen“ Wortbedeutung (Zitat bei *Hassmer/Kargl* NK § 1 Rn. 79 f.; siehe zum Ganzen auch *Krey* Gesetzesvorbehalt S. 159, 161 f.; *Roxin/Greco* AT I § 5 Rn. 26: „Der mögliche umgangssprachliche Wortsinn als Auslegungsgrenze“, § 5 Rn. 37; *Schmitz* MK § 1 Rn. 87; *Schünemann* Nulla poena S. 19 f.; *ders.* FS Bockelmann S. 117, 125 f.; zur Bedeutung der Alltagssprache für die Rechtswissenschaft im Allgemeinen *Hilgendorf* GA 1995, 515, 518, 521 f.; *Puppe* GA 1994, 297, 317).

⁴³⁰ *Roxin/Greco* AT I § 5 Rn. 37.

⁴³¹ *Herzberg* Garantenprinzip S. 157,

Grenze der Strafbarkeit hinwegsetzen.⁴³² Es ist gerade Sinn des Analogieverbotes, *teleologische* Strafbarkeitsbegründung *jenseits* des Wortlauts zu verhindern.⁴³³

Der Wortsinn der Begehungstatbestände widerspricht einer Subsumtion des Unterlassens unter die Tatbestände des Besonderen Teils. § 13 StGB verhindert hier einen Verstoß gegen das Analogieverbot.⁴³⁴ Überdies erscheint die extensive Interpretation der Begehungstatbestände auch aus präventiven Gesichtspunkten wenig sinnvoll: Motivierend auf die Normunterworfenen einwirken, um so Rechtsgüter zu schützen, kann nur eine klare gesetzliche Richtlinie.⁴³⁵ Im Gegenteil dazu wird jeder Verurteilte eine richterliche Entscheidung, für die er keine Grundlage im Gesetz findet, als Willkür auffassen.⁴³⁶

2. Abweichende Besonderheiten des Unterlassungsdelikts

Fraglich ist zudem, woraus sich die von manchen Autoren behauptete Irrelevanz der Verhaltensformen ergeben soll. Die Frage, ob eine Auslegung teleologisch sachgemäß ist, muss die besondere Struktur des von der auszulegenden Norm geregelten Sachverhalts in

⁴³² Dann handelt es sich um eine verbotene Rechtsneuschöpfung zu Lasten des Angeklagten, BVerfG 73, 206, 235; BVerfGE 75, 329, 342; BVerfGE 85, 69, 73; BVerfGE 87, 363, 392; BVerfGE 105, 135, 157; *Jescheck/Weigend* AT § 15 III 2; siehe auch *Dannecker/Schuh* LK § 1 Rn. 294. Die Verfassung gibt eben der formellen Rechtssicherheit nach Art. 103 II GG den Vorzug vor dem Streben nach materieller Gerechtigkeit, vgl. dazu überzeugend *Grünwald* ZStW 76 (1964) 1, 18, der treffend darlegt, dass Art. 103 II GG und Gerechtigkeit kein Widerspruch sind – denn die Norm enthält eine Kompetenzzuweisung an den Gesetzgeber, festzusetzen was gerecht ist.

⁴³³ Ebenso wie etwa elektrischer Strom keine „Sache“ ist, handelt es sich bei der Unterlassung des Garanten nach dem Wortlaut des § 212 I StGB um kein „Töten“ – gleichgültig wie sinnvoll oder zweckmäßig die Gleichstellung in all diesen Fällen sein mag. Art. 103 II GG verbietet gerade für das Strafrecht nicht bloß die freie Rechtsfindung, sondern *jede Rechtsfindung außerhalb* des möglichen Wortsinns: „Wer den Bereich verbotener Analogie erst bei der Überschreitung des Gesetzessinnes beginnen lässt, macht den Bock zum Gärtner“, *Hassemer/Kargl* NK § 1 Rn. 77, siehe auch Rn. 80, 93, 101; vgl. zum Ganzen auch BVerfG NJW 2008, 3627, 3629; *Engisch* Einführung S. 213 m. Fn. 50; *Grünwald* ZStW 76 (1964) 1, 2; *Krey* Gesetzesvorbehalt S. 53 f., 149 ff.; *Roxin/Greco* AT I § 5 Rn. 38; *Schmahl* Handbuch Bd. 1 § 2 Rn. 60. Das unbestimmte, wertungsbedürftige Kriterium des Typus, auf das *Arth. Kaufmann* abzielt, stellt ebenfalls keine die Freiheitsrechte der Normunterworfenen effektiv schützende Trennlinie dar (siehe auch *Schünemann* Nulla poena S. 18 f.; kritisch ferner *Welp* Vorangegangenes Tun S. 150 m. Fn. 49). Selbst, wenn man *Arth. Kaufmanns* Prämisse akzeptiert, dass die Tatbestände nur den Unrechtstypus ausdrücken, ist überdies zweifelhaft, was diesen ausmacht – welche Aspekte also wesentlich sind und welche nicht.

⁴³⁴ Siehe auch *Ceffinato* Legitimation S. 105, 114; *Dannecker* FS Otto S. 25, 32; *Vogel* Norm und Pflicht S. 96; *Weigend* LK § 13 Rn. 13 „nur durch aktives Tun“, Hervorhebung im Original; inzwischen sieht auch *Schünemann* in der ehemals herrschenden Auslegung der Begehungsdelikte einen „manifesten Konflikt mit dem Bestimmtheitsgrundsatz“ (in: Freiburg-Symposium S. 103, 108; siehe auch *ders.* FS Amelung S. 303, 320).

⁴³⁵ Hierzu *Roxin* Kriminalpolitik S. 8: „[...] der nullum-crimen Satz hat neben seiner liberalen Schutzfunktion den Zweck, Verhaltensrichtlinien zu geben; er wird dadurch zu einem höchst bedeutsamen Instrument der Sozialgestaltung“; der Zweck der Generalprävention gebietet damit eine „möglichst exakte und wortlautgetreue Gesetzesbestimmtheit“, *ders./Greco* AT I § 5 Rn. 30, § 7 Rn. 61 f.; *Rudolphi* in: Grundfragen S. 69, 71; *Schünemann* GA 1999, 207, 214; *ders.* FS Herzberg S. 39, 42; *Wolter* Straftatsystem S. 48, 72; siehe auch *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 24: „verhaltensleitende Funktion“.

⁴³⁶ *Schünemann* Nulla poena S. 11; der pointiert darauf hinweist, dass gerade die teleologische „Umbiegung der Umgangssprache“ in der Bevölkerung als „typische Rechtsverdreherei“ empfunden werde, S. 20.

Betracht ziehen.⁴³⁷ Die *rein* normative Betrachtungsweise vermeidet es hingegen, sich mit den Strukturen des menschlichen Verhaltens als Regelungsgegenstand auseinanderzusetzen, und setzt daher mit ihren Wertungen bloß an der Oberfläche an, ohne den Gegenstand der Wertung zu kennen.⁴³⁸ Speziell der Begriff der Verhaltensnormwidrigkeit führt nicht weiter: Der Begriff der Normwidrigkeit gibt nicht an, worauf sich dieses Werturteil bezieht.⁴³⁹ Und mit dem Oberbegriff des Verhaltens ist, wie *Gallas* bereits 1932 treffend dargelegt hat, überhaupt nichts gewonnen: Sich verhalten bedeutet, dass jemand auf seine Umwelt einwirken kann, genau diese Einwirkung geschieht bei Tun und Unterlassen jedoch auf unterschiedliche Weise. „Der Dualismus der beiden Verbrechensformen wird also verschwiegen, nicht aber durch ein übergeordnetes sachliches Prinzip überwunden“.⁴⁴⁰ Zwar setzt jede Straftat voraus, dass sich der Täter falsch verhält, also gegen Verhaltensnormen verstößt. Damit ist der „kleinste gemeinsame Nenner aller Straftaten“⁴⁴¹ beschrieben, nicht aber ein Erkenntnisgewinn verbunden hinsichtlich der Frage, wann eine *bestimmte* Straftat vorliegt. Von dem einheitlichen Begriff der Verhaltensnorm gelangt man wieder zur Unähnlichkeit, wenn man in Betracht zieht, *welches* Verhalten den Norminhalt ausmacht. Unechte“ Unterlassungen sind gebotswidrig,⁴⁴² nicht wie Be-

⁴³⁷ *Larenz* Methodenlehre S. 333; *Engisch* Einheit S. 72: Die Einflussnahme auf die natürlichen Verhältnisse als Normzweck. Wenn der Gesetzgeber eine sinnvolle Regelung menschlichen Verhaltens bezweckt, muss er sich daher an dessen tatsächlichen Erscheinungsformen orientieren, *Hirsch* ZStW 93 (1981) 831, 849.

⁴³⁸ Hierzu im Allgemeinen *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 45 Rn. 24; *ders.* FS Kühl S. 224, 239; *Hirsch* ZStW 93 (1981) 831, 848 ff., 850; *ders.* FS Arth. Kaufmann S. 545, 563; *ders.* FS Lenckner S. 119, 141; *Küpper* Grenzen S. 199 *et passim*; *Schünemann* FS Amelung S. 303, 306 ff.; *ders.* FS Neumann S. 701, 708.

⁴³⁹ So bereits v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch S. 153 Anmerkung; zustimmend *Gallas* Studien S. 38; siehe auch *Hirsch* ZStW 93 (1981) 831, 848 ff.

⁴⁴⁰ *Gallas* Studien S. 39 f.

⁴⁴¹ So ausdrücklich *Freund* FS Maiwald S. 211.

⁴⁴² Grundlegend *Engisch* MSchrKrim 30 (1939) 414, 424; *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 1 ff.; 256 ff.; siehe auch *Bärwinkel* Garantieverhältnisse S. 27; *Fuhrmann* GA 1962, 161, 173; *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 45 f.; *Güntge* Begehen S. 27 f.; *Herbertz* Ingerenz S. 21; *Hirsch* ZStW 93 (1981) 831, 846, 853; *ders.* ZStW 94 (1982) 239; *ders.* FS Lenckner S. 119, 131; *ders.* FS Lampe S. 515, 518; *ders.* ZStW 116 (2004) 1, 2; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 90; *ders./Weigend* AT § 58 II 1; *Küpper* Grenzen S. 57; *Langer* Sonderstrafat S. 444; *Larenz* Zurechnungslehre S. 86; *Maihofer* FS Rittler S. 141, 149; *Maurach/Zipf* AT 1 § 19 Rn. 28; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 3; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 41, 93; *Sangenstedt* Garantienstellung S. 338; *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 23 f.; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 58; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 6 Rn. 17 f.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 93; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 171; *Welzel* Strafrecht S. 210; *Wolter* Straftatsystem S. 25; *Zielinski* Unrechtsbegriff S. 121; *Zieschang* Jura 2003, 527, 530; *ders.* AT Rn. 4, 582; **andere** noch *Binding* Normen II S. 551; *Glaser* Abhandlungen I S. 289; *Honig* FG Frank I S. 174, 189; v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 30 III; *M. E. Mayer* Lehrbuch S. 190; *Maurach* AT § 45 I C 1; *Nagler* GS 111 (1938) 1, 19; siehe auch *Mezger* Strafrecht § 12 I 3: gebots- und verbotswidrig; für die Verbotswidrigkeit der unechten Unterlassung inzwischen wieder *Arzt* JA 1980, 553, 556; *Krey/Esser* AT Rn. 1100, 1173; *Philipps* Handlungsspielraum S. 15, 169, allerdings eine abweichende Differenzierung zugrunde legend, S. 58 ff.; *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 89; *Seelmann* GA 1989, 241, 247; *ders.* NK¹ § 13 Rn. 14; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1154; **wiederum andere** *Gössel* FS Kühl S. 225, 232: alle Normen seien Gebote zur Achtung von Rechtsgütern; die Unterscheidung (und Verhaltensnormen insgesamt) ablehnend *Hoyer* Strafrechtsdogmatik S. 333.

gehungen verbotswidrig. Denn die den Tatbeständen zugrunde liegenden Verhaltensnormen knüpfen an die Verhaltensformen an: „Der Begriff der Unterlassung ist nicht logisch abhängig von der Norm, sondern umgekehrt“.⁴⁴³ Ein Gebot fordert stets zu aktivem Tun, ein Verbot zum Unterlassen auf.⁴⁴⁴ Die prinzipielle Abgrenzung von Tun und Unterlassen wiederum „folgt dem ontisch-phänomenologischen Befund“.⁴⁴⁵ Dies ist kein bloßer „Naturalismus“.⁴⁴⁶ Die Bezugnahme auf die tatsächlichen Strukturen des Verhaltens ergibt sich nämlich gerade aus Wertungs- und Zweckgesichtspunkten.⁴⁴⁷ Die Gebote der Verhaltensnormen wollen zum Schutz der Rechtsgüter sowie der entsprechenden Tatobjekte auf menschliches Verhalten einwirken.⁴⁴⁸ Die normative Bedeutung der Verhaltensweisen ergibt sich insbesondere durch ihre jeweilige Angriffsrichtung auf Rechtsgüter.⁴⁴⁹ Die Verhaltensweisen Tun und Unterlassen zeichnen sich dadurch aus, dass sie die Situation

⁴⁴³ *Engisch* MSchrKrim 30 (1939) 414, 424; vgl. zudem *Welzel* ZStW 51 (1931) 703, 706 f.: Eine Bewertung, die über bloße Willkür hinausgeht, muss auf die gegenständlichen Unterschiede gründen; *ders.* Strafrecht S. 37; *Hirsch* ZStW 93 (1981) 831, 848 ff.; *ders.* FS Lampe S. 515, 519; *ders.* FS Universität Köln S. 399, 408; *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 681; *Stratenwerth* SchwZStr 79 (1963) 233, 244, 347; *Rudolphi* GS Schröder S. 73, 80; *Schmidhäuser* GA 1996, 303, 305; *Vogel* Norm und Pflicht S. 96.

⁴⁴⁴ Siehe *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 3 ff., 256 ff.; *Kindhäuser* Gefährdung S. 53.

⁴⁴⁵ *Roxin* AT II § 31 Rn. 99 (der jedoch normative Ausnahmen erwägt; vgl. aaO Rn. 99 ff.; *ders.* FS Engisch S. 380 ff.); sowie *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 681; gegen die „Schwerpunktformel“ der Rechtsprechung daher zu Recht *Stoffers* Formel S. 28 ff., 58 ff.

⁴⁴⁶ Bzw. nicht bloß „ontologisch“. So aber z.B. *Bärwinkel* Garantieverhältnisse S. 30; *Freund* Erfolgsdelikt S. 38 m. Fn. 41; *ders.* FS Herzberg S. 225; *ders.* MK § 13 Rn. 66; *R. Merkel* FS Herzberg S. 193, 220; *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 58 ff.; **wie hier** *Struensee* FS Stree/Wessels S. 133, 143: stereotyp wiederholtes und nichtssagendes Schlagwort, das keinen inhaltlichen Einwand darstellt; *Schünemann* FS Lampe S. 538, 543; siehe auch *Puppe* ZIS 2020, 143, 144: „horror facti“ in der deutschen Strafrechtsdogmatik; treffend *dies.* GA 1994, 297: „Der Ausdruck Naturalismus oder naturalistisch wird in der heutigen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion meist als Schimpfwort gebraucht. Schimpfworte pflegt man nicht zu erklären, um ihre Durchschlagskraft nicht zu behindern“.

⁴⁴⁷ *Sieber* JZ 1983, 431, 433; siehe auch *Roxin* Kriminalpolitik S. 41; *ders.* AT II § 31 Rn. 72; *ders.* FS Lampe S. 423, 427; auch *ders.* FS Engisch S. 380: Die Zuordnung der vorrechtlichen Phänomene Tun und Unterlassen als normatives Problem; ähnlich *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 15 m. Fn. 41: Zwar sei der Inhalt des Handlungsbegriffs wertneutral, indem er einen ontischen Sachverhalt zum Ausdruck bringt, seine *systematische Funktion* hingegen hänge von der „Begriffsbestimmung des Unrechts“ ab.

⁴⁴⁸ Vgl. bereits *Binding* Normen II 1 S. 5; *M. L. Müller* Kausalzusammenhang S. 22 ff.; *Engisch* MSchrKrim 23 (1932) 420, 423 f.; außerdem statt vieler *Frisch* Tatbestandmäßiges Verhalten S. 33 ff.; 40 ff.; 71 f.; 208; *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 15 m. Fn. 41; *Hirsch* ZStW 93 (1981) 831, 849; *Honig* FG Frank I S. 174, 187; *Jescheck/Weigend* AT § 1 III 2; *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 76, 105: „das teleologische Moment der Norm führt dazu, sie als Motiv des Menschen zu denken“; S. 106, 138 ff.; *ders.* Dogmatik S. 3; *Larenz* Zurechnungslehre S. 91; *Münzberg* Verhalten S. 3, 53; *Roxin/Greco* AT I § 10 Rn. 93; *Rudolphi* GS Schröder S. 73, 80; *ders.* in: Grundfragen S. 69 ff.; *Schünemann* in: Grundfragen S. 1, 61 f.; *Stratenwerth* FS Schaffstein S. 177, 182; *Sieber* JZ 1983, 431, 433 f.; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 66 ff.; *Welzel* Naturalismus S. 85; *ders.* Strafrecht S. 37; *Wolter* Straftatsystem S. 25, 47; *Zielinski* Unrechtsbegriff S. 121 ff.; *Zippelius* NJW 1957, 1707; ebenfalls noch *Jakobs* Studien S. 28 ff.; **and**ers hingegen später *ders.* ZStW 97 (1985) 751, 754: Naturalismus; *ders.* ZStW 107 (1995) 843, 859.

⁴⁴⁹ *Brammsen* GA 2002, 193, 205; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 11; *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 8; *Maihofer* FS Rittler S. 141, 150; *Roxin* ZStW 83 (1971) 369, 403; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 67 f.; siehe ferner *Stratenwerth* SchwZStr 79 (1963) 233, 243.

des Rechtsgutes durch den Einsatz von Energie kausal⁴⁵⁰ verschlechtern (aktives Tun) oder (mangels Einsatzes kausaler Energie) nicht verbessern (Unterlassen).⁴⁵¹ Die aktive Begehung ist ein Eingriff in das tatsächliche Umweltgeschehen⁴⁵², während bei der Unterlassung die Natur erst einmal „zwangsläufig“ abläuft⁴⁵³ und der Täter nur die Möglichkeit besitzt (und versäumt), in das Geschehen einzugreifen.⁴⁵⁴ Hier fehlt es gerade am „Kernstück“ des Begehungsdelikts, der rechtsgutsverletzenden bzw. -gefährdenden Handlung.⁴⁵⁵ Diejenigen Elemente, welche die beiden Verhaltensformen trennen, erscheinen teleologisch nicht vernachlässigbar.⁴⁵⁶ Daher unterfallen Unterlassungen einem dem Begehungstatbestand verschiedenen Tatbestand (im systematischen bzw. strukturellen Sinne⁴⁵⁷). Die Ungleichheit darf nicht ausgeblendet werden, indem die unterschiedlichen Strukturen durch normative Begriffsgebilde „zugekleistert“ werden, sodass nur noch die leeren Begriffe des „Verhaltens“ oder des „Nichtvermeidens“ als das Gemeinsame verblieben, das Tun und unechtes Unterlassen *formal* als Tatbestand verbindet. Überzeugend ist vielmehr die Gleichstellung über § 13 I StGB, der den Blick für die Gemeinsamkeiten *und* Unterschiede der Verhaltensnormen schärft.

⁴⁵⁰ Für die kumulative Anwendung dieser Kriterien zur Abgrenzung des Tuns vom Unterlassen zu Recht *Sieber* JZ 1983, 431, 434 f.; *Gaede* NK § 13 Rn. 7; *Kühl* JA 2014, 507, 509; *Roxin* AT II § 31 Rn. 92 f.; *Rudolphi* SK⁷ Vor § 13 Rn. 6 f.; *Zieschang* AT Rn. 47, 591; *ders.* GA 2020, 57, 59; zum Kausalitätskriterium insbesondere *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 61 ff., 314; *Stoffers* Formel S. 107 ff.; zum Energiekriterium *Engisch* MSchrKrim 30 (1939) 414, 423; *ders.* FS Gallas S. 163, 170.

⁴⁵¹ *Samson* FS Welzel S. 579, 589 ff.; *Sieber* JZ 1983, 431, 434, bei der „Nichtverbesserung“ sei eine Einschränkung des Adressatenkreises erforderlich; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 3: eine Gefahr gesteigert oder nicht vermindert; siehe auch *Küpper* Grenzen S. 73 f.; *Stoffers* GA 1993, 262, 268; bereits *Honig* FG Frank I S. 174, 190: „im Gegensatz zu den durch das Tun ausgelösten Kräften hat das Untätigbleiben nur die Bedeutung, daß es den wirkenden Kräften ihren Lauf läßt“; **and**ers freilich *Jakobs* AT 1/7 und öfter; *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 61: Eine „Nicht-Einmischungs-Erwartung“ führe zum Unterlassungsdelikt.

⁴⁵² *Hirsch* ZStW 93 (1981) 831, 852; im Anschluss an *Welzel* verstanden als dessen finale Überdeterminierung, *ders.* ZStW 94 (1982) 239, 244; *Welzel* Naturalismus S. 65 *et passim*; *ders.* Das neue Bild S. 1; *ders.* Strafrecht S. 33 ff.; ebenso *Küpper* Grenzen S. 44.

⁴⁵³ *Renzikowski* Täterbegriff S. 109.

⁴⁵⁴ Durch Unterlassen lässt sich ein Geschehen nicht in gleichem Sinne beherrschen, vgl. *Roxin* AT II § 31 Rn. 1. Beim unechten Unterlassungsdelikt muss daher besonders eine gedankliche rein normative Beziehung zu einem bereits in Gang stehenden Verlauf hergestellt werden, den der Täter unterbrechen kann; siehe auch *Arth. Kaufmann* FS H. Mayer S. 79, 104 f.; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 92 f.: das Unterlassungsdelikt muss rein wertend bestimmt werden.

⁴⁵⁵ *Weigend* LK § 13 Rn. 61. Allgemein dazu *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 159; *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 53 ff.; *Rudolphi* in: Grundfragen S. 69, 76 f.; *Wolter* in: Grundfragen S. 103, 106.

⁴⁵⁶ Vgl. *Weigend* LK § 13 Rn. 61: Erheblich unterschiedliche Tatbestandsstruktur. Siehe im Allgemeinen *Roxin* FS Lampe S. 423, 427: Entscheidend ist die normative Relevanz der ontologischen Strukturen.

⁴⁵⁷ *Roxin* TuT S. 514. Dies hindert *per se* nicht die formale Zusammenfassung der beiden Normbefehle in einen einzigen Tatbestand des BT, *Bärwinkel* Garantieverhältnisse S. 26 ff.; *Roxin* TuT S. 514 f.; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 58, 60; **and**ers aber zurecht *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 256 ff. Denn diese Interpretation zwänge dazu, die gesetzlichen Tatbestände aufzuspalten und als alternative Verletzung zweier verschiedener Normbefehle, sowohl als Verbot der aktiven Schaffung von Todesgefahren als auch als Gebot der Abwendung des Todes, zu interpretieren, weil sie „nur das Gemeinsame und nicht auch das Trennende beider Normgattungen herausstell[en]“ (*Bärwinkel* aaO S. 27 f.; siehe auch S. 30 ff.). Eine solche Interpretation ist jedoch reichlich spekulativ, wenn das Trennende teleologisch bedeutsam ist.

Letztlich ist damit auch der Ansicht zu widersprechen, dass Verbote eine Grenze setzen, während Gebote ein Ziel vorgeben.⁴⁵⁸ Diese funktionale Sichtweise hält es für unmöglich, präskriptiv an bestimmte Verhaltensweisen von Individuen anzuknüpfen, um sozialwidrige Handlungen zu normieren. Das Verhalten sei ein „unselbstständiger Teilausdruck“, der erst im Gesamtkontext des Systems Sinn erhalte.⁴⁵⁹ – Strafrecht ist jedoch kein bloßes Gefahrenabwehrrecht, sondern setzt die Verantwortlichkeit des Einzelnen voraus. Beim „Nichtfunktionieren“ des Systems hat nicht dieses, sondern der menschliche Täter die Strafe zu erleiden. Der in der Strafe liegende *persönliche* Vorwurf verbunden mit dem erheblichen Entzug *personeller* Rechte muss daher auch durch eine *persönliche* Fehlleistung begründet sein.⁴⁶⁰ Das Schuldprinzip verbietet eine Zurechnung des Systemversagens.⁴⁶¹ Im Übrigen wirkt das „System“ nur mittels vieler Einzelhandlungen von einem oder mehreren Menschen.⁴⁶² Nur diese, nicht das System, also ein „blinder Kausalprozess“,⁴⁶³ können von der Rechtsnorm angesprochen werden.⁴⁶⁴ Auch mögen die Verhaltensweisen *organisatorisch* austauschbar sein, damit ist noch nicht gesagt, dass sie *rechtlich* austauschbar sind.⁴⁶⁵ Eine Austauschbarkeit kann daher erst behauptet werden, wenn

⁴⁵⁸ *Philipps* Handlungsspielraum S. 15, 21; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 14; dem folgend etwa *Beckschäfer* Strafraummilderung S. 33 f.; siehe auch *Pawlik* Unrecht S. 178 ff.: Respektierungspflichten; *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 55: „Erwartung des Nichteingreifens in fremde Rechtssphären“; auf den ersten Blick ähnlich, jedoch die Differenzierung *Philipps*‘ und der h.M. vermengend S. *Walter* Pflichten S. 118 f.

⁴⁵⁹ Was pflichtgemäß sei, richte sich nach dem Status des einzelnen im System. Es sei nicht möglich, sozialwidrige Handlungen nur über Sollsätze zu beschreiben, die das Verhalten von Individuen zum Gegenstand haben, die Normen müssten sich vielmehr auch auf die jeweiligen sozialen Systeme „als Handlungseinheiten“ beziehen, *Philipps* Handlungsspielraum S. 137. Tun und Unterlassen könnten im System ausgetauscht werden, ohne dass sich das Verhalten des Systems zur sozialen Außenwelt ändere (vgl. S. 138 ff.). Dies sei aus Sicht desjenigen, der sich auf das Funktionieren des Systems verlässt, die entscheidende Perspektive und damit „unter dem Gesichtspunkt des Rechts die wichtigere“. Nahestehend *Jakobs* ZStW 107 (1995) 843, 859 ff., 863: „bezogen auf Kommunikation möchte ich formulieren: Sinn oder Natur“; *ders.* Unterlassen S. 36 ff. *et passim*; *ders.* System S. 35; *R. Merkel* FS Herzberg S. 193, 220 f. m. Fn. 67; *Pawlik* Unrecht S. 161; *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 51 ff., 60: „Das Strafrecht interessiert nur der output des Systems, d.h. daß sich aus dem System Person – man organisiert bzw. kann organisieren, weil man ja Person ist – keine Schäden entwickeln“; *Timpe* Strafmilderungen S. 162 f., S. 175: „Ob getan oder unterlassen wurde, zählt eins; was interessiert, ist allein der Einbruch in einem fremden Güterbestand“; *Volk* FS Tröndle S. 219, 235 f.

⁴⁶⁰ Vgl. *Frisch* Vorsatz S. 51 f.; *Greco* GA 2019, 684, 703; *ders.* FS Sancinetti S. 105, 115, 117; *Kuhlen* JZ 1994, 1142, 1144: faire Zurechnung.

⁴⁶¹ Im Schuldstrafrecht kann dem Täter nur persönliches Fehlverhalten in der konkreten Situation vorgeworfen werden; statt aller *Jescheck/Weigend* § 4 I 1, § 37 I 1; *Zieschang* Sanktionensystem S. 385 f.; *ders.* ZStW 115 (2003) 117, 129, der sich daher insbesondere gegen „Zurechnung“ innerhalb von Personenverbänden ausspricht.

⁴⁶² Siehe hierzu *Schünemann/Greco* LK Vor § 25 Rn. 28: unendlicher Regress; *Zieschang* Sanktionensystem S. 383 f.; ferner *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 208 ff.: Es muss stets ein konkreter Fehler einer bestimmten natürlichen Person festgestellt werden, der sich als tatbestandsmäßig missbilligtes Verhalten darstellt.

⁴⁶³ Vgl. *Welzel* Strafrecht S. 37; *Stratenwerth* SchwZStr 79 (1963) 233, 245.

⁴⁶⁴ Siehe auch *Schünemann/Greco* LK Vor § 25 Rn. 28; *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 15 m. Fn. 41: Das Recht setzt den Menschen als handelndes Wesen voraus.

⁴⁶⁵ *T. Walter* ZStW 116 (2005) 555, 556.

man die „black box“ öffnet und den gemeinsamen Grund der strafrechtlichen Verantwortlichkeit identifiziert.

3. Besondere gesetzliche Voraussetzungen nach § 13 I StGB

Die Auffassung, die die Unterlassungsdelikte direkt unter die Begehungstatbestände subsumiert, ist jedenfalls durch die Aufnahme von § 13 in das StGB überholt: Der Gesetzgeber des 2. StrRG war der Ansicht, die Unterlassungsstrafbarkeit sei zuvor zumindest nicht unmittelbar und zwingend dem Gesetz zu entnehmen gewesen, und wollte dieser daher eine rechtliche Grundlage geben.⁴⁶⁶ Die Strafbarkeit wird durch § 13 StGB auf solche Fälle ausgeweitet, die nicht ohne weiteres vom Wortlaut der Strafnormen des Besonderen Teils erfasst waren.⁴⁶⁷ Im systematischen Gegenschluss zu § 13 StGB muss damit auch angenommen werden, dass die Unterlassungsdelikte jetzt gerade nicht unter den Tatbestand der Begehungsdelikte fallen.⁴⁶⁸ Die in § 13 StGB angelegte Zweiteilung in Begehungs- und Unterlassungsdelikte ist *de lege lata* nicht zu umgehen.⁴⁶⁹ Wenn bei „wertender Betrachtungsweise“⁴⁷⁰ jeder Unterschied zwischen Tun und Unterlassen geleugnet wird, widerspricht dies dem Gesetz, das zwischen den beiden Begehungsformen differenziert.

Soweit als Argument für eine direkte Anwendung der Begehungstatbestände eingewandt wird, § 13 StGB sei selbst inhaltsleer,⁴⁷¹ so ist dies widersprüchlich. § 13 StGB bestimmt die Kriterien der Tatbestandsverwirklichung *gesetzlich* und schafft damit die oben vermisste Kongruenz von Wortlaut und materiellen Erfordernissen. Überdies enthält die Vorschrift durchaus, wie sich zeigen wird, eine inhaltliche Richtlinie.⁴⁷² Hingegen lässt sich fehlende Aussagekraft im vorliegenden Kontext den Begehungstatbeständen erst

⁴⁶⁶ BT-Drucks. V/4095 S. 8: „Durch [Schaffung des § 13] wird im Gesetz selbst zum Ausdruck gebracht, dass Straftatbestände auch durch ein Unterlassen verwirklicht werden können“. Siehe auch *Roxin* JuS 1973, 197, 198: § 13 StGB enthalte immerhin eine authentische Aussage des Gesetzgebers; *Güntge* Begehen S. 129.

⁴⁶⁷ Vgl. *Fischer* § 13 Rn. 2; *Frister* AT 22/1; *Gaede* NK § 13 Rn. 1; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 1; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 12; *Murmann* GK § 29 Rn. 7; *Vogel* Norm und Pflicht S. 100; *Weigend* LK § 13 Rn. 11; *Zieschang* AT Rn. 584; siehe auch *Küper* ZStW 131 (2019) 1.

⁴⁶⁸ Vgl. *Ceffinato* Legitimation S. 105; *Vogel* Norm und Pflicht S. 99: subjektiv-historische Auslegung. Die Unterlassung muss der Begehung durch aktives Tun insbesondere nur wertungsmäßig *entsprechen*, nicht aber der Handlungsbeschreibung unterfallen; so auch *Vogel* aaO; **anders** *Roxin* FS Lüderssen S. 577, 581 ff.

⁴⁶⁹ *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 670 ff., 675, 681; *Sieber* JZ 1983, 431, 433 f.; *Zieschang* AT Rn. 42 f.; siehe auch *Herzberg* Arbeitsschutz S. 212: „Die Trennung ist damit gesetzlich festgeschrieben.“

⁴⁷⁰ Im Allgemeinen *Puppe* FS Neumann S. 323, 324: „Sobald der Autor ausgesprochen hat, dass es sich bei dem von ihm erörterten Problem um eine Frage der Wertung handelt [...] fühlt er sich der Pflicht zu weiteren Erläuterungen enthoben.“

⁴⁷¹ *Freund* MK § 13 Rn. 52; siehe auch *ders.* in: *Strafrecht und Gesellschaft* S. 379, 380: § 13 StGB entspreche nicht den Anforderungen von Art. 103 II GG – dann muss *Freund* den Vorwurf strafbegründender Analogie erst recht an sich selbst richten.

⁴⁷² Siehe auch *Roxin* AT II § 31 Rn. 33.

recht entgegenhalten.⁴⁷³ § 13 StGB schafft zudem nicht nur durch seine fortwährende kritische Behandlung in Rechtsprechung und Lehre,⁴⁷⁴ sondern bereits durch seinen Wortlaut eine gewisse Leitlinie für den Adressaten: Auch der regelmäßig juristisch nicht vorgebildete Normadressat hat eine (laienhafte) Vorstellung davon, wann er für eine bestimmte Gefahr einzustehen hat: Wenn nämlich ihn persönlich eine *hervorgehobene* Verantwortung für die Situation trifft.⁴⁷⁵

§ 13 StGB lockert für die Unterlassung insoweit die Fesseln des Wortlautes, aber auch der Dogmatik der Begehungsdelikte⁴⁷⁶ und ermöglicht so eine Auslegung, die der abweichenden Verhaltensweise⁴⁷⁷ „Unterlassung“ gerecht wird.⁴⁷⁸ Die Vorschrift enthält eine authentische Aussage des Gesetzgebers, dass die Unterlassung nicht *mangels*, sondern *trotz* ihrer Unterschiede der Begehung *gleichgestellt* ist, bestimmte in der Natur der Sache liegende Unterschiede nach der gesetzlichen Konzeption *für die tatbestandliche Gleichstellung* also gerade als *unwesentlich erachtet* werden. Während sich also etwa *sub specie* Begehungstatbestand die Angriffsrichtung der Verhaltensweisen als teleologisch maßgeblich erwiesen hat, ist dieser Unterschied *sub specie* Gleichstellung § 13 StGB vorausgesetzt.⁴⁷⁹ Den Unterschieden von Tun und Unterlassen wird auf der anderen Seite dadurch Rechnung getragen, dass § 13 I StGB eigenständige, vom Rechtsanwender *zu beachtende* Voraussetzungen für die Unterlassungsstrafbarkeit aufstellt.⁴⁸⁰ Das Gesetz

⁴⁷³ Entsprechende Überlegungen zum Notstand auch bei *Zieschang* in: Strafgedanke S. 173, 180 ff., 183: Die völlige Abstinenz des Gesetzgebers birgt eine deutlich höhere Gefahr der Verletzung von Freiheitsrechten des Einzelnen als eine unvollständige Regelung.

⁴⁷⁴ Hierzu *Kühl* FS Herzberg S. 177, 190.

⁴⁷⁵ **Anders** jedoch *Langer* Sonderstrafat S. 457 m.w.N.

⁴⁷⁶ Formulierung angelehnt an *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 283. § 13 StGB bewirkt so eine gewisse „Selbstständigkeit“ der Unterlassungsstrafbarkeit von den Begehungsdelikten, als welche die „unechten“ Unterlassungsdelikte in ihrer bewegten Geschichte lange Zeit konstruiert wurden; dagegen grundlegend *Arm. Kaufmann* aaO S. 239 ff.; *ders.* JuS 1961, 173: „Unterlassung [...], wie sie echter nicht gedacht werden kann“.

⁴⁷⁷ Inzwischen auch *Herzberg* GA 1996, 1, 11, 16: „,tötet‘ in § 212 StGB, ‘unterläßt‘ in § 13 StGB“.

⁴⁷⁸ Vgl. für die Unterlassungsdelikte auch *Hirsch* in: Probleme II S. 53, 68; *ders.* ZStW 93 (1981) 831, 852; *ders.* FS Universität Köln S. 399, 408; *Roxin* AT II § 31 Rn. 3, 72: Die gleiche normative Richtlinie kann bei ihrer Anwendung auf das abweichende Substrat „Unterlassung“ eine abweichende Behandlung rechtfertigen; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 6 Rn. 9; *Weigend* LK § 13 Rn. 3; im Allgemeinen *Roxin* TuT S. 598: „Herausarbeitung statt Nivellierung der Gegensätze“; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 93: Die Ausdifferenzierung der Rechtsordnung beruht ganz maßgeblich auf den Unterschieden der einzelnen Regelungsobjekte. In diesem Zusammenhang diagnostiziert (insoweit) überzeugend auch *Langer*, „Hauptschwäche“ der Unterlassungsdogmatik sei, dass dem vor 1975 erarbeiteten System der § 13 StGB „übergestülpt“ wurde, ohne dass die Lehre ihre bisherigen Methoden hinterfragt hätte (Sonderstrafat S. 453 f.).

⁴⁷⁹ Um das krasseste Beispiel der „Kausalitäts-“ und „Interferenztheorien“ aufzugreifen: Dass die Unterlassung nicht kausal sein muss, sondern höchstens ein sinngemäßes Äquivalent gefordert werden kann, ist von § 13 I StGB vorausgesetzt.

⁴⁸⁰ Vgl. auch *v. Coelln* Unterlassungsdelikt S. 61; *Gaede* NK § 13 Rn. 4; *Hilgendorf/Valerius* AT § 11 Rn. 3, 9; *Hirsch* ZStW 93 (1981) 831, 852; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 4; *Kuhlen* JZ 1994, 1142, 1144; *ders.* FS Puppe S. 669, 670; *Küper* ZStW 131 (2019) 1; *Küpper* Grenzen S. 56 f.; *Ransiek* JuS 2010, 490, 493; sowie bereits *Engisch* FS Gallas S. 163. Zutreffend daher *Stoffers* GA 1993, 262, 267: Der Täter „ist nur dann strafbar, wenn [...]“ er die Voraussetzung des § 13 StGB erfüllt; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 63:

erkennt bestimmte Defizienzen der Verhaltensweise Unterlassung unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt als *wesentlich* an und verlangt daher – um die Unterlassung dennoch nach § 13 I StGB der Begehung gleichzustellen – das Vorliegen zusätzlicher, besonders festzustellender Merkmale. Insbesondere muss der Unterlassende besonders *rechtlich dafür einstehen*, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt, also eine Garantstellung innehaben.⁴⁸¹

4. Zwischenergebnis

Die extensive Interpretation der Begehungsdelikte, die auch Garantunterlassungen umfasst, ist daher abzulehnen. Das Gesetz schreibt die Gleichstellung des Unterlassens mit den Begehungstatbeständen fest, § 13 I StGB, nicht hingegen die Entwicklung gemeinsamer Verhaltens- oder „Zurechnungsregeln“ *praeter legem*. Gerade die in § 13 I StGB festgeschriebene Gleichstellung ermöglicht im Bereich unechten Unterlassens eine rationale, anhand geltenden Rechts und der Begehungsdogmatik entwickelte, Rechtsfindung und verhindert eine Konstruktion der Unterlassungsverantwortlichkeit aus bloß subjektiver „Vernunft“.⁴⁸²

D. Regelungsgehalt des § 13 I StGB

I. Bildung von Unterlassungstatbeständen

Für die Mehrzahl der Vorschriften, die als Begehungsdelikte ausgestaltet sind und nicht (ausdrücklich) erkennen lassen, ob Unterlassen Unrecht ist, enthält § 13 I StGB nach der herrschenden Ansicht – mit terminologischen Unterschieden im Einzelnen – eine „Transformationsnorm“ bzw. „Ergänzungsnorm“, die bestimmt, dass in Orientierung an den Begehungstatbeständen eine Unterlassungsvariante gebildet wird.⁴⁸³ Diese Deutung ist nach

§ 13 StGB als Ausgangspunkt jeder Garantentheorie; ähnlich *Noll Compliance* S. 87 f. Bereits aus der Möglichkeit einer Strafmilderung, § 13 II StGB ergibt sich die Notwendigkeit der Abgrenzung des Unterlassungsdelikts vom Begehungsdelikt, siehe nur *Bramsen* in: Individuelle Verantwortung S. 105, 110; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 61; *Gaede* NK § 13 Rn. 4; *Hilgendorf/Valerius* AT § 11 Rn. 9; *Krey/Esser* AT Rn. 1101; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 4; *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 672, 676; *Langer* Sonderstrafat S. 450; mehr dazu → D.

⁴⁸¹ Vgl. nur *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 670 f., 676; *Roxin* AT II § 31 Rn. 183. Freilich fordern manche Autoren auch für das Begehungsdelikt eine Garantstellung (etwa *Herzberg* Garantprinzip S. 172 ff., 253, 283; *Freund* Erfolgsdelikt S. 68 ff.), jedoch scheint damit nur ein beim aktiven Tun unscheinbares, stets vorliegendes Element bezeichnet, das ohnehin stets vorliegt, während § 13 I StGB es ausdrücklich zum Spezifikum des unechten Unterlassens erhebt, in diese Richtung zu Recht *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 670 f., 676; *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 53; *Vogel* Norm und Pflicht S. 373 f. (mehr dazu → § 3).

⁴⁸² So bereits *Schünemann* GA 1974, 231, 240 zu *Herzberg*.

⁴⁸³ Siehe mit Unterschieden im Detail *Ceffinato* Legitimation S. 111; *Dannecker* FS Otto S. 25, 32; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 12, 36; *Jakobs* AT 28/12; 29/1; *Jescheck/Weigend* AT § 58 I 2, IV 2, § 59 IV; *Kühl* JuS 2007, 497, 498; *Rengier* AT § 49 Rn. 1; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 325; *Vogel* Norm und Pflicht S. 100, 131; *Welzel* Niederschriften S: 276; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1154 f.; vgl. auch *Bockelmann/Volk* AT § 17 BI 4: Erweiterung der Strafandrohung; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 16; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 1 „Rechtsfiktion zulasten des Unterlassungstäters“; *Langer* Sonderstrafat S. 450, 461: „abhängig positiviertes Unterlassungssonderverbrechen“; *Schulte* Garantstellung S. 20; sowie bereits *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 45: „ungeschriebene [...] abgeleitete Tatbestände“; S. 50 „Umformung“ der Tatbestände.

dem Gesagten überzeugend. § 13 I StGB kodifiziert zunächst, dass Straftatbestände des Besonderen Teils überhaupt durch Unterlassen begangen werden können und *erweitert* damit die Strafbarkeit.⁴⁸⁴ Die gesetzliche Bestimmtheit dieser Tatbestandserweiterung ergibt sich durch die Bezugnahme des § 13 I StGB auf den jeweiligen Begehungstatbestand, wobei beide Vorschriften ausweislich des Wortlauts von § 13 I StGB zusammengelesen werden müssen.⁴⁸⁵ „nach *diesem* Gesetz nur dann strafbar, *wenn*“. Auf diese Weise entsteht grundsätzlich Strukturähnlichkeit zum Begehungsdelikt.⁴⁸⁶ Das Unterlassungsdelikt schützt das im BT-Tatbestand umschriebene Handlungsobjekt (und dient damit dem Schutz des entsprechenden Rechtsguts⁴⁸⁷), nun eben gegen „Angriffe“ durch Passivität. Auch im Übrigen trägt die Anlehnung an die normativen Kriterien der Tatbestandsverwirklichung beim Begehungsdelikt dem Gebot hinreichender Bestimmtheit Rechnung. Das Fehlende ist auf diese Weise *sinngemäß* zu ergänzen.⁴⁸⁸ Dabei trägt § 13 I StGB den Unterschieden zwischen den Verhaltensformen Rechnung: Soweit sich das Unterlassungsdelikt an die normativen Kriterien des Begehungsdelikts anlehnt („nach diesem Gesetz“), können in der Natur der Sache liegende Unterschiede der Verhaltensform Unterlassen zu abweichenden Ergebnissen führen.⁴⁸⁹ *Insoweit* – von der äußeren Gestalt der Tatbestandsmerkmale her, nicht hingegen von ihrem Sinn und ihrer Funktion – weist der Unterlassungstatbestand tatsächlich eine abweichende Struktur auf.⁴⁹⁰ So kann beispielsweise die Unterlassung nicht im gleichen Sinne wie die Begehung kausal,

⁴⁸⁴ Weigend LK § 13 Rn. 12; **and**ers Freund in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 380, 390.

⁴⁸⁵ Vgl. Gropp/Sinn AT § 11 Rn. 12; Roxin AT II § 31 Rn. 33; Langer Sonderstrafat S. 450: § 13 I StGB ist insofern „kein bloßer Auslegungshinweis, der letztlich entbehrlich wäre“, sondern notwendiger Inhalt der gesetzlichen Bestimmung der Strafbarkeit; siehe auch 461; siehe auch Küper ZStW 131 (2019) 1, 2, der Tatbestand sei in § 13 StGB kodifiziert; **and**ers wohl Vogel Norm und Pflicht S. 133: der Inhalt sei dadurch „in den entscheidenden Punkten (noch) nicht festgelegt“, § 13 StGB ermächtigt aber daneben den Richter zur Rechtsfortbildung.

⁴⁸⁶ Stein GA 2010, 129, 137 f.; ders. SK Vor § 13 Rn. 26 ff.; diese wird häufig hinter unterschiedlicher Begriffsverwendung versteckt; siehe bereits Nagler GS 111 (1938) 1, 54, 69: gleiche Struktur unter umgekehrten Vorzeichen; sowie Jescheck LK¹¹ Vor § 13 Rn. 93: Anpassung der Regeln; Schönemann Grund und Grenzen S. 229 ff.: analogistisches Verfahren; Vogel Norm und Pflicht S. 105: „parallel strukturiert“; **and**ers freilich das „Umkehrprinzip“ Arm. Kaufmanns, Dogmatik S. 87 ff., der jedoch in der zweiten Formulierung (S. 89: umgekehrte Wirkung bei Gleichartigkeit der Phänomene) zu ähnlichen Ergebnissen gelangt wie die These von der Parallelität, worauf auch Vogel Norm und Pflicht S. 106 zutreffend hinweist.

⁴⁸⁷ Zum Verhältnis von Handlungsobjekt und Rechtsgut, siehe Hefendehl Kollektive Rechtsgüter S. 39 ff.; Roxin/Greco AT I § 2 Rn. 65 ff.

⁴⁸⁸ Jescheck/Weigend AT § 59 I; vgl. dazu auch Schönemann FS Amelung S. 303, 307 f.

⁴⁸⁹ Siehe Roxin AT II § 31 Rn. 3, 72; bereits ders. Kriminalpolitik S. 41: Die „Abweichungen des ontischen Substrats“ erzwingen insoweit auch „bei identischen normativen Maßstäben differenzierende Lösungen“; siehe auch Hirsch FS Universität Köln S. 399, 408; Schönemann FS Amelung S. 303, 308; Stein GA 2010, 129, 138; siehe im Allgemeinen auch H.-L. Günther Strafrechtswidrigkeit S. 93: Gebot gerechter, *relativer* Gleichbehandlung.

⁴⁹⁰ Siehe Weigend LK § 13 Rn. 61: „unterscheidet sich erheblich“.

sondern nur quasi-kausal sein,⁴⁹¹ das Unterlassen besteht nicht in der gewillkürten Vornahme, sondern der gewillkürten Nichtvornahme einer Handlung⁴⁹², etc. Soweit § 13 I StGB daneben eigene Voraussetzungen statuiert,⁴⁹³ sind diese ebenfalls im Hinblick auf die Rechtsfolge „Gleichstellung“ auszulegen.⁴⁹⁴ Allerdings nimmt das Gesetz dort gerade auf bestimmte rechtlich wesentliche Defizite der Verhaltensform „Unterlassen“ im Vergleich zur Begehung Rücksicht.⁴⁹⁵

Durch diese Umwandlung der Begehungstatbestände werden neue Unterlassungstatbestände geschaffen. Damit lässt sich §§ 212 I, 13 I StGB etwa so lesen:⁴⁹⁶ „Wer es unterlässt, den Tod eines anderen zu verhindern, obwohl er rechtlich dafür einzustehen hat [...]“. Bei dem so gebildeten Unterlassungstatbestand handelt sich um einen anderen Tatbestand als den des Begehungsdelikts⁴⁹⁷ – dies ist jedoch keine „bei genauer Analyse“⁴⁹⁸ auffallende Schwachstelle des Konzepts, wie *Freund* behauptet, sondern die offenliegende Schlussfolgerung aus den teleologisch maßgeblichen Unterschieden der Verhaltensformen und der Konzeption des geltendes Strafrechts, manche Unterlassungen trotz dieser Unterschiede gleichzustellen. Die Anordnung des § 13 StGB nennt die Kriterien der Tatbestandserfüllung.⁴⁹⁹ Es handelt sich *nicht* um eine Analogie zu Ungunsten des Betroffenen,⁵⁰⁰ sondern um die Lösung, die sich aus dem *Wortlaut* und der *Systematik* des *geltenden Rechts* ergibt.

⁴⁹¹ Vgl. etwa BGHSt 48, 77, 93 m.w.N.; *Jescheck/Weigend* AT § 59 I 3; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 25; *Schünemann* FS Amelung S. 303, 308.

⁴⁹² *Stein* GA 2010, 129, 137: Die Nichtvornahme einer Handlung bei physisch-realer Möglichkeit ist nichts anderes als das gewillkürte Ausbleiben dieser Handlung

⁴⁹³ Etwa die Garantenstellung, vgl. *Stein* GA 2010, 129, 138; *anders Herzberg* Garantenprinzip S. 172 ff., 253, 283.

⁴⁹⁴ Hierdurch können insbesondere auch die Ergebnisse harmonisiert und Wertungswidersprüche vermieden werden; vgl. dazu *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 672, 681: Die Gleichbehandlung mancher Fälle spricht nicht gegen die Abgrenzung von Tun und Unterlassen; im Allgemeinen zu Fällen der Austauschbarkeit von Tun und Unterlassen *Philipps* Handlungsspielraum S. 140 ff.; *Roxin* Kriminalpolitik S. 19; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 283.

⁴⁹⁵ „Wenn man die Möglichkeit einer Strafbarkeit bloßen Unterlassens begründen möchte, ist es notwendig, die Ähnlichkeit von Tun und Unterlassen hinsichtlich ihrer Gefährlichkeit für geschützte Interessen sowie als Normverletzungen zu betonen. Für die Rechtsauslegung und -anwendung empfiehlt es sich jedoch, die Unterschiede zwischen Tun und Unterlassen im Auge zu behalten und jeweils genau zu prüfen, ob die Regeln, die für Begehungsdelikte entwickelt worden sind, auch auf den Fall der Nicht-Begehung passen oder ob sie dafür modifiziert werden müssen, um den Bereich des Strafbaren nicht zu weit auszudehnen.“, *Weigend* LK § 13 Rn. 3.

⁴⁹⁶ Siehe auch *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 12.

⁴⁹⁷ Bereits vor Geltung von § 13 StGB grundlegend *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 274 f.; dem folgend *Welzel* Strafrecht S. 210; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 325.

⁴⁹⁸ *Freund* MK § 13 Rn. 51; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 52; siehe auch *ders.* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 380 m. Fn. 7, 391.

⁴⁹⁹ Sinngemäße Orientierung an den Regeln des Begehungsdelikts, soweit § 13 StGB keine speziellere Aussage trifft.

⁵⁰⁰ So aber *Freund* MK § 13 Rn. 52. – Das analogistische Denken innerhalb des Wortlauts ist jedoch gerade *keine* verbotene Rechtsfindung *praeter legem*, sondern gerade typisch für Auslegung und Subsumtion. *Freund* hingegen versucht der verbotenen „Analogie“ von § 13 StGB (vgl. auch *Freund* in: Strafrecht und

II. Rechtliches Einstehenmüssen – Überblick

Die Formulierung „rechtlich dafür einzustehen hat“ beschreibt nach der herrschenden Ansicht das Garantenerfordernis⁵⁰¹ und soll die „Zurechnung“ des Erfolgs zum Unterlassen begründen.⁵⁰² Es handle sich um eine „Bewirkungsäquivalenz-Klausel“.⁵⁰³ In diesem Sinne spricht auch der BGH regelmäßig von „Erfolgsabwendungspflicht“.⁵⁰⁴ Dabei wird der Begriff „Erfolg“ in § 13 I StGB meist weit definiert und nicht im Sinne der sogenannten Erfolgsdelikte verstanden. Vielmehr sei „Erfolg“ im Sinne der Vorschrift jedes Ereignis, das für die Verwirklichung des Tatbestandes vorausgesetzt sei.⁵⁰⁵ Dies entspricht der

Gesellschaft S. 379, 380) zu entgehen, indem er dezisionistisch den Wortlaut der Begehungstatbestände so weit „auslegen“ will (!), dass auch Unterlassungen erfasst sind (vgl. MK § 13 Rn. 52 f.) – diese Ausdehnung des Wortlauts, um unter Berufung auf einen Gesetzeszweck als strafwürdig empfundene Fälle zu erfassen, ist aber *per definitionem* eine verbotene Analogie (statt vieler *Krey/Esser* AT Rn. 80 f. m.w.N.), sodass der Ansatz *Freunds* die Bedenken bezüglich Art. 103 II GG nicht behebt, sondern vertieft; konsequenterweise leugnet *Freunds* Schülerin *Rostalski* die individualschützende Dimension von Art. 103 II GG völlig, Tatbegriff S. 88 ff.

⁵⁰¹ Vgl. nur *Hoven* GA 2016, 16, 18; *Jescheck/Weigend* AT § 59 IV 1; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 2, 23; *Rengier* AT § 50 Rn. 1; *Zieschang* AT Rn. 600; **kritisch** etwa *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 1: „zirkulär gehaltene Klausel, die auf das Erfordernis einer Garantenstellung deutet“; *Freund* Erfolgsdelikt S. 1: „schlichte Tautologie“.

⁵⁰² Siehe nur *Arzt* JA 1980, 553 ff.; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 2 f.; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 13, 22; *Herbertz* Ingerenz S. 271; *Jescheck* LK¹¹ § 13 Rn. 4; *ders./Weigend* AT § 59 IV 1, V 1; *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 6; *Kühl* FS Herzberg S. 177, 184; *Rudolphi* NStZ 1984, 149; *ders.* SK § 13 Rn. 17; **kritisch** *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 245 m. Fn. 53: Es gehe bereits um die Legitimation der Inpflichtnahme; *Freund* Erfolgsdelikt S. 4 m. Fn. 22: Da die bloße kausale Erfolgsherbeiführung die Zurechnung beim Begehungsdelikt nicht leisten könne, genüge auch eine als Surrogat für diese gedachte Garantenstellung nicht bei der Unterlassungsstrafbarkeit; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 21; ähnlich *Stein* SK § 13 Rn. 3; die Unterschiede beruhen auf der parallel laufenden Kontroverse beim Begehungsdelikt, ob es auf die „objektive Zurechnung“ ankommt (*Roxin/Greco* AT I § 11; *Jescheck/Weigend* AT § 28 IV, jeweils m.w.N.) oder die Verwirklichung des „tatbestandlichen Verhaltensunrechts“ (grundlegend *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 22 ff., 33 ff., S. 66 f.; sowie *Freund* MK Vor § 13 Rn. 24 ff., 127 ff., 404 ff. „personales Verhaltensunrecht“; besonders deutlich Rn. 348 ff.; **dagegen** *Roxin* FS Maiwald S. 715, 729: terminologische Differenz; *ders./Greco* AT § 11 Rn. 51, die Untrennbarkeit von Handlungs- und Erfolgsunrecht vorbringend; *Schünemann* GA 1999, 207, 216: Scheinproblem; **andere wieder** *Frisch* GA 2003, 719, 733 m. Fn. 69, 70.

⁵⁰³ *Kühl* Beendigung S. 69; *ders.* JuS 2007, 497 f.; *ders.* FS Herzberg S. 177, 184; *ders.* AT § 18 Rn. 41; *Rudolphi* NStZ 1984, 149, 150; *ders.* SK § 13 Rn. 17; *Stein* SK § 13 Rn. 3; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 170; siehe auch *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 6. *E. A. Wolff* Kausalität S. 33 ff. versucht darüberhinausgehend *wirkliches* Bewirken beim Unterlassen aufzuzeigen.

⁵⁰⁴ BGH StV 1982, 218; BGH NJW 1992, 1246; BGHSt 59, 318, 323; siehe auch BGHSt 26, 35, 37; BGH NStZ 1985, 24; BGH NStZ 1998, 83, 84.

⁵⁰⁵ Vgl. etwa BGH NStZ 1997, 545 f.; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 3; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 70; *Eisele/Heinrich* AT Rn. 561; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 24: jede Rechtsgutsbeeinträchtigung; *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 6; *Jakobs* AT 29/2; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 47; *Ransiek* JuS 2010, 490, 495; *Rengier* AT § 49 Rn. 7; *Eb. Schmidt* Niederschriften 2 Anhang Nr. 54 I 2 a; *Stein* SK § 13 Rn. 4; *Vogel* Norm und Pflicht S. 100 f.; *Weigend* LK § 13 Rn. 14 f.; im Ergebnis ähnlich *Langer* Sonderstrafat S. 454 f.: die abzuwendende Gefahr für das Rechtsgutsobjekt; vgl. auch *Sturm* Prot. V S. 1864; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 326; *Seibert* Garantenpflichten S. 160 f.: jede Rechtsgutsbeeinträchtigung; **andere** für eine enge Definition etwa *Günthe* Begehen S. 32 ff.; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 5; *Jescheck* FS Tröndle S. 795, 800; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 10, 14; **gegen** die Trennung von Erfolgs- und Tätigkeitsdelikten *Freund* Erfolgsdelikt S. 4 f. m. Fn. 22, 25; *Kargl* ZStW 119 (2007) 250, 274; *Köhler* AT S. 28; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 63.

wohl h.M. in der allgemeinen Unrechtslehre, die unter Erfolg im untechnischen Sinne jeden wertwidrigen äußeren Sachverhalt versteht.⁵⁰⁶ Auf das rechtliche Einstehenmüssen soll unten in einem eigenen Abschnitt (→ § 3) ausführlich eingegangen werden.

III. Tatbestandsmäßige Situation

Zum Teil wird die „tatbestandsmäßige Situation“, das Drohen des Erfolgseintritts als Tatbestandsvoraussetzung des Unterlassungsdelikts angesehen.⁵⁰⁷ Dies erscheint nach der oben festgestellten Orientierung an der Struktur des Begehungsdelikts konsequent: Auch dort wird die Schaffung einer Gefahr als Tatbestandsmerkmal erachtet.⁵⁰⁸ Da durch Unterlassen eine Gefahr nicht aus dem Nichts „geschaffen“ werden kann, muss die Gefahr als tatbestandsmäßige Situation unabhängig von der Unterlassung des Täters bereits vorliegen.⁵⁰⁹ Zum Teil wird dem Begriff der tatbestandsmäßigen Situation keine nähere Aufmerksamkeit zuteil und geht in der Frage nach den „Garantenpflichten“ auf.⁵¹⁰ Jedenfalls für das Vorliegen des Versuchsbeginns des Unterlassungsdelikts wird von vielen Autoren das Vorliegen einer bestimmt gearteten „konkreten“ oder „unmittelbaren“ Gefahr gefordert.⁵¹¹

⁵⁰⁶ Siehe nur Sch/Sch/*Eisele* Vor § 13 Rn. 54 m.w.N. Im Allgemeinen zu den unterschiedlichen Bedeutungen des Erfolgsbegriffs im Strafrecht *Goeckenjan* Revision S. 49 ff. m. w. N.

⁵⁰⁷ *Berendt* GA 1993, 67, 70 f.; *Engisch* Kausalität S. 62 f. m. Fn. 2; *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 38; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 94; *ders./Weigend* AT § 59 I; *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 96 ff, 106; *Langer* Sonderstrafat S. 451; *Roxin* AT II § 31 Rn. 177; *Rudolphi* SK⁷ Vor § 13 Rn. 11; *Schmidhäuser* AT 12/16 f. *Struensee* FS Stree/Wessels S. 133, 155 f.; siehe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 42, 105; leicht abweichend *Welzel* Strafrecht S. 204, 211; *Rengier* AT § 49 Rn. 6.

⁵⁰⁸ Siehe nur *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 53 ff.; *Wolter* Straftatsystem S. 29 ff.; richtigerweise geht es grundsätzlich um die Gefährlichkeit des *Verhaltens*, vgl. etwa *Hirsch* FS Arth. Kaufmann S. 455, 548 ff.; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 29 ff., 53 ff.

⁵⁰⁹ Vgl. bereits *H. Bruns* Tatbestand S. 74: Die Unterlassung kann erst durch die Situation, in der sie als Unterlassung erscheint, bewertet werden. – Selbstverständlich ist auch die Eignung eines *Handelns*, einen Erfolg herbeizuführen, seine Gefährlichkeit, stets abhängig von der Situation (*Weigend* FS Gössel S. 129, 135: „situativer Anlaß“; siehe bereits *M. L. Müller* Kausalzusammenhang S. 22 f.: „So ist z.B. das Krümmen meines Zeigefingers, während ich hier schreibend sitze, durch das Tötungsverbot unverboden, weil ihm diese Beziehung zu einem Todeserfolg fehlt“). Der Unterschied zur Unterlassung ist jedoch, dass der Aktivtäter selbst durch seine Handlung aus den bereits angelegten Faktoren eine hinreichende Bedingung für den Erfolg (die „tatbestandsmäßige Situation“) formt, während für das (vollendete) Unterlassungsdelikt zum Zeitpunkt des Täterverhaltens bereits eine hinreichende Bedingung für den Erfolg vorliegen muss. Zu weitgehend daher *Kindhäuser* Gefährdung S. 42; *Vogel* Norm und Pflicht S. 105, wenn sie meinen, derjenige der zuhause im Sessel Zeitung lese, verhalte sich zwar „aus welchen Gründen auch immer“ normkonform, könne sein Verhalten nicht im Sinne des Tötungsverbots verständlich machen. – Für das Strafrecht kommt es hier jedoch nur darauf an, dass das Verhalten unverboden ist, ein weitergehender „Sinn“ des Verhalten ist hierfür irrelevant; **and**ers als hier auch *Berendt* GA 1993, 67, 70 f., der allerdings die Begehung als Unterlassung der Gegensteuerung gegen rechtsfeindliche innere Antriebe versteht; zur **Kritik** dieser Betrachtungsweise siehe → unten Kapitel 3 § 1 F II 2, § 2 G I 2 a.

⁵¹⁰ Etwa bei *Gaede* NK § 13 Rn. 29 ff.; *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 30 ff., 33 ff.;

⁵¹¹ Statt vieler Sch/Sch/*Eser/Bosch* Vor § 22 Rn. 27; *Hillenkamp* LK¹² § 22 Rn. 142 ff.; *Jescheck/Weigend* AT § 60 II 2; *Kudlich* JA 2008, 601, 603; *Kühl* AT § 18 Rn. 147 ff.; *Weigend* LK § 13 Rn. 62; *Wolter* Straftatsystem S. 103; ähnlich *Zaczyk* NK Vor § 22 Rn. 64; im Allgemeinen zum Erfordernis gefährlichen Verhaltens beim Versuch *Hirsch* FS Roxin (2001) S. 711, 717 ff.; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 140 ff.

IV. Entsprechungsklausel

1. Ausgangspunkt der herrschenden Ansicht

Der zweite Halbsatz, [... entspricht“], die sogenannte „Entsprechungsklausel“⁵¹² oder „Modalitätenäquivalenz-Klausel“,⁵¹³ soll nach der herrschenden Ansicht die Äquivalenz der Tatbegehung hinsichtlich bestimmter Handlungsbeschreibungen sicherstellen. Dementsprechend wird sie von der h.M. nur für solche Delikte als relevant erachtet, bei denen es auf die spezielle Art und Weise der Erfolgsherbeiführung ankommt, bei reinen Erfolgsdelikten sei sie gegenstandslos.⁵¹⁴

2. Dreh und Angelpunkt der Gleichstellungsfrage?

Die Bedeutung der Entsprechungsklausel ist jedoch noch immer „umstritten und wenig geklärt“.⁵¹⁵ So sehen es einige Autoren für alle Delikte in erster Linie als entscheidend an, dass die Unterlassung der Verwirklichung des Tatbestandes durch aktives Tun entspricht.⁵¹⁶ Dieser Auslegung von § 13 I StGB ist insbesondere deswegen nachzugehen,

⁵¹² Vgl. nur *Zieschang* AT Rn. 619; eingehend zu dieser Entsprechungsklausel *Roxin* JuS 1973, 197, 198 f.; *ders.* FS Lüderssen S. 577 ff.; zur Entstehungsgeschichte *ders.* AT II § 32 Rn. 218 ff.; sowie monographisch *Nitze* Entsprechungsklausel S. 1 ff.; **kritisch** zu der Klausel im Allgemeinen *Nitze* aaO S. 88 ff., 107 ff., der die Klausel für bedeutungslos hält; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 325, ein Maßstab für die Entsprechung sei der Norm nicht zu entnehmen; ebenso *Krey/Esser* AT Rn. 1130: „inhaltsleere Generalklausel“, „kriminalpolitischer Missgriff“, „verfassungsrechtlich [...] mehr als bedenklich“; *Herzberg* Garantenprinzip S. 105 f.; *Kühl* AT § 18 Rn. 122; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 90; *Ransiek* JuS 2010, 490, 493.

⁵¹³ Vgl. etwa *Gaede* NK § 13 Rn. 19; *Hoven* GA 2016, 16, 18; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 3; *Kühl* JuS 2007, 497, 498; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 18; *Stein* SK § 13 Rn. 10.

⁵¹⁴ Vgl. dazu etwa *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 4; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 79 f.; *Gercke/Hembach* AnwK § 13 Rn. 19; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 15; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 39 ff.; *Jescheck/Weigend* AT § 59 V 1; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 39; *Herbertz* Ingerenz S. 23; *Hoven* GA 2016, 16, 18; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 3; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 5; *Krey* Gesetzesvorbehalt S. 32 m. Fn. 29; *ders./Esser* AT Rn. 1104, 1129; *Kühl* AT § 18 Rn. 123; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 88 f.; *Ransiek* JuS 2010, 585, 589; *Rengier* AT § 49 Rn. 30; *Roxin* JuS 1973, 197, 198 f.; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 64 (zu E 1962); *ders.* FS Dünnebieber S. 561, 571; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 18; *ders.* NSTZ 1991, 361, 364; *Tag* HK § 13 Rn. 23 f.; *Timpe* Strafmilderungen S. 154; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1205; *Zieschang* AT Rn. 619; **andere** *Gaede* NK § 13 Rn. 19, sie betreffe auch die Kausalität und das unmittelbare Ansetzen; *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 319 ff.; *Renzikowski* Täterbegriff S. 30 f.: Ansatz zu einer Beteiligungsformenlehre; *Roxin* FS Lüderssen S. 577, 583 ff.: begehungstäterbezogene Qualifikationsmerkmale; *ders./Greco* AT I § 6 Rn. 11 f.: strafbarkeitseinschränkende Auslegung; *Weigend* LK § 13 Rn. 77, der die Bedeutung auf bestimmte subjektive Unrechtscharakterisierungen (etwa „Grausamkeit“ bei § 211 StGB) beschränkt; *Stein* SK § 13 Rn. 10 weist der Klausel nur deklaratorische Bedeutung zu.

⁵¹⁵ *Roxin* FS Lüderssen S. 577.

⁵¹⁶ Vgl. außer den gleich im Text Genannten *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 284 f., der vor Geltung von § 13 I StGB und damit der Entsprechungsklausel die Gleichstellungsproblematik in der annähernd gleichen Strafwürdigkeit verortet sah; *ders.* JuS 1961, 173, 177 zu E 1960; *Henkel* MschrKrim 1961 S. 178, 179: Das Gleichwertigkeitsproblem sei zusätzlich zum Täterproblem „Garantenstellung“ zu lösen; *Henkel* fordert insoweit eine „individuelle Unrechtswertung“ im Einzelfall, S. 188 f.; *Arth. Kaufmann* Analogie S. 42: der „Unrechtstypus“ als *tertium comparationis*; sowie *Freund*, der zwar die Entsprechungsklausel ablehnt, *Freund* MK § 13 Rn. 202 ff., jedoch in der Sache die Entsprechung der Unterlassung fordert, so ausdrücklich *ders.* Erfolgsdelikt S. 46; *ders.* MK § 13 Rn. 205; *Otto* FS Gössel S. 99, 103, der auf Grundlage der Entsprechungsklausel die Ingerenz nach vorsätzlichem Vorverhalten verneint; siehe auch *Bung* ZStW 120

weil beinahe alle Gegner der Garantenstellung aus Ingerenz diese Ablehnung auf Grundlage der Entsprechungsklausel treffen.⁵¹⁷

So hat etwa *Langer* einen abweichenden Blick auf die Tatbestandsmerkmale von § 13 StGB. Das Einstehenmüssen kodifiziere das Erfordernis irgendeines Gebots der Erfolgsabwendung,⁵¹⁸ nicht aber schon das Sonderunrecht. Die Gleichstellung erfolge über das Entsprechen, über das die besondere Dringlichkeitssteigerung der Pflicht zum Ausdruck gebracht werde.⁵¹⁹ Nur über dieses sei die erforderliche „Gleichheit im Straftatunwert“ und damit die verfassungsrechtlich gebotene „Relation von Straftat und Strafe“ sichergestellt.⁵²⁰

Die Entsprechungsklausel muss nach *Schünemann* materiell in dem Sinne interpretiert werden, dass der Unterlassungstäter zur Rechtsgutsverletzung in einem ähnlichen Verhältnis steht wie der Begehungstäter.⁵²¹ Es sei eine Gleichstellbarkeit nach den für die Erfolgszurechnung beim Tun maßgeblichen (ontologischen) Strukturen geboten.⁵²² Jede

(2008) 526, 540; *Kargl* ZStW 119 (2007) 250, 279: „Einschränkung der Garantenstellung“; *Herzberg* Arbeitsschutz S. 227 meint zwar, dass sich gesetzestreu nur verhalte, wer die Annahme der Garantenstellung an *beide* Voraussetzungen bindet, kommt „in der Sache selbst“ aber zum gleichen Ergebnis wie die h.M., da der Aktivtäter eine Untererscheinung des Überwachungsgaranten sei und daher stets Entsprechen anzunehmen sei. – Dann erschließt sich aber der zusätzliche Bedeutungsgehalt des Merkmals nicht; siehe zudem die Entscheidung BGHSt 48, 77, 96, wo der Bundesgerichtshof im Rahmen des Totschlags einen „Wertungsvergleich“ anstellt.

⁵¹⁷ Es überrascht daher, dass sich *Herbertz* in dieser Frage ohne weitere Erörterung der herrschenden Literaturansicht anschließt (Ingerenz S. 23) und es ausdrücklich vermeidet, auf die „umfassenden Streitigkeiten“ hinsichtlich der Entsprechungsklausel und ihrem Verhältnis zum Einstehenmüssen einzugehen (S. 166).

⁵¹⁸ *Langer* Sonderstrafat S. 455 ff.: „Weil die Funktion des § 13 darin besteht, ein Unterlassungsunrecht zu vertatbestandlichen, kann Inhalt jener Gesetzesformel [des Einstehenmüssens] nur eine von ihr vorausgesetzte Rechtspflicht zum Handeln sein“; ähnlich *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 331 ff.: die Besonderheit der Pflicht werde nicht ausgedrückt; *Schürmann* Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 61 ff., 64 ff. Dies könnte jede Rechtspflicht sein, auch etwa §§ 323c, 138 StGB.

⁵¹⁹ *Langer* Sonderstrafat S. 456, 458 ff.; dem zustimmend *Kargl* ZStW 119 (2007) 250, 279; siehe auch *Schürmann* Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 74 f.

⁵²⁰ *Langer* Sonderstrafat S. 458; siehe auch *Schürmann* Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 117; sowie *Ceffinato* Legitimation S. 122 m. Fn. 11. Ähnliche Ausführungen finden sich auch bei *Schöne*, der meint, entscheidendes Kriterium sei das Entsprechen im quantitativen Unrechtsgehalt, Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 331 ff., 337. Es wäre nämlich widersprüchlich, als begehungsgleiche Garantenunterlassung bereits eine solche anzusehen, die dem aktiven Tun vielleicht entspreche, vielleicht aber auch nicht; **anders** *Schünemann* Nulla poena S. 31: reine Willkür.

⁵²¹ *Schünemann* ZStW 96 (1984) 287, 304, 312; siehe auch *ders.* Unternehmenskriminalität S. 84 f.: es leuchte nicht ein, die Frage nach der Begehungsäquivalenz nur bei den Tätigkeitsdelikten zu stellen; *ders.* Internationale Dogmatik S. 49, 72: das Unterlassen müsse Kriterien erfüllen, die mit denen vergleichbar sind, die auch beim aktiven Tun die Strafbarkeit begründen; *ders.* Nulla poena S. 31: nicht als bloße freie Wertung der Strafwürdigkeit, sondern als „Funktionsbegriff“; *ders.* in: Internationale Dogmatik S. 49, 72 ff.; *ders.* in: Freiburg-Symposium S. 103, 114 f.; *ders.* GA 2016, 301, 302; ähnlich *Sangenstedt* Garantenstellung S. 215; vorsichtig zustimmend *Kamberger* Treu und Glauben S. 194.

⁵²² *Schünemann* Nulla poena S. 31; *Schünemann* in: Freiburg-Symposium S. 103, 114; *Berster* Unterlassungsdelikt S. 57; insoweit zustimmend auch v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 122 f.

andere Vorgehensweise verstoße nicht nur gegen die gesetzliche Anordnung des Entsprechens, die Strukturgleichheit sei nämlich nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 GG, zwingend⁵²³ und zudem von § 13 StGB „vorausgesetzt“.⁵²⁴ Das rechtliche Einstehenmüssen beinhalte hingegen bloß den „extrem bescheidenen normativen Gehalt“, dass die Ableitung aus bloßen moralischen Pflichten nicht genüge.⁵²⁵ Der Konzeption *Schünemanns* folgen weitestgehend *Sangenstedt*⁵²⁶ und *Berster*. Letzterer meint, das Einstehenmüssen sei aufgrund seiner Weite und fehlenden Konturen ungeeignet als zentrales strafbarkeitsbegründendes Merkmal.⁵²⁷ Der Begriff des Entsprechens enthalte hingegen eine Wertentscheidung: Neben der annähernden Wertgleichheit von Tun und Unterlassen müssten die beiden Verhaltensweisen gemeinsame Strukturen aufweisen. Zwar spreche die Gesetzesgenese nur für einen Wertvergleich (§ 13 StGB E 1962 „gleichwertig“). Das Erfordernis der strukturellen Gleichstellung, der „ontologische[n] Artvergleichbarkeit“ entspreche jedoch dem natürlichen Wortsinn und sei in Folge einer teleologisch-verfassungskonformen Auslegung geboten, da allein die Frage nach der Wertgleichheit nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz genüge.⁵²⁸ Die genannten Ansichten laufen insoweit parallel als das Einstehenmüssen nur das Erfordernis irgendeiner Rechtspflicht normiert, während die materielle Gleichstellung über die Entsprechungsklausel erfolge.

3. Stellungnahme

Für die Auslegung der herrschenden Ansicht spricht jedoch zunächst insbesondere der Wortlaut von § 13 StGB. Die einzelnen Merkmale des Tatbestands sind nicht streng trennbar, sondern erhalten ihre Bedeutung als „Wörter im Satz“, im Verhältnis zueinander.⁵²⁹ Nach dem Wortlaut des § 13 I Hs. 1 StGB bezieht sich das „rechtlich dafür einzustehen hat“ auf den (Nicht-)Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs, stellt den Unterlassenden zu diesem in eine bestimmte Beziehung.⁵³⁰ Daneben könnte Hs. 2 nur Bedeutung

⁵²³ *Schünemann* Unternehmenskriminalität S. 84 f., der Gesetzgeber könne die in der Wirklichkeit angelegten sachlogischen Strukturen nicht verändern; ähnlich *Berster* Unterlassungsdelikt S. 57; **andere** *Ceffinato* Legitimation S. 195 m. Fn. 379: aus der Gleichheit der Rechtsfolge ergebe sich vielmehr die Gleichheit der Unwertäquivalenz.

⁵²⁴ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 59.

⁵²⁵ *Schünemann* GA 2016, 301; siehe auch *ders.* in: Freiburg-Symposium S. 103, 111, 113: Es handle sich um eine „reine Tautologie, die die Rechtspflicht durch die Rechtspflicht definiert“; siehe auch *ders.* Unternehmenskriminalität S. 84; zustimmend *Utz* Geschäftsherrenhaftung S. 47; ferner *Blassl* Garantspflicht S. 282.

⁵²⁶ *Sangenstedt* Garantstellung S. 213 ff., 370 f.: Da das Gleichstehen nicht nach dem subjektiven Urteil des Rechtsanwenders bestimmt werden kann, sei durch das Entsprechen eine „übereinstimmende Unrechtsstruktur“ von Begehungs- und Unterlassungsdelikt gefordert; zustimmend im Grundsatz *Freund* Erfolgsdelikt und Unterlassen S. 149; **kritisch** hingegen *Kleinherne* Garantstellung S. 286.

⁵²⁷ *Berster* Unterlassungsdelikt S. 52. Bei primärer Heranziehung des Einstehenmüssens könne § 13 StGB kaum dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen, S. 54. Zum Entsprechungserfordernis in anderem Zusammenhang auch *ders.* NJW 2017, 420, 421.

⁵²⁸ *Berster* Unterlassungsdelikt S. 55 f. **Kritisch** hierzu mit Recht *Hoven* GA 2016, 16, 19: Das Entsprechensmerkmal weist ebenso viele Unklarheiten auf.

⁵²⁹ Siehe *Hassemer* Tatbestand und Typus S. 12 f., 70 f.; *ders./Kargl* NK § 1 Rn. 78.

⁵³⁰ *Weigend* LK § 13 Rn. 23; *Kühl* JuS 2007, 497, 498; *ders.* FS Herzberg S. 177, 184 „Erfolgsbezug der Garantstellung“.

erlangen, wenn die Verantwortlichkeit des Täters für einen bestimmten Erfolg bzw. erfolgreichen Kausalverlauf durch das Einstehenmüssen nicht vollständig begründet ist. „Einstehen“ bedeutet so viel wie „sich verbürgen“, „Gewähr leisten“, „garantieren“ oder „geradestehen“.⁵³¹ Es geht also um eine besondere, unbedingte Verantwortlichkeit, die über die Bindungen von jedermann hinausgeht.⁵³² Dies widerspricht der Annahme, für das Einstehenmüssen sei irgendeine Rechtspflicht hinreichend. Selbst für den Begehungstäter lässt sich kaum eine deutlichere Formulierung ersinnen, als dass dieser dafür einzustehen hat, dass durch seine Handlungen niemand zu Schaden kommt.⁵³³ Die Formulierung gibt hiermit auch dem Normunterworfenen eine gewisse Richtlinie, dass sich nur derjenige, der sich in einer besonders hervorgehobenen Pflichtenposition befindet, qualifiziert durch Unterlassen strafbar machen kann. Insbesondere bezieht sich die Formulierung „einzustehen hat“ auf den Erfolg, „*der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört*“. Es geht also nicht um den Erfolg als bloß äußeres Ereignis, sondern in seiner *normativen* Bedeutsamkeit als tatbestandlich unwertiges Ereignis. Die Unwertigkeit ergibt sich dabei aus spezifisch strafrechtlichen Gesichtspunkten, insbesondere der Beeinträchtigung von Rechtsgütern. Damit besteht jedoch das Einstehenmüssen des Unterlassenden nicht im Hinblick auf eine bloß empirische Veränderung, sondern beschreibt eine Verantwortlichkeit für einen *tatbestandlich missbilligten* Erfolg. Die Gründe für die Unwertigkeit des Erfolgs und die Verantwortlichkeit für diesen können also nicht völlig getrennt betrachtet werden. Wenn der Täter für den (Nicht-)Eintritt eines Erfolgs einzustehen hat, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, hat er auch auf eine Weise dafür einzustehen, *wie* es zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Eine solche Verantwortlichkeitsbeziehung wird jedoch nicht von außerstrafrechtlichen Rechtspflichten beschrieben, sondern allein in den Begehungstatbeständen vorausgesetzt. Wenn man bloß irgendeine Beziehung zu dem Erfolg genügen ließe, würde das in § 13 I StGB angelegte Prinzip der Gleichstellung nicht hinreichend beachtet. Damit deutet bereits der erste Halbsatz auf eine Orientierung an der Unrechtsstruktur des Begehungsdelikts hin, ohne, dass es auf ein „Entsprechen“ ankäme. Wenn alle für die Gleichstellungsfrage bei den Erfolgsdelikten⁵³⁴ maßgeblichen Kriterien

⁵³¹ Duden, „einstehen“. Siehe hierzu auch S. Böhm Garantienpflichten S. 184 f. m.w.N. Zwar ergibt sich die strafrechtliche Wortbedeutung nicht aus dem „Sprachlexikon“, sondern aus spezifisch strafrechtlicher Auslegung (Hasemer Tatbestand und Typus S. 12, 70). Jedoch ist für die grammatische Auslegung zunächst ein gewisses Vorverständnis hinsichtlich des Begriffs erforderlich, welches an die allgemeine Wortbedeutung anknüpft. Wörterbücher „ordnen das kollektive Wissen“ und liefern das Material für die Argumentation, wobei sie selbstverständlich bereits eine inhaltliche Vorauswahl treffen, Kudlich/Christensen JR 2011, 146, 148, 151. Sie können damit durchaus erster Anhaltspunkt bei der Ermittlung des Begriffsinhalts sein; siehe auch Hasemer/Kargl NK § 1 Rn. 79; ferner Schünemann Nulla poena S. 22 m. Fn. 77.

⁵³² So auch Frisch in: Jahrtausendwende S. 159, 174 m. Fn. 55. Im Ergebnis ähnlich Herberitz Ingerenz S. 181.

⁵³³ Siehe ausdrücklich Gallas FS Bockelmann S. 155, 164: Erfolgsherbeiführung als „Leistung des Täters“ für die er „einzustehen hat“; Jakobs AT 28/13: jedermann müsse für die Folgen seines Handelns einstehen; Kindhäuser GA 1994, 197, ders. 2007, 447, 468.

⁵³⁴ Dagegen kann man auch nicht vorbringen, dass es nach der personalen Unrechtslehre auch bei den Erfolgsdelikten maßgeblich auf das Handlungsunrecht ankommt, denn besteht gerade in der Tendenz der Handlung auf einen Erfolgswert, vgl. nur Gallas FS Bockelmann S. 155, 159; Rudolphi FS Maurach S. 51 ff.

bereits für das Einstehenmüssen relevant sind, fehlt es an einem *darüber hinaus* gehenden tauglichen Maßstab, der der Entsprechungsklausel zugrunde liegen könnte.⁵³⁵ Die Auslegung der Gegenansicht führt zu einer nicht erklärbaren Spaltung der Erfolgszurechnung und trägt unnötige Unsicherheiten in die Prüfung.⁵³⁶

Insbesondere die historisch-systematische Auslegung bestätigt das grammatische Argument. Die Gesetzesbegründung⁵³⁷ spricht davon, § 13 StGB wolle „das Erfordernis der Garantenstellung und der aus ihr entspringenden Garantenpflicht sowie der Gleichwertigkeit des Unterlassens mit der Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun [festlegen]“. ⁵³⁸ Diese Formulierung der Gesetzesbegründung benutzt also das Begriffspaar „Garantenstellung“ und „Gleichwertigkeit“, um das „Einstehenmüssen“ und „Entsprechen“ zu umschreiben. Damit macht der Gesetzgeber deutlich, dass mit dem Einstehenmüssen die Garantenstellung gemeint ist und das Entsprechen *daneben* tritt.⁵³⁹ Aus den Materialien der Strafrechtskommission ergibt sich zudem, dass bewusst der Begriff des Einstehenmüssens, nicht derjenige der Rechtspflicht gewählt wurde.⁵⁴⁰ Die Dopplung von Rechtspflicht- und Garantengedanken, wie sie sich noch in E 1958/1959 fand, wurde *ausdrücklich* vermieden. Dass das Einstehenmüssen „[...] zu einer [Frage] zweiten Grades

⁵³⁵ Vgl. *Gallas* JZ 1960, 686: Die Garantenstellung schaffe im Wesentlichen die „Gleichwertigkeit“; *Roxin* ZStW 78 (1966) 214, 245; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 62 f.: Bereits die Garantenstellung wird anhand der für das Begehungsdelikt maßgeblichen Wertungsgesichtspunkte konkretisiert, sodass für eine weitere Gleichwertigkeitsprüfung kein Raum mehr bleibt.

⁵³⁶ Dann sind Einstehenmüssen und Entsprechen tatsächlich eine sinnlose, verwirrende Addition (so die Kritik von *Otto* AT § 9 Rn. 38).

⁵³⁷ Die subjektive Theorie, die auf die Motive des Gesetzgebers abstellt, ist nach überzeugender Auffassung jedenfalls neben der objektiven Auslegung maßgeblich; für eine Synthese zu Recht (statt aller) *Sch/Sch/Hecker* § 1 Rn. 44; *Jescheck/Weigend* AT § 17 IV 2; *Krey* Gesetzesvorbehalt S. 187; *Roxin/Greco* AT I § 5 Rn. 32; insbesondere das in Art. 103 II GG (mit)erfasste Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip verbietet es, die in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Motive der regelungsbefugten Legislative zu übergehen, siehe hierzu *Dannecker/Schuh* LK § 1 Rn. 296, der allerdings vorrangig von der subjektiven Theorie ausgeht; ebenso *Hassemer/Kargl* NK § 1 Rn. 122; *Schmitz* MK § 1 Rn. 108. – Immerhin ist zu bedenken, dass sich unter dem Deckmantel der objektiven Theorie regelmäßig der „verschleierte Subjektivismus“ des Rechtsanwenders verbirgt, siehe nur *Jescheck/Weigend* AT § 17 IV 2; *Puppe* Schule S. 149; *Schmitz* MK § 1 Rn. 107.

⁵³⁸ BT-Drucks. V/4095 S. 8; so auch BVerfGE 96, 68, 98.

⁵³⁹ Noch deutlicher erscheint *zunächst* die Begründung zu § 13 E 1962, den § 13 StGB ausdrücklich zum Vorbild nahm. Das Merkmal der Gleichwertigkeit trage der Tatsache Rechnung, dass das Unrecht nicht nur aufgrund der Erfolgsherbeiführung vorliege, sondern sich insbesondere auch aus der Art und Weise der Tatbegehung, den besonderen *Handlungsmerkmalen* ergebe. Gleichwertig sein muss nach § 13 StGB E 1962 zudem das „Verhalten“, BT-Drucks. IV/650 S. 125; andererseits scheint es aber so, dass der Gesetzgeber andererseits eine umfassende Gleichwertigkeitsprüfung vorsah, bei der ein Minus bei den Handlungsmerkmalen durch ein Plus bei der Pflichtenbildung aufgewogen werden könne; zudem könne die Unzumutbarkeit die Gleichwertigkeit ausschließen, S. 125 f.; siehe auch *Küper* Pflichtenkollision S. 99 f., der Gesetzgeber habe eine „komplexe Gesamtbewertung“ intendiert; zu betonen ist jedoch, dass die Begründung zum *geltenden* § 13 StGB (2. StrRG) insoweit deutlich neutraler gehalten ist, BT-Drucks. V/4095 S. 8.

⁵⁴⁰ Siehe → § 2 A; so auch *Frisch* in: Jahrtausendwende S. 159, 174: es solle sich gerade um eine „besondere Pflicht“ handeln.

herabgewürdigt“⁵⁴¹ wird, ist vom historischen Gesetzgeber nicht gewollt und widerspricht § 13 StGB.

Dieser Widerspruch zur Entstehungsgeschichte wird zum Teil ausdrücklich erkannt.⁵⁴² So findet sich eine Antikritik bei *Berster*: Die Lösung stehe zwar im Widerspruch zur Entstehungsgeschichte; die Normierung des Entsprechens als entscheidendes Kriterium sei dem Gesetzgeber „in letzter Minute unbeabsichtigt“ unterlaufen. Allerdings sei dieser „glückliche legislatorische Lapsus“⁵⁴³ für den Gesetzesanwender aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes, Art. 3 I GG, und des Bestimmtheitsgrundsatzes, Art. 103 II GG verbindlich. Gleichwohl sprechen diese beiden verfassungsrechtlichen Gebote nicht zwingend für eine formale Verortung der Frage im „Entsprechen“, sondern ließen sich auch im Rahmen des Einstehenmüssens fruchtbar machen,⁵⁴⁴ ohne dass man die Konzeption des historischen Gesetzgebers ignoriert. Es erscheint hier völlig überflüssig, unter dem Vorwand vermeintlichen verfassungsrechtlichen Zwangs eigene Systembildung außerhalb des sich im Gesetz niederschlagenden gesetzgeberischen Plans zu betreiben. Der Wortlaut ist ebenfalls nicht so eindeutig, wie *Berster* behauptet.⁵⁴⁵ Überdies ist es dem Bestreben nach Bestimmtheit gerade hinderlich, wenn Aspekte des Einstehenmüssens mit solchen des Entsprechens vermengt werden und den Tatbestandsmerkmalen eine andere Bedeutung als die vom Gesetzgeber intendierte zugeschrieben wird. *Berster* will etwa das Einstehenmüssen als ausdrückliche Regelung der Lehre von der objektiven Zurechnung verstanden wissen.⁵⁴⁶ Allerdings kann die Frage nach der „objektiven Zurechnung“ (nach der h.L.) als Erfordernis des objektiven Tatbestandes⁵⁴⁷ nicht isoliert von der diesen vollständig umfassenden „Behebungsgleichheit“ gesehen werden.⁵⁴⁸ Der Erfolg kann dem Unterlassenden nicht „irgendwie“ zugerechnet werden, um sodann die Entsprechung zu prüfen. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale würden nach *Bersters* Konzeption miteinander verschliffen. Weiterhin hat der Gesetzgeber im Zuge der Neufassung von § 221 StGB klargestellt, die dort geforderte Beistandspflicht könne etwa eine Pflicht im Sinne des

⁵⁴¹ Kritisch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 60 f.; siehe auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 101.

⁵⁴² Vgl. *Berster* Unterlassungsdelikt S. 55 ff.

⁵⁴³ Es handle sich um ein „merkwürdiges Ergebnis“ mit einem „kuriosen Zustandekommen“.

⁵⁴⁴ Siehe auch *Roxin* FS Lüderssen S. 577, 580: nach Aufgabe der formellen Rechtspflichttheorien werden die Garantenpositionen ohnehin nach den für die Gleichstellung maßgebenden Gesichtspunkten bestimmt.

⁵⁴⁵ Das Einstehenmüssen wird als „hochnormativ“ abgetan (S. 52), jedoch verweist auch die Entsprechensklausel auf die *Tatbestands*verwirklichung.

⁵⁴⁶ *Berster* Unterlassungsdelikt S. 71. Dies sei wiederum im Hinblick auf die Bestimmtheit unproblematisch, da es sich um eine bloße Strafbarkeitseinschränkung handle. Gegen diese Unterscheidung spricht jedoch, wie oben dargelegt, dass die Einordnung als strafbarkeitsbegründend und strafbarkeitseinschränkend häufig bloß terminologischer Natur ist. Strafbarkeitsbegründend ist jedes Merkmal, ohne das eine Strafbarkeit nicht vorliegen kann. Siehe → § 3 B IV 3 c). Letztlich ist die objektive Zurechnung – soweit man diese Rechtsfigur überhaupt anerkennt – ebenso (wenig) strafbarkeitseinschränkend wie die Garantenstellung.

⁵⁴⁷ Siehe dazu *Schünemann* GA 1999, 207, 218. Im Kontrast zu *Berster* sieht *Herbertz* geradezu eine funktionelle Parallele zwischen objektiver Zurechnung und Garantenstellung, *Ingerenz* S. 22

⁵⁴⁸ Vgl. *Roxin* GS Arm. Kaufmann S. 237, 245: „Denn mit der Feststellung, daß eine tatbestandsmäßige Tötung vorliegt, ist die Zurechnung zum Tatbestand schon erfolgt [...]“.

§ 13 StGB sein, während eine solche aus § 323c StGB nicht genüge.⁵⁴⁹ Damit macht der Gesetzgeber deutlich, dass er sich der herrschenden Auffassung anschließt und für die Strafbarkeit die Garantenstellung bzw. „Garantenpflicht“ für maßgeblich hält.⁵⁵⁰

Insbesondere aber verwundert es, dass die ihrerseits inhaltsleere⁵⁵¹ Entsprechungsklausel über Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit hinweghelfen soll. Die Klausel gibt überhaupt keinen inhaltlichen Maßstab, wann eine Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen der durch aktives Tun entspricht.⁵⁵² Die *umfassende Bewertung*, wann Struktur und Unrecht von Begehung und Unterlassung annähernd gleich sind, ist der Willkür ausgeliefert und damit nicht mit dem Bestimmtheitsgrundsatz⁵⁵³ zu vereinbaren.⁵⁵⁴ Die Entsprechungsklausel darf daher auch im Übrigen kein Instrument sein, um Unschärfen bei der Definition der Garantenstellung auszugleichen. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass in hohem Maße subjektive Wertungen in eine „Gesamtbetrachtung“ des Entsprechens einfließen, wodurch das zuvor aus dem aufgrund der wenigstens relativ rechtssicher bestimmmbaren Einstehenmüssen⁵⁵⁵ gefolgerte Ergebnis verwässert würde.⁵⁵⁶ Überdies

⁵⁴⁹ BT-Drucks. XIII/8587 S. 34.

⁵⁵⁰ Dies wird nochmals untermauert durch den Verweis auf BGHSt 26, 35, 37.

⁵⁵¹ Vgl. *Gallas* Studien S. 75: bloßes ausfüllungsbedürftiges Blankett; siehe auch die überzeugende Kritik bei *Krey/Esser* AT Rn. 1130, 1170; treffend meint auch *Lackner* LK¹⁰ § 263 Rn. 69, dass sich die Äußerungen überwiegend auf den Hinweis auf die Klausel oder den jeweiligen Tatbestand beschränkten; sowie v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 80 f.; *Hoven* GA 2016, 16, 19; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 35; *Kühl* AT § 18 Rn. 122; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 90; *Rengier* JuS 1989, 802, 808: „schwer durchschaubares Gebilde“; *Weigend* LK § 13 Rn. 77; siehe auch *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 118; *Herbertz* Ingerenz S. 30 meint, Einstehenmüssen und Entsprechen seien gleichermaßen unbestimmt.

⁵⁵² Das gibt auch *Schünemann* in: Freiburg-Symposium S. 103, 115 zu. Der Grund der Entsprechung wird nicht angegeben. Das Gleichheitsprinzip ist eben ein rein formales Prinzip.

⁵⁵³ Soweit die Entsprechung in (ontischen) Strukturen gefordert wird, so mag damit kaum überzeugend die Illusion von Bestimmtheit erzeugt werden. Siehe dazu → Kapitel 3 § 1 E, F, G; ablehnend auch *Herzberg* Arbeitsschutz S. 228.

⁵⁵⁴ Selbiges gilt auch für die Deutung durch *Vogel*: Die Entsprechungsklausel solle die „vollständige Legitimation“ der richterlich zu bildenden Sanktionsnorm des unechten Unterlassungsdelikts schaffen, Norm und Pflicht S. 49, 141 ff. Das Garantengebot müsse vor dem Hintergrund des Strafzwecks denselben „legitimen Anerkennungswert“ wie das Verletzungsverbot haben, „denselben Mangel an ‚Gerechtigkeitsinn‘ indizieren. – Dabei handelt es sich jedoch tatsächlich um völlig unbestimmte Kategorien. Die Verletzung eines bestimmten Anerkennungswertes ist eine bloße Wertung des Rechtsanwenders, die keiner rationalen Überprüfung standhält. Es handelt sich um eine *petitio principii*, denn die „Verletzung des Anerkennungswertes“ umschreibt die Verwirklichung des tatbestandlichen Unrechts als Ergebnis der Tatbestandsverwirklichung.

⁵⁵⁵ Darauf weist zu Recht *Roxin* ZStW 78 (1966) 214, 246 hin: Es ist etwas Anderes, ob man auf bestimmte, in der Rechtsprechung und Literatur gefestigte, wenngleich ungeschriebene Positionen zurückgreift, als wenn man ähnlich wie bei § 240 II StGB die Entscheidung letztlich dem richterlichen Rechtsgefühl überlässt.

⁵⁵⁶ Ganz richtig wird daher in der Literatur vor der Beeinträchtigung der Rechtssicherheit durch eine „Gesamtbewertung“ der Tat mittels der Entsprechungsklausel nach festgestelltem Einstehenmüssen gewarnt. *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 4; *Busch* FS v. Weber S. 192, 201; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 118; *Jakobs* AT 29/7; *Jescheck* 140 Jahre GA S. 115, 126 f.; *ders./Weigend* AT § 59 V 1; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 42; *Kargl* ZStW 119 (2007) 250, 278 f.; *Kühl* Beendigung S. 70: Gefahr einer Auffüllung durch Gesinnungsunwerte; *Rengier* AT § 49 Rn. 30; *Roxin* ZStW 78 (1966) 214, 246; *ders.* JuS 1973, 197, 199; *ders.* FS Lüderssen S. 577, 580; *ders.* AT II § 32 Rn. 224, 227; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik

stünde eine solche mit der Strafmilderungsmöglichkeit in Konflikt – oder aber man muss ein „annäherndes Gleichstehen“⁵⁵⁷ genügen lassen, dann ist allerdings die Beurteilung der graduell verschiedenen Abweichung im quantitativen Unrechtsgehalt als wesentlich oder unwesentlich erst recht völlig subjektiv und nicht überprüfbar.

Die *normative* Anlehnung der einzelnen Voraussetzungen des Unterlassungs- an die des Begehungsdelikts ergibt sich bereits aus dem Verweis in § 13 StGB auf den jeweiligen Tatbestand des Besonderen Teils. Dabei orientiert sich der Unterlassungstatstand sinngemäß an den Erfordernissen des Begehungstatbestandes, wobei den strukturellen Unterschieden der Verhaltensformen Rechnung zu tragen ist.⁵⁵⁸ § 13 I StGB muss also nur dort besondere Voraussetzungen aufstellen, wo für die Gleichstellung wesentliche Defizienz der Unterlassung liegt: In der Verantwortlichkeit für einen Kausalverlauf (Einstehenmüssen) und (möglicherweise) der Erfüllung besonderer Handlungsmodalitäten oder täterbezogener Qualifikationsmerkmale (Entsprechungsklausel).⁵⁵⁹

V. Fakultative Strafmilderung, § 13 II StGB

In § 13 II StGB ist eine fakultative⁵⁶⁰ Strafmilderung angeordnet.⁵⁶¹ Der Gesetzgeber trägt damit der Ansicht Rechnung, dass Unterlassungen nicht immer an den Unrechtsgehalt der Begehungsdelikte heranreichen müssen. Die Ausschussmehrheit habe die sonst

S. 60 f., 62 f., 147; *Timpe* Strafmilderungen S. 153 f.; *Weigend* LK § 13 Rn. 77; siehe auch *Freund* MK § 13 Rn. 206; **anders** und für eine Gesamtbetrachtung *Gallas* Niederschriften 12 S. 82; *Jescheck* Niederschriften 12 S. 96 f., 436; sowie *Androulakis* Studien S. 219 ff., der (bereits vor Kodifikation des § 13 StGB) als zweite Stufe das „Entsprechen“ als Gesamtbewertung fordert; *Eisele/Heinrich* AT Rn. 588; *Henkel* MschrKrim 1961, 178, 189; *Arth. Kaufmann* Analogie S. 42: Entsprechung im Unrechtsgehalt; *ders./Hassemer* JuS 1964 151, 154; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 35: „den Rechtsanwender nur noch einmal zum Nachdenken darüber motivieren [...], ob [...] ein vergleichbarer Unrechtsgehalt vorliegt“; *Naucke* Strafrecht § 7 Rn. 269; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 70 „besonders eingehende Prüfung der Strafwürdigkeit“; siehe auch *B. Heinrich* AT Rn. 909 „in Ausnahmefällen“; *Herzberg* Garantenprinzip S. 209 „Regulativ für extreme Fälle“; *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 319 ff.; *Arm. Kaufmann* in: Strafrecht und Strafrechtsreform S. 7, 14: zweistufiges Vorgehen; unklar BGHSt 48, 77, 96: „Wertungsvergleich“; für eine Gesamtbetrachtung auch die Begründung zu E 1962 BT-Drucks. IV/650 S. 125.

⁵⁵⁷ So *Schürmann* Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 117; **kritisch** auch *Kargl* ZStW 119 (2007) 250, 279.

⁵⁵⁸ Die Entsprechungsklausel mag im Rahmen der systematischen Auslegung neben anderem ein Argument dafür sein, dass § 13 I StGB insgesamt eine Orientierung an den Wertungen des Begehungsdelikts verlangt.

⁵⁵⁹ Wobei deren Bedeutung auch mit guten Argumenten grundsätzlich bezweifelt wird, vgl. insbesondere *Roxin* AT II § 32 Rn. 230 ff.; *ders.* FS Lüderssen S. 577 ff.; *Stein* SK § 13 Rn. 10: „Im Grunde regelt daher die Modalitätenäquivalenz-Klausel auch insoweit nichts, was nicht auch ohne sie gelten würde; sie erinnert lediglich daran, dass eine sinnentsprechende Übertragung der meist auf Handlungen zugeschnittenen Tatbestandsformulierungen auf Unterlassungen notwendig ist“; monographisch *Nitze* Entsprechungsklausel. Diese Fragen können hier nicht abschließend beantwortet werden. Siehe dazu aber nochmals → Kapitel 4 § 2 D VI 1 c).

⁵⁶⁰ **Kritisch** zur Unbestimmtheit der voraussetzungslosen Klausel etwa *H.-J. Bruns* FS Tröndle S. 125, 127; *Jescheck* 140 Jahre GA S. 115, 128; *Köhler* AT S. 214; *Metzen* Strafmilderung S. 176; andererseits wird angemahnt, dass die Milderungsmöglichkeit rechtstatsächlich vernachlässigt werde, *Mansdörfer* FS Fischer S. 155, 167.

⁵⁶¹ Hierzu ausführlich etwa *Beckschäfer* Strafrahmenermilderung *passim*; *H.-J. Bruns* FS Tröndle S. 125, 126; *Metzen* Strafmilderung *passim*; *Timpe* Strafmilderungen S. 152 ff. Siehe bereits im Jahr 1785 *Westphal* Criminalrecht S. 12 „Omission wird gelinder bestraft, als Commission“; für eine gesetzliche Milderungsmöglichkeit auch *O. Kraus* ZStW 23 (1903) 763, 793.

gleiche Herbeiführung des Erfolgs durch aktives Tun als schwerer wiegend angesehen als seine Nichtabwendung, weswegen eine fakultative Strafmilderung geschaffen wird.⁵⁶² Auch in der Literatur wird in dieser Strafmilderungsklausel ein Indiz geringeren Unrechts erkannt.⁵⁶³ Auch der BGH vertritt in mehreren Entscheidungen den Standpunkt, § 13 II StGB trage dem geringeren Gewicht der Nichtabwendung Rechnung.⁵⁶⁴

1. Gründe der Milderung

In der Sache wird das Augenmerk auf verschiedene Aspekte gelegt:⁵⁶⁵ Die erforderliche Entschluss- und Tatkraft⁵⁶⁶ sowie die damit einhergehende höhere Schwelle zum Handeln,⁵⁶⁷ die Belastung für die Handlungsfreiheit⁵⁶⁸ sowie möglicherweise sonstige eigene Interessen,⁵⁶⁹ die „geringere verbrecherische Energie“,⁵⁷⁰ die „fehlende Planbarkeit und Plötzlichkeit für Rettungsgaranten“.⁵⁷¹ Die direkte Einwirkung auf das Rechtsgut zeige dagegen in viel höherem Maße eine Missachtung der Rechtsordnung, zudem müsse ein

⁵⁶² BT-Drucks. V/4095 S. 8; für die Klausel etwa *Mezger* Niederschriften 2 S. 275; *Lange* Niederschriften 2 S. 277 f.; *Welzel* Niederschriften 2 S. 276); § 13 E 1962 enthielt jedoch keine Milderungsklausel. Diese stünde im Gegensatz zum Erfordernis der Gleichwertigkeit und könnte dazu führen, dieses Erfordernis nicht so ernst zu nehmen, BT-Drucks. IV/650 S. 126. – In der großen Strafrechtskommission warnte etwa *Jescheck* hiervor, vgl. Niederschriften 12 S. 97; anders *Mezger* Niederschriften 12 S. 91, für eine Strafmilderung, als „Beruhigung“ bezüglich des Gesetzlichkeitsprinzips. – Dennoch führt die Gesetzesbegründung aus: „Insbesondere ist nicht zu übersehen, daß die Tatbestandsverwirklichung durch ein Unterlassen in vielen Fällen hinter der durch ein Tun zurückbleibt. Jedoch gilt dies nicht immer.“

⁵⁶³ *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 87; *Rudolphi* SK⁷ Vor § 13 Rn. 31; *Stree* FS Lenckner S. 393, 397; *Tag* HK-GS § 13 Rn. 35; *Weigend* LK § 13 Rn. 98. Viele Autoren sehen § 13 II StGB sowohl aufgrund von Unrechts- als auch Schuldurwägungen getragen, etwa *Mitsch* aaO; *Rudolphi* aaO; *Weigend* aaO; *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 17; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 187; *Kühl* AT § 18 Rn. 6b; *Roxin* AT II § 31 Rn. 239; *Stein* GA 2010, 129, 152.

⁵⁶⁴ BGH NJW 1990, 331, 332; BGH NJW 1992, 332, 333; siehe auch BGH NJW 2982, 393; ablehnend hierzu *H.-J. Bruns* JR 1982, 465, 466.

⁵⁶⁵ Zusammenfassend *Timpe* Strafmilderungen S. 156 ff.

⁵⁶⁶ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 301; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 85; *Kühl* AT § 18 Rn. 6b; *H. Mayer* Studienbuch § 16 IV 3; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 97; *Stree* FS Lenckner S. 393, 398; *E. A. Wolff* Kausalität S. 52; siehe auch BGH NJW 1982, 393; es werde mehr verlangt als „den normalen Einsatz rechtstreuen Willens“; **kritisch** hierzu etwa *H.-J. Bruns* FS Tröndle S. 125, 134; *Bung* ZStW 120 (2008) 526, 530.

⁵⁶⁷ Vgl. hierzu BGH NStZ 1991, 125 (in anderem Kontext); sowie *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 187; *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 680 (für den „typischen“ Fall); *Weigend* LK § 13 Rn. 7, dies betreffe eher die Schuld als das Unrecht; siehe auch *T. Walter* ZStW 116 (2005) 555, 557.

⁵⁶⁸ BGH NJW 1982, 393; *Engisch* MSchrKrim 30 (1939) 414, 423; *ders.* FS Gallas S. 163, 173; *Bärwinkel* Garantieverhältnisse S. 17; *Hruschka* JuS 1979, 385, 386; *Arm. Kaufmann* in: Strafrecht und Strafrechtsreform S. 7, 14; *Kissin* Rechtspflicht S. 93 f.; *Kühl* AT § 18 Rn. 6b; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 58: äußere Widerstände; *Renzikowski* Täterbegriff S. 80, 107, 141 m. Fn. 363; siehe auch *A. Böhm* Rechtspflicht S. 49; **dagegen** etwa *Volk* FS Tröndle S. 219, 235.

⁵⁶⁹ *Stree* FS Lenckner S. 393, 398.

⁵⁷⁰ *Herzberg* FS Röhl S. 270, 283; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 97, 144; *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 16: „geringere Willensintensität“; grundsätzlich auch *Langer* Sonderstraftat S. 459, der jedoch eine Kompensation durch ein gesteigertes Unterlassungsunrecht für möglich hält; *Schmidhäuser* AT 12/14; *Schünemann* ZStW 96 (1984) 287, 316; *Tag* HK-GS § 13 Rn. 35; siehe auch *T. Walter* ZStW 116 (2005) 555, 557; **dagegen** *Lerman* GA 2008, 78, 88: kaum brauchbarer Begriff.

⁵⁷¹ *Arzt* FS Roxin (2001) S. 855, 866; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 58: unvorhersehbare Lage.

höherer innerer Widerstand überwunden werden.⁵⁷² Beim Begehungsdelikt steuere der Täter das Geschehen planmäßig durch Energieentfaltung,⁵⁷³ während beim Unterlassungsdelikt die Natur zwangsläufig ablaufe und der Täter bloß nicht eingreife.⁵⁷⁴ Der Unterlassungstäter finde die Gelegenheit nur an, während der Begehungstäter sie schaffe. Der Unterlassungstäter sei stets Gelegenheitstäter.⁵⁷⁵ Das Unterlassen wird zudem als „Grundform rechtskonformen Verhaltens“⁵⁷⁶ angesehen. Jeder könne vieles unterlassen, aber nur wenig tun.⁵⁷⁷

2. Kritik an § 13 II StGB

Manche Autoren hingegen halten § 13 II StGB gerade deshalb für verfehlt, da sich Strafmilderung und Gleichstellungsprinzip widersprechen.⁵⁷⁸ Das unechte Unterlassungsdelikt weise grundsätzlich kein geringeres Unrecht auf. Denn einem geringeren Unwertgehalt der Tat Sorge die Entsprechungsklausel bereits dafür, dass der Tatbestand nicht erfüllt sei. Gebe es keine jedenfalls „gleich unwertigen Unterlassungen“, so sei der Versuch der Tatbestandsbildung aus § 13 StGB gescheitert.⁵⁷⁹ So bezeichnet *Gimbernat* die Annahme eines geringeren Unwertgehaltes beim Unterlassungsdelikt gar als „Grundfehler“ der Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, der sich sogar im Gesetzestext des § 13

⁵⁷² Weigend LK§ 13 Rn. 98.

⁵⁷³ Herzberg Garantprinzip S. 271; siehe auch *Arzt* JA 1980, 553, 556.

⁵⁷⁴ Renzikowski Täterbegriff S. 109.

⁵⁷⁵ *Arzt* JA 1980, 553, 556; „aus einem Nichtstun ein Gewerbe zu machen, ist nun einmal nicht einfach“.

⁵⁷⁶ *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 4; Hervorhebung im Original; sowie *Kühl* FS Herzberg S. 177, 179 ff.; bereits *Kant* MdS Rechtslehre Einl. § B, AB 32 f., Werke VIII S. 337; *Feuerbach* Lehrbuch § 24; *Hegel* Grundlinien §§ 36 ff., § 113 Anm. Gefährliche Handlungen seien von der Rechtsordnung grundsätzlich verboten, der Großteil der Verhaltensregeln stelle daher Handlungsverbote dar, während Handlungsgebote hingegen die Ausnahme seien. *Jescheck/Weigend* AT § 58 II 1; *Rudolphi/Stein* SK⁸ § 13 Rn. 17; siehe auch *Schulte* Garantstellung S. 20.

⁵⁷⁷ *Engisch* MSchrKrim 30 (1939) 414, 423.

⁵⁷⁸ *Gallas* Niederschriften 12 S. 480 (anders *ders.* ZStW 80 (1968) 1, 20); *Pawlik* Unrecht S. 161 m. Fn. 26; S. 181 m. Fn. 182; *Eb. Schmidt* Niederschriften 2 S. 281; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 338 ff.; ebenso *Androulakis* Studien S. 244, die ontologische und axiologische Vergleichbarkeit sei ja gerade die Voraussetzung der Strafbarkeit unechten Unterlassens; *A. Böhm* JuS 1961, 177, 181; *Lerman* GA 2008, 78, 79, 91;

⁵⁷⁹ *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 314; *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 230; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 338 f.; siehe auch *Arzt* FS Roxin (2001) S. 855, 866 „kuriose Widersprüchlichkeit“ des gesetzlich gewollten Nebeneinanders von Entsprechen und Milderung; *Beckschäfer* Strafrahm milderung S. 47, 50; *Fischer* § 13 Rn. 99; *Freund* MK § 13 Rn. 32; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 150; *Gercke/Hembach* AnwK § 13 Rn. 28 ff.; *Güntge* Begehen S. 42, 58; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 137; *Herbertz* Ingerenz S. 166, die die Strafmilderung damit zu erklären versucht, dass sie „Unstimmigkeiten der zum aktiven Tun quer liegenden Unrechtszurechnung beim unechten Unterlassen ausgleichen soll und nicht im Regelfall anzuwenden ist“; *Pawlik* Unrecht S. 161 m. Fn. 26; S. 181 m. Fn. 182; *Renzikowski* Täterbegriff S. 108; *Silva Sanchez* FS Roxin (2001) S. 641, 647; *Vogel* Norm und Pflicht S. 143 ff.; **andere** ziehen die Konsequenz und nehmen nur *annähernd* gleiches Unrecht an: *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 284 ff.; *Sangenstedt* Garantstellung S. 191, 371; *Berster* Unterlassungsdelikt S. 55: daher sei auch die Formulierung „gleichwertig“ in E 1962 umgewandelt worden in „entspricht“; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 113 m. Fn. 132: Dass nur ein „Entsprechen“ gefordert sei, spreche sogar gegen Begehungsgleichheit; siehe auch *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 87: nicht quantitative, sondern nur qualitative Entsprechung.

StGB niedergeschlagen habe.⁵⁸⁰ Zu betonen bleibt in jedem Fall, dass ein Widerspruch zwischen der Richtlinie der Gleichwertigkeit im Unrecht und § 13 II StGB nichtmals zwingend erwachsen muss: Vielfach wird § 13 II StGB zwar Bedeutung zugemessen, jedoch nicht aufgrund geringeren Unrechts, sondern lediglich eines herabgesetzten Schuldgehalts.⁵⁸¹ Zum Teil wird angenommen, die fehlende aktive Handlung könne durch andere Faktoren ausgeglichen werden. *Schöne* schreibt etwa, die „Bedeutung der Passivität“ bleibe zwar generell hinter derjenigen der Aktivität zurück. Dies werde jedoch durch die enge Beziehung des Garanten zum Schutzgut und damit das Vorliegen eines entsprechenden Unrechtsgehalts, kompensiert.⁵⁸²

⁵⁸⁰ *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 314: Wenn man zum Schluss käme, die Unterlassungsdelikte entsprächen in ihrem Unwertgehalt nicht den Begehungsdelikten, so wäre die logische Rechtsfolge keine Strafmilderung, sondern dass eben gerade nicht nach dem Straftatbestand des Besonderen Teils bestraft werden könne. – Dabei wird jedoch die Maßgeblichkeit der durch den parlamentarischen Gesetzgeber formell legitimierten *lex lata* bedenklich in Frage gestellt; **and**ers daher zu Recht auch *Roxin* FS Lüderssen S. 577, 581: Die Strafmilderungsklausel biete eine Ausweichmöglichkeit. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die gesetzgeberische Konzeption der geringeren Strafwürdigkeit de lege lata hinzunehmen ist, *H.-J. Bruns* FS Tröndle S. 125, 126; *Fischer* § 13 Rn. 99; *Gaede* NK § 13 Rn. 65

⁵⁸¹ *Gallas* ZStW 80 (1968) 1, 20; *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 17; *Jescheck* LK¹¹ § 13 Rn. 61 f.; *Kühl* AT § 18 Rn. 106; *Philipps* Handlungsspielraum S. 163 m. Fn. 212; *Stein* SK § 13 Rn. 91: die Befolgung einer Handlungspflicht bedürfe eines größeren Motivationsaufwands, zudem seien Handlungsverbote insgesamt als relativ selbstverständlich anerkannt, während Pflichten als „Ausnahmen vom von einem ebenso selbstverständlichen Recht auf Passivität“ für die Normadressaten weniger offensichtlich seien; ähnlich *H.-J. Bruns* Strafzumessung S. 177: primäre Schuldabwägungen; *ders.* JR 1982, 465, 466, im Regelfall seien aber weder Unrechts- noch Schuldgehalt herabgesetzt; *Jescheck/Weigend* § 58 V 1, 2: Die bloß fakultative Strafmilderung zeige doch, dass es in den meisten Situationen keine Abweichung zum Unrechtsgehalt des Begehungsdeliktes gebe; vgl. auch *Bung* ZStW 120 (2008) 526, 540 f. „sanktionswürdigeren Eindruck“; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 60 f. „weniger strafwürdig“; auch *Freund* meint, die Privilegierung mancher Unterlassungen habe nichts mit der Gleichstellungsfrage zu tun, *Freund* Erfolgsdelikt und Unterlassen S. 19 m. Fn. 6; *ders.* AT² § 6 Rn. 6, 112 f.; *ders.* MK § 13 Rn. 32, 295; **and**ers zudem *Loos* FS Samson S. 81, 91: Die Unrechtsminderung könne nur eintreten, wenn der Täter durch Dauerpflichten belastet sei, etwa bei der Mutter, deren Lebensführung durch die andauernde Bindung erheblich belastet sei. Dagegen spricht jedoch, dass es sich bei Dauerpflichten um besonders wichtige und verfestigte Institutionen handelt; **nochmals and**ers *Beckschäfer* Strafrahenmilderung S. 47, 50, der sowohl einen identischen Unrechts- als auch Schuldgehalt annimmt. § 13 II StGB gebe nur dem Richter die Möglichkeit, das der Schuld entsprechende Strafmaß zu unterschreiten, wo es generalpräventive Gründe nicht zwingend erfordern. Diese Umstände haben jedoch bereits zu großen Teilen Unrechts- und Schuldrelevanz; die mangelnde generalpräventive Bestrafungsnotwendigkeit beruht auf dem geminderten Unrechts- und Schuldgehalt. Eine von diesen Bewertungskategorien losgelöste Strafrahenwahl beruhte bloß auf dem subjektiven Empfinden des Rechtsanwenders; siehe auch *Freund* MK § 13 Rn. 32 m. Fn. 42.

⁵⁸² *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 338; ebenso *Langer* Sonderstraftat S. 450 f., 459: Steigerung des Unterlassungsunwerts; *Ceffinato* Legitimation S. 195 m. Fn. 379: die Rechtsgutsverletzung durch Unterlassen begründe ein geringeres Unrecht als das Tun, jedoch werde daneben beim Unterlassungsdelikt die nach der besonderen Garantenpflicht geschuldete Rettung nicht vorgenommen; siehe auch *Renzikowski* Täterbegriff S. 108. *Androulakis* weist außerdem auf Momente hin, die für einen erhöhten Unwertgehalt der Handlung hinweisen – und ebenfalls auf solche, die für größeres Unrecht durch Unterlassen hinweisen sollen. *Androulakis* Studien S. 239, 243 f.: Letztlich könne daher keine Differenz in der Wertqualität bewiesen werden. – Jedoch handelt es sich bei diesen für die Unterlassung geltend gemachten Gründen nicht um solche, die exklusiv Unterlassungen betreffen und nie für Begehungen gelten könnten. Zudem ist die Behauptung verfehlt, die potentielle Tatherrschaft durch die Möglichkeit der Erfolgsabwendung sei stärker

Weiterhin wird für die Gleichwertigkeit des unechten Unterlassens⁵⁸³ die Gleichheit des *normativen* Bestrafungsgrundes vorgebracht. Nur dieser, nicht hingegen der naturalistische Unterschied zwischen Tun und Unterlassen sei entscheidend.⁵⁸⁴ So kommen etwa *Pawlik, Timpe* für die Garantenstellung aus Ingerenz zu dem Ergebnis, dass aufgrund des zum aktiven Tun identischen normativen Grundes der Strafbarkeit keine Strafmilderung angebracht sei.⁵⁸⁵ Die Verpflichtung des Ingerenten könne „nach Grund und Stärke begehungsgleich begründet werden“.⁵⁸⁶ Ähnlich schreibt *Vogel*, wenn das Unterlassen dem Tun „entspreche“, könnten „angebliche ontologische Unterschiede“ keine abweichende Beurteilung des Unterlassungsdeliktes rechtfertigen.⁵⁸⁷

(!) als die aktuelle Tatherrschaft des Begehungstäters, *Androulakis* Studien S. 164, 239. Die bloß gedachte Möglichkeit des Unterlassungstäters, einen Verlauf zu verhindern, entspricht der (theoretischen) Möglichkeit des Begehungstäters, einen Verlauf zu initiieren, hat aber nichts gemein mit der tatsächlichen Steuerung des Geschehens im Sinne von Tatherrschaft.

⁵⁸³ Deutlich etwa *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 10: Erforderlich sei, dass das Unterlassen „in einem Maße gleichwertig ist, dass es berechtigt erscheint, von einem gleich schweren Pflichtenverstoß [...] zu sprechen. Notwendig ist also ein Verhalten, das unter Wertungsaspekten gleichermaßen unwertig, strafwürdig und strafbedürftig ist [...]“; dem widersprechend aber Rn. 16: Aufgrund der geringeren Willensintensität, könne beim Unterlassungsdelikt bereits das Unrecht geringer sein; vgl. auch *Timpe* Strafmilderungen S. 197, 217.

⁵⁸⁴ *Jakobs* etwa differenziert hinsichtlich des Bestrafungsgrundes nicht zwischen Tun und Unterlassen, sondern „Organisationszuständigkeit“ und „institutioneller Zuständigkeit“, AT 28/13 ff., 29/28 ff., und sieht insofern keinen materiell bedeutsamen Unterschied zwischen Tun und Unterlassen. Folglich will er die Milderungsmöglichkeit nicht bloß auf die Unterlassung beschränken, AT 29/123 ff.; ähnlich *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 11: „normativ gleich“; *Pawlik* Unrecht S. 161; *Perdomo-Torres* FS *Jakobs* S. 497, 511 f.: „keine Wertdifferenz der Strafwürdigkeitsgrade“.

⁵⁸⁵ *Pawlik* Unrecht S. 161 m. Fn. 26; S. 181 m. Fn. 182: „systematische[...] Gleichrangigkeit der Neutralisierungspflicht mit dem ursprünglichen Begehungsverbot“ – die Aussage wird a.E. der Fußnote jedoch relativiert: „Die Verpflichtung, die Auswirkungen eines geschehenen Übergriffs zu neutralisieren, ist nachrangig gegenüber der Pflicht, es überhaupt nicht zu einem Übergriff kommen zu lassen; *Timpe* Strafmilderungen S. 187, 197, 218. Siehe auch S. 220 f.: Bei den „begehungsgleichen Unterlassungen“ sei § 13 II StGB nur die allgemeine Normierung eines „minderschweren Falls“, bei den Obhutsgarantenstellungen könne eine „komplexe Situation“ berücksichtigt werden; ähnlich zu den Genannten auch *Gauger* Dogmatik S. 201.

⁵⁸⁶ *Timpe* Strafmilderungen S. 217. Auch *Freund* meint normativen Kriterien der Tatbestandsverwirklichung seien für Tun und Unterlassen identisch, sodass der „spezifische Unwertgehalt nahezu jeden Delikts“ auch durch eine Unterlassung verwirklicht werden könne. *Freund* MK § 13 Rn. 15; *ders.* FS *Herzberg* S. 225, 228. Dann könne es sich aber nicht um ein aliud oder minus handeln; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 150. **Kritisch** zu Recht *Kahlo* Handlungsform S. 255: Ein Nichts kann auch durch „noch so feine Wertungen“ nicht in eine Verletzungshandlung umgewandelt werden.

⁵⁸⁷ *Vogel* Norm und Pflicht S. 143. § 13 II solle nur der Tatsache Rechnung tragen, dass in manchen Fällen trotz materieller Einordnung als Beihilfe aus formellen Gründen Täterschaft vorliege, S. 144 f.

3. Stellungnahme

Entscheidend ist bei der Untersuchung stets, dass der Vergleich nur mit einem *sonst gleichen* Begehungsdelikt erfolgt,⁵⁸⁸ um die unterlassungsspezifische Unrechtsdifferenz isolieren zu können.⁵⁸⁹ Nur so lässt sich feststellen, ob eine etwaige Unrechtsminderung der Unterlassung gerade auf der Verhaltensdifferenz und nicht bloß auf zufälligen Begleitumständen beruht. Wenn man dies berücksichtigt, erkennt man, dass dem Täter regelmäßig größere Anstrengungen abverlangt werden, als bei einem Begehungsdelikt *ceteris paribus*. Grundlegend hat etwa *Engisch* darauf hingewiesen, dass durch Gebote vom Betroffenen Energieeinsatz verlangt werde, während der Täter bei der Befolgung eines Gebotes nur untätig zu bleiben brauche. Zudem schränkten Gebote die Freiheit stärker ein, dass sie nur einzelne Verhaltensweisen untersagten, während der Bereich sonstiger Tätigkeiten erlaubt bleibe.⁵⁹⁰ Dagegen wenden etwa *Samson* und *Jakobs* ein, dass dies bei „kleinem Energieeinsatz zur Vermeidung gewichtiger Schadensfolgen“ nicht zutrefte. Häufig sei der geforderte Energieeinsatz minimal. Hier trete das Interesse, keine Energie aufzuwenden, zurück. Auch Verbote könnten sehr intensiv in die Freiheit eingreifen, wenn etwa die verbotswidrig Handlung einen sehr begrenzten Handlungsspielraum erst

⁵⁸⁸ Auf „sonst gleiche Umstände“ abstellend BT-Drucks. V/4095 S. 8; außerdem BGH NJW 1992, 332, 333; *H.-J. Bruns* FS Tröndle S. 125, 131 f.; *Roxin* FS Lüderssen S. 577, 581; *ders.* AT II § 31 Rn. 239; siehe zudem *Hruschka* JuS 1979, 385, 386.

⁵⁸⁹ Zu betonen ist auch, dass man einen „sonst gleichen“ Vergleichsfall nur dann erhält, wenn man das der Garantenstellung zugrundeliegende soziale Verhältnis auch beim Begehungsdelikt berücksichtigt. – Dort ist jedenfalls auf Ebene der Strafzumessung zu beachten, dass etwa die Mutter neben dem selbstverständlichen Einstehenmüssen für Handlungsfolgen besonders zur Obhut für das Rechtsgut verpflichtet war. Maßgeblich für die Angriffsrichtung des aktiven Tuns ist hier die „Art des sozialen Kontakts, aus dem heraus sich das Opfer in seiner Rechtsposition angegriffen sieht“, *Maiwald* FS Maurach S. 9, 12. Siehe auch *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 62: Die Pflichtenstellung des Täters sowie die Schutzbedürftigkeit des Opfers. Für eine über die Unterlassungsdelikte hinausgehende Bedeutung der Garantieverhältnisse *Marxen* Notwehr S. 39 ff.; siehe zudem *Neumann* Zurechnung S. 147: unabhängig vom Garantenprinzip zu berücksichtigen; außerdem *Hörnle* Strafzumessung S. 279 f.: „Die Pflichtenstellung des Täters prägt jedoch Einfluß auf das Handlungsunrecht“ (insbesondere bei Ausnutzung einer Vertrauensstellung). – So ist Vergleichsfall zu der Mutter, die ihr ertrinkendes Kind nicht rettet nicht etwa *irgendjemand*, der das Kind mit Tötungsabsicht ins Wasser wirft, sondern die Mutter, die ihr Kind durch aktive Begehung ins Wasser stößt (überzeugend das Beispiel bei *Roxin* AT II § 31 Rn. 239; **falsch** hingegen das Beispiel aus der Begründung zu § 13 E 1962 StGB mit der aktiven Variante „töten“ und der *grausamen* passiven Variante „Verhungernlassen“, BT-Drucks. IV/650 S. 126). – Wenn aber die Verantwortungsbeziehung zu dem Geschehen schon in den „unstreitigen Grundfällen“ weniger intensiv ist als bei der *sonst gleichen* Begehung, darf daran auch bei der Ingerenz die Tatbestandsmäßigkeit nicht scheitern.

⁵⁹⁰ Grundlegend *Engisch* MSchrKrim 30 (1939) 414, 422 ff.; *ders.* FS Gallas S. 163, 173 m. Fn. 23c, 24, durch das Gebot werde besondere „Anstrengung“ und „Geschick“ verlangt, während der Täter bei einem Verbot bloß von seinen „verbrecherischen Gedanken“ Abstand nehmen müsse; *ders.* FS Dreher S. 309, 325 m. Fn. 22: in der „Natur der Sache“ liegende „sehr große und womöglich auch lange andauernde Anstrengungen“; vgl. auch *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 86, 300 ff.; *Hruschka* JuS 1979, 385, 386; *Renzikowski* Täterbegriff S. 107: Das Gebot begrenzt den Handlungsspielraum auf „eins“, während das Verbot nur eine Verhaltensweise aus dem Handlungsspielraum ausscheidet; **anders** *Samson* FS Welzel S. 586; *Jakobs* AT 28/13; differenzierend *Loos* FS Samson S. 81, 86 ff., insbesondere 88 ff., höherer Aufwand bestehe jedenfalls bei Dauerhandlungspflichten.

erweitern würde, beispielsweise bei dem Verbot, aus dem Gefängnis auszubrechen.⁵⁹¹ Damit ist jedoch nur bewiesen, dass es überhaupt Handlungsverbote gibt, die eine ebenso intensive Belastung darstellen wie irgendwelche anderen Gebote. Vergleichsobjekte dürfen jedoch nur die *sonst gleiche* Begehungs- und Unterlassungsvariante einer Vorschrift sein, nicht hingegen *irgendein* Gebot zu *irgendeinem* Verbot.⁵⁹² Wenn man etwa *Samsons* Beispiel des Verbots des Gefangenausbruchs nimmt, muss die *sonst gleiche* Gebotsvariante diejenige sein, dass dem Betroffenen geboten wird, sich aktiv ins Gefängnis zu begeben. Dann zeigt sich aber auch, dass das Gebot zwar im Hinblick auf die zukünftigen Folgen ebenso belastend ist wie das Verbot, sich aktuell jedoch ein (jedenfalls graduell) intensiverer Freiheitseingriff ergibt, wenn sich der Adressat *aktiv in Gefangenschaft begeben* muss.⁵⁹³ Bei den geltend gemachten Beispielen ist das Verbot nicht aktuell so belastend wie das Gebot, sondern in seinen mittelbaren Folgen.⁵⁹⁴ Für die Gegenansicht lässt sich auch nicht das Argument des „Handlungsspielraums“ anführen. So schränke das Gebot, an einer Ampel anzuhalten, den Handlungsspielraum des Betroffenen ebenso ein wie das Verbot, die Ampel zu überfahren.⁵⁹⁵ Es handelt sich jedoch bloß um eine gekünstelte Umschreibung, die nichts daran ändert, dass im einen Fall eine bestimmte Handlung, im anderen Fall eine bestimmte Unterlassung vorgenommen werden muss.⁵⁹⁶

⁵⁹¹ *Jakobs* AT 28/13; *Samson* FS Welzel S. 579, 586; zustimmend auch *Gauger* Dogmatik S. 201 f.; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 233; *Volk* FS Tröndle S. 219, 236; ferner *Vogel* Norm und Pflicht S. 306 f., 308 ff.; siehe aber auch die Erwiderung von *Engisch* FS Dreher S. 309, 325 m. Fn. 22.

⁵⁹² Falsche (weil völlig unterschiedliche) Vergleichsgegenstände daher auch bei *Volk* FS Tröndle S. 219, 235: Das Gebot einen Verbandskasten auszupacken und das Verbot ein Leben lang zu fahren, sodass niemand verletzt wird.

⁵⁹³ Siehe hierzu *Engisch* FS Dreher S. 309, 325 m. Fn. 22: Das Verbot des Ausbruchs sei Kehrseite des Gebots, sich zu stellen. Wäre das Leben des Gefangenen nicht durch so viele Gebote beschränkt, wäre sein Spielraum im Vergleich zum Nichtgefangenen nicht so eng.

⁵⁹⁴ Die Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass sich der Täter seinen aktuell geringen Handlungsspielraum durch Missachtung des Verbots enorm erweitern könnte. Somit können zwar bei „geschickter“ Wahl des Vergleichsgegenstandes Verbot und Gebot hinsichtlich ihrer mittelbaren Folgen in gleichem und so erheblichem Maße belastend sein, dass daneben die Frage, ob nun ein aktiver Energieeinsatz gefordert ist, kaum mehr ins Gewicht fällt. Siehe auch *Engisch* FS Dreher S. 309, 325 m. Fn. 22.

⁵⁹⁵ Im vorliegenden Kontext etwa *Beckschäfer* Strafrahmengmilderung S. 33 mit Verweis auf *Philipps* Handlungsspielraum S. 15 ff.; grundlegend auch *Kelsen* Hauptprobleme S. 669; ferner *Ceffinato* Legitimation S. 105: Gebot der Unterlassung oder Verbot der Vornahme; *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 90 ff.; zu beachten ist auch, dass *Herzberg* zwar ebenfalls auf *formaler* Ebene Ver- und Gebot für austauschbar hält, FS Röhl S. 270, 272: Das Gebot, zu schweigen, sei das Verbot zu reden, das Gebot, Hilfe zu leisten, sei das Verbot, vom Unglücksort wegzulaufen. *Herzberg* zieht jedoch *überzeugenderweise* hieraus jedenfalls keinen Schluss auf das materielle Unrecht des formellen Gebotsverstößes.

⁵⁹⁶ *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 103 f.; *ders.* Dogmatik S. 3 ff., insbesondere S. 3 m. Fn. 10: Durch die geschickte Verwendung der Sprache, speziell von Verben, also *Tätigkeitswörtern*, wird Nichtstun als Tätigkeit umetikettiert. Natürlich kann man das Gebot, 1 zu tun, in das Verbot, 2-n (inklusive der Variante Untätigkeit), umdeuten. Jedoch lassen sich die Verbote von 2-n per se mangels eigenem Zweck nicht legitimieren, sondern ergeben sich bloß als faktischer *Reflex* aus dem eigentlich maßgeblichen Gebot von a. Dem Täter ist freigestellt, was er sonst tut, solange er die gebotene Handlung a vollzieht; kritisch auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 94 f.

Letztlich würde nach der Gegenansicht wie bei *Luden* an ein völlig bedeutungsloses „Andershandeln“ angeknüpft.⁵⁹⁷ Ebenso verfängt auch der Einwand nicht, der geforderte Energieeinsatz sei „oft so minimal“,⁵⁹⁸ denn gleichwohl kann der Täter hier nicht träge bleiben, sondern muss seine Hemmschwelle zum Tätigwerden überschreiten.⁵⁹⁹ Entschluss- und Tatkraft sind auch gefordert, wenn es bloß um einen Warnruf oder den Druck auf einen Schalter geht.⁶⁰⁰ Im Ergebnis stellen im sonst gleichen Ausgangsfall Gebote eine *graduell* höhere Belastung für die allgemeine Handlungsfreiheit da als Verbote. Es ist schwieriger, dem Adressaten gegenüber zu begründen, dass sein *aktives* Tätigwerden und nicht bloß seine Passivität geboten ist. Damit ist aber auch seine soziale Verfehlung im Fall des Gebotsverstoßes weniger schwerwiegend und begründet insofern geringeres Unrecht.⁶⁰¹ Auch eine etwaige Rettungspflicht aufgrund Ingerenz verlangt seinem Adressaten mehr ab als das Verbot aktiver Verletzung oder etwa die Sicherungspflicht, den Not-Ausschalter einer Maschine als beherrschte Gefahrenquelle zu drücken. Die Differenz zwischen Sicherung und Rettung ist dabei ebenso graduell wie die zwischen dem Drücken des Schalters als Erfüllung der Gebotsnorm und einer Untätigkeit als Erfüllung

⁵⁹⁷ Siehe auch *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 4 m. Fn. 12.

⁵⁹⁸ *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 233.

⁵⁹⁹ *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 680; siehe auch *Herzberg* FS Röhl S. 270, 283: „Keine Energie aufzuwenden bedeutet allemal ein Fehlen an ‚krimineller Energie‘“. Das Handlungsgebot verlangt vom Täter zudem eine Abschätzung der Handlungsalternativen im Hinblick auf ihre Wirksamkeit und Risiken, *Engisch* FS Gallas S. 163, 173; *Loos* FS Samson S. 81, 87; siehe auch *Roxin* AT II § 31 Rn. 239 ff.

⁶⁰⁰ Der Hinweis, Grund der Gebotsnormen sei wie bei den Verletzungsverboten der Rechtsgüterschutz (etwa *Vogel* Norm und Pflicht S. 305) ist zwar richtig, allerdings betrifft dies nur die eine Seite der Interessenabwägung. *Vogel* wendet überdies gegen die hier vertretene Position ein, durch die Erfolgsabwendungsgebote werde nicht nur die Freiheit des Belasteten beschränkt, dieser sei ebenfalls Begünstigter und gewinne an „Sicherheit“, da nie auszuschließen sei, dass er selbst einmal Opfer und damit Berechtigter werde (S. 309). Dies beschreibt jedoch bloß das allgemeine Spannungsfeld, in dem sich die Legitimierbarkeit von Geboten bewegt (vgl. etwa *Eschelbach* in: Gefahr S. 145, 146: latenter Konflikt zwischen Freiheit und Sicherheit) und kann keine gültige Aussage über die Belastung durch das Gebot in der konkreten Situation treffen. Das Argument, die Freiheitseinschränkung „eins zu eins“ mit dem Sicherheitsgewinn aufzuwiegen, ist überdies gefährlich, da sich mit diesem Argumentationsmuster auch eine vollständige Eingrenzung der Freiheit zugunsten von totaler Sicherheit begründen ließe. Hinsichtlich des *konkret* von der Strafe betroffenen Individuums stößt diese konsequentialistische Argumentation (vgl. im Allgemeinen *Roxin/Greco* AT I § 3 Rn. 1b) daher an ihre Grenzen. Es muss begründet werden, dass dieses *gerechterweise* in Anspruch genommen werden kann. Da die „Sicherheit“ zudem bloß eine Chiffre für den Schutz der dahinterstehenden Rechtsgüter ist, betrifft sie wieder nur diese eine Seite der Interessenabwägung. Hinsichtlich eines Verbots ließe sich der gleiche Gedanken anführen, sodass die Argumentation keinesfalls zur „vollends zur Einebnung des Unterschiedes zwischen Ver- und Geboten“ (S. 309) führen kann.

⁶⁰¹ Das ist auch vorausgesetzt, wenn die h.A. zu Recht davon ausgeht, dass für Unterlassungen bei § 34 StGB ein umgekehrter Rechtfertigungsmaßstab gelte. Das Rettungsinteresse müsse die Verletzung der Handlungspflicht nicht weit überwiegen. Sehr übersichtliche Darstellung bei *Küper* ZStW 131 (2019) 1, 3 ff., 20 ff., 30 m.w.N.; bereits *ders.* Pflichtenkollision S. 32 ff.; sowie *Matt/Renzikowski/Engländer* § 34 Rn. 55; *Friester* AT 22/55 f. „Regelfall des Defensivnotstands“; *Rudolphi* SK⁷ Vor § 13 Rn. 29a; *Stein* Vor § 13 Rn. 42 ff.; *anders* *Beckschäfer* Strafraahmenmilderung S. 32; *Vogel* Norm und Pflicht S. 109: kein genereller Vorrang. – Erste Ansicht ist vorzugswürdig, da der Garant anderenfalls „unverschuldet“ in Situationen geraten könnte, in denen er keine Möglichkeit hat, sich rechtskonform zu verhalten. Überdies würde die Rechtsordnung mit einer Missbilligung beider Alternativen in einen inneren Normwiderspruch geraten,

einer Verbotsnorm. An solchen nicht genauer bezifferbaren quantitativen Unterschiede⁶⁰² kann die Grenze strafbaren unechten Unterlassens nicht festgemacht werden. Sie sind der Unterlassung und damit auch dem Unterlassungsdelikt, wie aufgezeigt, gerade immanent, sodass hieraus kein Argument gegen die Verpflichtung des Ingerenten entwickelt werden kann. „Was stets gilt, kann kein Kriterium für eine unterschiedliche Behandlung sein“.⁶⁰³ *Qualitativ* stellt es keinen Unterschied dar, ob die Handlungsfreiheit dadurch belastet ist, dass „Sicherung“ der Gefahrenquelle oder „Rettung“ des Opfers geboten ist.⁶⁰⁴ Entsprechenden Unterschieden im Unrechtsgehalt trägt bereits § 13 II StGB Rechnung. Für die Strafbarkeit von Unterlassungen ist daher keine „Gleichheit im Unrecht“ erforderlich, es genügt, dass sie in gleicher Weise dem über § 13 I StGB modifizierten *Tatbestand* unterfallen wie das entsprechende Tun.⁶⁰⁵

§ 3 Das rechtliche Einstehenmüssen

A. Das Einstehenmüssen in Rechtsprechung und Literatur

Oben wurde bereits knapp angedeutet, dass das Einstehenmüssen nach der h.M. zentrales Kriterium für die Gleichstellung des Unterlassens mit der aktiven Bewirkung darstellt (Bewirkungsäquivalenz). Bevor man untersuchen kann, wann der Urheber einer Gefahrenlage für diese „rechtlich einzustehen“ hat (Ingerenz), muss feststehen, was dieses „Einstehenmüssen“ überhaupt regelt.

I. Überblick

In der Rechtsprechung und Literatur wird fast durchgehend von „Garantenstellung“ und „Garantenpflicht“ gesprochen,⁶⁰⁶ wobei das Verhältnis der beiden Begriffe jedoch selten aufgeworfen⁶⁰⁷ und damit nicht immer deutlich wird.⁶⁰⁸

⁶⁰² Siehe auch die Ausführungen von *Roxin* GA 2009, 73, 84, allerdings zu verschiedenen Obhutsgaranten.

⁶⁰³ Im abweichenden Kontext *Paeffgen* GS Arm. Kaufmann S. 399, 413, 416. hinsichtlich Frage der Zufälligkeit von Erfolgen.

⁶⁰⁴ So auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 182 f., freilich mit stark abweichender („normativer“) Begründung, im Ergebnis jedoch völlig überzeugend: „Denn die Rettung des verletzten Unfallopfers hat natürlich anders vonstatten zu gehen als die Vermeidung des Unfalls selbst, so daß u. U. der notwendige Einsatz an eigenen Gütern im einen Fall größer sein mag – mit der Folge, daß eine Gefahrabwendungspflicht *aus diesem Grund* eingeschränkt sein oder entfallen kann. Die besondere Verantwortlichkeit [...] berührt dies jedoch nicht im geringsten“. Sogar *Schünemann* – die Ingerenz eigentlich ablehnend – äußert im Auseinandersetzung mit *E. A. Wolff*, dass „ständig und gleichförmig“ erfüllbare Pflichten einfacher zu erfüllen sein mögen als solche in besonderen Gefahrenfällen, dies kann jedoch an ihrer gleichen Struktur nichts ändern.

⁶⁰⁵ Siehe auch *Küper* ZStW 131 (2019) 1, 28.

⁶⁰⁶ Siehe etwa *Blei* FS H. Mayer S. 119 ff.; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 1; *Brammsen* Garantenpflichten S. 25 ff.; *Dießner* Unterlassungsstrafbarkeit S. 204 ff.; *Frister* AT 22/2 ff.; *Fünfsinn* Aufbau S. 73 ff.; *Gade* NK § 13 Rn. 29; *B. Heinrich* AT Rn. 918 ff.; *Hoven* GA 2016, 16 ff.; *Jasch* NSTZ 2005, 8 ff.; *Jescheck* 140 Jahre GA S. 115, 123 ff.; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 49 ff.; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK Vor § 13 Rn. 117, 247, § 13 Rn. 32 ff.; *Kleinherne* Garantenstellung S. 112 ff.; *Kühl* AT § 18 Rn. 41 ff.; *Schmidhäuser* AT 12/22; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 11; *Stree* FS H. Mayer S. 145 ff.; *Schulte* Garantenstellung S. 13 ff.; *Tag* HK-GS § 13 Rn. 1 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1174 ff.

⁶⁰⁷ So auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 125, 313.

⁶⁰⁸ Anscheinend synonyme Verwendung bei *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 132 ff. *Gercke/Hembach* AnwK § 13 Rn. 9 ff.; *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 6; *Kindhäuser/Zimmermann* AT

Dabei bestehen unterschiedliche Ansichten über den Ausgangspunkt der Untersuchung: Soll es entscheidend auf die Garantenstellung ankommen, weil diese Grundlage für die Erfolgsabwendungspflicht ist? Oder steht die Garantenpflicht im Mittelpunkt, da der Täter nur bei einer besonderen Pflichtbindung eine Garantenstellung innehat?⁶⁰⁹ So schreibt bereits *Nagler*, der Garant nehme „infolge seiner Verpflichtung“ eine besondere Rechtsstellung ein.⁶¹⁰ An anderer Stelle liest man: „die Rechtspflicht fließt aus der Garantenstellung ab, diese ist aber unter dem Gesichtspunkt der Tatbestandsmäßigkeit zu erörtern und bildet gleich den übrigen Tatbestandsmerkmalen die Voraussetzung für die Widerrechtlichkeit“.⁶¹¹ Es handelt sich hierbei um eine zirkuläre Argumentation,⁶¹² die die besondere Stellung aus der Pflichtenbindung und die Pflicht wiederum aus der besonderen Stellung ziehen will. „Denn wann habe ich eine Garantenstellung? Wenn ich verpflichtet bin, den Erfolg abzuwenden! Und umgekehrt: Wenn ich verpflichtet bin, den Erfolg abzuwenden, so habe ich eine Garantenstellung.“⁶¹³

Die Formulierung „rechtlich dafür einzustehen hat“ stammt, wie oben bereits ausführlicher dargelegt, aus den Ergebnissen der Großen Strafrechtskommission, die schließlich in § 13 StGB E 1962 mündeten.⁶¹⁴ Dort bestand keine Einigkeit über das Merkmal des Einstehenmüssens,⁶¹⁵ sodass diese offene Formulierung eher als Minimalkonsens denn

§ 36 Rn. 2 „eine als Garantenstellung bezeichnete Erfolgsabwendungspflicht“; Rn. 49 ff.; unklar auch *Wessels/Beulke/Satzger* AT 1174 ff.; siehe auch S. *Böhm* Garantenpflichten S. 45 m. Fn. 195: synonyme Verwendung, sofern es nicht um Irrtumsfragen geht; ähnlich *Ceffinato* Legitimation S. 143 m. Fn. 143: „allein in beweisrechtlicher Hinsicht relevant“: Zweck sei die Verlagerung der Irrtümer über den Umfang der Verpflichtung in den Bereich des Verbotsirrtums, sodass denkbare Schutzbehauptungen nicht als Tatbestandsirrtum aufgefasst werden müssen; *Gunia* Garantenstellungen S. 23 m. Fn. 17; *Kleinherne* Garantenstellung S. 112: Eine synonyme Verwendung sei weitestgehend unschädlich.

⁶⁰⁹ Siehe zu dieser Frage auch *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 255 f.

⁶¹⁰ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 61, 64 f., er werde *durch* die Rechtspflicht zum Garanten; ähnlich etwa *Brammsen* in: Individuelle Verantwortung S. 105, 111 f.; *Fünfsinn* Aufbau S. 97: Stellung und Pflicht würden sich gegenseitig begründen; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 33: „derjenige, der als Garant [...] rechtlich dazu verpflichtet ist“; *Kühl* JA 2014, 507, 508; *Lüderssen* FS Grünwald S. 329, 337: „eine Garantenstellung [...] begründende Rechtspflicht“; siehe jüngst auch OLG Hamm NStZ-RR 2021, 60, 61: „eine aus rechtlich begründetem Einstehenmüssen für den Nichteintritt des Erfolges fließende Garantenstellung“;

⁶¹¹ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 74.

⁶¹² Siehe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 128. Auf das zirkuläre Denken bei der Pflichtenbildung bei den Sonderdelikten hat bereits *Arm. Kaufmann* in einem ähnlichen Kontext hingewiesen: „Wer ist Beamter? Jeder, der eine Amtspflicht hat. Wer besitzt eine solche Pflichtstellung? Jeder Beamte im Sinne des StGB“, *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 136. Das Normsubjekt kann also nicht durch die Pflicht bestimmt werden, da sich diese überhaupt nur auf das Normsubjekt konkretisieren kann.

⁶¹³ *Bockelmann* Niederschriften 12 S. 87.

⁶¹⁴ BT-Drucks. IV/650 S. 13; siehe zuvor auch E 1959 II, E 1960; **kritisch** zu dem Begriff etwa *Bockelmann* Niederschriften 12 S. 87.

⁶¹⁵ So hält etwa *Gallas* die „Garantenpflicht“ für den gegenüber der Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung engeren Begriff: Es müsse sich um eine Rechtspflicht handeln, die aus einer *Garantenstellung* entspringt, welche er im Einstehenmüssen ausgedrückt sieht (*Gallas* Niederschriften 12 S. 80 f., 479; zustimmend *Jeschek* Niederschriften 12 S. 96). Auch *Eb. Schmidt* hält im Anschluss an *Nagler* die Garantenpflicht für „etwas ganz Spezifisches“, das sich von der bloßen Handlungspflicht „drastisch unterscheidet“. Er hält jedoch infolgedessen nicht die Garantenstellung, sondern eine „besondere Rechtspflicht“ für maßgeblich

als sachliche Festlegung erscheint. So weist *Bockelmann* darauf hin, dass in der Diskussion jeder etwas anderes unter dem „angeblich so klaren Begriff[...] der Garantenstellung“ verstehe.⁶¹⁶ Da selbst in der Debatte keine Verständigung erzielt werden könne, sei auf die nutzlose Garantenklausel zu verzichten.⁶¹⁷ Sicher ist, dass die Normierung einer *besonderen* Stellung des Täters oder einer *besonderen* Rechtspflicht bezweckt war. Wie oben bereits betont, fällt jedoch auf, dass in Abweichung zu früheren Entwürfen so (wie zum AE 1966) das Wort „Rechtspflicht“ von § 13 I StGB nicht mehr bewusst verwendet wird, wenngleich die amtliche Begründung zu E 1962 diesen Begriff noch enthält.⁶¹⁸ Die Begründung zum heute geltenden § 13 StGB (2. StrRG) führt aus, das Einstehenmüssen betreffe das Erfordernis der Garantenstellung sowie der „aus ihr entspringenden Garantenpflicht“.⁶¹⁹ Das Gesetzgebungsverfahren zeigt jedenfalls eine Tendenz vom Rechtspflicht- hin zum Garantengedanken.⁶²⁰

Die herrschende Ansicht in der Literatur stellt sich wie die Gesetzesbegründung im Wesentlichen auf den Standpunkt, die „Garantenpflicht“ leite sich aus der „Garantenstellung“ ab bzw. die Garantenstellung bezeichne die Voraussetzungen der Garantenpflicht.⁶²¹ Zum Tatbestand gehört nach heute ganz herrschender Ansicht⁶²² – jedenfalls

und sieht mit dem Einstehenmüssen das normative Tatbestandsmerkmal der *Garantenpflichtverletzung* normiert. Es gebe „keine juristische schärfere und exaktere Formulierung für den Gesichtspunkt der *Erfolgsabwendungspflicht*, als dass nur „nur der haften dürfe, der für die Rechtsordnung als Garant dafür einzustehen hat“. *Eb. Schmidt* Niederschriften 2 Anhang Nr. 54 II 2 b, 3; *ders.* Niederschriften 2 S. 267 f.; *ders.* Niederschriften 12 S. 89 f.; *Welzel* wiederum sieht die *Garantenstellung* als entscheidend an, da sich aus ihr die Pflicht ergebe (*Welzel* Niederschriften 12 S. 94 f.). *Baldus* stimmt dem zu, gibt jedoch hierzu zu Bedenken, dass im „Einstehenmüssen“ nicht die Garantenstellung (insoweit ähnlich *Bockelmann* Niederschriften 12 S. 86 f.), sondern eher die *Garantenpflicht* ausgedrückt werde. Es komme vielmehr auf ein Anvertrautsein des Rechtsguts an. Daraus folge „automatisch“ die Verpflichtung zum Handeln (*Baldus* Niederschriften 12 S. 92, 99). *Koffka* und *Dreher* geben zu bedenken, dass zwischen dem Schutzverhältnis bezüglich des Rechtsguts im Allgemeinen und der Handlungspflicht im Speziellen zu unterscheiden sei (*Koffka* Niederschriften 12 S. 93; *Dreher* Niederschriften 12 S. 98).

⁶¹⁶ *Bockelmann* Niederschriften 12 S. 93. *Bockelmann* auf der anderen Seite versteht unter der Garantenstellung bloß eine „zusammenfassende Bezeichnung für bestimmte Situationen, welche die Pflicht zur Erfolgsabwendung auslösen“, S. 86 f.

⁶¹⁷ *Bockelmann* Niederschriften 12 S. 100.

⁶¹⁸ BT-Drucks. IV/650 S. 124. Der Unterlassende müsse durch eine „Rechtspflicht“ zur Erfolgsabwendung gehalten sein. Daher verdeutliche das Einstehenmüssen das Erfordernis der Garantenstellung und der ihr entspringenden Garantenpflicht. In der Garantenstellung liege ein „besonderes Pflichtverhältnis begründet, das den Garanten aus der Masse der übrigen Rechtsgenossen heraushebt“. Hierzu genügten „einfache Handlungspflichten und bloße Tätigkeitsgebote“ nicht.

⁶¹⁹ BT-Drucks. V/4095 S. 8.

⁶²⁰ → § 2 A.

⁶²¹ Es besteht damit eine Differenzierung zwischen dem pflichterzeugenden Sachverhalt und der Wertung seiner rechtlichen Konsequenzen als „Pflicht“. Siehe etwa *Bockelmann/Volk* AT § 17 B I 4; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 2; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 78, 85; *Fünfsinn* Aufbau S. 73; *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 6; *B. Heinrich* AT Rn. 922 „üblicherweise“; *Herbertz* Ingerenz S. 21 f. m. Fn. 21; *Jescheck* FS Tröndle S. 795; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 51; *Ransiek* JuS 2010, 585, 587; *Schmidhäuser* AT 12/18; *Tag* HK-GS § 13 Rn. 1, 13; *Utz* Geschäftsherrenhaftung S. 34; bereits *Welzel* Niederschriften 12 S. 94 f.; *Koffka* Niederschriften 12 S. 99.

⁶²² In diesem Sinne differenzierend zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum etwa BGHSt 16, 155, 158; *Arzt* JA 1980, 553, 556 f.; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 1 f.; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 86 f.; *Fischer* § 13

als Gegenstand des Vorsatzes – nicht die Garantenpflicht selbst (diese sei in der Rechtswidrigkeit verortet), sondern ihr „rechtlich-soziales Substrat: das ‚Garantieverhältnis‘ als Summe der Merkmale einer Garantenstellung“.⁶²³ *Bosch* etwa nennt die Unterscheidung bloß im Hinblick darauf (den Bezugspunkt des Vorsatzes) pragmatisch legitimiert.⁶²⁴ Der praktische Mehrwert der Unterscheidung sei jedoch zu bezweifeln, da die Garantenstellungen stets im Hinblick auf die Erfolgsabwendungspflicht ausgestaltet und geprägt würden.⁶²⁵ Diese Überlegung erklärt wohl auch, weshalb statt auf die Garantenstellung (dazu II. 3.) als eigentlichen Gegenstand des Tatbestandes regelmäßig „direkt“ auf die Garantenpflicht abgestellt wird (II. 2.). Zuvor sind diejenigen Konzeptionen ins Auge zu fassen, die für die Strafbarkeit unechten Unterlassens jedenfalls im ersten Schritt eine formelle Rechtsgrundlage verlangen (II. 1.) und damit entsprechend dem oben Ausgeführten in *umgekehrter* Weise eine Garantenstellung überhaupt nur in Betracht ziehen, wo eine gesetzliche Pflicht besteht.

II. Interpretation des Einstehenmüssens in der Literatur

1. Teil-formelle Ansätze

Lange wurde eine besondere außertatbestandliche Rechtspflicht als Grundlage der Unterlassungsstrafbarkeit für erforderlich gehalten.⁶²⁶ *Herzberg* bezeichnete diese Ansicht noch 1972 als herrschend.⁶²⁷ *Schünemann* konstatiert im Jahr 1995, dass die herrschende

Rn. 7 f.; *Frister* AT 22/50 f.; *Fuhrmann* GA 1962, 161 ff.; *Greco* GA 2009, 636, 641; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 200; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 44; *B. Heinrich* AT Rn. 913; *Herzberg/Hardtung* JuS 1999, 1073, 1076; *Hilgendorf/Valerius* AT § 11 Rn. 73 ff.; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 99; *ders./Weigend* AT § 59 VI 1, § 60 I 2; *Joecks/Jaeger* § 13 Rn. 69 f.; *Arth. Kaufmann* in: *Schuld und Strafe* S. 121 ff.; *Kühl* AT § 18 Rn. 129; *ders.* JuS 2007, 497, 503 f.; *Küper* ZStW 131 (2019) 1, 17 m. Fn. 54; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 51; *Puppe* GA 1990, 145, 170 ff.; *Rengier* AT § 49 Rn. 26 ff.; 37; *Renzikowski* Täterbegriff S. 107 m. Fn. 237; *Roxin* Offene Tatbestände S. 78 f.; 142 ff.; *ders.* AT II § 31 Rn. 189 ff.; *Rudolphi* SK⁷ Vor § 13 Rn. 25; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1207; *Zieschang* AT Rn. 620; **anders** *Kahlo* Handlungsform S. 268: Der Vorsatz müsse die Rettungspflicht umfassen; *Köhler* AT S. 231 f.; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 20: Garantenpflicht als normatives Tatbestandsmerkmal, das der Täter zumindest laienhaft kennen müsse; *Vogt* ZStW 63 (1951) 381, 411; *E. A. Wolff* Kausalität S. 49 ff.; differenzierend *Jakobs* AT 29/90; siehe auch *Ransiek* JuS 2010, 585 f., der zwar die Pflicht als Teil des Tatbestands erachtet, jedoch den Vorsatz ebenso wie die h.M. nur auf die tatsächlichen Voraussetzungen beziehen will.

⁶²³ Wörtliches Zitat nach *Küper* Pflichtenkollision S. 97.

⁶²⁴ *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 1; *ders.* Jura 2019, 1239; selbst dies bezweifelnd *Ceffinato* NStZ 2021, 65, 66.

⁶²⁵ *Bohnert* ZStW 117 (2005) 290, 302; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 1 f.; *ders.* Jura 2019, 1239; *Ceffinato* NStZ 2021, 65, 66; allgemein hierzu *Hassemer* Tatbestand und Typus S. 14: „der Tatbestand [ist] nur über seine Teile, diese Teile aber wiederum nur über den Tatbestand zu erfassen“.

⁶²⁶ Ausführlich oben → § 1 A und C.

⁶²⁷ *Herzberg* Garantenprinzip S. 209; siehe auch aus dem Jahr 2001: *Gunia* Garantenstellungen S. 27 m.w.N.

Lehre „meistens bei der formellen Rechtspflichttheorie unterschlüpft“.⁶²⁸ Die herrschende Lehre und Praxis bestimmt die Garantenpflichten zwar (auch) nach materiellen Kriterien, nimmt dabei jedoch die traditionellen formellen Fallgruppen in sich auf.⁶²⁹

Inzwischen kann es als gesichert gelten, dass aus dem Bestehen einer Rechtspflicht *jedemfalls nicht automatisch* auf das Vorliegen einer Garantenstellung geschlossen werden kann.⁶³⁰ Die vormals herrschenden (reinen) formellen Rechtspflichttheorien sind also inzwischen überholt. In der moderneren Literatur finden sich jedoch noch zahlreiche Beiträge, die einen ausdrücklich teil-formellen Ansatz verfolgen, der auf der ersten Stufe das Bestehen einer Rechtspflicht fordert: Die formelle Rechtsquellenlehre bleibe „Ausgangspunkt jeder Darstellung“.⁶³¹ Im zweiten Schritt findet dann regelmäßig eine Einschränkung auf strafrechtlich relevante Pflichten statt.⁶³²

Insbesondere im Schrifttum zu den familienrechtlichen Beschützergaranten wird regelmäßig auf außerstrafrechtliche Pflichten rekurriert,⁶³³ was sich letztlich auch dadurch erklärt, dass eine solche in diesem Bereich am ehesten auffindbar ist.⁶³⁴ Viele Autoren stel-

⁶²⁸ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 73; siehe auch zuvor *ders.* ZStW 96 (1984) 288, 298: entweder Rückkehr zur formellen Rechtspflichttheorie oder strafrechtliche Pflichtwidrigkeit als bloße Tautologie; dabei hatte er in seiner Monographie zur Unterlassungsstrafbarkeit selbst das Strafrecht als sekundäre Normordnung bezeichnet, die grundsätzlich auf metastrafrechtliche Pflichten Bezug nehme, *ders.* Grund und Grenzen S. 221 ff.; ähnlich *Roxin* TuT S. 513. Inzwischen anders *Schünemann* FS Amelung S. 303, 304 ff. und *Roxin* AT II § 32.

⁶²⁹ Vgl. *Gaede* NK § 13 Rn. 31. Insbesondere bei den Beschützergarantenstellungen wird häufig auf familienrechtliche Normen abgestellt, um dann doch ein tatsächliches Verhältnis genügen zu lassen, etwa *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 8, 10; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 18 f., 26 f.; eingehend zu familienrechtlichen Konstellationen *Kretschmer* Jura 2006, 898. Auch sonst wird häufig auf die Entstehungsvoraussetzungen Gesetz, Vertrag und Ingerenz Bezug genommen, sehr deutlich etwa bei *Kudlich* SSW § 13 Rn. 18 ff.; *Stratenwerth* AT I § 13 Rn. 14 ff.; aus dem älteren Schrifttum *Maurach* AT § 46 III C.

⁶³⁰ Siehe nur *Gallas* Niederschriften 12 S. 242; *Herzberg* Garantenprinzip S. 208.

⁶³¹ *Kudlich* SSW § 13 Rn. 17; ähnlich auch *Kaspar* AT § 10 Rn. 70; *Noll* Compliance S. 87 f.

⁶³² Deutlich etwa *Rudolphi* NStZ 1991, 361, 365; *ders.* NStZ 1997, 599, 600: Erforderlich sei, dass die betreffende (öffentlich-rechtliche) Pflicht ihre Entstehung einer Garantiebeziehung verdanke. Etwas vager meinen auch *Stratenwerth/Kuhlen*, bei einer gesetzlichen Pflicht komme es auf die „Art von Beziehung“ zwischen dem Verpflichteten und dem Gut oder der Gefahrenquelle an, welche das Gesetz voraussetze oder herstelle, AT § 13 Rn. 16. Der Verpflichtete müsse „in gesteigertem Maße verantwortlich sein“, Rn. 21. Dabei weisen sie jedoch selbst darauf hin, dass sich die sachlichen Voraussetzungen der Steigerung der Verantwortlichkeit ihrerseits nicht hinreichend präzise formulieren lassen.

⁶³³ *Albrecht* Begründung S. 137, 155 f., 164 ff.; *S. Böhm* Garantenpflichten 170 ff.; sowie zum Betrug durch Unterlassen *Kamberger* Treu und Glauben S. 200 f.; entsprechend zum öffentlichen Recht *Hecker* NJW 1992, 873 ff.; **kritisch** auch *Herbertz* Ingerenz S. 199: anachronistische formelle Rechtspflichttheorie.

⁶³⁴ So meint etwa *S. Böhm* Garantenpflichten S. 172 ff., das „rechtliche Müssen“ deute auf eine Rechtspflicht hin. Da sich ein Verständnis als „wertausfüllungsbedürftiges Merkmal“ als problematisch erwiesen habe, müsse es als „wertgefülltes“ Merkmal und damit als Blanketttatbestand verstanden werden. Zwar habe möglicherweise der Gesetzgeber bei Schaffung der familienrechtlichen Pflichten nicht an eine Strafbarkeit gedacht, dennoch wurde diese Verknüpfung vom Gesetzgeber mit dem Wort „rechtlich“ geschaffen, S. 178. Es könne sich auch um strafrechtliche Pflichten handeln (S. 184; dafür spreche der allgemeine Begriff „rechtlich“); ausführlichere **Kritik** zum Ansatz *S. Böhm*s, insbesondere auch ihrer Auslegung des

len diese Interpretation von § 13 I StGB – Verweis auf formalgesetzliche Rechtsgrundlagen außerhalb des StGB – als alternativlos dar, es handle sich um die einzige Möglichkeit, „das Verdikt der Unbestimmtheit“ nach Art. 103 II GG zu vermeiden.⁶³⁵ Von diesem Ausgangspunkt her findet sich in jüngerer Zeit das deutlichste Plädoyer für eine Rückbesinnung auf die formelle Rechtspflichttheorie bei *Seebode*,⁶³⁶ der jedoch, um keine Ausuferung der Strafbarkeit zu bewirken, nicht jede Rechtspflicht als Garantspflicht genügen lassen will, sondern nur eine solche, die einen „dem Straftatbestand des Handlungsdelikts entsprechenden Schutzzweck aufweis[t]“.⁶³⁷

Manche Autoren wollen die Rechtspflichten sowohl dem Strafrecht als auch der restlichen Rechtsordnung entnehmen, wobei die strafrechtliche Relevanz jedoch gesondert zu begründen sei.⁶³⁸ Weder eine Interpretation, die die Normen allein im Strafgesetz verorte, noch eine solche, die diese außerhalb des Strafgesetzes suche, könne bewiesen werden.⁶³⁹ So pönalisieren das Strafrecht regelmäßig die Verletzung von Pflichten, die in anderen Rechtsgebieten entstanden seien, es könne aber auch „souverän“ Pflichten sanktionieren,

Merkmals nach der „Lehre vom Mindestgemeinsamen“ bei *Herbertz* Ingerenz S. 198 f.; *Kleinherne* Garantstellung S. 149 ff.; ablehnend auch *Stein* SK § 13 Rn. 16 m. Fn. 24. Insbesondere stellt das getrennte Abstellen auf die einzelnen Worte „rechtlich“, „müssen“, „einstehen“ eine für jegliche Wertungen blinde Begriffsjurisprudenz dar, die bei Außerachtlassung von System, Sinn und Zweck dem rechtlichen Einstehenmüssen eine kaum zwingende Bedeutung zuweist.

⁶³⁵ *Schmitz* MK § 1 Rn. 61: Blankettverweis; *S. Böhm* Garantpflichten S. 183; *Kaspar* AT § 10 Rn. 70; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 42, 45 m. Fn. 257; *Seebode* FS Spindel S. 317, 340 f.; *Stam* ZStW 131 (2019) 259, 261 ff.; vgl. auch *Arzt* JA 1980, 647, 650; *S. Böhm* Garantpflichten S. 178; *Kamberger* Treu und Glauben S. 200 f.; *Noll* Compliance S. 82 (inkonsequent ist jedoch, dass dieser einerseits das unbedingte Erfordernis einer vorstrafrechtlichen Pflicht auf Art. 103 II GG stützt, andererseits aber gewohnheitsrechtliche Pflichten einbezieht, S. 85 f.); *Herbertz* gesteht der Lösung zu, sie habe den „Charme“, dass sie eine strenge Beachtung des Gesetzlichkeitsgrundsatzes bewirke, *Herbertz* Ingerenz S. 209; **anders** *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 5/6: unberechtigte Bedenken im Hinblick auf die Bestimmtheit.

⁶³⁶ *Seebode* FS Spindel S. 317, 340 f., Beispiele hierfür sind für *Seebode* etwa §§ 1626, 1631 BGB im Hinblick auf die Beziehung zwischen Eltern und ihren Kindern oder gemeindliche Satzungen, die den Grundstücksbesitzern eine Streupflicht auferlegten. Garantpflichtbegründend seien auch sämtliche auf Gesetz beruhende Akte, wie rechtmäßige Weisungen oder rechtskräftige Urteile. Auch Verträge würden stets von einem Gesetz getragen und „kraft Gesetzes verpflichtet“. Dabei sei jedoch die tatsächliche Wirksamkeit der Vereinbarung erforderlich, eine tatsächliche Übernahme genüge nicht. Siehe auch *ders.* JZ 2004, 305; *Stam* ZStW 131 (2019) 259, 261 ff.; **kritisch** *Roxin* AT II § 31 Rn. 34.

⁶³⁷ *Seebode* FS Spindel S. 317, 340, 343, 345; „erste und notwendige, nicht aber schon hinreichende Voraussetzung der Strafbarkeit“; vgl. bereits v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 32 C II; siehe auch *Kaspar* AT § 10 Rn. 70; *Noll* Compliance S. 81 ff.; *Stam* ZStW 131 (2019) 259, 282 f.: Der Pflichtige müsse – im Anschluss an *Kohler* – „auf einen Posten“ gestellt sein; *S. Böhm* Garantpflicht S. 181, 184 ff.: *besondere* Pflicht, die ein *Einstehen* begründe. Was eine Rechtspflicht zur besonderen Rechtspflicht mache, sei „von persönlichen Wertungen abhängig“.

⁶³⁸ *Kühl* AT § 18 Rn. 41; *ders.* FS Herzberg S. 177, 185; siehe auch *Tag* HK-GS § 13 Rn. 15: Die Pflichten könnten der gesamten Rechtsordnung entspringen; ähnlich ist auch *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 28 ff. zu verstehen; ferner *T. Walter* Kern S. 45: „kann jenseits des Strafrechts erwachsen“; *Ceffinato* Legitimation S. 169 f.: formelle Rechtspflichten könnten jedenfalls Indizwirkung entfalten.

⁶³⁹ *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 35 ff., beide Standpunkte seien zu „extrem“; das Anliegen des Rechtsgüterschutzes werde von der gesamten Rechtsordnung verfolgt; dem folgend *Güntge* Begehen S. 41; ähnlich auch *Seibert* Garantpflichten S. 25 ff.

die keine Entsprechung im Rest der Rechtsordnung hätten.⁶⁴⁰ Die Straf- und Zivilrechtsordnung seien ohnehin weitestgehend „zusammengewachsen“, was sich an dem Vertrauensgedanken sowie den Verkehrspflichten zeige.⁶⁴¹

Grundsätzlich muss man bezweifeln, ob eine Ansicht, die eine formelle Rechtspflicht für erforderlich hält, die Garantenstellung aus Ingerenz erklären kann: „Kein Satz des geschriebenen Rechts ordnet [die Erfolgsverhinderungspflicht] mit der notwendigen Allgemeinheit und Eindeutigkeit an.“⁶⁴² Zum Teil wird jedoch versucht, die Ingerenz in die formelle Rechtspflichttheorie zu integrieren. *Puppe* meint, jede Garantenpflicht habe als Grundlage eine zivil- oder öffentlich-rechtliche Sonderpflicht.⁶⁴³ Die Garantenstellung aus Ingerenz sei eine deliktsrechtliche Schadenstragungspflicht, insbesondere nach § 823 I BGB.⁶⁴⁴ Zum Teil wird die Ingerenz auch als Unterfall zivilrechtlicher Verkehrspflichten angesehen.⁶⁴⁵ Jedenfalls im Bereich der Überwachung von Gefahrenquellen wird regelmäßig auf diese abgestellt,⁶⁴⁶ auch der BGH erwog einen Rekurs auf die Verkehrspflichten in der „Lederspray-Entscheidung“.⁶⁴⁷

Oben wurde bereits ausgeführt, dass manche Autoren zunächst bloß das Vorliegen irgendeiner Rechtspflicht für erforderlich und ausreichend halten, um dann in einem zweiten Schritt die Gleichstellung der Unterlassung über die Entsprechungsklausel zu prüfen,

⁶⁴⁰ *Schultz Amtswalterunterlassen* S. 42; zu diesem Aspekt des „Vorpreschens“ durch das Strafrecht bereits *Schünemann Grund und Grenzen* S. 221; **andere** wohl *Hecker* NJW 1992, 873, 874: Das ultima ratio Prinzip als Ausdruck der Einheit der Rechtsordnung verwehre es dem Strafrecht dort eine genuin strafrechtliche Garantenpflicht aufzuerlegen, wo eine entsprechende öffentlich-rechtliche Pflicht nicht bestehe.

⁶⁴¹ *Schultz Amtswalterunterlassen* S. 38 ff. Dass die Pflichten dem Zivilrecht entstammen, bedeute nicht, dass sie dort bereits aufgetaucht oder gar kodifiziert sein müssten; *Güntge Begehen* S. 41.

⁶⁴² *Herzberg* Garantenprinzip S. 210; siehe auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 14; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 28: Die Ingerenz hat im System formeller Rechtspflichten keinen Raum; ferner S. *Böhm* Garantenpflichten S. 52; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 89.

⁶⁴³ *Puppe* AT § 29 Rn. 47; dazu soll eine besondere Angewiesenheit kommen, Rn. 48. Auch nach *Seelmann* stellt dies eine Mindestvoraussetzung dar, *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 10; ebenso *Noll* Compliance S. 81 ff.

⁶⁴⁴ *Puppe* AT § 29 Rn. 3, 47, § 31 Rn. 10; erwogen auch von *Kaspar* AT § 10 Rn. 73; inzwischen auch *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 45, 70 (anders die Voraufgabe).

⁶⁴⁵ *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 45; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 35; *Schultz Amtswalterunterlassen* S. 38 ff.; *Güntge* Begehen S. 41; siehe auch S. *Böhm* Garantenpflichten S. 50 ff. m.w.N., die die Frage nach einer deliktsrechtlichen Grundlage der Ingerenz jedoch offenlässt; **kritisch** zu Schadensersatzpflichten als Grundlage der Ingerenz auch v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 90.

⁶⁴⁶ Etwa *Arzt* JA 1980, 647, 651; *Fischer* § 13 Rn. 27; *Frister* AT 22/28; *Gaede* NK § 13 Rn. 46: nach der „Primärrechtsordnung“; *Gallas* Bau S. 33: nicht schlechthin, aber bei Eröffnung eines gefährlichen Betriebs; *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 37; *Joicks/Jaeger* § 13 Rn. 47 ff.; *Kühl* AT § 18 Rn. 106; *Kuhlen* Produkthaftung S. 173 m. Fn. 16; *Schmitz* NJW 1993, 1167, 1168, allerdings begrenzt durch spezielle Vorschriften; *Tag* HK-GS § 13 Rn. 21; einschränkend *Mikus* Verhaltensnorm S. 116 ff.; **andere** *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 58; *Hecker* NJW 1992, 873, 874 ff.; *Kuhlen* Produkthaftung S. 149 ff.; kritisch auch *Brammsen* in: *Individuelle Verantwortung* S. 105, 117.

⁶⁴⁷ BGHSt 37, 106, 115; dafür auch *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 48.

etwa *Schöne*, *Langer* und *Schürmann*.⁶⁴⁸ Es sei bloß eine „Geschmacksache“, dass das Gesetz von Einstehenmüssen statt Rechtspflicht spreche.⁶⁴⁹

2. Zentralbegriff Garantenpflicht?

Auch jenseits teil-formeller Ansätze – also auf Grundlage einer materiellen Betrachtung – stellen viele Autoren paradoxerweise – trotz Beteuerung (insbesondere im Kontext von Irrtumsfragen), die „Garantenpflicht“ sei nicht Teil des Tatbestandes – die Begründung eben dieser Erfolgsabwendungspflicht in den Mittelpunkt.⁶⁵⁰ Dabei wird jedoch nicht immer deutlich, ob die Garantenpflicht die Verhaltensnorm des unechten Unterlassungsdelikte umschreibt *oder* ersetzt *oder* zu dieser hinzutritt und nur die Bestrafbarkeit des Verhaltens betrifft.⁶⁵¹ Häufig wird darauf hingewiesen, es müsse sich um eine *besondere*

⁶⁴⁸ *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 333; *Langer* Sonderstrafat S. 450, 456 f.; *Schürmann* Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 61 ff., 64 ff.; nahestehend *Ceffinato* Legitimation *passim*, der zwischen der über § 13 StGB statuierten Norm als allgemeiner „Vermeidspflicht“ und der die Unrechtsstruktur verändernden Erfolgsabwendungspflichten/Garantenpflichten zur „positiven Gestaltung der Rechtsordnung“ (S. 105, 110 f., 133, siehe auch S. 173 m. Fn. 259: die Vermeidpflicht „töte!“ sowie die Garantenpflicht „beschütze!“) differenziert. Erforderlich sei für die Gleichstellung, dass den Unterlassenden eine Garantenpflicht treffe, gegen die er neben der Verletzung der Vermeidpflicht verstoße und beim Garanten zu einer relativen Unrechtssteigerung gegenüber dem Allgemeinunrecht führe, S. 143. Die positive Pflicht modifiziere das Unrecht. Es handle sich im Gegensatz zur Vermeidpflicht um eine positive Pflicht, die aus einer besonderen Nähebeziehung zum Rechtsgut resultiert, in der sich der Unterlassende vor Versuchsbeginn befinden müsse, S. 200.

⁶⁴⁹ *Schürmann* Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 63 f., 118 ff. mit Verweis auf die Gesetzesmaterialien. – Der Vorschlag der Strafrechtskommission enthielt jedoch bewusst die Formulierung des Einstehenmüssens, nicht der Rechtspflicht, vgl. *Gallas* Niederschriften 12 S. 243.

⁶⁵⁰ Auf die „Garantenpflicht“ stellen ab *Blei* FS H. Mayer S. 119 ff; *ders.* AT § 87 I; S. *Böhm* Garantenpflichten; *Brammsen* in: Individuelle Verantwortung S. 105, 111 ff.; *H.-J. Bruns* FS Tröndle S. 125, 127 m. Fn. 6 („Handlungspflicht“); *Ceffinato* Legitimation S. 200 *et passim*; *Eisele/Heinrich* AT Rn. 558, 577, 594 ff.; *Gaede* NK § 13 Rn. 29; *Gercke/Hembach* AnwK § 13 Rn. 9 ff.; *Hecker* NJW 1992, 873 ff.; *B. Heinrich* AT Rn. 893, 923 ff.; *Herbertz* Ingerenz *passim*; *Hillenkamp* FS Otto S. 287 ff.; *Hoyer* GA 1996, 160, 174 ff.; *Jakobs* AT 29/4, 26; *Jasch* NStZ 2005, 8 ff.; *Jescheck* FS Eb. Schmidt S. 139, 152; *ders.* LK¹¹ § 13 Rn. 4 ff.; zur Ingerenz Rn. 31 ff.; *Kahlo* Handlungsform S. 252 ff.; *ders.* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 322; *ders.* FS Küper S. 249, 271; *Kamberger* Treu und Glauben S. 194; *Köhler* AT S. 210; *Krey* Gesetzesvorbehalt S. 32 m. Fn. 28; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 3 f., 13 ff.; 18 ff.; *Maurach* AT § 46 III B; *Neumann* Zurechnung S. 222 f.; *Otto* FS Gössel S. 99 ff.; *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 124; *dies.* AT § 29 und § 31 *passim*; *Renzikowski* Täterbegriff S. 29 f.; *Schmidhäuser* FS Müller-Dietz S. 761, 771; *Eb. Schmidt* Niederschriften 2 S. 267 ff.; *ders.* FS Engisch S. 339, 351; *C. Schneider* Tun und Unterlassen S. 39 ff.; *Schulte* Garantenstellung S. 134 ff.; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 31 ff.; *Seibert* Garantenpflichten S. 22, 25 ff.; *Stam* ZStW 131 (2019) 259; *Stratenwerth* AT § 13 Rn. 14 ff.; *ders./Kuhlen* AT § 13 Rn. 11, 14 ff.; *Verrel* GA 2003, 595, 597; S. *Walter* Pflichten S. 115 ff.; *Walther* FS Herzberg S. 503; *Weigend* LK § 13 Rn. 25 ff.; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 20: normatives Tatbestandsmerkmal“, Rn. 29; vgl. auch *Noll* Compliance S. 80: „überwiegend“ werde das Einstehenmüssen im Sinne des Erfordernisses einer Rechtspflicht verstanden; auf dem Boden der „Rechtswidrigkeitslösung“ *A. Böhm* JuS 1961, 177 ff.

⁶⁵¹ Besonders scharfes Urteil bei *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 73, der meint, dass die „Autoren der Standardlehrbücher und -kommentare gerade in der Garantenfrage einem theorieleeren Eklektizismus huldigen, der weniger eine wissenschaftliche Gleichstellungstheorie als vielmehr ein bloßes Entscheidungsregister repräsentiert und meistens bei der formellen Rechtspflichttheorie unterschlüpft“.

rechtliche Pflicht handeln, sittliche⁶⁵² Pflichten oder Jedermannpflichten nach §§ 323c I, 138 StGB genügen nicht.⁶⁵³ Diese scheinbar klare Abgrenzung vermag jedoch den Grund nicht anzugeben, wann eine Pflicht nun eine besondere und eine rechtliche ist, sodass der Wortlaut des § 13 I StGB eher umschrieben als erhellt wird. Regelmäßig wird zudem auf eine Verbindung von formaler und materieller Betrachtungsweise verwiesen.⁶⁵⁴ Insofern müsse einerseits eine persönliche Rechtspflicht bestehen, die zudem auf einer Obhuts- oder Überwachungsstellung des Täters beruhe.⁶⁵⁵ Die Begründung ist bei manchen Autoren – wie schon bei *Nagler* – zirkulär: „Garant ist, wer eine Rechtspflicht [...] hat. [...] Die Umstände, aus denen sich eine Garantspflicht ergibt, sind ungeschriebene Tatbestandsmerkmale [...]“.⁶⁵⁶ Die Maßgeblichkeit der Garantpflicht scheint auch ein Blick

⁶⁵² Genauer: *bloß* sittliche Pflichten genügen nicht: Jeder strafrechtliche Handlungsunwert ist stets auch ein sittlicher Aktunwert, nicht aber umgekehrt, vgl. *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 60 f.; *Kudlich* ZStW 127 (2015) 635, 644; auf Überschneidungen hinweisend auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 125 f.

⁶⁵³ Siehe auch die Begründung zu E 1962 BT-Drucks. IV/650 S. 124.

- Vgl. zum Ausschluss der **allgemeinen** Hilfspflichten BGHSt 62, 72, 76: „besonderer Rechtsgrund“, sonst würde dieses Erfordernis ausgehöhlt; aus der Literatur etwa: *Brammsen* in: Individuelle Verantwortung S. 105, 111 f.: Die Erfolgsabwendungspflichten müssten „qualitativ anders“ sein; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 91; *Eisele/Heinrich* AT Rn. 628; *Haft* AT S. 184; *B. Heinrich* AT Rn. 928; *Herbertz* Ingerenz S. 22; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 20; *Jakobs* AT 29/26; *Kaspar* AT § 10 Rn. 69; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 32; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 49 *Kudlich* SSW § 13 Rn. 13; *Kühl* AT § 18 Rn. 41; *Naucke* Strafrecht § 7 Rn. 261; *Ransiek* JuS 2010, 585, 587; *Rudolphi* FS Dünnebieber S. 561, 574; *ders.* SK § 13 Rn. 19; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 16; **andere** *Langer* Sonderstrafat S. 456 ff., der dies jedoch durch das Erfordernis des Entsprechens einschränkt; kritisch auch *H. Mayer* AT § 17 III 2 a): kein allgemeines Prinzip, um Garantpflicht und allgemeine Hilfspflicht zu scheiden.

- Vgl. zum Ausschluss von (bloß) **sittlichen** Pflichten – BVerfGE 96, 68, 98; BVerfG NJW 2004, 1030; *Albrecht* Begründung S. 137 ff.; *Eisele/Heinrich* AT Rn. 601; *Gaede* NK § 13 Rn. 29; *Gercke/Hembach* AnwK § 13 Rn. 7; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 17; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 52; *Haft* AT S. 184; *Herbertz* Ingerenz S. 209; *Jakobs* AT 29/26; *Kaspar* AT § 10 Rn. 69; *Arm. Kaufmann* JuS 1961, 173, 176; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK Vor § 13 Rn. 32; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 49; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 13; *Kühl* AT § 18 Rn. 41; *Maiwald* JuS 1981, 473, 480; *Marxen* Notwehr S. 49; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 45; *Noll* Compliance S. 83; *Ransiek* JuS 2010, 585, 588; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 19; *Seebode* NSTZ 1993, 83, 84; *Utz* Geschäftsherrenhaftung S. 47; *Verrel* GA 2003, 595, 597; *Vogel* Norm und Pflicht S. 125; siehe bereits die Ausführungen etwa bei *Feuerbach* Lehrbuch § 24; *Frank* Strafgesetzbuch § 1 IV; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 66; vgl. auch *Kühl* FS Herzberg S. 177, 184 f., der darauf hinweist, dass „rechtlich“ nicht nur einen Gegensatz zu „moralisch“, sondern auch zu „tatsächlich“ ausdrücken kann; dies betonend auch BVerfGE 96, 68, 98; BayOblG 1988, 298, 299; *Kaspar* AT § 10 Rn. 69.

⁶⁵⁴ *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 8: Entstehungsgrund und materiellen Gehalt der Garantpflicht; *Fischer* § 13 Rn. 9 ff.; *Gercke/Hembach* AnwK § 13 Rn. 7 f.; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 46 ff.; *Jescheck* 140 Jahre GA S. 115, 125; *ders./Weigend* AT § 59 IV 2; *Kaspar* AT § 10 Rn. 70; *Krey/Esser* AT Rn. 1128; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 54; siehe auch *Dießner* Unterlassungsstrafbarkeit S. 229 ff.

⁶⁵⁵ *Jescheck* 140 Jahre GA S. 115, 128 f.

⁶⁵⁶ *Haft* AT S. 184; siehe auch *Hilgendorf/Valerius* AT § 11 Rn. 33: Es müsse seine besondere Rechtspflicht vorliegen. „Der Inhaber dieser Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung wird als ‚Garant‘ bezeichnet“; außerdem *Güntge* Begehen S. 40 f., nach dem die Garantstellung einerseits als Tatbestandsmerkmal die tatsächlichen Umstände der Sonderverantwortungsposition beschreibt und damit die Handlungspflicht begründet – auf der anderen Seite soll diese Handlungspflicht jedoch auf außerstrafrechtlichen Entstehungsgründen beruhen.

in die Kommentarliteratur⁶⁵⁷ sowie die Ausbildungsliteratur⁶⁵⁸ zu bestätigen (vgl. zu den verschiedenen Nuancierungen die Fußnoten). Zum Teil wird hierin ein *Unterschied* zur

⁶⁵⁷ *Gaede* NK § 13 Rn. 4, 29: besondere Rechtspflicht zum Handeln; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 3 f., 13 ff.; 18 ff.; nach Entstehungsgründen systematisierend auch *Tag* HK-GS § 13 Rn. 16 ff.;

- *Weigend* LK § 13 Rn. 4: „Verletzung der Handlungspflicht als Tatbestandsmerkmal des Unterlassungsdelikts“; auch dort beruhen die Pflichten allerdings in der Sache auf besonderen Positionen. In der Voraufgabe (LK¹² § 13 Rn. 24) möchte *Weigend* angesichts des Fehlens „spezifischer Rechtssätze“ die Garantienpflichten auf „einfache normative Sätze“ zurückführen. Dieser Passus wurde in der Neuauflage nicht übernommen; auch *Herbertz* meint, § 13 I StGB nehme im Wesentlichen *ungeschriebene* Normen in Bezug (siehe bereits den Untertitel ihres Werks „Eine Garantienpflicht aus Gefährdungsunrecht“; sowie *Herbertz* Ingerenz S. 208 f.: § 13 I StGB verweise auf „eine schier riesige Anzahl von ungeschriebenen rechtspflichtstatuierenden Normen“; gleichzeitig meint sie, das Einstehenmüssen sei ein „hochgradig ausfüllungsbedürftiges Tatbestandsmerkmal“, S. 210. Siehe auch S. 121.

- *Bosch* nennt im Schönke/Schröder die unechten Unterlassungsdelikte ausdrücklich „Kommissivdelikte durch Unterlassen“: Bei ihnen erfolge die Bestrafung aus einer Vorschrift, die grundsätzlich ein Tun voraussetze, und denen eine Verbotsnorm zugrunde liege. Dem könne ein Unterlassen gleichgestellt werden, wenn der Unterlassende „aufgrund einer Garantienstellung“ zum aktiven Entgegenwirken verpflichtet sei, Sch/Sch/*Bosch* Vor § 13 Rn. 135. Tatbestandsmerkmal sei die „Stellung als Garant“, die Summe der Voraussetzungen, aus denen sich die Pflicht ergebe, die Gefahr für Rechtsgüter zu bekämpfen. Diese Pflicht müsse eine Rechtspflicht sein, die nicht nur ausdrücklichen Rechtssätzen, sondern auch allgemeinen Rechtsprinzipien entnommen werden könne (Rn. 7).

- *Haas* schreibt, Voraussetzung sei die „Verpflichtung des Täters zur Abwendung des Erfolgs“, *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 24; dieser korrespondiere eine subjektive Rechtsposition des Berechtigten, Rn. 3 f., 24; näher *ders.* Kausalität S. 229: Die Garantienbeziehung als subjektives Recht konstituiere ein materielles Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten.

- *Heuchemer* definiert im BeckOK die Garantienpflicht als „rechtliche Handlungspflicht“. Die Handlungspflicht folge aus der Garantienstellung, die den Garantien zum Normadressaten mache. *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 33.

- *Wohlens* NK³ § 13 Rn. 20 sieht die *Garantienpflicht* als normatives *Tatbestandsmerkmal* an (ähnlich auch *Köhler* AT S. 231 f.).

⁶⁵⁸ - *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1178: „Grundlage einer Erfolgsabwendungspflicht kann nur eine Rechtspflicht sein“ (ebenso *Bockelmann/Volk* AT § 17 B I; *B. Heinrich* AT Rn. 928; *Kaspar* AT § 10 Rn. 69 ff.; ähnlich auch *Joecks/Jaeger* § 13 Rn. 27 ff.) Im Folgenden werden Rechtssätze des Familienrechts aber auch „rechtlich fundierte[...] Verhältnisse „enger Verbundenheit“ genannt (Rn. 1180 f.).

- *B. Heinrich* sieht im rechtlichen Einstehenmüssen die Garantienpflicht normiert: Bei den unechten Unterlassungsdelikten sei die Rechtspflicht *Tatbestandsmerkmal*, *B. Heinrich* AT Rn. 918. (Garantienstellung hingegen bezeichne das besondere Rechtsverhältnis in der sich die Person befinde, Rn. 920).

- z.T. werden ungeschriebene Rechtspflichten für genügend erachtet. *Jescheck/Weigend* führen aus: „Eine Rechtsvorschrift, die die Fälle, in denen Handlungspflichten bestehen, näher beschreibe, existiert nicht. § 13 verweist vielmehr auf ungeschriebene Rechtsgrundlagen [...]“; speziell zur Ingerenz: die Pflicht beruhe auf dem Verbot, andere zu verletzen, AT § 59 IV 4 a.

- *Mitsch* schreibt ausdrücklich, § 13 verändere nicht die täterbezogenen Strafbarkeitsvoraussetzungen der Vorschrift. Die Erfolgsabwendungspflicht sei nicht Täter-, sondern Handlungsmerkmal, *Baumann/Werber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 39; siehe aber auch Rn. 50 f.

- *Murmann* GK § 29 Rn. 28, 29 m. Fn. 51 meint, die Handlungspflicht sei das für die Tatbestandserfüllung zentrale Tatbestandsmerkmal, ihre Verletzung sei vergleichbar mit der rechtlich missbilligten Gefährdung bei den Begehungsdelikten. *Murmann* stellt dabei klar, die Garantienpflicht sei „nichts Anderes als die den Tatbeständen vorgelagerte Verhaltensnorm (ähnlich ist für *Ransiek* die *Garantienpflicht* Tatbestandsmerkmal. Voraussetzung des § 13 StGB sei eine „besondere Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung“. Dies sei zu prüfen in der objektiven Zurechnung: Ein rechtlich missbilligtes Risiko setze der Täter durch die Unterlassung nur dann, wenn er zur Erfolgsabwendung verpflichtet ist. *Ransiek* JuS 2010, 585).

Begehungsstrafbarkeit bzw. zum echten Unterlassungsdelikt ausgemacht: *Gaede* führt im Nomos-Kommentar aus, die Unterlassungsstrafbarkeit setze *anders* als die Begehungsstrafbarkeit eine besondere Rechtspflicht („Garantenpflicht“) voraus.⁶⁵⁹ *Sternberg-Lieben/Schuster* schreiben im Schönke/Schröder, im Gegenteil zum echten Unterlassungsdelikt, wo die Handlungspflicht aus dem Tatbestand fließe, ergebe sich diese beim unechten Unterlassungsdelikt „aus anderen Rechtsgründen“.⁶⁶⁰ Wie sehr die Begründung der „Garantenpflichten“ auf ungeschriebenen materiellen Erwägungen beruht, wird insbesondere hinsichtlich der Ingerenz deutlich. Wenn der Satz nicht schlicht vorausgesetzt oder dem Deliktsrecht entnommen wird, kommt hier bloß das allgemeine Verletzungsverbot, die allgemeine Pflicht, das eigene Verhalten so zu steuern, dass andere nicht zu Schaden kommen, in Betracht.⁶⁶¹

3. Garantenstellung als Tätermerkmal?

Andere Autoren legen dagegen das Augenmerk auf die Garantenstellung.⁶⁶² Es handle sich um ein *täterschaftliches* Merkmal,⁶⁶³ die unechten Unterlassungsdelikte seien echte Sonderdelikte.⁶⁶⁴ Die Garantenstellung, die den Täter als Normadressat und damit taugliches Subjekt des Straftatbestandes kennzeichne, sei also „nur ein Element“ der

- Auch *Stratenwerth/Kuhlen* sowie *Puppe* verlangen, wie oben bereits erwähnt, die Steigerung einer gesetzlichen Rechtspflicht. Der Verpflichtete müsse in erhöhtem Maße verantwortlich sein“, sodass der Handlungspflicht der „Rang“, die „Dignität“ (*Puppe*) einer Garantenpflicht zukomme, *Puppe* AT § 29 Rn. 47 ff., § 31 Rn. 4, 10; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 16, 21 (siehe zuvor bereits *Stratenwerth* AT⁴ § 13 Rn. 14 ff.; ähnlich zudem *Tag* HK-GS § 13 Rn. 16: „gesteigerte Verpflichtung“; *Seibert* Garantenpflichten S. 26, 120 f., anhand materieller Bewertungskriterien müssten die strafrechtlich bedeutsamen Pflichtverstöße herausgefiltert werden).

⁶⁵⁹ *Gaede* NK § 13 Rn. 4, 29; ähnlich *Eisele/Heinrich* AT Rn. 555 ff.; *Joecks/Jaeger* § 13 Rn. 27.

⁶⁶⁰ *Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Schuster* § 15 Rn. 96; siehe auch *Ransiek* JuS 2010, 490, 491.

⁶⁶¹ *Jescheck/Weigend* AT § 59 IV 4 a; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 27; auf ungeschriebene Normen abstellend *Herbertz* Ingerenz S. 208 ff.

⁶⁶² Etwa *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 22, 33 ff.; *Herzberg* JZ 1986, 986 ff.; *Krey/Esser* AT Rn. 1102 f.; *Kölbel* JuS 2006, 309 ff.; *Kühl* JuS 2007, 497, 499; *ders.* JA 2014, 507, 508; *ders.* AT § 18 Rn. 2, 7; *Rengier* AT § 49 Rn. 26 ff.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 1 ff.; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 54: „Garantenposition“, S. 96 ff.; *ders.* JR 1987, 162 ff.; *Struensee* FS Stree/Wessels S. 133, 154; *Zieschang* AT Rn. 600 ff.; *ders.* Jura 2003, 527, 530; siehe auch *Albrecht* Begründung S. 137 ff.; gegen den Begriff der Garantenstellung hingegen *Maurach* AT § 46 III A.

⁶⁶³ *Welzel* Strafrecht S. 208, 211; *ders.* Niederschriften 12 S. 94 f.; *ders.* Das neue Bild S. 16; ebenso *Arzt* JA 1980, 553, 556 f., JA 1908, 713; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 34; *Greco* GA 2009, 636, 641; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 21 f.; *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 33; sie mache den Garanten zum Normadressaten; *Hoven* GA 2016, 16, 32; *Jescheck/Weigend* AT § 58 IV 1; *Kölbel* JuS 2006, 309, 310; *Kühl* FS Herzberg S. 177, 184; *Otto* AT § 9 Rn. 17; *Roxin* AT II § 31 Rn. 4; weitestgehend zustimmend *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 305; *Vogel* Norm und Pflicht S. 136; vgl. auch *Langer* Sonderstraftat S. 444 ff.; siehe weiterhin *Sturm* Prot. V S. 1644 f.

⁶⁶⁴ *Welzel* Strafrecht S. 208, *ders.* Niederschriften 12 S. 94; siehe auch *Fischer* § 13 Rn. 92; *Fuhrmann* GA 1962, 161, 172; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 34; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 21; *Haft* AT S. 184; *Jescheck/Weigend* AT § 59 IV 1; *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 279; *Krey/Esser* AT Rn. 1101; siehe auch *Schmidhäuser* FS Müller-Dietz S. 761, 772; **and**ers für die „Organisationszuständigkeit“ *Jakobs* 29/28 ff.: gleicher Haftungsgrund wie bei den Begehungsdelikten; *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 65 m. Fn. 37.

Pflicht.⁶⁶⁵ *Arm. Kaufmann* hat weiter präzisiert, durch die Garantenstellung werde nicht nur der Täter, sondern zugleich die tatbestandsmäßige Situation beschrieben. Es gehe um eine Beziehung des Garanten zu dem geschützten Rechtsgut.⁶⁶⁶ Der Täter habe anders als beim Begehungsdelikt nicht schlechthin jedes Rechtsgut zu schützen, sondern nur die Güter von bestimmten Rechtsgutsträgern, für die er Garant ist („Garantiebeziehung“).⁶⁶⁷ Insofern wird die Garantenstellung als Funktionszuschreibung verstanden: Der Garant müsse, so *Rudolphi*, in einer „Position“ zur Bekämpfung bestimmter Gefahren stehen, d.h. eine soziale „Schutzfunktion“ ausüben.⁶⁶⁸

Häufig wird infolge dessen darauf hingewiesen, dass von der Garantenstellung nicht auf die Garantenpflicht geschlossen werden kann.⁶⁶⁹ Die Begriffe „Garantenposition“ oder „Garantenstellung“ seien dem Begriff „Garantenpflicht“ vorzuziehen, da die Reichweite der Pflicht letztlich von den Umständen des Einzelfalls abhängen.⁶⁷⁰ Sie entstehe etwa erst, wenn im Einzelfall in einer Gefahrensituation für ein bestimmtes Rechtsgut ein Garant als Täter den Eintritt des Schadens möglicherweise abwenden kann.⁶⁷¹

⁶⁶⁵ *Kölbel* JuS 2006, 309, 310 m. Fn. 8; siehe auch *Hoven* GA 2016, 16, 32 f.: Die Garantenstellung diene zunächst dazu, dem Täter die gefährliche Lage zuzurechnen. Letztere und nicht nur das Verhalten sei Bezugspunkt der Sonderverantwortlichkeit; *Stein* SK § 13 Rn. 6, 16; *ders.* GA 2010, 129, 138: es müssten Verhaltensnormen ausdifferenziert werden, die in ihrer Intensität den Verboten gleichkämen. Die Garantenstellung sei dabei eine Voraussetzung des Handlungsgebots.

⁶⁶⁶ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 305; siehe auch *Gallas* Niederschriften 2 S. 279: „nähere Beziehung des Unterlassenden zum tatbestandsmäßigen Erfolg“; *Weigend* LK § 13 Rn. 23: besondere Beziehung zum drohenden Erfolg; *Eisele/Heinrich* AT Rn. 594: besonderes Rechtsverhältnis; *Hoven* GA 2016, 16, 32: Sonderzuständigkeit in Bezug auf die Gefahrensituation; *Schinemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 72: Beziehung des Garanten zum Erfolg; *Vogel* Norm und Pflicht S. 130.

⁶⁶⁷ *Vogel* Norm und Pflicht S. 132, 136; grundsätzlich zustimmend *Haas* Kausalität S. 229.

⁶⁶⁸ Und damit als Garant – im Anschluss an das Leitbild *Roxins* (TuT S. 29 ff.) – „Zentralgestalt“ des Geschehens sein, *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 98 f.; siehe auch *ders.* FS Dünnebier S. 561, 574. Zur Garantenstellung als herausgehobener sozialer Stellung auch *Herzberg* Arbeitsschutz S. 228: Person, die aufgrund sozialer Zuweisung herausragend verantwortlich ist; *Kindhäuser* GA 1994, 197, 213: Stellung in der sozialen Interaktion; *Maihofer* FS Rittler S. 141, 157 m. Fn. 49; *Schmidhäuser* AT 12/18; vgl. auch *Maiwald* JuS 1981, 473, 480: Garantenstellung als Näheverhältnis.

⁶⁶⁹ Auf diese Unterschiede von Garantenstellung und „Garantenpflicht“ spielt wohl auch *Freund* an, wenn er kritisiert, „die herrschende Meinung“ folgere aus der Garantenstellung die Garantenpflicht und verstricke sich in Widersprüche, wenn sie dies in Ausnahmefällen nicht tue, *Freund* MK § 13 Rn. 102.

⁶⁷⁰ *Rengier* AT § 49 Rn. 28 f., aus einer Position, etwa als Vater oder Arzt könne sich im Einzelfall eine Pflicht ergeben, dies sei aber kein Automatismus; ebenso etwa *Ebert* AT S. 180; *Eisele/Heinrich* AT Rn. 595 f.; *Herzberg* JuS 1996, 377, 383: „Grundzuständigkeit für die Vermeidung“ und „konkrete Pflichtverletzung“; *Kaspar* AT § 10 Rn. 41; *Kölbel* JuS 2006, 309, 310 m. Fn. 8; *Küper* JZ 1981, 568, 574; *Stein* SK § 13 Rn. 25; siehe auch *Hoven* GA 2016, 16, 32; ferner *dies.* GS Tröndle S. 575, 578 ff., 587 ff.; siehe auch *Frisch* in: Jahrtausendwende S. 159, 175; *Kuhlen* NStZ 1990, 566, 569; *ders.* FS Eser S. 359, 361 ff.; umgekehrte Argumentation hingegen bei *Ransiek* JuS 2010, 585 f.: das Merkmal „Garantenpflicht“ sei deswegen vorzugswürdig, da es die Garantenstellung und das Gebot im Einzelfall vereine.

⁶⁷¹ *Sch/Sch/Bosch* Vor § 13 Rn. 148.

4. Ablehnung der Garantenstellung bei *Freund*

a) Darstellung

Ablehnend steht der Garantenstellung *Freund* gegenüber.⁶⁷² Es handle sich um einen scheinbar gut handbaren Begriff, der jedoch keine echte Begründungsfunktion habe.⁶⁷³ Das Merkmal sei dem Begehungsdelikt und den herkömmlichen Strafkategorien unbekannt. Der Garantenbegriff sei eine formale Hülse, die beliebig mit dem Rechtsgefühl aufgefüllt werden könne.⁶⁷⁴ Über die Begründung der Behebungsgleichheit werde von den herkömmlichen Garantenstellungen keine Aussage getroffen, denn sie formulierten nur das Ergebnis, dass Behebungsgleichheit vorliege. Wenn aber die Garantenstellung das spezifisch missbilligte Unterlassen beschreibe, könne es sich nicht um ein eigenständiges Teilmerkmal neben dem Unterlassen handeln.⁶⁷⁵ Es sei daher inkonsequent von der herrschenden Meinung, die Garantenstellung als Inbegriff der Voraussetzungen der Garantenpflicht zu verstehen, diese aber bei Vorliegen der Garantenstellung nicht automatisch eingreifen zu lassen.⁶⁷⁶

Stattdessen müsse anhand „materialer Kriterien“ bestimmt werden, welche Unterlassung dem Tatbestand unterfalle, ohne eine solche könne der Garantenbegriff nur „Scheinlösungen und Scheinbegründungen“ liefern.⁶⁷⁷ Es müsse zunächst ein „System von rechtlich legitimierbaren Verhaltensnormen“ geschaffen werden.⁶⁷⁸ Die Strafgesetze setzten diese Verhaltensnormen voraus und regelten nur, auf welche Verstöße eine strafrechtliche

⁶⁷² Deutlich bereits die Abschnittsüberschrift: „Das – angebliche – Tatbestandsmerkmal der Garantenstellung als Scheinlösung des Gleichstellungsproblems“, *Freund* Erfolgsdelikt S. 39; siehe auch *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 51 f.; milder S. *Walter* Pflichten S. 124.

⁶⁷³ *Freund* Erfolgsdelikt S. 40, 136; „ad hoc entworfen, um die erwünschten Fälle [zu] erfassen“. Teilweise zustimmend *Herbertz* Ingerenz S. 182.

⁶⁷⁴ *Freund* Erfolgsdelikt S. 43; siehe auch S. 143 f.: über „gesetzlich nirgendwo geregelte Garantenstellungen“ begründe die herrschende Meinung die Strafbarkeit infolge bloßer Strafwürdigkeitserwägungen. Überdies sei das Merkmal im Tätertypendenken der dreißiger Jahre verwurzelt, S. 39 f. m. Fn. 2, S. 44 m. Fn. 20.

⁶⁷⁵ *Freund* Erfolgsdelikt S. 45 ff. (siehe auch S. 137; *ders.* MK § 13 Rn. 51; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 52): Sofern Behebungsgleichwertigkeit vorliege, könne auch von einer Garantenstellung gesprochen werden. Diskutabel sei nur ein funktionales Verständnis der Garantenstellung als Zusammenfassung aller Lebenssachverhalte, in denen die Unterlassung der Tatbestandsverwirklichung durch Tun gleichkomme. Damit falle jedoch die Bejahung der Tatbestandserfüllung insgesamt zusammen, wodurch die Garantenstellung niemals „Teil-Merkmal“ des Tatbestandes sein könne. Die „Postulierung eines eigenständigen Tatbestandsmerkmals der Garantenstellung“ widerspreche dem Erfordernis, dass das Unterlassen ein „tatbestandsmäßig-mißbilligtes“ sei. Ein dem Begehungsdelikt fremdes Merkmal könne keine Behebungsgleichheit, sondern nur ein aliud schaffen, das – im Anschluss an *Arm. Kaufmann* – nie dem gleichen Tatbestand unterfallen könne wie das Begehungsdelikt; siehe auch *Otto* AT § 9 Rn. 39: Eine Garantenpflicht, die nicht „blutleer, abstrakt und situationsfern“ sei, müsse Handlungsäquivalenz bedeuten.

⁶⁷⁶ *Freund* MK § 13 Rn. 48 ff., 71; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 62.

⁶⁷⁷ *Freund* Erfolgsdelikt S. 47.

⁶⁷⁸ Diese „primäre Normenordnung“ sei dem Strafrecht vorgelagert. Grundlegend *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 112 ff.; sodann *Freund/Rostalski* AT § 1 Rn. 50, 77; siehe auch *dies.* GA 2018, 264, 266; *Rostalski* GA 2016, 73, 74; **kritisch** zur Konzeption etwa *Greco* GA 2019, 684, 700 f.

Sanktion folgen solle.⁶⁷⁹ Lediglich bei der Begründung der jeweiligen Verhaltensnorm sei die besondere Verantwortlichkeit für den potentiell schadensträchtigen Verlauf berechtigt, es handle sich um „den berechtigten Kern des Garantengedankens“, dass die „Sonderverantwortlichkeit“ nur ein Untererfordernis der Rechtspflichtbegründung sei. Die Garantenstellung sei als Teilmoment „per se ohne jegliche normative Relevanz“.⁶⁸⁰

b) Bewertung

Da sich *Freunds* Konzeption des unechten Unterlassungsdelikts so erheblich von der der h.M abgrenzt, soll diese Distanzierung bereits hier kurz eingeordnet werden. *Freunds* Lehre, nach der (fast) jede Strafnorm neben dem Rechtsgüterschutz durch den Gedanken der Sonderverantwortlichkeit legitimiert sein muss,⁶⁸¹ stellt im Prinzip ähnliche Erwägungen wie die Garantenlehre auf: Die Sonderverantwortlichkeit (Gefahrverantwortlichkeit) schaffe die Begehungsgleichheit. Diese Unterscheidung ist zunächst terminologischer Art. Ob man nun terminologisch von Garantenstellung, Einstehenmüssen oder eben Sonderverantwortlichkeit spricht, macht inhaltlich keinen Unterschied. Es wird daher vielfach angenommen, dass mit der Ansicht *Freunds* in der Sache keine großen Unterschiede zu verbinden seien.⁶⁸² Die Differenzen seien „letztlich ein Streit um Worte“.⁶⁸³ *Stein* etwa, der ähnlich wie *Freund* die Verletzung spezifischer Verhaltenspflichten für entscheidend hält, erachtet es für zweckmäßig, den Begriff der Garantenstellung für die besonderen verantwortungsbegründenden Umstände zu verwenden.⁶⁸⁴ Zwar sind mit *Freunds* Ansicht durchaus Eigenheiten⁶⁸⁵ verbunden, die eine spezielle Würdigung recht-

⁶⁷⁹ *Freund* AT² § 1 Rn. 12, 26, 32: „Das fehlerhafte Verhalten i. S. eines bestimmten Straftatbestandes [...] wird nicht erst durch diesen konstituiert, sondern bei seiner Anwendung als vorhanden vorausgesetzt“; *ders./Rostalski* AT § 1 Rn. 50, 77.

⁶⁸⁰ *Freund* MK § 13 Rn. 104; siehe auch *ders.* Erfolgsdelikt S. 170. Ob jemand „prinzipiell“ Garant für eine bestimmte Gefahrenquelle ist, sei ohne Bedeutung. Es gehe nicht um irgendwelche Positionen oder Eigenschaften einer bestimmten Person, sondern um die Begründung eines Verhaltensnormverstoßes (S. 163).

⁶⁸¹ *Freund* Erfolgsdelikt S. 68 ff.; *ders.* MK § 13 Rn. 18 ff., 22 f. Es gehe um die „angemessene Konturierung von speziellen Verantwortungsbereichen“.

⁶⁸² So *Roxin* AT II § 32 Rn. 31; siehe auch *Böhm* Garantenpflichten S. 67; *Güntge* Begehen S. 44 f.; *Herbertz* Ingerenz S. 139: bloße „Änderung der Nomenklatur“; *Vogel* Norm und Pflicht S. 135 f.: Die tatsächlichen Grundlagen der „Sonderverantwortlichkeit“ ließen sich problemlos als Tatbestandsmerkmal der Garantenstellung zusammenfassen.

⁶⁸³ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 55 m. Fn. 32; siehe auch *Freund* MK § 13 Rn. 79: „Sachlich ist mit dem geläufigen Erfordernis der Garantenstellung genau diese Sonderverantwortlichkeit gemeint – freilich schlecht und bisweilen in die Irre führend bezeichnet.“ – Damit geht es letztlich nur noch um Begrifflichkeiten.

⁶⁸⁴ *Stein* SK Vor § 13 Rn. 19; siehe auch Rn. 15.

⁶⁸⁵ Eine Kuriosität sei hier angeführt: Die „Erkenntnis des Richtigen“ soll eine autonom vom Betroffenen zu erbringende Bewertungsleistung sein, die nicht heteronom, von außen an ihn herangetragen werden könne. Die Verhaltensnorm müsse vielmehr von dem Adressaten in der konkreten Situation *selbst gebildet* (!) werden, *Freund* GA 1991, 387, 396 ff. (Zitat S. 398 f.); *ders.* Erfolgsdelikt S. 76 m. Fn. 78; *ders.* MK Vor § 13 Rn. 151; *ders.* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 384 f., die „Pointe“ sei, der Straftäter verstoße gegen die Verhaltensnorm, die er selbst gebildet habe oder von Rechts wegen zu bilden hätte; *ders./Rostalski* GA 2018, 264, 270 f.; *ders./Rostalski* GA 2020, 617, 620; *dies.* AT § 2 Rn. 28 ff. *Rostalski* GA 2016, 73, 77. Tauglicher Adressat sei daher nur eine in der konkreten Situation zur Normbildung und

fertigen, in der Sache sind die Unterschiede zur herrschenden Lehre jedoch deutlich kleiner, als es die abgrenzende Rhetorik *Freunds*⁶⁸⁶ vermuten ließe. Die so vehemente Ablehnung der Garantienstellung schafft erst das vermeintliche Problem, für das dann die „Sonderverantwortlichkeit“ als Lösung angeboten werden kann.

III. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Auch in der Rechtsprechung lässt sich eher ein begrifflicher Trend als eine strukturell zugrundeliegende Garantendogmatik feststellen. Der Bundesgerichtshof baut zunächst auf der Rechtsprechung des Reichsgerichts auf, das die Garantienpflichten aus den „ausdrücklichen oder stillschweigenden Geboten der Rechtsordnung“ entnehmen will.⁶⁸⁷ In

Befolgung fähige, schuldfähige Person. – Dass der Adressat die Norm „selbst bilden“ soll, bedeutet freilich nicht, dass die Norm in seinem Belieben stünde. Es läge dann überhaupt keine Verhaltenssteuerung und damit Anarchie vor. Tatsächlich kommt es hierfür durchaus auf bestimmte Wertungen an (grundlegend *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 129: Die Norm ist verbindlich, weil sie auf einem gültigen Werturteil beruht; und so spricht auch *Freund* von der Erkenntnis des „*Richtigen*“). Hierfür soll es insbesondere auf eine Abwägung zwischen Handlungsfreiheit und Nutzen der Normeinholung ankommen (*Freund* GA 1991, 387, 394 ff.), eine angemessene Konfliktlösung müsse dabei „einer an rechtlich richtigem Verhalten prinzipiell interessierten Person argumentativ so überzeugend dargelegt werden können, daß sie dieses Wertungsergebnis zu akzeptieren, als eigenes anzunehmen vermag [...]“. Ansonsten handle es sich um Privatmeinungen, Dezierungen und Machtworte, nicht aber eine rechtlich *richtige* Bewertung (S. 396). Bei näherer Betrachtung ist dies jedoch keine revolutionäre Besonderheit des Konzepts, sondern eine Umschreibung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Bereits die normative Konstruktion der „an rechtlich richtigem Verhalten prinzipiell interessierten Person“ ist nicht weniger die Personifizierung der Rechtsordnung als *Arm. Kaufmanns* Metapher des „Homunkulus“ (kritisch zu dieser aber *Freund* aaO S. 397 f. m. Fn. 28). „Denn normativ maßgeblich sind die für den Normadressaten verfügbaren Vorgaben der Rechtsordnung“ (*Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 620 m. Fn. 17). Es gebe insoweit „Orientierungshilfen und Vorbewertungen der konkreten Rechtsordnung, die der zur Normbildung aufgerufene Bürger nutzen kann und muss“. Beispiel sei etwa ein Ortsschild, das die Geschwindigkeitsbegrenzung auf 50 km/h begründe, *Freund/Rostalski* GA 2018, 264, 272. Bei *Freund* und *Rostalski* wird jedoch die Bildung einer vorgelagerten Bewertungsebene als „unselbstständige[r] Zwischenschritt“ abgetan, bei dem man auf halbem Weg stehen bleibe. Eine abstrahierende Norm habe „lediglich den Stellenwert eines Zwischenprodukts“ bzw. „Vorprodukts“ bei der Bildung einer rechtlichen Verhaltensnorm: „Mit abstrakt-generalisierenden Vorprodukten allein ist noch keine letztverbindliche Entscheidung einer konkreten Konfliktsituation möglich“, *Freund/Rostalski* GA 2018, 264, 265 f., 268; ähnlich *dies.* GA 2020, 617, 620; *Rostalski* GA 2016, 73, 77. Jenseits aller terminologischen Abweichungen, kann dies nicht darüber hinweghelfen, dass eine *rechtliche* Verhaltensnorm als gültige Rechtsvorschrift vorgegeben sein muss, vgl. nur *Herzberg* GA 2016, 737, 752; *ders.* ZIS 2021, 420, 423 ff.. Auch bei *Freund/Rostalski* geht es nicht um die „Bildung“ von Verhaltensnormen durch den Adressaten – dies wäre eine Fiktion –, sondern um ein Erkennen objektiver, rechtlicher Anforderungen durch den Schuldfähigen (gegen eine Nivellierung von Unrecht und Schuld jedoch zu Recht *Greco* GA 2009, 636 ff. mit vielen weiteren Nachweisen; mit weiteren Argumenten *Roxin/Greco* AT I § 10 Rn. 93, 101b, 101c), woraufhin sich die abstrakten Wertungen und Gebote der Rechtsordnung zu den konkreten *Pflichten* im Einzelfall konkretisieren (in diesem Sinne auch die Interpretation von *Herzberg* aaO: die Rede von der selbst zu bildenden Verhaltensnorm „führt irre“; auch *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 620 meinen: „diese konkretisierte Verhaltensnorm wird bisweilen auch als individuelle Pflicht bezeichnet“).

⁶⁸⁶ Siehe nur *Freund* Erfolgsdelikt S. 170 (und öfter): „grundlegend andere Bedeutung“.

⁶⁸⁷ RGSt 64, 273, 275. Bei den folgenden zitierten Entscheidungen liegt der Schwerpunkt auf solchen, die die Garantienstellung aufgrund „Ingerenz“ zum Thema haben; darüber hinaus ist auf die Nachweise bei *Stam* ZStW 131 (2019) 259, 269 ff. zu verweisen.

der frühen Bundesrepublik wurde daher regelmäßig noch auf die formelle Rechtspflichttheorie und damit die herkömmlichen Entstehungsgründe abgestellt. Auch der BGH bezog sich in seinen Entscheidungen zunächst auf die „*Rechtspflicht*“,⁶⁸⁸ später stellt er deutlich auf die *Garantenstellung*⁶⁸⁹ als besondere Umschreibung der Täterposition ab. Dem entspricht es, dass der BGH zunächst die Rechtspflicht als Teil des Tatbestands ansah, auf den sich der Vorsatz beziehen müsse,⁶⁹⁰ bis er in einer Entscheidung des Großen Senats 1961 feststellte, dass dem Tatbestand nur die *Garantenstellung* angehöre, nicht aber die *Garantenpflicht*.⁶⁹¹ Zwar stellt der BGH regelmäßig noch auf die aus der *Garantenstellung* resultierende⁶⁹² rechtliche Verpflichtung, „Erfolgsabwendungspflicht“ oder „*Garantenpflicht*“⁶⁹³ ab. Der BGH geht jedoch in neuerer Rechtsprechung davon aus, alle „Erfolgsabwendungspflichten“ beruhen auf dem Gedanken, „dass eine *bestimmte Person in besonderer Weise* zum Schutz des gefährdeten Rechtsguts *aufgerufen* ist“, sodass sich jeder auf das Eingreifen verlasse und verlassen dürfe.⁶⁹⁴ *T. Fischer* konstatiert hierzu, die Rechtsprechung knüpfe pragmatisch an die Entstehungsgründe an, differenziere in der

⁶⁸⁸ „Rechtspflicht“ bzw. „Pflicht“, BGHSt 1, 22 ff.; BGHSt 2, 129 ff.; BGHSt 2, 150 ff.; BGHSt 3, 18, 19; BGHSt 3, 203, 204; BGH 3, 327, 330; BGHSt 4, 20, 21 f.; BGHSt 4, 172, 178; BGHSt 4, 217, 218; BGHSt 7, 287, 290; BGHSt 7, 353, 356; BGHSt 14, 229, 232; BGHSt 17, 321, 323; BGHSt 19, 152, 154 f.; BGH NJW 1953, 1399, 1400; BGH NJW 1954, 1047, 1048; BGH NJW 1954, 1818.

⁶⁸⁹ BGHSt 23, 327 ff.; BGHSt 25, 218 ff.; BGHSt 26, 35, 37; BGHSt 27, 10; BGHSt 34, 82; BGHSt 54, 44, 47 f.; BGH NStZ-RR 1997, 292; BGH NStZ 2000, 414; BGH NStZ 2000, 583; BGH NStZ 2009, 381; BGH NStZ-RR 2009, 366; BGH NStZ-RR 2019, 74; siehe auch BGH NStZ 2010, 214; BGHSt 2000, 3013, 3014: „Garantenposition“.

⁶⁹⁰ BGHSt 2, 150, 155; BGHSt 3, 82, 89; BGHSt 4, 327, 331; BGHSt 5, 187, 190; BGHSt 14, 229, 232; **anders** BGHSt 3, 18, 19 f.: Belanglosigkeit des Irrtums.

⁶⁹¹ BGHSt 16, 155, 158: Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen der *Garantenstellung* sei Tatbestandsirrtum, der über die *Garantenpflicht* Verbotsirrtum.

⁶⁹² Doch auch die umgekehrte Relation findet sich: Die Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts setze voraus, dass der Täter Garant ist, dies sei der Fall, wenn eine besondere Pflichtenstellung vorliegt, die über die für Jedermann geltende Handlungspflicht hinausgeht. BGH NJW 2000, 2754, 2757; siehe auch BGHSt 54, 44, 48 f.: *Garantenstellung* aufgrund der Übertragung von Pflichten; BGH NStZ-RR 1996, 131 „*Garantenstellung* [...] den Tod abzuwenden“, gemeint ist also „*Garantenpflicht*“. – Damit unterliegt der BGH demselben Zirkelschluss wie bereits *Nagler*. Ähnlich führte das BVerfG aus, *Garantenstellung* setze eine Rechtspflicht voraus, spricht aber gleichzeitig von der „*Garantenstellung* und einer daraus resultierenden Handlungspflicht“, BVerfG NJW 2003, 1030.

⁶⁹³ Rechtspflicht/rechtliche Verpflichtung: BGHSt 37, 1006, 116; BGH NStZ-RR 1996, 131, wo maßgeblich darauf abgestellt wird, dass der Täter nicht verpflichtet ist. Siehe auch BGH 3, 327, 330: „Pflicht zum Handeln“; „Erfolgsabwendungspflicht“: BGHSt 59, 318, 323, BGHSt 61, 21 ff.; BGH StV 1982, 218; BGH NJW 1992, 1246; siehe auch BGHSt 26, 35, 37; BGH NStZ 1985, 24; BGH NStZ 1998, 83, 84; „*Garantenpflicht*“: BGH 3, 327, 330; BGHSt 19, 152, 154; BGHSt 25, 218, 220 f.; BGHSt 26, 35, 37; BGHSt 32, 262, 265; BGHSt 43, 381, 396; BGHSt 54, 44 ff.; BGHSt 62, 72, 75; BGH NZWiSt 2018, 379, 386; BGH NStZ 2018, 462. In der Entscheidung des BGH NStZ 2003, 259, 260 geht es um die Übertragung einer „durch pflichtwidriges Vorverhalten begründeten *Garantenpflicht*“;

⁶⁹⁴ BGHSt 59, 318, 323; BGHSt 62, 72, 76; BGHSt 2000, 3013, 3014. Damit wird einerseits die *Pflicht* in den Mittelpunkt gestellt, andererseits soll diese aus der besonderen Stellung einer bestimmten Person begründet sein, wobei der Schwerpunkt materiell auf das Kriterium des Vertrauendürfens fällt.

Sache jedoch nach materiellen Zurechnungskriterien.⁶⁹⁵ Andere meinen, dass der formelle Ausgangspunkt heute noch vorherrsche.⁶⁹⁶ Jedenfalls in der Tendenz ist jedoch auch bei der Rechtsprechung ein Trend vom Rechtspflicht- zum Garantengedanken erkennbar.

Die Hin- und Hergerissenheit zwischen Rechtspflicht- und Garantengedanke findet sich besonders deutlich in der Ledersprayentscheidung: Dort rekurierte der BGH zunächst auf den Begriff der „Rechtspflicht“. Es spreche „manches dafür“, die zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflichten zur Begründung der strafrechtlichen Haftung heranzuziehen,⁶⁹⁷ wobei jedoch gleichzeitig einschränkt wird: „dabei dürfen die schadensersatzorientierten Haftungsprinzipien des Zivilrechts nicht unbesehen zur Bestimmung strafrechtlicher Verantwortlichkeit benutzt werden“. Dies wurde jedoch offen gelassen, um dann auf die Garantenstellung aus Ingerenz abzustellen.⁶⁹⁸ Diese „rückt [den Betroffenen] zunächst nur in die Position des Normadressaten, an den sich das Verhaltensgebot des strafrechtlichen Tatbestands richtet.“⁶⁹⁹ Der BGH differenziert in der Lederspray-Entscheidung also im Ergebnis deutlich zwischen der Garantenstellung als Position des Normadressaten und der Handlungspflicht im konkreten Fall.⁷⁰⁰

IV. Zwischenfazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass vielfach nicht deutlich gemacht wird, was die verwendeten Begriffe bezeichnen – insofern trifft die Kritik *Freunds* teilweise zu. Hier hat sich bereits oben eine regelrechte Wirrnis offenbart. Oftmals wird nicht hinreichend zwischen Garantenstellung und Garantenpflicht differenziert,⁷⁰¹ mitunter findet eine synonyme Verwendung der Begriffe statt.⁷⁰² Obwohl heute jedenfalls in der herrschenden

⁶⁹⁵ *Fischer* § 13 Rn. 17, 18.

⁶⁹⁶ Maurach/*Gössel*/Zipf AT 2 § 46 Rn. 38; Lackner/*Kühl*/*Heger* § 13 Rn. 12. So scheint der BGH wenigstens im Grunde auf formelle Pflichten abzustellen, wenn er ausführt, vertragliche Pflichten genügen nicht „ohne weiteres“ zur Begründung einer Garantenpflicht, BGHSt 39, 392, 399; BGHSt 2000, 3013, 3014. Jüngst hat auch *Stam* in einer ausführlichen Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung dargelegt, der Bundesgerichtshof sowie die Oberlandesgerichte knüpften regelmäßig an außerstrafrechtliche Pflichten an und schränkten diese nach dem Schutzzweckgedanken ein, *Stam* ZStW 131 (2019) 259, 269 ff. mit umfassenden Nachweisen zur Rechtsprechung.

⁶⁹⁷ Siehe hierzu *Bloy* FS Maiwald S. 35, 47: positive Stellungnahme zu den zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflichten.

⁶⁹⁸ BGHSt 37, 106, 114 f.; dazu, dass der BGH seine eigene Vorgabe nicht hinreichend beachtet, *Schünemann* FG BGH IV S. 621, 638.

⁶⁹⁹ BGHSt 37, 106, 119. Durch die Garantenstellung ergebe sich die Pflicht zum Rückruf.

⁷⁰⁰ BGHSt 37, 106, 126; siehe auch schon BGHSt 16, 155, 158. Der BGH unterscheidet auch im Folgenden konsequent zwischen dem grundsätzlichen Bestehen der Garantenstellung und der Reichweite der Garantenpflicht: „War demgemäß [...] der einzelne Geschäftsführer nicht berechtigt, aus eigener Machtvollkommenheit den in Rede stehenden Rückruf anzuordnen, so änderte dies zwar nichts am Fortbestand seiner umfassenden, zur Schadensabwendung verpflichtenden Garantenstellung; wohl aber erfuhren dadurch seine aus dieser Garantenstellung fließenden, konkreten Handlungspflichten eine Begrenzung“, S. 126.

⁷⁰¹ Dies kritisiert auch *Stein* SK § 13 Rn. 25.

⁷⁰² Ähnlich auch *Haas* Kausalität S. 228: Die h.M. setze die Garantenstellung mit einem Bündel an Verhaltenspflichten gleich; *Ceffinato* NStZ 2021, 65, 67: nicht immer sorgfältig eingehaltene Grenzlinie.

Irrtumslehre deutlich wird, dass die Garantenpflicht der Garantenstellung zwar „entfließen“ soll, jedoch selbst nicht Tatbestandsmerkmal ist, bleibt das Verhältnis von Garantenstellung und Garantenpflicht regelmäßig im Dunklen. Dabei wird die Garantenstellung zum Teil wohl als *Inbegriff der Voraussetzungen* der Garantenpflicht, zum Teil bloß als täterbezogene *Teilvoraussetzung* verstanden. Häufig wird auch die Garantenpflicht oder Erfolgsabwendungspflicht selbst in dem Mittelpunkt der Überlegungen gestellt. Doch auch hier ist regelmäßig nicht ganz klar, was gemeint ist: So kann damit sowohl die abstrakte „Pflichtenstellung“ als Vorprodukt wie auch die konkrete Erfolgsabwendungspflicht im Einzelfall gemeint sein.⁷⁰³ Um die Verwirrung komplett zu machen, soll zum Teil die Garantenstellung von dem Bestehen einer Rechtspflicht abhängen.⁷⁰⁴

B. Stellungnahme

I. Übersicht

Zunächst ist festzuhalten, dass der Wortlaut des § 13 StGB nicht von „Garantenstellung“ oder „Garantenpflicht“ spricht, sondern von „rechtlich dafür einzustehen hat“.⁷⁰⁵ Dies wird in der Literatur dennoch häufig dahingehend verstanden, dass eine rechtliche Pflicht erforderlich sei.⁷⁰⁶ Wenn zum Teil in Anlehnung an die klassischen Rechtsquellenlehre dargelegt wird, die Pflicht beruhe auf den einzelnen Entstehungsgründen, etwa auf Gesetz oder der Ingerenz,⁷⁰⁷ so enthält dies keine materielle Begründung: Soweit das Gesetz als einzelner Entstehungsgrund angeführt wird, übergeht man, dass alle Verhaltensgebote bei den Unterlassungsdelikten ebenso selbstverständlich wie die der Begehungsdelikte *rechtlich* begründet sein und einen Anknüpfungspunkt im Gesetz aufweisen müssen, Art. 103

⁷⁰³ Siehe zu entsprechenden Verwirrungen auch *Herzberg* Garantenprinzip S. 229.

⁷⁰⁴ So scheint für einige Autoren an zwei Stellen eine Pflicht relevant zu sein: Durch das Innehaben einer Rechtspflicht definiere sich die hervorgehobene Position als Garant (1) und hieraus der strafrechtliche Normbefehl (2).

⁷⁰⁵ Siehe auch *Blassl* Garantenpflicht S. 284; *S. Böhm* Garantenpflichten S. 172.

⁷⁰⁶ Siehe nur *Gaede* NK § 13 Rn. 29; *Jescheck* LK¹¹ § 13 Rn. 19; *Kühl* AT § 18 Rn. 41; *Ransiek* JuS 2010, 585, 587; weitere Nachweise oben.

⁷⁰⁷ Vgl. *Jescheck* 140 Jahre GA S. 115, 125; *ders.* LK¹¹ § 13 Rn. 19 ff.; *ders./Weigend* § 59 IV 3, 4 Lackner/Kühl/Heger § 13 Rn. 7, 11; *Hoyer* GA 1996, 160, 174 ff.; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 58; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 41 ff.; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 18 ff.; *Schmidhäuser* AT 12/28; *Seibert* Garantenpflichten S. 83 ff.; 238; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 14 ff.; *Tag* HK § 13 Rn. 17 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1179 ff.; siehe auch *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 393 „garantenpflichtenbegründende[...] Wirkung der Vorhandlung“; *Frister* AT 22/30 „Aus einem gefahr begründenden Vorverhalten resultierende Pflichten“.

II GG.⁷⁰⁸ Eine direkte Zurückführung auf das Faktum der Vorhandlung würde einen unzulässigen Schluss vom Sein auf das Sollen bedeuten.⁷⁰⁹ Es wird also, wenn auf die verpflichtende Kraft der Vorhandlung abgestellt wird, bereits vorausgesetzt, dass diese nicht bloß empirisches Faktum ist, sondern zu einem bestimmten Wert in Beziehung steht.

II. Kein Erfordernis einer meta-strafrechtlichen Pflicht

Hartnäckig hat sich, wie oben aufgezeigt, die Vorstellung gehalten, es komme für die Strafbarkeit direkt oder indirekt auf zivil- oder öffentlich-rechtliche Pflichten an. Dabei ist als Modell denkbar, dass die Voraussetzungen der außerstrafrechtlichen Norm in die Strafvorschrift übernommen werden (Garantenstellung) oder dass die Pflicht selbst als normative Regelungswirkung (Garantenpflicht) Tatbestandsmerkmal wird.⁷¹⁰ Indem die herrschende Ansicht den Vorsatz nur auf die Voraussetzungen der Garantenstellung bezieht, verfolgt sie ersteres Modell.

1. Ablehnung der formellen Rechtspflichttheorie

Die inhaltlichen Defizite dieser Modelle sind seit den Aufsätzen von *Schaffstein* und *Nagler* allgemein anerkannt. Dass die formelle Rechtspflichtenlehre etwa versagt, wenn ein Vertrag unerkannt nichtig ist, wurde bereits an vielen Stellen überzeugend dargelegt.⁷¹¹ Die Strafbarkeit hat hier ihren Grund nicht im außerstrafrechtlichen Pflichtverstoß, vielmehr haben beide einen *gemeinsamen Grund*.⁷¹² Auch die Vorschriften über die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften haben im Zivil- oder Verwaltungsrecht ihren berechtigten Sinn, können aber nichts an der strafrechtlichen Beurteilung des Verhaltens ändern.⁷¹³ Zudem ist die Rechtspflichttheorie wenig folgerichtig gezwungen, die Jedermannrechtspflichten aus §§ 330c (a.F., heute § 323c I StGB), 138 StGB auszuklammern.⁷¹⁴ Es handelt sich um ein System ineinander geschachtelter und zudem im Schrifttum noch um-

⁷⁰⁸ Bereits v. *Liszt/Schmidt* geben zu bedenken, dass die Rechtspflicht nicht auf dem gefährlichen Tun selbst beruht, sondern auf einem auf die Vorhandlung bezogenen Rechtssatz, Lehrbuch § 32 C III 3; ebenso *Gallas Studien* S. 81: es dürfe nicht bloß als „deus ex machina“ die „normative Kraft des Faktischen“ bemüht werden; *Roxin GA* 2021, 190, 195: letztlich beruhten alle Garantenstellungen auf Gesetz.

⁷⁰⁹ Siehe zum Methodendualismus etwa *Radbruch RPh* S. 9 f.; *Kelsen Reine Rechtslehre* S. 409; speziell im hiesigen Kontext auch *Roxin FS Trechsel* S. 551, 554.

⁷¹⁰ *Vogel Norm und Pflicht* S. 129; entsprechend zu Blanketttatbeständen im Nebenstrafrecht *Tiedemann Tatbestandsfunktionen* S. 10, 89 ff.

⁷¹¹ *Schaffstein FS Gleispach* 70 ff.; *Roxin AT II* § 32 Rn. 10 ff.; *Rudolphi Gleichstellungsproblematik* S. 29; *Seelmann NK¹* § 13 Rn. 51; *Schünemann ZStW* 96 (1984) 287, 292; *ders. FS Amelung* S. 303, 309: die zivilrechtliche Vertragspflicht ist bloß Epiphänomen der strafrechtlichen Garantenstellung; *Weigend LK* § 13 Rn. 21; auch die Gesetzesbegründung geht vom Bestehen dieser Hindernisse aus, BT-Drucks. V/4095 S. 8; zur Kritik außerdem *Gallas Studien* S. 76; *Grünwald Unterlassungsdelikt* S. 51 ff.; *Herzberg Garantenprinzip* S. 208 ff.; *Nagler GS* 111 (1938) 1, 23 ff.; *Welp Vorangegangenes Tun* S. 28, 63 ff.; v. *Coelln Unterlassungsdelikt* S. 40; *Gunia Garantenstellungen* S. 26.

⁷¹² *Schaffstein FS Gleispach* S. 70, 75 f., die Reichweite der Pflichten ergebe sich nach dem jeweiligen Sinn der Rechtsgebiete aus unterschiedlichen Gesichtspunkte.

⁷¹³ *Schaffstein FS Gleispach* S. 70, 79 f. Wenn etwa der Vertrag nichtig sei, könne dies an der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nichts ändern.

⁷¹⁴ *Schaffstein FS Gleispach* S. 70, 81 f.

strittener Ausnahmen, das kaum praktische Richtlinien gibt und damit seine Aufgabe verfehlt.⁷¹⁵ Gleich, wie illegitim das Strafrechtssystem *Schaffsteins* sowie seine Motive für die Ablehnung der formellen Rechtspflichttheorie sind,⁷¹⁶ stellt jedoch die Abwendung von der (reinen) formellen außerstrafrechtlichen Betrachtungsweise *im Ergebnis* einen erheblichen Fortschritt dar⁷¹⁷

Im Folgenden soll insbesondere auf die Gegenargumente der Anhänger teil-formeller Lehren eingegangen werden. Überdies ist zu überlegen, ob und wie diese Lehren die Garantenstellung aus Ingerenz begründen oder aber ausschließen können.

2. Ausgangspunkt des geltenden Rechts

Das geltende Strafgesetz verlangt nirgends, dass eine außerstrafrechtliche Rechtspflicht vorliegen müsse.⁷¹⁸ Insbesondere muss „rechtlich“ nicht „gesetzlich“ bedeuten. Es handelt sich also bei der Suche nach einer geschriebenen Rechtspflicht im bürgerlichen oder öffentlichen Recht um ein rein formales Verfahren,⁷¹⁹ das es nicht vermag festzustellen, wann der Täter *rechtlich dafür einstehen muss*, dass der Erfolg nicht eintritt. Der Begriff des rechtlichen Einstehenmüssens muss *ausgelegt*, *nicht* hingegen vorschnell durch den der Rechtspflicht *ersetzt* werden. Insbesondere schafft der Rückgriff auf „primäre Normordnungen“ keineswegs die erhoffte Bestimmtheit der Strafbegründung, sondern ist selbst erheblichen Bedenken hinsichtlich des Gesetzlichkeitsgrundsatzes ausgesetzt. Es handelt sich bei der (vorgeblich den Gesetzlichkeitsgrundsatz bewahrenden) Interpretation des „rechtlichen Einstehenmüssens“ als „Rechtspflichtwidrigkeit“ nicht einmal um eine besonders naheliegende Wortlautauslegung. Diese dem § 13 I StGB aus vermeintlicher verfassungsrechtlicher Alternativlosigkeit unterzuschieben, schafft möglicherweise eine „bestimmte“ Dogmatik oder Rechtsprechung, aber keine *gesetzliche* Bestimmtheit. Denn wenn sich bereits das „Ob“ des Rechtspflichterfordernisses nicht aus § 13 I StGB ergibt,

⁷¹⁵ *Schaffstein* FS Gleispach S. 70, 83. Es bestünden viele Fälle, in denen etwa bei nicht unterhaltspflichtigen Verwandten die unterlassene Erfolgsabwendung ebenso schwerwiegend wirke. Hier werde von der Rechtspflichttheorie eine Übernahme zivilrechtlicher Pflichten willkürlich und erzwungen konstruiert, S. 75, 79.

⁷¹⁶ Die formelle Rechtspflichtlehre habe sich durch die mit dem *nullum crimen* Grundsatz zusammenhängenden rechtsstaatlichen Bedenken gehindert gesehen, eine materielle Betrachtung anzustellen; es sei notwendig, „durch den Hinweis auf das gesunde Volksempfinden und das Wesen von Täter und Tat den Ermessensspielraum des Richters zu steigern“, *Schaffstein* FS Gleispach S. 70, 90 f. Siehe dazu oben → § 1 D I.

⁷¹⁷ . Die aus dem Verhältnis des Straf- zum Zivilrecht gezogenen Argumente haben unabhängig von der nationalsozialistischen Ideologie *Schaffsteins* Geltung, sie finden sich im Übrigen im Ansatz bereits 1871 bei v. *Bar* und 1881 bei v. *Buri*: Die Verletzung einer zivilrechtlichen oder staatsrechtlichen Pflicht könne nur zivilrechtliche oder staatsrechtliche Nachteile nach sich ziehen, v. *Bar* Causalzusammenhang S. 90; v. *Buri* ZStW 1 (1881) 400, 412.

⁷¹⁸ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 30; diese Ausführungen gelten auch nach Einführung des § 13 StGB fort: Das *Einstehenmüssen* ist ein auslegungsbedürftiger Rechtsbegriff, der bereits nach dem Wortlaut nicht notwendig eine formelle Rechtspflicht verlangt.

⁷¹⁹ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 29. Kritisch auch *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 52: das Strafrecht würde mit anderen Normsystemen „in einer unerträglichen Weise verkettet“; *Philipps* Handlungsspielraum S. 155 f.: „sanktionierte Leerformen [...] die durch beliebige Verpflichtungen aufgefüllt werden können“; „Mißbrauch“ der allgemeinen Strafgesetze.

hilft es nicht weiter, dass das „Wie“ außerstrafrechtlich bestimmt werden könnte. Doch aufgrund des umfangreichen und unübersichtlichen Katalogs an zivilrechtlichen Pflichten wird auch das „Wie“, also die Frage, „welche“ Pflichten in das Strafrecht übernommen werden, Bedenken hinsichtlich des Bestimmtheitsgrundsatzes begegnen.⁷²⁰ Der Übergang von ungeschriebenen privatrechtlichen Geboten hin zu rein sittlichen Pflichten ist ohnehin fließend. Über die zivilrechtlichen Generalklauseln (etwa § 242 BGB Treu und Glauben⁷²¹) oder sonstige allgemeine Prinzipien könnte jede sittliche Pflicht zur Rechtspflicht erklärt und ihr eine „gesetzliche Grundlage“ gegeben werden. Rein zivilrechtlich besteht insoweit kein Unterschied zu ausdrücklich normierten Rechtspflichten.⁷²² Insbesondere bringt die Übernahme der ungeschriebenen Verkehrssicherungspflichten kein Plus an Bestimmtheit. Selbiges gilt, wenn der Garantenstellung aus Ingerenz eine deliktsrechtliche Pflicht als Alibi vorgeschoben wird,⁷²³ bzw. man auf § 1004 BGB⁷²⁴ oder polizeirechtliche Pflichten abstellt.

Die eigentliche Begründungslast liegt ohnehin auf der Frage, ob die Verletzung der Pflicht begehungsgleich zu bestrafen ist. In der überragenden Mehrzahl der Fälle führt die Verletzung einer außerstrafrechtlichen Pflicht *gerade nicht* zur Strafbarkeit.⁷²⁵ Wenn man mit dieser zweiten Stufe der strafrechtlichen Wertung ernst macht, kommt es in den meisten Fällen für die Strafbegründung letztlich wieder entscheidend⁷²⁶ auf ungeschriebene Kriterien an, sodass die (scheinbare) gesetzliche Bestimmtheit der ersten Stufe daneben verblasst.⁷²⁷ Auf der anderen Seite besteht die Befürchtung, dass die Fokussierung auf die Gesetzlichkeit der Pflicht dazu verleitet, in der Regel auf ein „rechtliches Entstehenmüssen“ zu schließen. Wenn die teil-formelle Rechtspflichttheorie also nicht ebenfalls den Schwerpunkt auf ungeschriebene Erfordernisse legen will, missachtet sie das Prinzip der Gleichstellung und damit § 13 I StGB. Wenn sie es tut, relativiert sich der Gewinn an Bestimmtheit.

⁷²⁰ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 21 Rn. 45; Valerius in: Autonome Systeme S. 9, 21; die Orientierung an den *Wertungen* der außerstrafrechtlichen Pflichten hingegen kann durchaus der Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung förderlich sein, vgl. Ceffinato Legitimation S. 168. Im Ergebnis handelt es sich bei der Berücksichtigung dieser Wertungen (recht trivial) um systematische Erwägungen bei der strafrechtsspezifischen Begründung der Garantenstellungen.

⁷²¹ Hieraus wurde z.T. eine Aufklärungspflicht im Rahmen des § 263 I StGB konstruiert, vgl. etwa BayOblG 1988, 298, 300 sowie die in jeder Hinsicht überzeugende Kritik hieran durch Hillenkamp JR 1988, 301, 302 f.

⁷²² Vgl. Greco GA 2019, 684, 701 f.; die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärordnung wird dadurch inhaltslos und willkürlich; siehe auch Seelmann NK¹ § 13 Rn. 47; Grünwald Garantenpflichten S. 120; Vogel Norm und Pflicht S. 125 f. zur Tendenz von Rechtsprechung und Literatur im Rahmen des § 13 I StGB „soft law“, also allgemeine Rechtsprinzipien an der Grenze von Recht und Moral, heranzuziehen.

⁷²³ So aber wohl Kaspar AT § 10 Rn. 70, 73.

⁷²⁴ So inzwischen Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 21 Rn. 45, 70: § 1004 BGB oder §§ 823, 249 BGB.

⁷²⁵ Vgl. Weigend LK § 13 Rn. 21.

⁷²⁶ Siehe auch Kühl FS Herzberg S. 177, 185.

⁷²⁷ Dann fragt sich jedoch wieder, wie ein solch bescheidener Bestimmtheitsgewinn nach Art. 103 II GG überhaupt noch die Notwendigkeit einer formellen Rechtspflicht erzwingt.

Für die hier vertretene Argumentation spricht auch das *historische* Argument: Die Gesetzesbegründung verweist nicht auf außerstrafrechtliche Rechtspflichten, sondern hält das „Erfordernis der Garantenstellung und der aus ihr entspringenden Garantenpflicht“ für maßgeblich.⁷²⁸ Überdies zeigt – wie oben dargelegt – der Vergleich mit früheren Fassungen (sowie § 12 AE 1966) innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens, dass der Begriff der Rechtspflicht gerade vermieden wurde.⁷²⁹

Auch die gesetzliche *Systematik* widerspricht dem Abstellen auf formelle Rechtspflichten, denn in dem Bezug von § 13 StGB auf die Begehungstatbestände ist gerade das Prinzip der „Behebungsgleichheit“ angelegt,⁷³⁰ das hier – wie oben festgestellt – im Sinne einer (spiegelbildlichen) *tatbestandlichen* Strukturähnlichkeit zu verstehen ist. Die Erkenntnis findet sich bereits 1840 bei *Luden*: „es ist nicht das Verbrechen unerfüllter Alimentationsverbindlichkeit, sondern das Verbrechen der Tötung begangen worden“.⁷³¹ Vorgeworfen wird nicht die Verletzung einer Rechtspflicht, sondern die Verwirklichung eines sinngemäß an die Begehung angelehnten Unterlassungstatbestandes. Da der Wortlaut des § 13 I StGB diese Interpretationen problemlos zulässt,⁷³² relativiert sich auch das nach Art. 103 II GG *angeblich* zwingende Erfordernis einer vorstrafrechtlichen Pflicht. Was § 13 I StGB *bestimmt*, ist gerade die Auslegungsfrage, innerhalb der der Bestimmtheitsgrundsatz, wie oben dargelegt,⁷³³ nicht die Autorität eines keinen Widerspruch duldenden „Superarguments“ besitzt.

3. Abweichende Zwecksetzungen der Rechtsgebiete

Für die Orientierung an den Wertungen des Begehungsdelikts statt außerrechtlicher Pflichten sprechen zudem teleologische Erwägungen. Weder die außerstrafrechtlichen Pflichten selbst, noch ihre Voraussetzungen können zwingende unmittelbare Relevanz für das Strafrecht aufweisen,⁷³⁴ denn ihre Ursprungsrechtsgebiete haben (jedenfalls teilweise) andere Funktionen als das Strafrecht.⁷³⁵ Zivilrechtliche Normen sind zu weiten

⁷²⁸ BT-Drucks. V/4095 S. 8; sowie zu E 1962 BT-Drucks. IV/650 S. 124 f.; dazu auch *Herzberg* Arbeitsschutz S. 223: Der Gesetzgeber habe sich für den „verschwommeneren und in der Gesetzessprache unüblichen Begriff des Einstehenmüssens entschieden“; *Vogel* Norm und Pflicht S. 133; *Schünemann* FS Amelung S. 303, 321 verweist zudem auf die Entsprechungsklausel.

⁷²⁹ Siehe → § 2 A.

⁷³⁰ *Roxin* AT II § 31 Rn. 34; zudem könne diese Ansicht nicht erklären, wieso nach (fast) einhelliger Meinung die strafrechtlichen Handlungspflichten, §§ 138, 323c I StGB nicht genügen sollen, § 32 Rn. 11; siehe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 103; hierzu müssten hilfsweise Konkurrenzerwägungen oder Absichten des Gesetzgebers hinhalten.

⁷³¹ *Luden* Abhandlungen II S. 225; siehe auch S. 243 f., 259; ähnliche Überlegungen auch bei *Ad. Merkel* Lehrbuch S. 40, der jedoch auch darauf hinweist, dass es dem Gesetzgeber nicht verwehrt ist, gewisse Pflichtverstöße gleich zu *behandeln*.

⁷³² Siehe auch *Schünemann* FS Amelung S. 303, 321.

⁷³³ → § 2 B II.

⁷³⁴ *Ingelfinger* NStZ 2004, 409, 411; *Kuhlen* Produkthaftung S. 149 ff.; siehe aber auch S. 181 f.; *Roxin/Greco* AT I § 14 Rn. 33; *Schünemann* LK¹² § 28 Rn. 7 m. Fn. 18; vgl. zudem *Matt* Kausalität S. 203 m. Fn. 15; *Herbertz* Ingerenz S. 128 und öfter.

⁷³⁵ Im Allgemeinen *Radbruch* FG Frank I S. 158, 161: „Mag man dem Schadensersatz als Nebenzweck den Schutz der Rechtsordnung durch die Bekämpfung weiteren Unrechts geben, seinem Hauptzweck nach

Teilen durch wirtschaftliche Erwägungen getragen, sie sollen also den fairen Ausgleich von Vermögensinteressen zwischen verschiedenen Personen sicherstellen, insbesondere Schadensausgleich leisten.⁷³⁶ „Das Zivilrecht kann [die Einzelverantwortung] im Sozialstaat zum Teil hinter sich lassen und Individualschäden aus sozialen und ökonomischen Gründen ‚pulverisieren‘, kann Verpflichtungen nach dem Solidaritätsprinzip verteilen. Nicht so das Strafrecht [...]“, welches durch seine Sanktionen einen sozialetischen Tadel ausspricht.⁷³⁷ Der Unterschied zwischen Strafrecht und Zivilrecht ist daher notwendigerweise ein qualitativer, nicht bloß quantitativer.⁷³⁸

Da die Verhaltensnorm im Strafrecht gerade im Hinblick auf die besonders eingriffsin-
tensive Rechtsfolge „Strafe“ relevant ist,⁷³⁹ muss es sich bei dem Verstoß gegen die Ver-
haltensnorm des Unterlassungsdelikts bei einer *materiellen* Betrachtung um sozialschäd-
liches Verhalten⁷⁴⁰ und deshalb strafwürdiges Unrecht handeln.⁷⁴¹ Sinn und Zweck der

bleibt er Entschädigung des einzelnen durch Wiedergutmachung des bereits eingetretenen Schadens, also von der Strafe durchaus zweckverschieden“; ebenso BGHSt 37, 106, 115; *Böse* in: Rechtsgutstheorie S. 89, 92; *Herbertz* Ingerenz S. 199 und öfter; *Hillenkamp* JR 1988, 301, 302 f.; *Hirsch* FS Engisch S. 304, 315 *et passim*; *Kuhlen* Produkthaftung S. 89; *Otto* FS Hirsch S. 291, 293; *Roxin* FS Honig S. 133, 145; *ders.* FS Gallas S. 241, 259; *ders./Greco* AT I § 14 Rn. 33; *Schünemann* FS Amelung S. 303, 309; *ders.* FG BGH IV S. 621, 638; *Zieschang* Sanktionensystem S. 384; *ders.* ZStW 107 (1995) 361, 371; *ders.* FS Hirsch S. 831, 834; zum unterschiedlichen Zweck von Schadensersatz und Strafe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 63 m. Fn. 42 – dieser bezieht den Unterschied allein auf die Voraussetzungen der „Sanktionsnorm“.

⁷³⁶ BGHSt 37, 106, 115: schadensersatzorientierte Haftungsprinzipien; siehe auch *Hirsch* FS Engisch S. 304, 314 f., 319; *Roxin* FS Honig S. 133, 145; *Schünemann* GA 1999, 207, 214; *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 516; *Zieschang* Sanktionensystem S. 384; *ders.* FS Hirsch S. 831, 834 f.; sowie *H. Mayer* AT § 16 I 2: „gewährende Rechtsordnung“. Aufgrund dieser („schadensersatzorientierten“) abweichenden Zielsetzung haben sie zudem vielmals einen deutlich weiteren Umfang als solche des Strafrechts. So nimmt *Schünemann* zu Recht an, die Verkehrssicherungspflichten könnten im Zivilrecht zu Rückruf oder Ersatz verpflichten, während es im Strafrecht nur darauf ankomme, den Verbraucher so zu informieren, dass dieser selbst in die Lage versetzt werde eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen, FG BGH IV S. 621, 640 f.; *ders.* FS Amelung S. 303, 317

⁷³⁷ *Seelmann* GA 1989, 241, 251, siehe auch S. 247; zudem *ders.* JZ 1989, 670, 673; *ders.* in: Vielfalt des Rechts S. 85, 97: „Auf der einen Seite geht es um individuelle Verantwortung und Schuld gekoppelt mit einem sozialetischen Vorwurf, auf der anderen Seite jedenfalls zusätzlich um Verteilungsgerechtigkeit“; *ders.* in: Recht und Moral S. 295, 303; ähnlich *Grünwald* Garantenpflichten S. 124; siehe auch *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 516, der konstatiert, dass das vornehmlich am Schadensausgleich orientierte Zivilrecht bloße Verursachungen oder Zugehörigkeiten zu einem „rechtlichen Machtkreis“ einer Person genügen lasse.

⁷³⁸ Vgl. *Hirsch* FS Engisch S. 304, 315; *Zieschang* Sanktionensystem S. 384; *ders.* ZStW 107 (1995) 361, 371; *ders.* FS Hirsch S. 831, 834.

⁷³⁹ Siehe bereits *Grünhut* FG Frank I S. 1, 7.

⁷⁴⁰ *Engisch* MSchrKrim 23 (1932) 420, 424; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 160; *Greco* GA 2009, 636, 642 f.; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 66; *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 61; *ders.* in: Grundfragen S. 69, 70; *ders.* FS Honig S. 151, 166 f.; *ders.* SK⁶ Vor § 1 Rn. 1 ff.; *Schünemann* FS Herzberg S. 39, 41.

⁷⁴¹ Vgl. etwa *Amelung* in: Grundfragen S. 85, 87, 89; *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 12, 23; *Haffke* in: Bausteine S. 89, 96; *Schünemann* in: Bausteine S. 149, 163; *Roxin* FS Honig S. 133, 145; *ders./Greco* AT I § 7 Rn. 66; *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 ff.; *Zimmermann* Handbuch Bd. 2 § 37 Rn. 344; siehe auch *Frisch* FS Stree/Wessels S. 69, 86: besonders qualifizierte Normbrüche.

Strafrechtsordnung – also zunächst der Handlungs*verbote* – als ultima ratio⁷⁴² ist es im Allgemeinen, bedeutende Individual- oder Gemeinschaftswerte (Rechtsgüter) vor der Beeinträchtigung durch den Täter zu schützen, nicht bloß, unerwünschte Verhaltensweisen zu unterbinden.⁷⁴³ Gleiches muss konsequenterweise auch für die strafrechtlich sanktionierten Handlungs*gebote* gelten. Sie müssen dem Rechtsgüterschutz dienen,⁷⁴⁴ ihre Verletzung muss in gleichem Maße qualifiziert sozialschädliches, gesellschaftlich unerträgliches Unrecht darstellen wie eine entsprechende Begehung. Hierfür genügt es gerade nicht, das Handlungsunrecht des unechten Unterlassungsdelikts an die bloße Verwirklichung von Zivil- oder Verwaltungsunrecht zu knüpfen, welches sich eben aus *abweichenden* Wertungsgesichtspunkten bestimmt.⁷⁴⁵ Der Gesetzgeber hat den jeweiligen Pflichten des Zivil- und Verwaltungsrechts nur die jeweiligen zivil- und verwaltungsrechtlichen Rechtsfolgen zugeordnet, ohne hierdurch zwingend eine Garantiefunktion zu begründen.⁷⁴⁶ Das *formale* Bestehen einer Rechtspflicht sagt daher noch nichts über die Strafbarkeit der Unterlassung aus.⁷⁴⁷ Es ist insbesondere rätselhaft, wie etwa eine bloße Vertragsverletzung die Kraft haben soll, strafrechtlich irrelevantes Verhalten in strafrechtliches Unrecht zu verwandeln.⁷⁴⁸

Die Bewertung des Verhaltens kann also entsprechend der unterschiedlichen Zwecke der jeweiligen Rechtsgebiete durchaus auseinanderlaufen. Was zivilrechtlich eine Tötungs-

⁷⁴² Hierzu BVerfGE 39, 1, 47; BVerfGE 88, 203, 258; *Eschelbach* in: Gefahr S. 145, 146; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 121; *Hassemer/Neumann* NK Vor § 1 Rn. 72; *Hefendehl* GA 2019, 705, 709 ff.; *Jescheck/Weigend* AT § 1 I 2: „zum Schutze der Gesellschaft unvermeidlich“; *Kudlich* SSW Vor § 13 Rn. 5; *Lüderssen* in: Modernes Strafrecht S. 11; *Otto* AT § 1 Rn. 49; *Roxin* in: Empirische Fundamente S. 135, 138; *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 Rn. 1 ff.; 12 f.; *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 3; *Seelmann* in: Vielfalt des Rechts S. 85, 98; *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 3; *He. Schneider* Kritik S. 171 f.; *Schünemann* ZStW 126 (2014) 1, 9; *Sternberg-Lieben* in: Rechtsgutstheorie S. 65, 77; *Weigend* LK Einl. Rn. 1; *Zieschang* Gefährungsdelikte S. 383.

⁷⁴³ Siehe hierzu mit Unterschieden im Einzelnen *Hassemer* Sondervotum BVerfGE 120, 224, 256; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 159; *Hefendehl* in: Rechtsgutstheorie S. 119 ff.; *Köhler* AT S. 22; *Roxin* FS Lampe S. 423, 434; *ders.* in: Empirische Fundamente S. 135 ff.; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 94; *ders.* FS Honig S. 151, 166 f.; *Schünemann* in: Rechtsgutstheorie S. 133 ff. Sowie unten → Kapitel 4 § 1 A II.

⁷⁴⁴ So insbesondere *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 94; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 20.

⁷⁴⁵ *Kuhlen* Produkthaftung S. 89. Öffentlich-rechtliche sowie zivilrechtliche Pflichten haben häufig eine andere Schutzrichtung, bezwecken zwar zum Teil – jedoch nicht notwendigerweise (siehe auch *v. Coelln* Unterlassungsdelikt S. 90) und nichtmals regelmäßig – den Rechtsgüterschutz.

⁷⁴⁶ *Nagler* GS 111 (1938) 1, 23 f.; 66 f.; strafrechtlich erheblich sind sie nur, wenn der strafrechtliche Tatbestand sie für maßgeblich erklärt. In der Regel gelte: „Garantiefunktionen sind absichtlich nicht auferlegt worden“; siehe auch *Ingelfinger* NSTZ 2004, 409, 411; *Rudolphi* NSTZ 1991, 361, 363 f.; *ders.* NSTZ 1997, 599, 600; *Schünemann* in: Freiburg-Symposium S. 103, 112; *Weigend* LK § 13 Rn. 21; im Allgemeinen *Roxin/Greco* AT I § 14 Rn. 33: „primär die Auslösung rechtsgebietspezifischer Rechtsfolgen [...] bezweckt“, weshalb „das Strafrecht sich dem mit seinen weit schwereren Sanktionen nicht unbedingt anschließen muss“; *ders.* FS Trechsel S. 551, 555.

⁷⁴⁷ Siehe auch *Schünemann* in: Freiburg-Symposium S. 103, 112: Es handle sich um die konkrete Wiederholung des abstrakten Fehlschlusses der Vergeltungstheorie, die Strafe als Antwort auf die Rechtsverletzung anzusehen.

⁷⁴⁸ Treffend *Gallas* Studien S. 76. Ein vertragswidriges Verhalten ist nichtmals im Zivilrecht geeignet, eine unerlaubte Handlung, § 823 I BGB zu begründen; siehe auch *Hillenkamp* JR 1988, 301, 302 f.

handlung (bzw. -unterlassung) ist, muss für das Strafrecht nicht zwingend diese Bedeutung haben.⁷⁴⁹ Es wäre im Gegenteil widersinnig, gerade für den Bereich der Unterlassungsdelikte, bei denen die Konturen der Strafbarkeit besonders schwierig zu definieren sind, unreflektiert auf eine weitgreifende „sozialstaatlich motivierte“⁷⁵⁰ zivilrechtliche Haftung zurückzugreifen, um so Verhalten vorschnell zu kriminalisieren.⁷⁵¹ Die unmittelbare Orientierung am Zivilrecht verspricht keine rechtsstaatliche Restriktion der Garantenpflichten, sondern birgt im Gegenteil die Gefahr einer nicht hinnehmbaren Pflichtenüberspannung.⁷⁵²

In anderen Fällen hingegen könnte es, wenn man mit dem Erfordernis einer ausdrücklichen gesetzlichen Pflicht ernst macht, im Strafrecht zu einer unbedachten Verweigerung strafrechtlichen Schutzes kommen, soweit die übrigen Rechtsgebiete eben keinen (ausdrücklichen) Schutz vorsehen.⁷⁵³ Das Schweigen der außerstrafrechtlichen Normordnungen stellt daher zutreffender Weise ebenso keine Entscheidung für das Strafrecht dar, da dieses wiederum bloß vor dem Hintergrund der jeweils durch *diese* Rechtsgebiete verfolgten Zwecke zu sehen ist. Speziell der Bereich der Überwachungspflichten (Gefahrenquelle, Ingerenz) ist auch außerhalb des Strafrechts nicht ausdrücklich geregelt.⁷⁵⁴ Warum sollte aber etwa das BGB oder ein Verwaltungsgesetz die Selbstverständlichkeit regeln, dass ein Autofahrer bremsen muss, wenn er sich einem Fußgänger nähert?⁷⁵⁵ Es handelt sich um die Frage, inwieweit der durch die Begehungstatbestände bezweckte Rechtsgüterschutz durch Gebote komplementiert werden muss. Diese stellt sich zuerst und am deutlichsten im Strafrecht mit seinen gemischt präventiv-repressiven Schutzmechanismen, nicht hingegen in einem auf den Ausgleich von Vermögensinteressen durch einklagbare Forderungen ausgerichteten Gesetzbuch wie dem BGB.⁷⁵⁶ Aus dem Grund muss das Strafrecht „weniger ‚formalistisch‘, mehr ‚faktisch‘ orientiert sein“.⁷⁵⁷ Aufgrund dieser eigenen, rechtsgutsbezogenen Teleologie⁷⁵⁸ schafft in vielen Fällen gerade das Straf-

⁷⁴⁹ Roxin FS Honig S. 133, 145; ders. FS Gallas S. 241, 259.

⁷⁵⁰ Seelmann GA 1989, 241, 250; siehe auch Kuhlen Produkthaftung S. 88 ff., 150 f.

⁷⁵¹ Roxin/Greco AT I § 7 Rn. 33n.

⁷⁵² Kuhlen JZ 1994, 1142, 1146. Kuhlen meint zwar, die Verkehrssicherungspflichten seien auch im Strafrecht relevant, bedürften dort jedoch einer Restriktion; ders. NStZ 1990, 566, 567; näher ders. Produkthaftung S. 87 ff., 148 ff.; ähnlich für öffentlich-rechtliche Pflichten Rudolphi NStZ 1991, 361, 363 f.; ders. NStZ 1997, 599 f.

⁷⁵³ Greco GA 2019, 684, 695.

⁷⁵⁴ Siehe auch Weigend LK § 13 Rn. 21.

⁷⁵⁵ So zu Recht Jakobs Unterlassen S. 15. – Insbesondere diese Pflichten zur Überwachung einer Gefahrenquelle gehören zum unbestrittenen Kernbestand der Garantenpflichten.

⁷⁵⁶ Insbesondere bei der Ingerenz geht es nicht um die dauerhafte Zuweisung einer einklagbaren Rechtsposition, sondern um eine kurzfristige Beistandspflicht (siehe auch Stein SK § 13 Rn. 4: bei akuten Notsituationen) für den Zeitraum, solange sich das Opfer nicht selbst zu helfen vermag.

⁷⁵⁷ Treffend Roxin/Greco AT I § 2 Rn. 102c.

⁷⁵⁸ Roxin/Greco AT I § 2 Rn. 102c.

gesetz neue Ge- und Verbote, die zuvor keine Entsprechung in der restlichen Rechtsordnung hatten.⁷⁵⁹ „Manchmal wird das Recht zuerst im Strafrecht sichtbar“.⁷⁶⁰ Eine ausdrücklich normierte außerstrafrechtliche Rechtspflicht ist damit nach zutreffender Ansicht nicht bloß keine hinreichende, sondern überdies auch keine notwendige Bedingung der Garantenstellung.⁷⁶¹ Dies hat sich in der Geschichte des unechten Unterlassungsdelikts *gerade* anhand des Ingerenzgedankens gezeigt, der nie aus einer formellen Rechtsquelle, sondern stets aus einem sachlichen Prinzip begründet wurde.

Soweit andererseits auf eine ausdrückliche Regelung der außerstrafrechtlichen Pflicht verzichtet wird, verliert das Erfordernis seine Bedeutung. Die unter dem Stichpunkt der Ingerenz diskutierten Fallgestaltungen lassen sich erst recht als ungeschriebene zivilrechtliche Verkehrspflicht begründen.⁷⁶² Wenn das Unrecht einer Unterlassung an das einer entsprechenden Begehung heranreicht, ist auch eine ungeschriebene zivilrechtliche Pflicht legitimierbar. Wenn sich die Pflicht jedoch aus materiellen Erwägungen begründet, so erscheint es formal und umständlich, diese Begründung „zunächst“ in das Zivil- oder Verwaltungsrecht zu verlegen. Es handelt sich um eine Scheinbegründung, indem die Pflicht eben an anderer Stelle *praeter legem* begründet werden müsste und somit ebenso wenig *gesetzlich* bestimmt wäre.

Wenn dagegen zum Teil der Grundsatz der „Einheit der Rechtsordnung“ vorgebracht wird,⁷⁶³ so verfängt dies nicht. Das Schlagwort „Einheit der Rechtsordnung“ als „handliche ‚Allzweckwaffe‘“⁷⁶⁴ sagt nicht mehr aus, als dass die Konflikte irgendwie durch die Rechtsordnung gelöst werden müssen.⁷⁶⁵ Dabei ist das Prinzip der „Einheit der Rechtsordnung“ kein „Vereinheitlichungsprinzip“. Geboten ist vielmehr die Berücksichtigung

⁷⁵⁹ Ablehnend dazu *Renzikowski* JR 2022, 140, 141.

⁷⁶⁰ *T. Walter Kern* S. 57; dazu insbesondere *Herzberg* GA 2016, 737, 747 ff., 750 ff.; *ders.* ZIS 2021, 420, 422 ff. (*Herzberg* nennt etwa das Sexualstrafrecht, die Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, § 201 StGB, das Verbot des Besitzes kinderpornographischer Schriften, § 184b StGB, andererseits aber auch die „klassischen“ Delikte §§ 253, 240 StGB, die außerhalb des Strafrechts keine Entsprechung haben sowie weitere Beispiele; zustimmend auch *Greco* GA 2019, 684, 700). Dieser Ansicht ist wohl auch das BVerfG, wenn es meint, das Strafrecht sei der richtige Ort, um das *Verbot* des Schwangerschaftsabbruchs zu verankern, BVerfGE 88, 203, 258. – **Dagegen** meinen *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 6222, das Verbot lasse sich nicht aus dem Zwang der Strafe ableiten. Das behauptet *Herzberg* aber nicht, sondern äußert nur, dass der Gesetzgeber mit Kodifizierung der Strafandrohung *uno actu* auch die Missbilligung des Verhaltens festschreibt.

⁷⁶¹ *Herzberg* Arbeitsschutz S. 223; unberührt davon bleibt, dass die (materiell verstandene) *rechtliche Missbilligung* des Verhaltens notwendige (aber nicht hinreichende) Bedingung der Strafbarkeit ist, vgl. *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 77; *ders.* FS Stree/Wessels S. 69, 82 ff.

⁷⁶² Oder, wie *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 45, 70 meint, nach den Generalklauseln §§ 823, 1004 BGB.

⁷⁶³ *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 41; siehe auch *Hecker* NJW 1992, 873, 874; bereits *Engisch* Einheit S. 58: „Rechtspflichtbegründungen [...] wirken sich allgemein aus“.

⁷⁶⁴ Treffend *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 89; siehe auch *Hillenkamp* JR 1988, 301, 302: unreflektierter Topos.

⁷⁶⁵ Auf die Ambivalenz dieses Grundsatzes weist zu Recht *Greco* GA 2019, 684, 700 f. hin: „Einen Widerspruch als Verhältnis zweier Sätze kann man aber immer über zwei Wege beben“; siehe auch *H.-L. Günther*

der jeweils spezifischen Besonderheiten der Rechtsgebiete und Regelungsmaterien.⁷⁶⁶ Die Norm ist „aus der gesamten Rechtsordnung zu ergänzen und *Schritt für Schritt* aufzubauen“.⁷⁶⁷ Dabei darf das Strafrecht selbstverständlich nicht die übrige Rechtsordnung „souverän ignorieren“,⁷⁶⁸ die Annahme eines Garantengebots darf der übrigen Rechtsordnung *nicht widersprechen*.⁷⁶⁹ Zivilrechtliches und strafrechtliches Unrecht stellen damit, wie *Radbruch* formuliert, „höchstens für eine kategoriale, aber nicht für eine teleologische Betrachtung ein einheitliches Begriffsgebilde“ dar.⁷⁷⁰ Was Unrecht ist, bestimmt sich maßgeblich aus den Zwecksetzungen der jeweiligen Rechtsgebiete. Das gilt im Übrigen auch für das zivilrechtliche Deliktsrecht: Auch hier richtet sich das Vorhandensein einer Verkehrspflicht nicht nach den kodifizierten Verhaltensgeboten, vielmehr „bestimmt das Deliktsrecht über § 823 I seine Pflichteninhalte autonom“⁷⁷¹ – im Hinblick auf spezifisch zivilrechtliche Zwecksetzungen, insbesondere die gerechte Verteilung der Schadenslast.

4. Unterschiedlicher Charakter zivilrechtlicher Pflichten

Während das Zivilrecht Pflichten verschiedener Personen zueinander zum Gegenstand hat, stehen sich im Strafrecht der Bürger als Normadressat und der Staat als Normgeber gegenüber.⁷⁷² Anders als zivilrechtliche Pflichten, die der Privatautonomie und damit der

Strafrechtswidrigkeit S. 89 ff.: unerlässliche Differenzierungen; *Roxin/Greco* AT I § 14 Rn. 35 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie Rn. 278; *Vogel* Norm und Pflicht S. 38.

⁷⁶⁶ *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 93; *Hillenkamp* JR 1988, 301, 302 f.; siehe auch *Seelmann* in: Vielfalt des Rechts S. 85, 98: „gerade Ergebnis einer arbeitsteiligen Einordnung des Strafrechts in die Gesamtrechtsordnung“; ähnlich *Grünwald* Garantpflichten 132 f.; *Gunia* Garantstellungen S. 28.

⁷⁶⁷ *Engisch* Einheit S. 26 f.; Hervorhebung im Original. Insbesondere Erlaubnisse und Freistellungen von der Pflicht können sich auch aus dem Zivilrecht oder öffentlichem Recht ergeben, siehe nur *Kindhäuser* GA 2010, 490, 493 f.

⁷⁶⁸ *Hirsch* ZStW 81 (1969) 917, 953; *Zieschang* FS Hirsch S. 831.

⁷⁶⁹ Ebenso wenig darf das Strafrecht Wertungen aus anderen Rechtsgebieten jedoch blind rezipieren, vgl. *Zieschang* FS Hirsch S. 831, 834: „Beide Rechtsgebiete haben verschiedenartige Funktionen und lassen sich deshalb gegenseitig unberührt“.

⁷⁷⁰ *Radbruch* FG Frank I S. 158, 161.

⁷⁷¹ *Chr. v. Bar* JuS 1988, 169, 172.

⁷⁷² *Binding* Normen I S. 4 ff., S. 358; *Nagler* Sonderverbrechen S. 22: „als Rechtsquelle, als Inhaber des Imperiums gegenüber seinen Untertanen als solche“; *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 139 ff.; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 95; *Jescheck/Weigend* AT § 24 I 1; *Kindhäuser* GA 2010, 490, 499; *ders.* FS Maiwald S. 397, 413 m. Fn. 28, dem Rechtsgutsinhaber als Drittem kommen die strafrechtlichen Verhaltensnormen nur mittelbar über § 823 II BGB zugute; *Neumann* in: Kritik S. 89, 95; *Pawlik* Unrecht S. 90 ff., 107; *Roxin* GA 2012, 655, 661 f.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 129 f.; *Weigend* ZStW 98 (1986) 45, 70 m. Fn. 91; sowie *Haas* Kausalität S. 76 ff. und *Renzikowski* GA 2007, 561, 563 f., die allerdings die öffentlich-rechtliche Verhaltensnorm vom Bestehen eines subjektiven Rechts abhängig machen wollen, vgl. S. 571: „Die sekundären strafrechtlichen Sanktionsnormen knüpfen an die primären Verhaltensnormen des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts an“; **andere** *Hruschka* FS Dreher S. 189, 197 f.: Leistungspflicht gegenüber dem Rechtsgutsinhaber.

freien Ausgestaltung der Beteiligten unterliegen, werden strafrechtliche Verhaltenspflichten – obgleich sie Individualinteressen schützen⁷⁷³ – vom Staat im Allgemeininteresse kategorisch eingefordert⁷⁷⁴ – es ist „genuine Aufgabe des Strafrechts, die Interessen der Allgemeinheit im Auge zu behalten“.⁷⁷⁵ Das tatbestandliche Verhalten muss dafür über das Täter-Opfer-Verhältnis hinaus Bedeutung für die Allgemeinheit erlangen, es wäre dagegen nicht verständlich, wieso ein Verstoß gegen eine zivilrechtliche Pflicht, also ein „privater Konflikt“, mit öffentlich-rechtlicher Strafe beantwortet würde.⁷⁷⁶

5. Zwischenergebnis

Die Verletzung einer außerstrafrechtlichen Pflicht besagt damit *überhaupt* nichts darüber, ob eine Unterlassung *strafwürdiges Unrecht* darstellt. Denn die *eigentlich problematische* Frage ist die nach der tatbestandlichen Gleichstellung mit den Begehungstaten des Besonderen Teils, § 13 I StGB.⁷⁷⁷ Dass das Verhalten *überhaupt* geboten ist, hilft bei dieser strafrechtsspezifischen Gleichstellung nicht entscheidend weiter. Der außerstrafrechtliche Rechtsgrund könnte höchstens *neben* materiellen Erwägungen klarstellen, dass dem Unterlassenden eine bestimmte Funktion zugeschrieben wird.⁷⁷⁸ Die *Wertung*, die der zivil- oder öffentlich-rechtlichen Pflicht zugrunde liegt, *kann* für die gesamte Rechtsordnung Bedeutung erlangen.⁷⁷⁹ Diese mag im Einzelfall dazu führen, dass eine Garantstellung *ausscheidet*,⁷⁸⁰ welche der außerhalb des Strafrechts getroffenen Wertung ausdrücklich *widerspricht*. Hier kann noch immer ein restriktives Potential der formalen Betrachtungsweise liegen, indem etwa aus Wertungen des Zivilrechts Argumente gegen die Anerkennung bloßer Näheverhältnisse als Garantstellungen gezogen werden. Dagegen stellt das Schweigen außerstrafrechtlicher Normenordnungen zur Garantstellung aus Ingerenz kein Argument gegen deren strafrechtlicher Berücksichtigung *de lege lata* dar.

⁷⁷³ Treffend sprechen *Roxin/Greco* AT I § 10 Rn. 101c von einer Festlegung von Freiheitsphären in der *mehrpolgigen Relation* Staat/Täter/Opfer.

⁷⁷⁴ *Kindhäuser* GA 2010, 490, 504; *ders.* FS Maiwald S. 397, 413, siehe dort auch Fn. 29: „wem die Pflicht nützt und wem sie geschuldet wird, ist zweierlei“; *Renzikowski* in: Juristische Grundlagenforschung S. 115, 122 f.; *ders.* GA 2007, 561, 564; *Roxin* GA 2012, 655, 662.

⁷⁷⁵ *Hirsch* ZStW 102 (1990) 534, 546; zustimmend *Grünwald* Garantpflichten S. 118; siehe auch *Neumann* in: Kritik S. 89, 95, der darauf hinweist, dass auch der Rechtsgutsbegriff den Konflikt entindividualisiert.

⁷⁷⁶ Siehe hierzu *Hassemer/Neumann* NK Vor § 1 Rn. 70; *Renzikowski* in: Juristische Grundlagenforschung S. 115, 123; *ders.* GA 2007, 561, 564.

⁷⁷⁷ Siehe auch *Arzt* JA 1980, 647, 650.

⁷⁷⁸ *Philipp*s Handlungsspielraum S. 157; *Rudolphi* NStZ 1991, 361, 363 f.; siehe auch *Ceffinato* Legitimation S. 146: maßgebliche Wertentscheidung des Gesetzgebers; *ders.* NStZ 2021, 65, 69: Indizfunktion; *Utz* Geschäftsherrenhaftung S. 48; *S. Walter* Pflichten S. 126.

⁷⁷⁹ Etwa bei § 1626 I StGB kommt es für die Garantstellung nicht auf die zivilrechtliche Pflicht zur Sorge an, sondern auf die zugrundeliegende *rechtliche Bewertung* des Eltern-Kind-Verhältnisses, nämlich, dass den Eltern die Rechtsgüter des Kindes anvertraut sind, sie mithin zur Abwehr aller Gefahren, die der Person (Abs. 1 S. 2 Var. 1) oder dem Vermögen (Abs. 1 S. 2 Var. 2) des Kindes drohen, aufgerufen sind. Hier kommt es ganz maßgeblich darauf an, ob diese Wertung gerade für das Strafrecht und die Gleichstellungsfrage übertragen werden kann.

⁷⁸⁰ Vgl. *Rudolphi* NStZ 1991, 361, 364.

III. „Formale Grundlage“ der „Garantenpflicht“

Eb. Schmidt schrieb in seinen Leitsätzen für die Große Strafrechtskommission zu den Unterlassungsdelikten, dass, wenn die positive Tatbestandserfüllung stets einen Verstoß gegen eine aus den Tatbeständen zu entnehmende Verbotsnorm bedeute, die Unterlassungsstrafbarkeit *ebenfalls* auf der Verletzung einer *Rechtspflicht* zur Verhinderung der Tatbestandserfüllung beruhen müsse.⁷⁸¹ Dem ist im Ausgangspunkt, nicht aber in den Folgerungen zuzustimmen.

Bei den Begehungsdelikten sind die Verbote⁷⁸² den jeweiligen Straftatbeständen vorgelegt und mit diesen abgekürzt zusammengefasst. Ihr Inhalt lässt sich daher einer sinn gemäßen Interpretation der Tatbestände entnehmen.⁷⁸³ Indem § 212 I StGB die Bestrafung desjenigen anordnet, der einen anderen Menschen tötet, lautet spiegelbildlich⁷⁸⁴ die an jedermann gerichtete Verhaltensnorm, dass es verboten ist, andere Menschen zu töten.⁷⁸⁵ Wenn also die Tatbestandserfüllung durch positives Tun stets einen Verstoß gegen eine den Tatbeständen zu entnehmende Verbotsnorm bedeutet, so folgt daraus nicht, dass die Unterlassungsstrafbarkeit auf der Verletzung *irgendeiner* Rechtspflicht beruhen müsse, sondern ebenso auf der Verletzung einer *den Tatbeständen zu entnehmenden Gebotsnorm*. Da die Unterlassung dem transformierten Unrechtstatbestand des Begehungsdelikts unterfallen und mit diesem in den Rechtsfolgen weitestgehend gleichbehandelt werden soll, muss sie ebenfalls gegen eine, der Verhaltensnorm des Begehungsdelikts entsprechende, strafrechtliche Verhaltensnorm verstoßen. Im Gegenteil dazu wäre es hin-

⁷⁸¹ *Eb. Schmidt* Niederschriften 2 Anhang Nr. 54 I 2 b; Hervorhebungen nicht im Original; ähnlich *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 92 ff.

⁷⁸² So sieht die absolut herrschende Meinung den Straftatbeständen ungeschriebene Verhaltensnormen zugrundeliegend bzw. in ihnen enthalten. Grundlegend *Binding* Normen I S. 4 ff. *et passim*; hierzu *Arm Kaufmann* Normentheorie S. 3 ff.; siehe zudem statt aller *Amelung* in: Rechtsgutstheorie S. 155, 166; *Engisch* Einheit S. 4 *et passim*; *ders.* Einführung S. 47 ff.; *Frisch* Vorsatz S. 59 f.; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 156; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 39 Rn. 1; *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 41; *Hruschka* FS Dreher S. 189; *Jescheck/Weigend* AT § 24 II 2; *Langer* Sonderstraftat S. 64; *Larenz* Zurechnungslehre S. 86; *Murmann* GK § 8 Rn. 6; *Rudolphi* in: Grundfragen S. 69 ff.; *Schünemann* in: Grundfragen S. 1, 61; *Vogel* Norm und Pflicht S. 28 f.; **andere** *Schmidhäuser* AT 3/10 ff.; *ders.* JZ 1989, 419 ff.

⁷⁸³ Vgl. etwa *Appel* Verfassung S. 433; *Ceffinato* Legitimation S. 110 f.; *Fischer* Vor § 13 Rn. 13; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 156 ff., 158; *Grünhut* FG Frank I S. 1, 7; *Henkel* Rechtsphilosophie S. 42; *Hoerster* JZ 1989, 10: „Wo sonst, so mag man fragen, sollten die betreffenden Gebote an den Bürger zu finden sein?“; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 43; *Kindhäuser* Gefährdung S. 28 f.: „In kontradiktorischer Formulierung“; *ders.* GA 1994, 197, 200; *ders.* GA 2010, 490, 493; *ders.* FS Maiwald S. 397, 401; *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 8; *Puschke* Legitimation S. 158: Verhaltensnormen des Strafrechts; *A. Schneider* Verhaltensnorm S. 40 f.; *Schroeder* FS Otto S. 165, 166 f.; *Roxin* FS Maiwald S. 715, 722; *Rudolphi* JuS 1969, 569, 556: „Verbote unseres StGB“; *H. Schumann/A. Schumann* FS Küper S. 543, 546; *Tiedemann* FS Baumann S. 7, 11; *Vogel* Norm und Pflicht S. 28, 32: zwingende Ergebnisse einer Interpretation, 93; *Welzel* Strafrecht S. 49; **andere** *Bärwinkel* Garantieverhältnisse S. 27 f.: Der Tatbestand bringe den Sollensinhalt überhaupt nicht zum Ausdruck; *Freund/Rostalski* GA 2018, 264, 265 f.

⁷⁸⁴ *Kindhäuser* GA 2010, 490, 493; siehe auch vor Geltung des § 13 StGB *Herzberg* Garantenprinzip S. 211 m. Fn. 19; *Grünwald* ZStW 70 (1958) 412, 416.

⁷⁸⁵ Bzw., wenn man die Norm *ex ante* formulieren will, sich für das Leben eines Anderen gefährlich zu verhalten.

sichtlich der Gleichstellungsvorgabe nach § 13 I StGB widersinnig, die Unterlassungsdelikte anders zu behandeln als die Begehungsdelikte, wo niemand es für erforderlich hält, eine ausdrücklich fixierte außerstrafrechtliche Pflicht zu suchen.⁷⁸⁶ Es erscheint nicht überzeugend, anzunehmen, dass das Strafgesetzbuch im Bereich der Begehungsdelikte selbst Normen aufstellt, im Bereich der Unterlassungen hingegen auf außerstrafrechtliche oder sonst ungeschriebene zurückgreift.⁷⁸⁷

Die Sprechweise von der „Garantenpflichtwidrigkeit“ umschreibt also bloß die Selbstverständlichkeit,⁷⁸⁸ dass ein Verhalten, um bestraft werden zu können, normwidrig sein muss. Das Erfordernis der Verhaltensnormwidrigkeit (und damit der Garantenpflichtwidrigkeit) bezeichnet wiederum bloß die Selbstverständlichkeit, dass eine Deliktsbegehung *rechtswidrig* sein muss.⁷⁸⁹ Diese unterschiedlichen Bezeichnungen korrespondieren mit dem Doppelcharakter der Verhaltensnormen als Bestimmungs- und Bewertungsnorm.⁷⁹⁰ Es handelt sich in erster Linie um einen Unterschied semantischer Natur, ob die Norm *axiologisch* oder *deontologisch* formuliert wird.⁷⁹¹ Dabei werden durch die Begriffe „Rechtswidrigkeit“/„Handlungsunrecht“ einerseits und „Pflichtverletzung“ andererseits unterschiedliche Funktionen der Norm ausgedrückt: Die „Pflichtverletzung“ entspricht

⁷⁸⁶ Treffend *Herzberg* Arbeitsschutz S. 223; i. Erg. ähnlich Maurach/*Gössel*/Zipf AT 2 § 46 Rn. 22.

⁷⁸⁷ Das ist allerdings strittig; vgl. für die hier vertretene Ansicht das folgend im Text Ausgeführte; sowie *Herzberg* Garantenprinzip S. 211: es wäre „von vornherein nicht richtig, in Fällen aktiver Erfolgsherbeführung zunächst nach einem außerstrafrechtlichen Vermeidensgebot zu suchen“; siehe auch *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 47 ff.; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 210. – Auch, wenn man mit einer bedeutenden Ansicht in der Literatur die Normen nicht als in den Strafgesetzen enthalten, sondern diesen vorgelagert ansieht, muss man *dann eben* betonen, dass diese beim Begehungsdelikt *ebenfalls nicht gesetzlich* normiert sind, vgl. dazu etwa *Murmann* GK § 29 Rn. 65 m. Fn. 147.

⁷⁸⁸ *Gropp/Sinn* weisen darauf hin, dass dies nicht selten verkannt werde, AT § 11 Rn. 25 sowie die entsprechenden Nachweise in Fn. 14; jedenfalls wird die Problematik regelmäßig nicht aufgeworfen, siehe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 313: „Die Frage nach der Rechtsquelle der Garantengebote und -pflichten wird in Rechtsprechung und Lehre nur selten ausdrücklich gestellt“; im Allgemeinen *Eser* FS Lenckner S. 25, 31: eher sporadische normentheoretische Stellungnahmen.

⁷⁸⁹ So eindrucklich *Herzberg* GA 2016, 737, 754 f. (gegenüber *Freund/Rostalski*): „Ein solcher Verstoß ist nichts weiter als eine rechtswidrige Tötung. Der Satz besagt also nur, dass ein Tötungsdelikt eine rechtswidrige Tötung voraussetze. In der Tat, das leuchtet ein“; siehe auch *Frisch* FS Stree/Wessels S. 69, 76 m. Fn. 32; Verbots- oder Gebotswidrigkeit als bloße Reformulierung der Rechtswidrigkeit; *Arth. Kaufmann* in: Schuld und Strafe S. 121, 126.

⁷⁹⁰ BGHSt 16, 155, 158; *Engisch* Einführung S. 53; *ders.* MSchrKrim 23 (1932) 420, 423; *J. Esser* Vorverständnis S. 106; *Frisch* Vorsatz S. 59 m. Fn. 18; *Gallas* Studien S. 62; *ders.* FS Bockelmann S. 155, 158; *Greco* ZStW 117 (2005) 519, 537; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 95, 99; *Hassemer* Tatbestand und Typus S. 150; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 43; *ders./Weigend* AT § 24 III; *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 75 ff., 144 f., 156 f.; *Arth. Kaufmann* in: Schuld und Strafe S. 121; *Kindhäuser* Gefährdung S. 150 f., siehe auch S. 58; *Kühl* AT § 3 Rn. 6; *Mikus* Verhaltensnorm S. 19, 26; *Münzberg* Verhalten S. 51 f., 61 ff. m. Fn. 123; *Matt/Renzikowski* Vor § 13 Rn. 9: „Verstoß gegen eine Bestimmungsnorm als Handlungsunwert“; *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 9; *A. Schneider* Verhaltensnorm S. 37; *Schünemann* in: Grundfragen S. 1, 61; *Stratenwerth* SchwZStr 79 (1963) 233, 247 ff.; *Struensee* JZ 1987, 53, 54; *Vogel* Norm und Pflicht S. 23, 44, 46; *Wolter* in: Grundfragen S. 103, 106. Rechtstheoretisch könnte man einen Vorrang der Bewertungsnorm annehmen: Ohne eine negative Bewertung des Verhaltens wären Verhaltensbefehl und Bestrafung unsinnig, *Engisch* aaO; *Mezger* GS 89 (1924) 207, 240 f.

⁷⁹¹ *Kindhäuser* Gefährdung S. 58, 150 f.

inhaltlich der Unrechtsbewertung einer Handlung und drückt dabei besonders die den Adressaten motivierende *Bestimmungsfunktion* der Verhaltensnorm aus.⁷⁹² Wenn jedoch die Bewertung des Verhaltens als Handlungsunrecht (als zentrale Voraussetzung der Strafbarkeit) durch den Tatbestand ausgedrückt ist,⁷⁹³ so ist damit spiegelbildlich ausgesprochen, dass dieses Verhalten nicht sein soll. Liegt eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Unterlassung vor, steht auch fest, dass eine Garantenpflicht existiert und verletzt wurde.⁷⁹⁴ Die „Garantenpflicht(verletzung)“ ist im Verhältnis zum (verwirklichten) Handlungsunrecht die andere Seite der Medaille,⁷⁹⁵ nicht aber dessen Voraussetzung.⁷⁹⁶ Sie erscheint daher nirgends im Deliktsaufbau, sie ist beim Unterlassungsdelikt ebenso wenig Tatbestandsmerkmal wie beim Begehungsdelikt, sondern ist im Ergebnis die Bewertung des Verhaltens, die sich aus dem Vorliegen der Tatbestandsmerkmale ergibt.⁷⁹⁷

Wenn § 13 StGB zutreffend als eine Transformationsnorm angesehen wird, die das Begehungsdelikt um eine Unterlassungsvariante erweitert, so wird nicht nur die Strafandrohung, sondern auch die zugrunde liegende Verhaltensnorm transformiert.⁷⁹⁸ Diese bereits vor Einführung des § 13 StGB etwa von *Grünwald* und *Arm. Kaufmann* vertretene⁷⁹⁹ Norm- und Tatbestandbildung *praeter legem* wird seit Einführung des § 13 I StGB nun auch durch das Gesetz gedeckt. Wenn § 212 I StGB es verbietet, den Tod herbeizuführen,

⁷⁹² *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 156 ff., insbesondere 158; vgl. zudem *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 11; *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 145; *Mezger* GS 89 (1924) 207, 240; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 67; *Vogel* Norm und Pflicht S. 44: unterschiedliche pragmatische Funktionen.

⁷⁹³ Siehe *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 158 ff. – formell durch den gesetzlichen Tatbestand, materiell durch den Tatbestand als teleologisches Konstrukt, das auf die Sozialschädlichkeit des Verhaltens abzielt (S. 160). Näher dazu noch unten → IV 3 e).

⁷⁹⁴ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 307 f.; ebenso BGHSt 16, 155, 158.

⁷⁹⁵ Zitat nach *Matt/Renzikowski* Vor § 13 Rn. 12: „Anweisung und Maßstab verhalten sich somit wie die zwei Seiten einer Medaille“.

⁷⁹⁶ Nähme man das hingegen an, geriete man in einen Zirkelschluss, *Herzberg* GA 2016, 737, 754 f.: „Die Straftat *ist* der Verhaltensnormverstoß, sie hat diesen nicht zur *Voraussetzung*.“; Hervorhebungen im Original. S. 737: Es handelt sich bei der Erläuterung, dass die Straftat einen strafbaren Verhaltensnormverstoß darstelle, bloß um eine „analytische“ Definition, eine Erläuterung, als ob man den Schimmel als „weißes Pferd“ definierte; *ders.* ZIS 2021, 420, 427.

⁷⁹⁷ Vgl. BGHSt 16, 155, 158; *Grünwald* ZStW 70 (1958) 412, 416; *ders.* Unterlassungsdelikt S. 54; *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 306 ff., 308; sowie zu den echten Unterlassungsdelikten S. 127 ff.; *ders.* FS v. *Weber* S. 207, 216; (im Allgemeinen zu den echten Sonderdelikten *ders.* Normentheorie S. 136); *Herzberg* Garantenprinzip S. 211 m. Fn. 19; *Arth. Kaufmann* in: *Schuld und Strafe* S. 121, 126; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 52; *Struensee* FS *Stree/Wessels* S. 133, 154; *Vogel* Norm und Pflicht S. 100, 130 f., 314; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 200; *Kölbel* JuS 2006, 309, 310 m. Fn. 8; *Stein* SK Vor § 13 Rn. 19; § 13 Rn. 25; siehe auch *Berster*, der gar „unlösbare Abgrenzungsfragen zum Strafurteil selbst“ sieht, Unterlassungsdelikt S. 52.

⁷⁹⁸ Ebenso *Dannecker* FS *Otto* S. 25, 32 f.; *ders./Schuhr* LK § 1 Rn. 172; *Jakobs* AT 28/12; siehe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 131: § 13 I StGB enthalte selbst keine Gebotsnormen, weise aber den Weg zu deren Bildung.

⁷⁹⁹ *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 46 ff., 49; *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 306 ff., 308; zustimmend *Fuhrmann* GA 1962, 161, 173; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 52; *Welzel* Strafrecht S. 210. Insofern ähnlich *Herzberg*: „Das Vermeidensgebot ist der Tatbestand selbst“ (Garantenprinzip S. 211). Die „soziale Sonderverantwortlichkeit“ werde durch den einschlägigen Straftatbestand – wie beim aktiven Tun – zur Rechtspflicht (S. 215).

gebietet §§ 212 I, 13 I StGB es, den Tod abzuwenden. Richtigerweise liegt damit das Erfolgsabwendungsgebot, das im Einzelfall zu einer Handlungspflicht führt, bereits im über § 13 StGB transformierten Begehungstatbestand selbst. Dies entspricht letztlich der einfachen Überlegung, dass, wenn der Begehungstatbestand nicht als wertfreie Beschreibung der Typizität, als bloße Strafandrohung für anderweitig bestimmtes Unrecht, verstanden wird, sondern als Träger des Unwerturteils⁸⁰⁰ (vorbehaltlich etwaiger Rechtfertigung), zum Tatbestand im materiellen Sinne auch die Umgrenzung des Handlungsunwertes gehört. § 13 I StGB kann daher nicht isoliert als spiegelbildliche Erweiterung der Strafandrohung auf Unterlassungen, verstanden werden, sondern nur – wie im Übrigen bereits oben beschrieben – als sinngemäße Erweiterung des Unrechtstatbestandes und damit auch der spiegelbildlichen Verhaltensnorm. Damit ist wie bei den Begehungsdelikten neben der tatbestandlichen Verhaltensnorm keine weitere gesetzliche Rechtspflicht erforderlich.⁸⁰¹ Das Gesetz, aus dem sich die Rechtspflicht des Ingerenten ergibt, ist bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen das jeweilige Strafgesetz i.V.m. § 13 I StGB.

IV. Das Einstehenmüssen als Teil der Verhaltens- oder Sanktionsnorm?

Wenn die „Garantenpflicht“ bloß die Konkretisierung der Verhaltensnorm des unechten Unterlassungsdelikts im Einzelfall darstellt, fragt sich, ob das Einstehenmüssen, also die *Garantenstellung* nach der auf *Binding* zurückgehenden Differenzierung (bloß) Teil dieser Verhaltensnorm oder der Sanktionsnorm ist oder ob sie für beide Fragen Relevanz aufweist. Die Unterscheidung ist heute rechtstheoretisch fast allgemein anerkannt.⁸⁰² Die normentheoretische Zuordnung der *Garantenstellung* ist entscheidend dafür, welche Gesichtspunkte argumentativ relevant sind. Hinsichtlich der Begründung begehungsgleichen Unterlassens spricht insbesondere *Freund* von der „dringende[n] Notwendigkeit“ der Trennung von der primären Frage der Legitimation einer Verhaltensnorm und der sekundären Frage der speziellen Sanktionsvoraussetzungen.⁸⁰³ Auch *Stein* meint, dass das

⁸⁰⁰ Vgl. nur *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 16 ff.; *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 163.

⁸⁰¹ So insbesondere auch *Grünwald* und *Arm. Kaufmann* sowie die oben genannten Autoren; teilweise abweichend *Freund/Rostalski* GA 2018, 264 ff. und *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 39 Rn. 3, § 46 Rn. 94, für Begehungs- und Unterlassungsdelikte auf eine selbstständige, dem Strafgesetz vorgelagerte Normenordnung abstellend; **anders** und apodiktisch *Herbertz* Ingerenz S. 121: Man könne die Pflichten nicht ohne weiteres „bei einer Rechtsquelle, geschweige denn im Strafgesetzbuch“ verorten. S. 127: Es handle sich um einen Zirkelschluss, denn der Tatbestand setze eine rechtliche Pflicht voraus, er könne sie nicht selbst begründen. – Doch gerade dieser Einwand ist zirkulär, denn ob der Tatbestand (das „rechtliche Einstehenmüssen“) eine rechtliche *Pflicht* voraussetzt, ist gerade die zu klärende Frage.

⁸⁰² Grundlegend *Binding* Normen I S. 4 *et passim*; siehe hierzu eingehend *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 3 ff.; zu ähnlichen Ansätzen bei *Bentham*, *Hobbes* und *Hart* siehe *Renzikowski* FS Gössel S. 2, 4 ff.; auch *ders.* in: Juristische Grundlagenforschung S. 115 ff.; vgl. auch *ders.* GA 2007, 561: „Allgemeingut der deutschen Strafrechtswissenschaft“; siehe zudem *Hoerster* JZ 1989, 10; *Haffke* in: Bausteine S. 89; *Murmann* FS Herzberg S. 123. Bezüglich der Sanktionsnorm kann nochmals zwischen Primär- und Sekundärsanktionsnorm, also der Strafverhängung als staatlichem Vorwurf und Tadel sowie der Verhängung der einzelnen Sanktionsmittel unterschieden werden, siehe nur *Frisch* NStZ 2016, 16, 17; *Puschke* Legitimation S. 157.

⁸⁰³ *Freund* MK § 13 Rn. 137; Vor § 13 Rn. 28; *ders./Rostalski* AT § 2 Rn. 8.

Merkmal des Einstehenmüssens gesetzgeberisch verfehlt sei: Auf der Ebene der Verhaltenspflichten könne es nie um ein Einstehenmüssen im strengen Sinne gehen, sondern das *ex ante* zu bestimmende Verbot bestimmter Verhaltensweisen.⁸⁰⁴

Wenn die Garantenstellung *nur* Teil der Verhaltensnorm wäre, könnte dies dafür sprechen, dass spezifisch *strafrechtliche* Erwägungen außen vor bleiben müssten. Wenn die Garantenstellung hingegen nur Bedeutung dafür hätte, die strafrechtliche Relevanz einer vorhandenen Verhaltensnorm oder Rechtspflicht (als strafrechtlich relevante „Garantenpflicht“) als Grundlage einer begehungsgleichen Strafbarkeit zu bestimmen,⁸⁰⁵ könnte dies im Gegenteil zur Folge haben, dass hierfür bloß spezifisch strafrechtliche Erwägungen eine Rolle spielen, die Belastung der Handlungsfreiheit durch die Verpflichtung hingegen nicht.⁸⁰⁶

1. Strafrecht ohne Verhaltensnormen?

Nur bei wenigen Autoren findet sich eine völlige Ablehnung normentheoretischer Erwägungen, etwa in der radikalen Zwangstheorie *Kelsens*⁸⁰⁷ sowie im strafrechtlichen Schrifttum insbesondere bei *Schmidhäuser*: „Es geht nicht um Populärunterrichtung bis in die feinsten Nuancen des Rechtsverständnisses, sondern um die richtige Rechtsanwendung durch die Staatsorgane“. Entscheidend sei, dass für einen bestimmten Tatbestand die Rechtsfolge „Strafe“ angeordnet sei.⁸⁰⁸

Diese Lehre wird jedoch, im Anschluss an den Einwand *Bindings*, das Gesetz stelle dem Täter nicht frei, die Norm entweder zu befolgen oder das Risiko der Strafe zu akzeptieren, in rechtstheoretischer Hinsicht zu Recht abgelehnt.⁸⁰⁹ Das Urteil *Schmidhäusers* schießt zudem auch bei materiell strafrechtlicher Betrachtung über das Ziel hinaus. Im demokratischen Rechtsstaat gibt der Gesetzgeber durch die Normen nicht bloß die Sanktionsmacht an den Rechtsstab, sondern will den Bürgern Klarheit über ihre Verhaltensgrenzen verschaffen.⁸¹⁰ Das Ziel des Rechtsgüterschutzes würde durch eine Strafverhängung, ohne

⁸⁰⁴ *Stein* SK § 13 Rn. 3.

⁸⁰⁵ So all diejenigen Autoren, die im Ausgangspunkt das Vorliegen einer Rechtspflicht fordern und im zweiten Schritt fragen, ob diese eine Garantiefunktion begründet/ der Betroffene „auf Posten“ gestellt ist.

⁸⁰⁶ Denn die Verpflichtung konnte ja bereits begründet werden.

⁸⁰⁷ *Kelsen* Hauptprobleme S. 276 ff.; *ders.* Reine Rechtslehre S. 34 ff., 45 ff., 51 ff., 114; im Anschluss an diesen auch *Koriath* Zurechnung S. 163 ff., 231 ff.

⁸⁰⁸ *Schmidhäuser* FS Müller-Dietz S. 761, 773; siehe auch *ders.* AT 3/10 ff.; *ders.* JZ 1989, 419, 425; siehe auch *Hoyer* Strafrechtsdogmatik S. 42 ff., 46: Die Norm kennzeichne kein Sollen, sondern bedeute, dass an ein bestimmtes Verhalten Nachteile geknüpft seien; S. 387: Es bestehe „lediglich die gültige Strafnorm“; **kritisch** hierzu etwa *Hoerster* JZ 1989, 10 ff. *ders.* JZ 1989, 425 ff.

⁸⁰⁹ Siehe etwa *Frisch* Vorsatz S. 59 f.; *Hörnle* in: Empirische Fundamente S. 105, 113 f.; *Hoerster* JZ 1989, 10; *Renzikowski* FS Neumann S. 335, 337 f.; *Schünemann* GA 1999, 207, 216 m. Fn. 39; *Tiedemann* Verfassungsrecht S. 58; *Vogel* Norm und Pflicht S. 30 f.

⁸¹⁰ Nachdrücklich *Eser* FS Lenckner S. 25, 28, 36: „Soweit der Status von Normadressaten nur den Staatsorganen zuerkannt wird, fällt es schwer, darin nicht eine menschenverachtende Abwertung des Individuums als dem eigentlichen Konstituenten des Staates zu erblicken“; *Frisch* Vorsatz S. 59 f.: Strafe für erlaubtes Verhalten wäre eine „handgreifliche Ungerechtigkeit“; *Neumann* in: Strafrechtsprobleme S. 119, 126 f.;

dass zuvor ein Gebot an den Betroffenen ausgesprochen wurde, verfehlt.⁸¹¹ Die Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnorm erlaubt eine analytische scharfe Trennung der Argumente,⁸¹² insbesondere erlaubt sie es, die Norm teleologisch als Motiv des Normunterworfenen zu denken.⁸¹³

2. Strikte Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnorm?

Insbesondere in der neueren Lehre unterscheiden jedoch viele Autoren, über diese Erwägungen hinausgehend, *strikt* zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm.⁸¹⁴ Die Normen hätten unterschiedliche Zwecksetzungen. Dabei sei die Verhaltensnorm an den jeweils betroffenen Freiheitsrechten, die Sanktionsnorm hingegen hiervon getrennt an die Verhängung und Vollstreckung der Strafe aus spezifischen Sanktionserwägungen, den Strafzwecken zu messen.⁸¹⁵ Auch das BVerfG hat sich dieser Ansicht in der Cannabis-Entscheidung angeschlossen.⁸¹⁶ Von dieser strengen Differenzierung ausgehend nimmt eine bedeutende Ansicht an, die Verhaltensnormen seien nicht in den Tatbeständen angelegt,

Stratenwerth SchwZStr 79 (1963) 233, 248; *Hörnle* in: Empirische Fundamente S. 105, 113 f.; konsequenterweise *dies.* Strafzumessung S. 204: Bestimmungsnormen müssen ausdifferenziert, präzise, unmissverständlich sein.

⁸¹¹ *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 90.

⁸¹² *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33n mit Beispielen zu gewinnbringender und weniger gewinnbringender Argumentation; *Haffke* in: Bausteine S. 89, 94 ff., sie hat hohen Erkenntniswert, indem sie es (theoretisch) erlaubt, Normwidrigkeitsmerkmale und Strafbarkeitsmerkmale voneinander abzuschichten; *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 89; *Puschke* Legitimation S. 157; *Stächelin* Strafgesetzgebung S. 50, der jedoch zu Recht auf die Erforderlichkeit hinweist, nach dieser Abschichtung den Bezug zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm wiederherzustellen, S. 51 m. Fn. 139, S. 164.

⁸¹³ Vgl. *Eser* FS Lenckner S. 25, 53: „Kontrollfrage“; siehe zur Sinnhaftigkeit der Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnorm auch *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 89 ff.; zur daraus folgenden Perspektive *ex ante* siehe auch *Schünemann* JA 1975, 435, 438, 442.

⁸¹⁴ Siehe etwa *Appel* Verfassung S. 433 ff., 559; *Freund* Erfolgsdelikt S. 51 ff., 85 ff.; *ders.* MK Vor § 13 Rn. 28, für die Ingerenz § 13 Rn. 137; *ders./Rostalski* GA 2018, 264 ff.; *dies.* GA 2020, 617 ff.; *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 112 ff., 541; *ders.* in: Rechtsgutstheorie S. 215 ff., 231 ff.; *ders.* GA 2019, 185, 198; *Gärditz* JZ 2016, 641, 642; *Jakobs* Studien S. 10 f., 16; *Kindhäuser* Gefährdung S. 13; *ders.* in: Madrid-Symposium S. 125 m. Fn. 1; *ders.* GA 1994, 197, 200; *ders.* in: Modernes Strafrecht S. 29 ff.; *Lagodny* Strafrecht S. 6 f. (von „Verhaltensvorschriften“ sprechend), 137 ff.; *ders.* in: Rechtsgutstheorie S. 83; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 39 Rn. 1 ff.; *Murmann* GK § 8 Rn. 5 ff.; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 156; *Renzikowski* FS Neumann S. 335, 338 ff.; *ders.* JR 2022, 140, 141; *Rostalski* GA 2016, 73 ff.; *A. Schneider* Verhaltensnorm S. 35 ff., 46 ff., 49 ff.; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 66 ff., 77 ff.; *ders.* SK § 13 Rn. 3; *Vogel* Norm und Pflicht S. 23, 27 ff., 29, 63 ff.; ähnlich auch *Amelung* in: Rechtsgutstheorie S. 155, 166 ff., 178 ff.; *Hirsch* FS Lenckner S. 119, 132 f.; *Lüderssen* FS Herzberg S. 109, 121.

⁸¹⁵ Siehe bereits *Binding* Normen S. 51 ff., 412 ff.; *Appel* Verfassung S. 433 ff., 569 ff., 574 ff., 590 ff. (zwischen Strafverhängung als „Primärsanktion“ und Freiheits-/Geldstrafe als „Sekundärsanktion“ differenzierend); *Dannecker/Schuhr* LK § 1 Rn. 334; *Freund* Erfolgsdelikt S. 51 ff., 85 ff.; *ders./Rostalski* GA 2020, 617 ff.; *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 70 ff., 77 ff., besonders deutlich S. 80; *ders.* FS Stree/Wessels S. 69, 82 f.; 95; *Gärditz* JZ 2016, 641, 642; *Jakobs* Studien S. 16; *Kindhäuser* Gefährdung S. 146 ff.; 153 ff.; *ders.* in: Madrid-Symposium S. 125 m. Fn. 1; *ders.* GA 1994, 197, 200; *ders.* in: Modernes Strafrecht S. 29, 30; *Lagodny* Strafrecht S. 96 ff., 137 ff.; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 156; *Renzikowski* Täterbegriff S. 58; *ders.* GA 2007, 561, 566; *Rostalski* GA 2016, 73, 74; *dies.* Tatbegriff S. 64 ff.; *Stein* SK § 13 Rn. 3; *Vogel* Norm und Pflicht S. 63 ff.

⁸¹⁶ BVerfGE 90, 145, 183 f.

vielmehr entstammten sie selbstständigen, den Strafgesetzen vorgelagerten Rechtssätzen.⁸¹⁷

3. Stellungnahme

a) Einheitliche rechtspolitische Strategie

Zweifel an dieser strikten Trennung ergeben sich bereits daraus, dass sich die präventiv rechtsgüterschützende Strategie des Strafrechts gerade aus dem Zusammenspiel von Verhaltensnorm und Strafandrohung⁸¹⁸ ergibt. Eine Verhaltensnorm, deren Zuwiderhandlung nicht zu Nachteilen führt, wäre in ihrer verhaltensbeeinflussenden und dadurch rechtsgüterschützenden Wirkung erheblich abgeschwächt.⁸¹⁹ Sie würde das Verhalten bewerten und versuchen, den Normadressaten zu bestimmen. „Weiter reicht ihre Kraft nicht. Erfahrungsgemäß ist aber die determinierende Wirkung eines solchen Befehls nur gering, wenn nicht eine reale Kraft hinter ihm steht. Eine solche findet das Normensystem im Strafrecht.“⁸²⁰ Realitätsnäher als die vollständige Trennung der Normzwecke erscheint es damit, den motivatorischen Effekt zumindest auch der konditionalen Androhung von

⁸¹⁷ *Binding* Normen I S. 4; *Frisch* FS Stree/Wessels S. 69, 82; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 39 Rn. 3; *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 10; *Mikus* Verhaltensnorm S. 21; *Renzikowski* Täterbegriff S. 58 m. Fn. 58; *Rostalski* Tatbegriff S. 70 f.; *Schild* NK § 25 Rn. 2; *Zaczyk* GA 2014, 73, 78; siehe auch *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 17, 4 f.: Wenn Strafnormen als Bewertungsnormen ein Verhalten missbilligten, handle es sich regelmäßig um eine „akzessorische Wiederholung vorstrafrechtlicher Normen“.

⁸¹⁸ Für einen Perspektivenwechsel hin zur Strafandrohung auch *Schünemann* in: Positive Generalprävention S. 109, 120; *Frisch* GA 2019, 537, 543 ff., 545 f.: Die Strafandrohung sei stark unterthematziert. Sie sei jedoch nur legitimierbar, wenn auch die Realisierung legitimierbar ist. Dies ist zu bejahen, da die Drohung anderenfalls leerliefe und das staatliche Schutzprogramm ansonsten „praktisch auf den Status einer unabwehrten Rechtsordnung“ zurückfiele; ähnlich *Hörnle* Handbuch Bd. 1 § 12 Rn. 33: Das Strafgesetz ist sonst „leere Drohung“; *dies.* FS Neumann S. 593, 598; *Kaspar* Präventionsstrafrecht S. 861 f.; *Kudlich* ZStW 127 (2015) 635, 648.

⁸¹⁹ *Herzberg* GA 2016, 737, 744; *Schünemann* in: Bausteine S. 149, 166. Da Menschen meist in erster Linie ihren eigenen Vorteil im Blick haben werden, erfolgt ein Verzicht auf die eigene Handlungsfreiheit in der Regel auch erst, wenn dafür ein Nachteil droht. Es kann hingegen für den Einzelnen rational sein, Normen, die allseitig vorteilhaft sind, nicht zu befolgen, vgl. *Kindhäuser* Gefährdung S. 154 ff.

⁸²⁰ *Maurach/Zipf* AT 1 § 19 Rn. 32; Hervorhebung nicht im Original; treffend auch *Renzikowski* in: Juristische Grundlagenforschung S. 115, 119: „Dort, wo sich alle bereits aus moralischen Gründen richtig verhalten, sind Rechtsnormen überflüssig. Rechtsnormen entfalten ihre Wirkung erst da, wo moralische Überzeugungen brüchig geworden sind oder wo die Versuchung zum Normbruch überhand zu nehmen droht. Hier versucht das Recht, durch die Androhung einer Sanktion ein wirksames Gegengewicht zu der Motivation des Adressaten zu setzen. Rechtsnormen werden als Rechtsnormen befolgt, um unliebsame Rechtsfolgen zu vermeiden“.

Strafe zuzuschreiben. Die Aussicht auf Strafbarkeit und Strafe ergibt innerhalb der komplexen Entscheidungsmechanismen⁸²¹ ein zusätzliches Motiv für den Täter zum normgemäßen Handeln,⁸²² einen „klugheitsbezogenen“, nicht „moralbezogenen“ Grund⁸²³. Verhaltensnorm und Strafandrohung haben in ihrer *Kombination* die rechtspolitische Funktion, das menschliche Verhalten zu beeinflussen.⁸²⁴ Die Strafandrohung dient damit dem Schutz der durch die Verhaltensnorm geschützten Rechtsgüter.⁸²⁵ Diese Strategie entspricht im Übrigen regelmäßig dem Vorgehen des Gesetzgebers: Dieser erlangt den Eindruck, ein Verhalten beginne das Gemeinschaftsleben erheblich zu stören, und stellt dieses unter Strafe, um die Störung zu verhüten.⁸²⁶ Aus der rechtsgüterschützenden Perspektive *ex ante* erscheinen also Verhaltensnorm und Strafandrohung nicht trennbar.

b) Einheitliche verfassungsrechtliche Legitimation von „Verhaltens- und Sanktionsnorm“

Ein ähnliches Bild ergibt sich, wenn man die Legitimation dem Betroffenen gegenüber ins Auge fasst. Bei der verfassungsrechtlichen Legitimation und damit auch bei der die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen berücksichtigenden rechtsdogmatischen Be-

⁸²¹ Hörnle Handbuch Bd. 1 § 12 Rn. 32.

⁸²² Vgl. Böse in: Rechtsgutstheorie S. 89, 93: Die Strafbewehrung bezweckt es, die Freiheit des Adressaten, sich für oder gegen die Befolgung der Norm zu entscheiden, weitestgehend einzuschränken; (milder) Frisch FS Schünemann S. 55, 63 ff.: „Wirkung durch von der Tat abhaltendes Rechtsbewusstsein“; ders. NSTZ 2016, 16, 17 m.w.N.; ders. GA 2019, 537, 543 ff., 552 f.: der Mensch wird als empirisches Wesen angesehen; Gallas FS Bockelmann S. 155, 158: Verhaltensnorm und Strafandrohung seien „generell motivierend“; Greco Lebendiges S. 359 ff., 379 ff., 419 f.; Herzberg GA 2016, 737, 743; ders. ZIS 2021, 420 ff.; Hörnle in: Empirische Fundamente S. 105, 114; dies. Handbuch Bd. 1 § 12 Rn. 32; dies. FS Neumann S. 593, 596; Kuhlen in: Positive Generalprävention S. 55, 60 f.; Schlehofer MK Vor § 32 Rn. 8; Schünemann in: Positive Generalprävention S. 109, 118 ff.; ders. Nulla poena S. 13 f. Die Strafandrohung kommuniziert überdies den hohen Wert des Rechtsguts, vgl. Böse in: Rechtsgutstheorie S. 89, 91; Frisch FS Schünemann S. 55, 60, 63 ff.; ders. GA 2019, 537, 544, was sich bereits daraus zeige, dass die Strafandrohung nicht primär an Abschreckungsbedürfnissen, sondern insbesondere an der Missbilligungswürdigkeit orientiert sind.

⁸²³ Greco Lebendiges S. 419; Hörnle in: Empirische Fundamente S. 105, 114: der Mensch kann auch die Perspektive des Vor- und Nachteile verrechnenden *homo oeconomicus* einnehmen; dies. Handbuch Bd. 1 § 12 Rn. 21; dies. FS Neumann S. 593, 596.

⁸²⁴ Vgl. Gallas FS Bockelmann S. 155, 158; Hörnle Handbuch Bd. 1 § 12 Rn. 29; dies. FS Neumann S. 593, 596: diese Strategie ist auch plausibel und empirisch hinreichend untermauert.

⁸²⁵ Gallas in: Beiträge S. 1, 4 f.; Herzberg GA 2016, 737, 744: die Sanktionsnorm, welche eine Geld- oder Freiheitsstrafe androht, „schreckt wirksam ab“ und schützt damit effektiv das entsprechende Rechtsgut; Hörnle FS Neumann S. 593, 596; Kaspar Präventionsstrafrecht S. 638 ff., 861 f.; Kudlich JZ 2003, 127, 129; Mitsch JuS 2018, 1161, 1162; Rudolphi in: Grundfragen S. 69, 71; Schmidhäuser Sinn der Strafe S. 65 ff.; Schünemann Nulla poena S. 13 f.; ders. FS Herzberg S. 39, 41; ders. in: Positive Generalprävention S. 109 ff., 117 ff. 120: „Androhungsgeneralprävention“; ders. FS Lüderssen S. 327, 342; siehe auch Frister AT 2/10.

⁸²⁶ Schmidhäuser Sinn der Strafe S. 88, 112; siehe auch Frisch GA 2019, 537, 543 f.: „das zeigt jede rechtspolitische Diskussion um die Pönalisierung bestimmten Verhaltens“.

stimmung der Grenzen des Tatbestandes ist zu beachten, dass Verhaltens- und Sanktionsnorm in eng verschränkter Wechselwirkung stehen.⁸²⁷ Hinsichtlich der Legitimation der *Verhaltensnorm* darf nicht übersehen werden, dass ihre Nichtbeachtung mit besonders gravierenden Rechtsfolgen verbunden ist.⁸²⁸ Spiegelbildlich für die Legitimation der *Sanktionsvorschrift*: Es muss stets bedacht werden, dass durch die Strafandrohung die Ausübung bestimmter Verhaltensweisen zusätzlich eingeschränkt wird. Der strafrechtliche Eingriffscharakter ergibt sich damit erst aus dem Bezug zwischen Verhaltensnorm und Strafandrohung. Die strafbewehrte Verhaltensnorm als Norm, die „mit den Mitteln des Strafrechts erzwungen werden soll“,⁸²⁹ ist trotz der theoretischen Trennbarkeit ihrer Bestandteile auch eine Einheit,⁸³⁰ die die Freiheit des Adressaten in „qualitativ anderer Form“ einschränkt als eine bloß außerstrafrechtliche Norm.⁸³¹ Überdies „macht es keinen Sinn, eine Sanktionsnorm ohne Blick auf die zugrunde liegende Verhaltensnorm zu untersuchen“,⁸³² also unabhängig von denjenigen Gesichtspunkten, die zu der Unwertigkeit des Verhaltens führen. Denn die Verhaltensnorm ist nicht nur präventiv wirkende Bestimmungsnorm, sondern gleichzeitig Bewertungsnorm. Wenn die Strafe nicht reine Zweckstrafe sein will, sondern *tat- und schuldproportional*, kommt es hierfür gerade auf

⁸²⁷ Es ist hingegen zirkulär, diesen Erwägungen entgegenzuhalten, dass Verhaltens- und Sanktionsnorm unterschiedlichen Zwecken dienen (*Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 626), denn genau dieses Argumentationsergebnis wird hier ja bestritten.

⁸²⁸ Siehe *Böse* in: Rechtsguttheorie S. 89, 91; *Dannecker/Schuhr* LK § 1 Rn. 334; *Greco* GA 2019, 684, 703 *et passim*; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 170 f.; *Jescheck/Weigend* AT § 24 I 1 m. Fn. 2; *Kaspar* Präventionsstrafrecht S. 364; *Kudlich* JZ 2003, 127, 129; *ders.* ZStW 127 (2015) 635, 648; *Puschke* Legitimation S. 158 f.: Insbesondere der mit der Strafe verbundene *Vorwurf* erhöht die Eingriffsintensität der Verhaltensnorm; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 1h; **dagegen** *Rostalski* Tatbegriff S. 69. *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 627 bringen zwar vor, dass Verhaltensnorm und Sanktionsanordnung nie kumulativ Anwendung fänden, doch gilt dies nicht für Verhaltensnorm und Sanktionsandrohung. Zudem mag derjenige, der die Verhaltensnorm übertritt, zwar faktisch nicht durch diese in seiner Freiheit eingeschränkt sein. Damit schwenkt *Freund* jedoch von der sonst hochgehaltenen *normativen* Betrachtung plötzlich auf eine *faktische*. Denn *normativ* wurde auch die Freiheit des Normübertreters beschränkt; vgl. dazu auch *Kindhäuser* FS Rengier S. 49, 55: „Das Strafrecht überlagert also den faktischen Verhaltensspielraum einer Person durch einen normativen“.

⁸²⁹ *Stächelin* Strafgesetzgebung S. 164; zustimmend *Kudlich* ZStW 127 (2015) 635, 648.

⁸³⁰ *Dannecker/Schuhr* LK § 1 Rn. 334; *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 91; *Hörnle* Handbuch Bd. 1 § 12 Rn. 29; *Jescheck/Weigend* AT § 24 I 1 m. Fn. 2, dies gilt im Übrigen auch für die mit einer Sanktion versehenen Normen des öffentlichen und bürgerlichen Rechts; *Kaspar* Präventionsstrafrecht S. 364, 367, 370, *Kudlich* JZ 2003, 127, 129; *Kudlich* ZStW 127 (2015) 635, 648; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 1h; *Schünemann* in: Positive Generalprävention S. 109, 118 ff.; *Stächelin* Strafgesetzgebung S. 164; **hiergegen** polemisch *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 626: „legitimatorischer Eintopf“.

⁸³¹ *Kudlich* ZStW 127 (2015) 635, 648; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33n; siehe auch § 2 Rn. 1h: qualitative Besonderheit des Strafrechts; *Böse* in: Rechtsguttheorie S. 89, 91; *Puschke* Legitimation S. 161.

⁸³² So *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 90 f.; auch *Kaspar* Präventionsstrafrecht S. 370, 381; *Kudlich* ZStW 127 (2015) 635, 648; die **Kritik** *Rostalskis*, auf diese Weise könne auch erlaubtes Verhalten sanktioniert werden, sodass „bloßer Gewaltanwendung“ seitens des Staates Tür und Tor geöffnet sei (Tatbegriff S. 69 f.), kann vor diesem Hintergrund nicht überzeugen. Die hier vertretene Konzeption führt nicht dazu, dass unverbote Verhaltensweisen bestraft werden, sondern im Gegenteil *nicht jede verbotene* Verhaltensweis Kriminalstrafe nach sich zieht. Die Normwidrigkeit ist *notwendige, aber nicht hinreichende* Bedingung der Strafbarkeit.

das durch die Verhaltensnorm als Bewertungsnorm ausgedrückte Handlungsunrecht an.⁸³³

Wenn man also überlegt, ob derjenige, der eine Gefahr geschaffen hat, *als Ingerenzgarant* zu deren Abwendung verpflichtet werden kann, muss bedacht werden, dass ein Zuwiderhandeln gegen diese Verpflichtung (also die Unterlassung der gebotenen Rettung) gemäß § 13 I StGB zu begehungsgleicher Bestrafung führt. Der Handlungsspielraum des Verpflichteten in der konkreten Situation wird nicht nur dadurch eingeschränkt, dass ihm bestimmtes Rettungsverhalten geboten wird, sondern dass er im Falle der Unterlassung mit begehungsgleicher Strafe rechnen muss.

c) Aushöhlung verfassungsrechtlicher Garantien

Durch die künstliche Trennung der Zwecke darf insbesondere der Grundrechtsschutz (bzw. der Schutz grundrechtsgleicher Rechte) nicht verringert werden. Hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der „Sanktionsnorm“ droht dabei erstens die Verhältnismäßigkeitsprüfung marginalisiert zu werden,⁸³⁴ indem durch die Aufspaltung der Prüfung, wie oben beschrieben, die besonderen Qualität des Eingriffs durch die „einheitliche Strafnorm“ geleugnet wird.⁸³⁵ Überdies ergeben sich Zweifel hinsichtlich des Gebotes gesetzlicher Bestimmtheit. So zwingt die weitreichende (vorstrafrechtliche) Legitimation von Verhaltensnormen⁸³⁶ dazu, die „Sanktionsnorm“ hinsichtlich der Strafbarkeit der „Verhaltensnormverstöße“ entsprechend einzuschränken. Zwar wird betont, es dürften nur solche Verstöße bestraft werden, die in einer Art. 103 II GG genügenden Weise dem

⁸³³ Die Verhaltensnorm lässt sich also bereits deshalb nicht isolieren, weil sie nicht bloß Bestimmungs- sondern auch Bewertungsfunktion hat und in letzterer maßgebliches Erfordernis der Sanktionsnorm ist.

⁸³⁴ Siehe die berechtigte Kritik bei *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 87 ff.; *Puschke* Legitimation S. 157, 161 m. Fn. 144; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 1h; *Schünemann* in: Rechtsgutstheorie S. 133, 147: „Eckstein einer Ermessensfreiheit des Strafgesetzgebers“. *Schünemann* wirft etwa dem Bundesverfassungsgericht in der Cannabisentscheidung zu Recht einen „Kunstgriff“ vor, es paralysiere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, indem es die Verhältnismäßigkeit des Verbots und die Verhältnismäßigkeit der Strafe getrennt thematisiert (aaO; sowie *ders.* FS Neumann S. 701, 705; ähnlich *Hefendehl* (aaO) zur Konzeption *Lagodnys*); **anders** *Gärditz* Der Staat 49 (2010) 331, 357, der sich jedoch ebenfalls dafür ausspricht, „den Besonderheiten strafrechtlicher Freiheitseingriffe Rechnung zu tragen, [...] die Güterabwägung strafrechtsspezifisch zu konturieren“.

⁸³⁵ Dies gilt im Übrigen auch für die Konturierung der „Garantenpflichten“ durch die Wissenschaft: Wenn man nur auf die „fertige“ Verhaltensnorm blickt und hinsichtlich bestimmter Strafzwecke fragt, ob die Durchsetzung der Verhaltensnorm verhältnismäßig ist, ist die Filterwirkung dieser zweiten Stufe äußerst fragwürdig; → Kapitel 3 § 2 G IV 2 a), b).

⁸³⁶ Damit ist gemeint die Legitimation von Verhaltensnormen weit über den tatbestandlichen, und damit strafrechtlich relevanten, Bereich hinaus.

Tatbestand unterfallen.⁸³⁷ *Freund* meint damit jedoch bloß, „der qualitativ gemeinte Verhaltensnormverstoß“⁸³⁸ müsse dem Tatbestand „der Art nach“⁸³⁹ unterfallen.⁸⁴⁰ Diese Konzeption bildet also losgelöst vom Gesetz Verhaltensnormen und fragt im zweiten Schritt bloß formal, ob der Verstoß gegen diese noch irgendwie im geschriebenen Strafgesetz erkennbar ist, anstatt (richtigerweise⁸⁴¹) die gesetzlichen Tatbestände als Ausgangspunkt zu nehmen. Damit wird der gesetzliche Tatbestand bloß als kaum tauglicher Filter über das gefundene Abwägungsergebnis gelegt und so seiner eigentlichen Funktion, das strafwürdige, sozialschädliche Unrecht zu bestimmen,⁸⁴² beraubt.⁸⁴³ Kurz gesagt: Man findet also von anderweitig begründeten Ergebnissen zum Wortlaut zurück, hätte die Ergebnisse jedoch vom Wortlaut aus nie gefunden. Letztlich liegt hierin einerseits ein Rückschritt *zur* Dogmatik *Belings*,⁸⁴⁴ welcher den Tatbestand bloß als wertfreie Umschreibung der Typizität, nicht jedoch als teleologisch geformte Unrechtsvertypung⁸⁴⁵ verstand, andererseits sogar ein Rückschritt *hinter* diese Dogmatik, indem der Tatbestand nur „Normverletzungen“, nicht aber alltagssprachlich darstellbare Geschehnisse in Bezug nimmt und so – wie oben dargelegt – seiner rechtsstaatlichen Aufgabe nach Art. 103 II GG nicht mehr nachkommen kann. Das mag man vertreten, wenn man mit *Rostalski* die Ansicht vertritt, Art. 103 II GG diene nicht dem Freiheitsschutz des Einzelnen durch die Vorhersehbarkeit von Verbot und Sanktion: Da die Sanktionsnormen nur an den Rechtsanwender adressiert seien, richte sich der Bestimmtheitsgrundsatz auch nur an die staatlichen Organe.⁸⁴⁶ Dies mag zwar formal rechtstheoretisch zutreffen, hat mit rechtsstaatlicher Bestrafung allerdings nichts mehr zu tun.⁸⁴⁷

⁸³⁷ Siehe besonders *Freund* FS Maiwald S. 211; hiermit wird erstaunlicherweise Art. 103 II GG als Argument für die eigene Konzeption vorgebracht.

⁸³⁸ *Freund* MK § 13 Rn. 67; siehe auch *ders.* FS Herzberg S. 225, 236 f.

⁸³⁹ *Freund/Rostalski* GA 2018, 264, 269.

⁸⁴⁰ Die Sanktionsnorm diene nur der Auswahl der zu bestrafenden – materiell bereits begründeter – Verhaltensnormverstöße, *Freund* Erfolgsdelikt S. 114; näher *ders.* MK Vor § 13 Rn. 31 ff.: formelle Begrenzung; deutlich auch § 13 Rn. 53: „und *zudem* der Wortlaut des entsprechenden Strafgesetzes [...] die Erfassung noch zulässt“. Hervorhebung nicht im Original.

⁸⁴¹ Siehe → § 2 C II, § 3 B IV 3 e); sowie BVerfGE 133, 168, 205: Auszugehen ist im ersten Schritt vom Wortlaut der Vorschrift; siehe auch *Puppe* Schule S. 166, 170: Ausgangspunkt und vorrangiger Gesichtspunkt bei der Auslegung.

⁸⁴² *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 16 ff.; *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 163.

⁸⁴³ Vor dieser Gefahr warnt auch *Kühl* JuS 1980, 506, 507. – Ironischerweise *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 619: „Ein normentheoretisches Konzept ohne eine materielle Verankerung im Recht droht zu einem theoretischen Glasperlenspiel zu werden und beliebige Ergebnisse zu produzieren“.

⁸⁴⁴ *Beling* Verbrechen S. 115 ff., 145 ff., der davon ausgeht, „daß der Tatbestand rein ist von allen Rechtswidrigkeitsmomenten, daß die Rechtswidrigkeit nicht in der Tatbestandsmäßigkeit liegt“ (S. 145). Es verhalte sich mit Rechtswidrigkeit und Tatbestandsmäßigkeit wie mit zwei sich schneidenden Kreisen (S. 146).

⁸⁴⁵ Etwa *Gallas* Studien S. 46.

⁸⁴⁶ *Rostalski* Tatbegriff S. 88 ff., insbesondere 89 f.; die Sanktionsnorm allein als Ermächtigungsnorm ansehend auch *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 620 f.

⁸⁴⁷ Dagegen sprechen neben der bedeutsamen rechtsstaatlichen *Funktion* des Art. 103 II GG zudem seine *systematische* Stellung im Kontext der grundrechtsgleichen Rechte sowie der *historische* Kontext der Kodifizierung dieser Artikel in Ablehnung der strafrechtlichen Willkür der dreißiger und vierziger Jahre. Die

Auf die Spitze getrieben wird die Argumentation bei *Gössel*, der wie bereits *Maurach* eine endlos weite vorstrafrechtliche Verhaltensnorm annimmt⁸⁴⁸ und daraus folgert, die Garantenstellung als Strafbarkeitseinschränkung *bona parte*m müsse sich nicht an Art. 103 II GG messen lassen.⁸⁴⁹ Es kann jedoch dafür, ob ein Merkmal strafbegründend oder strafeinschränkend wirkt, nicht auf die – mitunter zufällige – Formulierung des Gesetzes ankommen. Diese Lehre ließe sich *ad absurdum* führen, indem man einen „Schurkenparagrafen“⁸⁵⁰ statuierte und jedes weitere Tatbestandsmerkmal als Strafbarkeitseinschränkung begreifen würde.⁸⁵¹ Speziell bei den unechten Unterlassungstatbeständen ist die Einschränkung *notwendige Bedingung für deren verfassungsmäßige Existenz* überhaupt⁸⁵² – diese müsste *Gössel* ohne die Bestimmung der Garantenstellung verneinen. So meint er selbst, ein Gebot, jegliche vermeidbare Verletzung zu verhindern, sei „sozial unerträglich“.⁸⁵³ Damit beruht die Konzeption *Gössels* nicht bloß auf der spekulativen Annahme eines sehr weiten Norminhalts, sondern auf der Annahme eines grundsätzlich nach Art. 2 I GG untragbaren Norminhalts. Die Garantenstellung kann nicht Einschränkung eines Straftatbestand sein, für dessen verfassungsmäßige Legitimität sie selbst Voraussetzung ist.⁸⁵⁴

Diese weitreichende „Legitimation“ von Verhaltensnormen beruht weitestgehend auf der Annahme einer nicht positivierten, dem Strafgesetz vorgelagerten Normordnung. Dies

Frage kann hier nicht vertieft werden. Wie fragil diese Argumentation ist, zeigt sich schon daran, dass sie zusammenbricht, wenn man die Strafvorschriften auch als Duldungspflichten für den Bürger denkt (vgl. etwa *Pawlik* Unrecht S. 116; siehe auch *Zaczyk* GA 2014, 73, 83: „Rechtsstab, an den sich die Sanktionsnorm *angeblich* allein richtet“; Hervorhebung nicht im Original). Doch darauf kommt es nicht einmal an: Die Grundrechtsdogmatik hat sich längst von der Vorstellung verabschiedet, ein Grundrechtseingriff könne nur unmittelbar rechtsförmig geschehen. Für die Freiheitsbelastung beim Einzelnen kommt es nicht darauf an, ob er nun rechtstheoretisch formal adressiert wird oder eben nicht. Im Übrigen könnte der Gesetzgeber sonst durch die formale Ausgestaltung der Norm verfassungsrechtliche Garantien umgehen.

⁸⁴⁸ *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 39 Rn. 3; § 46 Rn. 19.

⁸⁴⁹ *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 16, 19, 28 f.; im Anschluss an *Maurach* AT § 46 III A 1 b): Das Täterverhalten sei bei den Unterlassungsdelikten ebenso bestimmt wie beim den Begehungsdelikten, „wenngleich in einer die Haftung überdehnenden Weise“. *Maurach* insoweit zustimmend *A. Böhm* Rechtspflicht S. 46; sowie *Fuhrmann* GA 1962, 161, 172: Die vom Gesetzgeber ursprünglich sanktionierte Gleichstellung von Handeln und Unterlassen werde auf den Personenkreis der Garanten beschränkt; f. *Wolf* Strafbarkeit S. 213; siehe auch *Vogt* ZStW 63 (1951) 381, 411.

⁸⁵⁰ Begriff nach *Beling* Verbrechen S. 22: „Jeder Schurke wird ... bestraft“.

⁸⁵¹ Siehe auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 68 f. Zu Recht kritisch weiterhin *Androulakis* Studien S. 248; *S. Böhm* Garantenpflichten S. 97; *Jakobs* AT 29/4; *Arm. Kaufmann* JuS 1961, 173, 176; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 278 f.; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 2; § 13 StGB liege keine Jedermannspflicht zugrunde; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 143 f.

⁸⁵² Dass es in höchstem Maße freiheitswidrig wäre, jeden abwendungsfähigen Unterlassenden gleich einem Begehungstäter zu bestrafen, ist evident. Ausführlicher v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 183 ff.

⁸⁵³ *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 19; Rn. 23: die Garantenstellung sei Strafbarkeitsvoraussetzung; ebenso *Maurach* AT § 46 III A 1 b).

⁸⁵⁴ Wenn *Gössel* indes meint, es liege keine unerträgliche Ausweitung der Normbefehle und der Strafbarkeit vor, weil erst die tatbestandlich erfasste Normwidrigkeit Strafbarkeit auslösen könne, so ist dieser Einwand zirkulär. Denn die Eingrenzung der tatbestandlich erfassten Normwidrigkeit beruht ja wieder auf dem unbestimmten Merkmal der Garantenstellung, welches dann *jedenfalls* auf Ebene der Sanktionsnorm strafbarkeitsbegründend sein muss.

geht zurück auf *Bindings* Argumentation, der Täter übertrete das Strafgesetz nicht, sondern erfülle es.⁸⁵⁵ Dieses Argument ist allerdings „reichlich formalistisch“.⁸⁵⁶ Eine solche vorgelagerte Normordnung ist zudem bloße Fiktion und bleibt „ungreifbar zwischen Recht und Moral in der Schweben“.⁸⁵⁷ Indem der Rechtsanwender die Abwägung der „Verhaltensnormen“ selbst und unabhängig vom geschriebenen Recht vornähme,⁸⁵⁸ entzieht er den Bereich der Verbote und Gebote der demokratischen Willensbildung.⁸⁵⁹ Die Einschätzung, welche Interessen schutzbedürftig sind, obliegt – im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben – dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber,⁸⁶⁰ der wie oben beschrieben⁸⁶¹ nicht „rein reaktiv“ wirkt, sondern im Strafgesetz vormals unbekannte Pflichten erzeugen kann. Es gibt daher keinen zwingenden normativen Grund,⁸⁶² die „Verhaltensnormordnung“ als ungeschriebene, „rechtsgebietsübergreifende“⁸⁶³, dem Strafrecht vorgelagerte anzusehen.

⁸⁵⁵ *Binding* Normen I S. 4, 36 f., 42, 45; so auch *Freund/Rostalski* GA 2020, 617 f.; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 39 Rn. 3.

⁸⁵⁶ So zutreffend *Schroeder* FS Otto S. 165, 166.

⁸⁵⁷ *Herzberg* GA 2016, 737, 751 bzw. 753. **Dagegen** wieder *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 621 ff., die ihrerseits *Herzberg* einen unkritischen Gesetzespositivismus vorwerfen (siehe auch *Freund* MK Vor § 13 Rn. 328: „schiere Gewalt“) – Aber *jedenfalls* die Frage, *inwieweit* die Missbilligung *strafrechtlich* relevant ist, muss eben durch das positive Recht beantwortet werden. Auch der Vorwurf, *Herzberg* verspiele das Potential zur *kritischen* Überprüfung des positiven Rechts und vertraue dem gesetzgeberischen Handeln ungeprüft, geht fehl: Denn es ist etwas Anderes, ob man verfassungsrechtliche oder überpositivistische *kritische Maßstäbe* an geltendes Recht anlegt oder ob man dieses ohne jeden Anhaltspunkt aus diesen übergesetzlichen Maßstäben begründet. *Freund/Rostalski* setzen hier ausdrücklich die „rechtliche[...] Legitimierbarkeit und Geltung“ der Pflicht gleich (S. 623). Auch wenn man die Legitimierbarkeit der Verhaltensnorm als *notwendige* Voraussetzung ansieht, ist dies noch nicht *hinreichende* Voraussetzung. Auch wenn *Freund* MK Vor § 13 Rn. 28 der Gegenansicht ein „armseliges Rechtsverständnis“ vorwirft, indem diese für die Konturierung einer Verhaltensordnung auf eine positivrechtlich normierte Zwangsmaßnahme angewiesen seien, kann dies nicht durchgreifen, da sich *Strafrechtswissenschaft* und *Strafrechtsprechung* eben mit dieser positivrechtlich normierten (Art. 103 II GG!) Zwangsmaßnahme beschäftigen und sich nicht isoliert für Verhaltensnormverstöße interessieren, sondern nur insoweit diese Voraussetzung für die Rechtsfolge Strafe sind. Siehe auch die **Antikritik** von *Herzberg* ZIS 2021, 420, 423 f., der zu Recht die Leistungsfähigkeit der Normentheorie nach *Freund/Rostalski* anzweifelt.

⁸⁵⁸ Dass *im Anschluss* an das positive Recht Abwägungen erforderlich sind – man denke nur an die Sorgfaltswidrigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt – kann nicht bestritten werden.

⁸⁵⁹ Besonders **kritisch** *Herzberg* ZIS 2021, 420, 424: „Für die Autorin [Rostalski] kommt es also nicht auf die Artikel des Grundgesetzes an, sondern auf die Marburger Normentheorie, die aber ins Grundgesetz bilang nicht aufgenommen worden ist“.

⁸⁶⁰ Siehe BVerfGE 127, 267, 408 f.; *Appel* Verfassung S. 204; *Gärditz* Der Staat 49 (2010) 331 ff.; *Weigend* LK Einl. Rn. 2.

⁸⁶¹ → II 3.

⁸⁶² *Herzberg* GA 2016, 737, 750; siehe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 32: keine Veranlassung, die Normen aus dem Strafrecht „zu verbannen“; das BVerfG meint ebenfalls: „Eine Rechtsgemeinschaft gibt sich durch das Strafrecht einen in ihren Werten verankerten *Verhaltenskodex*, dessen Verletzung nach der geteilten Rechtsüberzeugung als so schwerwiegend und unerträglich für das Zusammenleben in der Gemeinschaft gewertet wird, dass sie Strafe erforderlich macht“, BVerfGE 123, 267, 408, Hervorhebung nicht im Original.

⁸⁶³ So die Bezeichnung durch *Greco* GA 2019, 684, 693.

d) Beschränkte inhaltliche Aussagekraft normentheoretischer Modelle

Letztlich sind normentheoretisch viele Modelle konstruktiv denkbar⁸⁶⁴ – ob sie auch überzeugen, ist eine andere Frage.⁸⁶⁵ Normentheoretische Erwägungen können materielle Strafrechtsprobleme allein nicht lösen, sondern nur die Fragestellung strukturieren. „Die Normentheorie ist keine Quelle von Gründen, sondern dient der Darstellung und Kontrolle von anderweitig gewonnenen Gründen“.⁸⁶⁶ Daher können das Strafrechtssystem sowie die inhaltlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit nicht von einer nicht stringent herleitbaren Bestimmungsnorm abhängig gemacht werden, die deutlich weiter reicht, als nach dem Straftatbestand sanktionierbar ist.⁸⁶⁷ Weil der Richter nicht wissen will, ob der Angeklagte gegen Rechtspflichten verstoßen hat, sondern ob und wie er zu bestrafen ist, bezweckt das Strafrecht nicht die Überprüfung des Verhaltens auf seine Vereinbarkeit mit sämtlichen Ge- und Verboten der Rechtsordnung, sondern beschränkt sich auf diejenigen, die im Hinblick auf die Rechtsfolge *Strafe* von Bedeutung sind.⁸⁶⁸

⁸⁶⁴ Etwa *Kindhäuser* und *Vogel* haben ein abweichendes Konzept der Verhaltensnormen vorgelegt, welche diese als *Erfolgsvermeidungsgebote* interpretieren und die Frage, ob dem Betreffenden diese Vermeidung möglich war, der „Zurechenbarkeit“, also der „Sanktionsnorm“ zuweisen. Siehe dazu *Kindhäuser* Gefährdung S. 29 ff.; *ders.* GA 1994, 197 ff.; *ders.* GA 2007, 447 ff.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 27 ff., 57 ff. Auch ließe sich bei den Ge- Und Verboten der Vorsatzdelikte ein subjektiverer Norminhalt annehmen, welcher den Vorsatz des Täters beinhaltet (etwa *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 43; *H. Schumann/A. Schumann* FS Küper S. 543, 546; *Weigend* FS Gössel S. 129, 131; dagegen *Frisch* Vorsatz S. 90 f.). Siehe hinsichtlich der Unsicherheit der Zuordnung eines Kriteriums zur Verhaltens- oder Sanktionsnorm auch die Überlegungen von *Haffke* (in: Bausteine S. 89, 94 f.) zur Verhaltensnorm von § 242 StGB; sowie Erwägungen von *Engisch* (FS Eb. Schmidt S. 90, 102) hinsichtlich des finalistisch geprägten Norminhalts bei *Arm. Kaufmann*; außerdem *Kindhäuser* FS Maiwald S. 397, 403 m. Fn. 15.

⁸⁶⁵ *Kuhlen* GA 1990, 477, 480; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33m.

⁸⁶⁶ *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33m f.; siehe auch *Renzikowski* FS Gössel S. 3, 13; *ders.* in: Juristische Grundlagenforschung S. 115, 136 f.; **and**ers wohl *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 632: „eigenständige Straftatlehre“.

⁸⁶⁷ *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33m; *Schünemann* in: Grundfragen S. 1, 61 ff.: aus Werturteilen sind Bestimmungsnormen ableitbar und umgekehrt. Jedoch können aus einer Bewertungsnorm ganz verschiedene Bestimmungsnormen entwickelt werden; *ders.* FS Schaffstein S. 159, 173, es hat keinen Wert, spekulativ Verhaltensnormen herzuleiten, die nach den Tatbeständen des StGB überhaupt nicht bestraft werden können; siehe auch *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 83 *et passim*; sowie bereits *Hegler* ZStW 36 (1915) 19, 25: „Aber einmal führt dies ins Ungewisse und Unbestimmte, wenn man diese Normen nun im Einzelnen formulieren will, was umso bedenklicher ist, wenn man hieran praktische Konsequenzen knüpft“; **and**ers hingegen *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 74: Verhaltensnormen, die mehr verbieten als bestraft werden kann, seien nicht schädlich, im Gegenteil sei es „dysfunktional“, Erwägungen, die den Gesetzgeber zur Sanktionierung eines Verhaltens veranlasst haben, bei der Bestimmung der Verhaltensnorm einfließen zu lassen.

⁸⁶⁸ Vgl. bereits *Grünhut* FG Frank I S. 1, 7; außerdem etwa *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 83 und öfter; *Haffke* in: Bausteine S. 89, 93: Fragen von Straftatsystem und Strafrechtsdogmatik bewegen sich auf dem „Terrain der Sanktionsnorm“; *Schild* NK Vor § 25 Rn. 3: Die *bloße* Verhaltensnormverletzung ist zwar Voraussetzung der Strafbarkeit, besagt jedoch für sich noch nichts über die Erfüllung der Straftatbestände des StGB; *Vogel* Norm und Pflicht S. 32; zu weitgehend *Pawlik* FS Jakobs S. 469, 477 m. Fn. 54, der meint, die Verbrechenslehre sei im Gegenteil „streng unter dem Gesichtspunkt des Rechtsanwendungsprozesses zu konzipieren“. Hierdurch wird den Bedürfnissen präventiven Rechtsgüterschutzes nicht hinreichend Rechnung getragen (was bei *Pawlik* freilich intrasystematisch konsequent ist, vgl. aaO S. 479).

e) Tatbestand als Leitkategorie

Zwar könnte man *theoretisch* auch zuerst die Verhaltensnorm definieren und in einer zweiten Stufe prüfen, ob sie von der Sanktionsnorm erfasst sind. Doch auch ein Modell, das außerstrafrechtliche Normen heranzieht, *müsste* diese, wenn sie zur Sanktionierung von Verhalten dienen, in das Strafrecht inkorporieren und strafrechtsspezifisch auslegen.⁸⁶⁹ Die Voraussetzungen der Verhaltensnorm müssten sich daher, soweit sie strafbarkeitskonstitutiv sind, aus dem strafrechtlichen Tatbestand erkennen lassen. Es könnten nur diejenigen normwidrigen Verhaltensweisen von der „Sanktionsnorm“ in Bezug genommen werden, die durch diese bezeichnet und damit gesetzlich bestimmt sind, Art. 103 II GG, ansonsten würde dieser Grundsatz schlicht durch die normentheoretische Unterscheidung ausgehebelt.

In jedem Fall müssen im Rahmen der strafrechtlichen Sanktionsnorm *umfassende* Erwägungen angestellt werden, sodass die Verhaltensnormbegründung im besten Fall „Rohmaterial“⁸⁷⁰, also eine „Vorsortierung“ der Materie ist, die sodann nach spezifisch strafrechtlichen Gesichtspunkten zu formen ist.⁸⁷¹ Es muss in jedem Fall zusammengeführt werden, was zunächst gedanklich getrennt wurde.⁸⁷² Speziell hinsichtlich der Garantengebote kann man also nicht auf der Ebene der Verhaltensnorm die besondere Verpflichtung des Garanten mit seiner Handlungsfreiheit abwägen, um auf zweiter Ebene zu überlegen, ob speziell das Sanktionsmittel der Kriminalstrafe die richtige Reaktion auf die Normverletzung ist. Die „legitimierte Verhaltensnorm“ darf nicht blind als „Paket“ auf die Ebene der Sanktionsnorm übertragen werden, sondern müsste für die Begründung der Bestrafbarkeit wieder „aufgeschnürt“ werden.⁸⁷³ Im besten Fall ist ein solches Verfahren unökonomisch.⁸⁷⁴

⁸⁶⁹ Vogel Norm und Pflicht S. 130. Auch ein solches Verweisungsmodell würde damit in der Sache strafrechtliche Normen bilden.

⁸⁷⁰ H.-L. Günther Strafrechtswidrigkeit S. 156.

⁸⁷¹ Vgl. auch Haffke in: Bausteine S. 89, 93: „Sämtliche Merkmale der Verhaltensnormwidrigkeit müssen erst durch den Filter [...] der Sanktionsnorm geschleust werden“. So ist wohl auch Hörnle Handbuch Bd. 1 § 12 Rn. 31 f. zu verstehen, die zuerst die Verhaltensnorm rechtfertigt, dann die „mit Verhaltensnormen verbundenen Sanktionsnormen“.

⁸⁷² Treffend Stächelin Strafgesetzgebung S. 164.

⁸⁷³ Daher geht auch die **Kritik** von Rostalski Tatbegriff S. 69 fehl. Sie meint: „Weil das Eingreifen von Strafe einen Verstoß gegen eine rechtliche Verhaltensnorm zwingend voraussetzt, kann es sich bei der Frage nach der Rechtfertigung einer Sanktionsnorm stets allein um eine nachgelagerte handeln. In jedem Fall bedarf es zunächst der Legitimation der jeweiligen Verhaltensnorm.“ – Das ist zwar rechtstheoretisch zutreffend, hilft jedoch materiell-rechtlich nicht weiter, da auf Ebene der Sanktionsnorm ohnehin umfassend abgewogen werden muss. Wenn Freund/Rostalski GA 2020, 617, 626 meinen, die Legitimationsgründe der Verhaltensnorm seien „weichenstellend“ für die Beantwortung der Frage, inwiefern das normwidrige Verhalten dann sanktioniert werden könne, der Schuldspruch müsse sich „exakt auf die konkret begangene Straftat“ beziehen, so kann dies ebenfalls dahingehend verstanden werden, dass auf der Ebene der Sanktionsnorm *umfassende* Erwägungen angestellt werden müssen.

⁸⁷⁴ Vgl. dazu im Allgemeinen Puppe Schule S. 314 ff.

Indem so lange Verhaltensnormen begründet werden, bis man einen „Glückstreffer“ landet und sich eine Verhaltensnorm als tatbestandlich-strafrechtlich relevant herausstellt. In Wirklichkeit handelt es sich wohl

Anstatt einer solchen „Inbezugnahme“ oder „Inkorporation“, die die strafrechtliche Wertung bloß halbherzig im zweiten Schritt der „Sanktionsnorm“ zu treffen droht, liegt es daher näher, im ersten Schritt vom Tatbestand als spezifisch typisiertem strafrechtlichem Unrecht auszugehen.⁸⁷⁵ Maßgeblich für den Begriff der Straftat muss daher die „Sanktionsnorm“ sein, also der Straftatbestand.⁸⁷⁶ Dies ist bereits eine Frage der Zweckmäßigkeit, da für das Strafrecht nur ein kleiner Teil aller Rechtsverletzungen von Interesse ist.⁸⁷⁷ Der Tatbestand stellt das Ergebnis einer durch den Gesetzgeber getroffenen teleologischen Entscheidung dar, das Verhalten einer Person zu missbilligen *und* zu sanktionieren. Hierfür ist die Feststellung des Verhaltensnormverstößes eine magere Grundlage: Denn die Verbots- bzw. Pflichtwidrigkeit ist *per se* eine bloß formale, „klassifizierende“ Kategorie, die nichts darüber aussagt, aus welchem materiellen Grund ein Verhalten verboten ist. Ein Verhalten ist entweder pflichtgemäß oder pflichtwidrig, rechtmäßig oder rechtswidrig, es steht also im richtigen Verhältnis oder Missverhältnis zur Rechtsordnung.⁸⁷⁸ Ein Mord ist nicht „verbotener“ als ein Diebstahl oder eine strafrechtlich irrelevante Gebrauchsanmaßung“.⁸⁷⁹ Die Pflichtwidrigkeit vermag so zudem keine Quantifizierung des Unwerturteils, das insbesondere auch Grundlage der Strafzumessung ist, zu leisten.⁸⁸⁰

eher um ein Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm, indem die Verhaltensnorm bereits im Hinblick darauf entwickelt wird, ob sie von der Sanktionsnorm erfasst wird. Dann geht man aber doch vom gesetzlichen Tatbestand als gedanklicher erster Prüfungsstufe aus, ohne dies offenzulegen.

⁸⁷⁵ *Roxin/Greco* AT I § 14 Rn. 3: „Das spezifisch strafrechtliche Unrecht ist, weil es einen Straftatbestand voraussetzt, immer eine spezifisch strafrechtliche Materie“. Vgl. auch *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 162 f.: die Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit kommt bereits in den Tatbeständen zum Ausdruck, sodass es daneben keiner weiteren Kategorie der „Strafadäquität“ bedürfe.

⁸⁷⁶ So auch *Amelung* in: Grundfragen S. 85, 87 ff.; *Gallas* Studien S. 44;

⁸⁷⁷ *Maiwald* FS Maurach S. 9, 10: ein „winziger Ausschnitt“ des rechtswidrigen Verhaltens; *Maurach/Zipf* AT I § 19 Rn. 40; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 39 Rn. 7; *Puppe* FS Otto S. 389, 390; *dies.* NK Vor § 13 Nr. 8; siehe auch *Oehler* Zweckmoment S. 91.

⁸⁷⁸ *Kelsen* Reine Rechtslehre S. 379: „Ein Verhalten kann nicht mehr oder weniger einer Norm entsprechen oder widersprechen und daher nicht mehr oder weniger gut oder böse sein. Es kann nur entweder entsprechen oder nicht entsprechen, widersprechen oder nicht widersprechen [...]“. Vgl. zudem *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 51; *Engisch* FS DJT Bd. 1 S. 401, 402; *Gallas* in: Beiträge S. 1, 7; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 160; *Hegler* ZStW 36 (1915) 19, 27 ff.; v. *Hippel* Strafrecht II S. 185; *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 11; *Hörnle* in: Empirische Fundamente S. 105, 114; *Jescheck/Weigend* AT § 24 I 1; *Arth. Kaufmann* Schuldprinzip S. 181; *Kindhäuser* FS Rengier S. 49, 51; *Kühl* FS Kühne S. 15, 24; *Lenckner* Notstand S. 33; *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 19; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 27; *Welzel* Strafrecht S. 52.

⁸⁷⁹ *Kelsen* Reine Rechtslehre S. 379.

⁸⁸⁰ Siehe *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 160; *Hörnle* in: Empirische Fundamente S. 105, 109, 114; *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 5; *Lenckner* Notstand S. 33 f.; *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 19; siehe auch *Samson* FS Grünwald S. 585, 599.

Von dem durch die Pflichtwidrigkeit umschriebenen „Normungehorsam“ ist zu unterscheiden, ob die Tat selbst materiell Unrecht darstellt.⁸⁸¹ So kann etwa von strafrechtlichem, weil strafwürdigem Unrecht gesprochen werden.⁸⁸² In materieller Hinsicht kommt es darauf an, auf welche Art und mit welcher Intensität der Täter in die Freiheitssphäre eines anderen übergreift, auf welche Weise er das Rechtsgut einer anderen Person missachtet. Es geht also um die am Rechtszweck orientierte Betrachtung der Missbilligungswürdigkeit und damit der Strafwürdigkeit eines Verhaltens.⁸⁸³

f) Zwischenergebnis

Die *prinzipielle* Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnorm trifft zwar rechtstheoretisch zu, die *strikte* Unterscheidung jedoch ist nicht bloß stark gekünstelt, sondern materiell strafrechtlich unzutreffend: Es kann stets nur einheitlich entschieden werden,⁸⁸⁴ ob ein Verhalten einer Strafvorschrift unterfällt.

4. Folgerungen für das Einstehenmüssen

Eine *strafrechtsspezifische* Gleichstellung, wie § 13 I StGB sie fordert,⁸⁸⁵ kann daher nicht formal von der Rechtswidrigkeit der Unterlassung, also der Verletzung einer Verhaltensnorm, Erfolgsabwendungs- oder Garantenpflicht ausgehen,⁸⁸⁶ sondern hat ihren notwendigen Ausgangspunkt im *tatbestandlichen Unrecht der unterlassenen Erfolgsabwendung*.⁸⁸⁷ Die Rechtswidrigkeit – die „Garantenpflichtwidrigkeit“ – ist dann bloß das

⁸⁸¹ „Rechtswidrigkeit ist eine reine Relation [...] Unrecht dagegen ist etwas Substantielles“, *Welzel* Strafrecht S. 52; siehe auch *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 51, 58; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 160; *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 11; *ders.* FS Tiedemann S. 145, 149; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 42, der allerdings von „materieller Rechtswidrigkeit“ spricht; *ders./Weigend* AT § 24 III 3; *Arth. Kaufmann* Schuldprinzip S. 181; *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 5; *Kühl* FS Kühne S. 15, 17 ff.: Das Unrecht als „Kern der Straftat“; *Lampe* Unrecht S. 256; *Lenckner* Notstand S. 32 ff.; *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 50; *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 19; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 27; *Roxin/Greco* AT I § 14 Rn. 3, 10; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 144; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 419; *Zimmermann* Handbuch Bd. 2 § 37 Rn. 34, 44; *Zaczyk* Selbstverantwortung S. 26 m. Fn. 106.

⁸⁸² Treffend *Amelung* in: Grundfragen S. 85, 89: Umschreibung des strafbaren Unrechts als gesteigerten Unrechts als Aufgabe des Straftatbestandes; siehe auch *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 51; *Kühl* FS Kühne S. 15, 18 ff. In der Sache findet sich diese Erkenntnis bereits bei *Hegler*, der zwischen der formalen Beschreibung eines Verhaltens als rechtswidrig und der materiellen Qualifikation als sozialschädliches, fremde Interessen verletzendes Verhalten unterscheidet, *Hegler* ZStW 36 (1915) 19, 25 ff.; ähnlich v. *Hipel* Strafrecht I S. 21.

⁸⁸³ *Gallas* Studien S. 46 f.; *Maurach/Zipf* AT I § 19 Rn. 40: „Fundamentalfunktion des Tatbestandes“; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 57 ff.; siehe bereits *Hegler* ZStW 38 (1915) 19, 27 ff.

⁸⁸⁴ So auch *Kudlich* JZ 2003, 127, 129.

⁸⁸⁵ Vgl. *Hillenkamp* JR 1988, 301, 302; *Schünemann* FS Amelung S. 303, 321.

⁸⁸⁶ Wenn manche Autoren auf *besondere* Verhaltensnormen abstellen, also „dualistische“ (*Freund*) oder solche einer bestimmten „Intensität“ (*Stein*), dann geht es entgegen der Begrifflichkeiten um das materielle Unrecht, denn der Begriff der Pflicht ist nicht steigerungsfähig. Dann geht es in der Sache um die Verhaltensnorm nicht in ihrer Bestimmungs-, sondern ihrer Bewertungsfunktion (als Grundlage der Strafbarkeit).

⁸⁸⁷ Treffend etwa *Hillenkamp* JR 1988, 301, 302: man muss die Garantenpflichten „teleologisch auf das durch sie zu begründende Strafunrecht“ beziehen.

„normative Spiegelbild“ der Verwirklichung des tatbestandlich vertypen materiellen Unrechts.⁸⁸⁸ Die Garantenstellung ist damit bereits anhand einer materiellen am strafrechtlichen Tatbestand orientierten Betrachtung zu definieren, also unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Garant bei einem Verstoß gegen das Garantengebot gemäß § 13 I StGB begehungsgleich bestraft wird.⁸⁸⁹ Für die Garantenstellung sind daher diejenigen Gesichtspunkte entscheidend, die *beim Begehungsdelikt* gerade zur strafrechtlichen Missbilligung führen. Hieraus ergibt sich auch die bereits vorgebrachte Skepsis gegenüber dem Fokus auf die Pflicht, sei es als „Garantenpflicht“, „Sonderpflicht“, „Erfolgsabwendungspflicht“, „Verhaltensnorm“, „Gebotsnorm“ oder ähnlichen Begriffen. Zwar muss die Garantenstellung stets *auch* im Hinblick auf die Rechtsfolge entwickelt werden, dass der Adressat zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist.⁸⁹⁰ Allerdings droht der Fokus auf die Bestimmungsfunktion die Fragestellung auf das vorstrafrechtliche Verpflichtungsmoment zu verengen, sodass die spezifisch strafrechtliche Legitimation marginalisiert wird.⁸⁹¹ Wenn man weiterhin von der „Verhaltensnorm“ ausgehen will (um etwa die präventiv bestimmende Funktion des Handlungsunrechts zu betonen), ist diese strafrechtsspezifisch im Hinblick auf die bei Zuwiderhandlung angedrohte Rechtsfolge zu bestimmen.⁸⁹² Zwar ist die Rechtswidrigkeit für die Rechtsordnung einheitlich zu bestimmen (Einheit der Rechtsordnung), sodass es zwar rechtstheoretisch keine spezielle strafrechtliche Verhaltensnorm und damit keine „Strafrechtswidrigkeit“ gibt. Mit „strafrechtswidrig“ kann man jedoch den Verstoß gegen eine (auch) strafrechtlich sanktionierte Verhaltensnorm bezeichnen.⁸⁹³

⁸⁸⁸ Das Unrechtsmerkmal der Garantenstellung ist damit zugleich Erfordernis der „Garantenpflicht“ sowie spiegelbildlich des Handlungsunrechts als Grundlage der Strafbarkeit.

⁸⁸⁹ Diese Fragen lassen sich nicht trennscharf abschichten, wie hingegen etwa *Vogel* meint, wenn er in erster Stufe Garantengebote bildet und dann (auf Grundlage der Entsprechungsklausel) die „vollständige Legitimation“ dieser Gebote im Hinblick auf die Strafwürdigkeit prüft: Das Garantengebot müsse den gleichen „legitimen Anerkennungswert“ wie das Verletzungsverbot haben“ (*Vogel* Norm und Pflicht S. 141; siehe auch S. 48 f.).

⁸⁹⁰ *Renzikowski* GA 2007, 561, 562 meint zu Recht, Verhaltensnormen dürften „nicht ausschließlich als Anknüpfungspunkt für Sanktionen interpretiert werden“; die Betonung muss dabei jedoch auf „nicht *ausschließlich*“ gelegt werden.

⁸⁹¹ In diesem Sinne auch *Köhler* AT S. 212.

⁸⁹² *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 91. So betont etwa *Kuhlen*, „daß für eine Interessenabwägung, die auf die Begründung *strafrechtlich* relevanter Sorgfaltsanforderungen abzielt, der Einschränkung der Handlungsfreiheit besonderes Gewicht zukommt“, *Kuhlen* Produkthaftung S. 94; Hervorhebung im Original.

⁸⁹³ Es ist also der Straftatbestand, der das Handlungsgebot aufgrund einer Zweckbetrachtung zu einem strafrechtlich relevanten macht. Vgl. Sch/Sch/*Eisele* Vor § 13 Rn. 51; *Eschelbach* in: Gefahr S. 145, 146; *Gallas* Studien S. 50 f.; *Grünhut* FG Frank I S. 1, 7 ff., 9: „formale, wenn auch durch die typische Unrechtsfolge Strafe in materialer Hinsicht affizierte Norm“; *Schünemann* FS Schaffstein S. 159, 174: Kongruenz von strafrechtlicher Verbotsmaterie und dem Bereich der Strafbarkeit; für die Fahrlässigkeitsdelikte *ders.* JA 1975, 435, 442: „Die objektive Sorgfaltswidrigkeit begründet die spezifisch strafrechtliche Verbotsmaterie [...]“; *Stratenwerth* FS Schaffstein S. 177, 179: „Strafrechtswidrig“ ist nur tatbestandlich umschriebenes Unrecht. Insoweit ist es *sinnvoll*, das Strafrecht als selbstständiges System von Rechtsnormen zu *betrachten* (vgl. *Gallas* Studien S. 30. Im Ergebnis kann es *sachlich* keinen Unterschied machen, ob bei einer formalen Betrachtung die maßgeblichen Gebotsnormen dem Strafrecht selbst angehören oder sie nur strafrechtlich sanktioniert werden. Der Begriff der Tatbestandsmäßigkeit stellt die Brücke zwischen diesen

V. Gesamtschau oder subsumtionsfähiges Konzept?

Wenn man bedenkt, dass die Verletzung der „Garantenpflicht“ das gleiche bedeutet wie „Handlungsunrecht“, ist diese als „Merkmal“ des unechten Unterlassungsdelikts nicht mehr haltbar. Die Straftat setzt den Verhaltensnormverstoß nicht voraus, sie *ist* ein Verstoß gegen die Verhaltensnorm.⁸⁹⁴ Hierfür ist das Entstehenmüssen gemäß § 13 I StGB bloß ein Teilaspekt.⁸⁹⁵ Darauf weisen diejenigen Autoren, die die Garantenposition als Tätermerkmal in den Mittelpunkt stellen, zu Recht hin.⁸⁹⁶ Die unmittelbare Definition von „Garantenpflichten“ stellt hingegen eben die rational nicht überprüfbare Wertung im Wege einer Gesamtabwägung⁸⁹⁷ dar, die durch die h.M. für die Entsprechungsklausel absurderweise im gleichen Atemzug gerade abgelehnt wird.⁸⁹⁸ Die Konturierung von Garantenpflichten als im Einzelfall „angemessener Konfliktlösung“ läuft auf eine Bewertung des Sachverhalts nach freiem Ermessen hinaus.⁸⁹⁹ Die versäumte Pflichterfüllung liegt dem Begehungsdelikts ebenso wie dem Unterlassungsdelikts zugrunde. Man stelle sich jedoch vor, jemand verzichtete beim Begehungsdelikts auf die Prüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale⁹⁰⁰ und begnügte sich mit der Feststellung der Verletzung einer Unterlassungspflicht!

Besonders deutlich wird die Gesamtschau bei *Freund*, der die Verhaltensnormen im Wege der Güter- und Interessenabwägung legitimieren will.⁹⁰¹ Die Interessenabwägung ist jedoch *an sich* bloß ein formales Prinzip, das zunächst jeder inhaltlichen Substanz

normentheoretischen Betrachtungen dar, S. 47 m. Fn. 39), wengleich es aufgrund der Einheit der Rechtsordnung keine „Strafrechtswidrigkeit“ im eigentlichen Sinne gibt, vgl. *Engisch* Einheit S. 58.

⁸⁹⁴ *Herzberg* GA 2016, 737, Hervorhebung im Original; siehe allgemein *Roxin* Offene Tatbestände S. 58: „Alle Tatumstände begründen die Rechtspflicht“.

⁸⁹⁵ „Teilaspekt der Ausdifferenzierung von Verhaltensnormen“, *Stein* SK § 13 Rn. 15, 25.

⁸⁹⁶ Siehe oben → A II 3.

⁸⁹⁷ Siehe in (anderem Zusammenhang) *Küper* JZ 1989, 935, 939: Eine Gesamtschau, die die Beurteilung dem individuellen Einzelfall überlässt, „setzt mehr oder weniger vage Intuitionen an die Stelle rationaler, verallgemeinerungsfähiger und überprüfbarer Maßstäbe“.

⁸⁹⁸ **Kritisch** im Kontext des Entsprechens *Kargl* ZStW 119 (2007) 250, 279: durch die Abwägung würden alle Merkmale des Begehungsdelikts substituiert; eine solche Gesamtschau sah der E 1962 vor, BT-Drucks. IV/650 S. 125 f. Parallel hierzu wird auch bei der Begründung der Täterschaft eine ganzheitliche Begründung, wie *Schmidhäuser* sie vertritt (AT 10/168), aus vergleichbaren Erwägungen verworfen, vgl. dazu *Roxin* ZStW 83 (1971) 369, 394 ff.; siehe auch *ders.* TuT S. 122 ff.; *Küpper* GA 1986, 437, 444.

⁸⁹⁹ Vgl. *Roxin* ZStW 78 (1966) 214, 246: Eine ähnlich problematische Gesamtabwägung findet heute etwa bei § 240 II StGB statt – dort jedoch gegenständlich sehr begrenzt, anders als bei der sämtliche Delikte betreffenden Garantenstellung.

⁹⁰⁰ Ähnlich bereits *Bockelmann* Niederschriften 12 S. 100: „So wie eine Generalklausel auf dem Gebiete der Handlungstatbestände unzulänglich und unzulässig wäre und zu unmöglichen Ergebnissen führen müßte, so muß auch für die Unterlassungstatbestände eine Generalklausel notwendig unzulänglich sein“.

⁹⁰¹ *Freund* MK § 13 Rn. 100, 101: „Jenseits des Bereichs legitimierbarer Gefahrabwendungspflichten endet auch die rechtliche Sonderverantwortlichkeit und es lässt sich nicht mehr sinnvoll von einer Garantenstellung sprechen“.; *ders.* Erfolgsdelikt S. 165: „subtile Interessenabwägung“; siehe dort auch Fn. 22; S. 169 den Umfang der Pflicht mit einbeziehend; ähnlich im Allgemeinen auch *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 71: „Ausdifferenzierung eines (i.S.d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) ausgewogenen Systems von Verhaltenspflichten und Verhaltensfreiheit“; S. *Walter* Pflichten S. 108 ff., 120 ff.

entbehrt und daher je nach Vorverständnis des Rechtsanwenders mit subjektiven Wertungen aufgefüllt werden kann.⁹⁰² Das zentrale Problem der Gesamtabwägung ist die Frage nach den „Abwägungsmaßstäben und Vorrangentscheidungen.“⁹⁰³ Es lässt sich regelmäßig dem Gesetz und erst recht direkt der Verfassung nicht mit Sicherheit entnehmen, welche Interessen im konkreten Fall höher zu bewerten sind.⁹⁰⁴ Die Begründung von Verhaltensnormen oder Garantenpflichten „als Ganzes“ läuft auf eine Ersetzung der aus einzelnen Merkmalen zusammengesetzten Tatbestände durch in freier, nicht überprüfbarer Abwägung gefundene Verhaltensnormen hinaus.⁹⁰⁵

Bei einer solchen Gesamtbetrachtung, wie sie auch im Strafrecht insbesondere hinsichtlich der „Verkehrspflichten“ angetroffen wird, könnte nun etwa ein Minus bei der Garantenverantwortlichkeit durch ein Minus des Pflichteninhalts ausgeglichen werden.⁹⁰⁶ Was gewichtet man nun höher? Den Inhaber einer Gefahrenquelle sollen etwa nur „Sicherungspflichten“ treffen, den Ingerenten hingegen auch „Rettungspflichten“.⁹⁰⁷ Eine derartige Abwägung von Gefahrenquellenverantwortlichkeit und „Kosten“ mag bei der Bestimmung zivilrechtlicher Verkehrssicherungspflichten⁹⁰⁸ ihren Platz haben, nicht aber bei der Begründung strafrechtlichen Unrechts. Gerade die Aufgliederung der Straftat in

⁹⁰² *Lenckner* GA 1985, 295, 313, zur Interessenabwägung in § 34 StGB; im Allgemeinen auch *Lenckner* Notstand S. 155 ff., 156: dessen Überzeugungskraft prima facie mag daher rühren, dass das Interessabwägungsprinzip „weil im rein Formalen bleibend, zu allen Zeiten richtig und gültig“ ist; *H.-L. Günther* SK⁷ § 34 Rn. 211. Siehe auch *Arth. Kaufmann* Jura 1986, 225, 228 zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: „Um welche Seienden es sich dabei handelt, was zueinander in Relation steht, sagt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nichts“; *Puppe* Schule S. 174: Der Begriff der Abwägung hingegen impliziert einen Anspruch auf Rationalität und Allgemeingültigkeit, den er im Einzelfall nicht immer einlösen kann.

⁹⁰³ So zur Gesamtabwägung im Verfassungsrecht *Sachs/Nußberger* Art. 3 GG Rn. 24.

⁹⁰⁴ *Lenckner* Notstand S. 164.

⁹⁰⁵ Eine solche Güter- und Interessenabwägung mag in einzelnen *Extremfällen*, wie etwa dem rechtfertigenden Notstand, § 34 StGB, unerlässlich sein, (vgl. auch *Schünemann* Nulla poena S. 31, 37), quasi als „Notbremsen des Rechtssystems“ (so *Puppe* Schule S. 42, 110, im Allgemeinen über Generalklauseln), taugt jedoch nicht als *allgemeines* Prinzip zur Begründung der Strafbarkeit.

⁹⁰⁶ Jüngst ließ sich dies wieder beobachten bei *Herbertz*, die für die „Garantenpflichten aus Herrschaftsgesichtspunkten“ den „Gefährdungsaspekt“ mit der „besondere[n] Bestimmungs- und Einwirkungsmöglichkeit des Garanten“ kombinieren will. Der Garant müsse sodann Schäden an Rechtsgütern anderer verhindern, „die seiner Herrschaftssphäre entspringen und mit angemessenem Aufwand zu verhüten sind“ (*Ingerenz* S. 280). Dabei handelt es sich jedoch um eine undurchsichtige, unnachvollziehbare Gesamtbetrachtung aus verschiedenen Wertungsgesichtspunkten, welche bereits selbst völlig unbestimmt sind („angemessen“, „erhöhtes“ Gefährdungspotential, „besondere“ Einwirkungsmöglichkeiten). Insbesondere ist das Verhältnis untereinander völlig unklar, sodass sich der Rechtsanwender frei aussuchen könnte, an welcher der drei normativen Stellschrauben er dreht, um wahlweise die Strafbarkeit oder Straflosigkeit zu begründen. Diese freie Wertung wäre für niemanden nachvollziehbar, geschweige denn überprüfbar.

⁹⁰⁷ Siehe nur *Herbertz* *Ingerenz* S. 174 f. und öfter; *Jakobs* AT 29/29 ff., 36 ff.; *Jescheck/Weigend* AT § 59 IV „nur die Gefahrenquelle selbst unter Kontrolle zu halten; Hervorhebung im Original; *Kühl* AT § 18 Rn. 11; *Roxin* AT II § 32 Rn. 124 m. w. N.; *Rudolphi* JR 1974, 160, 161; *ders.* SK § 13 Rn. 31, 37a; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 290, der im Ergebnis meint, *allein* die Verletzung von Sicherungspflichten, nicht die von Rettungspflichten sei begehungsgleich; *Stein* SK § 13 Rn. 37; siehe auch *Frister* AT 22/27 ff., 30 ff.; *anders* etwa *Gaede* NK § 13 Rn. 49; *Weigend* LK § 13 Rn. 59.

⁹⁰⁸ Wo „Pflichtträger und Pflichtinhalt“ aus einer Abwägung mehrerer Prinzipien heraus bestimmt werden, vgl. *Chr. v. Bar* JuS 1988, 169, 170.

einzelne Tatbestandsmerkmale ermöglicht es hingegen, sämtliche Gesichtspunkte hinreichend zu würdigen und insbesondere die richterliche Bewertung nachträglich verständlich und überprüfbar zu machen. Rechtliches Denken – und das gilt in besonderem Maße für das Strafrecht – ist nach der treffenden Formulierung von *Gallas*, ein Denken „das des Gegenstandes in seiner wesensmäßigen Einheit nicht unmittelbar habhaft zu werden vermag, vielmehr auf eine Zergliederung in Einzelmerkmale angewiesen ist, wodurch die ursprüngliche Einheit in eine Mehrheit bloßer Teilmomente aufgelöst, das ursprüngliche Zugleich in ein logisches Nacheinander verwandelt wird.“⁹⁰⁹ Das Bestehen oder Nichtbestehen einer Garantenpflicht kann nie unmittelbar festgestellt werden, sondern stets nur in Folge des Vorliegens oder Nichtvorliegens der ihr zugrunde liegenden Merkmale.⁹¹⁰ Dabei darf das Unterlassungsverbrechen nicht als bloße Summe seiner Merkmale verstanden werden, vielmehr muss sich das Merkmal „Garantenstellung“ gerade in den Sinn- und Zweckzusammenhang der Erscheinungsform „Unterlassungsverbrechen“ einfügen.⁹¹¹ Doch ist dies kein Freibrief dazu, die Voraussetzungen des unechten Unterlassungsdelikt zu einer „Supervoraussetzung“ Garantenpflicht zu verschleifen. Es geht vielmehr um ein „Hin- und Herwandern“ des Blicks zwischen dem Ganzen und seinen Teilen, also die Funktion des Einstehenmüssens für das tatbestandliche Unterlassungsunrecht. Dann ist die Betrachtung der Garantenstellung als Tätermerkmal auch nicht „blutleer, abstrakt und situationsfern“.⁹¹² Für die angebliche Maßgeblichkeit der Rechtspflicht auf Tatbestandsebene lässt sich damit auch nicht anführen, dass die „allgemeine“ Garantenstellung nicht genüge, um das Unterlassen als tatbestandsmäßiges Unrecht zu qualifizieren,⁹¹³ denn dies ließe sich für jede einzelne Tatbestandsvoraussetzung anführen. Wenn der Straftatbestand nur die pflichtbegründenden Umstände, nicht die Pflicht selbst, enthält, ist innerhalb dieser Umstände die Garantenstellung als *unterscheidbaren Teil* des objektiven Tatbestandes aufzufassen.⁹¹⁴

⁹⁰⁹ *Gallas* ZStW 67 (1955) 1; ähnlich bereits *Mezger* GS 89 (1924) 207, 247; siehe auch *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 26 (zum Verbrechensaufbau) Angesichts der Komplexität des zu beurteilenden Gegenstandes erscheint es vorzugswürdig, „sich schrittweise und problembezogen dem Komplexurteil zu nähern“; zu den Vorteilen eines solchen Vorgehens für die Rechtsanwendung außerdem *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 39 ff.; **and**ers wohl *Pawlik* FS Jakobs S. 469, 491: Es sei stets vom Ganzen auszugehen

⁹¹⁰ Ebenso *Struensee* FS Stree/Wessels S. 133, 154, S.157: Nur so hat man ein „subsumtionsfähiges“ Konzept.

⁹¹¹ Im Allgemeinen *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 16; siehe auch *Pawlik* Unrecht S. 152 f.; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 83.

⁹¹² Siehe *Otto* AT § 9 Rn. 39, der dies der Definition von Garantenpflichten vorhält, die nicht synonym mit der Handlungsäquivalenz sind.

⁹¹³ So aber *Ransiek* JuS 2010, 585, der insbesondere die Unmöglichkeit und die Unzumutbarkeit der Erfolgsabwendung anführt; *Bosch* Jura 2019, 1239; ähnlich auch *Ceffinato* NStZ 2021, 65, 66, der zirkulär ausführt: „für den Vorwurf, einem strafbewehrten Handlungsgebot nicht nachgekommen zu sein, ist damit letztlich allein die Garantenpflicht entscheidend“; ähnlich *Gaede* NK § 13 Rn. 37a; siehe auch *B. Heinrich* AT Rn. 893: Die Garantenpflichtverletzung falle mit dem Sorgfaltsverstoß zusammen; *Walther* Eigenverantwortlichkeit S. 222 f.; **and**ers zu Recht *Kühl* JuS 2007, 497, 499; *ders.* JA 2014, 507, 511, der zwischen Garantenstellung und Sorgfaltsverstoß trennt; *Duttge* MK § 15 Rn. 214.

⁹¹⁴ So auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 136; überzeugend bejaht etwa *Kuhlen* FS Eser S. 359, 360 f. hinsichtlich der Ledersprayentscheidung zunächst das Vorliegen einer Garantenstellung und diskutiert dann,

VI. Regelungsbereich des Einstehenmüssens

Es muss also weiter eingegrenzt werden, *welchen* unterscheidbaren Teil des Tatbestands des unechten Unterlassungsdelikts das Einstehenmüssen betrifft. Oben wurde bereits dargelegt, dass das Teilmerkmal des Einstehenmüssens gemäß § 13 I StGB als bei der Unterlassung besonders festzustellende Voraussetzung nur diejenigen Aspekte erfassen muss, hinsichtlich derer sich das Unterlassungsdelikt nicht sinngemäß am Begehungsdelikt orientieren kann.⁹¹⁵ Dies könnte insbesondere dort der Fall sein, wo ein normativ wesentliches Defizit der Verhaltensform Unterlassen liegt, das im Hinblick auf die Gleichstellung durch das Einstehenmüssen ausgeglichen werden muss. Wo liegt also beim aktiven Tun das Korrelat des Einstehenmüssens?

1. Eingrenzung des Merkmals Garantenstellung

Statt der Gesamtbetrachtung der „Garantenpflicht“, könnte man mit der oben genannten Ansicht⁹¹⁶ zwischen den Fragen unterscheiden, ob erstens eine Person Garant ist und zweitens, welche Abwendungshandlungen *in concreto* geboten sind. Im Allgemeinen hat *Arm. Kaufmann* darauf hingewiesen, dass bei der Verhaltensnorm zwischen dem Normsubjekt und Verbots- bzw. Gebotsmaterie unterschieden werden kann und muss.⁹¹⁷ Auch beim unechten Unterlassungsdelikt liegt es daher nahe, zwischen „Grund“ und „Grenzen“ der Verantwortlichkeit zu unterscheiden, also zwischen der Garantenstellung einerseits und dem konkreten Pflichteninhalt andererseits.⁹¹⁸ Wenn Inhalt und Reichweite der Verhaltensnorm bereits gemäß der allgemeinen Richtlinie von § 13 I StGB aus der sinngemäßen Orientierung an den Wertungen des Begehungsdelikts ermittelt werden können, dürfte sich das rechtliche Einstehenmüssen auf die Kennzeichnung des Tatsubjekts beim unechten Unterlassungsdelikt beschränken.

2. Norminhalt beim Begehungs- und Unterlassungsdelikt

Die rechtlichen Verhaltensregeln bezwecken nicht an sich die Vornahme oder Nichtvornahme einer bestimmten Handlung. Ziel ist vielmehr, bestimmte als wertvoll erachtete Gegebenheiten, Rechtsgüter, vor Gefahren zu bewahren.⁹¹⁹ Verboten ist „die deliktische

zu welchen Maßnahmen der Hersteller verpflichtet ist (S. 361 ff.); ähnlich *Otto* FS Hirsch S. 291, 310: „Die einzelnen Maßnahmen, zu denen sie in dieser Situation verpflichtet sind, richten sich nach den konkreten Umständen“.

⁹¹⁵ → § 2 D.

⁹¹⁶ Siehe → A II 3.

⁹¹⁷ Siehe hierzu *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 107, 134 f.; siehe hierzu jedoch auch *Roxin* Offene Tatbestände S. 66 ff., 74 f., der entgegen *Arm. Kaufmann* überzeugend darlegt, dass die Tätermerkmale keine Sonderstellung gegenüber sonstigen Tatbestandsmerkmalen aufweisen und sich damit auch auf sie der Vorsatz des Täters erstrecken muss.

⁹¹⁸ *Vogel* Norm und Pflicht S. 136.

⁹¹⁹ *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 70 ff.; *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 61; *ders.* in: Grundfragen S. 69 f., „sozialschädliches Verhalten zu verhindern“; *ders.* SK⁶ Vor § 1 Rn. 1 ff.; *Schünemann* JA 1975, 435, 442; *Wolter* Straftatsystem S. 24, 47; vgl. auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 36.

Handlung nicht als Ausdruck von Rechtsungehorsam, sondern wegen der mit ihr verbundenen *realen* Chance einer Rechtsgutsverletzung“.⁹²⁰ Das Gebot einer Handlung hat folglich ebenfalls die Chance der Rechtsgutsverletzung zum Gegenstand und dient der Eindämmung und Neutralisierung dieser. Wenn die strafrechtlichen Verbote „Gefährdungsverbote“ sind, enthalten die strafrechtlichen Gebote konsequenterweise „Gefahrbekämpfungsgebote“,⁹²¹ die dem Adressaten gebieten, alle Rettungschancen wahrzunehmen, die sich aus einer *ex-ante*-Perspektive⁹²² ergeben. Insoweit sind die tatbestandlichen Erfordernisse des Begehungsdelikts sinngemäß zu übertragen.⁹²³ Insbesondere muss die Abwendungshandlung physisch-real möglich, erforderlich⁹²⁴ und beim fahrlässigen Unterlassungsdelikt sorgfaltswidrig sein.⁹²⁵ In jedem Fall werden Adressaten der Gebotsnorm

⁹²⁰ Gallas FS Bockelmann S. 155, 159; Wolter Straftatsystem S. 25; siehe auch *ders.* in: Grundfragen S. 103, 105; zum Charakter der Verbotsnormen als „Gefährdungsverbote“ bzw. Verbote gefährlichen Verhaltens außerdem M. L. Müller Kausalzusammenhang S. 22 ff.; Berendt GA 1993, 67, 75; Freund Erfolgsdelikt S. 36; Frisch Vorsatz S. 81 ff.; Gallas FS Heinitz S. 171, 178; Greco ZStW 117 (2005) 519, 538; Roxin/Greco AT § 11 Rn. 53 ff.; Roxin FS Maiwald S. 711, 726; Rudolphi JuS 1969, 569, 552; *ders.* GS Schröder S. 73, 81; *ders.* GS Arm. Kaufmann S. 371, 378; *ders.* SK⁶ Vor § 1 Rn. 66, 70; *ders.* in: Grundfragen S. 69, 75 f.; Schlehofer MK Vor § 32 Rn. 13; H. Schumann Handlungsunrecht S. 6; Schünemann JA 1975, 435, 438, 441 f.; Stratenwerth FS Gallas S. 227, 238; Wolter Straftatsystem S. 33, 47; *ders.* in: Bausteine S. 3, 33; Zieschang Gefährdungsdelikte S. 53 ff.; zum Teil wird hinsichtlich der Norm des vorsätzlichen Delikts angenommen, diese verbiete die finale *Herbeiführung* des Erfolges, vgl. etwa Hirsch ZStW 94 (1982) 239, 243 ff.; siehe auch Schroeder FS Otto S. 165, 176 f.; der Unterschied dürfte zu vernachlässigen sein: Denn um einen Verlauf final überzudeterminieren und zu beherrschen, ist es erforderlich, dass der Täter bestimmte Handlungen vornimmt, die in der Perspektive *ex ante* hierzu geeignet sind.

⁹²¹ Berendt GA 1993, 67, 75; Engisch Kausalität S. 62 m. Fn. 2; Freund Erfolgsdelikt S. 56 ff.; Langer Sonderstrafat S. 456; Rudolphi in: Grundfragen S. 69, 77; *ders.* GS Schröder S. 73, 81; *ders.* SK⁶ Vor § 1 Rn. 70; Stratenwerth FS Gallas S. 227, 238; Weigend LK § 13 Rn. 63: geeignete und erforderliche Maßnahmen; Wolter Straftatsystem S. 35, 37; *ders.* in: Grundfragen S. 103, 105; siehe auch Arm. Kaufmann Normen S. 106 f.; *ders.* Dogmatik S. 3 ff., auf die finale Handlung abstellend; anders Vogel Norm und Pflicht S. 102: „echte Erfolgsabwendungsgebote“, die ein ursächliches Abwendungsverhalten gebieten.

⁹²² Die strafrechtlichen Verhaltensanforderungen müssen, wenn sie das menschliche Zusammenleben sinnvoll regeln wollen, in der konkreten Situation der Handlung befolgsbar sein. Die objektive *ex ante* Perspektive in der konkreten Situation trägt dem Erfordernis effektiven Rechtsgüterschutzes am besten Rechnung, während gleichzeitig die Belastungen für die Handlungsfreiheit des Normunterworfenen minimiert werden. Siehe nur Freund/Rostalski AT § 2 Rn. 28 ff.; Frisch Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 71 f.; Rudolphi GS Arm. Kaufmann S. 371, 377, 381, 383 f.; *ders.* JR 1991, 237, 238 f.; siehe auch Schünemann JA 1975, 435, 438, 442; Zippelius NJW 1957, 1707.

⁹²³ Siehe → § 2 D.

⁹²⁴ Weigend LK § 13 Rn. 63 ff.; siehe auch Frisch Strafrecht § 8 Rn. 46; Kuhlen FS Eser S. 359, 362: geeignet, erforderlich und verhältnismäßig.

⁹²⁵ Schünemann Grund und Grenzen S. 291 f.; i. Erg. auch (mit abweichendem Fahrlässigkeitskonzept) Duttge MK § 15 Rn. 214. Zum Teil wird hier die Lehre von der „objektiven Zurechnung“ herangezogen, Roxin AT II § 31 Rn. 182; Eisele/Heinrich AT Rn. 576; Hoffmann-Holland AT Rn. 790; Kaspar AT § 10 Rn. 38 ff.; Krey/Esser AT Rn. 1126; Murmann GK § 29 Rn. 72 ff.; Stein SK Vor § 13 Rn. 17 ff., 26 ff., § 13 Rn. 25; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 1203; eingehend Kölbel JuS 2006, 309 ff.; siehe auch Haas FS Kindhäuser S. 177 ff. Dieser stellt sich jedoch auf den Standpunkt, die mangelnde Potenz der „objektiven“ Zurechnung, den Zurechnungsgegenstand bei eigenverantwortlichem Dazwischentreten des Opfers oder Dritter einzugrenzen „muss nun beim unechten Unterlassungsdelikt nicht weiter beunruhigen“, denn richtigerweise entfallende hier ohnehin die Garantenpflicht, S. 187 f. Damit begibt sich Haas jedoch bloß in einen Zirkel, denn die Konturierung der Garantenpflicht als Kehrseite des Handlungsunrechts hängt doch

nicht bestimmte gegenständlich umschriebene, sondern alle in der tatbestandsmäßigen Situation zur *Bekämpfung der Gefahr* möglichen, geeigneten und erforderlichen Maßnahmen abverlangt.⁹²⁶ Spiegelbildlich (gemäß der *Bewertungsfunktion* der Norm) ist tatbestandliches Handlungsunrecht das (vorsätzliche oder fahrlässige) Unterlassen der physisch-real möglichen und erforderlichen Gefahreindämmung.

3. „Einstehenmüssen“ beim Begehungsdelikt

Das aktive Tun ist jedoch nicht allein das *tatbestandsmäßige Verhalten* beim Begehungsdelikt als Inhalt der Verbotsnorm und Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit. Es hat gleichzeitig die Funktion, die *Verantwortlichkeit des Handelnden für den angestoßenen Kausalverlauf* zu begründen.⁹²⁷ Die meisten tatbestandlichen Verbote stellen insoweit *keine besonderen* Anforderungen an die Verantwortlichkeit der verpflichteten Person.⁹²⁸ Das Verbot etwa, andere zu töten, welches § 212 I StGB zugrunde liegt, verpflichtet jedermann („Wer“).⁹²⁹ Dieser Grundsatz kommt für die Vorsatzdelikte im Allgemeinen Teil des Strafrechts insbesondere in § 25 I Alt. 1 StGB zur Geltung: Täter ist, wer die Straftat selbst begeht. Der Handelnde steht aufgrund seiner Tatherrschaft, die Grundlage seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist, in besonderer rechtlicher Beziehung zu den durch sein Handeln angestoßenen gefährlichen Verläufen.⁹³⁰ Auch bei den Fahrlässigkeitsdelik-

gerade von den gleichen, von ihm i.R.d. „objektiven Zurechnung“ abgelehnten Maßstäben ab. Der Begriff „Garantenpflicht“ gibt insoweit nur das Argumentationsziel vor.

⁹²⁶ Ein solcher Appell kaut dem Normunterworfenen nicht „paternalistisch“ das zu vermeidende Verhalten vor, sondern appelliert an dessen Autonomie, vgl. *Schroeder* FS Otto S. 165, 176; *Freund* Erfolgsdelikt S. 75 f.

⁹²⁷ Siehe auch *Renzikowski* Täterbegriff S. 107 f.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 172; vgl. zudem *Witteck* Betreiber S. 163 f.: Die Beziehung wird erst durch die Tat hergestellt und ist über die Herrschaft des Täters vermittelt.

⁹²⁸ Siehe auch *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 141.

⁹²⁹ Siehe hierzu *Hassemer* FS Lenckner S. 97, 99: das anonyme „Wer“; *C. Schneider* Tun und Unterlassen S. 295.

⁹³⁰ Vgl. *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 Rn. 24; *ders.* FS Bockelmann S. 369; *Hassemer* FS Lenckner S. 97, 99; *Murmann* Nebentäterschaft S. 154 ff., 155: die Täterschaft führt die Veränderung in der Welt zur Person zurück; *Otto* AT § 6 Rn. 9: Subjekt ist der durch die Handlungsherrschaft gekennzeichnete Alleintäter; *Schünemann* in: *Internationale Dogmatik* S. 49, 53, 72: besonders markante Form der Herrschaft; *ders.* FS Amelung S. 303, 307, 312: Es gehe „um eine spezifische Beziehung des Unterlassungstäters zu eben dieser Rechtsgutsverletzung und damit um eine allgemeine Struktur für alle Erfolgsdelikte“; S. 313; *Stratenwerth* FS Eb. Schmidt S. 383, 390.

ten besteht jedenfalls eine gewisse Handlungsherrschaft über das (wenn auch nicht tatbestandliche) Geschehen.⁹³¹ Die Einzelheiten betreffen die materielle Gleichstellungsfrage und können daher erst im Rahmen dieser geklärt werden.⁹³²

Häufig wurde das Bild verwendet, der Aktivtäter sei Garant für sich selbst bzw. seinen Körper als „Gefahrenquelle“.⁹³³ Dieses Bild wird hier bewusst vermieden, denn der Aktivtäter versäumt es eben nicht, sich zu überwachen, sondern greift fremde Rechtsgüter aktiv an. Dennoch steht jeder in einer bestimmten „Position“, in der er als „jedermann“ andere nicht gefährden/schädigen darf,⁹³⁴ seiner „allgemeinen Rolle als Staatsbürger“.⁹³⁵ Dies führt – vor jeder rechtlicher Bewertung der Handlung – dazu, dass ihn selbst geschaffene Zustände und Gefahren stets „etwas angehen“, er zu diesen in einer besonderen Verantwortlichkeitsbeziehung steht. Allein auf der Basis dieser *selbstverständlichen, unausgesprochenen Grundannahme*⁹³⁶ kann überhaupt die Frage aufgeworfen werden, ob

⁹³¹ Vgl. *Welzel* FS Maurach S. 3, 7 f.; *ders.* Strafrecht S. 34 (wörtl. Zitat), 37, 131; *Hirsch* FS Lampe S. 515, 520, 527 f.; *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 72. *Jedenfalls* besteht, wie oben bereits dargelegt (→ Kapitel 1 § 2 C II 3) aber das aktive Tun – anders als das Unterlassen – in einem realen Bewirken durch Energieentfaltung. Grundlegend *Engisch* MSchrKrim 30 (1939) 414, 423; *ders.* FS Gallas S. 163, 170.

Darin sieht *Welp* Vorangegangenes Tun S. 165 die Defizienz des Unterlassens. Erforderlich erscheint zumindest eine eigene Handlung, die kausal für die eingetretenen Folgen ist. Hierzu als *Mindestvoraussetzung* strafrechtlichen Unrechts im Allgemeinen *Hörnle* FS Neumann S. 593, 604.

⁹³² Siehe unten → Kapitel 4.

⁹³³ *Herzberg* Garantenprinzip S. 172 f.; *ders.* JZ 1988, 573, 579; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 98, der jedoch beteuert, hierdurch werde die Handlung nicht zur Unterlassung; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 296, 377; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 73 m. Fn. 350, S. 172; für ein Garantenerfordernis auch im Rahmen der Begehungsdelikte zudem *Jakobs* AT 7/56 ff.; 28/14 ff., 29/29; *ders.* Handlungsbegriff S. 30 ff.; *ders.* System S. 27: eigenes Verhalten als Teil des „Organisationskreises“; *Freund* Erfolgsdelikt S. 68 ff.; *ders.* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 386 f.: „Sonderverantwortlichkeit“; *ders.* MK § 13 Rn. 76 ff. m.w.N.; *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 132 ff. m. Fn. 131; *Donner* Zumutbarkeitsgrenzen S. 105 ff.; *Gauger* Dogmatik S. 199 ff.; *R. Merkel* FS Herzberg S. 193 ff.; *Pawlik* Unrecht S. 159 ff.; *ders.* FS Jakobs S. 469, 493 f.; *Perdomo-Torres* Garantenpflichten S. 142; *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 75; *S. Walter* Pflichten S. 108 f.; **kritisch** zu Recht *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 673 ff.; anders auch *Arzt* JA 1980, 553, 555; *Jescheck/Weigend* AT § 59 IV 1, *Roxin* FS Tröndle S. 177, 198 f.; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 17, 21; *Rengier* AT § 50 Rn. 1 ff.; *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 55 ff., 76: „Semantische Verarmung“.

⁹³⁴ In der Sache auch *Bottke* in: Bausteine S. 235, 242: „Indem die strafrechtlich sanktionierten Verhaltensnormen den Menschen ansprechen, unterstellen sie, daß jeder für sich und seinen Körper einzustehen hat“; *Gaede* NK § 13 Rn. 43: „Wer v. seiner Freiheit Gebrauch macht, hat grds. dafür Sorge zu tragen, dass andere nicht geschädigt werden („neminem laede“)“; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 164: Erfolgsherbeführung als „Leistung des Täters“ für die er „einzustehen hat“; *Kindhäuser* GA 2007, 447, 468; *Maihofer* FS Rittler S. 141, 154; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 98; *ders.* SK⁶ Vor § 1 Rn. 25; *ders.* NSTZ 1984, 149, 150: Der Unterlassende müsse für die Nichtabwendung in gleicher Weise eintreten wie für sein aktives Bewirken; *Renzikowski* Täterbegriff S. 107 f.: für eigenes Tun ist man grundsätzlich umfassend „zuständig“. – Damit geht der Einwand von *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 142 f. ins Leere, der Begehungstäter würde „nur mit dem gleichgestellt, was er ohnehin schon ist“.

⁹³⁵ Begrifflich treffend *Jakobs* in: El sistema S. 133, 134, der allerdings davon ausgeht, dass die „Zuständigkeit“ auch beim aktiven Tun im Einzelfall fehlen kann.

⁹³⁶ Im Allgemeinen *Puppe* FS Otto S. 389, 396: „Jede Zurechnung muss mit irgendeinem Sachverhalt beginnen, der so einfach ist, dass er keiner weiteren Zerlegung bedarf und dass seine Zurechnung zum Täter vernünftigerweise nicht bezweifelt werden kann.“

der Gesetzgeber Handlungen, welche bestimmte Folgen hervorzubringen drohen, überhaupt verbieten und unter Strafandrohung⁹³⁷ stellen kann. Nur weil zuvor feststeht, dass die Folgen einer Handlung ihren Urheber etwas angehen, kann der (drohende) Eintritt dieser Folgen die (soziale und) rechtliche Bewertung der Handlung beeinflussen.⁹³⁸ Dass dem Normadressaten beim Begehungsdelikt der Einwand „Was geht mich das an?“ abgeschnitten ist, leuchtet aufgrund des Vorliegens von Kausalität sowie Tatherrschaft zwar intuitiv ein. Dass den Täter selbstgeschaffene Verläufe etwas angehen, ist so selbstverständlich,⁹³⁹ dass es in der Regel keiner Erwähnung bedarf.⁹⁴⁰ Da jedoch aus dem Sein kein Sollen folgt, muss auch beim Begehungsdelikt mitbedacht sein, dass dies auf einer den Tatbeständen (sowie dem alltäglichen sozialen Miteinander) als selbstverständlich zugrunde liegenden *Wertung* beruht. In den Worten *Herzbergs*: „Das Recht gründet nämlich die Erfolgzurechnung bei der aktiven Handlung nicht *unmittelbar* auf eine faktische Herrschaftsbeziehung, sondern darauf, daß sich für das individuelle Pflichtgefühl und die soziale Wertung mit der Herrschaft über den eigenen Körper eine erhöhte Verantwortlichkeit für die aus eigenen Körperbewegungen resultierenden Folgen verbindet“.⁹⁴¹ Diese Verantwortlichkeit besteht jedoch nur im Einzelfall in Anknüpfung an eigenes Handeln, nicht jedoch als besondere normative Position unabhängig hiervon: Eine „von der Handlung gesonderte, unabhängig von der tatbestandsmäßigen Situation existierende und schon vor ihr etablierte spezielle Position des Täters [wird] gerade nicht gefordert“.⁹⁴² Das aktive Tun muss also stets so gedacht werden, dass es in sich ein stets vorhandenes,⁹⁴³ „unsichtbares“ Einstehenmüssen in sich trägt, das Jedermann zukommt.

4. Einstehenmüssen beim Unterlassungsdelikt

a) Besondere Feststellung des Einstehenmüssens

Die Verantwortlichkeit des Handelnden für sein Einwirken auf die Außenwelt wird richtig sichtbar erst im Kontrast zum Unterlassungsdelikt, wo den Unterlassenden ein sich ereignender schadensträchtiger Verlauf eben grundsätzlich *nichts* angeht. Diese Relation

⁹³⁷ Vgl. im Allgemeinen *Hörnle* FS Neumann S. 593, 604: Strafrechtliche Missbilligung und Tadel setzen die Rückverfolgung eines Ereignisses zum Täter voraus.

⁹³⁸ Soweit überzeugt auch die Diagnose von *Pawlik* FS Jakobs S. 469, 493: Die Garantstellung des Handelnden sei von der herrschenden Lehre vorausgesetzt (ähnlich auch *Freund* MK § 13 Rn. 84 ff.). Unzutreffend allerdings die Folgerung auf S. 494, dass sich die Frage beim Begehungsdelikt in gleichem Maße stelle.

⁹³⁹ Vgl. auch *Herzberg* JZ 1986, 986, 988, dies sei die „Auflage, ohne die das Recht dem Menschen keine Selbstbestimmungsmacht einräumen könnte“; zustimmend *Otto* FS Gössel S. 99, 108.

⁹⁴⁰ *Jakobs* System S. 35; vgl. beispielsweise *Stoffers* GA 1993, 262, 267: Es ist zwar jedermann verboten, Rechtsgüter durch seine Handlungen zu verletzen, das Recht gebietet aber nicht jedermann die Bewahrung von Rechtsgütern durch aktives Eingreifen.

⁹⁴¹ So zu Recht *Herzberg* Garantprinzip S. 195 gegen *Schünemann*; siehe auch *Jakobs* Unterlassen S. 42 m. Fn. 92: „In einer normativ leeren Welt gibt es weder Verantwortung für Tun noch für Unterlassen“. Die beiden genannten Autoren ziehen hieraus jedoch den weitergehenden Schluss, auch das Begehungsdelikt erfordere stets eine Garantstellung.

⁹⁴² Vgl. *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 670 ff., 676; *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 53; ferner *Witteck* Betreiber S. 117: die Verantwortlichkeit werde retrospektiv zugeschrieben, bei den „Pflichtdelikten“ hingegen prospektiv.

⁹⁴³ So auch *Welp* Vorangegangenes Tun S. 73 m. Fn. 350, S. 168 f., 172.

ist jedenfalls in unserem Kulturkreis selbstverständlich und entspricht einer tiefen gesellschaftlichen Überzeugung: Während man gefährliche Handlungen grundsätzlich zu unterlassen hat, sind gefahrabwehrende Maßnahmen in viel geringerem Maße geboten.⁹⁴⁴ Anders als dem Begehungstäter, muss dem Unterlassenden gegenüber besonders begründet werden, dass ihn ein bestimmter Verlauf etwas angeht. Die Beziehung zu dem Verlauf muss sich insbesondere von der bloß faktischen *Möglichkeit* der Abwendung⁹⁴⁵ abheben, denn diese ist bereits konstitutiv für den Begriff des Unterlassungsverhaltens⁹⁴⁶ und kommt auch jedem zufälligen Beobachter zu, § 323c I StGB⁹⁴⁷. Sie stellt daher noch keine hinreichende Beziehung zu dem tatbestandsmäßigen Geschehen im Sinne des Unterlassungstatbestandes, § 13 I StGB, dar. Die Garantenlehre wendet insoweit die „freiheitsfeindliche Konsequenz“ ab,⁹⁴⁸ dass jeder Rettungsfähige zur Rettung verpflichtet würde.⁹⁴⁹ Beim Unterlassungsdelikt fallen damit zwei Aspekte auseinander, die beim Begehungsdelikt im gleichen Punkt begründet liegen: Die besondere Verantwortlichkeit einer Person, ihr *Einstehenmüssen* für einen schadensträchtigen Verlauf, und das tatbestandsmäßige Verhalten. Die besondere Erwähnung des „Einstehenmüssens“ in § 13 I StGB, weist darauf hin, dass es für die Gleichstellung nicht genügt, allein die Kriterien tatbestandsmäßigen Verhaltens (Willkürlichkeit, Gefährlichkeit, Sorgfaltswidrigkeit) sinngemäß auf das Unterlassungsdelikt zu übertragen. Das Einstehenmüssen für den Kausalverlauf kann hier – anders als beim Tun – nicht „selbstverständlich“ in dem Verhalten „Unterlassen“ selbst begründet sein,⁹⁵⁰ sondern muss *ausdrücklich festgestellt* werden. Dem Unterlassenden muss die *Aufgabe* der Erfolgsabwendung⁹⁵¹ *besonders* zugetragen

⁹⁴⁴ Treffend *Stein* SK § 13 Rn. 17; siehe hierzu auch *Maiwald* JuS 1981, 473, 474.

⁹⁴⁵ Zur Möglichkeit der Erfolgsabwendung als Erfordernis jedes Unterlassungsdelikts vgl. Sch/Sch/*Bosch* Vor § 13 Rn. 141; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 125 ff.; *Engisch* FS Kohlrausch S. 141, 164 f.: Bezweckbarkeit; *Freund* Erfolgsdelikt S. 36, 142; *Frister* AT 22/18; *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 40; *ders.* JZ 1960, 649, 652; *ders.* Studien S. 75: selbstverständliche Voraussetzung; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 92 ff.; *Herbertz* Ingerenz S. 147; *Hirsch* FS Lampe S. 515, 525; *Honig* FG Frank I S. 174, 191 ff.; *Jäger* SK Vor § 1 Rn. 38; *Jakobs* GA 1996, 253, 258; *Köhler* AT S. 215; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 8; *Kühl* AT § 18 Rn. 30; *Maiwald* JuS 1981, 473, 476 ff.; *Nagler* GS 111 (1938) 1, 72; *Noll* Compliance S. 90; *Otto* FS Maurach S. 91, 92; *Ransiek* JuS 2010, 490, 492; *Roxin* TuT S. 517; *ders.* FS Honig S. 133, 146; *ders.* AT II § 31 Rn. 8 ff.; *Rudolphi* SK⁷ Vor § 13 Rn. 2; *Stein* GA 2010, 129, 137; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 6 Rn. 9; *Vogt* ZStW 63 (1951) 381, 382; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1168; *Zieschang* AT 595; eingehend zur Handlungsfähigkeit beim Unterlassungsdelikt etwa *Maiwald* JuS 1981, 473, 476 ff. m.w.N. zu den unterschiedlichen Nuancen in der Literatur; **and**ers *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 35: Die fehlende Handlungsmöglichkeit schränke die Garantenstellung ein.

⁹⁴⁶ Vgl. bereits *Gallas* JZ 1952, 371, 372; siehe auch *Seelmann* GA 1989, 241, 244.

⁹⁴⁷ „[...] obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten *möglich* ist [...]“. Vgl. etwa *Bosch* Jura 2019, 1239, 1241: „Kennzeichen jeder – auch echten – Unterlassung“; *Ransiek* Unternehmensstrafrecht S. 34: Es muss sich um eine „über den bloßen Zufall hinausgehende Beziehung“ handeln.

⁹⁴⁸ *Pawlik* Unrecht S. 140.

⁹⁴⁹ Vgl. auch *Maiwald* JuS 1981, 473, 474.

⁹⁵⁰ Beim Unterlassungsdelikt stellt dabei das *Unterlassen* bloß das tatbestandsmäßige Verhalten dar. So auch *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 Rn. 24.

⁹⁵¹ Treffend *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 22

sein. Dabei stellt die Garantenstellung jedoch keine bloße Beschreibung des Normadressaten bzw. des Tatsubjekts dar. Die herrschende Funktionslehre *Arm. Kaufmanns* betont zutreffend, dass eine Person nicht stets oder nie Garant ist. Sie könne vielmehr in zwei verschiedene Richtungen „auf Posten“ gestellt sein: „zum Schutze eines bestimmten Rechtsgutes gegen alle Angriffe, gleich aus welcher Richtung“ oder zur „Überwachung einer bestimmten Gefahrenquelle [...] gleichgültig, welchen konkreten Rechtsgütern im Einzelnen aus dieser Quelle Gefahren drohen“.⁹⁵² Dementsprechend wird statt von Garantenstellung auch von Garantenverhältnis bzw. Garantiebeziehung gesprochen.⁹⁵³ Das wohl plakativste Beispiel hierfür ist der Ehegatte, der zwar zum Schutz seines Partners verpflichtet ist, nicht hingegen zu dessen Überwachung.⁹⁵⁴

Der Funktionslehre ist insoweit zuzustimmen, als es nicht um eine situationsunabhängige Subjekteigenschaft geht. Im rechtsgüterschützenden Tatstrafrecht kommt es auf das Unrecht der entsprechenden Unterlassungstat an, nicht eine Beurteilung der Person des Garanten.⁹⁵⁵ Die Garantenstellung kann daher nicht *allein* den Garanten kennzeichnen, sondern definiert sich funktional im Hinblick auf das Unrecht der Unterlassungstat. Dieses liegt, wie oben bereits beschrieben, in der Nichthinderung eines *für ein Rechtsgut gefährlichen Verlaufs*.⁹⁵⁶ Während das aktive Tun jedoch selbst eine derartige Veränderung in Gang setzt, für die der Handelnde verantwortlich ist, belässt die Unterlassung die Außenwelt in ihrem bestehenden Verlauf. „Aus einer Gegenübersetzung des Einzelnen und der Unterlassungssituation, in der er sich befindet, läßt sich ein Substrat möglicher Strafbarkeit niemals finden, da der Unterlassende nun einmal nicht in die Welt hineinwirkt.“⁹⁵⁷ Es ist nicht das Unterlassen, das „gefährlich“ ist, sondern ein sich bereits unabhängig hiervon vollziehender gefährlicher Verlauf,⁹⁵⁸ den der Unterlassungstäter ablaufen lassen oder hemmen kann. Das Unterlassen kann nie für sich, sondern nur in der rechtlichen Verbindung mit diesem schädlichen Kausalverlauf *Tat* und damit *Tatunrecht* sein. Bevor

⁹⁵² *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 283; heute herrschend, vgl. nur *Roxin* AT II § 32 Rn. 6 m.w.N (kritisch aber *ders.* GA 2021, 190, 196); *Rudolphi* FS Lackner S. 863, 873.

⁹⁵³ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 284 f.; siehe auch *Gallas* Studien S. 77: Beziehung zu dem Rechtsgut; *Vogel* Norm und Pflicht S. 132 ff.; ferner *Hinderer* NSTZ 2022, 223: „individuelle Umweltbeziehung“; konzeptionell abweichend *Haas* Kausalität S. 229 f., der meint, die Garantiebeziehung als „subjektives Recht“, welche ein materielles Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten konstituiere. Die Rechtssphäre des Garanten werde „absolut dem Berechtigten mit Wirkung gegenüber jedermann zugeordnet, soweit dies zur Abwendung der Gefahren, für dessen Abwendung der Garant verantwortlich ist, geeignet und erforderlich ist“. Der Garant sei insoweit nicht mehr „Herr seiner selbst“, sondern in seiner Verfügungsgewalt über sich und seine Rechtssphäre beschränkt.

⁹⁵⁴ Vgl. etwa *Kühl* JuS 2007, 497, 504.

⁹⁵⁵ Der Täter wird also nicht bestraft, weil er Garant ist und *gleichzeitig* die Abwendung eines schädlichen Kausalverlaufs unterlässt, sondern weil er die Abwendung eines schädlichen Verlaufs unterlässt, *für den* er Garant ist.

⁹⁵⁶ Vgl. auch *Stratenwerth* FS Gallas S. 227, 238: Ebenso wie es beim Begehungsdelikt auf die geschaffene Gefahr eines Erfolgseintritts ankommt, so geht es beim Unterlassungsdelikt um die unterlassene Abwendung einer Gefahr des Erfolgseintritts; außerdem *Roxin* GA 2021, 190, 196.

⁹⁵⁷ *Maiwald* ZStW 86 (1974) 626, 640.

⁹⁵⁸ Vgl. *Engisch* Kausalität S. 62 f. m. Fn. 2; *Arth. Kaufmann* FS H. Mayer S. 79, 104 f.; *Maiwald* JuS 1981, 473, 474.

diese rechtliche Beziehung zwischen dem Unterlassenden und dem schadensträchtigen Verlauf nicht hergestellt ist, kann die Frage nach dem Gebot der Abwendung (bzw.: dem Unrecht der Unterlassung) unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes – ohne die Zuhilfenahme von Erwägungen der Mindestsolidarität (§ 323c I StGB) – überhaupt nicht gestellt. Denn allein durch die besondere Verantwortungsbeziehung zu dem schadensträchtigen Verlauf unterscheidet sich der unterlassende Garant von einem außenstehenden Beobachter, den das Geschehen nichts angehen muss.⁹⁵⁹ Während sich der Begehungstäter selbst zum „Teil der deliktischen Wirklichkeit“ macht, muss bei der Unterlassung an außerhalb des Tatverhaltens (Unterlassens) liegende normative Umstände angeknüpft werden, die den Unterlassenden „als Teil der Wirklichkeit“ erscheinen lassen, die er verhindern kann.⁹⁶⁰ Es ist die rechtliche Aufgabe als Garant, die Funktionszuweisung zur Überwachung bestimmter Kausalverläufe an bestimmte Personen, die es als „Rechtsgutsangriff“ erscheinen lassen, wenn diese Personen den Kausalverlauf nicht abwenden.

Beschützer- und Überwachungsgarant stehen also in einem besonderen strafrechtsrelevanten Verhältnis zu einem schadensträchtigen Geschehen, welches sich durch einen Rechtsgutsbezug definiert, mithin zu einer Gefahrensituation.⁹⁶¹ Die eigentliche problematische Frage, worin gerade die Besonderheit der Beziehung besteht,⁹⁶² muss an dieser Stelle noch offen bleiben.

Die hier vertretene Deutung kann sich auch auf den Wortlaut des § 13 I StGB stützen.⁹⁶³ Der Täter hat dafür einzustehen, dass der *Erfolg nicht eintritt*, es wird also ein *Ziel* vorgegeben.⁹⁶⁴ Ausdrücklich verfolgter Sinn und Zweck der Garantstellung ist die „Erfolgsverhinderung“, § 13 I StGB legt also selbst eine erfolgsbezogene Betrachtungsweise an.⁹⁶⁵ Dies entspricht dem allgemeinen Telos der strafrechtlichen Tatbestände, rechts-

⁹⁵⁹ *Maiwald* Kausalität S. 84: Beziehung zum gefährdeten Rechtsgut; *ders.* JuS 1981, 473, 474 f.: „Näheverhältnis“; siehe auch *Gallas* Studien S. 77; *Roxin* GA 2021, 190, 193 fragt, ob die „Schutzpflichtzuweisung“ bereits vor Eintritt der abzuwendenden Gefahr vorlag.

⁹⁶⁰ Vgl. *Maiwald* ZStW 86 (1974) 626, 640:

⁹⁶¹ Vgl. auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 68 ff.: Sonderverantwortlichkeit für eine Schädigungsmöglichkeit; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 67; *Kühl* FS Herzberg S. 177, 184; *Hoven* GA 2016, 16, 32: „Sonderzuständigkeit des Täters in Bezug auf die Gefahrensituation“; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 54; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 134. Auch *Jakobs* wendet sich mit Recht gegen die herkömmliche, mitunter austauschbare, Einteilung zwischen Beschützer- und Überwachungsgaranten. Entscheidend sei, dass der Garant personell beschränkt (also nur für bestimmte Personen) und nur für bestimmte Gefahren „hafte“, *Jakobs* AT 29/27; als Beispiel nennt er den Bademeister: Ist dieser „Beschützer der Gäste vor den Gefahren des Wassers oder Überwacher dieser Gefahr?“, ebenso *Hruschka* JuS 1979, 385 m. Fn. 5; *Pawlik* Unrecht S. 178; *Stein* SK § 13 Rn. 23.

⁹⁶² So *Weigend* LK § 13 Rn. 23; siehe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 312.

⁹⁶³ Dieses Argument hat erstaunlicherweise kaum Beachtung gefunden. Vgl. auch *Noll* Compliance S. 87 f. der insofern – mit der abweichenden Zielrichtung einer formalen Betrachtungsweise – die Geringschätzung des Wortlauts kritisiert.

⁹⁶⁴ Siehe etwa *Jakobs* ZStW 89 (1977) 1, 19; *Weigend* LK § 13 Rn. 23; grundsätzlich zu Verboten *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 14; auch *Noll* Compliance S. 119.

⁹⁶⁵ Vgl. auch *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 15.

gutsverletzendes, sozialschädliches Verhalten zu unterbinden. Mit der besonderen Beziehung des Unterlassenden zu der Gefahrenlage, also dem schadensträchtigen Verlauf⁹⁶⁶ ist das Spezifikum des Unterlassungsdelikts ausgemacht, das bei der Begehung selbstverständlich vorliegt und dort nirgends im Deliktsaufbau vorkommt. Die beim aktiven Tun auf der deskriptiven Basis des Begehungsdelikts stehende, stets vorhandene Wertung des „Einstehenmüssens“ für den Kausalverlauf muss beim unechten Unterlassungsdelikt ausdrücklich aufgrund sonstiger zum Unterlassungsverhalten hinzukommender Umstände begründet werden. Damit handelt es sich streng genommen um kein dem Begehungsdelikt fremdes Merkmal,⁹⁶⁷ jedoch bedarf dessen Vorliegen beim Unterlassungsdelikt – anders als beim Begehungsdelikt⁹⁶⁸ – einer besonderen wertenden Feststellung.⁹⁶⁹ Wenn man hingegen auch beim Begehungsdelikt stets nach dem Vorliegen der Garantenstellung fragte, verstieße dies gegen die gesetzliche Regelung, denn § 13 I StGB fordert ein besonderes rechtliches Einstehenmüssen *ausdrücklich nur* für das Unterlassungsdelikt.⁹⁷⁰

b) Keine Orientierung an der Belastung

Zuletzt bleibt zu erwähnen, dass es *theoretisch* denkbar wäre, die Garantenstellung alternativ oder kumulativ zu ihrer Erfolgsbezogenheit anhand der Belastung für den Verpflichteten, bzw. dem genauen Inhalt seiner Aufgaben, zu definieren. Dieses Kriterium wäre jedoch völlig vage und unbestimmt, sodass die Strafbarkeit letztlich auf der Willkür des Rechtsanwenders beruhte. Denn die durch den Begriff der Unterlassung implizierte Vermeidemacht hat auch der *quiquis ex populo* inne, Abstufungen können hier nur graduell sein und die qualitative Verschiedenheit der Garantenunterlassung nicht erklären. Eine Abgrenzung nach der „größeren oder geringeren Schwierigkeit eines [hypothetischen] Verhaltens“ würde eine Grenzziehung völlig unmöglich machen,⁹⁷¹ es ist kaum möglich, diese Gradunterschiede in einer Bestimmtheitsanforderungen genügenden Art und Weise zu beschreiben.⁹⁷² Man geriete wieder in die oben abgelehnte Gesamtschau (Siehe → V). Die Maßgeblichkeit der potentiellen Abwendungsbemühungen findet auch

⁹⁶⁶ So zu Recht *Kühl* FS Herzberg S. 177, 184; siehe auch *Jakobs* Handlungsbegriff S. 30 f.: „Verbindung eines Menschen mit einem Erfolgsverlauf“; *ders.* ZStW 89 (1977) 1, 21: Person, der die Ausgestaltung eines „Stücks Welt“ aufgetragen ist; *Schmidhäuser* AT 12/18; *Schünemann* FS Amelung S. 303, 306 f., 312: Es gehe „um eine spezifische Beziehung des Unterlassungstäters zu eben dieser Rechtsgutsverletzung und damit um eine allgemeine Struktur für alle Erfolgsdelikte“ (*Schünemann* versteht diese jedoch als ontologische Struktur); *ders.* in: Internationale Dogmatik S. 72; *Weigend* LK § 13 Rn. 23.

⁹⁶⁷ So die Kritik von *Arm. Kaufmann* an *Nagler*; erneuert von *Freund* gegen die h.L.

⁹⁶⁸ Vgl. insoweit die berechtigte Kritik an Konzeptionen (etwa *Herzberg*, *Jakobs*, *Freund*), die die Garantenstellung als Voraussetzung des Begehungsdelikts erachten, z.B. von *Schünemann* GA 1974, 231, 238 ff.; *ders.* in: Internationale Dogmatik S. 49, 52 ff.: in semantisch völlig inhaltslose Normativität aufgelöst; *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 670 ff.

⁹⁶⁹ So schon *Welp* Vorangegangenes Tun S. 73 m. Fn. 350 gegen *Arm. Kaufmann*.

Vgl. weitergehend auch *Stein* SK § 13 Rn. 17: Fortschreibung der den Handlungsverboten zugrunde liegenden rechtlichen Wertungen.

⁹⁷⁰ Siehe auch *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 676.

⁹⁷¹ Siehe *Roxin* TuT S. 517 f.

⁹⁷² *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 139 m. Fn. 79a. Für die Berücksichtigung solcher Gradunterschiede im Rahmen der Abgrenzung zur Teilnahme etwa f.-C. *Schroeder* Täter S. 105 f.; **dagegen** zu Recht *Rudolphi* aaO.

keine Stütze im Wortlaut des § 13 StGB. Dieser stellt im Gegenteil darauf ab, dass der Täter dafür einzustehen hat, dass der *Erfolg nicht eintritt*. Die Pflicht des Garanten definiert sich im Hinblick auf das rechtliche Interesse am Ausbleiben tatbestandlicher Erfolge, nicht hingegen an der Vornahme *bestimmter* Handlungen. So fand auch der Begriff der „Erfolgsabwendungspflicht“ in den Vorentwürfen zu § 13 I StGB Verwendung. Indem man im Übrigen die Belastung Handlungsfreiheit des Täters in die Frage nach dem Entstehenmüssen mit einbezöge, geriete zudem die Legitimation durch den Schutz von *Rechtsgütern* aus dem Blick, sodass es zu teleologisch nicht nachvollziehbaren Abgrenzungen käme.⁹⁷³ Wenn man das Unrecht jedoch materiell als Rechtsgutsverletzung versteht, besteht das Unterlassungsdelikt nicht in dem Verstreichenlassen einer bestimmten leichten Vermeidemöglichkeit, also in einem bloßen Rechtsungehorsam, sondern im Nichteinwirken auf einen für Rechtsgüter schädlichen Verlauf. Eine *alleinige* Maßgeblichkeit der Vermeidemöglichkeit, ohne Begrenzung durch den Garantengedanken, würde im Übrigen zu der freiheitsfeindlichen Konsequenz führen, dass die Handlungsfreiheit nur unter dem Vorbehalt gewährleistet wäre, dass kein anderer im Einzelfall ein überwiegendes Interesse an deren Inanspruchnahme hat.⁹⁷⁴ Der liberale Kerngedanke von § 13 I StGB ist gerade, dass mich fremde Rechtsgüter bedrohende Kausalverläufe, selbst wenn ich die Möglichkeit einzugreifen habe, *grundsätzlich* nichts angehen müssen.⁹⁷⁵ Es

⁹⁷³ Zu diesen im Einzelnen unten bei *Schünemann* und *Sangenstedt* → Kapitel 3 § 1 E und f.

⁹⁷⁴ „Erst die Zurückdrängung von Solidaritätserwartungen eröffnet dem einzelnen die Chance, *sein eigenes* Leben zu führen, d.h. die von ihm gewählte Weise der Selbstdarstellung handelnd durchzuhalten“, *Pawlik* Unrecht S. 179; bereits *ders.* Verhalten S. 41 f.; *ders.* Notstand S. 16 f.: „Wenn jeder prinzipiell jederzeit den Lebensplan eines anderen mit Zwang überdeterminieren könnte, dann wäre die Idee eines eigenen Lebensplans nicht mehr vorstellbar“; siehe auch *Frister* GA 1988, 291 f.; *Jescheck/Weigend* AT § 1 I 2: freiheitsschaffende Funktion des liberalen Strafrechts; *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 316; *Köhler* AT S. 206 „Was geht mich das an?“; S. 208: „Die äußere Zufälligkeit ist an sich dem schlüssig entwickelten Dasein freier Subjekte zuwider“; *Otto* FS Hirsch S. 291, 299, 301: konsequent weitergedacht müsste jeder, der als einzelner die Möglichkeit zur Rettung hat, Garant sein, was jedoch bereits dem Gedanken des § 323c StGB widerspreche; *E. A. Wolff* Kausalität S. 39; zur Verfassungswidrigkeit der Inanspruchnahme des *quiquis ex populo* außerdem v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 183. – Dagegen kann die „bloß“ konsequentialistische Argumentation von *Vogel* (Norm und Pflicht S. 309 f.) hier die erforderliche Einschränkung nicht leisten. Es wäre gerade nicht „dysfunktional“ oder „pragmatisch sinnlos“ überfordernd, den jeweils bestmöglichen Retter zu verpflichten.

⁹⁷⁵ Damit sind auch die Erwägungen von *Wohlleben* Beihilfe S. 164 ff. zurückzuweisen, der (um der Stringenz seiner eigenen Lösung willen) erwägt, ob das Sonderwissen einer Person zu einer Garantenstellung führen kann (*Wohlleben* dreht dabei *Jakobs*‘ Argumentation, dass das Sonderwissen beim Tun ebenso wenig eine Zuständigkeit schaffen könne wie beim Unterlassen, um). Es sei zu überlegen, „ob und wann die Kenntnisse des Beobachtenden so beschaffen sind, daß ihm im Sinne gesamtgesellschaftlichen Nutzens [...] ausnahmsweise eine Pflicht zum Handeln aufzuerlegen ist.“ (S. 166). Dabei denkt er insbesondere an „extreme Ausnahmefälle“, in denen sich Tun und Unterlassen weitestgehend gleichen und der Eingriff in die Handlungsfreiheit nicht besonders schwerwiegend ist (Umlegen eines Schalters etc.). – Dagegen spricht (1.), dass Garantenstellung und Pflichtinhalt in einer undurchsichtigen Gesamtabwägung vermengt würden, sodass die Rechtsanwendung im Einzelfall völlig unvorhersehbar wäre. Hierdurch würde (2.) im Wege einer utilitaristischen Abwägung die Handlungsfreiheit einer Person (mit Strafbewehrung!) unter den Vorbehalt gesamtgesellschaftlichen Nutzens gestellt. (3.) wird hierdurch kaum überzeugend die vollständig parallele Behandlung von Tun und Unterlassen erwogen.

gibt daher im Ergebnis keine Garantenstellung wegen „Geringfügigkeit des Aufwands“.⁹⁷⁶

c) Zwischenfazit

Für die Gleichstellung kommt es also nicht auf die „Garantenpflicht“ an, sondern die Garantenposition als „Aufgabe“ oder „Funktion“ einer Person, eine bestimmte Gefahr zu überwachen.⁹⁷⁷ Hierin liegt das wohl wichtigste Ergebnis dieses Abschnitts: Die Überwachungsposition besteht im Hinblick auf bestimmte *Schädigungsmöglichkeiten* (und damit den Rechtsgüterschutz), *nicht* hingegen bestimmte *Abwendungsmöglichkeiten*.⁹⁷⁸ Die Verwendung des Begriffs der „Garantenpflicht“ auf der anderen Seite würde *zusätzlich* beinhalten, dass es der im Verkehr gebotenen Sorgfalt entspricht, im Hinblick auf eine objektiv erkennbare Gefahr bestimmte, in der Situation mögliche und erforderliche, Abwendungshandlungen zu ergreifen.⁹⁷⁹ Von diesen auf die konkrete Abwendungsmöglichkeit bezogenen Erwägungen ist die Definition des *Einstehenmüssens*, der Garantenposition freizuhalten. Wenn es einem Garanten in der Situation unmöglich ist, eine Gefahr abzuwenden, er die gebotene Sorgfalt einhält oder das Opfer freiverantwortlich auf Hilfe verzichtet, lässt dies nicht die *grundsätzliche* Garantenposition entfallen.⁹⁸⁰ Diese Folgerung wird insbesondere dem Wortlaut des § 13 I StGB gerecht, der insoweit auf das Ziel des Nichteintritts *des Erfolgs* abstellt. § 13 I StGB zeigt sich hier durchaus als auslegungsfähig.⁹⁸¹

⁹⁷⁶ Treffend *Samson* FS Welzel S. 591 m. Fn. 63; *Loos* FS Samson S. 81, 87: keine Theorie der Garantenstellung kann sich am Maß der Belastung orientieren; *Otto* FS Hirsch S. 291, 301: die Strafbarkeitsbegründung wäre willkürlich; ähnlich *Joecks/Jaeger* § 13 Rn. 64; siehe auch *Roxin* TuT S. 518; es gibt allerdings theoretische Erwägungen, die Unterlassung von Jedermann als Tötung durch Unterlassen anzusehen, jedoch die Strafbarkeit von der Zumutbarkeit abhängig zu machen, dargestellt bei *Philipps* Handlungsspielraum S. 159 m. Fn. 207.

⁹⁷⁷ Dem entspricht es, dass auch alltagssprachlich zwischen der bereichsbezogenen Funktion einer Person und seinen konkreten Pflichten unterschieden wird. Dies trifft auch auf die Fallgruppen zu, die unter dem Stichwort der Garantenstellung diskutiert werden: Die Eltern haben die Aufgabe, das Kind zu ernähren, der Polizist hat die Aufgabe, Straftaten zu verhindern, der Hundehalter hat die Aufgabe, das Tier zu überwachen. Wenn sie z.B. gefesselt oder ohnmächtig sind, sind sie zwar nicht verpflichtet, tätig zu werden, sie verlieren hierdurch jedoch nicht ihre *Funktion*, bestimmte Schädigungsmöglichkeiten abzuwenden.

⁹⁷⁸ Im Ergebnis ähnlich *Jakobs* AT 28/14: Die Verantwortungsbereiche seien über zu vermeidende Erfolge definiert; *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 67.

⁹⁷⁹ Insoweit ist der Vorwurf von *Freund* MK § 13 Rn. 70 f. an die h.M., dass diese den die Tatbestandsmäßigkeit mit Vorliegen der Garantenstellung automatisch bejahe, unverständlich und unberechtigt.

⁹⁸⁰ Dass in diesen Fällen nur die Garantenpflicht entfällt, meint auch *Ceffinato* NSTZ 2021, 65, 67 f. Während die Garantenpflicht regelmäßig aus anderen Rechtsgründen begrenzt werde, erfordere die Beendigung der Garantenstellung den Fortfall der sie begründenden Voraussetzungen. – Umso erstaunlicher ist dann jedoch, dass *Ceffinato* die Unterscheidung zwischen Garantenstellung und Garantenpflicht dennoch – obwohl er mit den Beendigungsgründen gerade einen Anwendungsbereich aufzeigt – für unergiebig erachtet (S. 66, 70)

⁹⁸¹ Vgl. → § 2 C, D.

5. Das „rechtliche“ Einstehenmüssen

Ausscheiden müssen gemäß dem Wortlaut von § 13 I StGB rein tatsächliche Verhältnisse. So steht der *quiquis ex populo*, der das Rettungsmonopol innehat, bloß in tatsächlichen Beziehung zur Gefahr, indem er diese abwenden *kann*. Doch bloß deshalb führt der Begriff „rechtlich“ *nicht* zum vorschnellen Schluss auf das Erfordernis einer *gesetzlichen* Rechtspflicht.⁹⁸² Das Wort „rechtlich“ verbietet allein, die Annahme von Garantpositionen überhaupt von rechtlichen Maßstäben zu lösen.⁹⁸³ Die Beziehung des Täters zur Gefahr muss damit aus den fundamentalen Wertungen des Strafrechts, insbesondere der Tatbestände des Besonderen Teils, abgeleitet werden, denen die Unterlassung wegen § 13 I StGB gerade *strafrechtlich* gleichgestellt werden soll.

VII. Ergebnis

Es hat sich also zunächst gezeigt, dass neben der Gebotsnorm des unechten Unterlassungsdelikts – ebenso wie beim Begehungsdelikts – keine weitere Pflicht erforderlich ist. Es muss keine „Garantenpflicht“ aufgrund Ingerenz aus irgendeinem formellen Gesetz hergeleitet werden. Die Handlungspflicht entfließt der tatbestandlichen Gebotsnorm.⁹⁸⁴ Diese ist durch die Transformation der den Tatbeständen des Besonderen Teils zu entnehmenden Verbotsnormen in Verbindung mit § 13 StGB gesetzlich bestimmt. Vorzugswürdig ist es, den das Ergebnis umschreibenden Begriff „Garantenpflicht“ aufgrund seiner falschen Illusion einer Begründungsfunktion⁹⁸⁵ weitestgehend zu vermeiden. Soweit er hier im Folgenden unkritisch verwendet wird, ist er synonym zu der Verwirklichung

⁹⁸² So auch *Herzberg* Arbeitsschutz S. 228; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 47: Ein gesetzespositivistischer Begriff sei der Interpretation des Wortes nicht adäquat, weil nicht restriktiv genug; **and**ers *Kaspar* AT § 10 Rn. 69 ff.: „§ 13 StGB spricht von einer ‚rechtlichen Einstandspflicht; diese kann sich also weder aus moralischen Erwägungen, noch allein aus faktischen Umständen ergeben“, Rn. 70: „Dabei ist im Sinn der formellen Rechtspflichtenlehre zunächst festzustellen, ob eine ausreichende, auf Gesetz oder Vertrag beruhende rechtliche Basis [...] besteht“.

⁹⁸³ *Herzberg* Arbeitsschutz S. 228.

⁹⁸⁴ Wenn also *Herbertz* Ingerenz S. 208 kritisiert, die Garantpflicht sei kein „Merkmal“, sondern bezeichne eine „Rechtsfolge“, so ist dies eine treffende Beschreibung, die jedoch nur dann problematisch ist, wenn man sich mit ihr zufriedengibt und nicht weiterfragt, welche Erfordernisse ihr im Einzelnen zugrunde liegen.

⁹⁸⁵ *Grünwald* schrieb etwa, der Begriff der Rechtspflicht habe die Lehre vom Unterlassungsdelikts „in verhängnisvoller Weise belastet“, Unterlassungsdelikts S. 46; **and**ers etwa *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 21: „Vorrangig ist die Frage nach der Handlungspflicht bzw. Erfolgsabwendungs- oder Garantpflicht“.

strafrechtlich relevanten Handlungsunrechts.⁹⁸⁶ Wenn man sich der Bedeutung des Begriffs „Garantenpflicht“ bewusst ist, ist er „unschädlich, aber überflüssig“.⁹⁸⁷ Die Bezeichnung „Garantenstellung“ kann hingegen beibehalten werden,⁹⁸⁸ solange man sich nicht durch ihre begriffliche Hülle blenden lässt, die eine besondere Nähe des Garanten zu einem ihm „anvertrauten“ Rechtsgut impliziert.⁹⁸⁹ Immerhin bringt auch der Begriff zum Ausdruck, dass einer Person die Funktion zugewiesen ist, schädigende Ereignisse zu verhindern (deren Nichteintritt zu „garantieren“), nicht hingegen einzeln bestimmte Abwendungshandlungen vorzunehmen. Alternativ kann man mit dem Wortlaut des Gesetzes von „rechtlichem Einstehenmüssen“⁹⁹⁰ oder aber von einer „Überwachungsposition“⁹⁹¹ sprechen.

⁹⁸⁶ Zum Teil wird der Garantenpflicht Relevanz zugeschrieben als Gegenstand des Unrechtsbewusstseins, § 17 S. 1 StGB, oder im Rahmen der Abwägung sämtlicher Interessen, § 34 StGB, so etwa *Küper* ZStW 131 (2019) 1, 17 m. Fn. 54; v. *Coelln* sieht in der Garantenpflicht sogar eine eigenständige Strafbarkeitsvoraussetzung und ordnet sie der Rechtswidrigkeit zu. Unter diesem Gesichtspunkt bespricht sie etwa Fälle der Pflichtenkollision. Es müsse zwischen Garantenstellung und -pflicht unterschieden werden, da es Fälle gebe, bei denen zwar eine Garantenstellung vorliege, jedoch keine Pflicht. Dabei nennt sie jedoch außer der üblichen Irrtumsproblematik keinen weitergehenden Anwendungsbereich (v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 81 ff.; ähnlich wie sie auch *Blassl* Garantenpflicht S. 287; *Kleinherne* Garantenstellung S. 113). Ob man dabei im Übrigen die dem Tatbestand entfließende „vorläufige Pflicht“ (so *Küper* aaO) oder die der Rechtswidrigkeit zuzuordnende „komplette“ Verhaltensanweisung (so etwa v. *Coelln* aaO) „Garantenpflicht“ nennt, ist eine bloß terminologische Frage

⁹⁸⁷ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 308; siehe auch *Stein* SK § 13 Rn. 15: begriffliche Ausgliederung als Frage der Zweckmäßigkeit.

⁹⁸⁸ Vgl. *Stree* FS H. Mayer S. 145 m. Fn. 2: in der Sache sei an dem Merkmal Garantenstellung „nicht zu rütteln“, man könne aber zweifeln, ob der Begriff für alle Fälle der Sonderverantwortlichkeit passe; *Roxin* AT II § 32 Rn. 1: der Begriff habe sich allgemein durchgesetzt und solle daher beibehalten werden; ähnlich *Henkel* MschrKrim 1961, 178 m. Fn. 1; *Herbertz* Ingerenz S. 178 f., müßig allerdings die Überlegungen, ob der Garant aufgrund seiner „Nähe zum Nationalsozialismus“ vorbelastet sei; **anders** *Freund* MK § 13 Rn. 79.

⁹⁸⁹ *Binding*, bei dem sich der Begriff erstmals findet, spricht von einem „Garantie“-Versprechen, Normen II 1 S. 576 ff. Zum Teil wurde die Garantenstellung ausdrücklich als „Schutzverhältnis“ betrachtet, vgl. *BT-Drucks.* IV/650 S. 124; *Welzel* Niederschriften 12 S. 95; *Gallas* ebendort; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 96: „Verhältnis der sozialen Nähe“, bei dem das Rechtsgut dem Garanten „anvertraut“ ist. Insbesondere die Garantenstellung aus Ingerenz wird durch diesen Oberbegriff nicht voll getroffen, *Gallas* Niederschriften 12 S. 479; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 74. Hier soll gerade der Urheber der Gefahr, der „selbst der schärfste Gegner des Rechtsguts ist“ (*Ceffinato* Legitimation S. 140, dort zum Verhältnis des Schuldners zur Insolvenzmasse) in die Pflicht genommen werden, obwohl er aufgrund seines Vorverhaltens eigentlich keine Gewähr dafür bietet, die Situation zu beheben. Der Ingerent ist „Garant wider Willen“, der nicht vertrauensvoll zum Schutz bestellt, sondern für die Folgen der selbst hervorgerufenen Gefährdung verantwortlich ist.

⁹⁹⁰ So auch die Kapitelüberschrift bei *Roxin* AT II § 32 Rn. 1 ff.; siehe auch *Gallas* Niederschriften 12 S. 243: Die Garantenstellung aus Ingerenz unterfalle diesem Begriff „bei einer entsprechend weiten Auslegung“; **kritisch** *Herbertz* Ingerenz S. 179: „bandwurmartige[...] Leerformel“.

⁹⁹¹ Beziehungsweise beim Beschützergarant von einer Obhutposition.

Für die Gleichstellung der Erfolgsdelikte gemäß § 13 I StGB muss allein das Entstehen einer Person für den Nichteintritt eines Erfolgs, also seine Garantenstellung bzw. Garantenbeziehung zu einem gefährlichen Kausalverlauf, *besonders* begründet werden.⁹⁹² Dieses „rechtliche Entstehenmüssen“ ist nicht „Inbegriff“ der Voraussetzungen der Garantenpflicht, sondern nur Teilvoraussetzung und hat damit einen klar abgrenzbaren Regelungsinhalt.⁹⁹³ Wenn die tatsächlichen Voraussetzungen der Garantenbeziehung nebst den übrigen Tatbestandsmerkmalen⁹⁹⁴ gegeben sind, wird die unterlassene Gefahreindämmung als tatbestandliches Strafunrecht bewertet und verletzt spiegelbildlich auch die „Garantenpflicht“.⁹⁹⁵ Ein Konzept, das zwischen den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des unechten Unterlassungsdelikts trennt und dem abgrenzbaren, am Wortlaut des § 13 I StGB orientierten, Bedeutungsgehalt des Entstehenmüssens⁹⁹⁶ Rechnung trägt, kann die tatbestandliche Unbestimmtheit nicht vollends vermeiden, ist jedoch einer „ganzheitlichen“ Betrachtung der „Garantenpflicht“ als Handlungsunrecht des unechten Unterlassungsdelikts allemal überlegen.⁹⁹⁷ Indem überdies die Garantenstellung als Voraussetzung des strafrechtlichen Tatbestandes in den Blick genommen wird, trägt die Untersuchung der in § 13 StGB (insbesondere im Hinblick auf die Gleichstellung in der Rechtsfolge) vorausgesetzten *strafrechtsspezifischen* Gleichstellung Rechnung.⁹⁹⁸

⁹⁹² Vgl. auch *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 56: Die Umstände, die die Garantenstellung ausmachen begründen die Rechtspflichtwidrigkeit neben anderen Tatumständen, nicht aber allein oder in höherem Maß als diese; wie hier auch *Stein* SK Vor § 13 Rn. 19.

⁹⁹³ Im Ergebnis auch *Freund* MK § 13 Rn. 102, 104 „Teilmoment“. Nicht überzeugen kann hingegen dessen Verzeichnung der h.M.

⁹⁹⁴ Siehe zu diesen *Weigend* LK § 13 Rn. 61 ff.

⁹⁹⁵ Gegen die Unterscheidung zwischen „Garantenstellung“ und „Garantenpflicht“ stark polemisierend und den Standpunkt der h.M. verzerrend *Freund* Erfolgsdelikt S. 162 ff.: Sei eine bestimmte Person als Garant erst einmal „dingfest“ gemacht, sei sie nach der h.M. „ohne weiteres“ wegen begehungsgleichem Unterlassen strafbar. Wenn dies im Einzelfall nicht so sei, handle es sich um eine „Inkonsequenz“ gegenüber dem eigenen Ausgangspunkt zur Vermeidung abwegiger Ergebnisse. Es erscheine „schlicht widersprüchlich“, die Tatbestandsmäßigkeit wegen Fehlens einer Garantenpflicht trotz gleichzeitig bejahten Gegebenseins der tatsächlichen Voraussetzungen der Garantenstellung sowie der sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen zu verneinen. – Wenn die Garantenpflicht trotz Bestehens einer Garantenstellung verneint wird, dann fehlt aber doch gerade eine sonstige Tatbestandsvoraussetzung (etwa die Möglichkeit der Erfolgsabwendung oder die objektive Sorgfaltswidrigkeit).

⁹⁹⁶ Ähnlich bereits *Welzel* Niederschriften 12 S. 94 f.

⁹⁹⁷ Auf *dieses* Vorgehen treffen die Bedenken hinsichtlich des Bestimmtheitsgrundsatzes tatsächlich in vollem Umfang zu. Ausführliche Kritik etwa von *Herbertz* Ingerenz S. 184-215, die die Frage im Ergebnis offenlässt, S. 214. *Herbertz* macht sich letztlich die „ganzheitliche“ Betrachtung der Garantenpflicht selbst zu eigen.

⁹⁹⁸ Eine Lösung, welche ihren Ausgangspunkt im *Strafgesetz* nimmt, vermeidet die vorschnelle Kriminalisierung von vorstrafrechtlichen Verhaltensnormverstößen und sieht sich dabei nicht der kaum lösbaren Problematik gegenüber, von außerstrafrechtlichen Verhaltensnormen den Weg ins *Strafrecht* sowie insbesondere zum *Strafgesetz* zurückfinden zu müssen. So im Ausgangspunkt auch *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33n.

Kapitel 2: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Ingerenz

§ 1 Herleitung und Überblick

Die Rechtsprechung stützt die Garantenstellung auf den „allgemeinen Gedanken“, jeder müsse verhindern, dass aus einer von ihm geschaffenen Gefahr ein Schaden für fremde Rechtsgüter entstehe.⁹⁹⁹ Dies sei „gefestigte Rechtsprechung“.¹⁰⁰⁰ Die Grundsätze der Ingerenz seien „anerkannt“,¹⁰⁰¹ sodass es überflüssig sei, sich mit Einwänden bezüglich „Berechtigung, Grund und Voraussetzungen“ der Garantenstellung auseinanderzusetzen.¹⁰⁰² Der Bundesgerichtshof stützt die Garantenstellung aus Ingerenz also auf die tradierte Anerkennung des Gedankens und damit letztlich auf strafbarkeitsbegründendes Gewohnheitsrecht.¹⁰⁰³ Während der BGH hinsichtlich der Voraussetzungen zunächst an die Linie des Reichsgerichts anknüpft und eine weite Ausdehnung der Ingerenz vornimmt,¹⁰⁰⁴ ergeben sich in neuerer Zeit einige Restriktionen. In seiner neueren Rechtsprechung fordert der Bundesgerichtshof, dass der Täter durch ein pflichtwidriges Vorverhalten¹⁰⁰⁵ die nahe, adäquate Gefahr¹⁰⁰⁶ des Erfolgseintrittes schaffe. Diese Judikatur kann

⁹⁹⁹ BGHSt 19, 152, 154; BGHSt 43, 381, 396; BGH NJW 1998, 1568, 1573; BGH NZWiSt 2018, 379, 386; ebenso *Gallas* Studien S. 86 f.: „ungeschriebene Rechtsnorm, deren Geltung durch die Rechtstradition hinreichend gesichert ist“; *Jescheck* 140 Jahre GA S. 115, 125; *Tag* HK-GS § 13 Rn. 22; ähnlich *Blei* FS H. Mayer S. 119, 136; **kritisch** etwa *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 334 f.; *Schünemann* Nulla poena S. 5: „Todsünde wider den nulla-poena-Satz, [...] in Gestalt der Zementierung und Immunisierung einer an sich verfehlten und überholten Judikatur“.

¹⁰⁰⁰ So bereits RGSt 46, 337, 343.

¹⁰⁰¹ So BGHSt 4, 20, 22; BGHSt 11, 353, 355 f.; BGHSt 19, 152, 154; BGHSt 37, 106, 115; siehe auch BGHSt 25, 218, 220; *Frister* AT 22/30; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 87; *Schmidhäuser* AT 12/29.

¹⁰⁰² BGHSt 37, 106, 115.

¹⁰⁰³ In BGHSt 2, 150, 153 wird das Gewohnheitsrecht ausdrücklich als Rechtsquelle für Garantenpflichten genannt. Siehe auch *Kühl* AT § 18 Rn. 91: Der Satz habe auch ohne Begründung eine Überzeugungskraft, die ihn fast als gewohnheitsrechtlicher Rechtssatz erscheinen lasse; auf Gewohnheitsrecht abstellend auch *E. A. Wolff* Kausalität 42 f. m. Fn. 22; *Grandrath* Rechtspflicht S. 255; für den Kernbereich *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 107, 119.

¹⁰⁰⁴ Der BGH habe „den theoretisch gerade noch konstruierbaren Bereich der Unterlassungsdelikte Wirklichkeit werden lassen“, so sei jeder Nahestehende Ingerent gewesen, vgl. *Schünemann* Grund und Grenzen S. 195.

¹⁰⁰⁵ Zum Pflichtwidrigkeitskriterium BGHSt 25, 218, 220 f.; BGHSt 26, 35, 38; BGHSt 34, 62, 64; BGHSt 37, 106, 115 f.; BGHSt 54, 44, 47; BGHSt 62, 72, 80; BGH NStZ 1984, 452; BGH NStZ 1985, 319, 320; BGH NJW 1992, 1246, 2147; BGH NStZ 1998, 83, 84; NJW 1998, 1568, 1573; BGH NJW 1999, 69, 71; BGH NStZ 2000, 414; BGH NStZ 2000, 583; BGH NJW 2000, 2754, 2756; BGH NStZ 2002, 139; BGH NStZ 2004, 89, 93; BGH NStZ 2008, 276, 277; BGH NStZ-RR 2009, 366; BGH NStZ 2009, 321, 322; BGH NStZ 2017, 531, 534; BGH HRRS 2020 Nr. 170; angedeutet bereits in BGHSt 19, 152, 154; **anders** noch BGHSt 4, 20; BGHSt 11, 353, 355.

¹⁰⁰⁶ Zum Nähekriterium BGHSt 37, 106, 115; BGHSt 54, 44, 47; BGHSt 62, 72, 80; BGH NJW 1953, 1399, 1400; BGH 1954, 1818, 1819; NJW 1992, 1246, 2147; BGH NStZ-RR 1997, 292 f.; BGH NStZ 1998, 83, 84. BGH NJW 1998, 1568, 1573 BGH NJW 1999, 69, 71; BGH NStZ 2000, 414; BGH NJW 2000, 2754, 2756; BGH NStZ 2000, 583; BGH NStZ 2004, 89, 93; BGH NStZ 2008, 276, 277; BGH NStZ-RR 2009, 366; BGH NStZ 2009, 381, 382; BGH NStZ 2012, 379, 380; BGH NStZ 2018, 209, 210; BGH BeckRS 2016, 6429; BGH NZWiSt 2018, 379, 386.

als mittlerweile gefestigt angesehen werden, auch wenn es immer wieder einzelne „Ausreißer“ gibt. Insbesondere ist nicht immer klar, ob der Bundesgerichtshof einen Pflichtwidrigkeitszusammenhang fordert¹⁰⁰⁷ oder das bloß isolierte Fehlverhalten ausreichen lässt.¹⁰⁰⁸

Der „allgemeine Gedanke“, auf dem die Garantienstellung aus Ingerenz beruhen soll, stellt letztlich bloß eine Umschreibung des Ergebnisses dar, die nicht dessen dogmatische Begründung ersetzt. Der Bundesgerichtshof beschränkt sich darauf, die gewollte Rechtsfolge, aufgrund jahrzehntelanger Rechtsprechung verfestigt, als allgemeingültigen Satz zu postulieren.¹⁰⁰⁹ Dies ist auch in der Literatur auf erhebliche Kritik gestoßen, die besonders deutlich *Schünemann* vorgetragen hat: Der BGH verzichte auf jegliche Herleitung und suche sein Heil in einer reinen Kasuistik. Die Rechtsprechung sei „zickzackartig“ und bediene sich der in der Wissenschaft entwickelten dogmatischen Konstruktionen „wie in einem Supermarkt“, um das gewünschte Ergebnis zu begründen.¹⁰¹⁰ Insbesondere kann man sich nicht auf den Standpunkt stellen, die Rechtsprechung sei bereits zu Gewohnheitsrecht erstarrt. Ganz abgesehen von Zweifeln, ob die Voraussetzungen für die Entstehung von Gewohnheitsrecht überhaupt vorlägen,¹⁰¹¹ könnte solches jedenfalls nicht strafbarkeitsbegründend wirken.¹⁰¹² Art. 103 II GG verlangt zur Strafbarkeitsbegründung

¹⁰⁰⁷ BGHSt 37, 106, 115 f.; BGH NJW 1999, 69, 71 f.; BGH NZWiSt 2018, 379, 386; BGH HRRS 2020 Nr. 170; OLG Hamm NStZ-RR 2006, 13, 14; auf Zurechnungsgesichtspunkte abstellend BGH NStZ 1998, 83, 84; BGH NStZ 2000, 583; BGH NStZ 2008, 276, 277: eine nahe Gefahr liege vor, wenn die Vorschrift dem Schutz des beeinträchtigten Rechtsgut dient; BGH NStZ-RR 2009, 366; zustimmend Kudlich JA 2010, 151 f.; eine Normativierung dieses Kriteriums durch die unausgesprochene Anwendung von Zurechnungserwägungen erkennt auch *Rengier* AT § 50 Rn. 96 ff.; siehe auch *Ha. Schneider* NStZ 2004, 91, 93, der die Formel einen „die Idee des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs aufgreifenden Grundsatz“ nennt.

¹⁰⁰⁸ Etwa BGH NStZ 1984, 452; BGH NStZ 1985, 319, 320; BGHSt 34, 62, 64; BGH NJW 2000, 2754, 2756.

¹⁰⁰⁹ Vgl. auch *Welzel* Niederschriften 12 S. 95 „geradezu als ein Axiom hingenommen“.

¹⁰¹⁰ Zitate bei *Schünemann* FS Amelung S. 303, 304, 311, 319; siehe auch *ders.* Nulla poena S. 5: nackte richterliche Dezision; *ders.* GA 1995, 201, 224 „Zickzacklinie“; *ders.* Internationale Dogmatik S. 49, 62: das kriminalpolitische Bedürfnis sei Leitkriterium der Rechtsprechung; bereits *ders.* Grund und Grenzen S. 195: bloße ad-hoc Argumente; dem BGH sei hier wie nirgendwo sonst die strafrechtliche Rechtsschöpfung übertragen; siehe auch *Arzt* FG BGH IV S. 755, 761 ff. zur Rechtsprechung des BGH bei unklarer Qualität des Vorverhaltens; hinsichtlich der an die Ingerenz zu stellenden Voraussetzungen *Herbertz* Ingerenz S. 17: „nach Belieben zu Rechtgezogen und -gezerrt“, S. 76: keine stichhaltige Legitimation.

¹⁰¹¹ **Dagegen** *Sangenstedt* Garantienstellung S. 96 f.: die Ingerenz sei mangels konstanter Rechtsprechung und uneinheitlicher Beurteilung in der Literatur nicht durchwegs anerkannt und entspreche damit nicht der allgemeinen Rechtsüberzeugung; ähnlich etwa auch *Henkel* MschrKrim 1961, 178, 185; *Herzberg* Garantienprinzip S. 211; *Kamberger* Treu und Glauben S. 198 f.; *Kleinherne* Garantienstellung S. 142; *Noll* Compliance S. 85 f. (hinsichtlich der Garantienstellung aus Ingerenz; anders für die Verkehrspflichten); *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 279, 336; **andere** *Bockelmann/Volk* AT § 17 B I 4.

¹⁰¹² BVerfGE 126, 170, 197; *Gallas* Studien S. 78; *Henkel* MschrKrim 1961, 178, 185; *Herbertz* Ingerenz S. 111, 217, 247; *Jescheck/Weigend* AT § 15 III 1; *Kahlo* Handlungsform S. 262; *Krey* Gesetzesvorbehalt S. 21, 27; *ders./Esser* AT Rn. 98 f.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 14; *ders./Greco* AT I § 5 Rn. 9, 45 ff.; *Schünemann* Nulla poena S. 5; *Stree* FS H. Mayer S. 145, 155 m. Fn. 31: „Fragwürdig sowohl als rechtlicher Ansatzpunkt wie auch als inhaltsbestimmender Maßstab“.

eine *lex scripta*. Man kann sich auch nicht damit behelfen, dass § 13 I StGB auf Gewohnheitsrecht verwiese, da so der Gesetzlichkeitsgrundsatz umgangen würde.¹⁰¹³ Überdies entspräche es nicht einer rechtsstaatlichen Begründung von Strafe, die Einigkeit über die Ingerenz vorzuschieben. Die Autorität der herrschenden Meinung ersetzt keine rechtsstaatlichen Grundsätzen genügende materielle Begründung der Strafbarkeit aus dem Gesetz: „[...] die Rechtswissenschaft ist keine Wahlveranstaltung, bei der letztlich nur die Stimmen zählen.“¹⁰¹⁴

Die Analyse der Rechtsprechung lässt keine „dogmatisch-systematische Ableitung der Garantstellungen“ erwarten.¹⁰¹⁵ Die bedeutendsten Rechtsprechungslinien und Problemfelder sind jedoch bereits deshalb kurz darzulegen, weil sie weitere Grundlage der wissenschaftlichen Diskussion über die Berechtigung und die Reichweite der Ingerenzgarantenstellung wurden. Die Darstellung setzt dabei Schwerpunkte.¹⁰¹⁶

§ 2 Frühe Entwicklung

A. Reichsgericht: Allgemeine Grundsätze

Das Reichsgericht stellte sich früh auf den Standpunkt, dass vorausgegangenes Tun eine Rechtspflicht zur Beseitigung der geschaffenen Lage begründen könne. Zu beachten ist, dass das Reichsgericht die Verpflichtung teilweise auf die Vorhandlung selbst stützt und den Straftatbestand als deren Quelle ausdrücklich verneint: Die Rechtspflicht erwachse aus der „die Ursachenreihe auslösenden Handlung“,¹⁰¹⁷ sie sei Folge des eigenen vorangegangenen Tuns¹⁰¹⁸ bzw. der geschaffenen Sachlage.¹⁰¹⁹ Insbesondere später wird die Rechtspflicht jedoch auf die Verbotsnorm selbst, also das *neminem laedere* zurückgeführt: Die Pflicht habe ihre Wurzel „nicht nur in Menschlichkeit und Lebensbrauch“, sondern war „durch die Rechtssätze, die das Verbot der Verletzung des Lebens, des Körpers und der Gesundheit eines anderen in sich schließen, so auferlegt, daß er sich ihr fügen mußte [...]“.¹⁰²⁰

¹⁰¹³ Vgl. auch *Seebode* FS Spindel S. 317, 337; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 279; **anders** *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 282, es sei zumindest gesetzlich gebilligtes Gewohnheitsrecht erforderlich.

¹⁰¹⁴ Allgemein *Neumann* GA 1985, 389, 401.

¹⁰¹⁵ So **kritisch** *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 62.

¹⁰¹⁶ Zur älteren Rechtsprechung, insbesondere zur Meineidsbeihilfe durch Unterlassen ausführlich *Schünemann* Grund und Grenzen S. 195 ff.; eine gute (wenngleich in der Interpretation nicht restlos überzeugende) Übersicht bietet *Jakobs* FG BGH IV S. 29 ff.; eine informative Darstellung findet sich auch bei *Herbertz* Ingerenz S. 34 ff. (zum RG), S. 43 ff. (zum BGH); speziell zu den Weiterungsfällen *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 25 ff.

¹⁰¹⁷ RGSt 46, 337, 343.

¹⁰¹⁸ RGSt 58, 244, 246; RGSt 11, 153, 154: „durch eine vorhergehende oder begleitende Thätigkeit“; erwogen auch in RGSt 39, 397, 399; siehe zudem BGHSt 64, 273, 276.

¹⁰¹⁹ RGSt 60, 77 f.

¹⁰²⁰ RGSt 66, 71, 73. Siehe auch schon in einer Entscheidung zur *tatsächlichen* Übernahme (trotz Zweifel an der Wirksamkeit des Vertrages) RGSt 17, 260, 261: Für die Entstehung der Pflicht komme es auf den tatsächlich geschaffenen Rechtszustand an. Sie beruhe letztlich „auf der strafrechtlichen Norm, welche die Gefährdung fremden Menschenlebens, für dessen Erhaltung jemand die Verantwortung übernommen hat, verbietet“.

Was die Voraussetzungen der Rechtspflicht angeht, stehen Erwägungen zur Ursächlichkeit des Vorverhaltens im Mittelpunkt,¹⁰²¹ zum Teil wird jedoch auch auf die Missbilligung des geschaffenen Gefahrenerfolgs abgestellt:¹⁰²² Es müsse durch „die eigenen Handlungen des Täters eine dem Gesetz widersprechende Lage oder [...] solche Verhältnisse geschaffen worden [...] [sein], die in ihrer Fortentwicklung den rechtsverletzenden Erfolg herbeiführen“.¹⁰²³ Der geschaffene Zustand muss auch nach dem RG bereits eine gewisse, wenn nicht weiter spezifizierte Tendenz auf den tatbestandlichen Erfolg aufweisen. Verpflichtet sei, wer einen Zustand schaffe, in dem sich die Bedingung zum Erfolgseintritt „entwickeln mußte“,¹⁰²⁴ bzw. wenn die geschaffenen Verhältnisse jedenfalls „den rechtsgutsverletzenden Erfolg herbeiführen können“.¹⁰²⁵ In einem späten Urteil wird darauf abgestellt, dass die „nahe und dringende“ Gefahr geschaffen wurde.¹⁰²⁶ Das vom RG geforderte „Schaffen“ oder „Herbeiführen“ einer Lage scheint also mehr vorauszusetzen als die bloß äquivalent kausale Verursachung; dennoch bleiben die Begriffe äußerst vage.¹⁰²⁷

B. Meineidsbeihilfe

Nachhaltigen Einfluss auf die Rechtsprechung des BGH hatten insbesondere die Entscheidungen des **Reichsgerichts zur Meineidsbeihilfe**. Gemeinsamer Nenner der entschiedenen Fälle war die Konstellation, dass der Angeklagte eine Person, zu der er eine außereheliche Beziehung führt, als Zeugen – regelmäßig im eigenen Ehescheidungsverfahren – bestellt und/oder während des Verfahrens die Beziehung zu diesem aufrechterhält. Wenn der Angeklagte die Aussage des Zeugen auch nach dessen Vereidigung nicht

¹⁰²¹ RGSt 14, 362, 363: „Verkehr hergestellt“; RGSt 18, 96, 98: „selbst verursacht“; RGSt 20, 144: „bewirkt hat“; RGSt 24, 162, 165: „herbeigeführt“; RGSt 39, 397, 399: „für den eingetretenen Erfolg ursächlich“; RGSt 46, 337, 343: „Lage geschaffen“, „Ursachenreihe auslösenden Handlung“; RGSt 58, 130, 132: „durch eigene Handlungen Verhältnisse geschaffen“; RGSt 64, 273, 276: Gefahr „herbeiführt“ oder „näher gerückt“; RGSt 66, 71, 72 f.: „Zustand geschaffen“, „durch eine Handlung des Angeklagten hervorgerufen“; RGSt 72, 20, 23: „Gefahr geschaffen“; RGSt 74, 38, 39: „durch ihr Verhalten geschaffenen Gefahr“; RGSt 74, 283, 285: „in die gefährliche Lage gebracht“; RGSt 75, 271, 274: „Gefahr geschaffen“; siehe auch RGSt 24, 339 f. (zur Einsperrung eines anderen): Zustand, indem sich das Opfer „durch seine frühere Handlungsweise befand“. Siehe → Kapitel 1 § 1 E.

¹⁰²² RGSt 24, 162, 165: der „dem Strafgesetze zuwiderlaufende Erfolg“; RGSt 57, 193, 197; RGSt 60, 77 f. In dieser Entscheidung wurden die Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit des Handelns ausdrücklich betont, wenn auch nicht zur Voraussetzung erhoben.

¹⁰²³ RGSt 46, 337, 343. In Frage kommt etwa ein Handeln in Unkenntnis des Verbots, RGSt 18, 96 („Verbreitung sozialdemokratischer Schriften“), S. 98: Wenn „die ihm als strafbar bekannt gewordene Wirksamkeit seiner Handlung vom Täter selbst verursacht ist, entsteht für ihn die Pflicht, die rechtsverletzende Wirksamkeit seiner eigenen, wenn auch ursprünglich straflosen Handlung [...] zu beseitigen“; oder das unbewusste Schaffen eines unerwünschten Zustandes RGSt 20, 144 ff.: unvorsätzliche Irrtumserregung; RGSt 24, 339: unvorsätzliches Einsperren; RGSt 58, 130, 132; aber auch vorsätzliches Vorverhalten RGSt 57, 193, 197.

¹⁰²⁴ RGSt 66, 71, 73; siehe auch RGSt 58, 244, 245 f. zur Strafbarkeit des Vermieters wegen Kuppelei: Der Täter müsse eine Lage geschaffen haben, „die nach der weiteren Entwicklung der Verhältnisse die Verübung der Unzucht begünstigt“.

¹⁰²⁵ RGSt 58, 130, 132; RGSt 75, 271, 274 f. etwas, „das geeignet ist“.

¹⁰²⁶ RGSt 66, 71, 73.

¹⁰²⁷ So auch *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 31: elastisch, aber keineswegs nichtssagend.

berichtigte, wurde er durch die alte Rechtsprechung wegen Beihilfe zum Meineid durch Unterlassen bestraft. Dies lag wohl regelmäßig daran, dass ein vorsätzliches aktives Hinwirken zur Vertuschung der Wahrheit nicht beweisbar war.¹⁰²⁸ Diese Fälle stehen sinnbildlich für die Ausuferung des Ingerenzgedankens in der älteren Rechtsprechung. Die Judikatur ist – sowohl was die Ingerenzdogmatik als auch die zugrunde liegenden gesellschaftlichen Wertvorstellungen angeht – weit überholt.¹⁰²⁹ *Stratenwerth/Kuhlen* nennen die Rechtsprechung zur Meineidsbeihilfe mit Recht ein „besonders unerfreuliches Kapitel“.¹⁰³⁰ Sie wurzelt in einem Zeitgeist, der „die soziale Verflechtung, das Für-einander-Einstehen-Müssen, ebenso überbetonte, wie er das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit vernachlässigte“.¹⁰³¹ Das RG beachtete ebenso wie später der BGH die Tatsache nicht, dass es gerade von der freiverantwortlichen Aussage des Zeugen abhängt, ob er falsch aussagt bzw. schwört.¹⁰³²

Das RG stellte sich auf den Standpunkt, man dürfe nicht „tatenlos neues Unrecht von einem anderen Volksgenossen begehen [...] [lassen], das man in seinem Ursprunge schon selbst gefördert hat“.¹⁰³³ Eine Garantenstellung könne entstehen, wenn jemand für die Falschaussage des Zeugen äußere Umstände günstig gestaltet oder Hindernisse aus dem Weg räumt.¹⁰³⁴ Zum Teil wurde als Vorhandlung das Bestreiten einer Behauptung, das den Zeugen in einen Interessenkonflikt stürzt,¹⁰³⁵ oder das Benennen des Zeugen für ausreichend gehalten: Dieser könne in die gefährliche Lage gebracht worden sein, die unberechtigte Klage „aus welchen Beweggründen auch immer“ durch seine falsche eidliche Aussage zu unterstützen.¹⁰³⁶ Eine taugliche Vorhandlung könne auch darin gesehen werden, dass die Angeklagte mit ihrem Liebhaber „Vereinbarungen getroffen [habe], die sei-

¹⁰²⁸ *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 32.

¹⁰²⁹ Zur Meineidsbeihilfe eingehend *Bockelmann* in: Untersuchungen S. 126 ff.; *Maurach* SJZ 1949, 541 ff.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 177 ff.; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 199 ff.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 307 ff.

¹⁰³⁰ *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 35; schon *Welp* resümierte, dass die Rechtsprechung unzeitgemäß und insgesamt abzulehnen ist, Vorangegangenes Tun S. 310; siehe auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 179; *Sowada* Jura 2003, 236, 245.

¹⁰³¹ *Maurach* SJZ 1949, 541, 542; siehe auch *Seebode* NSTZ 1993, 83, 84: Das RG habe „entschieden, aber nicht kaschiert, um was für eine Pflicht es sich handelt“, nämlich eine sittliche.

¹⁰³² *Bockelmann* in: Untersuchungen S. 126, 134: Die Gefahr für die Rechtspflege werde erst durch den „eigenen Entschluß [des Zeugen] zur Unwahrhaftigkeit“ hergestellt; *Herzberg* Garantenprinzip S. 309; auf die Eigenverantwortlichkeit des Zeugen stellt auch *Welp* Vorangegangenes Tun S. 309 ff. ab. Auch BGHSt 4, 327, 328 meint, der Zeuge habe seine Aussage selbst zu verantworten; dies soll jedoch bloß solange gelten wie er keiner prozessunangemessenen Beeinflussung ausgesetzt ist; ähnlich RGSt 75, 271, 274 f.

¹⁰³³ RGSt 72, 20, 23.

¹⁰³⁴ RGSt 72, 20, 22; RGSt 74, 38, 39; RGSt 74, 283, 285; ebenso noch in den sechziger Jahren BGHSt 14, 229, 231 f., etwa, wenn er seine Bereitschaft bekundet, selbst die Unwahrheit zu beschwören, wodurch er dem Zeugen die Sicherheit vermittelt, dass er keine Gefahr laufe, der Unwahrheit überführt zu werden; BGHSt 17, 321, 323.

¹⁰³⁵ RGSt 75, 271, 274 f.

¹⁰³⁶ RGSt 74, 283, 285; siehe aber auch RGSt 75, 271, 274 f.: „noch nicht alleine durch die Veranlassung der Vernehmung“.

nen Entschluß zur Angabe der Unwahrheit in diesem Verfahren förderten“. In dem entschiedenen Fall „hatte sie außerdem [...] den [Zeugen] als jugendlichen Liebhaber so stark in ein ehebrecherisches Verhältnis an sich gezogen, daß dieser nun alles für sie zu tun bereit war“. ¹⁰³⁷ Eine besondere Gefahr soll zudem dadurch geschaffen sein, wenn der Ingerent die falsche Aussage bekräftigt und es so dem Zeugen ermöglicht, auf dieser zu beharren und sie zu beschwören. ¹⁰³⁸

Der **Bundesgerichtshof** blieb zunächst „ganz auf dem Boden der reichsgerichtlichen Judikatur“ ¹⁰³⁹ und stellte sich auf den Standpunkt, dass derjenige, der eine Gefahrenlage schaffe, von Rechts wegen verpflichtet sei, den Erfolg abzuwehren. ¹⁰⁴⁰ Insbesondere der vierte Strafsenat des BGH führte die weite Linie zur Meineidsbeihilfe fort. Entscheidend sei, ob der Zeuge durch die Benennung tatsächlich in die ernsthafte Gefahr gebracht wurde, falsch auszusagen: Dies sei der Fall, wenn eine wahrheitsgemäße Aussage zu einem ernststen Nachteil des Zeugen führen könnte, sodass dieser durch die Furcht vor solchen Nachteilen beeinflusst sei. ¹⁰⁴¹ In einer Entscheidung wenige Monate später hielt der Senat es sogar für ausreichend, dass der Angeklagte selbst die ehebrecherischen Beziehungen leugnete. ¹⁰⁴² Dagegen spricht jedoch bereits, dass die Möglichkeit einer Falschaussage eine allgemeine und stets in Rechnung zu stellende Entwicklung ist. ¹⁰⁴³ Der zweite Strafsenat betonte zwar kurze Zeit später, dass die eigene Verletzung der Wahrheitspflicht noch keine Pflichten gegenüber von der Gegenseite benannten Zeugen schaffe. ¹⁰⁴⁴ Dennoch kommt auch er zu einer Bejahung der Garantienpflicht, denn der Angeklagte habe zwischen der Erhebung der Scheidungsklage bis zur Vernehmung der Zeugin die „ehewidrigen Beziehungen“ zu ihr fortgesetzt und ständig enger werden lassen. Derartige Beziehungen seien, insbesondere, wenn aus dem Bekanntwerden Nachteile drohen, geeignet, die Neigung hervorzurufen, schädliche Folgen von dem anderen abzuwenden, die aus dem Öffentlichwerden der Beziehung resultieren könnten. Wer derartige Liebesbeziehungen fortführe oder sogar intensiviere, könne hierdurch bei dem anderen

¹⁰³⁷ RGSt 72, 20, 22 f. außerdem habe sie geäußert, man könne vor dem Landgericht nichts Anderes sagen als vor dem Amtsgericht.

¹⁰³⁸ RGSt 74, 38, 39.

¹⁰³⁹ *Bockelmann* in: Untersuchungen S. 126, 128.

¹⁰⁴⁰ BGHSt 2, 129, 133; ebenso BGHSt 4, 217, 218; BGH NJW 1953, 1399, 1400; BGH NJW 1953, 1838; BGH NJW 1954, 1047, 1048; BGH NJW 1954, 1818, 1819.

¹⁰⁴¹ BGHSt 1, 22, 27 f. Die bloße Selbstbeichtigung mit einer „leichten Unehrenhaftigkeit“ genüge nicht, wohl aber dass „Eheverfehlungen“ ans Tageslicht gezogen würden; siehe auch BGHSt 4, 172, 178, wonach jedenfalls die Aufforderung *unrichtig* auszusagen als Gefahrschaffung genügen soll.

¹⁰⁴² BGHSt 3, 18, 19. Dort hatte die Ehefrau die Zeugin benannt. – Der BGH nahm hier an, der Angeklagte habe „unabhängig von seiner Wahrheitspflicht gegen Gericht und Gegenpartei (§ 138 ZPO) – gegenüber der Zeugin [!] die Rechtspflicht, die Gefahr einer Eidesverletzung von ihr [!] abzuwenden“; abweichend BGHSt 2, 129, 133 f.; BGH NJW 1953, 1339, 1400; BGHSt 4, 327, 329; BGHSt 17, 321, 323 f.; BGHSt 17, 321, 322; bestätigend zitierend allerdings BGHSt 4, 217, 218 f.

¹⁰⁴³ *Maurach* SJZ 1949, 541, 544 f.

¹⁰⁴⁴ BGHSt 2, 129, 133 f.; ebenso BGH NJW 1953, 1339, 1400; auch die bloße Benennung des Zeugen begründe noch nicht die „nahe Besorgnis“; BGH NJW 1954, 1047, 1048.

Teil die Versuchung herbeiführen, falsch auszusagen und einen Meineid zu schwören.¹⁰⁴⁵ Im Allgemeinen könne eine Rechtspflicht nur dann entstehen, wenn „besondere Umstände hinzutreten, die die nahe Wahrscheinlichkeit einer falschen Aussage und ihrer Beidigung begründeten oder verstärkten“.¹⁰⁴⁶ Es müsse sich, so dann der erste Strafsenat, um eine besondere, *gesteigerte, dem Prozess nicht mehr eigentümliche (inadäquate) Gefahr der Falschaussage* handeln.¹⁰⁴⁷ In den frühen sechziger Jahren schwenkte auch der vierte Strafsenat auf diese restriktivere Linie ein.¹⁰⁴⁸ Weiterhin genügen soll als Gefahrschaffung jedoch das Aufrechterhalten der außerehelichen Beziehung sowie das Versprechen, mit dem Zeugen eine Ehe einzugehen.¹⁰⁴⁹ Von letzterer Aussage hat sich etwa das OLG Düsseldorf – anders aber das OLG Köln¹⁰⁵⁰ – in jüngerer Zeit zu Recht distanziert, das jedoch ebenfalls die Möglichkeit einer Garantenstellung bejaht, wenn der Zeuge in eine prozessual unangemessene Aussagesituation gebracht werde.¹⁰⁵¹ Auch das OLG Hamm stellt sich auf den Standpunkt, eine Ingerenzgarantenstellung könne aufgrund hinzutretender Umstände entstehen, wenn etwa der Täter die Tat des Zeugen günstiger gestalte.¹⁰⁵² Die Rechtsprechung zur Meineidsbeihilfe zeigt also, dass während zunächst jede Vorhandlung ausreichte, der BGH die Ingerenzgarantenstellung auf gesteigerte Gefahrschaffungen einschränkte. Ob dies in den durch den BGH entschiedenen Konstellationen vorlag, ist allerdings selbst nach damaligen gesellschaftlichen Wertmaßstäben zu bezweifeln.¹⁰⁵³ Speziell was die Tatbestände des Meineids und der Falschaussage angeht, hat zudem *Herzberg* einen wichtigen Aspekt betont: „Es ist sozusagen das Wesen des Prozesses, daß die Beteiligten um den Nachweis der Richtigkeit einer für sie günstigen Sachdarstellung kämpfen. [...] es ginge zu weit, eine Rechtspflicht auch des Inhalts zu

¹⁰⁴⁵ BGHSt 2, 129, 134; ebenso BGHSt 4, 217, 219; BGHSt 14, 229, 230 f.; BGH NJW 1953, 1399, 1400; siehe hierzu *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 33: „quantitative Verdichtung“; **kritisch** zu Recht *Herzberg* Garantenprinzip S. 311 f., auch zu den Konsequenzen, die sich aus diesen Grundsätzen für andere Lebensbereiche ergeben könnten.

¹⁰⁴⁶ BGH NJW 1953, 1339, 1400; BGH NJW 1954, 1047, 1048.

¹⁰⁴⁷ BGHSt 4, 327, 328 f.; BGH NJW 1954, 1047, 1048; siehe auch BGHSt 17, 321, 323: besondere Gefahrenlage; OLG Köln NJW 1957, 34 f.; OLG Hamm NSTz 1993, 82, 83; auf das Naheliegen des Schadens abstellend auch BGH NJW 1953, 1399, 1400; BGH NJW 1954, 1818, 1819; zum Erfordernis der Adäquanz insbesondere auch *Maurach* SJZ 1949, 541, 543 m.w.N.

¹⁰⁴⁸ BGHSt 14, 229; BGHSt 17, 321, 323: das bloße „Gefühl des gegenseitigen Verpflichtetseins“ genüge nicht; so auch OLG Hamm NSTz 1993, 82, 83; zu Recht **kritisch** aber *Roxin* AT II § 32 Rn. 178 ff. dazu, dass der BGH noch immer von der „Gefahr für den Zeugen“ spricht, wo doch die Rechtspflege, nicht der Zeuge durch den Meineid geschädigt wird.

¹⁰⁴⁹ BGHSt 14, 229, 230 f.; BGHSt 17, 321, 323. Insoweit zustimmend *Bockelmann* in: Untersuchungen S. 126, 133: die Straftat der „Unterhaltung ehebrecherischer Beziehungen“ setze die Beteiligten regelmäßig der Möglichkeit aus, dass einer der Beteiligten im Prozess falsch aussage.

¹⁰⁵⁰ OLG Köln NSTz 1990, 594; siehe auch *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 72: wer zur Falschaussage „beigetragen hat“.

¹⁰⁵¹ OLG Düsseldorf NJW 1994, 272, 273. Zu letztere Aussage wieder gleich OLG Köln NSTz 1990, 594.

¹⁰⁵² OLG Hamm NSTz 1993, 82, 83; **kritisch** hierzu *Seebode* NSTz 1993, 83 ff.

¹⁰⁵³ Vgl. *Bockelmann* in: Untersuchungen S. 126, 134: „In Wahrheit steht es so, daß die bloße Versuchung eines anderen noch keine Rechtsgutsgefährdung ist“; **anders** *Geilen* JZ 1965, 469, 473, der meint, dass die Versuchung ebenso stark sein könne, dass sie die Straftat in hohem Grad wahrscheinlich macht.

statuieren, daß man darauf achten müsse, durch seinen prozessualen Kampf nicht die Gefahr falscher Zeugenaussagen heraufzubeschwören“.¹⁰⁵⁴ Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen: Bloß dadurch, dass Zeugen benannt werden, in Loyalitäts- oder Interessenkonflikte geraten, „günstige Umstände“ für eine Falschaussage vorfinden, wird keine unerlaubte Gefahr für die Rechtspflege geschaffen.¹⁰⁵⁵ Derartige persönliche Abhängigkeiten, Versuchungen und Interessenlagen sind *jedem* Prozess immanent, es ist gerade *Aufgabe* des formalisierten Verfahrens, in dieser Gemengelage die Wahrheit zu ermitteln. Allein, wenn es sich um eine darüber hinausgehende, hinreichend unmittelbare Einwirkung auf das Rechtsgut Rechtspflege handelt, wie sie bei Anstiftung und Beihilfe vorliegt, ist an eine Garantenstellung zu denken.¹⁰⁵⁶ Zustimmungswürdig erscheint daher die neuere Rechtsprechung, wonach eine Garantenstellung besteht, einen Meineid zu verhindern, wenn der Zeuge zuvor *vorsätzlich* zu der uneidlichen Falschaussage anstiftet.¹⁰⁵⁷

C. Frühe Judikatur des BGH

Auch außerhalb der Meineidsfälle blieben die Kriterien des BGH für eine Garantenstellung aus Ingerenz zunächst äußerst vage und weit. So hatte er im Jahr 1952 über einen Fall zu entscheiden, der sich im Laufe der **Novemberpogrome** des Jahres 1938 ereignete. Die Angeklagten hatten eine hetzerische Rede gegen Juden gehalten, woraufhin sich eine Menschenmenge zusammenrottete, um gegen jüdische Einrichtungen gewalttätig vorzugehen. Im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁰⁵⁸ stellte der Bundesgerichtshof fest, die Angeklagten habe jedenfalls eine Rechtspflicht getroffen, den Angriffen mit allen erforderlichen Mitteln entgegenzutreten, da sie „wenn auch arglos“ die gefährdende Lage geschaffen hatten. Sie könnten sich daher wegen „Beihilfe [zum Landfriedensbruch] durch pflichtwidrige Unterlassung nach vorangegangenem Tun“ strafbar gemacht haben.¹⁰⁵⁹ Hier findet sich keine nennenswerte Einschränkung der Garantenstellung aus Ingerenz. Der BGH ging nicht darauf ein, dass sich die Gefahr erst durch die Entscheidungen selbstverantwortlicher Dritter entwickelt, trägt dem aber wohl dadurch Rechnung, dass er im Ergebnis nur eine Beihilfestrafbarkeit annimmt. So wird

¹⁰⁵⁴ Herzberg Garantenprinzip S. 310; dass durch eine ausufernde Ingerenzstrafbarkeit dem Angeklagten gesetzlich gewährte Prozeßrechte genommen würden, betont Seebode NSTZ 1993, 83, 84 f.

¹⁰⁵⁵ Vgl. schon Maurach SJZ 1949, 541, 543: der Handelnde muss sich in die „Verbotszone der kriminellen Aktivität“ begeben. Siehe auch Herzberg Garantenprinzip S. 311: Das Unterhalten „ehetrecherischer Beziehungen“ sei zwar „unsittlich, rechtswidrig und äußerst gefährlich“, jedoch nicht pflichtwidrig im Hinblick auf die Gefahr der Falschaussage; Geilen JZ 1965, 469, 473: „für die Gefahrenlage typische Rechtswidrigkeit“; auf Grundlage des Pflichtwidrigkeitskriteriums Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 165 f., 172 f.; anders aber OLG Hamm NSTZ 1993, 82, 83, auf die Zwangslage abstellend.

¹⁰⁵⁶ Roxin AT II § 32 Rn. 180.

¹⁰⁵⁷ BGH NSTZ 1993, 489; dazu kaum überzeugend Jakobs FG BGH IV S. 29, 34, der die Garantenstellung darauf stützen will, dass sich die Beteiligten dazu entscheiden, „einer elementaren Institution der bürgerlichen Welt [Ehe] heimlich entgegenzuarbeiten“ und sich „das Spiel der Rolle verlogener Personen [...] versprechen“; S. 35: „Begründung einer verlogenen Welt“; siehe die Kritik zum Verständnis der Straftat als Rollenbruch unten → Kapitel 3 § 2 G II 2 a).

¹⁰⁵⁸ RGSt 66, 71; RGSt 72, 20.

¹⁰⁵⁹ BGHSt 2, 279, 283 f.; siehe hierzu Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 130, 170 f.

sich die Entscheidung trotz fehlender Begründung des BGH im Ergebnis als richtig erweisen. In der aufgeheizten gesellschaftlichen Stimmung dieser Zeit schuf die Anstachelung der Menschenmenge sehr wohl auch eine nahe Gefahr. Hinsichtlich der in § 125 StGB geschützten Rechtsgüter handelten die Täter objektiv sorgfaltswidrig und damit pflichtwidrig.¹⁰⁶⁰ In einem weiteren Urteil des gleichen Jahres führte der BGH explizit aus, auch rechtmäßiges gefahrschaffendes Tun könne zu Eingriffspflichten führen, nimmt jedoch ausdrücklich eine Ausnahme für solche Entwicklungen an, bei denen sich die Gefahr erst dadurch ergebe, dass **Dritte das rechtmäßige Verhalten zum Anlass nehmen**, rechtswidrig eine Gefahrenlage herbeizuführen.¹⁰⁶¹ Anderenfalls würde dem Ingerenten „fremde Haftung für fremde Schuld zugemutet“.¹⁰⁶² Wenngleich hier keine Einschränkung auf *pflichtwidriges* Vorverhalten angenommen wird, scheint der BGH mit einer *Art Vertrauensgrundsatz* zu arbeiten: Mit rechtswidrigem Verhalten anderer müsse grundsätzlich niemand rechnen.¹⁰⁶³ Die Entscheidung lässt aber letztlich offen, in welchen Fällen möglicherweise doch mit rechtswidrigem Verhalten gerechnet werden musste.

Kurz darauf kam es zur ersten „**Gastwirtsentscheidung**“. Dort hatte die Angeklagte als Betreiberin einer Gastwirtschaft einem Gast erhebliche Mengen Alkohol serviert. Mit einem Blutalkoholgehalt über 3 Promille¹⁰⁶⁴ machte sich der Gast mit dem Auto auf den Nachhauseweg und tötete eine Fußgängerin (und verletzte eine andere erheblich). Das LG verurteilte hier auch die Gastwirtin wegen fahrlässiger Tötung, weil diese es unterlassen habe, die Gefahren für andere durch die Verständigung der Polizei abzuwenden.¹⁰⁶⁵ Der BGH stellte sich ebenfalls auf den Standpunkt, dass die Gastwirtin eine Garantenpflicht aus Ingerenz traf. Dieses vorangegangene Tun liege in „der Verabreichung der zehn Schnäpse [...], deren hastiger Genuß den Rausch heraufbeschwor und schließlich auch auslöste“.¹⁰⁶⁶ Der BGH führte sodann im Anschluss an die Rechtsprechung des RG aus, dass es nicht bezweifelt werden könne und allgemein anerkannt sei, dass derjenige, der die Gefahr der Straftatbegehung schaffe, verpflichtet sei, den aus dieser Lage

¹⁰⁶⁰ Ebenso im Ergebnis *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 170 f.; *Geilen* JZ 1965, 469, 473.

¹⁰⁶¹ Hier hatte der Angeklagte als Dienststellenleiter der Bahn nach dem Krieg Bauschuttmassen auf einem Fußweg angehäuft. Die Anwohner legten daher kurze Zeit später unbefugt einen Ersatzweg, der durch das Gelände der Bahn führte. Auf diesem „Ersatzweg“ stürzte ein Kind in eine seitliche Einbruchsstelle ab und verstarb.

¹⁰⁶² BGHSt 3, 203, 205. Überhaupt gegen die Annahme von Ingerenz und stattdessen die Verantwortlichkeit für eine Gefahrenquelle die Vorinstanz (vgl. BGHSt 3, 203 ff.); sowie *Pfleiderer* Garantenstellung S. 129, der allerdings auch darauf hinweist, dass diese Verkehrssicherungspflicht nicht die unbefugte Überquerung des Grundstücks geschaffen habe. Der Inhaber eröffne hier keinen Verkehr.

¹⁰⁶³ Die Entscheidung begrüßend *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 167 f.; weil kein „Sonderisiko“ geschaffen worden sei, *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 32.

¹⁰⁶⁴ Die Bemerkung in der Entscheidung, der Gast sei „zurechnungsfähig“ gewesen, war ein Druckfehler. Tatsächlich war er zurechnungsunfähig, vgl. Generalregister Bd. 1-10 S. 113.

¹⁰⁶⁵ BGHSt 4, 20 ff.

¹⁰⁶⁶ BGHSt 4, 20, 22; enger schon OLG Karlsruhe JZ 1960, 178, 179, wobei allerdings im zu entscheidenden Fall eine deutlich niedrigere Alkoholisierung vorlag.

drohenden Erfolg abzuwenden.¹⁰⁶⁷ Es wird also für genügend erachtet, dass der Täter kausal eine Rechtsgutsgefährdung herbeiführt. Etwa ein Jahr später entschied der erste Strafsenat hingegen, dass das bloße gemeinsame Zechen nicht zur Begründung einer Garantenstellung genüge.¹⁰⁶⁸ Der Unterschied zu BGHSt 4, 20 sei, dass im „Gastwirtfall“ der Rausch durch die „Verabfolgung von Getränken“ erfolge, während in der **Zechgemeinschaft** „unbeeinflusst“ getrunken würde.¹⁰⁶⁹

Kurz darauf erfolgten die ersten Entscheidungen zur unterlassenen Rettung von Unfallopfern im **Straßenverkehr**.¹⁰⁷⁰ In der ersten aus dem Jahr 1955 stellte der BGH etwa im Fall eines betrunkenen Kraftfahrers, der das lebensgefährliche Unfallopfer seinem Schicksal überließ, allein darauf ab, dass der Täter die Gefahr für das Rechtsgut verursacht hat („die Ursache für die lebensgefährliche Verletzung gesetzt“).¹⁰⁷¹ Allerdings würde der Fall auch heute aufgrund der Trunkenheit unter dem Gesichtspunkt der Pflichtwidrigkeit Ingerenz begründen.¹⁰⁷² Als *ausdrückliche* Voraussetzung wird jedoch hier, ebenso wie in der Folgeentscheidung aus dem Jahr 1957, bloß aufgestellt, dass der Angeklagte das verletzte Opfer durch sein vorangegangenes Tun in Lebensgefahr gebracht habe.¹⁰⁷³

Mit der Garantenstellung aufgrund der Schaffung der Gefahr der Straftatbegehung verantwortlicher Dritter hatte sich der BGH in einem Urteil aus dem Jahr 1958 zu beschäftigen.¹⁰⁷⁴ Hier hatte der Angeklagte einem anderen ein **Taschenmesser übergeben**, mit dem dieser kurze Zeit später das Opfer verletzte. Der BGH stellte fest, dass derjenige, der ein Rechtsgut in Gefahr bringe, verpflichtet sei, alles Erforderliche zur Rettung des bedrohten Rechtsgutes zu unternehmen. Dies sei auch der Fall, wenn die Gefährdung „unbewusst“ bzw. „ohne Verschulden“ herbeigeführt wird.¹⁰⁷⁵ Diese Grundsätze seien etwa

¹⁰⁶⁷ BGHSt 4, 20, 22; **kritisch** hierzu etwa *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 71: der Fall entspreche nicht der Vorstellung, es liege ein „töten“ vor; *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 35: bloßes Bereitstellen von Alkoholika; *Roxin* AT II § 32 Rn. 174: diese Rechtsprechung hätte bei konsequenter Weiterführung für das Gastwirtsgewerbe ruinös sein können; *Welzel* JZ 1960, 179, 180.

¹⁰⁶⁸ BGH NJW 1954, 1047, weder unter dem Gesichtspunkt der Obhutsgarantenstellung noch der Ingerenz; siehe auch schon BayOblG 1953, 556.

¹⁰⁶⁹ BGH NJW 1954, 1047, 1048.

¹⁰⁷⁰ BGHSt 7, 287 und BGH VRS 13 (1957) 120; **kritisch** hierzu *Welzel* JZ 1958, 494, 495 m. Fn. 5: „mit geltendem Recht unvereinbare tragische Fehlentscheidung.“

¹⁰⁷¹ BGH Az. 4 StR 51/55 Rn. 16 (juris) = BGHSt 7, 287 (gekürzt).

¹⁰⁷² So später der Bundesgerichtshof, BGHSt 25, 218, 222.

¹⁰⁷³ BGH VRS 13 (1957) 120, 123.

¹⁰⁷⁴ BGHSt 11, 353; im Ergebnis musste eine Bestrafung aus §§ 222, 13 I StGB ausscheiden, da keine sichere Feststellung möglich war, dass das Opfer noch gerettet werden konnte. Der BGH führte jedoch aus, die Garantenpflicht schließe den Einwand der Zumutbarkeit im Rahmen des § 330c StGB a.F. aus und verstärke die allgemeine Hilfspflicht, BGHSt 11, 353, 356 f.; welche konkreten Konsequenzen das „Verstärken“ der Hilfspflicht jedoch haben soll, bleibt offen; **kritisch** zu der Entscheidung und der Ingerenz überhaupt *Welzel* JZ 1958, 494 ff.; ablehnend statt vieler zudem *Freund* MK § 13 Rn. 142; *Grünwald* Garantenpflichten S. 137; *Schmidhäuser* AT 12/31; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 134.

¹⁰⁷⁵ BGHSt 11, 353, 355. Die Formulierung ist ungenau, da es auf ein Verschulden nicht ankommt. Vgl. auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 161: „Das liegt neben der Sache.“

aus den Fällen der Verkehrsunfälle anerkannt: Ein Kraftfahrer sei verpflichtet, einen angefahrenen und schwer verletzten Fußgänger zu retten. Anderenfalls könne er sich des Totschlags oder der fahrlässigen Tötung strafbar machen.¹⁰⁷⁶ Der BGH stellt auch hier letztlich bloß auf die kausale Verursachung der Straftat ab¹⁰⁷⁷ und vernachlässigt insbesondere (entgegen BGHSt 3, 203) dass die Gefahr überhaupt erst durch das rechtswidrige, eigenverantwortliche Tun Dritter geschaffen wurde.¹⁰⁷⁸ Richtigerweise kann die bloße Übergabe eines Gegenstandes, der dann von einem Dritten zur Straftatbegehung zweckentfremdet wird, allein nicht zur Begründung einer Garantenstellung genügen: „Nahezu alles kann zum Baustein eines Delikts oder sonstigen gütergefährdenden Verhaltens werden“.¹⁰⁷⁹ Letztlich wurden hier selbst die zaghaften Einschränkungsversuche des BGH sowie des RG zur Meineidsbeihilfe nicht herangezogen. Es handelt sich bei der Übergabe eines Taschenmessers, also eines Alltagsgegenstandes, nicht um die Schaffung einer „gesteigerten“ oder „inadäquaten“ Gefahr, keinen Zustand, der sich zum Erfolgseintritt entwickeln musste. Zu betonen ist allerdings auch, dass die Angaben des BGH zum Sachverhalt recht dünn sind. Die Entscheidung könnte auch stimmen, wenn die Übergabe des Messers von vornherein deliktischen Zwecken diene oder der Missbrauch durch den anderen bereits im Zeitpunkt der Übergabe erkennbar war.¹⁰⁸⁰

Insgesamt lässt der Bundesgerichtshof in seinen frühen Entscheidungen der Fünfziger- und frühen Sechzigerjahre meist die bloß kausale Schaffung einer Gefahrenlage ausreichen. Restriktionen werden höchstens vage angedeutet.

¹⁰⁷⁶ BGHSt 11, 353, 355 f. Tatsächlich schließt sich diese Aussage bloß an die beiden oben genannten, auf dieser Linie liegende Entscheidungen aus den drei vorangegangenen Jahren an, BGHSt 7, 287 und BGH VRS 13 (1957) 120; vgl. auch *Roxin AT II* § 32 Rn. 145; *Welzel JZ* 1958, 494 f. weist darauf hin, dass das RG den Kraftfahrer in keiner Entscheidung als Garanten aufgrund vorangegangenen Tun angesehen hat: „Sollte sich inzwischen das Rechtsbewusstsein so gewandelt haben, dass dasselbe Verhalten, das 1906 als bloße Übertretung, im Jahr 1909 als leichtes Vergehen, 1939 als mittleres Vergehen beurteilt wurde, seit 1955 zur Hochkriminalität gehört?“; diese Frage bejahend hingegen *Androulakis Studien* S. 220 f. m. Fn. 236: Entscheidend seien die „Gegebenheiten der Gegenwart“, das weltanschauliche, politische und soziale Klima.

¹⁰⁷⁷ Vgl. nur den Leitsatz „einen Unglücksfall mitverursacht“.

¹⁰⁷⁸ Ablehnend daher etwa *Schönke/Schröder*¹² Vor § 1 Rn. 121; nun auch *Roxin AT II* § 32 Rn. 161: Nach dem Vertrauensgrundsatz dürfe jeder von der Rechtstreue seiner Mitmenschen ausgehen. Es liege daher ein Fall des erlaubten Risikos vor. Ähnlich *Kühl AT* § 18 Rn. 104: Der Dritte sei für seine eigenverantwortliche Tat allein verantwortlich; *Weigend LK* § 13 Rn. 46: Es handle sich um das „allgemeine Lebensrisiko“; im Allgemeinen auf die zusätzlich qualitative Dimension menschlichen Verhaltens hinweisend etwa *Murmann Nebentäterschaft* S. 194.

¹⁰⁷⁹ *Freund MK* § 13 Rn. 142.

¹⁰⁸⁰ Siehe auch *Herzberg Garantenprinzip* S. 308; *Roxin AT II* § 32 Rn. 162; *Rudolphi Gleichstellungsproblematik* S. 171 f.

§ 3 Einschränkungsbemühungen des BGH

Die Rechtsprechung des BGH erfuhr schließlich 1963 in der **zweiten Gastwirtentscheidung**¹⁰⁸¹ eine entscheidende¹⁰⁸² Einschränkung.¹⁰⁸³ Der BGH hält zwar an seiner Rechtsprechung fest, dass aufgrund Ingerenz grundsätzlich jeder verpflichtet sei, der „schuldhaft oder schuldlos durch sein Verhalten die Gefahr eines Schadens geschaffen oder mitgeschaffen hat.“¹⁰⁸⁴ Jedoch gelte dies nicht „für jedes sozial übliche und von der Allgemeinheit gebilligte Verhalten“.¹⁰⁸⁵ Hierzu gehöre der Konsum von Alkohol, was sich insbesondere an § 16 I Nr. 3 GaststG (heute § 20 Nr. 2 GastG) zeige, wonach der Ausschank alkoholischer Getränke nur an Betrunkene verboten sei.¹⁰⁸⁶ Darunter sei nicht bloß die sinnlose Trunkenheit zu verstehen, sondern bereits ein Zustand, der durch bedeutende körperlich-geistige Ausfallerscheinungen äußerlich auffalle.¹⁰⁸⁷ Erlege man hingegen dem Gastwirt allgemein aufgrund des Ausschankes Garantenpflichten auf, bestelle man ihn „zum Vormund oder Hüter seiner Gäste“.¹⁰⁸⁸

Die Entscheidung ist jedoch nicht so klar, wie sie auf den ersten Blick wirkt: Zu betonen ist zunächst, dass auch der Gast, der erkennbar betrunken ist, § 20 Nr. 2 GastG, weil er

¹⁰⁸¹ Aus dem wiedergegebenen Tatbestand wird nicht ganz deutlich, wer verletzt wurde. Die Rede ist davon, dass bei dem Überschlagen des Wagens „zwei Personen“ verletzt wurden, unklar ist, ob darunter auch der Fahrer war. **Kritisch** Geilen JZ 1965, 469, 471: Insoweit läge Handeln auf eigene Gefahr vor.

¹⁰⁸² Einen Wendepunkt sieht hier auch Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 175.

¹⁰⁸³ BGHSt 19, 152; zustimmend etwa Freund MK § 13 Rn. 151; Roxin AT II § 32 Rn. 173 f.; Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 137, 166 ff.; Wohlers NK³ § 13 Rn. 44; ausführlich zum Verfahrensgang Grop/Sinn AT § 11 Rn. 75 ff.; später sieht der BGH in dieser Entscheidung die erstmalige Anwendung des Pflichtwidrigkeitskriteriums, vgl. BGHSt 25, 218, 221; **kritisch** zu der Einschränkung aber Geilen JZ 1965, 469, 475: „so kann man nur hoffen, daß der Reform- oder Novellengesetzgeber die Rückkehr zu einer verschärften Haftung des Gastwirts erzwingt“; gegen ihn wieder Welp Vorangegangenes Tun S. 318 ff.

¹⁰⁸⁴ BGHSt 19, 152, 154; ähnliche Formulierung in BGHSt 23, 327.

¹⁰⁸⁵ Zustimmung Otto FS Gössel S. 99, 105; Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 137; zur Rolle der Sozialüblichkeit in der Rechtsprechung auch Herberitz Ingerenz S. 80 f.; sehr weitgehende Interpretation von Jakobs ZStW 89 (1977) 1, 22 m. Fn. 71: Der Konflikt werde erledigt, indem das Geschehen einer Person zugerechnet werde. Die Pflichtwidrigkeit sei „Metapher“ dafür, dass man den Konflikt nicht einem anderen zurechnen oder ihn ohne Straffolge erledigen könne. „So wird der Gastwirt nur sukzessive gegen die Belastung des Gastes entlastet [...], und die Entlastung endet, wenn der Gast in Volltrunkenheit nicht mehr belastbar ist“; ders. FG BGH IV S. 29, 36: „Wendung des Deliktsverständnisses vom Rechtsgüterangriff [...] zum Rollenbruch“; der BGH nehme hier Zuordnungen vor und entscheide über Zuständigkeiten; Timpe Strafmilderungen S. 186: Entlastung des Gastwirts „Zug um Zug gegen die Belastung des Gastes“; siehe auch Freund MK § 13 Rn. 151: angemessene Lösung der Konfliktsituation durch eine Güter- und Interessenabwägung.

¹⁰⁸⁶ Ebenso Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 137; **dagegen** kritisiert Herzberg Garantenprinzip S. 315, dass zu sehr auf die Sozialüblichkeit des Ausschanks im Allgemeinen, nicht im konkreten Fall abgestellt werde; Geilen JZ 1965, 469 kritisiert prinzipiell die „positive Note“, die der Alkoholausschank erhält. Anstelle von der „groben“ Grenze des § 16 GaststG will er in einer Gesamtabwägung die Menge des genossenen Alkohols heranziehen (S. 474); Welp Vorangegangenes Tun S. 316: „in jedem Falle kommt es allein auf die Gefährlichkeit der betreffenden Vorhandlung an“.

¹⁰⁸⁷ Zustimmung Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 170.

¹⁰⁸⁸ BGHSt 19, 152, 154. – Insoweit (*keine* Obhutsgarantenstellung) ist der Entscheidung sicherlich zuzustimmen. Darum ging es hier jedoch wohl (?) nicht, sondern darum, den Gastwirt zur *Überwachung* des Gastes als Gefahr für Dritte zu bestellen (vgl. dazu auch Geilen JZ 1965, 469, 471).

durch bedeutende geistige Ausfallerscheinungen auffällt, regelmäßig noch freiverantwortlich handelt.¹⁰⁸⁹ Während für den Zeitpunkt des Ausschankens die Grenze des GaststG (heute GastG) maßgeblich sein soll, stellt der BGH für die Freiverantwortlichkeit des Gastes nicht auf den Zeitpunkt der letzten *Alkoholverabreichung* ab, sondern den der unterlassenen Abwendung. Es kann also nach dem BGH durch die Übergabe von Alkohol an einen noch schulfähigen, freiverantwortlich handelnden Gast, der mit diesem Alkohol seine Trunkenheit über die Schwelle zur Unfreiheit hebt,¹⁰⁹⁰ eine *Garantenstellung* begründet werden.¹⁰⁹¹ Die tatsächliche Veränderung der Sachlage (Verlust der Freiverantwortlichkeit beim Gast) führt sodann – entsprechend der oben skizzierten Differenzierung – zum Entstehen der *Garantenpflicht*. Denn solange der Gast noch, wenn auch eingeschränkt, rechtlich verantwortlich ist, sprächen die Interessen des Gastes, des Gastwirts und der Allgemeinheit gegen eine Rechtspflicht. Die Restgefahren werden von der Gesellschaft zugunsten dieser Freiheit hingenommen.¹⁰⁹² Zwar mag es überzeugen, dass grundsätzlich keine *Pflicht* besteht, einen noch eigenverantwortlich Handelnden zu überwachen. Die entscheidende Frage ist jedoch grundsätzlicher, ob *mit der Vorhandlung* des Gastwirts eine *Ingerenzgarantenstellung* entstanden ist (bevor überhaupt gefragt werden kann, ob ihn in der konkreten Abwendungssituation aufgrund dieser Position sowie des Vorliegens weiterer Tatbestandsmerkmale eine *Garantenpflicht* trifft). Dafür ist allein die Vorhandlung (in ihrer rechtlichen Bedeutsamkeit), nicht die bloße spätere tatsächliche Entwicklung des Geschehens, in den Blick zu nehmen. Der BGH argumentiert insoweit mit der Erlaubtheit des Ausschankens als sozialüblich, stellt jedoch gerade nicht fest, ob diese „Sozialadäquanz“ auch im Einzelfall gegeben ist. Indem der BGH auf die Vorschriften des Gaststättengesetzes abstellt, lässt er eine isolierte¹⁰⁹³ oder nebenherlaufende Pflichtwidrigkeit genügen. Derjenige, der gegen die Ordnungsvorschriften des Gaststättengesetzes verstößt, handelt jedoch *nicht zwangsläufig* sorgfaltswidrig *im Hinblick* auf die Verletzung der Tatobjekte (und Rechtsgüter) der §§ 222, 229 StGB. Die Verbotenheit nach dem GastG ist nicht zwingend eine *tatbestandliche Pflichtwidrigkeit*.¹⁰⁹⁴ Zutreffend

¹⁰⁸⁹ Das betont schon *Geilen JZ* 1965, 469, 470 f.: Schuldfähigkeit und § 16 GaststG sind „zwei grundverschiedene Aspekte“. Während es für § 16 GaststG auf die äußere Auffälligkeit ankomme und diese bereits mit Ausfallerscheinungen anzunehmen sei, könne dies für die Schuldfähigkeit nicht genügen.

¹⁰⁹⁰ So auch die Interpretation bei *Welp* Vorangegangenes Tun S. 318; unklar hingegen *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 170.

¹⁰⁹¹ Zustimmung *Freund MK* § 13 Rn. 151: es komme auf den „Endzustand“ an; Rn. 187: Perspektive der Verhaltensnormbegründung; Rn. 188: kein Erfordernis pflichtwidrigen Vorverhaltens; *Jakobs FG BGH IV* S. 29, 36: es soll „offenbar auch zum Garanten avancieren [...], wer einem noch schulfähigen Gast Alkohol serviert, der sich dann bis zur Schuldunfähigkeit berauscht“; allerdings vorsichtig zustimmend (S. 36 f.) unter der Prämisse, dass man die Bereithaltung von Alkohol als Sonderrisiko ansehe.

¹⁰⁹² BGHSt 19, 152, 155; siehe auch *Jakobs FG BGH IV* S. 29, 37: Die Gefahr gilt, solange der Gast noch zurechnungsfähig ist, als beherrscht; *Sowada Jura* 2003, 236, 239.

¹⁰⁹³ Vgl. *Herzberg JZ* 1986, 986, 987.

¹⁰⁹⁴ So in der Sache auch *Herzberg* Garantenprinzip S. 314: Es entscheidet nicht die objektive Fahrlässigkeit, sondern „ein starrer an äußerlichen Kriterien orientierter Maßstab, mit dem man nur zufällig der Sache gerecht werden kann, weil er gleichzeitig zu eng und zu weit ist“; *Rengier AT* § 50 Rn. 102; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 317: Es handle sich bei den Vorschriften des GaststG in erster Linie um den Schutz der

wäre es daher, vom Ausgangspunkt des § 222 StGB zu fragen, ob der Ausschank von Alkohol in der konkreten Situation der erforderlichen Sorgfalt entspricht. Hierfür kommt es jedoch entscheidend darauf an, ob *in diesem Zeitpunkt* an einen Eigenverantwortlichen oder einen Schuldlosen ausgeschenkt wird.¹⁰⁹⁵ Es ist ja nicht so, dass der Gast, der ein Glas *angeboten* bekommt, „wegen des Vorverhalten des Unterlassungstäters nicht mehr eigenverantwortlich entscheiden kann“,¹⁰⁹⁶ sondern wegen seiner zunächst freien Entscheidung, dieses Glas zu trinken.¹⁰⁹⁷ Daher erscheint es plausibel, dass ein Vorverhalten *regelmäßig* nur dann als sorgfaltswidrig angesehen werden kann, wenn der Trinkende nicht mehr Herr seiner Entschlüsse ist, also nicht mehr eigenverantwortlich handelt.¹⁰⁹⁸ Ein „Regressverbot“ ist hier dennoch entgegen *Welp*¹⁰⁹⁹ nicht anzunehmen. Wenn der Gast bereits zum Zeitpunkt des Ausschanks „erkennbar tatgeneigt“ ist,¹¹⁰⁰ weil er etwa lautstark ankündigt, nach dem Zechen mit dem Auto nach Hause fahren zu wollen, verliert der Alkoholausschank im konkreten Fall seine Sozialüblichkeit und ist sorgfaltswidrig im Hinblick auf die durch §§ 222, 229, 315c, 316 StGB geschützten Rechtsgüter.¹¹⁰¹

1970 ebnete der BGH in seiner Grundsatzentscheidung zum **Ausschluss der Garantenstellung nach durch Notwehr gerechtfertigtem Verhalten** den Weg zum Erfordernis der Rechtswidrigkeit des Vorverhaltens.¹¹⁰² Zwar lässt der BGH in dieser Entscheidung die übergeordnete Frage nach dem allgemeinen Rechts- bzw. Pflichtwidrigkeitserfordernis ausdrücklich offen¹¹⁰³ und versucht, jenseits der Entgegensetzung rechtmäßig –

öffentlichen Ordnung, für die Garantenstellung müsse hingegen die Gefährlichkeit der Vorhandlung entscheiden.

¹⁰⁹⁵ Siehe etwa auch *Rengier* AT § 50 Rn. 102; für ein Regressverbot *Welp* Vorangegangenes Tun S. 311, 317,

¹⁰⁹⁶ So aber wohl *Kühl* AT § 18 Rn. 105.

¹⁰⁹⁷ So auch *Welp* Vorangegangenes Tun S. 318 f.: „auf das Trinken bezogene versuchte Freiheit“.

¹⁰⁹⁸ *Rengier* AT § 50 Rn. 102; so auch *Welp* Vorangegangenes Tun S. 311, 316 f., ein Regressverbot annehmend, sodass nur eine Beihilfe zur Vorsatztat in Frage komme. *Welp* meint zudem, dass eine Gefährschaffung überhaupt nur vorliegen könne, wenn gerade das zusätzliche Quantum den Fahrentschluss oder die Fahruntüchtigkeit verursacht hätte – ersteres sei jedoch kaum zu beweisen, die Grenze der Fahrtüchtigkeit nach Eintritt der Schuldunfähigkeit ohnehin lange überschritten (S. 318). – Denkbar bleibt jedoch, dass die Fahruntüchtigkeit nochmals *vertieft* und die Gefahr dadurch *gesteigert* wird. Dies führt allerdings – wenn man nicht der Risikoerhöhungslehre folgt – zu erheblichen Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs.

¹⁰⁹⁹ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 317 f.

¹¹⁰⁰ Darauf stellt insbesondere *Roxin* AT II § 32 Rn. 162 ab (für das Fahrlässigkeitsdelikt grundsätzlich *ders.* FS Tröndle S. 177, 190 ff.); ähnlich *Herzberg* JZ 1986, 986, 991.

¹¹⁰¹ So auch *Herzberg* Garantenprinzip S. 314 f.; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 137 „weil keine Anhaltspunkte [...] vorhanden war[en]“

¹¹⁰² BGHSt 23, 327; siehe dazu *Schünemann* Grund und Grenzen S. 196 „unsicher tastender“ Versuch der angemessenen Einschränkung; zustimmend zur Entscheidung etwa *Bockelmann/Volk* AT § 17 B I 5; *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 41; *Roxin* AT II § 32 Rn. 182 ff.; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 118; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1198; *Wohlens* NK³ § 13 Rn. 44; hinsichtlich der Notwehr, nicht aber der Verallgemeinerung *Maiwald* JuS 1981, 473, 483; ablehnend *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 103; *Herzberg* JuS 1971, 74 ff.; *Welp* JZ 1971, 433, 434.

¹¹⁰³ Siehe auch *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 41 m. Fn. 60: Die Entscheidung sei jedenfalls im Hinblick auf den Aggressivnotstand nicht verallgemeinerungsfähig.

rechtswidrig die besondere Situation der Notwehrsituation zu betonen.¹¹⁰⁴ Ein durch Notwehr gerechtfertigtes Verhalten könne „regelmäßig“¹¹⁰⁵ nicht zu einer Garantenstellung führen.¹¹⁰⁶ Für den Notwehrtäter stelle sich die Lage anders dar als für den gewöhnlichen Gefahrverursacher. Die Verteidigung „beruht nicht auf seiner freien Entschließung, sondern ist durch das rechtswidrige Verhalten des Angreifers herausgefordert und ausgelöst.“¹¹⁰⁷ Wer durch den rechtswidrigen Angriff eine Selbstgefährdung herbeiführe, könne dadurch nicht erzwingen, dass der Angegriffene als Garant zu seinem Beschützer werde.¹¹⁰⁸ – Ob das vom BGH gezeichnete Bild, des sich selbst gefährdenden Angreifers zutrifft, kann vorsichtig bezweifelt werden, denn nach allgemeiner Dogmatik liegt hier beim Angreifer (der gerade auf ein Ausbleiben von Abwehrmaßnahmen hofft) *gerade keine* eigenverantwortliche Selbstgefährdung vor,¹¹⁰⁹ der Verteidiger handelt also – sonst wäre § 32 StGB obsolet – tatbestandsmäßig. Auch ist das Argument, der Verteidiger dürfe nicht zum „Beschützer“¹¹¹⁰ des Angreifers gemacht werden, verfehlt: Der Begriff hat eine unberechtigte Eindruckskraft und droht den Blick darauf zu versperren, dass sich bei der Ingerenz die Verantwortlichkeit „für das Rechtsgut“ stets nur mittelbar über die

¹¹⁰⁴ So auch *Welp* JZ 1971, 433. Allerdings hat der BGH später in Notwehrfällen die Ablehnung der Garantenstellung auf das Pflichtwidrigkeitskriterium gestützt. BGH NStZ 2000, 414; BGH NStZ 2018, 84, 85: „wegen der Rechtfertigung“.

¹¹⁰⁵ **Kritisch** Maurach/*Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 103: Welche Ausnahmen sind damit gemeint? – Offensichtlich spielt der BGH auf die Fälle an, in denen der Angreifende schuldlos handelt. Ob auch dann eine Garantenstellung besteht, lässt der BGH ausdrücklich offen. Auch in einer späteren Entscheidung scheint der BGH diese Fallgruppe als Ausnahme anzuerkennen: „Ein Ausnahmefall, dass der Angreifer ‚zurechnungsunfähig oder sonst schuldlos ist‘ liegt hier nicht vor“, BGH NStZ 2000, 414; kritisch hierzu *Herbertz Ingerenz* S. 72 m. Fn. 240.

¹¹⁰⁶ BGHSt 23, 327; bestätigt in BGH NJW 1987, 850; BGH NStZ 2000, 414.

¹¹⁰⁷ Vgl. hierzu *Jakobs* ZStW 89 (1977) 1, 22 m. Fn. 71: Konfliktlösung zwischen den Beteiligten; *Roxin* AT II § 32 Rn. 182: „Zusammenhang mit der Lehre von der objektiven Zurechnung“; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 118 „auf das Opferverhalten abstellende Argumentation“; siehe auch *Köhler* AT S. 225; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 45.

¹¹⁰⁸ BGHSt 23, 327, 238; zustimmend *Hoffmann-Holland* AT Rn. 767; *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 41; *Roxin* AT II § 32 Rn. 182; *Timpe* Strafmilderungen S. 186; *Herbertz Ingerenz* S. 344; **kritisch** *Herzberg* JuS 1971, 74, 76.

¹¹⁰⁹ Zutreffend *Herzberg* JuS 1971, 74, 76: Der Angreifer erzwingt keine Garantenpflicht zu seinen Gunsten, sondern löst ein Abwehrrecht aus; *ders.* Garantenprinzip S. 297; siehe noch unten → Kapitel 4 § 2 C II 1.

¹¹¹⁰ Ähnlich z.B. *Herbertz Ingerenz* S. 344 f.: § 13 StGB verlange eine „besondere Nähebeziehung“ zwischen Opfer und Garant, man könne den Verteidiger daher nicht zum „Hüter“ des „Gesetzesbrechers“ bestellen. § 13 StGB kenne nämlich kein „Zumutbarkeitserfordernis“. – Damit werden jedoch zwei Ebenen vermischt, nämlich die *grundsätzliche* „Verantwortung“ des Handelnden für eine Gefahr sowie die Frage, ob ihm *bestimmte* Abwendungshandlungen aufgrund etwaiger Gegeninteressen „unzumutbar“ sind. Es geht nicht darum den „guten“ Verteidiger zum „Hüter“ des „bösen“ Gesetzesbrechers zu bestellen, der diesem „nahe“ ist, sondern allein um die spezifische Garantenbeziehung zu der geschaffenen Gefahr. Derartige unterschwellige „Gerechtigkeitserwägungen“ verdunkeln die eigentliche Sachfrage. So auch *Herzberg* Garantenprinzip S. 296; es sei falsch, im Hinblick auf Unrecht und Schuld des Angreifers scheinbar gerechte Ergebnisse zu konstruieren; *ders.* JZ 1986, 986, 988.

Verantwortlichkeit für die Gefahrschaffung ergibt. Es geht hier um eine Überwachungs-
garantenstellung, nicht hingegen darum, den Angreifer zu „beschützen“. ¹¹¹¹ Weiter meint
der BGH, es sei widersprüchlich, wenn man den Angreifer stärker schütze als den „ohne
eigene und fremde Schuld Verunglückten“. ¹¹¹² *Herzberg* meint dagegen, dass hier über-
haupt kein Wertungswiderspruch vorliege, da es im Falle eines Unglücks schlichtweg
keinen gebe, den „als Verursacher der Not besondere Verantwortung“ treffe. ¹¹¹³ Diesem
Argument ist zuzugeben, dass sich bei einer bloßen Verunglückung die Frage nach der
Garantenstellung regelmäßig von vornherein nicht stellt. Zu bedenken ist jedoch, dass es
unter *rechtlichen* Gesichtspunkten gleichsam zweifelhaft ist, den bloßen „Verursacher“
der Lage für diese rechtlich einstehen zu lassen.

Im Jahr 1973 erfolgte dann die **Grundsatzentscheidung zum Pflichtwidrigkeitskrite-
rium**. ¹¹¹⁴ Der Angeklagte war bei Nebel leicht alkoholisiert in seinem Kraftfahrzeug mit
50 km/h auf der Bundesstraße gefahren. Dabei kollidierte er mit dem stark angetrunkenen,
in gleicher Richtung auf der Fahrbahn laufenden Opfer. Obwohl er damit rechnete, einen
Menschen angefahren und schwer verletzt zu haben, setzte der Angeklagte seine Fahrt
fort. Der BGH stellte hier fest, der Angeklagte habe nicht „schuldhaft“ zu dem Unfall
beigetragen. Er sei nicht fahruntüchtig gewesen und habe sich auch sonst nicht sorgfalts-
widrig verhalten. ¹¹¹⁵ Die Garantenpflicht dürfe nicht aus jedem Beitrag zur Entstehung
der Gefahr erwachsen, da es sonst zu einer „uferlosen Ausweitung“ der Strafbarkeit
komme. Im Anschluss an die Rechtsprechung zu den Gastwirtfällen dürfe kein sozial
anerkanntes und allgemein gebilligtes Verhalten – hierzu gehöre grundsätzlich auch die
Teilnahme am Straßenverkehr – zu einer Garantenstellung führen. ¹¹¹⁶ Das Opfer habe
hier durch sein verkehrswidriges Verhalten „allein schuldhaft“ die Ursache für den Unfall
gesetzt. ¹¹¹⁷ Der ordnungsgemäß fahrende Kraftfahrer könne „billigerweise nicht zum Hü-

¹¹¹¹ So auch *Herzberg* JuS 1971, 74, 76; *ders.* JZ 1986, 986, 989; *Hardtung/Putzke* AT Rn. 1031; grundlegend *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 283; Schutz „nur sekundär als Reflexwirkung“. Terminologisch ähnlich wie der BGH etwa *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1198; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 106 „Schutzpositionen aus Ingerenz“.

¹¹¹² BGHSt 23, 327, 328; zustimmend *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 41; *Roxin* FS Trechsel S. 551, 565; ähnlich auch *ders.* AT II § 32 Rn. 183; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 45; ferner *Herbertz* Ingerenz S. 344.

¹¹¹³ *Herzberg* Garantenprinzip S. 297 f.; *ders.* JuS 1971, 74, 76; zustimmend *Welp* JZ 1971, 433.

¹¹¹⁴ BGHSt 25, 218; der Entscheidung stimmt *Jakobs* zu, FG BGH IV S. 29, 39: „der Rechtsprechung neue Bahnen erschlossen [...] mit einer ebenso gründlichen wie zugleich zielsicheren und knappen Argumentation – die bislang gewiß bedeutendste Entscheidung des BGH zur Ingerenzproblematik“; er sieht in ihr allerdings keine zwingende Verbindung der Ingerenz mit pflichtwidrigem Vorverhalten.

¹¹¹⁵ BGHSt 25, 218, 219.

¹¹¹⁶ BGHSt 25, 218, 220 f.; zustimmend *Jäger* AT Rn. 356; *Roxin* AT II § 32 Rn. 167; **kritisch** zum Pflichtwidrigkeitskriterium *Schünemann* GA 1974, 231, 233: ein vorangegangener Fahrfehler könne nicht den Unterschied zwischen lebenslanger Freiheitsstrafe und Geldstrafe ausmachen; sowie *ders.* GA 2016, 301, 307 „absurde Differenzierung“.

¹¹¹⁷ BGHSt 25, 218, 222; siehe hierzu *Jakobs* ZStW 89 (1977) 1, 22 m. Fn. 71: Konfliktlösung zwischen den Beteiligten durch Entlastung und Belastung; *ders.* FG BGH IV S. 29, 40: „Obliegenheitsverletzung des Opfers“; *ders.* FS R. Merkel S. 639, 641 m. Fn. 9; ähnlich *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 102; *Köhler* AT S. 224 f.; *Otto/Brammsen* Jura 1985, 646, 650; *Seelmann* in: *Vielfalt des Rechts* S. 85, 89; *Sowada* Jura

ter eines [sich nicht ordnungsgemäß verhaltenden] Verkehrsteilnehmers bestellt werden“.¹¹¹⁸ Ob das Verhalten des Opfers hier, wie *Jakobs* meint, das eigentliche, die Entscheidung tragende Kriterium ist¹¹¹⁹ sei hier dahingestellt. Denn der BGH betont neben dem Opferverhalten gleichermaßen die Sozialüblichkeit des Autofahrens, „so lange, wie Fahrzeug und Fahrzeugführer nicht mit Mängeln behaftet sind [...] und solange das Fahrzeug in jeder Hinsicht verkehrsgerecht gehandhabt wird.“ Ein solches pflichtgemäßes Vorverhalten könne „regelmäßig nicht zu einer Garantenstellung führen“.¹¹²⁰ Wann eine Ausnahme zu dieser Regel vorliege, wird allerdings nicht gesagt. Daher hat *Jakobs* insoweit recht, wenn er meint, eine abschließende Stellungnahme bezüglich solcher Fälle, in denen sich beide Beteiligten regelkonform verhalten, stehe noch aus.¹¹²¹

Der der **Folgeentscheidung zum Alkoholausschank**¹¹²² zugrunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich von den Urteilen BGHSt 4, 20 und BGHSt 19, 152 dadurch, dass der Betrunkene nicht andere, sondern sich selbst schädigte.¹¹²³ Hier will der BGH die Frage offenlassen, ob das Vorverhalten bei der Ingerenz pflichtwidrig sein müsse oder pflichtgemäßes genüge. Zwar meint der Senat, dass aufgrund der Sozialüblichkeit des Ausschanks an das zum Zeitpunkt des Servierens nicht erkennbar betrunkene Opfer (§ 20 Nr. 2 GaststG) eine Garantenpflicht ausgeschlossen sei.¹¹²⁴ Allerdings schränkt er dies sodann ein: „Dies gilt indessen nur solange, als der Gast, sei es auch nur eingeschränkt, rechtlich verantwortlich ist. [...] Dem liege der Gedanke zu Grunde, daß das Verabreichen berauschender Getränke von dem Punkt an nicht mehr sozial üblich ist, und von der Allgemeinheit nicht mehr gebilligt wird, an dem es zu solcher Trunkenheit führt, daß der Trunkene sich selbst und andere, z.B. andere Verkehrsteilnehmer, gefährdet.“¹¹²⁵ Dann ist der Gastwirt rechtlich verpflichtet, die von dem Betrunkenen ausgehende Gefahr für diesen selbst und für Dritte nach Kräften abzuwehren.¹¹²⁶ Zudem will sich der BGH die Frage nach der Ingerenz auf einen zweiten Gesichtspunkt stützen: Der Angeklagte habe das Opfer jedenfalls auf die Straße geführt, so in eine hilflose Lage versetzt und hierdurch die dem Betrunkenen drohende Gefahr nichtunerheblich erhöht. Das Vorgehen sei nicht

2003, 236, 239; *Timpe* Strafmilderungen S. 185 ff.; *Weigend* LK § 13 Rn. 44 f. **anders** *Rengier* AT § 50 Rn. 84: Das Verschulden des Opfers sei ein „zusätzlicher Aspekt“, auf den es im Ergebnis nichts ankomme; *Roxin* AT II § 32 Rn. 167 ff.

¹¹¹⁸ BGHSt 25, 218, 222. Hier rückt die Formulierung des BGH die Ingerenz wieder in bedenklicher Weise in die Nähe einer Beschützergarantenstellung. Ähnliche Formulierung wie der BGH auch *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1198.

¹¹¹⁹ *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 40 f.

¹¹²⁰ BGHSt 25, 218, 221; Hervorhebung nicht im Original.

¹¹²¹ *Jakobs* ZStW 89 (1977) 1, 22 m. Fn. 71; *ders.* FG BGH IV S. 29, 41; **anders** *Roxin* AT II § 32 Rn. 169: Wenn sich Verursacher und Opfer einwandfrei verhielten werde es wohl kaum zu einem Unfall kommen.

¹¹²² BGHSt 26, 35.

¹¹²³ Die Konstellationen jedoch in eins setzend BGHSt 26, 35, 38: „Gefahr für diesen selbst und für Dritte“.

¹¹²⁴ BGHSt 26, 35, 37 f.

¹¹²⁵ Zu Recht **kritisch** zu der Vermischung von Verantwortungsverlust und Gefährdung, *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 37. Denn für letzteres müsste es konsequenterweise auf die Grenze der absoluten Fahruntüchtigkeit ankommen (die deutlich unter der für die Schuldunfähigkeit liegt).

¹¹²⁶ BGHSt 26, 35, 38.

sozialadäquat, sondern objektiv pflichtwidrig gewesen.¹¹²⁷ Dies würde bei gleicher Fallgestaltung auch für einen privaten Gastgeber gelten.¹¹²⁸

Insgesamt wirkt die Entscheidung wenig geglückt, insbesondere die Gleichsetzung der Fälle der Selbstgefährdung des Opfers und der Gefährdung Dritter Personen, kann nicht überzeugen. Die Fälle sind streng auseinanderzuhalten: Während Rechtsgüter (abseits von §§ 216, 228 StGB) niemals *gegen* die freiverantwortliche Entscheidung *ihres Trägers* zu schützen sind,¹¹²⁹ ist das selbstverantwortliche Handeln eines *Dritten per se* kein Grund dafür, den Handelnden von der Verantwortung für *sein* gefährliches Verhalten zu entlasten.¹¹³⁰ Zudem stellt der BGH erneut für die Frage nach der Eigenverantwortlichkeit nicht auf den Zeitpunkt des Servierens oder Trinkens ab;¹¹³¹ vielmehr scheint er für das Entstehen der *Garantenstellung* ein (im Hinblick auf den konkreten Tatbestand) rechtmäßiges Vorverhalten genügen zu lassen, welches sich dann mit Wegfall der Eigenverantwortlichkeit des Opfers zu einer *Garantenpflicht* konkretisiert. Erneut zeigt sich die Wichtigkeit, die beiden Begriffe auseinander zu halten. Wenn man die Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens (oder jedenfalls die fehlende Eigenverantwortlichkeit) des Opfers für die Entstehung der *Garantenstellung* für erforderlich hält, konnte diese im vorliegenden Fall mit der Vorhandlung nicht entstehen. Mangels Vorliegens einer *Garantenstellung* kann dann aber auch keine *Garantenpflicht* mit dem *tatsächlichen* Wegfall der Eigenverantwortlichkeit des Opfers aufleben.¹¹³² Daneben erscheint es äußerst fraglich, ob durch das Hinausgeleiten des Gasts auf die Straße eine rechtswidrige Gefahrerhöhung zu erkennen ist.¹¹³³

¹¹²⁷ BGHSt 26, 35, 38 f. – Es kann jedenfalls nicht überzeugen, wenn der BGH zudem beiläufig annimmt, der Angeklagte habe eine Obhutspflicht übernommen und sei Garant „kraft Gewährübernahme“ geworden.

¹¹²⁸ BGHSt 26, 35, 39. Gegen eine Differenzierung schon *Welp* Vorangegangenes Tun S. 316: nicht gefährlicher, wenn es gegen Entgelt erfolgt.

¹¹²⁹ Siehe zu der konkreten Entscheidung auch *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 37 f.: „Immerhin hat sich der Gast die Suppe selbst eingebrockt [...]“; er handelt also auf eigene Gefahr; so auch *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 114.

¹¹³⁰ Siehe dazu noch unten → Kapitel 4 § 2 D V 7 b).

¹¹³¹ Während der BGH zunächst zutreffend ausführt, dass das Servieren bzw. „Verabreichen“ alkoholischer Getränke an nicht erkennbar betrunkene Personen nicht nach § 20 Nr. 2 GastG verboten ist, meint er später, dass das Verabreichen, von da an nicht mehr sozialüblich sei, an dem es zu dem Verlust der Eigenverantwortlichkeit und damit der Gefährdung *führt* (im konkreten Fall wurde die Volltrunkenheit dadurch hervorgerufen, dass das Opfer in kurzer Zeit ein Glas mit erheblicher Menge Schnaps trank). Damit wird jedoch allein auf den Endzustand *nach* freiverantwortlichem Trinken abgestellt. Nach dem BGH kann sich also an das erlaubte Verhalten „Ausschank an einen Eigenverantwortlichen“ eine *Garantenpflicht* anschließen oder nicht, je nachdem, ob nach dem weiteren tatsächlichen Verlauf die Eigenverantwortlichkeit des Gastes wegfällt oder nicht. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Kriterien des BGH und ihr Verhältnis zueinander nicht immer klar werden. Auf Zeitpunkt des *Trinkens* abstellend auch *Weigend* LK § 13 Rn. 45, der für diese Aussage allerdings die – anders zu interpretierenden – Entscheidungen des BGH zitiert.

¹¹³² Vielmehr steht die Eigenverantwortlichkeit des Opfers *nun* der Pflicht aus § 323c I StGB nicht mehr entgegen.

¹¹³³ Zweifelnd *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 38: Das könne man nur annehmen, „wenn der auf die Straße geleitete Gast schlechter stünde als der die Treppe hinabgestürzte – eine fast absurd scheinende Annahme“.

§ 4 Aushöhlung des Pflichtwidrigkeitskriteriums?

Auch im Weiteren deutete sich eine „Aushöhlung“¹¹³⁴ des Pflichtwidrigkeitskriteriums an. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1986 war gerade nicht festzustellen, ob die Pflichtwidrigkeit zum Unfall beigetragen hatte.¹¹³⁵ Dennoch entschied der BGH, dass eine Garantenstellung aus Ingerenz entstehe, wenn **Pflichtwidrigkeit und Gefährdung in engem, „unmittelbarem Zusammenhang“** stehen.¹¹³⁶ Damit wird die sichere Feststellung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs gerade nicht erforderlich gehalten – wofür dieses Urteil auch heftig kritisiert wurde.¹¹³⁷ Der Senat ging hier aber sogar noch weiter und ließ es offen, ob eine Garantenstellung auch entsteht, wenn Verkehrswidrigkeit und Gefährdung *in überhaupt keinem* Zusammenhang stünden.¹¹³⁸ Hiergegen wurde zu Recht betont, dass zwar ein kausaler Zusammenhang zwischen dem verkehrswidrigen Fahren und der Gefahr bestehe, die Gefahr jedoch nicht bewiesenermaßen auf der Pflichtwidrigkeit beruhe.¹¹³⁹ Die Garantenstellung werde missbraucht, um die Nichtzurechenbarkeit von Folgen durch die Konstruktion eines Unterlassungsdelikts zu unterlaufen.¹¹⁴⁰ Zutreffenderweise kann es nicht genügen, wenn die Vorhandlung „unter irgendeinem

Der Wirt sei bloß nach § 323c StGB verpflichtet, den Gast am Verlassen der Wirtschaft zu hindern, „und sein Herausgeleiten war dann Verletzung dieser Pflicht, nicht mehr“. – Zu betonen ist jedoch, dass der Täter (soweit nicht § 34 StGB oder die mutmaßliche Einwilligung Platz greift) nicht die dem Opfer drohenden Gefahren umschichten darf (so aber wohl *Jakobs*: „bloße Umschichtung allgemeiner Lebensrisiken“). Ob das Herausführen der eingetretenen Verletzung – das Opfer fällt *auf die Straße* und wird überfahren – durch das Herunterführen erhöht wird, ist Tatfrage. Dass sich der Angeklagte im Übrigen *nur* nach § 323c I StGB strafbar macht (weil er, indem er das Opfer *nur* die Treppe herunterführt, nicht in ausreichendem Maße Hilfe leistet), ist dann *Ergebnis* der Überlegung, dass das Herausführen nicht sorgfaltswidrig ist, nicht deren Begründung.

¹¹³⁴ Siehe *Herzberg* JZ 1986, 986, 987: „schleichende Aushöhlung“.

¹¹³⁵ BGHSt 34, 82, 84

¹¹³⁶ BGHSt 34, 82.

¹¹³⁷ Etwa von *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 103; *Hoffmann-Holland* AT Rn. 772; *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 41 f.; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 54; *Kuhlen* NSTZ 1990, 566, 568; *Ranft* JZ 1987, 859, 864; *Rengier* AT § 50 Rn. 89; *Roxin* AT II § 32 Rn. 170: unzulässige *versari in re illicita*; *Rudolphi* JR 1987, 162, 163; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 39b; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 114; *Sowada* Jura 2003, 236, 242 f., der die Entscheidung immerhin „kriminalpolitisch nachvollziehbar“ nennt; *Weigend* LK § 13 Rn. 47: Hier habe sich nur das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht; siehe auch *Arzt* FG BGH IV S. 755, 763 nur „Verdacht rechtswidrigen Vorverhaltens“; *Otto* FS Gössel S. 99, 101 f.; allgemein *Stree* FS Klug II S. 395, 398 f.; dem BGH hingegen zustimmend *Gercke/Hembach* AnwK § 13 Rn. 14; *Freund* MK § 13 Rn. 124: „berechtigte Aufgabe des Pflichtwidrigkeits-(zusammenhangs-)erfordernisses“, der jedoch ebenfalls darauf hinweist, dass man dann auch nicht am Pflichtwidrigkeitserfordernis festhalten kann, ohne dessen spezielle Funktion auszuhebeln (Rn. 128); *Rengier* JuS 1989, 802, 807: „Schritt in die Richtige Richtung“; siehe auch *Herzberg* JZ 1986, 986 f.: auf Grundlage der Risikoerhöhungslehre zutreffend, dann hätte der BGH aber auch fahrlässige Begehung bejahen müssen.

¹¹³⁸ BGHSt 34, 82, 84.

¹¹³⁹ *Weigend* LK § 13 Rn. 47. Ähnlich auch *Ranft* JZ 1987, 859, 864, der insoweit aber nicht nur auf die Pflichtwidrigkeit, sondern auf die erhöhte Betriebsgefahr abstellt.

¹¹⁴⁰ *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 39b. *Rudolphi* meint, es fehle insoweit am „Zurechnungszusammenhang“. Dass der BGH gleichwohl das Pflichtwidrigkeitserfordernis beibehalte, sei insoweit „funktionslos und überflüssig“; *ders.* JR 1987, 162, 164.

rechtlichen Gesichtspunkt zu mißbilligen ist [...] sie ist vielmehr streng auf *das* Risiko zu beziehen, dessen Herbeiführung zu Gegenmaßnahmen verpflichten soll“.¹¹⁴¹

Nachdem in der eben genannten Entscheidung auf das Erfordernis des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs verzichtet wurde, hielt es der BGH in seiner vielbeachteten¹¹⁴² **Ledersprayentscheidung**¹¹⁴³ nicht für erforderlich, die Pflichtwidrigkeit aus der Perspektive *ex ante* zu bestimmen. Nachdem der BGH zunächst eine Übernahme zivilrechtlicher Verkehrspflichten¹¹⁴⁴ in das Strafrecht erwogen hatte, stützte er die Rückrufpflicht auf die Garantenstellung aus Ingerenz. Im konkreten Fall war allerdings das Inverkehrbringen des Ledersprays *ex ante* sorgfaltsgemäß und damit nach allgemeiner Unrechtsdogmatik pflichtgemäß erfolgt.¹¹⁴⁵ Dennoch stellte sich der BGH auf den Standpunkt, die objektive Pflichtwidrigkeit setze nicht voraus, dass die Gefährdung für den Täter vorhersehbar sei und er sorgfaltswidrig, also fahrlässig handle. Erforderlich sei nur die rechtliche Missbilligung des Gefährdungserfolgs.¹¹⁴⁶ Das „pflichtwidrige“ Vorverhalten des Produzenten müsse nicht „schuldhaft“ sein. – Dagegen wurde vorgebracht, von der Missbilligung des Erfolgs *ex post* könne nicht auf die *ex ante* festzustellende Pflichtwidrigkeit geschlossen werden. Der BGH missachte seine selbst aufgestellten Kriterien und gebe damit die Kriterien pflichtwidrigen Vorverhaltens bei der Ingerenz praktisch auf, indem er von rechtswidrigem Verhalten spreche, aber rechtmäßiges genügen lasse.¹¹⁴⁷ Es liege eine Rechtsprechungsänderung vor, welche mithilfe der *ex post* bestimmten Pflichtwidrigkeit nur

¹¹⁴¹ Küper JZ 1981, 568, 574; Hervorhebungen im Original.

¹¹⁴² Und vieldiskutierten; siehe aus der fast unüberblickbaren Literatur zu dieser Entscheidung etwa die Nachweise bei *Schünemann* FS Roxin (2001) S. 1, 5 m. Fn. 19.

¹¹⁴³ BGHSt 37, 106 ff.

¹¹⁴⁴ Siehe dazu schon oben → Kapitel 1 § 3 A III; *Puppe* JR 1992, 30 meint dagegen, der BGH hätte sich gerade damit beschäftigen müssen, ob diese Pflichten Garantenpflichten sind, anstatt diese Frage dahinstehen zu lassen; eine Orientierung an den Verkehrspflichten befürwortend *Kuhlen* NSTZ 1990, 566, 567, der allerdings für das Strafrecht eine Restriktion fordert. *Schünemann* hingegen wirft dem BGH vor, die strafrechtliche Haftung auf das Ausmaß der zivilrechtlichen ausgedehnt zu haben. Die ganze Entscheidung bewege sich „im Kielwasser der Zivilrechtsdogmatik zur Produkthaftung“. Es sei verhängnisvoll, wenn das Strafrecht die im Zivilrecht aus Erwägungen der Schadens- und Risikoverteilung konzipierten Verkehrspflichten, als „Art Gefährdungshaftung“ übernehme. *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 66 f.; *ders.* in: Umweltschutz S. 137, 144 f., 153 f.; siehe auch *ders.* GA 1995, 201, 224; *Otto* FS Hirsch S. 291, 293.

¹¹⁴⁵ Vgl. auch *Kuhlen* JZ 1994, 1142, 1146.

¹¹⁴⁶ BGHSt 37, 106, 117 ff.

¹¹⁴⁷ Siehe zu diesem Vorwurf *Bloy* FS Maiwald S. 35, 45; *Brammsen* GA 1993, 97, 101 ff.; 107 ff., (i. Erg. aber Übereinstimmung feststellend S. 118); *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 164 f.; *Freund* Erfolgsdelikt S. 182 m. Fn. 82; *ders.* MK § 13 Rn. 124 ff., 129: „Was noch aussteht ist die offene Preisgabe“; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 95; *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 311; *Hassemer* Produktverantwortung S. 50 ff.; *Hilgendorf* Produzentenhaftung S. 138 ff.; *Jakobs* ZStW 107 (1995) 843, 846 m. Fn. 9; *ders.* in: El sistema S. 133, 155; *Kudlich* AT S. 77; *Kühl* AT § 18 Rn. 103, 110; *Kuhlen* NSTZ 1990, 566, 568; *ders.* JZ 1994, 1142, 1146; *ders.* FS Eser S. 359, 361; *Otto* FS Hirsch S. 291, 304 (siehe aber auch S. 308 ff.); *ders.* FS Gössel 99, 104; *Puppe* JR 1992, 30: „schlecht verhohlenes Lippenbekenntnis“; *Ransiek* Unternehmensstrafrecht S. 39; *Roxin* AT II § 32 Rn. 198 ff.; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 39b; *Samson* StV 1991, 182, 184; *Schünemann* FS Roxin (2001) S. 1, 6 f. m. Fn. 22; sein, *ders.* in: Internationale Dogmatik S. 49, 68 f.; *ders.* GA 1995, 201, 224; *Seelmann* in: Vielfalt des Rechts S. 85, 86; *Sowada* Jura 2003, 236, 242; *Stein* SK § 13

kaschiert werde.¹¹⁴⁸ Insbesondere ist zweifelhaft, weshalb der BGH darauf abstellt, dass das Verhalten nicht schuldhaft sein muss. In der Literatur wurde dagegen vorgebracht, dass der BGH die objektive und subjektive Sorgfaltswidrigkeit verwechsle.¹¹⁴⁹ Jedenfalls scheint er zu einem kausalen Unrechtsverständnis zurückzufallen, das die Fahrlässigkeit als Schuldmerkmal ansieht.

Von vielen Autoren hat die Konstruktion als Ingerenzgarantenstellung, insbesondere aufgrund der Aufweichung des Pflichtwidrigkeitskriteriums *auch im Ergebnis* Ablehnung erfahren.¹¹⁵⁰ Die Anknüpfung an die Garantenstellung aus Ingerenz sei teuer erkauft, indem der Bundesgerichtshof seine Einschränkung der Ingerenzgarantenstellung wieder preisgegeben und damit die Erfolgsabwendungspflichten viel zu extensiv bestimmt habe.¹¹⁵¹ Außerdem wird vorgebracht, die Konstruktion über die Garantenstellung aus Ingerenz sei kriminalpolitisch sinnlos, da jeder Neue im Betrieb nicht verpflichtet werde, aber der bereits ausgeschiedene Rentner Garant bleibe.¹¹⁵² Zum Teil wurde der Gesetzgeber dazu aufgerufen, Klarheit zu schaffen, weil die allgemeine Strafrechtsdogmatik nicht bestimmte Regeln für einzelne Bereiche des Lebens aufstellen könne.¹¹⁵³ Andere begrüßen hingegen *im Ergebnis* den Rekurs auf die Garantenstellung aus Ingerenz, allerdings unter Ablehnung des *ex ante* zu bestimmenden Pflichtwidrigkeitserfordernisses.¹¹⁵⁴

Rn. 51, es liege de facto ein Verzicht auf das Pflichtwidrigkeitskriterium vor; *Tiedemann* Wirtschaftsstrafrecht S. 351; *Weigend* LK § 13 Rn. 46; *Weißer* Kollegialentscheidungen S. 35 ff.; *Wittig* Wirtschaftsstrafrecht § 6 Rn. 54; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 43; siehe aber auch *Beulke/Bachmann* JuS 1992 737, 744: kein genereller Verzicht auf das Erfordernis.

¹¹⁴⁸ *Kuhlen* NSTZ 1990, 566, 568; siehe auch *Hilgendorf* Produzentenhaftung S. 139: das Merkmal werde neben dem der Gefahrschaffung überflüssig.

¹¹⁴⁹ *Samson* StV 1991, 182, 184; *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 68 f.; *ders.* FG BGH IV S. 621, 638: der BGH habe die systematische Aufteilung der zum Tatbestand gehörigen objektiven Pflichtwidrigkeit und der im Rahmen der Schuld relevanten individuellen Vorwerfbarkeit „aus dem Auge verloren und dementsprechend die Ableitung der umfassenden Rückrufpflicht auf einen dogmatischen Lapsus gegründet“; vgl. auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 199.

¹¹⁵⁰ *Bloy* FS Maiwald S. 35, 45 ff.: Keine Ingerenz, sondern aufgrund Übernahme einer sozialen Rolle (S. 49); *Brammsen* GA 1993, 97, 101: die Ingerenz sei hier auf einem äußerst brüchigen Boden konstruiert“; *Gaede* NK § 13 Rn. 48; *Kühl* AT § 18 Rn. 103, 110; *Puppe* JR 1992, 30; *Roxin* AT II § 32 Rn. 209; *Samson* StV 1991, 182, 184; *Stein* SK § 13 Rn. 51; *Weigend* LK § 13 Rn. 46; offengelassen bei *Kuhlen* FS Eser S. 359, 361; siehe auch *Rengier* AT § 50 Rn. 59 f.: Bei pflichtwidrigem Inverkehrbringen Ingerenz; sonst Verantwortlichkeit für Sachen als Gefahrenquelle.

¹¹⁵¹ *Schünemann* FG BGH IV S. 621, 637; siehe auch *Samson* StV 1991, 182, 184.

¹¹⁵² *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 69; *ders.* FG BGH IV S. 621, 636; zu diesem Argument bereits *ders.* Unternehmenskriminalität S. 100; siehe auch *Ransiek* Unternehmensstrafrecht S. 40.

¹¹⁵³ *Samson* StV 1991, 182, 184; **kritisch** hierzu *Weißer* Kollegialentscheidungen S. 63.

¹¹⁵⁴ *Beulke/Bachmann* JuS 1992 737, 739, 740; *Freund* MK § 13 Rn. 124, 129; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 94 f.; *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 128; *Frister* AT 22/34 m. Fn. 77; *Maurach/Gössel/Zipf* § 46 Rn. 100; *Jakobs* in: El sistema S. 133, 153 f.: „Fortführung – nicht: Änderung – der Rechtsprechung“; *ders.* FG BGH IV S. 29, 42 ff.; *Köhler* AT S. 224; *Kudlich* AT S. 77; *ders.* SSW § 13 Rn. 24; *Kühl* AT § 18 Rn. 103; *Kuhlen* NSTZ 1990, 566, 568; *ders.* JZ 1994, 1142, 1146; *Meier* NJW 1992, 3193, 3196; *Otto* FS Hirsch S. 291, 301 ff., 308 ff.; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 90; darüber hinaus wird die Produkthaftung zum Teil als eigene Fallgruppe anerkannt, welche keine Pflichtwidrigkeit erfordere, *Stein* SK § 13 Rn. 55; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1201; *Hilgendorf* Produzentenhaftung S. 140 hält dies für erwägenswert, neben

Die Gesellschaft müsse neue, unbekannte Produkte als Sonderrisiken definieren und dem Produzenten die Folgekosten auferlegen.¹¹⁵⁵ – Dass das Inverkehrbringen von Produkten eine ernstzunehmende Gefahrenquelle für Leib und Leben von Produktverwendern darstellt, wird man wohl nicht bestreiten können.¹¹⁵⁶ Zum Teil wurden auch Begründungsansätze außerhalb der Ingerenz angeboten. Regelmäßig wird auf die sachbezogene Herrschaft über eine Gefahrenquelle abgestellt.¹¹⁵⁷ Hierbei seien neben der tatsächlichen Gewalt über die Sache auch die rechtlichen Einfluss- und Verfügungsverhältnisse miteinzubeziehen.¹¹⁵⁸ Dagegen meint etwa *Roxin*, dass hier die Herrschaft von ihrer realen Grundlage gelöst werde: Die Ware habe eben den tatsächlichen Herrschaftsbereich des Produzenten verlassen. Es gehe damit nicht um „Überwachung“, sondern eine Schutzverpflichtung aus einiger Distanz.¹¹⁵⁹ Die Garantenstellung des Produzenten sei damit am besten als Übernahme einer Schutzfunktion zu deuten.¹¹⁶⁰ Gegen die Überlegungen *Roxins* wird wiederum vorgebracht, dass es sich bei der Übernahme um eine Fiktion handelt.¹¹⁶¹ *Kuh-*

der Garantenstellung aufgrund der Eröffnung einer Gefahrenquelle jedoch nicht erforderlich; ferner *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 75, der ganz allgemein auf das „Verantwortungsprinzip“ rekurriert.

¹¹⁵⁵ *Jakobs* ZStW 107 (1995) 843, 846 m. Fn. 9; *ders.* FG BGH IV S. 29, 43. *Jakobs* sieht in der Entscheidung die konsequente Fortführung von BGHSt 25, 218: In Ausnahme dieser Entscheidung liege kein dazwischentretendes Opferverhalten vor, sodass Pflichtwidrigkeit nicht erforderlich sei; ähnlich *Kuhlen* NSTZ 1990, 566, 568; **anders** *Schünemann* FS Roxin (2001) S. 1, 6 f. m. Fn. 22.

¹¹⁵⁶ *Kuhlen* JZ 1994, 1142. Ob jedoch die Einbeziehung qualifiziert riskanter Vorhandlungen in die Ingerenzgarantenstellung zu begrüßen ist, soll unten näher betrachtet werden → Kapitel 3 § 2 H I 2 b).

¹¹⁵⁷ *Brammsen* GA 1993, 97, 110; *Gaede* NK § 13 Rn. 48; *Hilgendorf* Produzentenhaftung S. 141 f.; *Kühl* AT § 18 Rn. 110; *Ransiek* Unternehmensstrafrecht S. 34 f., 39: der Herrschaftsbereich sei nicht bloß räumlich zu verstehen; *Rengier* AT § 50 Rn. 60: Der Unternehmer bleibe unabhängig von Eigentums- und Besitzverhältnissen verantwortlich, da sich Fehler erst nachträglich herausstellen; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Schuster* § 15 Rn. 120; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 49; *Weigend* LK § 13 Rn. 53; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 48; *Weißer* Kollegialentscheidungen S. 57 ff., 64; *Zieschang* AT Rn. 612.

¹¹⁵⁸ *Brammsen* GA 1993, 97, 113; zustimmend *Kühl* AT § 18 Rn. 110.

¹¹⁵⁹ *Roxin* AT II § 32 Rn. 209 ; vgl. auch *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 126.

¹¹⁶⁰ *Roxin* AT II § 32 Rn. 210. Ähnlich wie *Roxin* stellt sich *Schünemann* auf den Standpunkt, es gehe um die Herrschaft über die „partielle Hilflosigkeit des Verbrauchers“, die allerdings nur bei Markenware anzunehmen sei. Im Ansatz schon *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 70 f.; dann insbesondere *ders.* FG BGH IV S. 621, 640 f.; *ders.* FS Amelung S. 303, 317; **kritisch** *Kuhlen* FS Eser S. 359, 363 m. Fn. 30; *Roxin* AT II § 32 Rn. 213; **dagegen wieder** *Schünemann* FS Amelung S. 303, 317. Zudem meint *Schünemann*, dass die Verantwortlichen im Strafrecht bloß eine Warnungspflicht, nicht aber eine Rückrufpflicht treffe. Der Konsument kann sich nämlich, sobald ihm der Produzent das entsprechende Wissen zur Verfügung stellt, selbst entscheiden, ob er das gefährliche Produkt unter eigenverantwortlicher Eingehung des Risikos weiter benutzen will (siehe *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 66 ff.; FG BGH IV S. 621, 638; *ders.* FS Amelung S. 303, 317; anders als im Zivilrecht, wo ein Rücknahme- oder Ersatzanspruch bestehen kann). **Dagegen** wendet wieder *Kuhlen* ein, dass es darauf ankomme, welche Maßnahmen im Einzelfall geeignet, erforderlich und angemessen seien: Rückruf sei dabei bloß ein Sammelbegriff für nachträgliche Schutzmaßnahmen (*Kuhlen* FS Eser S. 359, 361 ff., 363. Aufgrund des *ultima ratio* Prinzips will er dabei dem Produzenten einen gewissen Einschätzungsspielraum gewähren, S. 368). – Zutreffenderweise handelt es sich um eine Frage der Garantenpflicht, nicht der Garantenstellung. Hierfür kommt es nach der Fahrlässigkeitsdogmatik darauf an, ob der Produzent sorgfaltswidrig handelt. Der Produzent genügt seinen Sorgfaltspflichten, wenn er geeignete und erforderliche Gegenmaßnahmen ergreift – diese können von Informations- bis hin zu Rückrufaktionen reichen, vgl. *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 26.

¹¹⁶¹ *Weigend* LK § 13 Rn. 53; siehe auch *Tiedemann* Wirtschaftsstrafrecht Rn. 351.

len meint stattdessen, dass die Hersteller aufgrund ihres Überblicks und ihrer Sachkenntnis regelmäßig eine höhere Wirkchance als Dritte hätten, sodass ihre Inpflichtnahme einem effektiven Rechtsgüterschutz entspreche. Die Annahme einer Garantenstellung sei „konkurrenzlos präventiv“.¹¹⁶² Gegen eine Einbeziehung der Wirkchancen spricht jedoch, dass hierdurch die Frage nach der *rechtlichen Aufgabe*, eine bestimmte Schädigungsmöglichkeit zu überwachen, mit der Abwendungsmöglichkeit vermenget würde.¹¹⁶³ Daneben erscheint es zwar zutreffend, wenn *Kuhlen* außerdem anführt, die Produzenten stünden gegenüber dem Unbeteiligten in einer „deutlich herausgehobenen Verantwortung“ für die Gefahren „ihres“ Produktes, sodass man ihnen eine gesteigerte Sonderverantwortlichkeit auferlegen könne,¹¹⁶⁴ jedoch ist damit mehr das Ergebnis einer Garantenstellung aus Ingerenz umschrieben als hergeleitet. Während also hinsichtlich der genauen Begründung der Garantenstellung Uneinigkeit herrscht, besteht weitestgehender Konsens,¹¹⁶⁵ dass den Produzenten eine Verantwortlichkeit als Garant für Produktgefahren treffen soll, unabhängig davon, ob diese Gefahren bereits beim Vertrieb erkennbar waren.

§ 5 Aktuelle Probleme der Ingerenz in der Rechtsprechung

Während die Rechtsprechung des BGH zur Meineidsbeihilfe eher von rechtshistorischem Interesse ist und die Literatur zur Ledersprayentscheidung inzwischen wohl ganze Bibliotheken füllt, kann auf die beiden zentralen Problemfelder „Ingerenz nach sorgfaltsgemäßem Vorverhalten?“ und „Ingerenz nach gerechtfertigtem Vorverhalten?“ erst an späterer Stelle ausführlich eingegangen werden. Stattdessen sollen im Folgenden insbesondere drei Problemkreise dargestellt werden, in denen die Rechtsprechungslinie durch die Literatur erhebliche Kritik erfahren hat. In mehreren Entscheidungen insbesondere der neunziger Jahre, befasste sich der Bundesgerichtshof mit Konstellationen der Mittäterschaft, in denen der Angeklagte einen Exzess des Mittäters nicht verhindert oder die hieraus resultierenden Gefahren nicht beseitigt hatte (A.).¹¹⁶⁶ Da für Exzesse eines Mittäters keine Verantwortlichkeit besteht – diese sind nicht vom Tatplan erfasst¹¹⁶⁷ – war der BGH mit der Frage nach einer möglichen Unterlassungsstrafbarkeit konfrontiert. Zudem hatte sich der BGH dazu zu äußern, inwiefern die Überlassung von Rauschmitteln zu einer Garantenstellung des Lieferanten führt (B.). Während es in den Entscheidungen der achtziger Jahre regelmäßig um die Überlassung von Heroin ging, wurde das Thema in den

¹¹⁶² *Kuhlen* FS Eser S. 359, 364; ähnlich *Beulke/Bachmann* JuS 1992 737, 740: „Wissens- und Wirkvorsprung“; *Ransiek* Unternehmensstrafrecht S. 39: „Trotzdem dem Einflussbereich nicht entzogen [...]. Nur im Unternehmen ist es möglich, die Gefahren des Produktes insgesamt zu überschauen“; *Weißer* Kollegialentscheidungen S. 64; **kritisch** *Schünemann* FS Amelung S. 303, 318 (schon *ders.* in: Internationale Dogmatik S. 49, 67); siehe auch *Otto* FS Hirsch S. 291, 299: keine anderen Einwirkungsmöglichkeiten als Dritte.

¹¹⁶³ → Kapitel 1 § 3 B VI 4 b).

¹¹⁶⁴ Dies gelte unabhängig von der Erkennbarkeit der Gefährlichkeit des Produktes, *Kuhlen* NSTZ 1990, 566, 568; ähnlich auch *Kudlich* AT S. 77.

¹¹⁶⁵ Vgl. *Kuhlen* FS Eser S. 359, 361.

¹¹⁶⁶ Siehe auch *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 44 „Weiterungstaten“; monographisch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit; eingehend auch *Herbertz* Ingerenz S. 51 ff.

¹¹⁶⁷ Siehe nur *Zieschang* AT Rn. 657.

letzten Jahren durch den Missbrauch legaler Substanzen aktuell. Zuletzt soll knapp – auf die Rechtsprechung des BGH – zu vorsätzlichem Vorverhalten (C.) eingegangen werden.¹¹⁶⁸

A. Arbeitsteilige Straftatbegehung

Zunächst äußerte sich der BGH nur sehr vage zu der Thematik, so etwa in einer Entscheidung aus dem Jahr 1981.¹¹⁶⁹ Der Angeklagte habe hier durch den Vorschlag, gemeinsam einen Überfall zu begehen, sowie durch Misshandlungen des Opfers dieses in die „hilflose Lage“ gebracht. Durch sein Verhalten habe er „unmittelbar dazu beigetragen“, dass der Mitangeklagte zur Tötung des Opfers überging. An der Vorhandlung habe er als Mittäter mitgewirkt. Daher treffe ihn eine Pflicht zum Eingreifen.¹¹⁷⁰ Zu den Voraussetzungen des Vorverhaltens positionierte sich der BGH nicht.¹¹⁷¹ Wie *Stree* jedoch darlegt, ließ sich hier die Pflichtwidrigkeit ohne weiteres begründen.¹¹⁷² Das Verbot des Raubes diene jedoch nicht dem Schutz davor, dass Dritte die Gewalteinwirkung zum Anlass nehmen, das Opfer aus eigenverantwortlichem Entschluss anzugreifen und weiter zu verletzen.¹¹⁷³ In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 1984 nahm der BGH an, dass die Beteiligung an einer gemeinsam verübten (gefährlichen) Körperverletzung die Garantenpflicht begründe, weiteren Angriffen der anderen Beteiligten entgegenzutreten. Dafür komme es nicht darauf an, ob sich die Lebensgefahr gerade aus Art und Umfang der Mitwirkung an der Körperverletzung ergebe. „Es kann auch ausreichen, daß sie mittelbar aus den Verletzungen entsteht, weil die durch die Körperverletzung geschaffene Lage des Opfers zur Folge hat, daß sich eine andere Ursachenreihe tödlich auswirken kann.“ Eine solche könne auch „in einem vorsätzlichen Angriff eines Dritten gegen das Opfer liegen, die insb. dann, wenn der Angriff – so wie hier – von einem Mittäter der vorangegangenen gemeinschaftlichen Körperverletzung – gleichsam in deren Fortführung zu erwarten ist.“¹¹⁷⁴ Der BGH führt also zunächst die Überlegung an, dass die Hilflosigkeit die Weiterungstat *erleichtere*, um dann unvermittelt die durchaus *verschieden* gelagerte Konstellation gleichzustellen, in der die Handlung die Weiterungstat des Dritten „erwarten“

¹¹⁶⁸ *Herbertz* Ingerenz S. 175 m. Fn. 479 nennt den Streit „inzwischen ausgefochten“.

¹¹⁶⁹ BGH StV 1982, 218; die Beteiligten hatten – auf Initiative des Angeklagten – das Opfer mit List in eine leere Dachgeschosswohnung gelockt, daraufhin ausgeraubt und ohne Tötungsabsicht misshandelt. Dann verließen sie den Tatort und machten mit dem erbeuteten Geld eine „ausgiebige Zechtour“. Als sie danach bemerkten, dass das Opfer noch in der Dachgeschosswohnung lag und um Hilfe rief, entschloss sich der Mitangeklagte, das Opfer zur Verdeckung des Raubes zu töten. Der Angeklagte erkannte dies, unternahm aber keine ernsthaften Anstrengungen, das Opfer zu retten. Das Landgericht verurteilte den Angeklagten wegen Beihilfe zum Mord durch Unterlassen. Der BGH bestätigte die Garantenstellung aus Ingerenz.

¹¹⁷⁰ BGH StV 1982, 218; **kritisch** etwa *Geilen* JK 1982 StGB § 13/4: die Pflichtwidrigkeit sei wohl eher zu verneinen, zudem liege keine nahe Gefahr vor; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 117; *Stree* FS Klug II S. 395 ff.

¹¹⁷¹ Dies bemängelnd *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 26 f.

¹¹⁷² *Stree* FS Klug II S. 395 f.; nach ihm auch die Nähe der Gefahr; anders für die Nähe *Otto* FS Geppert S. 441, 445 f. hier sei nicht einmal empirisch eine nahe, unmittelbare, adäquate Gefahr geschaffen worden; zudem bedürfe das Nähekriterium der Präzisierung.

¹¹⁷³ *Stree* FS Klug II S. 395, 397 ff.; *Otto* FS Geppert S. 441, 446, die insoweit auf den fehlenden „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ abstellen.

¹¹⁷⁴ BGH NSTZ 1985, 59.

lässt.¹¹⁷⁵ Während *Otto* insoweit kritisiert, dass der BGH die Eigenverantwortlichkeit des Dritten nicht hinreichend würdige und die Garantenstellung allein auf die Kausalität der Misshandlungen für den Tatentschluss gründe,¹¹⁷⁶ scheint *Jakobs* diese Ausweitung zu begrüßen: „Wer sich an einer Tat beteiligt, bei der es um ein Ausleben von Aggressionen geht, wird für ein Geschehen zuständig, dessen Grenzen nicht notwendig schon erreicht sind, wenn die eigenen Aggressionen sich erschöpft haben“.¹¹⁷⁷ Indem der BGH, wie selbstverständlich, zu einer *Beihilfestrafbarkeit* wegen des Tötungsdelikts gelangt, vermag er jedenfalls Widersprüche zwischen der deliktischen Beurteilung der Ingerenzunterlassung und dem Gewicht des Vorhandlung zu vermeiden. Anders in der kurz darauf folgenden Entscheidung aus dem Jahr **1985**: Die Angeklagten F und S hatten gemeinsam einen (vermeintlichen) Obdachlosen misshandelt. Als S bereits von dem Opfer abgelassen hatte, nahm der F einen fast zehn Kilo schweren Metallpoller und ließ ihn mindestens einmal in das Gesicht des Opfers fallen, wodurch dieses verstarb. Der BGH bestätigte die Annahme des LG, dass S aufgrund der vorangegangenen gemeinsamen Misshandlungen als Garant dadurch verpflichtet war, den F hiervon abzuhalten, und verurteilte ihn aufgrund *täterschaftlichen* Totschlags durch Unterlassen.¹¹⁷⁸ Dies kann nicht überzeugen, denn selbst, wenn S den F *aktiv* dazu aufgefordert hätte, bzw. ihm den Poller übergeben hätte, käme aufgrund der alleinigen Tatherrschaft des F bzgl. § 212 I StGB für S bloß Anstiftung bzw. Beihilfe in Betracht. Wenn es jedoch an einem aktiven Förderungsbeitrag sowie einem hierauf bezogenen Vorsatz *fehlt*, kann S nicht schlechter stehen als leistete er von vornherein absichtlich Hilfe zur Tat. Solange man auf diese Weise Wertungswidersprüche zu den Teilnahmeregeln vermeidet, erscheint die Strafbarkeitsbegründung trotz der „lapidaren“ Begründung¹¹⁷⁹ – vorangegangene gemeinsame Misshandlung – vertretbar,¹¹⁸⁰ wenn S nicht bloß den F durch die gemeinsamen Misshandlungen zu der Weiterungstat angestachelt, sondern durch die Misshandlungen in eine hilflose Lage gebracht hat, die dem erkennbar zu weiteren Aggressionen geneigten F dann die Weiterungstat erleichterte. Die tatsächlichen Feststellungen erscheinen hier jedoch unklar, wenn der BGH ausführt, das Opfer habe auf die Misshandlungen keine Reaktion gezeigt und sei *möglicherweise* durch die ersten Tritte bewusstlos geworden.

Größere Aufmerksamkeit hat ein Sachverhalt erlangt,¹¹⁸¹ über den der BGH im Jahr **1992** zu entscheiden hatte. Der Geschädigte T wurde durch den Mitangeklagten M schwer

¹¹⁷⁵ Siehe dazu auch *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 44; sowie *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 28.

¹¹⁷⁶ Auf die Eigenverantwortlichkeit hinweisend *Otto* FS Geppert S. 441, 447; *ders.* JK 85 StGB § 13/7; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 28.

¹¹⁷⁷ *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 45. Es komme nicht auf den subjektiven Sinn der Beteiligten, sondern den objektiven Sinn des Geschehens an.

¹¹⁷⁸ BGH StV 1986, 59 f., der sich auf den Standpunkt stellt, es komme für die Täterschaft allein auf die subjektive Willensrichtung des Beteiligten an.

¹¹⁷⁹ **Kritisch** insoweit zu Recht *Geppert* JK 86 StGB § 13/8, dieser nimmt jedoch im Ergebnis eine Beschützergarantenstellung an; *Otto* FS Geppert S. 441, 447 f.; die fehlende Begründung moniert auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 28.

¹¹⁸⁰ **Anders** wohl *Otto* FS Geppert S. 441, 447 f.

¹¹⁸¹ Gleiche Diagnose bei *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 29.

misshandelt, insbesondere durch Schnitte mit einer Rasierklinge. An diesen (nicht lebensgefährlichen) Misshandlungen beteiligte sich der Angeklagte S, der, um dem M zu imponieren, dem Opfer weitere Schnittwunden, einen Kopfstoß und einen Faustschlag zufügte. M und S verließen daraufhin die Wohnung und ließen den T unter Bewachung des Zeugen A zurück. Während dieser Zeit rief der A telefonisch die Mutter des T an und erklärte ihr, T habe Spielschulden, die sie auslösen könne. Die Mutter des T verwies darauf, die Polizei verständigt zu haben. Als der M das erfuhr, beschloss er, den T zu töten, indem er ihn zunächst mit einer Drahtschlinge drosselte und, nachdem der T noch Lebenszeichen von sich gab, mit einem Hammer auf den Kopf zu schlagen. Das Landgericht verurteilte den S wegen Totschlags durch Unterlassen, der BGH hob den Schuldspruch auf und erkannte auf Beihilfe durch Unterlassen.¹¹⁸² Dabei bejahte er zunächst eine Garantenstellung aus Ingerenz. Es könne offenbleiben, ob die an sich nicht lebensgefährlichen Misshandlungen, die allein noch keine Lebensgefahr schufen, zu einer Garantenpflicht aus vorangegangenen Tun führten, denn jedenfalls habe die Beteiligung Auswirkungen auf den Mitangeklagten gehabt. Der Angeklagte habe diesem durch die Mitwirkung an den Misshandlungen sein „Einverständnis mit dem brutalen Vorgehen“ gegeben und ausgedrückt, der Mitangeklagte brauche sich keine „Hemmungen aufzuerlegen“; diese „Bestärkung“ habe die Gefährlichkeit des M erhöht. Damit schaffe der Angeklagte durch seine pflichtwidrigen Handlungen die nahe Gefahr, dass der Mitangeklagte das Opfer hemmungslos lebensgefährlich verletzen würde.¹¹⁸³

Das Urteil ist jedoch unter mehreren Gesichtspunkten zweifelhaft.¹¹⁸⁴ Problematisch ist hier ausweislich des durch den BGH festgestellten Sachverhalts bereits, ob der S überhaupt durch sein Agieren die Gefahr einer Weiterungstat durch M gesteigert hat. Den Tötungsentschluss fasste M ja nicht im direkten Anschluss an die Misshandlungen, sondern in zeitlichem Abstand dazu und aufgrund der neu gewonnenen Informationen.¹¹⁸⁵ Jedenfalls fehlt es an der Nähe der Gefahr, da – selbst wenn man die Steigerung der Aggressionsbereitschaft unterstellt, die sich in der Tötungshandlung fortwirkt – jedenfalls die generelle Eignung *ex ante*, diesen Verlauf herbeizuführen, fehlt.¹¹⁸⁶ Überdies erscheint es problematisch, ob es möglicherweise etwas an der Beurteilung ändert, dass der

¹¹⁸² BGH NJW 1992, 1246 ff.

¹¹⁸³ BGH NJW 1992, 1246, 1247; zustimmend *Weigend* LK § 13 Rn. 43; **kritisch** hingegen *Stree* FS Klug II S. 395 f. mit dem Hinweis auf die weite Definition der Ingerenz, die bei konsequenter Fortführung der Rechtsprechung gezogen würde: Wenn man den Gedanken weiterdenke, müsse der Mittäter etwa dafür einstehen, dass sein Komplize keine entlastenden Aussagedelikte begehe oder zur Beseitigung von Beweisen Delikte nach den §§ 303 ff. StGB verübe.

¹¹⁸⁴ Vgl. auch *Otto* JK 98 StGB § 13/27: Unterstellung, nicht Nachweis realer Förderung.

¹¹⁸⁵ Darauf weist zu Recht *Neumann* JR 1993, 161 hin.

¹¹⁸⁶ *Neumann* JR 1993, 161. Völlig vage hingegen *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 45: „Der individuelle Sinn der Beteiligung des Angeklagten mag gelautet haben ‚peinigen, aber nicht töten‘, und trotzdem kann sein Beitrag einem Gesamtgeschehen gegolten haben, das in objektiver Sicht ‚peinigen und notfalls auch töten‘ bedeutete“; wer sich an einer Tat beteilige, bei der es um ein Ausleben von Aggressionen gehe, werde „für ein Geschehen zuständig, dessen Grenzen nicht notwendig schon erreicht sind, wenn die eigenen Aggressionen sich erschöpft haben“.

M die Handlung eigenverantwortlich ausgeführt hat.¹¹⁸⁷ Entgegen dem BGH „können die Fälle, in denen eine Handlung erst durch die Vermittlung einer verantwortlichen Tat einer anderen Person zum Erfolg führt, nicht mit denen einer unmittelbaren Erfolgsverursachung über einen Leisten geschlagen werden“.¹¹⁸⁸ Schon früh hat *Bockelmann* ausgeführt „In Wahrheit steht es so, daß die bloße Versuchung eines anderen noch keine Rechtsgutsgefährdung ist“.¹¹⁸⁹ Es besteht keine außerhalb des bösen Willens des Anderen liegende Gefahr.¹¹⁹⁰ Wie diesem Befund Rechnung zu tragen ist, ob im Rahmen eines „Regressverbots“,¹¹⁹¹ einer damit verwandten „Zuordnung exklusiver Verantwortungsbereiche und ihrer Begrenzung“¹¹⁹² oder im Rahmen der Pflichtwidrigkeit/ Sorgfaltswidrigkeit des Vorverhaltens, kann hier noch nicht entschieden werden. Hinsichtlich letzterem Kriterium ist zu betonen, dass richtigerweise nicht irgendeine isolierte, nebenherlaufende Verbotswidrigkeit genügen kann, vielmehr müsste der S gerade im Hinblick auf mögliche durch M bewirkte weitere lebensgefährliche Misshandlungen sorgfaltswidrig gehandelt haben.¹¹⁹³ Während es fernliegt, in der bloßen „Bestärkung“ des M ein gefährliches, pflichtwidriges Vorverhalten zu erkennen, erscheint es mit *Neumann* plausibel, dass der Angeklagte S eine Garantenstellung innehat, weil der durch das Gefangenhalten und die Einschüchterung des Opfers dessen Gefährdung zurechenbar gesteigert hat.¹¹⁹⁴ Es ginge insoweit nicht bloß um die psychische Einwirkung auf den Exzesstäter, sondern die tatsächliche Veränderung der Lage des Opfers, welche die Exzesstat fördert oder ermöglicht.

In jedem Fall dürften jedoch die allgemeinen Regeln der Pflichtwidrigkeit (also des Fahrlässigkeitsdelikts) nicht unbesehen auf die Ingerenzbegründung angewendet werden, da ansonsten eine Umgehung der spezielleren Teilnahmeregelungen §§ 26, 27 StGB droht.¹¹⁹⁵ Eine Garantenstellung aus Ingerenz, die sich allein aus den Wertungen der Begehungstatbestände ableiten kann, darf sich zu diesen nicht in Widerspruch setzen. Der BGH geht nicht darauf ein, dass sich der spontane Gewaltausbruch des M nicht innerhalb

¹¹⁸⁷ Diesen Aspekt betonen etwa *Neumann* JR 1993, 161; *Otto* JK 92 StGB § 13/18; *Renzikowski* Täterbegriff S. 264; *Seelmann* StV 1992, 416, 417; *Stree* FS Klug II S. 395, 397.

¹¹⁸⁸ *Neumann* JR 1993, 161.

¹¹⁸⁹ *Bockelmann* in: Untersuchungen S. 126, 134; vgl. auch *Neumann* JR 1993, 161; *Schmidhäuser* AT 12/32; *H. Schumann* Handlungsunrecht S. 52 m. Fn. 35; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 310.

¹¹⁹⁰ *Neumann* JR 1993, 161, 162.

¹¹⁹¹ So für die Ingerenz *Welp* Vorangegangenes Tun S. 311 ff., 317 ff.; *Welzel* Strafrecht S. 217.

¹¹⁹² *Neumann* JR 1993, 161, 162.

¹¹⁹³ *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 44; zuvor allgemein *Küper* JZ 1981, 568, 574; siehe auch *Stein* SK § 13 Rn. 60; *Seelmann* StV 1992, 416, 417: Es müsse der Risikozusammenhang vorliegen. Hierzu müssten die Förderungshandlungen einen Deliktsbezug zu einem Tötungsdelikt haben; **kritisch** *Otto* FS Geppert S. 441, 451: damit müsse *Seelmann* hier eher zur Zurechnung gelangen.

¹¹⁹⁴ *Neumann* JR 1993, 161, 162; siehe auch *Otto* JK 92 StGB § 13/18: Garantenstellung aufgrund der Schaffung einer hilflosen Lage.

¹¹⁹⁵ *Neumann* JR 1993, 161 f; ähnlich *A. Hartmann* ZStW 116 (2004) 586, 616; *Renzikowski* Täterbegriff S. 264; *Sowada* Jura 2003, 236, 245.

des gemeinsamen Plans bewegt und daher als Exzess dem S nicht zurechenbar¹¹⁹⁶ ist. Selbst in der Fallabwandlung, dass S den M *aktiv mit Tötungsvorsatz bestärkt hätte*, könnte er lediglich wegen psychischer Beihilfe verurteilt werden.¹¹⁹⁷ Dann wäre es aber inkonsequent, den *nicht einmal vorsätzlich* Hilfe Leistenden über den Umweg des Unterlassungsdelikts als *Täter* zu bestrafen. Insbesondere würde ihm so die *zwingende* Strafmilderung des § 27 II 2 StGB vorenthalten.¹¹⁹⁸ Der BGH kommt zwar ebenfalls zur Teilnehmerstrafbarkeit, stellt sich jedoch auf den Standpunkt, die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme vollziehe sich nach der inneren Tatseite, der subjektiven Haltung des Betreffenden zur Tat. Täter sei, wer Täterwillen aufweise.¹¹⁹⁹ Wie fragil diese Argumentation ist, zeigt sich, wenn man den Fall insoweit abwandelt, dass der Angeklagte in der Unterlassungsphase eben Täterwillen fasst.¹²⁰⁰ Durch die daraus resultierende täterschaftliche Unterlassungsstrafbarkeit wird die klare gesetzgeberische Entscheidung, den Mittäterexzess im Rahmen der Begehungsstrafbarkeit nicht zuzurechnen, unterlaufen.¹²⁰¹

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1997 sind erstmals restriktivere Tendenzen zu erkennen. Der BGH führte aus, dass die gemeinschaftliche Unternehmung eines Raubes *nicht die nahe Gefahr* schaffe, dass einer der Mittäter dazu übergehe, das Opfer zu vergewaltigen.¹²⁰² Unklar ist jedoch, ob der BGH hier bloß auf das *empirische* Fernliegen¹²⁰³ oder auf *normative* Erwägungen¹²⁰⁴ abstellt? Wie wäre der Fall zu entscheiden, wenn der andere Beteiligte bereits in der Vergangenheit einschlägig auffällig geworden wäre? Die mangelnde Trennschärfe des Kriteriums der Nähe zeigt, dass dieser Gesichtspunkt geeignet ist, die äußersten Grenzen der Ingerenz abzustecken,¹²⁰⁵ allerdings nicht, um den An-

¹¹⁹⁶ Darauf stellt dann zu Recht BGH NStZ 1998, 83, 84 auch für die Ingerenz ab; ebenso *Schmidhäuser* AT 12/32.

¹¹⁹⁷ Vgl. ausdrücklich BGH NStZ 2002, 139: „Eine solche psychische Beihilfe begründet unter dem Gesichtspunkt des pflichtwidrigen, gefahrerhöhenden Vorverhaltens (Ingerenz) eine Garantstellung.“

¹¹⁹⁸ Vgl. *Sowada* Jura 2003, 236, 245; *andere Ha. Schneider* NStZ 2004, 91, 92 f., der vorschlägt, die Milderung aus § 13 II StGB zu einer obligatorischen hochzustufen.

¹¹⁹⁹ BGH NJW 1992, 1246, 1247; zustimmend *Seelmann* StV 1992, 416; ablehnend zu Recht *Neumann* JR 1993, 161, 163: eine genaue Grenzziehung ist nicht möglich. Im Allgemeinen zu den Bedenken gegen die Abgrenzung aufgrund der inneren Einstellung *Gallas* Gutachten S. 121, 123 ff.; *ders.* JZ 1960, 649, 650 f.; *Roxin* TuT S. 57 ff.

¹²⁰⁰ Die Täterstrafbarkeit würde nach dem BGH von zahlreichen Zufälligkeiten abhängen, etwa ob sich für den ursprünglichen Gehilfen nachträglich eine Abwendungsmöglichkeit ergibt, ob der Aktivtäter anwesend bleibt und im Allgemeinen, welche innere Haltung der Ingerent zum Geschehen fasst.

¹²⁰¹ Auf die objektive „Bedeutung“ des Vorverhaltens abstellend daher *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 45.

¹²⁰² BGH NStZ-RR 1997, 292 f., die Ingerenz setzte voraus, dass der Handelnde „die nahe Gefahr des Eintritts gerade des tatbestandsmäßigen Erfolges herbeigeführt hat“; zustimmend *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 72; *Jäger* AT Rn. 353d: die ursprüngliche Gewaltanwendung habe nur Vermögensbezug gehabt; *Otto* JK 98 StGB § 13/27; *ders.* FS Geppert S. 441, 451; *Rengier* AT § 50 Rn. 100.

¹²⁰³ Auf die Vorhersehbarkeit des Exzesses abstellend auch BGH NJW 1999, 69, 71 f.

¹²⁰⁴ Siehe hierzu etwa *Otto* FS Geppert S. 441, 445; *Rengier* AT § 50 Rn. 97 ff.; *Timpe* Strafmilderungen S. 178 m. Fn. 101, die den Begriff der „nahen Gefahr“ normativ verstehen wollen.

¹²⁰⁵ So auch *Rudolphi* JuS 1969, 569, 552 hinsichtlich der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit.

wendungsbereich exakt festzulegen. Daneben hätte sich auch auf der Grundlage des herrschenden Pflichtwidrigkeitskriteriums eine angemessene Lösung finden lassen: Die Beteiligung an einem Raub ist zwar pflichtwidrig hinsichtlich der allgemeinen Handlungsfreiheit und dem Eigentum, nicht hingegen bezüglich der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers. Es fehlt hier nach der h.L. am Schutzzweckzusammenhang¹²⁰⁶ oder in anderen Worten an der Pflichtwidrigkeit der Handlung *hinsichtlich der Gefahrschaffung*.

Entscheidend erscheint dennoch Folgendes: Der BGH bleibt auch in dieser *sowie in allen späteren Entscheidungen* auf dem Standpunkt, dass *eine nahe Gefahr durchaus dadurch geschaffen werden kann, dass ein Dritter in seinem Vorgehen bestärkt wird*.¹²⁰⁷

Das Kriterium der „nahen Gefahr“ wurde in einer weiteren Entscheidung des Jahres **1997** explizit normativ verstanden: Der BGH stellte sich auf den Standpunkt, dass die Aussage des Täters dem Opfer gegenüber, er wolle diesem „eine reindreschen“, keine Garantenstellung begründen könne, hierdurch bestärkte Aggressionen eines Dritten (durch Schläge und Schnitte mit einem Messer) zu verhindern oder das Opfer dieser Aggressionen zu retten. Zwar sei das Verhalten, das bei einem anderen den Entschluss bestärke, eine Körperverletzung zu begehen, pflichtwidrig,¹²⁰⁸ allerdings sei im konkreten Fall nicht die nahe Gefahr der Straftatbegehung durch den Dritten geschaffen worden. „Die gefährliche Körperverletzung des Mitangekl. ist dem Angekl. nicht zuzurechnen“, es handle sich um eine Exzesshandlung.¹²⁰⁹ „War dem Angekl. deshalb der konkrete Erfolg dieser Handlung nicht zuzurechnen, so kann daraus nicht seine Garantenstellung für die Nichtabwendung des späteren Todeseintritts des Geschädigten abgeleitet werden“. ¹²¹⁰ Weiterhin, meint der BGH, sei durch die Aufforderung an den Mitangeklagten, nicht Hilfe zu holen, keine Garantenstellung zur Abwendung des Todes begründet worden. Man könne die Garantenstellung nicht als Strafbarkeitsvoraussetzung aufgeben, indem man sie durch den gemeinsamen Tatentschluss ersetze.¹²¹¹ Dagegen ist jedoch zu betonen, dass wenn der Mitangeklagte hierdurch in seinem Entschluss bestärkt wird, das Opfer liegen zu lassen, für das Opfer die Gefahr erhöht wird. Zutreffend meint dazu *Jakobs*: „Sie mag eine Beihilfe

¹²⁰⁶ Siehe *Roxin* FS Trechsel S. 551, 561 f.; *Rudolphi* JuS 1969, 569, 556.

¹²⁰⁷ BGH NStZ-RR 1997, 292 f.; so auch BGH NJW 1999, 69, 71 f.; BGH NStZ 2000, 583; BGH NStZ 2002, 139; BGH NStZ 2004, 294, 296; BGH NStZ 2009, 321, 322; BGH NStZ 2009, 381, 382; BGH NStZ 2012, 379, 380; BGH NStZ 2018, 209, 210; BGH BeckRS 2016, 6429; zum Eskalationspotential gemeinsamer Begehung von Gewalttaten auch BGH NStZ-RR 2009, 309, 310 (i.R.d. § 227 StGB; die Staatsanwaltschaft hatte in ihrer Revision hilfsweise die Verurteilung wegen Totschlags durch Unterlassen beantragt; der BGH äußerte sich jedoch nicht zum Bestehen einer Garantenstellung).

¹²⁰⁸ „überflüssige[...] Festlegung“, *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 46.

¹²⁰⁹ Der BGH stellt darauf ab, dass die Handlung des Mitangeklagten auf dessen „schwere dissozial geprägte Verhaltensstörung und eine hirnorganische Erkrankung zurückgeht“, was der Angeklagte nicht erkennen könne.

¹²¹⁰ BGH NStZ 1998, 83, 84 (unter Verweis auf *Stree*); bestätigend BGH NJW 1999, 69, 71 f. (= BGHSt 44, 196, allerdings ohne die entscheidende Passage); BGH NStZ 2000, 583; zustimmend oder begründend *Geppert* JK 1999 StGB § 212/4; *Otto* FS Geppert S. 441, 452; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 32; *Rengier* AT § 50 Rn. 99; siehe hierzu auch *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 45 f., der resümiert, der Handelnde sei zuständig für Weiterungstaten, soweit sie zum „Tattyp“ gehörten.

¹²¹¹ BGH NStZ 1998, 83, 84.

zum Garantenunterlassen sein und als solche eben auch Ingerenzpflichten generieren, wenn auch nur von der Stärke einer Beteiligung durch Beihilfe“.¹²¹² In einer Entscheidung aus dem Jahr **2009**¹²¹³ hatten die beiden Angeklagten mit zwei weiteren unbekannt gebliebenen Tätern einen Wohnungseinbruchdiebstahl geplant. Die Angeklagten waren dabei an der Vorbereitung und am Absatz der Beute, nicht jedoch an der Ausführung der Tat vor Ort beteiligt.¹²¹⁴ Mit den unmittelbar Handelnden war ausdrücklich vereinbart, dass die Aktion abgebrochen würde, falls sich das Opfer zuhause befindet. Als dieser Fall tatsächlich eintrat, wurde das Opfer von den Tätern dennoch festgebunden und nach Abschluss der Wegnahmehandlungen gefesselt zurückgelassen. Die Angeklagten wurden vom Landgericht wegen Freiheitsberaubung durch Unterlassen verurteilt. Der BGH hingegen verneinte hier die Garantenstellung. Aufgrund der Vereinbarung, dass die Tat nicht bei Anwesenheit des Wohnungsinhabers fortgeführt wird, liege hier keine nahe Gefahr der Freiheitsberaubung vor.¹²¹⁵ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen.¹²¹⁶ Dass die Angeklagten im Hinblick auf die Erfüllung von § 242 StGB verboten handeln, bedeutet nicht, dass ihr Verhalten im Hinblick auf die Erfüllung des Tatbestands des § 239 StGB ebenfalls pflichtwidrig erscheint. In einem weiteren Fall aus dem Jahr **2009** befand der BGH, dass der Angeklagte eine Ingerenzgarantenstellung dadurch innehatte, dass er als Gefangener der JVA gemeinsam mit den Mitgefangenen D den Mitgefangenen P „gedemütigt“ und „mit Fußtritten zu weiterem ‚Gehorsam‘ gezwungen“ habe. Damit habe er dem D zu verstehen gegeben, „dass dieser sich bei weiteren Demütigungen und Misshandlungen vergleichbarer Art keine Hemmungen aufzuerlegen brauche“. So habe er die Gefahr weiterer Straftaten „zumal angesichts der Zellsituation“ deutlich erhöht und sei verpflichtet gewesen weiteren Straftaten des D zulasten des P entgegenzutreten.¹²¹⁷ Ähnlich entschied der BGH **2017**, dass gerade im Rahmen eines gruppenspezifischen Geschehens der Eindruck entstehe, man könne mit dem Geschädigten „nach Belieben wie mit einer Sache verfahren“.¹²¹⁸ **2018** meinte der BGH hingegen, dass es bei einem mittäterschaftlich begangenen Betrug nicht naheliege, dass ein Mittäter nach teilweisem Scheitern des Betruges zu einer Erpressung übergeht.¹²¹⁹ Interessant erscheint auch ein weiterer Beschluss des BGH aus dem Jahr **2018**. Der Angeklagte M hatte den Mitangeklagten – in Kenntnis

¹²¹² *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 46.

¹²¹³ BGH NSTZ-RR 2009, 366; zustimmend Kudlich JA 2010, 151 f.

¹²¹⁴ Gegen die Möglichkeit der Mittäterschaft eines nicht am Tatort Anwesenden *Zieschang* ZStW 107 (1995) 361 ff., 377 ff.

¹²¹⁵ BGH NSTZ-RR 2009, 366.

¹²¹⁶ Zu betonen ist, dass die Vereinbarungswidrigkeit der Gewaltanwendung dazu führt, dass die Handlungen als Exzess nicht täterschaftlich zugerechnet werden. Daneben ist im Einzelfall zu prüfen, ob die vereinbarungswidrige Tat vorhersehbar und die fördernde Handlung damit sorgfaltswidrig ist.

¹²¹⁷ BGH NSTZ 2009, 321, 322. Der Angeklagte sei allerdings durch sein Unterlassen nicht zum Mittäter geworden, da er neben dem beherrschenden D nur Randgestalt gewesen sei und zudem nicht den erforderlichen Täterwillen aufweise; näher zu diesem Fall *Bosch* JA 2009, 655 ff., der eine Beschützergarantenstellung annimmt (S. 657); ebenso *Otto* FS Geppert S. 441, 454; **kritisch** hingegen *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 35.

¹²¹⁸ BGH NSTZ 2018, 209, 210 (zur Ingerenzgarantenstellung im Rahmen der Aussetzung durch Unterlassen).

¹²¹⁹ BGH BeckRS 2018, 13259.

von dessen Vorhaben – zunächst zur Wohnung des Opfers und dann mit diesem zu einem abgelegenen Parkplatz gefahren. Der Mitangeklagte hatte das Opfer bereits im Wagen und weiter auf dem Parkplatz misshandelt sowie sodann in den Wald gezogen. M erkannte, dass der Misshandelte und nur leicht bekleidete Geschädigte auf dem abgelegenen Parkplatz bei niedrigen Temperaturen versterben könnte, unterließ es jedoch, diesem Unterstützung zukommen zu lassen. Der BGH nahm daher an, dass insoweit eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zum versuchten Totschlag durch Unterlassen in Frage komme und verwies die Sache an das LG zurück.¹²²⁰ In einer Entscheidung aus dem Jahr 2019 positioniert sich der BGH scheinbar deutlich: „ein nicht pflichtwidriges Verhalten, das zwar kausal eine Gefahr herbeiführt, die unmittelbar aber erst durch das verantwortungsvolle Handeln eines Dritten begründet wird, [kann] nicht zu einer Garantenstellung führen [...]. Die Strafrechtsordnung verlangt grundsätzlich nur, dass jeder sein Verhalten so einrichtet, dass er selbst Rechtsgüter nicht gefährdet, nicht aber auch darauf, dass andere dies nicht tun“.¹²²¹ In der betreffenden Entscheidung ging es nun allerdings gerade *nicht* um das eigenverantwortliche Handeln eines *Dritten*, sondern des *Opfers*. Diese beiden Konstellationen dürfen, wie oben schon betont,¹²²² entgegen dem BGH keineswegs gleichgesetzt werden.

Im Ergebnis stellt der BGH in den „Weiterungsfällen“ maßgeblich auf das Kriterium der „nahen Gefahr“ ab. Dabei handelt es sich regelmäßig um Vorhersehbarkeits- und Schutzzweckerwägungen, deren Verhältnis jedoch nicht immer deutlich wird.¹²²³ Dabei kann nach dem BGH nicht bloß die „handfeste“ Verschlechterung der Lage für das Opfer die nahe Erfolgsgefahr begründen, sondern auch die psychische Einwirkung auf den Exzesstäter. Der Rechtsprechung wird als grobe Linie zu entnehmen sein, dass gerade bei Delikten, die „einen erheblichen physischen und gegebenenfalls sogar verletzungsgerechten Bezug aufweis[en]“ der Übergang zu anderen Delikten mit Leibes- und Lebensgefahr auf der Hand liegt.¹²²⁴ Es wird also dem besonderen Aggressions- und Eskalationspotential gemeinsam begangener Gewalttätigkeiten Rechnung getragen, während, wie soeben

¹²²⁰ BGH NStZ-RR 2019, 74 = StV 2020, 86; in der Sache ebenso *Freund* MK § 13 Rn. 148; unklar jedoch, wieso er meint, „die Argumentation des BGH mit der angeblich fehlenden „nahen Gefahr“ (für das Leben des Opfers) vermag jedenfalls nicht zu überzeugen“; denn der BGH äußert doch nur, dass die *Strafbarkeit* hier nicht fernliegt.

¹²²¹ BGH HRRS 2020 Nr. 170 Rn. 23; in Anknüpfung an BGH NStZ 1998, 83, 84.

¹²²² Vgl. oben → § 3.

¹²²³ Zu letzterem Aspekt auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 36: „nicht ersichtlich, welche Voraussetzungen [...] erfüllt sein müssen“.

¹²²⁴ *Jäger* AT Rn. 353d. Bei Raubdelikten etwa zeigt sich insbesondere an § 251 StGB, dass der Anwendung von Raubmitteln eine spezifische pflichtwidrige Lebensgefahr innewohnt, vgl. *Sander* MK § 251 Rn. 8. Dass die §§ 223 ff. StGB regelmäßig die Gefahr von Weiterungstaten bergen, betont auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 201 ff.; zu pauschal erscheint allerdings dessen Behauptung, eine Tat nach § 185 StGB könne hier nie taugliche Vortat sein (S. 209 f.). Denn eine Tat, die den Tatbestand des § 185 StGB erfüllt, kann gleichzeitig die Verhaltensnorm des § 222 StGB oder eines Anstiftungs-/Beihilfedelikts verletzen. Anders gesagt: Auch, wenn die Vortat den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, kann sie nicht als solche interessieren, sondern nur, weil sie *gleichzeitig* im Hinblick auf das *Rechtsgut* des § 222 StGB sorgfaltswidrig erscheint.

gesehen, beispielsweise die gemeinsame Begehung eines Betrugs oder Diebstahls, dieses Potential wohl regelmäßig nicht in sich tragen wird. Der BGH nimmt dabei regelmäßig (teils auf Grundlage der subjektiven Theorie, teils ohne weitere Thematisierung) Unterlassungsbeihilfe an und vermeidet damit in den meisten Fällen *im Ergebnis* Wertungswidersprüche zu den Beteiligungsregeln.

B. Selbstgefährdung des Opfers

Etwas ausführlicher sollen, aufgrund ihrer besonderen aktuellen Relevanz die Fälle behandelt werden, in denen sich das Opfer selbst gefährdet.

I. Sachverhalte

Bereits in den Jahren **1984** und **1985** („**Heroinfälle**“) hatte der BGH entschieden, dass die nach § 29 I BtMG pflichtwidrige und strafbare¹²²⁵ Überlassung von Heroin, die zu einer Gefahrenlage bei einem Opfer führt, eine Garantenpflicht aus Ingerenz für den Überlasser nach sich zieht: „Seiner Handlungspflicht steht nicht entgegen, daß er zunächst durch sein Verhalten dem Opfer – mit dessen Einverständnis nur eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung ermöglicht hat“. Es könnten Handlungspflichten in dem Zeitpunkt entstehen, „in dem aus dem allg. Risiko eine besondere Gefahrenlage erwächst“.¹²²⁶ Dies sei schon deshalb so, weil das Opfer nicht seinen eigenen Tod wollte, sondern nur einverstanden war, dass sein Heroinkonsum ihn in diese Gefahr brachte. „Sobald er [der Geschädigte] sich in dieser Gefahr bestand, auf deren Nichteintritt er gehofft hatte“, hätte der Angeklagte den Notarzt verständigen müssen.¹²²⁷

In einem Fall aus dem Jahr **2011** („**Cleanmagic-Fall**“)¹²²⁸ besuchte der Angeklagte die Geschädigte, zu der er eine (wechselhafte) Beziehung unterhielt und nahm dorthin eine mehr als halb gefüllte Flasche „Cleanmagic“ mit, einem in geringer Dosierung als Drogensatz verwendeten Reinigungsmittels. Die Flasche stellte er im Zimmer der Geschädigten auf den Tisch. Nachdem der Angeklagte der Geschädigten eröffnet hatte, dass er an der Beziehung mit einer anderen Frau festhalten wolle, kippte die Geschädigte aus spontanem Entschluss vor den Augen des Angeklagten eine deutliche Überdosis des Reinigungsmittels in ein Glas, mischte dies mit einem Getränk und trank die Hälfte der Mischung. Der Angeklagte erkannte, dass die Geschädigte eine erhebliche, lebensgefährliche Dosis aufgenommen hatte. Außer der Aufforderung, sich zu übergeben, unterließ der Angeklagte wirksame Gegenmaßnahmen (insbes. die Benachrichtigung eines Notarztes),

¹²²⁵ BGH NStZ 1984, 452; BGH NStZ 1985, 319, 320 (verkürzt BGHSt 33, 66); diese Frage wurde noch offengelassen von BGHSt 32, 262, 264 f.

¹²²⁶ BGH NStZ 1985, 319, 320; bestätigend zuletzt BGH HRRS 2020 Nr. 170 Rn. 20.

¹²²⁷ BGH NStZ 1984, 452. – Hier erfolgt ein undifferenzierter Gebrauch des Begriffs Gefahr. Es wäre widersprüchlich, wenn der BGH sagt, das Opfer sei einerseits damit einverstanden in Gefahr gebracht zu werden, hoffe aber andererseits auf den Nichteintritt der Gefahr. Richtigerweise geht es einmal um die Gefährlichkeit des Verhaltens *ex ante*, andererseits um den Eintritt eines Gefahrenzustandes.

¹²²⁸ BGH NStZ 2012, 319; zustimmend *Hecker* JuS 2012, 755, 756; *Khuli* HRRS 2012, 331, 332; zu den ablehnenden Stimmen siehe sogleich im Text; *Puppe* ZIS 2013, 46, 49 erkennt in der – vom BGH nicht thematisierten – Auskunft an die Nachbarin, es sei alles in Ordnung, einen Totschlag (-versuch) durch die Hinderung eines rettenden Kausalverlaufs.

die die Geschädigte gerettet hätten. Der BGH verwarf die Revision gegen die Verurteilung des LG wegen Totschlages durch Unterlassen. Der Angeklagte habe mit dem Abstellen der Flasche eine erhebliche Gefahrenquelle geschaffen, es habe nahegelegen, dass die Geschädigte aus der Flasche trinken würde.

In zwei Fällen aus den Jahren 2016¹²²⁹ und 2017¹²³⁰ („GBL-Fälle“) hatte sich der 1. Strafsenat mit der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung durch den Missbrauch legaler Rauschmittel auseinanderzusetzen. Der Angeklagte im ersten Fall hatte mit verschiedenen Personen in seiner Wohnung Alkohol und Drogen konsumiert. Er bot den Anwesenden an, die Flüssigkeit Gammabutyrolacton (GBL) zu konsumieren und machte darauf aufmerksam, dass das Betäubungsmittel nicht unverdünnt konsumiert werden dürfe. Nachdem er selbst ein Glas der verdünnten Lösung eingenommen hatte, ließ der Angeklagte die Flasche auf dem Tisch stehen. Wenige Zeit später trank das Opfer eine Überdosis unverdünntes GBL. Der Angeklagte rief keine medizinische Hilfe herbei, woraufhin das Opfer verstarb. Der BGH nahm bedingten Tötungsvorsatz an und bestätigte den Schuldspruch nach §§ 212 I, 13 I StGB. Dabei stützte der BGH die Erfolgsabwendungspflicht auf die „tatsächliche Herrschaft des Angeklagten über die in seinem Besitz befindliche und von ihm in seiner Wohnung [...] frei zugängliche Flasche“.¹²³¹ Wer eine Gefahrenquelle schaffe oder unterhalte, habe die erforderlichen Schutzvorkehrungen zu treffen, wenn die Gefahrenquelle die *nahe* liegende Möglichkeit der Rechtsgutsverletzung begründe.¹²³² Die Umstände ließen erwarten, dass es wegen des freien Zugangs zu dem Mittel zu einem Zugriff auf die Flasche mit dem GBL kommen werde. Der Senat betont zudem, dass alle Beteiligten inklusive des Geschädigten bereits Alkohol und unterschiedliche Suchtmittel zu sich genommen hatten. Die enthemmende Wirkung von Suchtmittelkonsum entspreche allgemeiner Erfahrung. Das bereits zuvor gezeigte Konsumverhalten lege die Möglichkeit nahe, dass es auch zur Einnahme von GBL kommen werde. Der zweite Fall unterschied sich von dem ersten dadurch,¹²³³ dass die Geschädigten von einer konsumfähigen, keine Lebensgefahr hervorrufenden Dosierung ausgingen.¹²³⁴ Der BGH

¹²²⁹ BGHSt 61, 21; zustimmend *Freund* MK § 13 Rn. 189 f.; *Rengier* BT § 8 Rn. 58 f.; *Puppe* AT § 29 Rn. 39 ff.; **kritisch** *Eisele* JuS 2016, 278; *Frister* AT 22/35; *Heinrich* AT Rn. 954; *Herbertz* JR 2016, 548; *Joecks/Jäger* § 13 Rn. 49a; *Kühl* AT § 18 Rn. 105; *Puppe* AT § 29 Rn. 39 ff. (die jedoch meint, die Pflichtwidrigkeit könne aufgrund des Verstoßes gegen das Arzneimittelgesetz zu bejahen sein); *Roxin* StV 2016, 428; *Schiemann* NJW 2016, 176; *Weigend* LK § 13 Rn. 45.

¹²³⁰ BGHSt 61, 318. zustimmend *H. Lorenz* NSTz 2017, 226 f.; im Ergebnis auch *Berster* NJW 2017, 420, 421.

¹²³¹ BGHSt 61, 21, 23; ebenso BGHSt 61, 318, 323; sowie bereits im „Cleanmagic“-Fall, BGH NSTz 2012, 319; zustimmend zu dieser Einordnung *Hecker* JuS 2012, 755, 756; wohl auch *Roxin* StV 2016, 428 f.; **gegen** Gefahrenquellenverantwortlichkeit *Herbertz* JR 2016, 548; *Oğlakcioğlu* NSTZ-RR 2012, 246.

¹²³² BGHSt 61, 21, 23 f.

¹²³³ Überdies nahm der BGH mangels Feststellung von Tötungsvorsatz nur eine Strafbarkeit nach §§ 227 I, 13 I StGB an.

¹²³⁴ Siehe aber den unsicheren Sachverhalt bei BGHSt 61, 318, 319. Der Angeklagte hatte die Warnung zwar „zumindest gegenüber einigen der in der Wohnung Anwesenden“ geäußert, wohl aber nicht gegenüber den Geschädigten.

meinte, es mangelte an der Eigenverantwortlichkeit der Selbstgefährdung, da die Geschädigten das eingegangene Risiko für das betroffene Rechtsgut nicht in dem wesentlichen Grad zutreffend erkannt hätten. Sie seien von der Konzentration des Wirkstoffs in konsumfähiger Dosis also verdünnter Form ausgegangen und hätten unter dem nicht unerheblichen Einfluss von Alkohol sowie verschiedener Drogen gestanden.¹²³⁵

II. Stellungnahme

Zutreffend hat schon *Roxin* gegen Entscheidungen zur **Heroinüberlassung** eingewendet, dass die zutreffend angenommene Straflosigkeit¹²³⁶ der aktiven Förderung der Selbstgefährdung durch die Unterlassungskonstruktion hinfällig werde.¹²³⁷ Zwar sei die Überlassung bereits selbstständig strafbar nach dem BtMG, richtigerweise komme es jedoch nicht allein auf die Pflichtwidrigkeit der auslösenden Handlung an, vielmehr müsse die Herbeiführung der Gefahr pflichtwidrig sein, § 222 StGB. Dessen Schutzzweck erfasse jedoch nicht die Vermeidung eigenverantwortlicher Selbstgefährdungen. Das Urteil des BGH laufe damit auf eine unzulässige Haftung nach dem Prinzip des *versari in re illicita* hinaus. Ebenso wie derjenige, der unter Einhaltung aller Verkehrsregeln, aber in nach § 21 StVG strafbarer Weise ohne Führerschein gefahren sei, nicht Garant werde, rücke auch derjenige, der in nach § 29 BtMG strafbarer Weise Drogen überlasse, nicht in eine Garantenposition ein.¹²³⁸ Neben den Vorschriften des BtMG und § 323c StGB bestehen auch keine Strafbarkeitslücken.¹²³⁹ Dies ist grundsätzlich überzeugend und wurde oben bereits in ähnlicher Form zur dritten Gastwirtsentscheidung ausgeführt.¹²⁴⁰ Wie im ersten Kapitel festgestellt, beschreibt der Begriff der Norm- oder Pflichtwidrigkeit nur die formale Relation des Verhaltens zur Rechtsordnung.¹²⁴¹ Sowohl derjenige, der § 29 BtMG erfüllt, als auch derjenige, der gegen die Norm des § 222 StGB verstößt, handelt rechtswidrig, die verschiedenen *Tatbestände* folgen jedoch unterschiedlichen Zwecksetzungen. § 29 BtMG pönalisiert abstrakt die Weitergabe von Rauschgift unabhängig von der Eigenverantwortlichkeit des Opfers im konkreten Einzelfall, während § 222 StGB nicht vor

¹²³⁵ BGHSt 61, 318, 319, 323 f. Dieser Argumentation zustimmend *Eisele* JuS 2017, 561, 562; *Berster* NJW 2017, 420, 421; *H. Lorenz* NStZ 2017, 226 f.

¹²³⁶ Dazu BGHSt 32, 262 = NStZ 1984, 410 m. Anm. *Roxin*.

¹²³⁷ *Roxin* NStZ 1985, 320; siehe auch *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 38 f.

¹²³⁸ *Roxin* NStZ 1985, 320, 321; schon *ders.* NStZ 1984, 411, 412; *Stree* JuS 1985, 179, 183; siehe auch *Grünwald* GA 2012, 364; *Herzberg* JZ 1986, 986, 987, 990; *Kretschmer* medstra 2016, 167, 168; *Kubiciel* NJW 2019, 3033, 3035; *Oğlakcioğlu* NStZ-RR 2012, 246, 247; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 43; *Schiemann* NJW 2017, 178; *Walther* Eigenverantwortlichkeit S. 219; *Weigend* LK § 13 Rn. 45; auf den Ausschluss der Zurechnung abstellend *Stein* SK § 13 Rn. 59.

¹²³⁹ *Roxin* NStZ 1985, 320, 321; *ders.* StV 2016, 428, 429; ebenso *Joecks/Jäger* § 13 Rn. 49a; *Kretschmer* medstra 2016, 167; *H. Lorenz* NStZ 2017, 226; *Murmann* NStZ 2012, 387, 389; *Puppe* AT § 29 Rn. 44; *Schiemann* NJW 2017, 178, 179; wenn *Fünfsinn* StV 1985, 57, 59 meint, man könne hier nicht von einem Unglücksfall sprechen, so kann dies nicht überzeugen.

¹²⁴⁰ Siehe oben § 3.

¹²⁴¹ Siehe oben → Kapitel 1 § 3 B IV 3 e). So zu Recht auch *Oğlakcioğlu* NStZ-RR 2012, 246

eigenverantwortlichen¹²⁴² Selbstgefährdungen schützt.¹²⁴³ Wenn man am Pflichtwidrigkeitskriterium festhält, muss der Betreffende *gerade im Hinblick auf das Rechtsgut Leben*¹²⁴⁴ pflichtwidrig gehandelt haben. Es ist, kurz gesagt, nicht einzusehen, dass unter der Anwendung von § 13 I StGB das „isolierte Unrecht“ von § 29 I BtMG tötungsspezifische Bedeutung erlangen soll.¹²⁴⁵ Daneben verbleibt bloß noch der natürliche Kausalstrang, der eine Verantwortlichkeit nicht begründen kann.¹²⁴⁶ Die Entscheidungen fügen sich damit in unrühmlicher Weise neben die kurz darauf ergangene Entscheidung BGHSt 34, 86 ein und stehen ebenso wie diese für die Aushöhlung des gerade erst postulierten Pflichtwidrigkeitskriteriums im Laufe der achtziger Jahren.

In den jüngeren Fallkonstellationen ging es um den Missbrauch von Substanzen, deren Weitergabe nicht selbstständig nach dem BtMG verboten und pönalisiert ist, sodass der BGH die Ergebnisse anders begründen muss.¹²⁴⁷ Daher scheint er auf eine Garantenstellung aufgrund von Sachherrschaft auszuweichen. Die **Cleanmagic**-Entscheidung hat etwa *Rengier* aus der Perspektive der ständigen Rechtsprechung des BGH sowie der h.L.

¹²⁴² Siehe zu der Entscheidung schon *Fünfsinn* StV 1985, 57, 58: das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit wird „nicht konsequent zu Ende geführt“.

¹²⁴³ So ja für die Strafbarkeit auch der BGH, siehe zuletzt etwa BGH HRRS 2020 Nr. 170 Rn. 19: „er nimmt an einem Geschehen teil, welches – soweit es um die Strafbarkeit wegen Tötung und Körperverletzung geht – kein tatbestandsmäßiger und damit strafbarer Vorgang ist“.

¹²⁴⁴ *Stree* JuS 1985, 179, 183. – Auch wenn *Puppe* meint, Schutzgut des BtMG sei die Gesundheit der Volksangehörigen, nicht die Volksgesundheit (ZIS 2013, 46, 48 m. Fn. 16; ähnlich auch *Zaczyk* Selbstverantwortung S. 60 f.), so wird diese eben durch das BtMG unabhängig von der konkreten Willensrichtung geschützt, diese paternalistische Ausnahme ändert jedoch nichts an dem Grundsatz, dass das StGB (§§ 222, 229) die Rechtsgüter als Entfaltungsmöglichkeiten des Inhabers nicht gegen dessen Willen zu bewahren bezweckt. Dass sich der Lieferant von Drogen zu seiner Entlastung nicht auf die freiverantwortliche Selbstgefährdung des Konsumenten berufen könne (*dies.* AT § 29 Rn. 42), trifft insoweit eben nur auf die (von der konkreten Lage des Rechtsguts absehbenden) abstrakten Gefährdungstatbestände des BtMG zu, nicht hingegen für die Verletzungsdelikte des StGB. Hier entlastet die eigenverantwortliche Entscheidung den Verkäufer (siehe auch *Weigend* LK § 13 Rn. 45). Wenn *Zaczyk* aaO meint, das Opfer könne damit rechnen, dass ihm die durch die Weitergabe des Rauschgifts begründete Möglichkeit der Selbstgefährdung nicht eröffnet werde, so ist dieses „Vertrauen“ eben bloß nach dem Tatbestand des BtMG schützenswert, nicht hingegen nach § 212 I StGB. Der rechtliche Ausschluss der Eigenverantwortlichkeit ist insoweit nicht *verhaltensspezifisch*, sondern *deliktsspezifisch*. So auch *Frisch* JuS 2011, 116, 119 f.; *Herzberg* JZ 1986, 986, 987; *Roxin* NStZ 1985, 320, 321; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 115; **anders** *Puppe* aaO; *Hardtung* NStZ 2001, 206, 208; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK Vor § 13 Rn. 134; *E. A. Wolff* ZStW 97 (1985) 786, 829 m. Fn. 92; *Zaczyk* aaO.

¹²⁴⁵ *Herzberg* JZ 1986, 986, 987. In diese Richtung tendierend auch *Sowada* Jura 2003, 236, 244.

¹²⁴⁶ BGH NStZ 1984, 452 „tatsächlich herbeigeführt“.

¹²⁴⁷ Der BGH konnte also nicht den „einfacheren Weg“ über die Pflichtwidrigkeit nach dem BtMG beschreiten, vgl. *Oğlakcioğlu* NStZ-RR 2012, 246. Überzeugend wäre es gewesen, sich von dieser Rechtsprechung zu verabschieden. Gerade die in den neueren Urteilen betroffene Substanz GBL scheint auf Grund der Gefahr der Überdosierung im Vergleich zu bestimmten Substanzen des BtMG sogar ein erhöhtes Gefährdungspotential aufzuweisen. Dies zeigt, dass die unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt ist, vgl. *Kretschmer* medstra 2016, 167. Für eine Berücksichtigung des BtMG dagegen *Puppe* ZIS 2013, 46, 48.

kritisiert. Die Herrschaft über eine Gefahrenquelle verpflichte nur dazu, diese Gefahrenquelle zu *sichern*.¹²⁴⁸ Eine *Rettungspflicht* hingegen könne sich höchstens aus dem Gesichtspunkt Ingerenz, also einer *pflichtwidrigen* vorangegangenen Unterlassung, dem pflichtwidrigen „Trinkenlassen“ des Stoffes ergeben.¹²⁴⁹ Der Angeklagte müsse bereits dadurch §§ 222, 13 I StGB erfüllt haben, dass er die Geschädigte während des Mischens und Trinkens nicht gewarnt habe. Hierzu enthalte das Urteil freilich keine Aussagen.¹²⁵⁰ Dass der BGH diese früheren Verhaltensweisen nicht in den Blick genommen habe, „könnte in ihrer fehlenden Pflichtwidrigkeit begründet liegen“.¹²⁵¹ In der Tat erstaunt es, dass der BGH aus dem Bestehen von Sicherungspflichten auf die Entstehung von Rettungspflichten schließt. Diese Begründung trägt, so *Rengier*, nur dann, wenn man mit einer Mindermeinung¹²⁵² aus Überwachungspflichten besondere Rettungspflichten ableite. Damit bürde man jedoch dem Gefahrenquelleninhaber eine besondere Pflichtenstellung auf, obwohl er die erforderliche Sorgfalt eingehalten hat.¹²⁵³ Ob dem so ist, kann hier noch dahinstehen.¹²⁵⁴ Jedenfalls ist die Ableitung inkonsequent, wenn man für das Ingerenzvorverhalten am Pflichtwidrigkeitserfordernis festhält: Denn dann kann der BGH dieses Kriterium mittels eines Ausweichens auf die Fallgruppe der Herrschaft über eine Gefahrenquelle und die hieraus abgeleiteten Rettungspflichten praktisch beliebig unterlaufen.

Im Cleanmagic-Fall hat zudem *Murmann* gegen das Erfordernis der nahen Gefahr eingewandt, dass es im Gegenteil nicht nahelag, dass die Geschädigte in der Verzweiflung über die Trennung auf das frühere Angebot des Drogenkonsums zurückkommen würde. Nähme man das Erfordernis der nahen Gefahr wörtlich, würde bereits aus diesem Grund

¹²⁴⁸ Zuvor auch *Brüning* ZJS 2012, 691, 693, 695; *Kudlich* JA 2012, 470, 472.

¹²⁴⁹ *Rengier* FS Kühl S. 383, 386 f.; zum pflichtwidrigen Vorunterlassen insbesondere *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 31, 45; auf rechtswidriges Tun abstellend *Brüning* ZJS 2012, 691, 693; *Puppe* ZIS 2013, 46; *dies.* NK Vor § 13 Rn. 185; im GBL-Fall *Schiemann* NJW 2017, 178; zu dieser Möglichkeit nun auch BGH HRRS 2020 Nr. 170 Rn. 25.

¹²⁵⁰ *Rengier* FS Kühl S. 383, 386. Der BGH war zudem der Ansicht, dass die Handlungspflicht erst mit dem Bemerkens des Trinkvorgangs entstanden sei (BGH aaO S. 320), wodurch der Angeklagte überhaupt kaum Zeit zur Warnung hatte (*Rengier* aaO). – Diese pauschale Annahme des BGH kann jedoch nicht überzeugen, da bereits das („vor den Augen“ des Angeklagten erfolgende) Mischen der Überdosis *ex ante* konkrete gefährlich erscheint. Es wäre im Sinne des Rechtsgüterschutzes gerade *dysfunktional*, Pflichten erst dann entstehen zu lassen, wenn beherrschbare Abwendungsmaßnahmen nicht mehr möglich sind.

¹²⁵¹ *Rengier* FS Kühl S. 383, 385. Auch sonst habe der Angeklagte die Geschädigte von vornherein über die Gefährlichkeit des Stoffes aufgeklärt und musste von Anfang an keine spezielleren Vorsorgen treffen, 389 f.; ähnlich *Puppe* AT § 29 Rn. 41: Es müsse sich bei dem Bereitstellen um ein unerlaubtes Vorverhalten handeln.

¹²⁵² Etwa *Freund* MK § 13 Rn. 120; *B. Heinrich* AT Rn. 965; *Herzberg* Garantenprinzip S. 322 ff.; *Köhler* AT S. 220; *Gaede* NK § 13 Rn. 49; *Weigend* LK § 13 Rn. 59. **Anders** die h.M., vgl. nur *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 82 ff.; *Jescheck/Weigend* § 59 IV 4b; *Kühl* AT § 18 Rn. 111; *Otto* FS Hirsch S. 291, 297; *Rengier* AT § 50 Rn. 52; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 31, zur Überwachung von Personen Rn. 37a; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 290 ff.; *Sch/Sch*²⁷/*Stree* § 13 Rn. 44 ff.; *Stein* SK § 13 Rn. 37; *Roxin* AT II § 32 Rn. 124; *Schmidhäuser* AT 12/35.

¹²⁵³ *Rengier* FS Kühl S. 383, 388.

¹²⁵⁴ → Kapitel 4 § 1 B I 4.

eine Garantenstellung ausscheiden, der Begriff werde durch den BGH „arg strapaziert“. ¹²⁵⁵ Überdies könne es nicht allein auf eine quantitative Betrachtung der Gefahren ankommen, zu berücksichtigen sei insbesondere die soziale Akzeptanz, die der Umgang mit dem frei verkäuflichen Reinigungsmittel genieße. Eine generelle Verpflichtung, Vorkehrungen gegen Missbrauch zu treffen, würde die freie Verfügbarkeit konterkarieren. ¹²⁵⁶ Dies ändere sich auch nicht dadurch, dass der Angeklagte das Reinigungsmittel als Droge zweckentfremdet habe. Eine Unterscheidung nach der Willensrichtung sei nicht begründet. ¹²⁵⁷ Dagegen ist jedoch für den konkreten Fall zu bedenken zu geben, dass nicht bloß eine Zweckentfremdung nach der Willensrichtung des Angeklagten stattfindet, sondern dass dieser zudem durch sein äußeres, insbesondere kommunikatives, Verhalten die Unbedenklichkeit des Konsums des Reinigungsmittels suggeriert. ¹²⁵⁸ Hier zeigt sich, dass der bloße Rekurs auf die soziale Üblichkeit nicht überzeugen kann. Bereits das Abstellen in Reichweite von Kindern oder sonst nicht freiverantwortlich Handelnder wäre nicht sozialüblich. ¹²⁵⁹ Es kann also für die rechtliche (und soziale) Billigung des Verhaltens nicht unmittelbar auf die generelle Verfügbarkeit und soziale Üblichkeit des Reinigungsmittels ankommen, sondern die Umstände des *Einzelfalls* sowie deren *rechtliche* Bewertung. ¹²⁶⁰ Der insofern entscheidende Gesichtspunkt ist, ob sich die Geschädigte *im konkreten Fall* eigenverantwortlich selbst gefährdet hat, was der BGH nach Verneinung eines Selbsttötungsentschluss nicht thematisiert. Die bloße *Hoffnung* des sich freiverantwortlich selbst Gefährdenden auf etwaige Rettung kann jedoch nicht einen anderen rechtlich in die Pflicht nehmen: „Es kann nicht in der Macht des Opfers liegen, durch wissentliche Gefährdung seiner selbst Garantenpflichten Dritter deshalb zu begründen, weil das Opfer

¹²⁵⁵ *Murmann* NSTZ 2012, 387 f. Insbesondere habe sich der BGH nicht auf Selbstschädigungstendenzen der Geschädigten sowie deren Verzweiflung in der konkreten Situation bezogen; ähnlich *Brüning* ZJS 2012, 691, 694; *Kretschmer* medstra 2016, 167; siehe auch *Puppe* ZIS 2013, 46: Hier sei kein Verkehr eröffnet worden.

¹²⁵⁶ Zustimmend nun BGH HRRS 2020 Nr. 170 Rn. 30.

¹²⁵⁷ *Murmann* NSTZ 2012, 387, 387, 388, der meint, die Gerichte hätten wohl keine Garantenstellung angenommen, wenn der Angeklagte das Mittel wirklich zur Reinigung mitgebracht hätte.

¹²⁵⁸ So auch *Oğlakcioğlu* NSTZ-RR 2012, 246: in der missbräuchlichen Zweckwidmung des Cleanmagic durch das Angebot zum Konsum, ohne über Dosierungsgefahren aufzuklären, könne der Anhaltspunkt einer Ingerenzgarantenstellung liegen. Hier wisse das Opfer zwar, dass sie sich gefährde, möglicherweise aber nicht, in welchem Maße; denn prinzipiell könne man Stoffen ihre Gefährlichkeit nicht ansehen, S. 247. Nicht überzeugen kann es hingegen, wenn *Khuli* HRRS 2012, 331, 332 die „psychische Ausnahmesituation im Zusammenwirken mit der leichten Verfügbarkeit des Rauschmittels“ als Grundlage einer Ingerenzgarantenstellung heranziehen will. – Damit würde praktisch das bloße Schutzbedürfnis des Opfers garantiebegründend.

¹²⁵⁹ Das hier Pflichten entstehen können, erwähnt (zur GBL-Entscheidung) zu Recht *H. Lorenz* NSTZ 2017, 226; siehe auch *Kretschmer* medstra 2016, 167, 169, der jedoch die mögliche Einschränkung der Eigenverantwortlichkeit durch den Rausch nicht thematisiert.

¹²⁶⁰ So zutreffend auch *Oğlakcioğlu* NSTZ-RR 2012, 246; siehe auch *Rengier* FS Kühl S. 383, 385.

zwar die Gefahr, nicht aber deren Realisierung im Erfolg will“.¹²⁶¹ Von der Eigenverantwortlichkeit der Selbstgefährdung war im vorliegenden Fall auszugehen.¹²⁶² Die Geschädigte kannte die Lebensgefährlichkeit des Mittels und damit ihres Verhaltens, wie auch der BGH ausdrücklich feststellte;¹²⁶³ jedenfalls aber wusste sie um ihre fehlende Einschätzungsmöglichkeit bezogen hierauf,¹²⁶⁴ war sich also bewusst, ihre Rechtsgüter unkontrolliert zu gefährden. Auch die überlegene faktische Abwendungsmöglichkeit des Angeklagten kann keine Garantstellung begründen. Er musste etwa die Geschädigte – sofern diese freiverantwortlich handelte – nicht als Garant vor den Gefahren warnen, als diese die Mischung zu sich nimmt. Dementsprechend kann er auch nicht zur Rettung „auf Posten“ stehen. Zutreffenderweise hat sich der Angeklagte nur nach § 323c I StGB strafbar gemacht.¹²⁶⁵

In dem **ersten GBL-Urteil** von 2016 bemüht sich der BGH, die Kritik an seiner Rechtsprechungslinie zu entkräften: Die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers schließe die aus der Herrschaft über eine Gefahrenquelle resultierende Pflicht des Angeklagten zur Abwendung des drohenden Todeserfolgs gerade nicht aus, „als sich nach der unverdünnten Einnahme von GBL gerade das Gefahrenpotential für das Leben des Geschädigten zu realisieren begann, das der Angeklagte durch das dem Zugriff seiner Gäste offene Abstellen der Flasche mit dem genannten Stoff gerade eröffnet hatte“. Die Straflosigkeit des Verhaltens ändere nichts daran, dass für den Täter Garantienpflichten „in dem Zeitpunkt bestehen, in dem aus dem allgemeinen Risiko eine besondere Gefahrenlage erwächst“. Es sei nicht wertungswidersprüchlich, „zwar jegliche Beteiligung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung selbst für einen Garant straffrei zu stellen, bei Realisierung des von dem betroffenen Rechtsgutsinhaber eingegangenen Risikos aber eine strafbewehrte Erfolgsabwendungspflicht aus § 13 I StGB anzunehmen“.¹²⁶⁶ Denn

¹²⁶¹ *Murmann* NStZ 2012, 387, 388. „Wer sich sehenden Auges in eine Gefahr begibt, deren Reichweite er nicht überblickt, kann die Verantwortung für diese Verhalten nicht anderen überbürden, nur weil diese ihm die [...] Möglichkeit zur Eingehung des Risikos eröffnet haben“ (S. 389); zustimmend *Brüning* ZJS 2012, 691, 695; *Puppe* ZIS 2013, 46, 49; *Roxin* StV 2016, 428, 429; siehe auch *Kudlich* JA 2012, 470, 472; bereits *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 39: Der Lieferant wird nicht Garant für die Fehlkalkulation des Opfers.

¹²⁶² Hierfür kommt es darauf an, ob der sich selbst Gefährdende das rechtsgutsbezogene Risiko hinreichend überblickt, *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 113a.

¹²⁶³ BGH NStZ 2012, 319; hierauf abstellend auch *Puppe* ZIS 2013, 46, 48 f.

¹²⁶⁴ Ohne Relevanz ist dafür der bloße Umstand überlegenen Wissens beim Angeklagten: Wenn die Geschädigte die Lebensgefährlichkeit ihres Tuns kannte, kann in diesem entscheidenden Punkt kein überlegenes Wissen bestehen, solange die Geschädigte ihre Entscheidung sehenden Auges auf einer defizitären Grundlage getroffen hat, *Murmann* NStZ 2012, 387, 388 f. Hier fehlen Feststellungen des BGH und der Instanzgerichte; vgl. auch *Brüning* ZJS 2012, 691, 695: Bewusstsein, nicht umfassend informiert zu sein; *Oğlakcioğlu* NStZ-RR 2012, 246: „müsste nicht von der Inkaufnahme eines besonders hohen Risikos ausgegangen werden?“.

¹²⁶⁵ Siehe auch *Puppe* ZIS 2013, 48 f., die zu Recht darauf hinweist, dass das moralisch verwerfliche Verhalten des Angeklagten, welches die Geschädigte zu der Selbstgefährdung trieb, nicht zu einer rechtlich (sondern nur einer moralischen) Verantwortlichkeit führen kann; ähnlich *Brüning* ZJS 2012, 691, 694; *Kudlich* JA 2012, 470, 472.

¹²⁶⁶ BGHSt 61, 21, 25 f.; bestätigend BGH HRRS 2020 Nr. 170 Rn. 20.

bei der Selbstgefährdung erschöpfe sich die Preisgabe des eigenen Rechtsguts gerade darin, dieses einem Risiko auszusetzen. Eine Hinnahme des Erfolgseintritts ist damit gerade nicht notwendig verbunden. Entwickle sich das Geschehen erwartungswidrig, umfasse die ursprüngliche Entscheidung des Rechtsgutsinhabers für die bloße Gefährdung nicht zugleich den Verzicht auf Maßnahmen zum Erhalt des nunmehr in konkrete Gefahr geratenen Rechtsguts.¹²⁶⁷ Der BGH meint also, die Eigenverantwortlichkeit hindere die Garantenpflicht nicht, und glaubt, die von der Gegenansicht vorgebrachten Widersprüche ausgeräumt zu haben. Dem ist jedoch nicht so.¹²⁶⁸ Hierin liegt ein Grund, weshalb oben auf der Unterscheidung von Garantenstellung und Garantenpflicht beharrt wurde, also der *grundsätzlichen* Überwachungsfunktion und der *situationsabhängigen* Pflicht.¹²⁶⁹ Denn wenngleich diese formale Kategorisierung keine Sachgründe ersetzt, hilft die Differenzierung dabei, Schwächen in der Argumentation (des BGH) aufzudecken und diese Fehler selbst zu vermeiden. Entscheidend ist, ob der Wille des Opfers, sich eigenverantwortlich selbst zu gefährden, nur, solange er in der jeweiligen Situation vorliegt, die Garantenpflicht suspendiert oder ob er grundsätzlicher die Garantenstellung ausschließt. Entbindet die Eigenverantwortlichkeit also den Täter nur von der Pflicht, *bestimmte* Abwendungsmöglichkeiten wahrzunehmen, oder auch von seiner grundsätzlichen Aufgabe, eine Schädigungsmöglichkeit zu überwachen? Zur anschaulicheren Verdeutlichung bietet sich eine Abwandlung des Falles dahingehend an, dass ein Beschützergarant, etwa der Ehepartner¹²⁷⁰ die Erfolgsabwendung unterlässt. Dort könnte man sich durchaus auf den Stand-

¹²⁶⁷ BGHSt 61, 21, 27.

¹²⁶⁸ So auch *Roxin* StV 2016, 428; *Schiemann* NJW 2017, 178.

¹²⁶⁹ In der Sache (wenn auch nicht terminologisch) überzeugend zum Cleanmagic-Urteil daher *Oğlakcioğlu* NStZ-RR 2012, 246: es gilt, „zwei Punkte strikt voneinander zu trennen“, die „besondere Einstands- bzw. Garantenpflicht“ und die „Erfolgszurechnung“ (ähnlich auch *Brüning* ZJS 2012, 691, 692; *Kretschmer medstra* 2016, 167, 168: Das Problem liege nicht darin, ob die Erfolgsabwendungspflicht entfalle, sondern ob sie überhaupt entstanden ist.) – Richtigerweise kann jedoch mit ersterem die Garantenstellung gemeint sein. Denn die Garantenpflicht, also die Handlungspflicht (und nicht erst die „Erfolgszurechnung“ – zutreffend *Puppe* ZIS 2012, 46, 48: *sedes materiae* für die Frage, ob jemand trotz eines Beitrags des Verletzten zur Schadensentwicklung verantwortlich ist, ist die *Sorgfaltspflicht, nicht die Zurechnung*), entfällt in der konkreten Situation, weil sich das Opfer keine Hilfe aufdrängen lassen muss. – Zutreffend diagnostiziert auch *Ceffinato*, dass die Rechtsprechung in sich erwartungswidrig entwickelnden Selbstgefährdungsfällen die Garantenpflicht wieder „aufleben“ lasse, was bei erloschener Garantenstellung nicht möglich wäre. *Ceffinato* NStZ 2021, 65, 66. Unerfindlich ist jedoch, weshalb er diese Unterscheidung dennoch verwirft. – Kaum überzeugend erscheint die umgekehrte Überlegung von *Fünfsinn* StV 1985, 57, 58: „Fraglich ist aber, ob sich aus dieser Garantenstellung im konkreten Fall eine Garantenpflicht, die sich zu einer Handlungspflicht verdichtet, ableiten läßt oder anders: ob der Handlungspflicht hier nicht das eigenverantwortliche Handeln des Opfers entgegensteht.“ – Denn die Frage nach der Garantenpflicht ist stets in der konkreten Situation zu stellen. Wenn man hier nicht die Garantenstellung des Drogenlieferanten ausschließt, könnte die Garantenpflicht mit der Änderung der Situation – wenn ihr das eigenverantwortliche Handeln des Opfers eben nicht mehr „entgegensteht“ – aufleben. Undifferenziert auch *Herbertz* JR 2016, 548, 551: „muss anhand der Art der Garantenpflicht und der Art der Selbstgefährdung im konkreten Einzelfall überprüft werden, ob eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung zu einem Haftungsausschluss führt“.

¹²⁷⁰ Wenngleich diese Garantenstellung kritisch zu sehen ist, vgl. unten → Kapitel 4 § 1 A III 5 Fußnote 3572.

punkt stellen, dass die Eigenverantwortlichkeit des Selbstgefährders nur, solange sie gegeben ist, die Garantspflicht des Garanten *suspendiert*.¹²⁷¹ Den Beschützergaranten zu verpflichten, den Garanten auch gegen eigenverantwortliche Entscheidungen zu schützen, widerspricht Sinn und Zweck des jeweiligen Unterlassungstatbestandes. Der geschützten Person darf entgegen ihrem Willen keine Rettung aufgedrängt werden.¹²⁷² Die Eigenverantwortlichkeit lässt also die Erforderlichkeit der Erfolgsabwendung im Einzelfall entfallen.¹²⁷³ Der BGH führt *insoweit* zutreffend aus, mit der Selbstgefährdung sei eine „Hinnahme des als möglich erkannten Erfolgseintritts bei Realisierung des eingegangenen Risikos [...] gerade nicht notwendig verbunden“.¹²⁷⁴ Eine Einwilligung in das Risiko bedeutet keine Einwilligung in den Erfolg nach dem Motto „Wer A sagt muss auch B sagen“.¹²⁷⁵ Wenn sich also die Situation zuspitzt, sodass sich das durch den eigenverantwortlichen Drogenkonsum begründete Risiko zu realisieren droht, steht die Eigenverantwortlichkeit *in dieser Abwendungssituation* einer Handlungspflicht *nicht mehr entgegen*. Das bedeutet, dass eine Person nun bei *gegebener* Garantstellung¹²⁷⁶ – etwa ein Ehegatte oder jemand, der die Abwendung ausdrücklich übernommen hat – eine Garantpflicht trifft, jeder andere ist nun zur Hilfeleistung nach § 323c I StGB verpflichtet. Nur *insoweit* hat der BGH Recht, wenn er sagt, es sei nicht wertungswidersprüchlich, den Betroffenen für die Begehung straffrei zu stellen, bei Realisierung des Risikos aber eine Erfolgsabwendungspflicht anzunehmen.¹²⁷⁷ Selbstverständlich willigt derjenige, der sich selbst gefährdet, nicht in den Verlust seines Rechtsguts ein und verzichtet daher nicht auf Hilfe (etwa aus § 323c I StGB) – auf einem anderen Blatt steht jedoch, ob der andere *Garant* ist. Dies scheint der BGH unterschwellig vorauszusetzen.¹²⁷⁸ Gerade bei den in Frage stehenden Überwachungsgarantenstellungen geht es nicht bloß um die situationsgebundene Begrenzung oder das Entfallen einer *bestehenden* Garantpflicht durch den Gedanken der Eigenverantwortlichkeit. Da diese Garantstellungen über die *eigene* Gefahrschaffung vermittelt sind (als Handlungs- oder Sachgefahr), geht es viel grundsätzlicher darum, ob die Person trotz der Eigenverantwortlichkeit des Opfers *überhaupt* in

¹²⁷¹ Siehe ferner *Kretschmer* medstra 2016, 167, 168: hier sei es selbstverständlich, dass die Garantpflicht fortbestehe, wenn sich das Geschehen erwartungswidrig entwickelt.

¹²⁷² *Köbel* JuS 2006, 309, 312; *Weigend* LK § 13 Rn. 64.

¹²⁷³ Vgl. *Kudlich* SSW § 13 Rn. 25; *Weigend* LK § 13 Rn. 63 f.; *Zieschang* AT Rn. 594.

¹²⁷⁴ BGHSt 61, 21, 27; das Opfer sei nicht mit seinem Tod einverstanden, sondern nur mit der Gefahr, BGH NStZ 1984, 452.

¹²⁷⁵ Insoweit treffend *Zaczyk* Selbstverantwortung S. 51. Siehe auch *Kretschmer* medstra 2016, 167, 168: „Risikoaffinität ist eben kein Verzicht auf Rechtsgut und Hilfe, wenn es tatsächlich ernst wird“.

¹²⁷⁶ So schon zu den Heroinfällen *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 39: „So richtig das sein wird, so wenig folgt daraus, der Lieferant des Rauschgifts sei Garant [...]“.

¹²⁷⁷ BGHSt 61, 21, 26.

¹²⁷⁸ Wenn er meint, es sei nicht wertungswidersprüchlich, „zwar jegliche Beteiligung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung selbst für einen Garanten straffrei zu stellen, bei Realisierung des von dem betroffenen Rechtsgutsinhaber eingegangenen Risikos aber eine strafbewehrte Erfolgsabwendungspflicht aus § 13 I StGB anzunehmen“, so ist in diesem Satz *bereits als gegeben angenommen*, dass die betreffende Person (weiterhin) Garant für die Gefahr ist. Es handelt sich also um eine *petitio principii*. Der Täter ist gerade nicht „nach den allgemeinen Grundsätzen Garant für das bedrohte Rechtsgut“. – So aber BGHSt 61, 21, 27.

eine Überwachungsposition für diese Gefahr eintritt.¹²⁷⁹ Man muss hier nicht eine Garantspflicht nach Eigenverantwortlichkeitsaspekten „zurückschneiden“, vielmehr bildet sich von vornherein keine *Garantenstellung* heraus.¹²⁸⁰ Der Fall der Ingerenz zeigt, dass das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit nicht bloß ein den Inhaber des Rechtsguts vor Bevormundung und aufgedrängter Hilfe *schützendes*, sondern auch die Verantwortlichkeit des potentiellen Garanten *begrenzendes* Prinzip ist. Nach dem Grundsatz *volenti non fit iniuria* ist der Rechtsgutsträger primär selbst für den Schutz seines Rechtsguts verantwortlich. Er kann den, insbesondere strafrechtlichen, Schutz durch andere nur dann in Anspruch nehmen, wenn er sich selbst nicht ausreichend zu schützen vermag.¹²⁸¹ Die Eigenverantwortlichkeit muss daher bereits grundsätzlich das Entstehen einer *Garantenposition* ausschließen.¹²⁸² Jemand der für die Ausgangsgefahr nicht Garant ist, wird dies nicht allein dadurch, dass sich diese Gefahr steigert: Die bloße Zuspitzung des Geschehens in Verbindung mit der Eröffnung einer Abwendungsmöglichkeit kann „keine Garantspflicht hervorzaubern, die bei der selbstgefährdenden Einnahme des tödlichen Mittels nicht bestand.“¹²⁸³ Die nachträglich eintretende Schutzbedürftigkeit des Opfers und sein Vertrauen, dass ihn ein anderer schon retten wird, sind richtigerweise ebenfalls keine taugliche Grundlage für eine *strafrechtliche Garantenstellung* i.S.d. § 13 I StGB.¹²⁸⁴ Der sich selbst Gefährdende hat dieses Risiko selbst zu tragen;¹²⁸⁵ wenn er erwartungswidrig *faktisch* hilflos wird, hat er nur Anspruch auf die jedermann zustehende Mindestsolidarität, § 323c I StGB. Anderenfalls würde das Einstehenmüssen nicht als Verantwortlichkeit für die Wirkungen eigener Handlungen, sondern aufgrund von Kausalität und dinglicher Zuordnung konstruiert. Wenn der BGH etwa ausführt, der Angeklagte sei „Inhaber der Sachherrschaft“, „zuständiger Besitzer“ der Drogen und habe durch den Umgang eine Gefahrenquelle eröffnet,¹²⁸⁶ warnt *Kretschmer* völlig zu Recht davor, in eine bloß auf Eigentum und Besitz beruhende Zustandsstörerhaftung abzugleiten.¹²⁸⁷

¹²⁷⁹ Die straflose Mitwirkungshandlung soll hier gerade die Grundlage der *Garantenstellung* bilden, vgl. auch *Sowada* Jura 2003, 236, 244.

¹²⁸⁰ Treffend *Kölbel* JuS 2006, 309, 314 m. Fn. 39.

¹²⁸¹ *Puppe* AT § 29 Rn. 45; *dies.* NK Vor § 13 Rn. 185, 189.

¹²⁸² Eine *Garantenstellung* erstreckt sich gegenüber erwachsenen, verantwortlichen Personen *von vornherein* nicht auf die Gefahren von vorsätzlichen Selbstschädigungen und -gefährdungen, vgl. dazu schon *Roxin* NSTZ 1984, 411, 412.

¹²⁸³ *Roxin* StV 2016, 428, 429: „Dies wäre selbstverständlich, wenn der Verstorbene nach dem Schluck aus der GBL-Flasche sofort tot umgefallen wäre [...]; ähnlich *Puppe* AT § 29 Rn. 44: „Wer nicht durch eigenes Verhalten Garant für das Leben eines anderen geworden ist, wird es auch nicht dadurch, dass das Opfer vor seinen Augen stirbt“. Siehe schon *dies.* ZIS 2013, 45, 48 f.

¹²⁸⁴ Zu Recht auch *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 185a. Siehe auch *dies.* AT § 29 Rn. 46: Man liefe sonst Gefahr, im Einzelfall ins Moralisieren zu verfallen.

¹²⁸⁵ *Sowada* Jura 2003, 236, 244.

¹²⁸⁶ BGHSt 61, 21, 24 f.; **anders** zu Recht BGH HRRS 2020 Nr. 170 Rn. 30.

¹²⁸⁷ *Kretschmer* medstra 2016, 167, 169. Es besteht die Gefahr, dass derjenige, der die Gefahrenquelle beherrscht, zum Hüter aller wird, die sich freiverantwortlich dieser Gefahrenquelle aussetzen, vgl. auch *Joecks/Jäger* § 13 Rn. 49a: Das gleiche würde gelten, wenn der Beifahrer entgegen der Warnung des Fahrers als „Mutprobe“ aus dem fahrenden Auto springt.

Zu beachten ist überdies, dass sich der BGH hier auf *Freund* beruft, der eine Konstellation der „bedingten Gestattung“ annimmt.¹²⁸⁸ Dieser Begriff bezeichnet bei *Freund* die nirgendwo gesetzlich festgehaltene, weil nach seinem Dafürhalten „selbstverständliche“, rechtliche Verknüpfung einer riskanten Tätigkeit mit einer Abwendungspflicht als „Gegenleistung“ für die Ausübung von Handlungsfreiheit und dient in seinem Konzept (und entgegen der Rechtsprechungslinie des BGH) gerade der Begründung von Ingerenzgarantenstellungen nach *plichtgemäßem* Vorverhalten. Konkret im Fall der Förderung von Selbstgefährdungen erscheint dieses Argument zudem nicht plausibel, da hier der Überlasser der Substanz die Gefahr nicht in Ausübung *eigener* Freiheitsinteressen schafft, sondern gerade *fremde* Freiheit (die Selbstgefährdung) fördert.¹²⁸⁹

Die meisten Autoren stellen sich zudem auf den Standpunkt, dass es hier, wie nach dem BGH in den Heroinfällen (sowie richtigerweise auch im Cleanmagicfall), nicht um eine Garantenstellung aufgrund Sachherrschaft, sondern Ingerenz gehe.¹²⁹⁰ Allerdings ist festzuhalten, dass die Konstruktion einer Garantenstellung aufgrund Sachherrschaft, wenngleich sie dem BGH zur Umgehung der Ingerenzvoraussetzungen zu dienen scheint, *per se* keinen entscheidenden Schwachpunkt¹²⁹¹ der Entscheidung darstellt. Wenn man mit der h.M. das Bestehen von Rettungspflichten aufgrund von Sachherrschaft verneint,¹²⁹²

¹²⁸⁸ *Freund* MK § 13 Rn. 190; **kritisch** auch *Roxin* StV 2016, 428 f. Dass *Roxin* diese Passage bei *Freund*, der von „Sonderverantwortlichkeit“ spricht (wohl?) missversteht, und meint, eine „solche Sondervereinbarung“ könne eine vertragliche Schutzgarantenstellung begründen (siehe auch *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 185a; im konkreten Fall lägen jedoch keine Anhaltspunkte für eine Vereinbarung vor), zeigt eindrücklich, dass *Freunds* Sprechweise von „bedingter Gestattung“ keineswegs so einleuchtend ist, wie es ihm erscheint. In der Tat fragt sich, woher er eine solche Bedingung ziehen will, wenn sie nicht vereinbart ist.

¹²⁸⁹ Die konkret zitierte Stelle bei *Freund* entstammt zudem dem Abschnitt aus „Mischformen“ von Beschützer- und Überwachungsgarantenstellung, während im GBL-Fall überhaupt nur eine Garantenposition aufgrund selbst geschaffener Gefahr diskutabel erscheint, ein Obhutsverhältnis hingegen fernliegt. Siehe allgemein *Rengier* FS Kühl S. 383, 385: „Ebenso bleibt der Aspekt der Beschützergarantenstellung ausgeklammert, deren Nichterörterung man dem BGH vorhalten mag, die aber auch im Ergebnis von niemandem befürwortet wird“.

¹²⁹⁰ Überhaupt nur eine Garantenstellung aus Ingerenz in Betracht ziehend *Frister* AT 22/30; *Herbertz* JR 2016, 548; zu einer Garantenstellung aus Ingerenz tendiert auch *Kühl* AT § 18 Rn. 106; *Puppe* AT § 29 Rn. 38, 40: nachdem der Täter die Flasche den anderen zur Verfügung gestellt habe, komme ihm keine besondere, im Vergleich zu den anderen hervorgehobene, Herrschaftsposition mehr zu; *Rengier* FS Kühl S. 383, 386 ff., im Ergebnis allerdings ablehnend; im zweiten GBL-Fall für eine Ingerenzgarantenstellung *Eisele* JuS 2017, 561, 562; eine Garantenstellung aus der Herrschaft bejahend dagegen *Jäger* AT Rn. 367b.

¹²⁹¹ **Anders** *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 88; sowie *Herbertz* JR 2016, 548, 550: Aufgrund von Art. 103 II GG sei genau zu differenzieren: Um das notwendige Maß an Bestimmtheit aufrecht zu erhalten, müssten wenigstens die von den Gerichten in ständiger Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen aufrechterhalten werden. – Das ist jedoch in dieser Pauschalität abzulehnen. Richtig ist, dass die Fallgruppen *jeweils* ausreichend sicher Konturen brauchen. Dass der BGH diese hier verschiebt, ist in der Tat kritikwürdig. Allerdings darf eine exakte Abgrenzung der Fallgruppen nicht als eine „strikte Trennung voneinander“ verstanden werden (so aber *Herbertz* aaO). Es besteht jedoch kein Grund, wieso es nicht im Einzelfall zu Überschneidungen kommen kann, vgl. nur *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 40; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1176. Die Beherrschung einer dinglichen Gefahrenquelle (Spazierengehen mit einem gefährlichen Hund) kann auch Ingerenz-Vorhandlung sein.

¹²⁹² Dagegen im konkreten Fall *Brüning* ZJS 2012, 691, 693 ff.; *Kretschmer* medstra 2016, 167, 168 f.; *Oğlakcioğlu* NStZ-RR 2012, 246.

lässt sich die Garantenpflicht aus Ingerenz auf die pflichtwidrige Vorhandlung *oder* die pflichtwidrig unterlassene Sicherung der gegenständlichen Gefahrenquelle stützen.¹²⁹³ Es wären jeweils die gleichen restriktiven Gesichtspunkte anzulegen.¹²⁹⁴ Problematisch erscheint allein, wie auch schon zum Cleanmagic-Fall bemerkt, dass der BGH hier stillschweigend die Mindermeinung zugrunde zu legen scheint, dass die Herrschaft über eine gefährliche Sache nicht nur zu Sicherungs-, sondern auch zu Rettungspflichten führen könne – während er gleichzeitig für die *Vorhandlung* am Pflichtwidrigkeitserfordernis festhält. Damit durchbricht er, ohne dies wertungsmäßig zu rechtfertigen, den Gleichlauf zwischen den Überwachungsgarantenstellungen. Der BGH müsste eigentlich, in konsequenter Anwendung seiner eigenen Kriterien, Farbe bekennen, ob die Überlassung (oder unterlassene Sicherung) von Drogen oder Ersatzdrogen zum eigenverantwortlichen Konsum *rechtswidriges* Verhalten ist oder nicht.¹²⁹⁵ In jedem Fall erscheint jedoch eine Einschränkung der Ingerenzgarantenstellung durch den Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit erforderlich – ob mittels des Erfordernisses pflichtwidrigen Vorverhaltens oder jenseits dessen (wie die soeben zitierten Ausführungen von *Murmann* zeigen).¹²⁹⁶ Im ersten GBL-Fall könnte man jedoch auf Grundlage des mitgeteilten Sacherhalts und unter Anwendung des herrschenden Pflichtwidrigkeitskriteriums durchaus erwägen, ob das Bereitstellen der Flasche pflichtwidrig war: Zu Recht weist *Roxin* darauf hin, dass man im konkreten Fall an der Eigenverantwortlichkeit zweifeln könne, wenn die Geschädigten aufgrund des vorangegangenen Alkohol- und Drogenkonsums in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt oder sich der Gefahren der Substanz nicht bewusst waren.¹²⁹⁷ Hier spreche mehr dafür, dass der Selbstgefährdungsentschluss auf einer „getrübten kognitiven und motivationellen Basis gefasst wurde“.¹²⁹⁸ Es kommt also ganz zentral auf die

¹²⁹³ Vgl. etwa *Kudlich* JA 2012, 470, 472; *Rengier* AT § 50 Rn. 53a: Das Reinigungsmittel stelle eine Gefahrenquelle dar, die der Angeklagte sichern müsse. Spätestens mit dem Ansetzen zum Trinken entstehe ein akuter Gefahrenherd und den Sachherrn treffe die Pflicht zur Sicherung, indem er den Konsum verhin-dere. Ob er jedoch infolgedessen zur Rettung des Opfers verpflichtet sei, sei eine Frage der Ingerenz.

¹²⁹⁴ Soweit man am Pflichtwidrigkeitskriterium festhält, kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass es aufgrund des eigenverantwortlichen Konsums an der Pflichtwidrigkeit der Gefahrschaffung fehle, vgl. etwa *Schiemann* NJW 2017, 178.

¹²⁹⁵ *Puppe* AT § 29 Rn. 46.

¹²⁹⁶ In einer neueren Entscheidung aus 2019 deutet der BGH eben dies an, dass, wenn der Konsument frei verantwortlich und ohne Einschränkung seiner Entscheidung handelt, in der Weitergabe von Drogen kein pflichtwidriges Handeln liegt, BGH HRRS 2020 Nr. 170 Rn. 23, 32; dort hatte allerdings das Opfer dem potentiellen Ingerenten den Joint mit synthetischen Cannabinoiden aus der Hand gerissen; vgl. auch Rn. 34: „Zugriff im Gegenteil sogar verweigert“.

¹²⁹⁷ „Beide Möglichkeiten liegen nicht ganz fern, was unterschwellig zur Bejahung einer Garantenstellung beigetragen haben mag. Doch haben sich aus der Beweiswürdigung dafür offenbar keine Anhaltspunkte ergeben“, *Roxin* StV 2016, 428, 429; *ders./Greco* AT I § 11 Rn. 112b: Eine Selbstgefährdung sei nur dann eigenverantwortlich, wenn das Opfer den Selbstgefährdungsentschluss nicht unter dem konkreten Einfluss von Substanzen fasst, die seine Kognition und Motivation erheblich beeinträchtigen“; siehe auch *Puppe* AT § 29 Rn. 39.

¹²⁹⁸ *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 112a, 112b.

instanzgerichtlichen *Tatsachenfeststellungen* an.¹²⁹⁹ Dass ein pflichtwidriges Vorverhalten bei dem Bereithalten von Drogen nicht völlig fernliegt, zeigt schon der **zweite GBL-Fall**, in welchem sich der Sachverhalt nochmals anders darstellte. Hier kannten nach den Feststellungen des BGH die Geschädigten Umfang und Tragweite ihrer Entscheidung nicht und handelten daher nicht freiverantwortlich.¹³⁰⁰ Die zum Teil in der Literatur an-treffende apodiktische Aussage, ein auf dem Tisch stehendes Reinigungsmittel stelle keine Gefahr dar,¹³⁰¹ ist daher – jedenfalls in dieser Pauschalität – unzutreffend. Wenn eine berauschende Substanz auf dem Tisch steht, ist es durchaus nicht unwahrscheinlich, dass anwesende Personen, die bereits unter erheblichem Alkohol- und Drogeneinfluss stehen, diese konsumieren werden. Die Gefährlichkeit kann sich nur aus den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ergeben.¹³⁰²

III. Garantenstellung aus Ingerenz nach Beihilfe zum Suizid?

Ähnliche Fragen spielten am Rande auch bei zwei viel beachteten Entscheidungen des BGH eine Rolle. Am 13.07.2019 gab der BGH seine bisherige Rechtsprechung zur Ga-rantenstellung des Sterbehelfers auf und schwenkte damit auf den Kurs der ganz herr-schenden Meinung im Schrifttum ein.¹³⁰³ Das Urteil stieß jedenfalls im Ergebnis auf breite Zustimmung.¹³⁰⁴ Im Mittelpunkt des Interesses standen die Erwägungen zur Res-pektierung der Eigenverantwortlichkeit des Sterbeentschlusses,¹³⁰⁵ der BGH lehnte je-doch in diesem Zuge auch eine Ingerenzgarantenstellung aufgrund der Überlassung der Medikamente ab.¹³⁰⁶ Er betonte dabei, dass die Pflichtwidrigkeit gerade in der Verletzung eines Gebotes bestehen müsse, das dem Schutz des konkret gefährdeten Rechtsguts diene.

¹²⁹⁹ Daneben kann auch die *Rechtsfrage*, wann ein Verhalten zutreffenderweise als eigenverantwortlich angesehen werden kann, im Rahmen der vorliegenden Untersuchung selbstverständlich nicht näher unter-sucht werden. Ein Teil der Literatur stellt hierfür auf die Exkulpationsregeln ab, die h.M. auf die auch im Rahmen der Einwilligung geltenden Maßstäbe. Für die Exkulpationslösung *Roxin* AT II § 25 Rn. 144 ff.; für die Einwilligungslösung *Frisch* JuS 2011, 116, 120; *Kühl* AT § 4 Rn. 88; auf beide Aspekte abstellend *T. Walter* NSTZ 2013, 673, 677; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK Vor § 13 Rn. 123 ff. Vgl. dazu auch *Hecker* JuS 2012, 755, 756 m.w.N.

¹³⁰⁰ Auf die Unterschiede der Konstellationen hinweisend etwa *Eisele* JuS 2017, 561, 562, der sich daher auch für eine Garantenstellung aus Ingerenz ausspricht; *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 185.

¹³⁰¹ *Herbertz* JR 2016, 548, 549; zutreffend erscheint allerdings der Hinweis, die „kommunikativen Einwir-kung“ auf andere stelle eine weitergehende Gefahr dar.

¹³⁰² Gerade bei dem GBL besteht die besondere Gefahr einer versehentlichen Überdosierung, vgl. dazu *Kretschmer medstra* 2016, 167, 168.

¹³⁰³ BGHSt 64, 121 und BGHSt 64, 135 in Abkehr von BGHSt 32, 367; **anders** als der BGH auch schon OLG München NJW 1987, 2940; **kritisch** zur früheren Rechtsprechung z.B. *Rengier* BT II § 8 Rn. 23 f.

¹³⁰⁴ Etwa von *Engländer* JZ 2019, 1049 ff.; *Hecker* JuS 2020, 82 ff.; *Hillenkamp* JZ 2019, 1053 ff.; *Kudlich* JA 2019, 867 ff.; *Kubiciel* NJW 2019, 3033 ff.: Beglaubigung der gelebten Rechtspraxis; *Rengier* BT II § 8 Rn. 25 ff.; *Rissing-van Saan/Verrel* NSTZ 2020, 121 ff., die kritisieren, dass der BGH den entscheidenden Fragen aus dem Weg gehe; *Sowada* NSTZ 2019, 670 ff., dass die Abkehr von der verfehlten Wittig-Recht-sprechung nicht klar benannt sei; zur vorinstanzlichen Entscheidung des LG Hamburg *Hoven* NSTZ 2018, 283 f. – Der Großteil der Besprechungen kritisiert zu Recht, dass § 323c I StGB bloß aufgrund von Zumut-barkeitsgesichtspunkten ausgeschlossen wird.

¹³⁰⁵ Insbesondere BGHSt 64, 135, 139 ff.

¹³⁰⁶ BGHSt 64, 121, 130. Gleiches gelte für das nicht pflichtwidrige Erstellen des psychiatrischen Gutach-tens.

Dies scheidet insbesondere hinsichtlich des ärztlichen Standesrechts aus, welches der Statuierung von Berufsstandards, nicht dem Schutz von Rechtsgütern diene.¹³⁰⁷ Möglich sei eine Pflichtwidrigkeit der Förderung nach § 217 StGB [der inzwischen durch das BVerfG verworfen wurde¹³⁰⁸], welcher allerdings zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht in Kraft und daher aufgrund des Rückwirkungsverbots unanwendbar war.¹³⁰⁹ Die isolierte Verbotenheit nach dieser Vorschrift kann jedoch richtigerweise ebenfalls keine Rolle spielen: Mag die Verschreibung der betreffenden Medikamente durch den Arzt pflichtwidrig gewesen sein, sie war jedenfalls nicht sorgfaltswidrig im Hinblick auf die konkret erfolgte freiverantwortliche Selbstschädigung.

Die entscheidende Aussage¹³¹⁰ des BGH ist damit die, dass die betreffenden Patienten freiverantwortlich handelten:¹³¹¹ Jedenfalls hätten diese im Anschluss an das Verhalten der Ärzte die Tabletten freiverantwortlich selbst eingenommen, so dass das Risiko für die Verwirklichung der durch das Vorverhalten des Angeklagten gegebenenfalls erhöhten Gefahr allein in ihrem eigenen Verantwortungsbereich liege.¹³¹² Der BGH geht dabei jedoch davon aus, dass diese Rechtsprechung zur *Selbstschädigung*, nicht im Widerspruch zu der oben skizzierten Rechtsprechungslinie zur *Selbstgefährdung* stehe: „Dem steht nicht entgegen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Konstellationen einer sich erwartungswidrig entwickelnden Selbstgefährdung eine Erfolgsabwendungspflicht des das Tatmittel bereitstellenden Täters angenommen hat [...]. Denn in den Selbstgefährdungsfällen erschöpft sich die Preisgabe des eigenen Rechtsguts gerade darin, dieses in der Hoffnung auf einen guten Ausgang einem Risiko auszusetzen [...]. Demgegenüber vertraut der Suizident nicht darauf, dass sich die Gefahr, in die er seine Rechtsgüter bringt, nicht realisiert. Vielmehr kommt es ihm gerade auf den Eintritt der Rechtsgutsbeeinträchtigung an.“¹³¹³ Dass dieser Gesichtspunkt nicht entscheidend ist, wurde oben schon betont und zeigt sich hier nochmals deutlich: Wieso soll es für das Entstehen einer Garantenstel-

¹³⁰⁷ BGHSt 64, 121, 131; in der Begründung anders *Hillenkamp* JZ 2019, 1053, 1055, darauf abstellend, dass strafbarkeitsbegründendes Recht allein Sache des Gesetzgebers ist; ebenso *Hoven* NStZ 2018, 283, 284.

¹³⁰⁸ BVerfGE 153, 182.

¹³⁰⁹ BGHSt 64, 121, 131 f.; daher ein obiter dictum vermissend *Hillenkamp* JZ 2019, 1053, 1055 m. Fn. 34. Gegen die Begründung aus dem damals geltenden § 217 StGB *Kubiciel* NJW 2019, 3033, 3035; *Rissing-van Saan/Verrel* NStZ 2020, 121, 128; *Sowada* NStZ 2019, 670; Sch/Sch/*Sternberg-Lieben* Vor § 211 Rn. 43; **dagegen** will *Engländer* JZ 2019, 1049, 1053 die Garantenstellung bejahen, die Garantenpflicht aber verneinen.

¹³¹⁰ So auch *Rengier* BT II § 8 Rn. 33.

¹³¹¹ So i. Erg. auch *Bosch* Jura 2019, 1239, 1248: Es verwirklichen sich unmittelbar nicht die Gefahren des ungesicherten Zugriffs, sondern die des eigenverantwortlichen Konsums. Siehe zudem *Sowada* Jura 2003, 236, 244: Wer in untergeordneter Teilnehmerrolle straflos auf einen Erfolg hinarbeiten darf, kann nicht strafrechtlich Garant zur Erfolgsabwendung sein.

¹³¹² BGHSt 64, 121, 132; BGHSt 64, 135, 145; siehe dazu *Engländer* JZ 2019, 1049, 1051: dies betreffe nicht bloß die Ingerenz, sondern schließe unabhängig davon die Zurechnung des Todes zum Tun oder Unterlassen aus.

¹³¹³ BGHSt 64, 121, 132 f.

lung des einen (des Fördernden) darauf ankommen, was ein anderer (der sich selbst Gefährdende oder Schädigende) *im* Zeitpunkt seines Handelns *für* einen späteren anderen Zeitpunkt *hofft* oder *erwartet*? Dass der sich selbst Gefährdende möglicherweise darauf vertraut, dass ihn der die Tat Fördernde rette, mag psychologisch zutreffend sein, begründet jedoch nicht (straf-) rechtlich, weshalb dieser für die Folgen der freiverantwortlichen selbstgefährdenden Rechtsgutsdisposition als Garant einzustehen hätte. In den Worten des BGH fällt auch hier die erhöhte Gefahr allein im Verantwortungsbereich des sich selbst Gefährdenden – und mit dieser auch dessen Risiko einer Fehleinschätzung und damit letztlich der schädlichen Entwicklung.

Richtigerweise kann es für das Entstehen der *Garantenstellung* bloß darum gehen, dass das Opfer *im* Zeitpunkt der Handlungsvornahme freiverantwortlich über sein Rechtsgut disponiert (sei es mit Willen zur Selbstschädigung oder -gefährdung), für die *Garantenpflicht* (sowie für die *Pflicht* aus § 323c I StGB), dass diese freiverantwortliche Preisgabe *im* Unterlassungszeitpunkt noch Bestand hat. *Daran* fehlt es, wenn das Opfer sich von vornherein nur selbst gefährden wollte. Es zeigt sich also erneut die Notwendigkeit, zwischen *Garantenstellung* und *Garantenpflicht* zu unterscheiden. Wie würde der BGH etwa den Fall entscheiden, wenn der Suizident nach Einnahme des Medikaments seinen Willen änderte und nach Rettung verlangte? Dann stünde die Eigenverantwortlichkeit und Autonomie des Suizidenten einer *Garantenpflicht* nicht mehr entgegen. Allerdings könnte eine *Garantenpflicht* bloß dann aufleben, wenn sich der Betreffende aufgrund seiner Vorhandlung in einer *Garantenstellung* befindet. Richtigerweise steht die Eigenverantwortlichkeit zwar auch, aber nicht nur der Handlungspflicht im konkreten Fall entgegen.¹³¹⁴ Grundsätzlicher hat derjenige, der das Mittel zur Verfügung stellt, schon keine *Funktion* die Gefahren zu überwachen, die sich aus dessen Gebrauch ergeben; so ist wohl bezüglich der Selbstschädigung auch der BGH zu verstehen, wenn er davon spricht, dass die Gefahr allein im Verantwortungsbereich des Suizidenten liege. Verneint man nicht schon die *Garantenstellung*, könnte die *Pflicht* wieder aufleben, wenn das Opfer seinen Entschluss ändert.¹³¹⁵ Damit ist durch die Eigenverantwortlichkeit des Suizidenten im Zeitpunkt der

¹³¹⁴ Wenn *Rissing-van Saan/Verrel* NSTZ 2020, 121, 128; *Sowada* NSTZ 2019, 670 f. meinen, vorzugswürdig wäre der Ausschluss der „Garantenpflicht“ gewesen, weil dann auch § 323c I StGB ausscheide (der BGH ging nur von Unzumutbarkeit aus, vgl. BGHSt 64, 121, 133 ff.), so ist dies im Ergebnis zutreffend, führt aber in die Irre. Denn die *Garantenpflicht* setzt das Bestehen einer *Garantenstellung* sowie die Erforderlichkeit der Erfolgsabwendung voraus. Letztere ist auch Voraussetzung des § 323c I StGB. Im konkreten Fall fehlt es aufgrund der Eigenverantwortlichkeit *sowohl* an der Erforderlichkeit des Einschreitens als auch an der *Garantenstellung*.

¹³¹⁵ Recht vage hingegen *Bosch* Jura 2019, 1239, 1248: „Es fehlt dann je nach dogmatischer Konstruktion entweder bereits an einer *Garantenpflicht* oder es ist zumindest der Zurechnungszusammenhang unterbrochen“. Nicht überzeugen können die Ausführungen von *Ceffinato*, der angeklagte Arzt habe zwar durch die pflichtwidrige Verschreibung der Medikamente die Gefahr deren nicht ordnungsgemäßer Verwendung geschaffen. „Beschränkt sich diese aber faktisch auf eine bestimmte Person, findet die *Garantenpflicht* ihr gegenüber ihre Grenze, wenn das Opfer seine Rechtsgüter der Gefahr freiverantwortlich aussetzt“ (NSTZ 2021, 65, 68). Der Begrenzung der *Garantenstellung* durch die Freiverantwortlichkeit komme kein eigenständiger Anwendungsbereich zu, da in diesen Fällen bereits die *Garantenpflicht* erloschen sei (S. 70). –

Förderungshandlung die *Garantenstellung* aus Ingerenz,¹³¹⁶ durch seine Eigenverantwortlichkeit im Zeitpunkt der unterlassenen Erfolgsabwendung die *Garantenpflicht* bzw. *jede* Rechtspflicht (auch nach § 323c I StGB) ausgeschlossen.¹³¹⁷ Wenn also der Suizid von Anfang bis Ende von einem freiverantwortlichen Sterbeentschluss getragen ist, stehen einer Strafbarkeit unter dem Gesichtspunkt der Ingerenzunterlassung *zwei* Sachgründe entgegen. Wenn er den freiverantwortlichen Sterbeentschluss nach Einnahme der Medikamente aufgibt, lebt nur die Pflicht nach § 323c I StGB auf, mangels *Garantenstellung* aber keine *Garantenpflicht*.

C. Vorsätzliches Vorverhalten?

Nach einem Urteil des ersten Strafsenats kann vorsätzliches Vorverhalten nicht zu einer *Garantenstellung* aus Ingerenz führen: „der Täter, der vorsätzlich oder bedingt vorsätzlich einen Erfolg anstrebt oder billigend in Kauf nimmt, ist nicht zugleich verpflichtet, ihn abzuwenden“.¹³¹⁸ Dem hat sich ein Teil der Literatur mit unterschiedlichen Begründungen angeschlossen.¹³¹⁹

Dabei hatte gerade *Ceffinato* die Unterscheidung von *Garantenstellung* und *Garantenpflicht* zuvor zutreffend herausgearbeitet (S. 66 ff. – die er dann ablehnt). Wenn die *Garantenpflicht* nur suspendiert ist, kann sie jederzeit aufleben, solange nicht die *Garantenstellung* entfallen ist.

¹³¹⁶ Anderes mag gelten für eine fortbestehende *Garantenstellung* des Hausarztes zur Schmerzlinderung, vgl. *Sowada* NStZ 2019, 670, 671. Dies wurzelt dann in der freiwilligen Übernahme.

¹³¹⁷ Die maßgebliche Erkenntnis, „dass es eine dem freiverantwortlichen Willen des ‚Schützlings‘ entgegenstehende *Garantenpflicht* prinzipiell nicht gibt“ (*Sowada* NStZ 2019, 670, 671) soll also nicht bestritten werden.

¹³¹⁸ (Zur Aussetzung) BGH NStZ-RR 1996, 131; für die steuerrechtliche Berichtigungspflicht nach bedingt vorsätzlich falschen Angaben BGH NJW 2009, 1984, 1986; anders RGSt 57, 193, 197. Offen gelassen BGH NJW 2008, 2199, 2200, weil ein Tötungsvorsatz ausgeschlossen wurde; BGH NStZ 2003, 312, 313; **kritisch** zu letzterer Entscheidung *Freund* NStZ 2003, 123 ff.; *Stein* JR 2004, 79 ff.

¹³¹⁹ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 228 f. m. Fn. 301: „Es ist schwer zu sagen, was an dieser Konstruktion am meisten befremdet“; *Brammsen* GA 1993, 97, 107; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 81, die Unterlassung des Rücktritts eines beendeten Versuchs sei keine Straftat; *Hillenkamp* FS Otto S. 287, 288 ff.; *Köhler* AT S. 220; *Krey/Hellmann/Heinrich* BT 2 Rn. 574: Es läge sonst eine Doppelverwertung des Umstandes zu lasten des Täters vor; *Otto* FS Gössel S. 99, 102 ff.; ders. FS Hirsch S. 291, 305; zu § 323c StGB *Tag* JR 1993, 133, 136; gegen das Argument, dass dem Täter sonst die Rücktrittsmöglichkeit verbaut werde, wird zum Teil vorgebracht, dass die Freiwilligkeit beim Rücktritt eine psychologische Komponente sei, die unabhängig von rechtlichen Gebotsnormen festgestellt werden müsse, *Norouzi* JuS 2005, 914, 915; andere stellen im Gegenteil darauf ab, dass die Freiwilligkeit „dezidiert normativ“ bestimmt werden müsse, *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 85. *Renzikowski* Täterbegriff S. 141 m. Fn. 364, S. 142 m. Fn. 365 betont zudem, dass § 24 StGB lediglich Obliegenheiten enthält, also Klugheitsregeln (hypothetische Imperative), während die Ingerenzgarantenstellung eine unbedingte (kategorische) Verhaltenspflicht darstellt. – Welcher Argumentation man auch im Einzelnen folgt: Das Zusammentreffen von Ingerenzgebot und Rücktrittsmöglichkeit ist anders zu lösen als durch eine wertungswidersprüchliche Verneinung der Ingerenz nach vorsätzlichem Vorverhalten. Zu beachten ist außerdem, dass *Herzberg* noch weitergehend sogar Vorrang der Ingerenz vor den Rücktrittsvorschriften annimmt: „Pflichtgemäßes nach strafbarem Verhalten bedeutet, daß kein Unrecht hinzukommt; wie aber soll es auch noch das strafbare in straffreies umwandeln?“, FS Lackner S. 325, 343. Auch *Ha. Schneider* NStZ 2004, 91, 92 präferiert eine Auflösung der Spannungslage auf Kosten der Strafzumessungsregelung § 24 StGB.

Dagegen spricht jedoch, dass, wenn fahrlässiges Vorverhalten garantenpflichtbegründend ist, dies für vorsätzliches erst recht gilt.¹³²⁰ Befremdlich ist insbesondere, dass der BGH für die Garantenfrage *in dubio pro reo* zugunsten des Angeklagten davon ausgegangen ist, dass dieser die Misshandlungen mit bedingtem Tötungsvorsatz vorgenommen hatte.¹³²¹ Es ist widersinnig, jemanden, weil er während der aktiven Phase möglicherweise Tötungsvorsatz hatte, besser zu stellen als denjenigen, der nachweislich nicht vorsätzlich handelte.¹³²² Dies hat nunmehr auch der zweite Strafsenat so gesehen.¹³²³ Es handelt sich daher richtigerweise bei der Ingerenz nach vorsätzlichem Vorverhalten um ein Konkurrenzproblem.¹³²⁴ Die Garantenstellung kann dabei ausnahmsweise eine Rolle spielen: Etwa wenn die Vorhandlung schuldlos erfolge oder wenn während des aktiven Tuns bestimmte Qualifikationsmerkmale oder erforderliche besondere Absichten fehlten (Bereicherungsabsicht beim Betrug). Zudem handelt es sich bei der Unterlassung um eine beteiligungsfähige Haupttat.

§ 6 Zusammenfassung

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erlaubt keine rechtsdogmatische Erkenntnis hinsichtlich Grund und Reichweite der Garantenstellung aus Ingerenz.¹³²⁵ Nachdem der BGH zunächst mit dem Reichsgericht jede Gefahrschaffung genügen ließ, beschränkt er die Ingerenz nunmehr auf „pflichtwidriges Vorverhalten“, das die „nahe Gefahr“ des Erfolgseintritts begründet. Letzteres Kriterium wird teilweise mit Adäquanz-, teilweise mit normativen Zurechnungsgesichtspunkten aufgefüllt. Allerdings ist ebenso zu konstatieren, dass der BGH diese Erfordernisse regelmäßig aufweicht, um zu vermeintlich billigen Ergebnissen zu gelangen. Da der Bundesgerichtshof die Berechtigung der Ingerenz regelmäßig nicht thematisiert, sondern als selbstverständlich voraussetzt, ist im Folgenden ein Blick auf die Diskussion dieser Garantenstellung in der Literatur zu werfen.

¹³²⁰ Siehe für diese Position überzeugend insbesondere *Stein* JR 1999, 265, 269 ff.; *ders.* JR 2004, 79; *Freund* NSTZ 2003, 123, 124 f.; *ders.* MK § 13 Rn. 130 ff., 137: verbrecherische „Psycho-Logik“; „Kapitulation des Rechts vor dem unrechtmäßigen Verhaltensprojekt“; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 78 ff.; *Ha. Schneider* NSTZ 2004, 91 ff.; sowie mit ihnen die h.L., etwa *Eisele/Heinrich* AT Rn. 629; *Frister* AT 22/37; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 80; *A. Hartmann* ZStW 116 (2004) 586, 614; *Herzberg* Garantenprinzip S. 282 ff.; *Hoven* GS Tröndle S. 575, 585; *Kaspar* AT § 10 Rn. 63; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 23; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 71; *Murmann* GK § 29 Rn. 67; *Kühl* § 18 Rn. 105a; *Rengier* AT § 50 Rn. 75 f.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 191, 193 f.; *T. Walter* NSTZ 2005, 240, 241 f.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 321 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1197.

¹³²¹ BGH NSTZ- RR 1996, 131.

¹³²² *Frister* AT 22/37. Allgemein gilt: Ein Wertungswiderspruch liegt vor, wenn das StGB ein von ihm selbst als für leichter erachtetes Delikt mit schwereren Rechtsfolgen bedenkt als ein von ihm für schwerer erachtetes; *Engisch* Einheit S. 59; der Gesetzgeber hält dann nicht an den selbst zugrunde gelegten Prinzipien fest, S. 63.

¹³²³ BGH NSTZ 2004, 89, 91; insoweit zustimmend *Ha. Schneider* NSTZ 2004, 91, 92 ff.; siehe zudem *Fischer* § 13 Rn. 56 f.

¹³²⁴ *Freund* NSTZ 2003, 123, 124 f.; *ders.* MK § 13 Rn. 139; siehe auch *Frister* AT 22/37; *Herbertz* Ingerenz S. 74; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 70; *A. Hartmann* ZStW 116 (2004) 586, 614; *Norouzi* JuS 2005, 914, 915; *Ha. Schneider* NSTZ 2004, 91, 92; *Wilhelm* NSTZ 2005, 177, 180 f.

¹³²⁵ So schon *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 62.

Kapitel 3: Die Garantenstellung aus Ingerenz im Spiegel der Literatur

§ 1 Die Ablehnung der Ingerenz in der Literatur

Die Garantenstellung aus Ingerenz wird nur von wenigen Stimmen im juristischen Schrifttum völlig abgelehnt.¹³²⁶

A. Die Bedenken von *Welzel* und *Arm. Kaufmann*

So finden sich kritische Töne etwa bei *Welzel*. Dieser moniert, der BGH habe die Garantenstellung aus Ingerenz aus dem Nichts geschaffen.¹³²⁷ Die offensichtlichen, zur Ingerenz gerechneten Fälle seien tatsächlich solche der Verantwortlichkeit für den Herrschaftsbereich.¹³²⁸ In seinem Lehrbuch verwirft er die Garantenstellung jedoch nicht völlig, sondern schränkt diese auf pflichtwidriges Vorverhalten ein.¹³²⁹

Die herausragenden Verdienste des *Welzel*-Schülers *Arm. Kaufmann* betreffen mehr die normlogische Struktur des unechten Unterlassungsdelikts als Gebotsverletzung¹³³⁰ sowie die Kategorisierung der Garantenstellungen nach der noch immer herrschenden „Funktionslehre“¹³³¹. Dabei widmet er sich jedoch im Rahmen der Begründung der Garantengebote auch kurz der Ingerenz. *Arm. Kaufmann* meint, für das Vorliegen eines unechten Unterlassungsdelikts müsse zunächst ein Gebot bestehen, den Erfolg zu verhindern. Die eigentliche Gleichstellungsfrage liege jedoch darin, dass die Verletzung des Gebotes „an Unrechtsgehalt und im Maß des Schuldvorwurfs und damit in der Strafwürdigkeit“ dem Begehungsdelikt wenigstens annähernd gleiche.¹³³² Hinsichtlich der Garantenstellung aus vorangegangenem Tun sei dies zweifelhaft: Es sei bereits bedenklich, überhaupt ein

¹³²⁶ Neben den im Folgenden Genannten meint auch *Oehler*, für die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun sei „nicht der geringste Anhaltspunkt im Gesetz zu finden“. Es handle sich um eine „ungenau abgegrenzte Rechtspflicht“, die der Garantiefunktion des Tatbestands widerspreche. Die Annahme der Garantenstellung aus Ingerenz trete in Konflikt mit dem Grundsatz *nullum crimen sine lege* und führe zu einer Bestrafung, die das Gesetz nicht vorsehe, *Oehler* JuS 1961, 154; ähnlich auch *H. Mayer* Studienbuch § 16 III 1c; siehe aus neuerer Zeit **kritisch** auch *Blassl* Garantenpflicht S. 290 ff.: Die Ingerenz lasse sich weder durch die formelle Rechtspflichttheorie noch die materiellen Ansätze wie Herrschaft und Organisationsverantwortlichkeit erklären. Trotz dieser fehlerhaften dogmatischen Fundierung habe sie sich durchgesetzt, weil sie „funktioniert“ – sie sei aufgrund der kriminalpolitischen Notwendigkeit beizubehalten.

¹³²⁷ *Welzel* JZ 1958, 494, 495; *ders.* JZ 1960, 179, 180; *ders.* Niederschriften 12 S. 95; kritisch auch *ders.* Strafrecht S. 215 ff.

¹³²⁸ *Welzel* Niederschriften 12 S. 94 f., 100, hierdurch entstehe, anders als bei der Ingerenz, ein Schutzverhältnis; *ders.* Strafrecht S. 216.

¹³²⁹ *Welzel* Strafrecht S. 216 f.

¹³³⁰ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 251 ff., 272 ff., 282 ff.; *ders.* JuS 1961, 173, 176. Auch wenn nach dem oben Ausgeführten in Zweifel zu ziehen ist, ob eine solche Strafbarkeit aufgrund ungeschriebener Gebotsstatbestände mit dem Bestimmtheitsgrundsatz zu vereinbaren war (dazu auch *Herzberg* Garantenprinzip S. 33), lässt sich die Konzeption auch im Hinblick auf den nun geltenden § 13 StGB untersuchen. *Arm. Kaufmann* bezieht sich selbst auf § 14 E 1959.

¹³³¹ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 283.

¹³³² *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 284 f.: „in der üblichen Formulierung: hier ist die Frage nach dem Vorliegen eines Garantieverhältnisses zu stellen“; siehe auch *ders.* JuS 1961, 173, 174: es handle sich um eine axiologische, rechtspolitische Frage.

Erfolgsabwendungsgebot bloß auf die Vorhandlung zu stützen.¹³³³ Doch selbst aus einem solchen Gebot *allein* könne kein Schluss auf die Gleichstellung gezogen werden. „Denn auch die Herbeiführung der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts vermag nicht ohne weiteres eine Garantenposition zu begründen; es bedarf *zusätzlicher* Kriterien, um hier die (annähernde) Gleichheit der Strafwürdigkeit von Unterlassen und Handeln zu rechtfertigen.“¹³³⁴ Obwohl *Arm. Kaufmann* die Tür für die Ingerenz „einen Spalt weit offen lässt“, ist er zu den ablehnenden Stimmen zu zählen.¹³³⁵

Die Feststellung der Gleichheit im Unrechts-, Schuld-, und Strafwürdigkeitsgehalt ist jedoch nicht durch Rückführung auf konkrete Tatsachen überprüfbar und lädt daher zu freiem Deziisionismus ein.¹³³⁶ Gerade bei *Arm. Kaufmann*, der wie kaum ein anderer die „Notwendigkeit der Beziehung zwischen der Seinsstruktur und der Wertung“¹³³⁷ betont, überrascht dieser zu freier Bewertung durch den Rechtsanwender einladende Normativismus. Dabei ist insbesondere schleierhaft, wie die von *Arm. Kaufmann* angenommene ontologische Kluft zwischen Tun und Nichtstun durch eine Wertung überbrückt werden soll, auf welchen Tatsachen diese Wertung also fußen soll. Dass die Ingerenz den gleichen Unrechts-, Schuld- und Strafwürdigkeitsgehalt wie die aktive Begehung enthalte – oder eben nicht, beides könnte man behaupten, ohne dass eine der beiden Bewertungen anhand von Gesetz und Dogmatik rational nachvollziehbar und überprüfbar wäre. Letztlich betont *Arm. Kaufmann* selbst den rechtspolitischen Charakter dieser Frage ausdrücklich.¹³³⁸

¹³³³ Erst recht aufgrund der verfehlten Dogmengeschichte: Die gescheiterte Kausalitätsbetrachtung sei über den Umweg einer konstruierten Rechtspflicht zu Gewohnheitsrecht erstarrt.

¹³³⁴ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 286. Hervorhebung im Original.

¹³³⁵ **Anders Herbertz** Ingerenz S. 248, die *Arm. Kaufmann* für ihre Einschränkung der Garantenstellung Pate stehen lassen will. Dieser bewege sich auf ihrer Linie, wenn er die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz an weitere Einschränkungskriterien knüpfen wolle. – Allerdings trifft *Arm. Kaufmann* diese Aussagen auf Grundlage des E 1959, der die Ingerenz *positiv gesetzlich* festgeschrieben hätte. Im Falle einer solchen (letztlich nicht erfolgten) *gesetzlichen Normierung* des Erfolgsabwendungsgebots aus Ingerenz, wäre dies für *Arm. Kaufmann* „nur dann hinzunehmen“, wenn man die Gleichstellung weiter einschränkte. Dass der Autor also eine positiv-rechtliche Statuierung der Ingerenz (unter Einschränkungen) *de lege lata respektieren* würde, bedeutet nicht, dass er die Garantenstellung aus Ingerenz befürwortet. Ohne gesetzliche Normierung bleibt es dabei, dass für *Arm. Kaufmann* sowohl das Gebot als auch die Gleichstellung *sehr* zweifelhaft sind.

¹³³⁶ Vgl. im Ansatz schon oben → Kapitel 1 § 2 D IV 3 zur Entsprechungsklausel. *Herbertz* meint, ein Hauptverdienst *Arm. Kaufmanns* sei es, erkannt zu haben, dass es sich bei der Gleichstellung um ein axiologisches Problem handle (Ingerenz S. 110). Die Behandlung dieses axiologischen Problems durch *Arm. Kaufmann* ist jedoch äußerst mager; was sich wieder daraus erklärt, dass die Monographie nicht schwerpunktmäßig die materielle Gleichstellungsfrage betrifft.

¹³³⁷ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 17.

¹³³⁸ *Arm. Kaufmann* JuS 1961, 173, 174. Letztlich spricht sich *Arm. Kaufmann* für die Normierung der Garantengebotstatbestände im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs aus (Dogmatik S. 287 ff.), eine Lösung, die bekanntermaßen im 2. StRG nicht den Vorzug erhielt; siehe dazu *Herbertz* Ingerenz S. 109: der „lehrreichste Aspekt“ sei das Eingeständnis, dass die Gleichstellung als rechtspolitisches Ziel nicht mit dogmatischen Mitteln zu erreichen sei.

B. Die ältere Ansicht von Roxin

I. Darstellung

Auch Roxin findet für die Ingerenz insbesondere in älteren Schriften weniger positive Worte, wenngleich er heute zu den Befürwortern der Garantenstellung aus vorangegangenem Tun zu zählen ist.¹³³⁹ Vor Normierung des § 13 StGB hielt Roxin die Garantenstellung aus Ingerenz wegen des *nullum crimen* Satzes für nicht begründbar.¹³⁴⁰ Es ergebe sich die „paradoxe Frage“, wie jemand durch Untätigkeit einen präzise umschriebenen Tatbestand verwirklichen solle.¹³⁴¹ Auf dem Standpunkt stehend, die wahren Vorgegebenheiten seien die sozialen Sinnbezüge,¹³⁴² meint Roxin jedoch, wo es um strafrechtsunabhängige Rollen gehe, seien Pflichtdelikte in den Handlungstatbestand „eingelagert“.¹³⁴³ Die Unterlassungsstrafbarkeit habe nur dort eine Berechtigung, wo der Täter gegen Pflichten in einem „vorher bestehenden Beziehungsverhältnis“ verstoße, aus seiner im sozialen Regelablauf vorgesehenen Rolle herausfalle, die erfolgsverhindernde Handlung also ebenso eingeplant war wie die Nichtschädigung. So sei es etwa austauschbar, ob der Arzt ein lebensrettendes Medikament überdosiert oder überhaupt nicht verabreicht.¹³⁴⁴ Nach dem sozialen Sinn stelle die Unterlassung eine Erscheinungsform des Begehens dar, soweit „die Funktionsfähigkeit des gesellschaftlichen Organismus auf bestimmten, von vornherein eingeplanten Tätigkeiten [...] basiert“.¹³⁴⁵ Bei Gefährdungssituationen außerhalb des sozialen Regelablaufs – zu denen auch die Ingerenz zählt – fehle

¹³³⁹ Roxin AT II § 32 Rn. 150 ff.; siehe hierzu unten → Kapitel 3 § 2 F II.

¹³⁴⁰ Roxin ZStW 83 (1971) 369, 403. Auch nach Verabschiedung des (zu diesem Zeitpunkt noch nicht in Kraft getretenen) § 13 StGB äußerte sich Roxin zur Garantenpflicht aus Ingerenz eher kritisch, sie sei *praeter legem* von der Rechtsprechung entwickelt, JuS 1973, 197, 200 f.

¹³⁴¹ Roxin Kriminalpolitik S. 18 f.: Es handle sich um „freie Rechtsfindung“ ohne tatbestandliche Grundlage.

¹³⁴² Roxin ZStW 74 (1962) 515, 561; siehe auch Henkel Rechtsphilosophie S. 46, 309 ff.; Schönemann in: Bausteine S. 149, 157: „Basiselemente eines bestimmten kulturellen Niveaus“; Murmann Nebentäterschaft S. 158.

¹³⁴³ Roxin Kriminalpolitik S. 18; dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass jedes Delikt – auch durch Begehung – eine „Pflicht“, also Verhaltensnorm enthält.

¹³⁴⁴ Roxin Kriminalpolitik S. 18 f.; ders. TuT S. 519 (zur Regelmäßigkeit sozialer Ordnungen im Allgemeinen Henkel Rechtsphilosophie S. 32 ff., 277 ff.); auf die Rolle stellt auch Gallas Bau S. 34 ab; sympathisierend zudem Schultz Amtswalterunterlassen S. 146; gegen diese Differenzierung Sánchez-Vera Pflichtdelikt S. 47 f.; Berster Unterlassungsdelikte S. 38 sieht hier einen Konflikt mit *nullum crimen*: Der Begriff des sozialen Beziehungsverhältnisses sei völlig unscharf und könne nicht über die Rechtsqualität der Pflicht entscheiden. Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass der Rechtsanwender durchaus ein Vorverständnis hat, welche Handlungen im sozialen Regelablauf eingeplant sind, sodass der Vorwurf, die Frage nach der Strafbarkeit werde dem erkennenden Gericht überantwortet, über das Ziel hinausschießt. Zutreffend ist sicher, wie unten noch dargelegt wird, dass das *Recht* bei der Betrachtung sozialer Rollen nicht stehen bleiben kann. Grundsätzlich ist Roxin jedoch darin zuzustimmen, dass das Recht, welches eine *sinnvolle* Regelung des Lebens bezweckt, diese sozialen Strukturen jedenfalls nicht völlig außer Acht lassen darf.

¹³⁴⁵ Roxin TuT S. 519; siehe bereits H. Mayer AT § 17 I: „Die Unterlassung führt auch ebenso wie die Begehung einen anderen Verlauf des sozialen Geschehens herbei, als den vom Recht erwarteten“.

es den Handlungspflichten an der Identität mit den gesetzlich umschriebenen Unterlassungspflichten, sodass ein Verstoß gegen das Gesetzlichkeitsprinzip vorliege.¹³⁴⁶

II. Bewertung

Dass das Tun bloß *typischerweise* im sozialen Ablauf „in Rechnung gestellt wird“, ist jedoch „als solches wertfrei, weil menschliches Tun eben nur vorausbestimmt, nicht aber an Wertmaßstäben gemessen werden soll“.¹³⁴⁷ Die „Normalität“ des Ablaufs im sozialen Leben ist *per se* bloß ein Faktum, welches kein (strafrechtlich relevantes) Sollen begründen kann.¹³⁴⁸ *Roxin* stellte überdies in den älteren Ausführungen ganz maßgeblich auf die „Bedeutung von Tun und Lassen“ ab,¹³⁴⁹ die gesellschaftliche Erwartung eines *bestimmten* Verhaltens. Dies mag als deskriptive Beschreibung des sozialen Miteinanders auch zutreffend sein. So ist etwa im alltäglichen Regelablauf ebenso eingeplant, dass der Autofahrer bremst, wenn eine Person über die Straße läuft, wie es eingeplant ist, dass er in diesem Moment nicht aktiv Gas gibt. Dass der Autofahrer den Fußgänger gegebenenfalls retten muss, ist jedoch bloß gerade deshalb nicht in den sozialen Regelablauf eingeplant, weil eben *bereits die Ausgangssituation* „angefahrener Fußgänger“ nicht in den sozialen Regelablauf eingeplant ist. Während bei den obengenannten Fällen der Begehungstäter oder Garant die soziale Ordnung durch sein „Nichtfunktionieren“, das Nichterfüllen seiner sozialen Aufgabe, aus dem Gleichgewicht bringt, trifft der Ingerent eine Ordnung an, die *bereits aus dem Gleichgewicht geraten* ist. Der Grund, dass hier der Täter nicht regelhaft, sozusagen als „Zahnrad“ der Gesellschaft, eingeplant ist, das Opfer zu retten, besteht darin, dass derartige Situationen aufgrund ihrer empirischen *Seltenheit* im *Regelablauf* des *alltäglichen* Lebens nicht eingeplant sind. Für Ausnahmesituationen gibt es gerade

¹³⁴⁶ *Roxin* Kriminalpolitik S. 19. Die Ingerenzunterlassung sei mit den tatbestandlich umschriebenen Handlungen, etwa dem „Töten“, nicht identisch. „Die Ersetzung der fehlenden Handlung durch Erfolgsabwendungspflichten ist dort, wo der Gesetzgeber Handlungen tatbestandskonstituierend wirken läßt, in Wahrheit eine freie richterliche Rechtsschöpfung gewesen“. – Problematisch ist letztlich, ob dies eine Andersbehandlung der Ingerenz rechtfertigt. Auch sonst werden diese Unterschiede erkannt und problematisiert: *Rudolphi* meint ebenfalls, die Überwachungsposition hinsichtlich einer Gefahrenquelle ergebe sich bereits unmittelbar aus den sozialen Gegebenheiten, als das „allgemeine und notwendige Korrelat zu dem Umstand, dass alle Rechtsgutsträger infolge ihrer mangelnden Einwirkungsmöglichkeit auf die fremde Herrschaftssphäre sich nicht wirksam vor den aus dieser drohenden Gefahren zu schützen vermögen“, *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 111. Die Garantenstellung aus Ingerenz hingegen könne nur als „sekundäre Garantenstellung“ hierzu begründet werden (S. 108 ff.). *Welp* führt aus, die „fraglose Gleichwertigkeit“ beschränke sich auf Sicherungspflichten, nur dort seien „komplementäre und akzessorische Sicherungsfaktoren“ austauschbar. Konkretes Vertrauen der Rechtsgemeinschaft werde daher regelmäßig nur angetroffen, wo es um Sicherung gehe. Tatsächlich erklärt sich auch aus dieser Betrachtung der Strukturen des Soziallebens das „gefühlsmäßige Unbehagen“, die Rettungs- den Sicherungspflichten gleichzustellen, *Welp* Vorangegangenes Tun S. 230 f.

¹³⁴⁷ Formulierung entliehen von *Gallas* Studien S. 25.

¹³⁴⁸ Die Wertsphäre der sozialen Bedeutsamkeit hat zunächst völlig unbestimmten Inhalt: Es kann um gesellschaftliche Konventionen oder sozialetische Normen gehen, *Gallas* Studien S. 42.

¹³⁴⁹ *Roxin* Kriminalpolitik S. 19.

aufgrund dieser statistisch geringen Häufigkeit keine derart verfestigte soziale Ordnung wie für täglich ablaufende Prozesse.¹³⁵⁰

Dies ist die bloß *empirische* Diagnose. Dem Strafrecht geht es allerdings nicht primär um den ethischen, intrinsischen Wert von Handlungen, sondern um den Schutz von Rechtsgütern und damit die Verhinderung tatbestandlich missbilligter Erfolge. Dementsprechend verpflichtet das Strafrecht seine Adressaten – anders als die Sozialmoral, die möglicherweise ganz bestimmte Handlungen oder Arten von Handlungen erwartet – grundsätzlich dazu, fremde Rechtsgüter nicht zu beeinträchtigen. In Einklang damit stellt das Gesetz in § 13 I StGB darauf ab, ob der Täter dafür einzustehen hat, dass ein *Erfolg nicht eintritt*. Der Garant hat nicht für bestimmte Abwendungsmöglichkeiten, sondern bestimmte Schädigungsmöglichkeiten einzustehen.¹³⁵¹ Dementsprechend begnügt sich das Recht nicht mit der Übernahme der faktischen Erwartungen der Gesellschaft, dem gegebenen sozialen „Regelablauf“. Vielmehr erhebt das Recht den normativen Anspruch, zu bestimmen, was zum sozialen Regelablauf gehört.¹³⁵²

Sicher obliegt etwa die Rolle der Versorgung von Kindern grundsätzlich nur den sorgeberechtigten Personen, sodass das „Ausfallen“ dieser Garanten als „Zahnräder“ im sozialen Miteinander zu schweren Verwerfungen führen würde.¹³⁵³ In einer Rechtsordnung, die zum Schutz von Rechtsgütern als *ultima ratio* bestimmte besonders schädliche Verhaltensweisen missbilligt und pönalisiert, handelt es sich um den Kernbestand von Verbindlichkeiten, die zu einem Zusammenleben, das eine Entfaltung verfassungsrechtlich geschützter Interessen ermöglicht, *unerlässlich* sind.¹³⁵⁴ Diese *Unerlässlichkeit* einer Verhaltensweise zum Rechtsgüterschutz lässt sich nicht „auf dem Papier“, sondern erst

¹³⁵⁰ So hat *Schünemann* etwa *E. A. Wolff* mit Recht entgegeng gehalten, dass das Kriterium des „normalen sozialen Ablaufs“ als solches unbrauchbar ist. „Bestimmte Gefahren sind so häufig, andererseits aber so leicht zu bannen, daß die Gesellschaft die Tätigkeit der zur Gefahrenabwehr Berufenen nicht mehr als solche erkennt und sie für etwas ganz Natürliches hält. Andere Gefahren sind so selten, daß die Gesellschaft keinen Abwehrdienst ‚de tous les jours‘ unterhält, sondern sich mit der sporadischen Aktivität der zur Abwehr Berufenen begnügt. Daß ihre (seltenen) Taten dann immer besondere Beachtung finden, beruht auf der allgemein-menschlichen Langeweile bei gleichförmigen Geschehensabläufen [...]. Unter dem leitenden Wertgesichtspunkt der ‚Berufung zur Gefahrenabwehr‘ kann es aber keinen Unterschied machen, ob das Eingreifen ständig und gleichförmig oder nur in besonderen Gefahrenfällen zu erfolgen hat“, *Schünemann* Grund und Grenzen S. 97.

¹³⁵¹ → Kapitel 1 § 3 B VI 4.

¹³⁵² Vgl. dazu *Gallas* Studien S. 56 ff.

¹³⁵³ Die Rechtsordnung stellt die Eltern gerade „auf Posten“, da sonst Kinder aufgrund ihrer strukturellen Hilflosigkeit im täglichen Leben überhaupt keine Chance haben. Gleiches gilt etwa für den Autofahrer: Dass dieser im richtigen Moment bremst, ist im Straßenverkehr ebenso essentiell vorgegeben wie, dass er nicht im falschen Moment Gas gibt. Nicht zuletzt ist die „Aufgabe“ des Jedermanns als Adressat des *neminem laedere* in der Gesellschaft unerlässlich: Ein reibungsfreier Ablauf des sozialen Alltagslebens ist nur möglich, wenn jeder darauf vertrauen kann, nicht durch die Initiative anderer bewusst oder vermeidbar geschädigt zu werden.

¹³⁵⁴ Hinsichtlich dieser im sozialen Regelablauf *zwingend* eingeplanten Handlungen hat der Rechtsanwender durchaus ein Vorverständnis, sodass der Vorwurf einer Gefühlsrechtsprechung durch *Berster* Unterlassungsdelikte S. 32 überzogen ist.

im konkreten sozialen Miteinander feststellen, sodass die rechtliche Betrachtung die sozialen Sinnbezüge als „Natur der Sache“ beachten muss.¹³⁵⁵ Wenn das Recht eine sinnhafte Regelung des Zusammenlebens von Menschen bezweckt, kann es diese Realität nicht ignorieren, sondern muss die Abläufe dieses Zusammenlebens berücksichtigen.¹³⁵⁶ *Im Ausgangspunkt* ist die Beachtung der sozialen, strafrechtsunabhängigen Rollen daher nicht falsch, jedoch kann das *Recht* dort nicht stehen bleiben.¹³⁵⁷ Es entscheidet autonom, welche Regelungsziele es verfolgt und an welche Strukturen es hierzu anknüpft.¹³⁵⁸ Bereits aus Gründen der Gesetzesbestimmtheit kann das Strafrecht *nicht unmittelbar* auf bestimmte soziale Standards oder Erwartungen in bestimmten Situationen abstellen.¹³⁵⁹ Das Recht zieht im Hinblick auf die Rechtssicherheit „scharfe Grenzen da, wo das Leben nur fließende Übergänge kennt [...]“.¹³⁶⁰ So meint auch *Roxin* selbst, was dem Tatbestand unterfällt „ist eine Sinn- und Wertungsfrage und kann allein durch teleologische Erwägungen, die an der Art des jeweiligen Regelungstoffes orientiert sind, gelöst werden [...]“.¹³⁶¹ Insbesondere in den Randbereichen eines Begriffs können die Inhalte nicht vollständig durch die sozialen Strukturen vorgeformt sein, sondern müssen gesetzlich und richterlich präzisiert werden.¹³⁶² Dahingehend sind dann letztlich auch die unten skizzierten neueren Ausführungen *Roxins* zur Ingerenz als Fall der „Kontrollherrschaft“ zu verstehen. Dass *Roxin* das Differenzierungskriterium, ob sich ein Verhalten innerhalb des „sozialen Regelablaufs“ befindet, nunmehr für die Frage nach der Strafmilderung als maßgeblich erachtet,¹³⁶³ erscheint aufgrund der abgeschwächten sozialen Evidenz der Pflichten außerhalb dieses Ablaufs jedenfalls plausibel. Im Rahmen des § 13 II StGB kann – anders als für die Frage nach der Strafbarkeit – den fließenden Übergängen des sozialen Lebens Rechnung getragen werden.¹³⁶⁴

¹³⁵⁵ Näher unten zu *Schünemann* → E II 1. Der Rechtsstoff ist nach *Roxin* insbesondere durch soziale Gegebenheiten, Bedeutungen und Sinnzusammenhänge vorgeformt, *Roxin* TuT S. 22, 25; siehe auch *ders.* GS Radbruch S. 260, 265.

¹³⁵⁶ Das beachtet *Berster* nicht hinreichend, Unterlassungsdelikte S. 32 *et passim*.

¹³⁵⁷ Dementsprechend spricht *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 109 von „sekundären“, aus der „Störung der sozialen Schutzordnung“ hervorgehenden Pflichten.

¹³⁵⁸ So auch *Roxin* TuT S. 25; vgl. außerdem *Neumann* JA 1987, 244, 247: Natürlich sind die Normen des Strafrechts an die entsprechenden Regeln des Sozialbereichs nicht starr gebunden; sie können ihrerseits soziales Geschehen definieren und interpunktieren und Verantwortlichkeiten abweichend von sozialen Regeln festlegen.“

¹³⁵⁹ *Seelmann* in: *Recht und Moral* S. 295, 303; siehe auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 86 f., der die Dynamik des sozialen Entwicklungsprozesses betont.

¹³⁶⁰ *Radbruch* RPh S. 72.

¹³⁶¹ *Roxin* ZStW 74 (1962) 515, 527, „[...] nicht aber durch Folgerungen aus dem ontologischen Wesen oder Begriff von irgendetwas“.

¹³⁶² *Roxin* TuT S. 26. Siehe auch *Neumann* ZStW 99 (1987) S. 567, 590: Die präzise Ausgestaltung der Grenzen bleibt dabei der Strafrechtsgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft vorbehalten. – Sehr weitgehend jedoch sodann: „Die wesentlichen Konturen der Regelung aber sind durch soziale Normen und Normvorstellungen vorgegeben“; ähnlich auch *Schünemann* in: *Bausteine* S. 149, 162 (dort zur Abgrenzung von Unrecht und Schuld).

¹³⁶³ *Roxin* AT II § 31 Rn. 239 ff.

¹³⁶⁴ So auch *Arzt* FS *Roxin* (2001) S. 855, 866 f.

C. Renaissance der formellen Rechtspflichttheorie (*Seebode*)

I. Darstellung

Insbesondere *Seebode* hat den Versuch unternommen, die formelle Rechtspflichttheorie wiederzubeleben: „Wegen des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips besteht keine andere Wahl, als in § 13 StGB eine Verweisung auf sog. formelle Rechtspflichten zu sehen.“ Es sei „an den Stand der Dogmatik [...] zur Zeit *Feuerbachs* anzuknüpfen“. ¹³⁶⁵ Die weder gesetzlich noch vertraglich bestimmte *Ingerenz* sei daher mit dem strafrechtlichen Gesetzlichkeitsgrundsatz unvereinbar. ¹³⁶⁶ Die Gegenargumentation sei zum Teil berechtigt, allerdings „nur“ kriminalpolitisch. Die Strafwürdigkeit sowie der Einwand, die formelle Rechtspflichtlehre sei „gleichzeitig zu eng und zu weit“, verfangen jedoch nicht, da hieraus nicht entgegen Art. 103 II GG die Strafbarkeit begründet werden könne. ¹³⁶⁷ *Seebode* hat also die Einwände gegen die formelle Rechtspflichttheorie – jedenfalls teilweise – selbst vor Augen und hält die Erwägungen teilweise sogar für begründet, aufgrund des Gesetzlichkeitsgrundsatzes jedoch für unerheblich.

II. Kritik

Es wird auf die oben geäußerte Kritik an der formellen Rechtspflichttheorie verwiesen. Ergänzend ist hinzuzufügen, dass gerade *Seebodes* eigener Lösung erhebliche Zweifel im Hinblick auf die Bestimmtheit entgegenstehen. ¹³⁶⁸

Zunächst kann auch *Seebode* die entscheidende zweite Frage, ob die Rechtspflicht ein „Einstehenmüssen“ bedeutet, nicht beantworten. *Seebode* will nicht jede formelle Rechtspflicht genügen lassen, sondern nur solche „die auf den Schutz des tatbestandlichen Rechtsgutes ausgerichtet sind, ¹³⁶⁹ also [...] derentwegen der Unterlassungstäter i.S.d. § 13 ‚rechtlich dafür einzustehen‘ hat, dass der tatbestandliche Erfolg ausbleibt“. ¹³⁷⁰ Dem Schutz von Rechtsgütern dienen allerdings auch zahlreiche außerstrafrechtliche Pflichten, etwa §§ 823, 1004 BGB, sowie die strafrechtlichen Jedermannhandlungspflichten nach

¹³⁶⁵ *Seebode* FS Spindel S. 317, 345. Siehe dazu schon oben → Kapitel 1 § 3 A II 1 sowie die Kritik hieran dort unter → B II.

¹³⁶⁶ *Seebode* FS Spindel S. 317, 342 f.: sittliche und „vielfach verbreiteten Gefühlen entgegenkommende“, aber keine rechtlichen Pflichten; *ders.* NStZ 1993, 83, 84; „Gesetzes- und Verfassungsverstoß“; vgl. auch Baumann/Weber/*Mitsch*/Eisele AT § 21 Rn. 70 m. Fn. 360; *Noll* Compliance S. 125 f.

¹³⁶⁷ *Seebode* FS Spindel S. 317, 346. Die Argumentation sei bloß *de lege ferenda* zu berücksichtigen, während sich *de lege lata* der Gesetzlichkeitsgrundsatz durchsetze.

¹³⁶⁸ Vgl. im Allgemeinen zur formellen Rechtspflichttheorie auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 11: „scheinbar konkreteste“ Garantstellung aus Gesetz; siehe auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 27: formelle Rechtspflicht als „Krücke“ der Unterlassungsstrafbarkeit hinsichtlich des Gesetzlichkeitsgrundsatzes; *Grünwald* Garantpflichten S. 127: weder Erhöhung der Bestimmtheit noch restriktive Pflichtenbildung.

¹³⁶⁹ Darauf stellt auch *Rudolphi* NStZ 1991, 361, 364; *ders.* NStZ 1997, 599, 600 ab, fordert jedoch zusätzlich ein materielles Garantieverhältnis.

¹³⁷⁰ Ebenso *Stam* ZStW 131 (2019) 259, 270 ff. mit umfassenden Nachweisen zum Schutzzweckgedanken in der Rechtsprechung; *Noll* Compliance S. 81 verteidigt *Seebode* gegen die Kritik an der formellen Rechtspflichttheorie.

§§ 138, 323c I StGB.¹³⁷¹ Dies genügt nicht zur Begründung *begehungsgleicher Bestrafung*.

Überdies widerspricht eine Lösung, die entgegen dem Ergebnis der *Gesetzesauslegung* dem rechtlichen Einstehenmüssen irgendeinen (Rechtssicherheit versprechenden) Bedeutungsgehalt *einlegt*, selbst dem Gesetzlichkeitsgrundsatz und führt diesen damit *ad absurdum*.¹³⁷² Denn selbst wenn die Interpretation des Einstehenmüssens als „formelle Rechtspflichtwidrigkeit“ eine „irgendwie rechtssichere“ und damit „bestimmte“ Handhabung schafft, würde dies nur dann zu *gesetzlicher* Bestimmtheit führen, wenn § 13 I StGB nach den allgemeinen Auslegungsmethoden eine formelle Rechtspflicht voraussetzt. Die Auffassung *Seebodes* ist daher in gewisser Hinsicht zirkulär, indem sie die gesetzliche Bestimmtheit der formellen Rechtspflichttheorie als Argument vorbringt, diese jedoch gerade davon abhängt, *ob § 13 I StGB gesetzlich bestimmt, dass* die formelle Rechtspflichttheorie maßgeblich ist. Hierfür spricht nach dem oben Geschilderten wenig. Art. 103 II GG ist, wie dargelegt,¹³⁷³ im Rahmen der *Auslegung* bloß *ein* (gewichtiges) systematisches Argument, jedoch kein „Superargument“, dessen Autorität keinen Widerspruch duldet. Wenn das mithilfe sämtlicher Auslegungsmethoden gewonnene Ergebnis den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht genügt, so ist die Vorschrift eben verfassungswidrig und kann nicht dadurch „geheilt“ werden, dass ihr ein „theoretisch verfassungsgemäßer“, aber vom Gesetz weder subjektiv intendierter noch objektiv ausgedrückter Inhalt eingelegt wird. Im Ergebnis bringt der Ansatz *Seebodes* eine Verankerung in *einem* Gesetz, der formellen Pflichtenorm, jedoch nicht in *dem* Gesetz, aus dem bestraft werden soll – nämlich § 13 I StGB in Verbindung mit dem jeweiligen Straftatbestand. Die gesetzliche Bestimmtheit der Lösung ist damit nur eine scheinbare, tatsächlich wird das Problem sogar vertieft.¹³⁷⁴

D. Fehlende „Unrechtssteigerung“ (*Langer*)

I. Darstellung

Auf Ablehnung stößt die Garantienpflicht aus Ingerenz auch bei *Langer*. Dieser stellt sich auf den Standpunkt, das unechte Unterlassungsdelikt sei ein „Sonderverbrechen“.¹³⁷⁵ Dieses zeichne sich im Allgemeinen durch einen Gemeinunrechtskern und eine „relative

¹³⁷¹ Zu letzterem Aspekt bereits *Schaffstein* FS Gleispach S. 70, 81 f.; *H. Mayer* AT § 17 III 2 a); siehe auch *Kühl* FS Herzberg S. 177, 185; *Roxin* AT II § 32 Rn. 11; *Rudolphi* NStZ 1991, 361, 365.

¹³⁷² Damit hat diese Interpretation des § 13 I StGB auch keinen „Charme“, wie allerdings *Herbertz* Ingerenz S. 209 meint. Es kommt auch nicht der Vorteil von Blankettmerkmalen zum Tragen, dass sie keine Wertungen erfordern, sondern andere Normen einschließlich ihrer Wertungen übernehmen (so *Herbertz* aaO). Der Blankettverweis macht die Wertung, ob ein *Einstehenmüssen* vorliegt, gerade nicht überflüssig.

¹³⁷³ → Kapitel 1 § 3 B II.

¹³⁷⁴ Vgl. bereits *Schaffstein* FS Gleispach S. 70, 83: „Niemand wird ernstlich behaupten können, daß die Rechtspflichttheorie mit diesem System ineinander geschachtelter [...] Ausnahmen [zu] der praktischen Rechtsanwendung brauchbaren Richtlinien käme. Damit aber verfehlt sie ihre eigentliche Aufgabe [...]“.

¹³⁷⁵ Aufgrund der Differenz zu den „Gemeinverbrechen“ §§ 323c, 138 StGB handle es sich um ein sog. „Sonderverbrechen“, vgl. *Langer* Sonderstrafat S. 349; also um ein „wegen seines besonderen tatbestandlichen Unrechts nur von bestimmten Personen begehbare[s] [...] Delikt“, vgl. S. 352, näher 293 ff., 450 ff.; siehe auch *Deichmann* Grenzfälle S. 163, 179.

Steigerung des Unrechts des Sonderpflichtigen“ aus.¹³⁷⁶ Dementsprechend fordert *Langer* für das Einstehenmüssen, § 13 I StGB, ein vorgelagertes rechtliches Gebot zur Erfolgsabwendung,¹³⁷⁷ also die Verletzung einer „Gemeinrechtspflicht“ als „Gemeinrechtskern“.¹³⁷⁸ Dies erkläre auch, warum der Garant dort nicht tätig werden müsse, wo einen Nichtgaranten keine Pflicht treffe.¹³⁷⁹ Die Basis, das jeweilige „korrespondierende Gemeindelikt“, seien bei der Unterlassungsstrafbarkeit etwa §§ 323c, 138 StGB.¹³⁸⁰ *Langer* sieht also den Inhalt der Rechtspflicht von § 323c I StGB und §§ 212 I, 13 I StGB als gleich an, nur die *Strafbarkeit* hänge bei letzterem Delikt von zusätzlichen Merkmalen ab.¹³⁸¹

Die nach der Entsprechungsklausel gebotene „Gleichheit im Straftatunwert“ zu dem korrespondierenden „Begehungsgemeinrecht“ trage der verfassungsrechtlich erforderlichen Relation von Straftat und Strafe Rechnung.¹³⁸² Da die Rechtsgutsverletzung durch Unterlassen *als solche* geringeres Unrecht begründe als die durch aktives Tun, müsse dies für die Gleichstellung (für die „Gleichwertigkeit“¹³⁸³) durch eine „relative Steigerung im *Unterlassungssonderunrecht* des Sonderpflichtigen (Garanten) gegenüber dem Gemeinsubjekt kompensiert“ werden.¹³⁸⁴ Die „Intensität des Verbots oder Gebots“ sei insofern variierbar, sie hänge maßgeblich vom „Verhältnis des Adressaten zum Gegenstand der Norm“ ab.¹³⁸⁵ Als relativ unrechtssteigernde Gründe kommen, wie beim „Begehungssonderdelikt“, die „Überantwortung des Verletzungsobjekts“ sowie die „relative[...] Ab-

¹³⁷⁶ Vgl. zum Unterlassungsdelikt *Langer* Sonderstrafat S. 451. Dem entspricht es, dass *Langer*, wie oben dargestellt, in dem Einstehenmüssen bloß das Erfordernis irgendeiner Rechtspflicht sieht und die Gleichstellung über das „Entsprechen“ vornimmt. Vgl. → Kapitel 1 § 2 D IV 2, 3.

¹³⁷⁷ *Langer* Sonderstrafat S. 455 f.: Das Merkmal des Einstehenmüssens mache die „Nennung der Rechtspflicht“ erforderlich, da das Gesetz eine solche zur Erfolgsabwendung nur ganz ausnahmsweise aufstelle; ebenso *Schürmann* Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 64 ff., 74 f.

¹³⁷⁸ *Langer* Sonderstrafat S. 451: Wie jedes Sonderunrecht enthalte auch das Unterlassungssonderunrecht einen Kern von Gemeinrecht, hier nämlich die Gefahr für ein Rechtsgutsobjekt und die Möglichkeit, rettend tätig zu werden. Unter dieser Voraussetzung sei das Unterlassungsgemeinrecht verwirklicht; ebenso *Kreuzberg* Täterschaft S. 213 ff.; **ablehnend** zu einer zugrundeliegenden Jedermannpflicht *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 2, 16; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 45 Rn. 20 f.

¹³⁷⁹ *Langer* Sonderstrafat S. 451 m. Fn. 24. – Dies ist gerade zweifelhaft: So hat nur der Fahrzeughalter die Pflicht, das KFZ betriebssicher zu halten. Auch kann jemand aufgrund von Übernahme verpflichtet sein, Sachwerte gegen geringfügige Beeinträchtigungen zu schützen, die noch keinen Unglücksfall i.S.v. § 323c StGB darstellen.

¹³⁸⁰ *Langer* Sonderstrafat S. 451, 453; ähnlich bereits S. 349; auch *Ceffinato* Legitimation S. 143 f.; *Schürmann* Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 64 ff.

¹³⁸¹ *Langer* Sonderstrafat S. 473; siehe auch *Kreuzberg* Täterschaft S. 213 ff., 215.

¹³⁸² *Langer* Sonderstrafat S. 450 ff., 459; zustimmend *Schürmann* Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 109 ff., 115 ff.: „annähernde Gleichheit“.

¹³⁸³ *Langer* Sonderstrafat S. 452; Hervorhebung im Original.

¹³⁸⁴ *Langer* Sonderstrafat S. 450 f., 452 f., 459; ähnlich *Schürmann* Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 118 f.; *Ceffinato* Legitimation S. 143; *Deichmann* Grenzfälle S. 179; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 232, 259.

¹³⁸⁵ *Langer* Sonderstrafat S. 324; beispielsweise sei die Dringlichkeit der Norm § 212 StGB, die Angriffe auf das Leben verbietet, im Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern in einem so hohen Maß intensiviert, dass auch die Verletzung durch Unterlassung der Sanktion des Begehungsdelikts unterliege (§ 13 StGB).

wandlung der Normdringlichkeit“ in Frage, bei deren Vorliegen das Unrecht des unterlassenden Intraneus gegenüber dem gleichen Unterlassen eines Außenstehenden modifiziert sei.¹³⁸⁶ Ähnlich spricht auch *Stein* davon, dass die Gebotsnorm des unechten Unterlassungsdelikts in ihrer Dringlichkeit den Verbotsnormen entsprechen müsse, während in §§ 138, 323c StGB eine Gebotsnorm „minderer Dringlichkeit“ bestehe.¹³⁸⁷

An dieser relativen Unrechtssteigerung fehlt es nach *Langer* jedoch bei der Ingerenz. Das vorangegangene Tun begründe nicht das für die begehungsgleiche Bestrafung erforderliche „Sonderunrecht“. „Das Setzen einer Gefahr schafft als solches weder eine sonderunwertbegründende Beziehung des Gefährdenden zum Gefährdeten noch eine relative Abwandlung der Normdringlichkeit, sodaß der Unterlassende nur das betreffende Gemeinunrecht begeht“.¹³⁸⁸ Mangels relativer Unrechtssteigerung sei daher dem Erfordernis der Gleichwertigkeit nicht genügt.¹³⁸⁹

¹³⁸⁶ *Langer* Sonderstrafat S. 451; zu ersterem Aspekt näher S. 304 ff., speziell zum Unterlassungsdelikt S. 460 f.; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 251; zu letzterem *Langer* aaO S. 324 ff.; siehe auch *Schürmann* Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 119 ff.; *Kreuzberg* Täterschaft S. 215: „subjektiv abgewandelte Dringlichkeit“.

¹³⁸⁷ *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 232, 259; *ders.* SK Vor § 13 Rn. 7, § 13 Rn. 3 f., 6: „Pflichtenintensität“.

¹³⁸⁸ *Langer* Sonderstrafat S. 452: „angebliche Garantenstellung aus vorangegangenem Tun“, ebenso S. 460; sowie *ders.* FS Lange S. 241, 243 m. Fn. 12; *Schürmann*, der *Langer* im Wesentlichen folgt, verneint hinsichtlich der Ingerenz bereits das Vorliegen einer Rechtspflicht (Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 73); *Stein* meint hingegen, *Langer* habe den Kreis der Gründe für die Dringlichkeitssteigerung zu eng gehalten, JR 1999, 265, 271.

¹³⁸⁹ Kritisch äußerte sich jüngst auch *Ceffinato*, der sich in ähnlicher Weise auf den Standpunkt stellt, die unechten Unterlassungsdelikte seien Sonderpflichtdelikte. Zunächst nimmt er die Fallgruppe der Ingerenz bloß aus der Gruppe der Sonderpflichtdelikte aus, da der Ingerent jedermann sein könne, ohne durch einen besonderen Vertrauensakt für einen besonderen sozialen Einflussbereich zuständig zu sein (Legitimation S. 142 m. Fn. 111, S. 168, 200 m. Fn. 396; siehe außerdem *ders.* NStZ 2021, 65, 69). Die Frage, ob die Ingerenz eine Garantenposition darstellt, lässt er jedoch zunächst offen. Später äußert er sich deutlicher (*ders.* Vollendungsumkehr S. 124 f.): Die Gefahr werde allein durch die aktive Vermeidungspflichtverletzung geschaffen, diese enthalte kein Gebot zum rettenden Eingreifen. Bei der Ingerenz handle es sich um eine „Scheingarantenposition“, denn der aktiv Handelnde gelange infolge seiner Handlung nicht in eine Sonderposition zum jeweils geschützten Rechtsgut, „kann doch jedermann diese Stellung infolge eigener angemessener Handlung erwerben“. – Zwar trifft es sicher zu, dass der Ingerent keinen „besonderen Status“ aufweist, sich sein Einstehe müssen also nicht aus einer unabhängig von den Begehungsverboten bestehenden Rolle begründen kann, sondern allein aus den Wertung der *jedermann* betreffenden Begehungstatbestände (vgl. dazu insbesondere *Gallas* Studien S. 81; *Herzberg* JZ 1986, 986, 988 f.; *Jakobs* in: El sistema S. 133, 134 f.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 150 ff.; *Seelmann* GA 1989, 241, 251 ff.; *Stree* FS H. Mayer S. 145, 155 f.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 164; *E. A. Wolff* Kausalität S. 43). Es geht also nicht um die Konsequenzen einer in einem außerstrafrechtlichen Rechtsgebiet getroffenen Statuszuweisung, wie etwa nach der Lehre von den Pflichtdelikten (vgl. nur *Roxin* TuT S. 392 ff.; *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen 110; siehe auch *Witteck* Betreiber S. 118, 153). *Ceffinato* trifft hier keine dogmatisch zwingende Ableitung, sondern bloß eine (damit zirkuläre) Folgerung aus seiner unnötigen und unbegründeten Verquickung der Garantenpositionen mit den Sonderpflichtdelikten. Die zu diesen gewonnenen Ergebnisse überträgt *Ceffinato* unbedenkenhaft auf die unechten Unterlassungsdelikte. Dabei leitet sich die Strafbarkeit des „unechten“ Unterlassens (sowohl der Obhuts- als auch Überwachungsgaranten) doch gemäß der gesetzlichen Anordnung in § 13 I StGB gerade aus den Jedermannbegehungsdelikten ab (→ Kapitel 1 § 2 C I 3, D I, § 3 B VI). Pointiert: Die Garantenstellung aus Ingerenz ist in Gleichstellung zur Begehung zu entwickeln, nicht in Gleichstellung zu den Besonderheiten mancher Obhutsgarantenstellungen. Diese „Sonderpositionen“ erlangen ihre Relevanz

II. Kritik

Diese Ausführungen können jedoch nicht überzeugen. Die Konzeption *Langers*, welche die Gleichwertigkeit im Unrecht erfordert, begegnet *de lege lata* bereits im Hinblick auf § 13 II StGB Bedenken. Schon aus diesem Grund könnte man die Ablehnung der Garantstellung aus Ingerenz, die mit der mangelnden Gleichheit im Unwertgehalt begründet wird, mit guten Gründen hinterfragen.¹³⁹⁰ Zudem wurde bereits oben die von *Langer* vorgenommene Auslegung des Entstehenmüssens sowie des Entsprechens abgelehnt.¹³⁹¹ *Langer* meint, § 13 I StGB sei unbedingt zu beachtende gesetzliche Bestimmung der Strafbarkeit, legt dieser jedoch in mehr oder minder gezwungener Weise seine bereits zuvor entwickelte Konzeption unter.¹³⁹²

1. Unechte Unterlassungsdelikte als Unterlassungssonderdelikte?

Die Theorie *Langers* leidet insbesondere an der unbelegten Unterstellung, dass die von ihm entwickelten Regeln für die „Sonderbegehungsdelikte“ auf die unechten Unterlassungsdelikte übertragen werden müssten. Denn letztere sind nach der gesetzlichen Anordnung des § 13 I StGB – und auch ausweislich der Ausführungen *Langers* – *abhängig*¹³⁹³ von den *Jedermannbegehungstatbeständen* normiert.¹³⁹⁴ Dem widerspricht es, dass *Langer* den für die *Sonderbegehungsdelikte* aufgefundenen „Mechanismus“ (aufgrund einer Sonderposition gesteigertes Gemeinunrecht) auf die unechten Unterlassungsdelikte überträgt, nur weil dieser „Mechanismus“ *vage* (!) – beide Male geht es um eine Einschränkung möglicher Tatsubjekte im Hinblick auf eine schärfere Bestrafung – passen könnte. Vielmehr wäre nach § 13 I StGB das *Unrecht* des Unterlassungsverbrechens (als Grundlage der begehungsgleichen Strafverhängung) in Abhängigkeit zu den Begehungsdelikten zu bestimmen, indem man fragt, was die höhere Strafwürdigkeit des *Jedermannbegehrens* ausmacht. Die von *Langer* etablierte Parallele zum „Begehungssonderunrecht“ sagt hierfür (jedenfalls *de lege lata*) nichts aus. Pointiert: Entscheidend für die Gleichstellung nach § 13 I StGB ist, warum der Handelnde beim Jedermann delikt *stets* für die

i.R.d. § 13 I StGB in Analogie zur „Jedermannposition“ des Begehenden, selbstverständlich gilt Selbiges auch für die Ingerenz. Warum es im Übrigen gegen die Annahme einer Garantposition sprechen sollte, dass diese *hypothetisch* jeder erwerben *könnte* (wenn sie im konkreten Fall doch nur der eine Gefährschaffer erworben hat), bleibt im Dunklen. Überdies ließe sich die Argumentation *ad absurdum* führen, wenn man sie auf andere Garantstellungen überträgt: Jedermann kann jederzeit die Herrschaft über eine Sache ergreifen und doch würde niemand bezweifeln, dass auch der Dieb eines Autos abbremsen muss, wenn ein Fußgänger vor den Wagen läuft. Zu Recht hat der BGH in seiner jüngsten Entscheidung zur Ingerenz betont, dass die Anknüpfung der Entstehung an situative Umstände nicht den Sonderdeliktscharakter hindert, BGH NJW 2021, 1767, 1769.

¹³⁹⁰ Vgl. im Allgemeinen *Stree* FS Lenckner S. 393, 397. – *Schürmann* Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 115 ff. lässt daher die „annähernde Gleichheit“ genügen, muss aber konsequenterweise § 13 StGB für unvereinbar mit dem Gesetzlichkeitsgrundsatz erklären, vgl. S. 126 ff., 187 ff.

¹³⁹¹ Siehe oben → Kapitel 1 § 2 D IV 3.

¹³⁹² Damit kommt eben diese Kritik an der h.M. (*Langer* Sonderstrafat S. 453) auf ihn zurück.

¹³⁹³ So *Langer* Sonderstrafat S. 449 ff.

¹³⁹⁴ Im Allgemeinen zutreffend daher *Freund* FS Herzberg S. 225, 239: Von der „normalen Sonderverantwortlichkeit“ sei die „besondere Sonderverantwortlichkeit“ bei den Sonderdelikten zu unterscheiden.

Folgen seiner Handlung einzustehen hat, nicht weshalb manche Begehende *darüber hinaus* eine Sonderposition einnehmen.

Bei der „Rechtspflicht“¹³⁹⁵ des „unechten“ Unterlassungsdelikts handelt es sich daher richtigerweise um die dem jeweiligen Tatbestand zugrunde liegende „Verhaltensnorm“ als Spiegelbild des Handlungsunrechts, welches gemäß der Vorgabe des § 13 I StGB an dem Unrecht des jeweiligen Begehungstatbestands zu orientieren ist.¹³⁹⁶ Dagegen führt entsprechend den Erwägungen zur formellen Rechtspflichttheorie auch die Konzeption *Langers*, in einer mit der gesetzlichen Konzeption des § 13 I StGB unvereinbaren Weise, weg von der Orientierung an dem Begehungsunrecht. „Die unechten Unterlassungsdelikte [...] sind nicht etwa eine Abart der echten Unterlassungsdelikte [...], sondern ein Spiegelbild, eine Komplementärerscheinung der Begehungsdelikte“.¹³⁹⁷ Dagegen verschiebt sich bei *Langer* der Vorwurf, den die Rechtsordnung dem Täter macht. Es würde dem Täter nicht mehr die Verwirklichung des analog zum Begehungsunrecht bestimmten Unterlassungsunrechts vorgehalten, stattdessen würde ein Rechtsverstoß anderen Typs (§ 323c I StGB) über den Hebel der „relativen Unrechtssteigerung“ gleichgestellt. Zwar verwirklichte der unterlassende Garant nach *Langer* einen (möglicherweise!) quantitativ¹³⁹⁸ mit dem Begehungsdelikts vergleichbaren Unrechtsgehalt, jedoch nicht den qualitativen Unrechtstypus.¹³⁹⁹ Der nach § 13 I StGB erhobene Vorwurf (Bestrafung nach dem Tatbestand des Begehungsdelikts) wäre also für denjenigen, der § 323c I StGB plus eine „Unrechtssteigerung“ erfüllt – selbst bei hypothetisch identischer Strafzumessung – nicht mehr verständlich. Er würde aus anderen Gründen getadelt als der aus dem gleichen Tatbestand bestrafte Begehungstäter.¹⁴⁰⁰

¹³⁹⁵ Das Erfordernis einer „externen“ Rechtspflicht ist den oben genannten Einwänden gegen formelle oder teil-formelle Rechtspflichtlehren ausgesetzt.

¹³⁹⁶ Vgl. auch zur formellen Rechtspflichttheorie *Herzberg* Arbeitsschutz S. 223 f.: Das Abstellen auf irgendeine Rechtspflicht wirke „gewaltsam und jedenfalls gezwungener als die unmittelbare Ableitung der Pflicht aus der Norm“, aus der bestraft wird.

¹³⁹⁷ *Maurach* AT § 45 I C 1.

¹³⁹⁸ Siehe im Allgemeinen *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 5: Der Begriff des Unrechts ist, anders als der der Rechtswidrigkeit, *quantitativ und qualitativ* konkretisierbar.

¹³⁹⁹ Die quantitative Gleichheit im Straftatunwert ist viel zu weit, um etwa zu begründen, dass eine unterlassene Hilfeleistung den Unrechtstypus eines Totschlags durch Unterlassen annimmt. Beispielsweise haben auch § 223 I StGB, § 242 I StGB und § 267 I StGB alle einen identischen Strafraum. Die Taten sind in quantitativer Hinsicht „gleich strafwürdig“. Damit ist jedoch über die jeweilige Sozialschädlichkeit qualitativ noch nichts ausgesagt; ähnlich schon *E. A. Wolff* Kausalität S. 33. Allgemein *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 17: Die bloße Strafwürdigkeit bzw. der quantitative Unwertgehalt sind kein taugliches Kriterium zur Abgrenzung von Tatbeständen. Sie kann höchstens eine gewisse Leitlinie festgeben, jedoch nicht die Typisierung des strafwürdigen Verhaltens ersetzen.

¹⁴⁰⁰ Die von *Langer* hochgehaltene „Gleichheit im Strafunwert“ ist daher *höchstens* quantitativ, die „Relation von Straftat und Strafe“ *höchstens* für den Strafschmerz, nicht aber für den Ausspruch der Missbilligung gegeben.

2. Probleme des „Gemeinunrechtskerns“

Das Erfordernis einer „Rechtspflicht“ führt zur Überbetonung der bestimmenden Funktion von Rechtsnormen (etwa § 323c I StGB oder Vorschriften des Zivilrechts). Tatsächlich ist jedoch, wie oben bereits dargelegt, die Formulierung einer Norm als bestimmend, als Sollen, pragmatischen, rechtspolitischen Erwägungen geschuldet.¹⁴⁰¹ Die bestimmende *Form* des Rechtssatzes verhält sich zu der Frage, welche Wertung zugrunde liegt, neutral.¹⁴⁰² § 13 StGB schreibt ausdrücklich eine Orientierung an der Wertung des jeweiligen Begehungsdelikts vor. Wenn die Unrechtswertung auf das Unterlassungsdelikt übertragen ist, stellt die Formulierung eines entsprechenden *bestimmenden* Satzes nach dieser Maßgabe eine *rein semantische Aufgabe* dar. Im Rahmen des „Einstehenmüssens“ hingegen bloß Ausschau nach Rechtssätzen zu halten, die bestimmend formuliert sind, ist eine Richtlinie, die überhaupt keinen materiellen Kriterien folgt.

Durch das Erfordernis der Rechtspflicht tun sich gleichzeitig empfindliche Lücken auf. Mag die Argumentation bezüglich der Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit noch ein Stück weit tragen, wenn man die Prämisse akzeptiert, § 323c StGB habe exakt die gleiche Schutzrichtung wie §§ 212 I, 223 I StGB¹⁴⁰³ – jedenfalls bezüglich anderer Tatbestände versagt sie. Die Reichweite des unechten Unterlassungsdelikts wäre also sachwidrig auf Delikte gegen Leben und körperliche Unversehrtheit beschränkt. Beurkundet etwa ein Amtsträger einen Vorgang zunächst gutgläubig falsch und geht es um die Frage, ob er nach Erkennen des Fehlers das Versenden der Urkunde durch sein Personal unterbinden muss, so lässt sich nicht auf § 323c StGB rekurren. Nun sind im fragmentarischen Strafrecht¹⁴⁰⁴ Lücken nicht *per se* schlecht, sondern liegen in der Natur der Kodifikation begründet. Jedoch widersprechen die Lücken Wortlaut, Systematik und Zweck von § 13 StGB, der als *allgemeine Vorschrift* sämtliche Tatbestände des Besonderen Teils („Tatbestand eines Strafgesetzes“) in Bezug nimmt. So bezweckt § 13 StGB, den durch die Begehungstatbestände verfolgten Schutz von Rechtsgütern gegen aktive Angriffe auf den Schutz vor „passiven Angriffen“ auszudehnen, nicht bloß, bestimmte unterlassene Hilfeleistungen härter zu bestrafen. Es ist systematisch nicht einleuchtend, die allgemeine Regelung des § 13 I StGB, die sämtliche Begehungstatbestände des Besonderen Teils betrifft, in ihrer Auslegung von zwei in ihrem Anwendungsbereich begrenzten Tatbeständen des Jedermannunterlassens abhängig zu machen. Der Gesetzgeber wollte nicht § 323c StGB für den Garanten qualifizieren,¹⁴⁰⁵ sondern die Tatbestände des Besonderen Teils auf Unterlassungen ausweiten. Unerklärbar durch die Konzeption

¹⁴⁰¹ Gallas FS Bockelmann S. 155, 158. Siehe dazu schon oben → Kapitel 1 § 3 B III.

¹⁴⁰² Siehe auch *Kindhäuser* Gefährdung S. 58: bloß semantische Unterschiede.

¹⁴⁰³ **Anders** etwa Maurach/*Gössel*/Zipf AT 2 § 46 Rn. 20.

¹⁴⁰⁴ Siehe etwa *Gärditz* Der Staat 49 (2010) 331, 360; *Hörnle* Strafzumessung S. 205; *Kühl* FS Kühne S. 15, 29. Vgl. aber auch *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 91: kein Selbstzweck, sondern Kehrseite des *nullum crimen* Satzes.

¹⁴⁰⁵ Er hielt die Pflichten aus §§ 323c, 138 StGB i.R.d. § 13 StGB für nicht relevant, BT-Drucks. IV/650 S. 124.

Langers ist wohl auch die im Schrifttum unstreitige¹⁴⁰⁶ Garantenposition aufgrund der Herrschaft über eine Gefahrenquelle.¹⁴⁰⁷ Zu der Pflicht etwa, sein eigenes Auto oder Grundstück verkehrssicher zu halten, gibt es kein korrespondierendes Gemeinunrecht, das gesteigert werden könnte.¹⁴⁰⁸

Langer nimmt zwischen dem Jedermannunterlassungsdelikt und dem Garantenunterlassungsdelikt ein Stufenverhältnis an und auch sonst wird in der Literatur häufig die These vertreten, die Pflicht aus § 323c I StGB stelle ein Minus zur Pflicht des Garanten dar.¹⁴⁰⁹ Im Einzelnen ist vieles umstritten, insbesondere die Erfolgsbezogenheit der Pflichten in § 323c I StGB.¹⁴¹⁰ Jedenfalls ist aber der Eintritt des Erfolgs bei § 323c I StGB auf Unrechtsebene unerheblich, während er beim unechten Unterlassungsdelikt einen essentiellen Bestandteil des Unrechts¹⁴¹¹ darstellt.¹⁴¹² Überdies ist wohl jedenfalls anerkannt, dass § 323c I StGB zum Teil enger ist als das jeweilige Garantendelikt.¹⁴¹³ § 323c I StGB statuiert etwa eine Hilfspflicht nur in drei bestimmten, abschließend aufgezählten Situationen: dem Unglücksfall, der gemeinen Gefahr und der gemeinen Not. Die tatbestandsmäßige Situation ist damit bei den echten Unterlassungsdelikten speziell beschrieben,¹⁴¹⁴ während beim unechten Unterlassungsdelikt jede Erfolgsgefahr genügt.¹⁴¹⁵ Zudem erfasst § 323c I StGB eine Gefahr für Sachwerte nur ausnahmsweise,¹⁴¹⁶ während auch bei geringen Sachwerten eine Erfolgsabwendung nach §§ 303 I, 13 I StGB geboten sein

¹⁴⁰⁶ *Schünemann* Unternehmenskriminalität S. 80.

¹⁴⁰⁷ Überdies ließe sich die Konzeption *Langers*, die die Nennung der Rechtspflicht fordert, *ad absurdum* führen, wenn man die gesetzlich nicht bestimmte, richterlich gebildete Verkehrssicherungspflicht genügen ließe. Dann fragt sich, wieso das Kriterium der Rechtspflicht künstlich aufrechterhalten werden soll, anstatt die Normen originär strafrechtlich zu begründen. Siehe dazu schon oben → Kapitel 1 § 3 B II 2, 3.

¹⁴⁰⁸ Da die Verkehrspflichten weit vor einer Zuspitzung der Gefahr im Sinne eines „Unglücks“ liegen, ist auch kein gemeinsamer „Gemeinunrechtskern“ mit § 323c I StGB erkennbar.

¹⁴⁰⁹ Sch/Sch/Hecker § 323c Rn. 1.

¹⁴¹⁰ **Dafür** etwa *H. Mayer* AT § 17 III 2 a); *Freund* Erfolgsdelikt S. 31; *ders.* MK § 323c Rn. 10; *Herzberg* Garantenprinzip S. 24 ff.; *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 206 ff.; 275; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 103 ff.; *Schürmann* Unterlassungsstrafbarkeit S. 66; **dagegen** etwa *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 6; *Jescheck* 140 Jahre GA S. 115, 118; *Joecks/Jaeger* § 13 Rn. 2 f.; *Kühl* FS Herzberg S. 177, 180; *Nagler* GS 111 (1938) 1, 66; *Rudolphi* SK⁷ Vor § 13 Rn. 8; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 15; *Vogel* Norm und Pflicht S. 103; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1153, 1232; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 344.

¹⁴¹¹ Hier zeigen sich wieder die Unsicherheiten bei der Formulierung der Verhaltensnorm: Interpretiert man die Norm des Erfolgsdelikts als Erfolgsherbeiführungsverbot/Erfolgsabwendungsgebot oder *ex ante* als Gefährdungsverbot/Gefahrbekämpfungsverbot? In letzterem Falle handelt es sich um einen zu § 323c I StGB ähnlichen Normbefehl, in ersterem Fall um einen völlig verschiedenen. Die *möglicherweise* bestehende Parallelität zwischen echtem und unechtem Unterlassungsdelikt hinsichtlich der (unsicheren!) Formulierung der Verhaltensnorm vermag nichts an der abweichenden materiellen Struktur des tatbestandlichen Unrechts zu ändern.

¹⁴¹² So zu Recht *Kühl* FS Herzberg S. 177, 183.

¹⁴¹³ Siehe zu diesem Aspekt *Vogel* Norm und Pflicht S. 103.

¹⁴¹⁴ So fordert etwa der Unglücksfall ein *plötzliches* Ereignis, das eine *erhebliche* Gefahr mit sich bringt. Die gemeine Gefahr sowie die Not betreffen erhebliche Gefahrenlagen für unbestimmt viele Personen bzw. die Allgemeinheit, *Zieschang* AT Rn. 631 f. Diese Erfordernisse schränken die Reichweite von § 323c I StGB erheblich ein, vgl. *Gallas* Bau S. 47.

¹⁴¹⁵ Siehe auch *Roxin* AT II § 31 Rn. 177 f.

¹⁴¹⁶ Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Hecker § 323c Rn. 5.

mag.¹⁴¹⁷ Darüber hinaus knüpft § 323c I StGB die Tatbestandsmäßigkeit an das Kriterium der Zumutbarkeit.¹⁴¹⁸ Diese Einschränkung müsste nach *Langers* Konzeption konsequenterweise auch auf §§ 212 I, 13 I StGB übertragen werden. Tatsächlich wird ein Tatbestandsausschluss durch Unzumutbarkeit auch beim unechten Unterlassungsdelikt von manchen Autoren behauptet.¹⁴¹⁹ Jedoch würde damit die gesetzgeberische Konzeption des § 13 I StGB in mehrfacher Weise missachtet. Der Gesetzgeber stellt die Tatbestandsvoraussetzung der Unzumutbarkeit in § 13 I StGB – anders als in § 323c StGB – gerade nicht auf. Während bei der Solidaritätspflicht des § 323c I StGB nur „geringe und punktuelle Freiheitsopfer“ gefordert werden dürfen,¹⁴²⁰ handelt es sich bei § 13 I StGB nicht um eine im Gedanken der Solidarität wurzelnde Vorschrift. So statuiert die Norm eine Orientierung am Begehungsunrecht, das eine solche Einschränkung ebenso wie die Verweisungsvorschrift § 13 I StGB nicht kennt – obwohl auch bei der Begehung im Einzelfall das Nichthandeln unzumutbar sein kann.¹⁴²¹ Zuletzt handelt es sich um einen in hohem Maße unbestimmten,¹⁴²² einzelfallabhängigen, normativen Begriff, der generell,¹⁴²³ ganz besonders aber auf Unrechtsebene, skeptisch zu sehen ist.

¹⁴¹⁷ Dies scheint *Langer* zu bezweifeln: Es gebe „nahezu kein rechtliches Gebot“, fremdes Eigentum zu retten, *Langer* Sonderstrafat S. 456. – Dies gilt jedoch bereits nicht für die Fälle der Übernahme: Wenn jemand einem Nachbarn zusagt, seinen Hamster zu füttern, macht er sich nach §§ 303 I, 13 I StGB strafbar, indem er diesen vorsätzlich verhungern lässt.

¹⁴¹⁸ *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1232.

¹⁴¹⁹ Etwa *Gercke/Hembach* AnwK § 13 Rn. 18; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 29; *B. Heinrich* AT Rn. 904; *Krey/Esser* AT Rn. 1172 f.; *Ransiek* JuS 2010, 585, 586; *Stree* FS Lenckner S. 393, 401 f.; *Weigend* LK § 13 Rn. 68; im Erg. auch *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 47; **anders**, für Rechtfertigung *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 115 f., 201, der aber letztlich doch auf die Vorschriften des Notstands (§§ 34, 35 StGB) abstellt, S. 116 f.; *Köhler* AT S. 297 f.: Analogie zu § 34; **anders**, für Schuldausschluss *Engisch* FS DJT Bd. 1 S. 401, 420; *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 5; *Joecks/Jaeger* § 13 Rn. 79; *Kühl* JA 2014, 507, 511; *Roxin* AT II § 31 Rn. 231 ff.; *Rudolphi* SK⁷ Vor § 13 Rn. 31; *Stein* SK Vor § 13 Rn. 51; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1218.

¹⁴²⁰ *Kühl* in: *Recht und Moral* S. 139, 175; siehe auch *Gaede* NK § 323c Rn. 1: Die Rechtspflicht zur Solidarität ist gerade eng gehalten, um Handlungsspielräume nicht zu stark einzuschränken.

¹⁴²¹ **Anders** *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 110, auf die stärkere Belastung durch die Handlungspflicht abstellend.

¹⁴²² *Zieschang* AT Rn. 626; siehe auch *Welzel* Niederschriften 12 S. 95.

¹⁴²³ Hierzu *Zieschang* LK § 35 Rn. 5, 134 ff. Die Unzumutbarkeit taucht daher nach überzeugender Ansicht auf keiner Ebene des Deliktsaufbaus als eigenständiges Merkmal auf. Eventuelle Konflikte können im Rahmen der §§ 34, 35 StGB oder der Strafzumessung Beachtung finden, *Frister* AT 20/25, 22/64; *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 335 f., 337 ff.; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 375: das „bedeutend praktikablere Güterabwägungsprinzip“; *Zieschang* AT Rn. 626; wenn eigene nicht unwesentliche Interessen geopfert werden müssten, ist zudem an die Regeln des (Defensiv-)Notstands zu denken, vgl. *Frister* AT 22/59. Dass hier häufig bereits eine Notstandsrechtfertigung Platz greift, betont zu Recht auch *Roxin* AT II § 31 Rn. 231 f.

Es ist bereits angeklungen, dass § 323c I StGB, indem er allgemeine Hilfspflichten zur Mindestsolidarität statuiert,¹⁴²⁴ in der Strafrechtsordnung einen – dennoch unverzichtbaren¹⁴²⁵ – Fremdkörper darstellt.¹⁴²⁶ Dem tragen die engeren Tatbestandsvoraussetzungen des § 323c I StGB, insbesondere die Beschränkung auf wenige Ausnahmesituationen, Rechnung.¹⁴²⁷ Dementgegen wäre es absurd, zu sagen, die Mutter, die ihr Kind verhungern lässt, oder der Autofahrer, welcher am Zebrastreifen nicht abbremst, verstoße gegen ein gesteigertes „Gebot der Mitmenschlichkeit“¹⁴²⁸. § 323c I StGB hat also einen anderen Schutzzweck¹⁴²⁹ sowie eine abweichende Reichweite im Vergleich zu den Begehungstatbeständen des Besonderen Teils.¹⁴³⁰ Die teilweise Überschneidung von § 323c I StGB mit den „unechten“ Unterlassungsdelikten ist also eher zufällig und folgt keiner besonderen Logik. Im Ergebnis kann § 323c I StGB nicht die „Rechtspflicht“ des unechten Unterlassungsdelikts darstellen.¹⁴³¹

Dem ließe sich nun theoretisch entgegensetzen, dass es sich bei den besonderen Erfordernissen des § 323c I StGB nur um solche der Strafbarkeit, der Sanktionierung handelt. Diesen Weg gehen *Stein* und wohl auch *Kreuzberg*: Die minder dringliche Verhaltenspflicht, die §§ 138, 323c StGB zugrunde liege, bestehe (auch in ihrer Reichweite) unab-

¹⁴²⁴ *Kühl* FS Herzberg S. 177, 180 f.; *ders.* FS Kühne S. 15, 29.

¹⁴²⁵ Dazu, dass § 323c I StGB im modernen, liberalen Strafrecht unverzichtbar ist, *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 679 f.; siehe auch *Kühl* FS Herzberg S. 177, 181 f.: Die Solidarität ist bei § 323c I StGB auf die äußere Freiheit anderer bezogen und dient dieser; *ders.* in: *Recht und Moral* S. 139, 174 f.; *ders.* JuS 2007, 497, 499.

¹⁴²⁶ Siehe dazu *Seelmann* in: *Recht und Moral* S. 295 ff.; auch *Grünwald* *Garantenpflichten* S. 135 meint auf der Grundlage der kantischen Rechtsphilosophie, § 323c StGB sei nur formal zur Rechtspflicht erhoben, seinem Wesen nach aber bloß Solidaritätspflicht; moderater *Kühl* FS Kühne S. 15, 29.

¹⁴²⁷ Eingehend *Kühl* in: *Recht und Moral* S. 139, 175.

¹⁴²⁸ So zu § 323c StGB *Kühl* FS Herzberg S. 177, 181; siehe auch *Neumann* JA 1987, 244, 255.

¹⁴²⁹ Auch wenn es wohl zu weit ginge, etwa mit *Gössel* (Maurach/*Gössel*/*Zipf* AT 2 § 46 Rn. 20) das geschützte Rechtsgut allein in der menschlichen Solidarität zu erblicken. Denn dann bliebe offen, *was* nun solidarisch geschützt wird, Solidarität würde zu einem zirkulären Selbstzweck geraten. Richtig ist aber wohl, dass die Individualrechtsgüter durch § 323c I StGB „solidarisch“ geschützt werden, so etwa auch *Lackner/Kühl* § 323c Rn. 1; *ders.* FS Herzberg S. 177, 181 f.; *ders.* JuS 2007, 497, 499; *Sch/Sch/Hecker* § 323c Rn. 1; *Maurach/Schroeder/Maiwald* BT 2 § 55 Rn. 3: „Schutz individueller, aber unspezifizierter Rechtsgüter“; *Ostendorf* JuS 1982, 426, 427; *Stein* FS Küper S. 607, 608 m. Fn. 6 (siehe aber auch *ders.* *Beteiligungsformenlehre* S. 232: unmittelbarer Schutz der Rechtsgüter; gleichzeitig sieht *Stein* alle Handlungspflichten im Gedanken der Solidarität verwurzelt; ähnlich insoweit *Schulte* *Garantenstellung* S. 13 ff.).

¹⁴³⁰ **Dagegen** meint *Langer*, die tatbestandliche Rechtsgutsverletzung etwa bei §§ 212 I, 13 I StGB und § 323c I StGB sei die gleiche. Das Gesetz verwende bloß unterschiedliche Formulierungen, um diese zu beschreiben, *Langer* *Sonderstrafat* S. 473. Die Argumentation ist jedoch zirkulär, da überhaupt zu beweisen ist, ob die materiellen Voraussetzungen des Handlungsunrechts bzw. der Normwidrigkeit (bei *Langer*: Rechtspflichtwidrigkeit) bei § 323c I StGB die gleichen sind wie bei § 212 I StGB.

¹⁴³¹ Im Ergebnis ebenso *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 20 f. Im Allgemeinen gegen die Relevanz von §§ 323c, 138 StGB für die Garantenstellung daher auch die h.M., siehe statt vieler *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1178.

hängig von den Vorschriften des Strafgesetzbuchs, welche bloß die Strafandrohung enthielten.¹⁴³² Damit schade es auch nicht, dass §§ 138, 323c StGB als bloße Gefährungsdelikte ausgestaltet, die unechten Unterlassungsdelikte aber in der Regel als Verletzungsdelikte vertatbestandlich seien.¹⁴³³ – Die Annahme eines solchen ungeschriebenen Unrechtskerns entbehrt jedoch jeder Grundlage im geschriebenen Recht und verstößt daher gegen Art. 103 II GG. Das gilt erst recht, wenn auf dieses unsichere Fundament noch eine „relative Steigerung“ aufgebaut werden soll. Das Erfordernis, dass ein unspezifisches „Mehr“ (wie viel genau?) zu etwas vorliege, das seinerseits keinen gesetzlichen Anknüpfungspunkt aufweist, hat mit rechtsstaatlicher Begründung der Strafbarkeit nicht mehr viel zu tun.¹⁴³⁴ Die unechten Unterlassungsdelikte sind daher richtigerweise echte Sonderdelikte, die auf keinem Grundtatbestand aufbauen.¹⁴³⁵

3. Unrechtssteigerung

Unklar ist zudem, wieso *Langer*, der ja zu den Garantenunterlassungsdelikten überzeugend ausführt, es komme für das Einstehenmüssen auf das Gebot an, die *Gefahr* zu bekämpfen, für die relative Steigerung des Sonderunrechts *allein* auf die Überantwortung des Rechtsguts als Zielort der Gefahr abstellt. So bleibt die Voraussetzung inhaltlich konturlos und geht nicht über die formale Beschreibung einer Obhutsgarantenstellung hinaus.¹⁴³⁶ Warum wird das Gemeinunrecht zum Sonderunrecht, wenn die Mutter es unterlässt, ihr Kind zu ernähren? Die Mutter unterlässt es, solche *Gefahren* abzuwenden, die sie aufgrund der Überantwortung des Rechtsguts (des „Zielorts“) *etwas angehen*. Dann fragt sich aber, weshalb Gegenstand der „Überantwortung“ nicht auch der „Ursprungsort“ der Gefahr, also die Gefahrenquelle, sein kann, sodass deren Inhaber die Gefahr im Folgenden „etwas angehen muss“. Insoweit wäre konsequenterweise auch der Ingerent Garant.

Auch ist zu bezweifeln, dass das Sonderunrecht von einer „besonderen Dringlichkeit des Normbefehls“ abhängig gemacht werden kann. Gegen dieses Kriterium wird zu Recht vorgebracht, dass Verhalten entweder verboten ist oder nicht, es jedoch keine verschiedenen Grade der Verbotenheit gibt.¹⁴³⁷ Entweder man ist dazu verpflichtet, gegen eine Gefährdung einzuschreiten, oder man ist es eben nicht. Der Normverstoß ist bloß formell und kann die materielle Strafwürdigkeit¹⁴³⁸ der Tat nicht ausdrücken. Die Argumentation mit der Dringlichkeitssteigerung ist in jedem Fall zirkulär: Führt die Dringlichkeit des

¹⁴³² *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 232; *Kreuzberg* Täterschaft S. 213 ff.

¹⁴³³ *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 232.

¹⁴³⁴ Erneut ist darauf hinzuweisen, dass auch die Legitimation der „Verhaltensnorm“, deren Reichweite sich unmittelbar strafbegründend auswirkt, am speziellen strafrechtlichen Gesetzlichkeitsgrundsatz zu messen ist, damit diese Garantie nicht umgangen wird, dazu schon oben → Kapitel 1 § 3 IV 3 c).

¹⁴³⁵ Vgl. *Welzel* Strafrecht S. 208.

¹⁴³⁶ Siehe auch *Ceffinato* Legitimation S. 162.

¹⁴³⁷ *Gallas* in: Beiträge S. 1, 7; *ders.* Bockelmann S. 155, 160; *Roxin* TuT S. 568; *ders.* LK¹¹ § 25 Rn. 13; *ders.* AT II § 25 Rn. 36; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 144 f.; *ders.* SK Vor § 13 Rn. 40; *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 14.

¹⁴³⁸ Siehe auch *Roxin* LK¹¹ § 25 Rn. 36: Nur auf diese kommt es an, nicht auf die Normintensität.

Normbefehls zu Sonderunrecht oder das Sonderunrecht zu einer besonderen Dringlichkeit des Normbefehls?

Die Feststellung der „Dringlichkeit des Normbefehls“ setzt die Einschätzung des Strafanwenders an Stelle der Entscheidungen des Gesetzes.¹⁴³⁹ Der Begriff bietet ein Einfallstor für jegliche subjektiven Zweckmäßigkeitserwägungen.¹⁴⁴⁰ Nur weil eine Unterlassung irgendein unspezifisches „Mehr“ zu § 323c I StGB darstellt, erreicht sie nicht zwingend annähernd den Unrechtsgehalt des entsprechenden Begehungsdelikts. Das auf § 323c I StGB aufbauende Sonderunrecht kann eben nicht im Sinne einer exakten „naturwissenschaftlichen Messung“ abgelesen werden und dient nicht der gesetzlich bestimmten Tatbestandsbildung.¹⁴⁴¹ Eine Anknüpfung der Unrechtsfeststellung in der Wirklichkeit findet sich bei *Langer* nicht. Erforderlich wäre es doch gerade, diejenigen Sachgründe anzugeben, die zu einer gesteigerten „Dringlichkeit“ führen,¹⁴⁴² und darzulegen, welche Tatsachen vorliegen müssen, um diese Gründe zu erfüllen.¹⁴⁴³ Die bloß wertende Feststellung der Gleichwertigkeit (oder eben der „Dringlichkeit“) hingegen, welche sich nicht auf bestimmte Tatsachen stützt, lädt zu Dezisionismus und freier Willkür ein.¹⁴⁴⁴ und lässt „alle Abgrenzungen im Unbestimmten verschwimmen“¹⁴⁴⁵.

Wenn *Langer* also sagt, die Ingerenzunterlassung sei keine der Begehung „gleichwertige“, weil sie kein Sonderunrecht begründe, ist dies eine *petitio principii*: Ob die Unterlassung nach vorangegangenem Tun „Sonderunrecht“ darstellt, ist doch gerade die Frage, die zu beantworten ist. In diesem Zusammenhang ist auch zu betonen, dass *Stein*, der

¹⁴³⁹ Unfreiwillig wird diese Argumentation auch von den Ausführungen von *Langers* Schüler *Schürmann* gestützt, der – selbst auf die Entsprechung im Unwertgehalt abstellend – zu dem Ergebnis kommt, § 13 StGB sei nicht mit dem Gesetzlichkeitsgrundsatz vereinbar, da es originär nur dem Gesetzgeber obliege, die Voraussetzungen für strafbares Unrecht zu statuieren (Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 124 f., 126 ff., 187 f., 189 ff.).

¹⁴⁴⁰ **Kritisch** zu der Feststellung der Gleichwertigkeit i.R.d. Entsprechungsklausel bereits oben → Kapitel 1 § 2 D IV 3; sowie Maurach/*Gössel*/Zipf AT 2 § 46 Rn. 118: Aufgrund unklarer und unbestimmter Kriterien besteht die Gefahr einer bloßen Gefühlsrechtsprechung.

¹⁴⁴¹ Vgl. im Allgemeinen *Seelmann* GA 1989, 241, 251: Durch die bloß quantitative Steigerung wertungsausfüllungsbedürftiger Begriffe verliert die Garantienpflichtenbestimmung jede Randschärfe.

¹⁴⁴² Ähnlich auch *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 21 zu der Frage, wann die (von ihnen geforderte) „gesteigerte Verantwortlichkeit“ vorliege.

¹⁴⁴³ „[...] aber eine Wertung hat keinen Sinn, wenn nicht klargestellt wird, welche Tatsachen die Wertung rechtfertigen“, so allgemein treffend *Puppe* ZIS 2020, 143, 144; siehe auch *dies.* GA 1994, 297, 317; *dies.* Erfolgsszurechnung S. 30; *dies.* ZIS 2014, 66, 67; *dies.* FS Neumann S. 323 ff.

¹⁴⁴⁴ Vgl. *Schünemann* Nulla poena S. 31; siehe im Allgemeinen zur wertenden Feststellung der Strafwürdigkeit auch *Roxin* TuT S. 27; bereits *Welzel* ZStW 51 (1931) 703, 706 f.: Eine Bewertung, die über bloße Willkür hinausgeht, muss auf die jeweiligen gegenständlichen Unterschiede gründen.

¹⁴⁴⁵ Im Allgemeinen **kritisch** zum reinen Werten *Roxin* TuT S. 34; siehe auch *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 17.

ebenfalls auf die im Vergleich zur Begehung „gleiche Pflichtenintensität“¹⁴⁴⁶ der Garantpflichten abstellt, die Garantstellung aus Ingerenz gerade bejaht,¹⁴⁴⁷ was die Beliebigkeit der Formel nochmals unterstreicht.

4. Fazit

Die Theorie *Langers* kann also weder im Grunde überzeugen noch rechtfertigt sie bei ihrer konsequenten Anwendung die Ablehnung der Garantstellung aus Ingerenz.

E. Die „Antiingerenztheorie“¹⁴⁴⁸ *Schünemanns*: Herrschaft über den Grund des Erfolgs

I. Das Konzept *Schünemanns*

In *Schünemanns* vor 50 Jahren konzipierter und seitdem stetig fortentwickelter Gleichstellungsrichtlinie findet sich auch heute noch die „eindrucksvollste und entschiedenste Antithese“¹⁴⁴⁹ zur Ingerenz.

1. Herrschaft über den Grund des Erfolgs als *tertium comparationis*

Schünemann meint, unechte Unterlassungsdelikte seien im Gesetz bis 1975 stillschweigend,¹⁴⁵⁰ nach Einführung des § 13 StGB ausdrücklich vorausgesetzt. Im Strafgesetz liege eine Wertentscheidung, dass nur solche Unterlassungen bestraft werden könnten,

¹⁴⁴⁶ *Stein* SK Vor § 13 Rn. 7.

¹⁴⁴⁷ Ausdrücklich *Stein* JR 1999, 265, 271: *Langer* stelle ganz richtig auf die Abwandlung der Normdringlichkeit ab, fasse aber den Kreis der Gründe zu eng.

¹⁴⁴⁸ Der Begriff geht auf *Hillenkamp* zurück, siehe etwa *Hillenkamp/Cornelius* AT S. 251; vgl. auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 147.

¹⁴⁴⁹ Vgl. insoweit anerkennend *Herzberg* Garantprinzip S. 189; sowie *Roxin* GA 2021, 190, 194: „nachhaltigster Gegner“. Siehe auch *Herbertz* Ingerenz S. 254: „zählt zu den eifrigsten Gegnern“.

Die Bedeutung der Gleichstellungstheorie *Schünemanns* ergibt sich nicht nur daraus, dass sich Reihen an Autoren an ihr abarbeiten, während sie von ihrem Urheber selbst bis heute aufs Schärfste verteidigt wird. Sie hatte daneben erheblichen Einfluss auf andere Konzeptionen, die seiner Ablehnung der Garantstellung aus Ingerenz folgen, etwa auf die Monographien von *Sangenstedt* Garantstellung; *Berster* Unterlassungsdelikt; zudem rekurrieren auch Anhänger der Ingerenz auf *Schünemanns* Überlegungen, etwa *Roxin* mit einem normativen Begriff der Kontrollherrschaft, *Roxin* AT II § 32 Rn. 19, *Schünemanns* Ansatz sei der „plausibelste“. *Roxin* zieht allerdings nicht die gleichen Folgerungen für die Ingerenz, Rn. 152 (siehe dazu unten → § 2 F II auch *Rudolphi* stützt nunmehr seinen Garantbegriff auf Herrschaftselemente, wobei er Anleihen bei *Schünemann* sucht (siehe dazu → § 2 F I); **zustimmend** oder sympathisierend zudem *Berndt* StV 2009, 689, 690; *Chen* Garantsonderdelikt S. 80 ff., 86 ff.; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt, 274 ff.; *Hefendehl* GA 2019, 705, 712; *Jasch* NSTZ 2005, 8 f.; *Seibert* Garantpflichten S. 144, 155; *Kretschmer* Jura 2006, 898, 899; *Verrel* GA 2003, 595, 599; weitestgehend ähnlich auch *Bottke* Gestaltungsherrschaft S. 132 *et passim*; *ders.* in: Bausteine S. 235, 241: Gestaltungsherrschaft bei Begehungs- und Unterlassungsdelikt; *ders.* in: Empirische Fundamente S. 191, 193; siehe zudem *Schild* NK § 25 Rn. 10.

¹⁴⁵⁰ Die Lehre *Schünemanns* stammt ursprünglich aus der Zeit, in der § 13 StGB (wenngleich der Gesetzgebungsprozess bereits abgeschlossen war) in seiner heutigen Form noch nicht galt und die Unterlassungsstrafbarkeit direkt auf die aktiv formulierten Begehungstatbestände des Besonderen Teils gestützt wurden, vgl. nur *Schünemann* Grund und Grenzen S. 217; siehe auch S. 46 ff. zur Vereinbarkeit mit dem Wortlaut der Begehungsdelikte. Nach einer teleologischen Betrachtung der „materiellen Strafwürdigkeit“ müssten manche Unterlassungen „nach unserem Rechtsgefühl“ der Begehungsstrafbarkeit unterfallen, S. 53; ebenso *ders.* GA 1974, 231, 233; siehe hierzu *Bottke* in: Empirische Fundamente S. 191, 207: Die Lösung ist nicht aus dem StGB deduziert, sondern aus der unabhängig von diesem (und daher international) geltenden „Sachlogik der Erfolgszurechnung“.

die in den für die Strafbarkeit *wesentlichen* Merkmalen begehungsgleich sind. Dabei gehe es jedoch aufgrund des Grundsatzes „*nullum crimen sine lege*“ nicht um die Feststellung der gleichen Strafwürdigkeit, sondern um ein *tertium comparationis* von Tun und Unterlassen, das materiell eine Subsumtion unter den Wortlaut der Straftatbestände rechtfertige. *Schünemann* bedient sich also eines analogistischen Verfahrens und stellt die Frage, welche Aspekte Tun und Unterlassen vergleichbar machen.¹⁴⁵¹ Die Wertung, dass Begehungs- und Unterlassungsdelikt dem gleichen materiellen Kriterium folgen müssen, sieht *Schünemann* heute in der Entsprechungsklausel ausgesprochen, weshalb er seinen Ansatz auch weiterhin unter Geltung des § 13 StGB vertritt.¹⁴⁵² § 13 StGB verlange eine „strafrechtsspezifische Gleichstellung“.¹⁴⁵³

Die Aspekte, die beim Erfolgsdelikt für die Zurechnung des Erfolgs (nicht nur zur Handlung, sondern zum Täter) führten, seien daher auch bei der Unterlassung entscheidend,¹⁴⁵⁴ der Unterlassungstäter müsse also zum rechtsgutsverletzenden Geschehen in einer dem Begehungstäter vergleichbaren Stellung stehen.¹⁴⁵⁵ Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Wertungen sucht *Schünemann* die „Gleichstellungsrichtlinie“ in der Natur der Sache.¹⁴⁵⁶ Eine rationale Rechtsfindung sei nur dann möglich, wenn Tun und Unterlassen infolge einer *vorrechtlichen Gemeinsamkeit* vergleichbar seien.¹⁴⁵⁷ Es müssten unter dem leitenden Wertaspekt „vergleichbare ontologische Strukturen“ aufgezeigt werden:¹⁴⁵⁸ „Ent-

¹⁴⁵¹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 229 ff., ein bloßer Vergleich der Strafwürdigkeit würde Art. 103 II GG in seinem Kernbereich antasten; bereits S. 115 f.; *ders.* GA 1974, 229, 232 f.; vgl. auch *ders.* Unternehmenskriminalität S. 88; *Schünemann* baut dabei auf die Ausführungen von *Arth. Kaufmann* Analogie S. 22 ff. auf; vgl. zuvor zudem *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 93. Zustimmend zur Suche nach dem gemeinsamen Vergleichskriterium auch *Botke* in: Empirische Fundamente S. 191, 193; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 122 f.; *Freund* Erfolgsdelikt S. 139 f.; *Roxin* FS *Schünemann* S. 509, 519; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 292; sowie *Herzberg* Garantenprinzip S. 192 (der allerdings umgekehrt von der Unterlassung als Grundfall ausgeht).

¹⁴⁵² Vgl. etwa *Schünemann* GA 2016, 301 ff.; siehe auch v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 112: „nicht obsolet geworden, vielmehr [...] durch den Gesetzgeber sogar bestätigt“; **kritisch** zu diesem Verständnis der Entsprechungsklausel schon → Kapitel 1 § 2 D IV 3.

¹⁴⁵³ *Schünemann* FS Amelung S. 303, 321.

¹⁴⁵⁴ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 233 f.; *ders.* Unternehmenskriminalität S. 84 f., 88; siehe auch *ders.* LK¹² § 25 Rn. 39.

¹⁴⁵⁵ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 72; siehe auch *ders.* in: Freiburg-Symposium S. 103, 114.

¹⁴⁵⁶ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 231 ff.; *ders.* Internationale Dogmatik S. 49, 74 f.; *ders.* in: Freiburg-Symposium S. 103, 122: in der „Sachlogik“ verankert; *ders.* Chengchi Law Review 50 (1994) 369; siehe zur Natur der Sache auch *Arth. Kaufmann* Analogie S. 35 ff.; grundsätzlich **kritisch** *Engisch* FS Eb. Schmidt S. 90 ff.; kritisch zur Verwendung bei *Schünemann*: *Otto* MSchrKrim 1974, 123, 125; *ders./Brammsen* Jura 1985, 530, 534; *Botke* Gestaltungsherrschaft S. 129; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 70 ff.; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 127 m. Fn. 181, S. 128; *Vogel* Norm und Pflicht S. 352; *Weigend* LK¹² § 13 Rn. 24: „sehr begrenzte Aussagekraft“ der Natur der Sache (nicht mehr erwähnt in der Neuauflage).

¹⁴⁵⁷ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 232 f.

¹⁴⁵⁸ *Schünemann* FS Amelung S. 303, 306; vgl. auch *ders.* GA 1974, 231, 234: „sachlogische Struktur“; *ders.* Nulla poena S. 5, 31; *ders.* GA 2016, 301, 302; *ders.* Unternehmenskriminalität S. 84; jeder andere

scheidendes Gleichstellungskriterium muß daher die besondere Eigenschaft der Handlung sein, die den sachlogischen Grund ihrer Strafbarkeit abgibt. Es gilt somit, die sachlogischen (d.h. vorrechtlichen) Strukturen aufzuweisen, die die Strafbarkeit der Handlung und damit auch die Begehungsgleichheit der Unterlassung begründen können.¹⁴⁵⁹

Die normativ maßgebliche Struktur sei jedoch nicht die – bei der Unterlassung fehlende – Verursachung im Sinne naturwissenschaftlicher Kausalität, denn diese stelle nur die Vermittlung von Handlung und Erfolg, nicht hingegen von *Person* und Erfolg dar.¹⁴⁶⁰ Entscheidendes Gleichstellungskriterium sei dafür die absolute Herrschaft der Person über ihren Körper.¹⁴⁶¹ Wenn man dieses Prinzip verallgemeinere, finde die Zurechnung eines Erfolgs zur Person aufgrund der „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“ als gemeinsame sachlogische Struktur von Tun und Unterlassen statt.¹⁴⁶² Die Frage, ob „Herrschaft“ (1. Teil der Formel) vorliege, sei „nur zum geringeren Teil ein Wert- und zum größeren Teil ein Existentialurteil“, sodass das Kriterium weitestgehend entnormativiert sei.¹⁴⁶³ Was hingegen „Grund des Erfolgs“ (2. Teil der Formel) sei, bestimme sich nicht allein nach der Kausalität und könne daher nicht ohne Wertungen festgestellt werden. In Frage komme neben der besonderen Anfälligkeit und Hilfsbedürftigkeit des Opfers *eine wesentliche Station des Kausalverlaufs*.¹⁴⁶⁴ Die Wesentlichkeit richte sich dabei maßgeb-

Standpunkt, der nicht die Strukturen der aktiven Begehung übernehme, verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 I GG; ähnlich auch *Bottke* in: Bausteine S. 235, 240; **dagegen** *Jakobs* Unterlassen S. 18 f.: Die sachlogischen Strukturen können nicht beantworten, warum Begehung und Unterlassung gesellschaftlich relevant sind; siehe im Allgemeinen bereits *Engisch* Konkretisierung S. 118: „reine Frage der Wertung, die durch die ‚sachlogische Struktur‘ weder der Handlung noch der Unterlassung vorgezeichnet ist“.

¹⁴⁵⁹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 233.

¹⁴⁶⁰ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 234.

¹⁴⁶¹ Man könne nicht bloß auf den Menschen als Körper abstellen, sondern müsse berücksichtigen, dass der Mensch verstandesgemäß seine Handlungen und damit auch den Kausalverlauf lenke. *Schünemann* Grund und Grenzen S. 235 f. „Herrschaft des personalen Zentrums“; *ders.* GA 1974, 231, 234; *ders.* Unternehmenskriminalität S. 88; *ders./Greco* LK § 25 Rn. 52; insoweit grundsätzlich zustimmend *Sangenstedt* Garantenstellung S. 293; *Bottke* in: Bausteine S. 235, 241 f.; *Berster* Unterlassungsdelikt S. 59.

¹⁴⁶² *Schünemann* Grund und Grenzen S. 236; diese Auffassung wird bestätigt in *ders.* GA 1974, 229, 233; *ders.* in: Umweltschutz S. 137, 141; *ders.* Internationale Dogmatik S. 49, 72; *ders.* FG BGH IV S. 621, 636; *ders.* FS Roxin (2001) S. 1, 3; *ders.* in: Freiburg-Symposium S. 103, 120 ff.; *ders.* LK¹² § 25 Rn. 39; *ders.* FS Herzberg S. 39, 43; *ders.* FS Neumann S. 701, 708; *ders.* GA 2017, 678, 683; *ders./Greco* LK § 25 Rn. 52 f.; siehe auch *ders.* FS Amelung S. 303, 313: Herrschaft über das zur Rechtsgutsverletzung führende Geschehen; ähnlich *ders.* in: Empirische Fundamente S. 349, 363, 366; *ders.* GA 2016, 301, 302 ff. Missverstanden von v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 123: Die Herrschaft müsse *den* Grund des Erfolges darstellen.

¹⁴⁶³ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 241; zur Forderung nach Entnormativierung allgemein *ders.* FS Arth. Kaufmann S. 299, 313 *et passim*; *ders.* in: Internationale Dogmatik S. 49, 51; *ders.* in: Grundfragen S. 1, 58; **kritisch** *Bottke* Gestaltungsherrschaft S. 130: Auf diese Weise könnten relevante Formen *sozialer* Machthabe nicht von irrelevanten geschieden werden.

¹⁴⁶⁴ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 241; *ders.* GA 1974, 231, 234; *ders.* Unternehmenskriminalität S. 88; *ders.* LK¹² § 25 Rn. 41; *ders.* FS Herzberg S. 39, 43; *ders.* FS Amelung S. 303, 314; *ders.* GA 2016, 301, 305; *ders./Greco* LK § 25 Rn. 54; ähnlich auch *Bottke* in: Bausteine S. 235, 245. Diese beiden Be-

lich nach Adäquanz Gesichtspunkten. Der Handlung könnten nur die objektiv voraussehbaren und beherrschbaren Folgen zugerechnet werden.¹⁴⁶⁵ Der Herrschaftsbegriff dürfe daher insbesondere nicht auf Rettungsmittel bezogen werden. Diese bloße Abwendungsmacht könne höchstens zu „potentieller Herrschaft über den Erfolg“ führen, nicht hingegen zu Herrschaft über den Grund des Erfolgs im Sinne einer gegenwärtigen Erfolgsbedingung.¹⁴⁶⁶ Erforderlich sei vielmehr eine „prästabilisierte Entscheidungsmacht“, eine bereits vor der tatbestandsmäßigen Situation bestehende Kontrolle über „die Quelle oder das Objekt des Verletzungsgeschehens“.¹⁴⁶⁷

Später präzisiert¹⁴⁶⁸ *Schünemann* seinen Herrschaftsbegriff. Die Begehungsdelikte erforderten nicht bloß die Herrschaft über die Körperbewegung, sondern über das rechtsgutsverletzende Geschehen.¹⁴⁶⁹ Maßgebliches „Zurechnungskriterium“ sei die Tatherrschaft, sodass ein Pendant dessen auch bei den Unterlassungsdelikten entscheidend sein müsse.¹⁴⁷⁰ Auch stützt *Schünemann* seine Ausführungen nachträglich durch eine teleologische Argumentation und begründet die Wesentlichkeit des Herrschaftsprinzips mit dem Zweck des Strafrechts, durch Androhungsgeneralprävention Rechtsgüter zu schützen. Die Ge- und Verbote würden an diejenigen Personen adressiert, die die für den Eintritt der Rechtsgutsverletzung maßgebliche Entscheidung treffen, also diejenigen, die das Geschehen beherrschen.¹⁴⁷¹

zugspunkte der Herrschaft entsprechen weitestgehend der Aufteilung durch die auch heute noch herrschende, auf *Arm. Kaufmann* zurückgehende Funktionslehre, die zwischen Überwachungs- und Beschützergaranten unterscheidet, *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 283; vgl. auch *Jescheck/Weigend* AT § 59 IV 2 m.w.N.; diese Parallele sieht auch *Schünemann* GA 1974, 229, 233; sie soll anders als die bloße Funktionslehre jedoch eine materielle Begründung leisten, *ders.* GA 2016, 301, 304 f.; ähnlich nun auch *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 25.

¹⁴⁶⁵ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 242.

¹⁴⁶⁶ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 246; *ders.* FS Amelung S. 303, 313 „bloße Verhinderungsmöglichkeit“; *ders.* GA 2016, 301, 305.

¹⁴⁶⁷ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 55, 72; *ders.* GA 2016, 301, 305; siehe bereits *ders.* Grund und Grenzen S. 292 ff.; ebenfalls *Chen* Garantensonderdelikt S. 90.

¹⁴⁶⁸ Siehe *Schünemann* GA 2016, 301, 304 m. Fn. 19 „diese engere Analogie zur Herrschaft über den Körper stand noch an der Wiege der erstmaligen Entwicklung der ‚Herrschaft über den Grund des Erfolges‘ als Gleichstellungskriterium“.

¹⁴⁶⁹ Dies stellt bereits *Otto* in seiner Rezension von *Schünemanns* Monographie fest, vgl. *Otto* MSchrKrim 1974, 123, 125.

¹⁴⁷⁰ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 72 ff.; *ders.* FS Amelung S. 303, 313 f.: die Körperbewegung sei bei den Begehungsdelikten nur dann Grund des Erfolges, wenn sie Tatherrschaft begründe; *ders.* GA 2016, 301, 302 f.; *ders.* FS Roxin (2001) S. 1, 3 m. Fn. 9; siehe auch *ders.* in: Freiburg-Symposium S. 103, 121; *ders.* FS Herzberg S. 39, 43; *ders./Greco* LK § 25 Rn. 52; im Allgemeinen zur Maßgeblichkeit der Tatherrschaft auch *ders.* FS Roxin (2011) S. 799 ff.

¹⁴⁷¹ *Schünemann* in: Umweltschutz S. 137, 141; *ders.* FS Herzberg S. 39, 42 f.; *ders.* FS Roxin (2011) S. 799, 808 f.; *ders./Greco* LK § 25 Rn. 49, 54; zustimmend *Bottke* in: Empirische Fundamente S. 191, S. 201.

2. Die Herrschaft über Gefahrenquellen und die Ingerenz

In Anwendung dieser Gleichstellungsrichtlinie wendet sich *Schünemann* den Verkehrspflichten im Hinblick auf gefährliche Sachen, Vorgänge oder Bereiche zu. In Auseinandersetzung mit *Welp* kommt *Schünemann* zu dem Ergebnis, dass es für die Bestrafung des verkehrspflichtwidrigen Unterlassens nicht auf den Ingerenzgedanken ankomme, sondern allein auf die Herrschaft als sachlogischen Grund der Gleichstellung. Hierfür bringt *Schünemann* insbesondere vor, dass der bloße Kausalansatz zu simpel sei, um der sozialen Wirklichkeit gerecht zu werden. Es führe im Zeitalter der Technik zu grotesken Konsequenzen, wenn man jede soziale Verantwortlichkeit auf eine bestimmte Körperbewegung zurückführen wollte.¹⁴⁷² Hinsichtlich des *Begriffs* der Herrschaft über Sachen knüpft *Schünemann* zunächst (wenn auch nicht uneingeschränkt) an den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff an.¹⁴⁷³ Die Herrschaft setze ein Willenselement voraus, das freilich insbesondere bei fortdauernder Herrschaft schwach ausgeprägt sein dürfe.¹⁴⁷⁴ Später präzisiert *Schünemann*, die Herrschaft sei „faktische, sozial wirksame Willensmacht“, die auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt.¹⁴⁷⁵

Bezüglich der *Reichweite* der Verkehrssicherungspflichten hält *Schünemann* im Anschluss an *Arm. Kaufmann* die „Eindämmung der Gefahrenquelle“, die sich gegenwärtig im Herrschaftsbereich befinde, für maßgeblich – wobei dem Sachherrn die Entscheidung obliege, wie er die Gefahr eindämme.¹⁴⁷⁶ Da dieser verhindern müsse, dass sein Herrschaftsbereich „Grund des Erfolgs“ werde, seien grundsätzlich sämtliche Maßnahmen geboten, die die Gefahr entschärfen können. Diese müssten allerdings nur getroffen werden, solange sich der Grund des Erfolgs im eigenen Herrschaftsbereich befinde („Beseitigung ihrer Gefährlichkeit“), nicht hingegen bei Entwicklungen des Kausalverlaufes, die sich bereits aus diesem entfernt haben. Unterlassungen zu diesem Zeitpunkt seien rechtlich unerheblich, da ohne eine begleitende Herrschaftsbeziehung die Untätigkeit nicht der Tätigkeit gleichgestellt werden könne. Verpflichtet sei der Inhaber des Herrschaftsbereiches damit nur zur Sicherung, nicht aber zur Rettung.¹⁴⁷⁷ Der Herrschaftsverlust hinsichtlich gefährlicher Sachen lasse also sämtliche Garantenpflichten erlöschen.¹⁴⁷⁸

¹⁴⁷² *Schünemann* Grund und Grenzen S. 249 ff., 281 ff. mit größtenteils berechtigter Kritik an der Anwendung des Ingerenzgedankens auf diese Fälle. Insbesondere werde es häufig an der Vorhersehbarkeit im Zeitpunkt der Vorhandlung fehlen. Berechtigter Kern der Ingerenztheorien sei allein, dass der Inhaber des Bereichs den Gefahrenpegel durch seine Handlungen laufend verändere (S. 282, 287 f.).

¹⁴⁷³ Für diese faktische Herrschaftsbeziehung bleibe die rechtliche Befugnis zur Herrschaft außer Betracht, *Schünemann* Grund und Grenzen S. 292 ff., 295; siehe auch *ders.* FG BGH IV S. 621, 639; vgl. aber *ders.* Internationale Dogmatik S. 49, 77: rechtliche Befehlsgewalt als Grundlage faktischer Herrschaft.

¹⁴⁷⁴ Die Herrschaft über Sachen sei, anders als die über den eigenen Körper, nicht angeboren, ohne „Herrschaftsantritt“ könne hier keine Herrschaftsgewalt entstehen, *Schünemann* Grund und Grenzen S. 293. Es genüge „latente[s] Besitzbewusstsein“.

¹⁴⁷⁵ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 76 f.

¹⁴⁷⁶ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 288 ff. Dies könne, müsse aber nicht unbedingt durch eine Einwirkung auf die Sachsubstanz geschehen. Verpflichtet sei der Betreffende nur zur Beendigung der Gefahr; siehe auch *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 283.

¹⁴⁷⁷ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 289 f.

¹⁴⁷⁸ *Schünemann* Unternehmenskriminalität S. 99.

Über dieses Herrschaftsverständnis kommt *Schünemann* zur vollständigen Ablehnung¹⁴⁷⁹ der Garantenstellung aus Ingerenz,¹⁴⁸⁰ die er für „freie Rechtssetzung zu Lasten des Unterlassers“ hält, die in eklatanter Weise gegen Art. 103 II GG verstoße.¹⁴⁸¹ So besitze der Ingerent nicht die erforderliche aktuelle Herrschaft über das Geschehen, sondern bloß *potentielle*, mit der er der Situation wie jeder beliebige Dritte gegenüberstehe.¹⁴⁸² Die Begehungsäquivalenz lasse sich aus keiner „sachlogischen Bedingung der Erfolgszurechnung“ ableiten.¹⁴⁸³ Vor dem Hintergrund der Maßgeblichkeit aktueller Herrschaft über das Geschehen seien aktives Tun und Unterlassen des Ingerenten nicht gleich, sondern gerade grundverschieden.¹⁴⁸⁴ Auch an die Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens könne man nicht anknüpfen. Die Veranlassungshaftung passe für das Zivil-, jedoch nicht für das Strafrecht, das als „personale Verantwortlichkeit“ nicht an bloß kausale Folgen der Vorhandlung anknüpfen dürfe, sondern sich an der Herrschaft als Ausdruck der persönlichen Sphäre orientieren müsse.¹⁴⁸⁵ Es handle sich bei der Ingerenz um eine „besonders dubiose Frucht des kausalmonistischen Denkens“, bei der die Zurechnung über den „nackte[n] Kausalstrang“ erfolge, nicht mehr aufgrund der „Personhaftigkeit“ des Menschen.¹⁴⁸⁶

¹⁴⁷⁹ „Geradezu sensationelles Resultat“, *Herzberg* Garantenprinzip S. 191.

¹⁴⁸⁰ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 313 ff.; *ders.* GA 1974, 231, 235 ff.; *ders.* Nulla poena S. 5; *ders.* Unternehmenskriminalität S. 100; *ders.* FG BGH IV S. 621, 636 ff.; *ders.* FS Amelung S. 303, 310; *ders.* Internationale Dogmatik S. 49, 58 f.; *ders.* GA 2016, 301, 306 f.; vorsichtiger *ders.* ZStW 96 (1984) 288, 309, die Ingerenz bedürfe „allermindestens einer radikalen Restriktion“.

¹⁴⁸¹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 318; siehe auch *ders.* Nulla poena S. 5.

Insgesamt greift *Schünemann* dort die Garantenstellung aus Ingerenz vehement an, siehe nur beispielhaft „plump“ (Grund und Grenzen S. 313); „archaisch-primitive [...] Grundlage [der Strafbarkeit]“ (S. 317); vgl. die zusammenfassende Aufzählung bei *Herzberg* Garantenprinzip S. 288 ff.; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 318 f., der den „peinlichen Eindruck unqualifiziert-verbaler Kraftmeierei“ verspürt, ein Vorwurf, der in seiner Form freilich einer gewissen Ironie nicht entbehrt; ähnliches gilt für *Herbertz* Ingerenz S. 254 m. Fn. 133: „außergewöhnlich rabiate Diktion *Schünemanns*“, siehe auch S. 260, wenn sie selbst *Schünemanns* Theorie als „Etikettenschwindel“ und fiktiv-subjektiv (S. 259) bezeichnet.

¹⁴⁸² *Schünemann* Grund und Grenzen S. 316; *ders.* GA 1974, 229, 235; *ders.* in: Internationale Dogmatik S. 49, 72: „aktuelle Kontrolle“; *ders.* Unternehmenskriminalität S. 100; ebenso *Sangenstedt* Garantenstellung S. 321; ähnlich auch *Bottke* Gestaltungsherrschaft S. 124 ff.; *Hefendehl* GA 2019, 705, 711: Es würden aus vergangenem Vorverhalten Ableitungen für eine gegenwärtige Herrschaftsposition getroffen; *Chen* Garantensonderdelikt S. 98; **dagegen** *Kühl* JuS 2007, 497, 500: Die Ablehnung der Ingerenz aufgrund des Herrschaftskriteriums führe in die Irre; *Roxin* AT II § 32 Rn. 150 ff.; *Seibert* Garantenpflichten S. 238 ff.

¹⁴⁸³ *Schünemann* Nulla poena S. 5; *ders.* GA 2016, 301, 306 f.: „mit den Gründen der Täterschaft beim Begehungsdelikt überhaupt nicht vermittelbares Prinzip“.

¹⁴⁸⁴ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 316.

¹⁴⁸⁵ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 317.

¹⁴⁸⁶ *Schünemann* in: Grundfragen S. 1, 23; siehe auch *ders.* GA 1974, 231, 236; *ders.* ZStW 96 (1984) 288, 304: kausalmonistisches Denken des strafrechtlichen Naturalismus; zustimmend auch *Hefendehl* GA 2019, 704, 711; zum Betrug *ders.* MK § 263 Rn. 246 f.: zweifelhafte Garantenstellung; **andere** *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 14: nur weil der methodische Ausgangspunkt der kausalen Lehren verfehlt sei, müsse dies nicht für deren Ergebnisse gelten; ähnlich *Walther* Eigenverantwortlichkeit S. 217; *Herbertz* Ingerenz S. 258, die einwendet, man müsse die Ingerenz nicht als Veranlasserhaftung konzipieren, sondern könne sie einschränken, was *Schünemann* wohl übersehe. – Der Vorwurf des „Übersehens“ ist jedoch haltlos angesichts *Schünemanns* Auseinandersetzung etwa mit der Theorie *Rudolphis*. Daher lässt sich *dieser* Einwand mit *Schünemanns* eigenen Worten einfach widerlegen: Mit dem Pflichtwidrigkeitskriterium kann

Wenn der Ingerent die Erfolgsabwendung unterlasse, so sei dies bloß ein „böser Wille ohne Tat“, also ein unbeachtlicher *dolus subsequens*.¹⁴⁸⁷

Ohnehin bliebe neben der Haftung für Gefahrenquellen nur ein sehr überschaubarer und unbedeutender Anwendungsbereich der Ingerenz.¹⁴⁸⁸ Alle „strafwürdigen“ Fälle seien solche, in denen eine Sicherungspflicht verletzt werde. Die darüber hinaus unter dem Stichwort der Ingerenz diskutierten Fälle seien jedenfalls nicht ebenso strafwürdig wie das Begehungsdelikt.¹⁴⁸⁹ Neben Fahrlässigkeitsstrafbarkeit und unterlassener Hilfeleistung verblieben auch keine unerträglichen Strafbarkeitslücken. Somit bestehe kein kriminalpolitisches Bedürfnis für die Ingerenz.¹⁴⁹⁰ Ebenso sei die Existenz von Erfolgsqualifikationen Zeichen dafür, dass die Ingerenz dem Gesetzgeber fremd ist, und die Möglichkeit des privilegierten Rücktritts spreche gegen eine „Strafschärfung“ bei „Nichtausnutzung“.¹⁴⁹¹

man „ein für das Rechtsgefühl erträgliches Ergebnis erreichen; eine eigentliche Begründung für die Ingerenzhaftung liefert er aber auch damit nicht [...]; daß eine rechtswidrige Vorhandlung dafür *ausreicht*, wird von ihm in diesem Zusammenhang vorausgesetzt“, Grund und Grenzen S. 170, Hervorhebung nicht im Original; siehe auch *ders.* GA 2016, 301, 306.

¹⁴⁸⁷ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 316, 323; *ders.* GA 1974, 229, 235; *ders.* GA 2016, 301, 304; siehe auch *ders.* Internationale Dogmatik S. 49, 59; *ders.* Chengchi Law Review 50 (1994) 370; ferner *Hsü Chengchi* Law Review 50 (1994) 341, 357.

¹⁴⁸⁸ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 308 ff. Diese sei damit bloß ein Epiphänomen des eigentlichen, im Herrschaftsprinzip liegenden Gleichstellungsgrunds; *ders.* FS Amelung S. 303, 311. – *Schünemann* nimmt damit für sich in Anspruch, die extensive Auslegung der unechten Unterlassungsdelikte auf ein „vernünftiges Maß“ einzudämmen, Grund und Grenzen S. 244 f.: „wildwuchernde[...] Schöpfung von Garantienpflichten“, S. 252 f., 360; *ders.* ZStW 96 (1984) 288, 296: „Garanten-Hypertrophie“, 300; *ders.* in: Freiburg-Symposium S. 103, 122; diesen Befund bezweifelnd *Herzberg* Garantienprinzip S. 196.

¹⁴⁸⁹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 313 ff. Insbesondere der Strafrahmen des Totschlags sei nicht unrechts- und schuldangemessen.

¹⁴⁹⁰ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 318; *ders.* GA 1974, 229, 236; **and** *ders.* *Herzberg* Garantienprinzip S. 291: „unser Gerechtigkeitsempfinden“ werde „grob verletzt“, wenn der Ingerent nur als Fahrlässigkeitstäter und Nichthelfer bestraft werde; **hiergegen** wiederum *Sangenstedt* Garantienstellung S. 323 „eindringlich emotionale Hingabe an das Rechtsgefühl“.

¹⁴⁹¹ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 59 f.; zuvor bereits *Hsü Chengchi* Law Review 50 (1994) 341 ff., 352, 361 f. und *Schünemann* Chengchi Law Review 50 (1994) 371; zustimmend *Chen* Garantensonderdelikt S. 99. – Allerdings übergeht dies die unterschiedlichen Funktionen und Voraussetzungen von Rücktritt und Ingerenz (bereits → Kapitel 2 § 5 C). Die Garantienpflicht stellt eine unbedingte Verhaltenspflicht dar, der Rücktritt bloß einen Klugheitsgrund zur Vermeidung von Strafe (*Renzikowski* Täterbegriff S. 141 m. Fn. 364, S. 142 m. Fn. 365; auch *Seibert* Garantienpflichten S. 242 f. meint, ein Verpflichteter könne freiwillig zurücktreten). Die Feststellung des beendeten Versuchs hat einen subjektiven Anknüpfungspunkt, die der Garantienstellung aus Ingerenz einen objektiven. Der Rücktritt führt zur (bloßen) Strafaufhebung, während die Garantienstellung Unrecht begründet. Die Strafaufhebung beruht auf Strafzweck- und Opferschutzerwägungen, während bei der Ingerenz ein eigenständiger Normverstoß in Frage steht. Mitunter sind in einem Fall unterschiedliche Rechtsgüter (etwa körperliche Unversehrtheit beim Rücktritt von §§ 223, 22, 23 I StGB und Leben bei der Ingerenz, §§ 212 I, 12 I StGB) betroffen. Überdies spielt ein Rücktritt nur bei vorsätzlichem Verhalten eine Rolle, während die Ingerenz ihren Hauptanwendungsbereich gerade bei bloß fahrlässigem Vorverhalten hat. Auch soweit das Strafgesetz Erfolgsqualifikationen vorsieht, würden diese ein spezifisches Unterlassensunrecht bei der Ingerenz nicht erfassen – daher lässt sich aus den Erfolgsqualifikationen kein Argument für oder gegen diese Garantienstellung entnehmen. Es lässt sich aus dem Gesetz nicht herauslesen, dass etwa die Regeln des Besonderen Teils

II. Kritik

Die Herrschaftslehre *Schünemanns* wird seit Jahrzehnten mit einer bemerkenswerten „Verbissenheit“¹⁴⁹² bekämpft, während *Schünemann* die nicht abreißende Kritik¹⁴⁹³ zum Anlass nimmt, die Theorie auszubauen und zu präzisieren. In jedem Fall lohnt es sich, der Lehre *Schünemanns* ausführliche Beachtung zu schenken. Erstens erscheint eine Auseinandersetzung mit ihrer entschiedensten Antithese als ein lohnender Weg, sich der Garantenstellung aus Ingerenz zu nähern. Wer die Berechtigung dieser Garantenposition postuliert, muss sich mit *Schünemanns* Argumenten auseinandersetzen. Andererseits bestehen ganz erhebliche Übereinstimmungen mit dem hier entwickelten Standpunkt. Es geht nach *Schünemann* in § 13 I StGB um strafrechtsspezifische Gleichstellung. Vom Ausgangspunkt, dass der Handelnde stets für den bewirkten Kausalverlauf einstehen muss, ist zu begründen, weshalb der Unterlassende ausnahmsweise in einer solchen spezifischen Beziehung zu dem Geschehen steht. Dabei verfolgt *Schünemann* keinen reinen Normativismus, der die Gleichstellungsfrage in freier Wertung auflöst, sondern setzt sich damit auseinander, welche deskriptiven Ereignisse normativ bedeutsam sind. Damit erscheint die Lehre *Schünemanns* prädestiniert, um sich mit ihr der Gleichstellungsfrage im Allgemeinen zu nähern.

1. Die Methodik *Schünemanns*

Es erscheint daher insbesondere gewinnbringend, kurz auf das analogistische Gleichstellungsverfahren sowie den Begriff der Natur der Sache einzugehen, da diese Aspekte im Rahmen der Untersuchung über das begehungsgleiche „unechte“ Unterlassen immer wieder eine Rolle spielen werden.

a) Analogistisches Verfahren: Das „Gleichstellungsproblem“ als Gleichheitsproblem

Das von *Schünemann* verfochtene analogistische Verfahren¹⁴⁹⁴ geht vom zutreffenden Ausgangspunkt aus: Das Gesetz scheint mit § 13 StGB einerseits von der Andersartigkeit des Unterlassens auszugehen, indem dieses einer eigenständigen Regelung unterworfen wird, gleichzeitig ist aber unter gewissen Voraussetzungen eine Gleichbehandlung mit

insoweit abschließend sein sollten, insbesondere wollte der Gesetzgeber durch die allgemeine Regel des § 13 I StGB die Möglichkeiten von Garantenstellungen unabhängig von der BT-Kodifizierung festschreiben. Beide Argumente *Schünemanns* treffen unter der Prämisse zu, dass man die Unterlassung des Ingerenten nicht als tatbestandliches Unrecht anerkennt – dann ist aber dies die entscheidende Frage und das Verhältnis zu Rücktritt sowie Erfolgsqualifikation bloß ein Reflex aus deren Beantwortung. *Herzberg* meint im Gegenteil, das Rücktrittsprivileg sei zweifelhaft: Warum solle jemand privilegiert werden, nur weil er seine Pflicht erfülle und nicht noch größeres Unrecht begehe? (FS Lackner S. 325, 343). Dabei ist aber auch bereits die Anerkennung der Garantenstellung vorausgesetzt.

¹⁴⁹² *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 80.

¹⁴⁹² *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 80.

¹⁴⁹³ Teils ist diese äußerst polemisch (*Sangenstedt*) und die Theorie *Schünemanns* verzerrend (etwa bei *Herbertz* Ingerenz S. 145 ff., 254 ff.).

¹⁴⁹⁴ Zur Gleichstellung als Analogieproblem siehe auch *Grünwald* ZStW 76 (1964) 7; *Arth. Kaufmann* Analogie S. 42; *Krey* Gesetzesvorbehalt S. 225; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 164; **and**ers *Herzberg* Garantenprinzip S. 196: Die Begehung sei gegenüber der Unterlassung nicht vorrangig.

der Begehung angeordnet. Der Unterlassende begeht die Tat nicht aktiv, ist jedoch dem Begehungstäter gleichgestellt.¹⁴⁹⁵ Analoges Denken ist im Strafrecht nicht *per se* verboten, die juristische Auslegung (und Subsumtion¹⁴⁹⁶) ist vielmehr auf den „Ähnlichkeitschluss“ angewiesen.¹⁴⁹⁷

Die Übertragung im Wege des analogen Schlusses ergibt sich aus der „Forderung der Gerechtigkeit, Gleichartiges gleich zu behandeln.“¹⁴⁹⁸ Sachverhalte sind dabei stets nur in einzelnen Beziehungen und „bis zu einem gewissen Grade“ gleich.¹⁴⁹⁹ Es geht bei der Analogie darum, zwei *nicht absolut gleiche* Sachverhalte infolge ihrer Ähnlichkeit in den maßgeblichen Gesichtspunkten *gleich zu bewerten*: „Gleichheit ist immer nur Abstraktion von gegebener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte.“¹⁵⁰⁰ Es handelt sich bei analogem Denken also nicht um einen logischen Schluss vom Besonderen aufs Besondere, sondern einen *teleologischen* Schluss über den Umweg eines Allgemeinen,

¹⁴⁹⁵ Siehe nur *Jescheck/Weigend* AT § 58 IV 1; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 11.

¹⁴⁹⁶ Auslegung und Subsumtion sind nicht streng trennbar, siehe hierzu *Engisch* Logische Studien S. 15: „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“; auch *Puppe* GS Arm. Kaufmann S. 15, 22, 24; *dies.* FS Neumann S. 323, 331.

¹⁴⁹⁷ Auslegung und Rechtsfortbildung sind *insofern* nicht wesensverschieden. Siehe nur *Canaris* Lücken S. 24: Analogie als „Auslegungshilfe“; *Dannecker/Schuh* LK § 1 Rn. 247; *Engisch* Logische Studien S. 30 f.; *J. Esser* Vorverständnis S. 104; *Hassemer* Tatbestand und Typus S. 118; 160 ff.; *ders./Kargl* NK § 1 Rn. 95 ff. m.w.N.; *Heller* Logik S. 140 ff.; *Hilgendorf* Argumentation S. 37; *Jescheck/Weigend* AT § 15 III 2 a; *Arth. Kaufmann* Analogie S. 3 ff.; *Krey* Gesetzesvorbehalt S. 28 f., 115; *Lackner/Kühl* § 1 Rn. 7; *Larenz* Methodenlehre S. 136 f.; 366 ff.; *Roxin/Greco* AT I § 5 Rn. 36; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 229; *ders.* FS *Arth. Kaufmann* S. 299, 313; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 146; *Welzel* Strafrecht S. 22. – Die Grenze der *verbotenen* Analogie liegt freilich dort, wo ein Sachverhalt nicht mehr unter die für den Adressaten erkennbare mögliche Wortbedeutung fällt, siehe statt vieler *Engisch* Einführung S. 212 f.; *Jescheck/Weigend* AT § 15 III 2 a, § 17 IV 5; *Hassemer/Kargl* NK § 1 Rn. 78 ff.; *Krey* Gesetzesvorbehalt S. 214; zusammenfassend *Dannecker/Schuh* LK § 1 Rn. 250 mit vielen Nachweisen; **anders** *Arth. Kaufmann* Analogie S. 41; *Sax* Analogieverbot S. 152.

¹⁴⁹⁸ *Larenz* Methodenlehre S. 381; siehe auch *Engisch* Einheit S. 69 f., 76; *J. Esser* Vorverständnis S. 107; *Arth. Kaufmann* Analogie S. 22: „Kernproblem des Rechts überhaupt“; *Puppe* Schule S. 303; *Zippelius* Methodenlehre § 11 II a). Es geht also nach dem Gedanken der austeilenden Gerechtigkeit nicht um formale, sondern proportionale Gleichheit (siehe nur *Radbruch* RPh S. 30 ff.). Diese Position entspricht der ständigen Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 I GG, BVerfGE 55, 72, 88; BVerfGE 60, 123, 133 f.; BVerfGE 62, 256, 274; BVerfGE 63, 255, 261 f.; BVerfGE 64, 229, 239; BVerfGE 65, 104, 112 f.; BVerfGE 71, 39, 58 f.; BVerfGE 124, 199, 219 f. Dieses in Art. 3 I GG liegende objektiv-rechtliche Gerechtigkeitspostulat ist bei der Auslegung der Strafgesetze zu beachten; vgl. nur *Sachs/Nußberger* Art. 3 GG Rn. 65, 67.

¹⁴⁹⁹ *Engisch* Logische Studien S. 30.

¹⁵⁰⁰ *Radbruch* RPh S. 32; siehe außerdem *Canaris* Lücken S. 71; *Engisch* Logische Studien S. 30 ff.; *ders.* Einführung S. 204: Der Begriff der Ähnlichkeit ist also „Angelpunkt des Schließens“; *J. Esser* Vorverständnis S. 107; *Hilgendorf* Argumentation S. 37; *Arth. Kaufmann* Analogie S. 22 ff.; *Larenz* Methodenlehre S. 381: Die Vergleichsobjekte müssen für den analogen Schluss daher in den „für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten übereinstimmen“ (Hervorhebung nicht im Original); *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie Rn. 889; *Sax* Analogieverbot S. 132, 141; *Stammler* Theorie S. 665: „Es sollen [...] die nebensächlichen Besonderheiten weggelassen, die wesentlichen aber festgehalten werden“; *Zippelius* Methodenlehre § 11 II a).

die *ratio legis*.¹⁵⁰¹ Zu bedenken ist im Folgenden insbesondere, dass die Grenze des analogen Schlusses dort liegt, wo ein *wesentlicher* Unterschied auftritt.¹⁵⁰² Eine Untersuchung der Gleichstellung darf nicht die Unterschiede von Tun und Unterlassen leugnen und auf die Evidenz der Gemeinsamkeiten vertrauen, sondern muss diese ebenso wie die trennenden Elemente stets auf ihre teleologische Bedeutsamkeit für die Gleichstellung prüfen.¹⁵⁰³

Die normative Wesentlichkeit der Gemeinsamkeiten und Unterschiede ist letztlich die entscheidende materielle Frage, die durch das Prinzip der Gleichheit als formelles, inhaltsleeres Prinzip nicht beantwortet werden kann.¹⁵⁰⁴ Je nachdem, ob man den Kreis der wesentlichen Kriterien enger oder weiter zieht, lassen sich durch den analogen Schluss mehr oder weniger Fälle erfassen.¹⁵⁰⁵ Beispielsweise könnte man niemals Unterlassungen mit der Begehung gleich behandeln, wenn man hinsichtlich des Herrschaftskriteriums sämtliche Aspekte des für die Begehungsdelikte maßgeblichen Begriffs der Tatherrschaft für wesentlich hielte, also durch Handlungen vermittelte Geschehensbeherrschung verlangte. Erachtet man hingegen nur die (nicht notwendig durch Handlungen vermittelte) aktuelle Herrschaft über den Grund des Erfolgs für wesentlich (*Schünemann*), kommt man zur Gleichstellung bestimmter Unterlassungen, nicht aber der Ingerenz. Wenn man einen Schritt weitergeht und die Aktualität der Herrschaft für die Gleichstellung als unwesentlich erachtet, unterfällt auch die Ingerenz der Gleichstellungsrichtlinie. Es wird bereits hier deutlich, dass *Schünemanns* Verfahren äußerst wertungsabhängig ist, indem die *eigentlich* zentrale Frage diejenige nach der *Wesentlichkeit* und der *Unwesentlichkeit*

¹⁵⁰¹ Bei der analogen Argumentation sind daher der induktive und der deduktive Schluss zusammengesetzt: Zunächst wird ein allgemeiner Gedanke abstrahiert, um ihn dann auf ein anderes Besonderes anzuwenden. Vgl. *Engisch* Einführung S. 204 f.; *Larenz* Methodenlehre S. 382 ff., 384; *Arth. Kaufmann* Analogie S. 26 f.; siehe außerdem *J. Esser* Vorverständnis S. 107: „Auch die Analogie ist für den Juristen nicht als eine Arbeitsform der Logik relevant, sondern als ein Bewertungsmodus in Fällen, die aus dem Vorverstehen und Vorbewerten gleiche Beurteilung zu verdienen scheinen“; *Heller* Logik S. 55, 108 ff.; *Klug* Logik S. 123; *Krey* Gesetzesvorbehalt S. 115; *Neumann* JA 1987, 244, 247: Es geht um den normativen Aspekt der Ähnlichkeit hinsichtlich der Angemessenheit der rechtlichen Folgen; *Puppe* Schule S. 196; *Sax* Analogieverbot S. 97 ff., 114.

¹⁵⁰² *Engisch* Einführung S. 206; formallogisch wäre der Umkehrschluss gleichberechtigt, S. 207; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 93; *Puppe* Schule S. 305: Es muss also stets begründet werden, dass es auf die Gleichheit, nicht auf die Ungleichheit ankommt; *Radbruch* FS Laun S. 157, 162: „der juristische Stil ist richtiges Weglassen des Unwesentlichen“; *Zippelius* Methodenlehre § 11 II a): Die Unterschiede dürfen nicht so weit ins Gewicht fallen, dass eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt wäre.

¹⁵⁰³ Siehe auch *Weigend* LK § 13 Rn. 3: „Für die Rechtsauslegung und -anwendung empfiehlt es sich jedoch, die Unterschiede zwischen Tun und Unterlassen stets im Auge zu behalten [...]“; im Allgemeinen auch *Roxin* TuT S. 598; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 93. → Kapitel 1 § 2 C II 3, D I.

¹⁵⁰⁴ Siehe *Kelsen* Gerechtigkeit S. 23 ff., 25 f.; *Arth. Kaufmann* Analogie S. 22: „Aber was ist gleich, und was ist ungleich?“, 27 f.; *Neumann* in: Subsumtion S. 311, 317; *Zippelius* Rechtsphilosophie § 16 II 2: Das Prinzip der Gleichheit kann dabei (nur) dazu dienen, derartige Gerechtigkeitsfragen zu erschließen und zu strukturieren.

¹⁵⁰⁵ Das *tertium comparationis* zwischen zwei Sachverhalten steht nicht (sach-)logisch fest und erscheint zunächst als auswechselbar. Es bedarf einer Bewertung, wie weit man den Ähnlichkeitskreis zieht, je nachdem, wie diese Wertung ausfällt, lassen sich mehr oder weniger Fälle als analog erfassen, vgl. *Klug* Logik S. 123.

der verschiedenen Strukturelemente der Herrschaft ist. Was wesentlich und was unwesentlich ist, kann regelmäßig nicht direkt dem gesetzlichen Tatbestand entnommen werden, sondern muss durch die Auslegung dieses Tatbestandes bestimmt werden.¹⁵⁰⁶ Weil die Begehungstatbestände ebenso wie die Entsprechungsklausel nicht ausdrücken, welches das entscheidende *tertium comparationis* der Gleichstellung ist, bemüht *Schünemann* das Kriterium der „Natur der Sache“, welche das Vergleichskriterium, das *tertium comparationis* für das analogistische Verfahren ans Licht bringen soll.¹⁵⁰⁷

b) Die Natur der Sache

Der Problembereich des Arguments der „Natur der Sache“, der tief in philosophischen Grundfragen verwurzelt ist,¹⁵⁰⁸ kann im vorliegenden Rahmen nur kurz angerissen werden.¹⁵⁰⁹ *Schünemanns* Konzeption soll jedoch auf ihre Folgerichtigkeit und damit Widerspruchsfreiheit¹⁵¹⁰ überprüft werden. So wird ihm von anderen Autoren ein leichtfertiger Umgang mit dem Begriff der „Natur der Sache“ vorgeworfen, oft stehe der Begriff für ein Argument.¹⁵¹¹ Dass der Begehungstäter nur für beherrschte Kausalverläufe verantwortlich sei, beruhe etwa auf einer Wertung.¹⁵¹²

Schünemann selbst stellt sich auf den Standpunkt, der Gesetzgeber sei nur bedingt dadurch gebunden, an „welche ihrer Eigenheiten er bei seiner Regelung anknüpft bzw. welche bei ihrer Erfassung leitenden Wertgesichtspunkte er in Ausübung seines legislativen Ermessens auswählt.“¹⁵¹³ Es bedürfe für jeden „Komplex von Rechtsfragen jeweils nur einer gesetzgeberischen Wertentscheidung, die dann durch eine Anschauung aus der Natur der Sache konkretisiert werden kann“. Die Natur der Sache sei also „Hebel“ der Normkonkretisierung.¹⁵¹⁴ Die sachlogische Struktur¹⁵¹⁵ müsse dafür erstens unzweifelhaft vorhanden und zweitens auch „unter Wertgesichtspunkten als wesentlich anzusehen“ sein.¹⁵¹⁶ Angewandt auf die Unterlassungsproblematik wird also die Wertung, dass

¹⁵⁰⁶ *Engisch* Logische Studien S. 32 f.; siehe auch *Arth. Kaufmann* Analogie S. 30. Maßgeblich sind insbesondere die Anordnungen und Wertungen des positiven Gesetzes, *Canaris* Lücken S. 114.

¹⁵⁰⁷ Siehe auch *Larenz* Methodenlehre S. 418: große Bedeutung der Natur der Sache für den Gleichheitssatz.

¹⁵⁰⁸ Vgl. *Larenz* Methodenlehre S. 417.

¹⁵⁰⁹ Der Vorwurf hingegen, *Schünemann* hätte diesen Begriff nicht definiert, sondern vorausgesetzt (so etwa *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 71 und v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 128), ist aufgrund der eingehenden Auseinandersetzung von *Schünemann* Grund und Grenzen S. 32 ff. haltlos.

¹⁵¹⁰ Siehe *Schünemann* FS Neumann S. 701.

¹⁵¹¹ *Otto* MSchrKrim 1974, 123, 125; **dagegen** wiederum *Schünemann* GA 1974, 231, 234 m. Fn. 22; **hiergegen** *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 70 ff. „gänzlich inhaltsloser Begriff“, „Wiesel-Wort“; kritisch auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 140; **daraufhin wieder** *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 75; außerdem *Chen* Garantensonderdelikt S. 86 f.

¹⁵¹² *Otto/Brammsen* Jura 1985, 530, 534.

¹⁵¹³ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 39.

¹⁵¹⁴ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 40.

¹⁵¹⁵ Ob und inwieweit zwischen den beiden Begriffen „Natur der Sache“ und „sachlogische Struktur“ ein Unterschied besteht, ist strittig; auf die Frage kann und muss im vorliegenden Rahmen nicht eingegangen werden. Nach *Schünemann* sind die sachlogischen Strukturen eine „Spielart“ der Natur der Sache, Grund und Grenzen S. 34 f.; für eine synonyme Verwendung auch *Engisch* FS Eb. Schmidt S. 90, 92 m. Fn. 13.

¹⁵¹⁶ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 115 f.

Tun und Unterlassen in einer vorrechtlichen Gemeinsamkeit vergleichbar sein müssen, dahingehend konkretisiert, dass dieses vorrechtliche Merkmal die „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“ sei. Auch sonst besteht in der Literatur grundsätzliche Einigkeit, dass die entsprechende Struktur unter *Wertgesichtspunkten*¹⁵¹⁷ relevant sein muss. *Roxin*, den *Schünemann* mit dieser Aussage zitiert, schreibt etwa: „Das vielberufene Denken aus der Natur der Sache bedeutet nichts anderes, als dass ein leitender Wertungsgesichtspunkt je nach der Art des Regelungssubstrates zu wesentlich abweichenden Ergebnissen führen kann“.¹⁵¹⁸ Insbesondere wird betont, dass die Natur der Sache nicht bloß die ontischen Strukturen, sondern insbesondere das (soziale) *Sinnverhältnis* eines Sachverhalts betreffe. So meint etwa *Radbruch*, der „Stoff des Rechts ist das Zusammenleben der Menschen, die Gesamtheit der Lebensverhältnisse und Lebensordnungen innerhalb der Gesellschaft sowie die Lebensstatsachen, welche Bestandteile jener Verhältnisse und Ordnungen sind“.¹⁵¹⁹ Die „Natur“ der Sache ist dementsprechend nicht naturalistisch zu verstehen, sondern das Wesen, der Sinn der Sache, als Antwort auf die Frage „wie kann dieses so

¹⁵¹⁷ Einen normativen Ausgangspunkt nimmt im Grunde auch *Welzel* ein, der den sachlogischen Strukturen in der Nachkriegszeit zu einer Renaissance verholfen hat. Wenngleich ihm häufig der Vorwurf gemacht wurde, er habe mithilfe der Autorität „zeitloser Sachlogik“ seine eigene Position wissenschaftlich überhöht (so etwa *Hassemer* FS Rudolphi S. 61, 72; auch *ders.* in: Strafen im Rechtsstaat S. 137, 138; *Arth. Kaufmann* FS H. Mayer S. 79, 84), sah *Welzel* grundsätzlich nur eine *logische* Bindung des Gesetzgebers an die Seinsstrukturen (siehe hierzu ausführlich *Arth. Kaufmann* Schuldprinzip S. 20 ff.). Diese „binden den Gesetzgeber nur dann, wenn er eine Regelung bestimmter Art vornehmen will, und sie binden ihn *nur logisch, d.h. wenn seine Regelung sachgemäß sein soll*. Ein Verstoß gegen sie hat nicht zur Folge, daß seine Regelung ungültig wird, wohl aber, daß er *sein Ziel nicht erreicht*, daß er eine lückenhafte, widerspruchsvolle, sachlich unzutreffende Regelung vorgenommen hat.“, *Welzel* FS Niedermeyer S. 279, 290, Hervorhebungen nicht im Original; etwas weitergehend *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 17: wenn die vorgefundene Struktur die Regelung „herausfordert“; ähnlich *Küpper* Grenzen S. 42. Einen etwas relativistischeren Standpunkt nimmt hingegen *Stratenwerth* (Natur der Sache S. 17 ff.) ein, der schreibt, sachlogische Strukturen seien „ontische Gegebenheiten, die sich unter einem bestimmten Gesichtspunkt als wesentlich herausheben“. Das positive Recht dürfe nur, wenn es einen Gesichtspunkt für maßgeblich erachtet, sich hierzu nicht an anderer Stelle in Widerspruch setzen. „Die grundsätzliche Wertentscheidung folgt der sachlogischen Einsicht nicht nach, sondern geht ihr voraus“ (S. 20); hierzu auch *Hirsch* in: Probleme II S. 53, 60: Ziel des Finalismus war es nie, Seinsbefunde in den Rang von rechtlichen Prinzipien zu erheben.

¹⁵¹⁸ *Roxin* Kriminalpolitik S. 41; siehe auch *ders.* GS Radbruch S. 260, 265; *ders.* TuT S. 22 ff.; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 40 m. Fn. 180; vermittelnd auch *Henkel* Rechtsphilosophie S. 303 ff.

¹⁵¹⁹ *Radbruch* FS Laun S. 157, 159 f. Dieses „Substrat, das Material, [der] Stoff, den das Recht zu formen hat“, ist also die „Sache“, deren Natur festzustellen ist; siehe auch *ders.* Vorschule S. 22 ff.; vorsichtiger noch *ders.* RPh S. 7 f.; dort warnt *Radbruch* vor einem unzulässigen Schluss von Seinsstatsachen auf Sollenssätze. Dem widerspricht der weitergehende Ansatz in der Laun-Festschrift nicht, der gleichfalls von der *Rechtsidee* ausgeht.

Grundsätzlich zustimmend *Eb. Schmidt* FS Engisch S. 339, 351, der besonders die zugrundeliegende „soziale Sinnbedeutung“ betont. Auch *Larenz* meint, die Natur der Sache sei nicht nur eine gegenstandsbezogene Kategorie, sondern „immanenter Sinn und daraus folgende sachgemäße Ordnung“ eines bestimmten typischen Lebensverhältnisses, *Larenz* FS Nikisch S. 275, 285, 289; ähnlich auch *Roxin* ZStW 74 (1962) 515, 561; *Stratenwerth* FS Jakobs S. 663, 665 ff., 668, 673. Selbst *Welzel*, dem so häufig Ontologisierungen vorgeworfen wurden, stellte in seinen „Studien“ klar, dass die Handlung eine „reale, sinnvolle Ganzheit innerhalb des sozialen Lebens“ darstellt, die mit quantitativen naturwissenschaftlichen Beschreibungen bloß ungenügend beschrieben wäre, *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 495 f. (wörtliches Zitat auf S. 491); *Jakobs* FS Hirsch S. 45, 52.

beschaffene Lebensverhältnis als sinnvoll gedacht werden, d.h. als Verwirklichung einer Idee – und welcher Idee?“ Es gehe um die „Auslese bestimmter Merkmale aus der Ganzheit eines Lebensverhältnisses unter einem bestimmten Aspekt“, wobei das Unwesentliche wegzulassen sei. Diese Merkmale würden unter der Herrschaft der Rechtsidee zu einem einheitlichen Sinngefüge zusammengeführt, wobei es sich regelmäßig um ein teleologisches Sinngefüge handle, also ein Gefüge nach rechtlichen Zwecken und Mitteln.¹⁵²⁰ Es geht um die Entsprechung von Norm und Sachverhalt im *Sinn* („Identität des Sinnverhältnisses“).¹⁵²¹ Und auch *Schünemann* selbst schreibt später in anderem Zusammenhang, man müsse sich klar machen, „daß es ja nicht nur anthropologisch-biologische Gegebenheiten sind, die bei der Ausgestaltung der rechtlichen Regelung als *sachlogische Strukturen* beachtet werden müssen, sondern daß dies genauso gut auch für die Basiselemente eines bestimmten *kulturellen Niveaus* gleich entwickelter Gesellschaften gilt, die sich vor allem in den Strukturen und Formen der *Umgangssprache* dingfest machen lassen“. Man dürfe nicht die *soziale* Wirklichkeit ignorieren.¹⁵²²

Es ist überzeugend, wenn *Schünemann* ausführt, der in der Rechtswissenschaft „unzweifelhaft normative Ausgangspunkt“ entscheide über die Relevanz der empirischen Strukturen.¹⁵²³ Denn Recht als Menschenwerk kann, mit *Radbruch*, nur aus seiner Idee begriffen werden: „Eine zweckblinde, d. h. wertblinde Betrachtung eines Menschenwerkes ist also unmöglich, und so auch eine wertblinde Betrachtung des Rechts oder einer einzelnen Rechtserscheinung“. ¹⁵²⁴ Bei dieser rechtlichen Bewertung spielt die „Natur der Sache“ eine bedeutende Rolle. Das Recht, welches gesellschaftliche Vorgänge zweckmäßig regeln und dabei sachgemäß differenzieren will, kann nicht an den Eigenheiten des Regelungsgegenstandes vorbeigehen. Überzeugend ordnet *Larenz* die Natur der Sache als objektiv-teleologisches Auslegungskriterium ein, indem dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, er habe die maßgeblichen Strukturen (nicht bloß die naturalistischen Eigenschaften, sondern insbesondere auch den sozialen Sinn eines Geschehens) missachten wollen.¹⁵²⁵ Hierdurch bleibt die durch den *Gesetzgeber* getroffene Regelung Ausgangs-

¹⁵²⁰ Alle Zitate *Radbruch* FS Laun S. 157, 161 f.; grundsätzlich zustimmend *Roxin* GS *Radbruch* S. 260 ff., 265.

¹⁵²¹ *Arth. Kaufmann* Analogie S. 35.

¹⁵²² *Schünemann* in: *Bausteine* S. 149, 157, Hervorhebung im Original; siehe dort auch Fn. 27: Es gehe bei den Unterlassungsdelikten um *soziale* Herrschaftspositionen; ähnlich auch *Berster* Unterlassungsdelikt S. 59.

¹⁵²³ *Schünemann* FS *Roxin* (2001) S. 1, 30; ähnlich *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 90; *Gössel* FS *Küper* S. 83, 92.

¹⁵²⁴ *Radbruch* RPh S. 4.

¹⁵²⁵ *Larenz* *Methodenlehre* S. 418 f.; ähnlich *Radbruch* FS Laun S. 157, 162 f.: Wenn keine vom konkreten Gesetzgeber gemeinte Idee vorfindbar sei, sondern man sich auf den „Gesetzgeber überhaupt“ berufen müsse; *Grünhut* FG *Frank* I S. 1, 19: „Die teleologische Begriffsbildung im Strafrecht hat ein eigenartiges Ergebnis. Sie führt zu einer starken Modifikation der formalen Norm durch die tatsächlichen Verhältnisse, auf welche sie sich bezieht. Die Gegenstände beeinflussen die Begriffe, denen sie subsumiert werden. Das Recht kann nicht ohne Rücksicht auf das zu ordnende Leben gehandhabt werden.“ – **Kritisch** zur Argu-

punkt jeder Interpretation, der nicht mit dem Verweis auf „zeitlose Strukturen“ weggewischt werden kann. Der Gesetzgeber ist grundsätzlich frei, an welche ontologischen und sozialen Vorgegebenheiten er bei seiner Regelung anknüpft und inwieweit er diese für maßgeblich hält.¹⁵²⁶

Die Ermittlung der „Natur der Sache“ erfordert im Rahmen der Gleichstellungsfrage also eine *wertende* Betrachtung.¹⁵²⁷ Auch wenn gewisse Strukturelemente der Herrschaft sowohl bei Begehungen als auch bei Unterlassungen zu beobachten sind, fragt sich immer noch, ob diese in ihrer konkreten Ausprägung nach dem Zweckgefüge des Strafrechts maßgeblich sind.

c) Zwischenfazit

Im Ausgangspunkt ist *Schünemann* also weder in der Anwendung des analogistischen Gleichstellungsverfahrens noch in dem Rückgriff auf die Natur der Sache zu widersprechen. Festzuhalten ist jedoch, dass es hierbei nicht um die formale Übertragung sachlogischer Wahrheiten geht, sondern um ein Verfahren, das auf die *Bewertung* dieser sachlogischen Strukturen angewiesen ist.

2. Grund der Übertragung

Zu untersuchen ist im Folgenden, ob die Gleichstellung wirklich eine *aktuelle, faktische Herrschaftsbeziehung* voraussetzt. Denn dass es an einer solchen bei der Ingerenz fehlt, kann wohl nicht bestritten werden. Die Ablehnung der Ingerenz steht und fällt daher mit *Schünemanns* Prämissen.¹⁵²⁸ Fraglich ist, worin die Wertung zu erblicken ist, das Herrschaftsprinzip, zwar mit gewissen Modifikationen, jedoch zwingend als *faktische, aktuelle* Herrschaft auf die Unterlassung zu übertragen.

mentation aus der Natur der Sache ist zwar grundsätzlich *Engisch*, der darauf hinweist, dass der Gesetzgeber frei, wenn auch nicht willkürlich entscheiden kann, welche ontischen Strukturen er gleichstelle oder verschieden behandle. Er könne eine dem Gerechtigkeitsempfinden entsprechende, zweckmäßige Regelung schaffen. Dies schließe jedoch nicht die Berücksichtigung der „Natur der Sache“ im Sinne der Notwendigkeit aus, sich an den tatsächlichen Gegebenheiten und menschlichen Bedürfnissen zu orientieren, um „das Zweckmäßige und Gerechte mit der rechtlichen Regelung zu finden“, *Engisch* FS Eb. Schmidt S. 90, 120 f.; auf die *Bewertung* der sachlogischen Strukturen abstellend auch *ders.* Konkretisierung S. 119 ff.; ähnlich auch *Henkel* Rechtsphilosophie S. 306, 308, 381, 387; *Hilgendorf* FS Weber S. 33, 47 m. Fn. 50; *Eb. Schmidt* FS Engisch S. 339, 351 f.; kritisch zum Begriff „Natur der Sache“ auch *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie Rn. 919 ff., insbesondere 929: „kein Auslegungs-, sondern ein Einlegungsmittel“; inhaltlich jedoch ähnlich zu den genannten Autoren Rn. 921: „Die Berücksichtigung solcher Fakten, Zusammenhänge und naturwissenschaftlich-technischer Gesetzmäßigkeiten ist eine selbstverständliche Aufgabe jeder juristischen Normsetzung und Rechtsanwendung. Sie nicht zu beachten, käme einer Rechtsnorm gleich, welche Bananananbau am Nordpol vorschreiben wollte.“

¹⁵²⁶ *Roxin* TuT S. 22 f.; siehe auch *Engisch* Konkretisierung S. 120; *Larenz* Methodenlehre S. 419.

¹⁵²⁷ Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie Rn. 889: Auch bei der Natur der Sache geht es damit um ein *wertendes* In-Beziehung-Setzen von Lebenssachverhalten.

¹⁵²⁸ Siehe auch *Otto* NJW 1974, 528, 531.

a) Maßgeblichkeit beim Begehungsdelikt?

Das Vorhaben, die Unterlassung aufgrund des Herrschaftsprinzips gleichzustellen, würde bereits scheitern, wenn dieses schon beim Begehungsdelikt nicht maßgeblich wäre. Gegen das Kriterium „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“ hat *Timpe* vorgebracht, die Herrschaft der Person über ihr Entscheidungszentrum und ihren Körper könne keine vorrechtliche Gemeinsamkeit von Tun und Unterlassen sein, denn es handle sich um eine normative Festlegung. Der Zurechnung beim Begehen müsse mit der Festlegung der Zuständigkeit für Psyche und Körper ein Schlusspunkt gesetzt werden. Das Subjekt als Schlusspunkt strafrechtlicher Zurechnung sei nichts „natürlich-organisches“, sondern eine „Konstruktion, deren Ergebnis von den Zwecken abhängig ist, zu denen das Subjekt konstruiert wird“.¹⁵²⁹ Dieser Einwand greift jedoch nicht durch. Die Rechtsanwendung muss die dem Delikt zugrunde liegenden Phänomene und Strukturen herausarbeiten, anstatt sie normativ zu verdecken.¹⁵³⁰ Dagegen stellt *Schünemann* grundsätzlich zutreffend darauf ab, ob sich ein realer Sachverhalt normativ als wesentlich erweist, weil der Gesetzgeber bei einer Regelung an ihn anknüpft.¹⁵³¹ Das Subjekt, das die Herrschaft über seine Handlungen aufweist,¹⁵³² ist weder etwas allein „natürlich, vorrechtlich Gegebenes“ noch eine bloße „juristische Konstruktion“.¹⁵³³ Vielmehr handelt es sich bei der

¹⁵²⁹ *Timpe* Strafmilderungen S. 172 f.; grundlegend zuvor *Jakobs* Schuld und Prävention S. 25 f.; *ders.* ZStW 89 (1977) 1, 19; vgl. auch im Allgemeinen zu „Enttäuschungserklärungen“ *Luhmann* Rechtssoziologie S. 56 ff.; *Timpe* zustimmend *Sangenstedt* Garantenstellung S. 294 f., 377, der hierfür auch das Menschenbild des Grundgesetzes anführt, das das Individuum als autonom und selbstverantwortlich betrachtet; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 73; *Herbertz* Ingerenz S. 151; *Vogel* Norm und Pflicht S. 353; **dagegen** wiederum *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 76: typisch normativistischer Denkfehler; „wenn der Mensch nicht realiter in der Lage wäre, über seinen Körper zu gebieten, [...] dann hätte auch kein Gesetzgeber oder Strafrechtstheoretiker das autonome Individuum kreieren können“; siehe auch *ders.* GA 1995, 201, 220 f.; ebenso *Chen* Garantensonderdelikt S. 95. Das Recht erhebt, wenn es nicht Selbstzweck sein will, den Anspruch, die *Wirklichkeit* zu regeln. Bloße „normative Kunstprodukte“ sind hierzu untauglich.

¹⁵³⁰ Siehe nur *Hirsch* FS Arth. Kaufmann S. 545, 563; sowie *ders.* ZStW 116 (2004) 1, 5: „Das Recht erfindet nicht die Wirklichkeit, die es regeln will – dann wäre es überflüssig –, sondern es regelt eine ihm vorgegebene Wirklichkeit“; *ders.* in: Probleme II S. 53, 59; *ders.* FS Universität Köln S. 399, 402; außerdem *Gössel* FS Küper S. 83, 86; *Hörnle* ZStW 129 (2017) 593, 594: „Strafrechtsdogmatik für selbsterdachte Welten hätte allenfalls Unterhaltungswert.“ – *Timpe* schüttet also das Kind mit dem Bade aus, wenn er das Subjekt als „System“ konstruiert, dessen Ausgestaltung sich danach richtet, was ihm „im Interesse der Erhaltung einer Ordnung als von ihm zu verantwortende Bedingung eines Erfolgs zugeschrieben werden muß“, *Timpe* Strafmilderungen S. 173. – Ohne an dieser Stelle der Kritik an *Jakobs*‘ (und *Timpes*) Kriterium der Organisationszuständigkeit vorgreifen zu wollen, sei bereits festgehalten, dass ein solcher Ansatz erhebliches Potential zur Entgrenzung der Strafbarkeit aufweist. Im Interesse der Systemerhaltung könnte letztlich jede Bedingung der Zuständigkeit einer Person zugeschlagen werden; unten → § 2 G II.

¹⁵³¹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 39; *ders.* in: Internationale Dogmatik S. 49, 54.

¹⁵³² Letztlich entspricht es einer tiefen gesellschaftlichen Überzeugung, dass Menschen für die Folgen ihrer Handlungen grundsätzlich verantwortlich sind. Ebenso geht die gesamte Rechtsordnung von dem steuerungsfähigen Individuum aus (man denke neben der individuellen Verantwortlichkeit im Strafrecht etwa an die zivilrechtliche Privatautonomie oder ganz grundsätzlich die Freiheitsrechte und demokratischen Teilhaberechte von Individuen. Siehe außerdem *Berster* Unterlassungsdelikt S. 59; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 294 f.: Menschenwürde und freie Persönlichkeitsentfaltung.

¹⁵³³ Dem widerspricht bereits, dass es der Mensch ist, der bestraft wird, nicht die juristische Konstruktion, vgl. → Kapitel 1 § 2 C II 2; Kapitel 3 § 2 G II 2 a).

Herrschaft des Menschen über seine Handlungen¹⁵³⁴ um ein Phänomen der natürlichen und insbesondere auch sozialen Wirklichkeit, welches sich unter Wertungsgesichtspunkten als *wesentlich* herausstellen muss. Gegen die Wesentlichkeit der Herrschaft wird zum Teil eingewandt, diese sei schon bei den Begehungsdelikten, etwa der Begehungsfahrlässigkeit¹⁵³⁵ oder den „Pflichtdelikten“,¹⁵³⁶ nicht das entscheidende Element.¹⁵³⁷ *Jedenfalls* als Tatherrschaft bei den Vorsatzdelikten weist das Herrschaftsprinzip jedoch nach der ganz h.M. herausragende Bedeutung auf.¹⁵³⁸ Dem folgt zwar die Kritik, dass aus der Maßgeblichkeit bei der Begehung nicht darauf geschlossen werden könne, dass es sich um den einzigen Zurechnungsgrund handle.¹⁵³⁹ Allerdings normiert § 13 I StGB das Prinzip der Gleichstellung, sodass die Kriterien der Tatbestandsmäßigkeit beim Unterlassungsdelikt aus denen des Begehungsdelikts hergeleitet werden müssen. Wenn man diesen dogmatischen Fixpunkt aufgäbe, wäre keine Gleichstellung nach § 13 I StGB mehr möglich, sodass die Regeln für Begehung *und* Unterlassung nach freiem Rechtsgefühl aufgestellt werden könnten.¹⁵⁴⁰ Im Ergebnis ist also nicht problematisch, dass die Handlungsherrschaft bei den Begehungsdelikten, insbesondere in der Form von Tatherrschaft, maßgeblich ist. Für eine analoge Übertragung auf die unechten Unterlassungsdelikte kommt es jedoch darauf an, aus *welchem normativen Grund* das Herrschaftsprinzip beim Begehungsdelikt maßgeblich ist und ob *unter diesem Wertungsgesichtspunkt* bestimmte Unterlassungen gleichgestellt werden können.

b) Sachlogische Gleichheit

Wenn *Schünemann* hingegen den Grund der Gleichstellung in der vorrechtlichen Gemeinsamkeit von Tun und Unterlassen sieht, bleibt er bereits bei der Betrachtung der Struktur des Begehungsdelikts einen Schritt zu früh stehen. Er begnügt sich mit dem *Ob* der Maßgeblichkeit der Herrschaft bei der aktiven Begehung, ohne den entscheidenden normativen Grund hierfür zu benennen, ohne also aufzuzeigen, *weshalb und inwieweit*

¹⁵³⁴ Um diese geht es bei *Schünemann*, dagegen vermengt *Timpe* Strafmilderungen S. 172 hier die Frage nach der Handlungsherrschaft mit der nach der Willensfreiheit.

¹⁵³⁵ *Brammsen* in: Individuelle Verantwortung S. 105, 118 m. Fn. 75.

¹⁵³⁶ *Jakobs* AT 29/28 m. Fn. 53; *Vogel* Norm und Pflicht S. 351; dem folgend *Kleinherne* Garantenstellung S. 243; **dagegen** wiederum *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 59, 76: „Pflichtdelikte“ als spezielle Herrschaftsdelikte; siehe auch *Seibert* Garantenpflichten S. 142; insgesamt **kritisch** zur Kategorie der Pflichtdelikte *Zieschang* FS Otto S. 505, 517.

¹⁵³⁷ *Freund* Erfolgsdelikt S. 142; *Hoven* GA 2016, 16, 25: Der ontologische Gehalt des Handlungsdelikts werde von den Anhängern der Herrschaftslehren überschätzt. Siehe auch *Timpe* Strafmilderungen S. 167: Die Herrschaft könne zudem die Zurechnung zwar bei der „Ein-Mann-Herrschaft“ erklären, nicht jedoch etwa bei arbeitsteiligen Durchführungen innerhalb bestimmter Systeme. Hier sei vielmehr die Systemstruktur relevant für die Zuweisung der Verantwortlichkeit.

¹⁵³⁸ Zirkulär **dagegen** der Einwand von *Freund* Erfolgsdelikt S. 142, es komme auf die Kriterien der Verhaltensmissbilligung an. Denn hierfür (insbesondere das selbstverständliche Einstehenmüssen des Handelnden), muss es wieder auf deskriptive Kriterien, insbesondere die Tatherrschaft, ankommen, wenn man nicht in freies Werten verfallen will. Im Übrigen kann die bloße Normwidrigkeit nicht die Gleichstellung bewirken, worauf schon *Schünemann* Grund und Grenzen S. 316 f. hinweist.

¹⁵³⁹ Vgl. *Herzberg* Garantenprinzip S. 290; *Vogel* Norm und Pflicht S. 251.

¹⁵⁴⁰ **Kritisch** hierzu schon oben → Kapitel 1 § 2 C II.

das Kriterium auch *für die Gleichstellung* des Unterlassens *wesentlich* ist. Die Verwendung von Kriterien bleibt nämlich „so lange unverbindlich und willkürlich, als nicht aufgewiesen wird, warum und inwieweit sie der rechtlichen Regelung zugrunde liegen“.¹⁵⁴¹ Hierin besteht wohl der ursprüngliche Grundfehler *Schünemanns*. Das Argument der „Natur der Sache“ scheint als Ausflucht zu dienen,¹⁵⁴² um intuitiv die Herrschaft für maßgeblich zu erklären, ohne die Wertungs- und Zweckgesichtspunkte offenlegen zu müssen, welche diese Maßgeblichkeit begründen. Es geht jedoch bei der Argumentation aus der „Natur der Sache“ gerade nicht um die naturalistischen Eigenschaften der „Sache“, sondern um die Frage, wie sich ein Lebensverhältnis sinnvoll regeln lässt. *Schünemann* versäumt es, die Frage zu beantworten, unter welchem teleologischen Sinngefüge gerade diejenigen Merkmale, die die Handlungsherrschaft ausmachen, innerhalb des Lebensverhältnisses „Begehung“ ausgelesen werden.¹⁵⁴³ Herrschaftselemente dürfen nicht nur zufällig aus dem Stoff „Begehung“ erkannt werden, vielmehr muss das Herrschaftsprinzip beim Begehungsdelikt Ausprägung eines übergeordneten normativen Gedankens sein.¹⁵⁴⁴ Nicht schon die Herausarbeitung der beim Begehungsdelikt maßgeblichen Struktur, sondern erst die Offenlegung der hierfür maßgeblichen Rechtsidee stellt den Schlüssel zur Lösung des Garantenproblems dar.¹⁵⁴⁵

Solange die maßgebliche Rechtsidee nicht aufgezeigt ist, als deren Ausprägung sich die Herrschaft über den Grund des Erfolgs bei den Begehungsdelikten darstellt, fehlt es an einem *tertium comparationis* für den analogistischen als wertenden, insbesondere teleologischen Schluss.¹⁵⁴⁶ Dieser erfolgt, wie oben dargelegt,¹⁵⁴⁷ nicht vom Besonderen zum Besonderen (Begehungsherrschaft; Herrschaft über den Grund des Erfolgs bei den Unterlassungsdelikten), sondern über ein Allgemeines, insbesondere den Zweck, hinsichtlich dessen die beiden Sachverhalte Tun und Unterlassen gleichbehandelt werden sollen.

¹⁵⁴¹ *Roxin* TuT S. 25.

¹⁵⁴² Vgl. im Allgemeinen bereits *Radbruch* FS Laun S. 157, 159: Im allgemeinen Sprachgebrauch wird der Begriff „Natur der Sache“ verwendet als „Ausdrucksform einer Selbstverständlichkeit, die keiner Begründung zu bedürfen scheint und die weitere Diskussion kurz abschneiden soll [...] ohne weitere Gründe, mit dem Anspruch der Evidenz“; *Engisch* Konkretisierung S. 116: „Leider krankt aber auch dieser beliebte Terminus an Vieldeutigkeit [...]“; *Eb. Schmidt* FS Engisch S. 339, 352: „Man vermeide also, in der Natur der Sache eine allzu hintergründig-tiefsinnige Zauberformel zu sehen [...]“.

¹⁵⁴³ Als Verwirklichung welcher Rechtsidee kann das Lebensverhältnis Handlungsherrschaft gedacht werden (*Radbruch*)? Welchen Zweck, welche Funktion erfüllt die Handlungsherrschaft bei der Begehung, so dass das Gesetz den Sinn dieses Lebenssachverhalts verfehlen würde, knüpfte es nicht an diese Struktur an?

¹⁵⁴⁴ Die Natur der Sache wäre hier gerade die Sinnentsprechung (*Arth. Kaufmann*) von Herrschaft und Begehungstatbestand, nicht hingegen die Herrschaft selbst als bloßes Faktum.

¹⁵⁴⁵ Es handelt sich um eine normative, mangels ausdrücklicher gesetzlicher Wertungen im Wesentlichen teleologische Frage. So formulierte *Hegler* bereits 1915 den Standpunkt einer teleologischen Rechtswissenschaft, nämlich „daß die Sätze des Rechts, unseres Rechts getragen sind von rationellen Ideen, Zweckgedanken, und daß die Aufsuchung und Herausarbeitung dieser Ideen uns erst das volle Verständnis eines Rechtsgebietes vermittelt und erst den Schlüssel verschafft zur Lösung all der vielen Fragen, die das Leben an das Recht und die Rechtswissenschaft stellt“, *Hegler* ZStW 36 (1915) 19, 20.

¹⁵⁴⁶ Vgl. nur *Arth. Kaufmann* Analogie S. 27: Identität der *ratio legis* bzw. *ratio iuris*.

¹⁵⁴⁷ Vgl. oben → 2. a).

Dafür müsste im ersten Schritt aufgezeigt worden sein, *welche* Wertgesichtspunkte es sind, die die Struktur „Herrschaft“ bei den Begehungsdelikten als maßgeblich erscheinen lassen, damit das Unterlassen dann im zweiten Schritt *im Hinblick auf diese Wertungsgesichtspunkte* gleichgestellt werden kann. Allein im Hinblick auf diese Wertungen lässt sich die Frage stellen, ob auch das Lebensverhältnis „Unterlassung“ sinnvollerweise durch das Herrschaftsprinzip geregelt ist.¹⁵⁴⁸

Ein „entnormativiertes *tertium comparationis*“¹⁵⁴⁹ der „Herrschaft“ hingegen ist ein Oxymoron, denn jenes enthält bereits begrifflich keine Wertung, *warum* gleichgestellt wird und *wie weit* die Ähnlichkeit reichen muss.¹⁵⁵⁰ Daher muss *Schünemann* notgedrungen das Ob und Wie der Gleichbehandlung auf eine *andere* Wertung (also *nicht* auf den Grund der Maßgeblichkeit der Herrschaft beim Begehen¹⁵⁵¹) stützen, nämlich dass der Gesetzgeber mit der Entsprechungsklausel (bzw. vor 1975 stillschweigend) auf vergleichbare vorrechtliche (*ontische*) Strukturen von Begehung und Unterlassung abstelle. Es geht insoweit nur um die *formale* Voraussetzung, dass die Unterlassung den gleichen deskriptiven Kriterien folgt wie die Begehung,¹⁵⁵² egal welche diese auch seien und unabhängig von den normativen Gründen,¹⁵⁵³ die zu ihrer Wesentlichkeit bei der Begehung führen. Das ist jedoch zunächst eine unbelegte Unterstellung, die nicht mit Wortlaut, Historie, System und Telos des § 13 StGB in Einklang steht. Es kann dem Gesetzgeber, der eine sinnhafte Ordnung der Lebenssachverhalte bezweckt (und gerade darum geht es bei der Natur der Sache), nicht unterstellt werden, blind eine vorrechtliche Struktur in den Mittelpunkt zu stellen,¹⁵⁵⁴ ohne zu begründen, dass diese Struktur für die Gleichstellung,

¹⁵⁴⁸ Gegen *Schünemann* zu Recht auch *Roxin* GA 2021, 190, 195: „Es kommt aber nicht auf die ontologische Struktur, sondern auf deren teleologische Würdigung an“.

¹⁵⁴⁹ *Tertium comparationis* sei „die für die Wertung relevante Struktur“, *Schünemann* Grund und Grenzen S. 233.

¹⁵⁵⁰ Richtig ist nur, dass, wenn die normative Richtlinie gefunden ist, *diese* dann in ihrer Anwendung auf Tun und Unterlassen, ihrer *jeweiligen* Entfaltung anhand der Rechtsstoffe Tun und Unterlassen, entnormativiert werden muss.

¹⁵⁵¹ Bei *Schünemann* bleiben daher die Betrachtung der Natur der Sache und der analogistische Schluss zwei getrennte Schritte. Im ersten Schritt fragt *Schünemann*, ob die Struktur „Herrschaft“ bei der Begehung vorhanden *und* unter Wertgesichtspunkten maßgeblich ist (Natur der Sache). Diese Struktur wird als „fertiges Ergebnis“ dann nach *anderer* Wertung auch für die Unterlassung gefordert. Nach dem oben Gesagten wären hingegen eigentlich die Wertungsgesichtspunkte, die zur Wesentlichkeit der Handlungsherrschaft führen, also der *Sinn*, in dem die Herrschaft den Begehungstatbeständen entspricht, auch Angelpunkt für den analogen Schluss; siehe nur *Schünemanns* Gewährsmann *Arth. Kaufmann* Analogie S. 29 ff., 35: „Man nennt diesen Sinn auch die ‚Natur der Sache‘ [...]. Die ‚Natur der Sache‘ ist der Angelpunkt des Analogieschlusses“.

¹⁵⁵² Die Kriterien, die den „sachlogischen Grund ihrer Bestrafbarkeit abgeben“ (*Schünemann* Grund und Grenzen S. 233) – dabei handelt es sich jedoch wieder um ein Oxymoron, ein Grund für die Bestrafbarkeit ist immer eine *Wertung*, die sich *ihrerseits* auf Tatsachen bezieht.

¹⁵⁵³ Vgl. hierzu im Allgemeinen *Puppe* GA 1994, 297, 298: Deskriptive Begriffsinhalte, von denen die Begründung einer Rechtsfolge ausgeht, müssen „selbst erst einmal als entscheidungsrelevant normativ gerechtfertigt werden“.

¹⁵⁵⁴ Bereits 5 Jahre vor Erscheinen von *Schünemanns* Monographie kritisierte *Rudolphi*, dass jeder Versuch, den Bereich strafwürdigen Unterlassens mit abstrakten, vornehmlich deskriptiven Tatbeständen zu erfassen, „von vornherein an der geschilderten Eigenart der Regelungsmaterie scheitern“ müsse. Auf diese

also die Gleichbehandlung von Tun und Unterlassen nach § 13 I StGB, also *im Hinblick auf die Rechtsfolge der Strafbarkeit, wesentlich* ist.

Nach *Schünemann* bleibt der analoge Schluss zwar an der Oberfläche ein teleologischer Schluss, allerdings wird als Zweck die vorrechtliche Vergleichbarkeit („Behebungsgleichheit“) eingesetzt.¹⁵⁵⁵ Dies erscheint befremdlich, da Tun und Unterlassen ja nicht im Hinblick auf ihre ähnliche äußere Erscheinung verglichen, sondern im Hinblick auf die Rechtsfolge der Bestrafung gleichbehandelt werden sollen. Zwar *könnte* der Gesetzgeber theoretisch eine solche Anordnung treffen, die wohl trotz ihrer Sinnlosigkeit *de lege lata* zu respektieren wäre. Es mutet jedoch seltsam an, im Rahmen der objektiven (im Wesentlichen systematischen und teleologischen) Gesetzesauslegung einen solchen an naturalistischer Vergleichbarkeit orientierten Norminhalt anzunehmen. Zwar ist *Schünemann* darin beizupflichten, dass eine unmittelbare Gleichstellung im Hinblick auf die Strafwürdigkeit erheblichen Bedenken im Hinblick auf Art. 103 II GG ausgesetzt wäre.¹⁵⁵⁶ Jedoch bedeutet dies, dass die Strafwürdigkeit durch andere Prinzipien, etwa die Sozialschädlichkeit des Verhaltens oder eine besondere Verantwortungsbeziehung für den Kausalverlauf (rechtliches Einstehenmüssen) spezifiziert (und sodann entnormativiert) werden muss,¹⁵⁵⁷ nicht hingegen, dass der Vergleich im Hinblick auf naturalistische Ähnlichkeiten durchgeführt wird, die die Strafwürdigkeit und Sozialschädlichkeit des Unterlassens nicht abbilden. Dass eine vorrechtliche Struktur bei der Begehung die Strafbarkeit rechtfertigt, besagt nicht automatisch, dass sie auch im Hinblick auf die Rechtsfolge Strafbarkeit der *Unterlassung* maßgeblich ist. Hierfür müsste man Sinn und Zweck der Struktur Herrschaft innerhalb des Begehungstatbestands ergründen und dann überprüfen, ob (nur) die Struktur Herrschaft diese Funktion auch innerhalb des Unterlassungstatbestandes erfüllen kann. Dies ist gerade kein Automatismus, denn die Straftat setzt sich nicht nur aus bestimmten Geschehenspartikeln, der bloßen Summe ihrer Strafbarkeitsvoraussetzungen, zusammen, sondern ist ein teleologisches Gebilde. Es geht daher nicht allein um die Identität des einzuordnenden stofflichen Materials, sondern um die teleologische Zusammengehörigkeit von Straftatvoraussetzungen.¹⁵⁵⁸ Die Struktur

Weise würde man sich „unter Mißachtung der Vorgegebenheiten des Rechtsstoffes einseitig für die Idee der Rechtssicherheit entscheiden“, *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 88.

¹⁵⁵⁵ Wenn *Schünemann* also für sich in Anspruch nimmt, mit dem Herrschaftsbegriff stets auf die normative Relevanz der vorfindbaren sachlogischen Strukturen abzustellen (in: Internationale Dogmatik S. 49, 54), so ist diese Relevanz nur für die Begehungsdelikte in der Sache begründet, für die Unterlassungsdelikte hingegen formal übernommen. „Wertungskongruente[...] Wirklichkeitsstruktur[...]“ (S. 75) ist die Herrschaft über den Grund des Erfolges nur im Hinblick auf diese formale Wertung.

¹⁵⁵⁶ Siehe insoweit oben die Kritik an der Konzeption *Langers* → D II.

¹⁵⁵⁷ Daher kann eine scheinbar exklusive Alternativität zwischen „vorrechtlicher“ Gleichstellung einerseits und Gleichstellung nach der gleichen Strafwürdigkeit – also dem bloß subjektiven Rechtsgefühl – andererseits aufgezeichnet. Etwa die Konzeptionen von *Gallas*, *Rudolphi* und *Roxin* zeigen, dass ein Mittelweg durchaus möglich ist, das Merkmal der Garantstellung also durch Kriterien spezifiziert wird, die gleichzeitig der *ratio* des Strafrechts entsprechen.

¹⁵⁵⁸ *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 16; *Roxin* ZStW 74 (1962) 515, 527: Die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit „ist eine Sinn- und Wertungsfrage und kann allein durch teleologische Erwägungen, die an der Art des

der Herrschaft erlangt gerade unter dem Telos *der Begehungstatbestände* ihre Bedeutung.¹⁵⁵⁹ Wenn man hingegen fragt, wie der Rechtsstoff „Unterlassung“ sinnvoll gedacht, sinnvoll geregelt werden kann, muss den Spezifika dieses zur Begehung *verschiedenen* „Stoffs“ Rechnung getragen werden.¹⁵⁶⁰ Ansonsten muss die Gleichstellungsrichtlinie *Schünemanns* gerade Widerspruch aufgrund der Natur der Sache provozieren. Denn solange die Gleichbehandlung nicht aufgrund einer normativen Richtlinie erfolgt, sondern bloß im Hinblick auf ihre tatsächliche Ähnlichkeit, also die Annahme, dass die Struktur der Herrschaft bei der Unterlassung „schon auch passt“, kann es höchstens einen Glückstreffer darstellen, wenn am Ende eine sinnvolle Regelung des Lebenssachverhalts Unterlassung steht.¹⁵⁶¹ In jedem Fall tappt der Ähnlichkeitsschluss, solange die maßgebliche normative Richtlinie, die für Tun und Unterlassen *gemeinsame* Rechtsidee nicht aufgedeckt ist, im Dunklen.

Die Position *Schünemanns* wird zudem durch ihre vermeintliche Alternativlosigkeit nach Art. 103 II GG und Art. 3 I GG überhöht. Dass das Argument des Art. 103 II GG hier gerade nicht überzeugt, wird sich sogleich zeigen, da gerade die vorrechtliche Gleichstellung die in der Natur der Sache liegenden Modifikationen des Herrschaftsbegriffs bei der Übertragung auf das Unterlassungsdelikt nicht erklären kann. Das Argument des Art. 3 I GG kann *Schünemanns* Konzeption ebenfalls keine „verfassungsrechtliche Dignität“ verleihen. Denn Art. 3 I GG verlangt, wie beschrieben, keine äußerlich vergleichbaren Strukturen beim Begehungs- und Unterlassungsdelikt, sondern die proportionale Gleichbehandlung der Sachverhalte im Hinblick auf das Verdikt der Sozialschädlichkeit und die Rechtsfolge Kriminalstrafe. Eine starre, unflexible Orientierung an Sachgegebenheiten, die nicht aus strafrechtlichen Zweckgesichtspunkten gerechtfertigt ist, birgt für diesen erheblichen Grundrechtseingriff keine taugliche Voraussetzung, sondern begünstigt eine *proportional* ungleiche und damit ungerechte Sanktionierung des Verhaltens.

jeweiligen Regelungsstoffes orientiert sind, gelöst werden, nicht aber durch Folgerungen aus dem ontologischen Wesen oder Begriff von irgendetwas“; *ders.* FS Honig S. 133, 147: Die Elemente des äußeren und inneren Geschehens gehören nicht unverrückbar an eine bestimmte Stelle des Systems. Vielmehr komme es darauf an, inwieweit ein Merkmal unter dem Gesichtspunkt der Handlungs- oder Unrechtszurechnung *relevant* ist; *ders./Greco* AT I § 7 Rn. 83 ff.; zustimmend *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 51; siehe auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 151; *Honig* FG Frank I S. 174, 196; *Jakobs* Unterlassen S. 19: Sachlogik bedeutet nicht *gesellschaftliche* Relevanz.

¹⁵⁵⁹ Im Allgemeinen *Stratenwerth* Natur der Sache S. 18: „Der Seinsvorgang, auf den sich die rechtliche Wertung bezieht, wird niemals als ein Kontext zufälliger Daten erfaßt, sondern stets als ein Kontext wertbedeutsamer Umstände“.

¹⁵⁶⁰ Wie *Roxin* in anderem Kontext schreibt: „Es empfiehlt sich dabei nicht, deduktiv vorzugehen, d.h. einen irgendwie gewonnenen Täterbegriff allen Erscheinungsformen des Verbrechens[...] Begehungs- und Unterlassungsdelikten [...] gleichermaßen aufzuzwingen“, *Roxin* TuT S. 25. Siehe auch *ders.* GS Radbruch S. 260, 265, wo er *Grünwald* und *Arm. Kaufmann* vorwirft, die Grundsätze zum Begehungsdelikt unbedacht auf das Unterlassungsdelikt übertragen zu haben, ohne dass sie passten.

¹⁵⁶¹ Wahrscheinlicher ist es, dass das Herrschaftskriterium bei der Unterlassung gerade der Natur der Sache *widerspricht*.

Statt *Schünemanns* Weg zu Ende zu gehen, erscheint es vorzugswürdig, an die Ausführungen *Radbruchs* und dem folgend *Roxins* anknüpfen,¹⁵⁶² die davon ausgehen, dass die gleiche normative Idee eine abweichende Gestalt nimmt, je nachdem auf welchen Stoff sie angewandt wird.¹⁵⁶³ So können „Abweichungen des ontischen Substrats [...] auch bei identischen normativen Maßstäben differenzierende Lösungen erzwingen“,¹⁵⁶⁴ das heißt, Begehung und Unterlassung können der gleichen *normativen* Richtlinie folgen, die sich anhand des unterschiedlichen Regelungstoffs¹⁵⁶⁵ konkretisiert. Hierdurch wird eine Nivellierung von Gegensätzen vermieden, durch die man in eine „ungenauere Allgemeinheit“ abgeleitet, die „alle Gegensätze verwischt“. ¹⁵⁶⁶ Im Ergebnis *könnten* Begehungstatherrschaft und Herrschaft über den Grund des Erfolgs bei der Unterlassung theoretisch abweichende Ausprägungen der gleichen normativen Richtlinie darstellen. Es müssten also die Handlungsherrschaft einerseits und die Unterlassung plus Herrschaft über den Grund des Erfolgs andererseits *wertungsgemäß*, insbesondere im Hinblick auf *Sinn und Zweck ihrer Bestrafung* gleich sein.¹⁵⁶⁷ Auch wenn *Schünemann* zum Teil Wertungen vornimmt, wie sich unten zeigen wird, ist das Gleichstellungsverfahren – und damit auch die Ablehnung der Garantenstellung aus Ingerenz – stets durch den vorrechtlichen Strukturvergleich belastet.

c) Begründung von Modifikationen

Insbesondere ist die Richtlinie, *dass* die Unterlassung mit der Begehung eine vorrechtliche Ähnlichkeit aufweisen muss, untauglich für die Beantwortung der Frage, in welchen Fällen die Herrschaftsbeziehung *trotz* verbleibender Unterschiede *wesentlich* ähnlich ist und wann *wesentliche* Unterschiede vorliegen, die eine Gleichstellung ausschließen. Wie oben ausführlich dargelegt, besteht das analoge Denken gerade darin, zwei Sachverhalte,

¹⁵⁶² Vgl. dazu oben → 1 b).

¹⁵⁶³ *Radbruch* FS Laun S. 157 ff., 163; *Roxin* GS Radbruch S. 260, 264 f.; *ders.* Kriminalpolitik S. 41; hinsichtlich der Unterlassungsdelikte auch *ders.* AT II § 31 Rn. 3, 72.

¹⁵⁶⁴ *Roxin* AT II § 31 Rn. 72, siehe auch Rn. 3; bereits *ders.* Kriminalpolitik S. 41.

¹⁵⁶⁵ Dass Tun und Unterlassen vorrechtlich unterschiedlich sind, sieht auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 234 ff.; außerdem grundlegend (wenn auch in den Folgerungen zu weitgehend) *Radbruch* Handlungsbegriff S. 140: „So aber lassen sich, so wahr man nicht Position und Negation, a und non-a unter einen Oberbegriff bringen kann, auch Handlung und Unterlassung nicht unter einen solchen zusammenbiegen [...]“; *Sch/Sch/Bosch* Vor § 13 Rn. 139: Die Unterlassung sei in ontologischer Beziehung ein Nichts, das erst im normativen Bereich Bedeutung erlangt; *Engisch* FS Gallas S. 163 m. Fn. 1; *Gallas* Studien S. 36: empirisch a und non-a; *ders.* ZStW 67 (1955) S. 1, 8 f.; *Grünwald* Unterlassungsdelikt S. 18 f.; *Jäger* SK Vor § 1 Rn. 3: a und non-a, wenn man hypothetische Abwendungsmöglichkeit außer Betracht lässt; *Jescheck/Weigend* AT § 23 VI 1: bei ontologischer Betrachtung nicht zu vereinen; *Hirsch* FS Universität Köln S. 399, 408; *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 87 ff., 315; *Arth. Kaufmann* FS H. Mayer S. 79, 90; *Lampe* ZStW 79 (1967) S. 476, 484; *Rudolphi* SK⁷ Vor § 13 Rn. 40; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 32: „äußerlich gerade das Gegenteil der Handlung“; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 172: unter dem Aspekt des Anstoßes von Kausalität wie a und non-a; *Welzel* Strafrecht S. 200.

¹⁵⁶⁶ Davor zu Recht warnend *Roxin* TuT S. 598 zu den verschiedenen Ausprägungen der Täterschaft. Siehe auch S. 599: „Dasselbe gilt, wenn man die Abweichungen in den Strukturen von Begehung und Unterlassung übersieht und beide Deliktsformen dem Tatherrschaftskriterium unterwerfen will“.

¹⁵⁶⁷ Der Parallelschluss, dass das Unterlassen strafbar ist, da es *tatsächlich* in einem Aspekt mit aktivem Tun vergleichbar ist, gibt daher nicht die richtige Antwort. Siehe auch *Kühl* JuS 2007, 497, 500.

die nicht identisch sind, unter einem bestimmten vereinigenden Gesichtspunkt gleich zu behandeln.¹⁵⁶⁸ Handlungsherrschaft und Herrschaft über eine *sonstige* gegenständliche Ursache sind notwendig¹⁵⁶⁹ *verschieden*, sodass ein maßgeblicher Wertungsgesichtspunkt aufgezeigt werden muss, anhand dessen bestimmt werden kann, ob und wann diese Unterschiede wesentlich oder unwesentlich sind. Die unterschiedlichen Ausprägungen der Herrschaft wurden vielfach zur Zielscheibe von Kritik: Es handle sich bei der „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“ um etwas anderes als bei der Handlungsherrschaft der Begehungsdelikte. Der Begriff „Herrschaft“ könne ganz unterschiedliche Sachverhalte bezeichnen, etwa tatsächliches aktuelles Beherrschen, aber auch durch Normen begründete Zuordnung.¹⁵⁷⁰ Tatsächlich verlässt *Schünemann* teilweise die reklamierte deskriptive Richtlinie und führt normative Kriterien ein.¹⁵⁷¹ Er verteidigt dies jedoch damit, dass es sich um eine „Ähnlichkeitsregel“ handle, die Modifikationen zulasse, solange sie unter den leitenden Wertungsgesichtspunkten irrelevant seien.¹⁵⁷² Der Herrschaftsbegriff sei ein „Typusbegriff auf hoher Abstraktionsstufe“,¹⁵⁷³ der am Substrat entfaltet werden müsse.¹⁵⁷⁴ Als solcher sei er wegen seiner systematischen Bedeutung unverzichtbar und grundsätzlich auch konkretisierungs- und analogiefähig, da er einen deutlichen und allgemein akzeptierten Kern habe: die vollständige eigenhändige Durchführung einer Rechtsgutsverletzung.¹⁵⁷⁵ Dies provoziert wiederum den Einwand, dass es sich bei der

¹⁵⁶⁸ „Eine Gleichheit im Sinne von Identität ist natürlich schon ontologisch ausgeschlossen, so daß [...] von vornherein nur eine auf der Übereinstimmung in wesentlichen Punkten beruhende Ähnlichkeit in Frage kommt“, *Schünemann* Grund und Grenzen S. 248.

¹⁵⁶⁹ Es kann, worauf regelmäßig hingewiesen wird, ontisch nie Gleichheit, sondern höchstens „Ähnlichkeit“ gefunden werden; *Freund* Erfolgsdelikt und Unterlassen S. 151; *Jakobs* AT 29/28 m. Fn. 53 „nur mit Modifikationen zu gebrauchen“; *Herzberg* Garantenprinzip S. 192 ff. sowie S. 290: Es liege eine „übertriebene Analogie zum aktiven Verbrechen“ vor; *Maiwald* JuS 1981, 473, 480 f.; ferner *Jäger* SK Vor § 1 Rn. 30: Es gebe auf ontischer Ebene überhaupt keine Gemeinsamkeiten zwischen Tun und Unterlassen.

¹⁵⁷⁰ *Maiwald* JuS 1981, 473, 480 f.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 351 f. Siehe auch *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 73 ff., 75; *Ceffinato* Legitimation S. 144, 191: „Janusköpfigkeit“; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 124 ff.; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 55; *Herbertz* Ingerenz S. 256; *Witteck* Betreiber S. 138. Übertrieben hart urteilen *Sangenstedt* Garantenstellung S. 301; sowie dem folgend *Herbertz* Ingerenz S. 259.

¹⁵⁷¹ Vgl. *Roxin* TuT S. 888 f. *Hoven* stellt zu Recht fest, dass *Schünemann* und *Berster* bei Anwendung des scheinbar gleichen deskriptiven Herrschaftskriteriums mitunter zu konträren Ergebnissen kommen, *Hoven* GA 2016, 16, 19 m. Fn. 26. Eine Normativierung des Herrschaftsprinzips hält ausdrücklich *Botke* (in: *Empirische Fundamente* S. 191, 194) für erforderlich.

¹⁵⁷² *Schünemann* in: *Internationale Dogmatik* S. 49, 76; ähnlich *ders.* Grund und Grenzen S. 235 „vergleichbares Verhältnis“; siehe auch *ders.* ZStW 96 (1984) S. 287, 294 f. m. Fn. 26; sowie *Roxin* FS *Schünemann* S. 509, 518, die bloße Ähnlichkeit sei in der Konzeption bereits berücksichtigt; *Botke* Gestaltungsherrschaft S. 131; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 125: Herrschaft bedeute im Strafrecht nicht stets das gleiche.

¹⁵⁷³ *Schünemann* FS *Neumann* S. 701, 708.

¹⁵⁷⁴ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 243.

¹⁵⁷⁵ *Schünemann* GA 2016, 301, 303; dieser Kern sei beim Herrschaftsprinzip enorm ausgeprägt, *ders.* in: *Internationale Dogmatik* S. 49, 77. *Puppe* (GS *Arm. Kaufmann* S. 15, 19 ff.), auf die sich *Schünemann* insoweit auch beruft, schreibt, ein Begriff müsse nicht einheitlich, sondern könne auch disjunktiv definiert werden. Disjunktive Begriffe hätten gegenüber einheitlichen Definitionen entscheidende Vorteile, sie könnten den Kernbereich präzise beschreiben, ohne die Beschreibung mit der Vagheit des Randbereichs zu belasten.

Herrschaft – jedenfalls nach der Ausprägung bei *Schünemann* – um einen unbestimmten, unscharfen Begriff handle, unter den eine Subsumtion vielfach nicht möglich sein wird,¹⁵⁷⁶ „mehr um ein Bild denn eine dogmatisch oder theoretisch exakte Rechtsfigur“.¹⁵⁷⁷ Selbst *Roxin*, der sich mit dem Erfordernis der Kontrollherrschaft *Schünemann* prinzipiell angeschlossen hat, gesteht ein, das Herrschaftsprinzip sei *an sich* zu vage.¹⁵⁷⁸ Gegen ein derartiges Leitprinzip ist jedoch, ähnlich dem der Zentralgestalt bei der Täterschaft, *per se* nichts einzuwenden, solange es bei der Anwendung auf den Rechtsstoff konkretisiert wird.¹⁵⁷⁹ Die Gleichbehandlung erfordert, wie oben dargestellt, keine völlige Identität der Vergleichsgegenstände – Begehung und Unterlassung sollen ja gerade trotz in der Natur der Sache liegenden Unterschieden gleichgestellt werden –, sondern bloß die Gleichheit in den teleologisch wesentlichen Aspekten. Dafür wäre die von *Schünemann* verfolgte Ähnlichkeit völlig ausreichend.¹⁵⁸⁰ Problematisch ist daher nicht die Herrschaft als Typusbegriff,¹⁵⁸¹ sondern, dass der Begriff *als solcher* nicht angibt, *weshalb* die verschiedenen Phänomene unter den gleichen Begriff fallen,¹⁵⁸² *weshalb* die verschiedenen Ausprägungen der Herrschaft also gleich zu behandeln sind – es geht um die immer wieder betonte *teleologische Wesentlichkeit* der Gemeinsamkeiten.¹⁵⁸³ Solange die Modifikationen nicht unter dem leitenden Wertungsgesichtspunkt als unwesentlich erklärt werden können, weil sie nur das Resultat aus der Entfaltung der gleichen Rechtsidee auf unterschiedliche Substrate darstellen, werden zwei verschiedene Gegenstände unter dem gleichen begrifflichen Überbau „Herrschaft“ verkleidet.¹⁵⁸⁴ Der an *Schünemanns* Herrschaftskriterium geäußerte Kritikpunkt, dieses sei unscharf und umfasse tatsächliche

¹⁵⁷⁶ Sch/Sch/Bosch § 13 Rn. 15; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 72, 75; *Grünwald* Garantenvpflichten S. 23; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 55; *Herbertz* Ingerenz S. 256; *Köhler* AT S. 212 „offen“; *Kühl* AT § 18 Rn. 41; *Maiwald* JuS 1981, 473, 480; *Pawlik* Unrecht S. 181 m. Fn. 182; *Ransiek* JuS 2010, 585, 587; *Sangenstedt* Garantienstelle S. 298 ff.; *Weigend* LK § 13 Rn. 49; vgl. auch *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 23: „noch keine fertigen Lösungen“; **anders** wiederum *Chen* Garantensonderdelikt S. 90 ff.; *Seibert* Garantenvpflichten S. 143.

¹⁵⁷⁷ *Vogel* Norm und Pflicht S. 352.

¹⁵⁷⁸ *Roxin* FS *Schünemann* S. 509, 520.

¹⁵⁷⁹ Vgl. *Roxin* TuT S. 136 ff.

¹⁵⁸⁰ Insoweit scheinen sich ebenfalls die Kritiker an bloßen Oberflächlichkeiten aufzuhängen.

¹⁵⁸¹ So aber *Herbertz* Ingerenz S. 256 m. Fn. 192.

¹⁵⁸² Siehe zu diesem Nachteil disjunktiver Definitionen und Typusbegriffe im Allgemeinen *Puppe* Schule S. 57 f., 62.

¹⁵⁸³ So schreibt *Puppe* zum Typusbegriff: „Wenn wir allerdings verschiedene Sachverhalte unter denselben Begriff subsumieren, um die Anwendung derselben Norm und den Eintritt der gleichen Rechtsfolge damit zu begründen, geht es doch um die Behauptung ihrer Gleichheit in einer und zwar der *für die Anwendung dieser Norm und dieses Begriffs maßgeblichen Hinsicht*.“ *Puppe* GS Arm. Kaufmann S. 15, 20, Hervorhebung nicht im Original. Auf diesen Beitrag beruft sich auch *Schünemann* Internationale Dogmatik S. 49, 75; *ders./Greco* LK § 25 Rn. 49, 85. Siehe auch *Arth. Kaufmann* Analogie S. 37 f.: Der Typus als „Sinnbegriff“ bzw. „Funktionsbegriff“ – auch dem entspricht *Schünemanns* Herrschaftskriterium nicht, denn dieses ist ja gerade ein *vorrechtlicher* Begriff, der damit nicht seine eigene Funktion als *Tatbestandsbegriff* beschreiben kann.

¹⁵⁸⁴ So trifft der Vorwurf der Begriffsjurisprudenz auch auf *Schünemann* zu – der genau dies *Welp* vorgeworfen hat (Grund und Grenzen S. 116; sowie zu der Rechtsprechung, S. 243). So meint auch *Sangenstedt* Garantienstelle S. 301, es werden bei *Schünemann* „Wertdifferenzen terminologisch verschleiert“. Von diesem Vorwurf kann sich jedoch auch *Sangenstedt* selbst nicht frei machen, vgl. unten → F II.

Herrschaftsverhältnisse ebenso wie soziale Beziehungen, ist also zutreffend. Die Wurzel des Problems liegt aber tiefer. Ein deskriptives Kriterium taugt nicht als Vergleichsmaßstab, da ein Sachverhalt diesem mal mehr, mal weniger entspricht, sodass die Grenze aufgrund *unausgesprochener* Wertung und damit letztlich aufgrund des Rechtsgefühls abgesteckt werden muss.¹⁵⁸⁵ Nur wenn das deskriptive Kriterium bei Begehung und Unterlassung auf einer *ratio legis* bzw. *ratio iuris* beruht, ist ein rationaler Vergleich im Hinblick auf diese „*ausgesprochene*“ Wertung möglich. Solange hingegen nicht feststeht, welche Funktion das Herrschaftsprinzip als Tatbestandsmerkmal des Unterlassungsdelikts erfüllt, kann dieses nicht teleologisch interpretiert werden und muss ein bloßes Bild bleiben, dessen Grenzen anhand von Intuition, Umgangssprache und äußerer Ähnlichkeit zur Begehung abgesteckt werden müssen.

d) Zwischenfazit

Schünemanns Kriterium „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“ kann für die Unterlassungsdelikte rechtlich maßgeblich sein – oder auch nicht. Solange es sich nicht auf eine gemeinsame *ratio legis* von Begehungs- und Unterlassungstatbestand stützt, bleibt es unverbindlich. Damit ist bis hier nicht das Kriterium selbst, sondern allein seine „sachlogische“ Begründung abgelehnt. Im Folgenden soll sich kurz der von *Schünemann* nachgeschobenen teleologischen Begründung gewidmet werden.

e) Teleologische Gleichstellung?

Schünemann hat die Maßgeblichkeit des Herrschaftsprinzips in neueren Äußerungen tatsächlich auf ein den Begehungs- und Unterlassungsdelikten gemeinsames Telos gestützt: Das Kriterium der „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“ solle sicherstellen, dass die Ver- und Gebote nur an die Personen gerichtet werden, die die maßgebliche Entscheidung über die Verletzung von Rechtsgütern in der Hand halten.¹⁵⁸⁶ Entspricht dieser vorgebrachte Sinn der Strafgesetze jedoch auch dem Sinngehalt des Lebenssachverhalts „Herrschaft über eine tatsächliche Erfolgsursache“?

Im Folgenden ist nachzuzeichnen, wie sich das Telos – wörtlich genommen – entfalten ließe, um dies dann mit *Schünemanns* Herrschaftskriterium abzugleichen. Es wäre allein aus der Perspektive des Rechtsgüterschutzes am *effektivsten*, die Gebote an die Person zu richten, die faktisch die Entscheidung über die Rechtsgutsverletzung trifft. Generell ist es dem Sachherrn faktisch besonders leicht, auf die beherrschte Sache einzuwirken und damit die maßgebliche Entscheidung über die Rechtsgutsverletzung zu treffen. Die Sachherrschaft ließe sich insofern als „auf Sachstrukturen beruhende [...] Möglichkeit“ einer Person, den Erfolg abzuwenden,¹⁵⁸⁷ verstehen. Die Grenze befände sich dann dort, wo sich die Abwendungsmöglichkeit noch aus dem besonderen Herrschaftsverhältnis ergibt und sich so von den Abwendungsmöglichkeiten von jedermann hervorhebt. Gleichzeitig

¹⁵⁸⁵ So hat bereits *Herzberg* zu Recht angemerkt, dass jener mangels hinreichender Orientierungspunkte, die die Richtigkeit der Abwandlung gewährleisten, darauf vertrauen muss, dass „sein Maß der Modifizierung aus sich selbst heraus überzeuge“, *Herzberg* Garantenprinzip S. 192.

¹⁵⁸⁶ Zuletzt *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 49.

¹⁵⁸⁷ *Herbertz* Ingerenz S. 258.

führt diese Überlegung konsequent zu Ende gedacht jedoch zu einer Entgrenzung des Garantengedankens: Die einzige Art, wie ein Unterlassender, etwa der Sachherr, *faktisch* die Entscheidung trifft, ob sich eine bestimmte von ihm beherrschte gefährliche Sache zur Rechtsgutsverletzung entwickelt, ist nicht sein parallel laufender Gewahrsam, sondern die *Möglichkeit*, in den Kausalverlauf einzugreifen – eine Form der „Entscheidungsmacht“, die auch der *quiquis ex populo* innehaben kann.¹⁵⁸⁸ In der Passivität liegt gerade die *Nichtausübung* einer möglichen, nicht die Ausübung einer tatsächlichen Herrschaft über das zum strafrechtlich relevanten Erfolg führende Geschehen.¹⁵⁸⁹ Die Abwendungsmacht ist, wie bereits beschrieben, bloß Erfordernis dafür, dass *überhaupt* eine Erfolgsabwendungspflicht entstehen kann, führt jedoch nicht zur *Tatbestandsmäßigkeit* nach § 13 I StGB.¹⁵⁹⁰ Konsequent zu Ende gedacht, entspräche dem von *Schünemann* verfolgten Telos sogar *in besonderem Maße* der Fall des *quiquis ex populo*, welcher in einer Situation als einziger die Möglichkeit zur Abwendung der Gefahr innehat. Die Jedermannunterlassung mit Rettungsmonopol¹⁵⁹¹ erscheint als „Paradefall“, in dem der Unterlas-

¹⁵⁸⁸ Diese Abwendemacht vermag nur anzugeben, wer die Gefahr abwenden kann, nicht, wer sie abzuwenden verpflichtet ist; sie ist nicht im eigentlichen Sinne herrschaftsbegründend. Vgl. insbesondere *Gallas JZ* 1952, 371, 372; *ders. JZ* 1960, 649, 650 ff.; *Larenz Zurechnungslehre* S. 87: Die Beherrschbarkeit des Geschehens, das teleologische Urteil über die „Geschehenszurechnung“, sei von dem normativen Urteil über den Wert oder Unwert der Tat zu trennen; beim Unterlassen bestehe der teleologische Zusammenhang in der „Beziehung des Willens auf eine als möglich vorgestellte Handlung [...], die einen realen Erfolg abgewendet haben würde“ [also der Handlungsmöglichkeit und der Quasikausalität]; *Roxin TuT* S. 515 ff.; *Seelmann GA* 1989, 241, 244; *ders. NK¹ § 13 Rn. 46*, im Übrigen bliebe die strafrechtliche Relevanz einer solchen Pflicht unklar; siehe auch *Bosch Jura* 2019, 1239, 1241; *Bottke Gestaltungsherrschaft* S. 124 f., auf die Nutzung der Alltagssprache abstellend; *Ceffinato Legitimation* S. 145; v. *Coelln Unterlassungsdelikt* S. 127; *Schünemann* erkläre nicht, wann sich die Handlungsmöglichkeit zur Handlungspflicht „verdichtet“; *Freund Erfolgsdelikt* S. 169 m. Fn. 36: Die Möglichkeit der Gefahrabwendung wird nicht scharf genug von dem ganz anderen Problem einer besonderen Verantwortlichkeit geschieden. Möglichkeit und Verantwortlichkeit werden regelmäßig zufällig zusammentreffen, zwingend ist dies jedoch nicht; *Gaede NK § 13 Rn. 33*; *Matt/Renzikowski/Haas § 13 Rn. 55*; *Herbertz Ingerenz* S. 146: Ein deskriptives Verständnis erschöpft sich in Vermeidbarkeit; *Herzberg Arbeitsschutz* S. 230; *Renzikowski Täterbegriff* S. 30; *Wohlens NK³ § 13 Rn. 33*.

¹⁵⁸⁹ So bereits *Gallas JZ* 1960, 649, 650; *ders. JZ* 1960, 686; *Grünwald GA* 1959, 110 ff.

¹⁵⁹⁰ Vgl. oben → Kapitel 1 § 3 B VI 4.

¹⁵⁹¹ Vgl. die insoweit parallele Kontroverse zwischen *Bockelmann* und *Welzel* in der Großen Strafrechtskommission. *Bockelmann* wirft dort *Welzel* ebenfalls vor, dass dessen Kriterium des Herrschaftsbereichs auf die Berücksichtigung der Monopolstellung hinauslaufe, während sich letzterer damit verteidigt, der Herrschaftsbereich müsse bereits zuvor bestehen, jeweils *Niederschriften* 12 S. 100.

sende allein die maßgebliche Entscheidung über den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs trifft,¹⁵⁹² weil er hierzu in einer faktischen „Schlüsselstellung“¹⁵⁹³ steht.¹⁵⁹⁴ Die umgangssprachlich durchaus mögliche Deutung, dass derjenige, der als Einziger den Erfolg abwenden kann, das Geschehen „in der Hand hält“, ist für das Unterlassungsdelikt jedoch trügerisch.¹⁵⁹⁵ Denn rechtlich muss diesen das Geschehen nichts angehen, da er hierfür nicht *rechtlich* einzustehen hat.¹⁵⁹⁶

Damit droht eine Gleichstellungsrichtlinie, die auf die rechtsgüterschützende Androhungsgeneralprävention abstellt,¹⁵⁹⁷ wörtlich genommen zu einer Aufgabe des Garantengedankens zu führen. Dass dies bei *Schünemann* nicht geschieht, beruht auf Prämissen, die sich nicht in der normativen Begründung des Rechtsgüterschutzes durch Androhungsgeneralprävention widerspiegeln. Das Herrschaftskriterium *Schünemanns* wirkt im Hinblick auf das neu untergelegte Telos nicht stimmig. Während nach diesem die Fälle „potentieller Herrschaft“, also bloßer Abwendungsmöglichkeit, von der Herrschaft über den Grund des Erfolgs erfasst sein *müssten*, verwehrt sich *Schünemann* gerade gegen deren Gleichstellung und warnt eindringlich (und im Ergebnis überzeugend) vor einer „Vermischung von Herrschafts- und Monopolgedanken“.¹⁵⁹⁸ Außerdem sieht *Schünemann* als Inhalt der Verkehrspflicht gerade die Abschirmung der Gefahr an, *nicht* die Einwirkung

¹⁵⁹² *Lampe* etwa bejaht eine solche Rechtspflicht aufgrund der Herrschaft über ein Rettungsmittel, *Lampe* ZStW 79 (1967) S. 476, 505 m. Fn. 97; dafür spreche die Duldungspflicht des Eigentümers aus § 904 BGB. – Aber es ist doch etwas Anderes, ob man den Eingriff eines Anderen in sein Eigentum einfach zu dulden hat, oder unter *Strafandrohung* verpflichtet ist, *aktiv* tätig zu werden. Bloß *verpflichtet*, sein Rettungsmittel zur Verfügung zu stellen, ist der Eigentümer auch nach § 323c I StGB. Zudem wäre es inkonsequent, diesen Gedanken auf die Herrschaft über ein *gegenständliches* Rettungsmittel zu beschränken und nicht (teleologisch maßgeblicher) sämtliche Rettungsmöglichkeiten einzubeziehen; der Monopolgedanke findet sich außerdem bei *Arth. Kaufmann/Hassemer* JuS 1964, 151, 152: „der einzig Anwesende und somit der einzig zur Verhinderung des Todes des A überhaupt fähige“; zur Ledersprayentscheidung auch *Ransiek* Unternehmensstrafrecht S. 39: „Nur im Unternehmen ist es möglich, die Gefahren des Produkts insgesamt zu überschauen“; *Brammsen* GA 1993, 97, 112 f.

¹⁵⁹³ Auf diese stellt bei der Ingerenz *Granderath* Rechtspflicht S. 170 ab: Wer den Anstoß zu einer Entwicklung gegeben habe, könne gewöhnlich schneller, leichter, sachgemäßer als andere das Geschehen kontrollieren.

¹⁵⁹⁴ Besonders deutlich erscheint die Situation, wenn der Unterlassende die Rettung ohne jeglichen Aufwand bloß durch den Druck eines direkt neben ihm befindlichen Knopfes durchführen kann. Eine intensivere Form *natürlicher* „Herrschaft“ über einen gefährlichen Kausalverlauf kann man sich beim Unterlassen kaum vorstellen. Es liegt in der alleinigen Willkür des Unterlassenden, den Eintritt des Erfolges eintreten zu lassen oder eben nicht.

¹⁵⁹⁵ *Roxin* TuT S. 516 f.

¹⁵⁹⁶ Der Garantengedanke wendet somit die freiheitsfeindliche Konsequenz ab, dass jeder gleich dem Aktivtäter für ein Geschehen verantwortlich wäre, allein weil ein Anderer ein Interesse an dessen Inanspruchnahme hätte. Vgl. oben → Kapitel 1 § 3 B VI 4 b.

¹⁵⁹⁷ Zuletzt *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 52.

¹⁵⁹⁸ Siehe nur *Schünemann* Grund und Grenzen S. 246; *ders.* in: Internationale Dogmatik S. 49, 55, wo er *Freund* vorwirft, die Herrschaft über den Grund des Erfolges mit der Quasikausalität zu verwechseln; außerdem *Maiwald* JuS 1981, 473, 480: Die bloße Abwendungsmöglichkeit ist von *Schünemann* nicht gemeint.

auf die Sache. Die Gefahrabwendung kann auch durch Maßnahmen außerhalb des eigenen Herrschaftsbereichs erfolgen, etwa durch Warnung.¹⁵⁹⁹ Auch dem widerspräche es, die „maßgebliche Entscheidung“ mit der durch die Sachherrschaft vermittelten Abwendungsmöglichkeit zu identifizieren. Dem Herrn über einen Bereich werden gerade nicht nur die „leichten“ Abwendungsbemühungen innerhalb des eigenen Bereichs abverlangt, sondern jegliche, solange diese von einem parallelen Herrschaftsverhältnis begleitet werden. Welche Funktion diesem faktischen Herrschaftsverhältnis im Rahmen des Rechtsgüterschutzes zukommen soll, bleibt allerdings offen. Es ist festzuhalten, dass das Telos des Rechtsgüterschutzes durch Androhungsgeneralprävention die Maßgeblichkeit aktueller, faktischer Sachherrschaft (allein) nicht begründen kann.¹⁶⁰⁰

f) Zwischenfazit

Im Ergebnis kann *Schünemann* keine überzeugende Wertung dafür angeben, weshalb die aktuelle faktische Herrschaft über den Grund des Erfolgs *tertium comparationis* für die Strafbarkeit von Tun und Unterlassen ist.

3. Ergebnis der Übertragung

Dennoch sind die Ergebnisse der Übertragung im Einzelnen zu würdigen. Trotz aller Kritik an der (scheinbaren) sachlogischen sowie der teleologischen Begründung könnten die Ergebnisse *Schünemanns* richtig sein.¹⁶⁰¹ Im Folgenden ist die Übertragung der Aspekte der „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“ beim Begehungsdelikt durch *Schünemann* im Einzelnen nachzuvollziehen. Es handelt sich um eine einheitliche Formel, die von verschiedenen Perspektiven betrachtet wird.

a) Grund des Erfolgs

aa) Körperbewegung als Grund des Erfolgs?

Es lässt sich bezweifeln, ob mit der Herrschaft *über die Körperbewegung* das für die Begehung normativ maßgebliche Vergleichskriterium gewählt wurde. Entsprechend den oben getroffenen Überlegungen und wohl auch entsprechend *Schünemanns* Konzeption wird die aktive Handlung für *zwei Gleichstellungsfragen* als Vergleichskriterium relevant. Erstens muss das Vorliegen der Verhaltensweise „Unterlassung“ in Anlehnung an die Kriterien der Verhaltensweise „Handlung“ bestimmt werden.¹⁶⁰² Als zweites muss, wie *Schünemann* selbst treffend schreibt, „die spezifische Beziehung des Unterlassungstäters“ zu der Rechtsgutsverletzung hergestellt werden,¹⁶⁰³ die beim Begehungsdelikt bei

¹⁵⁹⁹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 288 ff.

¹⁶⁰⁰ Vorgebrachtes Telos und Kriterium entsprechen sich nicht. Inwiefern dieser Widerspruch durch normative Modifikationen gelöst werden kann, soll unten näher beleuchtet werden.

¹⁶⁰¹ Im Allgemeinen *Freund* MK Vor § 13 Rn. 16: Deskriptive Vorverständnisse können auch zufällig zum richtigen Ergebnis führen. Richtigkeitsgewähr bietet hingegen nur die Vergewisserung über den normativen Begründungszusammenhang.

¹⁶⁰² Vgl. auch *Gallas* Studien S. 75.

¹⁶⁰³ *Schünemann* FS Amelung S. 303, 312; siehe auch *ders.* in: Internationale Dogmatik S. 49, 72. Die Kritik von *Freund*, es gehe nicht um die Zurechnung von Erfolgen, sondern die Missbilligung des Verhaltens (*Freund* Erfolgsdelikt S. 141) wirkt reichlich formal, wenn diese Missbilligung auch nach ihm eine Sonderverantwortlichkeit für ein schadensträchtiges Geschehen voraussetzt (S. 68 ff.).

Vorliegen der Handlungsherrschaft als selbstverständlich vorausgesetzt ist.¹⁶⁰⁴ „Das Gleichstellungsproblem [...] bezeichnet die zweite Stufe der Zurechnung nach der Feststellung, dass der Täter überhaupt ‚abwendungsmächtig‘ war.“¹⁶⁰⁵

Schünemann ist häufig vorgeworfen worden, dass er mit der Maßgeblichkeit der Handlungsherrschaft nicht die zweite, sondern bloß die erste Frage – das Vorliegen von Unterlassen im Rechtssinne – beantwortet habe.¹⁶⁰⁶ Zu betonen ist jedoch, dass *Schünemann* selbst die Unterlassung als Nichtvornahme einer „vom individuellen Täter beherrschten Körperbewegung“ definiert.¹⁶⁰⁷ „Die bloße Abwendungsmöglichkeit betrifft überhaupt erst die Unterlassung als solche.“¹⁶⁰⁸ Tatsächlich ist mit der Beziehung des Steuerungszentrums zur Körperbewegung zunächst einmal das Grenzelement¹⁶⁰⁹ der Handlung im Rechtssinne beschrieben. Es geht nicht um die Frage, ob eine *bestimmte* Norm verletzt ist, sondern worauf sich Sollensanforderungen des Rechts *überhaupt* richten können, nämlich allein auf mögliches menschliches Verhalten.¹⁶¹⁰ Im Hinblick auf die erste Funktion der Handlung ist der Parallelschluss möglich: Die *Verhaltensweise* „Unterlassen“ lässt sich dem Tun im Hinblick auf das Telos Steuerbarkeit/Vermeidbarkeit als Grenzelement gleichstellen. *Schünemann* will den Parallelschluss jedoch noch weiter ziehen und die Verhaltensweisen auch im Hinblick auf ihre *Tatbestandsmäßigkeit* gleichstellen. Kann also die Herrschaft über die Körperbewegung tatsächlich für die „zweite Stufe der

¹⁶⁰⁴ Vgl. oben → Kapitel 1 § 3 B VI 3, 4.

¹⁶⁰⁵ *Schünemann* FS Amelung S. 303, 307.

¹⁶⁰⁶ Vgl. *Berster* Unterlassungsdelikt S. 61; *Bosch* Jura 2019, 1239, 1241: „Grundfehler, der auch gerne Studierenden bei der Prüfung einer Garantenpflicht unterläuft“; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 76; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt 125 f.; *Freund* Erfolgsdelikt S. 141 f.; *Herbertz* Ingerenz S. 146 f., *Maiwald* JuS 1981, 473, 480; *Seelmann* GA 1989, 241, 244; *Schürmann* Gesetzlichkeitsgrundsatz S. 106; Sch/Sch/*Bosch* § 13 Rn. 15; *Timpe* Strafmilderungen S. 165; *Vogel* Norm und Pflicht S. 352 m. Fn. 278; (die vier letztgenannten Autoren (zuerst *Schürmann*) meinen, der *quiquis ex populo* habe die Herrschaft über die *Hilflosigkeit* des Rechtsguts; **dagegen** wieder *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 55, 72. – Bezeichnend ist tatsächlich, dass *Schünemann* als Beispiele fehlender Herrschaft über den Grund des Erfolgs unbeherrschte Reflexe und Reize des Körpers, wie etwa epileptische Krämpfe, anführt, *Schünemann* Grund und Grenzen S. 236. Darauf zu Recht hinweisend auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 142 m. Fn. 34.

¹⁶⁰⁷ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 23 ff., 43; *ders.* in: Bausteine S. 149, 174; *ders.* in: Internationale Dogmatik S. 49, 51; *ders.* FS Amelung S. 303, 307 f.

¹⁶⁰⁸ *Schünemann* GA 1974, 231, 236 f.

¹⁶⁰⁹ Vgl. *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 4; im Allgemeinen zu den Funktionen des Handlungsbegriffs siehe *Maihofer* Handlungsbegriff S. 6 ff. Wenn *Roxin* GS Radbruch S. 260, 262 schreibt, *Handlung* sei alles, „was sich einem Menschen als Person, d.h. als geistiges Aktionszentrum zuordnen lässt“, so ähnelt dies *Schünemanns* „Herrschaft über das personale Steuerungszentrum“ erheblich.

¹⁶¹⁰ Siehe zu letzterem Aspekt *Engisch* Konkretisierung S. 94, 102, 118; *Welzel* ZStW 51 (1931) 703, 719 f.; *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 139: Die Norm konkretisiert sich – bei Verboten wie bei Geboten – nur auf den Handlungsfähigen; *Arth. Kaufmann* FS H. Mayer S. 79, 90: Es gehe noch nicht um Recht oder Unrecht, sondern nur darum, ob ein bestimmtes Verhalten als „eigene Tat des Menschen“ angesehen werden könne. „Fehlt es an einer Handlung, dann ist das Strafrecht überhaupt nicht tangiert“; *Hassemer* in: Strafen im Rechtsstaat S. 137, 151: die „äußerste Grenze der Zurechenbarkeit einer Tat als ‚Menschenwerk‘“; außerdem statt vieler *Jäger* SK Vor § 1 Rn. 31 ff.; *Jescheck/Weigend* AT § 23 I 1; *Zieschang* Sanktionensystem S. 384.

Zurechnung“ *ebenfalls* eine Rolle spielen und die „spezifische Beziehung“ zu der Rechtsverletzung herstellen?¹⁶¹¹ Man kann sicher nicht allein, weil man die Bewegung desjenigen, der die Herrschaft über seinen Körper hat, als Handlung und damit als Menschenwerk qualifiziert, den Unterlassenden, der die „Herrschaft“ über eine sonstige Ursache innehat, für den schadensträchtigen *Kausalverlauf* und damit den Erfolg eintreten lassen. Es müsste also aufgezeigt werden, dass die Handlungsherrschaft über die Funktion der Steuerbarkeit/Vermeidbarkeit hinaus teleologisch wesentliche Besonderheiten aufweist,¹⁶¹² die entsprechend den oben getroffenen Überlegungen zum Entstehenmüssen für den Kausalverlauf führen.

bb) Körperbewegung als Grund des adäquaten/zurechenbaren Erfolgs?

Eine solche zeigt *Schünemann* auf, indem „Grund des Erfolgs“ gemäß seinen Ausführungen nicht allein das Faktum der Handlung, sondern ein normatives Kriterium ist:¹⁶¹³ Grund des Erfolgs könne nur ein für den Kausalverlauf aktuell wesentliches Merkmal sein. In der neuesten Äußerung stellen *Schünemann/Greco* insoweit auf „Zurechnungsgesichtspunkte“ ab. Entscheidend sei die Herrschaft über die eigene Körperbewegung als Grund des dadurch zurechenbar herbeigeführten Erfolgs.¹⁶¹⁴

¹⁶¹¹ *Schünemann* FS Amelung S. 303, 307 bzw. 312.

¹⁶¹² Dass die Handlungsherrschaft „doppelt“ verwertet werden kann, bezweifelt unter „logischen Prämissen“ *Herbertz* Ingerenz S. 147. Dies erscheint jedoch im Hinblick auf die verschiedenen strafrechtlichen Funktionen der Handlungsherrschaft keineswegs von vornherein ausgeschlossen.

¹⁶¹³ Die Verwirrung resultiert wohl auch daraus, dass *Schünemann* meinte, aufgrund der Herrschaft über den Grund des Erfolges werde dieser Erfolg *direkt der Person zugerechnet*, Grund und Grenzen S. 236. Danach könnte man tatsächlich vermuten, *Schünemann* stelle bloß auf die Handlungsherrschaft als Willkürlichkeit der Körperbewegung und damit die bloße „Vermeidbarkeit“ ab. Doch eigentlich kommt es entscheidend darauf an, was „Grund des Erfolgs“ ist. In auffallendem Kontrast zu der Rede von der „direkten Zurechnung zur Person“ differenziert *Schünemann* sonst zwischen Handlungs- und Erfolgsszurechnung: „Sachlich geht es [bei der objektiven Zurechnung] [...] um die Frage, ob der Erfolg als eine strafrechtlich relevante Folge der Handlung anzusehen ist, so daß die Zurechnung also zur Handlung erfolgt. Die Handlung muß natürlich wieder der Person des Täters zurechenbar sein. Aber weil die Handlung das unverzichtbare Bindeglied zwischen der Person und dem Erfolg darstellt, ist es *in dogmatischer Hinsicht nicht treffend, den Erfolg direkt der Person zuzurechnen* [...]“, *Schünemann* GA 1999, 207, 218, Hervorhebung nicht im Original; ähnlich bereits *Roxin* FS Honig S. 133, 146: „Neben [die] Verhaltenszurechnung tritt die Erfolgsszurechnung“.

¹⁶¹⁴ *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 52: Die „Feinabstimmung“ erfolge durch die Lehre von der objektiven Zurechnung; siehe auch Rn. 75. Zunächst stellte *Schünemann* auf die Äquivalenz- und Adäquanztheorie ab (Grund und Grenzen S. 241 f.). Unzutreffend daher die Missdeutung von *Berster* Unterlassungsdelikt S. 61: „ohne weitere Differenzierung auf den allgemeinen Begriff der Ursache bezogen“; siehe auch den Vorwurf von *Herbertz* Ingerenz S. 145 f., *Schünemann* streiche die Kausalität aus der Gleichstellungsfrage hinaus. Zumindest die Zurechnung spiele eine „bedeutungs- und wertungstechnisch vergleichbare Rolle“. Wenn man beiseite läßt, dass *Schünemann* die „Zurechnung“ für den „Grund des Erfolges“ durchaus berücksichtigt (was *Herbertz* auf der anderen Seite erstaunlicherweise als hoch normativ kritisiert: „mit selbst gewählten normativen Wertungen aufgeladen“, S. 147), handelt es sich bei der „Zurechnung“ keinesfalls um eine Formel mit Bedeutungsgehalt, sondern ebenso wie bei dem Begriff „Garantenpflicht“ nur um eine Umschreibung des Begründungsziels bzw. Begründungsergebnisses; *Herbertz*‘ Vorwurf, *Schünemann* beantworte nicht, wann eine Erfolgsursache wesentlich ist, ist angesichts der Ausführungen *Schünemanns* bemerkenswert; **kritisch** zum Kriterium der Adäquanz auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 142 m. Fn. 34.

Die *reale Wirkung*¹⁶¹⁵ der beherrschten Handlung auf *Rechtsgüter* ist es also, die zu der „selbstverständlichen“ Wertung führt, dass jedermann für die Folgen seines Handelns verantwortlich ist, während bei der Unterlassung nur die „Herrschaft“ über eine gedachte *Abwendungsmöglichkeit* besteht.¹⁶¹⁶ Die Kritik aus der Literatur greift daher zu kurz. Denn für die zweite, entscheidende Gleichstellungsfrage beschreibt *Schünemann* die Handlung nicht bloß als Möglichkeit, eine Körperbewegung vorzunehmen oder nicht, sondern als Herrschaft über ein *wirkliches Substrat*. Vergleichsobjekt ist nicht die bloße „Vermeidbarkeit“ der Körperbewegung, sondern die Herrschaft über eine tatsächliche, für Rechtsgüter gefährliche Wirkkraft, einen *Grund des Erfolgs*. Dies ist prinzipiell zutreffend, denn die *Handlungsherrschaft* beim aktiven Tun liegt nicht bloß in der *möglichen*, sondern der *tatsächlich wirksamen* Steuerung des Kausalverlaufs. Die Handlung ist final-kausale Sinneinheit,¹⁶¹⁷ das heißt, „Steuerbarkeit“ und „Wirkung“ gehen in der Einheit der Geschehenssteuerung auf. Bei der Unterlassung hingegen fallen diese Elemente der Natur der Sache nach auseinander, denn die Unterlassung selbst hat keine *reale Wirkung*. Der Unterlassende steuert das Geschehen nicht und die bloße Steuerbarkeit ist, wie gesehen, *für die Gleichstellung* nicht entscheidend.¹⁶¹⁸ Dass die Geschehenssteuerung als in der Natur der Sache liegendes *Spezifikum* der Begehung beim Unterlassungsdelikt nicht rekonstruierbar ist, muss jedoch für die Gleichstellung – wenn diese nach dem Willen des Gesetzes (§ 13 I StGB) überhaupt möglich sein soll – unwesentlich sein.¹⁶¹⁹ Die Gleichstellung kann also nur an die *Facetten* der Handlungsherrschaft¹⁶²⁰ anknüpfen.¹⁶²¹

¹⁶¹⁵ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 243; *ders.* in: Internationale Dogmatik S. 49, 79: sich auf das Rechtsgut zubewegender, durch beobachtbare Gegenstände und Ereignisse beschreibbarer Verlauf.

¹⁶¹⁶ Dementsprechend müsse die Herrschaft über diesen Grund des Erfolges auch bei der Unterlassung prästabilisiert sein, *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 55, 72.

¹⁶¹⁷ *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 161. Die Wurzeln der Herrschaftstheorie in der finalen Handlungslehre werden von *Schünemann* FS Amelung S. 303, 313 ausdrücklich betont.

¹⁶¹⁸ So ist *Schünemann* auch nicht zu deuten. **Anders** die *Schünemanns* Ausführungen verzerrende Interpretation von *Herbertz* Ingerenz S. 147: Die Abwendungsmöglichkeit führe zur Garantenstellung, wenn die Station des Kausalverlaufs *wesentlich* sei.

¹⁶¹⁹ Dies ist auch bei *Schünemann* der Sache nach zugegeben, wenn er von Herrschaft *über* den Grund des Erfolgs spricht – damit ist die Handlungsherrschaft in ihre Facetten aufgespalten. Pointiert: Die Handlungsherrschaft besteht eigentlich nicht bloß *über* einen Grund des Erfolges, sie *ist* Grund des Erfolges.

¹⁶²⁰ Etwa *Otto* FS Maurach S. 99 ff., 102 spricht von Gefahrschaffung und Steuerbarkeit (Vermeidbarkeit) als funktional zusammengehörige Elemente jeder Straftat. Wenn *Otto* jedoch als Spezifikum der Begehung nur das *zeitliche* Zusammenfallen dieser Elemente erkennt, wird das dem einheitlichen Vorgang der final-kausalen Steuerung nicht gerecht.

¹⁶²¹ Unzutreffend daher *Herbertz* Ingerenz S. 147 f.: „Ein analogistisches Verfahren, das Zurechnungselemente einseitig in der zu ermittelnden Gruppe dupliziert, widerstreitet – je nach Interpretation des Aufbaus des Unterlassungsdelikts – der Voraussetzung einer Regelungslücke/-leere oder der vergleichbaren Interessenlage, die alle analogistischen Verfahren eint und verdient keinen Beifall.“ – Denn es ist gerade von § 13 I StGB vorausgesetzt, dass tatbestandsmäßiges Verhalten und Einstehenmüssen beim Unterlassen auseinanderfallen, während beim Begehungsdelikt beide Funktionen in der Handlung liegen.

Da die Perspektive des steuernden Täters damit nicht in Betracht kommt, spricht viel dafür, auf die Wesentlichkeit der Herrschaft aus dem *Blickwinkel des geschützten Rechtsguts* abzustellen. Das „Besondere der Körperbewegung“,¹⁶²² das ihr strafrechtliche Relevanz verleiht, ist nicht nur die Herrschaft darüber, welche Gestalt diese annimmt. Wenn die Handlung andere Personen nicht beträfe, würde sich das Recht nicht für sie interessieren. Vorrangiges Ziel des Strafrechts ist der Schutz von Rechtsgütern.¹⁶²³ Die Handlung erlangt daher ihre strafrechtliche Relevanz erst durch ihre Eigenschaft, negative Wirkungen auf Rechtsgüter entfalten zu können. Daher ist es prinzipiell Zustimmungswürdig, wenn *Schünemann* die Handlung als *adäquate* Wirkkraft in den Blick nimmt.¹⁶²⁴

Hierbei könnte es sich um die Wertung handeln, hinsichtlich derer gleichgestellt wird. Dies entspricht dem oben Gesagten: Das Entstehenmüssen beschreibt eine Überwachungsposition für eine *Schädigungsmöglichkeit*.¹⁶²⁵ So schreibt auch *Schünemann*, es gehe um eine spezifische Beziehung zum Erfolg bzw. zur Rechtsgutsverletzung,¹⁶²⁶ man müsse nach dem aktiven Tun vergleichbar intensiven Gründen fragen, um dem Täter den nicht abgewendeten Kausalverlauf zuzurechnen.¹⁶²⁷ Diese Beziehung *könnte* man theoretisch an aktuelle Herrschaft knüpfen – wenn dies der *ratio legis* entspricht. *Schünemann* meint in dem Sinne, es gehe beim Tun „unleugbar um eine räumlich-gegenständliche Herrschaftssphäre“.¹⁶²⁸ Damit bedürfe die Herrschaft auch bei der Unterlassung eines „gegenständlichen Substrats [...] in dem sie wirkt“.¹⁶²⁹ Der Unterschied ist jedoch, dass diese Herrschaftssphäre beim aktiven Tun eine *Funktion* hat (Steuerung), während sie bei der Unterlassung als funktionsloses, zufällig von der Begehung kopiertes Merkmal erscheint. Es erschließt sich nicht, welchen spezifischen Zweck die *aktuelle* Herrschaftsbeziehung zu einer *Sache* oder einem *räumlichen Bereich im Rahmen des Unterlassungsstatbestandes* haben soll. Im Hinblick auf das Telos des Rechtsgüterschutzes (das auch *Schünemann* als zentral erachtet) erscheint es *beliebig* und damit unzutreffend, bei der Unterlassung das *gegenständliche* Objekt¹⁶³⁰ als „Grund des Erfolgs“ zu bezeichnen. Dies gilt

¹⁶²² *Schünemann* Grund und Grenzen S. 235.

¹⁶²³ Siehe nur *Schünemann* in: Grundfragen S. 1, 61 f. Daher bezwecken rechtliche Verhaltensregeln nicht primär die Vornahme oder Nichtvornahme einer *bestimmten* Handlung – Zweck ist vielmehr, „bestimmte als wertvoll bewertete Gegebenheiten nicht zu beeinträchtigen, vor Gefahr zu bewahren“, *Rudolphi* in: Grundfragen S. 69; siehe dazu schon oben → Kapitel 1 § 3 VI 2.

¹⁶²⁴ Vgl. auch *Otto* FS Maurach S. 91, 101 ff.: Gefahrschaffung als „Zurechnungsgrund“.

¹⁶²⁵ → Kapitel 1 § 3 B VI 4.

¹⁶²⁶ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 72; *ders.* FS Amelung S. 303, 307; bereits *ders.* Grund und Grenzen S. 290.

¹⁶²⁷ *Schünemann* FS Amelung S. 303, 307 f., 313: Es gehe um die Herrschaft über das zum Erfolg führende Geschehen.

¹⁶²⁸ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 57, siehe auch 72.

¹⁶²⁹ *Schünemann* GA 1974, 231, 235; *ders.* Grund und Grenzen S. 240: das beherrschte Auto, die Herrschaft über das hilflose Baby, die Herrschaft des Weichenstellers über die Weiche; S. 241 „das das unheilvolle Geschehen befördernde dingliche Substrat“; S. 243 „Willensmacht [...] über einen Gegenstand“; S. 253 „Sachherrschaft“; **dagegen** auch ohne weitere Begründung *Timpe* Strafmilderungen S. 176: Die Zuständigkeit werde nicht über „Hilfsmittel“ gegenständlich definiert.

¹⁶³⁰ Vgl. etwa *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 72.

insbesondere, wenn man wie *Schünemann* darauf abstellt, dass die Verkehrspflicht nicht die Einwirkung auf die Sache, sondern die Eindämmung der Gefahr zum Inhalt habe.¹⁶³¹ Die Tatbestände beinhalten nicht bloß angesammelte, sondern teleologisch zusammengehörige Merkmale. Dann muss sich die durch die Herrschaft etablierte Verantwortungsbeziehung konsequenterweise auf diese abzuwendende Gefahr beziehen. Zwischen der Herrschaft über eine *Sache* und der Abwendung einer *Gefahr* hingegen fehlt eine funktionale Beziehung.¹⁶³² Ohne den teleologisch maßgeblichen Bezug zu den einzudämmenden Schädigungsmöglichkeiten für Rechtsgüter bleibt die Herrschaft über eine Sache als *gegenständlichen* „Grund des Erfolgs“ nicht strafrechtlich relevant, sondern nur eine zufällig neben die Tatbestandsverwirklichung tretende Zustandsbeschreibung.¹⁶³³ Die gegenständliche Handlung/Sache ist bei *Schünemann* „naturalistisches“ Zwischenglied zwischen Herrschaft und Rechtsgutsbezug,¹⁶³⁴ erfüllt jedoch keinen Zweck innerhalb des Tatbestandes. Wenn sich die Wesentlichkeit einer Ursache als *Grund* des Erfolgs aus ihrem Schädigungspotential für Rechtsgüter ergibt, erscheint es hingegen inkonsequent, die Herrschaft über die *Sache* in den Mittelpunkt zu stellen, nicht die (über den Gegenstand vermittelten) *Wirkungen* der Herrschaft für Rechtsgüter.¹⁶³⁵ Zentraler Gesichtspunkt muss die Handlung oder Sache nicht als gegenständlicher Ursprung sein, sondern in ihrem Rechtsgutsbezug, als *Schädigungsmöglichkeit*.

cc) Herrschaft über das Gesamtgeschehen als Grund des Erfolgs?

In späteren Ausführungen *Schünemanns* findet sich zudem die Ergänzung, dass das Begehungsdelikt nicht bloß die Herrschaft über die Körperbewegung, sondern die für das

¹⁶³¹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 288 ff. In der Sache genauso, allerdings nicht auf aktuelle Herrschaftsverhältnisse beschränkt, oben → Kapitel 1 § 3 B VI 2.

¹⁶³² Denn anders als die Handlungsherrschaft kann man durch Sachherrschaft *weder* einen Kausalverlauf steuern, *noch* hat die Sachherrschaft *per se* Wirkungen auf Rechtsgüter.

¹⁶³³ Siehe auch die Ausführungen des Bundesgerichtshofs, der *Schünemann* insofern eine „zustandsfixierte[...] Sicht“ vorwirft, BGHSt 37, 106, 121. Ähnlich der Vorwurf von *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 154 an *Welzel*: Es kann keinen Unterschied machen, ob die Störung im eigenen oder fremden Herrschaftsbereich erfolgt; gegen das GBL-Urteil des BGH auch *Kretschmer medstra* 2016, 167, 169: Zustandshaftung aufgrund von Eigentum und Besitz.

¹⁶³⁴ Dies entspricht gerade nicht der Begehung, wo im Rahmen der finalen Tatherrschaft die Steuerung des Geschehens durch den Täterwillen die besonders geartete Gefährlichkeit begründet. Grundlegend *Welzel* Naturalismus S. 83; im Rahmen der Tatherrschaftslehre *ders.* ZStW 58 (1939) 491, 539; *Gallas* ZStW-Sonderheft Athen (1957) 3, 9; *Jescheck/Weigend* AT § 61 III 3; *Roxin* TuT S. 32.

¹⁶³⁵ Überdies passt der Begriff *Schünemanns* „Grund des Erfolgs“ nur für vollendete Erfolgsdelikte und lässt die Versuchsstrafbarkeit außer Betracht. Dies ist im Allgemeinen ein Kritikpunkt gegen die objektive Zurechnungslehre, vgl. *Frisch* GA 2003, 719, 733; speziell zu *Schünemann* auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 141; **kritisch** auch *Bottke* Gestaltungsherrschaft S. 132. Was „Grund“ des Erfolgs ist, kann erst in einer *ex post* Perspektive festgestellt werden. Gegenstand von Verhaltensnormen kann jedoch nur ein bestimmtes Verhalten, nicht ein Zustand oder Erfolg sein. Daher kann es in der Unterlassungssituation tatsächlich um die Herrschaft über den *möglichen* Erfolgsgrund, in anderen Worten einen Gefahrsachverhalt, gehen. Dies entspricht den oben getroffenen Feststellungen zur Garantenstellung als besondere rechtliche Beziehung zu einem Gefahrensachverhalt; siehe dazu oben → Kapitel 1 § 3 B VI 4.

Rechtsgut maßgebliche Herrschaft über das Gesamtgeschehen¹⁶³⁶ (Tatherrschaft) verlange. Damit rekuriert *Schünemann* nunmehr offen auf das für die Tatbestandsverwirklichung durch Begehung maßgebliche Kriterium der Tatherrschaft.¹⁶³⁷ Dann stellt sich die oben aufgeworfene Frage, wieso Grund des Erfolgs beim Unterlassen immer noch allein die *gegenständliche* Gefahrenquelle sein soll, jedoch mit besonderer Dringlichkeit.¹⁶³⁸ Müsste *Schünemann* an dieser Stelle das Ergebnis für die Unterlassungsdelikte „Herrschaft über einen gegenständlichen Bereich“ nicht kritisch anhand des „neuen“ *tertium comparationis* der Tatherrschaft hinterfragen? Stattdessen scheint *Schünemann* selbst den Begriff der Tatherrschaft (teilweise) in Normativität aufzulösen.¹⁶³⁹ Denn die Lösung ist dadurch manipulierbar, dass man einen Aspekt entweder dem „entnormativierten“ Herrschaftsbegriff oder dem normativen Begriff „Grund des Erfolgs“ zuschlägt. So fordert *Schünemann* einerseits die aktuelle Willensherrschaft „in Bezug auf das Gesamtgeschehen“, folgert daraus jedoch, dass „die Körperbewegung des Begehungstäters nur dann *Grund des Erfolgs* ist, wenn sie Tatherrschaft begründet“.¹⁶⁴⁰ Dann ist die maßgebliche Herrschaft aber nicht die Tatherrschaft, sondern die *Handlungsherrschaft*, weil sie Tatherrschaft begründet. Der Unterschied ist nicht bloß terminologisch, da es darum geht, welche Aspekte in das deskriptive Vergleichskriterium „Herrschaft“ einfließen und welche in der Normativität der wesentlichen Erfolgsursache aufgehen. Wenn man die Willkürlichkeit einer „wesentlichen“ Handlung verlangt und der Begriff der Tatherrschaft in dieser Wesentlichkeit aufgeht, ist er auch beim Unterlassungsdelikt durch eine Wertung substituierbar. Erst recht gilt dies, soweit *Schünemann/Greco* für die Wesentlichkeit der Erfolgsursache auf „Zurechnung“ abstellen. Indem der Schwerpunkt dann auf einer bloßen Wertungsformel liegt, verliert das Herrschaftskriterium seinen sicheren Kern. Mit geschicktem Verrücken von Tatbestandsmerkmalen lässt sich nicht überspielen, dass man beim Unterlassungsdelikt im Vergleich zur Tatherrschaft ein *Weniger* fordert – nicht die Herrschaft über das Gesamtgeschehen, sondern „nur“ über eine (gegenständliche) Station des Gesamtgeschehens. Es handelt sich um eine normativ begründungsbedürftige Abweichung. Erneut zeigt sich eindringlich, dass auch die Frage nach der Gleichbehandlung der Garantenstellung aus Ingerenz gemäß § 13 I StGB eine Wertungsfrage ist.

¹⁶³⁶ Pawlik (Unrecht S. 181 m. Fn. 182) sieht hierin die „stillschweigende Rehabilitierung des Ingerenzgedankens“ durch *Schünemann*.

¹⁶³⁷ Und nicht nur ein „singuläres Kriterium aus einer ganzen Batterie von Voraussetzungen“, so aber *Herbertz* Ingerenz S. 255 (wohl ohne Berücksichtigung der Beiträge *Schünemanns* nach 1971) sowie 145 f., auf Kausalität und Zurechnung abstellend.

¹⁶³⁸ Zwar liegt es, wie beschrieben, in der Natur der Sache, dass der Unterlassende niemals in gleichem Maße Tatherrschaft, also Willensherrschaft, auf das Geschehen ausüben kann wie der aktiv Handelnde, doch tritt hier die Notwendigkeit, für das Unterlassungsdelikt von dem Erfordernis der *Tatherrschaft* wertend abzuweichen, offen zutage.

¹⁶³⁹ So der berechtigte Vorwurf *Schünemanns* an andere Autoren, vgl. etwa in: Internationale Dogmatik S. 49, 52.

¹⁶⁴⁰ *Schünemann* FS Amelung S. 303, 314, Hervorhebung nicht im Original.

b) Herrschaft

aa) Erforderlichkeit einer Verantwortlichkeitsbegründung

Einen entscheidenden Schritt in die richtige Richtung hat kurz nach Erscheinen von *Schünemanns* „Grund und Grenzen“ *Herzberg* getan: Es komme nicht direkt auf die aktuelle Herrschaft an, sondern auf die hierdurch begründete Sonderverantwortlichkeit. „Das Recht gründet nämlich die Erfolgszurechnung bei der aktiven Handlung nicht *unmittelbar* auf eine faktische Herrschaftsbeziehung, sondern darauf, daß sich für das individuelle Pflichtgefühl und die soziale Wertung mit der Herrschaft über den eigenen Körper eine erhöhte Verantwortlichkeit für die aus eigenen Körperbewegungen resultierenden Folgen verbindet.“¹⁶⁴¹ Die Struktur der aktiven Begehung ist also ebenfalls nicht „als solche“ entscheidend, sondern erst in ihrer normativen Bedeutung.¹⁶⁴² Aus dem Sein der Herrschaft kann kein Sollen und damit keine Tatbestandsmäßigkeit folgen. Auch *Schünemann* scheint zunächst stillschweigend,¹⁶⁴³ später ausdrücklich vorauszusetzen, dass die „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“ zu einer spezifischen Verantwortungsbeziehung zum schädlichen Kausalverlauf führt.¹⁶⁴⁴ Der Zweck, im Hinblick auf den gleichgestellt wird, ist nicht die Herrschaft als Faktum, sondern die durch die Herrschaft etablierte „spezifische Beziehung“ zu der Rechtsgutsverletzung. Dieser Gedanke wird bei *Schünemann* zwar eingeführt, gleichzeitig beharrt er jedoch darauf, dass diese Beziehung allein durch vergleichbare ontische Strukturen hergestellt werde. Daher trennen sich an dieser Stelle die Begründungen wieder. Während *Schünemann* die Verantwortungsbeziehung stets an aktuelle Herrschaft bindet, lässt *Herzberg* diese von ihm sogenannte „Sonderverantwortung“ nach Herrschaftsverlust fortbestehen und geht davon aus, dass sie auch unabhängig

¹⁶⁴¹ *Herzberg* Garantprinzip S. 195: Das Recht könne direkt aus der Herrschaft ohne den wertenden Schluss auf eine Sonderverantwortlichkeit keine Strafe anordnen, da sonst niemand den Tadel verstünde; maßgeblich sei nicht direkt die Herrschaft, sondern eine „normative Abstrahierung“, S. 196. Es wäre nach der Methode *Schünemanns* ebenso möglich gewesen, dass sich die aktuelle Herrschaft zur Abwendungsmöglichkeit „verdünnt“, S. 193, 290 (**dagegen** wieder *Schünemann* GA 1974, 231, 236 f.); siehe auch *Jakobs* Unterlassen S. 42 m. Fn. 92: „In einer normativ leeren Welt gibt es weder Verantwortung für Tun noch für Unterlassen“; zustimmend a. *Freund* Erfolgsdelikt S. 145; *Hoven* GA 2016, 16, 25 f.; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 89: Die Herrschaft könne in der Rechtsgutsbeeinträchtigung weiterwirken; *Pawlik* Unrecht S. 159; *Timpe* Strafmilderungen S. 164; *Walther* Eigenverantwortlichkeit S. 218 f.; einen Mittler zwischen Sein und Sollen (die Verhaltensnorm) hält auch *Botke* (in: *Empirische Fundamente* S. 191, 208 f.) für erforderlich.

¹⁶⁴² *Herzberg* JuS 1996, 377, 383. Im Allgemeinen auch *Kuhlen* in: *Recht und Moral* S. 341: Die Verantwortlichkeitszuschreibung muss normativen Kriterien folgen; *Hassemer* in: *Strafen im Rechtsstaat* S. 137, 139 f. das Recht es erlaubt diese Person aufgrund des Zusammenhangs der Rechtsfolge Kriminalstrafe zu unterwerfen.

¹⁶⁴³ Etwa wenn er meint, der Täter nehme infolge der Garantstellung eine soziale Rolle ein, wenn auch nicht aus einer sozialen Rolle eine Garantstellung folge, *Schünemann* Grund und Grenzen S. 247. Allerdings knüpft er das Fortbestehen der Rolle an das Fortbestehen der Herrschaft, sodass jene keine eigenständige Bedeutung aufweist.

¹⁶⁴⁴ Damit trifft sich die Untersuchung wieder mit der oben gefundenen grundsätzlichen Feststellung, dass die aktive Handlung *stets* zu einer solchen Verantwortungsbeziehung führt, während bei der Unterlassung aus anderen Gründen wertend festgestellt werden muss, dass der Betreffende für den Nichteintritt des Erfolgs *rechtlich einzustehen hat*, § 13 I StGB. Oben → Kapitel 1 § 3 B VI.

von Herrschaft etabliert werden kann.¹⁶⁴⁵ Überzeugend erscheint es hier erneut, eine Mittelposition einzunehmen: Es genügt nicht allein, festzustellen, dass die Handlungsherrschaft zu einer davon normativ abstrahierten „Sonderverantwortung“ für den Kausalverlauf führt. Denn dem *könnte* man noch immer erwidern, dass das Fortbestehen dieser „Sonderverantwortung“ oder „Schlüsselposition“ „akzessorisch“ an das Fortbestehen aktueller Herrschaft geknüpft sei. Solange nicht feststeht, welche Wertungen und Zwecke zu dem selbstverständlichen Einstehenmüssen des Handelnden führen, kann man auch nicht fragen, ob andere Gründe als aktuelle (Handlungs)Herrschaft im Hinblick auf dieses Wertungs- und Zweckgefüge gleich sind.¹⁶⁴⁶ Es zeigt sich also erneut, dass das entscheidende Puzzlestück fehlt. Bestimmt werden muss, *aus welchen normativen Gründen* gerade der Inhaber der Handlungsherrschaft für den schädlichen Kausalverlauf einstehen muss.

bb) Aspekte der Verantwortlichkeit bei *Schünemann*

Dass für das Vorliegen von „Herrschaft“ bei den Unterlassungsdelikten auch Verantwortungsgesichtspunkte¹⁶⁴⁷ eine Rolle spielen, kommt bei *Schünemann* jedenfalls implizit zum Tragen. Bei den Beschützergarantenstellungen geht es nicht um tatsächliche Herrschaft über die Anfälligkeit des Opfers geht, sondern eine durch Normen begründete Verantwortungszuweisung (was durch den Begriff der Herrschaft verdunkelt¹⁶⁴⁸ zu werden

¹⁶⁴⁵ Andere Autoren wie *Jakobs* und *Freund* entkoppeln diese Verantwortlichkeit sogar für die Begehung von der Herrschaft und wollen auch hier die „Zuständigkeit“ stets wertend feststellen. Das geht jedoch zu weit. *Schünemann* selbst hat *Herzberg* erwidert, dass die Sonderverantwortung ein inhaltsleeres normatives Blankett sei, mithilfe dessen man nach dem freien Rechtsgefühl Unterlassungen unabhängig von ihrer Begehungsgleichheit bestrafen könne, *Schünemann* GA 1974, 231, 238.

¹⁶⁴⁶ Anders gesagt: Es kommt zwingend auf eine sachlogische Struktur an, solange *nur diese* eine bestimmte Funktion gewährleistet. Wenn *allein* die aktuelle Herrschaft den Zweck erfüllen kann, eine dem Begehungsdelikt vergleichbare Verantwortlichkeit für den Kausalverlauf zu begründen, so erweist sich diese sachlogische Struktur tatsächlich für die Gleichstellung des Unterlassens als wesentlich.

¹⁶⁴⁷ Ausdrücklich nimmt *Schünemann* selbst etwa auf die „Zuständigkeit“ des Amtsträgers über seinen Kontrollbereich Bezug, LK¹² § 25 Rn. 42; worauf insbesondere *Roxin* hinweist, FS *Schünemann* S. 509, 520.

¹⁶⁴⁸ *Maiwald* schreibt etwa, wenn die Eltern ihre Kinder an einem Abend allein zuhause lassen, beherrschen sie deren Hilflosigkeit tatsächlich nicht mehr. Ihre Garantenstellung bleibt trotz fehlender aktueller Herrschaft bestehen. Auf der anderen Seite müsste man bei konsequenter Verfolgung des Herrschaftskriteriums einen Einbrecher, der an diesem Abend in das Haus eindringt und die Kinder damit faktisch beherrscht, in eine Garantenstellung einrücken lassen (*Maiwald* JuS 1981, 473, 480; siehe auch *Roxin* FS *Schünemann* S. 509, 520 f.). *Schünemann* hat dagegen eingewendet, die „wenn auch reduzierte“ faktische Obhutsherrschaft ergebe sich dadurch, dass die Eltern den Wohnungsschlüssel haben und den Aufenthaltsort der Kinder sowie etwaige Gefahrenquellen kennen, *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 78 m. Fn. 130. Doch beseitigt dies nicht den Wertungswiderspruch zum Fall des Einbrechers: Den Schlüssel und besondere Kenntnisse der Umgebung kann auch dieser besitzen. Tatsächlich geht es also auch *Schünemann* um ein soziales oder normatives Verhältnis, wenn er meint, in derartigen Fällen fehle es an dem erforderlichen Herrschaftswillen und Vertrauensakt (aaO S. 77). Vgl. auch *A. Böhm* JuS 1961, 177, 181, der von einer „beherrschenden Rechtsstellung“ der Eltern den Kindern gegenüber spricht, die eine Einwirkung anderer ausschließe; dabei handelt es sich jedoch, anders als bei *Schünemann*, um ein rein normatives Kriterium, welches in „Sonderrechten“ wurzelt; *A. Böhm* weitestgehend zustimmend *Androulakis* Studien S. 221: Herrschaftsmomenten käme bloß Relevanz innerhalb eines bereits bestehenden Näheverhältnisses zu.

droht).¹⁶⁴⁹ Diese Obhutspositionen hätte man, wie bereits die Ingerenz, unter dem Herrschaftskriterium ebenso überzeugend ablehnen können.¹⁶⁵⁰ Oder andersherum gewendet: Wenn *Schünemann* das Erfordernis aktueller tatsächlicher Herrschaft im Allgemeinen aufweicht, so ist es nicht konsequent, daran bei der Ingerenz unbedingt festzuhalten.¹⁶⁵¹ Die oben festgestellte Wertungsabhängigkeit von *Schünemanns* Gleichstellungsverfahren¹⁶⁵² zeigt sich hier also besonders eindrücklich.

Für die hier in Frage stehenden Überwachungsgarantenstellungen zeigt sich die Normativität des Herrschaftsbegriffs insbesondere zu Beginn und zum Ende der Herrschaftsbeziehung. *Schünemann* verteidigt sich etwa gegen Versuche, die „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“ mit der bloßen Abwendungsmacht zu identifizieren, indem er einwendet, die Herrschaft müsse „prästabilisiert“ sein, weil die Kontrolle bereits zuvor bestanden hat und „der Geschehensablauf in dem vom Unterlassungstäter kontrollierten, ganz gegenständlich zu verstehenden sozialen Bereich [...] als Werk seines Willens qualifiziert werden muss“.¹⁶⁵³ Die Maßgeblichkeit dieses Erfordernisses ergibt sich wieder aus der Parallele zum Begehungsdelikt, wo die Herrschaft über den Körper „existentiell vorgegeben“ sei.¹⁶⁵⁴ Hierfür kann es wieder nicht *allein* auf die Parallelität zur Begehung in ihrer äußeren Erscheinung ankommen, sondern auf den Rechtszweck, den die „prästabilisierte“ Herrschaft innerhalb des Tatbestandes erfüllt.¹⁶⁵⁵

¹⁶⁴⁹ Vgl. insbesondere *Otto* MSchrKrim 1974, 123, 125; *Herzberg* Garantprinzip S. 193 ff.; *Maiwald* JuS 1981, 473, 480 f.; ähnlich danach auch *Berster* Unterlassungsdelikt S. 48 f.; *S. Böhm* Garantpflichten S. 55; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 75; *Grünwald* Garantpflichten S. 24; *Herbertz* Ingerenz S. 256 f.; *Roxin* FS Schünemann S. 509, 520; *Sangenstedt* Garantstellung S. 301, 315 ff.; *Timpe* Strafmilderungen S. 164 ff.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 352 f.; *Schünemann* pendle zwischen Faktum und Norm; *Witteck* Betreiber S. 138; siehe auch die **Antikritik** von *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 79 f.

¹⁶⁵⁰ *Herzberg* Garantprinzip S. 193.

¹⁶⁵¹ *Otto* NJW 1974, 528, 531; siehe auch *Grünwald* Garantpflichten S. 24 m. Fn. 63.

¹⁶⁵² Vgl. oben → 2.

¹⁶⁵³ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 72; *ders.* in: Freiburg-Symposium S. 103, 122: Der Unterlassungstäter müsse „unabhängig von dem und schon vor dem einzelnen konkreten Kausalverlauf [...] die Gefahrenquelle in der Form kontrollieren, daß deren weitere Entwicklung primär von seinem Willen abhängt“; siehe auch *ders.* GA 2016, 301, 305; vgl. auch den parallelen Einwand von *Welzel* in der Großen Strafrechtskommission in der Auseinandersetzung mit *Bockelmann*, Niederschriften 12 S. 100.

¹⁶⁵⁴ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 243 f. Die Herrschaft muss also bereits vor Aufkommen der Gefahr bestanden haben, aktuell und durch einen Willensakt ergriffen sein.

¹⁶⁵⁵ Siehe gleich unter → cc).

Auch indem *Schünemann* darauf abstellt, dass der *quiquis ex populo* jedenfalls keinen aktuellen „Herrschaftswillen“¹⁶⁵⁶ habe, zeigt sich die Normativität des „Herrschaftsbegriffs“.¹⁶⁵⁷ Um dem Einwand zu entgehen, dass sich der Sachherr so seiner Verantwortung durch Aufgabe des Herrschaftswillens leicht entziehen könnte,¹⁶⁵⁸ nimmt *Schünemann* außerdem hilfsweise eine „Herrschaftsbehauptungspflicht“ an. Die Anforderungen der Zurechnung seien auf den Zeitpunkt des Herrschaftsverlustes fixiert: Bei einem vorsätzlichen Herrschaftsverlust sei eine Folgenzurechnung nach den Grundsätzen des Vorsatzdelikts möglich, bei fahrlässigem Herrschaftsverlust nach den Grundsätzen des Fahrlässigkeitsdelikts. Nach einem sorgfaltsgemäßen Herrschaftsverlust sei der ehemalige Garant jedoch von seiner Verbindlichkeit befreit, sodass auch dann keine Zurechnung stattfinde, wenn er später die von der Sache ausgehenden Gefahren erkenne.¹⁶⁵⁹ Auch vor dem Hintergrund dieser Erwägungen erweist sich der „Herrschaftsbereich“ als normativ zu bestimmender Verantwortungsbereich. Es geht um den wertenden Gesichtspunkt, dass die rechtlich geforderte Herrschaft nicht ausgeübt wurde.¹⁶⁶⁰ *Schünemann* entgegnet dem zwar, dass die Herrschaftsaufgabe noch im Stadium aktueller Herrschaft erfolge und damit begehungsgleich sei.¹⁶⁶¹ Doch wie man es dreht und wendet: Wenn die Aufgabe der Herrschaft (bzw. sogar als bloßes *Internum* die Aufgabe des Herrschaftswillens) eine derartige strafrechtliche Relevanz aufweisen soll (begehungsgleiche Strafbarkeit), ist vorausgesetzt, dass die Herrschaftsaufgabe rechtlich negativ bewertet ist. Dies ist auch plausibel, denn in diesem Fall tritt der zuvor durch den „auf Posten“ gestellten Garant abgeschirmte gefährliche Verlauf potentiellen Opfern *ohne Hindernis* gegenüber.¹⁶⁶² *Rechtlich wesentlich* ist diese Bewertung; ob daneben die Sachherrschaft noch aktuell ist, stellt eine bloß äußerliche Ähnlichkeit zur Begehung dar.

cc) Aktuelle Herrschaft

Nach dem Gesagten ist das Erfordernis *aktueller* Herrschaft, welches (in sich konsequent¹⁶⁶³) zur Ablehnung der Garantstellung aus Ingerenz führt, nicht mehr haltbar. Sachlogisch muss bei der Unterlassung allein die „potentielle Herrschaft“, also die Vermeidemacht aktuell sein. Die Verhaltensform Unterlassen ist insoweit der Verhaltens-

¹⁶⁵⁶ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 243, 293, 316, 343 f.; *ders.* GA 1974, 229, 235 f.; *ders.* ZStW 96 (1984) 287 m. Fn. 26; *ders.* Internationale Dogmatik S. 49, 77; **dagegen** *Sangenstedt* Garantstellung S. 298 f.

¹⁶⁵⁷ Wenn er *Welp* vorwirft, die Behauptung eines willentlichen Übernahmeaktes mit Erklärungswert stelle eine „reine Fiktion“ dar, so muss er sich den gleichen Vorwurf gefallen lassen. *Schünemanns* Willensakt zur Herrschaftsübernahme ist ebenso konstruiert und selbst ein „von vornherein aussichtslose[r] Versuch, den Grund der Garantstellung, den man im objektiven Bereich nicht gefunden hat, in einer transzendenten Sphäre aufzuweisen.“ So *Schünemann* Grund und Grenzen S. 251 f. über *Welp*.

¹⁶⁵⁸ *Roxin* TuT S. 889; *Sangenstedt* Garantstellung S. 301.

¹⁶⁵⁹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 299; *ders.* Unternehmenskriminalität S. 99.

¹⁶⁶⁰ *Vogel* Norm und Pflicht S. 351 f.; siehe auch *Bosch* Jura 2019, 1239, 1241: Entscheidend ist allein, wann Herrschaft ausgeübt werden muss.

¹⁶⁶¹ Insoweit gegen *Vogel* wiederum *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 78.

¹⁶⁶² Siehe noch unten → Kapitel 4 § 1 B I 1.

¹⁶⁶³ **Anders** *Herbertz* Ingerenz S. 259.

form Tun im Hinblick auf den Zweck gleichgestellt, dass Verhaltensnormen sinnvollerweise (der „Natur der Sache“ nach) überhaupt nur aktuell willentlich steuerbares Verhalten zum Gegenstand haben können. Nach *dieser ratio legis* (Verhaltenssteuerung durch Normen) ist aktuelle Abwendemacht erforderlich. Ein darüber hinausgehendes Erfordernis aktueller Herrschaft ist bei der Unterlassung keineswegs zwingend.¹⁶⁶⁴ Die bloß äußerliche, phänomenologische Parallelität aktueller Herrschaft zur Begehung hingegen stellt keinen hinreichenden normativen Grund dar, das Entstehenmüssen des Unterlassenden an die Aktualität der Herrschaft zu knüpfen.¹⁶⁶⁵ Es besteht *sachlogisch* kein Grund, warum nicht die normative Schlüsselposition des Unterlassenden, sein Entstehenmüssen für den Kausalverlauf in vergangenen Tatsachen begründet werden kann – was beim Begehungsdelikt schon sachlogisch ausscheidet. Es geht bei der Begehung insofern eigentlich nicht bloß um „Aktualität“, also Gleichzeitigkeit von Verhalten und Herrschaft,¹⁶⁶⁶ vielmehr wird die Herrschaft *durch* die Handlung ausgeübt. Tatbestandliches Verhalten und Grund des Entstehenmüssens liegen bei der Begehung also gerade einheitlich im Akt der Handlungssteuerung begründet. Es liegt in der Natur der Sache, dass beim Begehungsdelikt jeder für seine Tatherrschaft begründende Handlung verantwortlich ist, eine „von der Handlung gesonderte, unabhängig von der tatbestandsmäßigen Situation existierende und schon vor ihr etablierte spezielle Position des Täters gerade nicht gefordert wird“.¹⁶⁶⁷ Letzteres ist jedoch beim Unterlassungsdelikt der Fall. Hier muss das Entstehenmüssen gerade aus anderen Gründen, also vor der tatbestandsmäßigen Situation und unabhängig von dem Unterlassungsverhalten, folgen.¹⁶⁶⁸

Ob die Aktualität auch für diese zweite Gleichstellungsfrage wesentlich ist, stellt daher eine Wertungsfrage dar, die insbesondere im Hinblick darauf zu beantworten ist, ob die Aktualität im Rahmen des Unterlassungstatbestandes einen besonderen Zweck erfüllen könnte. Dies erscheint nach dem oben Gesagten äußerst zweifelhaft. Denn „aktuell geschieht nichts“.¹⁶⁶⁹ Kaum begründen lässt sich das Erfordernis im Hinblick auf die teleologische Begründung *Schünemanns*, die Strafnormen an die Person zu adressieren, die die maßgebliche Entscheidung über die Rechtsgutsverletzung trifft. Geht es bei der „maßgeblichen Entscheidung“ nicht um besonders leichte Vermeidemöglichkeiten, sondern um eine Aufgabenzuweisung zur Eindämmung von Gefahren, besteht kein Grund,

¹⁶⁶⁴ *Roxin* AT II § 32 Rn. 150 ff.; kritisch auch *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 76: „willkürlich“; *ders.* GA 1993, 97, 112 f.; *Herzberg* Garantprinzip S. 192 f.; *Otto* NJW 1974, 528, 531; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 33; *Seibert* Garantpflichten S. 143; *Timpe* Strafmilderungen S. 164.

¹⁶⁶⁵ Treffend *Otto* NJW 1974, 528, 531: „willkürliche – aus der Dogmatik der Begehungsdelikte übernommene – Setzung“.

¹⁶⁶⁶ So aber anscheinend *Otto* FS Maurach S. 99, 102: Haftungsgrund und Ausübung der Herrschaft würden bei der Begehung „auf einem kurzen Zeitpunkt beschränkt“ zusammenfallen.

¹⁶⁶⁷ So *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 53 gegen *Freund*.

¹⁶⁶⁸ Beim Unterlassungsdelikt fallen die Steuerbarkeit (Möglichkeit der Abwendungshandlung/„potentielle Herrschaft“/Vermeidemacht) und das Entstehenmüssen für einen bereits in Gang befindlichen Kausalverlauf stets auseinander. Insbesondere ergibt sich das Entstehenmüssen niemals aus dem aktuellen Unterlassen, da dieses keine Herrschaft, sondern nur Abwendungsmöglichkeit bedeutet.

¹⁶⁶⁹ Ebenso beiläufig wie treffend *Jakobs* AT 29/28 m. Fn. 54 (2).

diese Entscheidungsposition zeitlich an das Bestehen von Herrschaft zu knüpfen. Damit erscheint es für die Ingerenz durchaus denkbar, dass der Grund des Entstehens (der normativen „Schlüsselposition“) in vergangener Herrschaft liegt.¹⁶⁷⁰

Als Argument für die Maßgeblichkeit aktueller Herrschaft kommt höchstens noch das Vorbringen *Schünemanns* in Frage, dass bei der Sachherrschaft die Strafbarkeit auf einem „personalen Zurechnungsprinzip“ beruhe, bei der Ingerenz hingegen auf der bloßen Veranlassung. Letztere sei in einem „an der Personenhaftigkeit des Menschen orientierten Strafrecht“ fehl am Platz.¹⁶⁷¹ Doch die „aus einem Willensakt erwachsene“ Herrschaft impliziert, wie gesehen, dass der Willensakt zur „Ergreifung“ der Herrschaft¹⁶⁷² – der entscheidende Akt der Selbstbestimmung – in der *Vergangenheit* liegt. Zentral ist insoweit die *prästabilisierte, nicht aktuelle* Herrschaft.¹⁶⁷³ Dass der Sachherr auch *weiterhin*, infolge dieses Aktes die Herrschaft innehat, beruht auf einer hierauf bezogenen *Wertung*. Es kommt nicht auf das Faktum der Körper- oder Sachbeherrschung an, vielmehr ist stets vorausgesetzt, dass die prästabilisierte Herrschaft den Inhaber für die Folgen seines Willensaktes rechtlich einstehen lässt. Die Begriffe „Willensmacht“ und „Kontrolle“ über einen Bereich implizieren zwar eine der Handlungssteuerung gleiche faktische Beziehung, letztlich geht es jedoch darum, dass aufgrund der vergangenen Ergreifung der Sache deren Wirkungen der Person *gesellschaftlich zugeordnet* werden.¹⁶⁷⁴ Insoweit erschiene es willkürlich, die „personale Sphäre“ mit einer räumlich-gegenständlichen Sphäre zu identifizieren.¹⁶⁷⁵ Gerade im Hinblick auf die Personenhaftigkeit des Menschen

¹⁶⁷⁰ So im Ergebnis auch *Otto* FS Maurach S. 99, 102: Auch die frühere Gefahrschaffung und spätere Vermeidemöglichkeit könnten in „funktionalem Zusammenhang“ stehen.

¹⁶⁷¹ „Die willentlich ergriffene Herrschaft ist ein Stück der personalen Sphäre des Menschen, sie beruht auf einem wirklichen Wollen und ist daher unmittelbares Objekt der Anforderungen des Rechts. Die Ingerenzsituation ist dagegen nur kausale Folge eines Herrschaftsaktes und kann daher niemals unmittelbar zur Person zugerechnet werden“, *Schünemann* Grund und Grenzen S. 317. Siehe schon S. 243 f.

¹⁶⁷² *Schünemann* Grund und Grenzen S. 243, siehe auch S. 293: zum „Herrschaftsantritt“.

¹⁶⁷³ Insoweit ähnlich *Jakobs* FG BGH IV S. 29.

¹⁶⁷⁴ Gerade hinsichtlich der Reichweite des Gewahrsams kommt es wesentlich auf die Verkehrsanschauung an. So schreibt auch *Schünemann*, dass es in einer Gesellschaft, die keinen Besitz kenne, auch keine Herrschaft über gefährliche Sachen und damit keine Verkehrspflichten gäbe, *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 77.

¹⁶⁷⁵ Der bloße Verweis auf die „Sachlogik“ rechtfertigt keine wertungsmäßige Ungleichbehandlung von Sachherrschaft und Ingerenz. Denn „sachlogisch“ besteht auch ein Unterschied zwischen der der „Personenhaftigkeit existentiell zugehörigen“ Handlungsherrschaft und der durch Willensakt ergriffenen Herrschaft über eine Sache.

erscheint es gerechtfertigt, auch die Wirkungen einer Sache oder Handlung als vom Willensakt ergriffen zu bewerten.¹⁶⁷⁶ Denn der Sachherr *will* nicht bloß die Sache beherrschen, sondern gerade vermittelt durch die Sache *wirken*.¹⁶⁷⁷ Diese Einbeziehung der Wirkungen in die „personale Sphäre“ erschiene auch nach der Lösung *Schünemanns* konsequent: Wenn dieser den Inhaber der Herrschaft nicht bloß zur Einwirkung auf die Sache, sondern zur *Abschirmung der Gefahr* verpflichtet will, muss er doch gerade diese *Wirkung* der Sache (als Bezugspunkt der Norm) als dem Herrschaftsbereich des Unterlassenden zugehörig anerkennen.¹⁶⁷⁸ Bei der Ingerenz wird dem ehemaligen Inhaber von Herrschaft ebenso (wenig) wie dem aktuellen Sachherrn eine Garantenposition aufgenötigt („Personenautonomie“),¹⁶⁷⁹ da er bloß für diejenigen Wirkungen der Handlung oder Sache Garant ist, die er bereits bei aktueller Herrschaft hätte eindämmen müssen. Es erscheint damit dem ehemaligen Inhaber der Herrschaft gegenüber *nicht ungerecht*, dass dieser weiterhin als Schlüsselfigur des Geschehens die maßgebliche Entscheidung *zu treffen hat*. Er ist gerade im Ergebnis hinter den Kontrollanforderungen für die Gefahrenquelle zurückgeblieben und daher weiterhin zur Kontrolle verpflichtet.¹⁶⁸⁰ Ein nicht bloß gegenständlich, sondern gesellschaftlich-rechtlich definierter „Herrschaftsbereich“, die „personale[...] Sphäre“¹⁶⁸¹ einer Person, kann daher auch die Wirkungen der Herrschaft beinhalten.¹⁶⁸²

¹⁶⁷⁶ Wenn *Schünemann* selbst schreibt, entscheidend sei die „Verwirklichung des Willens, die Herrschaft über das Geschehen“ (diese könne nicht bloß durch die Körperbewegung, sondern auch durch andere Herrschaft über den Grund des Erfolges „verbürgt“ sein, *Schünemann* Grund und Grenzen S. 247, der dort die Theorie *H. Mayers* kritisiert), so lässt diese Äußerung die (freilich von *Schünemann* so nicht geteilte) Deutung zu, dass nicht nur die Sache dem durch den Herrschaftswillen konstituierten Herrschaftsbereich einer Person zugeschlagen werden kann, sondern auch das *schadensträchtige* Geschehen, soweit sich der Wille (vermittelt durch die Sache) in diesem „verwirklicht“ (wie auch immer man den offenen Begriff der „Verwirklichung“ letztlich interpretiert); *Schünemann* missdeutend hingegen *Herbertz* Ingerenz S. 256.

¹⁶⁷⁷ Die einzelne abzuwendende Wirkung ist weder während aktueller noch bei vergangener Herrschaft zwingend gewollt. Wenn der Sachherr für die Wirkungen *nicht eintreten müssen will*, ist dies unbeachtliche Rechtsmeinung.

¹⁶⁷⁸ Wenn man hier darauf beharrt, dass nur die Sache oder der Bereich vom Willensakt ergriffen ist, müsste man sich konsequenterweise auf den Standpunkt stellen, dass nur auf diese eingewirkt werden muss (so wie eben auch der Handelnde bloß auf seine Handlung „einwirken“ muss). Dies erscheint nicht überzeugend, sondern zeigt nur erneut, dass es hier keine schematischen Lösungen gibt.

¹⁶⁷⁹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 293.

¹⁶⁸⁰ *Roxin* FS *Schünemann* S. 509, 519 f.: Diese *Pflichten* seien das eigentlich täterschaftsbegründende Merkmal, nicht die aktuelle Herrschaft über den Grund des Erfolges; der Begriff der Zentralgestalt drücke die Einheit der Täterschaft, aber auch die *Verschiedenheit* ihrer Erscheinungsformen aus; *ders.* TuT S. 588. Siehe auch *Jakobs* FS R. Merkel S. 639, 642: Verlängerung der Verkehrssicherungspflicht in eine Zeit, in der die Gefahr den „Organisationskreis“ bereits verlassen hat.

¹⁶⁸¹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 317.

¹⁶⁸² So meint *Schünemann* zur Übernahme (Grund und Grenzen S. 350 f.), es gehe wie bei den Verkehrspflichten darum, „ob der Willensakt des Übernehmers eine neue, für das Recht eigenwertige und eigenbedeutsame Situation geschaffen hat, die eine Herrschaftsmacht des Übernehmers begründet“ – hierin jedoch liegt eine strukturelle Parallele zur klassischen „Ingerenzsituation“, auf deren Grundlage *Schünemann* diese Garantenstellung auch hätte bejahen können.

Aus der *Perspektive des Rechtsguts* ergibt sich insoweit kein Unterschied: Dieses kann sich nach Herrschaftsverlust in gleichem Maße mit den Wirkungen der Herrschaft konfrontiert sehen. Insbesondere läuft das Erfordernis der Aktualität der Herrschaft *Schünemanns* teleologischer Begründung zuwider, dass sich im Sinne optimaler *rechtsgüterschützenden Generalprävention* die Strafnorm an denjenigen richte, der die maßgebliche Entscheidung über den Eintritt der Rechtsgutsverletzung trifft.¹⁶⁸³ Die Strategie zum Rechtsgüterschutz ist nicht „optimal dimensioniert“, wenn eine hierzu begründete „prästabilisierte“ „Schlüsselposition“ aufgrund des mitunter zufälligen Herrschaftsverlustes erlischt.¹⁶⁸⁴ Diese Rücknahme des Strafrechtsschutzes müsste wiederum aus kollidierenden Wertungen gerechtfertigt werden.¹⁶⁸⁵ Richtigerweise kann es nur darum gehen, dass eine Person die maßgebliche Entscheidung *zu* treffen, den Bereich *zu* kontrollieren *hat*.¹⁶⁸⁶ Die Begriffe der „Schlüsselposition“¹⁶⁸⁷ und der „Kontrolle“ lassen auch diese Deutung zu.

Die Frage, ob gerade die *aktuelle* Sachherrschaft eine spezifische tatbestandliche Funktion aufweist, ist daher für das Unterlassungsdelikt zu verneinen. Entweder sie läuft bloß als Sachherrschaft ohne Bezug zu Rechtsgütern neben der deliktischen Situation her – dann ist sie strafrechtlich nicht wesentlich. *Oder* sie erschöpft sich in der bloß leichteren Abwendungsmöglichkeit, dann ist sie jedoch, da derartige graduelle Unterschiede in der Natur der Sache liegen und *faktisch* beim *quiquis ex populo* in gleichem Maße vorliegen können, für die begehungsgleiche Unterlassung ebenfalls unmaßgeblich.¹⁶⁸⁸

¹⁶⁸³ *Schünemann* FS Herzberg S. 39, 42 f.; *ders./Greco* LK § 25 Rn. 84; dies geht damit einher, dass *Schünemann* in den Prinzipien der Sozialschädlichkeit und des Rechtsgüterschutzes (neben dem Schuldprinzip) den zentralen „Ankerpunkt“ des Strafrechts sieht (FS Roxin (2001) S. 1, 26 ff.: „Basis des Straftatprinzips“; siehe auch *ders.* in: Grundfragen S. 1, 60; *ders.* in: Rechtsgutstheorie S. 133, 134) und sein Strafrechtssystem eigentlich nicht als sachlogisch bestimmte Ansammlung von Merkmalen versteht, sondern von der Rechtsfolge der Strafe her denkt (*ders.* FS Neumann S. 701, 703; zustimmend *Greco* GA 2019, 684, 693).

¹⁶⁸⁴ Vgl. bereits *Herzberg* Garantenprinzip S. 293; zustimmend *Pawlik* Unrecht S. 181 m. Fn. 182. Es ist jedenfalls *prinzipiell sinnvoll* (*Stein* JR 1999, 265, 270), dem Handelnden im Anschluss an die gefährliche Ausführung eine Erfolgsabwendungspflicht aufzuerlegen.

¹⁶⁸⁵ Die durch den *faktischen* Herrschaftsverlust bloß graduell erschwerten *faktischen* Abwendungsmöglichkeiten liegen in der Natur der Sache, scheinen von § 13 II StGB vorausgesetzt zu sein und betreffen nicht die tatbestandliche Gleichstellung → Kapitel 1 § 2 D V 3. Dass die konkreten Vermeidemöglichkeiten außer Betracht bleiben müssen, entspricht wohl auch der Richtlinie *Schünemanns*, der die „potentielle Herrschaft“, also den Grad der Abwendungsmöglichkeiten, für irrelevant hält.

¹⁶⁸⁶ Darauf stellt *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 21 ab.

¹⁶⁸⁷ *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 49, 84.

¹⁶⁸⁸ *Oder* – und allein dieser Aspekt kann, wie sich unten (→ Kapitel 4 § 1 A III 3-5, B I 2) zeigen wird, wesentlich sein – die aktuelle Sachherrschaft schließt andere von der Beeinflussung der Gefahrentstehung und Entwicklung fortwährend aus. Dies kann jedoch auch für die Auswirkungen vergangener Herrschaft gelten, sodass auch hierfür das Erfordernis der Aktualität nicht als wesentlich erscheint. Für die Begründung des Entstehenmüssens kann es daher im Ergebnis nur auf den *früheren* Akt der Selbstbestimmung, die „prästabilisierte“ Herrschaft ankommen.

dd) Konsequenz: Wertungswidersprüche

Inhärente Konsequenz zweckblinder „sachlogischer Gleichstellung“ ist die Produktion von Wertungswidersprüchen.¹⁶⁸⁹ Solche treten nach *Schünemanns* Herrschaftskriterium insbesondere bei der Abgrenzung der garantiebegründenden Verkehrspflichten zur Ingerenz auf. Ein entsprechendes Beispiel bildet *Maiwald*: Wenn ein Kind auf einer Baumaschine herumklettert, darf es keinen Unterschied machen, ob der anwesende Bauarbeiter den Erfolg verhindert, indem er das Kind vom Weiterklettern und damit vom Abstürzen abhält oder indem er das Kind rettet, nachdem es von der Maschine abgestürzt ist. In einem „kontinuierlich“ laufenden Prozess darf es keine plötzliche Zäsur geben. Die Ergebnisse wären sonst zufällig.¹⁶⁹⁰ Zwar fordert auch *Schünemann* für derartige Fälle eine Qualifikation von § 323c I StGB,¹⁶⁹¹ sodass im Strafraum ähnliche Ergebnisse erzielt werden könnten. Jedoch ändert sich m.E. in dem fließenden Übergang zwischen Sicherungs- und Rettungspflichten der Unrechtsvorwurf an den Unterlassenden nur graduell, sodass die Abstufungen mit der Milderungsklausel des § 13 II StGB besser bewältigt werden¹⁶⁹² als mit einem neuen Deliktstypus „qualifiziertes Jedermannunterlassen“.

Die Wertungswidersprüche wurzeln teilweise in der bereits oben skizzierten *gegenstandsorientierten* Sichtweise: Wenn ein Tonlastwagen Ton verliert und infolgedessen ein Unfall geschieht, soll aufgrund der Herrschaftsaufgabe ein begehungsgleiches Unterlassungsdelikt vorliegen. Fährt der Lastwagen hingegen einen Baum um, der daraufhin auf der Straße liegt und zu einem Unfall führt, trifft den Fahrer keine Haftung.¹⁶⁹³ Es lässt sich im Hinblick auf die durch das Strafrecht verfolgten Zwecke nicht begründen, dass der erstgenannte Fall der Begehung ähnelt, der zweite jedoch nicht. Wenn *Schünemann* schreibt, der Baum gehöre nicht zum Gefahrenbereich des Autofahrers, sondern sei nur kausal mit diesem verbunden, so kann dem erwidert werden, dass für den Ton das gleiche gelte – dieser sei eben nur im Gewahrsam des Autofahrers. Eine bloße Sachhaftung erscheint ebenso wenig zielführend wie eine reine Kausalhaftung¹⁶⁹⁴.

¹⁶⁸⁹ Siehe hierzu noch unten → Kapitel 4 § 1 B 4.

¹⁶⁹⁰ *Maiwald* JuS 1981, 473, 482 f., die pflichtmäßige Vorhandlung entbinde nicht von etwaigen komplementären Sicherungshandlungen, wenn sich die Gefahr konkretisiert; zustimmend *Herzberg* JZ 1986, 986, 992, der jedoch darauf hinweist, es handle sich nicht um einen Ingerenzfall, sondern die Herrschaft über eine Gefahrenquelle; siehe auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 152; *Freund* MK § 13 Rn. 120; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 125; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 233, allerdings Sicherungs- und Rettungspflichten in zweifelhafter Weise abgrenzend (das Abbremsen eines Zuges aufgrund einer konkreten Gefahrensituation sei eine Rettungspflicht).

¹⁶⁹¹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 381; *ders.* in: Internationale Dogmatik S. 49, 60; dazu *Herbertz* Ingerenz S. 259: „bemerkenswerter Umstand“. Aus dem Strafbedürfnis allein kann man jedoch kein Argument für ein *begehungsgleiches* Strafbedürfnis folgern.

¹⁶⁹² Überzeugend auch *Arzt* FS Roxin (2001) S. 855, 866 f.: Der Übergang von Sicherung zu Rettung sollte nicht das Ob der Strafbarkeit, sondern bloß das Strafmaß beeinflussen.

¹⁶⁹³ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 300 ff.; siehe zu diesem Fall auch *Timpe* Strafmilderungen S. 168 f.

¹⁶⁹⁴ Vgl. letzteren Vorwurf von *Schünemann* Grund und Grenzen S. 291 gegen *Welp*. Auf den *Gewahrsam* abstellend etwa *Schünemann* FG BGH IV S. 621, 639.

ee) Zwischenergebnis

Das Erfordernis aktueller Herrschaft ist daher im Ergebnis nicht zwingend. Notwendig ist stets eine normative Entscheidung, dass der Täter *aufgrund* einer Wertung *infolge* der tatsächlichen Gegebenheiten¹⁶⁹⁵ für den gefährlichen Kausalverlauf einzustehen hat. Es ist dabei jedoch *teleologisch* widersprüchlich, die Garantenposition von dem mitunter zufälligen Fortbestehen der faktischen Herrschaft abhängig zu machen. Eine einmal entstandene „Schlüsselposition“, aufgrund derer der Täter die maßgebliche Entscheidung über die Unversehrtheit des Rechtsguts zu treffen hat, kann auch nach Verlust der Handlungs- oder Sachherrschaft fortbestehen. Dies betrifft die unter dem Stichwort der „Retzungspflichten“ bzw. der Ingerenz diskutierten Fälle.

4. Ergebnis

Schünemanns Lösung besticht durch ihre vermeintliche Einfachheit.¹⁶⁹⁶ Dies ist jedoch zugleich die größte Schwachstelle des Konzepts.¹⁶⁹⁷ Das Unterfangen, Begehungs- und Unterlassungsstrafbarkeit auf einen einzigen deskriptiven, aus der Struktur der Begehung destillierten Begriff zu reduzieren, scheint zum Scheitern verurteilt.¹⁶⁹⁸ In dem Bestreben, alles der gefundenen Richtlinie unterzuordnen, besteht die Gefahr, alles passend zu machen, obwohl es nicht passt.¹⁶⁹⁹ Sachlogische „Gleichheit“ kann ohnehin nicht aufgezeigt werden. Entscheidend ist es daher, den wertenden, im Wesentlichen teleologischen Charakter des Ähnlichkeitsschlusses hervorzuheben. *Schünemann* kritisiert an vielen Stellen die fehlende Aussagekraft anderer Kriterien,¹⁷⁰⁰ dabei ist es jedoch unter Bestimmtheitsgesichtspunkten gerade entscheidend, das maßgebliche normative Kriterium zu benennen, anhand dessen sich die Bedeutsamkeit der Gemeinsamkeiten und Unterschiede der verschiedenen Regelungsmaterien entscheidet, um diese Richtlinie *dann* zu konkretisieren. Die Ablehnung der Ingerenz mag unter Berufung auf das Kriterium aktueller faktischer Herrschaft konsequent sein. Diese Voraussetzung lässt sich jedoch selbst teleologisch nicht rechtfertigen: Die *aktuelle* Herrschaft über eine Sache erfüllt (anders als die Handlungsherrschaft beim Begehungsdelikt) innerhalb des Tatbestandes des Unterlassungsdelikts keinen strafrechtlich relevanten Zweck. – „Was hilft aber die Lösung eines

¹⁶⁹⁵ Soweit auch *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 54.

¹⁶⁹⁶ Auch wegen der extremen selektiven Wirkung, vgl. *Herzberg* Garantenprinzip S. 196.

¹⁶⁹⁷ In der Sache gleich *Herbertz* Ingerenz S. 254: Die Probleme lösen sich nicht „wie von Geisterhand“ auf.

¹⁶⁹⁸ Es ist stark zu bezweifeln, dass ein tatsächliches „Gleichstellungskriterium“ in der Konkretheit des Herrschaftsbegriffs sämtliche Gesichtspunkte sachgerecht erfassen kann, vgl. auch *Herzberg* Garantenprinzip S. 196: „Lieber eine unbestimmte Vielzahl brauchbarer Richtlinien als eine einzige, die irreführt“; siehe auch *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 15: „so allgemein gehalten, dass sich [...] jedes beliebige Ergebnis begründen lässt“.

¹⁶⁹⁹ Weitgehend überzeugend werden aber die Sicherungspflichten aufgrund der Herrschaft über Gefahrenquellen ausdifferenziert; übertrieben *Herbertz* Ingerenz S. 148: „wegen ihrer Beliebigkeit im Ganzen unbrauchbar“.

¹⁷⁰⁰ Etwa *Schünemann* Grund und Grenzen S. 171, *Rudolphis* Kriterium der Zentralgestalt sei zu formal.

Rechtsproblems, die mit schöner Eindeutigkeit und Gleichmäßigkeit kriminalpolitisch verfehlt ist?¹⁷⁰¹

F. „Entscheidungshoheit“ als strukturelle Ähnlichkeit (*Sangenstedt*)

I. Darstellung

Sangenstedt schließt sich sowohl in der Methode als auch hinsichtlich des materiellen Gleichstellungskriteriums in weiten Teilen der Argumentation *Schünemanns* an,¹⁷⁰² die jedoch an einigen Stellen Modifikationen erfährt.¹⁷⁰³ Die analogistische Betrachtung müsse „strukturelle Ähnlichkeit“ des Unterlassungsdelikts mit dem Begehungsdelikt auffinden. Die materielle Grundlage der Unterlassungsstrafbarkeit müsse daher bereits beim Tun auffindbar sein.¹⁷⁰⁴ *Sangenstedt* sieht in Anlehnung an *Schünemann* das „Herrschaftsverhältnis“ des Täters über den „Organisationskreis“ als maßgeblich an, aus dem der schädigende Vorgang erwächst.¹⁷⁰⁵ Anders als dieser sucht er jedoch eine normative Anknüpfung. *Schünemann* sei „verborgen geblieben“, dass der „Begehungstäter als Endpunkt strafrechtlicher Zurechnung“ nichts Natürliches sei: Die Fähigkeit des Menschen, jederzeit direkten Einfluss auf seine Handlungen zu nehmen und die damit einhergehende Möglichkeit, die zu verbotenem Tun motivierenden Faktoren wirken zu lassen oder sie zu unterdrücken, sei nicht vorrechtlich vorauszusetzen, sondern eine normative Festlegung.¹⁷⁰⁶ Die *Strafrechtsordnung* gehe vom Ideal des Menschen aus, der seine Triebe und Motivationen steuern und in jeder Lage beherrschen könne. Der Herrschaftsbegriff könne damit nicht auf den Fähigkeiten eines Normalbürgers basieren, sondern müsse eine juristische Konstruktion darstellen. Das Grundgesetz gehe von Menschenwürde und freier Persönlichkeitsentfaltung aus, damit komme zum Ausdruck, dass die Person generell in der Lage sei, autonom und verantwortlich ihren Willen zu bilden.¹⁷⁰⁷

Entscheidend sei damit die *rechtlich vorausgesetzte* Bestimmungshoheit des Menschen, „kriminellen Regungen mit Hilfe seines personalen Steuerungszentrums jederzeit durchgreifend Paroli bieten zu können“. So habe jede Handlung ein „Unterlassungsmoment:

¹⁷⁰¹ Im Allgemeinen *Roxin* Kriminalpolitik S. 4; siehe auch *Wolter* Straftatsystem S. 64.

¹⁷⁰² Vgl. *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 72: „diese Herrschaftstheorie [...] [werde] in den wesentlichen Punkten akzeptiert“

¹⁷⁰³ „Originelle Variante“, *Freund* Erfolgsdelikt S. 149.

¹⁷⁰⁴ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 214 f.; S. 376: „Welche besondere Eigenschaft des kriminellen Begehens liefert den Grund dafür, daß der durch die Aktion herbeigeführte konkrete Unrechtserfolg dem Täter zur Person zugerechnet werden kann?“. Auch *Sangenstedt* sieht, wie oben bereits thematisiert, § 13 StGB als gesetzlichen Auftrag zur analogistischen Rechtsfindung an. Aus der Entsprechungsklausel ergebe sich die Wertung, dass das unechte Unterlassen dem Tun „im Unrecht äquivalent“ sein müsse, S. 213 (Zitat) sowie S. 212 ff., 371 f.; siehe dazu oben → Kapitel 1 § 2 D IV.

¹⁷⁰⁵ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 295 f.

¹⁷⁰⁶ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 294 mit Verweis auf *Timpe* Strafmilderungen S. 172; zustimmend auch *Herbertz* Ingerenz S. 151.

¹⁷⁰⁷ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 294 f., 377.

Auch „die zu deliktischem Handeln tendierende Person“ sei Träger einer Garantenposition, sich selbst als Gefahrenquelle zu überwachen.¹⁷⁰⁸ Die Wurzel des deliktischen Geschehens liege in „den im Inneren des Gefährders auf Umsetzung in der Außenwelt drängenden destruktiven Impulsen und Antrieben, also in der höchstpersönlichen Sphäre des Täters.“¹⁷⁰⁹ Der Grund, der den Handelnden für seine „Omission“ verantwortlich mache, sei der „typischerweise dominierende tatsächliche Einfluß“, den der Mensch aufgrund seines „personalen Steuerungszentrums“ über seine Körperbewegungen hat.¹⁷¹⁰ Dass jeder für verbotene Handlungen einstehen müsse, sei „Kehrseite und Korrelat der Entscheidungshoheit des Menschen über seine Körperbewegungen“.¹⁷¹¹

Der Unterlassungstäter müsse entsprechend für diejenigen Risikobereiche als Garant verantwortlich sein, die er in ähnlicher Weise beherrsche wie sich selbst als „Gefahrenquelle“. Die Herrschaft müsse gleichartig strukturiert sein.¹⁷¹² Da regelmäßig viele Menschen Zugriff und damit direkten Einfluss auf eine Sache haben, sei erforderlich, dass die Herrschaft des Garanten gegenüber dem Einfluss sonstiger Personen vorrangig ist. Anders als bei der „angeborenen“ Kontrolle über den Körper bedürfe es bei der Inhaberschaft eines Gefahrenherdes eines „besonderen normativen Grundes“. Dieser normative Grund liege in der Rechtsmacht, die dem Betroffenen eingeräumt sei, andere von der Einwirkung auf das Objekt auszuschließen. Die rechtliche Anerkennung und Verfestigung des Rechts gewähre dem Sachherrn die maßgebliche Entscheidungsmacht.¹⁷¹³

Der vollständigen Ablehnung der Garantenstellung aus Ingerenz durch *Schünemann* tritt *Sangenstedt* bei: „die Ingerenz hat keine Daseinsberechtigung“.¹⁷¹⁴ Die Gefahr müsse sich nämlich gemäß dem Gesagten zum Zeitpunkt des Unterlassens noch in einem Bereich befinden, über den der Inhaber eine ähnliche Entscheidungshoheit wie über seine Handlungen ausübt.¹⁷¹⁵ Das Verhältnis des ingerenten „Risikoerzeugers“ zum „die Gefahr transportierenden“ *Substrat* hingegen sei kein „herrschaftsgetragenes“ mehr.¹⁷¹⁶

¹⁷⁰⁸ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 296, 377 unter Anlehnung an *Herzberg* Garantenprinzip S. 172 f.; sowie an *Welp* Vorangegangenes Tun S. 73, Fn. 350, S. 172; ähnlich auch *Berendt* GA 1993, 67, 68; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 98.

¹⁷⁰⁹ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 376.

¹⁷¹⁰ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 377.

¹⁷¹¹ Allein dem Täter kommen die Mittel zu, um die „in ihm heranreifende Tatneigung direkt und unmittelbar wieder abzubauen“, bevor sie sich in einem deliktischen Kausalverlauf verwirkliche. Es habe die Entscheidungsmacht, welche „auf Verwirklichung in der Realität drängenden inneren und äußeren Anreize endlich die Oberhand gewinnen, um von ihr ins Werk gesetzt zu werden und welche nicht“. Seine personale Autonomie sei das „notwendige und adäquate Gegengewicht“, das verhindert, dass der Mensch ein unberechenbarer Risikofaktor würde, *Sangenstedt* Garantenstellung S. 378.

¹⁷¹² *Sangenstedt* Garantenstellung S. 297.

¹⁷¹³ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 298 f.

¹⁷¹⁴ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 319, 333; siehe auch S. 385 f., 409 f., 447; **kritisch** hierzu auch *Gunia* Garantenstellungen S. 51 „pauschale Behauptungen“.

¹⁷¹⁵ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 320, 410.

¹⁷¹⁶ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 321. – *Herbertz* Ingerenz S. 263 m. Fn. 222 kritisiert die Ablehnung der Ingerenz, weil der schadensträchtige Verlauf den eigenen Herrschaftsbereich verlassen habe, als inkonsequent: „Dieses Schicksal müsste der aktiv Handelnde oftmals teilen und *Sangenstedt* zufolge straffrei

Dort, wo das Geschehen den Machtbereich des Täters verlassen habe und sich in der Sphäre etwa des Opfers befinde, habe der Urheber der Gefahr „nichts zu bestimmen“. Er dürfe sich in fremde Bereiche nur aufgrund seiner ihm punktuell eingeräumten Notrechte einmischen.¹⁷¹⁷ In diesem Zeitpunkt habe er bis auf die „schlichte Abwendungsmöglichkeit“ keine „aktuelle Beziehung [...] zu der kritischen Situation“.¹⁷¹⁸ Zwischen Begehungsdelikt und Ingerenz bestehe regelmäßig eine Wertdifferenz, das Unterlassen außerhalb des eigenen Herrschaftsbereichs sei „begehungsungleichwertig“.¹⁷¹⁹

II. Kritik

1. Allgemeines

Letztlich lassen sich *Sangenstedts* Theorie ähnliche Erwägungen entgegenhalten wie *Schünemann*. Der Parallelschluss ist, indem die maßgebliche Rechtsidee nicht aufgezeigt wird, rational kaum überprüfbar, sondern haftet an sich bloß oberflächlich ähnelnden

bleiben“, etwa in dem von *Herbertz* vorgebrachten Fall, dass jemand eine Flasche Schnaps vergifte und auf den Tisch stelle, damit seine Ehefrau ihn später gutgläubig trinke („notwendige Opfermitwirkung“). Ansonsten dürfe man die Entscheidungshoheit nicht als „Korrelat“ bezeichnen, denn sie würde die Unterlassung wesentlich stärker eingrenzen als die Begehung. Das Ergebnis widerspreche dem Befund *Sangenstedts*, dass der Begehungstäter Garant sei. – *Sangenstedt* stellt freilich auf die Herrschaft (Entscheidungshoheit) zum *Zeitpunkt der deliktischen Handlung* ab, wodurch sich (intrasystematisch konsequent) die Unterschiedlichbehandlung der Ingerenzfälle ergibt. *Sangenstedt* nimmt auch nicht per se an, dass der eigene Körper garantenstellungsbegründend sei (so aber wohl *Herbertz* S. 263), sondern dass der Aktivtäter bei *aktueller* Entscheidungshoheit im Zeitpunkt des Begehens („Nichtzurückhaltung“) Garant ist. Dies ist dezisionistisch und bei einer teleologischen Betrachtung falsch, aber die Ablehnung der Ingerenz ist *dann* konsequent. *Herbertz*‘ Beispiel zeigt keine Inkonsequenz *Sangenstedts* bei der Anwendung seiner Kriterien, sondern *deren konsequente Anwendung* zeigt gerade ihre Unrichtigkeit (mehr dazu im Text). Denn nach *Sangenstedt* hat der Vergiftende sehr wohl die Entscheidungshoheit über seinen Körper während des Vergiftens. Den Autor interessiert nicht die Herrschaft über Kausalverläufe, sondern nur die aktuelle Entscheidungshoheit hinsichtlich der *gegenständlich* beschränkten Handlung oder *dinglichen* Gefahrenquelle zum Zeitpunkt des deliktischen Verhaltens. *Darin* liegt der entscheidende Fehler *Sangenstedts*.

Herbertz meint weiter, aus dem Unterschied, ob der Täter bei der Vorhandlung vorsätzlich handle, folge „keine unterschiedliche Beurteilung des nachfolgenden Geschehens dahingehend, ob es von der Entscheidungshoheit und ihrem Korrelat als Endpunkt der Zurechnung erfasst oder ihr bereits entglitten“ sei, S. 264. – Dem ist zu entgegnen, dass gerade die vorsätzliche („finale“) Antizipation des Geschehens dessen Steuerung ermöglicht. Daher ist in *Herbertz* Fall der vorsätzlichen Vergiftung der gesamte Kausalverlauf von der finalen Herrschaft des Vergiftenden getragen (das sich selbst schädigende Opfer leidet an einem Wissensdefizit), während in dem Fall der unvorsätzlichen Vergiftung der Handelnde eben die Körperbewegung, aber mangels Antizipation der Folgen nicht den gesamten Kausalverlauf beherrscht. *Sangenstedt* und ebenso *Herbertz* verkennen die Struktur der Tatherrschaft beim Begehungsdelikt, welche nicht bloß *Einwirkungsmöglichkeit* ist, sondern *antizipierende Steuerung* des Kausalverlaufs. Für das Vorliegen von Tatherrschaft genügt nicht die Herrschaft über die gegenständliche Quelle (so aber *Sangenstedt*) und es kommt bei der Begehung auch nicht darauf an, ob der Verlauf den (gegenständlichen) „eigenen Herrschaftsbereich“ bereits verlassen hat, der Giftmischer in *Herbertz* Fall seiner Flasche also noch räumlich nahe ist oder nicht (so aber wohl *Herbertz* S. 263).

¹⁷¹⁷ *Sangenstedt* Garantstellung S. 321.

¹⁷¹⁸ Raum für die Ingerenz sei höchstens dort, wo sich der Risikoprozess noch im Herrschaftsbereich des Veranlassers befinde, danach jedoch treffe den Ingerenten nur eine „Obliegenheit“, den Kausalverlauf einzudämmen, um die Bestrafung wegen eines aktiven Fahrlässigkeitsdelikts zu vermeiden, *Sangenstedt* Garantstellung S. 410.

¹⁷¹⁹ *Sangenstedt* Garantstellung S. 322.

Strukturen. Damit verlässt sich das Verfahren auf die scheinbare Evidenz, kann jedoch nicht zwischen *wesentlichen* und *unwesentlichen* Gemeinsamkeiten und Unterschieden differenzieren. Herausgegriffen wurde ein Teilstück des Begehungsdelikts: Auch wenn dieses die „Entscheidungshoheit“ des Täters, eine Bewegung vorzunehmen, voraussetzt, ist damit noch nicht gesagt, dass es sich dabei um das Spezifische des Begehungsdelikts handelt, erst recht nicht, dass gerade diejenige Wertung bezeichnet ist, in deren Hinblick die *Unterlassung gleichbehandelt* werden soll. Die Isolierung eines äußerlich ähnlichen Elements sagt nichts über die identische Bewertung des Verhaltens aus.¹⁷²⁰ Zwar handelt es sich bei der Entscheidungshoheit selbst um ein normatives Merkmal. Normativ zu begründen wäre jedoch viel grundsätzlicher die *Maßgeblichkeit* dieses normativen Merkmals,¹⁷²¹ nicht nur für das Begehungsdelikt, sondern für Begehung *und* Unterlassung. Der „offen zu Schau“ gestellte normative Charakter der Theorie *Sangenstedts* kann den Kritikern der Herrschaftstheorie keinen „Wind aus den Segeln nehmen“.¹⁷²² Denn offen zur Schau gestellt ist nur, dass es sich um einen normativen Begriff handelt, während gleichzeitig im Dunklen bleibt, *warum* dieser Begriff für die Unterlassung so bestimmt ist. Es müsste also die vorrangige Frage beantwortet sein, auf welcher Wertung die *Gleichbehandlung der unterschiedlichen Sachverhalte* Entscheidungshoheit („Autonomie“) und Entscheidungshoheit („Rechtsmacht über eine Sache“) beruht. Der Ähnlichkeitsschluss lässt – wie zu *Schünemann* dargelegt – Modifikationen zu (bzw. setzt sie notwendig voraus). *Welche* Aspekte für die Gleichbehandlung der unterschiedlichen Sachverhalte jedoch *wesentlich* und welche *unwesentlich* sind, lässt sich rational nicht abgrenzen, wenn man die entscheidende *ratio iuris* nicht kennt. Der „wertende“ Charakter des Merkmals „Entscheidungshoheit“ beim Unterlassungsdelikt überlässt die Grenzen der Ähnlichkeit der Intuition des Rechtsanwenders. Völlig unklar ist in *Sangenstedts* Richtlinie sowohl, *wieso* die Entscheidungshoheit maßgeblich ist, als auch, *welche* Fälle¹⁷²³ erfasst sind.

¹⁷²⁰ *Freund* Erfolgsdelikt S. 150 f., treffend dann auch: „Wer gewissermaßen mit dem Skalpell an ein Begehungsdelikt herangeht und tatsächliche Momente heraustrennt, die ihm mehr oder weniger als dessen Besonderheit ins Auge springen, darf sich nicht wundern, wenn er schließlich ein naturalistisches Teilstück in Händen hält, das das Wesen begehungsspezifischen *Unrechts* gar nicht mehr erkennen läßt, weil es als Faktum nur im Zusammenhang eines Gesamtkomplexes unrechtskonstitutiver Merkmale Aussagekraft besitzt“; *Stein* JR 1999, 265, 271.

¹⁷²¹ Es geht also um die *normative Maßgeblichkeit* des Vergleichskriteriums, nicht um die Maßgeblichkeit eines normativen Vergleichskriteriums; um den normativen Grund für den Begriffsinhalt, nicht um den Begriffsinhalt selbst; siehe dazu im Allgemeinen *Puppe* Schule S. 31 ff.: Unterscheidung der Fragen, „warum“ ein Begriff so bestimmt ist und „wie“ er bestimmt ist; *dies*. ZIS 2021, 348, 349: Die Gründe für die Bestimmung eines Begriffs sind solche der Zweckmäßigkeit, der Begriff selbst ist idealerweise rein tatsächlich. Zur Notwendigkeit der Differenzierung auch *Struensee* JZ 1987, 53, 58.

¹⁷²² So aber *Herbertz* Ingerenz S. 151, die im Übrigen die *Wertungen* übersieht, die *Schünemann* in neueren Schriften vorbringt; siehe auch S. 260: *Sangenstedt* enthülle erfreulicherweise einige Aspekte, die „versteckt und kaum hinterfragt hinter Schünemanns Herrschaftstheorie schlummerten“; kritisch dann S. 261 f.: *Sangenstedt* stütze sich bloß auf die „lapidar begründete Wertung Schünemanns“.

¹⁷²³ Zwar weist damit das Vergleichskriterium selbst eine höhere Flexibilität auf als der „entnormativierte“ Herrschaftsbegriff, dies ist jedoch mit erheblicher Rechtsunsicherheit erkauft.

Zwar wird für das Begehungsdelikt mithilfe der vagen Anknüpfung an das Menschenbild des Grundgesetzes normativ begründet, dass der Begehungstäter die Entscheidungshoheit über seine Handlungen hat, übersehen oder ausgeblendet wird jedoch die Möglichkeit, dass das für das Begehungsdelikt gefundene Kriterium möglicherweise eben gerade eine Besonderheit des Begehungsdelikts, die konkrete Ausprägung der Rechtsidee für diese Deliktsform darstellt, welche beim Unterlassungsdelikt eine andere Gestalt annimmt. Stattdessen „stürzt“ sich *Sangenstedt* beim Unterlassungsdelikt auf jede Struktur (z. B. Besitz), welche unter die für das Begehungsdelikt gefundene Richtlinie intuitiv zu passen scheint und sieht diese dann als Beweis für die Richtigkeit seiner Lösung. Es handelt sich bei der Straftat jedoch gerade nicht um einen „zusammengeworfenen Merkmalshaufen“,¹⁷²⁴ vielmehr ist der Tatbestand ein teleologisches Gebilde, innerhalb dessen die Merkmale in Zusammenhang stehen. Das Übertragungsverfahren bei *Sangenstedt* verschließt die Augen davor, dass die von ihm geforderte „Entscheidungshoheit“ (die Rechtsmacht über eine Sache/Besitz) im Rahmen des Unterlassungstatbestandes nicht zwingend den Zweck erfüllen kann, der ihr innerhalb des Begehungstatbestandes (selbstbestimmte Vornahme einer Handlung) zukommt. Es drohen also zwei im Hinblick auf den Zweck der Tatbestände völlig unterschiedliche Strukturen unter der einheitlichen Begrifflichkeit der „Entscheidungshoheit“ zusammengefasst zu werden.

2. Begriff der Entscheidungshoheit

a) Begriffsinhalt beim Begehungsdelikt

Das Kriterium der Entscheidungshoheit beruht beim Begehungsdelikt insbesondere auf einem Fehlschluss, wenn *Sangenstedt* mehrfach die Nichtunterdrückung von „deliktischen Impulsen“ als Unterlassungsmoment der Begehung identifiziert. Nach *Sangenstedt* scheint der Mensch einen laufenden Kampf mit seinem Inneren zu führen, wobei er seine nur aufs Ausbrechen wartenden deliktischen Anlagen und Triebe im Zaum halten muss.¹⁷²⁵ Das Individuum ist nach dieser Beschreibung grundsätzlich also im „passiven Zustand“, bei dem die Entscheidung im Grunde kausal aufgrund des Stärkeverhältnisses der Triebe und Strebungen fällt – eine pessimistische Vorstellung, die angesichts des von *Sangenstedt* mehrmals beschworenen Menschenbilds des Grundgesetzes¹⁷²⁶ kaum überzeugt. Der Aktivtäter bekämpft keinen „fertigen“, ihn ereilenden Impuls in dem Sinne, dass er nur noch die Wahl hätte, ihm nachzugeben oder nicht, sondern entscheidet sich

¹⁷²⁴ Diesen Vorwurf richtet *Sangenstedt* Garantstellung S. 343 (in Anlehnung an *Hruschka*) gegen *Brammsen*.

¹⁷²⁵ Siehe exemplarisch die Formulierungen auf einer (!) Seite, *Sangenstedt* Garantstellung S. 296: aufkeimende kriminelle Regungen; destruktive Impulse; in ihm schlummernde sozialschädliche Kräfte und Neigungen; latenter Risikoherd; nach außen drängende negative Antriebe und Motive; intern anbahnender Risikoprozess; selbst verkörperte Gefahrenquelle.

¹⁷²⁶ *Sangenstedt* Garantstellung S. 294 f., 377. – Die Vorstellung vom Aktivtäter, der es nur unterlassen hat, seine „deliktischen Anlagen“ zu unterdrücken, schwebte auch nicht dem Gesetzgeber vor, abgesehen davon, dass das wohl keinem Normadressaten beim Lesen des Strafgesetzes in den Sinn käme.

gestaltend zwischen einer Vielzahl möglicher Handlungen.¹⁷²⁷ Die *spezifische Gefährlichkeit* des aktiven Begehens liegt gerade in der Beherrschung des Kausalverlaufs durch den steuernden Willen,¹⁷²⁸ während der Unterlassende das real ablaufende Geschehen bereits vorfindet und auf die bloße Auswahl beschränkt bleibt, dem Geschehen seinen Lauf zu lassen oder eben nicht.¹⁷²⁹

Insbesondere jedoch fehlt es reinen Interna in einem rechtsstaatlichen Strafrecht von vornherein an jeder Unrechtsrelevanz, sie können nicht Gegenstand der Straftat¹⁷³⁰ oder überhaupt freiheitlichen Rechts¹⁷³¹ sein. Ebenso wenig, wie bei der Unterlassung die „kausale Unterdrückung eines Rettungsimpulses“ bestraft wird, betrifft das Begehungsdelikt die „unterlassene Unterdrückung der rechtsfeindlichen Impulse“.¹⁷³² Dem Tatstrafrecht als „rechtsstaatliche[m] Bollwerk gegen Übergriffe des Staates“¹⁷³³ ist ein solches Modell der unterlassenen Impulsunterdrückung, wie *Sangenstedt* es zeichnet, fremd. Die Rechtsordnung verlangt vom Normadressaten nicht, dass er seine Gedanken ändert, sondern dass er sein Verhalten an den Notwendigkeiten für die Rechtsgemeinschaft ausrichtet. Gegenstand der tatbestandlichen Verbots- sowie Gebotsnormen ist daher nicht der Umgang des Täters mit den „Impulsen“ und „Anlagen“ seines Innenlebens, sondern die Vornahme durch objektive Merkmale gekennzeichneter Handlungen, mithin die Schaffung oder Nichtbekämpfung einer Gefahr.¹⁷³⁴ Es macht für die Tatbestandsverwirklichung daher keinen Unterschied, welche psychischen Anstrengungen der Täter unternehmen musste, welche „Impulse“ oder „sozialschädlichen Kräfte“ er bekämpfen musste,

¹⁷²⁷ *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 502: „Der Wille ist nicht lediglich ein die Wirklichkeit verändernder, sondern vor allem ein sie bewußt gestaltender Faktor“; *ders.* ZStW 51 (1931) 703, 711 f.: „Die Handlung ist nicht kausal in dem Sinne strukturiert, dass ein ‚Früheres‘ als notwendige Folge ein ‚Späteres‘ hervorbringt [...]“; S. 717.

¹⁷²⁸ *Gallas* ZStW-Sonderheft Athen (1957) 3, 9; zuvor schon *Welzel* Naturalismus S. 83.

¹⁷²⁹ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 193.

¹⁷³⁰ *Cogitationis poenam nemo partitur*, hierzu im Allgemeinen *Hirsch* FS Roxin (2001) S. 711, 722; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 3; zu den Interferenztheorien *Welp* Vorangegangenes Tun S. 49 f. „bloße Motivationslagen“; zu den negativen Handlungsbegriffen *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 39: „Bereich der reinen cogitatio“; *Stratenwerth* FS Welzel S. 289, 293: „Widerspruch zur Straflosigkeit des reinen Entschlusses“, S. 297; *Timpe* Strafmilderungen S. 174: „Die innere Organisation interessiert nicht und braucht nicht zu interessieren; sie ist Sache des Subjekts. Was interessiert, sind allein die im Handeln manifest gewordenen Außenwirkungen“; *Vogel* Norm und Pflicht S. 115.

¹⁷³¹ Siehe auch *H. Dreier* JZ 2004, 745, 747: „Das freiheitliche Recht schaut nicht auf das Innere des Menschen und die eigentliche Motivation für die Rechtsbefolgung, sondern begnügt sich mit der Tatsache der Übereinstimmung von Handeln und Rechtsgebot“.

¹⁷³² Zur Interferenztheorie oben → Kapitel 1 § 1 B III. So konstatiert etwa *Schmidhäuser* überzeugend, dass die Unterdrückung rechtsfeindlicher Impulse als Spiegelbild zur heute belächelten Interferenztheorie, eine reine realitätsferne Fiktion darstellt, *Schmidhäuser* GS Arm. Kaufmann S. 131, 141 f. im Rahmen der Auseinandersetzung mit *Herzbergs* negativem Unterlassungsbegriff.

¹⁷³³ *Hirsch* FS Lüderssen S. 253, 254; siehe auch *Hassemer/Neumann* NK Vor § 1 Rn. 71.

¹⁷³⁴ Siehe hierzu oben → Kapitel 1 § 3 B VI 2; vgl. auch *Engisch* FS DJT Bd. 1 S. 401, 422 f.: „Vom Recht zum Inhalt der Normen erhoben ist jeweils das, worauf es dem Recht ankommt, nämlich das Ausbleiben sozial gefährlichen Verhaltens und das Platzgreifen sozial nützlichen Verhaltens“; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 159 f.; *Hirsch* ZStW 93 (1981) 831, 854; siehe auch *Jakobs* ZStW 97 (1985) 751, 753 f., der auf die Unmöglichkeit einer effektiven Kontrolle hinweist.

solange er sich im Ergebnis nach außen rechtskonform verhält.¹⁷³⁵ Insbesondere ist auch die Rechtsfolge der Strafe nur dann proportional legitimierbar, wenn sie die Tat betrifft, nicht die bloße Willensbildung.¹⁷³⁶

Die Betrachtung der Täterpsyche ist kein reiner Schönheitsfehler, denn sie führt *Sangenstedt* zum falschen Vergleichsobjekt: Der Entscheidungshoheit, eine Bewegung „hemmen zu können“ (beim zum Unterlassungsdelikt pervertierten Begehungsdelikt), entspricht beim Unterlassungsdelikt bloß die Entscheidungshoheit, einen externen Verlauf hemmen zu können – also die Abwendungsmöglichkeit. Tatsächlich betreffen damit *Sangenstedts* Ausführungen zum geistigen Innenleben des Täters nur die Möglichkeit eines Abwendungsverhaltens, also das Vorliegen einer (Unterlassungs-)Handlung im Rechtssinne, als „Grenzelement“.¹⁷³⁷ Hiermit wird bloß das ausgeschlossen, was als Gegenstand strafrechtlicher Beurteilung von vornherein nicht in Frage kommt.¹⁷³⁸

Selbst falls man ungeachtet dieser Bedenken die Begehungsdelikte mit *Sangenstedt* (und *Herzberg*) als (qualifizierte) Unterlassungsdelikte *systematisiert*,¹⁷³⁹ ist es jedenfalls problematisch, hieraus materiell-rechtliche Folgerungen für die Gleichstellung nach § 13 I StGB zu ziehen. Denn der Begehungstatbestand wird bei *Sangenstedt* so weit eingeschliffen, dass man zwar theoretisch andere Unterlassungen mit ihm vergleichen kann, hieraus jedoch keine Rückschlüsse auf das Vorliegen eines *unechten Unterlassungsde-*

¹⁷³⁵ Vgl. auch *Jakobs* Unterlassen S. 24, der freilich noch weiter geht und den „Organisationskreis“ des Täters als „black box“ auffasst; siehe auch *E. A. Wolff* Kausalität S. 34: Der Täter tritt als Einheit auf; *Larenz* Zurechnungslehre S. 46: Der Wille bringt „die Einheit der Persönlichkeit gegenüber der Mannigfaltigkeit der widerstreitenden Triebe zur Geltung“; siehe auch S. 65: den Motiven „an sich“ kommt keine Größe zu, es geht darum, welche Vorstellung die „Einheit des Ich“ zum Motiv erhebt; zum Ganzen bereits *Hegel* Grundlinien §§ 8 ff., 109.

¹⁷³⁶ *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 159. – Zwar muss sich auch nach einem Modell, das die Begehung als Verletzung einer Überwachungspflicht für sich selbst versteht, der „Impuls“ „externalisieren“, um einer rechtlichen Beurteilung zu unterliegen (vgl. *Jakobs* FS R. Merkel S. 639, 640 f. m. Fn. 7). Das bedeutet aber doch gerade, dass im Tatstrafrecht das bloße Internum eben nicht *Spezifikum* der Begehungsstrafbarkeit und damit *tertium comparationis* für das Unterlassen sein kann. Vielmehr ist beim Begehungsdelikt gerade die Externalisierung des Willens als äußeres Verhalten entscheidend und kann nicht als unwesentlich aus dem Ähnlichkeitsschluss eliminiert werden.

¹⁷³⁷ Bei bloßen psychischen Interna fehlt es bereits an einer Handlung. Statt aller: *Maihofer* Handlungs begriff S. 7 f.; *Jescheck/Weigend* § 23 I 2; *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 3 f., 33 ff.; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 30.

¹⁷³⁸ *Roxin/Greco* AT § 7 Rn. 60, § 8 Rn. 4. Körperbewegungen, über die der Täter keine „Entscheidungshoheit“ hat, sind von vornherein strafrechtlich irrelevant. Ähnlich auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 150.

¹⁷³⁹ Zwar ließe sich jedes aktive Tun *theoretisch* in eine Unterlassung umformulieren. Es handelt sich bei der doppelten Verneinung dann aber um eine sprachliche Irreführung, ohne dass damit ein Erkenntnisgewinn verbunden wäre (siehe dazu auch *Kleinherne* Garantstellung S. 287). Nicht durchgreifen kann daher die Kritik von *Herbertz* Ingerenz S. 260, die meint, *Sangenstedts* Ansicht sei „auch aus grund- und freiheitsrechtlichen Gesichtspunkten abzulehnen, insoweit einzelne Individuen wegen ihrer Neigungen Dauergaranten wären“. – Die allgemeine Handlungsfreiheit ist beim Begehungsdelikt infolge der bloß sprachlichen Verdrehung *Sangenstedts* nicht stärker eingeschränkt als nach der h.M.. Ob man „einzelne Individuen“ als „Dauergaranten“ bezeichnet, stellt bloß eine Umformulierung der Selbstverständlichkeit dar, dass diese durch die Begehungstatbestände dauerhaft als Jedermann angesprochen werden.

likts nach § 13 I StGB gezogen werden dürfen. Als Vergleichsobjekt auf „Begehungsseite“ bleibt nämlich nur ein kleinster gemeinsamer Nenner,¹⁷⁴⁰ ein kümmerlicher Resttatbestand zurück, dem gerade das Spezifikum der Begehung fehlt.¹⁷⁴¹ *Sangenstedt* stellt das Unterlassungsdelikt nicht mehr, wie § 13 I StGB es eigentlich anordnet, dem *Begehungsdelikt* gleich, sondern *einem anderen* „Unterlassungsdelikt“ (unterlassene Selbstbeherrschung).¹⁷⁴² Ein solches Vorgehen widerspricht gerade *Sangenstedts* Richtlinie, dass das unechte Unterlassen der *Tatbestandsverwirklichung durch Tun entsprechen* muss, § 13 I StGB. Indem *Sangenstedt* die Begehung als Unterlassen einer Abwendungsmöglichkeit „direkt an der Quelle“ (weil man auf den Impuls „einwirken“ könnte) versteht, wird praktisch die „leichte Abwendungsgelegenheit“¹⁷⁴³ bzw. die Abwendungsmöglichkeit „innerhalb eines bestimmten Bereichs“ (eine Art rechtliche Monopolstellung des Täters zur Abwendung¹⁷⁴⁴) als Prototyp der Straftat definiert. Bereits deshalb ist die Gleichstellungsrichtlinie nicht überzeugend.

b) Begriffsinhalt beim Unterlassungsdelikt

Konsequenterweise kann *Sangenstedts* Begriff der Entscheidungshoheit auch beim Unterlassungsdelikt nicht überzeugen. Indem *Sangenstedt* bereits bei der Begehung die „Monopolstellung zur Impulsunterdrückung“ für maßgeblich hält, ist auch bei den (wirklichen) Unterlassungsdelikten (im nach *Sangenstedt* entscheidenden *Zeitpunkt der unterlassenen Erfolgsabwendung*) die einzige für fremde Rechtsgüter relevante „Entscheidung“, über die der Betroffene hinsichtlich der Gefahrenquelle die „Hoheit“ hat, die *Möglichkeit* bzw. *Befugnis* zur Erfolgsabwendung innerhalb eines bestimmten Bereichs. Damit enthält die Argumentation einen unzutreffenden Schluss von einem *qualifizierten Einwirkendürfen* auf die gegenständliche Quelle der Gefahr zum *Einwirkenmüssen* auf diese.¹⁷⁴⁵ Das Können ist nach dem Grundsatz *ultra posse* Grenze des Sollens,¹⁷⁴⁶ nicht aber dessen Grund. Die Frage, welche Abwendungshandlungen eine Person in der konkreten Situation vornehmen kann und darf, ist eine, die im Einzelfall – bei § 13 I StGB¹⁷⁴⁷

¹⁷⁴⁰ Siehe die entsprechenden Erwägungen von *Hirsch* zum sozialen Handlungsbegriff: „Man wird [...] fragen müssen, welche Funktion eine solche Minimalbeschreibung haben soll“ (ZStW 93 (1981) 831, 855 f.); ähnlich *ders.* FS Universität Köln S. 399, 408 „das gemeinsame Minimum“.

¹⁷⁴¹ Siehe hierzu auch unten → die Ausführungen zu *Herzbergs* negativem Handlungsbegriff.

¹⁷⁴² Bei einem solchen „Unterlassungsdelikt“ findet man jedoch gerade nicht die selbstverständliche Wertung, die bei der *Begehung* stets vorliegt und bei der *bloßen* Unterlassung nie (rechtliches Einstehenmüssen für den Kausalverlauf).

¹⁷⁴³ Ablehnend hierzu schon oben → Kapitel 1 § 3 B VI 4 b); Kapitel 3 § 1 E II 2 a), 3 a).

¹⁷⁴⁴ Vgl. nur die wörtlichen Zitate unter → I. Insbesondere *Sangenstedt* Garantstellung S. 378: Nur er habe die Entscheidungsmacht, welche „auf Verwirklichung in der Realität drängenden inneren und äußeren Anreize endlich die Oberhand gewinnen, um von ihr ins Werk gesetzt zu werden und welche nicht“, allein er verfüge über die Mittel, die „in ihm heranreifende Tatneigung direkt und unmittelbar wieder abzubauen“.

¹⁷⁴⁵ Richtigerweise ist grundsätzlich zu differenzieren zwischen demjenigen, der die Gefahr abwenden *kann und darf*, und demjenigen, der sie (bei Androhung der Strafe des Begehungsdelikts) abwenden *muss*. Siehe auch *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 46; nachdrücklich auch *Kusche* FS Sancinetti S. 529, 534.

¹⁷⁴⁶ Vgl. nur *Maihofer* FS Rittler S. 141, 152.

¹⁷⁴⁷ Ist der gebotene Einsatz so erheblich, dass ein Untätigbleiben nicht als eine dem Begehungsdelikt äquivalente Sozialschädlichkeit wahrgenommen wird, sodass in der Folge auch die begehungsäquivalente Be-

sowie bei § 323c I StGB – gestellt werden muss. *Sangenstedt* vermischt damit das rechtliche Einstehenmüssen für einen gefährlichen Verlauf (die „Funktion“/„Aufgabe“ des Garanten zur Gefahrenabwehr) mit der Möglichkeit und Befugnis, dem Risiko während der konkreten Abwendungssituation zu begegnen.¹⁷⁴⁸ Es wird insbesondere nicht recht deutlich, welchen Zweck es im Unterlassungstatbestand erfüllen soll, dass die Abwendungshandlung innerhalb eines bestimmten Bereichs unterlassen wurde. *Sangenstedt* bringt als Bestätigung der Richtigkeit seines Ansatzes vor, dass die echten Unterlassungsdelikte nicht verlangten, dass die Gefährdung im Zeitpunkt der Unterlassung ein „Einflussfeld des Täters“ durchlaufe.¹⁷⁴⁹ Doch lässt sich dies für *jedes* Kriterium anführen, das *irgendeine* Besonderheit gegenüber dem Jedermannunterlassen birgt und den Täter in *irgendeiner* Weise gegenüber dem *quiquis ex populo* heraushebt. Damit ist noch nicht gesagt, dass diese Besonderheit für Begehung und begehungsgleiche Unterlassung *maßgeblich* ist, der Betroffene also eine *Garantenposition* innehat. Auch bedeutet das nicht, dass die Rechtsmacht über eine Sache wesentlich gleich mit der Handlungsherrschaft ist.

Es ist im Übrigen allein bemerkenswert, dass beim Unterlassungsdelikt die rechtliche Anerkennung und Verfestigung einer sachbezogenen Rechtsposition zur Entscheidungshoheit führen soll – und dann von dieser wieder zurück zu einer Rechtsposition im Sinne einer Garantenposition. Diese Argumentation ist zirkulär, wobei das scheinbar bestimmte Kriterium der rechtlichen Herrschaft¹⁷⁵⁰ als Feigenblatt vor die nebulösen Begriffe „rechtliche Anerkennung und Verfestigung“¹⁷⁵¹ oder „Einflussfeld“¹⁷⁵² eingeschoben wird. Im Wesentlichen soll die Herrschaft von einer zivilrechtlichen Befugnis abhängen, andere von der Einwirkung auf eine Sache auszuschließen,¹⁷⁵³ ein Topos, der für die Gefahrenquellenverantwortlichkeit in der Literatur häufiger genannt wird¹⁷⁵⁴ und auf den unten noch zurückzukommen ist.¹⁷⁵⁵ Die von *Sangenstedt* geschlagene Brücke von der angeborenen Entscheidungshoheit des Menschen über sein psychisches Innenleben zum Recht des (auch unberechtigten) Besitzers, andere gemäß §§ 858 ff. BGB vom Zugriff auf die Sache auszuschließen,¹⁷⁵⁶ ist jedoch mehr als fragil. Insbesondere haben die §§ 858 ff.

strafung als Reaktion des Rechts überzogen und unverständlich scheint, wird diesem Gesichtspunkt jedenfalls durch § 13 II StGB Rechnung getragen, hierzu oben → Kapitel 1 § 2 D V 3. – Insoweit widersprüchlich *Sangenstedt*: Aufgrund der regelmäßig bestehenden Wertdifferenz könne das Ingerenz-Unterlassen nicht mehr dem Tatbestand des unechten Unterlassungsdelikts unterfallen (Garantenstellung S. 322) – andererseits sieht er selbst, dass das Unrecht der Unterlassung in manchen Fällen nur *annähernd* an das der Begehung heranreicht und insofern § 13 II StGB greifen kann (S. 191 m. Fn. 12).

¹⁷⁴⁸ Zur Notwendigkeit der Differenzierung siehe oben → Kapitel 1 § 3 B VI.

¹⁷⁴⁹ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 380.

¹⁷⁵⁰ Siehe auch *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 72 m. Fn. 102: *Sangenstedt* verlässt häufig den Herrschaftsgedanken hin zum Rechtspflichtgedanken.

¹⁷⁵¹ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 299.

¹⁷⁵² *Sangenstedt* Garantenstellung S. 380.

¹⁷⁵³ Vgl. *Sangenstedt* Garantenstellung S. 299 ff.

¹⁷⁵⁴ *Sangenstedt* beruft sich insoweit auf *Rudolphi* (zuletzt SK⁷ § 13 Rn. 27) und *Herzberg* Arbeitsschutz S. 233.

¹⁷⁵⁵ → Kapitel 4 § 1 A III 3.

¹⁷⁵⁶ So *Sangenstedt* Garantenstellung S. 300.

BGB einen abweichenden Schutzzweck: Sie sollen neben dem Interesse des Besitzers an der Kontinuität des Besitzes zumindest auch¹⁷⁵⁷ den Rechtsfrieden wahren, indem sie den Anreiz zum Faustrecht nehmen.¹⁷⁵⁸ Die Normen bezwecken also ganz zentral die Wahrung der öffentlichen Ordnung sowie die Regelung der zivilrechtlichen Besitzverhältnisse. Letztlich kann es für den Schutz von Rechtsgütern nicht darauf ankommen, ob die positive Rechtsordnung einem Dieb nun erlaubt, zur Wahrung der öffentlichen Ordnung den Besitz an einem gestohlenen Hund oder Auto zu behaupten oder nicht. Auch wenn die §§ 858 ff. BGB ersatzlos aus dem BGB gestrichen würden, müsste der Dieb eines Fahrzeugs vor einem Zebrastreifen bremsen, wenn Personen die Fahrbahn überqueren. Indem *Sangenstedt* aus den *Rechten zum Besitzschutz* eine *strafbewehrte individualschützende Pflicht* konstruiert,¹⁷⁵⁹ ist die Analogie zu der Entscheidungshoheit, welche ursprünglich ja aus dem Menschenbild des Grundgesetzes, Art. 1 I GG, deduziert wurde, deutlich überspannt.¹⁷⁶⁰

3. Ablehnung der Ingerenz

Indem *Sangenstedt* ähnlich wie *Schünemann* die aktuelle Entscheidungshoheit fordert, erscheint die Ablehnung der Ingerenz vordergründig folgerichtig. Jedoch schlagen sich in der Ablehnung der Garantenstellung aus Ingerenz die aufgezeigten Grundgebrechen des Begriffs der „Entscheidungshoheit“ nieder.

a) Verwirrung des „Müssens“ und des „Dürfens“

Die in dem Begriff der „Entscheidungshoheit“ stattfindende unzulässige Vermengung der (rechtlichen) *Möglichkeit* einer Person zum Tätigwerden mit ihrer strafrechtlichen *Pflicht* hierzu wird an *Sangenstedts* Ablehnung der Ingerenz besonders deutlich. So bringt *Sangenstedt* gegen diese Garantenposition vor, der Ingerent habe überhaupt kein Recht, in der Opfersphäre rettend tätig zu werden.¹⁷⁶¹ Für den lebensbedrohlich Verletzten wird es wie Hohn klingen, wenn man die Garantenposition des Ingerenten mit dem Argument verneint, dieser habe insofern „nichts zu bestimmen“. Wo der Konflikt etwa zwischen

¹⁷⁵⁷ So wird in der Literatur teils auf den einen oder anderen, teils auf beide Gründe abgestellt, vgl. zusammenfassend *Schäfer* MüKo BGB § 854 Rn. 17 f. m.w.N.

¹⁷⁵⁸ Letzteres betont insbesondere die Rechtsprechung, siehe BGH NJW 1979, 1359, 1360; BGH NJW 2015, 2898; vgl. auch *Kindhäuser* NK § 242 Rn. 31: „um des *äußeren Rechtsfriedens* willen geschützt, da er Gegenstand und äußeres Zeichen vielfältiger Rechte ist“; *Zieschang* FS Hirsch S. 831, 837 f.

¹⁷⁵⁹ Parallele Argumentation bei *Schünemann* Grund und Grenzen S. 293: Der Gewahrsam dient bei § 242 StGB dem *Schutz* des Sachinhabers, während es bei der Herrschaft über die Gefahrenquelle um das Entstehen von *Pflichten* geht.

¹⁷⁶⁰ Tatsächlich erscheint die Parallele zwischen dem geistigen Innenleben des Begehungstäters und der Rechtsposition des Besitzers als Vergleich zwischen Äpfeln und Birnen, der auf *keinem teleologisch maßgeblichen Gemeinsamen* mehr fußt.

¹⁷⁶¹ Vgl. etwa *Sangenstedt* Garantenstellung S. 321. Siehe dagegen auch das Beispiel *Schünemanns*: „Wenn ein Zoobesucher einen Löwen aus dem Raubtierkäfig holt und die danach von dem Löwen ausgehenden Gefahren nur noch durch dessen Tötung abwenden könnte, so kann seine [...] Garantenstellung schwerlich am Eigentum des Zoologischen Gartens an dem Raubtier scheitern [...]“, FG BGH IV S. 621, 639; vgl. zudem *Freund* Erfolgsdelikt S. 169 m. Fn. 37.

dem Herbeirufen der Polizei oder eines Rettungswagens¹⁷⁶² und fremden Sphären, in denen der Ingerent „nichts zu suchen hat“, bestehen soll, bleibt im Dunklen. Die Frage, ob die Abwendungsleistung erforderlich ist, weil sie dem Willen des (auf Hilfe verzichtenden) Opfers nicht widerspricht, ist daher richtigerweise eine, die im Einzelfall zu stellen ist¹⁷⁶³ und dann möglicherweise die „Garantenpflicht“ des Täters, also das Handlungsunrecht, ausschließt.

Sangenstedt meint zudem, es seien zahlreiche Situationen denkbar, in denen sonstige abwendungsfähige Personen aufgrund ihrer Kompetenz (etwa ein Arzt) besser geeignet sind als der Gefahrschaffer, das Opfer zu retten. Dieses habe kein Interesse an einem unqualifizierten Gefahrabwender.¹⁷⁶⁴ Damit betont *Sangenstedt* jedoch wieder die *qualifizierte* Abwendungsmöglichkeit, welche bloß einen Aspekt des Könnens darstellt, dessen Fehlen die Pflicht im Einzelfall ausschließt, dessen Vorliegen sie jedoch nicht begründen kann. Die Inpflichtnahme des anwesenden Arztes als Garant steht insofern überhaupt nicht zur Debatte, denn dieser kann sich in der liberalen Gesellschaft mit Recht darauf berufen, dass ihn die Verletzung des Opfers (abgesehen von der nach § 323c I StGB auszuübenden Mindestsolidarität) nichts angeht.¹⁷⁶⁵ Der Ingerent mag zwar faktisch nur eine „schlichte“¹⁷⁶⁶ Abwendungsmöglichkeit haben, auf deren graduelle Ausprägung kommt es jedoch nicht an. Vielmehr geht es darum, ob der Unterlassende für einen für Rechtsgüter gefährlichen Kausalverlauf einzustehen, diesen zu kontrollieren, zu überwachen, die maßgebliche Entscheidung über dessen Entwicklung *zu treffen hat*.¹⁷⁶⁷ *Sangenstedt* kann nur beschreiben, wer *zivilrechtlich* auf eine gefährliche Sache einwirken *darf*, nicht hingegen, wer *strafrechtlich auf Posten gestellt* ist, Rechtsgüter vor Beeinträchtigungen zu bewahren.

b) Teleologische Widersprüche

Wie bereits bei *Schünemann* kann die Überbetonung des sachlichen, die Gefahr transportierenden Substrats als Gegenstand der Herrschaft und die damit einhergehende Begrenzung auf *gegenständliche* Gefahrenquellen nicht überzeugen. *Sangenstedt* meint, das Verhältnis des Unterlassenden zu dem „die Risikoentwicklung ‚transportierenden‘ Sub-

¹⁷⁶² Siehe bereits v. *Buri* GS 21 (1869) 189, 212 f. „[der Ingerent] braucht nicht etwa zu diesem Zwecke an einen entfernten Ort zu eilen und dem Thäter in den Arm zu fallen, er hat schon genug gethan, wenn er etwa nur der Obrigkeit Anzeige macht“.

¹⁷⁶³ Vgl. zu diesem Erfordernis *Zieschang* AT Rn. 594. Siehe auch *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 30: Das Opfer muss sich keine Hilfe aufdrängen lassen.

¹⁷⁶⁴ *Sangenstedt* Garantstellung S. 332 f., der Gefahrenverursacher sei möglicherweise „ganz unqualifiziert“ oder „tollpatschig“, siehe auch S. 353 f.; siehe auch S. 385 f.; **dagegen** zu Recht *Freund* Erfolgsdelikt S. 183 m. Fn. 83: Die Ausführungen seien „neben der Sache“, „hoffentlich nicht ernst gemeint[...]“; anders auch *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 32: Es kommt nicht darauf an, wer besser zur Gefahrabwendung in der Lage ist.

¹⁷⁶⁵ Vgl. oben → Kapitel 1 § 3 B VI 4 b).

¹⁷⁶⁶ *Sangenstedt* Garantstellung S. 321.

¹⁷⁶⁷ Vgl. auch *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 21 ff.

strat“ müsse eine zur Entscheidungshoheit des Handelnden vergleichbare Struktur aufweisen.¹⁷⁶⁸ Beispiel *Sangenstedts* für eine unter der Entscheidungshoheit des Täters stehende Gefahrenquelle ist etwa der Hund, der den Briefträger anzufallen droht oder der Brand, der dabei ist, auf das Nachbargrundstück überzugreifen. Diese Gefahr muss eingedämmt werden. Nicht geboten sei jedoch ein Eingreifen, wenn der Briefträger bereits durch den Hund verletzt, das Nachbarhaus bereits von dem Brand erfasst wurde.¹⁷⁶⁹ Dass derartige Abgrenzungen nicht einleuchten, sondern das Abreißen der Garantenbeziehung gerade ihrem Telos widerspricht, sieht *Sangenstedt* selbst. Er meint dennoch stoisch, ein ganz wesentliches Moment bei der Begehungstat sei, dass der „risikomindernde Einsatz dort lediglich in einer Phase der Bedrohung zu leisten ist, in der die Gefahr erst als deliktische Neigung im Inneren des Akteurs angelegt ist“.¹⁷⁷⁰ Damit überträgt *Sangenstedt* jedoch wieder eine sachlogische Besonderheit des Begehungsdelikts, ohne nach deren Wesentlichkeit für die Unterlassung zu fragen: Es liegt gerade in der Natur der Sache des Begehungsdelikts, dass der Täter die Gefahr selbst schafft (diese also „in seinem Inneren abzuwenden ist“), nach § 13 I StGB soll jedoch gerade eine Aussage hinsichtlich solcher Fälle getroffen werden, die *keine Begehung* darstellen.¹⁷⁷¹ „Im Inneren des Akteurs“ abzuwenden ist die Gefahr beim Unterlassungsdelikt ohnehin nicht. Die Abweichung hiervon muss in jedem Fall normativ begründet werden. Dies kann entweder dadurch geschehen, dass man den beschriebenen deliktischen Vorgang als *für die Gleichstellung* unbeachtliches Spezifikum des Begehens erachtet oder indem aufgezeigt wird, dass die *tatbestandliche Funktion* des Merkmals beim Unterlassungsdelikt auch durch eine abweichende Gestalt annehmende „Entscheidungshoheit“ erfüllt wird. Es müsste also die tatbestandliche *ratio* aufgezeigt werden, hinsichtlich derer die Entscheidungshoheit über einen beherrschten gegenständlichen „Bereich“ der Entscheidungshoheit über den Körper gleicht, sodass diese Fälle gleichbehandelt werden, andere Fälle (Ingerenz) jedoch im Hinblick auf diese *ratio* verschieden sind. Die Begrenzung der Pflicht zum Tätigwerden auf einen bestimmten Bereich müsste den gleichen Zweck erfüllen wie beim Begehungsdelikt. Das bloß *äußerlich* „ähnliche Aussehen“ der Fallgruppen (also: beide Male „irgendwie“ räumlich umgrenzt) genügt für eine *tatbestandliche* Gleichbehandlung nicht.¹⁷⁷² Wenn die leichtere Zugriffsmöglichkeit richtigerweise ebenfalls keine Rolle spielen darf,¹⁷⁷³ führt dies zwingend zu dem Schluss, dass es für das unechte Unterlassungsdelikt überhaupt nicht darauf ankommt, „wo“ der „risikomindernde Einsatz“ zu erfolgen hat. Der „Ort“ der Abwendung ist beim Unterlassungsdelikt aus der Sicht des

¹⁷⁶⁸ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 379 f.

¹⁷⁶⁹ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 320; siehe zu letzterem Fall auch **kritisch** *Gunia* Garantenstellungen S. 50 f. m. Fn. 162, 163.

¹⁷⁷⁰ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 351.

¹⁷⁷¹ Vgl. bereits oben zu *Schünemann* → E II 2; *Freund* Erfolgsdelikt S. 150: „sonst müßte er die Existenz von begehungsgleichwertigen Unterlassungsdelikten ja gerade völlig in Abrede stellen“; *Otto* NJW 1974, 528, 531.

¹⁷⁷² Siehe oben → Kapitel 3 § 2 E II 2 b).

¹⁷⁷³ → Kapitel 3 § 1 E III 2 e).

Rechtsgutes zufällig,¹⁷⁷⁴ aus der Sicht des Adressaten hingegen bringt er *bloß graduell* verschiedene Belastungen für die Handlungsfreiheit mit sich.¹⁷⁷⁵ Zweck der strafrechtlichen Normen ist nicht die Einwirkung auf Sachen als Selbstzweck, sondern der Schutz von Rechtsgütern vor Gefährdungen und Verletzungen.¹⁷⁷⁶ Teleologisch relevant sind daher nicht bestimmte Dinge oder Substrate an sich, sondern in ihrem Potential, Rechtsgüter zu gefährden. Dem trägt auch § 13 StGB Rechnung, wenn die Vorschrift davon spricht, jemand müsse rechtlich dafür einstehen, dass „der Erfolg nicht eintritt“. Geboten wird die Abwendung von Erfolgen, der Realisierung von Gefahren,¹⁷⁷⁷ nicht hingegen die Einwirkung auf bestimmte gegenständlich umschriebene Substrate oder Bereiche.¹⁷⁷⁸ Wenn ein Brand auf das Nachbargrundstück übergreifen hat, befindet er sich nicht mehr in der Entscheidungssphäre desjenigen, von dessen Haus das Feuer ausgeht – wie wäre die Lage zu beurteilen, wenn durch eine Explosion brennende Bauteile auf das Nachbargrundstück fallen? Hier müsste man wohl entweder die im Hinblick auf den Zweck der strafrechtlichen Gleichbehandlung willkürliche Abgrenzung vornehmen zwischen dem gegenständlichen¹⁷⁷⁹ beherrschten brennenden Bauteil und dem nicht gegenständlichen übergreifenden Feuer, oder man zieht die Grenze ebenso willkürlich an der Grundstücksgrenze des Nachbarn. Diese Ergebnisse mögen sich aus dem Vergleichskriterium des Autors deduzieren lassen, sind jedoch untereinander wertungswidersprüchlich.

c) Ausschluss anderer als gemeinsames Telos?

Einen gemeinsamen Nenner zur Begehung *könnte* man finden, wenn man die Auswirkung der Entscheidungshoheit auf Rechtsgüter in den Blick nähme. So deutet ja auch *Sangenstedt* an, wenn jemandem ein Bereich freier Entfaltung zur Verfügung gestellt werde, indem er Einmischungen von außen nicht zu dulden habe, müsse „es auch zuvörderst

¹⁷⁷⁴ So zu Recht auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 181 ff.

¹⁷⁷⁵ → Kapitel 1 § 2 D V 3.

¹⁷⁷⁶ → Kapitel 1 § 3 B VI 2, 4.

¹⁷⁷⁷ Im Ausgangspunkt ebenfalls von der Gegensteuerung gegen „destruktive Antriebe“ ausgehend, kommt hingegen *Berendt* zu dem zutreffenden entgegengesetzten Ergebnis: Sowohl beim Begehungs- als auch Unterlassungstäter sei die Sequenz Gefahr, Vermeidefähigkeit und Nichtvermeidung der Gefahr (*Berendt* GA 1993, 67, 68). Ausgangspunkt ist bei ihm der Begriff der Gefahr, also die „wirkliche, naheliegende und in der Regel auch erkennbare Möglichkeit der Beeinträchtigung“ menschlicher Interessen (S. 69). Die Garantenstellung sei daher die Zuständigkeit des Täters für die Gefahrbeherrschung. Die Gründe, aus denen sich die Pflicht des Täters ergeben, müssten mit der Gefahr zusammenhängen (S. 71 f.). Sowohl Verhalten als auch Endsachverhalt wiesen als gemeinsamen Bezugspunkt das Moment der Gefahr auf: „Allemaal ist entscheidend, daß eine gebotene und mögliche Gefahrunterbindung nicht stattgefunden hat“ (S. 75).

¹⁷⁷⁸ Dieses teleologische Argument, dem eine Gleichstellung nach dem „Einstehenmüssen“ besser gerecht wird (vgl. schon oben → Kapitel 1 § 2 D IV 3), muss auch Gültigkeit besitzen, wenn man wie *Sangenstedt* auf die Entsprechungsklausel abstellt. – Erstaunlich „naturalistisch“ argumentiert hingegen auch *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 92, wenn er im „Clean-Magic-Fall“ (→ Kapitel 2 § 5 B I, II) meint, die Garantenpflicht sei allein „sachbezogen“.

¹⁷⁷⁹ Vgl. auch die Ansicht von *Noll* Compliance S. 125 f., der die Ingerenz als eigene Fallgruppe ablehnt, jedoch (auf Grundlage einer (teil-)formellen Theorie) auch „Rettungspflichten“ aus den „Verkehrspflichten“ ableitet – dann hängt die Reichweite des Tatbestandes aber allein von der Zufälligkeit ab, ob der Gefahrenursprung eine Sache ist oder eben nicht; gegen die Einschränkung der Garantenstellung auf „dingliche“ Sphären auch *Herbertz* Ingerenz S. 262.

seine Angelegenheit sein, die Dinge dort so zu ordnen, daß Gefahren nicht nach außen dringen können“. Damit überbetont *Sangenstedt* jedoch die Entscheidungsmöglichkeit des Inhabers über den gegenständlichen Bereich und lässt die Auswirkungen auf Rechtsgüter Anderer außen vor. Entscheidend ist im Strafrecht *nicht* die zivilrechtliche Besitzordnung, also der „normative Umstand, daß die Rechtsordnung einen spezifischen Typ faktisch-dinglicher Gewalthabe mit der Kompetenz verknüpft, Nicht-Inhaber von dem vereinnahmten Objekt zu distanzieren“,¹⁷⁸⁰ sondern der Schutz von Rechtsgütern. Die Sachherrschaft kann ihre strafrechtliche Bedeutung nur im Hinblick auf befürchtete schädliche Folgen erlangen, sodass es schlüssig erscheint, die durch die Sachherrschaft begründete Verantwortung („rechtliches Einstehenmüssen“) für die Schädigungsmöglichkeit (nicht den umgrenzten Gegenstand oder Bereich) gerade dann fortbestehen zu lassen, wenn sich diese Möglichkeit (auch außerhalb des Bereichs) realisiert. Das Opfer ist insoweit nicht nur vom Zugriff auf die *Sache* ausgeschlossen, sondern – *teleologisch maßgeblich* – von der Einflussnahme auf die *Auswirkungen* der Sache auf seine Rechtsgüter. Mit diesen sieht es sich regelmäßig auch weiterhin konfrontiert, nachdem der Vorgang den Bereich des Anderen verlassen hat. Geringe Chancen, die Schadensentwicklungen „direkt an der Wurzel zu bekämpfen“, hatte das Opfer auch in den unter dem Stichwort „Ingerenz“ diskutierten Fällen, während dort der Ingerent jedenfalls die Möglichkeit hatte, den Gang des Geschehens im Ursprung zu beeinflussen. Das Argument streitet daher gerade nicht für, sondern gegen ein Aktualitätserfordernis: Die Schutzlosigkeit besteht nicht allein im Hinblick auf die Unfähigkeit, „latent bedrohliche Vorgänge an einem Punkt zu neutralisieren, der dafür die besten Erfolgsaussichten bietet, nämlich unmittelbar an der Quelle“,¹⁷⁸¹ sondern im Hinblick auf alle *Folgen dieser Unfähigkeit*. Die „Fragilität“, „Abhängigkeit“ oder „Schutzlosigkeit“ des Opfers besteht nicht im Hinblick auf bestimmte Handlungen in bestimmten „Bereichen“, sondern darauf, dass seine Rechtsgüter von bestimmten schädlichen Entwicklungen abgeschirmt werden, ob diese nun an der Quelle oder an einem sonstigen Ort eingedämmt werden: Es ist gerade nicht einzusehen, weshalb diese Pflicht enden soll, wenn gerade die zu verhindernde Gefahr sich zuspitzt.¹⁷⁸² Indem *Sangenstedt*, wie oben gesehen, jedoch die Lage der Rechtsgüter des Opfers aus dem Blickfeld nimmt und bloß auf das aktuelle zivilrechtliche Dürfen abstellt, erscheint die Argumentation *formal* und damit *zynisch*: Das Opfer *darf* zwar nicht auf einen es attackierenden Hund einwirken, es ist ihm jedoch *rechtlich freigestellt*, lebensgefährliche Wunden selbst zu verbinden, sich selbst in ein Krankenhaus zu begeben, etc. *Sangenstedt* stellt also auf den Handlungsspielraum ab, der dem Opfer aktuell formal rechtlich zusteht und verschließt die Augen davor, *dass* und *warum* es seinen Handlungsspielraum tatsächlich nicht wahrnehmen kann. Wenn man lebensgefährlich verletzt auf der Straße liegt, ist es eben nicht so leicht, seine rechtlichen Möglichkeiten auszuüben.

¹⁷⁸⁰ Beide Zitate *Sangenstedt* Garantstellung S. 300; siehe auch S. 381 ff.

¹⁷⁸¹ Beide Zitate *Sangenstedt* Garantstellung S. 383.

¹⁷⁸² Vgl. zu dieser Argumentation bereits *Roxin* AT II § 32 Rn. 150 ff. (zu *Schünemann*). Gefährlich ist dabei insbesondere das Geschehen in seiner Dynamik. Gegen die Beschränkung auf „statische“ Risiken daher zu Recht auch *Herbertz* Ingerenz S. 263.

d) Aktualitätserfordernis *trotz* entgegenstehendem Telos?

Sangenstedt kommt zur Ablehnung der Ingerenz bereits nach der Auseinandersetzung mit *Schünemanns* und *Rudolphis* Herrschaftstheorie, ohne zuvor selbst seine Garantienkonzeption dargelegt zu haben. Zu *Rudolphi* meint er bloß, dass gerade „das Herrschaftskriterium“¹⁷⁸³ gegen die Garantienstellung aus Ingerenz spreche und geht folglich unbesehen von der Richtigkeit von *Schünemanns* Aktualitätserfordernis aus.¹⁷⁸⁴ Dabei behandelt er dieses wohl als sachlogische Einsicht, an der man festhalten müsse, obwohl er die gewichtigen, gegen dieses Erfordernis sprechenden Argumente durchaus erkennt: So schreibt *Sangenstedt* selbst an einer Stelle, „die Idee, das Gesetz untersage die riskante Aktivität, um seinen Schutz wieder zurückzunehmen, wenn die verbotswidrig ausgelöste Gefahr droht, sich in dem Verletzungserfolg niederzuschlagen, dessen Eintritt durch Aufstellung des Verbots doch gerade unterbunden werden sollte, mutet ohne Frage widersinnig an“.¹⁷⁸⁵ Erstaunlich ist vor diesem Hintergrund, dass *Sangenstedt* an späterer Stelle der Ingerenzhaftung das kriminalpolitische Bedürfnis abspricht.¹⁷⁸⁶ Dies ist nicht bloß angesichts der aufgezeigten Wertungswidersprüche an den Grenzen der Herrschaft zweifelhaft, sondern im Hinblick auf die eben dargelegten eigenen Ausführungen *Sangenstedts* widersprüchlich. Inwiefern soll eine „ohne Frage widersinnige“ Richtlinie kriminalpolitisch sinnvoll sein? Jedenfalls *de lege lata* verwirft *Sangenstedt* jedoch die vorsichtige Argumentation pro Ingerenz sogleich: Dass die strafrechtlichen Verbote ergänzende Gebote nach sich ziehen müssten, heiße keineswegs, dass sie es auch wirklich tun. Denn das Strafrecht sei von fragmentarischer Natur und verbürge daher keinen umfassenden, sondern einen unvollkommenen Rechtsgüterschutz nur gegen bestimmte Angriffe. Welche dies konkret seien, habe der Richter durch Auslegung zu ermitteln: Hier hindere jedoch Art. 103 II GG den Rechtsanwender daran, die in den Begehungsdelikten enthaltenen Umschreibungen¹⁷⁸⁷ so zu interpretieren, dass sie auch die Fallgruppe der Ingerenz erfassen. Überdies bezweifelt *Sangenstedt*, dass den ergänzenden Handlungspflichten zwingend die Qualität von *Garantiesätzen* zukäme.¹⁷⁸⁸ – Doch zwei Seiten zuvor hat *Sangenstedt* selbst konzediert, dass die Ingerenz ihre teleologische Evidenz gerade aus den Wertungen zum *Begehungsdelikt* zieht und *dessen* Schutz nicht zurückgefahren

¹⁷⁸³ *Sangenstedt* Garantienstellung S. 331. Mit *Rudolphis* Herrschaftskriterium setzt er sich nicht auseinander, sondern weist nur darauf hin, dass sich dieser der Theorie *Schünemanns* angenähert habe, S. 287.

¹⁷⁸⁴ *Sangenstedt* Garantienstellung S. 321.

¹⁷⁸⁵ *Sangenstedt* Garantienstellung S. 251.

¹⁷⁸⁶ *Sangenstedt* Garantienstellung S. 323; ablehnend *Herbertz* Ingerenz S. 264: unverständlich seien die „harten Strafen“ für Personen, die ihren Herrschaftsbereich nachlässig verwalten, während der Ingerent nur aus fahrlässiger Erfolgsverursachung und echtem Unterlassen zu bestrafen sei.

¹⁷⁸⁷ Das liegt zwar auf der Linie des oben Ausgeführten, kann aber vor dem Hintergrund des bei Erscheinen von *Sangenstedts* Monographie bereits seit 14 Jahren geltenden § 13 I StGB schwerlich überzeugen. § 13 I StGB ergänzt die strafrechtlichen Begehungstatbestände gerade um entsprechende Unterlassungstatbestände.

¹⁷⁸⁸ *Sangenstedt* Garantienstellung S. 255 und nochmals S. 332.

werden soll. Ebenso widersinnig wie die abrupte Rücknahme des Schutzes durch Verhaltensnormen mit Herrschaftsverlust mutet auch die abrupte Rücknahme des Schutzes durch die *Strafandrohung* an.

Sangenstedts Abhandlung steht letztlich von Anfang an unter dem Eindruck, die Garantstellung aus Ingerenz ablehnen zu *wollen*. Selbst nachdem er ihre teleologische Evidenz zugibt,¹⁷⁸⁹ versucht er die Garantposition zu bekämpfen. Dabei scheint er davon auszugehen, dass das eben dargestellte teleologische Argument durch die in § 13 I StGB angeordnete Entsprechung mit der Entscheidungshoheit ausgestochen werde. Hiermit verkennt er jedoch, dass die teleologischen Erwägungen gerade selbst die Gleichstellungsrichtlinie beeinflussen. Der analoge Schluss ist im Kern ein teleologischer Schluss:¹⁷⁹⁰ Da das Recht eine sinnvolle Ordnung der Lebensverhältnisse bezweckt, geht es um ein Entsprechen von Begehen und Unterlassen im Hinblick auf die *ratio* des Tatbestandes, nicht um eine bloß zufällige äußerliche, oberflächliche Ähnlichkeit. Es geht bei dem analogistischen Verfahren nicht um „logisches“ Schließen vom Begehungs- auf das Unterlassungsdelikt, welches unumstößliche „Wahrheiten“ für sich reklamieren könnte, sondern um die Rechtsfrage, welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede *wesentlich* sind, die *argumentativ* zu beantworten ist. Man kann dieser Argumentation gerade nicht ausweichen, indem man meint, sie widerspreche der Gleichstellungsrichtlinie, da letztere argumentationsabhängig ist – man gerät sonst in einen Zirkelschluss. Somit lässt sich auch der Bestimmtheitsgrundsatz nicht für *Sangenstedts* Lösung anführen, hier ist das zur formellen Rechtspflichtenlehre vorgebrachte Argument ebenfalls gültig:¹⁷⁹¹ Was *gesetzlich bestimmt* ist, Art. 103 II GG, ist *Ergebnis* der Gesetzesauslegung – also auch der teleologischen. Eine Lösung, die sich nicht nach den üblichen Auslegungsmethoden aus dem Gesetz ergibt, bzw. diesen sogar widerspricht, ist gerade *nicht gesetzlich* bestimmt, sondern ein diesem *untergeschobener* – bestenfalls gut handhabbarer – „monographisch bestimmter“ Inhalt. Es ist daher falsch, wenn *Sangenstedt* glaubt, dass er seine Lösung durch den Verweis auf das „Superargument“ Art. 103 II GG mit verfassungsrechtlicher Unantastbarkeit ausstatten und sie so gegen Einwände immunisieren könnte.¹⁷⁹²

¹⁷⁸⁹ Siehe *Sangenstedt* Garantstellung S. 250 ff., 254 f., sowie S. 351, wo *Sangenstedt* zugibt, dass *Jakobs* ‘Theorie des Organisationskreises „prima vista überzeugender“ erscheine und „wohl allgemeiner, zumindest überwiegender sozialer Erwartung“ entspreche.

¹⁷⁹⁰ Siehe oben → E II 1 a). Es geht bei *allen* „Garantenpflichten“ nicht um zwingend deduktive Ableitungen, sondern die teleologisch zu bestimmenden Grenzen des Unterlassungstatbestandes.

¹⁷⁹¹ Siehe oben → Kapitel 1 § 3 B II 2; Kapitel 3 § 1 C II.

¹⁷⁹² Weiterhin, schreibt *Sangenstedt*, spreche die historische Auslegung gegen die Existenz der Ingerenz (Garantstellung S. 324 ff.). Zwar sei die Strafrechtskommission in der Mehrheit dafür gewesen, die Ingerenz zu den Garantpflichten zu zählen, allerdings sei diese in Vorentwürfen besonders erwähnt gewesen, da ihre Begründung aus dem Garantengedanken nicht selbstverständlich sei. Die „ingerenzfreundliche Auffassung“ der Kommission erkläre sich daraus, dass die Mitglieder sich auf noch keine „tiefgründig genug durchfragte Garantendogmatik“ stützten (S. 326). – *Sangenstedt* spricht also in einer Dissertation den in der Kommission versammelten „Koryphäen“ des Strafrechts das grundsätzliche Verständnis der

e) Ergebnis

Somit ist die Konzeption *Sangenstedts* zu verwerfen. Weder kann das Kriterium der Entscheidungshoheit noch die Ablehnung der Garantenstellung aus Ingerenz überzeugen. Der von *Sangenstedt* Anderen gegenüber teils berechtigt, teils bloß phrasenhaft geäußerte Vorwurf der Unbestimmtheit kommt auf ihn zurück, da er selbst keine sachgerechten Maßstäbe aufzeigen kann, *warum* die Entscheidungshoheit bei der Unterlassung wesentlich ist.

G. Fortentwicklung des Herrschaftskriteriums bei *Berster*

I. Darstellung

In jüngerer Zeit hat *Berster* einen Versuch unternommen, die Gleichstellung des unechten Unterlassungsdelikts über das Kriterium des Entsprechens zu begründen.¹⁷⁹³ Dieses Kriterium fordere aufgrund von Art. 103 II und 3 I GG eine „im Ontischen wurzelnde Artvergleichbarkeit zwischen Unterlassen und Tun“, eine strukturelle Entsprechung.¹⁷⁹⁴

Berster sieht seinen Ansatz als Fortentwicklung der Lehre *Schünemanns*. Methodologisch will er eine „modifizierte Variante“ dessen Verfahrens anwenden. Das Gesetz betrachte die Herrschaft über eigene Körperbewegungen¹⁷⁹⁵ als entscheidenden Grund der Zurechnung beim Begehungsdelikt.¹⁷⁹⁶ Statt des Begriffs „Grund des Erfolgs“ (*Schünemann*)

Unterlassungsstrafbarkeit ab, da diese nicht die nach seiner Auffassung richtige und „tiefgründige“ Garantendogmatik teilten. Dies ist kein Argument in der Sache, sondern Höhepunkt der die ganze Arbeit durchziehenden Polemik gegen abweichende Konzepte. Dabei unternimmt *Sangenstedt* ganz erhebliche Argumentationsanstrengungen, um darzulegen, warum sich die Entscheidung pro Ingerenz trotz einer erheblichen Tendenz der Kommissionsmitglieder *nicht zwingend* aus den Gesetzesmaterialien ergibt. Auch hier ist wieder die Prämisse fehlerhaft: Die Gesetzesmaterialien können nur eine Auslegung stützen, die sich mit dem Wortlaut sowie Systematik und Telos des Gesetzes verträgt. Jedenfalls sprechen die Gesetzesmaterialien *nicht gegen* die Ingerenz – die beschwichtigende Gegenargumentation *Sangenstedts*, die sich auf das in objektiver „Gesetzesauslegung“ gewonnene Kriterium der „Entscheidungshoheit“ stützt, fällt mit dessen Ablehnung. Überdies hat sich der Gesetzgeber inzwischen (nach Erscheinen von *Sangenstedts* Monographie) zur Ingerenz geäußert. Mit der Änderung von § 221 StGB führen die Gesetzgebungsmaterialien aus, die Beistandspflicht müsse eine solche des § 13 StGB sein, wobei die Entscheidung BGHSt 26, 35, 37 als Beispiel genannt wird, die die Garantenstellung des Gastwirts aufgrund vorangegangenen Tuns behandelt. Vgl. BT-Drucks. XIII/8587 S. 34.

¹⁷⁹³ *Berster* Unterlassungsdelikt S. 54 ff.; siehe dazu oben → Kapitel 1 § 2 D IV; auch wenn die formale Verortung in der Entsprechungsklausel abzulehnen ist, bleibt zu untersuchen, ob die Ausführungen *Bersters* in der Sache überzeugen können; **kritisch** zum Ansatz *Bersters* auch *Hoven* GA 2016, 16, 19, 25 f.

¹⁷⁹⁴ *Berster* Unterlassungsdelikt S. 56

¹⁷⁹⁵ Unklar ist, weshalb *Berster* in diesem Kontext das Problem der Willensfreiheit anspricht, denn für die Herrschaft der Person (des Willens) über die Körperbewegung kommt es nicht darauf an, ob der Wille selbst „frei“ ist.

¹⁷⁹⁶ *Berster* Unterlassungsdelikt S. 59.

spricht *Berster* für diese Fallgruppe¹⁷⁹⁷ von „naturgesetzlicher Wirkkraft“.¹⁷⁹⁸ Da bei der Begehung jedoch die Herrschaft über den eigenen Körper personenimmanent sei, müsse bei der Herrschaft über eine sonstige Wirkkraft die Widmung derselben „als Instrument des eigenen Willens“ hinzukommen.¹⁷⁹⁹

Berster ist ebenfalls als Gegner der Garantenstellung aus Ingerenz einzuordnen,¹⁸⁰⁰ wenn er meint, sein Ansatz integriere „den berechtigten Kern des Ingerenzgedankens, ohne sich der berechtigten Kritik an einer Ingerenzgarantenpflicht auszusetzen.“ Dieser berechtigte Kern beschränkt sich bei *Berster* nämlich auf die Vorhandlung als Widmungsakt, durch die der Täter die Wirkkraft zum „Instrument seines Willens“ mache.¹⁸⁰¹ So erkläre sich auch der Urfall *Stübels*, dass jemand einen Eingesperrten verhungern lasse.¹⁸⁰² „Durch das Zuführen oder Versagen von Nahrung beherrsche der Täter die „körperlichen Mangelerscheinungen des Eingesperrten“. Das Schließen der Tür sei der Widmungsakt, mit dem der Täter die Tür zum „Werkzeug seines Willens“ mache.¹⁸⁰³ Es bestünden neben diesen erfassten Fällen keine unerträglichen Strafbarkeitslücken.¹⁸⁰⁴

¹⁷⁹⁷ *Berster* unterscheidet, anders als *Schünemann*, zwischen drei verschiedenen Typen der „Erfolgszurechnung“: kraft naturwissenschaftlich erfassbarer Außenweltveränderung, kraft psychischer Wirkkraft und kraft Pflichtverstoßes im Rahmen der Pflichtdelikte; *Berster* Unterlassungsdelikt S. 58. Zur psychischen Kausalität S. 65 ff. im Anschluss an die Kausalitätslehre von *Puppe*. Bei der dritten Kategorie, den Pflichtdelikten, sei überhaupt nicht zwischen Tun und Unterlassen zu unterscheiden, die Strafbarkeit ergebe sich dort allein aus der Pflichtverletzung, sodass § 13 StGB als *lex generalis* verdrängt werde, S. 69 f. Im Rahmen der Ablehnung der Garantenstellung aus Ingerenz interessiert maßgeblich die erste Fallgruppe der physischen Wirkkraft, sodass es im Folgenden allein auf diese ankommt. Zu *Bersters* Ausführungen hinsichtlich der psychischen Kausalität siehe *Herbertz* Ingerenz S. 164.

¹⁷⁹⁸ *Berster* Unterlassungsdelikt S. 60.

¹⁷⁹⁹ Die Herrschaft über den eigenen Körper sei etwas „Gottgegebenes“, eine Eigenschaft jeder Person, die dieser nicht aufgedrängt sei und der sich diese schwerlich entziehen könne. Anders die Herrschaft über außerkörperliche Wirkkräfte: Damit diese dem Unterlassenden nicht aufgedrängt werde, müsse er die Wirkkraft selbst zu seinem verlängerten Arm gemacht haben, *Berster* Unterlassungsdelikt S. 61 f.

¹⁸⁰⁰ Widersprochen werden muss daher der Aussage von *Herbertz* Ingerenz S. 259 und 267, *Sangenstedt* sei der vorerst letzte Gegner der Garantenstellung aus Ingerenz. Neben *Berster* sind seither außerdem noch *Seebode* und *Langer* (mit seiner Neuauflage des „Sonderverbrechen“ als „Die Sonderstrafat“) zu nennen. Weiterhin könnte man hier *Ceffinato* aufführen.

¹⁸⁰¹ *Berster* Unterlassungsdelikt S. 72. Die Widmung stelle den Nexus zwischen beherrschter Wirklichkeit und beherrschender Person dar. Außerdem könne im Rahmen der psychisch vermittelten Kausalität der Bedeutungsgehalt einer Inaktivität auf dem Vorverhalten beruhen. Diese Fälle wurden hier ausgespart. – Insoweit kann man jedoch regelmäßig konkludentes Handeln annehmen und muss nicht die Unterlassung bemühen.

¹⁸⁰² Nach *Stübel* Teilnahme S. 61.

¹⁸⁰³ *Berster* Unterlassungsdelikt S. 72.

¹⁸⁰⁴ Soweit das Vorverhalten als fahrlässiges bestraft werden könne, „fällt die Beurteilung von vornherein leichter, da ja immerhin ein strafrechtlicher Normappell vorhanden ist, und eine Strafbarkeitslücke im engeren Sinne somit nicht besteht“. Überdies sei aufgrund des ungeplanten spontanen Moments der Ingerenzkonstellation das Missbrauchsrisiko gering. Daneben sei empirisch höchst unsicher, ob die erhöhte Strafandrohung überhaupt eine gesteigerte Eignung besitze, eine Person zur Erfolgsabwendung zu motivieren, *Berster* Unterlassungsdelikt S. 77.

II. Kritik

Im Ergebnis wärmt *Berster* die alte Lehre *Schünemanns* auf. Die Widersprüche wurden oben bereits aufgezeigt, daher kann weitestgehend auf diese Ausführungen verwiesen werden.¹⁸⁰⁵

1. Grundsätzliches

Alle Kritikpunkte lassen sich letztlich darauf zurückführen, dass *Berster* die Maßgeblichkeit der Strukturen normativ nicht hinreichend begründet. Die bloß faktische Herrschaftsbeziehung stellt für sich genommen noch keinen Grund für eine normative Verantwortlichkeit dar. Ohne dass die Herrschaft des Täters als relevant bewertet wird, bleibt sie Naturgeschehen.¹⁸⁰⁶ Eine solche Bewertung sieht *Berster* nun allerdings in der Entsprechungsklausel: Das Unterlassungsdelikt müsse vergleichbare ontische Strukturen zum Begehungsdelikt aufweisen und aus den Begehungstatbeständen ergebe sich die Maßgeblichkeit der Herrschaft. Letztlich beruht *Bersters* Theorie noch deutlicher als diejenigen *Schünemanns* und *Sangenstedts* auf der sehr gewagten Behauptung,¹⁸⁰⁷ § 13 I StGB sowie der Bestimmtheitsgrundsatz forderten eine möglichst exakte Entsprechung der Unterlassung in den ontischen Gegebenheiten. Die Unterstellung, das Gesetz bezwecke mit der Entsprechungsklausel die Übernahme der ontischen Strukturen des Begehungsdelikts,¹⁸⁰⁸ unabhängig davon, ob diese zu den Strukturen des Unterlassungsdelikts als Gesamtvorgang teleologisch gesehen „passen“, ist jedoch absurd. Sie entspricht weder dem Willen des historischen Gesetzgebers noch dem objektiven Telos des Gesetzes, Lebenssachverhalte sinnvoll zu ordnen.¹⁸⁰⁹ *Berster* stützt sich (mangels normativ relevantem *tertium comparationis*) nicht einmal auf einen analogen Schluss, sondern einen rein „formalen“, indem er unbesehen ein Teilelement des Begehungsdelikts hinüber zum Unterlassungsdelikt „kopiert“. Er unterstellt dem Gesetz, diesem komme es nur darauf an, dass die Unterlassung eine äußerlich der Begehung ähnelnde deskriptive gemeinsame Struktur habe, unabhängig davon, ob sich diese Struktur im Rahmen des Unterlassungstatbestandes (der

¹⁸⁰⁵ Vgl. die Kritik oben → E II 2, 3. Die wesentlichen Abweichungen gegenüber dem Konzept *Schünemanns* bestehen darin, dass die Pflichtdelikte und Fälle psychischer Kausalität einer gesonderten Betrachtung zugeführt werden, während die Herrschaft über die Hilflosigkeit des Opfers nicht als eigenständige Fallgruppe anerkannt wird. Während *Schünemann* zudem inzwischen auf die Herrschaft über den Geschehensablauf, nicht nur über die Körperbewegung abstellt, FS Amelung S. 303, 313 f., bleibt *Berster* bei diesem Grundfehler; hierzu oben → E II 3 a) cc).

¹⁸⁰⁶ *Freund* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379 m. Fn. 2; *ders.* MK § 13 Rn. 64 (allerdings selbst zirkulär: „Jede Form der Folgenverantwortlichkeit ist nur normativ mit einem Verstoß gegen eine rechtlich legitimierte Verhaltensnorm begründbar“ – denn die Verhaltensnorm setzt doch gerade die Sonderverantwortlichkeit für die Schädigungsmöglichkeit voraus); *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 16.

¹⁸⁰⁷ **Dagegen** ausführlich oben → Kapitel 1 § 2 D V 3; Kapitel 3 § 1 E II 2.

¹⁸⁰⁸ Zu Ende gedacht führt sich die Annahme, solange man nicht wertend Abweichungen zulässt, selbst *ad absurdum*: Wenn bei einem Delikt zum Begehungsdelikt völlig *identische* Strukturen vorliegen, kann es sich nur um ein Begehungsdelikt handeln! Indem man eine *Vergleichbarkeit* verlangt, *wertet* man bereits, ob die Unterschiede maßgeblich sind.

¹⁸⁰⁹ Bei *Bersters* Theorie trifft daher das – einigen Autoren viel zu leicht von den Lippen gehende – Schlagwort des blinden Naturalismus ins Schwarze. Im Rahmen der „Natur der Sache“ ebenso wie im Rahmen des analogen Schlusses geht es um die im Wesentlichen teleologische Frage, ob bestimmte Gegebenheiten *rechtlich* maßgeblich sind.

mehr ist als die bloße Summe seiner Voraussetzungen) teleologisch einfügt, also dort eine bestimmte Funktion erfüllt. Ein Gesetz, welches die Rechtsfolgen *nur* an naturalistischen Gegebenheiten orientieren würde, ohne nach dem Sinn und der Funktion dieser Gegebenheiten im sozialen Leben¹⁸¹⁰ zu fragen, wäre jedoch eklatant ungerecht, unzweckmäßig und würde letztlich Rechtsunsicherheit schaffen. Denn der Rechtsanwender erwartet ebenso wie der Betroffene von dem Gesetz keine starre Anwendung nach Raster, sondern eine Regelung, die auf den „Lebenssachverhalt“ passt.¹⁸¹¹

Die Interpretation der Entsprechungsklausel als „Entsprechung in den sachlogischen Strukturen“ mag *eine* innerhalb der Grenzen des Wortlauts liegende sein, ist jedoch, wie oben dargelegt,¹⁸¹² nach allen üblichen Auslegungsmethoden keine überzeugende. Letztlich lässt sich hier auf das Ergebnis der oben vorgenommenen Auseinandersetzung mit denjenigen Autoren verweisen, die aus Bestimmtheitsgrundsätzen eine „restriktive Auslegung“ von § 13 I StGB fordern: Dem Gesetzlichkeitsgrundsatz genügen (im Sinne einer Kontrolle) muss das Ergebnis des Auslegungsvorgangs.¹⁸¹³ Im Rahmen der üblichen Auslegungsmethoden (insbesondere der systematischen) kann Art. 103 II GG als gewichtiger verfassungsrechtlicher Gesichtspunkt Berücksichtigung finden. Die „Autorität“ des Art. 103 II GG hingegen als absolute und keinen Widerspruch duldende Grundentscheidung für ein Auslegungsergebnis vorzuschieben, wie *Berster* es tut, pervertiert gerade den Zweck des Gesetzlichkeitsgrundsatzes, indem durch die Missachtung der üblichen Auslegungscanones die Vorhersehbarkeit des Auslegungsergebnisses und die Nachvollziehbarkeit des Auslegungsvorgangs völlig preisgegeben werden.¹⁸¹⁴ Mit dem vermeintlichen Zwang des Art. 103 II GG ließe sich § 13 I StGB gleichermaßen eine formelle Rechtspflichttheorie einlegen – oder letztlich jedes andere, überspitzt gesagt, „simple“ Kriterium. Der Versuch, § 13 I StGB mit der Maßgeblichkeit des Herrschaftskriteriums zu „retten“, scheitert ebenso wie die Bemühungen der neueren formellen Rechtspflichttheorien. Unzutreffend ist im Übrigen auch der Verweis auf Art. 3 I GG. Sicher ist richtig, dass „was der Gesetzgeber mit der gleichen Rechtsfolge versieht auch an ähnliche Sachverhalte knüpfen muss“. Allerdings bestimmt sich diese „Ähnlichkeit“ im Hinblick auf

¹⁸¹⁰ Überraschend sind die Schlussfolgerungen *Bersters* insbesondere auch angesichts der Tatsache, dass dieser selbst die Bedeutung der Natur der Sache nicht auf den naturwissenschaftlichen Befund reduziert, sondern explizit darauf hinweist, dass das Recht „Kulturwissenschaft“ und damit auch „Kultursachverhalte“ sachlogische Strukturen seien. Ein solcher „Kultursachverhalt“ ist nun aber nicht bloß die Herrschaft über eine Handlung oder Sache, sondern auch die sich hieraus ergebende *Schlüssel-* bzw. *Verantwortungsposition*.

¹⁸¹¹ Ist das Ergebnis, dass die Eltern ihr Kind nur dann als Garant ernähren müssen, wenn durch sie zuvor eine (schlüssige) „Widmung“ der Herrschaft stattfindet (so aber *Berster* Unterlassungsdelikt S. 64), wirklich für irgendjemanden vorhersehbar?

¹⁸¹² → Kapitel 1 § 2 D V 3.

¹⁸¹³ oben → Kapitel 1 § 2 B II.

¹⁸¹⁴ Dass das Unterfangen, dem Gesetz irgendeine Bedeutung unterzuschieben, jedoch besonderes der demokratischen Komponente des Gesetzlichkeitsgrundsatzes widerstreitet, liegt auf der Hand.

den *Zweck der Rechtsvorschrift*.¹⁸¹⁵ Diesem Erfordernis proportionaler Gleichbehandlung im Hinblick auf die Verhängung der gleichen Rechtsfolge (§ 13 I StGB) ist nicht dadurch genüge getan, dass sich die Strafbarkeitsvoraussetzungen begrifflich oder in ihrem äußerlichen Erscheinungsbild ähneln.¹⁸¹⁶ Die starre Orientierung an der für die Rechtsfolge Strafe *per se unwesentlichen* „Sachstruktur“ droht im Gegenteil sogar eine proportional ungleiche, ungerechte Bestrafung zu fördern.

2. Herrschaftsbegriff

Obwohl *Berster* an einigen Stellen die Maßgeblichkeit der Tatherrschaft bei den Begehungsdelikten betont,¹⁸¹⁷ geht es ihm letztlich nur um die Herrschaft des Menschen über seine *Körperbewegungen*,¹⁸¹⁸ nicht aber über die *Tat*. Die Herrschaft über die eigenen Körperbewegungen, also deren *Willkürlichkeit* bzw. Steuerbarkeit, ist jedoch tatsächlich nur „Ausgangspunkt“¹⁸¹⁹ der Begehungsstrafbarkeit, Grenzelement des Handlungsbegriffs. Auf diese bloße Steuerbarkeit (= Abwendungsmöglichkeit) kann es für die Gleichstellung nicht ankommen.¹⁸²⁰ Nicht beschrieben ist mit diesem „Herrschaftsbegriff“ die *Tatherrschaft* als Steuerung des *tatbestandlichen* Geschehens. Der Unterlassende kann niemals in gleicher Weise die Tat beherrschen wie ein aktiv Handelnder, vielmehr muss für die Gleichstellung nach § 13 I StGB von dem Erfordernis der Tatherrschaft für die Unterlassungen *wertend* abgewichen werden. Für die Gleichstellung ist es gleichzeitig

¹⁸¹⁵ Auch methodisch zweifelhaft *Berster* Unterlassungsdelikt S. 57: „inverse Analogie“; dass dies „nach den Erkenntnissen des Verfassers [...] bislang methodisch kaum erkannt ist“ (Fn. 23), liegt nicht an dem „äußerst geringen Anwendungsbereich“ der Überlegung, sondern an den methodisch unhaltbaren Folgerungen *Bersters*. Methodisch unterscheidet sich das Vorgehen bei § 13 I StGB nicht von der Analogie (so dass der Begriff „inverse Analogie“ überflüssig ist), nur weist der Ähnlichkeitsschluss wegen Art. 103 II GG hier einen gesetzlichen Ausgangspunkt auf. Das Prinzip der Gleichheit kann daher keinen „Brückenschlag zwischen Sein und Sollen“ herstellen, sondern das Sein nur zu einer *bereits aufgefundenen Wertung* in Bezug setzen. In dem von *Berster* genannten Beispiel *Schünemanns* „Sollen erfordert Können“ würde etwa der *rechtliche Zweck* des Sollens vereitelt, wenn man den Adressaten zu etwas Unmöglichem verpflichtete.

¹⁸¹⁶ Siehe schon zu *Schünemann* → E II 1 a), 2 b). Es kommt auf die normative Frage an, welche Vergleichs Gesichtspunkte maßgeblich sind (wesentlich Gleiches gleich behandeln) und wieweit die gegebenen Unterschiede der Verhaltensformen (wesentlich Ungleiches ungleich behandeln) vernachlässigt werden dürfen.

¹⁸¹⁷ *Berster* Unterlassungsdelikt S. 35, 51.

¹⁸¹⁸ *Berster* Unterlassungsdelikt S. 58 f., während sich die Verbindung zwischen Körperbewegung und Erfolg nach *Berster* durch Kausalität und objektive Zurechnung erklären soll. Damit spiele die Herrschaft etwa auch bei der Teilnahme eine Rolle. – Interessanterweise wirft *Berster* der Organisationzuständigkeit *Jakobs* vor, diese führe zu einem extensiven Täterbegriff (S. 35), während er bei *Roxin* genau gegenteilig kritisiert, die Fokussierung auf Tatherrschaft schließe beihilfeäquivalente Unterlassungen aus (S. 49).

¹⁸¹⁹ So ausdrücklich *Berster* Unterlassungsdelikt S. 59. – Die gewillkürte Herrschaft über eine Körperbewegung, die sodann Kausalität in Gang setzt, forderten schließlich bereits die kausalen Handlungslehren, vgl. v. *Liszt/Schmidt* Lehrbuch § 28 I; *Beling* Verbrechen § 3; während *Welzel* die Aufmerksamkeit darauf lenkte, dass das gesamte *Geschehen* auf das Subjekt als „beherrschenden personalen Zentralpunkt“ zurückgeführt werden muss, *Welzel* ZStW 51 (1931) 703, 718; *ders.* ZStW 58 (1939) 491, 539. Zur Verwurzelung der Tatherrschaftslehre bei *Welzel* auch *Schünemann* FS Herzberg S. 39, 42 f. m. Fn. 17.

¹⁸²⁰ So ja auch *Berster* Unterlassungsdelikt S. 60.

erforderlich und ausreichend, dass die Herrschaft über die Wirkkraft innerhalb des Unterlassungstatbestandes den *gleichen wesentlichen Zweck* erfüllt wie die Handlungsherrschaft innerhalb des Begehungstatbestandes.¹⁸²¹ Solange die maßgebliche *Wertung* nicht aufgezeigt ist, anhand derer sich die Wesentlichkeit und Unwesentlichkeit der Modifikationen bestimmt, können diese, wie bereits zu *Schünemann* festgestellt,¹⁸²² nicht begründet werden, vielmehr muss sich auch *Berster* für die Reichweite der Ähnlichkeit auf seine Intuition verlassen. Wie die Herrschaftsbeziehung zu der physikalischen Wirkkraft aussehen soll, insbesondere aber, welchen Zweck diese innerhalb des Tatbestandes des Unterlassungsdelikts erfüllt, wird bei ihm kaum beschrieben, wenn er das Bild bemüht, der Beteiligte müsse die naturgesetzliche Wirkkraft in einer Weise steuern, wie er seine Körperbewegungen zu steuern vermag.

In dem Beispiel *Bersters* – ein Mann im Führerhaus des auf ein Objekt hin rollenden LKWs könne die Wirkkraft steuern, nicht aber außenstehende Dritte, die das Objekt zu entfernen vermögen –, kann eine *aktuelle faktische* „Herrschaft“ des LKW-Führers bloß in der leichteren bzw. in einem bestimmten Bereich wurzelnden *Einwirkungsmöglichkeit* liegen. Die Sachherrschaft, der Gewahrsam an sich, erfüllt wiederum keinen innerhalb des Unterlassungstatbestandes relevanten Zweck. Es droht eine unbegründete Fokussierung auf äußerliche, strafrechtlich unwesentliche Nebensächlichkeiten. Mit dem Bild des „Instruments des Willens“ verdeckt *Berster* also nur, dass es sich bei der Tatherrschaft und der sonstigen „Herrschaft über eine Wirkkraft“ um völlig verschiedene Gegenstände handelt, die bloß unter dem gleichen Begriff Herrschaft zusammengefasst werden. Dieser ist keineswegs hinreichend deskriptiv, um der Unterlassungsstrafbarkeit Konturen zu verleihen.¹⁸²³

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass sich *Berster* der Kausallehre *Puppes* anschließt, jedoch im Rahmen der Gleichstellung ohne wertende Begründung bloß den „Bedingungsbestandteil der physikalischen Wirkkraft“ als Gegenstand der Herrschaft erachtet. Die Frage ist nach *Puppe*,¹⁸²⁴ welche Tatsachen für *Kausalerklärungen zu juristischen Zwecken* relevant sind. Sie betont infolgedessen, dass für vollständige Kausalerklärungen gerade auch negative Bedingungen unerlässlich seien (insoweit folgend auch *Berster*). Damit wäre aber gerade aufgezeigt, dass physikalische und „negative“ Bedingungen *für die juristische Kausalerklärung wesentlich gleich*, nicht wesentlich ungleich sind. Wenn *Berster* im kompletten Gegensatz hierzu ausführt, für die Gleichstellung des Unterlassens seien nur physikalische Wirkkräfte relevant, müsste er *wertend* begründen, dass die physikalischen und „negativen“ Bedingungen im Hinblick auf bestimmte tatbestandliche Wertungen und Zwecke verschieden sind. Dagegen haftet die Begründung *Bersters* tatsächlich bloß an naturalistischen Oberflächlichkeiten, wenn

¹⁸²¹ → E II 3 a).

¹⁸²² Siehe schon zu *Schünemann* → E II 2 c).

¹⁸²³ So jedoch *Berster* Unterlassungsdelikte S. 62.

¹⁸²⁴ *Puppe* ZStW 92 (1980) 863, 896 ff., 899.

er meint, mangels Herrschaft über eine physikalische Wirkkraft entspreche die Unterlassung hier nicht der Begehung. Dies stellt letztlich einen Zirkelschluss dar, da die rechtliche Frage ja gerade dahin geht, welche Sachverhalte, die *gerade keine* Begehung (Handlungsherrschaft über eine Wirkkraft) darstellen, mit diesen Fällen gleichbehandelt werden sollen.

Mehr Metapher als hinreichend bestimmte Tatbestandsvoraussetzung ist auch das zweite Erfordernis der „Widmung“. Dass diesem – ersichtlich von den Ausführungen *Schünemanns* beeinflussten¹⁸²⁵ – Kriterium tatsächlich keine Abgrenzungsfunktion zukommt, ergibt sich bereits aus den eigenen Ausführungen *Bersters*: Da der Wille eines Menschen nicht sicher nachweisbar sei, müsse er durch eine objektive Gesamtbewertung festgestellt werden.¹⁸²⁶ Damit handelt es sich in der Sache um ein Kriterium, das der Feststellung ontisch struktureller Gleichheit diametral entgegnenläuft, indem es die Gleichstellungsfrage für freie Wertungen des Rechtsanwenders öffnet. Das Erfordernis der Widmung beweist die Untauglichkeit des Kriteriums „aktuelle Herrschaft über eine Wirkkraft“ und zeigt, dass im Gewand des entnormativierten Herrschaftsbegriffs eigentlich normative und soziologische Gründe maßgebend sind.¹⁸²⁷ So meint *Berster* selbst, dass in dieser „Gesamtbewertung“¹⁸²⁸ die im Rahmen anderer Gleichstellungsrichtlinien vertretenen Gesichtspunkte einfließen.¹⁸²⁹ Auch die Begründung des Widmungskriteriums erscheint angreifbar: Die Argumentation, dass die Herrschaft nicht „aufgedrängt“ sein darf, schafft bloß scheinbare Gleichheit. Die normative Maßgeblichkeit dieses Erfordernisses wird nicht erläutert.¹⁸³⁰ Denn es mag die faktische Herrschaft über die eigenen Körperbewegungen „gottgegeben“ sein; der eigentlich entscheidende Aspekt, ob und inwieweit diese Körperbewegungen zu *strafrechtlicher* Verantwortlichkeit führen, ist jedoch keine theologische, sondern eine juristische Frage. Wie zu *Schünemann* ausgeführt, bedarf es im

¹⁸²⁵ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 293: „Anders als die Herrschaft über den eigenen Körper ist die Herrschaft über Sachen dem Menschen nicht existentiell angeboren, sondern nur angeboten, sie ist eine aus seiner Weltoffenheit fließende Möglichkeit, die nur durch das willentliche Ergreifen zur Wirklichkeit wird“.

¹⁸²⁶ *Berster* Unterlassungsdelikt S. 62 f.

¹⁸²⁷ Wodurch *Bersters* Kritik gegen *Schünemann* auf ihn zurückschlägt: „Damit dürfte sich hinter dem scheinbar deskriptiven Begriff des Beherrschens nicht viel mehr als die Wertentscheidung verbergen [...]“, *Berster* Unterlassungsdelikt S. 48.

¹⁸²⁸ Vgl. auch *Herbertz* Ingerenz S. 162 f.: „Bündel an Erwägungen“.

¹⁸²⁹ Die Probleme selbst erkennend *Berster* Unterlassungsdelikt S. 62 f., der dennoch keine Skrupel hat, Verhaltenserwartungen und Institutionszuständigkeiten in die Frage einzubeziehen; zudem liefert *Berster* keine Begründung dafür, dass die einmal vollzogene Widmung nicht widerrufbar fortbestehen soll. In dem Moment, in dem der Unterlassungstäter den Vorsatz fasst, das Geschehen laufen zu lassen, verliert er den Willen, dieses zu steuern. Die einmalige Widmung weiter „gelten“ zu lassen, ist bereits eine Wertung, die über den reklamierten entnormativierten Ansatz hinausgeht, vgl. die Ausführungen zu *Schünemann* oben → E II 3 b) bb).

¹⁸³⁰ Überdies ist es leicht widersprüchlich, wenn man sich nach *Berster* der „gottgegebenen“ Herrschaft über den eigenen Körper nicht entziehen kann, diese aber gleichzeitig nicht aufgedrängt sein soll. Hier müsste man wohl unterscheiden zwischen der „gottgegebenen“ grundsätzlichen *Steuerungsfähigkeit* von Handlungen und der konkret ausgeübten, sich als äußerer Kausalfaktor manifestierenden *Steuerung* im Einzelfall.

Anschluss an den wirklichen Willen einer Person einer *Wertung*, dass und inwieweit diese Person für die Folgen *rechtlich einzustehen* hat.

Die Ironie ist letztlich, dass *Berster* die Maßgeblichkeit des Herrschaftskriteriums über vermeintliche verfassungsrechtliche Notwendigkeiten erzwingen will, die Lösung jedoch dann selbst an völliger Unbestimmtheit leidet,¹⁸³¹ was sich ganz besonders am Erfordernis der „Widmung“ und der damit zusammenhängenden „Gesamtwertung“ zeigt. Dieses *ad hoc* von *Berster* erfundene Kriterium¹⁸³² stellt bloß einen Appell an das individuelle Rechtsgefühl dar. Hinzuweisen ist auch auf die unterschiedlichen Ergebnisse, die *Schünemann* und *Berster* jeweils mit der Herrschaft über den Grund des Erfolgs erzielen.¹⁸³³ Im Übrigen ist zu erwähnen, dass die Merkmale der Herrschaft und der Widmung überhaupt nicht zu den Beschützergarantenstellungen passen und dort zu völlig unverständlichen Abgrenzungen und Ergebnissen führen.¹⁸³⁴ So bedürfe es für die Garantenstellung der Eltern einer willentlichen Widmung, die sich in der Regel schlüssig im ersten Füttern des Kindes manifestiere. Demnach würde diejenige Mutter, die ihr Kind direkt nach der Geburt verhungern ließe, nur nach § 323c I StGB bestraft,¹⁸³⁵ diejenige, die es einmalig füttert, nach §§ 212 I, (211,) 13 I StGB. Es handelt sich, auch in Anbetracht des jeweils zu erwartenden Strafrahmens, um eine völlig unverständliche, teleologisch abwegige Differenzierung, zumal die deutlich schwerere Strafe die Person trafe, die wenigstens *eine* rechtsgüterschützende¹⁸³⁶ Handlung vornimmt.¹⁸³⁷

3. Ablehnung der Ingerenz

Die weitestgehende Ablehnung der Garantenstellung aus Ingerenz bei *Berster* steht und fällt mit seiner Herrschaftsrichtlinie. Hier zeigt sich die Untauglichkeit dieses Kriteriums besonders deutlich. Zu Widersprüchen führt vor allem die mangelnde Unterscheidung zwischen der faktischen Herrschaft und der sich daran anschließenden Bewertung. Auch

¹⁸³¹ Einen Verstoß gegen Art. 103 II GG nimmt auch *Herbertz* Ingerenz S. 165 an.

¹⁸³² Wenn *Hoven* GA 2016, 16, 25 der Lösung zugute hält, sie sei immerhin „konsequent“, kann diese Einschätzung nicht geteilt werden.

¹⁸³³ *Hoven* GA 2016, 16, 25.

¹⁸³⁴ Wertungswidersprüche kritisierend *Hoven* GA 2016, 16, 25; ausführlicher hierzu bei den Obhutsgarantenstellungen auch *Herbertz* Ingerenz S. 163.

¹⁸³⁵ *Berster* Unterlassungsdelikt S. 64 erwähnt hier auch §§ 221, 225 StGB. Anscheinend will er dort für die „Obhut“ ein Verhältnis genügen lassen, welches nicht zu Begehungsgleichheit führt. Die Garantenbeziehung für eine unechte Unterlassung nicht genügen zu lassen, aber für §§ 221, 225 StGB ist jedoch völlig dezisionistisch, geht es doch in beiden Fällen um die Gleichbehandlung von Begehungen und Unterlassungen in den Rechtsfolgen.

¹⁸³⁶ Anders wäre dies, wenn die Übernahme selbst Auswirkungen auf das Rechtsgut hat, weil dessen Träger oder Dritte infolgedessen auf Schutzmaßnahmen verzichten, *Stree* FS H. Mayer S. 145, 154 f.

¹⁸³⁷ Die Absurdität stellt *Berster* unfreiwillig, aber anschaulich selbst dar, wenn er die „archaische Parallele im vorchristlichen germanischen Recht“ aufzeigt, dass der Vater sich vor Aufnahme des Kindes in den Familienverbund nicht der Tötung an diesem strafbar mache, *Berster* Unterlassungsdelikt S. 64 m. Fn. 37. Dies sind jedoch nicht bloß interessante historische Trivia, vielmehr macht dieses Beispiel deutlich, dass *Bersters* Gleichstellungsrichtlinie völlig ungeeignet ist, das Zusammenleben in der fortschrittlichen, das Leben jedes Einzelnen (Kindes) als Höchstwert schützenden, Gesellschaft (Art. 1, 2 GG) sinnvoll zu regeln. Dem Gesetz zu unterstellen, eine solche Regelung zu intendieren, ist realitätsfern.

in den Fällen der Ingerenz wird dem Handelnden die *faktische Ergreifung* der Herrschaft nicht aufgedrängt, da er sich eben dazu entschieden hat, zu handeln, also eine Wirkkraft zu seinem „verlängerten Arm“ zu machen.¹⁸³⁸ Inwieweit die Rechtsordnung eine *rechtliche Überwachungsposition* dann an die aktuelle oder vergangene Herrschaft knüpft, ist eine objektive Wertung. Hierfür kommt es selbstverständlich nicht darauf an, ob der Inhaber der Herrschaft diese Rechtsfolge will oder sie ihm „aufgedrängt“ ist. Es würde sich insoweit bloß um eine unerhebliche private Rechtsmeinung handeln.

Dass nach *Berster* in *Stübels* Einsperrungsbeispiel Herrschaft über eine Wirkkraft und die entsprechende Widmung vorliegen sollen offenbart die fehlende Aussagekraft dieser Kriterien. Wenn durch das Versagen von Nahrung (also das Unterlassen) „Herrschaft“ begründet werden soll, so geht es bloß um die „Herrschaft“ über eine *Abwendungsmöglichkeit*, die auch dem *quis ex populo* zukommt. Wie jemand darüber hinaus durch das Schließen der Türe die körperlichen Mangelerscheinungen eines Anderen „beherrschen“ soll,¹⁸³⁹ dessen Körpervorgänge zum „Werkzeug seines Willens“ macht, ist völlig offen. Letztlich handelt es sich um eine Hilfskonstruktion, weil Tür und Umschließung selbst für *Berster* keine „physikalischen Wirkkräfte“, sondern statische Umstände sind.¹⁸⁴⁰ Anhand dieser Scheinkonstruktion, in welcher Herrschaftselemente kaum noch erkennbar sind, zeigt sich besonders deutlich, dass im Ergebnis allein der nichts aussagende normative Begriff der Widmung ausschlaggebend ist.

III. Fazit

Die gegenüber den Konzeptionen *Schünemanns* und *Sangenstedts* geäußerten Kritikpunkte treten hinsichtlich *Bersters* Gleichstellungsrichtlinie mit nochmals gesteigerter Evidenz zutage. *Bersters* Herrschaftsbegriff schafft scheinbare (äußerliche) Gleichheit zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikt, kann jedoch nicht erklären, wieso der Unterlassende nach § 13 I StGB begehungsgleich bestraft wird.

H. „Grundfallmethode“ (*Pfleiderer*)

I. Darstellung

Pfleiderer argumentiert nicht systematisch, sondern allein topisch,¹⁸⁴¹ indem er die Garantstellungen aus dem Vergleich mit anderen Garantstellungen ableitet.¹⁸⁴² Denn der Vergleich des Unterlassens mit dem Unterlassen sei praktikabler, da sich zu einem

¹⁸³⁸ Vgl. die Argumentation innerhalb *Schünemanns* Bild der „personalen Sphäre“ → E II 3 b) cc).

¹⁸³⁹ Hinsichtlich der „Hilflosigkeit“ des Opfers lehnt *Berster* eine Herrschaftsbeziehung ja selbst ab. *Berster* Unterlassungsdelikt S. 48 f.

¹⁸⁴⁰ Nach klassischerem Verständnis könnte hier nämlich eine Herrschaftsbeziehung zur Umschließung als gegenständliche Gefahrenquelle bestehen. Diese ist jedoch nach der Abgrenzung *Bersters* bloß ein statischer Umstand, keine physikalisch wirkende Kraft, vgl. zur Abgrenzung das Beispiel bei *Berster* Unterlassungsdelikt S. 61.

¹⁸⁴¹ Topisch argumentierend – in Anlehnung an die Rechtsprechung – auch *Arzt* JA 1980, 647, 648 ff.

¹⁸⁴² *Pfleiderer* Garantstellung S. 109 ff.; siehe auch die ausführliche **Kritik** bei *Schünemann* Grund und Grenzen S. 79 ff.

Unterlassungsfall niemals ein analoger Handlungsfall konstruieren ließe.¹⁸⁴³ Es gebe gewisse „Grundfälle“ der Garantenstellungen, insbesondere im Bereich der engen Verbundenheit und der Übernahme.¹⁸⁴⁴ Vergleichsobjekt sei insbesondere der Fall der Mutter, die „zweifelsohne“ regelmäßig eine Schlüsselstellung innehat, das Kind vor Gefahren zu bewahren.¹⁸⁴⁵ Dieser Fall sei der „Ur-Grundfall“, er vermittele „ein so klares Unwerturteil, daß keine weitere Begründung erforderlich erscheint, um hier ein Tötungsdelikt zu bejahen.“ Gleiches gelte für den Schwimmlehrer, der seinen Schüler vorsätzlich nicht vor dem Ertrinkungstod bewahrt.¹⁸⁴⁶

Im Weiteren führt *Pfleiderer* aus, bei der Garantenstellung aus *vorangegangem Tun* bestehe Einigkeit über einen „Grundfall“, das Einschließen eines anderen.¹⁸⁴⁷ So sei weder ein Urteil noch eine Literaturmeinung bekannt, wonach der Fall der Einschließung eines anderen nicht zu einer Garantenstellung führen würde. Die Beurteilung dieses Falles lasse „keine Zweifel aufkommen“. ¹⁸⁴⁸ Allerdings sei die Einschließung eine „einzigartige Situation“, die sich eher an die Grundfälle der Verbundenheit und der Übernahme anlehne. Damit kommt *Pfleiderer* zu einer weitgehenden Ablehnung der Garantenstellung aus Ingerenz. Etwa der angefahrene Verletzte, der auf einer einsamen Straße liege, sei nicht ebenso abhängig vom Unfallverursacher wie der Eingeschlossene vom Einschließenden. Das bloße „Hilfemonopol“ des Autofahrers könne hier nicht zu einer Garantenstellung führen. Auch, wenn der Täter jemanden versehentlich ins Wasser stößt, soll dies keine Garantenstellung begründen. Besonderheit der Einschließung sei nämlich, dass eine „Beziehung geschaffen ist, die andauern kann“. ¹⁸⁴⁹

II. Kritik

Um diese Fälle direkt als Anknüpfungspunkt zu nehmen: Worin das entscheidende Differenzierungskriterium liegt und warum es im Fall des Eingeschlossenen, nicht aber des Ertrinkenden vorliegen soll, bleibt im Dunklen.¹⁸⁵⁰ *Pfleiderer* produziert zufällige Ergebnisse und unverständliche Abgrenzungen. Man beachte hier nur, dass *Schmidhäuser* vom

¹⁸⁴³ *Pfleiderer* Garantenstellung S. 124. Es handle sich zwar um ein analogistisches Verfahren, allerdings sei die Analogie „umso berechtigter, je näher der Vergleichsfall liegt“, S. 126.

¹⁸⁴⁴ *Pfleiderer* Garantenstellung S. 121 f. Hier bestehe Einigkeit hinsichtlich der Bewertung. Ähnlich *Schmidhäuser* AT 12/24; **kritisch** zur „Grundfallmethode“ *Roxin* ZStW 83 (1971) 369, 403: Es handle sich nicht mehr um Auslegung des Gesetzes.

¹⁸⁴⁵ *Pfleiderer* Garantenstellung S. 115; ebenso *Schmidhäuser* AT 12/24; speziell zur Ingerenz 12/28 ff.

¹⁸⁴⁶ *Pfleiderer* Garantenstellung S. 127. So müsse man noch weitere Grundfälle herauskristallisieren.

¹⁸⁴⁷ *Pfleiderer* Garantenstellung S. 123; dem folgend *Schmidhäuser* AT 12/29.

¹⁸⁴⁸ *Pfleiderer* Garantenstellung S. 141. Der Eingeschlossene sei ebenso abhängig, wie das Kind von der Mutter.

¹⁸⁴⁹ *Pfleiderer* Garantenstellung S. 140 f.

¹⁸⁵⁰ Es ist unerfindlich, weshalb das von *Pfleiderer* aufgestellte Kriterium „Beziehung, die andauern kann“ für den Einschluss, nicht aber für das Verletzt-am-Straßenrand-Liegen und das Ertrinken im Wasser zutreffen sollte. Vgl. auch *Herzberg* Garantenprinzip S. 287 f.; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 89, der das langsame Verdursten des Eingeschlossenen mit dem langsamen Ertrinken des ins Wasser Gestoßenen vergleicht; siehe auch S. 91, ausführlich S. 81 ff.; außerdem *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 43. – *Pfleiderer* meint weiterhin, der Einschließende sei ungewollt in eine „Fürsorgeposition“ eingetreten, er gebe

gleichen Ausgangspunkt zu einer deutlich weitergehenden Anerkennung der Ingerenz gelangt.¹⁸⁵¹

Die Unsicherheiten sind bereits in der „topischen Methode“¹⁸⁵² *Pfleiderers* begründet.¹⁸⁵³ Diese bietet keinen rechtssicheren Maßstab für die Bestimmung der Strafbarkeit.¹⁸⁵⁴ Ein Ausweichen auf ein Fallrecht ist mit den Erfordernissen der Rechtssicherheit unvereinbar und verstößt daher gegen Art. 103 II GG.¹⁸⁵⁵ Die Methode *Pfleiderers* beruht auf einem Verständnis der Analogie als direktem Schluss vom *Besonderen* auf das *Besondere*, der sich mangels Absicherung mittels des gemeinsamen Allgemeinen¹⁸⁵⁶ bloß auf die empfundene Evidenz stützen kann. Kritikwürdig ist dabei nicht nur der bloß evidenzgestützte Schluss als solcher, sondern insbesondere, dass dieser *doppelt*, nämlich über den Umweg der „Grundfälle“ vorgenommen wird. Diese nehmen wertungsmäßig im Vergleich zu den sonst zu beurteilenden Unterlassungsfällen keine Sonderstellung ein. Es erschließt sich nicht, wieso *Pfleiderer* nicht direkt fragt, ob die diskutierten Fälle möglicherweise selbst „Grundfälle“ sind.¹⁸⁵⁷ *Pfleiderer* weist hinsichtlich der „Grundfälle“ auf die Maßgeblichkeit des Rechtsgefühls sowie einen angeblichen Konsens hinsichtlich ihrer Strafwürdigkeit hin – damit liegt das Ergebnis jedoch letztlich im subjektiven Belieben des Rechtsanwenders.¹⁸⁵⁸ Dass die Strafbarkeit „jedem einleuchtet“, ist unter der Geltung des

durch die Aufrechterhaltung jedoch zu erkennen, dass er diese weiter ausüben wolle (*Pfleiderer* Garantstellung S. 141). Dieser „Wille“, eine „Fürsorgeposition“ einzunehmen, ist jedoch eine bloße Fiktion, die jeder Grundlage entbehrt.

¹⁸⁵¹ *Schmidhäuser* AT 12/29.

¹⁸⁵² Siehe aber im Allgemeinen *Puppe* ZIS 2020, 143, 148: „Eine allgemeine Theorie der Topik gibt es nicht, das wäre auch untopisch“.

¹⁸⁵³ Die Grundfallmethode hat daher zu Recht durchweg Ablehnung erfahren; *Herbertz* Ingerenz S. 113 f.; *Herzberg* Garantprinzip S. 287 f.; *Kugler* Ingerenz S. 88 ff.; *Otto* NJW 1974, 528, 531; *Roxin* ZStW 83 (1971) 369, 403: keine Gesetzesauslegung mehr; *Sangenstedt* Garantstellung S. 161 ff.; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 81 ff., 85, 91; *Stein* JR 1999, 265, 271; *Timpe* Strafmilderungen S. 180 f.; siehe auch S. *Böhm* Garantpflichten S. 73; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 44.

¹⁸⁵⁴ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 85: „Produkte eines unverifizierbaren Rechtsgefühls“.

¹⁸⁵⁵ Im Allgemeinen *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 88. Vgl. auch *Welp* Vorangegangenes Tun S. 150 m. Fn. 49: Das *bloß* topische Denken führt über den Appell an den gesunden Menschenverstand nicht hinaus.

¹⁸⁵⁶ Welches aus der Analogie überhaupt erst einen logischen Schluss macht, *Puppe* Schule S. 196. Siehe auch oben → E II 1 a).

¹⁸⁵⁷ *Herzberg* Garantprinzip S. 287 f.; es erschließe sich nicht, inwiefern sich die „Grundfälle“ von anderen abheben. Die Unterscheidung liege „vermutlich an der besonderen Bedeutung und Häufigkeit gewisser Konstellationen im sozialen Leben“, sei aber nicht axiologisch begründbar. In welchen sozialen Lebensbereichen mit welchen faktischen Mitteln die Gefahr geschaffen werde, müsse nach den normativen Maßstäben des Rechts außer Betracht bleiben; dem ist zuzustimmen: Es ist abwegig, aus der sozialen Häufigkeit der „Grundfälle“ und ihrer Behandlung durch die Rechtsprechung auf deren normative Bedeutung zu schließen; ähnlich auch *Otto* NJW 1974, 528, 531: Die Sichtung der bisher entschiedenen „Grundfälle“ kann jedenfalls keine Zäsur im Prozess der richterlichen Rechtsfortbildung darstellen. *Schünemann* Grund und Grenzen S. 81 ff., der zudem treffend darauf hinweist, dass die Grundfallmethode konsequent zu Ende gedacht zu „case law“ führt, welches unserer Rechtsordnung fremd ist.

¹⁸⁵⁸ Vgl. auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 90: Das Abstellen auf vorrechtliche Wertvorstellungen verstößt mangels Verifizierbarkeit der Grundsätze gegen den *nulla poena* Satz; hingegen meint *Her-*

Grundgesetzes keine hinreichende Begründung der Bestrafung. Der Zwischenschritt über den Grundfall, wie *Pfleiderer* ihn tätigt, droht dabei sogar, das Ergebnis zu verfälschen. Denn der zu beurteilende Fall müsste für den Ähnlichkeitsschluss dem Grundfall nicht „irgendwie“ ähneln, sondern gerade in denjenigen Aspekten, die ihn zum Grundfall machen, also dem *rechtlich wesentlichen gemeinsamen Allgemeinen*, in dem der „Grundfall“ der Begehung entspricht. Ansonsten droht bloß ein Vergleich von – für die Gleichstellung mit der Begehung – unerheblichen Nebensächlichkeiten.¹⁸⁵⁹ Die Fälle entfernen sich nicht etwa wie auf einer geraden Achse (etwa Begehung – Grundfall der Mutter – Ingerenz),¹⁸⁶⁰ sie können vielmehr unterschiedlichste Gestalten annehmen, solange sie der Begehung in der *für die Bewertung maßgeblichen* Hinsicht ähneln. Wenn man etwa forderte, dass die Garantenposition aus Ingerenz ebenso wie die der Mutter oder des Schwimmlehrers ein Schutzverhältnis darstellen müsse, übergeht man, dass es gerade bei der Begehung *nicht* um ein Schutzverhältnis geht. Dieses ist nicht das für den Analogieschluss „maßgebliche Gemeinsame“, sondern bloß *eine bestimmte Form*, in der sich die Wertung des rechtlichen Einstehenmüssens für manche Sachverhalte entfaltet. Bei der Ingerenz kann sich diese Wertung – wie eben selbstverständlich bei der Begehung – durchaus in *anderer Form* konkretisieren. Bei diesem Fehlschluss *Pfleiderers* handelt es sich jedoch nicht um einen Irrweg, den man der Rechtsgeschichte zuordnen könnte, vielmehr unterläuft er auch heute noch manchen Autoren: So meint etwa *Ceffinato* in seiner 2017 erschienenen Habilitationsschrift, die Ingerenz sei keine Garantenposition, da jeder sie erwerben könne und es sich daher nicht um eine „Sonderposition“ handle.¹⁸⁶¹ Auch damit wird ein (für die Gleichstellung nebensächliches) Spezifikum der Obhutsgarantenstellungen verabsolutiert¹⁸⁶² – gleichgestellt werden soll die jeweils in Frage stehende Konstellation jedoch nach § 13 I StGB der Begehung, nicht dem Fall des Beschützergaranten.

bertz Ingerenz S. 114, die Grundfälle könnten nur das „Wann“, nicht das „Warum“ der Strafbarkeit vermitteln. Das erscheint m.E. jedoch nicht zutreffend. Ohne Rückgriff auf das „Warum“ kann auch das „Wann“ nicht rechtssicher, sondern höchstens intuitiv festgestellt werden.

¹⁸⁵⁹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 91.

¹⁸⁶⁰ Vgl. pointiert *Schünemann* Grund und Grenzen S. 87: „Die Entfernung [kann] natürlich nicht in Zentimetern gemessen werden“.

¹⁸⁶¹ *Ceffinato* Vollendungsumkehr S. 124 f.; siehe dazu schon oben → C I Fußnote 1389.

¹⁸⁶² Dass die „Garantenstellungen strukturähnlich zu den Sonderpflichtenpositionen sind“ (*Ceffinato* NSTZ 2021, 65, 68) kann daher bloß eine *Beschreibung* der in der Rechtsprechung und Literatur anerkannten Fallgruppen sein, hat jedoch keinen Begründungswert für die Gleichstellungsfrage.

Zutreffender Grundgedanke von *Pfleiderers* Theorie ist allein, dass es durchaus legitim erscheint, sich vom Kern- in Richtung des Randbereichs des Garantenbegriffs vorzutasten.¹⁸⁶³ Gerade diese Wertungen, die den Fällen jeweils zugrunde liegen, arbeitet *Pfleiderer* jedoch höchstens im Ansatz heraus.¹⁸⁶⁴ Eine Wissenschaft kann sich nicht mit der Plausibilität des Einzelfalls begnügen, sondern sie muss „den plausiblen Einzelfall zum Anlass für den Versuch nehmen, aus ihm eine allgemeine Regel abzuleiten“.¹⁸⁶⁵ Das topische Denken ohne übergeordnetes systematisches Prinzip produziert nur Scheinlösungen.¹⁸⁶⁶

J. Die Ingerenz als Begehungsdelikt (*Brammsen*)

I. Darstellung

1. Ablehnung einer Garantenstellung

Brammsen geht ähnlich wie *Otto* in Anknüpfung an *Luhmann* davon aus, dass die Garantenpflichten auf „Erwartungserwartungen“ beruhen.¹⁸⁶⁷ Hinsichtlich der Ingerenz meint *Brammsen* zwar, dass die Erwartung an den Ingerenten allgemein anerkannt sei und zwingenden Charakter habe, weil das enge und hochtechnisierte Zusammenleben nur unter der Bedingung möglich sei, dass jeder selbstbegründete Gefahren für bestimmte Rechtsgüter verhindert.¹⁸⁶⁸ Eine Ingerenzgarantenstellung jedoch sei „in der Realität des sozialen Alltagslebens nicht nachweisbar“.¹⁸⁶⁹ Inhaltlich sei diese nämlich so unbestimmt wie die sozialen Positionen der Jedermanndelikte: Der Ingerent könne ebenso wenig wie der Begehungstäter vor der gefährdenden Handlung ermittelt werden, vielmehr sei seine Position allein von dem gefährlichen Tun abhängig. Während die üblichen Garantenpositionen „recht ausgeprägt und relativ gut ermittelbar“ seien, sei die Position des Ingerenten

¹⁸⁶³ So können, wie die Beschäftigung mit *Schünemanns* Theorie gezeigt hat, von der Herrschaft über Gefahrenquellen Rückschlüsse auf die Garantenstellung aus Ingerenz gezogen werden. Die fallbezogene Betrachtung darf jedoch nicht für sich stehen, sondern stets nur der Findung der entscheidenden abstrakten Begriffe und Wertungen dienen. So auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 81: „Mit Hilfe der Topik können in das ‚Meer des Unbekannten‘ die ersten Dämme [...] getrieben werden“, am Ende müsse immer eine systematische Verarbeitung stehen; S. 90: erste Aufbereitung des Materials; ähnlich im Allgemeinen auch *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 55: nützlich für den ersten Zugriff.

¹⁸⁶⁴ Im Ergebnis auch *Kugler* Ingerenz S. 91: Es muss ein materieller Strafgrund aufgefunden werden; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 166: Auf die Herausarbeitung der Wertungen kann nicht verzichtet werden.

¹⁸⁶⁵ Im Allgemeinen *Puppe* ZIS 2020, 143, 146.

¹⁸⁶⁶ Treffend *Schünemann* ZStW 96 (1984) 287, 296 m. Fn. 32 zu *Arzt*; vor einem bloß topischen Vorgehen warnend auch *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 54 ff.

¹⁸⁶⁷ Siehe *Otto/Brammsen* Jura 1985, 530 ff.; *dies.* Jura 1985, 592 ff.; *dies.* Jura 1985, 646 ff.; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 93 ff.

¹⁸⁶⁸ „Das Ingangsetzen von Geschehensabläufen darf nicht für andere Rechtsgenossen schädliche Folgen haben! Eventuelle Verletzungen Dritter infolge unseres gefährdenden Verhaltens müssen wenn möglich vermieden werden!“, *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 385. Dies lasse sich „auch ohne entsprechende empirische Daten apostrophieren“.

¹⁸⁶⁹ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 385 ff., 392; siehe auch *ders.* in: Individuelle Verantwortung S. 105, 113: „obskure Rechtsfigur“; **kritisch** zu dieser Ablehnung *Vogel* Norm und Pflicht S. 347 m. Fn. 245.

„wenig plastisch und kaum aussagekräftig“.¹⁸⁷⁰ Könne jeder durch sein Tun zum Garanten werden, „so kommt dieser Position kaum eine selektierende Funktion zu“, sie habe keine „Spezifizierungswirkung“.¹⁸⁷¹

Damit stehe die Ingerenz im Gegensatz zu den sonstigen eine Garantenstellung begründenden Positionen, während sie eine „erstaunlich weitgehende Ähnlichkeit“ mit den sozialen Positionen der Begehungsdelikte aufweise.¹⁸⁷² Dem Begehungsdelikt liege die Erwartung zugrunde, eine Realisierung von Gefahren, die auf eigenverantwortlich inganggesetzten Geschehensabläufen beruhen, zu vermeiden: „Wenn dem so ist, dann muß folglich derjenige, der eine derartige gefahrauslösende Handlung vornimmt, Adressat einer Verhaltenserwartung sein, die den in den Begehungsdelikten vertatbestandlichten Erwartungen inhaltlich zumindest sehr ähnlich oder gar gleichartig ist!“¹⁸⁷³

2. Begründung des Begehungsdelikts

Dies führt *Brammsen* zu dem Schluss, in den Fällen der Ingerenz Begehungsstrafbarkeit anzunehmen.¹⁸⁷⁴ Hierbei meint er, das klassische Verständnis des Koinzidenzprinzips stehe noch unter den überkommenen Elementen der „objektiven Unrechtslehre“, insbesondere dem Handlungsbegriff und dem naturalistisch orientierten Kausaldogma. Es bestehe jedoch „kein logisch zwingender Grund“, dass alle konstitutiven Elemente der Straftat ausnahmslos an den Beginn der Tat, also den Zeitpunkt der „Verursachungshandlung“ anknüpfen müssten.¹⁸⁷⁵ Das Koinzidenzprinzip nach § 16 I StGB besage jedoch nur, dass bei Begehung einer Straftat alle Elemente der Straftat zugleich erfüllt sein müssten, jedoch nicht, was die Straftat sei und wann sie begangen werde. Tatbegehung und

¹⁸⁷⁰ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 387 f. Sie gestatte keinerlei Rückschlüsse auf die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse der Inhaber dieser Position und keine einigermaßen sichere Prognose bzgl. der Befolgung der konkreten Verhaltenserwartung.

¹⁸⁷¹ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 388. Siehe auch S. 392: An seinem erfolgsabwendenden Verhalten könnten sich die Mitglieder der Gesellschaft „nicht mit der notwendigen Sicherheit orientieren“. „Es fehlt an dem grundlegenden, in einer bestimmten sozialen Position verfestigten gegenseitigen Erwartungsverhältnis, welches allen Mitgliedern der Sozietät eine Reduktion von Komplexität und Kontingenz gestattet. Ihm ist kein besonderer sozialer Einflußbereich ‚überantwortet‘“.

¹⁸⁷² *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 388. Gegen eine Bezeichnung des Begehungstäters als Überwachungsgaranten S. 137 f., 142 f.

¹⁸⁷³ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 386 f.; siehe auch S. 392; bereits S. 90: Das Vertrauen in die „Ordnung der Dinge“, welches der Ingerenzverpflichtung zugrunde liegen solle, unterscheide sich nicht von dem allgemeinen, den Begehungsdelikten zugrundeliegenden Vertrauen.

¹⁸⁷⁴ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 403; *ders.* GA 1993, 97, 109; dies nennt *Vogel* Norm und Pflicht S. 347 m. Fn. 245 euphemistisch eine „originelle Schlussfolgerung“; **dagegen** *Denckner* FS Stree/Wessels S. 159, 163, es lohne sich nicht, für die Lösung des Ingerenzproblems unverzichtbare Grundbegriffe des Strafrechts aufzugeben; *Maurach/Gössel/Zipf* § 46 Rn. 89; *Roxin* AT II § 32 Rn. 154: Der Begehungsvorsatz sei ein unbeachtlicher *dolus subsequens*; *Stein* JR 1999, 265, 267.

¹⁸⁷⁵ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 406 ff., 414 ff., 417: „Die Beschränkung des Vorsatzes auf einen *dolus agens* ist allein auf eine fehlerhaft einseitige Orientierung an der überkommenen ‚klassischen‘ objektiven Unrechtslehre und deren Grundelementen zurückzuführen“.

Verursachung könnten nicht generell gleichgesetzt werden.¹⁸⁷⁶ Dagegen bemüht sich *Brammsen*, nachzuweisen, dass der Begriff *dolus subsequens* in der neueren Literatur regelmäßig allein den Vorsatz zum Zeitpunkt nach Eintritt des Taterfolgs betreffe, zu dem nicht mehr gegengesteuert werden kann.¹⁸⁷⁷ Die von ihm präferierte Lösung werde hiervon nicht ausgeschlossen, denn der verbrecherische Wille trete ja gerade zur noch bestehenden *Möglichkeit zur Gegensteuerung* hinzu.¹⁸⁷⁸ „Solange der Ingerent noch die Möglichkeit zur Geschehenssteuerung und Erfolgsvermeidung hat, solange kann der Vorsatz hinzutreten.“ Allein diese Auffassung (!) entspreche den gesetzlichen Anforderungen der §§ 16 f. StGB.¹⁸⁷⁹ Hier sucht *Brammsen* eine Anknüpfung an den im älteren Schrifttum diskutierten „*dolus superveniens*“.¹⁸⁸⁰

Im Folgenden wendet sich *Brammsen* der *Beschaffenheit* der Vorhandlung zu:¹⁸⁸¹ Da es um ein Begehungsdelikt gehe, müsse die gefahr begründende Handlung selbstverständlich rechtswidrig sein.¹⁸⁸² Hierfür komme es nicht allein auf deren Gefährlichkeit, sondern insbesondere auf eine Interessenabwägung an.¹⁸⁸³ Da das Recht den Einzelnen zu den gebotenen Handlungen motivieren und hierbei als „Richtschnur“ dienen wolle, müsse es sich aus einer *ex ante* Perspektive ergeben, welche Interessen das Recht in der konkreten

¹⁸⁷⁶ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 408, 416 f.: Dass zwischen Gefahrschaffung und Gefahrrealisierung faktisch regelmäßig nur ein geringer zeitlicher Abstand liege, begründe keine „allumfassende Regel“; insoweit noch gleich *Otto* FS Maurach S. 91, 102; *ders.* FS Gössel S. 99, 100.

¹⁸⁷⁷ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 411 f.

¹⁸⁷⁸ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 413. „Wir haben somit aufzeigen können, daß die von uns propagierte ‚Behebungslösung‘ beim Ingerenzdelikt nicht der im heutigen strafrechtlichen Schrifttum gebräuchlichen Verwendung des *dolus subsequens* widerspricht“.

¹⁸⁷⁹ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 417. Siehe auch S. 421: „Nur die Einordnung der Ingerenzsituation in das System der Begehungsdelikte vermag der Struktur der vom Ingerenten mißachteten Jedermannpflichten gerecht zu werden! Hat man sich einmal von der Herrschaft des Kausaldogmas und des damit verknüpften Handlungsbegriffs befreit, dann entspricht die hier vertretene ‚Behebungslösung‘ der strafrechtlichen Gesetzessystematik. Hingegen mißachtet eine ‚Unterlassungslösung‘ die aus der unterschiedlichen Struktur der verletzten Erfolgsvermeidepflichten folgenden Konsequenzen für die systementsprechende Behandlung“.

¹⁸⁸⁰ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 418 ff. Bereits bei *Krug* und *Glaser* habe der *dolus* vor Eintritt der Rechtsgutsverletzung zum Zeitpunkt einer noch möglichen Erfolgsabwendung gefasst worden sein müssen, S. 410.

¹⁸⁸¹ An dieser Stelle zeigt sich deutlich, wie stark sich *Brammsen* vom juristischen Diskurs über die Strafbarkeit der Ingerenzunterlassung entfernt, wenn er meint, die Auseinandersetzung mit den Begründungsversuchen der Vertreter der „Unterlassungstheorie“ sei „ausgeschlossen“, da bereits ihre Grundprämisse keinesfalls zu akzeptieren sei und damit die „Grundvoraussetzung jeder Diskussionsmöglichkeit“, die „gemeinsame Argumentationsebene“ fehle, *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 422 ff.; deutlich moderater dann *ders.* GA 1993, 97, 101 ff.

¹⁸⁸² *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 423. Es handle sich insoweit um ein bloßes „Scheinproblem“, S. 431 m. Fn. 51.

¹⁸⁸³ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 425 (siehe im Allgemeinen auch *Otto* AT § 6 Rn. 10 f., 48 ff., § 8 Rn. 2 ff.). Bei der Abwägung könne man sich an den normierten Rechtfertigungsgründen, insbesondere § 34 StGB, orientieren (*Brammsen* aaO S. 428 ff. zu den in die Abwägung eingehenden Faktoren); hier spiele die Kenntnis des Handelnden von der Gefahrträchtigkeit wieder eine Rolle (S. 430 unten). – Erstaunlich ist, dass sich *Brammsen* für die Fahrlässigkeit an den geschriebenen Rechtfertigungsgründen orientieren will, umgekehrt aber für den geschriebenen Rechtfertigungsgrund des § 32 StGB an die Stelle der gesetzlichen Voraussetzungen eine Interessenabwägung setzen will (S. 432 ff.).

Situation für schutzwürdiger erachte. Wenn diese Interessenkollision nicht vorher aufgelöst ist, würde sich „die Bestimmung der Rechtswidrigkeit [...] als unvorhersehbarer Willkürakt darstellen!“.¹⁸⁸⁴ Die Handlung müsse dabei unerlaubt, also jedenfalls „objektiv fahrlässig-rechtswidrig[...]“ sein.¹⁸⁸⁵ Auch bei einer Notwehrrechtfertigung scheidet die Strafbarkeit aus.¹⁸⁸⁶ Die nachträgliche Abwendungsmöglichkeit könne die Tat nicht nachträglich rechtswidrig machen.¹⁸⁸⁷ Anderes soll wohl für den rechtfertigenden Notstand gelten.¹⁸⁸⁸

3. Einschub: Die Ingerenz als *dolus subsequens* bei Lampe

Überlegungen zu einem relevanten *dolus subsequens* finden sich in ganz ähnlicher Weise auch bei Lampe. Dieser unterscheidet zwischen Vorsatz und Finalität: Es werde nicht durch eine „vorsätzliche (=finale) Handlung“ der Erfolg herbeigeführt, sondern „vorsätzlich durch eine finale Handlung“.¹⁸⁸⁹ Die Fiktion *Glasers*, die Handlung und die Unterlassung zu einer Einheit zusammenzufassen, sei nur dann erforderlich, wenn man die Handlung mit Abschluss der Körperbewegung enden lasse. Indem hingegen die Handlung auch während des Laufs der Kausalreihe noch fortduere, trete der Vorsatz bei der „Ingerenz“ zwar nach der Körperbewegung, aber noch *während* der Handlung ein.¹⁸⁹⁰ „Finale Handlungen sind solche Handlungen, die mit Beendigung der Körperbewegung nur ihren (beherrschbaren) Ursachen, nicht auch ihren (beherrschbaren) Wirkungen nach

¹⁸⁸⁴ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 428.

¹⁸⁸⁵ *Brammsen* GA 1993, 97, 109.

¹⁸⁸⁶ „Ist mithin die Herbeiführung eines Erfolges nach dem ‚ex ante‘ Urteil zulässig und rechtmäßig, dann kann unmöglich zugleich eine entsprechende Erfolgsvermeidungspflicht verletzt worden sein! Die fehlende Mißbilligung einer ‚Erfolgsverursachung‘ kann nicht gleichzeitig eine Mißbilligung der Nichtabwendung gerade dieses konkreten Erfolges beinhalten! Entweder ist die Herbeiführung einer Rechtsgutsverletzung vom Standpunkt ex ante als rechtswidrig oder als rechtmäßig zu beurteilen – beides zusammen kann sie hinsichtlich ein und derselben Rechtsgutsverletzung jedenfalls nicht sein“, *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 435.

¹⁸⁸⁷ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 435 f. Merkwürdig erscheint es, wie *Brammsen*, obwohl letztlich § 32 StGB anwendend, hier die Rechtswidrigkeit der Notwehrtat im Wege einer Interessenabwägung ermitteln will; diese könne sich „nicht durch die bloße Subsumtion der in § 32 StGB ausformulierten Voraussetzungen ermitteln! Eine lediglich auf der bloßen Nachvollziehung des reinen Gesetzeswortlautes basierende Interessenabwägung kann die hier bestehende Problematik nur unvollkommen entschleiern! Sie begünstigt zu sehr eine allein an den Interessen der Beteiligten ausgerichtete Betrachtungsweise!“ Hieraus würde die Vernachlässigung der überindividuellen Interessen, etwa der „Erhaltung des sozialen Friedens“, vernachlässigt, S. 432 f. Deutlicher zeigt sich der Abwägungscharakter bei den Ausführungen zum Missbrauch der Notwehr, S. 437 f. – Dass in diesen Fällen die Handlung nicht gerechtfertigt ist, entspricht letztlich der ganz herrschenden Dogmatik zur Notwehr. Bei diesem Rechtfertigungsgrund darüber hinaus jedoch eine ausdrückliche Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, ist *contra legem*, da der Gesetzgeber bei § 32 StGB die Abwägung durch die Normierung der Erlaubnistatbestandsmerkmale – anders als bei § 34 StGB – bereits selbst getroffen hat.

¹⁸⁸⁸ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 439 ff.

¹⁸⁸⁹ *Lampe* ZStW 72 (1960) 93, 99.

¹⁸⁹⁰ *Lampe* ZStW 72 (1960) 93, 103. Die herrschende Ansicht hingegen, die bloß auf die äußerlich sichtbare Körperbewegung abstellt, erliege einem vordergründigen Naturalismus, welcher den sozialen Sinngehalt der Handlung außer Acht lasse.

abgeschlossen sind“. Der Täter handle daher, solange er die Wirkungen seiner körperlichen Aktivität in ihren Ursachen beherrscht. Auch der Vorsatz lasse sich solange durch eine finale Handlung verwirklichen, wie er als gesetzter Zweck in Beziehung zu dieser Objektivität treten könne.¹⁸⁹¹ Der *dolus subsequens* sei daher ein „der Körperbewegung nachfolgender, durch Handlung verwirklichter Vorsatz“, das „beherrschende Wollen der in ihren Ursachen unbezweckten Folgen“. Mit diesem Wollen erkenne der Täter die Wirkungen seiner Bewegungen als die seinigen an.¹⁸⁹²

Bereits diese Ausführungen sind in der Literatur zutreffenderweise auf Ablehnung gestoßen.¹⁸⁹³ Denn die Finalität ist in der aktiven Phase auf ein *anderes* Geschehen bezogen als die tatsächliche Entwicklung der Gefahr. Beschrieben ist also bloß die Willkürlichkeit des Kausalanstoßes.¹⁸⁹⁴ Es ist daher unklar, wie sie Einheit stiften soll zwischen der Handlung und den *gerade nicht bezweckten* Wirkungen.¹⁸⁹⁵ Was fort dauert ist eben nicht die Finalität der Handlung, sondern nur der Kausalverlauf.¹⁸⁹⁶ Unerklärlich ist, wie die vergangene, auf einen rechtlich neutralen Zweck gerichtete Handlung nun nachträglich einem strafrechtlich relevanten Zweck unterstellt werden soll.¹⁸⁹⁷ Die von *Lampe* angeführte Vereinigung des Prozesses in der Reflexion mit der Subjektivität beschreibt allein die *Billigung* des Geschehens, was nichts an dessen Straflosigkeit ändern kann. Denn richtigerweise kommt es auf den Vorsatz auch nicht bloß als „subjektive Reflexion“ an, sondern als in der realen Situation bedeutsame Entscheidung.¹⁸⁹⁸ Wenn sich insofern der *dolus subsequens* (die „Subjektivität“) nun mit der „Objektivität des Seins“ vereinen soll, kommt als solche allein die „Objektivität“ der *Unterlassung* in Frage.¹⁸⁹⁹

¹⁸⁹¹ *Lampe* ZStW 72 (1960) 93, 104 f.

¹⁸⁹² *Lampe* ZStW 72 (1960) 93, 105. Dies sei bei annähernd allen Straftaten zu beobachten: Stets bestehe nach Abschluss der Körperbewegung eine gewisse Zeitspanne, in der der Täter den in Gang gesetzten Kausalverlauf aufhalten könne. „Weil er durch seine ‚Vorhandlung‘ hierzu verpflichtet wäre, hätte er das mit Abschluß der Körperbewegung noch unvollendete Delikt meist auch noch durch sein nachfolgendes Unterlassen verwirklicht“. – Die Antwort hierauf gibt *Lampe* jedoch selbst: Man müsse annehmen, das Handlungsdelikt „konsumiere“ das rechtswidrige Unterlassen. Diese Scheidung von Tun und Unterlassen sei dem „natürlichen Denken“ jedoch fern. Sympathisierend auch *Philipps* Handlungsspielraum S. 175 m. Fn. 227.

¹⁸⁹³ Ausführlich *Welp* Vorangegangenes Tun S. 126 ff., 130 ff.

¹⁸⁹⁴ Vgl. *Androulakis* Studien S. 218; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 128 ff.

¹⁸⁹⁵ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 130; *Kühl* Beendigung S. 63 f. m. Fn. 29.

¹⁸⁹⁶ *Kühl* Beendigung S. 63

¹⁸⁹⁷ *Androulakis* Studien S. 218.

¹⁸⁹⁸ *E. A. Wolff* Kausalität S. 41 m. Fn. 20; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 131: Es handelt sich nicht um einen Verwirklichungswillen. – Dass es um das *Unterlassungsverhalten* geht, zeigt sich besonders an der Überlegung (*Wolff* aaO), dass dem Ingerenten in der Unterlassungssituation ein Rechtfertigungsgrund, etwa aufgrund Pflichtenkollision, zur Seite stehe. Aufgrund der Rechtfertigung *der Unterlassung* macht sich der Betreffende trotz rechtswidriger Vorhandlung und nachträglicher „Billigung“ nicht strafbar; ähnlich auch *Welp* aaO S. 131 f.: Alle erheblichen Fragen (Vorsatz, Täterschaft und Teilnahme, Rechtfertigung, Entschuldigung, Konkurrenzen, Verjährung) richten sich nach Unterlassungsgrundsätzen.

¹⁸⁹⁹ *Androulakis* Studien S. 218.

II. Kritik

1. Ablehnung der Ingerenzgarantenstellung durch *Brammsen*

Zutreffend ist an der Ansicht *Brammsens* sicher, dass der Ingerent keine *unabhängig* von der Vorhandlung und damit den Wertungen zum Begehungsdelikt aufweisbare Position im sozialen Leben innehat.¹⁹⁰⁰ Was jedoch nicht überzeugen kann, ist die deutlich radikalere Folgerung *Brammsens*, dass die Ingerenz aus diesem Grund überhaupt keine Garantstellung begründe. Die Argumentation *Brammsens* wirkt hier äußerst gezwungen und ergebnisorientiert, sie ist häufig bloß von apodiktischen Behauptungen gestützt.¹⁹⁰¹

Welches der maßgebliche *Zweck* ist, hinsichtlich dessen die Gleichbehandlung der Ingerenzsituation mit der Begehung nach § 13 I StGB zu überprüfen ist, ist eine Frage, die durch das *Recht*, konkreter das *Strafrecht*, konkreter die *Wertungen* der Begehungstatbestände zu beantworten ist. *Unmaßgeblich* hierfür ist zunächst, welche Zwecke die *Soziologie*, insbesondere die Systemtheorie *Luhmanns*, den „Erwartungserwartungen“ zuweist und ob bzw. dass diese Besonderheiten auch in denjenigen Lebensverhältnissen *aufzufinden* (insoweit deskriptiv) sind, die unter dem Stichwort der Beschützergarantenstellungen diskutiert werden. Die „Prognose“ der Verhaltenserwartung ist ein bloßes Faktum, welches an sich noch kein Sollen stiftet.¹⁹⁰² Weil *Brammsen* selbst keine soziologische Analyse der Garantpositionen leistet, muss er sich ohnehin mit einer oberflächlichen Betrachtung behelfen¹⁹⁰³ oder auf die bestehende Rechtsprechung zu den Garantstellungen zurückgreifen¹⁹⁰⁴ und sich so in einer begriffsjuristischen Aufzählung der anerkannten (Obhuts)Garantenstellungen erschöpfen.¹⁹⁰⁵ Wenn man den Erwartungserwartungen Bedeutung zugestehen will, beschränkt sich diese auf die mögliche Konkretisierung einer *juristischen Gleichstellungsrichtlinie*, kann letztere jedoch, weil aus dem Sein kein Sollen erfolgt, nicht präjudizieren.¹⁹⁰⁶ Was den Ausschluss der Garantstellung aus Ingerenz

¹⁹⁰⁰ Dazu, dass der Ingerent keinen besonderen Status aufweist, vgl. auch *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 134 f.

¹⁹⁰¹ Einhergehend mit der inflationären Verwendung von Ausrufezeichen.

¹⁹⁰² Vgl. auch *Pawlik* ZStW 111 (1999) 335, 344; zum Methodendualismus im Allgemeinen *Radbruch* RPh S. 6 ff.

¹⁹⁰³ *Sangenstedt* Garantstellung S. 146: „laienhaft-oberflächliche[...] Alltagslogik“; die Unbestimmtheit kritisieren auch *Berster* Unterlassungsdelikte S. 32; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 109 f.; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 44; *Herbertz* Ingerenz S. 127, 251; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 77; *Pawlik* ZStW 111 (1999) 335, 344; *Roxin* AT II § 32 Rn. 31; *Sangenstedt* Garantstellung S. 146 ff.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 348.

¹⁹⁰⁴ Vgl. *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 130; *Otto/Brammsen* Jura 1985, 530, 537.

¹⁹⁰⁵ *Jakobs* AT 29/28 m. Fn. 53 (7): „So leitet man freilich Garantstellungen nicht her, sondern beschreibt sie und auch das nur unvollkommen“; siehe auch *Grünwald* Garantpflichten S. 26; *Pawlik* Unrecht S. 175 m. Fn. 140.

¹⁹⁰⁶ Es erscheint durchaus *denkbar*, dass diese soziologischen Betrachtungen für die Obhutsgarantenstellungen Bedeutung erlangen *könnten*. Hierzu müssten die sozialen Funktionen der Erwartungsverhältnisse mit der *ratio iuris* der Gleichstellung in Entsprechung gebracht werden. Es handelt sich dann um ein Denken aus der Natur der Sache, vgl. hierzu → E II 1 b) sowie konkret in der Kritik der Theorie *Schünemanns* E II 2, 3. Dann kann man jedoch nicht bei der deskriptiv soziologischen Analyse stehen bleiben, sondern

angeht, könnten die Erwartungserwartungen *höchstens* im Rahmen einer teleologischen Argumentation Bedeutung erlangen: Man *müsste* dann aufzeigen, dass *allein* Erwartungserwartungen im *Luhmann'schen* Sinne der *ratio iuris* der *strafrechtlichen Garantenstellung* entsprächen. Dafür müsste diese jedoch bereits feststehen – was bei *Brammsen* nicht der Fall ist; der unzweifelhafte Ausgangspunkt ist in jedem Fall ein rechtlicher. Die *strafrechtliche Garantenstellung* dient der Gleichbehandlung mit dem Begehungsdelikt, § 13 I StGB, und muss daher in Anlehnung an dessen Wertungen entwickelt werden. *Brammsen* missachtet also das in § 13 I StGB angeordnete Ziel *strafrechtlicher Gleichstellung*, wenn er den Anwendungsbereich der Garantenstellungen mit soziologischen Erwartungserwartungen (also einem bloßen – dabei wissenschaftlich nicht einmal festgestellten – Seinsbefund) identifiziert.

Hiermit wird ein Unterschied zwischen den „Erwartungen“ an *Jedermann* (Begehung sowie Ingerenz) und an *bestimmte* Personen (Garanten) herbeigeschrieben, der doch *gerade für die Gleichstellung nicht wesentlich sein kann*. Um die Fallgruppen „spezifizierter Erwartungserwartungen“ (insbes. Obhutsgarantenstellungen) der Begehungstäterschaft rechtlich gleich zu behandeln, müsste doch die Wesentlichkeit der Gemeinsamkeiten und die Unwesentlichkeit der Unterschiede aufgezeigt werden. Wenn die Obhutsgarantenstellungen nach § 13 I StGB der Begehung *gleichgestellt* sind, setzt dies gerade voraus, dass es hierfür auf Spezifizierung hinsichtlich bestimmter Personen nicht ankommt,¹⁹⁰⁷ diese

muss stets überprüfen, inwiefern etwa die Verletzung einer individualisierten, spezifizierten Erwartungserwartung der Begehung in ihrer Sozialschädlichkeit ähnelt. Primär ist in jedem Fall die strafrechtliche Wertung.

¹⁹⁰⁷ Die Überbetonung des Elements der konkreten gegenseitigen Erwartungen *bestimmter* Personen und die hieraus getroffenen Differenzierungen *Brammsens* erscheinen auch im Ergebnis äußerst gezwungen. Die „soziale Position“ des Begehungstäters ist im Gegenteil so „plastisch“ und „aussagekräftig“ wie keine andere: Dieser hat es, verkürzt gesagt, zu unterlassen, fremde Rechtsgüter zu schädigen. Diese *abstrakte* Respektierungsverbindlichkeit besteht gerade unabhängig von der *konkreten* sozialen Rolle oder Stellung der jeweils adressierten Person (vgl. *Hegel* Grundlinien § 37) – gerade dies verleiht den Schädigungsverböten im sozialen Leben eine besonders hohe Orientierungsfunktion und schafft eine umfassende Reduktion von Komplexität für Andere, die sich an dieser Erwartung orientieren können. Um Erwartungssicherheit in einer komplexen Gesellschaft, die nicht nur persönliche, sondern auch in hohem Maße flüchtige, anonyme soziale Kontakte erlaubt, zu gewährleisten, müssen Kontakte unabhängig von den Eigenschaften des konkreten Subjekts koordiniert werden (*Jakobs* AT 6/22; *ders.* ZStW 107 (1995) 843, 859 f.; *ders.* FS R. Merkel S. 639; siehe auch *Otto* AT § 9 Rn. 30 ff.; *ders.* ZStW 87 (1975) 539, 566 *et passim*). Dass man das eigene Haus verlassen kann, ohne andauernd damit zu rechnen, ermordet oder beraubt zu werden, reduziert Komplexität, indem man nicht ständig Selbstsicherungen ergreifen muss. Vgl. hierzu etwa *Welp* Vorangegangenes Tun S. 176; *Pawlik* Unrecht S. 101: Das Strafrecht ermöglicht dem Einzelnen *gerade* durch den Schutz der äußeren Freiheit durch Verbote die Gestaltung des eigenen Daseins frei von „lähmender Furcht und erdrückender Fremdbestimmung“. Zu Recht nennt *Jakobs* die „Organisationszuständigkeit“, also die „Verbindlichkeit“ des Aktivtäters sowie des Überwachungsgaranten, „die überhaupt wichtigste Institution der Gesellschaft“, *Jakobs* FS Hirsch S. 45, 48. – Absurd daher *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 390: Der Begehungstäter und ebenso der Ingerent sei der Rechtsgemeinschaft nicht bekannt und könne nicht als sicherer und determinierter Faktor bei der Ausgestaltung des sozialen Alltagslebens eingeplant werden. – Auf der anderen Seite kennt auch bei anderen Garantenbeziehungen der Geschützte den Garanten und seine individuellen Fähigkeiten regelmäßig nicht und kann keine „Prognose bzgl. der Befolgung der Verhaltenserwartung“ (*Brammsen* aaO S. 388) abgeben. Zwar besteht durchaus eine Er-

also eine *zufällige Eigenschaft* der aus anderem Grund gleichgestellten Schutzverhältnisse ist. Damit spielt dieser Gesichtspunkt für die Gleichstellung der Ingerenz aber *erst recht* keine Rolle. *Brammsens* Grundfehler bei der Ablehnung der Garantenstellung aus Ingerenz ist daher – ähnlich wie bei *Pfleiderer* oder *Ceffinato* – der Schluss von *accidentalia* der Obhutsgarantenstellungen auf die *essentialia* des Einstehenmüssens.

2. Konstruktion des *dolus subsequens*

Insbesondere jedoch *Brammsens* Begehungskonstruktion hat im Schrifttum zu Recht durchweg Ablehnung erfahren.¹⁹⁰⁸ Die Ansicht weist Verwandtschaft zu den Kausaltheorien des 19. Jahrhunderts auf – die Verbindung von Vorhandlung und unterlassener Abwendung zu einer Einheit läuft heute wie damals¹⁹⁰⁹ nicht über einen strafrechtlich irrelevanten *dolus subsequens* hinaus.¹⁹¹⁰

Es spricht jedenfalls auf den ersten Blick wenig für die Angemessenheit einer Lösung, wenn sie gezwungen ist, „unverzichtbare und bewährte Grundbegriffe und -prinzipien aufzugeben, nur um dem Ingerenzproblem beizukommen“.¹⁹¹¹ Zu Recht kritisiert *Herzberg*, *Brammsens* Modell stehe „im Dienst einer ersichtlich im Voraus festgelegten Lösung, die der Autor nicht ernsthaft zu falsifizieren sucht“. Er ignoriert mit seiner Begehungskonstruktion sehenden Auges das geltende Strafgesetz.¹⁹¹² Zwar wird *Brammsen* nicht müde, darauf hinzuweisen, dass § 16 I 1 StGB den Begriff der Tatbegehung nicht definiere, allerdings stellt das Gesetz an anderer Stelle klar, dass es auf den Zeitpunkt ankommt, in dem der Täter gehandelt hat (oder hätte handeln müssen), § 8 StGB.¹⁹¹³ Zudem würde nach geltendem Recht durch die Annahme eines Begehungsdelikts die Milderungsmöglichkeit des § 13 II StGB wegfallen, die besonders bei der Fallgruppe der Ingerenz erforderlich erscheint und auch nach dem Willen des Gesetzgebers ja gerade in

wartung an Amtsträger, dass diese im Rahmen ihrer Aufgaben Rechtsgutsbeeinträchtigungen verhindern. Doch bleibt dieser Amtsträger dem „Begünstigten“ der Erwartung regelmäßig ebenso anonym wie der potentielle Begehungstäter. Auch sonstigen Überwachungsgaranten wird das Opfer ebenso anonym gegenüber treten: Der fremde Grundstücksbesitzer, der den Gehweg nicht streut, der fremde Kfz-Halter, der dieses nicht in Stand hält, der fremde Hundebesitzer, der diesen nicht zurückhält, u.a. sind dem Opfer nicht individuell bekannt. Dass es *die Anerkennung der Garantenstellung aus Ingerenz ausschließen soll*, dass diese *jedermann* treffen kann und insoweit keine „Spezifizierungswirkung“ eintritt, ist daher nicht einleuchtend.

¹⁹⁰⁸ Ablehnend auch *Herzberg* JZ 1986, 986, 988 f. m. Fn. 20; *Jakobs* AT 29/28 m. Fn. 53 (7); *Dencker* FS Stree/Wessels 159, 162 f.; *Freund* Erfolgsdelikt S. 179 f. m. Fn. 75; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 78; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 38; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 336 ff.: „sie ist grundfalsch!“; *Vogel* Norm und Pflicht S. 347 m. Fn. 245, die Kritik ist dort allerdings stark geprägt von *Vogels* Normentheorie.

¹⁹⁰⁹ Dazu → Kapitel 1 § 1 B II.

¹⁹¹⁰ *Roxin* AT II § 32 Rn. 154; *Schünemann* FS Amelung S. 303, 310; außerdem *Renzikowski* Täterbegriff S. 139 m. Fn. 358: *Brammsens* Begriff der Tatbegehung widerspricht dem Rücktritt vom beendeten Versuch.

¹⁹¹¹ *Dencker* FS Stree Wessels 159, 163.

¹⁹¹² Vgl. *Herzberg* JZ 1986, 986, 988 f. m. Fn. 20, es handle sich um ein gedankliches Experiment, das mit dem geltenden Recht nichts zu tun hat. Siehe auch *Stein* JR 1999, 265, 267: Das Modell *Brammsens* missachtet die gesetzliche Differenzierung zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten, Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 344: „Mogelpackung“.

¹⁹¹³ Darauf weist auch *Otto* FS Gössel S. 99, 100 hin.

derartigen Fällen Platz greifen soll.¹⁹¹⁴ Jedenfalls mit der *lex lata* lässt sich *Brammsens* Modell nicht vereinbaren.

Darüber hinaus kann die Konstruktion *Brammsens* aber auch in der Sache nicht überzeugen.¹⁹¹⁵ Fast schon ironisch mutet es an, dass *Brammsen* ebenso wiederholt wie stereotypisch das allgemeine Verständnis des Koinzidenzprinzips als Ausfluss der „einseitig naturalistisch-kausalistisch ausgerichteten Denkweise“¹⁹¹⁶ bezeichnet und der herrschenden Ansicht vorwirft, sie vernachlässige das „Steuerbarkeitsprinzip“.¹⁹¹⁷ Denn das Koinzidenzprinzip in der Form, in der es die h.M. zu Recht versteht, trägt gerade der Tatsache Rechnung, dass der Vorsatz Steuerungsfaktor und die Handlung nicht bloß Verursachung ist. Diese unrechtskonstitutive Bedeutung des Vorsatzes als Steuerungsfaktor der Handlung ergibt sich vor dem Hintergrund, dass die Verhaltensnorm darauf abzielt, den Willen des Menschen anzusprechen.¹⁹¹⁸ *Roxin/Greco* weisen etwa zutreffend darauf hin, dass das Koinzidenzprinzip geradezu die selbstverständliche Schlussfolgerung aus dem Verständnis des Unrechts als Verstoß gegen eine Bestimmungsnorm darstellt.¹⁹¹⁹ Die besondere Sanktionierung der Vorsatztat beruht darauf, dass der Vorsatz die Entscheidung für die Rechtsgutsbeeinträchtigung bedeutet.¹⁹²⁰ Wollen kann der Täter nur etwas, was nach seiner Auffassung innerhalb seiner Steuerungsmöglichkeit liegt. Was außerhalb dieser Ein-

¹⁹¹⁴ Vgl. *Herzberg* JZ 1986, 986, 988 f. m. Fn. 20; *Roxin* AT II § 32 Rn. 154; zustimmend auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 78; *Herbertz* Ingerenz S. 254.

¹⁹¹⁵ Siehe auch *Sangenstedt* Garantenstellung S. 345: „Verdrehung der der Ingerenz eigentümlichen Unrechtsstruktur“; zustimmend *Herbertz* Ingerenz S. 254.

¹⁹¹⁶ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 416 und öfter.

¹⁹¹⁷ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 407, 416 m. Fn. 79, wo er selbst *Otto* eine Vernachlässigung dieses Prinzips vorwirft.

¹⁹¹⁸ *Hirsch* in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 65, 69; siehe auch *ders.* ZStW 94 (1982) 239, 244: „Leistung“; *ders.* FS Lampe S. 515, 519, 521; *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 54 f.; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 157 ff.; *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 25; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 43; *Jescheck/Weigend* AT § 24 III 4c; *Kühl* AT § 3 Rn. 5, § 5 Rn. 4; *Welzel* ZStW 58 (1939) 491 ff.; *ders.* EG Grünhut S. 173, 175; *ders.* Strafrecht S. 33 ff., 64 ff.; *Wolter* Straftatsystem S. 152 f.; sowie *Zaczyk* Unrecht S. 211: Der Wille ist „nicht bloße Innerlichkeit, die zu einem äußeren Geschehen hinzutritt, sondern gestaltender Grund sozialer Wirklichkeit [...]“; *Kahlo* Handlungsform S. 236: „Wirklichkeit des Willens als bewegender Kraft“ (der Vorwurf richtet sich dort gegen die vollständige Außerachtlassung des Willenselements durch die kognitiven Vorsatztheorien); *Mir Puig* FS Jescheck S. 337, 346 weist darauf hin, dass Vorsatz gerade die objektive Gefährlichkeit des Verhaltens verstärken kann.

¹⁹¹⁹ *Roxin/Greco* AT I § 12 Rn. 89a; siehe auch *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 43: „Aus der Eigenschaft der Strafnorm als Bestimmungsnorm folgt, daß der Handlungswille das *Kernstück* der materiellen Rechtswidrigkeit sein muß, denn der dem Normbefehl entgegengesetzte menschliche Wille ist es, der mit seiner Verwirklichung das in der Norm enthaltene Verbot oder Gebot verletzt“, Hervorhebung im Original; sowie *ders./Weigend* AT § 24 III 4c; ähnlich *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 54; *Eser/Burkhardt* Strafrecht I 3 A 98 ff.; *Hirsch* FS Lampe S. 515, 519; *Kühl* AT § 5 Rn. 4.

¹⁹²⁰ *Roxin/Greco* AT I § 12 Rn. 23. *Otto* AT § 7 Rn. 5: „Er stellt sein Interesse an der Vornahme der Handlung über das durch den Tatbestand geschützte Interesse. Das Wissen des Täters muss demnach so beschaffen sein, dass es seine Verhaltenssteuerung bestimmt, d.h. verhaltenswirksam ist.“ Auch *Sangenstedt* Garantenstellung S. 343 betont gegen *Brammsen*, dass im Tatstrafrecht der Wille in die Tat umgesetzt sein muss.

wirkungsmöglichkeit liegt, kann er erhoffen oder wünschen, jedoch nicht verwirklichen.¹⁹²¹ Eine Handlung ist „gestaltendes Eingreifen in das Kausalgeschehen und nicht bloßes subjektives Darüberschweben“.¹⁹²² *Brammsen* verkennt insofern, dass in einem präventiv rechtsgüterschützenden Strafrecht, welches seine Bürger zu einem bestimmten Verhalten motivieren will und hierzu deren Willen anspricht, Objektives und Subjektives im tatbestandsmäßigen Verhalten (insbesondere zeitlich) nicht trennbar sind. Zum Zeitpunkt des „*dolus superveniens*“ gestaltet der Täter nicht mehr aktiv, sondern „schwebt“ nur noch über dem Kausalverlauf. Die nachträgliche Entscheidung für die Rechtsgutsbeeinträchtigung wird, indem sie mit der Verursachungshandlung zeitlich nicht zusammentrifft, zum bloßen *Wünschen, Hoffen* oder *Billigen*, sie kann den sozialen Sinngehalt der vorangegangenen Handlung nicht mehr ändern¹⁹²³. Hier kann sinngemäß auf die Ausführungen zu der Konzeption *Lampes* verwiesen werden.¹⁹²⁴ Auch nach *Brammsens* Modell *billigt* der Ingerent die Vorhandlung, *entscheidet* sich aber für die Unterlassung. Die Ausführungen *Brammsens* stützen sich offensichtlich auf die Lehre *Ottos*, nach der die *Gefahrschaffung* und die *Steuerbarkeit* nicht nur, wenn sie zusammenfallen (Begehung), sondern auch, wenn sie zeitlich auseinanderfallen (Ingerenz), noch in einem funktionalen Zusammenhang stehen.¹⁹²⁵ Gerade wenn man aber auf diese Weise die Maßgeblichkeit des Steuerbarkeitsprinzips betont, kommt es auf das *Unterlassen* an: Zum Zeitpunkt der vorsätzlichen *Untätigkeit* steuert der Täter den Kausalverlauf eben nicht mehr aktiv. Ihm wird vorgeworfen, den Kausalverlauf gerade *nicht* in einer Weise zu steuern, welche die Rechtsgutsverletzung vermeidet.¹⁹²⁶ – Es ist also *Brammsen* selbst, der hinter die personale Unrechtslehre zum klassischen Kausalismus zurückfällt, indem nach seinem Modell das Verbrechen aus der Handlung und dem Vorsatz „als zwei getrennten Stücken äußerlich zusammengesetzt ist“.¹⁹²⁷

Zuletzt ist anzuführen, dass die Konstruktion des *dolus subsequens* zudem gegen den Schuldgrundsatz verstößt. Der Vorsatz als Steuerungsfaktor kann, wie insbesondere zur

¹⁹²¹ *Otto* AT § 7 Rn. 26; vgl. außerdem *Welzel* Strafrecht S. 66; *H. Schumann/A. Schumann* FS Küper S. 543, 551.

¹⁹²² In anderem Zusammenhang *Hirsch* GS Meurer S. 3, 15. Siehe auch *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 160: „der Vorsatz berührt den Handlungsunwert vielmehr nur insoweit, als er innerhalb der Handlung als final-kausaler Sinneinheit die finale Komponente bildet“.

¹⁹²³ *Otto* FS Gössel S. 99, 100 f.

¹⁹²⁴ Siehe oben → I 3.

¹⁹²⁵ *Otto* FS Maurach S. 91, 102.

¹⁹²⁶ *Brammsens* Konzeption läuft also auf einen Unterlassungsvorsatz hinaus. Vgl. *Otto* FS Gössel S. 99, 100 f.; *Herzberg* JZ 1986, 986, 988 f. m. Fn. 20; *Roxin* AT II § 32 Rn. 154; *Stein* JR 1999, 265, 267. Siehe außerdem *Kühl* Beendigung S. 64; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 344; ähnlich auch *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 89: *Brammsen* stelle zu einseitig auf die aktive Gefahrschaffung ab und beachte nicht die selbstständige Bedeutung der Unterlassung.

¹⁹²⁷ Siehe zu diesem Vorwurf gegen die klassische Unrechtslehre *Larenz* Zurechnungslehre S. 70: Man kann die Handlung und den Vorsatz nicht voneinander trennen und dann wieder aus diesen Stücken das Verbrechen zusammensetzen. – Diese Trennung ist bei *Brammsen* jedoch nochmals radikaler, indem er auf das Erfordernis *zeitlicher* Koinzidenz von Handlung und Vorsatz verzichtet.

verwandten Problematik der *actio libera in causa* betont wird,¹⁹²⁸ nicht aus dem zeitlichen Zusammenhang mit der Tat gelöst werden, denn „der zeitliche Bezug zu der Tatbestandshandlung ist kein das Vorsatzerfordernis ergänzender Faktor, sondern konstitutives Moment des strafrechtlichen Vorsatzes selbst“.¹⁹²⁹ „Es stellt sich vor allem die Frage, was vom Vorsatz und von der Vorsatzschuld übrigbleibt, wenn man sie zeitlich von der Tatausführung trennt, außer bösen Gedanken und finsternen Plänen.“¹⁹³⁰ Ähnliches gilt für den *dolus superveniens* nach dem Modell *Brammsens*. Diesem Willen fehlt jede Beziehung zur Begehungstat, er kann damit keinen Tatschuldvorwurf begründen. Er hängt dann bloß als „fehlerhafte Gesinnung[...] in der Luft“.¹⁹³¹

3. Qualität der Vorhandlung

Wenn *Brammsen* die Ingerenz als Begehungsdelikt versteht, erscheint es zwingend, dass die Handlung – wegen der ja bestraft wird – rechtswidrig ist. Allerdings ist unklar, weshalb *Brammsen* an dieser Stelle plötzlich auf der *ex ante* Perspektive der Unrechtsbegründung zum Zeitpunkt der „Verursachungshandlung“ beharrt, in welcher die Norm eine Verhaltensrichtlinie bieten sollte. Hier lässt sich *Brammsens* vorherige Äußerung – es bestehe kein zwingender Grund, alle Erfordernisse der Straftat an den Zeitpunkt der Verursachung zu knüpfen,¹⁹³² da sich die Begehung nicht in dem Setzen einer ursächlichen Bedingung erschöpfe¹⁹³³ – auch gegen ihn wenden. Es erscheint widersprüchlich, dass er den Zeitpunkt der Tatbegehung für das Verbrechenmerkmal des Vorsatzes so lange streckt, wie die Folgen steuerbar sind, für das Verbrechenmerkmal der Rechtswidrigkeit (i.S.v. objektiver Pflichtwidrigkeit) hingegen zwingend an den Zeitpunkt der Körperbewegung anknüpft. Es ist willkürlich, zur Zeit der Verursachung zwar auf den Vorsatz als Steuerungsfaktor zu verzichten, eine Verhaltensrichtlinie jedoch als unverzichtbar zu erklären. Beide Elemente setzen letztlich die Steuerbarkeit des Geschehens voraus und fußen auf dem gleichen Telos, der Willensbeeinflussung durch die Bestimmungsnorm.¹⁹³⁴

¹⁹²⁸ Vgl. insoweit parallel die Kritik von *Roxins/Greco* zum Ausnahmemodell bei der *a.l.i.c.*, AT I § 20 Rn. 58.

¹⁹²⁹ *Neumann ZStW* 99 (1987) S. 567, 576.

¹⁹³⁰ *Puppe JuS* 1980, 346, 347.

¹⁹³¹ Allgemein zur *a.l.i.c* *Roxin/Greco* AT I § 20 Rn. 58.

¹⁹³² *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 406 f.

¹⁹³³ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 418.

¹⁹³⁴ Während der Vorsatz wirkliche Steuerung des Geschehen ist, setzt die Fahrlässigkeit einen Mangel an Steuerung voraus, *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 22, 26. – Wenn die Begehung aufgrund der Steuerbarkeit der Folgen zum späteren Zeitpunkt des Vorsatzes noch aktuell sein soll, spräche doch nichts dagegen, dass der Täter auch erst zu diesem Zeitpunkt von der Norm motiviert wird. Der Vorsatztäter wird ja gerade deshalb als solcher bestraft, weil er sich trotz seines Wissens nicht entsprechend dem Norminhalt motiviert hat. Die Bestimmung der Rechtswidrigkeit ist im Übrigen auch kein „unvorhersehbarer Willkürakt“, wenn sie zum Zeitpunkt der vorsätzlichen Handlung getroffen wird. Dass *Brammsen* diesen Vorsatz zeitlich von der Handlung trennt, kann wie gesehen nicht überzeugen. Wenn man jedoch mit ihm voraussetzte, dass die Begehungshandlung zu diesem Zeitpunkt noch aktuell ist, handelt es sich um eine inkonsequente, unbelegte Zusatzannahme, darüber hinaus im Zeitpunkt der Verursachungshandlung auf Vermeidbarkeits-/Steuerbarkeitsgesichtspunkte abzustellen. Ein hinreichender funktionaler Zusammenhang zwischen Gefährschaffung und späterer Steuerbarkeit liegt bereits vor, wenn letztere später zur objektiven Gefährschaffung hinzukommt. Vgl. *Otto FS Maurach* S. 91, 102.

Brammsen rehabilitiert im Ergebnis stillschweigend für die Fahrlässigkeit – anders als für den Vorsatz – das zuvor so vehement angegriffene Simultanitätsprinzip und die verursachende Bewegung¹⁹³⁵ als maßgeblichen Zeitpunkt der Tatbegehung.¹⁹³⁶ Er verschiebt so den maßgeblichen Zeitpunkt der Tatbegehung für die verschiedenen Verbrechenmerkmale willkürlich, ohne sachlichen Grund. Die zum *dolus superveniens* führende Abänderung des relevanten Zeitpunktes der Tatbegehung erfolgt also bei *Brammsen* nicht bloß *contra legem* – außerhalb der Vorsatzproblematik hält er sie nicht einmal konsequent durch.

Im Übrigen führt insbesondere die Andersbehandlung der Ingerenz zu Wertungswidersprüchen mit den sonstigen Garantenstellungen: Bei diesen soll nämlich der Nichteintritt eines bestimmten Erfolgs erwartet sein. So meint *Brammsen* etwa zu den Garantenpflichten aus der Herrschaft über eine gegenständliche Gefahrenquelle: „Die zugrunde liegende Erwartung ist auf die Verhinderung jeglicher aus diesem Herrschaftsbereich stammender Gefahren gerichtet, nicht nur auf die Verhinderung sorgfaltswidrig herbeigeführter Gefahren.“¹⁹³⁷ Die Widersprüchlichkeit dieser Argumentation zeigt sich besonders etwa in *Brammsens* Ablehnung der Ledersprayentscheidung, wo er dem BGH vorwirft, mit der objektiven Ingerenzbegründung *ex post* die „Menschenwürde“ des Ingerenten verletzt zu haben, selbst aber kein Problem darin erkennt, diesem eine erfolgsbezogene Erwartungserwartung aufgrund der Beherrschung einer Gefahrenquelle zuzuschreiben.¹⁹³⁸

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, wie erratisch *Brammsens* Ausführungen zur Ingerenz nach einer durch Notstand gerechtfertigten Handlung geraten. Grundsätzlich müsste man es

¹⁹³⁵ Müsste *Brammsen* nicht die „verhängnisvolle naturalistisch-kausalistischen Denkweise“ (Entstehungsvoraussetzungen S. 417) konsequenterweise auch aus dem Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik „verbannten“?

¹⁹³⁶ In dieser Konstellation soll es dann mitunter wieder auf das Wissen zum Zeitpunkt der Verursachung ankommen – in Gestalt von Sonderwissen, vgl. *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 430 unten.

¹⁹³⁷ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 242 f.

¹⁹³⁸ Er kritisiert, der BGH übergehe „wesentliche Erkenntnisse der modernen strafrechtlichen Unrechtslehre“ und die Entscheidung sei nicht mehr mit den „allgemein anerkannten Grundprinzipien der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für rechtswidriges rechtsgutsbeeinträchtigendes Verhalten“ vereinbar (*Brammsen* GA 1993, 97, 102). Dabei übersieht *Brammsen* aufgrund seiner unkritischen Verwendung des Begriffs der „Verantwortlichkeit“, dass es hier gerade nicht um strafrechtliche Verantwortlichkeit für das vorangegangene Tun, sondern für das nachfolgende Unterlassen geht. *Brammsen* meint, dass ein „Pflichtenzuschreibungsverfahren“, welches unabhängig von der Sorgfaltswidrigkeit des Vorverhaltens ablaufe, mit dem Gebot der Achtung der Menschenwürde, Art. 1 I GG, nicht mehr vereinbar sei (S. 109 f.). Dieser Verweis stattet *Brammsens* Argumentation nun scheinbar mit Pathos aus, vermag jedoch argumentativ über die bloß hohle Phrasenhaftigkeit nicht hinausreichen. Der Vorwurf offenbart seine eigene Absurdität im Folgenden, wenn *Brammsen* die Pflicht selbst aufgrund gesellschaftlicher Erwartungen zuschreibt (S. 110 ff.) und damit die Pflichtenposition unter Umgehung seiner eigenen Anforderungen begrifflich umetikettiert. Über den Weg dieser Erwartungshaltungen schafft *Brammsen* dann die für die Ingerenz so vehement abgelehnte „Zustandssicherungsordnung“ (S. 109) unter einem abweichenden Begriff. Es müssten diejenigen Garantenpositionen „herangezogen“, auf sie „zurückgegriffen“ werden, die in ihrer Entstehung von einer Handlung unabhängig seien (S. 110). Der BGH habe die Garantenpflicht bloß fehlerhaft eingruppiert (S. 118). – Aus einem Verstoß gegen die Menschenwürde wird also innerhalb weniger Seiten eine Frage von Begrifflichkeiten.

für zwingend halten, dass nicht aus dem Begehungsdelikt (nach *Brammsen* inklusive *dolus subsequens*) bestraft werden kann, wenn das Handeln gerechtfertigt ist. Es scheint, als wolle *Brammsen* dieses – für die Ingerenz nach Aggressivnotstand wohl dem Rechtsgefühl widersprechende – Ergebnis dennoch vermeiden. In dem Abschnitt zur Strafbarkeit des „Notstandsberechtigten“ in der Ingerenzkonstellation begründet *Brammsen* jedoch nur, wie ein Fall zu beurteilen ist, in dem gerade keine Notstandsberichtigung vorliegt.¹⁹³⁹ *Brammsen* beurteilt bloß die Notstandsfrage in einem Beispielsfall *Ottos* anders,¹⁹⁴⁰ beantwortet hiermit jedoch nicht die eigentliche Frage, wie die Fälle zu beurteilen sind, wenn die für das Leben gefährliche Handlung gerechtfertigt ist.

¹⁹³⁹ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 439-441. *Brammsen* geht von dem Fall aus, dass der Radfahrer R, um nicht von dem Autofahrer A angefahren zu werden, sein Fahrrad auf den Gehweg reiße und dort den Fußgänger F anfare. Dieser falle hin und ziehe sich für R unvorhersehbar eine Gehirnblutung zu, die sodann zum Tod führe, was jedoch durch das Verstärken eines Rettungswagens hätte abgewendet werden können. Gegenstand der Rechtswidrigkeitsprüfung sei im konkreten Fall nicht bloß die Eignung zur Herbeiführung einer Körperverletzung, sondern gerade zur Lebensgefährdung des f. Das Rechtswidrigkeitsurteil dürfe „nicht den tatsächlich eingetretenen Erfolg außer acht lassen! Es muß geprüft werden, ob gerade durch diese Handlung eine Gefahr geschaffen wurde, deren Eignung zur Herbeiführung der konkret eingetretenen Rechtsgutsverletzung prognostiziert und die nach Abwägung aller beteiligten Interessen als rechtswidriger Gefahrschaffungsakt bezeichnet werden kann. Dies ist – wie sich unschwer beweisen läßt – hier der Fall!“. Dabei kommt *Brammsen* erstaunlicherweise zur Vorhersehbarkeit („nicht außerhalb jeglicher Wahrscheinlichkeit“) der Verletzung des Rechtsguts Leben, nachdem dies im Text des Beispielsfalls noch „für R unvorhersehbar“ war. Der „Schlüssel zur Lösung“ sei hier die umfassende Interessenabwägung, bei der zu berücksichtigen sei, dass den beeinträchtigten Fußgänger keine Verantwortlichkeit für die Situation treffe. R dürfe hier die Gefahr nicht auf einen unbeteiligten Dritten überwälzen, da er damit seinen Handlungsspielraum überdehne und dadurch das Allgemeininteresse am sozialen Frieden und geordneten Zusammenleben beeinträchtige. Hinzu komme, dass R die Situation kaum kenne und die Risiken seiner Gefahrschaffung nicht überschauen könne. Pflichtgemäß handeln könne man jedoch erst dann, wenn man Vorkehrungen getroffen habe, um den Eintritt rechtsgutsverletzender Erfolge zu verhindern. „In unüberschaubaren Situationen darf eben nur dann in der beabsichtigten Weise gehandelt werden, wenn real bestehende Möglichkeiten zur Erfolgsvermeidung durch Geschehenssteuerung wahrgenommen werden“. Damit kommt *Brammsen* zu der Schlussfolgerung: „Wäre etwa der Tod des F sofort eingetreten, so wäre unzweifelhaft eine rechtswidrige fahrlässige Tötung zu bejahen – und zwar als Begehungsdelikt!“

Bei der Beantwortung der Notstandsfrage entfernt sich *Brammsen* zugleich völlig von der Prüfung des § 34 StGB und vermengt diese mit der Fahrlässigkeitsprüfung. Dabei sind es doch gerade tatbestandlich missbilligte (z.B. fahrlässige) Handlungen, für die sich überhaupt erst die Frage der Rechtfertigung stellt. Sicher darf nach der *tatbestandlichen* Wertung in unübersehbaren Situationen erst gehandelt werden, wenn Folgen geklärt und Vorkehrungen getroffen worden sind. Jedoch gilt dies nach der *endgültigen Unrechtswertung gerade nicht*, wenn ein Abwarten die Realisierung eines Schadens bei einem Gut des Handelnden erwarten lässt (weil eben eine gegenwärtige Gefahr gegeben ist und die sonstigen Voraussetzungen des § 34 StGB vorliegen). Befremdlich ist zuletzt, weshalb der „eingetretene Erfolg“ in die Frage nach der Rechtswidrigkeit der Notstandshandlung einzubeziehen ist (S. 439 a.E.), wenn *Brammsen* doch sonst beharrlich die Maßgeblichkeit der *ex ante* Perspektive betont und drei Seiten zuvor noch meint: „Der Erfolg selbst ist [zur Abänderung des Rechtswidrigkeitsurteils] gänzlich ungeeignet! Als Merkmal des gesetzlichen Haftungstatbestandes ist er für die Bestimmung der ‚primären‘ Rechtswidrigkeit irrelevant“ (S. 436). Die Lösung erscheint im Ganzen beliebig.

¹⁹⁴⁰ *Brammsen* hätte also, wenn seine Ausführungen zutreffen, bloß bewiesen, dass *Ottos* Beispiel hier nicht passt.

III. Fazit

Bereits *Lampe* hat für sich in Anspruch genommen, dass er die Widersprüche der dualistischen Begründung der Unterlassungsdelikte – auf „Sozialisierung“ beruhende Garantpositionen einerseits, auf „Asozialisierung“ beruhende Ingerenz andererseits¹⁹⁴¹ – auflösen könne. Hierdurch schafft er jedoch eine „kaum einfacher zu überwindende Kluft“ innerhalb des Begehungsdelikts.¹⁹⁴² Eine ähnliche Diagnose besteht für die Theorie *Brammsens*. Die Frage ist jeweils bereits falsch gestellt: Im ersten Schritt wäre festzustellen, dass die Ingerenzkonstellation nach allgemeiner Unrechtsdogmatik allein unter dem Gesichtspunkt des Unterlassungsdelikts bestraft werden kann (insbes. Koinzidenz des Vorsatzes als Steuerungsfaktor). Im zweiten Schritt ist zu fragen, ob die Unterlassung nach § 13 I StGB der Begehung gleichzustellen ist. *Lampe* und *Brammsen* hingegen fragen *zuerst*, ob die Ingerenzkonstellation mit der Begehung *gleichbehandelt* werden kann (§ 13 I StGB), um nach Verneinung dieser Frage (!) ein Begehungsdelikt anzunehmen. Letzteres bedeutet jedoch nichts anderes als die (gerade noch abgelehnte) *Gleichbehandlung* der beiden Fälle doch vorzunehmen – nur dass dies eben nun unter dem einheitlichen Label „Begehung“ geschieht.¹⁹⁴³ Dies erklärt sich daraus, dass beide Theorien auf unbegründeten Vorurteilen hinsichtlich des Begriffs der Garantstellung beruhen, insbesondere dem Fehlschluss, dass die verschiedenen Fallgruppen der unechten Unterlassungsdelikte sich untereinander ähneln müssten – erforderlich ist jedoch nach § 13 I StGB, dass sie in einem wesentlichen Gemeinsamen *mit dem Begehungsdelikt* vergleichbar sind. Dass die Obhutsgarantstellungen auf „Sozialisierung“ beruhen bzw. „verfestigte“/„spezifizierte“ Sonderpositionen darstellen, ist gerade nicht *tertium comparationis zur Begehung*, sondern dessen Konkretisierung auf speziell jene Lebenssachverhalte. Wenn es sich nicht um das für die Gleichbehandlung dieser Fälle mit der Begehung wesentliche Kriterium handelt, kann es sich auch nicht um das für die Unterschiedlichbehandlung der Ingerenz wesentliche handeln. Es ist für die Gleichstellung nach § 13 I StGB gerade geboten, die Voraussetzungen der Garantstellung aus Ingerenz in Anlehnung an die Wertungen des Begehungsdelikts zu bestimmen. Diesen Aspekten ist jedoch für das *rechtliche Einstehenmüssen* des Ingerenten innerhalb des unechten Unterlassungsdelikts Rechnung zu tragen.

K. Resümee

Damit konnte keine der beschriebenen Begründungen zur Ablehnung einer Garantstellung aus Ingerenz überzeugen. Diese Negativabgrenzung entbindet selbstverständlich nicht von der Aufgabe, die Garantstellung aus den Wertungen des Gesetzes zu begründen. Insbesondere bei der Bewertung der Theorien *Schünemanns* und *Sangenstedts* ist bereits angeklungen, dass es teleologisch zwingend erscheint, jedenfalls bestimmte Ingerenzfälle von § 13 I StGB erfasst zu sehen.

¹⁹⁴¹ *Lampe* ZStW 72 (1960) 93, 96 ff.

¹⁹⁴² Treffend *Welp* Vorangegangenes Tun S. 130.

¹⁹⁴³ Der Begehungstatbestand wird so weit angepasst, bis sie auch die Ingerenzunterlassung umfasst.

§ 2 Ingerenzbegründende Theorien

A. Formale Einteilungen

Viele ältere Ansätze bleiben zu formal und unbestimmt. Die viel zitierte Funktionslehre *Arm. Kaufmanns* etwa schafft eine rein kategoriale Zuordnung zur Gruppe der Beschützer- oder Überwachungsgaranten.¹⁹⁴⁴ Dies ändert nichts daran, dass die Strafbarkeit des Unterlassungstäters materiell begründet werden muss.¹⁹⁴⁵ Die Funktionslehre kann als Ausgangspunkt für die grobe Einteilung der Garantstellungen herangezogen werden.¹⁹⁴⁶

Wenig Erkenntnisgewinn bietet der Blick in die meisten Lehrbücher und Kommentare. Häufig wird bloß auf den Grundgedanken verwiesen, dass derjenige, der eine Gefahr schaffe, auch zur Abwendung von Schäden verpflichtet sei.¹⁹⁴⁷ Dieser Grundsatz sei allgemein anerkannt,¹⁹⁴⁸ die Verpflichtungskraft nur dadurch zu erklären, dass sie „unmittelbar einleuchtet“.¹⁹⁴⁹ Zum Teil wird auf die „klassischen“ Entstehungsgründe („erweiterte Garantentrias“) sowie ergänzend auf die Funktionslehre verwiesen.¹⁹⁵⁰

¹⁹⁴⁴ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 282 f. Eine eher formale Lehre findet sich auch bei *Henkel*, der der Rechtsprechung und Wissenschaft die Aufgabe der Fallgruppenbildung zuweist, *Henkel* MschrKrim 1961, 178, 189 ff. Überdies hält *Henkel* eine „individuelle Unrechtswertung“ im Einzelfall für geboten, nach der das Unterlassungsdelikt seinem kriminellen Gehalt nach dem Begehungsdelikt gleichkommen muss (*Henkel* MschrKrim 1961, 178, 179, 188). Allerdings obliegt die bloße Einschätzung des Unrechtsgehalts allein dem subjektiven Empfinden des Rechtsanwenders und genügt daher nicht den Anforderungen des Gesetzlichkeitsgrundsatzes; **kritisch** auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 174 ff. Ähnliche Bedenken gelten für die Lehre von *H. Mayer*, der (vor Einführung von § 13 StGB) eine Abgrenzung nach dem Wortlaut der Begehungsdelikte vornehmen wollte und zur Präzisierung des Wortlauts auf die „gleichwertige verbrecherische Willensenergie“ abstellte, *H. Mayer* Studienbuch § 16 IV 1, 3; zudem wird bei diesem subjektiven Ausgangspunkt übergangen, dass die Defizienz des Unterlassungsdelikts bereits auf objektiver Ebene liegt.

¹⁹⁴⁵ *Bosch* Jura 2019, 1239, 1240; *Hefendehl* GA 2019, 704, 710; *Jakobs* AT 29/27; *Schünemann* Unternehmenskriminalität S. 89; *ders.* FG BGH IV S. 621, 636; *ders./Greco* LK § 25 Rn. 53; *Stree* FS H. Mayer S. 145, 146 f.; *Pawlik* Unrecht S. 177: „Befriedigung eines ästhetisch-didaktischen Ordnungsbedürfnisses“ (in Anlehnung an eine Formulierung *Welps*); *Weigend* LK § 13 Rn. 22.

¹⁹⁴⁶ *Zieschang* NK Medienstrafrecht § 13 Rn. 39.

¹⁹⁴⁷ Etwa *B. Heinrich*, AT Rn. 953.

¹⁹⁴⁸ *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 26 f.; siehe auch *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 87; *Kühl* AT § 18 Rn. 91: der Satz scheine „fast als gewohnheitsrechtlich“, die Inanspruchnahme des Ingerenten sei sachgerecht; *Weigend* meinte in der 12. Auflage des Leipziger Kommentars, eine materielle Legitimation der Garantpflichten könne sich nur aus „allgemeinen Prinzipien der Fairness“ ergeben (LK¹² § 13 Rn. 23), man müsse diese auf „einfache normative Sätze“ zurückführen (Rn. 24). Für den Gedanken der Ingerenz bringt *Weigend* maßgeblich dessen „moralische Evidenz“ an: „Wer eine Gefahr in zurechenbarer Weise schafft, ist vor allen Anderen dafür zuständig, diese Gefahr wieder zu beseitigen.“ (Rn. 42); **kritisch** hierzu *Schünemann* FS Amelung S. 303, 304 ff.: „unverbindliche Allgemeinheit“. In der 13. Auflage des Leipziger Kommentars fehlt dieser Hinweis auf die moralische Evidenz, *Weigend* meint jedoch weiterhin, der Gefahrschaffer sei „aus Respekt vor dem Rechtskreis der bedrohten Mitmenschen in besonderer Weise dafür zuständig, die Gefahrenquelle wieder zu beseitigen“, LK § 13 Rn. 42.

¹⁹⁴⁹ *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 27.

¹⁹⁵⁰ Für eine Verbindung von formaler und materieller Betrachtungsweise etwa *Arzt* JA 1980, 647, 648; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 8; *ders.* Jura 2019, 1239, 1242; *Fischer* § 13 Rn. 9 ff.; *Gercke/Hembach* AnwK § 13 Rn. 7 f.; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 46; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 27 ff.; *Jescheck* 140 Jahre GA S. 115, 125; *ders./Weigend* AT § 59 IV 2; *Kaspar* AT § 10 Rn. 69 ff.; *Krey/Esser* AT Rn. 1128;

Bloße Auflistungen von Garantstellungen ersetzen jedoch keine systematische Theorie.¹⁹⁵¹

B. Allgemeines Schädigungsverbot

I. Darstellung

Die klassische Begründung der Garantstellung aus Ingerenz ist das allgemeine Schädigungsverbot bzw. „Respektierungsgebot“¹⁹⁵² *neminem laedere*.¹⁹⁵³ In seinem weitesten Verständnis lässt sich dieser Ansatz damit umschreiben, dass die Ingerenz auf dem Strafgrund der Begehungsdelikte beruhe. Dabei wird jedoch mal mehr auf einen rechtsübergreifenden allgemeinen Gedanken¹⁹⁵⁴ abgestellt, in anderen Äußerungen geht es eher um eine Ableitung aus den geltenden Begehungstatbeständen.¹⁹⁵⁵ Das Verbot, Gefahren für andere zu schaffen, enthalte insofern zugleich das Gebot, selbstgeschaffene Gefahren zu beseitigen: „Das Verletzungsverbot wandelt sich demgemäß für den Urheber einer gefährlichen Situation in ein Verhinderungsgebot, wenn auch Haftungsgrundlage weiterhin

Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 21 Rn. 52 ff., 56 f.; Stratenwerth/Kuhlen AT § 13 Rn. 14 ff., die auch auf die Unsicherheit der Bestimmung hinweisen.

¹⁹⁵¹ So zutreffend Schönemann/Greco LK § 25 Rn. 53.

¹⁹⁵² Jakobs FS Arth. Kaufmann S. 459, 461 f.; Pawlik FS Jakobs S. 469, 492 f.; Unrecht S. 178 ff.; Weigend LK § 13 Rn. 42 (anders die Voraufgabe); in der Sache auch Kugler Ingerenz S. 138: „Respektierung und Garantie der Rechtssphäre der anderen“, trotz der zuvor geäußerten Kritik am Involvierungsprinzip, S. 130 ff.

¹⁹⁵³ Grundlegend etwa Binding Normen I S. 118; Ad. Merkel Abhandlungen S. 89; aus der Rechtsprechung etwa RGSt 66, 71, 73; mit Unterschieden im Einzelnen Maurach AT § 45 I C 1, § 46 III C 4; Schönke/Schröder¹² Vor § 1 Rn. 119; Stree FS H. Mayer S. 145, 155 f.; Arzt JA 1980, 712, 714; Freund Erfolgsdelikt S. 184, der seine Lösung als „Konkretisierung des *neminem laedere*“ ansieht; Haft AT S. 187; Gaede NK § 13 Rn. 43; Granderath Rechtspflicht S. 171 f.; Grünwald Garantpflichten S. 133 ff.; Matt/Renzikowski/Haas § 13 Rn. 75 f.; Herzberg JuS 1971, 74; ders. Garantprinzip S. 211 f. m. Fn. 19; Hruschka JuS 1979, 385, 386; Jäger AT Rn. 352; Jakobs AT 29/29, 38; ders. Unterlassung S. 19 ff.; ders. in: El sistema S. 133, 135 ff.; Jasch NSTZ 2005, 8, 11; Jescheck/Weigend AT § 59 IV 4a; Kleinherne Garantstellung S. 335 ff., 339 ff.; 361 ff., 410 f.; Murmann GK § 29 Rn. 65 m. Fn. 147; Pawlik Verhalten S. 184 f.; ders. FS Roxin (2011) S. 931, 938 ff.; ders. Unrecht S. 178 ff.; Renzikowski Täterbegriff S. 140 f.; Sánchez-Vera Pflichtdelikt S. 58 ff.; Schönke/Schröder¹² Vor § 1 Rn. 119; Seelmann in: Vielfalt des Rechts S. 85, 97 f.; ders. NK¹ § 13 Rn. 49 ff.; Stein JR 1999, 265, 271; Stratenwerth/Kuhlen AT § 13 Rn. 27: allgemeine Pflicht, das Verhalten so zu steuern, dass andere nicht zu Schaden kommen; Sch/Sch²⁷/Stree § 13 Rn. 32; Stree FS H. Mayer S. 145, 155 f.; Timpe Strafmilderungen S. 187: „Grund, der auch das Verbot trägt“; S. Walter Pflichten S. 118, 127 ff.; Weigend LK § 13 Rn. 24: der Handelnde werde an seinem Vorverhalten festgehalten“; Rn. 42 ff.; Welp Vorangegangenes Tun S. 191: „sekundäres“ Abwendungsgebot; Wohlers NK³ § 13 Rn. 34 ff.; E. A. Wolff Kausalität S. 42 f., der jedoch ergänzend auf Gewohnheitsrecht abstellt; siehe zudem Donner Zumutbarkeitsgrenzen S. 197 ff.; Gauger Dogmatik S. 202 f.; Hardwig Zurechnung S. 150 ff., 155; Schild FS Jakobs S. 601, 605; Perdomo-Torres Garantpflichten S. 162 f., 164 ff.; zur Ableitung von Geboten aus Verboten auch Philipps Handlungsspielraum S. 11, 64, 104 ff.; eingehend zur historisch-philosophischen Fundierung des Schädigungsverbots Pawlik Unrecht S. 162 ff.; Sánchez-Vera Pflichtdelikt S. 67 jeweils mit vielen Nachweisen.

¹⁹⁵⁴ Jescheck LK¹¹ § 13 Rn. 31 (anders Weigend LK¹² § 13 Rn. 42; nun aber wieder auf das *neminem laedere* abstellend Weigend LK § 13 Rn. 42).

¹⁹⁵⁵ Maurach/Gössel/Zipf AT 2 § 39 Rn. 6: stets nur Normen zum Schutz bestimmter Rechtsgüter; Herzberg Garantprinzip S. 211 m. Fn. 19; Kindhäuser GA 1994, 197, 213. Siehe auch Stein JR 1999, 265, 270 f.

das Verletzungsverbot bleibt“.¹⁹⁵⁶ Der Gedanke blickt im Strafrecht auf eine lange Tradition zurück: So führt bereits *Ad. Merkel* aus, die Verbote des Rechts schlossen die Gebote in sich ein, „die Bedingungen zu verwirklichen, unter welchen unsere an sich rechtmäßigen Handlungen sich mit den Verboten vertragen [...]“.¹⁹⁵⁷ Die Erfolgsabwendungspflicht beruhe auf der negativen Rechtspflicht, in die Sphäre der anderen nicht verletzend einzugreifen und damit „in der Eventualität eines verletzenden Eingriffs in die Sphäre des Anderen“.¹⁹⁵⁸ Seine klassische Formulierung hat der Gedanke bei *Binding* erhalten: „Das Verbot die Ursache einer Rechtsverletzung zu erzeugen *involvirt* das Gebot für die Handelnden, die mögliche Ursache für den Eintritt oder die wirkliche Ursache für die Fortdauer einer Rechtsverletzung, die sie durch ihre Tätigkeit ins Leben gerufen haben, in dieser Ursächlichkeit zu vernichten.“¹⁹⁵⁹

Insbesondere *Jakobs* und seine Schüler *Pawlik* sowie *Sánchez-Vera* stellen den Versuch an, die Ingerenz als „negative“¹⁹⁶⁰ Pflicht, als „Respektierungspflicht“ philosophisch zu begründen. Die Vorstellung *Feuerbachs* von der ursprünglich negativen Verbindlichkeit des Menschen¹⁹⁶¹ geht auf die Rechtslehre *Kants* zurück: Der Rechtsbegriff bedeute das Verhältnis der Willkür auf die Willkür eines anderen, nicht auf dessen bloßen Wunsch oder Bedürfnis.¹⁹⁶² Wohl die wenigsten Rechtsphilosophen dieser Zeit leiteten aus dem allgemeinen Schädigungsverbot des *neminem laedere* auch Handlungspflichten ab.¹⁹⁶³

¹⁹⁵⁶ *Stree* FS H. Mayer S. 145, 155; sowie *Schönke/Schröder*¹² Vor § 1 Rn. 119; Sch/Sch²⁷/*Stree* § 13 Rn. 32; *Arzt* JA 1980, 712, 714; *Hardwig* Zurechnung S. 155; *Herzberg* JuS 1971, 74; *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 68; *Murmann* GK § 29 Rn. 65 m. Fn. 147: Die Handlungspflicht sei „selbstverständlich“ in dem (ebenfalls häufig nicht explizit gesetzlich geregelten!) Gefährdungsverbot enthalten.

¹⁹⁵⁷ *Ad. Merkel* Lehrbuch S. 39. Bereits für *Luden* konnte es „keinem Zweifel unterliegen, daß Jeder, der Anlagen macht, oder Handlungen vornimmt, die zwar an und für sich erlaubt sind, aber für andere Menschen, wenn sie nicht gewarnt und davon in Kenntniß gesetzt sind, Gefahr bringen, die Verbindlichkeit habe, zwar nicht jene Handlung zu unterlassen, wohl aber, andere Menschen davon in Kenntniß zu setzen, so daß er in Beziehung auf den Erfolg, der aus der unterlassenen Warnung hervorgegangen ist, als Urheber angesehen wird“. *Luden* Abhandlungen II S. 247. Es bedürfe weder eines Vertrages oder Gesetzes, welches die Warnung zur Pflicht mache, S. 248, 250. Zu *Luden* → oben Kapitel 1 § 1 B I.

¹⁹⁵⁸ *Ad. Merkel* Abhandlungen I S. 81 f., 89 f.; zu *Merkel* → oben Kapitel 1 § 1 B II.

¹⁹⁵⁹ *Binding* Normen I S. 118; zu *Binding* → Kapitel 1 § 1 B III. Und auch *Nagler* geht davon aus, dass derjenige, der durch eigene Handlung eine Gefahr für ein Rechtsgut hervorgerufen habe, die eingangesetzten Kräfte hemmen müsse. „Wer feindliche Elemente auf den Plan ruft, muß sie so steuern, daß es nicht zu Rechtsgutsverletzungen kommt.“ *Nagler* LK⁷ Einl. Anhang 2 B I 3 a) (S. 34); zustimmend *Maurach* AT § 46 III C 4.

¹⁹⁶⁰ *Jakobs* Unterlassen S. 7 ff.; *ders.* FS Arth. Kaufmann S. 459, 461 f.; *Pawlik* Unrecht S. 162 (unter Verweis auf *Achenwall/Pütter* Anfangsgründe § 261, S. 89; *Pufendorf* Pflicht 1. Buch 6. Kap. § 2, S. 72); *ders.* Verhalten S. 135 ff., 194 ff.; *ders.* Notstand S. 277 ff.; siehe auch *Kindhäuser* GA 1994, 197, 213 f.

¹⁹⁶¹ *Feuerbach* Anti-Hobbes S. 13: „Der Gebrauch der Freiheit eines vernünftigen Wesens darf dem Gebrauche der Freiheit jedes anderen vernünftigen Wesens nicht widersprechen“.

¹⁹⁶² *Kant* MdS Rechtslehre Einl. § B, AB 32 f., Werke VIII S. 337; ähnlich *Achenwall/Pütter* Anfangsgründe § 229 S. 79; siehe dazu *Jakobs* Unterlassen S. 11 f.; *Philipp*s Handlungsspielraum S. 150 ff.; *Pawlik* Unrecht S. 162 ff.

¹⁹⁶³ *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 69. Die Garantenstellung aus Ingerenz will hingegen *Matt* Kausalität S. 179, 200 ff., aus der kantischen Freiheitsphilosophie ableiten. Ein dem *kantischen* ähnlicher, ebenfalls negativer Rechtsbegriff lag der Rechtslehre von *Fries* zugrunde (*Fries* Philosophische Rechtslehre

Schopenhauer allerdings erkannte, ebenfalls von einem negativen Rechtsbegriff ausgehend,¹⁹⁶⁴ die Möglichkeit, „negative“ Pflichten nicht nur durch aktives Tun, sondern auch durch Unterlassen zu verletzen.¹⁹⁶⁵ Man könne auch durch Unterlassen einen anderen schädigen, also Unrecht begehen: „Allein es giebt Handlungen, deren bloße Unterlassung ein Unrecht ist: solche Handlungen heißen Pflichten“.¹⁹⁶⁶ Insbesondere wird die Rechtsphilosophie *Hegels* für eine Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz herangezogen. Ausgangspunkt ist *Hegels* allgemeines Respektierungsgebot „Sei eine Person und respektiere die anderen als Personen“.¹⁹⁶⁷ Daraus folgert er: „Es gibt daher nur Rechtsverbote, und die positive Form von Rechtsgeboten hat ihrem letzten Inhalte nach das Verbot zugrunde liegen“.¹⁹⁶⁸ „Das Rechtsgebot ist seiner Grundbestimmung nach ein Verbot“.¹⁹⁶⁹ Etwa die Verpflichtung zur Vertragstreue fordere zwar zu positivem Tun auf, habe jedoch die *negative Grundlage*, das worauf ein anderer schon ein Recht habe, nicht zu behalten.¹⁹⁷⁰ Damit, so meint etwa *Pawlik*, sei die *Kant'sche* These von der Parallelität von Pflichtenart und Begehungsform widerlegt.¹⁹⁷¹ Die strafrechtliche Grunderwartung, das *Hegel'sche* Respektierungsgebot, die Integrität des Rechtskreises eines anderen nicht zu verschlechtern,¹⁹⁷² manifestiere sich zunächst in dem Verbot, in fremde Rechtskreise

S. 13 ff.), der jedoch, wie *Sánchez-Vera* aaO S. 69 f. eingehend darlegt, das Recht nicht bloß Befugnis versteht, etwas zu tun, sondern als Recht, einen anderen von der eigenen Sphäre auszuschließen (*Fries* aaO S. 13, 46) und etwas von diesem zu fordern, nämlich „daß er mich meiner Würde gemäß behandelt“ (S. 23); siehe dazu auch *Jakobs* Unterlassen S. 12; *äußerst* ähnlich zu *Sánchez-Vera* auch *Kleinherne* Garantenstellung S. 368 f.

¹⁹⁶⁴ *Schopenhauer* Grundprobleme S. 222.

¹⁹⁶⁵ Siehe *Pawlik* Unrecht S. 165 ff.

¹⁹⁶⁶ *Schopenhauer* Grundprobleme S. 225, wenn man sich etwa zu einem Tun verpflichtet habe; *ders.* Welt S. 394: Unrecht sei der „Einbruch in die Gränze fremder Willensbejahung.“

¹⁹⁶⁷ *Hegel* Grundlinien § 36; siehe auch *ders.* Philosophie des Rechts (Mitschrift Wannemann) S. 45; *ders.* Philosophie des Rechts (Mitschrift Homeyer) S. 224: „Respektiere die Menschen als Personen“.

¹⁹⁶⁸ *Hegel* Grundlinien § 38; siehe auch *ders.* Philosophie des Rechts (Mitschrift Homeyer) S. 224; *Berner* Lehrbuch § 63: „Die meisten Unterlassungsdelikte sind bedroht, um Schaden zu verhindern, nur eine kleinere Zahl, um Nutzen zu befördern“.

¹⁹⁶⁹ *Hegel* Grundlinien § 113 Anm.

¹⁹⁷⁰ *Hegel* Philosophie des Rechts (Mitschrift Wannemann) S. 45; *ders.* Philosophie des Rechts (Mitschrift Homeyer) S. 224; dazu auch *Jakobs* Unterlassen S. 13; zu positiven Pflichten bei *Hegel* siehe *Pawlik* Unrecht S. 167.

¹⁹⁷¹ *Pawlik* Unrecht S. 168. *Jakobs* will hier sogar „eine Art Ingerenzhaftung“ bei *Hegel* entdeckt haben, *Jakobs* Unterlassen S. 15.

¹⁹⁷² Dazu *Pawlik* Person S. 77: „Kraft dieses Verständnisses meiner selbst, dieser Weigerung, mich auf eine konkrete Identität festzulegen, erscheint mir die ungeschmälerte Erhaltung des Handlungspotentials, das mir aus der Inhaberschaft an meinen Rechtsgütern erwächst, als ein Wert an sich“; *ders.* Unrecht S. 166 ff., 174, 178 ff.; *ders.* FS Roxin (2011) S. 931, 938 f., „Erst die Zurückdrängung von Solidaritätserwartungen eröffnet dem einzelnen die Chance, *sein eigenes* Leben zu führen, d. h. die von ihm gewählte Weise der Selbstdarstellung handelnd durchzuhalten“, Hervorhebung im Original; *ders.* Notstand S. 14 ff.; *ders.* Verhalten S. 183 ff.; *Jakobs* FS Arth. Kaufmann S. 459, 461; außerdem *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 62: „Nicht-Einmischungs-Erwartung“.

eingzugreifen: „Organisationsfreiheit und Eingriffsverbot stellen gleichsam die beiden Seiten einer Medaille dar“.¹⁹⁷³ Zu dem Respektierungsgebot, die negative Freiheit meiner Mitbürger zu achten und daher das Integritätsniveau von deren Rechtskreisen nicht zu verschlechtern, gehöre jedoch auch, dass ich die auf mich zurückgehende Gefährdung neutralisiere, bevor sie sich schädigend auswirke.¹⁹⁷⁴ Die Bestrafung wegen der Ingerenzunterlassung bedürfe damit – in der Terminologie Feuerbachs – keines besonderen Grundes, da sie der „ursprünglichen Verbindlichkeit“ entspringe.¹⁹⁷⁵

II. Kritik

1. Normlogischer Einwand?

Von einigen Autoren wird der Lösung entgegengehalten, man könne – im Anschluss an *Arm. Kaufmann* – normlogisch aus Verboten keine Gebote ableiten.¹⁹⁷⁶ Das Verbot richte sich an einen unbestimmten Personenkreis, das Garantengebot an einen begrenzten. Daher lasse sich der Verbotsnorm nicht entnehmen, ob eine bestimmte Person Garant ist.¹⁹⁷⁷ Diese Bedenken betreffen jedoch bloß die formale Struktur von Ver- und Geboten, nicht hingegen deren materiell-rechtliche Legitimation. Formal erlaubt § 13 I StGB die An-

¹⁹⁷³ *Pawlik* Unrecht S. 180; wenn die Organisationsfreiheit nicht durch ein generelles Eingriffsverbot abgesichert sei, werde sie freiheitstheoretisch gesehen wertlos. Das Eingriffsverbot sei gerade Ermöglichungsbedingung für freiheitsverwirklichendes Handeln; siehe bereits *ders.* Notstand S. 14; *ders.* Verhalten S. 132: die Garantstellungen seien insoweit die „unmittelbaren Korrelate von Organisationsfreiheit“.

¹⁹⁷⁴ „Zur Abschirmung des anderen von Gefahren sind Neutralisierungsgebote jedoch nicht weniger bedeutsam als das Verbot aktiver Schädigungen“ – „Der andere soll nicht schlechter stehen, als er stehen würde, wenn er überhaupt nicht mit mir zusammengetroffen wäre“. *Pawlik* Unrecht S. 181; *ders.* FS Roxin (2011) S. 931, 939; *ders.* FS Jakobs S. 469, 492 f. Siehe außerdem bereits *Kissin* Rechtspflicht S. 101 f.: Dem anderen ist nur ein Verhalten gestattet, „das im Endergebnis für die Allgemeinheit keinen Schaden verursacht, der bei Nichtexistenz dieses Mitglieds ausgeblieben wäre“; zustimmend *Granderath* Rechtspflicht S. 167. Ähnlich auch *Philipp*s Handlungsspielraum S. 173 ff. Universelle Verbote hätten den Charakter, dass gewisse Ereignisse nie bewirkt werden sollten (dazu bereits S. 15 ff., 21: „Verbote ziehen eine Grenze, Gebote setzen ein Ziel“; zustimmend *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 14). Es sei „einleuchtend“, dass jeder über die Entäußerung seiner Handlungen hinaus diese steuern und korrigieren müsse: Es handle sich um einen Fall der „Eigenkompensation“ (*Philipp*s aaO S. 175, siehe auch Fn. 227). „Wenn einer eine Handlung vollzieht, die, wenn sie nicht kompensiert würde, den Tatbestand eines Verbotes erfüllt, so ist er aus dem Verbot heraus verpflichtet, die Kompensation vorzunehmen“ (S. 153).

¹⁹⁷⁵ *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 64.

¹⁹⁷⁶ *Vogel* Norm und Pflicht S. 345; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 111; *Herbertz* Ingerenz S. 219; siehe auch *Kugler* Ingerenz S. 130 ff.; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 100, 117; *Sangenstedt* Garantstellung S. 250, 338.

¹⁹⁷⁷ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 111. Aus Verbotsnormen abgeleitete Gebotsnormen seien bei der Bestimmung des Adressatenkreises mit einem „unüberwindbaren Bestimmbarkeitsproblem“ konfrontiert, *Herbertz* Ingerenz S. 219; mit Verweis auf die Ausführungen von *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 3 ff., 256 ff. und *Vogel* Norm und Pflicht S. 93 ff.

nahme von die Verbote der Tatbestände flankierenden Geboten, wenn diese denn *materiell* begründet sind¹⁹⁷⁸ – dies hat die h.M. sogar vor 1975 angenommen. Die bloß normentheoretische „Schlacht“ scheint insoweit geschlagen.¹⁹⁷⁹ Überzeugender ist der Einwand *Welps*, man dürfe die materielle Gleichstellung nicht durch normlogische Erwägungen verkürzen: Die Ableitung der Erfolgsabwendungspflicht aus dem Verletzungsverbot kann bei der Ingerenz nur „Resümee einer sachlichen Begründung der Handlungsäquivalenz“ bilden.¹⁹⁸⁰ Dieses Argument gilt in beide Richtungen: Weder spricht die *formale* Verschiedenheit von Ver- und Gebot gegen die Begründung der Ingerenz aus den Wertungen des Begehungsdelikts, noch genügt es, die Ingerenz bloß formal auf die Norm des Begehungsdelikts zu stützen. Die Verpflichtung der Abwendung ist nicht als Minus im Verbot enthalten, sodass sie einfach aus diesem deduziert werden könnte.¹⁹⁸¹ Vielmehr bedarf es einer Wertung, um die Verbindlichkeit auch auf die Unterlassungsphase zu erstrecken. Erforderlich ist eine Auseinandersetzung mit den *materiellen Wertungen des Begehungsdelikts*. Letztlich ist die Ableitung von Handlungs- aus Unterlassungspflichten zwar nicht logisch zwingend, aber doch teleologisch plausibel.¹⁹⁸² Ob diese Ableitung tatsächlich den Wertungen des Gesetzes entspricht, soll unten näher beleuchtet werden. Die Reichweite des Tatbestandes schlicht auf die Angriffsform „Unterlassung nach Vorhandlung“ zu erstrecken, ist eine *petitio principii*.¹⁹⁸³

¹⁹⁷⁸ *Herzberg* JuS 1971, 74: „Es bleibt die Frage nach dem materiellen Grund, der es erlaubt und gebietet, den Tötungsbegriff so intensiv zu deuten, daß er das Untätigbleiben [...] erfaßt“; *ders.* Garantprinzip S. 289; *Pawlik* Unrecht S. 181: „materiale Grundlage“ im Respektierungsgebot; vgl. auch *Brammsen* GA 1993, 97, 106: Der normlogische Einwand hat mit § 13 I StGB seine Stringenz weitgehend eingebüßt; *Grünwald* Garantpflichten S. 133 m. Fn. 3: Es geht nicht um eine normlogische Ableitung.

¹⁹⁷⁹ Hier fragt sich zudem, wo der Unterschied zur eigenen Konzeption der Kritiker ist, wenn *Herbertz* etwa die Ingerenz als „kleine Schwester der Begehungsstrafbarkeit“ ansieht und sie ebenso wie *Paradissis* die Lehre von der objektiven Zurechnung bemüht. Deutlicher kann man die Ingerenz *aus dem Begehungsdelikt* nicht ableiten (siehe zu *Herbertz* bzw. *Paradissis* → unten C VI bzw. C V). – *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 287 f. meint hingegen kritisch, dann sei auch der Begehungstäter regelmäßig Garant aus Ingerenz. – Dies verfängt jedoch bloß, wenn man mit *Otto* und *Brammsen* zirkulär von der Annahme ausgeht, der Begehungstäter könne im Anschluss an die aktive Tat nicht Garant sein. Siehe gegen *Brammsen* auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 110; *Stein* JR 1999, 265, 267.

¹⁹⁸⁰ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 165; Hervorhebung im Original. Siehe auch *Herzberg* Garantprinzip S. 211 m. Fn. 19: Die Pflicht ist nicht Voraussetzung, sondern Folge der Normanwendung.

¹⁹⁸¹ So zu Recht *E. A. Wolff* Kausalität S. 42; siehe auch *Sangenstedt* Garantstellung S. 338.

¹⁹⁸² Wenn jemand verpflichtet ist, ein Ereignis hervorzubringen zu unterlassen, ist es sinnvoll, den Handelnden weiterhin in Pflicht zu nehmen, weil es dem Verbot gerade darauf ankommt, das unerwünschte Ereignis zu vermeiden, *Hruschka* JuS 1979, 385, 386; *Renzikowski* Täterbegriff S. 141. Siehe schon oben → § 1 E II 3 b) dd).

¹⁹⁸³ Die Fundierung der Garantspflicht im Prinzip des *neminem laedere* setzt voraus, was zu beweisen ist: Dass nämlich das Verletzungsverbot auch ein entsprechendes Abwendungsgebot enthält. So auch noch *Weigend* LK¹² § 13 Rn. 42; anders nun die Neuauflage. Vgl. auch *Schünemann* GA 2016, 301, 306: „bloße Behauptungen, keine Ableitungen“. Siehe zudem *K. Günther* in: Zustand des Strafrechts S. 445, 458: die ursprüngliche Pflicht, nicht in fremde Freiheitsrechte einzugreifen, werde „zu einer allgemeinen Sorgfaltspflicht mit positiven und negativen Elementen, deren Komplementärbezug zu ‚Rechtsgütern‘ nicht mehr deutlich ist“ gesteigert; *Herbertz* Ingerenz S. 219, das allgemeine Schädigungsverbot ließe sich auch so deuten, dass nur aktive Schädigungen verboten sind.

2. Fehlende Strafrechtsspezifität des *allgemeinen* Schädigungsverbots

Das *allgemeine* Schädigungsverbot *neminem laedere*¹⁹⁸⁴ blickt dabei auf eine lange Tradition zurück.¹⁹⁸⁵ Es handelt sich dabei nicht um einen genuin strafrechtlichen Satz, sondern einen des römisch-rechtlichen Haftungsrechts, welches bis zur Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs die deutsche *Zivilrechtspflege* weitestgehend beherrschte.¹⁹⁸⁶ Ein im wahrsten Sinne des Wortes „allgemeines Schädigungsverbot“ wäre bereits deshalb zu weit gefasst, weil für das Strafrecht ein erheblicher Anteil der (auch vorsätzlichen und fahrlässigen Gefährdungen) irrelevant ist.¹⁹⁸⁷ Gerade die Vertragsverletzung, welche für *Hegel* das zentrale Beispiel eines Verstoßes gegen das Respektierungsgebot als Handlungsgebot darstellt, zeigt, dass der Grundsatz des *neminem laedere* für das Strafrecht viel zu weit ist.¹⁹⁸⁸ Ohne weitere Konkretisierung ist der Verweis auf das allgemeine Schädigungsverbot zu inhaltsleer,¹⁹⁸⁹ als dass sich hieraus konkrete *strafrechtliche* Schlussfolgerungen ableiten ließen.¹⁹⁹⁰

¹⁹⁸⁴ *Naucke* Strafrecht § 7 Rn. 244 weist darauf hin, dass das Gebot meist verkürzt wiedergegeben wird: „neminem laede, imo omnes, quantum potes, iuva“ (verletze niemanden, sondern hilf allen, soviel du kannst).

¹⁹⁸⁵ Eingehend *G. Schiemann* JuS 1989, 345 ff. Das Gebot „alterum non laedere“ geht in seiner klassischen Formulierung zurück auf das römische Recht, genauer gesagt auf die Institutionen *Justinians* (vgl. *Schiemann* aaO. Zuvor bezeichnete bereits *Cicero* als wichtigste Aufgabe der Gesellschaft, dass keiner einem anderen schade. *Cicero* De officiis I, 20: „iustitiae primum munus est ut ne cui quis noceat“; darauf weist *Sanchez-Verá* Pflichtdelikt S. 67 hin. Auch *Kant* beruft sich bei der Einteilung der Rechtspflichten bei *Ulpian*: „Tue niemanden Unrecht (neminem laede) [...]“, *Kant* MdS Rechtslehre AB 43, Werke VIII S. 344; vgl. dazu *Kühl* in: *Recht und Moral* S. 139, 170 f.

¹⁹⁸⁶ Hierzu *G. Schiemann* JuS 1989, 345 ff.

¹⁹⁸⁷ Vgl. *Prittowitz* Strafrecht und Risiko S. 351; *Rudolphi* JuS 1969, 569; *Vogel* Norm und Pflicht S. 342 f. Siehe auch *Brammsen* GA 1993, 97, 103. Diese Argumentation wird zum Teil umgangen, wenn sich die Argumentation bei vielen Autoren bloß auf der Ebene einer vorstrafrechtlichen, ungeschriebenen „Verhaltensnorm“ abspielt (gegen derartige Überlegungen schon oben → Kapitel 1 § 3 B IV 3 c). So meint *Murmann*, dass die „Verhaltensnorm“ des Begehungsdelikts ebenfalls regelmäßig nicht ausdrücklich gesetzlich kodifiziert sei, *Murmann* GK § 29 Rn. 65 m. Fn. 147. Die entscheidende Frage ist jedoch nicht, ob der Täter eine Verhaltensnorm verletzt, sondern ob er sich nach einem *bestimmten Tatbestand strafbar* macht – diese Frage ist jedoch für aktives Tun anders als für die Ingerenzunterlassung durchaus explizit gesetzlich geregelt.

¹⁹⁸⁸ Selbst das Bürgerliche Gesetzbuch enthält im Übrigen kein *allgemeines Schädigungsverbot* (siehe auch *Brammsen* GA 1993, 97, 103 und *Vogel* Norm und Pflicht S. 342 m. Fn. 213), es entschied sich gegen eine allgemeine deliktische Generalklausel, vgl. §§ 823 I, II, 826 BGB; anders das französische Recht, vgl. Art. 1382 Code Civil: „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer“. Zudem ist auch das Zivilrecht weitestgehend durch das Verschuldensprinzip geprägt, vgl. *G. Schiemann* JuS 1989, 345, 350. – Insoweit ähnlich Art. 1382 Code Civil.

¹⁹⁸⁹ *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 32; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 94; *Herbertz* Ingerenz S. 217.

¹⁹⁹⁰ Beispielsweise *Kants* und *Hegels* Pflichtenlehren gehen nicht von einem strafrechtlichen Ausgangspunkt aus, sondern betreffen allgemein die Koordination von Freiheit. Von der Normverletzung als solcher lässt sich nicht auf die spezifische Sanktion der Kriminalstrafe schließen, da die weit überwiegende Zahl aller Normübertretungen straflos bleibt. *Schünemann* merkt insoweit scharf an: „Dass auch große Philosophen wie *Kant* und *Hegel* dieser Verwechslung erlegen sind, kann diesen Fehler nicht heilen, sondern beruht offenbar darauf, daß weder *Kant* noch *Hegel* Juristen waren.“ *Schünemann* FS Roxin (2001) S. 1, 15; siehe auch *ders.* FS Lüderssen S. 327, 330. **Anders** wohl *Grünewald*, die meint, es handle sich bei den

Warum soll die aus *neminem laedere* abgeleitete Pflicht gerade eine strafrechtlich relevante Garantenpflicht sein?¹⁹⁹¹

Richtigerweise kann es nur auf die „vielfältigen Vertatbestandlichkeiten“¹⁹⁹² des Schädigungsverbots in der *Strafrechtsordnung* ankommen.¹⁹⁹³ Das Strafgesetzbuch „ist nach dem Grundsatz des ‚neminem laedere‘ gebaut: Verbleibe in deinem Freiheitsbereich und übertrete diesen nicht einseitig um andere zu verletzen, zu töten, zu betrügen, zu bestehlen“.¹⁹⁹⁴ Mag sich das Tötungsverbot des § 212 I StGB (als *pars pro toto* für alle Erfolgsdelikte) noch leicht als Ausprägung des *allgemeinen* Schädigungsverbots erklären lassen, stößt diese Begründung bei komplexeren Tatbeständen, die beispielsweise bestimmte Handlungsmodalitäten oder den Eintritt von Zwischenerfolgen verlangen, an ihre Grenzen. Etwa nach § 263 I StGB ist es nicht überhaupt verboten, das Vermögen eines anderen zu schädigen, sondern allein durch das Hervorrufen eines vermögensrelevanten Irrtums. Es kommt ganz entscheidend auf die Struktur des jeweiligen Tatbestands an.¹⁹⁹⁵ Weder sind Solidaritätspflichten (nach § 323c I StGB) sowie „positiven“ Garantenpflichten zur Obhut durch den historischen philosophischen Rechtsbegriff vorgegeben noch sind sie ausgeschlossen.¹⁹⁹⁶ Selbiges gilt für die „Reichweite“ der „negativen Verbindlichkeit“.

negativen Nichtinterventionspflichten (gleich ob Unterlassungspflichten) um rechtliche und nicht bloß moralische/solidarische Pflichten, „insofern“ sei es berechtigt, bei der Verletzung einer solchen Handlungspflicht von einem begehungsgleichen Unterlassen zu sprechen, *Grünwald* Garantenpflichten S. 134.

¹⁹⁹¹ So wurde vorgebracht, dass im Rahmen eines *allgemeinen* Schädigungsverbots auch der Verstoß gegen § 323c StGB eine Verletzung darstelle, die aber gerade nicht für die Begründung eines unechten Unterlassungsdelikts genüge, *Roxin* AT II § 32 Rn. 146. Dem könnte man zwar entgegen, dass § 323c StGB eben keine *negative* Respektierungspflicht zugrunde liege. Dennoch bliebe das *allgemeine* Schädigungsverbot zu unspezifisch, um zu begründen, dass es sich um ein *Garantengebot* handelt.

¹⁹⁹² *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 29.

¹⁹⁹³ So auch *Herzberg* JuS 1971, 74 f. – Überzogen daher die Kritik von *Brammsen* GA 1993, 97, 102 ff.

¹⁹⁹⁴ *Kühl* JA 2014, 507, 509; siehe auch *ders.* FS Herzberg S. 177, 180; *ders.* AT § 8 Rn. 8; *Welzel* Strafrecht S. 5. Nicht besonders zielführend erscheint es für die Lösung konkreter strafrechtlicher Fragen hingegen, etwa mit *Kleinherne* Garantenstellung S. 352 ff., die *Rechtspflichtqualität* des *neminem laedere* aus dem Übergang vom „Naturzustand“ in den „bürgerlichen Zustand“ zu erklären. Die *Strafrechtsqualität* soll dann hingegen schlicht darauf beruhen, dass das *neminem laedere* dem Schutz von Rechtsgütern dient. Eine *petitio principii* stellt auch die Aussage (S. 354) dar, im Fall des *neminem laedere* falle der Übergang zur Strafrechtspflicht leicht, denn die Pflicht habe zum Inhalt, niemandes Rechtsgüter zu verletzen – zu beweisen ist jedoch gerade, ob die Rechtsgüter auch durch eine Unterlassung des Ingerenten verletzt werden. Dagegen meint *Kleinherne* umgekehrt (S. 369), es sei eine unzulässige *petitio principii*, wenn man einwende, der Inhalt der negativen Pflicht betreffe nur das Unterlassen von aktiven Verletzungen. Denn die Unterscheidung zwischen Begehung und Unterlassung stellt eben den Standpunkt des Gesetzes dar, von dem ausgehend zu fragen ist, ob den zunächst aktiv Handelnden nach Abschluss seines Tuns auch ein Gebot trifft, die Wirkungen seines Tuns zu neutralisieren. Die Ingerenz wird von *Kleinherne* bewusst (S. 376 m. Fn. 1431) nicht ausführlich behandelt, S. 410 f.: Für die Ingerenz spreche ihre „besonders große Nähe zur Vorlage des Erfolgsdelikts“.

¹⁹⁹⁵ Vgl. *Gallas* in: Beiträge S. 1, 16 f. Das Schutzbedürfnis der Gesellschaft vor Verbrechen muss an die konkrete historische Situation und den konkreten Zustand dieser Gesellschaft anknüpfen, insbesondere ihre Wertvorstellungen. Diese sind im Rechtsstaat maßgeblich mittels der demokratischen Verständigung im positiven (Straf-)Recht angesiedelt.

¹⁹⁹⁶ Vgl. dazu *Gallas* in: Beiträge S. 1, 16 f.; *ders.* Studien S. 70 f.; *Naucke* Strafrecht § 7 Rn. 244: Mit der Bestrafung der Unterlassung dringe das Recht weit in das Gebiet der Moral ein, die Trennung von Recht und Moral falle.

Ob diese bloß die Unterlassung der schädlichen Handlung beinhaltet oder auch die Abwendung ihrer Folgen, lässt sich allein aus dem geltenden Strafrecht beantworten.

3. Differenzierung zwischen Begehung und Ingerenzunterlassung

Zutreffend erscheint der Verweis darauf, dass die Garantenstellung aus Ingerenz allein aus dem selbstverständlichen Einstehenmüssen des Handelnden ableitbar und insoweit „negativer“ Natur¹⁹⁹⁷ ist. Grund der Verpflichtung ist also derselbe wie bei der Begehung, es gibt insoweit keinen „besonderen“ Rechtsgrund der Ingerenz. Manche Autoren gehen jedoch noch weiter: So meinen *Jakobs* und *Pawlik*, es handle sich bei Tun und Unterlassen bloß um die „Technik“ oder „Modalität“, mit der der Einzelne seinen Pflichten nachzukommen hat.¹⁹⁹⁸ Die Unterscheidung sei aus „fallprüfungstechnischen Gründen“ zu empfehlen, habe aber keine systematisch tragende Rolle.¹⁹⁹⁹ Diese Betrachtungsweise stützt sich jedoch allein auf den „output“ des Täters aus der Perspektive der Gesellschaft und vernachlässigt das *konkrete strafbare Verhalten* des Täters. Sie gerät damit in Konflikt mit dem Prinzip des Tatstrafrechts: Der Täter muss für seine *Tat* verantwortlich gemacht werden, also die *Unterlassung*.²⁰⁰⁰ Ob der Betreffende nicht aktiv gestalten darf oder ob er seine vergangene Gestaltung zurückziehen²⁰⁰¹ muss, ist zweierlei. So geht der *Inhalt* der Verpflichtung bei der Ingerenz – anders als bei der aktiven Begehung, aber ebenso wie bei den „positiven“ Pflichten der Obhutsgaranten – im maßgeblichen Moment des tatbestandlichen Verhaltens auf eine *aktive Abwendungsleistung*²⁰⁰², also den Einsatz

¹⁹⁹⁷ Vgl. dazu etwa *Jakobs* Unterlassen S. 36 f.; *ders.* in: *El sistema* S. 133, 135 ff.; *ders.* FS R. Merkel S. 639, 642.

¹⁹⁹⁸ Die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen betreffe nicht den „Grund der Verpflichtung“, denn dieser sei in beiden Fällen „neminem laede“.

¹⁹⁹⁹ *Jakobs* Unterlassen S. 35 (siehe auch S. 37: „völlige Kongruenz der Haftung für Tun mit derjenigen für Unterlassung“; *ders.* Handlungsbegriff S. 31); *Pawlik* FS *Jakobs* S. 469, 493; siehe auch *ders.* Unrecht S. 161. Dabei meint *Herbertz*, es handle es sich bei *neminem laedere* um ein Prinzip, welches die Strafrechtsordnung insgesamt unterfüttere und daher keine spezielle materiell-rechtliche Legitimation der Ingerenz liefere, „stattdessen kann jedwedes Erfolgsdelikt mit dem allgemeinen Schädigungsverbot legitimiert werden“ (*Herbertz* Ingerenz S. 218 f.; andererseits: „völlig ungeeignet“ soll das Schädigungsverbot jedoch auch nicht sein zur Begründung der Ingerenz, „denn tatsächlich soll sie Schäden an Rechtsgütern vermeiden“, letztlich handle es sich um eine „Facette“ des Strafbarkeitsgrundes der Ingerenz). Dieser Gedanke ist vermutlich inspiriert durch *Kugler* Ingerenz S. 132, der meint, der Gedanke des *neminem laedere* werde für sich allein genommen „nicht der Besonderheit des Ingerenzgedankens gegenüber den übrigen Garantenstellungen gerecht“. – Dem ist jedoch nicht zuzustimmen: Die Ingerenz ist gerade die einzige Garantenstellung, die sich *ausschließlich* sekundär aus den Wertungen zum Begehungsdelikt, der „negativen Verbindlichkeit“, ableitet. Der „Clou“ bei der Begründung der Ingerenz aus dem Schädigungsverbot ist es, dass für diese Garantenstellung kein „besonderer materieller Strafgrund“ aufgefunden werden muss. Wenn das Schädigungsverbot *nicht* Fundament der Handlungsverbote wäre, ließe sich daraus auch die Ingerenz nicht als begehungsgleich begründen.

²⁰⁰⁰ Vgl. auch *Maiwald* ZStW 86 (1974) 626, 637 ff. Allgemein *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 43e: Handlungsbegriff als Bekenntnis dazu, dass man nur für Tun oder Unterlassen zur Verantwortung gezogen werden kann.

²⁰⁰¹ *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 137.

²⁰⁰² *Samson* FS *Welzel* S. 579, 595. → Kapitel 1 § 2 C II 2.

von *Energie*, um die Situation des Opfers zu verbessern.²⁰⁰³ Der Ingerent ist dazu angehalten, „aus seinem Freiheitsbereich herauszutreten, um anderen Hilfe zu leisten oder drohende Schäden von ihnen abzuwenden“.²⁰⁰⁴ Daher erscheint – auch wenn sich die Ingerenz auf den gleichen Strafgrund wie die Begehung stützt – in einem freiheitlichen Strafrecht die Bestrafung von Unterlassungen stets *problematischer und begründungsbedürftiger* als die von Begehungen.²⁰⁰⁵ Ein liberaler Ansatz dürfte ein Involvierungsprinzip, nach dem die „negativen“ Handlungspflichten gleichrangig neben den Unterlassungspflichten stünden, nicht als selbstverständlich voraussetzen.²⁰⁰⁶ Bedenklich wäre es insofern insbesondere, wenn man dem Ingerenten die Strafmilderung des § 13 II StGB vorenthalten wollte, weil er aus dem gleichen „normativen Grund“ wie der Begehungstäter bestraft werde.²⁰⁰⁷ Die Unterschiede können nicht aus „normativen Gründen“ pauschal für unwesentlich erklärt werden, ihnen ist *jedenfalls* im Rahmen von § 13 II StGB Rechnung zu tragen.

4. Fazit

Überzeugender Kern des Verweises auf *neminem laedere* ist, dass es sich bei der Garantstellung aus Ingerenz nicht um Pflichten aufgrund eines besonderen sozialen Näheverhältnisses oder bloßer Solidarität handelt, sondern die Verbindlichkeit sekundär zu den Verletzungsverboten begründet werden muss.²⁰⁰⁸ Hierfür ist ein „allgemeines“ Schädigungsprinzip jedoch zu unspezifisch, vielmehr muss es auf die Wertungen des *jeweiligen* Begehungstatbestandes ankommen.

²⁰⁰³ Wenn etwa *Jakobs* meint, das Gebot habe „nicht eine helfende Zuwendung, also keine positive Pflicht zum Inhalt, verpflichtet vielmehr dazu, Ausreißer der eigenen Organisation zurückzuholen“, so beachtet dies nicht hinreichend, dass dieses „Zurückholen“ durchaus ein tätiges Eingreifen des Verpflichteten erfordert und dessen Handlungsfreiheit stärker belastet. Vgl. dazu schon oben → Kapitel 1 § 2 D V. Zwischen Tun und Unterlassen handelt sich eben nicht *bloß* um einen „phänotypischen“ (so *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 137) Unterschied.

²⁰⁰⁴ Formulierung nach *Kühl* JA 2014, 507, 509.

²⁰⁰⁵ Vgl. *Kühl* FS Herzberg S. 177, 180 ff.; *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 670. – Die höhere Belastung durch Gebote wird hingegen heruntergespielt bei *Pawlik* FS Jakobs S. 469, 493.

²⁰⁰⁶ Auch mit Geboten aus Organisationszuständigkeit kann ein Strafrecht die Handlungsfreiheit des Bürgers auf illiberale Weise erdrücken, *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 679.

²⁰⁰⁷ Vgl. aber *Pawlik* Unrecht S. 161 m. Fn. 26; S. 181 m. Fn. 182: „systematische[...] Gleichrangigkeit der Neutralisierungspflicht mit dem ursprünglichen Begehungsverbot“; *Timpe* Strafmilderungen S. 187, 197, 218, 220 f.; für alle Unterlassungsdelikte *Freund* FS Herzberg S. 225, 228 ff., 244 f.; *ders.* MK § 13 Rn. 32; vgl. auch *Jakobs* AT 29/123 ff., die Milderung allein auf die „institutionelle Zuständigkeit“ anwenden will und zwischen Begehung und Unterlassung des Organisationszuständigen keine Unterschiede erkennt; *Gauger* Dogmatik S. 201; *Lerman* GA 2008, 78, 90; *Perdomo-Torres* FS Jakobs S. 497, 511 f.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 143.

²⁰⁰⁸ Siehe auch *Herzberg* Arbeitsschutz S. 246; *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 135 ff. – Völlig verfehlt daher die Kritik von *Kugler* Ingerenz S. 131 f. zum Involvierungsprinzip: Der Satz, dass in den Verboten des StGB Gebote enthalten seien, werde „ganz allgemein benötigt, um unechte Unterlassungen überhaupt strafen zu können“. Der gleiche Satz könne nicht nochmals verwendet werden, „um zu begründen, warum gerade der Gefährschaffer Garant und damit tauglicher Täter eines Unterlassungsdelikts ist“. – Hierbei werden grundsätzlich zwei Ebenen vermischt: Einmal geht es darum, ob die Tatbestände (formal) so ausgelegt werden können, dass sie auch Unterlassungen betreffen und damit überhaupt Gebotsverstöße erfassen (diese Frage ist inzwischen durch § 13 StGB ohnehin überholt). Die davon zu trennende Frage ist, ob

C. Verwandte Ansätze

I. Gefahrschaffung (*Arzt*)

Zum Teil wird die „Rechtspflicht zum Tätigwerden“ allgemein aus dem Prinzip der „Gefahrschaffung“ abgeleitet.²⁰⁰⁹ Insbesondere *Arzt* stellt sich auf den Standpunkt, in allen Garantenstellungen stecke „eine rudimentäre Gefahrschaffung als Begehungselement“, indem die Gefahr unmittelbar geschaffen wurde, oder mittelbar, indem eine Person die Aufgabe zur Gefahrenabwehr übernommen und nicht einwandfrei durchgeführt hat.²⁰¹⁰ Am stärksten komme dieser Gedanke bei der Ingerenz zum Tragen.²⁰¹¹

Treffender Grundgedanke dabei ist jedenfalls, dass es im Rechtsgüter schützenden Strafrecht nicht auf irgendwelche Rechtspflichten oder Erwartungen ankommt, solange deren Missachtung keine besondere Gefährlichkeit für Rechtsgüter aufweist.²⁰¹² Die Unterlassung selbst ist nie gefährlich, sondern nur in Zusammenhang mit einem bestimmten, bereits in Gang befindlichen gefährlichen Verlauf, für den der Unterlassende einzustehen hat.²⁰¹³ Insofern weist der Gedanke der Gefahrschaffung durchaus restriktives Potential auf. Dies hat *Stree* für die Garantenstellung kraft Übernahme überzeugend dargelegt: Wer sich darauf verlässt, dass ein anderer eventuell auftretenden Gefahren entgegenwirkt, wird häufig sein eigenes Verhalten danach einrichten und möglicherweise besondere Gefahren auf sich nehmen. Die Übernahme zeigt insoweit bestimmte *Wirkungen für ein Rechtsgut*.²⁰¹⁴ Selbstverständlich kann jedoch das bloße Faktum der Gefahrschaffung

speziell die Ingerenz *materiell* als zu den Verboten der Begehungsdelikte ergänzende Rechtsfigur legitimiert werden kann.

²⁰⁰⁹ *Arzt* JA 1980, 712, 714 ff.; *Stree* FS H. Mayer S. 145, 154 ff.; *Schultz* stellt ergänzend auf Gefahrschaffung und Vertrauen ab, *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 136 ff., 145 ff.; *ders.* JuS 1985, 270, 273.

²⁰¹⁰ *Arzt* JA 1980, 553, 560; *ders.* JA 1980, 712, 714. Zum Teil wurde dem Kriterium der Gefahrschaffung vorgeworfen, die Argumentation sei im kausalmonistischen Denken verankert und könne weder eine Begründung noch eine Begrenzung der Unterlassungshaftung schaffen (*Schünemann* ZStW 96 (1984) 287, 296 m. Fn. 32; zustimmend *Otto/Brammsen* Jura 1985, 530, 534; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 98 f.; kritisch auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 353). Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass die Begrenzung der Unterlassungsstrafbarkeit auf Fälle „gefährlichen“ Unterlassens durchaus der gesetzlich angeordneten strafrechtsspezifischen Gleichstellung ist.

²⁰¹¹ *Arzt* JA 1980, 712, 714: „Je dringender der Verdacht einer Verantwortlichkeit schon für Tun begründet ist, desto stärker wird die Versuchung, den Täter notfalls über eine Unterlassungskonstruktion zu bestrafen“; zu letzterem Aspekt (kritisch) auch *Hillenkamp* JR 1988, 301 ff.; jedenfalls für aktive Begehung und Ingerenz auf die Gefahrschaffung als „Zurechnungsgrund“ abstellend *Otto* FS Maurach S. 91, 101 ff.

²⁰¹² *Vogel* meint, das Gefährdungsprinzip sei insoweit selbstverständlich, als dass Garantenstellungen nur dann entstehen können, wenn sich das Opfer nicht selbst zu helfen im Stande ist, *Vogel* Norm und Pflicht S. 342. Dessen Kritik beruht im Weiteren jedoch wieder darauf, dass dieser Gesichtspunkt auf der „Zurechnungs-“/ „Pflichtebene“ liege, nicht auf der „Normebene“.

²⁰¹³ Vgl. oben → Kapitel 1 § 3 B VI 4.

²⁰¹⁴ *Stree* FS H. Mayer S. 145, 154 f.; außerdem *Gallas* Studien S. 78 ff.; *Schünemann*, der das Kriterium der Gefahrschaffung als kausalmonistisch kritisiert, steht der Ansicht *Strees* gar nicht so fern, wenn er meint, ein herrschaftsbegründender Vertrauensakt setze eine „Disposition“ des Opfers voraus, vgl. *Schünemann* Grund und Grenzen S. 351. Die Übernahme müsse „Einfluss auf die Situation des Betroffenen haben und insoweit „anfälligkeitsverändernd“ sein, „wenn man so will, mag man hierfür den Terminus der Gefahrenhöhung benutzen“; der Unterschied bei *Schünemann* liegt darin, dass die Veränderung der Opfersituation nicht für den Erfolg kausal sein muss.

nicht die Begründung des *rechtlichen* Einstehehmüssens ersetzen. Offen bleibt, *wer* aus *welchen* rechtlichen Gründen Garant für die Gefahr ist.²⁰¹⁵ Insofern *Arzt* entscheidet im Wesentlichen nur anhand bestimmter Topoi im Einzelfall, ohne diese anhand von übergeordneten Wertungsgesichtspunkten zu verifizieren.²⁰¹⁶ Für die Ingerenz läuft die Begründung letztlich auf den Gedanken des *neminem laedere* hinaus²⁰¹⁷ und hat dort keinen zusätzlichen Begründungswert.²⁰¹⁸ Auch der Gedanke von *Schultz*, die Gefahr müsse bei der Ingerenz *zurechenbar* geschaffen sein,²⁰¹⁹ führt nicht weiter.²⁰²⁰ Diese Überlegung kann, weil rein im Formalen bleibend, höchstens die Grenzen der Garantenstellung abstecken, jedoch keinen materiellen Legitimationsgrund liefern. Ebenso beschreibt der von *Wohlers* bemühte Topos der „Gefahrverantwortlichkeit“²⁰²¹ letztlich bloß das Ergebnis, dass eine Garantenstellung gegeben ist.

II. Eingriff in fremde Rechtssphären (*Kugler*)

1. Darstellung

*Kugler*²⁰²² stellt darauf ab, dass der Täter durch sein Handeln in die Rechtssphäre eines anderen eingreift.²⁰²³ Die „Koexistenz aller“, das „enge Zusammenrücken der Individuen erfordere eine Respektierung und Garantie der Rechtssphären bei der Betätigung der individuellen Handlungsfreiheit“. Die Gefährdung anderer bedeute eine Störung des Gleichgewichts der Kräfte. „Hieraus ist die Pflicht zur vorbeugenden Wiederherstellung des Gleichgewichts begründet“.²⁰²⁴ Überdies befinde sich der Ingerent in einer normativen Monopolstellung: Erstens habe er durch seine eigene Handlung die schädliche Ursachenkette angestoßen. Außerdem sei er auch zeitlich und räumlich regelmäßig in einer Schlüsselstellung und am ehesten in der Lage, den Erfolg abzuwenden.²⁰²⁵ Das Zusammenspiel dieser beiden Gesichtspunkte führe dazu, dass wenn andere anwesend seien, der

²⁰¹⁵ *Vogel* Norm und Pflicht S. 343; vgl. auch *Sangenstedt* Garantenstellung S. 264; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 46: Die „Gefahrverantwortlichkeit“ formuliert letztlich bloß das Ergebnis, dass eine Garantenstellung vorliegt.

²⁰¹⁶ *Schünemann* ZStW 96 (1984) 287, 296 m. Fn. 32: „mit dem Rechtsgefühl verträgliche[r] Topoikatalog“, *Arzt* schöpfe das Potential des Gedankens nicht aus, sondern legitimiere im Grunde die gesamte Rechtsprechung; siehe auch v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 98 f.

²⁰¹⁷ *Arzt* beruft sich insoweit auf die Formulierung des Involvierungsprinzips bei *Stree*. *Arzt* JA 1980, 712, 714: Begehung und Ingerenz würden ineinander „verschwimmen“.

²⁰¹⁸ Umgekehrt wird bezweifelt, dass der Gedanke der Gefahrschaffung für die Obhutsgarantenstellungen passt (insbesondere im Eltern-Kind-Verhältnis). Vgl. *Grünwald* Garantenpflichten S. 22 f.; *Otto/Brammsen* Jura 1985, 530, 534; *Vogel* Norm und Pflicht S. 343.

²⁰¹⁹ *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 147.

²⁰²⁰ **Kritisch** hierzu auch *Sangenstedt* Garantenstellung S. 263 f.

²⁰²¹ *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 35.

²⁰²² Siehe zur Konzeption *Kuglers* ausführlich *Herbertz* Ingerenz S. 231 ff., 233 ff.

²⁰²³ *Kugler* Ingerenz S. 136 ff., im Anschluss an *Rotering* GS 34 (1883) 206 ff.; sympathisierend *Herbertz* Ingerenz S. 234; ähnlich zudem *Granderath* Rechtspflicht S. 171 f.

²⁰²⁴ *Kugler* Ingerenz S. 138.

²⁰²⁵ Ähnlich schon *Kohlrausch/Lange* Vorbem. II B II 3d.

Ingerent zwar nicht tatsächlich, wohl aber „normativ“ in einer Monopolstellung stehe.²⁰²⁶ Einschränken will *Kugler* die Garantenstellung aus Ingerenz auf „als nahe wahrscheinlich objektiv voraussehbare“ Verletzungen.²⁰²⁷ Eine Gefahr im Sinne der Ingerenz liege nur dann vor, wenn ein aufmerksamer und neutraler Beobachter nicht nur abstrakt, sondern bereits konkret mit dem Eintritt eines tatbestandlichen Verletzungserfolgs rechnen kann.²⁰²⁸ Die rechtliche Qualität der Vorhandlung sei unerheblich.²⁰²⁹ Insbesondere sei kein schuldhaftes (fahrlässiges)²⁰³⁰ und kein rechtswidriges²⁰³¹ Verhalten erforderlich. In Drei-Personen-Konstellationen sei jedoch die Selbstverantwortung des Vordermanns generelle Grenze einer Ingerenzgarantenstellung des Hintermanns.²⁰³²

2. Kritik

Der Eingriff in fremde Rechtssphären ist in einem rechtsgüterschützenden Strafrecht sicherlich der Ausgangspunkt jeder Strafbarkeitsbegründung. Jedoch ist zweifelhaft, inwieweit diese Konzeption über das „neminem laedere“ (insbes. bei *Binding*) hinausgeht – welches *Kugler* ausdrücklich ablehnt.²⁰³³ Insbesondere die von ihm bemühte „Störung des Gleichgewichts der Kräfte“ entspricht der oben skizzierten Kausallehre *Bindings*. Wie soll aber der Eingriff in die fremde Rechtssphäre zu einem Abwendungsgebot führen, wenn der Begehungstatbestand doch kein solches Abwendungsgebot involviert?²⁰³⁴ Die Garantenstellung kann sich nicht auf das bloße Sein der Verursachung stützen, daher muss die entscheidende Wertung innerhalb des Tatbestandes der Begehungsdelikte aufgefunden werden. Überdies bleibt es zweifelhaft, wie bei einem rechtmäßigen Handeln von einem Eingriff in fremde Rechtssphäre gesprochen werden kann: Durch objektiv rechtmäßige Gefahren erscheint die fremde Rechtssphäre gerade nicht in strafrechtserheblicher Weise betroffen zu sein. Auch die Einschränkung anhand der Vorhersehbarkeit bleibt vor diesem Hintergrund fragwürdig.²⁰³⁵ Ein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre kann unabhängig von dessen Erkennbarkeit für den Handelnden vorliegen.²⁰³⁶ In den

²⁰²⁶ Er sei der Abwendung am nächsten, von ihm könne am ehesten erwartet werden, dass er zur Verhinderung der drohenden Verletzung tätig werde. *Kugler* Ingerenz S. 139 f. Für die Garantenstellung aus Ingerenz müssten die beiden Erfordernisse, Eingriff in die fremde Rechtssphäre und normatives Monopol, zusammenkommen. Dies spiele insbesondere eine Rolle, wenn die Gefahr der Straftatbegehung durch Dritte geschaffen werde; zusammenfassend 397 ff.

²⁰²⁷ *Kugler* Ingerenz S. 223 ff., 398. **Kritisch** zu diesem Wortungetüm *Herbertz* Ingerenz S. 238 f.

²⁰²⁸ *Kugler* Ingerenz S. 226.

²⁰²⁹ *Kugler* Ingerenz S. 398.

²⁰³⁰ *Kugler* Ingerenz S. 176 ff. – *Herbertz* Ingerenz S. 235 m. Fn. 96 rügt *Kuglers* Terminologie als „ungünstig, weil missverständlich“, doch es handelt sich eben um die der zu diesem Zeitpunkt noch weit verbreiteten kausalen Unrechtslehre.

²⁰³¹ *Kugler* Ingerenz S. 186 ff.

²⁰³² *Kugler* Ingerenz S. 398 f.

²⁰³³ *Kugler* Ingerenz S. 130 ff.

²⁰³⁴ So nämlich *Kugler* Ingerenz S. 131 ff.

²⁰³⁵ *Herbertz* kritisiert, die einschränkenden Kriterien seien „wenig vom eigenen Legitimationsansatz durchwirkt“. *Herbertz* Ingerenz S. 236 f.

²⁰³⁶ Vgl. *Frister* AT 22/31 f. mit dem Beispiel von § 1004 BGB.

Fällen des Wirkens mehrerer Beteiligter schafft die Eingrenzung aufgrund der Eigenverantwortlichkeit des unmittelbar Handelnden²⁰³⁷ eine im Grundsatz begrüßenswerte Restriktion der Ingerenzverantwortlichkeit, kommt bei *Kugler* jedoch einem starren Regressverbot bedrohlich nahe.

III. Individuelle Handlungsverantwortung (*Seelmann/Grünewald*)

1. Darstellung

Seelmann sowie dem folgend *Grünewald*²⁰³⁸ stellen sich auf den Standpunkt, im Strafrecht müsse *Kohärenz* zwischen der individuell *tadelnden* Rechtsfolge der Strafe und ihren Voraussetzungen geschaffen werden: „Rechtsfolgen von massivem Eingriffscharakter, noch dazu mit einem sozialem Tadel, passen aber nur für ein Zurechnungssystem, das an der individuellen Verantwortung des Handelnden ansetzt“, nicht hingegen an bloßen „Opferinteressen“.²⁰³⁹ Die Kohärenz sei mittels einer „Rückbesinnung auf traditionell strafrechtliche Zurechnungskriterien zu gewährleisten“, insbesondere auf den Rechtsbegriff des späten 18. und frühen 19. Jahrhunderts,²⁰⁴⁰ also die „Tradition, die als Rechtsverletzung die Verletzung derjenigen Normen ansieht, ohne deren grundsätzliche Befolgung eine auf dem Prinzip individueller Verantwortung basierende Rechtsordnung

²⁰³⁷ Hierin sieht auch *Herbertz* Ingerenz S. 241 ein „besonderes Vermächtnis“ *Kuglers*.

²⁰³⁸ *Grünewald* Garantenpflichten S. 129 ff., 133 ff.; siehe zudem *Walther* Eigenverantwortlichkeit S. 219: Die „Zuständigkeitsentscheidung“ müsse, da sie Grundlage einer strafrechtlichen Sanktion sei, „auf der am Verhalten anknüpfenden Verantwortlichkeit des Akteurs für den Erfolg – hier die Folgen des Risikos – basieren“. Im Anschluss an die individuelle Handlungsverantwortung bei *Seelmann* (in: *Vielfalt des Rechts* S. 85, 96 ff.) meint auch S. *Walter* Pflichten S. 127 f., der Einzelne erkläre sich durch sein Vorverhalten für das Rechtsgut zuständig. Er bestimme durch Handlungen sein Verhältnis zu anderen, schaffe so eine besondere personale Beziehung zum Rechtsgut, sei infolge dessen für seine Handlungen verantwortlich und begründe durch sein Verhalten die Verantwortung für die Folgen. Er organisiere so „autonom seine Zuständigkeiten“. Innerhalb eines „interpersonalen Anerkennungsverhältnisses“ werde auf die Eindämmung geschaffener Gefahren berechtigt vertraut. – Die Argumentation bleibt weitestgehend metaphorisch und umschreibt das Entstehen der Garantenposition (die „besondere Beziehung“ zum Rechtsgut *ist* die Garantenposition), erklärt es aber nicht. Es ist eine lebensfremde Fiktion zu Lasten des Täters, diesem zu unterstellen, er habe „autonom seine Zuständigkeiten organisiert“ und dadurch selbst „privatautonom“ die „Verantwortung“ begründet. Es geht bei den Garantenpflichten um mit Kriminalstrafe bewehrte Normen, welche besonders gefährliche Rechtsgutsangriffe durch Unterlassen betreffen. Hier kann man nicht ähnlich dem Zivilrecht nach dem „objektiven Empfängerhorizont“ die Handlungen von Personen interpretieren und daraus auf Pflichten schließen. Letztlich wird der Ansatz *Seelmanns* durch S. *Walter* auf den Kopf gestellt, indem dieser die „privatautonome Verantwortungsbegründung“ von der Schutzbedürftigkeit des Opfers abhängig macht. Da auch S. *Walter* empirisches Vertrauen nicht nachweisen kann, umschreibt das „berechtigte Vertrauen“ bloß zirkulär das Garantieerfordernis.

²⁰³⁹ „Wer nach Zweckmäßigkeitkriterien tadelsfrei zurechnet, muß insoweit das Strafrecht verlassen“. *Seelmann* in: *Vielfalt des Rechts* S. 85, 93 ff., Zitat S. 93; siehe auch *ders.* GA 1989, 241, 247 ff., 251.; *ders.* JZ 1989, 670 ff., 673.

²⁰⁴⁰ *Seelmann* in: *Vielfalt des Rechts* S. 85, 94 f.

nicht existieren könnte“.²⁰⁴¹ Bis auf eng umrissene Ausnahmen²⁰⁴² müsse verantwortliches Handeln die Grundlage für die spätere Handlungspflicht sein.²⁰⁴³ „Handlungspflichten können deshalb nur Rechtspflichten sein, wenn sie sich auf ein Verletzungsverbot zurückführen lassen“.²⁰⁴⁴ Eine Ingerenzpflicht zum Handeln sei daher letztlich mit *neminem laedere* zu begründen („Involvierungsprinzip“): Das Bestehen einer Unterlassungspflicht sei jedenfalls dann ein axiologischer Grund für die Auferlegung einer Verhinderungspflicht, wenn der Täter die Gefahr pflichtwidrig schaffe. Dies müsse jedoch außerdem für die Fälle gelten, in denen die Gefahr in eine Sphäre falle, die dem Täter nicht nach einer Abwägung als Freiraum für Individualinteressen dient, sondern aus Gründen „sozialer Dynamik“ zugewiesen werde.²⁰⁴⁵

2. Bewertung

Die Ausführungen *Seelmanns* verdienen insoweit Zustimmung, als er die Notwendigkeit betont, das Strafrecht aufgrund seiner Rechtsfolgen vom Zivilrecht abzugrenzen, und ausführt, dass Opferinteressen *allein* keine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen können.²⁰⁴⁶ Eine Garantenstellung darf nicht bloß auf Nützlichkeitsabwägungen gestützt

²⁰⁴¹ *Seelmann* GA 1989, 241, 252. Dabei geht *Seelmann* insbesondere vom *kantischen* Rechtsbegriff aus, wonach das Recht nur die Abgrenzung der Freiheitssphären bezwecke, während die Förderung des Wohlergehens anderer eine Frage der Moral sei, vgl. S. 251; *ders.* in: *Recht und Moral* S. 295, 296 ff., 304; *ders.* in: *Vielfalt des Rechts* S. 85, 95 f.

²⁰⁴² Insbesondere die Pflichten der Eltern ihren minderjährigen Kindern gegenüber, vgl. *Seelmann* GA 1989, 241, 255 f.; *ders.* NK¹ § 13 Rn. 50; siehe auch *ders.* in: *Recht und Moral* S. 295, 296.

²⁰⁴³ *Seelmann* in: *Vielfalt des Rechts* S. 85, 97. Wenn *Binding* schreibe, dass nur durch „Nichtthemmen selbstgesetzter Kausalitäten“ Verursachung durch Unterlassung möglich sei, so sei zwar die Konstruktion als Verursachung aus heutiger Perspektive befremdlich und entbehrlich. In der Sache müsse man jedoch das Unterlassen als Nichtthemmen selbstgesetzter Kausalitäten begreifen. Denn nur in diesem Fall bestehe eine Handlungsverantwortung beim Täter, die es erlaube, diesem gegenüber den besonderen individuellen Tadel des Strafrechts auszusprechen, S. 96. Siehe auch *ders.* GA 1989, 244, 251 ff.: Verantwortung müsse der Einzelne selbst begründen, sie dürfe ihm nicht von außen durch die Gesellschaft zugeschrieben werden; zustimmend *Grünwald* Garantenpflichten S. 126 ff., 134: „Ergebnis einer individuellen Entscheidung“, S. 136: individuell zurechenbares Verhalten.

²⁰⁴⁴ Der Betreffende müsse die Gefahr selbst geschaffen, Abwehrbereitschaft beim Opfer entzogen oder eine Verantwortlichkeit übernommen haben, *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 49; *ders.* GA 1989, 241, 253; *ders.* in: *Vielfalt des Rechts* S. 85, 97 f.; dies gelte auch für die Fälle der Sachherrschaft, bei der der Täter einen Verkehr eröffne oder eine Verantwortung übernehme, NK¹ Rn. 121 ff.; insoweit werden ähnlich wie bei *Jakobs* die Garantenstellung des Sachherrn und die des Ingerenten parallel behandelt, insbesondere könne den Sachherrn auch eine Rettungspflicht treffen, Rn. 125; *Grünwald* Garantenpflichten S. 136; ähnliche Restriktionen bereits bei *Gallas* Studien S. 78 ff.

²⁰⁴⁵ *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 49. In diesen Fällen sei mit der Erlaubnis der gefährlichen Handlung noch nicht die endgültige Risikoverteilung festgelegt. Dies sei der Fall bei der Schaffung einer „das normale Lebensrisiko übersteigende[n] Gefahr“, Rn. 110, 117; zudem müssten manche der Pflichten als strafrechtlich irrelevant ausgeklammert werden, etwa Bagatellpflichten (Rn. 54) oder Fälle, in denen das Opfer die Gefahr durch die Schaffung von Sonderisiken selbst mitverursache, vgl. Rn. 45, 49, 52, 110; dies entspreche dem Gedanken des § 254 BGB; zustimmend *Grünwald* Garantenpflichten S. 136: erhöhtes oder besonderes Risiko; *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 139 m. Fn. 7.

²⁰⁴⁶ Die Ablehnung zahlreicher bloß auf persönlichen Näheverhältnissen beruhenden Garantenstellungen erscheint durchaus schlüssig, vgl. etwa die Aufzählung bei *Seelmann* in: *Recht und Moral* S. 295, 296.

werden, vielmehr ist dem Garanten gegenüber zu begründen, dass *gerade ihn* das Geschehen etwas angehen muss. Nicht überzeugen kann jedoch *Seelmanns* Begriff der Rechtsverletzung. Denn an die Handlungsverantwortung ist nicht um ihrer selbst oder eines auf ihr basierenden Systems an Rechtsnormen willen anzuknüpfen. Ähnlich wie die Vergeltungstheorie im modernen Strafrecht daran leidet, dass eine gerechte Strafe als Selbstzweck nicht legitimierbar wäre,²⁰⁴⁷ kann auch „individuelle Handlungsverantwortung“ nicht als Selbstzweck bestehen, sondern als Voraussetzung zum Schutz der Bedingungen, „die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind“.²⁰⁴⁸ Es genügt nicht, dass die Garantenposition einer Person gegenüber aufgrund ihrer Handlungsverantwortung als „gerecht“ legitimiert wird. Sie muss vielmehr zum Schutz des menschlichen Zusammenlebens unerlässlich sein. Der Rechtsgutsbegriff weist dabei durchaus eine konsequentialistische, folgenorientierte Struktur auf²⁰⁴⁹ und umschreibt gerade die strafrechtliche Aufgabe zum Opferschutz.²⁰⁵⁰ Bei diesem „Opferschutz“ kann es bloß darum gehen, die Freiheitsentfaltung von jedermann durch negative Abschirmung zu ermöglichen, nicht hingegen die Optimierung dieser Räume entsprechend den Wünschen und Bedürfnissen des Opfers zu optimieren. So verstanden, überzeugt es nicht, wenn Handlungsverantwortung und Opferschutz als Gegensatz dargestellt werden. Denn auch wenn das Verhalten keine hinreichend gewichtigen Interessen verletzt, fehlt es an einem hinreichend gravierenden Fehlverhalten, welches der strafrechtliche Tadel voraussetzt. Es darf nicht aus den Augen verloren werden, dass nicht nur die rein auf Opferinteressen basierte Argumentation, sondern auch die bloß der Handlungsverantwortung folgende Argumentation droht, der „Spur zivilrechtlicher Haftung“²⁰⁵¹ zu folgen. Denn „individuelle Verantwortung“ aufgrund vorangegangenen Tuns besteht auch beim zivilrechtlichen Vertrag, der Störerhaftung nach § 1004 BGB, etc. Richtigerweise ist der Ausgangspunkt des Strafrechts im Schutz von Rechtsgütern zu erblicken, der dann möglicherweise durch Verantwortungsgesichtspunkte einzuschränken ist.²⁰⁵² Es ist ein starkes Argument für die Adressierung einer Garantenstellung an

²⁰⁴⁷ Vgl. nur *Roxin/Greco* AT I § 3 Rn. 2 ff., 8 ff.

²⁰⁴⁸ So die Definition des Rechtsgutsbegriffs bei *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 7.

²⁰⁴⁹ *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 49c.

²⁰⁵⁰ Vgl. *Lüderssen* FS Eser S. 163, 166 f.

²⁰⁵¹ *Seelmann* GA 1989, 241, 256.

²⁰⁵² Es erscheint dabei nicht zwingend, dass das Einstehenmüssen für eine Schädigungsmöglichkeit *allein* durch ein eigenes Verhalten begründet werden kann. Entscheidend ist unter Geltung des Grundgesetzes, ob eine Garantenposition einer Person im Hinblick auf deren Freiheitsinteressen gerechterweise auferlegt werden kann, weil diese eine in der auf den Zielvorstellungen des Grundgesetzes aufbauenden Gesellschaft unerlässliche Funktion ausübt. Dies erkennt *Seelmann* letztlich an, wenn er die Garantenstellung der Eltern für ihre minderjährigen Kinder oder auch die bestimmter Amtsträger zum Schutz der Bürger bejaht – welche nicht auf „Handlungsverantwortung“ beruhen. Überdies erscheint es beispielsweise in der modernen, arbeitsteiligen Gesellschaft zweifelhaft, die Überwachungsposition einer Person stets auf eine bestimmte Handlung, etwa eine weit in der Vergangenheit liegende Betriebseröffnung zurückzuführen. Zwingend individuell verantwortlich (*Seelmann* meint mit „individueller Handlungsverantwortung“ selbstverständlich keine im Sinne von „Schuldhaftigkeit“) muss aufgrund des Schuldprinzips allein die Unterlassungstat sein. Nur diese, nicht das Vorverhalten ist die *Tat* i.S.d. des Strafrechts. Es kann nicht in unmittelbarem Rückgriff

eine bestimmte Person, dass diese die Situation selbst geschaffen hat und damit durch ihre eigene freie Entscheidung mittelbar Auslöser der Bestrafung wird. Zu betonen ist jedoch, dass die Begriffe „Zurechnung“ und „Handlungsverantwortung“ eher ein Argumentationsziel angeben, als dass sie konkrete Kriterien darstellten.²⁰⁵³

IV. Verhältnismäßigkeit (v. *Coelln*)

1. Darstellung

v. *Coelln* schließt sich im Grundsatz *Schünemann* an: Die Suche nach strukturellen Gemeinsamkeiten von Begehung und Unterlassung sei sinnvoll und im Hinblick auf den Wortlaut von § 13 StGB dogmatisch richtig: Das unechte Unterlassungsdelikt löse die gleichen Rechtsfolgen aus und müsse daher auch Gemeinsamkeiten mit dem Begehungsdelikt aufweisen. Die Herrschaftstheorie habe dabei den unbestreitbaren Vorteil, dass sie objektive Entscheidungen ermögliche.²⁰⁵⁴ Dennoch verwirft sie die Lehre *Schünemanns*, da dieser die Herrschaft nicht von der bloßen Abwendungsmöglichkeit unterscheiden könne und daher zirkulär auf normative Zuschreibungen zurückgreifen müsse.²⁰⁵⁵ v. *Coelln* meint stattdessen, die Handlungsmöglichkeit müsse sich zu einer Garantenstellung verdichten, sodass der Inhaber der Handlungsherrschaft (i.S. von Handlungsmöglichkeit)²⁰⁵⁶ zugleich die „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“ besitze. „Es geht um die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Unterlassende nicht nur erfolgsvermeidend handeln kann, sondern im Rahmen des § 13 StGB auch erfolgsvermeidend handeln muß“. Die Lösung hierfür soll auf zwei „Grundpfeilern“ stehen, höherrangigem Recht sowie den Erwartungen der Gesellschaft.²⁰⁵⁷ Was ersteren Aspekt angehe, müsse die Begründung einer Garantenstellung stets an Art. 2 I GG, aber auch anhand von spezielleren Grundrechten gemessen werden.²⁰⁵⁸ Insbesondere müsse die Pflicht angemessen sein, es

auf einen *tradierten* negativen Rechtsbegriff begründet werden, dass die Garantenpositionen zwingend auf individueller Handlungsverantwortung beruhen müssten. Der Mensch ist nach dem Bild des Grundgesetzes nicht isoliertes Individuum, sondern Mitglied der Gesellschaft: Dort wo diese ihm eine unerlässliche Funktion für das auf freie Entfaltung ausgelegte Miteinander zuerkennt, erscheint es besonders sozialschädlich, wenn er in dieser Funktion ausfällt. Vgl. schon oben → Kapitel 3 § 1 B.

²⁰⁵³ Das Einstehenmüssen des Ingerenten ist ohnehin allein als Verlängerung des selbstverständlichen Einstehenmüssens des aktiv Handelnden begründbar, sodass Erfordernis der „individuellen Handlungsverantwortung“ zur Tautologie gerät. – Fast erstaunlich erscheint es auf den ersten Blick, dass diejenigen Autoren, die die individuelle Handlungsverantwortung betonen und diejenigen, die Normverletzungen nach Zuständigkeitsbereichen zurechnen, für die Überwachungsgarantenstellung (insbesondere die Ingerenz) zu annähernd gleichen Ergebnissen kommen (die Ähnlichkeit in den Ergebnissen erkennt auch *Grünwald* Garantenpflichten S. 137 m. Fn. 22, wodurch sich die zuvor geübte Kritik an *Jakobs* etwas relativiert.) Dies liegt letztlich darin begründet, dass einerseits *Jakobs* sein System der Zuständigkeitsbegründung auf die konkrete liberale Gesellschaft anwendet (und somit die Folgenverantwortung an Freiheitsentfaltung knüpft), andererseits *Seelmann* die Handlungsverantwortung nicht gerade eng versteht. Allerdings ist *Seelmanns* Ansatz jedenfalls im Rahmen der Obhutsgarantenstellungen restriktiver.

²⁰⁵⁴ v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 122 f.

²⁰⁵⁵ v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 125 ff.

²⁰⁵⁶ Siehe bereits *Beulke/Bachmann* JuS 1992 737, 740, die auf die Beherrschbarkeit abstellen und diese dann normativ einschränken.

²⁰⁵⁷ v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 133.

²⁰⁵⁸ v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 139 ff., 141 ff.

finde also eine konkrete Abwägung der im Einzelfall betroffenen Rechtspositionen, also der betroffenen Grundrechte sowie der verfolgten Strafzwecke, statt.²⁰⁵⁹ Dabei komme es für die Legitimation der „besonderen Verpflichtung“ i.S.v. § 13 I StGB insbesondere darauf an, ob der Normadressat seine Rechte (teilweise) „selbst hergegeben hat“;²⁰⁶⁰ weil er etwa durch pflichtwidriges Verhalten eine über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehende Gefahr geschaffen hat. Dieses Verhalten lasse die grundrechtlichen Interessen des Unterlassenden in den Hintergrund treten, sodass die Interessen des Rechtsgutsträger überwiegen.²⁰⁶¹ Als zweiter Pfeiler dürften die Erwartungen der Gesellschaft „bei der Frage nach einer Garantenstellung nicht völlig außer acht gelassen werden“. Sie bildeten die „Grundlage für die Entstehung von Rechtsgütern und Straftatbeständen“.²⁰⁶² v. Coelln kommt zu dem Ergebnis, die Einzelfallentscheidung verstoße nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz.²⁰⁶³ Es bestehe nicht die Gefahr, dass der Richter statt des Gesetzgebers über die Strafbarkeit des Unterlassens entscheide: Schließlich habe dieser entschieden, dass der Unterlassende rechtlich einzustehen habe und er habe „mit seiner Gesetzesformulierung in Zusammenschau mit den übrigen Regelungen des StGB zu verstehen gegeben“, daß es unverhältnismäßig wäre, den *quiquis ex populo* als Begehungstäter zu bestrafen.²⁰⁶⁴

2. Kritik

a) Keine Verankerung in der Herrschaftstheorie

v. Coellns Überlegungen beruhen zunächst auf einer Missdeutung von *Schünemanns* Theorie, denn dieser will keineswegs die bloße Abwendungsmöglichkeit für die Herrschaft genügen lassen. Der Ausgangspunkt v. Coellns in der bloßen Abwendungsmöglichkeit

²⁰⁵⁹ v. Coelln Unterlassungsdelikt S. 153 ff., 155. Was die Strafzwecke angeht, spricht sie sich für eine Vereinigungstheorie aus (S. 173 f.) und prüft, inwieweit § 13 StGB zur Erreichung dieser Zwecke geeignet, erforderlich und angemessen ist. Entscheidend sei, ob die Norm des § 13 StGB in der konkreten Fallsituation richtig angewendet werde: Hierzu sei zwischen den Zielen der Norm sowie dem beeinträchtigten Rechtsgut abzuwägen. Die Abwägung müsse „eine angemessene Relation zwischen Mittel und Zweck ergeben“ (S. 186 ff. mit „Leitlinien“ für die Einzelfallabwägung).

²⁰⁶⁰ v. Coelln Unterlassungsdelikt S. 190.

²⁰⁶¹ v. Coelln Unterlassungsdelikt S. 192 f. „Wer sich im Vorfeld eines Unglücksfalles pflichtwidrig verhält, begibt sich nämlich insofern eines Teils seiner Rechte, als er die durch ihn geschaffene Gefahr wieder beseitigen muß“ (S. 230; sowie allgemein S. 236).

²⁰⁶² v. Coelln Unterlassungsdelikt S. 198. „Freilich können sich Anhaltspunkte für solche Erwartungen auch aus Diskussionen des strafrechtlichen Schrifttums sowie aus den geäußerten Ansichten überwiegender Bevölkerungsteile ergeben“ (S. 199). Gerade die Rechtsprechung spiegle die Wertvorstellung der Gesellschaft wieder. – Mit Verweis auf eine Entscheidung des RG (RGSt 66, 71) von 1932 sowie die Rechtsprechung zu den „guten Sitten“ in § 228 StGB, S. 199 f., freilich ein absolutes Negativbeispiel von Gesetzesbestimmtheit.

²⁰⁶³ v. Coelln Unterlassungsdelikt S. 234 f. m. Fn. 593.

²⁰⁶⁴ „Folglich hat er den Gerichten das Erfordernis einer Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgegeben. Die Gerichte entscheiden „wie bei jeder anderen Norm über den Einzelfall nach den Kriterien, die der Gesetzgeber ihnen vorgegeben hat“. v. Coelln Unterlassungsdelikt S. 235 f.

als „allgemeiner Handlungsherrschaft“²⁰⁶⁵ ist daher überraschend.²⁰⁶⁶ Indem sie die Bedeutung dieser Abwendungsgelegenheit überhöht, die sich bloß noch zu einer Garantstellung „verdichten“ müsse, schafft sie sich einen scheinbaren empirischen Fixpunkt für ihre normativen Kriterien. Wenn man der Theorie insoweit folgte, wäre es *jedenfalls konsequent*, die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf diese bestimmten Abwendungsmöglichkeiten zu beziehen.²⁰⁶⁷ Dies geschieht jedoch ausdrücklich nicht.²⁰⁶⁸ Stattdessen soll abgewogen werden, ob eine Person überhaupt Garant ist. Damit ist aber kein Bezug zu dem Kriterium der „Herrschaft“ mehr erkennbar.

b) Substanzlosigkeit der bloßen Verhältnismäßigkeitsprüfung

Was die Verhältnismäßigkeitsprüfung angeht, ist es bemerkenswert, mit welcher Überzeugung v. Coelln *ausdrücklich* von der Bestimmtheit ihrer Methode ausgeht.²⁰⁶⁹ Dagegen ist jedoch zu betonen, dass die Orientierung an durch die Rechtsprechung geprägten Fallgruppen jedenfalls eine *gewisse* Leitlinie für den Normunterworfenen wie den zur Entscheidung berufenen Richter bietet, die einer offen wertenden Feststellung der Gleichwertigkeit im Einzelfall vorzuziehen ist.²⁰⁷⁰ Es handelt sich um eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit, dass die Bestrafung nicht unverhältnismäßig sein darf. Der

²⁰⁶⁵ **Kritisch** auch *Herbertz* Ingerenz S. 160: bloß Quasikausalität und Handlungsmöglichkeit.

²⁰⁶⁶ Auch formuliert v. Coelln mit dem Gegensatz von Können und Müssen nur *allgemeine* Eckpunkte der Unterlassungsstrafbarkeit: Die Handlungsmöglichkeit bezeichnet ein tatbestandliches Erfordernis aller Unterlassungsdelikte – auch § 323c I StGB. Das „Müssen“ umschreibt hingegen bloß das Argumentationsziel, die „Garantenpflicht“ als Regelungswirkung.

²⁰⁶⁷ Diese Folgerung könnte *wenigstens die Konsequenz* für sich in Anspruch nehmen, den Ausgangspunkt der Handlungsherrschaft anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips einzuschränken. Dass dies im Ergebnis abzulehnen ist, wurde bereits oben aufgezeigt. Es gibt keine Garantstellung wegen „Geringfügigkeit des Aufwands“, → Kapitel 1 § 3 B VI 4 b), Kapitel 3 § 1 E II 2 e), 3.

²⁰⁶⁸ Ob dem Garanten die konkrete Handlung zuzumuten sei, sei eine Frage, die „an anderer Stelle der Unterlassungsprüfung“, nämlich bei der Zumutbarkeit zu prüfen sei, v. Coelln Unterlassungsdelikt S. 193; diese ebenfalls im Tatbestand, S. 58 f. m. Fn. 5.

²⁰⁶⁹ Zum Abschluss ihrer Arbeit hält sie sich ernsthaft zugute, die Schwierigkeiten sowie das Maß an Rechtsunsicherheit zu vermeiden, welches sich aus der Arbeit mit Fallgruppen ergebe. „Den Gerichten werden eindeutige Kriterien für ihre Entscheidung an die Hand gegeben“, v. Coelln Unterlassungsdelikt S. 236; sowie S. 234: Die „Pfeiler“ machten die Voraussetzungen einer Garantstellung „bestimmbar“. Dort in Fn. 539 wird auch die (oben ebenfalls skizzierte) Rechtsprechung des BVerfG bemüht, welches auf die Notwendigkeit allgemeiner Begriffe verweist, um der „Vielgestaltigkeit des Lebens“ Rechnung zu tragen. Jedoch handelt es sich bei dem Verweis auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht bloß um einen allgemeinen Begriff, sondern um ein äußerst abstraktes und rein formales Prinzip, welches die ganze Rechtsordnung durchzieht. Zweitens verweist das BVerfG im gleichen Atemzug darauf, dass es Aufgabe von Rechtsprechung und Literatur ist, die allgemeinen Begriffe mithilfe der üblichen Auslegungsmethoden zu präzisieren.

²⁰⁷⁰ Dies erkennt v. Coelln doch auch selbst, wenn sie in ihrem Gesetzesvorschlag *de lege ferenda* an die durch die bisherige Literatur und Rechtsprechung geprägten Fallgruppen anknüpfen will, v. Coelln Unterlassungsdelikt S. 130. Warum diese Fallgruppen, die als ausdrückliche gesetzliche Normierung das Problem *lösen*, als richterlich geprägte Kataloge aber das Problem *sein* sollen und eine „Emanzipation der Garantstellung von einzelnen Fallgruppen“ (so der Untertitel von v. Coellns Monographie) verlangten, bleibt völlig offen. Letztlich führt v. Coelln die Fallgruppen überdies doch wieder ein, wenn sie auf die Prägung von Erwartungen durch die Rechtsprechung abstellt.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vermag nur einen Maßstab anzugeben, welche Einschränkungen verfassungsrechtlich *legitimierbar* wären,²⁰⁷¹ nicht jedoch anstelle des demokratischen Gesetzgebers die Strafbarkeit zu bestimmen.²⁰⁷² Es ist daher logisch und teleologisch falsch, aus der *Unverhältnismäßigkeit*, den unterlassenden Jedermann begehungsgleich zu strafen, direkt zu schließen, dass der Gesetzgeber umgekehrt den Gerichten das Erfordernis einer Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgegeben hätte. Denn § 13 I StGB enthält insoweit keine Anhaltspunkte. Insbesondere aber ist Verhältnismäßigkeitsprinzip *kein materielles Kriterium*, sondern ein formales Prinzip.²⁰⁷³ v. *Coelln* ersetzt letztlich den Begriff des Einstehenmüssens durch das noch substanzlosere Verhältnismäßigkeitsprinzip. Selbstverständlich kann es im Rahmen der Auslegung für ein Argument sprechen, wenn es einem Grundrecht zur Wirkkraft verhilft. Die verfassungsorientierte Interpretation könnte *einfachgesetzliche Argumente stützen*, die für die Gleichstellung gemäß § 13 I StGB zunächst dem Strafrecht zu entnehmen wären; das thematisiert v. *Coelln* jedoch überhaupt nicht.²⁰⁷⁴ Der direkte Rekurs auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung läuft auf einen Verzicht auf die strafrechtlichen Maßstäbe hin, welche *gerade zur Konkretisierung* des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entwickelt wurden.²⁰⁷⁵ Letztlich führt v. *Coellns* Methode konsequent weitergedacht zur Ablösung des Strafrechts überhaupt.²⁰⁷⁶ Der Bürger müsste selbst eine komplette Grundrechtsprüfung vornehmen, um die strafrechtlichen Folgen seines Tuns zu übersehen: „Dies zu verhindern, bezweckt das Bestimmtheitsgebot aber gerade“.²⁰⁷⁷ Auch ein „Schurkenparagraf“ (*Beling*) ließe sich also nach v. *Coelln* noch verfassungsmäßig auslegen.²⁰⁷⁸ Der Bestimmtheitsgrundsatz würde hierdurch völlig entwertet. Auch eine noch so subtile und gerechte Abwägung der widerstreitenden Interessen könnte über die Unbestimmtheit nicht hinweghelfen, denn es geht bei Art. 103 II GG um eine Garantie an den Bürger, die, wie oben dargelegt,²⁰⁷⁹ zu

²⁰⁷¹ v. *Coelln* schreibt zu ihrem ersten „Pfeiler“ selbst, dass die Verfassung die äußerste Grenze zulässiger Freiheitsbeschränkungen durch den Staat“ darstellt. Der Gesetzgeber habe die Garantienstellungen nicht ausdrücklich normieren müssen, da die unkontrollierte Ausdehnung von Garantienstellungen bereits durch die Verfassung mit ihren Grundrechten verhindert werde (v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 133 und 135).

²⁰⁷² Zutreffend *Brammsen* GA 1993, 97, 104 f.; *Herbertz* Ingerenz S. 156.

²⁰⁷³ Siehe im Allgemeinen **kritisch** *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 85n: „Gleich- und Weichmacher“ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Auflösung des AT in eine Vielzahl von billigkeitsorientierten Einzelergebnissen; *Paeffgen* FS Wolter S. 125, 163; *ders.* FS Frisch S. 403, 406.

²⁰⁷⁴ Vgl. v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 137 ff., wo sie nur eine Konkretisierung anhand des Zivilrechts ablehnt.

²⁰⁷⁵ *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 47. Es liegt hier ein Verzicht auf jegliche Maßstäbe vor, sodass die Gefahr besteht, die Strafbarkeit „einem rational kaum überprüfaren Rechtsgefühl zu überantworten“, Rn. 90.

²⁰⁷⁶ So steckt v. *Coelln* bloß den verfassungsrechtlichen Rahmen ab, in dem der Gesetzgeber vorgehen könnte. Dies zeigt sich etwa auch dadurch, dass sie sich weitestgehend auf staatsrechtliches Schrifttum beruft.

²⁰⁷⁷ Treffend *Herbertz* Ingerenz S. 157.

²⁰⁷⁸ So resümiert zu v. *Coelln* auch *Herbertz* zu Recht, dass wenn jede verfassungsrechtliche Unbestimmtheit durch die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geheilt werden könnte, sich das gesamte StGB auf den Satz „wer sich schädlich verhält, wird bestraft“ reduziert werden könnte, *Herbertz* Ingerenz S. 156 f.

²⁰⁷⁹ Vgl. oben → Kapitel 1 § 2 C II 1.

dessen Gunsten *gerade* auch materiellen Gerechtigkeitserwägungen eine Grenze setzt.²⁰⁸⁰ Überdies droht eine bloße Verhältnismäßigkeitsprüfung einer rein zweckrationalen Strafbegründung Tür und Tor zu öffnen. Es kommt dann nicht mehr darauf an, ob das Verhalten des Täters *strafwürdig* ist,²⁰⁸¹ vielmehr geht es nur noch darum, ob die Verhängung der Strafe zur Erreichung präventiver Zielsetzungen zweckhaft ist. Es ist jedoch liberaler Kerngehalt des Garantengedankens, dass sich der Unterlassende besonders in denjenigen Fällen, in denen ein anderer möglicherweise ein überwiegendes Interesse an seiner Inanspruchnahme hat, von einer Situation distanzieren kann, weil diese ihn „nichts angehen muss“.²⁰⁸² In der liberalen Gesellschaft kommt es nicht allein darauf an, ob die Inanspruchnahme einer Person mehr Nutzen als Schaden bringt. Ansonsten wäre jeder nach bloßen Abwägungs- und Zweckmäßigkeitserwägungen verpflichtet, seine Rechtsgüter und seine Handlungsfreiheit aufzugeben, sobald ein Anderer im Einzelfall ein höheres Interesse an deren Inanspruchnahme hat.²⁰⁸³ Dies wäre mit der grundsätzlichen Eigenständigkeit der Person unvereinbar.²⁰⁸⁴

c) Rechtsverzicht bei pflichtwidrigem Vorverhalten?

Indem *v. Coelln* allerdings in Anknüpfung an *Seelmann* die „besondere Rechtspflicht“ i.S.v. § 13 I StGB an die Handlungsverantwortung des Garanten anknüpfen will, schafft sie tatsächlich ein „objektives und überprüfbares“ Abwägungskriterium,²⁰⁸⁵ welches eine Abgrenzung zu § 323c I StGB zuließe. Es handelt sich jedoch wieder um eine *ad hoc*

²⁰⁸⁰ Die Unbestimmtheit verstärkt sich nochmals dadurch, dass *v. Coelln* die Annahme der Garantenstellung anhand dem gesamten klassischen Kanon der Strafzwecke messen will. *v. Coelln* Unterlassungsdelikt S. 163 ff. **Kritisch** zur Tragfähigkeit von Rückschlüssen hieraus auf Einzelfragen der Strafrechtsdogmatik, *Stratenwerth* Lehre von den Strafzwecken S. 15 f.; *Hirsch* in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 65, 74; *Frister* GA 1988, 291, 315.

²⁰⁸¹ *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 210: „Das was den Stoff der Straftat auch heute noch im wesentlichen bestimmt, sind Erwägungen der Strafwürdigkeit. Es sind Wertungen des Inhalts, daß ein bestimmtes Verhalten wegen seiner negativen Bedeutung für wesentliche Freiheiten und Güter und der Verantwortlichkeit des Täters für dieses Verhalten Strafe verdiene“.

²⁰⁸² *Pawlik* meint hierzu sogar: „In der von ihr vorgenommenen Zuständigkeitsverteilung zeigt sich die Freiheitlichkeit einer Strafrechtsordnung mindestens ebenso sehr wie in ihrer Rechtsgüterauswahl“, *Pawlik* Unrecht S. 138; siehe zudem *Frisch* in: Rechtsgutstheorie S. 215, 226; *Schünemann* in: Rechtsgutstheorie S. 133, 154; *Wittig* in: Rechtsgutstheorie S. 239, 240. – Dem ist für den Bereich der Unterlassungsdelikte zuzustimmen. Bei den Begehungsdelikten ergibt sich das Einstehenmüssen für das Geschehen jedoch stets aus der Tatherrschaft des Urhebers (vgl. oben → Kapitel 1 § 3 B VI 3). Es widerspräche jedenfalls dem geltenden Strafrecht, auch für die Begehungsdelikte eine ausdrückliche wertende Feststellung der Garantenstellung zu verlangen.

²⁰⁸³ Würde die Strafbarkeit allein zweckrational begründet, so wäre es wohl verhältnismäßig, den *quiquis ex populo* mit Rettungsmonopol strafbewehrt nach §§ 212 I, 13 I StGB zu verpflichten, dem Opfer per Telefon einen Krankenwagen zu rufen. Auf der einen Seite steht das Leben des Opfers, auf der anderen eine verschwindend geringe Belastung des Unterlassenden für wenige Sekunden. Bereits die strafbewehrte Verpflichtung nach § 323c I StGB ist hier Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

²⁰⁸⁴ *Frister* GA 1988, 291 f.; *Pawlik* Notstand S. 15 f.

²⁰⁸⁵ Begrüßend *Herbertz* Ingerenz S. 157: „Bereich zurechnungsbezogener Erwägungen“. – Letztlich lässt sich das Argument – abgesehen von der die Sachgesichtspunkte verdunkelnden Terminologie (*Seelmanns* Begriff der Handlungsverantwortung passt wohl besser als die Verzichtsfiktion) – durchaus halten: Denjenigen, der selbst durch Handlungen einen Sachverhalt beeinflusst hat, geht dieser etwas an, sodass es gerecht ist, ihm als Garanten die weitere Überwachung dieses Sachverhalts als Aufgabe aufzutragen.

Annahme, die weder im Hinblick auf das Herrschafts- noch das Verhältnismäßigkeitsprinzip eingeordnet und konkretisiert wird.²⁰⁸⁶ So müsste der Gesichtspunkt nach *v. Coellns* übergeordneter Richtlinie der Verhältnismäßigkeitsprüfung konsequenterweise eben als Abwägungsmasse einfließen.²⁰⁸⁷ *v. Coelln* schreibt im Ergebnis auch: „Ob sich ein Unterlassender wegen eines Begehungsdelikts in Verbindung mit § 13 StGB oder wegen § 323c StGB [...] oder gar nicht strafbar macht, ist daher letzten Endes immer eine Frage der Verhältnismäßigkeit“.²⁰⁸⁸ An anderer Stelle hingegen scheint *v. Coelln* das „sich seiner Rechte Begeben“ als *allgemeines* Erfordernis der Garantenpflicht aufzustellen und sieht gerade in diesem „Verzicht“ den *qualitativen* Unterschied zu § 323c I StGB.²⁰⁸⁹ Zu kritisieren ist überdies, dass *v. Coelln* wieder bloß auf die Wertung im Einzelfall verweist: Die Verzichtshandlung könne „in einer unbestimmten Vielzahl von Verhaltensweisen liegen“.²⁰⁹⁰ Damit ist der Ingerenzgedanke mehr umschrieben als begründet, *v. Coelln* setzt die verpflichtende Wirkung einer Vorhandlung voraus, wodurch die Argumentation in einen Zirkelschluss gerät: Die Handlung soll zur Verpflichtung führen, die Verpflichtung zu einem Zurücktreten der Rechte und dieses im Wege der Verhältnismäßigkeitsabwägung zu einer Garantenpflicht.²⁰⁹¹ Daher sind auch die Ausführungen hinsichtlich der Voraussetzungen der Garantenstellung aus Ingerenz keineswegs zwingend: So lässt es sich sicher nicht mithilfe von Verhältnismäßigkeitserwägungen klären, ob das Vorverhalten pflichtwidrig sein muss.²⁰⁹²

d) Gesellschaftliche Erwartungen?

Nachdem *v. Coelln* für den „zweiten Pfeiler“ bei der Suche nach den „sozialethischen Wertvorstellungen der Wertgemeinschaft“ äußerst schnell resigniert,²⁰⁹³ stellt sie auf die

²⁰⁸⁶ **Kritisch** insoweit auch *Herbertz* Ingerenz S. 157, die bemängelt, dass das Kriterium damit die bisherige Garantendogmatik unter einem „höchst schleierhaften Merkmal[...]“ aufnimmt. Dass *v. Coelln* die Pflichterweiterung mit einem Rechtsverzicht begründet (kritisch *Herbertz*, auf den „ontischen Sinngehalt“ (?) der Pflichtübernahme abstellend), liegt in *v. Coellns* (wenig überzeugendem) Ausgangspunkt der Angemessenheitsprüfung begründet.

²⁰⁸⁷ Es handelt sich dann um ein Argument, welches für die Angemessenheitsprüfung in der Waagschale zulasten des Handelnden berücksichtigt werden kann.

²⁰⁸⁸ *v. Coelln* Unterlassungsdelikt S. 234.

²⁰⁸⁹ *v. Coelln* Unterlassungsdelikt S. 195: „Nur wenn der Unterlassende [...] auf eigene Rechte verzichtet hat [...] ist es verhältnismäßig [...]“.

²⁰⁹⁰ *v. Coelln* Unterlassungsdelikt S. 236. Insbesondere die Garantenstellung der Eltern kann *v. Coelln* mit diesem Kriterium nicht zutreffend erklären, vgl. *Pawlik* Unrecht S. 176 m. Fn. 142.

²⁰⁹¹ „Daher muss der Unterlassende des § 13 StGB eine Handlung vorgenommen haben, aus der seine besondere rechtliche Verpflichtung gegenüber dem zu schützenden und bedrohten Rechtsgut resultiert, die seine eigenen Rechte im Verhältnis zu denen des schutzbedürftigen Rechtsguts in besonderem Maße zurücktreten läßt“ (*v. Coelln* Unterlassungsdelikt S. 192).

²⁰⁹² Genauso gut wäre es verhältnismäßig, das gefährliche Vorverhalten mit einer starken Strömung in der Literatur für nur „bedingt“ durch die Abwendungsverpflichtung gestattet zu erachten. *v. Coelln* bleibt auch sonst im Vagen und scheint die Entscheidung auf den Einzelfall abzuwälzen, etwa, wenn sie meint, ein „Grund“ für die Gefahrschaffung, der die Ingerenz ausschließt, könne eine Rechtfertigung aufgrund Notwehr oder Notstand sein. *v. Coelln* Unterlassungsdelikt S. 193 m. Fn. 488.

²⁰⁹³ *v. Coelln* marginalisiert den zweiten Pfeiler sogleich selbst, wenn sie zugibt, „daß die Erwartungen und die Wertvorstellungen der Gesellschaft im Strafrecht durchaus eine wichtige Rolle spielen, jedoch schwer greifbar und wegen der laufenden gesellschaftlichen Veränderung kaum meßbar sind. Die Diskussionen,

Rechtsprechung ab, deren Bedeutung für die Bildung gesellschaftlicher Erwartungen sie allerdings überschätzt. Denn ebenso wie juristische Fachmeinungen „nicht als *pars pro toto* für ‚die‘ gesellschaftlichen Vorgaben und Erwartungen angesehen werden“,²⁰⁹⁴ entspricht dem auch eine gefestigte Rechtsprechung nicht zwingend.²⁰⁹⁵ Die Aufgabe des Richters, insbesondere des Strafrichters, ist die Auslegung des Rechts, nicht dessen Setzung, Art. 20 II, 103 II GG.²⁰⁹⁶

e) Fazit

v. *Coellns* Ansatz läuft bloß auf eine (zweifelhafte) Reformulierung des Gleichstellungsproblems hinaus, indem die Frage über die Strafbarkeit des Täters in das subjektive Empfinden des Rechtsanwenders gelegt wird. Dies ist weder „interessengerecht“ noch „praxistauglich“.²⁰⁹⁷ Es wäre *gerade Aufgabe von Strafrechtsdogmatik*, die verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen für den Bereich strafrechtlicher Normen zu konkretisieren.

V. Freiheitsentfaltung und Zurechnung (*Paradissis*)

1. Gewohnheitsrecht als Grundlage der Ingerenz?

a) Darstellung

Paradissis stützt die Garantenstellung aus Ingerenz auf Gewohnheitsrecht.²⁰⁹⁸ Denn § 13 I StGB sei eine Grundlage, die „explizit auf Rechtspflichten, die nicht zwangsläufig dem

die in der Bevölkerung geführt werden, sind empirisch allenfalls durch umfangreiche Forschungen und Umfragen zu belegen. Selbst deren Ergebnis muß allerdings nicht zwangsläufig für die hier interessierenden Zwecke verwendbar sein, zumal sich das gesellschaftliche Begriffsverständnis und die damit einhergehenden Erwartungen an die Gerichte [...] nicht immer mit den strafrechtlichen Begriffen und deren Rechtsfolgen decken. Sie bilden daher keinen zuverlässigen und überprüfbaren Maßstab, mit dem die Qualifizierung eines Unterlassenden als Garant begründet werden könnte.“ (Unterlassungsdelikt S. 200). Vgl. auch *Herbertz* Ingerenz S. 156: v. *Coelln* sei sich der Schwäche bewusst und „entwertet ihren zweiten ‚Grundpfeiler‘ wohl zu Recht selbst zur schlechten Krücke“.

²⁰⁹⁴ v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 201.

²⁰⁹⁵ **Anders** wohl v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 201: Die „mess- und belegbaren“ gesellschaftlichen Vorgaben und Erwartungen seien die bisherigen Strafurteile zum unechten Unterlassungsdelikt.

²⁰⁹⁶ v. *Coelln* erhebt den Richter durch die Hintertür zum Gesetzgeber. Indem jener gleichzeitig mittels des ersten Pfeilers der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Grenzen der Garantenstellungen festlegte, würde er neue Präjudizien schaffen, die sich dann wieder über den zweiten Pfeiler verfestigen. – Es fragt sich zudem überhaupt, weshalb die gesellschaftlichen Erwartungen einen eigenen für die Begründung des *rechtlichen* Einstehenmüssens relevanten „Pfeiler“ darstellen. Direkt lässt sich von dem Sein gesellschaftlicher Erwartungen nicht auf das rechtliche Sollen schließen. Die sozialen Sinnbezüge stellen vielmehr das zugrundeliegende Substrat jeder rechtlichen Regelung dar. Vgl. etwa *Roxin* ZStW 74 (1962) 515, 561. Sie sind die „Natur der Sache“, die die Rechtsnorm nicht völlig verfehlen darf, wenn sie eine sinnvolle Regelung der Lebensverhältnisse bezweckt. Ob allerdings eine Norm die Lebensverhältnisse *sinnvoll* ordnet, stellt einen Gesichtspunkt dar, der bereits für die Verhältnismäßigkeit eine Rolle spielt.

²⁰⁹⁷ So aber v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 236.

²⁰⁹⁸ Das Strafrecht nehme regelmäßig auf ungeschriebene außerstrafrechtliche Rechtsnormen Bezug, so könne etwa zivilrechtliches Gewohnheitsrecht über die Fremdheit einer Sache i.S.d. § 242 I StGB entscheiden. *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 105. Zu Recht weist *Herbertz* (Ingerenz S. 200) darauf hin, dass es sich um ein normatives Tatbestandsmerkmal handelt, welches positivrechtlich in §§ 929 ff. BGB [sowie §§ 903 ff. BGB, J.F.], Art. 14 GG ausgestaltet ist.

Strafrecht entstammen müssen, verweist“.²⁰⁹⁹ Ähnlich wie bei gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgründen könne man diesen Rechtspflichten die rechtliche Qualität nicht absprechen, „nur weil in einem Grenzfall unterschiedliche Ansichten vertreten werden“.²¹⁰⁰ Insbesondere verweist *Paradissis* dabei auf die ständige Rechtsprechung. „Lediglich die Grenzfälle waren und sind in unterschiedlicher Weise, häufig auch aus dogmatisch nicht nachvollziehbaren Gründen, unterschiedlich entschieden worden.“²¹⁰¹

b) Kritik

Dass Gewohnheitsrecht die Strafbarkeit nicht *gesetzlich* bestimmen kann, Art. 103 II GG, wurde bereits oben dargelegt.²¹⁰² Ergänzend ist jedoch speziell hinsichtlich der Ingerenz folgendes anzuführen: Gewohnheitsrecht entsteht nicht durch eine von der Überzeugung der *staatlichen Instanzen* (der Rechtsprechung) getragene Übung, sondern muss sich auf die Überzeugung der *Bevölkerung*²¹⁰³ *als demokratischem Souverän* stützen. „Dafür genügt es nicht, daß eine bestimmte Judikatur widerspruchslos oder nahezu widerspruchslos hingenommen wird, vielmehr bedarf es der Bildung einer Rechtsüberzeugung in den beteiligten Kreisen, *also nicht nur unter Juristen*.“²¹⁰⁴ Ansonsten ließe sich jedes Unrecht bereits dadurch legitimieren, dass es lange genug praktiziert wird.²¹⁰⁵ Im Übrigen vollzieht sich die klassische Ingerenzsituation gerade nicht innerhalb, sondern gerade *außerhalb* des sozialen Regelablaufs,²¹⁰⁶ sie ist selbst bereits selten, plötzlich und ungeplant. Dies spricht *rechtlich* nicht gegen die Garantstellung, jedoch ist *empirisch* fragwürdig, wie sich diesbezüglich eine stabile Rechtsüberzeugung in der Bevölkerung hat bilden sollen. Überdies gibt auch *Paradissis* zu, dass die gewohnheitsrechtliche Anerkennung zur Lösung der strittigen Fallkonstellationen nichts beitragen könne. Er kommt also zu dem mageren Ergebnis, „dass gemeinhin eine Rechtspflicht anerkannt ist, die jemanden dazu verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen selbst verursachte, schädigende Kausalverläufe abzuwenden. Nur lässt sich an dieser Stelle noch nicht sagen, warum genau diese

²⁰⁹⁹ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 105.

²¹⁰⁰ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 106.

²¹⁰¹ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 107 f., in einer *zweifelhaften* Anbindung an *Pfleiderers* Begriff des Grundfalls, denn zweifelhaft ist doch gerade, was ein „Grundfall“ ist, ob also „klar rechtswidriges“ Vorverhalten wirklich zum „unumstrittenen Kernbereich“ gehört.

²¹⁰² Vgl. oben → Kapitel 2 § 1; zu *Paradissis* auch *Herbertz* Ingerenz S. 200.

²¹⁰³ Hierfür müsste es in der Bevölkerung einen breiten Konsens geben, dass derjenige, der nach rechtswidrigem Vorverhalten die Rettung unterlässt, das Opfer tötet. Für die Überzeugungen der Bevölkerung ist hier die Umgangssprache, in welcher sich grundlegende Überzeugungen manifestieren, ein guter Ratgeber. Oben wurde bereits darauf aufmerksam gemacht, dass umgangssprachlich möglicherweise bestimmte wenige Unterlassungen als „Tötung“ gewertet werden, etwa die der Mutter, welche ihr Kind nicht ernährt, oder der Autofahrer, welcher es bei angeschaltetem Tempomat unterlässt zu bremsen. Für die Garantstellung aus Ingerenz lässt sich ein solcher Sprachgebrauch nicht erahnen. Vgl. oben → Kapitel 1 § 2 C II 1.

²¹⁰⁴ *Larenz* Methodenlehre S. 433; Hervorhebung nicht im Original. Vgl. schon eben zu v. *Coelln* → IV 2 d).

²¹⁰⁵ Siehe auch *Larenz* Methodenlehre S. 433: Der Zeitfaktor ist nicht entscheidend.

²¹⁰⁶ *Roxin* Kriminalpolitik S. 18 f. Vgl. oben → § 1 B.

Rechtspflicht anzuerkennen ist und welche Voraussetzungen hierfür erfüllt sein müssen“.²¹⁰⁷ Dass *überhaupt* eine Rechtspflicht anerkannt ist, selbst verursachte, schädigende Verläufe abzuwenden, überrascht nicht, denn eine solche ist etwa in §§ 1004, 823 BGB, § 323c I StGB positiviert. Was problematisch ist, ist die Frage, ob deren Verletzung zu *begehungsgleicher Strafbarkeit* führt und *darauf* gibt das Gewohnheitsrecht jedenfalls keine Antwort. Auch ist die Aussage, „die“ Pflicht sei „anerkannt“, nur ihre Voraussetzungen strittig, eine sprachliche Verdrehung. Denn der Satz besagt nur, dass das Vorliegen einer Pflicht in den meisten Fällen („unter den meisten Voraussetzungen“) eben höchst problematisch und umstritten ist.²¹⁰⁸

2. Materielle Begründung der Ingerenz

a) Darstellung

Nachdem *Paradissis* die gewohnheitsrechtliche Ableitung für nicht vollständig ausreichend und überdies die normlogische Ableitung aus dem *neminem laedere* für nicht tragfähig hält, fragt er, ob eine „ungeschriebene eigenständige Pflicht anzuerkennen ist, selbst hervorgerufene schädigende Kausalverläufe unschädlich zu machen“.²¹⁰⁹ Im Anschluss an das BVerfG²¹¹⁰ führt er aus, dass mit „Recht“ in § 13 I StGB nicht bloß das geschriebene Recht gemeint sei, vielmehr solle von einem „freiheitlichen Verständnis des Rechts“ ausgegangen werden, das gerade dem Strafrecht zugrunde liegt“. Das Recht müsse „im Wege einer gemeinsamen Vernunftleistung bestimmt werden, damit es allgemeine Geltung für sich beanspruchen kann“.²¹¹¹ *Paradissis* legt insofern den *kantischen* Rechtsbegriff zugrunde – „Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“.²¹¹² Wenn die Ingerenz als Folge von Freiheitsentfaltung legitimiert werden solle, müsse „die Rolle der Vorhandlung als Akt der Gefahrschaffung herausgestellt werden“.²¹¹³ Denn erforderlich sei es nach Art. 2 I GG, Freiheit einzugrenzen, um Freiheit zu schaffen. Und in der Gefahrschaffung liege eine Einschränkung der

²¹⁰⁷ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 108.

²¹⁰⁸ Siehe schon *Gallas* Studien S. 87: Das Unbehagen beruhe „nicht so sehr auf Bedenken gegen das Prinzip überhaupt, als vielmehr darauf, daß der Mangel an Klarheit über sein rechtliches Fundament es bisher unmöglich gemacht hat, die Grenzen seiner Anwendbarkeit deutlich zu machen“.

²¹⁰⁹ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 111.

²¹¹⁰ BVerfGE 34, 268, 287. Die Entscheidung erging allerdings zum *Zivilrecht*. Die Aussage also, dass der Richter nicht bloß darauf verwiesen sei, „gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden“, sondern „schöpferische Rechtsfindung“ betreiben dürfe, kann von vornherein nicht für das Strafrecht gelten (Art. 103 II GG).

²¹¹¹ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 112 f. ein „strenger Rechtspositivismus“, der „die Legitimation des Rechts ausschließlich von einem Setzungsakt abhängig macht“, müsse abgelehnt werden, vielmehr habe sich „jedes gesetzte Recht an übergeordneten Rechtsprinzipien zu messen“, S. 115; im Anschluss an *Kelker* Legitimität S. 386 f.

²¹¹² *Kant* MdS Rechtslehre § B, AB 33, Werke VIII S. 337; im Anschluss an den *kantischen* Freiheits- und Rechtsbegriff stützt sich *Paradissis* insbesondere auf die Ausführungen der „*Wolff-Schule*“, *Kelker* Legitimität S. 339 ff.; *Köhler* AT S. 9 ff., 22 ff.; *Zaczyk* Unrecht S. 128 ff.; sowie *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 47 ff.

²¹¹³ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 116; sowie zirkulär: „Gefahrschaffung bedeutet nichts anderes als Gefährdung fremder Rechtsgüter“.

Freiheitssphäre einer anderen Person.²¹¹⁴ Zwischen Gefahrschaffung und Gefahrrealisierung bestehe ein Zeitraum, in dem die Regelungsfunktion des Rechtes noch nicht versagt habe, dieses könne weiterhin wirken, um die Freiheitssphären der Personen miteinander in Einklang zu bringen, entsprechend dem „übergeordneten Sinn des Rechts, Freiheit der Bürger zu ermöglichen“. Dafür seien – im Anschluss an *Pawlik* – Neutralisierungsgebote nicht weniger bedeutsam als Verbote.²¹¹⁵ Damit stellt *Paradissis* nun doch auf die zunächst abgelehnte Begründung aus dem „neminem laedere“ ab: So leite sich zwar die Erfolgsabwendungspflicht nicht normlogisch aus den Verböten ab, aber entstamme demselben übergeordneten Grundsatz: „Die Erfolgsabwendungsgebotsnorm resultiert aus dem allgemeinen Respektierungsgebot als Rechtsprinzip“.²¹¹⁶ Dass das übergeordnete Rechtsprinzip der Erfolgsabwendungspflicht als Kehrseite der Handlungsfreiheit gemeinhin anerkannt sei, zeige auch die gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Ingerenz.²¹¹⁷

Hinsichtlich der *Qualität* des Vorverhaltens verwirft *Paradissis* die Kriterien der „nahen Gefahr“ sowie der „Pflichtwidrigkeit“. Insbesondere letzteres könne die Ingerenz nicht sinnvoll eingrenzen, da insoweit zu viele Ausnahmen anerkannt würden.²¹¹⁸ Stattdessen stellt er für das Begehungsdelikt im Anschluss an die h.M. fest, Verhaltensnormen²¹¹⁹ dürften nicht bloße Verursachungsnormen sein, denn diese könnten das Verhalten von Bürgern nicht wirksam beeinflussen.²¹²⁰ Eine Norm, die ein Verhalten verbietet, bei dem die Schadensfolge nicht vorhersehbar ist, sei nicht befolgbar und könne keinen Rechts-

²¹¹⁴ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 116 f.; *Paradissis* betont dabei selbst, dass die Freiheitsermöglichung des einen Freiheitseinschränkung des anderen ist. Insoweit ist die Kritik *Herbertz*‘ substanzlos, wenn sie meint, *Paradissis* beachte nicht hinreichend, dass Freiheit immer aus unterschiedlichen Perspektiven wahrgenommen wird: Indem die Freiheit des Gefährdeten gewahrt wird, schränkt man gleichzeitig die Freiheit des gefährlich Handelnden ein (Ingerenz S. 243).

²¹¹⁵ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 117; im Anschluss an *Pawlik* FS Roxin (2011) S. 931, 938 ff.

²¹¹⁶ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 118. **Kritisch** *Herbertz* Ingerenz S. 244: „Urpflöztlich“ trete das allgemeine Respektierungsgebot hinzu, „dessen Herleitung zu wünschen gewesen wäre“, es würden „verschiedene, sich teilweise bedingende, widersprechende und überschneidende Prinzipien“ kombiniert. – Dieser Einwand schlägt zwar in der Sache nicht durch, denn die Abgrenzung der Freiheitssphären schafft gerade die Präzisierung und Begrenzung des Respektierungsgebots (die *Herbertz* auf S. 218 f. selbst anmahnt). Es handelt sich keineswegs um sich widersprechende Prinzipien, die „auf nebulöse Art“ verknüpft würde. Der Rekurs auf das Respektierungsgebot bedeutet letztlich bloß, dass die Abgrenzung der Freiheitssphären einem negativen Freiheitsbegriff folgt (instruktive Darstellung des Respektierungsgebots bei *Pawlik* FS Roxin (2011) S. 931, 938 ff.) Tatsächlich kritikwürdig ist eher die vordergründige Ablehnung des „neminem laedere“ als Grundlage der Ingerenz, um das Prinzip unter abweichendem Etikett dann doch für maßgeblich zu halten (dies ist letztlich auch *Herbertz* vorzuwerfen), was tatsächlich der Übersichtlichkeit nicht förderlich ist.

²¹¹⁷ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 119.

²¹¹⁸ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 142 f.: Die Formel sei „zu eng und zu weit“, sodass sich die h.M. zu immer wieder neuen Korrekturen genötigt sehe; siehe auch S. 224.

²¹¹⁹ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 152: Die strafrechtlichen Tatbestände seien „Sanktionsnormen, die gleichzeitig strafbewährte [sic] Verhaltensnormen beinhalten“.

²¹²⁰ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 159. Siehe auch *Köhler* AT S. 174: Maßgeblichkeit der *ex ante* Perspektive für den objektiven (zivilrechtlichen) Sorgfaltsverstoß; ferner *Ast* Normentheorie S. 56.

güterschutz bewirken. Damit handle es sich um eine unzulässige Freiheitseinschränkung.²¹²¹ Die Strafbarkeit müsse bei der Ingerenz an denselben Verhaltensnormverstoß anknüpfen wie das gleichzeitig verwirklichte fahrlässige Begehungsdelikt.²¹²² Erforderlich sei daher die *ex ante* zu bestimmende „Schaffung einer Gefahr unter Verstoß gegen eine rechtliche und damit freiheitssichernde Verhaltensnorm“.²¹²³ Das Verhalten müsse nach allgemeiner Erfahrung das Risiko begründen, den konkreten Erfolg herbeizuführen.²¹²⁴ Nur dann seien die Verurteilungen auf Grundlage einer Garantenstellung entsprechend dem Bestimmtheitsgrundsatz „schon zum Zeitpunkt der Vorhandlung für den Bürger vorhersehbar“.²¹²⁵

Die „Zurechnung“ gebe dann im Rahmen der Begehungsdelikte an, wann jemand für die Erfüllung eines objektiven Deliktstatbestandes (in der von *Paradissis* übernommenen Terminologie *Asts*: die Verletzung einer „Verursachungsnorm“) verantwortlich gemacht werden kann.²¹²⁶ *Paradissis* entscheidet sich dabei für die von der h.L. favorisierte Grundformel,²¹²⁷ da es sich insgesamt um „ein hochumstrittenes Terrain“ handle und die jeweiligen Theorien „in weiten Teilen zu übereinstimmenden Ergebnissen“ kommen.²¹²⁸

²¹²¹ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 196.

²¹²² *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 163, 224; und damit an die Sorgfaltspflichtverletzung, vgl. S. 154, 163 m. Fn. 173; bzw. die rechtlich relevante Gefahr bei der „objektiven Zurechnung“.

²¹²³ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 186.

²¹²⁴ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 154; im Anschluss an *Ast* Normentheorie S. 134.

²¹²⁵ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 98. Widersprüchlich dagegen der direkt folgende Satz: „Er muss anhand seines Verhaltens erkennen können, dass er hierdurch eine besondere Situation geschaffen hat“; Hervorhebung nicht im Original.

²¹²⁶ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 159; im Anschluss an *Ast* Normentheorie S. 55: Durch den Verstoß gegen eine „Verursachungsnorm“ werde der Handelnde für den Eintritt oder Nichteintritt einer Veränderung verantwortlich gemacht. Zu betonen ist, dass sowohl nach *Ast* als auch nach *Paradissis* der Verstoß gegen eine „Verursachungsnorm“ den Verstoß gegen eine *ex ante* begründete „Handlungsnorm“ voraussetzt. *Ast* aaO S. 56 f.; *Paradissis* aaO.

²¹²⁷ *Paradissis* übt gleichzeitig jedoch – ähnlich wie auch *Herbertz* – recht formal Kritik an der Lehre von der objektiven Zurechnung: Diese sei nicht der Standort für die Bestimmung, was verboten oder erlaubt ist. Die Grenzziehung zwischen den Freiheitsbereichen werde durch Verhaltensnormen, die zum Teil der Strafrechtsordnung vorgelagert seien, vorgegeben, vgl. *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 160 f. (ins Leere geht daher die Kritik von *Herbertz*, aus Gründen der „besseren Vermittelbarkeit“ sei es vorzugswürdig, zwischen missbilligter Gefahrschaffung und Gefahrrealisierung zu trennen, um dem Rechtsanwender „echte“ Voraussetzungen an die Hand zu geben (*Herbertz* Ingerenz S. 245) – denn genau diese Trennung nimmt *Paradissis* doch vor). *Paradissis* schafft dadurch jedoch – wie ebenfalls *Herbertz* – eine bloß terminologische Abgrenzung. Ob man nun innerhalb der „objektiven Zurechnung“ zwischen „unerlaubtem Verhalten“ und „Zurechnung“ trennt oder zwei jeweils eigene Prüfungspunkte befürwortet, ist letztlich ein bloßer Streit um Worte (so letztlich auch *Paradissis* S. 185). Vgl. schon oben → Kapitel 1 § 2 D II Fußnote 502.

²¹²⁸ Diese Grundformel stelle für die Untersuchung zur Ingerenz einen geeigneten Ausgangspunkt dar, da sie sich auf das Rechtsprinzip zurückführen lasse, dass jeder seine Freiheitssphäre so zu gestalten habe, dass keine Risiken für die Freiheit anderer geschaffen werden. *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 149. An dieser Stelle ergreift *Paradissis* bereits grundsätzlich Partei für die Lehre von der objektiven Zurechnung im Rahmen der Ingerenz. – Es bleibt jedoch hier bereits festzuhalten, dass damit kein Spezifikum der Lehre von der „objektiven Zurechnung“ aufgefunden, sondern erneut der allgemeine Rechtsbegriff umschrieben ist.

„Die Gründe, die zum Ausschluss der objektiven Zurechnung beim Begehungsdelikt führen, müssen konsequenterweise damit auch den Ausschluss des Ingerenzunterlassens zur Folge haben.“²¹²⁹ Die Zurechnung der Folgen begrenzt *Paradissis* maßgeblich anhand des Schutzzwecks der Norm sowie des Vorhersehbarkeitskriteriums.²¹³⁰ Zusammengefasst müsse der Täter „durch ein rechtlich missbilligtes Verhalten eine Gefahr geschaffen haben, die sich ohne weiteres Zutun des Täters nach den Regeln der objektiven Zurechnung im Erfolg zu realisieren droht“.²¹³¹

b) Kritik

Paradissis Lösung ist, wenngleich er sich richtigerweise um eine *strafrechtliche* Legitimation bemüht und die Garantenbeziehung *allein* über die Vorhandlung begründet, ganz erheblichen Bedenken ausgesetzt.

aa) Strafgrund der Ingerenz

Die von *Paradissis* übernommene Begründung des Rechts als „allgemeine Vernunftleistung“ ist für die Strafbegründung nicht praktikabel. Es mag ja sein, dass die „wechselseitige Anerkennung von Freiheit“ auch ohne positives Gesetz immer existent ist, wenn Menschen aufeinandertreffen.²¹³² Und auch, dass nicht „hinter das Grundprinzip von Recht, nämlich die wechselseitige Anerkennung und Sicherung der Autonomie aller Rechtssubjekte zurückgegangen werden“ kann,²¹³³ mag man vertreten. Dies *mag* auch seine Daseinsberechtigung haben, wenn man bestehendes Recht auf seine *Legitimität* hin untersucht,²¹³⁴ Es ist jedoch *das eine*, an bestehendes positives Recht einen *kritischen* Maßstab anzulegen – etwa als *äußerste* Grenze legitimierbaren Rechts²¹³⁵ –, *das andere*

²¹²⁹ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 165. „Ließe man für die Strafbarkeit dem Erfolg [sic] objektiv nicht zurechenbare Vorhandlungen ausreichen, so würde der Unrechtsgehalt nicht mehr dem des Begehungsdelikts entsprechen; es läge stattdessen überhaupt kein objektives Unrecht vor, das zu bestrafen wäre.“

²¹³⁰ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 189 ff., 195 ff. Dabei erkläre sich das Vorhersehbarkeitskriterium aus dem Schutzzweck, denn die Norm wolle nur vor vorhersehbaren Entwicklungen schützen. – Zu erwähnen ist noch, dass *Paradissis* den Vertrauensgrundsatz als Zurechnungskriterium versteht (S. 200 f., auch der pflichtwidrig Handelnde könne sich auf diesen berufen; **dagegen** ist jedoch zu betonen, dass der Vertrauensgrundsatz dazu dient, die Freiheitsentfaltung des Einen nicht deshalb unsachgemäß einzuschränken, bloß, weil ein Anderer diese zum Anlass für Straftaten nehmen könnte, vgl. zum Ganzen *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 162 f., 165: „Es ist *nicht der Sinn des Vertrauensgrundsatzes*, die *Haftung* eines Schadensverursachers *einzuschränken*, dessen Sorgfaltspflichtverletzung bereits *feststeht*“; Hervorhebungen im Original; siehe auch Rn. 243).

²¹³¹ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 211.

²¹³² Zutreffend auch *Herbertz* Ingerenz S. 243: *Regelungsziel* des Strafrechts; Hervorhebung nicht im Original.

²¹³³ So *Kelker* Legitimität S. 386 ff. (Zitat S. 386); wörtlich zitiert von *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 116.

²¹³⁴ Wie *Paradissis* ‘akademische Lehrerin *Kelker* (für die Gesinnungsmerkmale), auf die er sich insoweit maßgeblich beruft (*Kelker* Legitimität S. 399 ff.).

²¹³⁵ Siehe nur den bekannten Aufsatz von *Radbruch* SJZ 1 (1946) 105 ff.

hingegen, in Abwesenheit von positiven Regelungen diesen überpositivistischen Maßstäben eine rechtsschöpferische Funktion zuzuerkennen.²¹³⁶ Zwar ist es überzeugend, Recht nicht als bloßes Machtinstrument des Stärkeren, welches allein auf dem Setzungsakt beruht, zu begreifen.²¹³⁷ Dies wird jedoch in unserem Staat gewährleistet und abgesichert durch demokratische Legitimation, Machtzerstreuung, Machtwechsel und Geltung der Grundrechte und rechtsstaatliche Kontrolle.²¹³⁸ Demokratie gründet insoweit auf inhaltlicher Offenheit und erhebt keine inhaltlichen Wahrheitsansprüche;²¹³⁹ demokratisch legitimes Recht schützt die Rechte des Einzelnen so gerade vor dem, was andere für „vernünftig“ halten.²¹⁴⁰ Hinzu kommt, dass allein das positive Recht geeignet ist, *Rechtssicherheit* zu gewähren.²¹⁴¹ Dies gilt insbesondere im Strafrecht, wo sich die Strafe nach der *eindeutigen* Wertentscheidung des Art. 103 II GG aus dem positiven, geschriebenen Recht ergeben muss. Die von *Paradissis* bemühte Abgrenzung von Freiheitssphären hat etwa in der geltenden Rechtsordnung eine deutlich spezifischere Gestalt erhalten. Überpositivistische Maßstäbe sind hingegen viel zu unbestimmt, als dass sich hierdurch konkrete strafrechtliche Fragen beantworten ließen. Insbesondere handelt es sich bei der Abgrenzung der Freiheitssphären um kein spezifisch strafrechtliches Prinzip.²¹⁴² Auch bei *Kant* geht es insoweit um den *allgemeinen* Rechtsbegriff. Dieser ist *formal*, was ihn zwar nicht als Beurteilungskriterium, allerdings als Deduktionsgrundsatz tauglich macht.²¹⁴³

²¹³⁶ Vgl. im Allgemeinen *Kersting* Kant über Recht S. 17: „Kants Prinzipien sind jedoch keine Deduktionsgrundsätze, sondern Beurteilungskriterien“. Weder aus dem kategorischen Imperativ noch aus dem Rechtsgesetz kann ein inhaltlicher Pflichtenkanon abgeleitet werden. – Solange unsere Verfassungsordnung daher vom *kantischen* Rechtsbegriff aus als freiheitliche Rechtsordnung beurteilt werden kann, besteht auch aus dieser rechtsphilosophischen Perspektive kein Anlass, daneben unmittelbar auf den *kantischen* Rechtsbegriff zu rekurrieren.

²¹³⁷ Treffend insoweit *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 85j: „Rechtswissenschaft als Wissenschaft der Unterscheidung von Recht und Macht“.

²¹³⁸ *Radbruch* Vorschule S. 105 f. weist etwa auf die Notwendigkeit von Koalitionsregierungen hin, sodass politische Entscheidungen einen Kompromiss der verschiedenen weltanschaulichen Vorstellungen darstellen. Gleichzeitig ist notwendiger Wesenszug der Demokratie die Möglichkeit des Regierungswechsels, sodass auch insoweit unterschiedliche Weltanschauungen zu verschiedenen Zeiten stärker zur Geltung kommen.

²¹³⁹ *Radbruch* RPh Vorwort: „der Relativismus ist die gedankliche Voraussetzung der Demokratie“, S. 11 f.; *Kelsen* Vom Wesen und Wert der Demokratie S. 100 ff.; in jüngerer Zeit auch *Gärditz* Der Staat 49 (2010) 331, 343, 345; *Lege* JZ 2009, 756, 758, 762.

²¹⁴⁰ Vgl. *Gärditz* JZ 2015, 641, 650: „Der Vorrang der Demokratie vor der Philosophie dient dabei allen, die ihre Rechtsordnung auf der Grundlage gleicher Freiheit selbstbestimmt gestalten wollen – ein Vorrang der Philosophie vor der Demokratie dient nur den Philosophen.“ Vgl. oben → Kapitel 1 § 2 B III.

²¹⁴¹ *Radbruch* RPh S. 81 f.

²¹⁴² Darauf macht auch *Herbertz* Ingerenz S. 242 aufmerksam.

²¹⁴³ Dazu auch *Kersting* Kant über Recht S. 17 f.: „Kants Rechtsprinzip ist formal, genauso formal wie sein Moralprinzip, der kategorische Imperativ“. Im Allgemeinen zu Deduktionsversuchen aus der idealistischen Philosophie *Hörnle* FS HU S. 1265, 1272: „Die wesentlichen Weichenstellungen sind dann die des heute schreibenden Autors, nicht aber *Kants*, zu dessen Werk nur noch eine lose Verknüpfung hergestellt werden kann“.

Entscheidend ist die Frage, wessen Freiheit im Einzelfall stärker gewichtet wird, und darauf gibt das Prinzip keine Antwort.²¹⁴⁴ Auch ist nicht erkennbar, wie *Paradissis* aus dem Verstoß der Vorhandlung gegen eine vorstrafrechtliche Verhaltensnorm begründen will, dass die Unterlassung begehungsgleich zu bestrafen ist. Es wird nicht deutlich, weshalb die Erfolgsabwendungspflicht strafrechtliche Relevanz haben soll.²¹⁴⁵ *Paradissis* führt zwar aus, dass die Bestrafung von Verstößen gegen illegitime Normen keinen legitimen Strafzweck verfolgen kann,²¹⁴⁶ dies bedeutet jedoch im Umkehrschluss nicht, dass der Verstoß gegen jede legitime Norm zu bestrafen sei.

Innerhalb seiner Ableitung der Garantenstellung aus dem Freiheitsbegriff beruft sich *Paradissis* insbesondere auf *Jakobs*, *Pawlik*, *Freund* und *Kindhäuser*, die gerade kein pflichtwidriges Vorverhalten verlangen. Damit erscheint das Ergebnis *Paradissis* beliebig und widersprüchlich: „So beinhaltet das Recht, Freiheit in den durch die Rechtsordnung vorgegebenen Grenzen zu entfalten, gleichzeitig die synallagmatische Pflicht, nach der unzulässigen Freiheitsentfaltung, die schädigende Folgen für andere Bürger haben kann, die Gefahr unschädlich zu machen, bevor sie in einen Schaden umschlägt“.²¹⁴⁷ – Es bleibt jedoch völlig schleierhaft, wie sich aus dem Recht, sich *innerhalb* der Grenzen der Rechtsordnung zu verhalten im „Synallagma“ etwas für den Fall ergeben soll, dass sich der Handelnde *außerhalb* der Grenzen der Rechtsordnung (bei einer „unzulässigen Freiheitsentfaltung“) bewegt. In diesem Fall besteht doch gerade kein Recht zur Vornahme der unzulässigen Handlung, zu dem eine Pflicht im „Synallagma“ stehen könnte. Das Argument der von *Paradissis* bemühten Autoren ist eigentlich ein anderes: *Zwar* darf ich eine Handlung vornehmen, *dafür* (Synallagma) muss ich *aber* für deren Unschädlichkeit sorgen. Die Ableitung für pflichtwidrige Vorhandlungen wäre hingegen: Ich darf die Vorhandlung nicht vornehmen, *daher* muss ich *auch* für die Unschädlichkeit sorgen. Es handle sich, so *Paradissis* weiter, bei den Erfolgsabwendungspflichten nach unzulässiger Freiheitsausübung um den „Preis der individuellen Handlungsfreiheit“, indem der Bürger verpflichtet sei, den status quo einer anderen Person nicht negativ zu verändern.²¹⁴⁸ Wieder fragt sich, wie die Erfolgsabwendungspflicht „Preis der Handlungsfreiheit“ in einer Situation sein kann, in der die Freiheit zu der konkreten Handlung dem Betreffenden

²¹⁴⁴ Zum Kontrast sei hier angeführt, dass etwa *Schünemann* im Gegenteil eine restriktive Handhabung der Garantenstellungen als Ausdruck einer freiheitlichen Gesellschaft versteht, *Schünemann* ZStW 96 (1984) 288, 300.

²¹⁴⁵ Zwar meint *Paradissis* im Anschluss an *Köhler*, dass das Strafunrecht anders als andere Unrechtsformen das Recht „in fundamentaler Weise verletzt“ (*Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 114; *Köhler* AT S. 22). Warum dies jedoch bei der Erfolgsabwendungspflicht nach vorangegangenem Tun der Fall sein soll, bleibt im Dunklen und könnte letztlich aus einer derart allgemeinen Formel auch nicht abgeleitet werden. Ein übergesetzliches Gebot lässt sich nicht zwingend als ein *strafrechtliches* verstehen, vgl. *Herbertz Ingerenz* S. 201.

²¹⁴⁶ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 159. Sei die Verhaltensnorm illegitim, könne die Sanktionsnorm weder einen präventiven noch einen schuldausgleichenden Zweck verfolgen.

²¹⁴⁷ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 118.

²¹⁴⁸ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 118; **kritisch** *Herbertz Ingerenz* S. 243: dies sei zu „pauschal“.

rechtlich überhaupt nicht Zustand.²¹⁴⁹ Überdies handelt es sich bei der Argumentation um ein bloß vordergründiges Gerechtigkeitsdenken, welches nicht darlegen kann, weshalb das Unterlassungsverhalten *begehungs gleiches Unrecht* darstellt.²¹⁵⁰

bb) Qualität des Vorverhaltens

Paradissis meint, die Garantenstellung aus Ingerenz müsse „zwingend in Anlehnung an ihren Entstehungsgrund eingegrenzt werden“.²¹⁵¹ Nach dem Ausgeführten müsste er naheliegender Weise zu einer Lösung kommen, die derjenigen *Pawliks* oder *Köhlers* ähnelt. Gerade *Köhler* definiert die Garantenstellung auf der gleichen theoretischen Grundlage wie *Paradissis* – dem *kantischen* Freiheits- und Rechtsbegriff –, kommt dabei jedoch anders als dieser nicht zum Erfordernis pflichtwidrigen Vorverhaltens.²¹⁵² Hier zeigt sich erneut ganz deutlich der formale Charakter der Abgrenzung von Freiheitsbereichen, welche an sich keine inhaltliche Aussage über die Reichweite von Garantenstellungen ermöglicht.²¹⁵³ In der Sache wird das Erfordernis eines rechtlich missbilligten Verhaltens mehr behauptet als begründet.²¹⁵⁴ Die Begründung von oben (→ aa), die rechtmäßiges Vorverhalten einschliesse, wird beiläufig gegen das Argument der „*unzulässigen*“ Ausdehnung der Freiheitssphäre ersetzt.²¹⁵⁵ „Stellt das Vorverhalten keinen Verhaltensnormverstoß dar und ist somit eine legale Ausübung der persönlichen Handlungsfreiheit, so darf hieraus keine über die allgemeine Hilfeleistungspflicht aus § 323c StGB hinausgehende Erfolgsabwendungspflicht aus Ingerenz resultieren, da ansonsten die rechtlich geschützten Freiheitssphären konterkariert werden. In diesem Bereich sind die Anforderun-

²¹⁴⁹ Auch schließt sich *Paradissis* der Aussage *Pawliks* an, dass keiner schlechter stehen solle, als wenn er überhaupt nicht mit mir zusammengetroffen wäre (*Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 119; im Anschluss an *Pawlik* FS Roxin (2011) S. 931, 939), den er jedoch, indem er *ex ante* sorgfaltswidriges Verhalten fordert, im Ergebnis viel enger versteht als jener. Letztlich bleibt von der Aussage nur noch übrig: „Der Andere soll nicht schlechter stehen, als wenn ich mich sorgfältig verhalten hätte“; **dagegen** *Herbertz* Ingerenz S. 242 f.: „Ein derartig rigoroser Grundsatz unterliegt dem Strafrecht keineswegs. Er existiert nicht einmal im Zivilrecht, dessen Schadensregulierung durch verschuldens- und Zurechnungserfordernisse eingeeht wird. Niemand schuldet es anderen oder der Allgemeinheit, sich in seinem Umfeld wirkungs- und folgenlos zu bewegen“. Eine so weit verstandene Pflichtenbindung widerspreche Menschenwürde und Handlungsfreiheit. – So zutreffend es erscheint, dass die Strafrechtsordnung einen solchen Grundsatz nicht kennt, sowohl *Pawlik* als auch *Paradissis* grenzen die Pflichtenbindung erheblich ein, sodass das Argument der Menschenwürde wohl eine Nummer zu groß erscheint.

²¹⁵⁰ Der „Vorteil“ der Handlungsfreiheit lässt es zwar als dem Handelnden gegenüber *vertretbar* und *legitimierbar* erscheinen, ihm eine Handlungspflicht aufzuerlegen, und mag im Zivilrecht zu einer Haftung aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung führen, §§ 812 ff. BGB. Unklar ist jedoch, wie diese Argumentation dazu führen soll, dass der Betreffende für eine Schädigungsmöglichkeit einstehen muss und daher seine Unterlassung *begehungs gleich bestraft* wird, § 13 I StGB.

²¹⁵¹ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 135.

²¹⁵² *Köhler* AT S. 219 f.

²¹⁵³ Es fragt sich auch, welchen Mehrwert der Rückgriff auf die *kantische* Philosophie bringt, wenn bloß ein formales Prinzip der Abgrenzung von Freiheitsbereichen etabliert wird. *Dieses* ergibt sich bereits aus Art. 2 I GG.

²¹⁵⁴ Siehe die Aneinanderreihung von Aussagen bei *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 186, oberer Absatz.

²¹⁵⁵ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 162.

gen mit den im Bereich der Begehungsdelikte existierenden Anforderungen identisch“.²¹⁵⁶ Derartige Aussagen lassen sich schwer kritisieren, da überhaupt keine Begründung vorliegt, bei der die Kritik ansetzen kann. Man könnte fragen, *ob* die *ex ante* bestimmten „Handlungsnormen“ denn überhaupt eine endgültige Abgrenzung von Freiheitssphären schaffen. Es ist bemerkenswert, dass nach *Paradissis*‘ Modell, das gerade den zu vergeltenden Übergriff in fremde Freiheitssphären in den Mittelpunkt stellt, dieser objektive Übergriff nirgends eine Rolle spielt. Hinsichtlich des Strafgrundes der Ingerenz begnügt sich *Paradissis* mit der *ex ante* festzustellenden „realen Chance“²¹⁵⁷ des Übergriffs.²¹⁵⁸ Besonders aber wird das Argument, der Ingerent müsse im Zeitpunkt der Vorhandlung nach Art. 103 II GG die garantenpflichtbegründende Wirkung seiner Vorhandlung erkennen, von *Paradissis* bloß apodiktisch in den Raum gestellt. Die Garantienstellung an sich ist zunächst keine *Strafe*, das Risiko der Bestrafung muss bloß zum Zeitpunkt des deliktischen Verhaltens erkennbar sein. Überdies behandelt *Paradissis* keine Frage der Erkennbarkeit der Strafbarkeitsvoraussetzungen aus dem *Gesetz* (Art. 103 II GG), sondern eine der Erkennbarkeit der Bestrafung in der *tatsächlichen Situation*.²¹⁵⁹

Die Kritik *Paradissis*‘ am herrschenden Kriterium der „Nähe der Gefahr“ sowie der „Pflichtwidrigkeit“ kann ebenfalls nicht überzeugen.²¹⁶⁰ Dass die h.A. weitere Kriterien *ergänze*, um zu akzeptablen Ergebnissen zu gelangen (Eigenverantwortlichkeit, Drittverantwortlichkeit, Sozialadäquanz, Schutzweckzusammenhang, Lehre von den Verantwortungsbereichen, Pflichtwidrigkeitszusammenhang)²¹⁶¹ ist insofern unzutreffend, als dass es sich hier eben um die auch für die „Fahrlässigkeitszurechnung“ vorgebrachten Kriterien handelt, die angeben sollen, wann ein Erfolg auf der Pflichtwidrigkeit *beruht*. Wenn

²¹⁵⁶ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 163.

²¹⁵⁷ So zum Handlungsunrecht *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 159.

²¹⁵⁸ Zwar erscheint es *für die Verhaltensnorm* zutreffend, dass im Zeitpunkt der Entscheidung feststehen muss, welches Verhalten im Hinblick auf diese *Chance* der Freiheitsverletzung verboten ist. Dies bedeutet aber *nicht zwingend*, dass für die abweichende Rechtsfolge der Ingerenzgarantenstellung derselbe Blickwinkel anzulegen wäre.

²¹⁵⁹ Dabei geht es möglicherweise um die Frage, ob die Auferlegung einer Garantienstellung materiell gerecht und präventiv effektiv ist, nicht jedoch um den Gesetzlichkeitsgrundsatz.

²¹⁶⁰ Auch die Aussage (*Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 186 m. Fn. 98), dass die Ansicht, welche an ein gesteigert riskantes Vorverhalten anknüpft, zu einer bloßen Kausalhaftung führe, ist – jenseits der berechtigten Kritikwürdigkeit dieses Kriteriums – eine unfaire Unterstellung, da sich die entsprechenden Autoren durchaus um eine Restriktion bemühen (siehe aber zur Kritik unten → H I 2 b). Dagegen meint *Paradissis*: „Anderenfalls liefe man Gefahr, jeden kausalen Beitrag im Zusammenhang mit einer gesteigert riskanten Tätigkeit aus Ingerenz haftbar zu machen. Nach dieser Ansicht könnte man nämlich auch denjenigen aus Ingerenz haftbar machen, der ein Taxi benutzt, sich Waren mittels LKW liefern lässt etc.“ – nur, weil das Autofahren ein „Sonderrisiko“ darstellt, muss es nicht jeder Beitrag hierzu sein. *Paradissis* kritisiert überdies an einer anderen Stelle *Roxin* für eine Aussage, die der eben zitierten gleicht: Dieser behauptete, andere Autoren ließen die bloße Kausalität genügen, dabei würden dort tatsächlich durchaus unterschiedliche Eingrenzungskriterien verwendet, Unterlassungsstrafbarkeit S. 135 f. m. Fn. 5). Unzutreffend ist ferner auch der Schluss von *Handel* Verantwortlichkeit S. 223, der meint, bereits aus Gründen der Abgrenzung zu § 323c I StGB sei das Pflichtwidrigkeitskriterium erforderlich.

²¹⁶¹ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 143.

Paradissis das Pflichtwidrigkeitskriterium ablehnt, aber einen Verstoß gegen eine Handlungspflicht (fahrlässiges Verhalten) verlangt, das Kriterium der „nahen Gefahr“ ablehnt, aber maßgeblich auf die Vorhersehbarkeit abstellt, so geschieht dies augenscheinlich nur in *terminologischer* Abgrenzung von der h.M.²¹⁶² *Paradissis* plädiert nun dafür, diese Element nicht bloß als „einzelne Fragmente der objektiven Zurechnung zu verwenden“, sondern die Lehre von der objektiven Zurechnung „als Gesamtkonzept zur Eingrenzung und damit zur Legitimation der Garantenstellung“ heranzuziehen.²¹⁶³ Dies tun freilich zahlreiche Autoren ausdrücklich²¹⁶⁴ (ganz abgesehen von der h.M., die die Kriterien der Fahrlässigkeitszurechnung anwendet).²¹⁶⁵

cc) „Zurechnung“

Hinsichtlich der „Zurechnung“ unternimmt *Paradissis* zwar erhebliche Anstrengungen, um die Maßgeblichkeit der in der Literatur wohl noch vorherrschenden objektiven Zurechnungslehre für die *Begehungsstrafbarkeit* zu begründen, dieses Ergebnis überträgt er jedoch recht unbesehen²¹⁶⁶ auf die Ingerenzbegründung. Insgesamt ist hier in *Paradissis*‘ Ausführungen der rote Faden schwer erkennbar, denn er stützt sich einerseits auf die präventiv-rechtsgüterschützende Funktion von Verhaltensnormen, die präventiv-kriminalpolitisch konzipierte objektive Zurechnungslehre *Roxins/ Rudolphis* in ihrer klassischen Formulierung²¹⁶⁷ und die ebenfalls teleologisch konzipierte²¹⁶⁸ Normentheorie *Asts* (de-

²¹⁶² Siehe dann aber auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 164 m. Fn. 176: Die Formel *Rudolphis* und *Steins* stehe mit dem von ihm vertretenen Normenverständnis in Einklang, „da eine objektiv zurechenbare Gefahrschaffung durch das pflichtwidrige Vorverhalten gerade den Verstoß gegen die von der Verursachungsnorm in Bezug genommene Handlungsnorm voraussetzt“.

²¹⁶³ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 144 f., der apodiktisch meint, die Ausführungen *Roxins* genügen nicht zur „vollständigen Legitimation dieses Ansatzes“.

²¹⁶⁴ *Roxin* FS Trechsel S. 551, 556 ff.; *ders.* AT II § 32 Rn. 156 ff.; *Gaede* NK § 13 Rn. 43; *B. Heinrich*, AT Rn. 954; *Hoven* GA 2016, 16, 32 ff.; *Jäger* Zurechnung S. 37 ff.; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 47; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 65; *Otto* AT § 9 Rn. 81; *Rengier* AT § 50 Rn. 97; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn 39a; *Stein* SK § 13 Rn. 50; *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 147; *Sowada* Jura 2003, 243 ff.

²¹⁶⁵ Sodass auch die Aussage von *Herbertz*, *Paradissis* führe die Ingerenzlehre „auf neues Terrain“ (*Ingerenz* S. 246) eine erhebliche Übertreibung darstellt. Überdies ist zu betonen, dass es nicht die „eine“ Lehre von der objektiven Zurechnung gibt, sondern dass die objektive Zurechnung bzw. Fahrlässigkeitszurechnung von unterschiedlichen Autoren auch in unterschiedlichen Ausgestaltungen vertreten wird und die „objektive Zurechnung“ damit als Sammelbezeichnung für unterschiedliche Kriterien stehen kann. So *Paradissis* kurz darauf auch selbst (*Unterlassungsstrafbarkeit* S. 148).

²¹⁶⁶ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 145-162, zur Ingerenz dann S. 162-167. Die knappe Begründung kritisiert auch *Herbertz* *Ingerenz* S. 246.

²¹⁶⁷ Vgl. *Roxin* FS Honig S. 133, 140 ff.; *ders./Greco* AT I § 11 Rn. 69 ff.; *Rudolphi* JuS 1969, 549 ff.; *ders.* SK⁶ § 1 Rn. 57 ff.; *Paradissis* bemüht sich (mit *Puppe* Erfolgsszurechnung S. 5) zwar um eine Ablehnung des explizit generalpräventiven Deutungsansatzes von *Schünemann* (GA 1999, 207, 213 ff.). Hinsichtlich der Verhaltensnormen stellt sich *Paradissis* jedoch letztlich selbst auf einen präventiven Standpunkt (S. 159: Rechtsgüterschutz durch „Verhaltensanpassung“ beim Bürger); vom idealistischen Standpunkt her **kritisch** gegen eine zweckrationale Deutung der Verhaltensnorm hingegen *Zaczyk* GA 2014, 73, 77 ff.

²¹⁶⁸ Vgl. *Ast* Normentheorie S. 14, 16 ff., 22 ff., insbesondere 26, 56 und öfter: zweckrationale Legitimation, zusammenfassend S. 185.

ren Begrifflichkeiten als selbstverständlich vorausgesetzt werden) – andererseits geht *Paradissis* von dem *kantischen* Rechtsbegriff und im Anschluss daran von einer absoluten Straftheorie aus.²¹⁶⁹ *Paradissis* jongliert in dieser waghalsigen Vermengung frei mit Normen („Verursachungsnorm“, „Handlungsnorm“ [*Ast*], Verhaltensnorm, Sanktionsnorm)²¹⁷⁰ und Normzwecken (Rechtsgüterschutz, absolute und präventive (?) Strafzwecke). Ob diese Ansammlung verschiedenster Gesichtspunkten eine taugliche Grundlage zur Begründung von Strafe bildet, ist jedoch zu bezweifeln.²¹⁷¹ Denn wenn das Strafrecht dem Rechtsgüterschutz dient, darf es sich zur Erfüllung dieser Aufgabe nicht einer Strafe bedienen, die von sozialen Wirkungen absieht²¹⁷² oder diesen bloß eine Nebenrolle zuweist. Allein darin, dass, wie *Paradissis* meint, die „objektive Zurechnung“ in dem Rechtsprinzip der Abgrenzung von Freiheitssphären wurzelt²¹⁷³, ist letztlich kein gemeinsamer Nenner zu erkennen: Denn damit ist bloß die Aufgabe allen Rechts beschrieben, nicht hingegen die spezifische Ausgestaltung einer „Zurechnungsformel“.

Wenn *Paradissis* meint, es sei zu prüfen, ob der Erfolg einer strafrechtlichen „Verursachungsnorm“ auf einen „Handlungsnormverstoß“ zurückführbar ist,²¹⁷⁴ so ließe sich das in einer klassischeren Terminologie wohl so paraphrasieren, dass ein „Erfolgsunrecht“ auf dem „Handlungsunrecht“ beruht. Soweit er jedoch zuvor ausführt, der Rechtsgüterschutz könne nur durch ein *ex ante* bestimmtes Handlungsunrecht erreicht werden, fragt sich, worin *darüber hinaus* der Zweck der Verursachungsnorm (der „Zurechnung des Erfolgs“) liegen soll. *Paradissis* spricht von „Umsetzung des Rechtsgüterschutzes in die Unrechtslehre“ – der Begriff der „Umsetzung“ ist jedoch bloß eine Worthülse, solange nicht deutlich ist, wie die Verhaltensnorm über die *ex ante* wirkende „Handlungsnorm“ hinaus – also in ihrem spezifischen Plus als „Verursachungsnorm“ – diesem Zweck dienen, also Rechtsgüter schützen soll. *Paradissis* beantwortet dies damit, dass die *Zurechnungsvoraussetzungen* in die *Zukunft* wirkten, da der Bürger laienhaft die Umstände, die zur objektiven Zurechnung führen, erfassen und sein Verhalten daher *anpassen* könne.²¹⁷⁵ Dies erscheint jedoch unplausibel und konterkariert die vorherige Aussage, dass Verhaltensnormen bloß *ex ante* wirken könnten. Auch steht so die absolute Straftheorie umso

²¹⁶⁹ So gehe es um „Verbrechensaufhebung durch Strafe“ (*Köhler* AT S. 48 ff.; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 157 f.).

²¹⁷⁰ Das Ganze wird dadurch schwer durchschaubar, dass *Paradissis* die Terminologie *Asts* übernimmt, in der der Begriff der „Verhaltensnorm“ sowohl die „Handlungsnorm“ als auch die „Verursachungsnorm“ erfasst (*Ast* Normentheorie S. 195).

²¹⁷¹ „Eine präventionsorientierte Aufgabenbestimmung des Strafrechts läßt sich [...] nicht ohne Friktionen mit einer retributiven Straftheorie verbinden. [...] Wer die Aufgabe des Strafrechts im präventiven Rechtsgüterschutz erblickt, der muß also konsequenterweise auch zur Begründung der Strafe selbst auf den Gesichtspunkt der Prävention zurückgreifen“, *Pawlik* FS Jakobs S. 469, 479 f.; siehe auch *ders.* FS Otto S. 133, 140; *Hilgendorf* Handbuch Bd. 2 § 27 Rn. 75; *Roxin/Greco* AT I § 3 Rn. 8.

²¹⁷² *Roxin/Greco* AT I § 3 Rn. 8.

²¹⁷³ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 149.

²¹⁷⁴ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 161.

²¹⁷⁵ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 160 f.

erratischer im Raum.²¹⁷⁶ Warum sollte die Vergeltung („Verbrechensaufhebung“) an eine zum präventiven Zweck der *Verhaltensanpassung* konzipierte „Zurechnung“ anknüpfen? Zu diesen internen Widersprüchen kommt hinzu, dass der Rekurs auf die absolute Straftat im Ganzen nicht überzeugt. Abgesehen davon, dass diese im säkularen Verfassungsstaat den Eingriff in die Grundrechte des Täters nicht legitimieren kann,²¹⁷⁷ verhält sich die Vergeltungstheorie zum Begriff der Straftat neutral. Es liegt kein außerhalb der Vergeltung selbst liegender Zweck vor, der eine teleologische Argumentation erlaubte. Der Täter wird *allein* bestraft, „weil er verbrochen hat“²¹⁷⁸ – dann ist jedoch die Frage nach dem *Begriff des Verbrechens* (bzw. der „Zurechnung“) vorrangig und kann nicht aus dem Strafzweck abgeleitet werden. Die Ausführungen von *Paradissis* sind daher zirkulär. Die Notwendigkeit von „Zurechnung“ beschreibt einen bloß formalen Gesichtspunkt, nämlich, dass ein Ereignis unter rechtlichen Gesichtspunkten auf eine Person zurückgeführt wird. Die entscheidende Frage ist gerade die, *welche rechtlichen Gesichtspunkte* hierfür entscheidend sind.²¹⁷⁹ Es käme auf den materiellen Straftatbegriff an – ein solcher ist jedoch bei *Paradissis* neben den bloß formalen normtheoretischen Kategorien nicht erkennbar. – Insoweit erscheint es letztlich ironisch, dass *Paradissis* oben eine Ableitung der Garantienpflicht aus dem *neminem laedere* aus normtheoretischen Gründen ablehnt, nun aber auf Grundlage des *Ast*’schen Normenmodells²¹⁸⁰ keinerlei Skrupel bei der Ableitung von Normen hat: Die „Erfolgsabwendungsnorm“ entstehe, wenn der Täter

²¹⁷⁶ *Paradissis* meint zu diesen aaO, „dass nur die Person bestraft wird, die das Recht in seiner besonderen und allgemeingesetzlichen Geltung in einem Maße verletzt hat, das die rechtliche Selbstständigkeit der betroffenen Person oder Gemeinschaft grundlegend beeinträchtigt“ (im Anschluss an *Köhler* AT S. 22). Das verletzte Recht wurde jedoch zuvor mit einer *ex ante* wirkenden, präventiven Strategie der Verhaltensbeeinflussung identifiziert.

²¹⁷⁷ Vgl. nur *Neumann* in: Kritik S. 89, 99 f.: „die Vergeltungstheorie erhebt das institutionelle Moment der Strafe, das normativ neutral ist, zu einem intrinsischen Wert“. Die Argumentation, dass die „Welt, in der auf bestimmte Interessenverletzungen mit bestimmten weiteren Interessenverletzungen reagiert wird, per se, also unabhängig von weiteren sozialen Folgen, eine bessere Welt ist, [...] ist außerhalb eines religiösen Weltbilds oder metaphysischer Modelle nicht zu leisten. Die Notwendigkeit von Strafe lässt sich auch nicht mit Forderungen einer irdischen Gerechtigkeit begründen: Die Argumentation, der Täter müsse bestraft werden, weil ansonsten Ungleiches gleich behandelt würde, setzt voraus, was zu beweisen ist, nämlich, dass Täter und Nichttäter nicht nur hinsichtlich ihres tatsächlichen Verhaltens ungleich sind, sondern dass diese Ungleichheit auch die Notwendigkeit einer retributiven Reaktion begründet“; *Roxin* GA 2015, 185, 190 nennt dies eine zur heutigen Zeit „sichere Erkenntnis“; *ders./Greco* AT I § 3 Rn. 8: „die metaphysische Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen, ist der Staat als eine menschliche Einrichtung weder fähig noch berechtigt [...]“. Denn der moderne Staat ist „nicht mehr von Gott, sondern von seinem Volke“ abgeleitet und darf seine Machtmittel daher nur zur Sicherung des menschlichen Zusammenlebens einsetzen; vgl. auch *Kuhlen* in: Positive Generalprävention S. 55 ff.

²¹⁷⁸ *Kant* MdS Rechtslehre § 49 E I, A 196, B 226, Werke VIII S. 453.

²¹⁷⁹ Die schlagwortartige Versicherung, dass absolute Strafzwecke Zurechnung voraussetzen, ist – ganz abgesehen davon, dass die Garantienstellung selbst keine Strafe ist und ihre Begründung keinem Strafzweck folgt – Argument dafür, dass die von *Paradissis* beschriebenen Kriterien von „Zurechnung“ *hinreichende* Voraussetzung für die Bestrafung sind.

²¹⁸⁰ Zu Recht legen *Freund/Rostalski* dar, dass *Ast* zwar eine formale Aufteilung von Normtypen schaffe, jedoch keine Grundlage für deren materielle Legitimation. *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 619.

gegen die „Handlungsnorm“ verstoße, an die die „Verursachungsverbotnorm“ anknüpfe.²¹⁸¹ Genauso gut könnte man annehmen, dass die „Verursachungsnorm“ auch ohne einen „Handlungsnormverstoß“ in eine „Erfolgsabwendungsnorm“ übergehe. Normentheoretische Glasperlenspiele können hier nicht materiell strafrechtliche Fragen präjudizieren. – Was den vermissten Straftatbegriff angeht, ließe sich auf den oben bereits vermissten *objektiven Eingriff* in die fremde Freiheitssphäre, also die Gefährdung und Verletzung von Rechtsgütern, abstellen,²¹⁸² dies verbaut sich *Paradissis* jedoch dadurch, dass er die Freiheitsbereiche als etwas sich bloß aus der Perspektive *ex ante* zu Konturierendes zu verstehen scheint. *Paradissis*‘ Resümee erscheint vage und inhaltsleer: Die Lehre von der objektiven Zurechnung diene „der Realisierung des Rechtsgüterschutzes, der Verwirklichung der Strafzwecke und damit der Achtung rechtlicher Freiheitssphären des Bürgers“.²¹⁸³ Damit ist wieder bloß in allgemeinsten Weise die Aufgabe von (Straf-) Recht beschrieben. Der Verweis auf die Strafzwecke ist also eine Fassade, hinter der subjektive Gerechtigkeitsvorstellungen entfaltet werden können. Zusätzlich schiebt *Paradissis* diese als Begründung der ursprünglich auf *andere* Zwecke gegründeten objektiven Zurechnungslehre *Roxin* unter.²¹⁸⁴ Juristische Theorien sind jedoch keine ewig geltenden Dogmen, sondern erhalten ihre Gestalt aus den durch sie verfolgten Zwecken. Diese kann man nicht beliebig austauschen ohne dass die Theorie selbst eine abweichende Gestalt annähme – oder sinnlos würde.

Letztlich bleibt auch völlig im Dunklen, inwiefern bei der *Begründung der Ingerenz*, welche doch *weder* Strafe ist *noch* das Verhalten im Zeitpunkt der Vorhandlung leiten soll,

²¹⁸¹ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 163. Auch *Ast* Normentheorie S. 56 f. meint, ohne *ex ante* zu bestimmenden „Handlungsnormverstoß“ könne auch kein „Verursachungsnormverstoß“ vorliegen, da insoweit ein teleologischer Ableitungszusammenhang bestünde und für die Strafbarkeit eine „rigorose“ Erfolgshaftung verhindert werden müsse. – Hiermit ist jedoch zwingend nur gesagt, dass *kein strafrechtlich relevanter* Verursachungsnormverstoß vorliegen kann, nicht, dass die Entstehung (nicht Verletzung) der „Erfolgsabwendungsnorm“ den Verstoß gegen die „Handlungsnorm“ voraussetzte.

²¹⁸² Vgl. auch *Zaczyk* Selbstverantwortung S. 31: es gehe um die tätige Verletzung fremder Freiheit. An einer Stelle deutet auch *Paradissis* an, durch die Zurechnung werde gewährleistet, dass nur die Person bestraft wird, „die das Recht in seiner besonderen und allgemeingesetzlichen Geltung in einem Maße verletzt hat, das die rechtliche Selbstständigkeit der betroffenen Person oder Gemeinschaft grundlegend beeinträchtigt“ (Unterlassungsdelikt S. 161).

²¹⁸³ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 162, siehe auch S. 164: „Gewährleistung der Realisierung des Rechtsgüterschutzes“, S. 165: „Für die Umsetzung der Strafzwecke ist die objektive Zurechnung auch im Zusammenhang mit einer Garantenstellung aus vorangegangenen Tun unerlässlich.“; ganz allgemein dann S. 224: Erreichung der „Zwecke strafrechtlicher Normen“.

²¹⁸⁴ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 144 f., der meint, *Roxins* Ausführungen genügen nicht zur „vollständigen Legitimation des Ansatzes“. Dies ist unverständlich, da *Roxin* ZStW 112 (2004) S. 929, 930 gerade auf die Ausbalancierung der Freiheitsinteressen abstellt. – Wer erwartet hat, dass *Paradissis* auf Grundlage der Vergeltungstheorie zu einer abweichenden „Grundformel“ der Zurechnung gelange als die generalpräventiv-kriminalpolitisch argumentierende Schule um *Roxin*, wird enttäuscht: Die Lehre von der objektiven Zurechnung sei „als Gesamtkonzept“ anzuwenden (S. 224). Dieses Ergebnis erklärt sich bei *Paradissis* jedoch mehr aus seiner Vorfestlegung auf die im ersten Blick praktikabel erscheinende Zurechnungsformel als durch die danach erfolgende „Neubegründung“.

„in gleicher Weise wie bei den Begehungsdelikten die Durchsetzung der freiheitssichernden Normzwecke“²¹⁸⁵ gewährleistet sein muss. Diese (hier äußerst unspezifischen) Normzwecke müssten nach dem Erfordernis der tatbestandlichen Gleichstellung richtigerweise auf das *tatbestandliche Unterlassungsverhalten* – gegen das ja Rechtsgüterschutz erreicht werden soll, bzw. das nach *Paradissis* vergolten werden müsste – bezogen werden, nicht hingegen die *Vorhandlung*.²¹⁸⁶ *Paradissis* unterscheidet nicht hinreichend zwischen der Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz (also der „Zurechnung“ der Gefahr) und der „Zurechnung“ des Erfolgs zum *tatbestandlichen Verhalten Unterlassen* nach allgemeinen Grundsätzen,²¹⁸⁷ sondern vereint diese beiden Begründungsschritte in der „Zurechnung des Erfolgs zum Vorverhalten“: *ex post* habe bei der Unterlassung eine Bestrafung nur dann zu erfolgen, wenn der Erfolg auch dem Vorverhalten und damit dem Täter objektiv zurechenbar sei.²¹⁸⁸ Die eigentlich bestrafte *Tat*, das *Unterlassen*, kommt in dieser Formel nicht vor – somit kann diese auch nicht sicherstellen, dass „die Strafe auch denjenigen trifft, dem der Verstoß gegen die Erfolgsabwendungsnorm [die *unterlassene* Erfolgsabwendung!; J.F.] als sein Werk zugerechnet werden kann“.²¹⁸⁹ *Paradissis*‘ Überlegungen missachten daher das Prinzip der Gleichstellung von Tun und Unterlassen. Letztlich konstruiert er, wenn er den Erfolg dem aktiven Tun direkt zurechnen möchte, kein Unterlassungsdelikt, sondern ähnlich wie *Ad. Merkel* eine Art bedingte Begehungsstrafbarkeit.²¹⁹⁰ Andererseits schwenkt *Paradissis* um und meint, die objektive Zurechnung diene bei der Ingerenzbegründung nicht vorrangig der „Umsetzung“ von Rechtsgüterschutz und Strafzwecken, sondern *primär* der Verhinderung eines aus der Entstehung der Garantenstellung resultierenden Rechtsgüterschutzes auf Kosten der allgemeinen Handlungsfreiheit.²¹⁹¹ Damit wird der oben als maßgeblich deklarierte Aspekt der „Umsetzung der Normzwecke“ plötzlich nachrangig, wodurch *Paradissis* seine gesamte vorherige Argumentation einzureißen scheint. Denn eigentlich sollte sich die Übertragbarkeit der Zurechnungslehre darauf stützen, dass sie *denselben* Zweck erfüllt wie bei der Begehung. Wenn sie bei der Ingerenzbegründung nun plötzlich einem abweichenden Zweck dienen soll, *konterkariert* dies gerade die Übertragung und lässt im Gegenteil an

²¹⁸⁵ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 163.

²¹⁸⁶ Auch aus der Entsprechungsklausel ergibt sich das von *Paradissis* Gesagte nicht: Denn wie er ja selbst schreibt, muss das *Unterlassen* dem Tun entsprechen, warum aus diesem Grund „hinsichtlich des Verhältnisses zwischen *Vorhandlung* und Erfolg nicht weniger verlangt werden [kann], als dies bei dem Begehungsdelikt der Fall wäre“ (S. 165; Hervorhebung nicht im Original) erschließt sich daraus nicht zwingend.

²¹⁸⁷ Von der objektiven Zurechnungslehre herkommend zu Recht **anders** *Kölbel* JuS 2006, 309, 314.

²¹⁸⁸ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 163. – Etwas anders jedoch im Fazit S. 224: Sowohl die Gefahr als auch der spätere Erfolg müsse dem Vorverhalten zugerechnet werden.

²¹⁸⁹ Formulierung nach *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 165. Mit dem unnötigen Zusatz: „Anderenfalls würde die Strafe ihren Zweck vollkommen verfehlen und selbst Unrecht darstellen“.

²¹⁹⁰ Siehe dazu oben → Kapitel 1 § 1 B II.

²¹⁹¹ Während die Zurechnung beim Begehungsdelikt der „Realisierbarkeit des Rechtsgüterschutzes“, diene, würde bei der Garantenstellung aus Ingerenz „jede noch so unvertretbare Garantenstellung [...] zu einem Gewinn an Rechtsgüterschutz führen“. Hierin läge jedoch ein Widerspruch zur allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 [sic] GG, *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 164 f. – So in der Sache schon *Roxin* ZStW 112 (2004) S. 929, 930.

einer modifikationslosen Übernahme der „Zurechnungsregeln“ zweifeln: Es fehlt dann gerade an der maßgeblichen gemeinsamen *ratio iuris*, die die Übertragbarkeit rechtfertigt.

dd) Fazit

Die Begriffe, mit denen *Paradissis* operiert – Freiheitssphären, Vergeltung, Rechtsgüterschutz, Zurechnung –, sind zu abstrakt, als dass hieraus direkte Schlussfolgerungen für spezifische dogmatische Probleme gezogen werden könnten. Hinsichtlich der Voraussetzungen der Ingerenz unterscheidet sich das Konzept *Paradissis* in der Sache nicht von dem der h.L.. Es erfolgt hauptsächlich eine terminologische Abgrenzung.²¹⁹²

VI. „Gefährdungsunrecht“ (Herbertz)

1. Darstellung

Herbertz geht davon aus, dass eine Bestrafung wegen unechten Unterlassens nur dann nach Art. 103 II GG verfassungsgemäß sei, wenn sich die Handlungspflicht auf ein „spezifisches strafgesetzliches Wertungsprinzip“ zurückführen lasse.²¹⁹³ Hierfür bemüht sie insbesondere die im Rahmen der ausführlichen Auswertung von Rechtsprechung und Literatur zur Garantenstellung aus Ingerenz gewonnenen Legitimationsprinzipien, aus deren „Synthese“ der Strafgrund der Ingerenz zu entwickeln sei. Als Fundament der Ingerenzgarantenpflichten wird der Gefährdungsaspekt isoliert.²¹⁹⁴ Alleinstellungsmerkmal²¹⁹⁵ der Ingerenz sei dabei, dass sie „als einzige der gegenwärtig diskutierten Garantenpflichten unmittelbar auf ein rechtsgutsgefährdendes menschliches Verhalten rekurriert und insbesondere nicht auf eine bestimmte institutionalisierte Pflichtenstellung“. Die Ingerenz müsse sich daher „besonders stark im Lichte des jeweiligen Strafgrundes des Erfolgsdelikts definieren lassen“, denn sie stelle die „kleine Schwester“ der aktiven Begehung dar.²¹⁹⁶ Angesichts dieser „besondere[n] strukturelle[n] Nähe zu den Erfolgsdelikten des StGB“ gelte: „Strukturelle Nähe birgt unausweichlich strukturelle Ähnlichkeiten“.²¹⁹⁷

²¹⁹² Auf der anderen Seite bauscht auch *Herbertz* die *Differenzen* zur Ansicht von *Paradissis* eher künstlich auf, sie meint, die Lösung *Paradissis* überzeuge nur „im Ergebnis“. *Herbertz* kritisiert etwa (S. 245 f.), dass es hinsichtlich des „Legitimationsgrundes“ nur um die Schaffung oder Erhöhung einer rechtlich missbilligenden Gefahr gehe, nicht die Zurechnung (welche sodann eigenständig zu begründen sei). Diese begrifflichen Spitzfindigkeiten ändern jedoch wenig an den Parallelen zwischen *Paradissis* und *Herbertz* Konzeption. *Herbertz* scheint *Paradissis* in dieser Frage sogar überbieten zu wollen, wenn sie aus dessen Ausführungen den „trügerischen und unzutreffenden Eindruck“ zieht, der Normadressat könne allein aufgrund einer „komplizierten und fiktiven ex-post-Betrachtung“ herausfinden, ob sein Unterlassen strafbar ist. – Unzutreffend ist es hingegen, dass *Paradissis* eine *Parallele* zu *Denckers* objektivem Handlungsvollzug (→ H II) annimmt (S. 164 m. Fn. 177), denn dieser verwirft doch gerade die *ex ante* Perspektive!

²¹⁹³ *Herbertz* Ingerenz S. 214 f.

²¹⁹⁴ Es blieben von den Ansätzen in der Literatur „nur diejenigen übrig, die sich um den Gefahrenbegriff herum zentrieren“; *Herbertz* Ingerenz S. 178; siehe auch S. 176 f., 270 f.

²¹⁹⁵ Den Gefährdungsaspekt teile die Ingerenz mit „Pflichten aus Herrschaftsgesichtspunkten“.

²¹⁹⁶ *Herbertz* Ingerenz S. 271.

²¹⁹⁷ *Herbertz* Ingerenz S. 274.

Herbertz stellt daher das Erfordernis eines besonderen „Unwertbezugs der Ingerenz“ auf.²¹⁹⁸ Denn alle menschlichen Verhaltensweisen erhöhten irgendeine Gefahr, sei deren Verwirklichung auch noch so weit entfernt. Richtig sei das Grundanliegen, den Gefahrbegriff auf objektiv vorhersehbare, nahe wahrscheinliche Schäden zu beschränken, diese „quantitative Einhegung der Gefahr“ durch die Vorhersehbarkeit werde jedoch einer „adäquaten Ingerenzlehre“ nicht gerecht.²¹⁹⁹ Maßgebliches Argument für die Einschränkung der Vorhandlung nach „qualitativen“ Gesichtspunkten sei zudem, dass dies eine „Appellfunktion“ für den Garanten habe: „Anders als bei anderen Garantenquellen²²⁰⁰ sind menschliche Handlungen ubiquitär gefahrschaffend. Erhöhte Pflichten rechtfertigen sich immer nur unter besonderen Gesichtspunkten, weil es anderenfalls am situationsspezifischen Problembewusstsein und innerhalb dynamischer Geschehen an der erforderlichen Appellfunktion fehlt. Diese Appellfunktion geht bei anderen Garantenpflichten oftmals schon mit ihrem jeweiligen Zuordnungsgrund einher, da er dem Garanten seine herausgehobene Aufgabe konstant in das Bewusstsein ruft [...]. Wer aber auf Grundlage beliebigen und ggf. nicht weiter konkretisierbaren Verhaltens dynamisch Gefahren bewirkt, ist bezüglich seiner kurzfristig erwachsenden Pflichten weniger gewarnt. Wieder kommt zum Tragen, dass die Ingerenz nach ihrer bisherigen Konzeption nicht auf einen eigenständigen rechtlichen oder sozialen Kerngehalt zurückgreifen kann, der das Pflichtbewusstsein des Adressaten schärfen könnte. Sie ist ausnehmend beliebig.“ Dem Ingerenten müsse daher seine strafrechtliche Sonderrolle ins Bewusstsein gerufen werden, indem er das Rechtsgut nicht zufällig und beiläufig, sondern auf *unerwünschte* Art und Weise gefährdet habe.²²⁰¹

Bei der Unterlassung fehlten diejenigen Elemente, die bei der aktiven Tatbegehung das Unrecht prägten: die Rechtsgutsverletzung durch einen gezielten oder vorhersehbaren

²¹⁹⁸ Herbertz Ingerenz S. 272 ff.

²¹⁹⁹ Herbertz Ingerenz S. 271 f. Mit der bloßen Gefährdung von Rechtsgütern sei „noch keine tatsächliche Berührung, Verletzung und Schädigung des Rechtsguts dargetan, welche der Strafgrund der Ingerenz klar avisieren muss, um unter dem Dach des Erfolgsverletzungsdelikts Platz zu finden und eine axiologische Gleichstellung des Unterlassens mit dem aktiven Tun zu rechtfertigen. Eine Gefährdung sei im Hinblick auf den Verletzungserfolg aus strafrechtlicher Sicht unwertneutral und könne deshalb nicht das erforderliche Unrecht vermitteln (S. 273). – Dass die bloße Rechtsgutsgefährdung nicht Handlungsunrecht begründen kann, ist sicher. Dagegen ist mit Nachdruck zu bestreiten, dass die Gefährdung noch keine Berührung des Rechtsguts bedeute und daher unrechtsneutral sei. Es handelt sich doch gerade um eine negative Tendenz auf ein positiv bewertetes Interesse und damit grundsätzlich um einen Erfolgsunwert. Vgl. näher → Kapitel 4 § 2 B, D III 1.

²²⁰⁰ Gemeint sind wohl: „Gefahrenquellen“.

²²⁰¹ Herbertz Ingerenz S. 274; Hervorhebung im Original. Bereits auf S. 82 f. werden subjektive Anforderungen im „vorgelagerten Augenblick der Gefahrschaffung“ erwogen. „Ergibt sich aus der Ausstrahlung des Schuldgrundsatzes auf das vorgelagerte gefahrschaffende Verhalten, dass dem Täter bewusst gewesen sein muss, dass er anders hätte handeln sollen?“; siehe auch S. 245. – Ähnlich hatte zuvor bereits *Paradissis* ausgeführt, dass eine verfassungskonforme Auslegung des § 13 StGB vor dem Hintergrund von Art. 103 II GG voraussetze, dass die Entstehung der Garantenstellung aus Ingerenz bereits im Zeitpunkt der Vorhandlung vorhersehbar sein müsse. *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 98. Auch v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 235 stellt darauf ab, dass die Garantenstellung für den Betroffenen individuell vorhersehbar sein müsse, präzisiert dies jedoch nicht weiter.

Angriff und der Zurechnungszusammenhang zwischen Handlung und Erfolg. „Will man das Unterlassen des Ingerenten mit einem ähnlichen Unrechtsgehalt ausstatten, so bedarf die Gefährdung ebenfalls einer Modifizierung, die sie in Richtung einer ähnlichen Angriffsqualität bewegt.“²²⁰² Man müsse für die Gleichsetzung den „Wertungsgedanke des tatbestandlichen Verursachungsverhaltens auf ebenjene Vorhandlung übertragen“.²²⁰³ Bei der aktiven Begehung „überschreitet der Täter die Schwelle in Richtung des unrechten Verhaltens“²²⁰⁴ mit der Tathandlung, welche eine rechtlich missbilligte Gefahr schafft. Das Handeln sei zwar „noch nicht absolut verboten“, jedoch „aus rechtlicher Sicht als Unrecht unerwünscht“.²²⁰⁵ Um für die Ingerenz zu dieser Bewertung zu kommen, müsse die Tathandlung, das Unterlassen selbst „diese Unrechtsnähe darstellen“. Dies könne sie aufgrund der „originär neutralen Qualität“ jedes Nichtstuns nie allein, sondern nur im Hinblick auf die Garantenpflicht. Sie vermittele dem Unterlassen die erforderliche Unrechtsnähe und erlaube es, Unterlassen und Erfolg in eine Beziehung zu setzen.²²⁰⁶ „Allein weil der Garant bereits mit seinem Vorverhalten bestimmtes Unrecht begründet hat, perpetuiert er auch durch sein tatbestandliches Unterlassen die erforderliche Unrechtskomponente“.²²⁰⁷ Dreh- und Angelpunkt des Strafgrundes der Ingerenz sei damit die *Unrechtsnähe des betreffenden Vorverhaltens*.²²⁰⁸

Die Eingrenzung des Gefährdungsaspekts als „qualifizierte Gefährdung“ ermögliche zuletzt auch die notwendige „Ausdifferenzierung in einen Strafgrund der Ingerenz auf der einen und einen für den Herrscher über Gefahrenquellen auf der anderen Seite“.²²⁰⁹ Da die Ingerenz als einzige Garantenpflicht auf einem „aktuell und konkret rechtsgutsgefährdenden Verhalten des Garanten gründe“ und damit eine größere Dynamik aufweise als

²²⁰² Herbertz Ingerenz S. 275.

²²⁰³ Herbertz Ingerenz S. 276, „[...] Diese Wertung muss den erforderlichen Unrechtsbezug herstellen“.

²²⁰⁴ Diese Formulierung irritiert: Die rechtlich missbilligte Tathandlung geht nicht in Richtung des deliktischen Verhaltens, sie *ist* das deliktische Verhalten. Sie geht in Richtung der Tatbestandsverwirklichung als Handlungs- und Erfolgsunrecht.

²²⁰⁵ Es bewege sich außerhalb der normalen, „als unrechtsneutral empfundenen alltäglichen Handlungsmöglichkeiten“ und habe „vorläufigen Unrechtscharakter“. Dies lasse sich besonders deutlich am Fahrlässigkeitsdelikt aufzeigen, wo das Handlungsunrecht allein durch den Sorgfaltsverstoß, die Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr begründet werde. Diese tatbestandliche Unrechtskomponente sei jedoch Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten gleichermaßen eigen. Beide Male würden sozialübliche, erlaubte Verhaltensweisen aus dem Tatbestand ausgeschieden, sei es im objektiven oder subjektiven Tatbestand, Herbertz Ingerenz S. 275.

²²⁰⁶ Herbertz Ingerenz S. 276 f.: Diese Unrechtskomponente schaffe nicht nur die Verbindung von Unterlassung und Erfolg, sondern auch die zwischen Vorhandlung und Unterlassung. Daher müsse „die qualifizierte Gefährdung eine unrechtsspezifische Verknüpfung zwischen Vorhandlung, Unterlassung und Erfolg in den Strafgrund der Ingerenz implementieren“ (unter Berufung auf Gaede NK § 13 Rn. 43; dieser „grenzt ohne nähere Herleitung dergestalt ein“).

²²⁰⁷ Herbertz Ingerenz S. 276: Ohne die zusätzliche Wertung, welche die Garantenpflicht ausfüllen müsse, läge die Unterlassung stets innerhalb des „erlaubten Risikos“ und dürfe nicht bestraft werden; in Anlehnung an Stein JR 1999, 265, 268.

²²⁰⁸ Angesichts der „strukturellen Nähe“ zum Begehungsdelikt aufgrund des durch das Gefährdungsunrecht vermittelten „Unrechtsbezugs“, erweise sich der Vorwurf, das Unterlassen des Ingerenten sei nicht begehungsgleich, als haltlos, Herbertz Ingerenz S. 279.

²²⁰⁹ Herbertz Ingerenz S. 273; für eine Differenzierung S. 135, 177, 280; dies. JR 2016, 548, 550.

die Pflichten aus „statischen Herrschaftsverhältnissen“, sei sie „auf eine originäre Unrechtskomponente innerhalb ihres Strafgrundes angewiesen“.²²¹⁰

Bezüglich der Voraussetzungen der Ingerenz meint *Herbertz*, es müsse im Lichte des Strafgrundes zwischen der „Definition der Ingerenz“, also der unerlaubten Gefahrschaffung, und der „zurechnenden Komponente“ unterschieden werden.²²¹¹ Im ersten Schritt sei zu klären, welche Art von „Unrechtsvorwurf“ das Vorverhalten erfüllen müsse.²²¹² Insoweit fordert *Herbertz* für die Ingerenz eine „rechtlich missbilligte Gefahrschaffung“,²²¹³ die mit der Sorgfaltspflichtverletzung i.R.d. Fahrlässigkeitsdelikte sowie der unerlaubten Gefahrschaffung i.R.d. objektiven Zurechnung kongruent sei.²²¹⁴ Sie spricht von „einem indiziellen Unrecht der Vorhandlung [...], das aus *ex ante*-Sicht zu bestimmen“ sei.²²¹⁵ Im zweiten Schritt seien die zurechnungsrelevanten Aspekte zu überprüfen, um die „erforderliche und unrechtsbezogene“ Verbindung zwischen Vorverhalten, Unterlassen und Erfolg zu begründen.²²¹⁶

²²¹⁰ *Herbertz* Ingerenz S. 277. Auch die Sonderstellung der Ingerenz weist schon *Welp* Vorgegangenes Tun S. 179 hin.

²²¹¹ Vgl. einerseits *Herbertz* Ingerenz S. 282 ff., andererseits S. 332 ff. Vgl. bereits (zu *Paradissis*) S. 245, dies diene der „besseren Vermittelbarkeit des Lösungsansatzes an den Normadressaten“ und gebe dem Rechtsanwender eine „echte“ Voraussetzung an die Hand. „Auf diesem Wege ließe sich bereits dem trügerischen und unzutreffenden Eindruck entgegenwirken, der Normadressat könne allein anhand einer komplizierten und fiktiven *ex-post*-Betrachtung eruieren, ob sein Unterlassen strafbar sein könnte“. Der Garant müsse sich vielmehr doch schon „vor der Unterlassung ein Bild darüber machen können, ob ihm aufgrund der spezifischen Qualität seines Vorverhaltens irgendwelche strafrechtlichen Handlungspflichten obliegen könnten. Anders formuliert: Er hat im Zeitpunkt des Vorverhaltens über die Qualität eines ingerenzauslösenden Verhaltens Bescheid zu wissen“. – Diese Gefahr besteht allerdings bei *Paradissis* (der – wenngleich im Anschluss an die Terminologie *Asts* recht verklausuliert – zwischen dem *ex ante* zu bestimmenden Verbotverstoß und der Zurechnung unterscheidet; das wird sogar im Zitat bei *Herbertz* aaO Fn. 142 deutlich) ebenso wenig wie bei *Herbertz*, sodass hier ein künstlicher Unterschied herbeigeschrieben wird. – Überdies widerspricht sich *Herbertz* selbst, wenn sie einmal (völlig zutreffend) schreibt, der Ingerent müsse sich *vor der Unterlassung* ein Bild machen können, dann aber plötzlich den Zeitpunkt des *Vorverhaltens* für maßgeblich hält.

²²¹² *Herbertz* Ingerenz S. 278. – Die Begrifflichkeit irritiert: Die Vorhandlung soll dem Täter gerade nicht vorgeworfen werden, sondern bloß eine Garantstellung begründen.

²²¹³ *Herbertz* Ingerenz S. 305 ff., 309.

²²¹⁴ *Herbertz* Ingerenz S. 290 ff., 298 ff., 310 ff. Dabei wird „von einer weitreichenden Identität zwischen dem objektiven Verhaltensunrecht der Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte ausgegangen“.

²²¹⁵ *Herbertz* Ingerenz S. 312: Dies drücke „in einer Art Vorbewertung das erhöhte abstrakte Gefährdungspotential aus, das der konkreten Handlung des Garantens innewohnt, so wie auch die Tatbestandsmäßigkeit nur ein ‚vorläufiges‘ oder ‚auflösend bedingtes‘ Urteil über den Unrechtsvorwurf zulässt, den die Rechtswidrigkeit vollendet“; siehe auch S. 277.

²²¹⁶ *Herbertz* rekuriert dabei maßgeblich darauf, ob der Erfolgseintritt „dem Schutzzweck der mit dem Vorverhalten verletzten Verhaltensnorm zuzurechnen ist und der Erfolg nicht in den Verantwortungsbereich anderer Personen fällt. [...] Neben der Schutzzweckprüfung muss der Erfolgseintritt aufgrund konkreter Anhaltspunkte vorhersehbar gewesen sein und in einem inneren Unrechtszusammenhang zur Vortat stehen“ (vgl. *Herbertz* Ingerenz S. 334 ff., 350 ff., 367 f., 368 f., 370 f., zusammenfassend 381). – Das Verhältnis der Kriterien zueinander wird freilich nicht ganz klar: Wie soll etwa ein Erfolg, dessen Vorhersehbarkeit noch nicht festgestellt ist, dem Schutzzweck einer Verhaltensnorm unterfallen? Außerdem kann es, wie im Folgenden ausgeführt wird, nicht überzeugen, die Notrechte §§ 32, 34 StGB als „eigenverantwortliche Selbstgefährdung“ im Rahmen der Zurechnung zu thematisieren (S. 340 ff.).

2. Kritik

a) Strafgrund der Ingerenz

Begrüßenswert erscheint, dass sich *Herbertz* um eine Restriktion der Garantepflichten bemüht. Sie will diese originär strafrechtlich begründen und betont die Trennlinie zwischen dem Strafrecht und sonstigen Rechtsgebieten.²²¹⁷ Zutreffend ist auch, dass die Garantstellung aus Ingerenz bloß aus den Wertungen des Begehungsdelikts heraus begründet werden kann. Obgleich diese Grundüberlegungen auf einer Linie mit der vorliegenden Untersuchung liegen, können die Folgerungen nicht überzeugen.

Zu betonen ist, dass *Herbertz* das „Hin und Her um die Existenzberechtigung der Ingerenz“ weitgehend ausklammert, da „unter Befürwortern und Zweiflern ein besonderes Strafbarkeitsbedürfnis hinsichtlich ‚pflichtwidriger Gefahrschaffungen mit anschließender vorsätzlicher Unterlassung‘ allgegenwärtig erscheint“. So werde „die Frage nach ihrer Existenzberechtigung im gesellschaftlichen Kontext, ergo ihrer Strafwürdigkeit, tendenziell zugunsten der Ingerenz zu beantworten sein“.²²¹⁸ „Eine entlang sachgerechter Maßstäbe entwickelte Pflicht aus Ingerenz, die nur Gefährdungsunrecht erfolgsbezogener Natur in den Blick nimmt, vermittelt ein dem aktiven Tun vergleichbares Unrecht und berechtigt daher, den Ingerenten unter Androhung von Strafe in die Pflicht zu nehmen, gewisse schädliche Erfolge zu verhindern. Vor diesem Hintergrund bedarf es keiner zusätzlichen rein argumentativen Abwägung des Für und Wider der Ingerenz, wie sie in Monographien zuweilen zu finden ist“.²²¹⁹ Erstaunlich ist, dass sich *Herbertz*, die strafbarkeitsbegründendes Gewohnheitsrecht an anderer Stelle zu Recht vehement ablehnt,²²²⁰ hier auf ein bloßes Strafbarkeitsbedürfnis²²²¹ und angeblichen Konsens in der Strafrechtswissenschaft stützt.²²²² Sie setzt die der Ingerenzgarantstellung also von Anfang an voraus und bemüht sich unter dieser Prämisse um eine Einschränkung. Der im Folgenden maßgeblich herangezogene Aspekt des Gefährdungsunrechts kann damit nicht Strafgrund, sondern nur begründungsbedürftige Strafvoraussetzung sein. So meint *Herbertz* an anderer Stelle selbst: „Ebensowenig vermag die rechtliche Einordnung des Vorverhaltens weiterzuhelfen. Deren Spezifika sind ja gerade anhand des gesuchten materiell-rechtlichen

²²¹⁷ Siehe etwa *Herbertz* Ingerenz S. 128.

²²¹⁸ *Herbertz* Ingerenz S. 270. Hierfür sprächen auch die „Substitutionslösungen“ der Ingerenzgegner, welche ein qualifiziertes echtes Unterlassungsdelikt forderten (*Schünemann*) oder die Begehungsstrafbarkeit auf Ingerenzsachverhalte zuschnitten (*Brammsen*).

²²¹⁹ *Herbertz* Ingerenz S. 278. Völlig unklar ist hier auch der Verweis auf *Sangenstedt* Garantstellung S. 318 ff., der doch gerade ein Gegner der Ingerenz ist. *Sangenstedt* nimmt für sich in Anspruch, dass seine „sachgerechten Maßstäbe“ die Garantstellung aus Ingerenz ausschließen.

²²²⁰ *Herbertz* Ingerenz S. 33, 106, 111, 200, 217, 242, 247.

²²²¹ Entgegen ihrem Wortlaut betreffen die Ausführungen an dieser Stelle bloß ein diffuses gesellschaftliches Strafbedürfnis, nicht hingegen die Strafwürdigkeit des Verhaltens (etwa aufgrund einer besonderen Qualität des Rechtsgutsangriffs).

²²²² Erneut: „Ein Konsens, der von sich widersprechenden Argumenten getragen wird, ist wertlos“, *Neumann* GA 1985, 389, 401. – Die Argumentationslast liegt bei dem, der eine Garantstellung aus Ingerenz behauptet, auch dann, wenn die ganz überwältigende Mehrheit in der Literatur von deren Berechtigung ausgeht – *iudex non calculat*.

Fundaments zu konzipieren, es drohte also ein Zirkelschluss“.²²²³ Das ist richtig, trifft jedoch kaum ein Konzept so sehr wie ihr eigenes: Dass derjenige, der unerlaubt eine Gefahr schafft, als Ingerent verpflichtet ist, bleibt ohne eine weitere Begründung nur ein Glaubenssatz, dem man sich mit einer gewissen Plausibilität anschließen kann oder auch nicht.²²²⁴ Die von *Herbertz* beschworene „Sachgerechtigkeit“ der Maßstäbe erfordert im Übrigen ebenso Abwägung und Argumentation wie die „Entwicklung“ der Ingerenz aus diesen. *Herbertz* will eine Garantenpflicht aus Ingerenz mit einem ähnlichen Unrechtsgehalt wie die Begehung „ausstatten“ (S. 275) und so eine Garantenpflicht „konzipieren“ (S. 279). Die *Konzeption* von Recht ist jedoch dem *Gesetzgeber* vorbehalten. Es handelt sich also um rechtspolitische Argumente.²²²⁵

Auch erschließt sich nicht, wieso *zwingend* ein Unterschied zwischen der Ingerenz und der Garantenstellung aufgrund der Herrschaft über Gefahrenquellen ausdifferenziert werden müsste – diese Fallgruppen sind von der Rechtsprechung und Literatur geprägt, nirgendwo steht im Gesetz, dass diese unterschiedlich zu behandeln seien. Hierfür lässt sich außer einer freilich nicht sehr konsistenten Tradition wenig vorbringen.²²²⁶ Vielmehr spricht einiges dafür, die beiden Fallgruppen miteinander zu harmonisieren.²²²⁷

Herbertz meint zuletzt, § 323c StGB pönalisieren ein „viel zu geringes Unrecht, als das Unterlassen des Ingerenten es auszudrücken vermag“.²²²⁸ Auch dieses Argument kann nicht überzeugen.²²²⁹ Selbstverständlich kann es Unterlassungen geben, die nicht das Unrecht einer Garantenunterlassung, § 13 I StGB, verwirklichen, andererseits aber materiell

²²²³ *Herbertz* Ingerenz S. 175. Die Beschränkung auf sorgfaltswidriges/unerlaubtes Vorverhalten scheint bereits zuvor an einigen Stellen durch (S. 135, 190 m. Fn. 47, 225, 226, 227, 244, 245, 246; im Allgemeinen Einschränkungen positiv heißend S. 230, 240), was nicht einer gewissen Ironie entbehrt, wirft *Herbertz* doch spiegelbildlich *Kugler* vor, dieser führe, indem er sich gegen das Rechtswidrigkeitskriterium positioniere, seine Untersuchung wenig ergebnisoffen, S. 236. Gleichzeitig aber: *Kuglers* Lösung enttäusche insoweit, als er der Ausdehnung der Ingerenz weniger entgegenseetze „als es zu wünschen gewesen wäre“, S. 240.

²²²⁴ Zwar ist *Herbertz* mit der allgemeinen Auffassung im Ausgangspunkt zuzustimmen, dass für die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz nicht jede ganz fern kausale Vorhandlung genügen kann. Dass jedoch im Gegenteil das von ihr vorgeschlagene Kriterium der „Unrechtsnähe“ als „qualitative“ Einschränkung diese Begründung leisten kann, ist zunächst bloße *petitio principii*. Nur weil die gegenteilige Aussage – ohne das Vorverhalten ist das Unterlassen unrechtsneutral – zutrifft, bedeutet das nicht im Umkehrschluss, dass die verbotene Vorhandlung zu einem Garantengebot führt.

²²²⁵ Ausdrücklich *Arm. Kaufmann* JuS 1961, 173, 174: rechtspolitische Frage der Strafwürdigkeit; ironischerweise wirft *Herbertz* Ingerenz S. 289 f. der h.M. ebendas vor: „Stattdessen fokussiert man sich auf die rechtspolitische Frage, ob am Ende eine Garantenpflicht aus Ingerenz stehen soll“.

²²²⁶ So meint *Herbertz* etwa, die Differenzierung zwischen den Garantenstellungen aus Ingerenz und Herrschaft über Gefahrenquellen ließe sich „am günstigsten und im Ergebnis auch zwingend“ mit einer qualitativen Einschränkung des Gefährdungsaspektes dergestalt erreichen, „dass jeweils nur spezifische Gefährdungen eine Erfolgsabwendungspflicht rechtfertigen können“, *Herbertz* Ingerenz S. 274.

²²²⁷ Vgl. bereits oben → Kapitel 2 § 5 B II; sowie insbesondere unten → Kapitel 4 A III 1, 3, 7, B I 4, 5.

²²²⁸ *Herbertz* Ingerenz S. 278.

²²²⁹ Abgesehen davon, dass der Satz durch seine Struktur einen falschen Inhalt transportiert: Nicht § 323c StGB pönalisiert ein so geringes Unrecht, das die Ingerenzunterlassung nicht „auszudrücken“ (besser: ein Verhalten *ist* Unrecht) vermag, sondern die Ingerenzunterlassung ist ein so erhebliches Unrecht, das § 323c

„mehr“ als eine Jedermannunterlassung darstellen. Man denke nur an die vielen Zweifelsfälle und „Wackelkandidaten“ unter den regelmäßig diskutierten Garantenstellungen. Mangels ausdrücklicher Typisierung lassen sich solche Unterlassungen wegen *nullum crimen* strafrechtlich nur nach § 323c I StGB erfassen. Ob die Ingerenz nun, was den „Unrechtsgehalt“ angeht, einer Garantenunterlassung gleichkommt oder in den „nicht typisierten Zwischenbereich“ fällt, ist ja gerade das Ziel der Untersuchung. Zuvor lässt sich dafür oder dagegen bloß ein diffuses Gerechtigkeitsempfinden vorbringen. Insbesondere vor dem Hintergrund von *Herbertz*‘ eigenen ausführlichen Darstellungen zu der ungenügenden Bestimmtheit von § 13 I StGB, wo sie eingehend und völlig zu Recht die Fundierung der Ingerenz in den Wertungen der Rechtsordnung anmahnt, hinterlässt die fehlende Fundierung der Garantenstellung jenseits des Rechtsgefühls einen schalen Beigeschmack.²²³⁰ Der Einschränkung auf „unrechtsnahes“ Vorverhalten scheint angesichts dessen der Charakter einer „Beschwichtigung“ für das Gerechtigkeitsempfinden zuzukommen.²²³¹

b) Unrechtsnähe

Wenn die Sprechweise von der „strukturellen Nähe“ zum Begehungsdelikt keine leere Phrase bleiben soll, wäre eine Auseinandersetzung mit den Strukturen von Begehungsdelikt und Ingerenzunterlassung erforderlich gewesen. Die Formulierung „Unrechtsnähe“ kann jedenfalls noch keine hinreichende Ähnlichkeit von Begehung und Ingerenzunterlassung aufzeigen. Hinsichtlich der Verwendung des Begriffs „Unrecht“ bei *Herbertz* ist zunächst festzuhalten, dass sich die Ausführungen in der Sache nicht auf das materielle Unrecht beziehen, sondern auf die formelle Normwidrigkeit.²²³² Das Handlungsunrecht des Vorsatzdelikts konstituiert sich beispielsweise im Wesentlichen durch das Vorliegen des subjektiven Unrechtstatbestandes²²³³ und stellt gerade ein Plus gegenüber dem des Fahrlässigkeitsdelikts dar.²²³⁴ Bei *Herbertz*‘ „Unrechtskomponente“ hingegen wird das

StGB nicht vollständig *abbilden* kann. Selbstverständlich erfüllen alle Ingerenzunterlassungen (in den Situationen des § 323c I StGB) auch den Tatbestand der unterlassenen Hilfeleistung und verwirklichen so dessen Unrecht.

²²³⁰ Es stellt sich die Frage, welchem Zweck die ausführliche und interessante Analyse dient, welche in hoch gesteckten Anforderungen resultiert (S. 182 ff., zusammenfassend S. 214 f.), wenn diese Anforderungen anschließend krachend unterboten werden. *Herbertz* bleibt im Übrigen auch deutlich hinter den hohen Maßstäben zurück, die sie an andere Ansichten zur Begründungen der Ingerenz angelegt hat. Die Behauptung vergleichbaren Unrechts und die Entwicklung gut handhabbarer Einschränkungen ersetzen keine rechtliche Begründung und gesetzliche Bestimmtheit der Strafbarkeit.

²²³¹ Vgl. etwa *Herbertz* Ingerenz S. 279: „Wer dieses Unrechtserfordernis strikt wahrt und in den Voraussetzungen der Ingerenz umsetzt, ist in der Lage, eine Ingerenzgarantenpflicht zu konzipieren, der eng Grenzen gesetzt sind und die den Vergleich mit anderen Garantenpflichten nicht zu scheuen braucht“.

²²³² Das Mehr an „Tiefgang“ (*Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 5), das der *Unrechts*begriff gegenüber der bloßen Rechtswidrigkeit verspricht, wird hier also nicht eingelöst.

²²³³ Vgl. nur Sch/Sch/*Eisele* Vor § 13 Rn. 54 f.; *Hirsch* FS Universität Köln S. 399, 405 ff., 408; *Jeschek/Weigend* AT § 24 III 4c; *Kühl* AT § 5 Rn. 5.

²²³⁴ Handelt der Täter etwa sorgfaltswidrig, aber unvorsätzlich, so stellt das Verhalten Unrecht im Sinne des Fahrlässigkeitsdelikts, nicht aber im Sinne des Vorsatzdelikts dar; siehe auch *Schünemann* GA 1999, 207, 229.

Unrecht des Vorsatzdelikts eingeschlossen, es geht dann letztlich bloß um den gemeinsamen Kern von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt,²²³⁵ die formelle²²³⁶ Relation des Verhaltens zum Recht als normwidrig, verboten, „unerwünscht“.²²³⁷ Es handelt sich um Abstraktionen, die den Grund der Wertung nicht angeben,²²³⁸ nicht jedoch um „strukturelle Ähnlichkeiten“.²²³⁹ *Herbertz* setzt sich ausführlich damit auseinander, *wie* der Begriff der „Unrechtsnähe“ (angeblich) bei Begehung und Ingerenzvorhandlung definiert ist, versäumt dabei aber, die entscheidende vorrangige Frage zu beantworten, *warum* ein Unrechtsbegriff *dieses* Inhalts bei der Begehung *und* der Ingerenzvorhandlung maßgeblich ist.²²⁴⁰ – Welchem strafrechtlich maßgeblichen Sinn und Zweck dient die Garantenstellung aus Ingerenz und inwiefern entspricht die Beschränkung auf „unrechtsnahe“ Vorhandlungen diesem Zweck?

Bei *Herbertz* erfolgt über den Begriff der Unrechtsnähe bloß eine terminologische Gleichsetzung der Verbotswidrigkeit der Handlung und der Gebotswidrigkeit der Unterlassung.²²⁴¹ Etwas verklausuliert steckt hinter dem Begriff der „Unrechtsnähe“ die von *Herbertz* selbst normentheoretisch abgelehnte²²⁴² Aussage, dass aus der Verbotswidrigkeit des Vorverhaltens die Gebotswidrigkeit des Unterlassens folge. Die beiden Normen werden über den Begriff des „Unrechts“ terminologisch parallel gesetzt. Es bleibt unklar, aus welchen rechtlichen, teleologischen oder systematischen, Gründen die tatbestandliche Verbotenheit der Vorhandlung auf die Unterlassung abfärben soll. Bereits die vage

²²³⁵ So meint *Herbertz* selbst, der Vorsatz „und die fahrlässige Begehungsvariante stellen zwei Unrechtstypen dar, weil der subjektive Bezug zum Erfolg idealtypisch stark voneinander abweicht“, *Herbertz* Ingerenz S. 328. Dennoch soll die Abstraktion „rechtlich missbilligte Gefahrschaffung“ das Handlungsunrecht zwischen Vorsatz, Fahrlässigkeit und Unterlassung harmonisieren, S. 329.

²²³⁶ Auch die „Zurechnung“ ist ein formales (zumal äußerst wertungsoffenes) Kriterium, das zunächst nur besagt, dass eine Person mit einem Geschehen rechtlich in Verbindung gebracht wird – aus welchem materiellen Grund auch immer.

²²³⁷ Dabei will *Herbertz* Ingerenz S. 316 jedoch bloß solche fahrlässigen Gefahrschaffungen als ingerenzbegründend ansehen, die bereits selbst unter Strafe stehen, sodass etwa die fahrlässige Schaffung einer Sachgefahr keine Ingerenzgarantenstellung begründe. „Im Bereich fahrlässiger Gefahrschaffungen ist eine Beschränkung der Ingerenzpflichten auf solche Schutzgüter und Begehungsmodalitäten angezeigt, die der Gesetzgeber mit einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit geahndet hat“. – Warum die Grenzziehung nun aber nicht entlang der Normwidrigkeit, nicht entlang des materiellen Unrechts, sondern gerade entlang der Zwischenkategorie des Verstoßes gegen eine „irgendwie“ strafbewehrte Verhaltensnorm verlaufen soll (die bereits ausweislich § 323c I StGB hier nicht maßgeblich sein kann), erscheint jedoch nicht einleuchtend. Auch hier wird verkannt, dass der strafrechtlich relevante Angriff nicht die fahrlässige Schaffung der Sachgefahr ist, sondern die *vorsätzliche Nichtabwendung* der Sachgefahr. Andererseits ist etwa das materielle Handlungsunrecht einer strafbaren fahrlässigen Inbrandsetzung (§ 306d StGB) geringer als das eines vorsätzlichen. Dennoch soll diese irgendwie/überhaupt strafrechtlich missbilligte Risikoschaffung den notwendigen Unrechtsbezug für die *vorsätzliche* Brandstiftung durch Unterlassen herstellen. Es wird also noch immer ein Unrechtsminus bei der Vorhandlung für ausreichend gehalten.

²²³⁸ Kritisch zum Formalbegriff „erlaubtes Risiko“ z.B. *Hirsch* FS Lenckner S. 119, 136; *Kienapfel* Das erlaubte Risiko S. 28; *Maiwald* FS Jescheck S. 405, 408 f., 412, 420, 424 f. *et passim*.

²²³⁹ So aber *Herbertz* Ingerenz S. 274, 330.

²²⁴⁰ Vgl. oben zu *Schünemann* → § 1 E II 1, 2; zu *Sangenstedt* → § 1 F II 1, 2.

²²⁴¹ Bezeichnet wird damit nämlich sowohl eine Eigenschaft der Vorhandlung als auch in zirkulärer Weise die Garantenpflicht selbst.

²²⁴² Etwa *Herbertz* Ingerenz S. 219.

und vorsichtige Ausdrucksweise („Unrechtskomponente“, „Unrechtsnähe“, „Unrechtsbezug“ sowie der Pleonasmus „aus rechtlicher Sicht als Unrecht unerwünscht“²²⁴³) verdeutlicht dies eindrucksvoll. Die unbelegte Ausstrahlung dieser „Unrechtskomponente“ des Vorverhaltens auf das Unterlassen ist ebenso metaphorisch umschrieben: Unrecht wird nach dieser Konzeption „vermittelt“ (S. 273, 276, 277, 278, 330). Die Unrechtskomponente wird durch das Vorverhalten „transportiert“ (S. 277) und durch das Unterlassen als „Scharnier“ zwischen Vorverhalten und Erfolg (S. 324) „perpetuiert“ (S. 276). Hierdurch wird die „unrechtsbezogene Verbindung“ sichergestellt, wodurch im Ergebnis das Unrecht der Ingerenzunterlassung mit dem der Begehung „vergleichbar“ sei (S. 278).

Es genügt nicht, irgendein Teilstück aus einem Kontext herauszureißen und in einen anderen zu übertragen, als wären der Tatbestand des Begehungsdelikts und des Unterlassungsdelikts jeweils ein bloßer „Merkmalshaufen“,²²⁴⁴ sodass es genügte, dass diese die gleiche „Liste“ feststehender Merkmale enthielten. Es ist keine hinreichende Strafbarkeitsbegründung, § 13 I StGB *irgendwelche* „spezifische[n]“²²⁴⁵ strafgesetzliche[n] Rechtsprinzipien“ – eigentlich: Wertungsergebnisse – zu „unterlegen“, um dessen „Leerraum“ auszufüllen,²²⁴⁶ ohne zu überprüfen, ob diese Wertungsergebnisse, die gerade im Hinblick auf den Tatbestand des Fahrlässigkeitstatbestands) gewonnen wurden, auch im Hinblick auf die Garantenpflichtbegründung zutreffen.²²⁴⁷ Die Übertragung (bzw. unbe-sehene Duplizierung des Merkmals) ist bereits deshalb nicht schlüssig, weil ja eben nicht die Vorhandlung, sondern die *Unterlassung* mit der Begehung gleich behandelt werden soll. Man kann die Bewertung des Unterlassens nicht mit der Bewertung der Vorhandlung ersetzen.²²⁴⁸ Zu betonen ist in diesem Kontext auch, dass *Herbertz* mit ihrem Begriff des „Gefährdungsunrechts“ nicht hinreichend beachtet, dass zwischen der Gefährlichkeit als Attribut der Handlung und der dadurch geschaffenen Gefahr als Erfolgssachverhalt zu

²²⁴³ *Herbertz* Ingerenz S. 275. – Ist tatsächlich die tatbestandliche, gerechtfertigte Körperverletzung eines ärztlichen Heileingriffs „als Unrecht unerwünscht“?

²²⁴⁴ **Dagegen** nachdrücklich *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 83, 85

²²⁴⁵ Die Prinzipien sind ja gerade nicht spezifisch, weil sie einem anderen Kontext entstammen.

²²⁴⁶ Vgl. aber *Herbertz* Ingerenz S. 327. – Die Ingerenz wird so jedoch nicht an den „Willen des parlamentarischen Gesetzgebers“ (S. 330) angebunden, denn nur, weil das Gesetz eine bestimmte Wertung für die Fahrlässigkeitsdelikte bezweckt, will es dies nicht zwingend auch für den abweichenden Kontext der Ingerenzbegründung.

²²⁴⁷ Wenn *Herbertz* im Übrigen meint, wie bei der Fahrlässigkeit könne aus sorgfaltsgemäßigem Verhalten nur Unglück, aber nicht Unrecht folgen (*Herbertz* Ingerenz S. 277), handelt es sich ebenfalls um eine *petitio principii*. „Unglück“ ist bloß ein Schlagwort, es gibt im Recht keine einheitliche erst recht keine „naturgesetzliche“ Grenze zwischen Unrecht und Unglück. Der Begriff des Unglücks ist bloß ein Hilfsbegriff, der die *Kehrseite des Ergebnisses* bezeichnet, dass im Hinblick auf eine ganz bestimmte Rechtsfolge keine rechtliche Verantwortlichkeit gegeben ist, „Zurechnung“ also nicht stattfindet. Die Betrachtung der Grenze von Unglück und Unrecht analog der Fahrlässigkeit kann also nicht schlicht vorausgesetzt werden, sondern ist begründungsbedürftig: Es handelt sich schließlich um zwei völlig verschiedene Rechtsfolgen – Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bzw. Begründung einer Garantenposition; vgl. unten → Kapitel 4 § 2 A IV 2-6.

²²⁴⁸ Dass die Vorhandlung „als Unrecht unerwünscht ist“ bedeutet eben zunächst nur, *dass eben diese Vorhandlung nicht sein darf*. Wie sich hieraus normative Schlussfolgerungen für die Unterlassung ergeben sollen, bleibt in den Ausführungen unklar.

unterscheiden ist.²²⁴⁹ Sie vermischt beides, wenn das Gefährdungsunrecht einmal ein *ex ante* zu bestimmendes Attribut der Handlung sein soll, gleichzeitig aber auch etwas, das *nach* Handlungsabschluss auf die Unterlassung ausstrahlen soll.

Herbertz selbst meint, aus ihren Ausführungen sei nicht zu folgern, dass (wie bei den Kausaltheorien) der Hauptbezug des Unrechts in die Vorhandlung verlegt werde. Dies sei unter dem Koinzidenzprinzip nicht vertretbar, aber auch nicht erforderlich. Das Unterlassen konstituiere weiterhin das Unrecht des unechten Unterlassungsdelikts, die Vorhandlung vermittele nur die „Unterlassungs- und Erfolgszurechnung, die zum Gesamtunrecht des Tatbestandes beitragen, und ein der aktiven Begehung äquivalentes Unrecht gewährleisten muss“.²²⁵⁰ Das ist jedoch bloß eine terminologische Fassade: Ob der „Hauptbezug des Unrechts“ in der Vorhandlung *liegt* oder durch diese *vermittelt* wird, während die Unterlassung das Unrecht *konstituiert*, all das ist bloß ein sprachlicher Unterschied. *Herbertz* schreibt etwa, es „manifestiert sich die mit der rechtlich missbilligten Gefährdung getätigte Selektion unrechtsnaher Verhaltensweisen nur über das spätere Unterlassen trotz Ingerenzgarantenpflicht“.²²⁵¹ Auch dieses „Manifestieren“ ist wieder ein bloßes inhaltsleeres Schlagwort, zumal die Aussage insofern zirkulär ist, als die Ingerenzgarantenpflicht nach *Herbertz*‘ Konzeption ja bloß dann besteht, weil sich die „Unrechtsnähe“ mit dem Unterlassen „manifestiert“. *Anders* als die klassischen Kausaltheorien, die annehmen, dass das Unterlassen die Handlung zu einer deliktischen mache, geht *Herbertz* davon aus, dass die Eigenschaften der Handlung die Unterlassung zu einer deliktischen machen. Die Handlung bekommt nicht durch die Unterlassung rückwirkend ihren deliktischen Charakter, sondern der deliktische Charakter der vergangenen Handlung strahlt auf die Unterlassung aus.²²⁵² Bloß wertende Etiketten wie „Unrechtsnähe“, die die Strukturen von Begehung und Unterlassung überhaupt nicht in Betracht ziehen,²²⁵³ erlauben hier eine beliebige Ergebnisfindung. Strukturell bleibt die Ingerenzkonstellation stets ein

²²⁴⁹ Grundlegend *Hirsch* FS Arth. Kaufmann S. 545, 548 f. Die Gefahr als Zustand erfordert naturgemäß einen anderen Blickwinkel, insbesondere eine größere Objektivierung. Eingehend *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 29 ff. *et passim*.

²²⁵⁰ *Herbertz* Ingerenz S. 277; etwas krumm S. 330: „Die Ingerenzgarantenpflicht [...] findet ihren deliktischen Unrechtsvorwurf indes erst im Unterlassen des Ingerenten“; siehe auch S. 335.

²²⁵¹ *Herbertz* Ingerenz S. 330: „Diese Konstruktion erklärt sich indes aus der normativen Nähe, die zwischen Vorhandlung und Unterlassen herzustellen ist“. – Derartige Begriffe wie „normative Nähe“ sind jedoch Leerformeln ohne Begründungswirkung, die letztlich bloß das Ergebnis einer Garantienpflicht umschreiben.

²²⁵² Ähnlich bereits *Kissin* Rechtspflicht S. 105 f.: Das Rechtswidrigkeitsurteil hinsichtlich der Unterlassung habe seinen Ursprung in der materiellen Rechtswidrigkeit der Vorhandlung; die Vortat führe, wenn sie der Gesellschaft mehr schadet als nutzt, zur Rechtswidrigkeit der Unterlassung; *Sauer* FG Frank I S. 202, 216 „die bereits begründete materielle Rechtswidrigkeit besteht fort“. – Eine derartige freie Abwägung von Schaden und Nutzen für das Gemeinwohl kann allerdings für eine Strafbegründung unter dem Grundgesetz nicht mehr genügen.

²²⁵³ Zwar lässt sich der Unrechtsgehalt selbstverständlich nicht direkt an den „naturalistischen“ Eigenschaften eines Verhaltens ablesen und es gibt auch „kein ontisches Strukturmodell der begehungsgleichen Unterlassung, infolgedessen die Haftung aus gefährdendem Vorverhalten ausscheiden muss“ (soweit richtig *Herbertz* Ingerenz S. 279). Doch dies spricht umgekehrt nicht für reines Werten. Wertungen bleiben beliebig, solange sie sich nicht ihrerseits auf nachvollziehbare Tatsachen stützen.

zeitlich auseinandergezogenes Begehungsdelikt und weist damit ein Minus an Unrecht auf.²²⁵⁴ Noch so viel normativer Kleister kann diese Strukturen nicht ändern, sondern nur verdecken.²²⁵⁵ Solange nicht klar ist, wie diese Komponente/Nähe/Bezug aussehen soll und insbesondere aus welchen *Sachgründen* diese bestehen soll, handelt es sich bloß um eine Floskel, die das entscheidende Sachproblem zudeckt. Es findet sich kein Argument, weshalb derjenige, der verboten eine Gefahr schafft, zum Schutz von Rechtsgütern in Pflicht zu nehmen wäre bzw. weshalb sein Unterlassen diese Rechtsgüter in besonderem Maße angreift.²²⁵⁶

c) Appellfunktion

Herbertz‘ maßgebliches Argument für die Einschränkung des Ingerenzgrundsatzes durch „qualitative“ Gesichtspunkte ist, dass eine „Appellfunktion“ der Vorhandlung erforderlich sei. Dieser Grundstein der Lösung ist jedoch höchst brüchig:

(1.) Bereits das Alleinstellungsmerkmal der Ingerenz als „dynamische“, kurzfristig entstehende Pflicht, die *anders* als andere Garantstellungen einen „Appell“ erfordere, ist zweifelhaft und wird durch das Begriffspaar „statisch“ – „dynamisch“ künstlich aufgebaut.²²⁵⁷ Gegen diese Begriffe wäre *tendenziell* nichts einzuwenden, jedoch ist die Ab-

²²⁵⁴ Dazu *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159 ff. Auch die Fahrlässigkeit des Vorverhaltens ändert nichts daran, dass dieses in Vergangenheit liegt.

²²⁵⁵ Die jeweils defizitären Verhaltensweisen „fahrlässige Vorhandlung“ und „Unterlassung“ werden unter dem Zauberwort „Zurechnung“ zu einem Vorsatzdelikt zusammengeklebt. – Einen ähnlichen Vorwurf richten *Roxin/Greco* AT I § 12 Rn. 89a an das Zurechnungsmodell *Hruschkas*: Die strafbare Handlung werde letztlich aus Vorgängen, die zu verschiedenen Zeitpunkten stattfinden, zusammengebastelt.

²²⁵⁶ *Herbertz* meint, ließe man jegliche Gefahrschaffung genügen, bliebe der Unrechtsgehalt der Ingerenzunterlassung hinter dem der aktiven Variante zurück. – Aber dies gilt nun einmal aller normativer Bastelei zum Trotz auch für die Konzeption *Herbertz*‘. Das Unrecht der Ingerenzkonstellation bleibt *stets* hinter der Begehungskonstellation zurück. Dies ist vor dem Hintergrund des § 13 II StGB nicht weiter problematisch, sondern systematisch bereits vorausgesetzt, zeigt aber die allgemeine Untauglichkeit der „axiologischen Gleichwertigkeit“ als Ausgangspunkt der Gleichstellung. Vgl. oben → Kapitel 1 § 2 D V 3 und unten → Kapitel 4 § 1 A II 3.

²²⁵⁷ Überzeugen kann daher auch nicht ihre Unterschiedlichbehandlung der Gefahrenquellenverantwortlichkeit, die *stets* auch zu Rettungspflichten führen soll, und der Ingerenz, die fahrlässiges Verhalten erfordert. Bezüglich ersterer Fallgruppe weist *Herbertz* in ihrer Kritik zu *Sangenstedt* selbst darauf hin, dass die Einschränkung der Garantspflichten auf „dingliche Sphären“ „nicht selbsterklärend sondern begründungsbedürftig“ ist (*Herbertz* Ingerenz S. 262). Und auch, dass aus Eindämmungspflichten hinsichtlich Gefahrenquellen keine Rettungspflichten entstehen sollten, sei kritikwürdig: „Angesichts der Tatsache, dass es oftmals vom Zufall abhängt, ob ein rechtzeitiges Eingreifen des Überwachers noch möglich ist, erweist sich diese Begrenzung als sonderbar“. Eindämmungspflichten hätten als Sicherungspflichten einen prognostischen Charakter, seien durch die Zumutbarkeit begrenzt und müssten sich an die jeweiligen Gegebenheiten anpassen: Baustellenleiter hätten Zäune und Warnschilder aufzustellen. Wenn sie trotz Erfüllung dieser Pflichten bei einem Rundgang bemerkten, dass ein Kind in eine Grube gefallen sei, gehöre es ebenso zur Sicherung der Baustelle, dem Kind herauszuhelfen. Die gleiche Argumentation gelte für die Überwachung von Personen: Die Rettungspflicht entfalle nicht, wenn die überwachte Person bereits eine Rechtsgutsgefährdung bewirkt habe (S. 265). – Wieso lässt sich diese Argumentation (eingehend *Maiwald* JuS 1981, 473, 482 f.) nicht auf die Garantstellung aus Ingerenz übertragen? Wenn der Handelnde durch Zufall seine Handlung (als ihm unmittelbar zugeordnete „Gefahrenquelle“) nicht rechtzeitig „sichern“ (also unterlassen) konnte, ist es doch ebenso widersinnig, ihn aus der Verantwortung zu entlasten, vielmehr wäre

grenzung zu unsicher und graduell, als dass hierdurch derartige weitreichende Folgerungen deduziert werden könnten. So meint *Herbertz*: „Weil die Ingerenz als einzige Garantspflicht nicht aus einem präexistenten Verhältnis, sondern aus einem Verhalten resultiert, ist ihre materiell-rechtliche Legitimation im Lichte dieses Alleinstellungsmerkmals zu entwerfen“.²²⁵⁸ Darin steckt jedoch bereits die erste Ungenauigkeit, denn die Ingerenz resultiert nicht aus einem Verhalten, sondern einer *Bewertung* dieses Verhaltens durch den Tatbestand. Dieser beschreibt jedoch ebenfalls ein „präexistentielles Verhältnis“ zwischen Personen, die eben nur „negativ“ miteinander verbunden sind, indem sie sich gegenseitig nicht schädigen dürfen.²²⁵⁹ Auch wenn das Bild, der aktiv Handelnde sei verpflichtet, „den Gefährlichkeitsgrad der Vorhandlung von vornherein auf ein bestimmtes noch erlaubtes Maß zu beschränken“,²²⁶⁰ nicht überstrapaziert werden sollte, so zeigt es doch, dass die „Aufgabe“ des Ingerenten (die Garantposition) prinzipiell die Gleiche ist wie die des Begehungstäters – sonst könnte die Ingerenz ja nicht die „kleine Schwester der Begehung“ (*Herbertz*) sein – und sich mit der Progression des Geschehens der *Inhalt der Pflicht* ändert.²²⁶¹ Dass sich die im Einzelnen gestellten rechtlichen Anforderungen an den Betreffenden mit der Veränderung der Situation ändern können (welche Abwendungshandlung ist in der konkreten Situation *erforderlich?*), ist wiederum kein struktureller Unterschied zu anderen Garantpositionen.²²⁶²

(2.) Selbstverständlich ist bei der Konturierung strafrechtlicher Normen zu bedenken, dass diese das Verhalten des Normadressaten möglichst effektiv steuern sollen. Dieses (teleologische Argument) ist jedoch mit Vorsicht zu genießen, da ein Zirkelschluss droht. Denn der Zweck strafrechtlicher Normen ist es nicht, irgendeinen nur möglichst verständlichen, eindringlichen Appell an den Bürger zu adressieren, sondern der Appell bestimmt sich nach dem *materiellen Inhalt* des Rechts. Die Norm/der Appell ist ein *Instrument* zur Verwirklichung dieses Rechtsinhaltes.²²⁶³ Solange ich nicht weiß, an wen (Garant) ich welche Pflicht (Inhalt der Garantpflicht) adressiere, kann ich nicht fragen, *wie* ich die

es naheliegend, dass sich auch hier die Pflicht „an die jeweiligen Gegebenheiten anpasst“, vgl. unten → Kapitel 4 § 1 B I 4 c).

²²⁵⁸ *Herbertz* Ingerenz S. 269; siehe auch S. 276.

²²⁵⁹ Vgl. nur *E. A. Wolff* Kausalität S. 41 ff.

²²⁶⁰ So etwa *Rudolphi* JR 1974, 160, 161; *ders.* NSTZ 1991, 361, 365.

²²⁶¹ Die Garantposition des Ingerenten entwickelt sich zwar, um in *Herbertz*‘ Terminologie zu bleiben, „dynamisch“, sie beruht jedoch selbst wiederum auf der (als selbstverständlich vorausgesetzten) „statischen“ Position des Jedermanns, der für die Auswirkungen seiner Handlungen verantwortlich ist. Ebenso entwickelt sich bei der „statischen“ Herrschaft über eine Gefahrenquelle u.U. eine „dynamische“ Situation, dass nämlich nicht bloß die in den sozialen Regelablauf einkalkulierte Sicherung, sondern besondere Rettungsmaßnahmen erforderlich werden. Natürlich ist die Veränderung des Norminhalts beim Übergang von Begehung zu Ingerenz äußerlich besonders auffällig, weil hier ein *Gebot* auf ein *Verbot* folgt.

²²⁶² Daher ist zwischen Garantposition und Inhalt der Garantpflicht zu unterscheiden; vgl. oben → Kapitel 1 § 3 B V-VII. Wenn *Herbertz* hingegen meint, die Position des Ingerenten füge „Elemente von Schutz- sowie Überwachungspflichten zusammen“, vermischt sie die Garantstellung (zur Überwachung einer Gefahr) mit dem konkreten Pflichtinhalt (Rettung – „Schutz“ – des Opfers).

²²⁶³ Wie oben dargelegt, stellen bestimmende und bewertende Norm zwei Seiten einer Medaille dar, → Kapitel 1 § 3 B III.

Pflicht an diese Person adressiere. Falls Dreh- und Angelpunkt der Normbegründung hingegen die Kommunizierbarkeit des Norminhalts wäre, drohte dieser gerade in den Hintergrund zu geraten und die Norm zum *Selbstzweck* zu werden. Wenn man Garantenstellungen nicht bloß um ihrer selbst willen bilden will, handelt es sich um eine zirkuläre Argumentation, denn die strafrechtliche Sonderrolle, die der Person ins Bewusstsein gerufen werden soll, muss ja gerade inhaltlich begründet sein, bevor sie kommuniziert wird.²²⁶⁴ *Herbertz* meint, „nur wer sich mit seinem Vorverhalten bei generalisierter Betrachtung *in die Nähe* strafrechtlichen Unrechts begeben hat, darf damit rechnen, infolge *eines Verhaltens, das im Voraus nicht genauer bestimmbar ist*, mit strafbewehrten Handlungspflichten belegt zu werden“²²⁶⁵ – aber nur weil ich *damit rechnen kann*, verpflichtet zu werden, ist noch nichts zu der eigentlichen Frage ausgesagt, *ob ich verpflichtet bin*. Das teleologische Argument besagt nur, dass eine insoweit sinnlose, weil jegliche Verhaltenssteuerung entbehrende, Rechtslage²²⁶⁶ vom Gesetzgeber, der legitimerweise eine *sinnvolle* Regelung der Lebensverhältnisse bezweckt und Ver- und Gebote nur zum *effektiven* Schutz von Rechtsgütern einsetzt (einsetzen darf), nicht gewollt sein kann. Innerhalb dieser Schranken, kann die materiell-rechtliche Regelung jedoch vielgestaltig sein. Es erscheint bereits nicht zwingend, dass der Appell eine „qualitative“ Einschränkung des Vorverhaltens (Gefährdungsunrecht) erfordere. Bereits der *intellektuelle* Aspekt der Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts schafft einen *Appell* für den Normadressaten, mag das gefährliche Verhalten auch (aufgrund normativer Gegengründe) der gebotenen Sorgfalt entsprechen.

(3.) Verfehlt ist der Rekurs auf Art. 103 II GG: *Herbertz* erfindet hier²²⁶⁷ die verfassungsrechtliche Vorgabe, „dass der Bürger anhand der qualitativen Beschreibung seiner Vorhandlung gewarnt und angehalten sein muss, darauf zu achten, ob es bestimmte Geschehensverläufe abzuwenden gilt (Art. 103 Abs. 2 GG)“.²²⁶⁸ Durch das Bestimmtheitsgebot soll der Bürger allerdings in die Lage gebracht werden, die *rechtlichen* Grenzen des strafrechtlich verbotenen/gebotenen Verhaltens zu erkennen:²²⁶⁹ „Das Verbot muss „die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret umschreiben, daß der Einzelne die Möglichkeit hat, das durch die Strafnorm ausgesprochene Verbot eines bestimmten Verhaltens zu erkennen und die staatliche Sanktion im Falle der Übertretung vorherzusehen“.²²⁷⁰ Ein hypothetisches Gesetz, welches die Ingerenz an die bloße Kausalität der Vorhandlung

²²⁶⁴ Siehe im Allgemeinen auch *Zimmermann* Handbuch Bd. 2 § 37 Rn. 20: Appellfunktion als „diffuser rechtspolitisch-generalpräventiver Topos“.

²²⁶⁵ *Herbertz* Ingerenz S. 330; Hervorhebung im Original.

²²⁶⁶ Der Begriff ist bewusst offengehalten.

²²⁶⁷ Erratisch ist die Zitierung *allgemeiner* Aussagen des BVerfG und *Danneckers* zu Art. 103 II GG zur Behauptung, dass die h.M. der Appellfunktion bei der Bestimmung der Pflichtwidrigkeit nicht hinreichend Rechnung trage, *Herbertz* Ingerenz S. 290, 304 m. Fn. 121.

²²⁶⁸ *Herbertz* Ingerenz S. 290; die gleiche Argumentation findet sich allerdings bereits bei *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 97 f.

²²⁶⁹ Dazu *Dannecker/Schuhr* LK § 1 Rn. 110, 179 ff.

²²⁷⁰ BVerfGE 87, 363, 391.

knüpfte, wäre selbstverständlich *äußerst* bestimmt (weil rein deskriptiv),²²⁷¹ denn der Bürger kann dem Rechtssatz entnehmen, „immer wenn mein Verhalten kausal für eine Gefährdung ist, muss ich diese abwenden“. Die Grenzen des *Rechts* sind hier eindeutig erkennbar. *Herbertz* geht es hingegen darum, ob der Bürger *in der konkreten Situation* die Einsicht schöpfen kann, Unrecht zu tun. Ginge es um die Strafbarkeit, handelte es sich um Fragen des *Schuldgrundsatzes*.²²⁷² Es geht *Herbertz* jedoch nicht um die Einsicht im Zeitpunkt des deliktischen Unterlassens, sondern zur Zeit der pflichterzeugenden *Vorhandlung*. Das Entstehen einer Garantenstellung jedoch keine Strafe, die nach Art. 103 II GG oder dem Schuldgrundsatz für eine Person vermeidbar sein muss, sondern eine rechtliche Position, aus der sich bestimmte Verhaltensanforderungen ergeben. Diese sind sicherlich *mittelbar* strafbarkeitsbegründend, jedoch ist dies gerade *kein Automatismus*, denn tatbestandliches Verhalten ist *allein* das *Unterlassen*. Hinsichtlich des Schuldprinzips sieht das *Herbertz* zwar grundsätzlich genauso.²²⁷³ Dennoch fordert sie „ein gewisses subjektives Erkenntnispotential [...], wenn Verhaltensweisen mittelbar strafrechtlich sanktioniert werden, weil ihnen Gefährdungspotential innewohnt“.²²⁷⁴ Daher müsse *subjektiv* nicht nur die Gefahrschaffung, sondern auch deren Missbilligung für den Garanten erkennbar sein.²²⁷⁵ Damit geht es aber gemäß § 17 StGB um Erfordernisse der *Schuld*,²²⁷⁶ die hier mit dem Gefährdungsunrecht konfundiert werden. Dem widerspricht diametral die Aussage, „auf ein Schuldverfordernis im Zeitpunkt der Gefahrschaffung ist zu verzichten“.²²⁷⁷ Erneut zeigt sich also, dass *Herbertz* den Schwerpunkt des deliktischen Verhaltens auf die *Vorhandlung*, nicht die Unterlassung legt.

(4.) Dennoch könnte man erwägen, im Sinne kriminalpolitischer Überlegungen (effektive Verhaltenssteuerung) auf eine *ex ante* Vorhersehbarkeit der Garantenposition abzustellen. Doch auch das überzeugt nicht. Die Korrektur des eigenen Verhaltens durch Gegen-

²²⁷¹ Wengleich aufgrund der Freiheitsrechte des Adressaten in der Sache viel zu weit.

²²⁷² Niemand würde bezweifeln, dass der *Unterlassende* die Einsicht haben muss, Unrecht zu tun, da er ansonsten einem Verbotsirrtum, § 17 StGB, unterliegt. Das fahrlässige Unterlassungsdelikt setzt im Übrigen die individuelle Sorgfaltswidrigkeit und Erkennbarkeit voraus.

²²⁷³ „Ebenso wenig zwingt das Koinzidenzprinzip, welches ein schuldhaftes Unterlassen des Ingerenzgaranten einfordert und die Tathandlung zum zeitlichen Ausgangspunkt der Schuldfrage bestimmt, dazu, merkmalsbegründende Vorhandlungen dem Schuldverfordernis zu unterstellen“, *Herbertz* Ingerenz S. 322. – *Diesen* Ausführungen ist vollkommen beizupflichten.

²²⁷⁴ *Herbertz* Ingerenz S. 323; ansonsten fehle es an der „Appellfunktion des Vorverhaltens, dass [sic] den Garanten in ‚Habachtstellung‘ versetzen [...] soll“ (S. 326).

²²⁷⁵ *Herbertz* Ingerenz S. 324 ff.; sie zitiert für diese Aussage *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 13: „Strafrechtlich missbilligt ist ein Verhalten, weil es aus der ex-ante-Sicht nach rechtlicher Wertung Schaden stiften kann.“ *Schlehofer* beschreibt bloß die auch hier geteilte Erkenntnis der h.M., dass Verhalten aufgrund seiner ex-ante-Gefährlichkeit für Rechtsgüter verboten ist. Hieraus ergibt sich bereits für das Unrecht der Begehungsdelikte überhaupt kein Anhaltspunkt dafür, dass die Verhaltensmissbilligung erkennbar sein müsste, und *erst recht* nichts für die Garantenstellung aus Ingerenz.

²²⁷⁶ *Herbertz* Ingerenz S. 326: Der Ingerent soll sich ebenso wie der Fahrlässigkeitstäter „exkulpieren“ können.

²²⁷⁷ *Herbertz* Ingerenz S. 331.

steuerung ist im sozialen Leben selbstverständlich und wird häufig überhaupt nicht bewusst wahrgenommen.²²⁷⁸ Sie beruht dort nicht auf dem Kenntnisstand oder Kennenkönnen zum Zeitpunkt der ursprünglichen Handlung.²²⁷⁹ Ein realistischeres Bild menschlicher Interaktion ist es, dass der Handelnde abhängig von den bewirkten Zwischenerfolgen in der Außenwelt seinen ursprünglichen gedanklich gesponnenen Plan verifiziert und falsifiziert.²²⁸⁰ Es erscheint lebensfremd, dass der Autofahrer, der innerorts eine andere Person anfährt, plötzlich eine Erleuchtung hinsichtlich seiner strafrechtlichen Sonderrolle erfährt, weil er 53 km/h statt 50 km/h gefahren ist – wenn ihm dies denn *überhaupt aufgefallen* ist. Käme tatsächlich ein Unfallbeteiligter auf die Idee, bei der Ergründung, ob ihn nun eine Rettungspflicht trifft, sein aktuelles Wissen auszublenden, um sich in sein früheres Ich in der vergangenen Entscheidungssituation hineinzusetzen und ein zu diesem Zeitpunkt gültiges Unrechtsurteil nachzuvollziehen? Die nachträgliche *ex ante* Beurteilung „erfordert vom Urteilenden eine eigens durchzuführende kognitive Operation von einiger Künstlichkeit. Er soll von den Gegebenheiten der Urteilsituation, in der er sich befindet, abstrahieren und so urteilen, als ob er sich im Handlungszeitpunkt befände.“²²⁸¹ „Ein solches Sich-Hinein-Versetzen in eine vergangene Situation ist zweifellos nicht leicht und von der Gefahr von Fehleinschätzungen bedroht“.²²⁸²

Ein „Appell“ erfolgt realistischer Weise durch das *aktuelle* Bild von der Situation *nach* der Gefährdungshandlung, nicht hingegen durch am Unglücksort durchgeführte Gedankenexperimente. Bei lebensnaher Deutung besteht der Appell an den KFZ-Führer darin, dass eben das verletzte Opfer auf seiner Kühlerhaube liegt. So spricht die Maßgeblichkeit eines „Appellcharakters“ doch gerade gegen eine Betrachtung aus der Perspektive *ex ante*

²²⁷⁸ Bei *gegenständlichen* Gefahrenquellen wird das für völlig selbstverständlich erachtet: Hier ist der Betrieb einer gefährlichen Anlage oder die Haltung eines gefährlichen Tieres gestattet, obgleich sich in unabsehbarer Zukunft bestimmte Gefährdungen ergeben können. Der Sachherr muss nicht bereits zum Zeitpunkt der Eröffnung der Gefahrenquelle alle denkbaren Entwicklungen vorausberechnen, sondern anhand von Zwischenkontrollen den dynamischen Prozess begleiten. Auch weiß der Sachherr nur, dass er *generell* gegensteuern muss, und *dieser* Appell erreicht auch den Handelnden als Erzeuger einer „flüchtigen“ Gefahrenquelle. Die statistische Häufigkeit von Handlungen mag den einzelnen „Appell“ vielleicht durch einen Gewöhnungseffekt abschwächen, im rechtsgüterschützenden Strafrecht können jedoch die Strafbarkeitsvoraussetzungen nicht davon abhängen, ob der Betroffene nun einen körperlichen Gegenstand beherrscht, den vor Augen zu haben ihn laufend an seine Verantwortung „erinnert“. Es bleibt zu betonen, dass die Handlungsherrschaft *normativ* der Grundfall des Strafgesetzbuchs, die Sachherrschaft bloß die gleichgestellte Fallgruppe ist, sodass die Strafbarkeit hier nicht weiter gehen kann als dort; vgl. → Kapitel 4 § 1 B I 4 c).

²²⁷⁹ Eine solche Überforderung des Menschen, der bereits in der Entscheidungssituation das gesamte Geschehen minutiös vorausberechnen müsste, wäre konsequent zu Ende gedacht sogar freiheits- und innovationsfeindlich. Vgl. Pawlik Unrecht S. 179 ff.

²²⁸⁰ Treffend in anderem Kontext Paeffgen Verrat S. 111.

²²⁸¹ Kuhlen in: Recht und Moral S. 341, 342.

²²⁸² Kuhlen in: Recht und Moral S. 341, 354. Insoweit ist eher ein „schleichender Determinismus“ nachträglicher Prognosen zu befürchten. Der Beurteiler kennt den Geschehensablauf, welcher sich tatsächlich ereignet hat, sodass sich seine Kenntnis „trotz entsprechenden guten Willens“ nicht einfach ausblenden lässt, S. 358; zustimmend auch Prittwitz Strafrecht und Risiko S. 360 ff.

im Zeitpunkt der Vorhandlung.²²⁸³ Im maßgeblichen Zeitpunkt des *tatbestandlichen Unterlassungsverhaltens* betrachtet der Ingerent die *Vorhandlung* aus einer Perspektive *ex post* und seine Unterlassung *ex ante*. Um die Norm so zu definieren, dass die Verhaltensbotschaft in aller Deutlichkeit an den jeweiligen Bürger gerichtet wird, liegt es also nahe, dass das Garantengebot grundsätzlich von *dieser* Perspektive der *aktuellen* (Unterlassungs-)Entscheidungssituation ausgeht. Was daran „kompliziert“ oder „fiktiv“ sein soll,²²⁸⁴ will nicht deutlich werden.

(5.) Insofern ist unklar, weshalb die Appellfunktion zwingend bereits das objektive Merkmal der Garantienstellung betreffen soll, unterscheiden doch Gesetz und Dogmatik von dieser noch die Merkmale des Vorsatzes (beim vorsätzlichen Unterlassungsdelikt) bzw. der objektiven Erkennbarkeit und Sorgfaltswidrigkeit (beim fahrlässigen Unterlassungsdelikt). Man kann die *Garantenstellung* objektiv definieren, nach allgemeiner Dogmatik muss dann der Unterlassende, damit die „*Garantenpflicht*“ entsteht, die ihr zugrunde liegenden Umstände kennen oder fahrlässig nicht kennen.²²⁸⁵ Auch das Unterlassungsdelikt hat subjektive Merkmale, welche sicherstellen, dass dem Normadressaten die Situation im Zeitpunkt seines deliktischen Verhaltens, des *Unterlassens*, „ins Bewusstsein gerufen“ wird.²²⁸⁶

(6.) Im Übrigen ist nicht einzusehen, dass das Argument der Appellfunktion bloß für den Tatbestand, nicht aber für die Rechtfertigung gelten soll.²²⁸⁷ Etwa das Beispiel des Friseurs, der einem Kunden – nach § 223 I StGB tatbestandsmäßig – die Haare schneidet,²²⁸⁸ zeigt deutlich, dass eine derartige Unterscheidung hinsichtlich der sozialen Auffälligkeit des Verhaltens im alltäglichen Leben nicht getroffen wird.²²⁸⁹ So „ist es auch Aufgabe

²²⁸³ Überdies wird der Pflichtwidrigkeitszusammenhang für den Ingerenten kaum überschaubar sein: Er wird kaum im Nachhinein alle Verursacherbeiträge und Sorgfaltsverstöße des Opfers oder Dritter überblicken können, um diese sodann zu gewichten und gegeneinander abzuwägen. Für die diesbezüglichen Tatsachenfeststellungen bedarf es in der gerichtlichen Hauptverhandlung regelmäßig der Expertise gerichtlicher Sachverständiger (siehe zu diesem Argument auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 59 m. Fn. 32; *ders.* MK § 13 Rn. 126 f.) sowie der Beurteilung durch einen oder mehrere Berufsrichter.

²²⁸⁴ *Herbertz* Ingerenz S. 245.

²²⁸⁵ Hier setzt jedoch die Kritik von *Weißer* Kollegialentscheidungen S. 42 f. an: „jeder müsste seine Umwelt genauestens auf durch ihn möglicherweise verursachte Gefährdungen hin untersuchen“, wenn er sich nicht wegen eines fahrlässigen Unterlassungsdelikts strafbar machen wolle. – Doch dieser Satz setzt voraus, was zu beweisen wäre: Denn es kommt gerade darauf an, wie strikt man den Maßstab der Erkennbarkeit und der Sorgfaltswidrigkeit für den Unterlassenden beurteilt. Zutreffender Kern der Kritik ist, dass der Ingerent nicht durch seine Freiheitsentfaltung lähmende Sorgfaltspflichten zu überfordern ist. Jedoch sind dann eben diese an den Ingerenzgaranten in der Unterlassungssituation zu richtenden Sorgfaltsstandards *sedes materiae*, nicht die Begründung der Ingerenzgarantenstellung.

²²⁸⁶ Der Ingerent handelt ohne Vorsatz, wenn er die tatsächlichen Voraussetzungen seiner Garantienstellung oder deren Bedeutungsgehalt in der Laiensphäre verkennt, § 16 I 1 StGB. Zieht er den falschen Schluss, nicht verpflichtet zu sein, unterliegt er einem Verbotsirrtum, § 17 S. 1 StGB.

²²⁸⁷ So aber wohl auch *Rosenau* SSW Vor § 32 Rn. 4, der daraus freilich keine derart weiten Schlüsse hinsichtlich des Inhalts des Rechts zieht.

²²⁸⁸ So auch *Herbertz* Ingerenz S. 311: Die Einwilligung sei eine Frage der Rechtfertigung.

²²⁸⁹ *Zimmermann* Handbuch Bd. 2 § 37 Rn. 20; siehe auch *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 13, dort Fn. 29 m.w.N.

der strafrechtlichen Erlaubnissätze, menschliches Verhalten zu steuern“.²²⁹⁰ Die Abgrenzung bei *Herbertz*, die die Rechtfertigungsgründe aus der Frage nach dem Gefährdungsunrecht ausklammert, kann kaum überzeugen. Weshalb die „abstrakte“ (generalisierte) Beurteilung des Vorverhaltens als sorgfaltswidrig Appellcharakter haben soll, nicht aber die konkrete Frage einer Rechtfertigung aufgrund von Notwehr,²²⁹¹ bleibt völlig unklar. „Singuläre“²²⁹² Ereignisse machen auf uns doch regelmäßig einen viel größeren Eindruck („ich darf hier und jetzt handeln“), als abstrakt-generelle Regeln.²²⁹³ Eine derart schroffe Unterscheidung hinsichtlich der Appellfunktion von Tatbestand und Rechtfertigung ist unbegründet und willkürlich – insbesondere, wenn man an diese Unterscheidung ganz erhebliche Rechtsfolgen knüpft.²²⁹⁴

d) Ausgestaltung des Gefährdungsunrechts

Herbertz lehnt das herrschende Pflichtwidrigkeits-/Rechtswidrigkeitskriterium ab.²²⁹⁵ Maßgebliche Kritik gegen das Rechtswidrigkeitskriterium scheint zu sein, dass es in seiner Interpretation nach der h.M. die Frage der Rechtfertigung einschließt. Dies funktioniert für das Vorverhalten jedoch nicht, „weil insbesondere die §§ 32 ff. StGB über die Rechtswidrigkeit nur bezüglich einzelner Erfolge urteilen, die Unrechtskomponente des Vorverhaltens jedoch *ex ante* und gleichsam *erfolgsunabhängig* zu bestimmen ist.“²²⁹⁶ Maßgebliche Kritik gegen das Pflichtwidrigkeitskriterium (insbesondere nach *Rudolphi*)

²²⁹⁰ *Rudolphi* GS Arm. Kaufmann S. 371, 377.

²²⁹¹ *Herbertz* Ingerenz S. 304: „Die Appellfunktion des Tatbestands ist bei jedem Handeln in Notwehr ausgelöst“.

²²⁹² Vgl. *Herbertz* Ingerenz S. 314.

²²⁹³ Der eigentliche „Appell“, der in der Tatbestandsverwirklichung liegt und den die Rechtfertigung nicht beseitigen (sondern nur erlauben) kann, ist die konkret erfolgte Rechtsgutsverletzung. Diese lässt sich allerdings erst aus der Unterlassungssituation *ex post* erkennen.

²²⁹⁴ Unverständlich ist auch, wie *Herbertz* zu dem Ergebnis kommt, ihre Lösung biete sich auch für die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen an, die negativen Tatbestandsmerkmale seien dann „in Form von Erlaubnissätzen bei der Zurechnung des Unterlassungserfolgs relevant“ (*Ingerenz* S. 311). Denn ihre Überlegungen zur Ingerenz beruhen ja gerade auf einem kategorischen Unterschied von Tatbestand und Rechtfertigung. Andererseits stellt sie sich selbst auf den Standpunkt, auch der dreistufige Tatbestandsaufbau enthalte bloß zwei Wertkategorien, Unrecht und Schuld (S. 100 m. Fn. 101), sodass die Verwirrung perfekt ist.

²²⁹⁵ *Herbertz* Ingerenz S. 282 ff.

²²⁹⁶ *Herbertz* Ingerenz S. 285. Hervorhebungen im Original; „[...] immer abschließend und im Hinblick auf eine Handlung samt dem ihr zugehörenden strafrechtlichen Erfolg als untrennbare Einheit“. Siehe auch S. 288: „der Charakter der Rechtswidrigkeitsprüfung liefert als punktuelle Betrachtung einer Handlung bezüglich singulärer Verhaltensfolgen schlichtweg keine taugliche Beschreibung des Vorverhaltens der Ingerenz“.

scheint ebenfalls zu sein, dass dieses die Rechtfertigung einbezieht²²⁹⁷ und damit zu dem strafrechtlichen Merkmal der Rechtswidrigkeit kongruent sei.²²⁹⁸

(1.) Stellt man sich auf den Standpunkt, dass das „Gefährdungsunrecht“ für die Ingerenz *ex ante* zu bestimmen sei, könnte man, wenn man konsequent argumentiert, auch die Frage der Rechtfertigung allein *ex ante* beurteilen.²²⁹⁹ Oder man schafft sich wie *Herbertz* sein eigenes Problem, indem man im Anschluss an *Vogt* und *Nagler* (!) vertritt, das Rechtswidrigkeitsurteil erstrecke sich immer und ausschließlich auf die ganze Tat (Handlung und Erfolg als „untrennbare Einheit“) und könne nicht allein die Handlung betreffen.²³⁰⁰ Dass sie damit normentheoretisch hinter die personale Unrechtslehre zurückfällt, der sie mit der Betonung der *ex ante* Perspektive ja ebenfalls anhängt, problematisiert die Autorin nicht.²³⁰¹

(2.) *Herbertz* schafft sich also in Ablösung von der allgemeinen Unrechtsdogmatik einen Begriff von Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung, der sich nicht in ihre Überlegungen zum „Gefährdungsunrecht“ einbeziehen lässt: „Aus der Perspektive der Ingerenzhaftung

²²⁹⁷ *Herbertz* Ingerenz S. 287: „Insoweit differiert die Pflichtwidrigkeit nach Rudolphis Konzeption vom Sorgfaltsverstoß der Fahrlässigkeitsdelikte. Bei letzterem erfüllt Notwehrhandeln das tatbestandliche Unrecht. Erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit erfährt es einen Unrechtsausschluss.“ – Es fragt sich, worin hier die Überraschung liegen soll: Pflichtwidrigkeit (Rechtswidrigkeit) = Sorgfaltswidrigkeit + fehlende Rechtfertigung. – Zudem meint *Herbertz*, das Merkmal der Pflichtwidrigkeit liefere keine Handhabe für den Ausschluss der Notwehrfälle, „weil es als adjektivische Verhaltensbeschreibung geführt wird und keinen derartigen deskriptiven, erfolgsbezogenen Gehalt aufweist“, S. 288. Das Erfordernis pflichtmäßiges Vorverhalten sei zudem ohne gesetzlichen Anhaltspunkt, S. 289. Ersteres Argument beruht jedoch auf unbegründeten Vorannahmen hinsichtlich der Begriffe „Pflichtwidrigkeit“ und „Rechtfertigung“ (die Rechtfertigung ist doch „adjektivisch“, indem das Verhalten *erlaubt* ist). Letzteres Argument überzeugt ebenfalls nicht, handelt es sich doch bei der Pflichtwidrigkeit bloß um eine andere Bezeichnung des Handlungsunrechts (der Verhaltensnormwidrigkeit) des Fahrlässigkeitsdelikts. – Nicht näher am Gesetz ist *Herbertz* selbst (S. 328): „Diese Handlungsbewertung, welche mit der rechtlich missbilligten Gefahr vorgenommen wird, kommt im StGB nicht explizit zum Ausdruck. Als Erfordernis der objektiven Zurechnung des Begehungsdelikts ist sie in der Literatur mittlerweile weitgehend etabliert“.

²²⁹⁸ *Herbertz* Ingerenz S. 288.

²²⁹⁹ So *Frisch* Vorsatz S. 424 ff.; *Arm. Kaufmann* FS Welzel S. 393, 401 ff.; *Rudolphi* GS Arm. Kaufmann S. 371, 377 ff.

²³⁰⁰ *Herbertz* Ingerenz S. 285 m. Fn. 11: „So zutreffend *Vogt*“. Merkwürdigerweise wieder auf S. 290: „dass nur eine Bestimmung aus *ex ante*-Sicht es ermöglicht, die Reichweite einzelner Erlaubnissätze kohärent in die Garantenstellung zu integrieren. Denn wer das Vorverhalten aufgrund einzelner Taterfolge beurteilt, wird sich widerstreitende Ergebnisse erhalten, da einzelne Verhaltensfolgen gerechtfertigt sein mögen, während andere es nicht sind. Die Qualität des Vorverhaltens der Ingerenz darf nicht so selektiv determiniert werden.“ – Warum beurteilt *Herbertz* die Rechtfertigung dann erfolgsbezogen und nicht konsequent aus der *ex ante* Perspektive? Wird bereits zirkulär die Eigenschaft der Rechtfertigungsgründe als „Zurechnungsgründe“ vorausgesetzt?

²³⁰¹ Dass es *Vogt* an der zitierten Stelle nicht um die Rechtswidrigkeit speziell im Sinne der *Rechtfertigungsgründe* geht, sondern er die Rechtswidrigkeit des *Unterlassens* meint, die er völlig anders versteht als *Herbertz*, scheint dieser ebenso zu entgehen wie, dass *Vogt* der formellen Rechtspflichttheorie gerade die bloße Fixierung auf das Verhaltensunrecht des *Unterlassens* vorwirft und meint, man müsse *Unterlassen* und Erfolg ebenso wie Handlung und Erfolg als *Einheit* erkennen (*Vogt* ZStW 63 (1951) 381, 390 f.) – während *Herbertz* selbst eine strenge *Unterscheidung* zwischen Verhaltensunrecht und „Zurechnung“ vornimmt.

verbietet es sich, bestimmte Handlungen gänzlich von einer Verantwortung auszunehmen oder aber zu verurteilen, weil sie einzelne Folgen herbeiführen, die unter einem bestimmten Blickwinkel nach §§ 32 ff. StGB als rechtmäßig zu bewerten sind. Ein solcher absoluter Ansatz korreliert nicht mit dem Strafgrund der Ingerenz. Dieser will zunächst solche Gefahren einer Erfolgsabwendungspflicht zuführen, die typischerweise bei vorab generalisierter Betrachtung einen abstrakten Unrechtsbezug aufweisen, ohne darauf zu achten, inwiefern die Rechtsordnung einzelne ihrer Folgen letztlich auch billigt.²³⁰² Warum sich *Herbertz* nun plötzlich für bestimmte Verhaltensfolgen interessiert, erscheint zunächst völlig schleierhaft: Die §§ 32 ff. StGB rechtfertigen nicht bestimmte Verhaltensfolgen,²³⁰³ sondern grundsätzlich *normwidriges, tatbestandsmäßiges Verhalten*.²³⁰⁴ Dem entspricht es, dass §§ 32, 34 StGB ganz ausdrücklich die Rechtswidrigkeit des *Handelns* ausschließen („handelt nicht rechtswidrig“).²³⁰⁵

Herbertz hingegen befürchtet, dass ein Verhalten „im Hinblick auf einen bestimmten Erfolg gerechtfertigt sei“ und daher eine Garantenstellung aus Ingerenz ausscheide, obwohl im Hinblick auf andere Erfolge kein wesentliches Überwiegen i.S.v. § 34 StGB vorliege.²³⁰⁶ *Herbertz* zitiert hier *Gaede* mit dem Satz: „Dass es nicht auf die *Rechtmäßigkeit des Vorverhaltens* ankommt, ist dem Umstand geschuldet, dass die Befugnis zu einer Handlung nicht notwendig mit der Legitimität aller durch sie bewirkten Folgen verbunden sein muss“. Hinsichtlich dieser könne eine eigenständige Bewertung erforderlich sein: So dürfe möglicherweise etwa eine Passantin nach § 34 StGB bei einem Ausweichmanöver mit dem Fahrrad verletzt werden, dies bedeute jedoch nicht, dass der Gerechtfertigte nicht die Realisierung weiterer Gefährdungen verhindern müsste.²³⁰⁷ Doch auch dies vermag *Herbertz*‘ Argumentation kaum aufzuhellen, wenngleich sie dieses Zitat ausdrücklich als Beleg für die „Erfolgsbezogenheit der Rechtswidrigkeit“ heranzieht.²³⁰⁸ Eben das ist bei *Gaede* nicht erkennbar, der ja gerade schreibt, dass eine *Handlung* gerechtfertigt ist, *obwohl* sich aus dieser möglicherweise illegitime Folgen ergeben. *Dann*

²³⁰² *Herbertz* Ingerenz S. 285 f.

²³⁰³ *Herbertz*‘ Idee von einer Erfolgsbezogenheit der Rechtfertigung kann schon deshalb nicht richtig sein, weil auch Versuchshandlungen oder das Verhalten bloßer Tätigkeitsdelikte gerechtfertigt sein können. Die Verhaltensnorm des versuchten Delikts ist mit der des entsprechenden vollendeten Delikts identisch, vgl. etwa *Renzikowski* GA 2007, 561, 564.

²³⁰⁴ Vgl. nur *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 8; *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 48; *Frister* AT 14/4 f.; *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 11, 64, 69; *Rosenau* SSW § 32 Rn. 21. – Daneben führen Rechtfertigungsgründe zu einem Eingriffsrecht und einer Duldungspflicht, vgl. statt aller *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 167; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 66, § 10 Rn. 21, § 14 Rn. 108; unten → Kapitel 4 § 2 C 1, 4 a).

²³⁰⁵ Vgl. auch *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 9.

²³⁰⁶ *Herbertz* Ingerenz S. 285. So könne ein Vorverhalten verschiedene Gefährdungserfolge „in Aussicht nehmen“, etwa unterschiedliche Körperverletzungen und eine Todesgefahr. – Auch könne jemand rechtmäßig sein Opfer in eine Zelle einschließen und dennoch seine Freiheit unverhältnismäßig einschränken, weil ihm unnötig Hand- und Fußfesseln angelegt werden (Beispiel nach *Sonnen* NK § 239 Rn. 20). – Aber es bleibt unklar, was *Herbertz* mit diesem Beispiel beweisen will: Das Einschließen ist als Handlung eben gerechtfertigt, das Fesseln nicht. Das Einschließen würde also bei einer konsequenten Anwendung des Rechtswidrigkeitskriteriums keine Garantenstellung aus Ingerenz begründen, das Fesseln hingegen schon.

²³⁰⁷ *Gaede* NK § 13 Rn. 45; dann *Herbertz* Ingerenz S. 285.

²³⁰⁸ Etwa *Herbertz* Ingerenz S. 302 m. Fn. 111.

müsse die Folgeverantwortung gesondert entschieden werden. In diesem Sinne schreibt auch *Herbertz* selbst: „Erst in Bezug auf einzelne Gefährdungsfolgen ist zu differenzieren und etwa der Garantenpflicht des Notwehrübenden in Bezug auf einzelne Erfolge entgegenzutreten“.²³⁰⁹ Die Zielrichtung der Argumentation scheint folgende zu sein: Wenn man wie *Gaede* (und große Teile der h.M.) bei der Rechtfertigung der Notstandstat *trotz rechtmäßigem Vorverhalten* eine Garantenstellung annimmt, muss man eine *Ausnahme* vom Pflichtwidrigkeitserfordernis zulassen. Diese Ausnahme vermeidet man, wenn man das Pflichtwidrigkeitserfordernis (die „Unrechtskomponente“) von vornherein so definiert, dass Rechtfertigungsgründe hierfür keine Rolle spielen – was aber wiederum nur gelingt, wenn man zwischen den eigentlich auf der gleichen Wertungsebene²³¹⁰ liegenden Verhaltens- und Erlaubnisnormen (als Regel und Ausnahme) einen so weiten Graben aushebt, dass diese nicht mehr auf den gleichen Nenner kommen.²³¹¹

Es ist eine unrechtsdogmatisch unzutreffende Behauptung, wenn *Herbertz* meint, „der innere Grund der Rechtfertigung aus § 32 StGB ist nicht die pauschale Billigung seiner Handlung als solcher, sondern die Billigung notwendiger Folgen der Verteidigung“.²³¹² Daraus folgert sie, es verbiete sich, bestimmte Handlungen als ingrenzbegründend auszunehmen, weil sie einzelne nach §§ 32 ff. StGB als rechtmäßig bewertete Folgen herbeiführten.²³¹³ Konsequenz übersetzt würde dies bedeuten, dass eine Notstandshandlung deswegen rechtmäßig sei, weil die Beeinträchtigung des Eingriffsguts rechtmäßig oder sogar erwünscht wäre.²³¹⁴ Eine Notstandshandlung ist jedoch nicht deswegen erlaubt, weil sich der Gesetzgeber mit einer Beeinträchtigung abfindet (etwa die Verletzung der Passantin in *Gaedes* Beispiel), sondern der Gesetzgeber findet sich (umgekehrt!) mit einer Beeinträchtigung ab, weil die Notstandshandlung einen von der Rechtsordnung anerkannten Zweck verfolgt, konkret: *ex ante* zur Bewahrung eines Gutes erforderlich war²³¹⁵ und das Interesse an der Vornahme der Handlung das Erhaltungsinteresse wesentlich überwiegt.²³¹⁶ Es findet insofern bei § 34 StGB keine Abwägung im Hinblick auf einzelne

²³⁰⁹ *Herbertz* Ingerenz S. 312.

²³¹⁰ So ja insbesondere *Herbertz* Ingerenz S. 100 m. Fn. 101: Es gebe nur die Wertkategorien des Unrechts und der Schuld.

²³¹¹ *Herbertz* dreht für die *Rechtfertigungsgründe* ihre Argumentation hinsichtlich des (tatbestandlichen) Gefährdungsunrechts um: Für die Rechtswidrigkeit *soll* es gerade auf eine erfolgsbezogene Betrachtungsweise ankommen.

²³¹² *Herbertz* Ingerenz S. 343.

²³¹³ *Herbertz* Ingerenz S. 285.

²³¹⁴ Gerade das Bild von der „Billigung der Folgen“ ist schief: Ein Erfolg wird durch die Rechtfertigung nicht zu einem „erwünschten“, vielmehr gewährt die Rechtsordnung ausnahmsweise eine Gestattung der Handlung, die nur, soweit dies absolut nötig ist, zu einer Eingriffsbefugnis führt, vgl. *Hirsch* FS Bockelmann S. 89, 100; *ders.* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 64; siehe auch *Lenckner* Notstand S. 22; *Roxin/Greco* AT I § 14 Rn. 1; sowie *Frister* AT 14/4.

²³¹⁵ *Zieschang* LK § 34 Rn. 88 ff. m.w.N.

²³¹⁶ *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 69; siehe auch *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 113.

Erfolge, sondern eine *umfassende* Interessenabwägung statt²³¹⁷ – in die in *Gaedes* Beispiel selbstverständlich einfließen muss, ob die Handlung für die Passantin auch *lebensgefährlich* ist. Es sind alle in der Situation relevanten Interessen (möglichen Erfolge) zu berücksichtigen.²³¹⁸ Die Begriffsschöpfung der „selektiven Erfolgsbezogenheit“ der Erlaubnissätze (S. 286) ist daher nicht nur verwirrend,²³¹⁹ sondern auch in der Sache verfehlt.²³²⁰

(3.) Denn im Gegenteil besteht eine erstaunliche Parallelität zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Rechtswidrigkeit, die *Herbertz* durch ihre Rede von der Erfolgsbezogenheit verdeckt. Denn ließe sich die Aussage von *Gaede* und *Herbertz* nicht direkt gegen das Erfordernis sorgfaltswidrigen Vorverhaltens spiegeln?²³²¹ Nur weil ein Verhalten in einem bestimmten Zeitpunkt der Sorgfalt entspricht, bedeutet das selbstverständlich nicht, dass alle sich daraus ergebenden *schädlichen* Folgen legitim sind. Die sorgfaltsgemäße Handlung darf vielmehr *trotzdem* im Interesse der Handlungsfreiheit und des sozialen Nutzens vorgenommen werden. Es mag, wenn man das Argument *Gaedes* zu Ende denkt, nicht die rechtliche Qualifikation der Vorhandlung entscheidend sein, sondern möglicherweise etwas anderes.²³²² Man kann jedenfalls nicht bei § 32 StGB „hinter“ die *gesetzliche* Wertung „rechtmäßig“ blicken und *anstelle* dieser Wertung auf die (scheinbar) „tieferliegenden“ Gründe, etwa die „Eigenverantwortlichkeit“²³²³, abstellen, wenn man gleichzeitig für das Vorverhalten auf dem Wertungsergebnis „sorgfaltswidrig“ beharrt und sich weigert, *diese* Wertung aufzuschnüren, um nach dahinterliegenden Sachgründen zu fragen. Die Trennung zwischen „Gefährdungsunrecht“ und „Zurechnung“ schafft also keineswegs die von *Herbertz* versprochene und von ihr bei der h.M. vermisste Klarheit, sondern kreierte bloß zwei formale Prüfungsstufen, denen jeweils zugeordnet werden kann, was nach der Dezision der Autorin nun *ex ante* („Unrechtsnähe“) und was *ex post* („Zurechnung“ inklusive Rechtfertigung) zu beurteilen ist. Es handelt sich um einen (zumal in sich

²³¹⁷ *Zieschang* LK § 34 Entstehungsgeschichte, Rn. 4, 7 f., 99 ff. Es wäre insbesondere widersprüchlich, auf Erhaltungsseite eine umfassende Betrachtung anzustellen, auf Eingriffsseite aber eine begrenzte (Rn. 103); *ders.* JA 2007, 679, 682.

²³¹⁸ Die Befürchtung *Herbertz*‘, dass bezüglich bestimmter Erfolge kein wesentliches Überwiegen vorliegen könne, ist somit unbegründet.

²³¹⁹ **Anders** freilich *Herbertz* Ingerenz S. 294 „Diese Arbeit wird keine Neukonzeption des Deliktsaufbaus einfordern oder propagieren, die neue Ungereimtheiten und Widersprüche aus der Taufe heben würde“.

²³²⁰ *Herbertz* unterstellt insoweit der h.M. schlicht eine „Erfolgsbezogenheit“ der Rechtfertigung. „Die Qualität der Vorhandlung ist nicht anhand des späteren Taterfolgs, sondern *ex ante* wegen ihrer potentiellen Folgen festzulegen. Wer diese Trennung vernachlässigt, wird Zurechnungsfragen zwangsläufig in die Beschreibung des Verhaltens integrieren müssen, was wenig überzeugt“ (*Herbertz* Ingerenz S. 305). – Dies tut die h.M. nicht.

²³²¹ *Gaede* zitiert aaO ja gerade Autoren, die deswegen gerade *nicht* die Fahrlässigkeit des Vorverhaltens verlangen.

²³²² Man mag, wie etwa *Jakobs* oder *Weigend*, vertreten, dass es bei der Ingerenz nicht um die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Vorhandlung, sondern die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen gehe; dann kann man aber nicht, ohne sich zu sich selbst in Widerspruch zu setzen, an dem Erfordernis der Rechtswidrigkeit *insoweit* festhalten, als diese nur „indiziell“ ist.

²³²³ *Herbertz* Ingerenz S. 341. Ob dieses Prinzip für die Notwehr allein überzeugt, ist zweifelhaft; mehr dazu unten → Kapitel 4 § 2 C II 1, 2.

unschlüssigen) Kunstgriff, um die unrechtsaufhebende Wirkung der Rechtfertigungsgründe für den Strafgrund der Ingerenz zu *ignorieren* und diese dann erst bei der Zurechnung „differenziert“ zu betrachten. *Herbertz*‘ Annahme, dass das Erfordernis der Rechtswidrigkeit des Vorverhaltens ihrer allgemeinen Gleichstellungsrichtlinie widersprechen würde, ist zirkulär, da ja gerade zu beweisen ist, *wie* die „Unrechtskomponente“, das „Gefährdungsunrecht“, im Einzelnen aussehen soll, ob es nur um die *tatbestandliche* Wertung geht oder die der *gesamten* Rechtsordnung. Sie spricht hinsichtlich des Strafgrundes zunächst vorsichtig von Unrechtsnähe, Unrechtsbezug, ohne sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die tatbestandliche Sorgfaltswidrigkeit, die „indizielle Unrechtshaftung“,²³²⁴ beim Begehungsdelikt überhaupt eine *für sich bedeutsame* Wertung ist, ob sie also vor der Konfrontation mit den Erlaubnissätzen²³²⁵ auch überhaupt strafrechtliche Relevanz aufweist. Man kann nicht einen Begriff völlig im Unklaren lassen und sich dann hinsichtlich dessen Präzisierung auf den Standpunkt stellen, diese Präzisierung widerspreche dem zu präzisierenden Begriff.

(4.) *Herbertz*‘ Kritik, dass „die dogmatisch relevante Diskussion, ob gerechtfertigte Verhaltensweisen überhaupt pflichtwidrig sind, nicht geführt wurde“,²³²⁶ ist unverständlich, denn die Frage stellt sich nur vor dem Hintergrund des selbst erzeugten Chaos, nicht aber vor dem der allgemeinen Unrechtslehre, nach der sich die Rechtspflicht im Einzelfall aus dem Zusammenspiel der Ge-/Verbotsnormen mit den Erlaubnissätzen ergibt. *Herbertz*‘ abstrakter „Unrechtsbezug“, das das „indizielle“ Unrecht bei „vorab generalisierter Betrachtung“²³²⁷ ist nach allgemeiner Unrechtsdogmatik *irrelevant*, wenn es durch die Rechtfertigung im Einzelfall widerlegt ist.

Die *generalisierte* Bildung von Verhaltensnormen dient keinem Selbstzweck, sondern verzichtet insoweit auf Objektivität, als es zur Verhaltenssteuerung abstrakt-genereller *ex ante* feststehender Verhaltensstandards bedarf. Nach der Konzeption des StGB bestehen die tatbestandlichen Verhaltensnormen unabhängig von konkreten Konfliktsituationen – und sind daher insoweit unvollständig, als deren Behandlung in Rechtfertigungsgründe ausgelagert ist. Denn die konkrete Handlungssituation ist regelmäßig eben „bisweilen komplexer, als der Gesetzgeber in seiner standardisierenden Umschreibung der Verbotsnorm prognostiziert hat – und auch, mit Rücksicht auf die Orientierungsfunktion v. Recht, angemessen knapp in Worte fassen könnte“.²³²⁸ Es handelt sich daher bei der tatbestandlichen Verhaltensnormwidrigkeit bloß um ein „vorläufiges Urteil [...] auf beschränkter

²³²⁴ *Herbertz* Ingerenz S. 277.

²³²⁵ Deren Deutung *ex ante* würde, wie gesehen, eine deutlich höhere Kohärenz mit *Herbertz* Konzeption aufweisen.

²³²⁶ *Herbertz* Ingerenz S. 289. – Ob dieses Diskussion nicht geführt wurde ist zweifelhaft, da immerhin *Jäger* und *Roxin* bereits erwogen haben, auf die unerlaubte Risikoschaffung abzustellen und die Rechtfertigungsgründe als Zurechnungsgründe zu behandeln (siehe hierzu sowie zur Kritik daran unten → Kapitel 4 § 2 C II 2).

²³²⁷ *Herbertz* Ingerenz S. 285 f., 312. –Bereits nach einem alltäglichen Verständnis mutet es skurril an, an einem widerlegten Indiz festzuhalten.

²³²⁸ *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 8.

Basis“.²³²⁹ Rechtliches Gewicht kommt den abstrakten tatbestandlichen Verhaltensnormen nicht allein zu, sondern erst im Zusammenspiel mit den neben sie tretenden und Ausnahmen gewährenden Erlaubnissätzen.²³³⁰ Die Prüfung auf die Vereinbarkeit mit dem Recht wird insoweit auf die gesamte Rechtsordnung ausgedehnt.²³³¹ Erst das Unrecht bezeichnet die „konkrete und intolerable Sozialschädlichkeit“.²³³²

Im Ergebnis kann es also weder überzeugen, die Rechtfertigungsgründe bei der Frage nach dem „Gefährdungsunrecht“ auszuklammern noch sie als „Zurechnungsregeln“ zu verstehen.²³³³ Es erscheint abwegig, weil den Grundgedanken der strafrechtlichen Unrechtslehre widersprechend, bei der Begründung einer Ingerenzgarantenstellung in einer konkreten Situation die Augen vor dieser Situation zu verschließen und die *indizielle, abstrakte, unvollständige* (kollidierende Interessen ausnehmende)²³³⁴ tatbestandliche Normwidrigkeit zu verabsolutieren. Das „erhöhte abstrakte Gefährdungspotential“ des

²³²⁹ Puppe NK Vor § 13 Rn. 10: „Dieses Urt. ist gewonnen auf einer *beschränkten Basis*, sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht, in rechtlicher Hinsicht beschränkt auf eine einzelne Verbotsnorm, in tatsächlicher Hinsicht beschränkt auf den Sachverhalt, der die Verbotsnorm erfüllt. Mit der Rechtswidrigkeitsprüfung erfolgt die Erweiterung der Urteilsbasis auf den gesamten Normenbestand der Rechtsordnung und alle für die Rechtswidrigkeit erheblichen Tatsachen“; siehe auch Sch/Sch/Eisele Vor § 13 Rn. 16; Kudlich SSW Vor § 13 Rn. 4: vorläufiges Unwerturteil; Kuhlen in: Recht und Moral S. 341, 345; Maurach/Zipf AT 1 § 24 Rn. 7; Zimmermann Handbuch Bd. 2 § 37 Rn. 9: gedankliches Vorbehaltsurteil.

²³³⁰ Vgl. zu diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis nur Sch/Sch/Eisele Vor § 13 Rn. 16, 48; Frisch Vorsatz S. 425; Gallas ZStW 67 (1955) 1, 23 m. Fn. 53a: „ratio cognoscendi“ für die Rechtswidrigkeit im konkreten Fall; ders. Studien S. 49; ders. FS Bockelmann 155, 168; Greco ZStW 117 (2005) 519, 537 m. Fn. 99: „Die konkrete Grenzbestimmung erfolgt erst bei der Rechtswidrigkeit“; Hirsch in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 65, 71 f.; ders. LK¹¹ Vor § 32 Rn. 6; Jescheck/Weigend AT § 31 I 2, 3; Kindhäuser Gefährdung S. 106 ff.; ders. GA 1994, 197, 198, 215, 217; ders. NK § 32 Rn. 2; Kudlich SSW Vor § 13 Rn. 4; Neumann NK § 34 Rn. 6; Paeffgen/Zabel NK Vor § 32 Rn. 8, 14 ff., 29, 75: „Die Rechtswidrigkeit ist das naheliegende, aber nicht ausnahmslos geltende Prädikat einer tatbestandsmäßigen Handlung“; Puppe FS Otto S. 389, 393; Rönnau LK Vor § 32 Rn. 12; Roxin/Greco AT I § 10 Rn. 23; Rudolphi GS Arm. Kaufmann S. 371, 377; Stein SK § 13 Rn. 15; Sch/Sch/Sternberg-Lieben Vor § 32 Rn. 4; Vogel Norm und Pflicht S. 37 ff.; Welzel Strafrecht S. 80 f.; Wolter Straftatsystem S. 39; Zimmermann Handbuch Bd. 2 § 37 Rn. 9.

²³³¹ Vgl. Hirsch LK¹¹ Vor § 32 Rn. 6; Puppe FS Otto S. 389, 393; dies NK Vor § 13 Rn. 13: „Die Aussagen, die bei der Rechtswidrigkeitsprüfung gemacht werden, stellen also eine inhaltliche Erweiterung derjenigen Aussagen dar, die bei der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit gemacht worden sind, und der so erweiterte Sachverhalt wird auch unter Hinzuziehung weiterer Wertungskriterien neu bewertet.“

²³³² Roxin/Greco AT I § 7 Rn. 66, § 10 Rn. 21.

²³³³ Letzteres ist durch ersteres bedingt. Hinzu kommt: Gerade bei den Rechtfertigungsgründen geht es doch nicht primär um Zurechnung, sondern darum, inwieweit Freiheits- und Entfaltungsinteressen der Einzelnen miteinander in Einklang zu bringen sind, vgl. etwa Frisch GA 2003, 719, 740. Dies zeigt sich besonders deutlich bei § 34 StGB.

²³³⁴ Treffend Schönemann in: Bausteine S. 149, 174: Die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit ist „aus der Warte des Leit-Unwertes her betrachtet, so unvollständig [...] wie bei der Frage nach dem Unternehmenswert die Auskunft, daß auf der linken Seite der Bilanz durchaus beträchtliche Aktiva ausgewiesen seien“; vgl. bereits Maihofer FS Rittler S. 141, 150: „Immer nur aus der gesamten Interessenlage einer konkreten Situation ergibt sich, was hier Recht ist“.

Verhaltens in einer „Art Vorbewertung“, die „schematische Vorbewertung seiner abstrakten Gefährlichkeit“²³³⁵ ist eben nur das: eine *Vorbewertung*. Diese „Vorbehaltskategorisierung“ hat nur dann Bestand, wenn es an einem rechtfertigenden Grund mangelt.²³³⁶ *Herbertz* zeigt keinen Sachgrund auf, wieso es hier entgegen allen Grundsätzen *bloß* auf das (auch widerlegte) tatbestandliche Unrechtsindiz ankäme, wieso von den eigentlich „symbiotisch“²³³⁷ zusammenwirkenden Verhaltens- und Erlaubnisnormen plötzlich nur erstere²³³⁸ maßgeblich sein sollen.

Herbertz schreibt, dass „*gerechtfertigtes Verhalten aufgrund seiner rechtlichen Missbilligung* durchaus Garantpflichten begründen kann“.²³³⁹ „Gerechtfertigt und rechtlich missbilligt“ ist aber ein Widerspruch in sich. Wenn man die Grundbegriffe der Straftatlehre umdefinieren muss, um ein Spezialproblem *ad hoc* dem vermeintlichen Rechtsgefühl²³⁴⁰ entsprechend zu lösen, spricht das nicht unbedingt für diese Lösung.

²³³⁵ So ja gerade *Herbertz* Ingerenz S. 312 selbst.

²³³⁶ *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 15; dann unter Wegfall des Vorbehalts.

²³³⁷ So erstaunlicherweise an anderer Stelle *Herbertz*: „Tatbestand und Rechtswidrigkeit ergänzen sich in fast symbiotischer Weise gegenseitig und nehmen Bezug aufeinander“ (Ingerenz S. 293; siehe auch S. 292 ff.).

²³³⁸ Man könnte fast meinen, *Herbertz* stünde hier, wenn sie der Tatbestandsverwirklichung eigenes Gewicht zumisst, der bekannten Aussage *Welzels* nahe, die Tötung eines Menschen in Notwehr sei etwas anderes als die Tötung einer Mücke (*Welzel* Strafrecht S. 81 f.; zustimmend etwa *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 8; *Rosenau* SSW Vor § 32 Rn. 4). Aber *Herbertz* geht ja diametral entgegen *Welzel* grundsätzlich davon aus, dass der Tatbestand innerhalb des Unrechts keine eigene Wertungsstufe darstellt (Ingerenz S. 100 m. Fn. 101). Und die Rechtfertigung kann auch nach *Welzel/Hirsch* zwar natürlich nicht die „Verbotsmaterie“, also den Rechtsgutsangriff, aufheben (weshalb viel dafür spricht, die Differenzierung aufrechtzuerhalten), wohl aber die *Rechtswidrigkeit* der Verwirklichung dieser Verbotsmaterie (*Welzel* Strafrecht S. 80 f.; *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 8; vgl. auch *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 13; *Kindhäuser* FS Rengier S. 49, 51). – Damit fehlt auch jegliches „Gefährdungsunrecht“. *Herbertz* hält ja gerade nicht das für maßgeblich, was trotz der Rechtfertigung bleibt (Rechtsgutsangriff), sondern das, was die Konfrontation mit einem Rechtfertigungsgrund nicht überdauert (Missbilligung).

²³³⁹ *Herbertz* Ingerenz S. 312. Siehe auch S. 308: Es handle sich um einen Verstoß gegen eine strafrechtsrelevante Verhaltensnorm. – Aber diese kann doch im konkreten Fall, da ein Erlaubnisgrund eingreift, überhaupt nicht zur konkreten Rechtspflicht werden, gegen die der Handelnde verstoßen könnte; vgl. *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 6; *Welzel* Strafrecht S. 80.

²³⁴⁰ Augenscheinlich geht es darum, § 32 und § 34 StGB unterschiedlich zu behandeln und dennoch eine Lösung „aus einem Guss“, also ohne Ausnahmen und Gegenausnahmen, zu präsentieren. Dabei argumentiert *Herbertz* vom Ergebnis her: So meint sie, dass „für Situationen des § 34 StGB keine ‚Pauschalabsolution‘ aller Handlungsfolgen existiert, wie die Notwehr sie dem Grunde nach propagiert“ (*Herbertz* Ingerenz S. 348). Das Eigenverantwortlichkeitsprinzip zwingt im Fall der Notwehr nicht zu einer Alles-oder-Nichts-Lösung (S. 341). „Und so ganz pauschal sind Notwehrfälle auch nicht auszunehmen, wie auch diese Untersuchung im Rahmen der Zurechnung aufzeigen wird“ (S. 289). Ironischerweise an gleicher Stelle (S. 289 f.) die Kritik, die Fokussierung auf die rechtspolitische Frage, „ob am Ende eine Garantpflicht aus Ingerenz stehen soll“. – Die Einbeziehung von Rechtfertigungsgründen in die objektive Zurechnung ist auch von anderen Autoren vorgeschlagen worden. Insbesondere *Jäger* hat versucht die Differenzierung von Notwehr und Notstand für die Ingerenz fruchtbar zu machen, worauf *Herbertz* jedoch nicht eingeht; vgl. nur *Jäger* Zurechnung S. 11 f., 15 ff., 21 ff., 37 ff. Siehe dazu die Kritik unten → Kapitel 4 § 2 C II 2.

e) Fazit

Herbertz geht es gerade darum, den „materialen Wertungsaspekt“ zu finden, „den offenzulegen § 13 I StGB versäumt“.²³⁴¹ Das spräche eigentlich für eine rechtsdogmatische Arbeit, *Herbertz* hingegen legt im Hinblick auf § 13 StGB die Unergiebigkeit der Gesetzesauslegung dar und argumentiert in der Sache rechtspolitisch. Sie begründet nicht, *wieso* vorangegangenes Tun zu einer Garantenstellung führt, sondern umschreibt in weiten Teilen das Ergebnis der h.M.,²³⁴² dass das vorangegangene Tun verbotswidrig/fahrlässig sein muss, wobei wiederum inhaltliche Differenzen terminologisch aufgebauscht werden.²³⁴³ Die Formel „Gefährdungsunrecht plus Zurechnung“ stellt letztlich alten Wein in neuen Schläuchen dar,²³⁴⁴ sodass insoweit eine Kritik der Kriterien „missbilligte Gefahr“ und „Zurechnung“ an dieser Stelle unterbleiben kann.

D. Soziologische Begründungen

I. „Engere soziale Ordnung“ (*Vogt*)

1. Darstellung

Entscheidenden Einfluss auf soziologische Begründungsansätze²³⁴⁵ hatte das Kriterium *Vogts* der „engeren sozialen Ordnungen“.²³⁴⁶ Innerhalb dieser „engeren Ordnung“ habe die unterlassene Erfolgsabwendung die gleiche Bedeutung für die Gemeinschaft wie ein aktiver Eingriff.²³⁴⁷ Eine solche soziale Ordnung bestehe auch bei der Ingerenz, denn wo jemand einen anderen gefährde, „da umschlingt sie augenblicklich ein stärkeres Band sozialer Zusammengehörigkeit, als es vordem der Fall war“. Es handle sich um eine in der „Volksanschauung“ bedeutende soziale Ordnung. Hier verdichte sich die allgemeine

²³⁴¹ *Herbertz* Ingerenz S. 281.

²³⁴² Deutlich etwa, wenn *Herbertz* Ingerenz S. 301 auf die Sorgfaltswidrigkeit der Handlung abstellt, das „ex ante unerlaubte Verhalten“. Sachlich ist der entscheidende Unterschied zur h.M. die Ausklammerung der Rechtfertigungsfrage aus dem Pflichtwidrigkeitskriterium.

²³⁴³ Vgl. nur *Herbertz* Ingerenz S. 302 ff.

²³⁴⁴ *Herbertz* meint, eine Vereinfachung für die Praxis geschaffen zu haben: „Die Synergieeffekte einer einheitlichen Struktur aus *ex ante*-Risikobewertung aufseiten des Handlungsunrechts und *ex post*-Betrachtung innerhalb der Erfolgzurechnung dürften auf absehbare Zeit zu einer Vereinfachung der Rechtspraxis führen“. Die parallel zur Fahrlässigkeitsdogmatik entworfene Lösung könne „kaum als zu unbestimmt verworfen werden können“, *Herbertz* Ingerenz S. 329. Dabei ist ihre Lösung insoweit – *ex ante* fahrlässiges Vorverhalten und Zurechnung *ex post* – kongruent zu der der h.M. Gerade aber der Teil von *Herbertz*‘ Ergebnissen, der über die Fahrlässigkeitslösung der h.M. hinausgeht, – die Umdefinition der Rechtfertigungsgründe – entbehrt jeder Anknüpfung zur Unrechtsdogmatik und schafft überhaupt erst die dogmatische Verwirrung.

²³⁴⁵ Siehe auch *Lampe* ZStW 79 (1967) S. 476, 505: „Die Herkunft der Rechtspflichten selbst verweist letztthin ins Soziologische. Sie unterliegen daher dem Wechsel ebenso sehr wie die Sozialanschauungen, welche sie tragen.“

²³⁴⁶ *Vogt* ZStW 63 (1951) 381, 399. Zum ungestörten Ablauf des Funktionierens derartiger Sonderbereiche des sozialen Geschehens bedürfe es einer „engeren Bindung“.

²³⁴⁷ *Vogt* ZStW 63 (1951) 381, 400.

Hilfspflicht und aus dem allgemeinen Gefährdungsverbot erwachse die besondere Handlungspflicht.²³⁴⁸ Der Tatbestand erhebe die Pflicht aus „engerer sozialer Ordnung“ zur Rechtspflicht.²³⁴⁹

2. Kritik

In einer pluralistischen Demokratie wird sich keine einheitliche Sozialordnung finden. Die „Volksanschauung“, nach der sich die maßgebliche Ordnung ergeben soll, erlaubt jedenfalls keine rechtsstaatliche Strafbegründung. Hinsichtlich der Ingerenz missfällt die Vermengung der Begründungsansätze: Die besondere Pflicht soll einerseits aus dem Begehungstatbestand abgeleitet sein, außerdem aber eine „verdichtete“ Jedermannpflicht darstellen.²³⁵⁰ Dabei bleibt völlig offen, wie aus dem an jedermann gerichteten Gebot und

²³⁴⁸ Der Gefährdete sei auf die Rettung angewiesen, während der Gefährdende aufgerufen sei, „die von ihm vollzogene Störung des Gemeinschaftslebens nach Kräften abzureparieren“, *Vogt ZStW* 63 (1951) 381, 402 f.; zustimmend *Androulakis Studien* S. 214; ablehnend *Timpe Strafmilderungen* S. 166 m. Fn. 61.

²³⁴⁹ *Vogt ZStW* 63 (1951) 381, 411. Zum Erfordernis tatbestandlicher Gleichstellung S. 391.

Nicht ausführlich dargestellt werden kann die Theorie *Bärwinkels*. Dieser geht davon aus, oberster Rechtswert sei das „Gemeinwohl“ (Garantieverhältnis S. 96 ff.). Gemeinwohlement sei dabei auch die „sozialfunktionelle Stellung“ des Einzelnen sowie die dazugehörige „Rolle“ (S. 104 ff.). Für das *Strafrecht* seien nur solche Rollen relevant, deren Verwirklichung für das gedeihliche soziale Zusammenleben und damit die Verwirklichung des Gemeinwohls *notwendig* seien (S. 111, 114 f.). Den Gefahrbegründer treffe „in der Gesamtgesellschaft aus dem Prinzip einer (objektiv zu begreifenden) Verantwortlichkeit des Menschen für seine Handlungen die sozialetische Pflicht, Gefahren, die daraus für wertvolle Gemeinschaftsobjekte (m.a.W. Rechtsgutsobjekte) entstehen, zu beseitigen“. Die Rolle sei jedoch auch hier bloß ein *Teil* des Garantieverhältnisses, hinzukommen müssten zudem weitere Merkmale, die diese sozialetische Pflicht als „besonders dringlich“ erscheinen lassen (S. 113 f., S. 119). – *Bärwinkels* Arbeit thematisiert ausführlich nur solche Rollen, die einer Obhutsgarantenstellung entsprechen (S. 134 ff.) und widmet sich der Ingerenz nur ganz knapp. Es ist daher weitestgehend auf die ausführliche und überzeugende **Kritik** bei *Schünemann* zu verweisen (*Schünemann Grund und Grenzen* S. 128 ff.; kritisch außerdem *Brammsen Entstehungsvoraussetzungen* S. 55 f.; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 107 f. Maurach/*Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 43; *Otto/Brammsen Jura* 1985, 530, 535). Die wesentlichen Kritikpunkte sind folgende: der Begriff „Gemeinwohl“ ist eine völlig unbestimmte Leerformel, die zudem das Potential aufweist, den Einzelnen dem Kollektiv unterzuordnen (hier liegt eine Parallele zu der Theorie *Kissins*). Wenig Substanz weist auch der Begriff der Rolle auf, wobei insbesondere darauf hinzuweisen ist, dass das (Straf-)Recht nicht unmittelbar an die Sozialstrukturen gebunden ist. Unklar ist, weshalb der Rollenbruch gerade strafrechtliche Rechtsfolgen, insbesondere die über § 323c I StGB hinausgehende *begehungsgleiche* Strafbarkeit nach sich ziehen soll. So sind die allermeisten sozialen Rollen (straf-)rechtlich völlig irrelevant, sodass es auf die bewertende Selektion durch den Rechtsanwender ankommt (vgl. *Schünemann aaO* S. 135). Die besondere Dringlichkeit oder Wichtigkeit der Rolle stellt insoweit eine völlig offene Wertungsformel dar, die die Gleichstellung der Dezision des Rechtsanwenders überlässt. Überdies kann gerade eine „soziale Rolle“ des Ingerenten nicht so unproblematisch bejaht werden, wie *Bärwinkel* dies in der kurzen Passage suggeriert (dass eine solche nur aufgrund und nicht ohne eine jahrelange Rechtsprechung auffindbar sei, betont *Schünemann aaO* S. 136). Zutreffenderweise wird dagegen betont, dass es falsch ist, nach einem besonderen Status des Ingerenten zu suchen: Denn er hat keinen, seine Verantwortlichkeit ergibt sich allein aus den Wertungen zum Begehungsdelikt (oben → § 1 J II 1; *Jakobs* in: *El Sistema* S. 133, 134 f.; siehe zu *Bärwinkel* auch *Timpe Strafmilderungen* S. 166 m. Fn. 61: Ingerenz oder Verkehrspflichten würden unter dem Kriterium der „Rolle“ zum „Mysterium“).

²³⁵⁰ Dazu, dass diese Konstruktion nicht überzeugt, vgl. oben die Ausführungen bei → Kapitel 3 § 1 D.

dem Verletzungsverbot ein besonderes Gebot synthetisiert werden soll.²³⁵¹ Letztlich handelt es sich bei der Aussage, die Gefährdung weise den Gefährdenden zum Einschreiten ein, um eine *petitio principii*.

II. „Schon vorher Da-neben-sein“ (*Androulakis*)

1. Darstellung

Androulakis sucht in einem zweistufigen Verfahren zunächst die ontologische Vergleichbarkeit des Tuns mit dem Unterlassen als zwei verschiedene „Durchführungsarten des Bösen“.²³⁵² Diese ontologische Vergleichbarkeit bestehe in Fällen, in denen der Täter in einer „inneren, sozialen, mitmenschlichen Nähe“ zum Gefahrenherd oder zum gefährdeten Rechtsgut stehe. Diese Verbindung müsse bereits vor der Gefahrenentwicklung im Sinne eines „schon vorher *Da-neben-sein*“ bestehen.²³⁵³ Auch die Ingerenzsituation sieht *Androulakis* als einen Fall der Nähe an. Der Gefährdete gehe den Täter mehr an als irgendwelche anderen Menschen. Durch die Gefährdung werde er dem Ingerenten als „in-nigst Verbundener“ anvertraut. Er sei neben den sonstigen dritten Personen „der ‚Du‘“. Dies sei für Laien „selbstverständlich“.²³⁵⁴ Im zweiten Schritt müsse diese ontologisch gleichgestellte „unechte Unterlassung“ auch als unechtes Unterlassungsdelikt axiologisch gleich zu behandeln sein.²³⁵⁵ Die Unterlassung der im Näheverhältnis stehenden Person müsse „in concreto strafwürdig und strafbar“, also dem Tun „gleich(un)wertig“ sein: Die Bewertung erfolge aufgrund der „Gegebenheiten der Gegenwart“ und sei beeinflusst durch das „jeweils vorherrschende weltanschauliche, politische, im allgemeinen soziale Klima“.²³⁵⁶

2. Kritik

Der Grundfehler *Androulakis*‘ liegt darin, die Aspekte ontologischer und axiologischer Gleichstellung getrennt zu behandeln.²³⁵⁷ Es handelt sich sowohl bei dem ontologischen

²³⁵¹ Siehe bereits *Lampe ZStW* 72 (1960) 93, 97: Wenn die Pflicht aus dem Gefährdungsverbot erwächst, wozu braucht es dann noch die allgemeine Hilfspflicht?

²³⁵² *Androulakis Studien* S. 158; siehe zum Ansatz *Androulakis*‘ auch **kritisch** *Schünemann Grund und Grenzen* S. 150 ff.; S. *Böhm* *Garantenpflichten* S. 59 f. (im Hinblick auf Beschützergaranten).

²³⁵³ *Androulakis Studien* S. 159, Hervorhebung im Original; näher zu diesem Kriterium S. 205 ff.; die Ausführungen *Androulakis*‘ sind dabei beeinflusst durch *Vogt*, siehe etwa S. 207 f.; zur Ingerenz S. 214; sympathisierend mit dem Nähekriterium auch *Gallas Bau* S. 40; *Granderath Rechtspflicht* S. 169; *Kugler Ingerenz* S. 139, 205; *Maiwald JuS* 1981, 473, 74 ff.; *Rudolphi Gleichstellungsproblematik* S. 96; **kritisch** zu *Androulakis*‘ Vergleichsmaterial aber *Herzberg Garantenprinzip* S. 34 ff.

²³⁵⁴ *Androulakis Studien* S. 214; mit Berufung an die „allgemeine Volksanschauung“ im Anschluss an *Vogt*; **kritisch** *Timpe Strafmilderungen* S. 166 m. Fn. 61.

²³⁵⁵ *Androulakis Studien* S. 158. Damit trennt *Androulakis* die Frage nach der vorrechtlichen und der strafrechtlichen Gleichstellung, wobei das Gewicht gleichwohl auf ersterer liege, vgl. S. 158 ff., 219 f.: „Nicht jede unechte Unterlassung ist auch unechtes Unterlassungsdelikt“.

²³⁵⁶ *Androulakis Studien* S. 220 f. Es komme auf „objektive Bewertungsmomente an“, also solche, die auf der „Objektivität des Seins“ fußen.

²³⁵⁷ Eingehend *Roxin ZStW* 78 (1966) 214, 244 ff., 246: die Spaltung von Sein und Sollen ist „gewaltsam“; *Schünemann Grund und Grenzen* S. 156.

als auch dem rechtlichen Kriterium um Leerformeln,²³⁵⁸ die zusammenhangslos nebeneinander stehen. Wie *Roxin* treffend kritisiert, ergeben sich juristische Lösungen erst aus dem Zusammenwirken der sich gegenseitig durchdringenden sozialen Vorgegebenheiten und der spezifisch rechtlichen Wertungen.²³⁵⁹ Ob sich Nähebeziehungen zu Garantenbeziehungen verdichten, ist eine Frage, welche sich ohne *strafrechtliche* Erwägungen nicht beantworten lässt.²³⁶⁰ Aus dem bloßen Faktum des „schon vorher daneben sein“ kann jedenfalls noch kein Schluss auf das Sollen gezogen werden. *Androulakis* vermag nicht überzeugend darzulegen, wieso etwa der Vater „schon vorher daneben“ ist, nicht aber ein Nachbar oder entfernterer Verwandter. Er muss sich damit behelfen, dass den Nachbarn die Belange des Gefährdeten eben nichts angehen.²³⁶¹ Insofern stellt das Nähekriterium dann aber doch eine Wertung dar: *Androulakis* kann nur genau das herausziehen, „was er zuvor an rechtlicher Wertung hineingesteckt hat“.²³⁶² Überdies bewegt sich das Nähekriterium im Bereich des bloß Moralischen, vermag jedoch nicht zu begründen, weshalb es erforderlich ist, den Betroffenen zum Schutz der Rechtsgüter „auf Posten“ zu stellen, weshalb das Zurückbleiben hinter diese Schutzaufgabe für Rechtsgüter ähnlich gefährlich ist wie entsprechendes Tun und der Garant daher begehungsgleich zu bestrafen ist.²³⁶³ Das axiologische Kriterium der Strafwürdigkeit im Einzelfall hingegen ist, indem es sich nicht auf tatsächliche soziale Sachverhalte bezieht, bloß ein Aufruf zur freien Wertung des Rechtsanwenders,²³⁶⁴ sodass auch das normative Kriterium hier den Erfordernissen bestimmter Strafbegründung nicht genügt. Dass bloße Strafwürdigkeitserwägungen viel zu vage und zudem Einfallstor für subjektive Präferenzen des Rechtsanwenders sind, wurde oben bereits eindeutig dargelegt. Strikt abzulehnen ist zudem die Berufung auf das *vorherrschende* soziale Klima: In einer pluralistischen Gesellschaft verbietet es sich, dass die Anschauungen der Mehrheit oder der herrschenden Klasse unmittelbar herangezogen

²³⁵⁸ Siehe auch *Bärwinkel* Garantieverhältnisse S. 73; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 52; *Schöne* Erfolgsabweidungen S. 15 ff.; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 151 ff.: „aussageschwaches Blankett“; sowie *Welp* JZ 1971, 433: bloßer „Appell an abgewogenes Urteilen“.

²³⁵⁹ *Roxin* ZStW 78 (1966) 214, 244; vgl. auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 156: „jedes faktische Moment in der Rechtswissenschaft [ist] nicht als solches, sondern nur in seinen normativen Bezügen bedeutsam – ebenso wie die normative Richtlinie erst durch Heranführung an ihr faktisches Substrat Leben und Gestalt gewinnt.“

²³⁶⁰ *Herzberg* Garantenprinzip S. 36; *Roxin* ZStW 78 (1966) 214, 245, wobei *Androulakis* auch bei der Auswahl der Näheverhältnisse bereits unbemerkt eine Wertung trifft.

²³⁶¹ Vgl. *Androulakis* Studien S. 208; siehe dazu **kritisch** *Bärwinkel* Garantieverhältnisse S. 73.

²³⁶² *Herzberg* Garantenprinzip S. 36; siehe auch *Schöne* Erfolgsabweidungen S. 12 ff., 18; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 127; ferner *Bärwinkel* Garantieverhältnisse S. 73: *Androulakis* rezipiert die übliche Sammelgruppenlehre und ersetzt damit eine Generalklausel durch die andere.

²³⁶³ Dazu *Gallas* Studien S. 93.

²³⁶⁴ Siehe auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 62. So hat er alle Anknüpfungspunkte bereits in den vorrechtlichen Bereich verwiesen, vgl. *Roxin* ZStW 78 (1966) 214, 245; *Bärwinkel* Garantieverhältnisse S. 74 f.; ferner *Sangenstedt* Garantenstellung S. 130: Abkopplung von Strafgesetz und Verfassung.

werden.²³⁶⁵ So findet man am Ende der Untersuchung zwei Teilstücke²³⁶⁶ („ontologischer“ und „axiologischer“ Vergleich) vor, die weder für sich, noch gemeinsam etwas über die Tatbestandsmäßigkeit der Unterlassung aussagen.

III. Vertrauen/Vertrauendürfen

1. Darstellung

Vielfach wurden die Garantenstellungen auf die Aspekte des Vertrauens oder Vertrauendürfens zurückgeführt.²³⁶⁷ Auch der BGH formuliert zum Teil, alle „Erfolgsabwendungspflichten“ beruhen auf dem Gedanken, „dass eine bestimmte Person in besonderer Weise zum Schutz des gefährdeten Rechtsguts aufgerufen ist“, sodass sich jeder auf das Eingreifen *verlasse und verlassen dürfe*.²³⁶⁸ In der Literatur meint etwa *Vogler*, alle Garantenstellungen beruhen auf dem sozialen Vertrauen, das das Verhalten anderer bestimmt.²³⁶⁹ Kriminalpolitisch sei dies darin begründet, dass möglicherweise andere Personen im Vertrauen auf das Handeln des Garanten eigene Schutz- oder Überwachungsmaßnahmen unterlassen.²³⁷⁰ Die Garantenstellung aus Ingerenz zeichne sich durch einen „Eingriff in einen Zustand relativer Sicherheit“ aus, „auf dessen Fortbestand zu vertrauen begründeter Anlaß bestand“.²³⁷¹ Ebenso vertreten *Jescheck/Weigend*, Grundgedanke jeder Garantenstellung sei, dass eine bestimmte Person zum Schutz des Rechtsgutsobjekts

²³⁶⁵ Eine solche Konzeption unterscheidet sich, wenn auch unbeabsichtigt, kaum mehr von der Maßgeblichkeit des „gesunden Volksempfindens“. Siehe auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 90.

²³⁶⁶ So spricht sich ja auch *Androulakis* Studien S. 177, 233 gegen die Unterscheidung von der Garanten- und der Gleichwertigkeitsfrage in § 13 E 1960 aus. Zu Recht **kritisch** daher *Roxin* ZStW 78 (1966) 214, 245; *Androulakis*‘ zweistufige Prüfung läuft letztlich auf gerade diese „Doppelbewertung“ hinaus.

²³⁶⁷ Neben den im Folgenden genannten Autoren spielt der Vertrauensgedanke auch bei *Rudolphi* NSZ 1984, 149, 150; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 40; eine Rolle, dessen Auffassung unten im Einzelnen dargestellt wird. Auch die Bedeutung des Vertrauensbegriffs nach der Konzeption von *E. A. Wolff/Köhler/Kahlo* wird unten im Einzelnen gewürdigt, ebenso wie das an *Wolff* anschließende Vertrauendürfen bei *Welp*. Ferner spielt der Vertrauensgedanke eine Rolle bei *Ellmer* Betrug S. 280; *L. Kaiser* Opferverantwortung S. 195 f. (für die Übernahme); *Kühne* Geschäftstüchtigkeit S. 80 f.; *Maß* Betrug S. 16 f., 35 ff.; ausführlich zum Vertrauensprinzip in der Garantendogmatik *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 78 ff.

²³⁶⁸ Vgl. etwa BGHSt 59, 318, 323; BGHSt 62, 72, 76.

²³⁶⁹ Auf sozialem, also nicht notwendig im Einzelfall psychologisch-kausalem Vertrauen. *Vogler* FS Lange S. 265, 281; siehe dort auch Fn. 83. Auch *Blei* betont, das Vertrauen sei nicht als beweisbedürftiger empirischer Vorgang zu verstehen, sondern als eine objektiv begründete Erwartung, *Blei* FS H. Mayer S. 119, 140; *Kühne* Geschäftstüchtigkeit S. 80 f.; *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 136 ff., 143 f.; *ders.* JuS 1985, 270, 273: Gefahrschaffung und Vertrauen; für die Garantenstellung aus Ingerenz *A. Böhm* Rechtspflicht S. 83; für die Garantenstellung aus Übernahme auch *Mezger* Strafrecht S. 144; *Stree* FS H. Mayer S. 145, 156; außerdem *Philipps* Handlungsspielraum S. 176 ff., der allerdings die Garantenstellung aus Ingerenz nicht hierunter fasst, sondern als unmittelbar einleuchtenden Fall der „Eigenkompensation“ erachtet, vgl. S. 175 m. Fn. 227; *Maiwald* JuS 1981, 473, 481 und *Kühl* JuS 2007, 497, 500 halten das Vertrauensprinzip bei den Beschützergarantenstellungen für plausibel; siehe außerdem *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 86 f.

²³⁷⁰ *Vogler* FS Lange S. 265, 281. *Philipps* meint hingegen, dass es nur auf das Vertrauendürfen des Handelnden, auf die Kompensationsbereitschaft des Garanten ankomme, nicht hingegen auf eine Gefahrerhöhung dadurch, dass der Geschützte sein eigenes Verhalten davon abhängig gemacht hätte. In letzterer zeige sich bloß die Ernsthaftigkeit der Verpflichtung, Handlungsspielraum S. 178.

²³⁷¹ *Vogler* FS Lange S. 265, 282; auf ein Vertrauen „in die Ordnung der Dinge“ stellt auch *Kühne* Geschäftstüchtigkeit S. 81 ab.

aufgerufen sei und dass sich alle auf den aktiven Einsatz dieser Person verlassen dürfen.²³⁷² Hiermit steht das normative Element des Vertrauendürfens im Vordergrund.²³⁷³ Speziell hinsichtlich der Ingerenzgarantenstellung meint *Hillenkamp*, die Rechtsgemeinschaft vertraue darauf, dass der, der fahrlässig einen gefährlichen Kausalverlauf in Gang setze, alles in seinen Möglichkeiten stehende unternehme, um den drohenden Erfolg abzuwenden. „Das ist von ihm mehr und anders als von Unbeteiligten rechtlich erwartbar“.²³⁷⁴

2. Kritik

Der Begriff des Vertrauens bleibt regelmäßig unspezifisch. Unklar ist etwa, *wer* auf den Einsatz des Garanten vertraut und unter welchen Gesichtspunkten dieses Vertrauen berechtigt ist.²³⁷⁵ Das Kriterium führt so zu einer für das Strafrecht untragbaren Unbestimmtheit.²³⁷⁶ Das bloße *Sein* empirischen, tatsächlichen Vertrauens (ob nun psychisch oder sozial) kann kein *Sollen* begründen und führt daher nicht zu einer *rechtlichen* Pflicht,²³⁷⁷ erst recht zu keiner *strafrechtlich bewehrten*²³⁷⁸ Garantenpflicht.²³⁷⁹ Es ist unklar, weshalb das Vertrauen oder Vertrauendürfen Schutz in dem Sinne bedarf, dass eine Zuwiderhandlung *begehungsgleich* bestraft wird.

²³⁷² *Jescheck/Weigend* AT § 59 IV 1; bei der Überwachungsgarantenstellung ergebe sich dies aus der „Nähe zur Gefahr“, § 59 IV 4; jedenfalls ein Indiz für eine Garantenstellung sieht *Herbertz* Ingerenz S. 174, wenn „das Opfer angesichts der sozialen, rechtlichen und tatsächlichen Umstände berechtigterweise darauf vertrauen durfte, dass der potentielle Garant erfolgsabwendend tätig wird“. Etwa hinsichtlich von „Sicherheitspflichten“ sei ein solches „normativiertes Vertrauen“ denkbar. – Problematisch ist jedoch gerade, wann das Opfer *berechtigterweise* vertrauen kann.

²³⁷³ Siehe auch *Maiwald* JuS 1981, 473, 475; *Wohlens* NK³ § 13 Rn. 34; zirkulär *Ellmer* Betrug S. 280: Wann darf vertraut werden? – „Wenn ein objektiver Grund besteht“.

²³⁷⁴ *Hillenkamp* FS Otto S. 287, 301. Zudem sei an den fahrlässigen Gefahrschaffer der mit gesteigerter Strafandrohung gesicherte Normappell zu richten, die Situation nicht weiter eskalieren zu lassen. Der Appell an den vorsätzlich Handelnden, die gerade bezweckte Erfolgsverursachung selbst zu bekämpfen, sei hingegen sinnlos und illusionär, S. 302. Im Rahmen der Ingerenzbegründung auf Vertrauen abstellend auch *Blei* FS H. Mayer S. 119, 137; *A. Böhm* Rechtspflicht S. 83; *E. A. Wolff* Kausalität S. 43.

²³⁷⁵ Vgl. *Otto/Brammsen* Jura 1985, 530, 535; fast gleich v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 96.

²³⁷⁶ *Granderath* Rechtspflicht S. 167; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 39; *ders.* in: *Vielfalt des Rechts* S. 85, 92; *ders.* GA 1989, 241, 244: Wenn unterstellt wird, jeder vertraue darauf oder dürfe darauf vertrauen, dass andere selbstgesetzten Gefahren entgegentreten, so verliert der Begriff des Vertrauens seine Konturen. Auch *Otto* AT § 9 Rn. 28, *ders./Brammsen* Jura 1985, 530, 535; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 85 ff. meinen, die Kritik sei berechtigt, wenn das Vertrauensprinzip nicht konkretisiert ist.

²³⁷⁷ *Freund* MK § 13 Rn. 136; *Granderath* Rechtspflicht S. 168; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 80; *Maiwald* ZStW 91 (1979) 923, 975; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 251; *Seelmann* GA 1989, 241, 246: Das Vorliegen von Vertrauen zeige zunächst nur, dass eine Handlungspflicht in einem bestimmten Fall den Interessen potentieller Opfer entspricht; *ders.* NK¹ § 13 Rn. 42, 47: keine Abgrenzung zu moralischen Pflichten; *Stree* FS H. Mayer S. 145, 154.

²³⁷⁸ Das Vertrauendürfen führt etwa bei den zivilrechtlichen Verkehrspflichten zu einer Verteilung der Belastung nach Leistungsfähigkeit und Opferzumutbarkeit. Siehe dazu *Chr. v. Bar* JuS 1988, 169, 170: Schutz berechtigter Vertrauenserwartungen.

²³⁷⁹ *Stree* FS H. Mayer S. 145, 154: „Der Rechtsordnung läßt sich nirgends entnehmen, daß schon das Herstellen einer Vertrauenslage als solches besondere Rechtspflichten erzeugt“; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 44.

Was die Ingerenz angeht, ist das *empirische*²³⁸⁰ oder *soziale* Vertrauen, dass der Verursacher einer Gefahr dieser entgegnet wird, äußerst zweifelhaft. So führt die Stützung der Garantenstellung auf Vertrauen bei manchen Autoren zur Ablehnung der Ingerenz bei vorsätzlichem Vorverhalten.²³⁸¹ Dies ist jedoch *rechtlich* nicht haltbar: Auch wenn hier das Unterlassen auf der zu erwartenden Linie verbrecherischer „Psycho-Logik“ liegt, sodass man nicht auf ein Einschreiten des vorsätzlichen Gefahrschaffers „vertraut“, darf das Recht hiervon nicht kapitulieren.²³⁸² „Das Motto ‚Ist der Ruf erst ruiniert, lebt es sich ganz ungeniert‘ kann doch für die strafrechtliche Haftung kaum gelten“.²³⁸³ Die bloß statistische Wahrscheinlichkeit der Befolgung einer Pflicht aus der Perspektive des Geschützten kann kein Geltungskriterium sein.²³⁸⁴ Die Ablehnung der Ingerenzgarantenstellung mangels empirischen Vertrauens ließe sich im Übrigen auch für den fahrlässigen Unfallverursacher behaupten: Auch auf dessen Eingreifen kann empirisch nicht vertraut werden,²³⁸⁵ insbesondere, wenn dieser straf- oder ordnungswidrigkeitsrechtliche Konsequenzen für das Vorverhalten fürchten muss. Es zeigt sich also, dass aus dem Vertrauenskriterium keine Rückschlüsse auf die erforderliche rechtliche Qualität des Vorverhaltens bei der Ingerenz ableitbar sind.²³⁸⁶ Diese Garantenstellung kann durch das Vertrauenskriterium nicht erklärt werden, im Gegenteil würde sie diesem jegliche Konturen nehmen,²³⁸⁷ indem es hier zur bloßen Metapher geriete. Aufgrund der Schwächen des empirischen Vertrauenskriteriums, werden, wie gesehen, regelmäßig normative Erwägungen zu Hilfe genommen. Jedoch ist das Kriterium des Vertrauendürfens zirkulär.²³⁸⁸ Ob jemand zu Recht vertraut, hängt doch gerade vom Bestehen der Handlungspflicht ab. Die Berechtigung des Vertrauens zu begründen, ist damit nichts anderes als die Voraussetzungen der Garantenstellung herauszuarbeiten.²³⁸⁹ Dann ist das empirische „Erwarten“ oder „Vertrauen“ bloß sekundärer Natur (die Relation ist also umgekehrt: Folge, nicht Grund der Handlungsäquivalenz), da *aufgrund* des normativen Verbotes von der

²³⁸⁰ Vgl. allgemein *Hefendehl* GA 2007, 1, 12: Bei Vertrauen handle es sich um einen faktischen, den psychischen Zustand eines Menschen beschreibenden Begriff (dort zum Vertrauen als Rechtsgut).

²³⁸¹ So etwa bei *Hillenkamp* FS Otto S. 287, 302.

²³⁸² *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 83; *Freund* MK § 13 Rn. 130 ff.; kritisch auch *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 80. Siehe dazu schon oben → Kapitel 2 § 5 C.

²³⁸³ *T. Walter* NSTZ 2005, 240, 241 f.

²³⁸⁴ *Freund* MK § 13 Rn. 136; *Ha. Schneider* NSTZ 2004, 91, 92: „Gewiss wird der an den Vorsatztäter gerichtete Normappell zur Rettung [...] faktisch häufig leer laufen. Indes liefert dieser Umstand keinen Rechtsgrund zur generellen Verneinung einer Garantenstellung aus Ingerenz“. – Allgemein: Die Geltung der Norm ist ein Sollen, kein Sein, daher ist ihre Geltung auch von ihrer tatsächlichen Befolgung (vgl. *Kelsen* Reine Rechtslehre S. 10) bzw. der tatsächlichen Erwartung ihrer Befolgung zu unterscheiden.

²³⁸⁵ Siehe auch *Hoven* GA 2016, 16, 24.

²³⁸⁶ Vgl. auch *Maiwald* ZStW 91 (1979) 923, 975 f.

²³⁸⁷ *Seelmann* GA 1989, 241, 244.

²³⁸⁸ v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 96 m. Fn. 56; *Granderath* Rechtspflicht S. 164; *Grünwald* Garantenpflichten S. 25; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 251; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 42 f.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 346; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 216 ff., 251.; siehe auch *Bosch* Jura 2019, 1239, 1241: Verweis auf ungenannte außerstrafrechtliche Kriterien.

²³⁸⁹ *Maiwald* ZStW 91 (1979) 923, 975. – Das Vertrauensprinzip kann daher das Vorliegen einer Garantenstellung regelmäßig höchstens paraphrasieren, droht dabei jedoch mehr Erkenntnisgewinn zu suggerieren als es eigentlich bietet.

Vornahme der Handlung ausgegangen wird.²³⁹⁰ Dass es in der Sache um rechtliche Erwägungen geht, zeigt letztlich auch die Ingerenzbegründung bei *Vogler*: ob *begründeter* Anlass bestand, auf den Fortbestand einer Lage zu vertrauen, hängt davon ab, ob der Fortbestand dieses Zustandes *rechtlich* garantiert war. Zu betonen ist zuletzt, dass das Kriterium des Vertrauens besonders beim Betrug durch Unterlassen eine Rolle spielen soll.²³⁹¹ Dies liegt sicher daran, dass es in den entsprechenden Fallkonstellationen materiell regelmäßig um Übernahmegesichtspunkte geht.²³⁹²

IV. Erwartungserwartungen (*Otto*)

Eine Variante des Vertrauensgedankens findet sich bei *Otto* und *Brammsen*,²³⁹³ die die Garantenstellung aus Ingerenz auf den Gedanken gesellschaftlicher Erwartungen stützen.

1. Darstellung

a) Erwartungserwartungen

Otto geht davon aus, dass Aufgabe des Strafrechts der Schutz allgemein anerkannter Grundwerte sowie des gesellschaftlichen Sozialgefüges sei. Nicht die Ahndung der Verletzung stehe im Vordergrund, sondern „die Festigung der sozialen Verbundenheit, die ihrerseits den Rechtsgüterschutz garantiert“.²³⁹⁴ Eine Rechtsordnung, die sich der Verschiedenheit ihrer Mitglieder und ihrer Interessen bewusst sei, könne sich nicht schlechthin auf das Vertrauen stützen, dass jeder von selbst den Rahmen finde, in dem er sich selbst frei entfalten könne, und zugleich die Bedingungen der Entfaltung der anderen fördere. Vielmehr brauche es berechenbare Erwartungshaltungen, um Rechtssicherheit zu gewähren.²³⁹⁵ *Otto* und *Brammsen* gehen insoweit – im Anschluss an *Luhmann*²³⁹⁶ – im

²³⁹⁰ Bereits *Nagler* meinte, Erwartung und Vertrauen seien bloß Folgen der objektiv bestehenden Abwehrverpflichtung, deren „zufällige Begleiterscheinungen“. Das „Vertrauen der Volksgemeinschaft“ auf das Funktionieren des Garanten sei unerheblich. Durch das Abstellen auf Erwartungen würde man die Unterlassungsdelikte auf eine Weise einengen, die der materiellen Gerechtigkeit widerspräche. *Nagler* GS 111 (1938) 1, 68. Vgl. außerdem *Gallas* Studien S. 28; *Maiwald* JuS 1981, 473, 475: Eine Erwartung als bloß psychisches Faktum kann auch „irren“ und die soziale Realität verkennen, sie ist daher nur Reflex einer Lage, die die Berechtigung der Erwartung bereits zuvor begründet; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 251; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 216; *Vogel* Norm und Pflicht S. 346: „allenfalls Folge“. Im Allgemeinen auch *Amelung* in: Rechtsgutstheorie S. 155, 172: Vertrauen ist die Kehrseite faktischer Normgeltung.

²³⁹¹ *Ellmer* Betrug S. 280; *Gaede* AnwK § 263 Rn. 41; *Hefendehl* MK § 263 Rn. 182 ff., 194 ff., 247; *L. Kaiser* Opferverantwortung S. 195 f.; *Lackner* LK¹⁰ § 263 Rn. 63 (siehe aber auch Rn. 62); *Maaß* Betrug S. 35 ff.; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen* BT 1 § 41 Rn. 52; *Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 19; *Rengier* BT I § 13 Rn. 29; *Tiedemann* LK § 263 Rn. 63.

²³⁹² *Gaede* AnwK § 263 Rn. 41; nach *Hefendehl* MK § 263 Rn. 184 soll die Ingerenz nur im Rahmen bestehender Vertragsverhältnisse eine Rolle spielen.

²³⁹³ *Otto/Brammsen* Jura 1985, 530, 536 f.; außerdem *Hillenkamp* FS *Otto* S. 287, 301; v. *Coelln*, die *Otto* zwar kritisiert (Unterlassungsdelikt S. 109 f.), im Endeffekt aber selbst auf Erwartungen der Gesellschaft abstellt, S. 135, 198 ff., 233. Auch *Kudlich* hält diese Theorie für „in hohem Maße erklärungs mächtig“, wengleich das Modell allein zu inhaltsleer sei. *Kudlich* SSW § 13 Rn. 15.

²³⁹⁴ *Otto* ZStW 87 (1975) 539, 558 f.: eine Aufgabe von „positiv-sozialethischer Natur“, S. 546, 586; *ders.* AT § 1 II 1; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 87.

²³⁹⁵ *Otto* ZStW 87 (1975) 539, 566.

²³⁹⁶ *Luhmann* Rechtssoziologie S. 31 ff., 40 ff., 53 ff., 132 ff.

Ausgangspunkt von den Normen aus, die nicht nur das positive Recht, sondern alle Subsysteme der Gesellschaft durchziehen.²³⁹⁷ Rechtliche Normen stützten soziale Normen ab und leisteten so Verhaltenssteuerung und Erwartungssicherheit. Dabei dürften jedoch die Dynamik der sozialen Normensysteme nicht dadurch gehemmt werden, dass das positive Recht einen zu einem bestimmten Zeitpunkt vorliegenden Bestand sozialer Normen zementiere.²³⁹⁸ „Die soziale Organisation muß vielmehr an den Erwartungen der anderen anknüpfen, und zwar an Erwartungen, die wiederum bezogen sind auf die Erwartungen der jeweils anderen“,²³⁹⁹ die von *Luhmann* so bezeichneten „Erwartungserwartungen“.²⁴⁰⁰ Die Begründung der Garantenstellungen knüpft hier an: Es gehe nicht darum, umfassende Pflichtennetze über den Einzelnen zu werfen, sondern „an Entscheidungsbrennpunkten Erwartungen abzusichern und Richtpunkte für das Verhalten und damit für die Entwicklung der Sozietät in gesetzlichen Vorschriften zu geben“.²⁴⁰¹ Das Unrecht der Garantenunterlassung bestehe damit darin, dass jemand die an seine soziale Position anknüpfende Handlungserwartung nicht befolgt habe, obwohl er erwarten musste, dass andere sich an seinem als sicher erwarteten erfolgsabwendenden Tun orientieren und dieses als Faktor im Alltagsleben berücksichtigen.²⁴⁰²

²³⁹⁷ *Otto* NJW 1974, 528, 533 f.

²³⁹⁸ „Dynamik und lebendige Entwicklung der Gesellschaft würden jedoch schwer beeinträchtigt, wenn die im sozialen Bereich real erlebten Erwartungserwartungen zu früh durch gesetzliche Positivierung stabilisiert würden. Die Rechtsordnung würde nicht die gesellschaftliche Entwicklung sichern, sondern sie zerstören, einen bestimmten Entwicklungsstand zementieren, das Sozialleben unterhalb der Rechtsebene um die Möglichkeit der Wandlung der Erwartungserwartungen im steten praktischen Vollzug bringen“. [...] Wenn das Sozialleben nicht „unter dem starren Geflecht rechtlicher Normen verkümmern“ soll, muss das Recht freie Entfaltungsräume belassen, *Otto* NJW 1974, 528, 533 f.; *ders./Brammsen* Jura 1985, 530, 536 f.; *ders.* AT § 9 Rn. 33: Die Wirkkraft sozialer Normensysteme unterhalb des Rechtssystems werde regelmäßig unterschätzt; bereits *ders.* ZStW 87 (1975) 539, 561: Wenn das Systemvertrauen das ursprüngliche völlig ersetze, handle es sich nicht mehr um eine lebendige Ordnung. Dort Fn. 88: „Hier hat die Rede von „Recht und Ordnung“ im abwertenden Sinne ihre Berechtigung“; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 95 ff., 113 ff.

²³⁹⁹ *Otto/Brammsen* Jura 1985, 530, 536 f.; siehe auch *Otto* AT § 9 Rn. 33 ff., 43 ff.; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 86 f.: Erforderlich sei ein Gegenseitigkeitsverhältnis; *ders.* GA 1993, 97, 114 ff.

²⁴⁰⁰ „Wer fremde Erwartungen erwarten kann, kann eine möglicherweise reichere Umwelt haben und trotzdem enttäuschungsfreier leben. Er kann höhere Komplexität und höhere Kontingenz auf abstraktem Niveau bewältigen.“, *Luhmann* Rechtssoziologie S. 33 f. Die Erwartung fremder Erwartungen schaffe interne Verhaltensabstimmungen, „weitgehend ohne Kommunikation“.

²⁴⁰¹ *Otto* AT § 9 Rn. 35. – *Sangenstedt* und dem folgend *Herbertz* meinen **hingegen**, es könne nicht begründet werden, warum die soziologischen Rollenerwartungen mit den strafrechtlichen Unterlassungsdelikten kongruent sein sollten. Die Kohärenz sei mehr konstruiert als inhaltlich abgeleitet, *Sangenstedt* Garantenstellung S. 149; *Herbertz* Ingerenz S. 251 (zu *Brammsen* Garantenpflichten S. 105 ff.). Dieser Einwand trifft *Ottos* Konzeption jedoch nicht. Die Garantenpflichten *sind* nicht einfach kongruent „zufällig“ zu den sozialen Erwartungen, sondern *definieren* sich überhaupt erst auf deren Grundlage. Es sollen *bestehende* gesellschaftliche Erwartungen stabilisiert werden, dies gilt für die Erwartung gegenüber dem Jedermann bei der Begehung (insoweit abweichend *Brammsen* → § 1 J) ebenso wie gegenüber dem Garanten.

²⁴⁰² *Otto/Brammsen* Jura 1985, 530, 537; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 86 f., bloß einseitiges Erwarten oder Vertrauen genüge nicht, da dieses auch den Jedermann delikten zugrunde liege, S. 87, 104 ff., 122 ff. Vgl. oben → § 1 J.

Otto will hier jedoch über den systemtheoretischen Ansatz hinausgehen und die Auswahl der abzusichernden Normen „zugleich als Akt der Wertsetzung [...] verstehen“.²⁴⁰³ „Die Norm darf sich nicht in einem systemerhaltenden Inhalt erschöpfen, sie muss der Person zugleich Raum geben zur Selbstbestimmung und Selbstverantwortung und sich damit gegen den vollsystematisierenden Gehalt wenden“.²⁴⁰⁴ Als spezifisch strafrechtliche Voraussetzung stellt er die Strafwürdigkeit der Nichtbefolgung der Erwartung auf.²⁴⁰⁵ Damit ergeben sich für *Otto* folgende vier Voraussetzungen für das Bestehen einer Garantenpflicht:²⁴⁰⁶ 1. Die Erwartung müsse in einer bestimmten Position *allgemein erwartet werden*. 2. Die Erwartung müsse eine *zwingende* sein, also eine „Muss-Erwartung“, an deren Befolgung trotz einer Enttäuschung im Einzelfall festgehalten werde.²⁴⁰⁷ 3. Es müsse sich um ein *gegenseitiges Erwarten der Erwartung* handeln, sodass das Verhalten im gesellschaftlichen Leben nach dieser Erwartung ausgerichtet wird. 4. Die Erwartung müsse von einer gewissen Festigkeit und Gewicht sein, dass ihre Verletzung einen vergleichbar schweren Schaden für die Vertrauensbasis des Soziallebens bedeutet wie die Verletzung dieser Basis durch aktive Rechtsgutsangriffe.

b) Garantenstellung aus Ingerenz

Während *Brammsen*, wie oben gesehen,²⁴⁰⁸ für die Ingerenz das Bestehen einer Erwartungserwartung verneint, erkennt *Otto* die Ingerenz als Garantenstellung an.²⁴⁰⁹ Dabei geht *Otto* jedoch praktisch nicht darauf ein, ob nun eine gesellschaftliche „Erwartungser-

²⁴⁰³ *Otto* AT § 9 Rn. 35. *Otto* meint insofern, der behauptete Gegensatz zwischen bloßer „Erwartungssicherung“ nach *Luhmann* (Rechtssoziologie S. 131 ff.) und der von der herrschenden Lehre angenommenen „bewußten Gestaltung sozialer Verhaltensweisen durch Wertsetzung“ sei „dubios“, weil auch Erwartungssicherung „Wertsetzung“, also Auswahl und Entscheidung erfordere, *Otto* ZStW 87 (1975) 539, 550 m. Fn. 54; zustimmend *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 97.

²⁴⁰⁴ *Otto* AT § 9 Rn. 36.

²⁴⁰⁵ „Die Erwartung muß von einer solchen Festigkeit und von solchem Gewicht sein, daß ihre Verletzung einen ebenso schweren Schaden für die Vertrauensbasis des Soziallebens bedeutet wie die Verletzung dieser Basis durch Gefährdung und Verletzung einzelner Rechtsgüter durch positives Tun“. Dies komme nur für zwingend zu beachtende „Musserwartungen“ in Frage. Es müsse anhand einer umfassenden Interessenabwägung festgestellt werden, ob die Erwartung die Erhaltung „elementarer Rechtsgüter oder wesentlicher Strukturen des gesamtgesellschaftlichen Sozialgefüges“ zum Inhalt habe; *Otto/Brammsen* Jura 1985, 530, 537; siehe auch *ders.* AT § 9 Rn. 46. Im Allgemeinen *ders.* ZStW 87 (1975) 539, 562. „Strafwürdig sind nur so unerträgliche Beispiele sozialwidrigen Verhaltens, daß zum Schutze des Sozialgefüges die Reaktion mit Strafe notwendig und angemessen erscheint. Strafe setzt demnach als Unrecht ein grob sozialwidriges Verhalten voraus, das dem Täter persönlich vorgeworfen wird [...]“ (S. 539). Nur solche Verhaltensweisen, die „besonders gravierend das soziale Miteinander stören und damit dessen Grundlagen gefährden“, kämen in Betracht (S. 566). Maßgeblich seien die „Schwere des Eingriffs“, seine „Unerträglichkeit“, die Abwehrmaßnahmen durch die Allgemeinheit fordere (S. 560 f.).

²⁴⁰⁶ *Otto/Brammsen* Jura 1985, 530, 536 f. (zusammenfassend S. 537); *Otto* AT § 9 Rn. 42 ff.; ähnlich *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 129 f.

²⁴⁰⁷ Also mit *Luhmann* Rechtssoziologie S. 40 ff. um eine „normative“ Erwartung, S. 43: „Wird man in diesem Punkte enttäuscht, hat man nicht das Gefühl, falsch erwartet zu haben. Die Erwartung wird festgehalten und die Diskrepanz dem Handelnden zugerechnet“.

²⁴⁰⁸ Vgl. oben → § 1 J.

²⁴⁰⁹ *Otto* AT § 9 Rn. 78; *ders./Brammsen* Jura 1985, 646, 648 ff.

wartung“ an den Ingerenten bestehe, sondern betont die *Bedeutung* dieser Garantenstellung für die *Herausbildung* gesellschaftlicher Erwartungen: Gesellschaftliche Dynamik und die Möglichkeit der Wandlung von Erwartungserwartungen scheinen von *mittelbarer* Relevanz zu sein: „Soll diese Praxis des Soziallebens der Rechtsordnung Anstöße geben und nicht unter dem starren Geflecht rechtlicher Normen verkümmern, so müssen reichlich freie Entfaltungsräume gewährt werden. Dies kann allerdings – im Hinblick auf mögliche Folgen für Dritte – nur dann geschehen, wenn zugleich Sorge getragen ist dafür, daß die Gefährdung des Freiraums nicht auf Kosten anderer geschieht“.²⁴¹⁰ Das gelte für die Ingerenzkonstellation, in der die Gefahrschaffung (Zurechnungsgrund) und die Vermeidbarkeit/Steuerbarkeit des Geschehens auseinanderfallen.²⁴¹¹ Derjenige, der einen anderen gefährde und die Gefährdung in einem Moment erkenne, in dem er das Geschehen noch erfolgsvermeidend steuern kann, sei nicht aus der strafrechtlichen Verantwortung für die Folgen seiner Gefährdung entlassen.²⁴¹² Mit der Verantwortung für pflichtwidriges Vorverhalten – als Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit oder die Ingerenzgarantenstellung – sei die Achtung der gegenseitigen Handlungsfreiheit noch nicht hergestellt.²⁴¹³ Die Garantenstellung bestehe immer, wenn jemand den allen Mitgliedern der Rechtsgesellschaft zukommenden Verhaltensrahmen, den „Jedermann-Handlungsspielraum“, zulasten anderer Personen überschreite, egal ob dies rechtmäßig, rechtswidrig oder sogar schuldhaft

²⁴¹⁰ *Otto* NJW 1974, 528, 533 f. Die Bedeutung der Ingerenzhaftung zur Gewährleistung von Entfaltungsspielräumen skizziert *Otto* zudem anhand folgender Überlegung: „Zwei grundverschiedene Möglichkeiten, diesen Handlungsspielraum zu gestalten, stehen der Rechtsordnung zur Verfügung: Im Hinblick auf mögliche Schäden für andere kann der Verhaltensspielraum von vornherein eng begrenzt, strafrechtliche Haftung streng an pflichtwidriges Verhalten, sei es positives Tun oder Vorverhalten, geknüpft werden. Möglich ist es aber auch, dem Einzelnen einen möglichst weiten persönlichen Entfaltungsbereich einzuräumen, allerdings nur dann, wenn Sorge getragen ist dafür, daß andere dadurch nicht um den ihnen zukommenden Raum gebracht werden. Entscheidet sich eine Rechtsordnung wie die unsere in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. den individuellen Grundrechten prinzipiell dafür, den Handlungsspielraum des Einzelnen nicht von den möglicherweise schädlichen Erfolgen her grundsätzlich eng zu halten, so kann sie sich nicht mit dem Verbot, andere durch bestimmtes positives Tun zu schädigen, begnügen, sondern muss differenzierte Verantwortungsregeln entwickeln. Sie kann gefährliche Handlungen erlauben, die – keineswegs als Störungen des Soziallebens angesehen – unter der Auflage gedacht werden, sich selbständig weiterentwickelnde Rechtsgutsgefährdungen zu neutralisieren.“; *ders.* FS Gössel S. 99, 106. Siehe auch *ders.* FS Hirsch S. 291, 309: „Erst die gegenseitige Achtung der jedermann gewährten Handlungsfreiheit ermöglicht Handlungsfreiheit im Rechtsstaat“. Dazu auch noch unten → H I 1 c), 2 c).

²⁴¹¹ *Otto* FS Maurach S. 91, 102. Dass diese Elemente stets – wie bei der Begehung – in einem einheitlichen Zeitpunkt liegen sei nicht zwingend: „Dies sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß das äußerlich einheitliche Geschehen auf dem funktionalen Zusammenhang verschiedener Elemente beruht“. [...] „Wird nämlich anerkannt, daß die strafrechtliche Haftung für eine Rechtsgutsverletzung durch positives Tun an die Begründung oder Erhöhung einer Gefahr für ein tatbestandlich geschütztes Rechtsgut anknüpft, so ist der klassische Fall einer Haftung für positives Tun das sog. Unterlassen nach einem gefährlichen vorangegangenen Tun.“ Aufgrund des Wechsels in der subjektiven Einstellung des Täters fielen Risikoerhöhung und Steuerung zwar auseinander, „Haftungsgrund und Haftungsvoraussetzung“ würden nacheinander erörtert, hierdurch werde die „funktionale Abhängigkeit“ zwischen den beiden Aspekten offenbar.; dann auch *ders.* NJW 1974, 528, 531 f.; *ders.* AT § 6 Rn. 43 ff., 48 ff.; § 9 Rn. 81: diejenigen Fälle würden gleichgestellt, in denen Tun und Kenntnis auseinanderfallen;

²⁴¹² *Otto* FS Gössel S. 99, 106; siehe auch *Herzberg* JuS 1971, 74, 75; *Pawlik* Unrecht S. 181 m. Fn. 182.

²⁴¹³ *Otto* FS Hirsch S. 291, 309.

erfolge.²⁴¹⁴ Der Täter müsse also eigenverantwortlich eine sozialinadäquate²⁴¹⁵ Gefahr begründet haben, die sich unmittelbar im Erfolg verwirklicht.²⁴¹⁶

2. Kritik

a) Maßgeblichkeit von Erwartungserwartungen?

Problematisch ist zunächst, dass es viele Erwartungen gibt, die strafrechtlich nicht relevant sind oder jedenfalls keine *Strafbarkeit* wegen unechten Unterlassens begründen können.²⁴¹⁷ Damit scheint dieses Kriterium kaum eine relevante Auslese der strafrechtlich relevanten Pflichten zu leisten, sondern öffnet Tür und Tor zu einer hierauf aufbauenden freien Rechtsschöpfung des Anwenders.²⁴¹⁸ Dagegen meint *Otto*, dass dort, wo „das von Lehre und Rechtsprechung bereits herausgearbeitete Material zur Konkretisierung im Einzelfall herangezogen und [...] mit dem Grundsatz in ‚dubio pro reo‘ Ernst gemacht [wird]“, wo Zweifel an der Garantenposition im konkreten Fall begründet seien, dem Bestimmtheitsgebot entsprochen werde.²⁴¹⁹ Damit werden jedoch zwei Aspekte vermischt: Der Grundsatz *in dubio pro reo* betrifft nur die Zweifel am Vorliegen einer *tatsächlichen* Voraussetzung der Strafbarkeit, nicht hingegen Unsicherheiten bei der *rechtlichen* Bestimmung²⁴²⁰ der Strafbarkeitsvoraussetzungen.

Zutreffender Kern von *Ottos* Konzeption ist es zwar, dass das Recht die soziale Wirklichkeit nicht ignorieren kann.²⁴²¹ Das *unmittelbare* Anknüpfen an „Erwartungserwartungen“

²⁴¹⁴ *Otto*/Brammsen Jura 1985, 646, 648 f.; wie die *Verf.* selbst klarstellen, stellt der Abschnitt zur Ingerenz nur die Ansicht *Ottos* dar, vgl. Fn. 255; daher ist im Folgenden bei Zitaten aus diesem Abschnitt nur *Otto* als Autor kursiv gesetzt; siehe näher auch *Otto* NJW 1974, 528, 534, ob diese Überschreitung des Rechtsraums rechtlich gestattet ist, sei unwesentlich; *ders.* JK 87 StGB § 13/13; *ders.* JK 91 StGB § 13/16; *ders.* AT § 9 Rn. 76 ff., 81; *ders.* FS Gössel S. 99, 102 ff.; *ders.* FS Hirsch S. 291, 302 ff., 309 f.; zustimmend *Ranft* JZ 1987, 859, 864; S. *Walter* Pflichten S. 127; **dagegen** *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 40: eine Überschreitung des jedermann zugestandenen Rechtsraumes liege nur bei Pflichtwidrigkeit der Vorhandlung vor; siehe auch *Herbertz* Ingerenz S. 135 (zu *Jakobs*): „halb erlaubtes“ Risiko. zur abweichenden Ansicht von *Brammsen* siehe → oben § 1 J.

²⁴¹⁵ *Otto* FS Gössel S. 99, 109; *ders.* AT § 9 Rn. 81; zustimmend auch *Ranft* JZ 1987, 859, 864; S. *Walter* Pflichten S. 128 stellt auf den „jedermann sozialadäquat zustehenden *Freiheitsraum*“ ab; Hervorhebung nicht im Original; **kritisch** zur Unschärfe dieser Voraussetzung *Hoven* GA 2016, 16, 31.

²⁴¹⁶ *Otto* FS Gössel S. 99, 115. *Otto* beschränkt insoweit die Verantwortung auf solche Gefahren, die der Steuerbarkeit des Täters unterliegen, *ders.* NJW 1974, 528, 532.

²⁴¹⁷ *Roxin* AT II § 32 Rn. 31. Siehe auch *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 44.

²⁴¹⁸ Zu letzterem Vorwurf *Schünemann* GA 1974, 231, 242 m. Fn. 79.

²⁴¹⁹ *Otto* AT § 9 Rn. 47; sowie *ders.* NJW 1974, 528, 535: Es handle sich nicht um freie oder willkürliche Rechtsfindung, da sie an bestehende soziale Rollen, vorhandene Erwartungserwartungen „in der Sozietät lebendige Bezüge“ anknüpfe.

²⁴²⁰ Hier wird der Verstoß gegen den Methodendualismus besonders manifest. Zwar schließt *Otto* die Garantenpflichten aus dem soziologischen Faktum der Erwartung, allerdings gehen diese doch auch für *Otto* in einen „Akt der Wertsetzung“ ein, die Garantenstellung ist *normatives* Merkmal, vgl. *Otto* AT § 9 Rn. 35 bzw. 18.

²⁴²¹ „Es ist eine gefährliche Versuchung, die juristische Erkenntnis der gesetzlichen Tatbestände von allen soziologischen Schlacken zu befreien und rein aus der formalen Normordnung abzuleiten“, *Grünhut* FG Frank I S. 1, 10; siehe auch *Eb. Schmidt* FS Engisch S. 339, 351 f.; *Roxin* TuT S. 22 f., 25. Die Definition der Garantenpflichten nach *Otto* und *Brammsen* weist also nicht unerhebliche Parallelen zu der Denkfigur der „Natur der Sache“ auf (vgl. oben → § 1 E II 1 b), welche *Brammsen* freilich vehement ablehnt, vgl.

ist allerdings bereits aus methodischen Gründen abzulehnen.²⁴²² Erstens kann es nicht allein um eine Rezeption sozialer Gegebenheiten gehen, sondern eher um eine Wechselwirkung: So sehr die Wertung des Gesetzes auf die sozialen Vorgegebenheiten Rücksicht nimmt, so werden diese umgekehrt durch die Bedeutungsgehalte mitgeprägt, die der Gesetzgeber in seinen Regelungen transportieren will.²⁴²³ *Ottos* Konzeption lässt hingegen die Sollensfunktion der Rechtsordnung einseitig hinter die soziale Faktizität zurücktreten.²⁴²⁴ Modernes Recht darf sich jedoch mit der Absicherung gesellschaftlicher Erwartungen nicht zufrieden geben, sondern hat als „autonomes Prinzip zweckmäßiger Gestaltung des Gemeinschaftslebens“²⁴²⁵ die Aufgabe, gesellschaftliche Wertentscheidungen mitzuprägen.²⁴²⁶ Dem Recht als abgeschlossenem System im Sinne *Luhmanns* ist eine solche gesellschaftliche Steuerungsfunktion hingegen versagt.²⁴²⁷ Will die Rechtsordnung den Schutz von Rechtsgütern durch strafrechtlich bewehrte Normen durchsetzen, muss sie auf deren Geltungsanspruch auch dann bestehen, wenn eine Befolgung nicht zu erwarten ist.²⁴²⁸

Insbesondere aber gibt es nicht *die* gesellschaftliche Erwartung. Soziale Normen gelten weder universell noch sind sie sicher feststellbar.²⁴²⁹ Die Sozialordnung muss daher durch

Entstehungsvoraussetzungen S. 71 f. Vgl. allgemein auch *T. Walter* Kern S. 52: Das Recht ist in gewisser Weise „Überbau der Sitte“. Den mit ihm einhergehenden Zwang akzeptiert die Gesellschaft nur, wenn sie mit seinen Voraussetzungen im Großen und Ganzen einverstanden ist.

²⁴²² Ebenso *Schünemann* GA 1974, 231, 242 m. Fn. 79; *Ceffinato* Legitimation S. 145; *Stein* JR 1999, 265, 271; *Vogel* Norm und Pflicht S. 319, 348. Im Übrigen gilt das zu *Brammsen* Ausgeführte. Vgl. oben → § 1 J II 1.

²⁴²³ *Engisch* Weltbild S. 24; *Roxin* TuT S. 28; speziell zu den Unterlassungsdelikten *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 12; *Jakobs* AT 29/28 m. Fn. 53 (7): Die Erwartungen sind „von ihrer rechtlichen Stütze nicht trennbar“ [...] „Was wären, ohne rechtliches Band gedacht etwa Ehe, Polizei, Justiz etc.“; *Vogel* Norm und Pflicht S. 348.

²⁴²⁴ *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 44.

²⁴²⁵ *Gallas* Studien S. 42; sowie *Henkel* Rechtsphilosophie S. 46: Es geht daher nicht allein darum, Tendenzen des Soziallebens zu fördern und zu unterstützen, sondern zugleich in negativer Hinsicht auch schädliche gesellschaftliche Tendenzen einzudämmen und zu unterdrücken.

²⁴²⁶ Vgl. *Hassemer* in: Strafen im Rechtsstaat S. 137, 140: „behutsam und überlegt Schritt für Schritt“; *Hoerster* JZ 1989, 10, 11; *Prittowitz* Strafrecht und Risiko S. 262 f.; *Rüthers/Fischer/Birk* Rechtstheorie Rn. 85: Schaffung von Rechtsüberzeugungen und Rechtsbewusstsein (mit dem Beispiel der §§ 218 ff. StGB); siehe bereits *H. Mayer*: „sittenbildende Kraft“ des Strafrechts, AT S. 23. In modernen, pluralistischen, säkularen, egalitären Gesellschaften gerät das Recht, insbesondere das Strafrecht, zudem in die Rolle, die für das Gemeinschaftsleben fundamentalen Werte zu kennzeichnen, *Gallas* Studien S. 71.

²⁴²⁷ Vgl. etwa *Habermas* Faktizität S. 69. Treffend zu *Otto/Brammsen* auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 319: „Damit gerät der soziologische Ansatz leicht in Abhängigkeit von Gewachsenem und Bestehendem und konterkariert damit die Steuerungsfunktion des Rechts.“ Das soziologische Rechtsquellenverständnis ist bloß vom *externen* Standpunkt legitim, nicht aber bei der *internen* Suche nach dogmatischen Lösungen.

²⁴²⁸ Vgl. *Stein* JR 1999, 265, 271.

²⁴²⁹ Eine dynamische Entwicklung des Rechts anhand der sich wandelnden sozialen Gegebenheiten nur innerhalb der Grenzen von Art. 103 II GG zulässig (allgemein) *Burkhardt* in: Jahrtausendwende S. 111, 120. Soziologische Konzeptionen geraten daher zwangsläufig in einen Konflikt mit dem *nullum crimen* Satz. „Nur die gesetzlichen Wertvorstellungen sind allgemein verbindlich und im Wege der Auslegung hinreichend bestimmbar.“ So *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 90 f.; siehe auch *Schünemann* GA

die unverbrüchliche staatliche Rechtsordnung ergänzt werden, die gerade die Daseinsbedingungen der *pluralistischen* Gesellschaft gewährleistet.²⁴³⁰ Die Rechtsordnung dient insoweit nicht allein der Durchsetzung der gesellschaftlichen Mehrheitsmeinung, sondern *schützt* die freie Entfaltung des Einzelnen vor dem „herrschenden sozialen Klima“. Soziale Normen erlangen ihre universelle (straf-)rechtliche Relevanz daher erst mediatisiert durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber,²⁴³¹ der sie in rechtliches Gewand gießt.²⁴³²

b) Strafrechtliche Eingrenzung

Indem das Erfordernis der Erwartung einen derart weiten Filter darstellt, kommt es entscheidend auf das Kriterium der Handlungsäquivalenz²⁴³³ an. Dies macht die Auffindung der jeweiligen Erwartung nicht obsolet, denn die Beurteilung der Handlungsäquivalenz soll sich nicht direkt auf die Schwere der Rechtsgutsverletzung beziehen, sondern auf den Schaden für die Vertrauensbasis des Soziallebens durch die jeweilige Erwartungsverletzung.²⁴³⁴ Zu kritisieren ist daher, dass *Otto* die Strafwürdigkeit des Verhaltens von der Bedeutung der Erwartung im gesellschaftlichen Sozialgefüge²⁴³⁵ abhängig macht. Dies verfehlt gerade das Anliegen der Rechtsgutlehre, die Strafe dem Betroffenen gegenüber als nach den Wertungen des Grundgesetzes *gerechte* Übelzufügung zu legitimieren.²⁴³⁶ Der zentrale (gleichwohl konkretisierungsbedürftige) Wertungsgesichtspunkt, im Hinblick auf den Tun und Unterlassen zu vergleichen sind, muss der Schutz von Rechtsgütern

1974, 231, 239: Man kann die Strafbarkeit nicht „dem niemals endenden Streit der verschiedenen individuellen Wertanschauungen überantworten“; *Seelmann* in: *Recht und Moral* S. 295, 303; *Utz* *Geschäftsherrenhaftung* S. 55.

²⁴³⁰ Vgl. *Jescheck/Weigend* AT § 1 I 1; sowie *Gallas* *Studien* S. 56: „Erst das Recht als staatliche Zwangsordnung begründet eine Hierarchie der Zwecke, ein einheitliches System sozialen Verhaltens“. In einer pluralistisch strukturierten Gesellschaft ist es niemals möglich, unmittelbaren Konsens über die Strafbarkeit aller strafbarer Handlungen herzustellen; *Neumann* in: *Positive Generalprävention* S. 147, 149 m. Fn. 14; *Rudolphi* *Gleichstellungsproblematik* S. 90; ferner *Habermas* *Faktizität* S. 674: Das demokratische Verfahren verleiht „unter Bedingungen des gesellschaftlichen und weltanschaulichen Pluralismus der Rechtssetzung Legitimitätserzeugende Kraft“.

²⁴³¹ Die Volkssouveränität als maßgeblichen Geltungsgrund von Recht betont *Habermas* *Faktizität* S. 206; S. 678: „Das Recht ist kein narzißtisch in sich abgeschlossenes System, sondern zehrt von der ‚demokratischen Sittlichkeit‘ der Staatsbürger“, welche anhand ihrer Kommunikations- und Teilhaberechte am demokratischen Rechtssetzungsverfahren teilnehmen können. Vgl. auch *Radbruch* *Vorschule* S. 105; *Hoerster* *JZ* 1989, 10, 11; *Gärditz* *Der Staat* 49 (2010) 331, 350 *et passim*.

²⁴³² Vgl. zum Unterlassungsdelikt *Rudolphi* *Gleichstellungsproblematik* S. 90 f.: der Gesetzgeber müsse die Wertvorstellungen selbst ausdrücklich anerkannt haben; siehe auch *Berster* *Unterlassungsdelikt* S. 32. Im Allgemeinen *Amelung* *ZStW* 92 (1980) 19, 34; *Neumann* *ZStW* 99 (1987) S. 567, 590.

²⁴³³ So auch entschieden *Otto* AT § 9 Rn. 39.

²⁴³⁴ Beide Zitate *Otto/Brammsen* *Jura* 1985, 530, 537.

²⁴³⁵ So kritisiert insbesondere *Seelmann*, dass die Orientierung an sozialen Standards das Strafrecht von seiner notwendigen Verankerung in individueller Verantwortung entferne. *Seelmann* in: *Vielfalt des Rechts* S. 85, 92 *et passim*.

²⁴³⁶ Das gesellschaftliche Sozialgefüge ist nicht um seiner selbst willen durch die besonderen Machtmittel des Strafrechts zu schützen, sondern nur insoweit als es für den Schutz von Rechtsgütern, also die freie Entfaltung des Einzelnen und die Verwirklichung seiner Grundrechte unerlässlich ist, vgl. *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 7 sowie 105 f. die Kritik am Schutz sozialetischer Gesinnungswerte bei *Welzel*.

sein, nicht der Schutz sozialer Normen. Ob diese von *Otto* vorgebrachten strafrechtlichen Kriterien, auf denen letztlich die Hauptlast der Begründung liegt, von diesen grundsätzlichen Bedenken abgesehen, überhaupt eine rechtssicher handhabbare Eingrenzung der Garantenstellung auf strafrechtlich relevante Verhaltensweisen leisten können, bleibt zweifelhaft.²⁴³⁷ Ob es sich um eine Muss-Erwartung handelt,²⁴³⁸ stellt einen ebenso unbestimmten²⁴³⁹ wie grobmaschigen²⁴⁴⁰ Filter dar. Auch das Erfordernis, die Verletzung der Erwartung müsse gleich einer aktiven Begehung einen schweren Schaden für die Vertrauensbasis des Soziallebens darstellen, ist völlig vage. „Schwere“, „Unerträglichkeit“, „grobe Sozialwidrigkeit“, „gravierende Störung“, Gefährdung der „Grundlagen“ der Gemeinschaft,²⁴⁴¹ all dies sind reine Wertungsbegriffe, die dezisionistisch durch den Rechtsanwender aufgefüllt werden können, ohne dass die Wertung von anderen nachvollziehbar wäre.²⁴⁴²

c) Garantenstellung aus Ingerenz

Bezüglich der Ingerenz sprechen schon die abweichenden Ergebnisse von *Otto* und *Brammsen* gegen die Tauglichkeit des Ansatzes.²⁴⁴³ Auch gibt der soziologische Ansatz *für sich* keine hinreichenden Kriterien her, um der Garantenstellung aus Ingerenz irgendwelche Konturen zu geben. Allerdings scheint *Otto* diesbezüglich den *unmittelbaren* soziologischen Begründungsansatz zu verlassen und größtenteils *mittelbar* mit der gesellschaftlichen Erwartungsbildung zu argumentieren. Der Fokus der rechtlichen Begründung liegt darauf, dass die rechtliche Verpflichtung zur Erfolgsabwendung *ihrerseits* wieder Freiräume schafft, innerhalb derer sich Erwartungen bilden können, also „differenzierte Verantwortungsregeln entwickelt und wirksam werden können“.²⁴⁴⁴ Dabei sei der

²⁴³⁷ Zu Recht **kritisch** zur Unbestimmtheit der Kriterien *Roxin* AT II § 32 Rn. 31; siehe auch *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 44; *Herbertz* Ingerenz S. 252; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 150 f.

²⁴³⁸ Gegen das Kriterium der *zwingenden* Verhaltenserwartung ist z.T. Kritik geäußert worden, die aber nicht immer durchschlagen kann. Etwa von *Herbertz* Ingerenz S. 173, die meint, keine Verhaltenserwartung sei schlechthin zwingend, wie die Durchbrechung selbst des Tötungsverbotes durch §§ 32, 34 StGB zeige. – Abgesehen davon, dass dies hinsichtlich § 34 StGB höchst zweifelhaft ist, meint *Otto* jedoch mit „zwingender“ Erwartung nicht, dass sie ausnahmslos gelte, sondern dass an ihr trotz Enttäuschung im Einzelfall festgehalten werde (AT § 9 Rn. 46). Überdies vertritt gerade *Otto* einen zweistufigen Verbrechen-saufbau und zieht in die Normwidrigkeit stets die Frage nach der Rechtfertigung mit ein: „Es gibt keine verbindliche Rechtspflicht, niemanden zu töten. Das Recht kennt Ausnahmen!“ (AT § 5 Rn. 27). Sowie von *S. Böhm* Garantenpflichten S. 66, die meint, wenn die Erwartung so zwingend ist, dass es sich um eine Muss-Erwartung handelt, müsste diese dann nicht gesetzlich kodifiziert sein? – Diese Herangehensweise ist jedoch reichlich formalistisch. Viele zwingende (und unstreitig strafrechtlich relevante) Erwartungen sind nicht kodifiziert. Etwa die „Trivialität“ (*Jakobs* Unterlassen S. 15), dass man bremsen muss, wenn man im Auto auf eine andere Person zufährt, ist nirgendwo ausdrücklich geregelt.

²⁴³⁹ So auch *Sangenstedt* Garantenstellung S. 150; *Herbertz* Ingerenz S. 251 f.

²⁴⁴⁰ Das Prinzip „*pacta sunt servanda*“ ist letztlich auch eine Muss-Erwartung in unserer Gesellschaft, es käme jedoch niemand auf die Idee, für jede Vertragsverletzung nach dem Strafrecht zu rufen.

²⁴⁴¹ Siehe *Otto* ZStW 87 (1975) 539, 560 ff.

²⁴⁴² Gleiches gilt für die Vorgabe, die Strafwürdigkeit der Pflichtverletzung von einer „umfassenden Interessenabwägung“ (*Otto/Brammsen* Jura 1985, 530, 537) im Einzelfall abhängig zu machen.

²⁴⁴³ Es ist schleierhaft, wie eine stabile Erwartung in der Gesellschaft aufgefunden werden soll, wenn bereits zwischen den beiden Begründern der Garantenkonzeption keine Einigkeit besteht.

²⁴⁴⁴ *Otto* AT § 9 Rn. 24.

„sozialadäquate“, „jedermann eingeräumte“ Handlungsspielraum derjenige, der dem praktischen Vollzug im Sozialleben entspricht. Hier zeigt sich ganz deutlich die Unbestimmtheit des Topos der Sozialadäquanz.²⁴⁴⁵ Man wird schwerlich das Autofahren als nicht sozialadäquat bezeichnen können,²⁴⁴⁶ *Otto* meint hingegen, dass hier, wenn es zu einem Unfall komme, der jedermann zugestandene Handlungsspielraum überschritten würde.²⁴⁴⁷ *Otto* transportiert also nicht die durch die Begehungstatbestände begründete Abgrenzung der Freiheitssphären in die Unterlassungsphase, vielmehr nimmt er die endgültige Abgrenzung der Freiheitssphären in freier Wertung vor. Leitende Maßgabe hierfür soll das Erreichen einer Freiheitsoptimierung sein, die die Herausbildung stabiler gesellschaftlicher Erwartungserwartungen erlaubt. Wie Handlungsspielraum und gesellschaftliche Dynamik optimiert werden, ist jedoch keine rechtsdogmatische, sondern eine rechtspolitische Frage. *Otto* kann die Legitimität und Voraussetzungen der Ingerenzgarantenstellung nicht an den Begehungstatbeständen festmachen, sondern definiert *praeter legem* „optimale“ gesellschaftliche Verhaltensspielräume.

Widersprüche ergeben sich dabei insbesondere bei der Ablehnung der Garantenstellung aus Ingerenz aufgrund vorsätzlichen Vorverhaltens. *Otto* meint hier, dass ansonsten der Unterlassungstäter „mit sich selbst“ gleichgestellt würde: „Das von ihm verwirklichte Unrecht wird gleichsam doppelt gesehen, denn auch in der Unterlassungssituation ist der Täter sich nicht nur gleich, sondern er bleibt der identische Begehungstäter“.²⁴⁴⁸ Auf Basis dieser Argumentation lehnt *Otto* sodann das Pflichtwidrigkeitskriterium ab, denn dann müsste eben auch der *vorsätzlich pflichtwidrig* Handelnde Garant sein.²⁴⁴⁹ – Allerdings geht es entgegen *Otto* doch nicht darum, dass der konkrete Unterlassungstäter einem Begehungstäter gleichgestellt wird, sondern dass sich nach der Vorgabe des *Gesetzes* (§ 13 I StGB) die *rechtlichen Voraussetzungen* der Unterlassungstat an die Voraussetzungen der Begehungstat anlehnen.²⁴⁵⁰ An dieser Stelle zeigt sich besonders deutlich, dass *Otto*

²⁴⁴⁵ Näher unten → Kapitel 4 § 2 A IV 1 d).

²⁴⁴⁶ *Roxin* AT II § 32 Rn. 167; auch *Kühl* AT § 18 Rn. 103 zweifelt, ob die Teilnahme am Straßenverkehr ein gesteigertes Risiko darstelle.

²⁴⁴⁷ Siehe aber *Otto* FS Gössel S. 99, 115; siehe auch *ders.* NJW 1974, 528, 533, wo er zwischen Rechtmäßigkeit und eingeräumtem Handlungsspielraum unterscheidet.

²⁴⁴⁸ *Otto* FS Gössel S. 99, 103; *ders.* FS Hirsch S. 291, 305 f., nach der gesetzgeberischen Konzeption begründe die „verbrecherische Anstrengung“ Strafe, löse aber keine Garantenpflicht aus; *ders.* AT § 9 Rn. 84.

²⁴⁴⁹ *Otto* FS Hirsch S. 291, 305 ff. (später meint er jedoch, dass derjenige, der *pflichtwidrig* handle, seinen Handlungsspielraum *stets* überschreite, weshalb ihm „die Verantwortung für die Folgen seines pflichtwidrigen Tuns zugewiesen“ wird, S. 309); *ders.* FS Gössel S. 99, 102 ff. Und auch *Hillenkamp* betont im Anschluss an *Otto*, dass die Hilfe durch denjenigen, der das Rechtsgut vorsätzlich angreift, nicht erwartbar sei, *Hillenkamp* FS *Otto* S. 287, 301 f. **Dagegen** bejaht *Kudlich* auf Grundlage dieses Modells die Garantenpflicht des vorsätzlich Handelnden. *Kudlich* SSW § 13 Rn. 23.

²⁴⁵⁰ So zutreffend auch *Ha. Schneider* NSTZ 2004, 91, 92: „Durch die Anerkennung einer auf vorangegangenes Tun gestützten Handlungspflicht wird nicht der Täter mit sich selbst verglichen; vielmehr wird dessen pflichtwidriges Untätigbleiben mit dem vorangegangenen Tun und den hiervon ausgehenden Weiterungen wertungsmäßig dergestalt auf eine Stufe gestellt, dass das Unterlassen der aktiven Erfolgsherbeiführung aus normativem Blickwinkel letztlich gleich kommt.“

nicht die Voraussetzungen der Ingerenzgarantenstellung aus den Wertungen der Begehungstatbestände ableitet. Denn nach diesen erscheint der insbesondere von *Freund* und *Stein* ins Feld geführte Erst-recht-Schluss²⁴⁵¹ *zwingend*: Wenn fahrlässiges (oder sogar unverbotenes) Verhalten zu einer Ingerenzgarantenstellung führt, muss dies *a fortiori* auch für vorsätzliches gelten. Nur wenn losgelöst von den Tatbeständen Freiheitssphären abgegrenzt werden, ist dieser Schluss nicht zwingend – dann ist aber nicht einsichtig, wie die begehungsgleiche Bestrafung der Ingerenzunterlassung nach geltendem Recht begründet werden soll.

d) Garantenstellung aufgrund Schaffen einer hilflosen Lage?

Überdies ist zu kritisieren, dass *Otto* die selbst hinsichtlich der Ingerenz aufgestellten restriktiven Voraussetzungen umgeht und eine Garantenstellung aufgrund der Schaffung einer hilflosen Lage beim Opfer postuliert.²⁴⁵² Einerseits führt er zur Rechtsprechung des BGH zur Garantenstellung nach gemeinschaftlicher Tatbegehung²⁴⁵³ aus, dass wenn der Nachweis einer Gefahrerhöhung nicht gebracht werde, sich der Gedanke des vorangegangenen Tuns als „sachwidrig“ und „unangemessen“ erweise.²⁴⁵⁴ Andererseits konstruiert er für genau diese Fälle eine Obhutsgarantenstellung: Vergleiche man die Konstellation der freiwilligen Übernahme mit der Position desjenigen, der „willkürlich, aber verantwortlich die Hilflosigkeit eines anderen herbeigeführt habe“, so gebe es einen „kaum rational erklärbaren Wertungswiderspruch“, wenn man letzteren wie einen beliebigen Dritten ansähe.²⁴⁵⁵ „Nicht die Verursachung irgendeiner Gefahr ist hier das Garantenpflicht begründende Element, sondern die Verantwortung für die Hilflosigkeit des Opfers“.²⁴⁵⁶ – Aufgrund der wesentlichen Unterschiede zwischen den Fällen freiwilliger Übernahme und den von *Otto* diskutierten, kann ein Wertungswiderspruch jedoch nicht aufkommen.²⁴⁵⁷ Überzeugend stellt *Otto* zwar auf das Gefahrschaffungselement der Übernahme-garantenstellung ab. Diese entstehe erst, wenn „der Helfende durch seine Hilfe die Lage für den Hilfsbedürftigen wesentlich negativ verändert, indem er z.B. andere Rettungsmöglichkeiten ausschließt oder den Hilfsbedürftigen vorher nicht bestehenden oder jedenfalls nicht in diesem Maße bestehenden Gefahren aussetzt“.²⁴⁵⁸ Allerdings stellt sich der Täter bei der Garantenstellung aus Übernahme *in freier Entscheidung* zum Schutz des Rechtsguts „auf Posten“,²⁴⁵⁹ während sich das Opfer in Vertrauen auf den Beistand selbst

²⁴⁵¹ → Kapitel 2 § 5 C.

²⁴⁵² Im Ansatz bereits *Otto/Brammsen* Jura 1985, 646, 652. Auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 116 ff. bespricht diese Fälle gesondert, ordnet sie jedoch letztlich in die Ingerenzgarantenstellung ein.

²⁴⁵³ → Kapitel 2 § 5 A.

²⁴⁵⁴ *Otto* FS Geppert S. 441, 454 f.; bereits *ders.* JK 85 StGB § 13/7; *ders.* JK 92 StGB § 13/18; *Geppert* JK 86 StGB § 13/8.

²⁴⁵⁵ *Otto* FS Geppert S. 441, 457, 459.

²⁴⁵⁶ *Otto* FS Geppert S. 441, 457. Nahestehend *Bosch* JA 2009, 655, 657.

²⁴⁵⁷ So i. Erg. auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 132: „ein Wertungswiderspruch kann nur dort drohen, wo vergleichbare Umstände vorzufinden sind“.

²⁴⁵⁸ *Otto* FS Geppert S. 441, 456 m.w.N.

²⁴⁵⁹ So auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 132: Es besteht gerade in dem Merkmal des Übernahmeaktes der entscheidende Unterschied.

der Gefahr aussetzt oder auf die Hilfe Dritter verzichtet.²⁴⁶⁰ Dagegen würde sich die von *Otto* vorgebrachte Verantwortlichkeit für die Hilflosigkeit überhaupt allein durch ein *vorangegangenes Tun* des Täters, sozusagen als *Reflex* der Gefahrschaffung ergeben, während ein darüber hinausgehendes Näheverhältnis nicht begründet wird. Indem der Täter einen Gefahren abschirmenden Faktor (die Abwehrfähigkeit des Opfers) mindert, erhöht er die Gefahr für dessen Rechtsgüter.²⁴⁶¹ Die durch den Täter geschaffene Gefahr besteht nicht darin, dass das Opfer mit einer *bestimmten* „neuen“ drohenden Entwicklung konfrontiert wird, sondern dass die Bedrohung durch *sämtliche* Kausalverläufe und Verhaltensweisen Dritter gesteigert wird.²⁴⁶² Entweder ist also der Ingerenzgrundsatz bei *Otto* zu eng gezogen²⁴⁶³ oder aber in den betroffenen Fällen entsteht keine Garantenstellung.

E. Abhängigkeit

Insbesondere *E. A. Wolff* und *Welp* begründen die Garantenstellung aus Ingerenz mit der Abhängigkeit des Opfers von dem rettenden Eingriff.²⁴⁶⁴

I. Abhängigkeit und Kausalität aus Freiheit (*E. A. Wolff, Köhler, Kahlo*)

1. Darstellung

E. A. Wolff differenziert zwischen dem bloßen „einfachen Kausalzusammenhang“, bei dem Ursache ein Gegenstand sei und auch die Wirkung an einem Gegenstand stattfinde, und der „Kausalität aus Freiheit“, bei der aus der Freiheit des Menschen eine Veränderung hervorgehe.²⁴⁶⁵ Diese Freiheit besteht nach *E. A. Wolff* und seinen Schülern in der Möglichkeit des vernünftigen Individuums, autonom, nach dem kategorischen Imperativ, zu handeln.²⁴⁶⁶ So führte *Wolff* vor Einführung von § 13 I StGB aus, § 212 I StGB setze voraus, dass jemand einen anderen tötet, also dessen Tod bewirkt. Dies könne auch durch Unterlassen geschehen.²⁴⁶⁷ Ebenso meinen auch heute noch *Köhler* und *Kahlo*, es genüge

²⁴⁶⁰ Siehe hierzu insbesondere *Gallas* Studien S. 80; *Stree* FS H. Mayer S. 145, 154 f.

²⁴⁶¹ So spricht etwa *Neumann*, den *Otto* hier auch zitiert, zutreffend davon, dass der Angeklagte dadurch, dass er das Opfer hilflos gemacht hat, dessen *Gefährdung* in zurechenbarer Weise gesteigert hat. *Neumann* JR 1993, 161, 162.

²⁴⁶² Das Argument schließlich, der Schaffer der Hilfslosigkeit sei kein unbeteiligter Dritter, verfährt nicht, denn wer im Gegenteil *Beteiligter* des Geschehens ist, bestimmt sich nach den Wertungen der Strafrechtsordnung. Nur weil irgendjemand dem Geschehen *näher steht* als ein Jedermann, bedeutet dies nicht, dass dieser Garant ist. Mit dieser Begründung ließe sich jedes vage Näheverhältnis als Garantenstellung behaupten; siehe auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 119: Die Grenzen wären völlig unklar.

²⁴⁶³ *Otto* selbst meint, der Grundsatz sei zu eng, um die entsprechenden Konstellationen zu erfassen, *Otto* FS Geppert S. 441, 459.

²⁴⁶⁴ Da beide Autoren dabei auch die Topoi „Vertrauen“ und „Vertrauendürfen“ bemühen, sind die Konzeptionen hier – trotz erheblicher Unterschiede – im Anschluss an die soziologischen Garantenlehren zu untersuchen.

²⁴⁶⁵ *E. A. Wolff* Kausalität S. 7 f.; siehe bereits *ders.* Handlungsbegriff S. 17.

²⁴⁶⁶ Näher dazu *E. A. Wolff* Kausalität S. 57 ff.; siehe dazu auch *Kahlo* Handlungsform S. 248; *Köhler* Fahrlässigkeit S. 133 ff.; 190: vernünftiger, den allgemeinen Normzusammenhang erschließend anerkennender Wille; *Zaczyk* Selbstverantwortung S. 19 ff.; *ders.* FS Kindhäuser S. 629, 634 ff. Monographisch hierzu *Matt* Kausalität.

²⁴⁶⁷ *E. A. Wolff* Kausalität S. 33; zustimmend *Kahlo* FS Küper S. 249, 255; sympathisierend auch *Arth. Kaufmann* FS H. Mayer S. 79, 104.

für die Strafbarkeit des Unterlassens keine bloß logische Beziehung oder „Zurechnung“, erforderlich sei vielmehr „Kausalität“ oder „Teleologie“ durch Freiheit.²⁴⁶⁸ Die Erfolgsdelikte setzten kein „Quasi-Töten“ oder „Quasi-körperlich verletzen“, sondern „ein echtes Bewirken im Sinne dieser Tatbestände voraus“.²⁴⁶⁹

Da die menschliche Handlung eine Entscheidung zwischen mehreren Möglichkeiten darstelle, müsse nicht nur dasjenige Geschehen von Bedeutung sein, das durch das Tun tatsächlich ausgelöst wurde, sondern auch dasjenige, das sich abgespielt hätte, wenn sich der Täter anders entschieden hätte.²⁴⁷⁰ Die zwischen zwei Personen bestehende Wirklichkeit sei keine kausalgesetzlich festgelegte Wirklichkeit, sondern eine durch die Freiheit dieser beiden Personen gebildete, wobei „offen“ sei, was sich in der Zukunft zutragen werde.²⁴⁷¹ Verletzen sei insofern das sinnhafte Ergreifen der es dem anderen zum Nachteil wendenden Möglichkeit.²⁴⁷² Das Bewirken durch Unterlassen setze voraus, dass das Opfer dem Täter nicht selbstständig gegenüber trete, sondern von dessen Tätigkeit in einer Hinsicht abhängig sei, sodass das Benötigte (im Gegensatz zu einer bloßen „Vergünstigung“) zu seinem normalen bestimmungsgemäßen Leben gehöre. Dann entscheide der Täter durch seine freie Entscheidung nicht bloß über seine eigenen, sondern auch über die Möglichkeiten des anderen, welche er Wirklichkeit werden lässt oder zunichte macht; im letzteren Fall sei er „Urheber der negativen Bedingung und wendet es dem Abhängigen zum Schlechten“.²⁴⁷³

Problematisch sei, wann ein solches Abhängigkeitsverhältnis bestehe: „Grundsätzlich stellt die Rechtsordnung den Einzelnen dem Anderen selbstständig gegenüber. Es wird zunächst davon ausgegangen, daß er mit seinem Schicksal selbst fertig wird.“²⁴⁷⁴ In manchen Konstellationen sei dies jedoch anders, hier bestehe zwischen einzelnen Personen ein ursprüngliches Abhängigkeitsverhältnis, ein Rechtsverhältnis von „asymmetrischer Struktur“²⁴⁷⁵. Der Einzelne sei von dem Anderen abhängig, da er darauf vertraue, dass

²⁴⁶⁸ Köhler AT S. 207.

²⁴⁶⁹ Kahlo FS Küper S. 249, 255; ähnlich auch *ders.* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 307.

²⁴⁷⁰ E. A. Wolff Kausalität S. 9.

²⁴⁷¹ E. A. Wolff Kausalität S. 36.

²⁴⁷² E. A. Wolff Kausalität S. 55; S. 35: „Wer durch Tun bewirkt, bricht in die objektiv festgelegte Welt ein und verändert sie nach seinem Sinn“; siehe bereits *ders.* Handlungsbegriff S. 17, 22: Handlung als sinnbezogenes Ergreifen einer von mehreren Möglichkeiten; zustimmend auch *Murmann* Nebentäterschaft S. 176 ff., S. 221 f.; *Kahlo* Handlungsform S. 250; *Kühl* Beendigung S. 67; *Zaczyk* FS Kindhäuser S. 629, 635: der Wille ist „weltverändernd“.

²⁴⁷³ E. A. Wolff Kausalität S. 37 f. siehe bereits *ders.* Handlungsbegriff S. 3 f.; *ders.* Handlungsbegriff S. 23: Der Täter entscheide nicht nur über die Möglichkeit zu handeln oder nicht zu handeln, sondern auch über die Möglichkeit des anderen verletzt zu werden oder unverletzt zu bleiben; nahestehend *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 262 ff., 319 ff.; *ders.* Handlungsform S. 249, 251 ff.; *ders.* FS Küper S. 3, 249, 250 ff., 271: „Garantenpflicht als Typus von Interpersonalbeziehung“; *Köhler* AT S. 210; *Kühl* Beendigung S. 66 f.; *Maiwald* ZStW 86 (1974) 626, 640; *Murmann* GK § 29 Rn. 73a; siehe auch *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 22.

²⁴⁷⁴ E. A. Wolff Kausalität S. 38, 40.

²⁴⁷⁵ *Kahlo* Handlungsform S. 252.

dieser seine Verpflichtungen wirklich erfülle. Das Recht erkenne solche Vertrauensverhältnisse an, um eine wirksame Lebensgestaltung zu ermöglichen,²⁴⁷⁶ für das Eltern-Kind-Verhältnis etwa in Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.²⁴⁷⁷ Die Garantstellung kennzeichne das rechtlich anerkannte Abhängigkeitsverhältnis aus der Sicht des Verpflichteten und beziehe diesen in die Situation ein: „Ist ein solches Abhängigkeitsverhältnis vom Recht anerkannt, dann ist der Verpflichtete ‚auf Posten gestellt‘, dann ist ihm der andere ‚in die Hand gegeben‘“.²⁴⁷⁸

Das vorangegangene Tun unterscheide sich deutlich von den anderen Garantstellungen, da hier kein ursprüngliches, persönliches Vertrauensverhältnis bestehe. Die Selbstständigkeit bedeute jedoch nicht, dass jeder unabhängig von anderen sei. Die Abhängigkeit sei insoweit negativer Natur.²⁴⁷⁹ Jeder Mensch ist auf das Ausbleiben aktiver Schädigungen angewiesen. Niemand könne sich gegen alle möglichen Angriffe anderer abwehrbereit halten, sondern müsse darauf vertrauen, dass diese ihm nicht schaden. Es sei dabei wiederum nicht das tatsächliche Vertrauen im Einzelfall maßgeblich, sondern „das Vertrauen, das jemand berechtigt haben kann und haben muß, um seine eigentlichen Aufgaben zu erfüllen“.²⁴⁸⁰ In der Verbotsnorm liege daher ein „Rechtsverhältnis einseitiger Abhängigkeit und entsprechenden Normvertrauens“.²⁴⁸¹ Ein Verbot beruhe nämlich nicht bloß darauf, dass bestimmte Güter so bedeutend seien, dass die Sollensverletzung nicht ohne Reaktion bleiben solle, sondern bestehe, „damit der andere in Verhältnissen lebt, in denen das Gut gesichert ist“. Es müssten daher „neben die Verbote, keine verletzenden Kausalverläufe in Gang zu setzen, die Gebote treten, gefährdende Kausalverläufe, die rechtswidrig in Gang gesetzt wurden wieder anzuhalten. Diese Pflicht muß den Urheber der gefährdenden Kausalverläufe treffen“.²⁴⁸² „Wird das Verbot verletzt, so formt es sich

²⁴⁷⁶ E. A. Wolff Handlungsbegriff S. 24: „Die speziellen Abhängigkeiten werden im menschlichen Gemeinschaftsleben [...] durch gemeinsame Maximen, durch Sollenssätze festgelegt“; ders. Kausalität S. 40: Es komme insoweit nicht auf das tatsächliche Vertrauen, sondern das Vertrauendürfen an; siehe auch Köhler AT S. 210: Besonderes Rechtsvertrauen; Kahlo Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 312 ff., siehe auch 251: Es sei nur die Abhängigkeit von solchen Wirkungen strafrechtlich relevant, welche – entsprechend dem Rechtsbegriff der äußeren Freiheit – im Zusammenhang mit Rechtsgesetzen stehen; ders. Handlungsform S. 249, 251 ff.; auf ein Abhängigkeitsverhältnis abstellend auch Gallas Studien S. 92; sympathisierend außerdem Schultz Amtswalterunterlassen S. 146.

²⁴⁷⁷ E. A. Wolff Handlungsbegriff S. 24; ders. Kausalität S. 38 (m. Fn. 13); Kahlo Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 318; Maiwald ZStW 86 (1974) 626, 641; weniger auf die formale Rechtspflicht abstellend Köhler AT S. 210 ff.

²⁴⁷⁸ E. A. Wolff Kausalität S. 40 f.; siehe auch Kahlo Handlungsform S. 252: Die Rechtspflicht gleiche das ursprüngliche Abhängigkeitsverhältnis, die Schwäche der anderen Person aus.

²⁴⁷⁹ E. A. Wolff Kausalität S. 38, 40.

²⁴⁸⁰ E. A. Wolff Kausalität S. 41 f.: „Es geht hier also um ein fundamentales, den inneren Frieden der Gesellschaft kennzeichnendes Verhältnis des einen zu dem anderen“.

²⁴⁸¹ Köhler AT S. 219 f.

²⁴⁸² E. A. Wolff Kausalität S. 42: „[...] Auf sein richtiges Verhalten wurde vertraut, und es ist auch nicht ungerecht, daß er typisierender Betrachtung unterworfen wird; kann er doch seinerseits nach diesen typisierenden Betrachtungen seine Verhältnisse ausrichten“; vgl. auch Kahlo Handlungsform S. 261 f.: Dem durch das eigene Vorverhalten begründete Abhängigkeitsverhältnis korrespondiere eine auf „Folgenbeseitigung“ gerichtete Pflicht. Siehe zum Gedanken des zurechenbaren Abhängigmachens bereits Ad. Merkel Abhandlungen S. 81 f.; 90.

durch die Tat in ein abgeleitetes Rechtsverhältnis besonderer Abhängigkeit und Schutzvertrauens um mit der Pflicht, die weitergehende Verletzungsgefahr abzuwenden“.²⁴⁸³ Die Pflicht, durch die die Abhängigkeitsbeziehung rechtliche Relevanz erlangt, sucht *Wolff* dabei im Gewohnheitsrecht zu begründen, denn „es ist ja nur gesagt, dass die Verbote solche Gebote nach sich ziehen ‚müssen‘, nicht aber, daß sie es auch wirklich tun“. Da die gesetzliche Regelung fehlt, könne man sich für den noch erforderlichen Begründungsteil nur auf die tatsächliche Übung und Rechtsüberzeugung stützen.²⁴⁸⁴ Beim Handeln im Rahmen des erlaubten Risikos bestehe hingegen kein derartiges Vertrauensverhältnis, hier sei das Recht des Einzelnen, sich in einem bestimmten Umfang gefährlich zu verhalten, jedoch unmittelbar mit der Pflicht gekoppelt, alles zu tun, um eine sich unerwartet als größer erweisende, sich in Richtung einer Verletzung entwickelnde Gefährdung rückgängig zu machen. Die Gründe, die dem Einzelnen die Gefährdung erlaubten, gewährten diesem nämlich kein Eingriffsrecht, weshalb jede weitergehende Gutsgefährdung verboten sei.²⁴⁸⁵ Hier sei das Vertrauen direkt auf die Aktionen des Garanten, die Gefahr einzudämmen bezogen.²⁴⁸⁶ Für diese Fälle sei jedoch eine Strafmilderung angebracht.²⁴⁸⁷

2. Kritik

Selbstverständlich handelt es sich bei der von *Wolff* geltend gemachten Kausalität nicht um Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinne, sondern in der Tradition von *v. Bar* und *Köhler* um die Kausalität als Denkform.²⁴⁸⁸ Zentraler Verdienst der Untersuchung ist es, die soziale Realität der Verletzung der Rechtspflicht aufzuzeigen. Dennoch ist es äußerst zweifelhaft, aus ganz allgemeinen philosophischen Rechtsbegriffen, wie dem der Freiheit, ganz konkrete Folgerungen zu ziehen, wie etwa der Kausalität der Unterlassung. Insbesondere ist die existentielle Freiheit des Menschen – begründet mit der *kantischen* Vorstellung des intelligiblen Ichs, das die Freiheit besitzt, eine Verhaltensalternative zu

²⁴⁸³ *Köhler* AT S. 220, der hier jedoch vorsätzliches Vorverhalten ausnehmen will; siehe auch *E. A. Wolff* Kausalität S. 43: Die Garantenstellung aus Ingerenz sei den Verboten gegenüber sekundär und ergebe sich aus dem durch die Verbote begründeten Vertrauensverhältnis; *Kahlo* Handlungsform S. 261 f.

²⁴⁸⁴ *E. A. Wolff* Kausalität S. 42 f., siehe auch dort Fn. 22. *Köhler* und *Kahlo* hingegen haben diesen Rekurs auf Gewohnheitsrecht nicht übernommen, sondern stützen die Ingerenz auf materielle Wertungen des Verletzungsverbots. Vgl. *Köhler* AT S. 219 ff.; *Kahlo* Handlungsform S. 262. Kritisch außerdem *Schünemann* Grund und Grenzen S. 100; *Herbertz* Ingerenz S. 117.

²⁴⁸⁵ *E. A. Wolff* Kausalität S. 42; *Köhler* AT S. 220: eine primäre Sicherungspflicht hinsichtlich erlaubt-gefährlicher Verhaltensweisen und Sachzustände könne sich in eine Garantenpflicht umformen: „Denn durch die im konkreten Umschlagen verbotene Gefahr setzt er den anderen einer besonderen Abhängigkeit aus“.

²⁴⁸⁶ *E. A. Wolff* Kausalität S. 43; ähnlich *Blei* FS H. Mayer S. 119, 137; *A. Böhm* Rechtspflicht S. 83.

²⁴⁸⁷ *E. A. Wolff* Kausalität S. 43 m. Fn. 22; *Köhler* AT S. 220.

²⁴⁸⁸ So *E. A. Wolff* selbst: das Bewirken durch Unterlassen unterscheidet sich von der mechanischen Kausalität fundamental: „Da nun diese Veränderung nicht mit Notwendigkeit aus dem vorherigen Zustand folgt, könnte man für diesen Zusammenhang das Wort ‚Kausalität‘ überhaupt meiden“. (Kausalität S. 8, 35); siehe auch *Arth. Kaufmann* FS H. Mayer S. 79, 104; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 93; *Stoffers* GA 1993, 262, 271.

ergreifen – nicht belegbar oder beweisbar.²⁴⁸⁹ Überdies ist es zwar zutreffend, dass das unechte Unterlassungsdelikt als *schuldhaftes* Unrecht auch die Freiheit als Entscheidung am Wert²⁴⁹⁰ erfordert (vgl. nur § 17 StGB), allerdings unterscheidet unsere Strafrechtsordnung gerade grundsätzlich zwischen Unrecht und Schuld.²⁴⁹¹ „Auf der Stufe des Unrechts wird von dem Umstand gerade abgesehen, ob der Täter sich persönlich so oder anders entscheiden konnte“.²⁴⁹² Hier wird das Verhalten des Täters ohne Ansehen seiner Individualität anhand des generellen Verhaltensmaßstabs einer rechtlichen Norm beurteilt.²⁴⁹³ Diese Verhaltensmaßstäbe müssen unabhängig davon gelten, ob der Täter „das ‚Richtige‘ [...] als sein subjektives Handlungsziel erfassen konnte“.²⁴⁹⁴ Wenn man die Freiheitsfrage und damit Schulderwägungen ausklammert, entscheidet der Täter zwar nicht zwischen zwei individuellen Möglichkeiten, aber doch zwischen zwei normativ bezeichneten Möglichkeiten: der des *rechtlich* Erwünschten und des *rechtlich* Unerwünschten. *Wolffs* Begründung der Garantenstellungen ist also tatsächlich nicht zwingend abhängig von der „Freiheit, sich zu entscheiden“.²⁴⁹⁵

Begrüßenswert ist, dass die Konzeption den Strukturen des alltäglichen gesellschaftlichen Regelablaufs Rechnung trägt und damit auf eine sinnvolle, wirklichkeitsnahe Regelung des Zusammenlebens abzielt.²⁴⁹⁶ Allerdings lässt sich kaum trennscharf abgrenzen, was zum „normalen sozialen Ablauf“ gehört und was eine „besondere Vergünstigung“ darstellt; die Grenzen sind insoweit fließend, der Sprachgebrauch der Umgangssprache

²⁴⁸⁹ *Arth. Kaufmann* Jura 1986, 225, 227; siehe auch *ders.* Schuldprinzip S. 122: Die Lehre von der Autonomie sei „Theologie“; ähnlich *Hörnle* FS HU S. 1265, 1276: das Bekenntnis zum deutschen Idealismus könne „quasi-theologische Züge“ annehmen; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 331; *Schünemann* FS Roxin (2001) S. 1, 15 m. Fn. 59: radikalste Ausprägung deduktiv axiomatischer Strafrechtsdogmatik; *ders.* FS Lüderssen S. 327, 333 ff.; gegen die Deduktion der Garantenpflichten aus ganz abstrakten normativen Begriffen *Weigend* LK § 13 Rn. 24; allgemein *Roxin* FS Lampe S. 423, 436.

²⁴⁹⁰ Siehe auch *Androulakis* Studien S. 115: „die volle Freiheit“.

²⁴⁹¹ Siehe zu dieser Unterscheidung *Greco* GA 2009, 636 ff.; *Küper* JZ 1983, 88, 89, 95; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 76; *ders./Weigend* AT § 39 I 1 „Angelpunkt der Verbrechenslehre“; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 82, § 19 Rn. 101b, 101c; *Schünemann* in: Bausteine S. 149 ff.

²⁴⁹² *Maiwald* JuS 1981, 473, 478.

²⁴⁹³ *Maiwald* JuS 1981, 473, 479; siehe auch *Engisch* Konkretisierung S. 94: „Das Recht kann nicht einfach mit der menschlichen Schwäche paktieren“, sondern muss „seine Anforderungen zu jeder Zeit so hoch schrauben, daß es zu seinen unverzichtbaren Zielen gelangt“; *Gallas* ZStW 67 (1955) 1 ff.; *ders.* FS Bockelmann S. 155 ff.; *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 47: Auch die Äußerungen und Entscheidungen eines Nicht-Schuldfähigen sind solche „seiner (wenngleich kranken oder verwirrten) Persönlichkeit“.

²⁴⁹⁴ So jedoch *E. A. Wolff* Kausalität S. 45 f.

²⁴⁹⁵ Wie insbesondere die Ausführungen von *Gallas*, *Welp* und *Maiwald* zeigen, die zwischen der „Kausalität“ und der Gleichstellungsfrage unterscheiden.

²⁴⁹⁶ In diesem Sinne *E. A. Wolff* Kausalität S. 40; im Allgemeinen *Hirsch* in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 65, 73: „Die Dogmatik soll sich auf die Wirklichkeit und nicht auf normative Kunstprodukte beziehen“. –Die „ursprünglichen Abhängigkeiten“ sind in einer anderen Gesellschaft, in der die Kinder beispielsweise nicht von den Eltern, sondern etwa im Stammesverbund oder der Großfamilie betreut werden, möglicherweise andere. Eine solche Gesellschaft würde sinnvollerweise nicht (bloß) die Eltern, sondern andere Personen „auf Posten“ stellen. Zutreffend insoweit im Allgemeinen *Jakobs* ZStW 107 (1995) 843, 847 m. Fn. 10: Abstellen auf die *konkrete* Gesellschaft.

schwankend und unsicher.²⁴⁹⁷ Es stellt sich daher die Frage, ob sich die von *Wolff* beschriebene soziale Abhängigkeit auf eine *rechtliche* Wertentscheidung stützen kann, die ihr Konturen und normative Bedeutung verleiht.²⁴⁹⁸ *Wolff* bestimmt zwar explizit *rechtlich*, was zum „normalen Leben“ gehört, nämlich alles, wozu der Betreffende durch eine Rechtspflicht begünstigt ist.²⁴⁹⁹ Damit gerät *Wolff* jedoch wieder zu einer formellen Rechtspflichttheorie²⁵⁰⁰ und verwickelt sich in deren Schwierigkeiten.²⁵⁰¹ Etwa stellt er ausdrücklich auf die *vertragliche* Verpflichtung als Entstehungsgrund ab. Auch für die Garantenstellung aus Ingerenz entstehen hier Friktionen, da es hier schlicht keinen Rechtssatz gibt, der eine solche Pflicht mit der nötigen Eindeutigkeit ausdrücklich anordnet. Auch die gewohnheitsrechtliche Ableitung kann nicht überzeugen. Selbst wenn die Voraussetzungen von Gewohnheitsrecht vorlägen, könnte dieses nicht strafbarkeitsbegünstigend wirken.²⁵⁰² *Wolff* gibt ja selbst zu, dass „es eine genügend präzise allgemeine Rechtsüberzeugung zu dieser Frage nicht gibt“.²⁵⁰³ Wenn *Wolff* das Gewohnheitsrecht dann mithilfe der materiellen Ableitung präzisieren will, bewegt er sich in einem Zirkel: Die materielle Ableitung der Gebote soll durch das Gewohnheitsrecht Geltung, letzteres

²⁴⁹⁷ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 95 ff., 96; zustimmend *Sangenstedt* Garantenstellung S. 241; siehe auch v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 96: Was ist ursprüngliche Abhängigkeit?

²⁴⁹⁸ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 95. Ohne rechtliche Präzision kann sich Abhängigkeit im bloßen Angewiesensein, also faktischer Schutzbedürftigkeit, erschöpfen, S. 102.

²⁴⁹⁹ Letztlich ist es daher ungenau, die Lehre „ontisch“ oder „ontologisch“ zu nennen und zu kritisieren, dass dieser den ontologischen Ansatz nicht durchhalte (so aber *Sangenstedt* Garantenstellung S. 237 m. Fn. 51; *Herbertz* Ingerenz S. 116, S. 121, die den „ontologischen“ Begründungen *Wolffs* und *Welps* vorhält, jedes „nur vorrechtliche“ Konzept entziehe sich der Verifikation durch den Normadressaten). Denn das Verhältnis der Abhängigkeit kann gerade „nicht nach der bloßen Faktizität entschieden werden“, *Maiwald* ZStW 86 (1974) 626, 640. Dass sich hingegen die Wertungen anhand empirischer, also sachlogischer und gesellschaftlicher, Sachverhalte konkretisieren, schafft gerade den *Wirklichkeitsbezug* des Rechts.

²⁵⁰⁰ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 98, 101; allgemein dann auch gegen den Schluss von der Rechtsverletzung auf die Verhängung von Kriminalstrafe *ders.* FS Roxin (2001) S. 1, 15; *ders.* FS Lüderssen S. 327, 330 f.; *ders.* in: Rechtsgutstheorie S. 133, 139; *ders.* GA 1995, 201, 226. Zwar unterscheidet *E. A. Wolff* durchaus Strafrecht und sonstiges Unrecht (in: Strafrechtspolitik S. 137 ff., 157 ff., 211 ff.). Er definiert das Verbrechen „als die Verletzung Anderer in der Basis ihrer Selbstständigkeit, die in einem gegliederten, den Täter umfassenden und auch von ihm abhängigen Anerkennungsverhältnis ihr Dasein hat“ (S. 211). Die nähere Definition des Verbrechens könne dabei auch vom Begriff des Vertrauens her erfolgen: „Vertrauen ist die Annahme der Möglichkeit und Verwirklichung praktisch richtigen Verhaltens.“ Daher gelte: „Verbrechen ist die umrissene Verletzung des rechtlich konstituierten Basisvertrauens und setzt voraus, daß ein Anderer oder der Staat in einer Art verletzt werden, auf die er sich in dem von der Rechtsordnung eingeräumten selbstorientierten Dasein nicht aus eigener Kraft einstellen kann“ (S. 212 f.); siehe auch *ders.* ZStW 97 (1985) 786, 819; *ders.* Kausalität S. 40 f., 72 f.; zuvor ähnlich *Gallas* in: Beiträge S. 1, 6 ff., 10, 12; *Wolff* folgend auch *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 146; *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 315; *ders.* FS Küper S. 249, 262; *Köhler* AT S. 30; *Zaczyk* Unrecht S. 161 ff., 200 ff.; *ders.* FS Kindhäuser S. 629, 636. Die Formel ist, indem sie bei der *Selbstbestimmung* des Einzelnen ansetzt, prinzipiell begrüßenswert. Ein subsumtionsfähiges Kriterium ist damit allerdings nicht benannt (auch *Renzikowski* GA 2007, 561, 566).

²⁵⁰¹ Näher dazu oben → Kapitel 1 § 3 B II, Kapitel 3 § 1 C II; **kritisch** auch *Pawlik* Unrecht S. 176 m. Fn. 142; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 240.

²⁵⁰² Siehe dazu oben → Kapitel 2 § 1, Kapitel 3 § 2 C V 1 b); abgesehen davon, dass die Begründung fehlt, weshalb die gewohnheitsrechtlichen Pflichten überhaupt *strafrechtliche* Relevanz haben sollen.

²⁵⁰³ *E. A. Wolff* Kausalität S. 42.

aber durch die materielle Ableitung Inhalt erlangen. Dies bedeutet aber letztlich, dass *im Einzelfall* das Gebot *nicht* gewohnheitsrechtlich anerkannt ist.²⁵⁰⁴

Dass die Kritik gegen *Wolffs* Konzeption dennoch nicht völlig durchschlagen kann, liegt an dem berechtigten Kern des Kriteriums der „Abhängigkeit“. Es handelt sich letztlich um eine mustergültige Anwendung des Garantengedankens. *Wolff* genügt nicht *jede* Rechtspflicht, sondern nur eine solche, die ein Abhängigkeitsverhältnis gesetzlich regelt, ein Vertrauensverhältnis anerkennt.²⁵⁰⁵ Oder wie *Kahlo* es formuliert: Es geht um eine Rechtspflicht, die die Schwäche einer Person, ihre Abhängigkeit kompensiert.²⁵⁰⁶ Soweit *Wolff* meint, es gehe darum, dass „der andere in Verhältnissen lebt, in denen sein Gut gesichert ist“,²⁵⁰⁷ schimmert eine Orientierung an Zwecken des Rechtsgüterschutzes durch.²⁵⁰⁸ *Wolff* verliert sich jedoch im Weiteren vielfach in Floskeln und Metaphern. So meint er, auf das Einspringen des Jedermanns im Unglücksfall dürfe der Verletzte nicht vertrauen, sodass man diesem nur vorwerfen kann, er habe es „nicht zum Guten gewendet“. ²⁵⁰⁹ Dagegen bringt *Pawlik* zu Recht vor, es sei unklar, wieso der Täter bei § 323c StGB nicht auch die Lage „zum Schlechten wendet“. Die kategoriale Unterschiedlichkeit wird vielmehr bloß vorausgesetzt.²⁵¹⁰ Aufgrund der *rechtlichen*, sogar *strafrechtlichen* Verpflichtung nach § 323c StGB darf das Opfer durchaus berechtigt darauf vertrauen, dass eine am Unglücksort anwesende Person einspringt. Insofern auf den Entzug der „garantierten Freiheitsdaseinsmöglichkeit“²⁵¹¹ abgestellt wird, ist dies ebenfalls zirkulär, da die Garantie hier bereits vorausgesetzt ist.²⁵¹² Warum muss zudem das durch die Verbotsnormen tatsächlich etablierte Vertrauensverhältnis eingeführt werden, welches bloß

²⁵⁰⁴ Siehe schon oben → C V 2 b).

²⁵⁰⁵ *E. A. Wolff* Kausalität S. 38 einerseits, S. 40, 41 andererseits. Wie schon *Nagler* macht *Wolff* „die Gleichstellung der Passivität mit der positiven Tätigkeit von einem besonderen Pflichtenverhältnis abhängig, vermöge dessen der Täter zur Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolgs [...] berufen oder bestellt worden ist“ (*Nagler* GS 111 (1938) 1, 59). „Der Garant nimmt im Rechtsleben infolge seiner Verpflichtung zu positiven Schutzhandlungen eine besondere Rechtsstellung ein“ (S. 61); auf *Nagler* sowie auf *Köhler* beruft sich *Wolff* Kausalität S. 39 m. Fn. 16; zustimmend zum Garantengedanken auch *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 21; *Gallas* Studien S. 77, der andersherum die Rechtspflicht auf die besondere Beziehung stützt. *Gallas* verzichtet so – nach dem oben Gesagten überzeugend (→ Kapitel 1 § 3 B II, ferner III, IV) – auf das Vorliegen einer formellen Rechtspflicht.

²⁵⁰⁶ *Kahlo* Handlungsform S. 252.

²⁵⁰⁷ *E. A. Wolff* Kausalität S. 42.

²⁵⁰⁸ Deutlicher ist diese Argumentation bei *Gallas* erkennbar, der das Abhängigkeitskriterium teleologisch anhand des Schutzzwecks der Begehungsdelikte begründet. *Gallas* Studien S. 92 f.; → Kapitel 4 § 1 A I.

²⁵⁰⁹ Siehe *E. A. Wolff* Kausalität S. 44 mit Verweis auf *Köhler*.

Ähnlich führt *Köhler* aus, das Unterlassen stehe dem Strafunrecht aufgrund tätiger Verletzung im Wesentlichen gleich, da beide Male dem anderen eine ihm zustehende Möglichkeit entzogen, und für ihn die Wirklichkeit zum Schlechten gewendet werde, *Köhler* AT S. 210 f. Dabei handelt es sich bloß um eine gemeinsame Bezeichnung für zwei unterschiedliche Sachverhalte. Ebenso könnte man formulieren, dass die Unterlassung ebenso wie das aktive Tun der Freiheit des Anderen widerspricht, wobei man jedoch kein über den allgemeinen Rechtsbegriff hinausgehendes Kriterium findet.

²⁵¹⁰ *Pawlik* Unrecht S. 176 m. Fn. 142. Siehe auch *Freund* MK § 13 Rn. 63: bloß bildhafte Umschreibungen.

²⁵¹¹ *Kahlo* Handlungsform S. 252.

²⁵¹² *Pawlik* Unrecht S. 176 m. Fn. 142; dies betrifft gleichermaßen die Ausführungen von S. *Walter* Pflichten S. 127.

Kehrseite deren Geltung ist? Problematisch ist hier der Versuch einer deduktiven Argumentation: Dass die Ingerenzunterlassung für die Erfüllung des Begehungstatbestandes genüge – obwohl sie ja gerade ein Minus zur Begehung darstellt – kann aus diesem Tatbestand gerade nicht deduziert werden. Aus dem „*durch* die Verbote begründeten Vertrauensverhältnis“²⁵¹³ folgt nur, dass die Verbotsgeltung eben empirisches Vertrauen bedingt. Vielmehr bedürfte es der teleologischen Argumentation, dass der Zweck der Begehungsstrafbarkeit für eine Strafbarkeitserweiterung spricht; es müssen Begehungsstrafbarkeit und Ingerenz auf ein *gemeinsames* Telos – die Abhängigkeit – zurückgeführt werden. Es erscheint dagegen problematisch, dass *Wolff* mal mit der empirischen Folge der Normgeltung, dem „Vertrauen“,²⁵¹⁴ mal mit der tautologischen Umschreibung der Normgeltung, dem „Vertrauendürfen“, mal mit den *Grund* der Normgeltung, der Abhängigkeit argumentiert.²⁵¹⁵ Zudem ist festzuhalten, dass *Wolff*, während er hinsichtlich des rechtswidrigen Vorverhaltens noch Skrupel hat, aus dem Verbot ein Gebot abzuleiten, für rechtmäßige Verhandlungen die Pflicht ohne weitere Begründung an das Recht, andere in gewissem Umfang zu gefährden, koppelt. Dort sei das Vertrauen „schon ausdrücklich auf die Aktionen des Garanten, die Gefahr einzuschränken bezogen“.²⁵¹⁶ Diese Kopplung von Recht und Pflicht erscheint ebenso wie das angenommene *unmittelbare* Vertrauen auf die Abwendung mehr vorausgesetzt als abgeleitet.²⁵¹⁷ Auch das Verhältnis von Pflicht und Vertrauen wird nicht deutlich: Ist das Vertrauen bloß Folge der Pflicht und damit für die Begründung redundant oder ist es Voraussetzung der Pflicht?²⁵¹⁸ Jedenfalls besagt all dies nichts über die begehungsgleiche Bestrafung des Pflichtverstoßes.

²⁵¹³ So *E. A. Wolff* Kausalität S. 43. Hervorhebung nicht im Original.

²⁵¹⁴ Vgl. *Köhler* AT S. 220, der folgert, dass auf vorsätzliches Vorverhalten keine Pflichten aus Ingerenz folgten.

²⁵¹⁵ Zu Recht meint auch *Seelmann*, der Begriff des Vertrauendürfens verschwimme ins Floskelhafte, *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 39; zustimmend *Vogel* Norm und Pflicht S. 354.

²⁵¹⁶ Dann fehlt es aber doch gerade an einer Ableitung aus dem zuvor für maßgeblich erklärten Vertrauen in die Verbotsnorm und an einer *sekundären* Garantenpflicht.

²⁵¹⁷ Inkonsequent erscheint es zudem, dass *Köhler* auf die „im konkreten Umschlagen verbotene Gefahr“ abstellt (AT S. 220). Dagegen führt *Köhler* nämlich im grundlegenden Teil seines Lehrbuches aus, es gebe kein äußeres Unrecht als bloßes Erfolgsunrecht. „In wechselseitig-allgemeingültiger Verhaltensregulation gegründet, wird in den Prädikaten recht/unrecht notwendig der Bezug auf normiertes Verhalten eines anderen (anderer) – ein Rechtsverhältnis – ausgedrückt. Das konstituiert den eigentlichen Begriff des personalen Unrechts. Daher ist irgendeine naturgesetzlich-zufällige Beeinträchtigung (Verletzung) von äußerer Freiheit – ein Unglück – im interpersonal-rechtlichen Sinne nicht ‚unwertig‘.“ Der abstrakte Erfolg könne nie für sich Unrecht sein, sondern nur im Zusammenhang mit dem zwecksetzenden Subjekt (AT S. 27; siehe auch S. 19: „das Seinsollen von Naturprozessen als verfehlt Subjektivierung der Natur“; S. 20: Beide Begriffsmomente [Intention und äußeres Erfolgsmoment] dürfen nicht isoliert genommen werden“; *ders.* Fahrlässigkeit S. 328 ff.) – Danach kann es aber auch keine Gefahr geben, die erst in ihrem „konkreten Umschlagen“ verboten ist, im Übrigen ist es nicht ersichtlich, wie das bloße Umschlagen der Situation den anderen in *strafrechtlich relevante* Abhängigkeit bringen und damit Urheber zum Garanten machen kann.

²⁵¹⁸ *Welp* wendet gegen letzteres mit Recht ein, dass das Vertrauen nur als Folge einer *sachlich begründeten* Gleichstellung eintreten könne, nicht aber als ihr Grund. „Die Gleichwertigkeit begründet das Vertrauen – und nicht umgekehrt“. *Welp* Vorangegangenes Tun S. 216 f.

3. Annex: Begründung der Garantenstellungen durch „Kausalität aus Freiheit“?

a) Die Ausführungen von *Matt*

Matt stellt ähnlich wie *E. A. Wolff* auf die Bewirkungsqualität der Unterlassung aufgrund von „Kausalität aus Freiheit ab“, ²⁵¹⁹ unternimmt es jedoch zusätzlich, die Begründung der *Garantenstellungen* als „Handlungsverantwortung (Kausalität aus Freiheit)“ abzuleiten. ²⁵²⁰ Es müsse also bei den Obhutsgarantenstellungen intersubjektiv Verantwortung und Vertrauen übernommen werden. Sicherungs- bzw. Überwachungspflichten entstünden „durch das verantwortliche Schaffen von Abhängigkeiten Anderer, welche durch eine dadurch intersubjektiv entstandene Vertrauensbeziehung hinsichtlich dieser konkreten Abhängigkeit qualifiziert sein muß (Fälle der Ingerenz)“. ²⁵²¹ So meint *Matt* zur Ingerenz, dass durch gefährliches („zumal rechtswidriges“) Vorverhalten „eine Garantenstellung und somit typischerweise eine Garantenpflicht zur Sicherung dieser Gefahrenquelle begründet wird (Kausalität aus Freiheit)“. ²⁵²² Die Reichweite der Pflicht richte sich daher nach der „materialen Struktur der Eigenverantwortung der Tat, beispielsweise bei Ingerenz auf die Verhinderung von (weiteren) aus der gesetzten Gefahr entstehenden Schäden [...]“. ²⁵²³ *Matt* will diese Begründung der Garantenpflichten über § 13 StGB als „Tor zum Naturrecht“ in das geltende Strafrecht überführen. ²⁵²⁴

b) Kritik

Dass ein derartiges Vorgehen, das über § 13 I StGB „Naturrecht“ einführen will, demokratischen Grundsätzen nicht genügt, wurde bereits oben dargetan. ²⁵²⁵ Die Philosophie kann den Anspruch, als unmittelbare Rechtsquelle zu dienen bereits deshalb nicht erfüllen, „weil kein philosophisch zu erbringender Letztbeweis für die Gültigkeit von Normen existiert“. ²⁵²⁶ Mangels eines solchen Beweises, müsste stets der eigene philosophische Standpunkt als gültige Prämisse vorausgesetzt werden. Insbesondere für den besonders grundrechtsintensiven Eingriff der Kriminalstrafe kann es jedoch nicht darauf ankommen, ob der Richter nun der *kantischen* Philosophie nachhängt oder nicht. ²⁵²⁷ Man kann

²⁵¹⁹ *Matt* Kausalität S. 179 ff., 200 ff. Nur in einem durch Kausalität aus Freiheit entstandenen intersubjektiven Anerkennungsverhältnis könne eine Entscheidung das Verhältnis zum anderen betreffen. „Die Negativität der Unterlassung ist nur auf dieser Basis dem Tun [...] als Vollzug einer Entscheidung in der Lebenswelt gleichwertig, d.h. als ein Bewirken gegenüber dem Anderen“ S. 180.

²⁵²⁰ *Matt* Kausalität S. 202. „Garantenpflichten sind [...] in bezug auf ihre normative Reichweite auf den intersubjektiven Verantwortungsrahmen beschränkt, der durch Kausalität aus Freiheit eröffnet wird.“

²⁵²¹ *Matt* Kausalität S. 204. Es müsse durch eine „eigenverantwortliche Tat im praktischen Verhältnis bestimmter Individuen“ intersubjektives Vertrauen entstehen, sodass ein spontanes Bewirken durch Unterlassen wie beim Tun möglich sei, S. 205.

²⁵²² *Matt* Kausalität S. 202 m. Fn. 13. Dagegen: „Ohne Eigenverantwortlichkeit des Täters im Sinne der Kausalität aus Freiheit wäre eine strafrechtliche Pflichtenbegründung – notwendig für das Bewirken der Rechtsgutsverletzung durch Unterlassen – nicht möglich.“ (S. 203 m. Fn. 15).

²⁵²³ *Matt* Kausalität S. 203.

²⁵²⁴ *Matt* Kausalität S. 202.

²⁵²⁵ Siehe dazu oben → Kapitel 1 § 2 B III.

²⁵²⁶ *Haas* Kausalität S. 81: „vernunftrechtlicher Absolutismus“.

²⁵²⁷ Ein solches „Vernunftrecht“, welches tatsächlich das *philosophische* Dafürhalten des Rechtsanwenders zum Maßstab macht, kann im säkularen *Rechtsstaat* nicht über die Verhängung von Strafe entscheiden, vgl. *Lüderssen* FS Eser S. 163, 166; siehe auch *Naucke* ZStW 76 (1964), 409, 431: „warum soll der Freispruch

jede Frage aus dem einen oder anderen Blickwinkel betrachten, allerdings wäre es vielmehr bedenklich, wenn die gravierende Rechtsfolge der Strafe bloß von philosophischen Glaubensbekenntnissen abhinge.²⁵²⁸ Derartige Überlegungen können anstatt auf dem „gemeinsamen Fundus der Strafrechtswissenschaft“ aufzubauen, *höchstens* innerhalb „geschlossener Denkgebäude“ überzeugen.²⁵²⁹ Der Vergleich mit der Position von *Wolff* und *Köhler* zeigt überdies, dass die Konzeption *Matts* auch nicht von den anderen Kantianern²⁵³⁰ geteilt wird. Denn *Wolff* und *Köhler* argumentierten hinsichtlich der Garantstellung aus Ingerenz – statt radikaler Deduktionen aus dem Autonomiebegriff – *juristisch*.²⁵³¹ Insoweit ist nicht an die „ewige Vernunft“, sondern die konkrete historische Situation²⁵³² und den jeweiligen Zustand der Gesellschaft anzuknüpfen, insbesondere an ihre Wertvorstellungen, die mittels der demokratischen Verständigung im positiven (Straf-)Recht Verbindlichkeit erlangen.²⁵³³ Dass also Garantpflichten auch ohne „intersubjektive“ Verantwortungsübernahme begründet werden, ist durch einen historischen philosophischen Rechtsbegriff weder vorgegeben noch ausgeschlossen.²⁵³⁴ Der Verzicht

[...] von der idealistischen deutschen Philosophie abhängen?"; *Hörnle* FS HU S. 1265, 1270: „Am Anfang steht die Option für einen bestimmten philosophischen Autor oder eine Gruppe von Autoren [...]“; mit *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 331 „mutet es zweifelhaft an, mittels einer angeblich zwingenden Deduktion aus Textpassagen eines großen Meisters vergangener Jahrhunderte gewichtige Schlussfolgerungen [zu strafrechtlichen Fragen] zu ziehen“.

²⁵²⁸ Zwar beruht unsere Verfassung sicher auch auf dem Gedankengut etwa des Deutschen Idealismus, allerdings kommt der philosophischen Fundierung nur insoweit Relevanz zu, als sie über die Verfassung sowie das geltende Strafrecht „Gemeingut“ geworden ist. Anschaulich zum Verhältnis der Rechtsphilosophie *Kants* zum Grundgesetz *H. Dreier* JZ 2004, 74 ff. mit dem Aufsatztitel „Kants Republik“; sowie *Zaczyk* Der Staat 50 (2011) 295 ff.; siehe auch *Hörnle* FS HU S. 1265, 1272; *Murmann* Selbstverantwortung S. 219.

²⁵²⁹ Äußerst **kritisch** insoweit *Stratenwerth* FS Lüderssen S. 373, 380; zustimmend *Lüderssen* FS Eser S. 163, 166; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 331 m. Fn. 91.

²⁵³⁰ Im Übrigen ist auch nach *Kant* das Vernunftrecht „Richtschnur für den Gesetzgeber“ (*Kühl* in: *Recht und Moral* S. 139 f.; vgl. *Kant* MdS Rechtslehre § 45, A 164 f., B 194 f., Werke VIII S. 431), das Rechtsgesetz also Beurteilungskriterium für geltendes Recht, nicht hingegen Deduktionsgrundsatz (*Kersting* *Kant über Recht* S. 17).

²⁵³¹ Die Frage hinsichtlich der dogmatischen Voraussetzungen einer Straftat ist eben speziellerer Natur als die philosophische Rechtsbegründung und daher Aufgabe der *Strafrechtswissenschaft*, *Hirsch* in: *Probleme* II S. 53, 57 m. Fn. 18.

²⁵³² Die Ausführungen *Kants* und *Hegels* sind Ausdruck *ihrer* jeweiligen Zeit und deren Konventionen, vgl. auch *Hörnle* FS HU S. 1265, 1273. Zwischen *Kants* und unserer Zeit liegen zwei Jahrhunderte philosophischer Wissenschaft. Philosophie ist stets eine Antwort auf die Probleme *ihrer* Zeit. In unserer Zeit stellen sich, etwa aufgrund der technischen Entwicklung, aber auch aufgrund erheblicher gesellschaftlicher Veränderungen, ganz andere Fragen als im 18. und 19. Jahrhundert.

²⁵³³ *Gallas* in: *Beiträge* S. 1, 16 f. – Im demokratischen Verfassungsstaat ist gerade das positive, auf *politischer Selbstbestimmung* der Bürger beruhende Gesetz freiheitseröffnend.

²⁵³⁴ Vgl. dazu auch *Gallas* *Studien* S. 70 f.; *Naucke* *Strafrecht* § 7 Rn. 244.

auf ein allgemeingültig begründetes Vernunftrecht ist letztlich der Preis einer *pluralistischen* Gesellschaft.²⁵³⁵ Zudem ist individuelle Freiheit regelmäßig gesellschaftlich vermittelt,²⁵³⁶ der Einzelne ist also auf gewisse Rahmenbedingung bzw. „Ermöglichungsbedingungen“ angewiesen, um seine Freiheit wirksam auszuüben.²⁵³⁷ Die Reduktion des Freiheitsbegriffs auf die formale Rechtssubjektivität hingegen perpetuiert außerhalb des Rechts verursachte Ungleichheit und soziale Machtgefälle und ermöglicht damit reale Unfreiheit überhaupt erst.²⁵³⁸ Es entspricht der freiheitseröffnenden Dimension des Rechts, die äußere Freiheit der Einzelnen miteinander in Einklang zu bringen *und* zu ermöglichen.

Dass *Matt*, anders als *E. A. Wolff*, die „Kausalität aus Freiheit“ bereits bei der Begründung der Garantenpflicht als maßgeblich ansieht,²⁵³⁹ nicht erst für die eigentlich deliktische Unterlassung, erscheint deplatziert, weil die *Vorhandlung* (anders als die Unterlassung selbst) doch nicht dem aktiven Tun gleichgestellt werden soll. Auch äußert sich *Matt* nicht ausdrücklich, ob für die autonome Garantenpflichtbegründung eine tatsächlich „autonome“, also mit *E. A. Wolff* eine „sinnbezogene“ Entscheidung anhand sittlichen Sollens, d.h. anhand des kategorischen Imperativs erforderlich ist,²⁵⁴⁰ wodurch – kriminalpolitisch verfehlt – insbesondere schuldlose Vorhandlungen weitgehend ausgeschlossen wären.²⁵⁴¹ Soll tatsächlich gerade derjenige, der zum Zeitpunkt der Vorhandlung „keinen über den eigenen Wünschen übergeordneten Standpunkt“²⁵⁴² einnehmen kann, nicht (erst recht) zur Korrektur dieses Standpunktes verpflichtet sein? Selbst hinsichtlich dem Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern kommt *Matt* zu dem Ergebnis, dass diese die Verantwortung „intersubjektiv konkretisiert und entsprechend manifestiert als Vertrauen übernommen“

²⁵³⁵ *Frister* AT 2/25.

²⁵³⁶ Vgl. etwa *Möllers* Freiheitsgrade § 43.

²⁵³⁷ *Otto* AT § 9 Rn. 23; *Pawlik* Unrecht S. 175, 186 ff.; *ders.* Notstand S. 13 f., 277: erst diese stabile „Wirklichkeit von Freiheit“ mache die Autonomie des Einzelnen überhaupt erst real; zutreffend nehmen daher selbst die restriktiven, grundsätzlich auf eine eigene Vorhandlung abstellenden Garantenlehren im Verhältnis der Eltern zu ihren minderjährigen Kindern eine Garantenstellung an, etwa *Gallas* Studien S. 92 f.; *Grünwald* Garantenpflichten S. 140; *Seelmann* GA 1989, 241, 255 f. – Auch für *Kant* ist der Übergang in den bürgerlichen Zustand Vernunftgebot zur Koordinierung der Koexistenzordnung für das Zusammenleben der Individuen im Zeichen des Freiheitsgedankens, *Kant* MdS Rechtslehre Einleitung (AB 43 f., Werke VIII, S. 344), § 41 (AB 154 ff., S. 422 f.), §§ 43 (A 161 ff., B 191 ff., S. 429 ff.); vgl. dazu *H. Dreier* JZ 2004, 745, 747; *Pawlik* Unrecht S. 164; *Zaczyk* Selbstverantwortung S. 24: Durch die Gründung des Staates, welcher die Rechtssphären der einzelnen befestigt, werden die einzelnen „entlastet von den Schwächen der isolierten Subjektivität“.

²⁵³⁸ *Gaede* NK § 323c Rn. 1 (zum Tatbestand der unterlassenen Hilfeleistung).

²⁵³⁹ **Dagegen** betont etwa *E. A. Wolff* zu Recht die Notwendigkeit, die Handlung auch von ihrer sozialen Seite zu betrachten. *E. A. Wolff* Handlungsbegriff S. 29 ff., 32: „eine solche generalisierte Betrachtung der Taten des Einzelnen ist im Rechtsleben nicht zu umgehen“; *Köhler* Fahrlässigkeit S. 224; siehe auch *Murmann* Nebentäterschaft S. 179.

²⁵⁴⁰ Siehe dazu *E. A. Wolff* Handlungsbegriff S. 17 ff.; *ders.* Kausalität S. 64 ff.

²⁵⁴¹ Vgl. zu *Wolff* insoweit *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 74: An der Freiheit fehlt es jedenfalls bei schuldlosen Taten.

²⁵⁴² So *E. A. Wolff* Kausalität S. 71 m. Fn. 69.

haben müssen.²⁵⁴³ Dies würde konsequent zu Ende gedacht zu dem absurden Ergebnis führen, dass diejenige Mutter straffrei bliebe, welche ihr Kind direkt nach der Geburt sterben lässt – anders als die, welche es einmalig ernährt.²⁵⁴⁴

II. Ausdifferenzierung der Richtlinie bei *Welp*

1. Darstellung

Die Ausführungen von *Welp* lehnen sich an diejenigen²⁵⁴⁵ *E. A. Wolffs* an.²⁵⁴⁶ Die Unterlassung müsse in ein zur Begehung analoges Verhältnis gestellt werden, sodass ihre „Gleich(unwertigkeit)“ feststehe.²⁵⁴⁷

a) Unrechtsstruktur der Begehung

Es sei die Struktur der Beziehung zwischen positivem Tun und Erfolg zu analysieren, um herauszufinden, weshalb die aktive Energieentfaltung²⁵⁴⁸ den Handelnden stets ohne weitere Kriterien zum Täter, also *eo ipso* zum Garanten mache.²⁵⁴⁹ *Welp* unterscheidet dabei zwischen „Täter- und Opferposition“ als „Teilaspekte desselben Gegenstandes“.²⁵⁵⁰ Was die Perspektive des Täters bei der Begehung angehe, besitze dieser eine Überlegenheit über die bloß kausalen Abläufe der Natur, indem er das Geschehen final determinieren könne. Daher könne ihm der final verwirklichte Erfolg als sein Werk zugerechnet werden.²⁵⁵¹ Die Opferperspektive bei der Begehung hingegen zeichne sich aus durch die besondere Verletzbarkeit des Rechtsguts durch fremde Finalität.²⁵⁵² Durch die *Verbote* des Besonderen Teils werde daher ein Vertrauensverhältnis hergestellt. Dem „Nicht-Tun-

²⁵⁴³ *Matt* Kausalität S. 204. Unklar der Verweis auf formale Rechtsquellen auf S. 203: „nachgeordnet, wenn auch nicht in Hinsicht auf die konstituierende Kausalität aus Freiheit ausgeschlossen“.

²⁵⁴⁴ Vgl. schon die Kritik zu *Berster* oben → § 1 G II 2. Vgl. auch *Pawlik* FS Roxin (2011) 931, 933 ff., der darauf hinweist, dass sich die Garantenstellung der Eltern nicht aus *Kants* ursprünglichem Rechtsbegriff ableiten lässt; siehe auch *ders.* Unrecht S. 165.

²⁵⁴⁵ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 251 m. Fn. 80 sieht (bis auf *Wolffs* Rekurs auf das Gewohnheitsrecht) keine wesentlichen Unterschiede. Dabei übersieht er jedoch, dass sich *Welp* durchaus von der Konzeption *Wolffs* absetzt, insbesondere *Welp* Vorangegangenes Tun S. 215 ff.

²⁵⁴⁶ Ähnliche Erwägungen finden sich zudem bei *Wolffs* und *Welps* Lehrer *Gallas* in einem Vortrag von 1963, welcher 1989 veröffentlicht wurde, *Gallas* Studien S. 67 ff. *Gallas* prägte auch maßgeblich den Abhängigkeitsgedanken: Im sozialen Zusammenleben sei die Unversehrtheit der Rechtsgüter des Einzelnen regelmäßig von bestimmten Sicherungsvorkehrungen „nicht minder abhängig als von dem Unterbleiben positiver Angriffe auf sein Leben“, S. 80.

²⁵⁴⁷ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 164. Dass eine Person Garant sei, bedeute nur, dass „ihre auf ein bestimmtes Rechtsgut bezogene Unterlassung Handlungsäquivalent“ sei, S. 165.

²⁵⁴⁸ *Welp* isoliert als Defizienz der Unterlassung im Verhältnis zur Begehung, dass diese ein Energiemoment und damit reelle, nicht nur gedachte Kausalität aufweise, Vorangegangenes Tun S. 170.

²⁵⁴⁹ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 172.

²⁵⁵⁰ Derselbe Gegenstand, das Abhängigkeitsverhältnis werde bloß aus verschiedenen Perspektiven betrachtet, *Welp* Vorangegangenes Tun S. 178.

²⁵⁵¹ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 173 f.

²⁵⁵² *Welp* Vorangegangenes Tun S. 174 ff. Die Unberechenbarkeit finaler Initiative verhindere es, dass sich der Mensch abwehrbereit halten könne. Die „besondere, dem fremden Determinationsvermögen korrelative Verletzbarkeit des Menschen, die das Maß seiner Unterworfenheit unter übermächtige Naturvorgänge bei weitem übersteigt“, schaffe die Abhängigkeit des Rechtsgutsträgers vor dieser schädigenden Aktivität.

Dürfen“ entspreche auf Seiten des Rechtsgutsträgers ein „Vertrauen-Dürfen“ auf das Ausbleiben der aktiven Verletzung.²⁵⁵³

b) Opferposition

Dieses durch finale Initiative überspielte Vertrauensverhältnis müsse nun auch bei der Ingerenz aufzufinden sein.²⁵⁵⁴ Es könne fortbestehen, wenn sich das Opfer nach Abschluss der Handlung mit deren rechtsverletzenden Wirkungen konfrontiert sehe.²⁵⁵⁵ Die Vorhandlung müsse grundsätzlich diejenige Qualität aufweisen, die das Abhängigkeitsverhältnis beim positiven Tun begründet. Dies könne bei rechtswidrigen Vorhandlungen angenommen werden, da hier *das durch die Verbotsnorm begründete Vertrauen überspielt* wurde. Infolgedessen sei die Position des Opfers bei der Ingerenz mit dem Durchgangsstadium jeder Begehung identisch und damit nicht bloß Ausdruck der Fragilität, sondern der Abhängigkeit vom Nichteintritt des Erfolgs.²⁵⁵⁶ Dabei seien die vorsätzliche und fahrlässige Vorhandlung im Hinblick auf die „Opfersituation“ bloß „quantitativ“ verschieden. Es sei für das Opfer gleich, ob der Kausalverlauf final auf die Verletzung seiner Güter oder auf andere Zwecke determiniert sei.²⁵⁵⁷ Ausscheiden müsse allerdings eine *inadäquate* Gefährdung: Diese resultiere bloß aus der allgemeinen „Unterworfenheit des Menschen unter die Kausalgesetze“ und damit der Fragilität des Opfers im Hinblick auf jedwede Gefahr.²⁵⁵⁸

c) Täterposition

Weiterhin müsse der Täter zu der zunächst beziehungslos bestehenden Abhängigkeit als Subjekt in Verhältnis gesetzt werden.²⁵⁵⁹ Wenn die Abhängigkeit vom Nichteintritt der rechtsverletzenden Wirkungen in die Abhängigkeit von der Rettungshandlung umschlage, so sei der Täter deswegen das Subjekt, weil der Gefahrenzustand „nicht minder sein Werk ist wie der endlich eintretende Erfolg“. Er ist es, auf den das Opfer in seiner

²⁵⁵³ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 176 f. Das Vertrauendürfen erlaube es dem Menschen, seine im Naturzustand bestehende Abwehrbereitschaft aufzugeben und in den „status civilis“ einzutreten. Indem er jedoch seine Abwehrbereitschaft in der bürgerlichen Gesellschaft fallen lasse, gerate er in eine gesteigerte Abhängigkeit von der Unterlassung des Verbotenen; unter Verweis auf *Thomas Hobbes*.

²⁵⁵⁴ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 177; speziell hier könne sich dieses Abhängigkeitsverhältnis nur aus dem positiven Tun selbst ergeben. Ähnlich bereits *Gallas Studien* S. 91; zustimmend auch *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 315 m. Fn. 36. Ferner *Maurach/Gössel/Zipf AT 2 § 46 Rn. 107*.

²⁵⁵⁵ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 180. Es müsse daher der Wandel der Abhängigkeit verfolgt werden, von der generellen Abhängigkeit von der Einhaltung der Verbotsnorm hin zu der konkreten Abhängigkeit, unter der sich der Erfolg als Werk des Täters realisiere.

²⁵⁵⁶ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 181 ff.

²⁵⁵⁷ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 186 f. Bei der vorsätzlichen Handlung bestehe der „Anschein einer besonderen Verletzbarkeit lediglich durch die Möglichkeit einer Heimtücke des Täters, die indessen im Begriff der Finalität nicht vorausgesetzt ist“.

²⁵⁵⁸ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 188 f. Die Inadäquanz bedeute das „Nicht-Können der Sozialperson“, insoweit bestehe kein berechtigtes Vertrauen auf das Ausbleiben der rechtsverletzenden Aktivität; **dagegen** *Kugler Ingerenz* S. 103, der *Welp* eine Tautologie vorwirft. Dabei übersieht *Kugler* jedoch, dass die Gefahr einen objektiven Zustand darstellt, während sich die Adäquanz aus der Täterperspektive beurteilt.

²⁵⁵⁹ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 189.

Abhängigkeit verwiesen und angewiesen ist.“ Es liege in der „auf Gutsintegrität abzielenden Intention“, der Verbotsverletzung ein komplementäres Abwendungsgebot zur Seite zu stellen. An die Qualität der Vorhandlung seien die gleichen Anforderungen zu stellen wie an die Abhängigkeit des Opfers, da diese in einem dialektischen Verhältnis stünden.²⁵⁶⁰

d) Erstreckung auf rechtmäßige Vorhandlungen

Welp geht jedoch über seine Ergebnisse zu rechtswidrigen Vorhandlungen hinaus: Die Erlaubnis einer gefährlichen Handlung, die einen von der Rechtsordnung gebilligten Zweck verfolge, zwingt andere zwar zur generellen Duldung dieser Gefährdung, nicht aber zur Duldung des Erfolgeintritts.²⁵⁶¹ Im Folgenden stellt sich *Welp* in Anlehnung u.a. an *Ad. Merkel*, *Binding* und *Rotering* auf den Standpunkt, dass bestimmte Handlungen nur unter der ergänzenden Bedingung freigegeben sind, dass der Handelnde zur Abwendung etwaiger Gefährdungen verpflichtet ist.²⁵⁶² Entscheidend für eine vernünftige Relation der Interessen sei nicht nur der sorgfältige Vollzug der Handlung selbst, sondern insbesondere der Einsatz sichernder Gegenfaktoren (sog. akzessorische Sicherungsfaktoren).²⁵⁶³ Zwar könne niemand auf das Unterbleiben rechtmäßiger Risikovorhandlungen, welche unter Billigung der Rechtsordnung täglich vorgenommen werden, vertrauen.²⁵⁶⁴ Jedoch sei der Betroffene – im Anschluss an *J. Esser*²⁵⁶⁵ – einem „sozialen Zwang zur Gefahrenhinnahme“ ausgesetzt, wobei in der technischen Welt die Gefahren allgegenwärtig seien.²⁵⁶⁶ Das „Unglück“, das sich trotz aller gebotenen Vorsicht der Beteiligten ereignet, „ist nicht minder unberechenbar als das fremde Versagen“.²⁵⁶⁷ Während also bei der rechtswidrigen Vorhandlung die Abhängigkeit über das Normvertrauen vermittelt sei, stütze sie sich hier *unmittelbar* auf die Unterworfenheit unter die ubiquitäre Gefährdung. Die Gleichbehandlung der beiden Fallgruppen könne damit begründet werden, dass „die

²⁵⁶⁰ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 191.

²⁵⁶¹ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 210.

²⁵⁶² *Welp* Vorangegangenes Tun S. 211 ff. Das Recht strebe nach der Herstellung eines „kompossiblen Maximums“ gegenseitiger Interessen und erlaube daher nur diejenige Handlung, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks notwendig ist.

²⁵⁶³ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 213, im Anschluss insbesondere an *Engisch* Untersuchungen S. 294.

²⁵⁶⁴ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 215. Auch weist er zu Recht darauf hin, dass man keine Garantienstellung aufgrund berechtigten Vertrauens auf komplementäre Sicherung annehmen kann, da das Vertrauensdürfen Folge, nicht Grund der Handlungsäquivalenz ist, S. 216.

²⁵⁶⁵ *J. Esser* Gefährdungshaftung S. 103; siehe auch S. 99: „Gewaltverhältnis

²⁵⁶⁶ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 217. Der Betreffende habe die generelle Gefährdung *de iure* hinzunehmen und sei ihr, wenn er kein Einsiedlerdasein führen wolle, *de facto* unausweichlich ausgesetzt. Die Entscheidungsfreiheit bestehe nur zwischen „Gefahrhinnahme und Verzicht auf Verkehrsteilnahme“ (S. 218 m. Fn. 245). Die Opfersituation wandle sich sodann mit dem Fortschreiten der tatsächlichen Situation vom Dulden-Müssen der Gefährdung über die Abhängigkeit von komplementärer Sicherung hin zur Abhängigkeit einer Rettungshandlung. Aus Sicht des Opfers sei es bedeutungslos, ob seine Rechtsgüter dadurch verletzt werden, weil der Täter die Gefahr nicht sichere oder im Angesicht der zugespitzten Situation die Rettung nicht vornehme (S. 221). **Anders** *Rudolphi* JR 1974, 160, 161: hier entstehe nur die Pflicht, die Gefährlichkeit der Vorhandlung von vornherein auf ein erträgliches Maß zu beschränken, nicht aber die Pflicht, Rechtsgutsverletzungen abzuwenden.

²⁵⁶⁷ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 218.

Gründe, die das Vertrauen bei den rechtmäßigen Handlungen ausschließen, für die Opferseite ohne Bedeutung sind“. „Der Täter der Risiko-Handlung entgeht dem Verdikt der Fahrlässigkeit somit nicht wegen der Inadäquanz der Gefährdung, sondern allein aus normativen Gründen. Diese tangieren die Opferseite nun aber in der Tat nicht. Denn die Sozialnützlichkeit der verfolgten Zwecke kommt heteronomen Gegenständen, keinesfalls aber dem betroffenen Opfer zugute. Und mithin erfolgt die Gestattung der riskanten Betätigung allein auf Kosten seiner Sicherheit“.²⁵⁶⁸ Die Verkehrsrichtigkeit der Betätigung gebe kein Eingriffsrecht, der eingetretene Schaden bleibe vielmehr als Erfolgswert abwehrfähig. Die Pflicht des Ingerenten leite sich somit aus dem Sinn der Gefährdungserlaubnis ab, die die Freigabe des riskanten Tuns mit höchstmöglicher Gutsintegrität zu harmonisieren abziele, sie sei die „billige Kompensation der Gefährdungsgestattung“.²⁵⁶⁹ Wieder schränkt *Welp* hier nach der Adäquanz der Gefährdung ein. Alle unvorhersehbaren Ursachenverkettungen seien „aus der Perspektive des Betroffenen bloßes Unglück, aus der des Unterlassenden Zufall“.²⁵⁷⁰ Allerdings könne die Mitwirkung dritter Personen aufgrund deren *Eigenverantwortlichkeit* mit dem Adäquanzurteil nicht bewältigt werden. Daher begründet *Welp* für die Ingerenz (sowie grundsätzlich) ein Regressverbot.²⁵⁷¹ Die unvorsätzliche Beeinflussung fremder Freiheit sei „unter allen Umständen stets ‚sozialadäquat‘“.²⁵⁷²

²⁵⁶⁸ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 219 f. Das Opfer werde von den Folgen des riskanten Tuns in derselben Weise getroffen wie von den Folgen einer fahrlässigen Handlung. Während also bei den rechtswidrigen Vorhandlungen das Opfer auf das Ausbleiben der rechtswidrigen Aktivität vertrauen dürfe, müsse es bei den erlaubten riskanten Handlungen die Gefährdung dulden; ähnlich schon, wenn auch deutlich knapper, *E. A. Wolff* Kausalität S. 43.

²⁵⁶⁹ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 224. Hiermit begründet *Welp* schließlich auch, dass rechtmäßiges Vorverhalten zu Rettungspflichten führen soll, S. 234. Der Handelnde werde dabei nicht übermäßig belastet, da er bloß auf das verpflichtet wäre, was ex ante in das soziale Kalkül einbezogen werden könne (mit Verweis auf solche Autoren, die die Abwendungspflicht auf Übernahme stützen, insbesondere *Frank* StGB § 1 Anm. IV 2). Auch verweist *Welp* wieder im Anschluss an *J. Esser* auf den Gedanken der Gefährdungshaftung: „Sonderrecht nur gegen Sonderpflicht“, S. 222; Zitat von *J. Esser* Gefährdungshaftung S. 97; ähnlich *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 114.

²⁵⁷⁰ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 228.

²⁵⁷¹ *Welp* entwickelt dies zunächst für die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz, um sodann ein allgemeines Regressverbot aufzustellen. *Welp* Vorangegangenes Tun S. 228 f., 274 ff., 299 ff. *Welp* geht dabei davon aus, dass die über einen Dritten verlaufende Einwirkung besonders unter Strafe gestellt sein müsse, dies sei aber durch das Gesetz nur für die vorsätzliche Teilnahme geschehen. **Dagegen** spricht jedoch, dass im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte der Einheitstäterbegriff gilt, vgl. nur *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 179 ff.

²⁵⁷² *Welp* Vorangegangenes Tun S. 286. Die Wirkungsmöglichkeit des Teilnehmers reduziere sich neben einem unmittelbar Handelnden auf die Setzung von Versuchungen, S. 276 f. Es gebe keine spezifische Abhängigkeit vom Unterbleiben der Teilnehmeraktivität, da diese ihren Strafbarkeitsgrund „nur im Verhältnis zum Täter“ habe, S. 278, 280 f.; insoweit zustimmend auch *Jakobs* ZStW 89 (1977) 1, 11: Die Zurechnung zum unmittelbar Handelnden könne den Konflikt erledigen; *Herbertz* Ingerenz S. 229 m. Fn. 59; **dagegen** zu Recht *Herzberg* Garantenprinzip S. 305; kritisch (auch zur Reihenfolge der Begründung) *Schünemann* Grund und Grenzen S. 210.

2. Kritik

a) Allgemeines

Da *Welp* die wesensmäßige Gleichheit von Tun und Unterlassen ins Auge fasst, wird seine Gleichstellungslehre als „ontologisch“ bezeichnet.²⁵⁷³ *Welp* untersucht jedoch nicht isoliert die „natürliche“ Struktur der Handlung, sondern betrachtet sie (zutreffend) im Kontext rechtlicher Regelungen²⁵⁷⁴ sowie den Dynamiken des Soziallebens (Zwang zur Gefährhinnahme in der – damals noch nicht als solcher bezeichneten – „Risikogesellschaft“). Speziell hinsichtlich der rechtswidrigen Verhandlungen spricht *Welp* davon, dass er die Pflicht aus dem Schutzzweck des Begehungsverbots ableite.²⁵⁷⁵ Eine Argumentation jedoch, die die Strukturen des Regelungsgegenstands beachtet, als „ontisch“ zu bezeichnen, um sie damit von vornherein zu diskreditieren,²⁵⁷⁶ ist gehaltlos.²⁵⁷⁷

b) Abhängigkeit

Insbesondere *Schünemann* hat die Gleichstellungslehre *Welps* einer umfassenden Kritik zugeführt, an der sich die folgende Auseinandersetzung als „rotem Faden“ teilweise orientieren wird. Der zentrale und zu weiten Teilen berechtigte Vorwurf ist der, *Welp* verende den Begriff der Abhängigkeit für verschiedene Sachverhalte.²⁵⁷⁸ Dem ist beizupflichten: Bereits hinsichtlich der „Abhängigkeit“ beim Begehungsdelikt argumentiert *Welp* mal ontologisch mit der Anfälligkeit gegenüber *finaler Initiative*, mal mit der Überpielung des *Vertrauens der Verbotsnorm*. Ersterem Aspekt hat *Herbertz* jüngst vorgehalten, die gesteigerte Qualität der Abhängigkeit gerade von der Nichtverletzung durch Menschen sei eine bloße Behauptung.²⁵⁷⁹ Nun lässt sich *Welps* Position²⁵⁸⁰ bloß vor dem

²⁵⁷³ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 104; ähnlich auch *Herbertz* Ingerenz S. 115 ff., 119 ff.; **anders** *Vogel* Norm und Pflicht S. 345 f., dessen Kritik jedoch weitgehend auf dem Boden der eigenen Normenkonzeption steht.

²⁵⁷⁴ Insofern handelt es sich bei *Welps* Ausführungen um eine Argumentation aus der Natur der Sache, vgl. auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 115, der jedoch bezweifelt, dass es *Welp* gelungen sei, die normative Relevanz der reklamierten sachlogischen Strukturen darzulegen; vgl. auch S. 117, 122.

²⁵⁷⁵ *Welp* Vorgegangenes Tun S. 224.

²⁵⁷⁶ *Herbertz* sieht sich jedoch sogar veranlasst, eine „Kritik ontischer Begründungen überhaupt“ nachzuschieben (*Herbertz* Ingerenz S. 119 ff.; siehe auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 23: „erstaunlich, mit welcher Akribie versucht wurde, ontologische Aspekte für die Lösung des Gleichstellungsproblems auszumünzen“, *et passim*), die jedoch weder *E. A. Wolff* noch *Welp* gerecht wird, da weder der eine noch der andere „rein ontisch“ oder „gänzlich vorrechtlich“ argumentiert. Eine derartige Begründung gibt es nicht in Reinform. Wenn etwa – wie bei *Schünemann* und *Sangenstedt* – bestimmten ontischen Strukturen zu große Bedeutung zugemessen wird, so geschieht dies stets aus mitunter wenig überzeugenden normativen Gründen.

²⁵⁷⁷ *Vogel* hingegen sieht gerade *umgekehrt* den grundlegenden, immanenten Fehler *Welps* darin, das Vertrauen gerade aus den Strafrechtsnormen zu begründen und eben nicht außer- oder vorstrafrechtlich; denn hierdurch gerate er in einen gedanklichen Zirkel, *Vogel* Norm und Pflicht S. 345.

²⁵⁷⁸ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 106.

²⁵⁷⁹ *Herbertz* Ingerenz S. 118: „Worin soll der von ihm proklamierte Unterschied zur menschlichen Unterworfenheit unter die Kräfte der Natur liegen? Die Begründung hierfür bleibt er dem Leser schuldig [...]“; sie beruft sich dabei auf *Schünemann* Grund und Grenzen S. 112 ff. *Schünemann* kritisiert dort zwar völlig zu Recht den Abhängigkeitsbegriff *Welps*, bezweifelt jedoch *nicht* die besondere Qualität der Abhängigkeit von der Nichtverletzung durch andere Menschen.

²⁵⁸⁰ *Welps* eigene Ausführungen haben maßgeblich zu dieser Verwirrung beigetragen, wenn er von „anläßgemäßem Schutz“ spricht. Siehe etwa *Welp* Vorgegangenes Tun S. 175.

Hintergrund der finalen Handlungs- bzw. Unrechtslehre verstehen. Die ganz anders gartete Gefährlichkeit des durch menschliche Handlung gesteuerten Geschehens im Vergleich zum bloß mechanisch-kausalen Ablauf liegt nach den Finalisten nicht in einer irgendwie messbaren „kausalen Stärke“ (wie eine große Giftdosis im Vergleich zu einer kleineren), sondern in der finalen Dirigierbarkeit des Geschehens durch den Willen,²⁵⁸¹ eine Erkenntnis, die auch von Gegnern des Finalismus betont wird²⁵⁸² und der modernen Tatherrschaftslehre zugrunde liegt.²⁵⁸³ Entscheidend kann damit keine quantitative Betrachtung der Gefährlichkeit bestimmter Vorgänge sein, sondern nur die – von den Begehungstatbeständen *normativ vorausgesetzte – qualitative* Besonderheit menschlicher Geschehensherrschaft.²⁵⁸⁴ Allerdings führt *Welp* diesen Gedankengang nicht konsequent zu Ende,²⁵⁸⁵ sondern geht dazu über, die Abhängigkeit aus dem Normvertrauen zu begründen.²⁵⁸⁶ Problematisch ist, dass das von *Welp* bemühte Vertrauendürfen auf die Einhaltung der Verbote eine bloße „Folge oder Begleiterscheinung, die „Rückseite“²⁵⁸⁷ der Geltung von Strafrechtsnormen“ beschreibt. Die Abhängigkeit entsteht in Folge dieses Vertrauens auf die Geltung der Verbotsnormen – ob im Zeitpunkt der Unterlassung jedoch eine Norm besteht, die die Rettung gebietet und damit zu Vertrauen und Abhängigkeit

²⁵⁸¹ *Welzel* Naturalismus S. 83. Auf diesem Fundament wendete sich dann insbesondere auch *Welps* akademischer Lehrer *Gallas* eingehend gegen eine Betrachtung der Handlung als rein objektiv-kausalem Vorgang, den man bloß mit dem Maß kausaler Wirksamkeit messen könnte, *Gallas* ZStW-Sonderheft Athen (1957) 3, 9; welchen *Herbertz* überraschenderweise als Gegner der finalen Handlungslehre einordnet, vgl. *Herbertz* Ingerenz S. 235 m. Fn. 95. Wenngleich *Gallas* die finale Handlung als dem Tatbestand vorgelagertes Grundelement ablehnte, so war es doch maßgeblich sein Verdienst, die Erkenntnisse der finalen Handlungslehre in die Unrechtslehre zu überführen; *Gallas* daher zutreffend als Anhänger des Finalismus einordnend *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 16 sowie *Arth. Kaufmann* Schuldprinzip S. 167.

²⁵⁸² Statt vieler *Engisch* FS Kohlrausch S. 141, 153, 160; *Jescheck/Weigend* AT § 23 VI 1; *Arth. Kaufmann* FS H. Mayer S. 79, 94; speziell im Kontext der Garantenstellung *E. A. Wolff* Kausalität S. 41 f.

²⁵⁸³ *Gallas* ZStW-Sonderheft Athen (1957) 3, 9; siehe auch *Schünemann* FS Amelung S. 303, 313.

²⁵⁸⁴ Dazu noch eingehend → Kapitel 4 A II, III. Um diese „Abhängigkeit“ aufgrund der spezifischen Besonderheiten menschlichen Handelns kann es allein gehen, nicht hingegen um irgendwelche fehlenden „evolutionären“ schützenden Anlagen des Opfers hinsichtlich menschlichen Handelns im Gegensatz zu solchem Schutz gegen natürliches Geschehen.

²⁵⁸⁵ Insoweit **kritisch** auch *Sangenstedt* Garantenstellung S. 256.

²⁵⁸⁶ Bezüglich der schuldlosen Vorhandlungen verlässt *Welp* nur scheinbar die Ebene der Argumentation mit *berechtigtem Normvertrauen*: Das Vertrauen auf Ausbleiben der unfreien Tat sei „schlicht unberechtigt“ gewesen, ebenso unberechtigt wie das Vertrauen auf das Ausbleiben eines Naturereignisses. Schuldhaft müsse die Vorhandlung dennoch nicht sein, da das Opfer jedenfalls darauf vertraue, dass die andere Person „den Anforderungen des Soziallebens gewachsen“ sei; der Verkehr nehme den anderen als Sozialperson und traue ihm grundsätzlich die zur normgemäßen Motivation erforderlichen Qualitäten zu. *Welp* Vorangegangenes Tun S. 184 f.; ähnlich *E. A. Wolff* Handlungsbegriff S. 33; *Murmann* Nebentäterschaft S. 179. **Kritisch** *Herbertz* Ingerenz S. 118 m. Fn. 212, S. 119 m. Fn. 217: Die Argumentation sei ergebnisorientiert und beliebig; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 115: „komplizierte Paraphrase“. – In normativer Hinsicht nehmen jedoch schuldlose Handlungen keine Sonderstellung ein. Bei einer *normativen* Betrachtung *darf* – die zutreffende Trennung von Unrecht und Schuld vorausgesetzt – auf das normgemäße Verhalten eines Schuldunfähigen vertraut werden, denn der Andere wird auf Unrechtsebene gerade als Sozialperson (und unabhängig von seiner individuellen Motivierbarkeit) ins Auge gefasst.

²⁵⁸⁷ Allgemein treffend *Amelung* FS Eser S. 3.

führt, ist gerade die Frage.²⁵⁸⁸ Das *rechtliche* Vertrauendürfen des Opfers weist nur exakt so weit, wie die Verbotsnorm reicht,²⁵⁸⁹ und umfasst damit nur das Unterbleiben schädlicher Handlungen. Die von *Welp* bemühte „Abhängigkeit“ hat dann einen anderen Gegenstand als das Normvertrauen – nämlich das Ausbleiben der *Folgen* und infolgedessen die Abwendung durch den Ingerenten. *Welps* Grundfehler ist es also, dass das „Vertrauen“ und die daraus abgeleitete „Abhängigkeit“ einen abweichenden Gegenstand aufweisen.²⁵⁹⁰

Weiterhin meint *Schünemann*, die zunächst beziehungslose „Abhängigkeit“ des Opfers nach Handlungsabschluss bezeichne bloß die allgemeine „Angewiesenheit“ auf Rettung angesichts der Unterworfenheit des Menschen unter die Naturgesetze („Fragilität“): „In Wahrheit verdeckt *Welp* mit diesem irrationalen Bild des ‚Umschlagens‘, daß er hier zwei völlig inkommensurable Gegenstände miteinander gleichsetzt.“²⁵⁹¹ Dem ist insoweit zuzustimmen, als *Welps* Argumentation mit dem Vertrauen auf die Einhaltung der Verbotsnorm diese Schlussfolgerungen nicht trägt. Dennoch lässt es sich teleologisch begründen, dass sich die Abhängigkeit des Opfers „im Hinblick auf das Eintreten rechtsverletzender Wirkungen“²⁵⁹² qualitativ von der „Fragilität“ gegenüber Naturvorgängen unterscheidet. Denn das Opfer ist gerade mit denjenigen Folgen konfrontiert, um deren Verhinderung willen das strafrechtliche Verbot bestand. Es erscheint prinzipiell nicht unplausibel, zunächst die Frage aufzuwerfen, ob *überhaupt* eine Situation vorliegt, in der die Rechtsgüter des Opfers mit den Mitteln des Strafrechts zu schützen sind,²⁵⁹³ denn das Vorliegen einer Straftat erfordert stets ein besonderes Schutzbedürfnis der Allgemeinheit.²⁵⁹⁴ Wenn aber

²⁵⁸⁸ Siehe schon → D III 2, E I 2; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 108, 114, 124: *Welps* Behauptung der Abhängigkeit läuft daher bei den Unterlassungsdelikten auf eine *petitio principii* heraus; siehe auch *Herbertz* Ingerenz S. 118 f.; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 249; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 43; *Vogel* Norm und Pflicht S. 345: Zirkel.

²⁵⁸⁹ Siehe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 346: „allenfalls eine Folge legitimer Normen“.

²⁵⁹⁰ Festzuhalten ist jedoch entgegen mancher Fehlinterpretation, dass *Welp* nicht behauptet, dass (empirisch) darauf vertraut werden könne, dass derjenige, der einen anderen rechtswidrig gefährde im Anschluss die Folgen der Gefährdung beseitigen werde. **Dagegen** merkt etwa *Herbertz* an, speziell für die Ingerenz frage sich, wie jemand darauf vertrauen solle, dass gerade der rechtswidrig Handelnde, der das Vertrauen enttäuscht hat, die Gefährdung wieder beseitige (*Herbertz* Ingerenz S. 229: dies sei gegen den „gesunden Menschenverstand“; außerdem *Brammsen* Garantenpflichten S. 289 f.; *Hoven* GA 2016, 16, 21; siehe aber auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 113, der zwar darauf hinweist, dass das Vertrauen endgültig enttäuscht ist, *Welp* aber nicht die Annahme eines solchen unterstellt). Die *Abhängigkeit* soll sich bei *Welp* auf das *vergangene* Normvertrauen stützen, nicht das aktuelle. *Welp* stellt ja selbst fest, dass Vertrauen nur Folge und niemals der Grund der Handlungsäquivalenz sein könne. Anlass zum Vertrauen gebe es nur, wenn das Gesollte gilt (*Welp* Vorangegangenes Tun S. 216).

²⁵⁹¹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 112 ff., 124; S. 114: subjektslose „Abhängigkeit“ (so *Welp* Vorangegangenes Tun S. 182 selbst) sei bloß das „Ausgeliefertsein ans Naturgesetz“; siehe auch *Hoven* GA 2016, 16, 21 f.; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 253.

²⁵⁹² *Welp* Vorangegangenes Tun S. 181.

²⁵⁹³ Die Garantenposition ist insofern auch keine isolierte Beschreibung des Subjekts, sondern besteht stets im Hinblick auf bestimmte Schädigungsmöglichkeiten (nicht Abwendungsmöglichkeiten). Daher muss es ganz zentral auf die durch den Handelnden – und sodann durch den Ingerenten – zu „überwachende“ Schädigungsmöglichkeit ankommen. → Kapitel 4 A I 4.

²⁵⁹⁴ *Gallas* in: Beiträge S. 1, 6.

gegen ein Verhalten eine strafrechtliche Verbotsnorm bestand, spricht viel dafür (in teleologischer Argumentation, nicht Deduktion), dass bezüglich der Handlungsfolgen ein gesteigertes strafrechtliches Schutzbedürfnis vorliegt.

Außerdem kritisiert *Schünemann* zu Recht, dass *Welp* zwar von einer rechtswidrigen, aber nicht von einer gegen „Strafnormen“ verstoßenden Vorhandlung ausgeht.²⁵⁹⁵ Auf diese Weise begründet *Welp* auch dort eine Ingerenzgarantenstellung, wo die fahrlässige Begehung nicht *strafrechtlich* verboten ist. Vom finalistischen Standpunkt *Welps* ist falsch, das Verbot einer fahrlässigen Verletzung, etwa einer fahrlässigen Sachbeschädigung, aus der Verbotsnorm des Vorsatzdelikts abzuleiten.²⁵⁹⁶ Doch auch sonst ist die Argumentation widersprüchlich: Während *Welp* zunächst meint, das Opfer werde von einer final abzielenden Handlung in *anderer* Weise betroffen als durch eine bloß fahrlässige, führt er später aus, die Verschiedenheit der Abhängigkeit sei bloß eine „quantitative“: „Seine [des Opfers] spezifische Abhängigkeit bezieht sich lediglich auf das Ausbleiben der Folgen einer Aktivität, die Gegenstand des Verbotes ist, mag jene nun fahrlässig oder vorsätzlich gesetzt sein“.²⁵⁹⁷ Daraus zeigt sich aber dann ganz deutlich, dass die Abhängigkeit, wie oben schon angedeutet, tatsächlich nicht auf das Ausbleiben der *Handlung*, sondern das Ausbleiben der *Folgen* geht, seien sie nun vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt. Zu Recht meint *Schünemann*: „Die ‚Opferposition‘ hat zwar in *Welps* Ausführungen zu Anfang mit dem Erfolgsunwert wenig zu tun; er nähert sich aber später einer Identifizierung von beiden immer mehr an“.²⁵⁹⁸ Damit stellt *Welp* zwar ausdrücklich ab auf den „Begriff des personalen Unrechts[...], wie ihn die finale Handlungslehre vertritt“,²⁵⁹⁹ meint dann aber: „Weil der Erfolgsunwert bei vorsätzlicher und fahr-

²⁵⁹⁵ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 108 f. – Dieser Vorwurf *Schünemanns* trifft zu: Zunächst meint *Welp* nämlich durchaus, dass es die Normen des Strafgesetzbuchs seien, welche beim Begehungsdelikt das Vertrauensverhältnis formen (*Welp* Vorangegangenes Tun S. 176. Der Gesetzgeber schütze bestimmte Interessen gerade durch die schwerste aller Sanktionen). Die Ingerenz sei „mit dem Durchgangsstadium jeder Begehung identisch“ (S. 181). Dann schreibt er jedoch, die Rechtswidrigkeit der Vorhandlung bedürfe keiner Norm, die die fahrlässige Erfolgsverursachung unter Strafe stellt, anderenfalls fielen alle nur vorsätzlich begehbaren Tatbestände aus der Betrachtung heraus. „Hierfür sind keine zwingenden Gründe ersichtlich. Vielmehr enthält jede strafbewehrte Verbotsnorm, die sich gegen vorsätzliche Begehung wendet, zugleich die Basis einer Wertung, die schon die fahrlässige Verletzung des geschützten Gutes als Unrecht erscheinen läßt, mag diese nun strafrechtlich sanktioniert sein oder nicht.“ (S. 205 f., Zitat S. 206).

²⁵⁹⁶ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 109 f. Auch über eine Einbeziehung zivilrechtlicher Sorgfaltsnormen lässt sich *Welps* Position nicht retten, wenn das Vertrauensverhältnis nach *Welp* durch Strafnormen fundiert wird – die Verletzung bürgerlich-rechtlicher Normen kann dann konsequenterweise auch nur bürgerlich-rechtliche Handlungsäquivalenz begründen, S. 111. – Zu betonen ist jedoch Folgendes: Es kommt stets darauf an, welche Elemente man in den Begriff der Norm einbezieht. Wenn man die Normen als Verbote *finaler* Schädigung ansieht, lassen sich dadurch tatsächlich keine Verbote sorgfaltswidrigen Handelns ableiten. Soweit man hingegen *gefährliche* Handlungen als Norminhalt ansieht, erhält man (mit der wohl heute h.M.) einen einheitlichen Norminhalt für Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt. Die Norm an sich ist also formal und nicht an das Strafrecht gebunden, der *materielle* Unrechtsgehalt von Vorsatz- und Fahrlässigkeitstat weicht hingegen voneinander ab.

²⁵⁹⁷ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 187, 194.

²⁵⁹⁸ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 115 m. Fn. 36; siehe auch *Kugler* Ingerenz S. 102.

²⁵⁹⁹ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 205.

lässiger Verletzung derselbe ist, soll man bei seinen Handlungen die erkennbare Möglichkeit des Erfolgseintritts zum Anlaß gehöriger Sorgfalt nehmen und die Handlung entweder unterlassen oder den Handlungsvollzug modifizieren. Die rechtliche Abwertung des Erfolgs durch ein Verbot, das sich die Gutsintegrität zum Gegenstand gesetzt hat, strahlt somit auf jeden Fall vermeidbarer Verursachung aus.²⁶⁰⁰ Nun steht *Welp* plötzlich auf dem Standpunkt einer klassischen, objektiven Unrechtslehre und argumentiert ausgehend vom Erfolgswert. Dies muss nicht falsch sein²⁶⁰¹ – die Argumentation *Welps* ist jedoch inkonsistent, indem sie zwischen zwei Perspektiven wechselt, ohne dies offenzulegen.²⁶⁰²

c) Täterposition

Schünemann meint, die Aufteilung von Täter- und Opferperspektive erscheine inkonsequent und „gekünstelt“.²⁶⁰³ *Welp* als Finalist müsse am Auffinden einer gemeinsamen sachlogischen Struktur scheitern, da die Untätigkeit gerade nicht final ist.²⁶⁰⁴ *Welps* Analyse der Opferposition biete für die Täteranalyse überhaupt keinen Anhaltspunkt und sage für die Strafbarkeit der Unterlassung überhaupt nichts aus. Die Abhängigkeit auf Opferseite bestehe doch im Hinblick auf die Rettung durch jedermann.²⁶⁰⁵ Nicht dieser zutreffenden Analyse, jedoch dem zu scharfen Urteil *Schünemanns* ist zu widersprechen, da mit der „Opferposition“ jedenfalls ein fortbestehendes (qualifiziertes) strafrechtlich relevantes Schutzbedürfnis festgestellt ist, welches man als Argument für das Fortbestehen des selbstverständlichen Einstehenmüssens des Handelnden anführen kann (siehe schon → b). Was die Gleichstellung der „Täterposition“ betrifft,²⁶⁰⁶ weist *Welp* darauf hin, dass die Gleichstellungslehre niemals *Identität*, sondern stets nur *Äquivalenz* auffinden kann,

²⁶⁰⁰ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 206.

²⁶⁰¹ Vgl. noch unten → Kapitel 4 § 2 B.

²⁶⁰² Es ist widersprüchlich, für die Gleichstellung einerseits ausdrücklich die Maßgeblichkeit der Norm sowie der Finalität hochzuhalten, auf der anderen Seite jedoch den Inhalt verschiedener Normen wieder zu nivellieren, weil ihr konkreter Inhalt für die Opferperspektive gleichgültig sei. Letztlich erscheint es, wenn man schon zwischen Täter- und Opferperspektive trennt, sogar deutlich konsequenter, für letztere *bloß* auf die Abhängigkeit vom Ausbleiben der Folgen abzustellen. Im Gegenteil fragt sich, weshalb die aus der Täterperspektive formulierte (Finalität oder Sorgfaltswidrigkeit betreffende) Norm als solche bereits auf Opferseite relevant werden soll – auf der doch gerade von allen Merkmalen, die auf den Täter weisen, abstrahiert werden soll.

²⁶⁰³ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 115, 119, 122.

²⁶⁰⁴ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 124.

²⁶⁰⁵ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 115. *Welp* weist selbst hierauf hin (*Welp* Vorangegangenes Tun S. 182) und stellt als Zwischenfazit der Analyse der Opferposition fest: „Aber warum gerade der Täter der Vorhandlung als Subjekt der Abhängigkeit des Opfers in ein Verhältnis sollte eingesetzt werden können, welches ihn mit dem Opfer verbindet, ist hiermit noch nicht einsichtig.“ (S. 189 f.).

²⁶⁰⁶ Es ist allerdings auffällig, dass *Welp* nach der ausführlichen Analyse der Situation des Opfers der Täterposition *bloß* knapp sechs Seiten widmet. Während er beim Begehungsdelikt zunächst die Täterposition beschreibt und sodann die Opferposition, ist dies beim Unterlassungsdelikt umgekehrt. Die erheblichen Unterschiede der „Täterposition“ bei Begehung und Unterlassung werden dadurch verdeckt, dass *Welp* die Verhaltensformen über eine gemeinsame, sich durch die Abhängigkeit definierende „Opferposition“ zusammenführt.

es handle sich also um eine Wertungsfrage, da keine Gleichstellungstheorie den fundamentalen Unterschied von Aktivität und Passivität zu überwinden vermag.²⁶⁰⁷ Dem ist jedenfalls insoweit zuzustimmen, als die Handlung als final-kausale Sinneinheit²⁶⁰⁸ Spezifikum der Begehung ist, welches bei der Unterlassung niemals vorliegen kann.²⁶⁰⁹ Doch man kann dann nicht für die unterschiedlichen Vergleichsgegenstände die Äquivalenz behaupten, ohne dass diese Wertung durch die jeweilige Tatsachenbasis gerechtfertigt wäre. Gegen die Äquivalenz spricht bereits, dass *Welp für die Gleichstellung* der Ingerenzunterlassung mit dem Begehungsdelikt die Vorhandlung – obwohl eigentlich eine Einheit darstellend – in Täter- und Opferperspektive aufspalten muss. Dann liegt bereits als Vergleichsobjekt auf Begehungsseite (aufgespaltene Handlung) ein Weniger zur Begehung (Einheit der Handlung) vor. Dies ist nicht illegitim: Es erscheint durchaus sinnvoll, die unterschiedlichen Perspektiven einzunehmen, da mit der „Finalität“ auf der Begehungsseite für die Unterlassungsseite gerade kein sinnvoller Vergleich möglich ist. Es sollte dann jedoch offengelegt werden, dass es bereits an dieser Stelle einer *Wertung* bedarf, von bestimmten Elementen der Begehung *für die Gleichstellung* abzusehen, die Gleichstellung der Ingerenzunterlassung im Hinblick auf die Äquivalenz der „Opferperspektive“ erfolgt und für die „Täterperspektive“ keine Gleichwertigkeit herstellbar ist.²⁶¹⁰ Denn es kann entgegen *Welp* für den Ingerenten niemals aufgezeigt werden, dass „die Verwiesenheit des Opfers auf den zur Rettung mächtigen Täter der Vorhandlung gerade diejenige Qualität [...] [aufweist], die dessen Stellung auch bei der Urheberschaft des [...] Tuns begründet“.²⁶¹¹ Die „Täterposition“ des Ingerenten kann niemals so fundamental sein wie des aktiv Handelnden.²⁶¹² Es kann sich also nicht um eine gleichwertige, sondern nur um eine nachrangige Position handeln: Die „besondere Qualität“, die die hervorgehobene Stellung des Handelnden ausmacht, ist dessen Handlungsherrschaft, die „besondere Qualität“ des Ingerenten kann es allein sein, diese Qualität bereits zuvor gehabt zu haben.²⁶¹³ So kann auch *Welp* letztlich bei der Ingerenz keine gleichwertige Täterposition begründen, sondern diese nur wertend auf die hinsichtlich der Opferposition hergestellte Gleichwertigkeit „beziehen“.²⁶¹⁴ Die hierfür bemühte, auch im Rahmen modernerer „Zurechnungslehren“ gebräuchliche Formel, dass ein Geschehen „Werk“ des Täters sein müsse, erscheint hier wie dort als bloße blanketthafte Wertungsformel. *Welp* spezifiziert diesen Begriff nicht weiter. Festzuhalten ist allerdings, dass *Welps* teleologische Argumentation mit dem Zweck der Verbotsnormen schlüssig ist: Es erscheint

²⁶⁰⁷ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 193, siehe auch S. 172.

²⁶⁰⁸ *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 159, 161.

²⁶⁰⁹ → Kapitel 1 § 2 C II 2.

²⁶¹⁰ Parallel insoweit die Argumentation gegen *Schünemann* → § 1 E II 3 a).

²⁶¹¹ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 182; dies kann auch nicht durch die Argumentation von *Granderath* Rechtspflicht S. 170 begründet werden, der darauf abstellt, dass der Ingerent regelmäßig das Monopol zur effektiven Abwendung habe. Es erscheint nicht zutreffend, dass das Opfer „in erster Linie auf das Handeln desjenigen angewiesen ist, der ihn gefährdet hat“ und gerade dessen Beistand benötigt. Denn den Beistand kann ein Anderer genauso gut leisten. Die Frage ist allein, wer *strafrechtlich* hierzu auf Posten gestellt ist.

²⁶¹² Zutreffend *Herzberg* Garantenprinzip S. 292.

²⁶¹³ Er hat auch sonst keine hervorgehobene soziale Position inne.

²⁶¹⁴ *Welp* könnte die Täterposition auf Unterlassungsseite nicht vor der Opferposition entwickeln.

vom Zweck der Verbotsnormen her sinnvoll, dem Täter das sekundäre Abwendungsgebot aufzuerlegen.²⁶¹⁵ Dass *Welp* hiermit die Ingerenz nicht, wie *Sangenstedt* beklagt, „als zwingenden strafrechtlichen Garantietatbestand“ aufzeigt,²⁶¹⁶ ist dabei kein durchschlagender Einwand, denn dieser Anspruch lässt sich für kaum einen Rechtsbegriff²⁶¹⁷ und kaum eine juristische Theorie durchhalten.

d) Rechtmäßige Verhandlungen

Es ist bemerkenswert, in welcher Weise *Welp* von der Abhängigkeit vom Ausbleiben finaler Initiative über das (*fahrlässige*) fremde Versagen zu der Abhängigkeit infolge rechtmäßigen Vorverhaltens springt.²⁶¹⁸ Zunächst (S. 176) schreibt er „es ist gerade die

²⁶¹⁵ Vgl. *Welp* Vorangegangenes Tun S. 191. Auch hier ist längst das Feld der Ontologie verlassen, *Welp* stellt Wertungen an, argumentiert teleologisch. *Schünemann* greift die Argumentation freilich an: Aus dem Verbot lasse sich normlogisch kein Gebot folgern und auch teleologisch hätten die Verbotsnormen nicht die Gutsintegrität schlechthin zum Ziel, sondern immer nur den Schutz vor bestimmten Angriffen (*Schünemann* Grund und Grenzen S. 117, 122; *Sangenstedt* Garantienstellung S. 250). Dieser normlogische Einwand war vor Inkrafttreten des § 13 StGB sicher berechtigt (siehe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 345), traf aber jede Gleichstellungslehre. In diesem Sinne zu Recht *Herzberg* Garantienprinzip S. 289: „Das Schünemann selber diese Tatbestände nicht nur als Handlungsverbote versteht (sonst könnte er keine unechten Unterlassungsdelikte anerkennen) geht seine Argumentation ins Leere“. Seit Bestehen einer gesetzlichen Gleichstellungsregelung handelt es sich ohnehin um ein formales Scheinargument. § 13 StGB setzt die Erweiterung des Handlungsunrechts um Unterlassungen voraus. Zwar können nicht ohne weiteres aus einem Verbot Gebote deduziert werden, dass aber bei materiell begründeter Gleichstellung auch Gebote bestehen sollen, entspricht dem System des Gesetzes (→ B II 1).

²⁶¹⁶ Insbesondere könne *Welp* nicht begründen, weshalb sich Sicherungs- und Rettungspflichten „zu Garantienpflichten verdichten sollen“. Vielmehr könnte sich das Gesetz hier auch mit den „weniger intensiven Bindungen des § 323c“ begnügen, *Sangenstedt* Garantienstellung S. 255; *Herbertz* Ingerenz S. 119. – Allerdings können die sich an die Begehung anschließenden und aus deren Wertungen (und nicht bloß aus Solidarität!) begründenden Pflichten nicht bloß solche i.S.d. § 323c StGB sein, denn diese stehen ohnehin unabhängig von irgendeiner Verhandlung daneben. Gerade weil die „Rettungspflichten“ als ergänzende Pflichten aus den Wertungen zum Begehungsdelikt bzw. den Sicherungspflichten abgeleitet werden, liegt insoweit eine qualitative Ähnlichkeit vor, kein aliud-Verhältnis. Die Begründung erfolgt gerade aus dem Schutzzweck des Begehungstatbestandes. Die Legitimität von komplementären „Sicherungspflichten“ wiederum (etwa zu bremsen, einen Hund zurückzuhalten, etc.) wird von beiden Autoren nicht bezweifelt. Speziell hinsichtlich des Verhältnisses Sicherungspflichten – Rettungspflichten legt *Welp* – was die beiden Kritiker insoweit nicht beachten – ganz deutlich dar, dass das bloß tatsächliche Fortschreiten der Situation nicht zum Erlöschen der Pflichtenbindung bzw. der Sonderbeziehung des Garantien führen darf (*Welp* Vorangegangenes Tun S. 233). – *Sangenstedt* hingegen lehnt die Ingerenz, da sie mit seiner eigenen Lösung nicht kompatibel ist, trotz eigener teleologischer Bedenken ab (S. 255: „rein teleologische Argumentation“), anstatt an seinem eigenen Kriterium zu zweifeln; siehe dazu oben → Kapitel 3 § 1 f. Ähnlich steht *Herbertz* Ablehnung bereits (somit ebenfalls zirkulär) auf dem Fundament ihrer eigenen Lösung, die die Ingerenz auf unerlaubtes Vorverhalten beschränkt.

²⁶¹⁷ Diesen an andere Autoren gestellten Anspruch kann *Sangenstedt* selbst auch nicht einlösen (→ § 1 F II). Die Rechtswissenschaft ist eben keine Naturwissenschaft, in der exakte Erkenntnisse gewonnen werden können, sondern beruht im Wesentlichen auf juristischen Argumenten und ihrer Überzeugungskraft. Siehe auch *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 76: Die Rechtsfindung ist nicht bloß „die in logischen Schlussverfahren subsumierende Anwendung“ des Gesetzes. Eingehend *Puppe* Schule S. 25 ff.: „Warum streiten sich Juristen um Begriffe?“.

²⁶¹⁸ *Welp* bemüht sich über 46 Seiten (S. 163-206), die Garantienstellung aus Ingerenz anhand des besonderen Normvertrauens bei der rechtmäßigen Verhandlung zu begründen, um dieses Ergebnis dann nach Analyse der rechtmäßigen Verhandlungen unversehens wieder umzustößeln. **Kritisch** auch *Kugler* Ingerenz

Unberechenbarkeit einer fremden finalen Initiative“, während er dann (S. 219) meint, das Unglück sei „nicht minder unberechenbar“. – Nach dem von *Welp* oben etablierten Hintergrund, es komme auf die Abhängigkeit infolge Normvertrauens an, müsste man sich eigentlich auf den Standpunkt stellen, rechtmäßige Handlungen seien für jedermann vorhersehbar, sodass man sich auf sie ähnlich wie auf Naturereignisse einstellen kann.²⁶¹⁹ Die Anerkennung rechtmäßiger Vorhandlungen als ingerezenzbegründend hingegen wirft die Frage auf, ob das Normvertrauen überhaupt jemals entscheidender Grund der Abhängigkeit gewesen sein konnte.²⁶²⁰ *Welp* versäumt es hier – jenseits der einheitlichen Begrifflichkeit „Abhängigkeit“, das wesentliche Gemeinsame der beiden Fallgruppen aufzuzeigen.²⁶²¹ Als gemeinsame rechtliche Wertung böte sich hier (zupal aus der Opferperspektive) die Bewertung des durch den Handelnden *geschaffenen Zustandes* an, was *Welp* zwar andeutet, wenn er auf die „Wirkungen“ oder „Folgen“ des Tuns abstellt (S. 219) und meint, dass dem Handelnden kein „Eingriffsrecht“ gewährt werde und er daher einen Erfolgswert verwirkliche, jedoch nicht konsequent verfolgt. Vor diesem Hintergrund erscheint es zudem unverständlich, die Adäquanz der Vorhandlung zu verlangen (schon → b): Denn diese bestimmt sich nach der Perspektive eines gewissenhaften Dritten in der *Täterperspektive*, sodass man ebenso gut sagen könnte, diese Maßstäbe „tangieren die Opferseite nun aber in der Tat nicht“.²⁶²² Unzutreffend ist es insoweit auch, dass *Welp* die Inadäquanz der Gefährdung den „normativen Gründen“ gegenüberstellt, die die Opferseite nicht betreffen. Wenngleich die Adäquanz des Vorverhaltens – anders als die unmittelbar das Sollen betreffende Sorgfaltswidrigkeit – eine Prognose enthält, ist auch deren Basis bereits normativ geformt.²⁶²³ Insoweit geht es nicht um ein „vorrechtliches“ Urteil der Vorhersehbarkeit, sondern darum, was der Täter wissen *musste*.

S. 102 f.: „Kehrtwende“; das hinsichtlich der rechtswidrigen Vorhandlung deduzierte Ergebnis werde hierdurch ausgehöhlt; *Vogel* Norm und Pflicht S. 345: gewaltig erweiterter Abhängigkeitsbegriff; *Herbertz* Ingerenz S. 230: Er gebe seine „ontologische“ Begründung auf, mit der er die Äquivalenz bei „rechtswidrigen“ Vorhandlungen begründete. Dass es sich jedoch um rechtswidrige Vorhandlungen handeln musste, heißt aber doch gerade, dass die Untersuchung nicht bloß „ontologisch“ war.

²⁶¹⁹ Auf Grundlage des Abhängigkeitskriteriums *Gallas* Studien S. 90 f.: Für diejenigen Fälle, in denen die Verletzung nicht auf der Überschreitung des „erlaubten Risikos“, sondern auf „unglücklichem Zufall“ beruhe, entspreche das häufig geäußerte Strafbedürfnis eher einem moralischen Gefühl als einer rechtlichen Notwendigkeit; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 178; *ders.* JR 1974, 160, 161; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 120; siehe auch *Sangenstedt* Garantenstellung S. 254.

²⁶²⁰ Vgl. auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 120 m. Fn. 55: „Man fragt sich unwillkürlich, wieso er dann auf diese Nebensächlichkeit an anderer Stelle so weitgehende Schlüsse stützen konnte“.

²⁶²¹ Soweit als normativer Gesichtspunkt der „ubiquitäre Zwang zur Gefahrenhinnahme“ vorgebracht wird, so handelt es sich dabei grundsätzlich nicht um einen spezifisch strafrechtlichen Gesichtspunkt, der eine Ähnlichkeit zur „Abhängigkeit“ beim Begehungsdelikt aufzeigen könnte. – *Welp* hier zustimmend hingegen *Vogel* Norm und Pflicht S. 346: zutreffende freiheitstheoretische Erwägungen. Normen seien legitim, wenn sie zweckrational, nützlich und allseitig vorteilhaft seien. – Doch auch damit ist höchstens eine äußerste Grenze des *Legitimierbaren* abgesteckt.

²⁶²² So *Welp* Vorangegangenes Tun S. 219 f. zum Rechtswidrigkeitskriterium. – Warum soll dieses dann aber oben für die rechtswidrigen Vorhandlungen noch maßgeblich gewesen sein?

²⁶²³ *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 183 ff., 196, 198; *Greco* ZStW 117 (2005) 519, 548; *Arm. Kaufmann* ZfRv 1964, 41, 48 ff.; *Weigend* FS Gössel S. 129, 139.

Wenn man nun jedoch annimmt, bei den erlaubt riskanten Verhandlungen²⁶²⁴ sei die entscheidende Wertung für die Abhängigkeit aufgefunden, so täuscht man sich ebenfalls, werden doch die dort getroffenen Schlussfolgerungen für die gerechtfertigten Verhandlungen nochmals modifiziert: Während *Welp* nämlich für erstere die Begründung maßgeblich auf die „Eigenart der Gefährdungserlaubnis“ stützt, dass dem Handelnden gerade kein Eingriffsrecht zusteht, soll das Eingriffsrecht bei gerechtfertigten Verhandlungen plötzlich nicht mehr entgegenstehen.²⁶²⁵ Hier behilft sich *Welp* mit der *ad hoc* Annahme, der Verteidiger müsse nur die Handlung, nicht aber die Folgen dulden. Die Rechtsgutsverletzung sei rechtlich unerwünscht und missbilligt.²⁶²⁶ Damit sind – von weiteren Ungereimtheiten hier noch abgesehen²⁶²⁷ – die oben gewonnenen Erkenntnisse innerhalb von drei Seiten entwertet worden. Denn letztlich besteht *Welps* Argumentation dann nur noch darin, dass Rechtsgutsbeeinträchtigungen rechtlich unerwünscht²⁶²⁸ und im Falle der Adäquanz²⁶²⁹ „Werk“ des Täters sind. Auf die Lösung der Notwehrfälle durch *Welp* soll unten noch zurückgekommen werden. Auch die Behandlung der Fälle des Dazwischentretens Dritter, die *Welp* anhand eines allgemeinen Regressverbots löst, können hier nicht ausführlich thematisiert werden.²⁶³⁰ Gegen ein allgemeines Regressverbot spricht jedoch, dass Sorgfaltsnormen oftmals gerade die Verhütung von Straftaten Dritter bezwecken, etwa solche zur sicheren Verwahrung von Schusswaffen.²⁶³¹ Die Verantwortlichkeit einer anderen Person ist *als solche* kein Grund, den Täter zu entlasten.²⁶³²

²⁶²⁴ Zu erwähnen ist an dieser Stelle noch, dass *Welp* der Garantenstellung aus Ingerenz ein breites Anwendungsfeld zuspricht, diese also auch in denjenigen Fällen für maßgeblich hält, die heute regelmäßig als Garantenstellung aufgrund der Beherrschung einer Gefahrenquelle begründet werden. Bereits *Gallas* führte die Verkehrssicherungspflicht im strafrechtlichen Rahmen auf den Ingerenzgrundsatz zurück, *Gallas* Bau S. 33; zur Betriebseröffnung *Welp* Vorangegangenes Tun S. 235 ff., zum Herrschaftsbereich S. 249 ff. Daran ist zwar zu kritisieren, dass der Ingerenzgedanke allein, insbesondere in komplexen, arbeitsteiligen Prozessen zu eindimensional ist, um Überwachungspositionen zu erklären (dazu *Schünemann* Unternehmenskriminalität S. 100; *ders.* in: Internationale Dogmatik S. 49, 69; *ders.* FG BGH IV S. 621, 636, 639).

²⁶²⁵ Einerseits *Welp* Vorangegangenes Tun S. 210, 220, insbesondere S. 224. Andererseits S. 271 ff. und *ders.* JZ 1971, 433 f.

²⁶²⁶ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 272 f.

²⁶²⁷ Siehe zu diesen → Kapitel 4 § 2 C II 3 a) bb).

²⁶²⁸ Daher müsse der Notwehrtäter das „kompossible Maximum“ der widerstreitenden Interessen wahren, *Welp* JZ 1971, 433, 434; **dagegen** *Schünemann* Grund und Grenzen S. 121; *Hoven* GA 2016, 16, 22.

²⁶²⁹ **Kritisch** *Herbertz* Ingerenz S. 230: „einsame Beschränkung“; ähnlich auch *Kugler* Ingerenz S. 103, obwohl er insoweit selbst nicht über *Welps* Ansatz hinausgeht. *Timpe* Strafmilderungen S. 178 ff. meint, die Nähe der Gefahr schaffe keine normative Begrenzung der „Zuständigkeit“.

²⁶³⁰ Hier ist auf die weitestgehend zustimmungswürdigen Ausführungen von *Schünemann* Grund und Grenzen S. 210 ff. verwiesen. Siehe zum „Regressverbot“ hinsichtlich der Ingerenzbegründung auch unten → Kapitel 4 § 2 D 7 b). Auch setzt sich *Welp* erneut zu seinen eigenen Ausführungen in Widerspruch, wenn er meint, die fahrlässige Unterstützung fremder Straftaten sei in jeder Hinsicht sozialadäquat (*Welp* Vorangegangenes Tun S. 286; auf diesen Widerspruch hinweisend *Herzberg* Garantenprinzip S. 305): Auf die Rechtswidrigkeit des Vorverhaltens soll es doch gerade nicht ankommen.

²⁶³¹ Vgl. *Frister* AT 10/14-16; *Roxin* FS *Gallas* S. 241, 244 f.; *Schünemann* GA 1999, 207, 223 f.; speziell gegen *Welp* auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 210 ff.

²⁶³² Allgemein *Frister* AT 10/14. Insoweit ist *Herzbergs* Einwand, dass *Welps* Regressverbot mit dem Grundanliegen strafrechtlicher Normen, dem Rechtsgüterschutz, unvereinbar sei, berechtigt, *Herzberg* Garantenprinzip S. 305; **kritisch** dazu aber *Jakobs* ZStW 89 (1977) 1, 12 f.: „Erst beim strafbewehrten Verbot

3. Fazit

Zwar hat der Gedanke der Abhängigkeit, wie insbesondere *Gallas* und *E. A. Wolff* gezeigt haben, durchaus einen zutreffenden Kern. Auch erscheint es überzeugend, die Gleichstellungsfrage insbesondere an der „Opfersituation“ und damit dem Gedanken des Rechtsgüterschutzes als Angelpunkt auszurichten.²⁶³³ Denn was die „Täterperspektive“ angeht, so kann keine Gleichstellungsrichtlinie den fundamentalen Unterschied zwischen Begehung und Unterlassung überwinden. Allerdings bleibt der Gedanke der Abhängigkeit bei *Welp* ein bloßes formales Blankett,²⁶³⁴ welches dieser hinsichtlich der einzelnen Fallgruppen mit immer neuen *ad hoc* Annahmen füllt. *Welp* gelingt es nicht, den gemeinsamen sachlichen, normativen Gehalt dieser verschiedenen „Abhängigkeiten“ aufzuzeigen. Gleichzeitig schwankt *Welp* zwischen ontologischer Abhängigkeit (Ausbleiben von Finalität) und rechtlicher Abhängigkeit (Beachtung der Verbotsnormen), zwischen der Abhängigkeit vom Ausbleiben der Vorhandlung, deren Folgen und schließlich bestimmter Rettungshandlungen.

F. Herrschaftstheorien

I. Zentralgestalt (*Rudolphi*)

Die Arbeiten *Rudolphis* sind bis heute prägend für die herrschende Lehre. Die Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichtshofs wird auf *Rudolphis* Ausführungen zurückgeführt.²⁶³⁵ Bereits wenige Jahre nach dem Erscheinen seiner Monographie wurde er als „Hauptvertreter der h.L.“²⁶³⁶ bezeichnet. Er habe das Pflichtwidrigkeitsdogma „maßgeblich mit entwickelt“²⁶³⁷ und die Ablehnung des Kausaldenkens im Bereich der Ingerenzhaftung als erster durchschlagend begründet.²⁶³⁸

1. Darstellung

Eine Erfolgsabwendungspflicht könne, so *Rudolphi*, nur dort bestehen, wo der Unterlassende zu dem bedrohten Rechtsgut in einem Verhältnis der sozialen Nähe stehe, sodass ihm der Schutz von der Rechtsordnung anvertraut sei. Dafür führt *Rudolphi* auch folgende

jeder Regung [...] läßt sich mit dem Güterschutzargument nicht noch mehr fordern.“ – Zwar ist es richtig, dass das Güterschutzargument nicht überstrapaziert werden darf. Dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass durchaus auch der Gesetzgeber auf dem Standpunkt steht, dass eine Beschränkung des Güterschutzes auf unmittelbare Verursachung unerträglich wäre, vgl. dazu *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 177, 179, 181.

²⁶³³ Es handelt sich um das stets zu berücksichtigende zentrale *Telos* des Strafrechts – nicht bloß um einen plumpen Schluss vom Schutzbedürfnis auf eine Schutzaufgabe (so aber *Kugler* Ingerenz S. 102; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 169 [zu *Rudolphi*]; *Herbertz* Ingerenz S. 229 m. Fn. 60; *Sangenstedt* Garantstellung S. 251 ff., 330 f. Schon gar nicht handelt es sich hier um „Viktimodogmatik“; so aber *Herbertz* Ingerenz S. 223).

²⁶³⁴ So auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 116: Begrifflicher Überbau, der Unklarheiten verschwimmen lässt.

²⁶³⁵ *Schünemann* FS Amelung S. 303, 310.

²⁶³⁶ *Herzberg* JuS 1971, 74, 75.

²⁶³⁷ *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 43; siehe auch *Timpe* Strafmilderungen S. 181.

²⁶³⁸ *Roxin* AT II § 32 Rn. 158. Selbst *Schünemann* gibt *Rudolphi* zu, dieser komme mit dem Pflichtwidrigkeitskriterium wenigstens zu einem für das Rechtsgefühl erträglichen Ergebnis. Dass eine rechtswidrige Vorhandlung genüge, sei dabei jedoch vorausgesetzt, *Schünemann* Grund und Grenzen S. 170 f.

Überlegung an: Die Vornahme einer Handlung verlange – im Anschluss an *H. Mayer* – gewöhnlich einen weit höheren Grad an Willensenergie als das bloße Unterlassen. Für die Frage, wann das Unterlassen eine vergleichbare verbrecherische Willensenergie erfordere sei jedoch – in Abweichung zu *H. Mayer* – nicht an die natürliche Wortbedeutung, sondern die „soziale Pflichtenstellung des Unterlassenden“, dessen Stellung im sozialen Leben und Beziehung zu dem gefährdeten Rechtsgut anzuknüpfen. Auch hinsichtlich der Art dieser Pflichtenstellung orientiert er sich am Begehungsdelikt: Grundelement aller vorsätzlichen Begehungsdelikte sei die zweckgerichtete, finale Tätigkeit eines Menschen. „Allein oder zumindest maßgeblich auch von seiner Person und seinen Willensentschlüssen hängt es ab, ob der rechtsverletzende Erfolg eintritt oder nicht.“ Dort wo der Handelnde als Täter oder Gehilfe „die maßgebliche Entscheidung über das Ob des ihm zuzurechnenden Unrechtserfolgs getroffen hat“, liege der Handlungsunwert des Begehungsdelikts vor.²⁶³⁹ Entsprechend müsse die soziale Rolle des Unterlassenden eine solche Qualität aufweisen, dass „nach den sozialen Gegebenheiten und den Wertvorstellungen der Rechtsordnung ihm allein oder doch zumindest neben anderen auch ihm die maßgebliche Entscheidung darüber obliegt, ob sich die zu bekämpfende Gefahr zu einer Rechtsverletzung fortentwickelt oder nicht“. Der Unterlassende müsse Garant, also die „Zentralgestalt des zu der Rechtsgutsverletzung hindrängenden Geschehens sein“.²⁶⁴⁰ Wenn der Unterlassende „im sozialen Leben eine Schutzfunktion“ ausübe, sodass ihm aufgrund dieser Schutzaufgabe die letzte und maßgebliche Entscheidung über den Erfolgseintritt obliege, beherrsche er das Geschehen in gleichem Maße wie der Begehungstäter.²⁶⁴¹

Innerhalb der Garantstellungen unterscheidet *Rudolphi* zwischen „primären“, deren Notwendigkeit sich „unmittelbar aus bestimmten Gegebenheiten des sozialen Gemeinschaftslebens ergibt“ und die in Umfang und Existenz von dem Verhalten des Garantens unabhängig sind, und „sekundären“, „deren Notwendigkeit aus einer Störung des sozialen Gleichgewichts der Kräfte folgt und die daher in ihrer Existenz und ihrem Umfang weitgehend durch das Verhalten des Garantens bedingt sind“.²⁶⁴² Die primären Garantstellungen seien das im sozialen Leben notwendige Korrelat zu der natürlich oder sozial bedingten Unfähigkeit bestimmter Rechtsgutsträger, sich vor bestimmten Gefahren zu schützen.²⁶⁴³ Eine sekundäre Garantstellung komme in Betracht, wenn der Täter durch sein eigenes Verhalten die soziale Schutzordnung – die sich auch maßgeblich durch die

²⁶³⁹ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 97 f.; *Rudolphi* bemüht dabei ähnlich wie *Herzberg* und *Sangstedt* das schiefe Bild, auch der Handelnde habe es versäumt, „der von seiner eigenen Person ausgehenden Gefahr für bestimmte Rechtsgüter wirksam entgegenzutreten“. *Rudolphi* betont dabei aber, die Handlung nicht in eine Unterlassung umdeuten zu wollen.

²⁶⁴⁰ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 99. Ähnlich auch *Kohlrausch/Lange* Vorbem. II B II 3d und *Kugler* Ingerenz S. 139: Schlüsselstellung.

²⁶⁴¹ *Rudolphi* JR 1974, 160 f.; *ders.* FS Lackner S. 863, 873.

²⁶⁴² *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 106 ff., Zitate auf S. 106; sympathisierend auch *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 146.

²⁶⁴³ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 107.

primären Schutzinstanzen präge – beeinträchtigt habe.²⁶⁴⁴ Bei der *Ingerenz* könne ein solches Schutzverhältnis auf die Weise entstehen, dass der Unterlassende durch sein vorangegangenes Tun eine „Störung der sozialen Schutzordnung“ herbeigeführt habe,²⁶⁴⁵ also unmittelbar eine Gefahr für ein Rechtsgut geschaffen habe, der dieses „schutzlos ausgeliefert ist“.²⁶⁴⁶ Denn das Strafrecht sei beherrscht durch das Verantwortungsprinzip: Jeder Mensch habe unter bestimmten Voraussetzungen für seine Handlungen und deren beherrschbare Folgen selbst einzustehen, sodass man dem Unterlassenden die selbst verursachte Störung objektiv zurechnen könne. Da er in eine „besonders nahe und enge Beziehung zu dem Rechtsgut“ getreten sei, treffe ihn allein eine Erfolgsabwendungspflicht, wodurch er eine Schlüsselstellung in dem zu der Rechtsgutsverletzung hinstrebenden Geschehen einnehme.²⁶⁴⁷ Hinsichtlich der Störung der Schutzordnung differenziert *Rudolphi* zwischen dem Ausschluss einer bestehenden Schutzinstanz, also dem Garanten oder dem Rechtsgutsträger selbst, und dem Schaffen neuer Gefahrenquellen durch die Auslösung von Naturkräften.²⁶⁴⁸ Maßgeblich ist insbesondere letztere Fallgruppe: Erforderlich sei hier zunächst die Schaffung einer Gefahr, denn einem gefährlichen Kausalverlauf würden keine Barrieren mehr entgegen stehen, sodass dieser bei ungehinderter Entwicklung zur Rechtsgutsverletzung führen könne.²⁶⁴⁹ Hierbei müsse der Täter – zur Vermeidung einer unerträglichen Pflichtbindung – die Gefahr allein oder „zumindest im Zusammenwirken mit der Handlung eines Dritten“²⁶⁵⁰ *unmittelbar* ausgelöst haben“.²⁶⁵¹ Rückschlüsse auf die notwendige Beschaffenheit des Vorverhaltens zieht *Rudolphi* insbesondere anhand der Fallgruppe der Schaffung des Risikos von Straftaten vollverantwortlich handelnder Dritter. Hier könne man zwar grundsätzlich an einer unmittelbaren Störung der Schutzordnung zweifeln. *Rudolphi* lehnt jedoch ein strenges Regressverbot ab.²⁶⁵² Es stimme nicht, dass der Ersttäter nie das Verhalten des Zweittäters beherrschen

²⁶⁴⁴ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 108 f. Die entscheidenden Fragen seien daher, welcher Art die Störung der sozialen Schutzordnung und das die Störung auslösende Verhalten sein müssen, sodass der Störer als „Zentralgestalt“ erscheine.

²⁶⁴⁵ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 111.

²⁶⁴⁶ *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 38.

²⁶⁴⁷ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 153 f. Durch die Störung habe der Unterlassende seinen individuellen Freiheitsraum verlassen und sei in die rechtlich geschützte Sphäre einer anderen Person oder der Allgemeinheit vorgedrungen. „Damit tritt aber die jedem Freiheitsrecht immanente soziale Pflichtbindung in Kraft, und der Unterlassende ist um eines gedeihlichen sozialen Zusammenlebens der Menschen willen gehalten, die von ihm selbst in zurechenbarer Weise ausgelösten Gefahren zu bekämpfen und dafür zu sorgen, daß sich diese Störung der sozialen Schutzordnung nicht zu Rechtsgutsverletzungen Dritter entwickelt“.

²⁶⁴⁸ Vgl. *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 108 f.; dann 112 ff., 116 ff. einerseits und S. 118 ff., 125 ff. andererseits; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 38.

²⁶⁴⁹ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 119.

²⁶⁵⁰ Dies könne der Fall sein, wenn der Unterlassende durch sein vorangegangenes Tun „bereits selbst in vorhersehbarer Weise die nahe Wahrscheinlichkeit einer Drittgefährdung begründet hat.“ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 122 f.; als Beispiel führt er die Überlassung von Streichhölzern an Kinder an.

²⁶⁵¹ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 120 f. Das Verhalten müsse grundsätzlich die letzte durch menschliche Handlung gesetzte Ursache sein, da ansonsten dem Dritten selbst die Verantwortung auferlegt werden könne.

²⁶⁵² *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 126 ff., 132 ff.

könne; entscheidend sei, ob der Ersttäter eine ihm „im Interesse des Rechtsgüterschutzes auferlegte und mit Strafsanktionen ausgestattete Pflicht verletzt“ habe, ob also die „Beherrschung“ des fremden Handelns von der Rechtsordnung gefordert sei.²⁶⁵³ Wo die Förderung fremder Straftaten nicht pflichtwidrig sei, könne daher auch keine Garantenpflicht entstehen.²⁶⁵⁴ Dies folge aus dem das ganze Strafrecht tragende *Verantwortungsprinzip* sowie dem *Vertrauensgrundsatz*.²⁶⁵⁵

An der Pflichtwidrigkeit könne es etwa fehlen, wenn der Unrechtserfolg nicht vorhersehbar oder vermeidbar sei, sowie bei sozialadäquaten Verhaltensweisen.²⁶⁵⁶ Wolle man das Ergebnis der Straflosigkeit pflichtgemäßer Handlungen nicht zunichtemachen, dürfe man den Ersttäter nicht über den Umweg eines unechten Unterlassungsdelikts bestrafen. Insbesondere aus dem Bestehen besonderer Teilnahmevorschriften ergebe sich zwingend, dass eine auf eine aktive Beihilfe folgende Unterlassung niemals eine andere Verantwortlichkeit begründen kann als die Beihilfe selbst.²⁶⁵⁷

Sodann unternimmt es *Rudolphi*, dieses Ergebnis auch auf andere Fälle zu übertragen, in denen das Tun nicht vermittelt durch einen Dritten zur Schädigung führt.²⁶⁵⁸ Er kommt

²⁶⁵³ „Entscheidend dafür, ob ein und derselbe Unrechtserfolg mehreren Personen zugerechnet werden kann, kann doch nur die Frage sein, ob und inwieweit beide eine ihnen im Interesse des Rechtsgüterschutzes auferlegte und mit Strafsanktionen ausgestattete Pflicht verletzt haben oder nicht. Ist dies aber zu bejahen, so ist kein Grund mehr dafür ersichtlich, warum sie dann nicht auch beide für ihre Pflichtverletzung und deren Folgen einstehen sollen“. [...] „Die entscheidende Frage muß vielmehr dahingestellt werden, ob und in welchem Umfange der Ersttäter nach dem jeweils in Betracht kommenden Fahrlässigkeitstatbestand verpflichtet war, Handlungen zu unterlassen, die eine fremde vorsätzliche Straftat ermöglichen oder fördern“, *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 134 f.; **zweifeln** *Jakobs* ZStW 89 (1977) 1, 10; jedenfalls müssen generell-abstrakt die Kriterien benannt werden, wann eine solche Pflicht vorliegt.

²⁶⁵⁴ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 163 ff.

²⁶⁵⁵ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 167.

²⁶⁵⁶ Entscheidend sei also eine Analyse der in den einzelnen Straftatbeständen enthaltenen Pflichtenanforderungen. Auch wenn die Teilnahme straflos sei, weil der Handelnde etwa eine Selbstverletzung begünstige, handle er nicht pflichtwidrig (S. 135 ff.; ebenso für die Fälle verantwortlichen Handelns von Dritten, *Schönke/Schröder*¹² Vor § 1 Rn. 121). Die Verbote des Strafgesetzbuchs richten sich z.B. nicht an den Träger des geschützten Rechtsguts selbst und auch anderen sei es nach der Systematik der Teilnahmebestimmungen nicht verboten, fremde Selbstschädigungen zu fördern. Erst wenn diese als „mittelbarer Täter“ die nach den Wertmaßstäben der Strafrechtsordnung maßgebliche Entscheidung über das Ob der Selbstverletzung des anderen treffen, richte sich das Verbot des Begehungstatbestandes auch an sie. Vorangegangenes Tun könne daher nur dann eine Garantenpflicht zur Verhinderung fremder Selbstverletzungen auslösen, wenn das Opfer nicht frei und vollverantwortlich handle (S. 150 f.; gleiches gelte *a maiore ad minus* für die freiverantwortliche Selbstgefährdung. Hierfür führt *Rudolphi* maßgeblich auch den Fall der unterlassenen Selbstmordverhinderung an, S. 135, 138; im Anschluss an *Gallas* JZ 1960, 649, 652; symptomatisierend mit den Ausführungen *Rudolphis* auch *Kühl* Beendigung S. 70 m. Fn. 59).

²⁶⁵⁷ Würde man nämlich die nachfolgende Unterlassung als Täterschaft strafen wollen, „so käme das praktisch einer Preisgabe der für die Teilnahme bestehenden Sonderregelung gleich, insbesondere würde aber die für die Teilnahme teilweise bestehende Straflosigkeit illusorisch. Jede straflose Beihilfe würde dann nämlich doch, und zwar auf dem Umweg der Bejahung eines unechten Unterlassungsdeliktes strafbar sein“, *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 146 f. Wenn daher ein Tun von seiner objektiven Natur bloß eine straflose Beihilfe darstellt, könne es von vornherein keine Garantenstellung zur Verhütung von Straftaten oder Selbstverletzungen auslösen; siehe dazu bereits *Gallas* JZ 1960, 686; *Grünwald* GA 1959, 110, 120 f.

²⁶⁵⁸ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 151 ff., 175 ff.

hierdurch zu dem Ergebnis, dass pflichtwidriges Verhalten niemals eine Garantenpflicht begründen könne.²⁶⁵⁹ Insbesondere in neueren Beiträgen argumentiert *Rudolphi* ähnlich wie *E. A. Wolff* und *Welp* mit der Abhängigkeit infolge Normvertrauens: Das Opfer, das auf das normgemäße Handeln seiner Mitbürger vertrauen dürfe, vertrauen müsse und vertraue, werde durch die vom Täter beherrschte, gefährliche Handlung schutzlos getroffen. Es sei in der Unversehrtheit seiner Rechtsgüter vom Unterbleiben des beherrschten Kausalverlaufes abhängig. Der aktiven Beherrschung durch den Täter korrespondiere die Schutzlosigkeit des Opfers gegenüber der unerlaubt gefährlichen Handlung des Täters.²⁶⁶⁰ Dabei verneint er jedoch anders als *Wolff* und *Welp* die Abhängigkeit nach rechtmäßigem Verhalten: Der pflichtgemäß Handelnde habe das Vertrauen, das die Rechtsgemeinschaft in ihn gesetzt hat, nicht enttäuscht. Jeder hätte mit diesem Verhalten rechnen müssen und seine Entscheidungen daran ausrichten können.²⁶⁶¹ Der Unterlassende wiederum dürfe vertrauen, dass sein rechtmäßiges Handeln nicht zu Rechtsgutsverletzungen führt, die rechtlich missbilligt sind.²⁶⁶² Überdies präzisiert *Rudolphi* das Pflichtwidrigkeitskriterium anhand der neueren Lehre von der objektiven Zurechnung bzw. der Fahrlässigkeitsdogmatik: Die Störung müsse dem Täter gerade als rechtswidrige Folgen seiner pflichtwidrigen Vorhandlung objektiv zurechenbar sein, er müsse dafür durch seine Vorhandlung eine Sorgfaltspflicht verletzt haben, in deren Schutzbereich die Gefährdung liege. Dann sei er nach den Wertungen der Rechtsordnung auf Grund seines Vorverhaltens für den von ihm bewirkten Gefahrenzustand verantwortlich.²⁶⁶³

²⁶⁵⁹ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 178.

²⁶⁶⁰ *Rudolphi* NSTZ 1984, 149, 150; siehe auch ders. JR 1974, 160, 161.

²⁶⁶¹ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 178; ders. JR 1974, 160, 161; ders. SK⁷ § 13 Rn. 40.

²⁶⁶² *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 178. Wenn jemand durch verkehrsrichtiges Verhalten einen Unfall verursache, so sei zudem die verursachte Gefahrenlage eine unvermeidbare, von seinem Willen generell nicht mehr beherrschbare Folge der erlaubten Verhaltensweise, sodass diese ihm nicht objektiv zur Person zugerechnet werden könne. Er stehe einem Unbeteiligten gleich, S. 179; siehe auch ders. NSTZ 1984, 149, 150: „Zugerechnet wird ihm der Erfolg, weil es in seiner Macht lag, durch Unterlassen der gefährlichen Handlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges zu vermeiden, oder ins Positive gewendet, weil er durch die Vornahme der gefährlichen Handlung die Herrschaft über das erfolgsbewirkende Geschehen aktiv ausgeübt hat.“ – Insoweit bezieht sich *Rudolphi* auf die Zurechnungslehren von *Larenz* und *H. Mayer* (sowie auf *N. Hartmann* und *Welzel*): So müsse zwischen dem Menschen und den zuzurechnenden Folgen nicht bloß eine Kausalbeziehung bestehen, zugerechnet werden könnten nur solche Folgen, „bei denen sich darüber hinaus auch eine Verbindungslinie zwischen ihnen und dem Menschen in seiner Personhaftigkeit ziehen läßt“. Die „Störung der sozialen Schutzordnung“ müsse daher „generell als von einem beliebigen Menschen in dieser Situation beherrschbar gedacht werden“. *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 155 f.

²⁶⁶³ *Rudolphi* JR 1974, 160, 161; ders. SK⁷ § 13 Rn. 39 ff.; siehe auch ders. FS Dünnebier S. 561, 576 f.; ders. NSTZ 1984, 149, 150: „Zugerechnet wird ihm der Erfolg, weil es in seiner Macht lag, durch Unterlassen der gefährlichen Handlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges zu vermeiden, oder ins Positive gewendet, weil er durch die Vornahme der gefährlichen Handlung die Herrschaft über das erfolgsbewirkende Geschehen aktiv ausgeübt hat.“

2. Bewertung

a) Gleichstellungsrichtlinie

Rudolphi wird regelmäßig wegen seiner Monographie als Anhänger einer soziologischen,²⁶⁶⁴ „dualistischen“²⁶⁶⁵ oder soziologisch-juristischen Garantenlehre bezeichnet.²⁶⁶⁶ So wird kritisiert, dass sich *Rudolphi* in seinem „Mehr-Faktoren-Ansatz“ nicht eindeutig verifizierbarer Wertungsgesichtspunkte bediene.²⁶⁶⁷ Es sei unklar, in welchem Verhältnis die juristische und die soziale Wertungsebene stünden.²⁶⁶⁸ – *Rudolphi* geht allerdings eindeutig von den Wertungen der gesetzlichen Strafrechtsordnung aus.²⁶⁶⁹ Grundsätzlich ist der Ausgangspunkt *Rudolphis* Zustimmungswürdig, indem dieser die rechtsgüterschützende Aufgabe des Strafrechts in den Mittelpunkt rückt und die Frage nach der Garantenstellung als Problem des spezifisch strafrechtlichen, tatbestandlichen Unrechts ansieht.²⁶⁷⁰ Auch überzeugt es, dass *Rudolphi* in dem Begriff der Zentralgestalt – ähnlich wie bereits *Roxin* zur Täterschaft – eine konkretisierungsbedürftige Richtlinie erblickt, nicht hingegen ein hinreichend konkretes Kriterium, aus dem man die Lösungen bloß deduzieren müsste.²⁶⁷¹ Vielmehr ist es erforderlich, dass die für die Gleichstellung

²⁶⁶⁴ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 53 f.

²⁶⁶⁵ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 160 ff.

²⁶⁶⁶ *Herbertz* Ingerenz S. 124 ff.; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 282.

²⁶⁶⁷ *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 54, *Rudolphi* habe jedoch zutreffend auf die Maßgeblichkeit der „sozialen Rolle“ verwiesen. Kritisch auch *Herbertz* Ingerenz S. 128: *Rudolphis* Richtlinie sei zu unbestimmt, er könne nicht „tragfähige Leitlinien“ aufdecken. Zudem knüpfe *Rudolphi* an zivilrechtliche Wertvorstellungen an, ohne deren Tragfähigkeit für das Strafrecht darzutun. – Diese Kritik ist jedoch unberechtigt, da *Rudolphi* eine analogistische Gleichstellungsrichtlinie verfolgt und sich dabei gerade an den für das Begehungsdelikt maßgeblichen Wertgesichtspunkten und Prinzipien orientiert (vgl. *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 92 ff.). Speziell hinsichtlich der Ingerenz stellt *Rudolphi* auf die Wertungen zur Fahrlässigkeitsstrafbarkeit sowie auf die gesetzlichen Teilnahmeregelungen ab. Dass *Rudolphi* die Ingerenzgarantenstellung des Kraftfahrers unter Heranziehung der Versicherungspflicht und Betriebsgefahr begründen würde, ist eine unzutreffende Unterstellung.

²⁶⁶⁸ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 282. Recht pauschal dann S. 283: Die Orientierung an sozialen Wertanschauungen sei ein „mit den Gewährleistungen des Art. 103 II GG nicht zu vereinbarendes Mittel strafrechtlicher Normkonkretisierung“. – Dieses Verständnis ist jedoch zweifelhaft. Die soziale Wirklichkeit darf vom Ausgangspunkt der unzweifelhaft maßgeblichen *rechtlichen* Wertung nicht außer Acht gelassen werden, wenn eine *sinnvolle* Regelung des sozialen Lebens berücksichtigt ist.

²⁶⁶⁹ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 91 und ff.; zustimmend *Sangenstedt* Garantenstellung S. 283, der jedoch meint, dass der Begriff der „sozialen“ Schutzordnung überhaupt keine selektive Funktion erfülle.

²⁶⁷⁰ Festzuhalten ist zwar, dass *Rudolphi* insbesondere in neueren Beiträgen einen formell-materiellen Standpunkt einnimmt und verlangt, den Täter müsse ein ihm im Interesse des Rechtsgüterschutzes auferlegtes rechtliches Gebot zur Erfolgsabwendung treffen (*Rudolphi* FS Dünnebieber S. 561, 573; *ders.* SK § 13 Rn. 19 f.; siehe auch *ders.* NSTZ 1991, 361, 364; *ders.* NSTZ 1997, 599). Bereits oben wurde dargelegt, dass es für § 13 I StGB auf eine außerstrafrechtliche Rechtspflicht nicht ankommt, die Verpflichtung ist *Ergebnis* der materiell begründeten Gleichstellung, nicht deren Voraussetzung (Vgl. dazu → Kapitel 1 § 3 B II, III, IV). Jedenfalls für die Ingerenz scheint *Rudolphi* dies genauso zu sehen und misst dort dem Kriterium der Rechtspflicht keine eigene Bedeutung über die materiellen Erfordernisse hinaus zu (vgl. etwa *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 38 ff.)

²⁶⁷¹ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 100 f., 88: Abstraktion mittleren Grades; auch behandelt *Rudolphi* die sonstigen Garantenstellungen außer die Ingerenz in seiner Monographie äußerst knapp (S. 102 ff.), eine wirkliche Konkretisierung findet allein hinsichtlich der Ingerenz statt, wofür *Rudolphi* dann maßgeblich *rechtliche* Argumente vorbringt.

maßgeblichen Grundideen „mit den übrigen gesetzlichen Wert- und Zweckvorstellungen in Beziehung gesetzt und am konkreten Rechtsstoff entfaltet werden“.²⁶⁷²

Problematisch ist es jedoch, wenn *Rudolphi* im Ausgangspunkt die Garantenstellung als Kompensation des weit höheren Grades an Willensenergie beim Handlungsgebot anführt. Dann müsste konsequenterweise die Pflichtenstellung vom konkret erforderlichen Maß an Willensenergie abhängen, sodass für das Rufen eines Rettungswagens ein „Weniger“ an Pflichtenstellung erforderlich wäre als für das Leisten von Erster Hilfe. Dies hat *Rudolphi* tatsächlich auch nicht im Sinn und er kommt auf diesen Gedanken auch nicht wieder zurück. Weiterführend ist die Betrachtung der Struktur des Begehungsdelikts, bei dem der Täter als Zentralgestalt das sich zur Rechtsgutsverletzung entwickelnde Geschehen beherrscht. Indem der Begriff eine Orientierung an der *Begehungstäterschaft* erlaubt, erschöpft er sich nicht in einer bloß tautologischen Wiederholung des Garantenerfordernisses, sondern gibt diesem erste Konturen.²⁶⁷³ Auch das Kriterium der (Störung der) „sozialen Schutzordnung“ überzeugt, insoweit es dem Gedanken des Rechtsgüterschutzes verpflichtet ist: „In den einzelnen Straftatbeständen erkennt der Gesetzgeber bestimmte besonders wichtige Interessen des Einzelnen und der Gemeinschaft oder bestimmte soziale Zustände als wertvoll und schutzbedürftig an [...]“.²⁶⁷⁴ Hieraus lässt sich folgern, dass eine Garantenstellung aus Ingerenz nur dort besteht, wo diese Rechtsgüter ernstlich bedroht sind.

Schünemann wendet dagegen ein, *Rudolphis* Konzeption leide an der Grundannahme, die Rechtsordnung fordere lückenlosen Schutz von Rechtsgütern. Man könne nicht von der Schutzbedürftigkeit auf eine Schutzpflicht folgern.²⁶⁷⁵ Dass die Gleichstellungsproble-

²⁶⁷² *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 91; polemische Kritik bei *Sangenstedt* Garantenstellung S. 286 f.: Diese Formel würde bloß „den Rechtsanwender pauschal auf alle möglichen, für die Beurteilung der Gleichwertigkeitsfrage relevanten rechtlichen Vorgaben zu verweisen, ohne diese näher zu spezifizieren“. Unberechtigt ist auch die Kritik *Herbertz*, die den Begriff der Zentralgestalt tautologisch als „extrem wertend und hochgradig normativ“ (*Herbertz* Ingerenz S. 224) bezeichnet. Dies entspringt einem weit verbreiteten Missverständnis, Rechtsbegriffe müssten stets unmittelbar die Deduktion von Lösungen zu Detailfragen zulassen. – Im Allgemeinen *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 76: nicht bloß „in logischen Schlussverfahren subsumierende Anwendung eines schon im Detail bestimmten Gesetzes“.

²⁶⁷³ *Rudolphi* interpretiert den Begriff der Zentralgestalt jedoch ersichtlich anders als *Roxin*, wenn er meint, der Unterlassende müsse als *Täter oder Teilnehmer* die maßgebliche Entscheidung treffen.

²⁶⁷⁴ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 94.

²⁶⁷⁵ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 169; siehe auch S. 171: „Eine gesetzliche Wertvorstellung, daß der Ingerent aus dem Begehungstatbestand bestraft werde, ist nirgends auffindbar, und ein die Ingerenz-Garantenstellung tragender Gleichstellungs-Grundtopos ist nirgendwo aufgewiesen“; identische Argumentation bei *Sangenstedt* Garantenstellung S. 330 ff.: Der Hinweis auf ausfüllungsbedürftige Schutzlücken genüge für sich nicht, „solange diese nicht durch konkrete gesetzliche Indikatoren erhärtet werden“ können. Unterstellt der Annahme, dass es in der Logik der Verbote liege, die Schutzobjekte gegen die Nichteindämmung fahrlässig hervorgerufener Gefahren zu schützen, sei nicht zwingend begründet, weshalb die Erfolgsabwendungsgebote die Qualität von Garantiesätzen hätten (S. 331 f.). – Die Kritik ist zu pauschal. Dass *Rudolphi* diese gesetzlichen Indikatoren durchaus aufzeigt, wird verschwiegen. *Rudolphi* begründet die Erfolgsabwendungsgebote gerade aus den Verboten der *strafrechtlichen* Begehungstatbestände. Siehe zur Kritik an *Sangenstedts* Betrachtungsweise im Allgemeinen oben → § 1 F II.

matik an die Schutzbedürftigkeit anknüpft, ist jedoch im *rechtsgüterschützenden* Strafrecht grundsätzlich der zutreffende Ausgangspunkt.²⁶⁷⁶ Auch entwickelt *Rudolphi* die Garantenposition nicht aus dem isoliert *faktischen* Schutzbedürfnis, sondern fragt in Anlehnung an die Begehungsdelikte, ob den Gefahrschaffer *rechtlich* die Verantwortung für die Störung der (*straf-*)*rechtlichen* Schutzordnung trifft. Nicht überzeugen kann auch die überzogene Kritik *Herbertz*, die von *Rudolphi* herangezogenen Gesichtspunkte seien willkürlich, etwa die Betonung der Störung der sozialen Schutzordnung ergebe sich nicht aus dem Grundkriterium der Zentralgestalt, sodass die weitere Lösung bloß die einstige Garantenlehre rechtfertige.²⁶⁷⁷ Es ist erneut zu betonen, dass es sich bei *Rudolphi* – überzeugenderweise – nicht um Deduktionen aus abstrakten Begriffen handelt. Bei den „primären Garantenstellungen“ ist jemand gerade Zentralgestalt, weil er in seiner Funktion *Teil* der sozialen Schutzordnung ist.²⁶⁷⁸ Die Ingerenz zeichnet sich wiederum dadurch aus, dass der Rechtsgutsträger aufgrund der Störung *schutzlos* ist und der Andere *deshalb* durch die Rechtsordnung die Verantwortung für die Folgen der Störung auferlegt bekommt, sodass er die maßgebliche Entscheidung über die Rechtsgutsverletzung trifft. Der Garant ist also – kurz gesagt – Zentralgestalt, weil er von der Rechtsordnung (im Einklang mit der sozialen Schutzordnung) zur *Kompensation* der Schutzlosigkeit aufgestellt ist.

Sangenstedt verweist zudem zirkulär auf das Herrschaftskriterium, welches *Rudolphi* ja auch zum zentralen Gesichtspunkt erhebe und das die Gleichstellung der Ingerenz verbiete.²⁶⁷⁹ Man kann jedoch nicht *Rudolphis* Herrschaftsbegriff ablehnen, weil die Herrschaft aktuell sein müsse, wenn das Erfordernis aktueller Herrschaft die Ablehnung von *Rudolphis* Herrschaftsbegriff voraussetzt.²⁶⁸⁰ *Rudolphi* beruft sich zwar später auf *Schünemann*,²⁶⁸¹ kommt jedoch zu einem deutlich normativeren Herrschaftsbegriff, der sich maßgeblich über rechtliche Einflussphären bestimmt. Herrschaft wird verstanden als die „nach den Maßstäben der Rechtsordnung [...] verantwortliche Entscheidung“ über den

²⁶⁷⁶ Vgl. im Allgemeinen *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 49c: folgenorientierte Struktur des Rechtsgutsbegriffs. – Ver- und Gebot stützen sich insoweit auf das Rechtsgut als positives Werturteil, vgl. nur *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 260, 282 ff.

²⁶⁷⁷ *Herbertz* Ingerenz S. 224.

²⁶⁷⁸ Der Begriff der Schutzordnung soll sich nicht aus dem der Zentralgestalt ableiten; die Relation ist umgekehrt.

²⁶⁷⁹ *Sangenstedt* Garantenstellung S. 287. *Sangenstedt* schließt sich stattdessen (noch bevor er überhaupt seine eigene Herrschaftstheorie ausarbeitet) hinsichtlich der Ingerenz der Herrschaftslehre *Schünemanns* an.

²⁶⁸⁰ Die Behauptung, dass die Herrschaft stets Aktualität erfordert, würde jedoch gerade eine Auseinandersetzung mit dem *abweichenden* Herrschaftsbegriff *Rudolphis* erfordern.

²⁶⁸¹ Der Herrschaftsgedanke spielt in *Rudolphis* späteren Schriften im Vergleich zu seiner „Gleichstellungsproblematik“ zwar eine hervorgehobene Rolle, von einem „Anschauungswandel“ (*Sangenstedt* Garantenstellung S. 287. Siehe auch *Verrel* GA 2003, 595, 599 m. Fn. 27: Zuwendung zum Herrschaftskriterium) zu sprechen, wäre jedoch übertrieben. *Schünemann* resümiert, *Rudolphi* vertrete bloß hinsichtlich der „reinen Ingerenzgarantenstellung“ eine abweichende Auffassung, Unternehmenskriminalität S. 87 m. Fn. 105.

Erfolgseintritt,²⁶⁸² der Garant „beherrscht aufgrund dieser Schutzposition das zur Rechtsverletzung drängende Geschehen“.²⁶⁸³ Dass diese Begründung weitestgehend überzeugt,²⁶⁸⁴ soll unten noch näher dargelegt werden.²⁶⁸⁵

Nicht weiterführend ist die Ausgestaltung der „Schutzordnung“ im Einzelnen. So hat die Trennung der Fallgruppen „Ausschluss einer Schutzinstanz“ und „Auslösen von Gefahren“ keinen Mehrwert, stattdessen käme es durch die gesonderte Behandlung ersterer Fallgruppe bei konsequenter Durchführung zu merkwürdigen Ergebnissen.²⁶⁸⁶ *Schünemann* schreibt etwa, nach *Rudolphis* Konzeption, zu Ende gedacht, müsste der Kraftfahrer, der eine Mutter schwer verletze, die Kinder betreuen und derjenige, der einen Feuerwehrmann überfährt, müsste an dessen Stelle einen Brand bekämpfen.²⁶⁸⁷ Diese Kritik ist insoweit gerechtfertigt, als dass der Ingerent nicht dauerhaft in eine *Schutzposition* eintreten darf. Darum ging es *Rudolphi* jedoch bei aller Zweideutigkeit erkennbar nicht.²⁶⁸⁸ Intendiert war vielmehr, die Plausibilität der Ingerenz als sekundäre Garantenstellung aufgrund einer „Störung des sozialen Gleichgewichts der Kräfte“ darzutun.²⁶⁸⁹ Es gibt allerdings keine Rechtsnormen, die es verbieten, Beschützerinstanzen auszuschalten, nur

²⁶⁸² *Rudolphi* FS Dünnebieber S. 561, 574; vgl. auch *ders.* Gleichstellungsproblematik S. 99; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 21 f.

²⁶⁸³ *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 22. Hervorhebung nicht im Original.

²⁶⁸⁴ Hervorzuheben ist auch, dass die Kommentierung in der 8. Auflage des SK durch *Rudolphi* und *Stein* erheblich von der 7. Auflage (*Rudolphi*) abweicht und eher der 9. Auflage durch *Stein* gleicht (sowie dessen „Beteiligungsformenlehre“, vgl. etwa Rn. 17 der Kommentierung, wo nach der „Pflichtenintensität“ unterschieden wird). Insbesondere finden die Aspekte der Herrschaft und der Störung der sozialen Schutzordnung keine Erwähnung mehr, stattdessen wird auf den „Ausgleich einer Verhaltensfreigrenze“ abgestellt. Insoweit mag die Kritik von *Herbertz* Ingerenz S. 226 f. wohl zutreffen, dass hier keine *strafrechtsspezifische* Gleichstellung erfolgt (eine „Lücke“ (S. 226), die *Herbertz* selbst m.E. jedoch auch nicht schließt). Die Kritik trifft jedoch *nicht* die Voraufgabe, die allein durch *Rudolphi* besorgt wurde, und ebenso wenig die von *Rudolphi* im Anschluss an die „Gleichstellungsproblematik“ entwickelte Gesamtkonzeption. Die Darstellung beschränkt sich *hier* auf die von *Rudolphi* allein verfassten Beiträge und ordnet die Neukommentierung(en) durch *Stein* unten abweichend ein.

²⁶⁸⁵ → Kapitel 4 § 1 A III 3-5.

²⁶⁸⁶ In diesem Abschnitt liegt ein offensichtlicher Schwachpunkt der Argumentation, auf den sich Kritiker von *Rudolphis* Konzeption stets „gestürzt“ haben. Im Allgemeinen **kritisch** zu einem solchen Vorgehen, das sich zentral auf die schwachen Argumente einer Ansicht fokussiert *Puppe* Schule S. 285 ff. Fairerweise ist auch darauf hinzuweisen, dass *Rudolphi* die Fallgruppe des Ausschlusses einer Schutzinstanz später nicht weiterverfolgt hat.

²⁶⁸⁷ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 167; sodann auch *Kugler* Ingerenz S. 78; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 291 f.; *Herbertz* Ingerenz S. 225: „sehr diffus“.

²⁶⁸⁸ Absurd wäre es, den Unfallverursacher zum dauernden Beschützer für die Kinder zu erklären, ihn allerdings für die Gefahrerhöhung verantwortlich zu machen scheint nicht nur möglich, sondern naheliegend: Denjenigen, der die Mutter in einem Autounfall verletzt, kann man sehr wohl verpflichten, aufzupassen, dass die Kinder nicht aus dem Unfallwagen auf die Straße laufen. Wer den Feuerwehrmann überfährt, der eine Gefahrenstelle absperrt, den kann man durchaus verpflichten, die Gefahr kurzfristig einzudämmen. Zudem darf nicht vergessen werden, dass die gebotene Abwendungsleistung regelmäßig darin besteht, die zuständigen Hoheitsträger, insbesondere auch die Polizei, zu informieren und meist nur bis zu deren Eingreifen eigene Bemühungen notwendig sind.

²⁶⁸⁹ Das Argument ist grundsätzlich schlüssig: Dort wo nach den Wertungen des Gesetzes *ursprünglich* eine primäre strafrechtliche Schutzposition bestand, kann davon ausgegangen werden, dass durch die Ausschaltung dieser Schutzinstanz ein nun *ungedecktes Bedürfnis strafrechtlichen* Schutzes besteht.

solche, die es missbilligen, *Rechtsgüter in Gefahr zu bringen*,²⁶⁹⁰ z.B. mittels gefahrerhörender Ausschaltung eines abwehropfichtigen und abwehrbereiten Dritten.²⁶⁹¹ Die „primäre Schutzordnung“, welche hier entscheidend ist, ist nicht eine Beschützergarantstellung. Letztere stellt nur im „Innenverhältnis“²⁶⁹² zwischen Mutter und Kind eine „Schutzordnung“ dar und muss Außenstehende (und das ist ja gerade der Kern des Garantengedankens) *nichts angehen*. Der Außenstehende ist *strafrechtlich* nur *negativ* mit dem Anderen (hier dem Kind) verbunden, indem er dessen *Rechtsgüter nicht schädigen darf* und nur innerhalb *dieses* Verhältnisses kann seine Handlung strafrechtlich relevante Folgen haben.²⁶⁹³ Die tatbestandlichen Verbotsnormen setzen notwendig voraus, dass gegenüber den durch menschliches Verhalten geschaffenen Gefahren eine besondere strafrechtliche Schutzbedürftigkeit besteht.²⁶⁹⁴ Entscheidend ist, wie schon oben bei *Welp* dargelegt, nicht eine *quantitative* Betrachtung der Gefahr, sondern ob die Schutzordnung durch die *strafrechtlichen Tatbestände* vorausgesetzt ist.²⁶⁹⁵

b) Pflichtwidrigkeitskriterium

Zentrales Vermächtnis von *Rudolphis* Gleichstellungsproblematik ist die Etablierung des Pflichtwidrigkeitskriteriums in der Rechtsprechung und h.L. *Rudolphis* Begründung des Erfordernisses beruhte zunächst auf der zutreffenden Analyse der Drei-Personen-Verhältnisse. Insbesondere hat *Rudolphi* überzeugend dargelegt, dass die Teilnahmeregelungen nicht durch eine nachfolgende Unterlassungsstrafbarkeit ausgehebelt werden dürfen. Diese Ergebnisse überträgt er sodann unbesehen auf die Zwei-Personen-Konstellationen.²⁶⁹⁶ Die Betrachtung der Drei-Personen-Verhältnisse lässt jedoch die Möglichkeit offen, dass es tatsächlich um die Eigenart dieser Konstellationen geht, dass nämlich der

²⁶⁹⁰ Siehe auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 169: Es ist nicht die Schutzlosigkeit entscheidend, sondern die Verantwortung der Gefahr durch den Täter.

²⁶⁹¹ Wenn beispielsweise die Mutter als Beschützergarant gar nicht willens war (siehe aber im Allgemeinen *Puppe* ZStW 95 (1983), 287, 296: Die Rechtsordnung geht von der Erfüllung ihrer Normen durch die Adressaten aus, *solange das Gegenteil nicht feststeht*. Hervorhebung nicht im Original), sich um ihre Kinder zu kümmern, erhöht der Täter, der die Mutter als Schutzinstanz ausschaltet, in keiner Weise das Risiko für diese. Für die Ausschaltung des nach § 323c I StGB hilfspflichtigen Jedermann stellt *Rudolphi* diese zusätzliche Voraussetzung auf (S. 114).

²⁶⁹² So ausdrücklich *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 61 (die damit aber ausdrücken wollen, dass aus dem Beschützerverhältnis keine Pflicht zur Überwachung der anderen Person folgt).

²⁶⁹³ Vgl. *E. A. Wolff* Kausalität S. 41 f.; dazu → E I 2.

²⁶⁹⁴ Auch die Schutzbedürftigkeit gegenüber durch Menschen geschaffenen Gefahren ist nicht bloß eine faktische, sondern ebenfalls grundsätzlich *strafrechtlich als Einstehenmüssen stets vorausgesetzt*. → Kapitel 1 § 3 B VI 3.

²⁶⁹⁵ Diese Überlegungen finden ihre Stütze in den Überlegungen von *Rudolphi* selbst, Gleichstellungsproblematik S. 94. Der Einwand von *Schünemann* Grund und Grenzen S. 170 m. Fn. 27, dass auch ggü. gefährlichen Naturereignissen keine Garantpflichten bestünden, trifft das Problem damit ebenfalls nicht. Auch dem Einwand, dass man das Erfolgsabwendungsgebot nicht aus dem Verletzungsverbot ableiten dürfe, ist parallel zu oben dazu (→ E II 2 c) zu widersprechen. Die materielle Gleichstellungsfrage darf unter Geltung von § 13 StGB nicht durch formale normentheoretische Behauptungen in die eine oder andere Richtung umgangen werden.

²⁶⁹⁶ Bereits vor *Rudolphis* Gleichstellungsproblematik ging etwa *Schröder* davon aus, dass die Vorhandlung in den Fällen, in denen die Gefahr durch das freiverantwortliche Handeln eines Dritten vermittelt ist,

Kausalverlauf über einen eigenverantwortlich handelnden Dritten verläuft,²⁶⁹⁷ nicht hingegen um die Pflichtwidrigkeit. Problematisch ist daher, ob es für die Ingerenzbegründung tatsächlich auf das Wertungsergebnis der Pflichtwidrigkeit²⁶⁹⁸ oder bestimmte dahinter liegende materielle Gesichtspunkte ankommt (etwa die von *Rudolphi* bemühten Wertungen zu Täterschaft und Teilnahme, etc.). Auch die weiteren Argumente *Rudolphis* für das Pflichtwidrigkeitskriterium vermögen nicht restlos zu überzeugen.²⁶⁹⁹ Die Formel, „was jedermann gestattet ist, positiv zu fördern, kann er aber nicht zugleich verpflichtet sein abzuwenden“,²⁷⁰⁰ die maßgeblich das Pflichtwidrigkeitskriterium trägt, leidet etwa daran, dass es eben nicht um ein „zugleich“, sondern ein „nacheinander“ geht.²⁷⁰¹ Das von *Rudolphi* bemühte „Normvertrauen“ ist, wie schon zu *Welp* ausgeführt, bloß Kehrseite der Geltung der Verhaltensnorm.²⁷⁰² Es erscheint zwar grundsätzlich *nicht unplausibel*, dass die Wertung der „Pflichtwidrigkeit“ das beschreibt, was der Ingerent von vornherein zu vermeiden hat und wofür er folglich auch künftig verantwortlich ist.²⁷⁰³ *Zwin-*

pflichtwidrig gewesen sein müsse. Dieser beschränkt den Gedanken jedoch auf die Drei-Personen-Konstellationen und belässt es für den Regelfall bei dem Grundsatz, dass die Vorhandlung nicht rechtswidrig sein muss. Schönke/*Schröder*¹² Vor § 1 Rn. 120 f.

²⁶⁹⁷ Für eine Verteilung von Verantwortungsbereichen etwa *Jakobs* AT 29/38 ff.; *Weigend* LK § 13 Rn. 44 ff.; *Rengier* JuS 1989, 802, 807; anders nun *ders.* AT § 50 Rn. 84, der dieses Kriterium nur ergänzend hinzuziehen will, Rn. 92; siehe außerdem *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 231, 296 ff.

²⁶⁹⁸ Es handelt sich bei den materiellen Kriterien, die zu einem „erlaubten Risiko“ führen, um eine „bunte Mischung“ an Kriterien, die materiell nicht auf einem einheitlichen Prinzip, sondern ganz unterschiedlichen strafrechtlichen Wertungen beruhen. Vgl. dazu nur *Kindhäuser* FS Maiwald S. 397, 401; *Mitsch* GA 2006, 11, 17; siehe auch *Krey* ZStW 90 (1978) 173, 199; **andere** *Roxin* Chengchi Law Review 50 (1994) 219, 238 f.: die Lehre sei zwar nicht auf einen einzigen Gesichtspunkt zurückzuführen, dennoch handle es sich um „kein willkürliches Konglomerat heterogener Problemlösungsgesichtspunkte, sondern sie sagen uns in ihrer Gesamtheit, wie der Zusammenhang zwischen Verhalten und Erfolg beschaffen sein muß“.

²⁶⁹⁹ Unschlüssig aber *Herbertz* Ingerenz S. 224 ff. gegen *Rudolphis* Begriff der Pflichtwidrigkeit, der weitestgehend der herrschenden Fahrlässigkeits- und Zurechnungsdogmatik entspricht (*Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 39 ff.; ähnlich schon *ders.* Gleichstellungsproblematik S. 128, 134, 168 ff., 183; grundlegend auch *ders.* JuS 1969, 549 ff.). Es wird hier ein Scheinproblem aufgebaut, dem dann die eigene „richtige“ Lösung entgegengestellt werden kann, siehe etwa *Herbertz* Ingerenz S. 227 a.E.: *Rudolphi* und *Stein* formulierten die „bislange überzeugendste Konzeption des Strafgrundes der Ingerenz, lassen jedoch Raum für wichtige Erwägungen“.

²⁷⁰⁰ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 137.

²⁷⁰¹ *Rudolphi* gibt ja selbst zu, dass die Rechtmäßigkeit einer Handlung *nicht zwingend* das Gebot der Abwendung selbstständiger Folgen ausschließe, *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 162.

²⁷⁰² → E II 2 b).

²⁷⁰³ Vgl. insoweit *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 40 gegen *Otto* und *Herzberg*: Die Pflichtwidrigkeit lege den *rechtlich eingeräumten* Handlungsspielraum fest und bestimme, ob jemand bereits im Zeitpunkt der Vorhandlung *vermeidspflichtig* war; siehe auch *Stree* FS Klug II S. 395, 398; *Hoven* GA 2016, 16, 28; *Rudolphi* stelle zutreffend auf den Verantwortungsbegriff bei der Begehung ab. Siehe noch ausführlich → H; sowie Kapitel 4 § 2 A IV.

gend erscheint es allerdings nicht, dass in der Wertung des fahrlässigen Handlungsunrechts eine endgültige Abwägung der Freiheitssphären der Beteiligten liegt.²⁷⁰⁴ Zu beachten ist insoweit, dass auch *Rudolphi* Ausnahmen für das Pflichtwidrigkeitskriterium annimmt.²⁷⁰⁵ Wer in nach § 34 StGB gerechtfertigter Weise einen Dauerzustand herbeiführe, müsse nach Fortfall der rechtfertigenden Voraussetzungen für dessen Beseitigung sorgen.²⁷⁰⁶ Entsprechendes gelte für das nachträgliche Rechtswidrigwerden einer behördlichen Erlaubnis.²⁷⁰⁷ Für die Fälle der Produkthaftung stellt *Rudolphi* nicht auf die Auslieferung, sondern auf die überlegene Kenntnis des Unternehmers von der Gefährlichkeit des Produktes sowie die damit einhergehende Schutzlosigkeit des Verbrauchers ab.²⁷⁰⁸ Hierbei handelt es sich letztlich um Hilfskonstellationen, welche *ad hoc* den eng begrenzten Grundsatz ergänzen.

c) Fazit

Die Lösung der „Gleichstellungsproblematik“ bei *Rudolphi* kann grundsätzlich überzeugen, insbesondere, was den Grund der Gleichstellung angeht. Ob hingegen die Eingrenzung mittels des Pflichtwidrigkeitskriteriums sachgerecht ist, kann an dieser Stelle noch nicht entschieden werden.

II. Kontrollherrschaft (*Roxin*)

1. Darstellung

Ursprünglich, vor Einführung des § 13 StGB in seiner heutigen Fassung, stand *Roxin* der Garantenstellung aus Ingerenz kritisch gegenüber.²⁷⁰⁹ In jüngerer Zeit sieht *Roxin*, der inzwischen im Ausgangspunkt *Schünemanns* Ansatz zustimmt,²⁷¹⁰ die Kontrollherrschaft als maßgebliches Kriterium an.²⁷¹¹ Da bei den Begehungsdelikten die Stellung als Täter

²⁷⁰⁴ **Dagegen** etwa *E. A. Wolff* Kausalität S. 43: „die Gründe, die zu einer Erweiterung der erlaubten Gefährdung führen, sind nicht geeignet, für den einen ein Eingriffsrecht gegenüber dem anderen zu rechtfertigen“. Siehe auch *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 49; *Jakobs* in: *El Sistema* S. 133, 139 m. Fn. 7; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 51; *Timpe* Strafmilderungen S. 183.

²⁷⁰⁵ *Roxin* AT II § 32 Rn. 158 meint dagegen, diese Ausnahmen als Fälle der „Zurechnung“ integrieren zu können.

²⁷⁰⁶ *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 40a; siehe auch *Rengier* AT § 50 Rn. 93; *Sch/Sch*²⁷/*Stree* § 13 Rn. 36.

²⁷⁰⁷ *Rudolphi* FS Dünnebieber S. 561, 577; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 40b. Dies begründe sich aus der Dauerwirkung der rechtswidrigen Erlaubnis. Die rechtfertigende Wirkung dauere nur solange an, wie auch die materiellen Voraussetzungen für ihre Erteilung gegeben seien. Da der Erlaubnisempfänger bis zum wirksamen Widerruf der rechtswidrigen Erlaubnis gerechtfertigt sei, obliege so lange der Behörde allein die verantwortliche und maßgebliche Entscheidung über die Tatbestandsverwirklichung.

²⁷⁰⁸ *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 40c; sowie mit dem Gedanken der „Gegenleistung“ für die Freiheit, Waren zu produzieren.

²⁷⁰⁹ *Roxin* ZStW 83 (1971) 369, 403; *ders.* Kriminalpolitik S. 18 f.: Unterlassungsstrafbarkeit sei nur möglich, wenn den Tatbeständen des besonderen Teils Pflichtdelikte eingelagert seien; *ders.* TuT S. 512 ff.; zum geringeren Gewicht der Erfolgsabwendungspflicht aus Ingerenz *ders.* JuS 1973, 197, 200 f.; siehe dazu schon oben → § 1 B; **kritisch** *Berster* Unterlassungsdelikt S. 32.

²⁷¹⁰ *Roxin* AT II § 32 Rn. 19, 31; siehe zu *Schünemann* oben → § 1 f.

²⁷¹¹ *Roxin* AT II § 32 Rn. 19; *ders.* FS Schünemann S. 509, 519; sympathisierend *Jasch* NStZ 2005, 8, 9; *Kaspar* AT § 10 Rn. 46, der meint, das Kriterium habe sich im Wesentlichen durchgesetzt; *Kretschmer* Jura 2006, 898, 899; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 54: „Risikoherrschaft“.

maßgeblich durch das Innehaben der Tatherrschaft geprägt sei,²⁷¹² müsse im Wege eines Ähnlichkeitsschlusses für die Unterlassungsstrafbarkeit ein nahestehendes Kriterium relevant sein. Dieses könne in der „Schutzherrschaft“ über ein Rechtsgut oder der „Sicherungsherrschaft“ über eine Gefahr bestehen, die der „Steuerungsherrschaft“ beim Begehungsdelikt so nahe stünden, dass eine Gleichstellung möglich sei.²⁷¹³ Durch die Ähnlichkeit mit der Tatherrschaft ergebe sich eine gesetzliche Grundlage und ein „deskriptiv-anschaulicher“ Kern.²⁷¹⁴

Bei den Sicherungsgarantenstellungen unterscheidet *Roxin* zwischen der Herrschaft über Sachen, der Herrschaft über Personen und der Garantenstellung aus vorangegangenem Tun.²⁷¹⁵ Für letztere Fallgruppe, die Ingerenz, nimmt *Roxin* – anders als *Schünemann* – begehungsgleiches Unterlassen an.²⁷¹⁶ Die Tatbestandsverwirklichung beim Unterlassen beruhe hier nicht auf der Herrschaft selbst, sondern auf den aus der Herrschaft hervorgehenden Pflichten zur Kontrolle.²⁷¹⁷ Die Grenzen des Kontrollbereiches seien „wie fast alle juristischen Grenzen“, wengleich sie eine reale Grundlage haben, normativ zu bestimmen:²⁷¹⁸ „Die beherrschbare Weiterentwicklung eines zu überwachenden Gefahrenherdes gehört zum Herrschaftsbereich des Verantwortlichen hinzu und ist vor dem Umschlagen in einen tatbestandlichen Erfolg zu sichern.“²⁷¹⁹ Wenn man den Garanten allein deshalb aus seiner Verantwortung entließe, weil sich die reale Gefahrenquelle nicht mehr im Herrschaftsbereich des Besitzers befinde, so handle es sich um einen Strafbarkeitsunterschied, der teleologisch nicht mehr verständlich zu machen ist.²⁷²⁰ Sachgrund für die Ingerenz sei damit die Verhinderung von Folgen einer mangelhaft überwachten Gefahrenquelle.²⁷²¹

²⁷¹² *Roxin* AT II § 25 Rn. 27 ff.; § 32 Rn. 19; grundlegend *ders.* TuT *passim*.

²⁷¹³ *Roxin* AT II § 32 Rn. 19.

²⁷¹⁴ *Roxin* AT II § 32 Rn. 21.

²⁷¹⁵ *Roxin* AT II § 32 Rn. 107, sowie der Produkthaftung als möglicherweise eigene Fallgruppe.

²⁷¹⁶ *Roxin* AT II § 32 Rn. 150 ff.; zustimmend *Seibert* Garantenpflichten S. 244.

²⁷¹⁷ *Roxin* FS *Schünemann* S. 509, 520. Der Aspekt der Pflicht sei zu dem der Herrschaft selbstständig.

²⁷¹⁸ *Roxin* AT II § 32 Rn. 151; im Allgemeinen TuT S. 22 ff.

²⁷¹⁹ *Roxin* AT II § 32 Rn. 151.

²⁷²⁰ *Roxin* AT II § 32 Rn. 152. Dies wird an einem von *Roxin* gebildeten Fall (Rn. 150 ff.) besonders deutlich: Ein Spaziergänger leint seinen Hund nicht an, sodass dieser einen Passanten anfällt. Hier dürfe es keinen Unterschied machen, ob der Täter den noch beherrschten Hund zurückrufen könne oder ihn mangels aktueller Herrschaftsgewalt zurückreißen müsse; hierzu unten → Kapitel 4 § 1 B I 4.

²⁷²¹ *Roxin* AT II § 32 Rn. 150 f., 167.

2. Kritik

a) Kontrollherrschaft

Roxins Begriff der Kontrollherrschaft hat *Schünemann* erwidert, es handle sich eben nicht mehr um die Ausübung von Herrschaft, die der Begehung durch aktives Tun entspreche.²⁷²² Der Einwand setzt jedoch zirkulär ein ganz bestimmtes Verständnis von Entsprechungsklausel und Gleichstellung voraus, welches oben abgelehnt wurde.²⁷²³ Es geht eben nicht darum, äußerliche Ähnlichkeit zwischen Tun und Unterlassen herzustellen, sondern eine normative Idee am jeweiligen Rechtsstoff zu entfalten.²⁷²⁴ Grundsätzlich kann die Konzeption *Roxins* – ähnlich wie die Überlegungen *Rudolphis* – überzeugen und soll auch unten nochmals aufgegriffen werden. Denn sie beruht auf dem für die Begehungsstrafbarkeit maßgeblichen Kriterium der Tatherrschaft und schafft so eine hinreichende Vergleichbarkeit zu den Begehungsdelikten, § 13 I StGB. Die Kontrollherrschaft gründet auf einer realen Grundlage, ist jedoch anders als *Schünemanns* „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“ in ihren Grenzen nicht starr und teleologisch unverständlich an diese Grundlage gebunden,²⁷²⁵ sondern stellt in Rechnung, dass die vergangene Herrschaft gerade weiterwirkt und in diesem Wirken die Rechtsgüter des Opfers betrifft.

²⁷²² *Schünemann* GA 2016, 301, 306 m. Fn. 26. Und *Berster* Unterlassungsdelikte S. 49 f. meint, *Roxin* habe „in unglücklicher Weise“ *Schünemanns* Konzept „zugleich erweitert und verengt“. Zum einen verliere das System seine Universalität, indem Tatherrschaft erforderlich sei und diese auf *täterschaftliche* Zurechnung begrenzt sei, somit also weder die Teilnahme noch die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit erfasse. Auf der anderen Seite führe die Normativität zu einer „Haftungserweiterung [...], deren Grenzen kaum noch bestimmbar sind“. Insbesondere hinsichtlich der Ingerenzgarantenstellung verweise die „Beherrschbarkeit“ der Folgen auf ein bloßes Verhinderungsvermögen, sodass der Ingerent sich nicht vom *quiquis ex populo* unterscheide. Die Gleichstellung sei eine „bloße Wertentscheidung“, die im Begehungstatbestand keine Entsprechung. – Die fehlende Universalität im Hinblick auf die Teilnehmerstrafbarkeit ist jedoch innerhalb von *Roxins* Konzeption der Einheitstäterschaft beim Unterlassen (*Roxin* TuT S. 512 ff.; *ders.* AT II § 31 Rn. 140 ff.) schlüssig; der Entsprechenseinwand ist zirkulär.

²⁷²³ → Kapitel 1 § 2 D IV 3; Kapitel 3 § 1 E II 2 b).

²⁷²⁴ *Roxin* warnt zu Recht vor der Nivellierung von Unterschieden zwischen Begehung und Unterlassung, TuT S. 598 f.

²⁷²⁵ Zuletzt *Roxin* GA 2021, 190, 195.

b) Objektive Zurechnung

Widersprüche ergeben sich bei *Roxin* jedoch zwischen der Grundlage und den Voraussetzungen der Garantenstellung aus Ingerenz. Während er diese in der mit der Tatherrschaft wesensverwandten Kontrollherrschaft verankert sieht, stellt er bei der Qualität²⁷²⁶ der Vorhandlung maßgeblich auf die Lehre der objektiven Zurechnung ab.²⁷²⁷

In ihrer klassischen Formulierung: „Objektiv zurechenbar ist ein durch menschliches Verhalten verursachter Unrechtserfolg nur dann, wenn dieses Verhalten eine rechtlich mißbilligte Gefahr des Erfolgseintritts geschaffen und diese Gefahr sich auch tatsächlich in dem konkreten erfolgsverursachenden Geschehen realisiert hat“.²⁷²⁸

Die Lehre von der objektiven Zurechnung²⁷²⁹ sieht sich, wenngleich sie in der Literatur wohl noch vorherrscht,²⁷³⁰ erheblicher Kritik ausgesetzt.²⁷³¹ Der allgemeine Tenor dieser

²⁷²⁶ Denn es sei methodologisch falsch, strafrechtliche Pflichten aus bloßen Seinstatsachen abzuleiten, und zudem kriminalpolitisch sinnlos, die Garantenstellung an die bloße äquivalente Kausalität zu knüpfen, *Roxin* FS Trechsel S. 551, 556; *ders.* AT II § 32 Rn. 155. Dem ist zwar sicher zuzustimmen, jedoch ist damit noch nicht die Maßgeblichkeit der Lehre von der objektiven Zurechnung belegt. Auch *Schünemann* kritisiert, die Figur der „objektiven Zurechnung“ könne keine Vergleichbarkeit zur Tatherrschaft beim Begehungsdelikt aufzeigen, *Schünemann* GA 2016, 301, 306. Nach *Chen* Garantensonderdelikt S. 98 handelt es sich mangels aktueller Herrschaft um eine „methodisch nicht tragfähige und deshalb unangemessene Analogie“.

²⁷²⁷ *Roxin* FS Trechsel S. 551, 556 ff.; *ders.* AT II § 32 Rn. 156 ff.; auf die Lehre von der objektiven Zurechnung greifen zudem zurück: *Gaede* NK § 13 Rn. 43; *B. Heinrich*, AT Rn. 954; *Herbertz* Ingerenz S. 332 ff.; *Hoven* GA 2016, 16, 32 ff.; *Jäger* Zurechnung S. 37 ff.; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 47; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 65; *Otto* AT § 9 Rn. 81; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 144 ff.; *Rengier* AT § 50 Rn. 97; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 39a; *Stein* SK § 13 Rn. 50; *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 297; *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 147; *Sowada* Jura 2003, 243 ff.

²⁷²⁸ So *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 Rn. 57; in der Sache schon *Roxin* FS Honig S. 133, 135 ff.; im Einzelnen *ders./Greco* AT I § 11 Rn. 48 ff.; die Formel von der Verwirklichung/Realisierung der Gefahr im Erfolg geht zurück auf *Engisch* Kausalität S. 67 ff. und *Welzel* Strafrecht S. 136.

²⁷²⁹ Zur Entwicklung dieser Lehre vgl. *Frisch* JuS 2011, 19, 20 ff.; *Goeckenjan* Revision S. 63 ff.; *Haas* in: Zurechnung S. 193 ff.; *Küpper* Grenzen S. 83 ff.; *Puppe* Erfolgszurechnung S. 1 ff.; *Schroeder* Der Blitz S. 39 ff.; *Schünemann* GA 1999, 207 ff.; *Zieschang* Handbuch Bd. 2 § 33 Rn. 36 ff.

²⁷³⁰ Siehe aus der Kommentarliteratur etwa *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 Rn. 57 ff.; *Gercke/Hembach* AnwK Vor § 13 Rn. 24 ff.; *Jäger* SK Vor § 1 Rn. 96 ff.; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 64 ff.; *Kudlich* SSW Vor § 13 Rn. 55; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 89 ff.; aus der Ausbildungsliteratur etwa *Jescheck/Weigend* AT § 28 IV; *Gropp/Sinn* AT § 4 Rn. 85 ff.; *B. Heinrich* AT Rn. 243 ff.; *Kühl* AT § 4 Rn. 43 ff. (allerdings nicht völlig unkritisch Rn. 42); *Maurach/Zipf* AT 1 § 18 Rn. 42 ff.; *Murmann* GK § 23 Rn. 28 ff. (zwischen Verhaltensunrecht und Erfolgszurechnung differenzierend); *Rengier* AT § 13 Rn. 38 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 8 Rn. 25 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 253 ff.; zusammenfassend *Ebert/Kühl* Jura 1979, 561 ff.; *Jäger* Zurechnung S. 4 ff.; *Kudlich* JA 2010, 681 ff.; nahestehend auch *Frisch* JuS 2011, 19 ff., 116 ff., 205 ff.; *Herzberg* JuS 1996, 377, 381: Fahrlässigkeit als Voraussetzung jeder Vorsatzhaftung; weitere Nachweise bei *Goeckenjan* Revision S. 2 m. Fn. 2.

²⁷³¹ **Kritisch** bis ablehnend *Bung* Handbuch Bd. 2 § 34 Rn. 2; *Burkhardt* in: Straftat, Strafzumessung S. 99, 102 ff.; *Dehne-Niemann* GA 2012, 89, 90; *Frister* AT 10/36; *Gössel* GA 2015, 18 ff.; *Haas* Kausalität S. 284 ff., 302 f.; *ders.* ZStW 119 (2007) 519, 528 f.; *Hilgendorf* Jura 1995, 514, 521; *ders.* GA 1995, 515, 533; *ders.* FS Weber S. 33 ff., 35, 44, 47; *ders.* Handbuch Bd. 2 § 27 Rn. 60; *ders.* FS Sancinetti S. 451, 468; *ders.* in: Gefahr S. 9, 14; *Hirsch* FS Universität Köln S. 399, 404 ff.; *ders.* FS Lenckner S. 119, 121 ff., 140; *ders.* in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 65, 68; *Kahlo* FS Küper S. 249 ff., 259 ff.; *Arm. Kaufmann* FS Jescheck S. 251 ff.; 271; *Kindhäuser* GA 1994, 197, 221 m. Fn. 80; *ders.* GA 2007, 447 ff.; *ders.* ZStW

Kritik lautet, dass es sich um eine völlig unbestimmte, normativ überladene Formel handle, welche zudem völlig heterogene, dogmatisch unterschiedliche Fragestellungen in sich vermenge. *Hilgendorf* spricht von der objektiven Zurechnung als „eine Art Rumpelkammer für ungelöste Tatbestands- und Rechtfertigungsprobleme“, deren inflationäre Verwendung in umgekehrten Verhältnis zu ihrem Lösungspotential steht.²⁷³² Dies widerspricht jedoch ihrer Übertragung auf den *abweichenden* Problembereich der Ingerenz. Der Begriff der objektiven Zurechnung wirft hauptsächlich eine Frage auf, ohne sie zu beantworten.²⁷³³ Es geht bei *Roxins* Lehre von der objektiven Zurechnung grundsätzlich um die Zurechnung „als Tatbestandshandlung“.²⁷³⁴ Die Frage lautet dabei „liegt der vollendete objektive Tatbestand des Begehungsdelikts vor?“ und nicht „besteht hier eine Garantstellung aus Ingerenz aufgrund Kontrollherrschaft?“. Es drängt sich der Verdacht auf, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung als gut handhabbare „Allzweckwaffe“ herangezogen wird, um nun auch das Ingerenzproblem zu lösen, frei nach dem Motto: „Es gibt kein Problem der Lehre von der objektiven Zurechnung, das man mit ihr nicht lösen kann“.²⁷³⁵ Entscheidend wäre es dafür eigentlich, sämtliche *hinter* der Fassade der Zurechnungsformel stehenden einzelnen Sachgesichtspunkte dahingehend zu überprüfen,

120 (2008) 481 ff., 494 ff.; *Koriath* Zurechnung S. 535 f.; *Küpper* Grenzen S. 91 ff.; *Maiwald* FS Miyazawa S. 465, 474 ff., 481; *Mitsch* GA 2006, 11, 17; *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 35; *Puppe* ZStW 99 (1987) 595, 616; *dies.* GA 1994, 297, 307 ff.; *dies.* GA 2015, 203 ff., 209, 217; *dies.* ZIS 2020, 143, 144 ff.; *dies.* FS Otto S. 389, 397, die die Lehre jedoch nicht vollständig verwerfen will; *Renzikowski* in: Juristische Grundlagenforschung S. 115, 127 ff.: „Zauberwort“; *Matt/Renzikowski* Vor § 13 Rn. 99: konturlose „Superkategorie“; *Samson* Strafrecht I S. 16 f.; *ders.* ZStW 99 (1987) 617, 633; *ders.* FS Lüderssen S. 587 ff.; *He. Schneider* Kritik S. 270 ff.; *H. Schumann/A. Schumann* FS Küper S. 543 ff.; *Struensee* GA 1987, 97 ff.; *ders.* JZ 1987, 53 ff.; *Zieschang* AT Rn. 86 ff.; *ders.* Handbuch Bd. 2 § 33 Rn. 102 *et passim*; siehe zur **Antikritik** *Roxin* GS Arm. Kaufmann S. 237 ff. (gegen seine finalistischen Kritiker); *ders.* *Chengchi Law Review* 50 (1994) 219, 228 ff., 234 ff.; *ders.* FS *Maiwald* S. 715 ff.

²⁷³² *Hilgendorf* FS *Weber* S. 33, 44; ähnlich *ders.* FS *Sancinetti* S. 451, 453 ff., 468; *ders.* in: *Gefahr* S. 9, 14: „Appell an das gesunde Rechtsgefühl“; siehe auch *Gössel* GA 2015, 18, 21; *Hirsch* FS *Lenckner* S. 119, 129 *et passim*; *Arm. Kaufmann* FS *Jescheck* S. 251 ff., 271: „Ensemble von Topoi“; *Mitsch* GA 2006, 11, 17; *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 35: „Kaleidoskop v. verschiedenartigen Tatbestands-Einschränkungen“; „amorphe Struktur“; *Receptaculum* für immerneue Teilaspekte der Zurechenbarkeit“; *Puppe* ZIS 2020, 143, 148: „Sammelsurium von Topoi und [...] Zauberformeln“; *Schroeder* *Blitz* S. 59: „nicht weniger als zehn dogmatische Problemkomplexe“; selbst *Schünemann* GA 1999, 207 als prinzipieller Befürworter der objektiven Zurechnung meint, die Lehre sei „wie ein riesiger Krake mit zahllosen Tentakeln“; zugegeben auch von *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 152; **gegen** die Kritiker wieder *Roxin* FS *Maiwald* S. 715, 724.

²⁷³³ Die Bedeutung dieser dogmatischen Fragen leitet sich aus speziellen Rechtsfiguren ab, der Begriff der Zurechnung muss für die Rechtsanwendung entsprechend durch diese spezifischen Prinzipien und Gesichtspunkte konkretisiert werden, vgl. dazu *Hirsch* FS *Lenckner* S. 119, 129; *Mitsch* GA 2006, 11, 17; *Neumann* ZStW 99 (1987) S. 567, 573. Siehe auch *Hassemer* in: *Strafen im Rechtsstaat* S. 137: „Zurechnung“ ist ein äußerst inhalts- und voraussetzungsreicher Begriff. Bereits *Engisch* kritisierte an dem Begriff „objektive Zurechenbarkeit“ bei *Honig*, dass eben Kausalität, Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit die Zurechnung betreffen und eigentlich deren Verhältnis zueinander fraglich sei, *Engisch* *Kausalität* S. 59 m. Fn. 1.

²⁷³⁴ *Roxin* ZStW 116 (2004) 929, 930.

²⁷³⁵ So im Allgemeinen *Puppe* ZIS 2020, 143, 144.

ob sie *teleologisch* auch auf die Begründung der Kontrollherrschaft *passen*.²⁷³⁶ Die Regeln der *tatbestandsspezifischen* Zurechnung sind nach Sinn und Zweck nicht problemlos auf andere Sachverhalte (die Begründung der Ingerenz) übertragbar.²⁷³⁷

3. Fazit

Die Auffassung *Roxins* kann nicht abschließend beurteilt werden. Das Kriterium der Kontrollherrschaft überzeugt; dies gilt jedoch nicht für die Übertragung der Kriterien der objektiven Zurechnung auf das abweichende Begründungsziel Ingerenzgarantenstellung. Diese muss nicht zwingend den gleichen teleologischen Gesichtspunkten folgen.

III. Zwischenfazit zu den Herrschaftstheorien

Die Überlegungen *Rudolphis* und *Roxins* stellen im Ergebnis auf überzeugende Gesichtspunkte ab. Garant ist, wer als Zentralgestalt die rechtlich maßgebliche Entscheidung über das sich zur Rechtsgutsverletzung entwickelnde Geschehen *zu treffen hat*. Hierfür kommt es darauf an, ob die bisherige Herrschaftsausübung des Betroffenen beim Opfer einen Zustand der Schutzlosigkeit hervorgerufen hat, der die Kontrolle der Gefahr erforderlich macht.

G. Normativistische Gleichstellungstheorien

I. Negativer Handlungsbegriff (*Herzberg*)

1. Darstellung

Der Ausgangspunkt der Strafbarkeitsbegründung ist für *Herzberg* sein – bereits oben in Grundzügen skizzierter – negativer Handlungsbegriff.²⁷³⁸ Es sei in zwei Schritten vorzugehen. Zunächst müsse das aktive Tun mit dem Unterlassen in einem Oberbegriff zusammengefasst werden, dann müsse der Nichtgarant ausgeschlossen werden.²⁷³⁹ Hierzu müsse man sich „von dem traditionellen Vorurteil befrei[en]“, dass man den Unterlassenden dem Aktivtäter gleichstellen müsse, und stattdessen „vom Unterlassen ausgehen“ und versuchen, dieses auch im aktiven Tun zu erkennen.²⁷⁴⁰ Auch das Begehungsdelikt sei

²⁷³⁶ Im Allgemeinen *Puppe* Schule S. 308: Die Topik verführt dazu, einen Gedanken, der in einem bestimmten Zusammenhang entwickelt worden ist, in einen anderen zu verpflanzen, in den er nicht gehört; davor warnend aber auch *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 53.

²⁷³⁷ *Roxin* schreibt selbst ja zur Lehre von der objektiven Zurechnung: „Uns kommt es jedoch nur auf die strafrechtlich erheblichen Qualitäten bestimmter Geschehensabläufe an, die unter dem Aspekt anderer Bezugskategorien (unter Umständen sogar [...] im Zivilrecht) eine durchaus abweichende Bedeutung erlangen können“, *Roxin* FS Honig S. 133, 148. Der Begriff der „objektiven Zurechnung“ muss also entsprechend seiner (jeweiligen) Funktion im Strafrechtssystem gebildet werden, vgl. auch *Maiwald* FS Miyazawa S. 465, 475 f.

²⁷³⁸ Siehe dazu oben → Kapitel 1 § 2 C I.

²⁷³⁹ *Herzberg* Garantprinzip S. 170; *ders.* JZ 1988, 573, 576.

²⁷⁴⁰ Dies sei der „Grundfehler“ der Unterlassungsdogmatik, *Herzberg* Garantprinzip S. 170. Auch nach Einführung von § 13 StGB: *ders.* Arbeitsschutz S. 213. Insoweit zustimmend *Berendt* FS Jescheck S. 303, 308, 311; *Freund* Erfolgsdelikt S. 148; treffend hierzu *Herbertz* Ingerenz S. 128: „Gleichschaltung“ statt Gleichstellung.

ein unechtes Unterlassungsdelikt „mit der Besonderheit, daß das vom Garanten zu verhindernde Geschehen aus der Person des Garanten selbst hervorgeht“.²⁷⁴¹ Insoweit hätten die aktive Erfolgsherbeiführung und die unterlassene Erfolgsabwendung ihre Gemeinsamkeit darin, dass beide „Vermeidbares Nichtvermeiden“ des Taterfolgs darstellen.²⁷⁴² Das Begehungsdelikt sei nur ein Spezialfall des unechten Unterlassungsdelikts.²⁷⁴³ Dies sei „geradezu evident“.²⁷⁴⁴ Es müsse „das, was der Nur-Unterlassende nicht aufweisen kann [...] aus dem System der Verbrechensbestandteile gestrichen werden, weil es auch beim aktiven Tun nicht konstitutiv für die Strafbarkeit ist“.²⁷⁴⁵ Die Willkürlichkeit der Körperbewegung, die den Kausalverlauf anstößt, sei nur „überflüssiges Beiwerk“ und „die Finalität als solche im Strafrecht überhaupt unerheblich“.²⁷⁴⁶ Die Tatbestände beschrieben jedoch nicht das vermeidbare Nichtvermeidungen von jedermann, sondern eines im sozialen Lebens besonders Verantwortlichen, des Garanten.²⁷⁴⁷ Dabei könne man

²⁷⁴¹ Herzberg Arbeitsschutz S. 213. Wenn man etwa dem Aktivtäter vorhalte, er habe es versäumt, „sich zurückzuhalten“, so sei dies zwar terminologisch befremdlich, jedoch in der Sache richtig, S. 213 ff. mit weiteren Formulierungen; ders. FS Röhl S. 270, 271; ders. JZ 1988, 573, 576. Jeder müsse auf sich selbst achtgeben, schädlichen Versuchungen widerstehen. Man habe rechtlich dafür einzustehen, dass der Erfolg nicht aus eigenem Handeln hervorgehe, das man durch Verzicht hätte vermeiden können, ders. GA 1991, 145, 163; ders. GA 1996, 1, 11; ähnlich Hardtung/Putzke AT Rn. 1037 f.; Jakobs System S. 35; siehe auch Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 98, der das gleiche Bild bemüht, jedoch beteuert, dass dadurch „keineswegs jedes Handeln als ein Unterlassen erwiesen werden“ solle.

²⁷⁴² Herzberg Garantenprinzip S. 170; ders. Arbeitsschutz S. 213 f.; ders. JZ 1988, 573, 576; unter Verweis auf Kahrs Vermeidbarkeitsprinzip S. 36 ff.; siehe zum Vermeidbarkeitsprinzip bereits Binding Normen IV S. 339 ff.; auch Otto FS Maurach S. 91, 92 ff., 100; insoweit Herzberg zustimmend Berendt Unterlassung S. 132; ders. FS Jescheck S. 303 ff.; sympathisierend auch Krey Gesetzesvorbehalt S. 226 m. Fn. 21 „dogmatisch reinliche Lösung“ des Konflikts mit dem Analogieverbot; **ähnlich** zudem Duttge MK § 15 Rn. 210; Jakobs AT 6/20 ff., 24 ff., 33 (anders ders. Handlungsbegriff *passim*); ders. System S. 21 m. Fn. 27; Kindhäuser GA 1994, 197, 202: „Das Gesollte ist die Vermeidung der Verwirklichung des jeweiligen Deliktstatbestands“; ders. GA 2007, 447 ff.; Vogel Norm und Pflicht S. 250; auf eine „einheitliche Vermeidungspflicht abstellend“ auch Maiwald FS Jescheck S. 405, 423 ff. (in Herzbergs Formel allerdings nicht mehr als eine terminologische Vereinheitlichung sehend ders. Kausalität S. 84); ferner S. Walter Pflichten S. 118: Verbot und Gebot hätten die Vermeidung missbilliger Gefahrschaffungen zum Gegenstand; **kritisch** zum negativen Handlungsbegriff etwa Engisch FS Gallas S. 163, 194 ff.; Güntge Begehen S. 130 f.; Puppe NK Vor § 13 Rn. 52; Roxin/Greco AT I § 8 Rn. 33 ff.; Schmidhäuser GS Arm. Kaufmann S. 131, 141 f.; Schöne Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 268; Stratenwerth FS Welzel S. 289, 296 f. m. Fn. 21; Timpe Strafmilderungen S. 171 m. Fn. 81; T. Walter Kern S. 36 f.; zur **Verteidigung** des negativen Handlungsbegriffs gegen Kritiker Herzberg JZ 1988, 573, 576 ff.

²⁷⁴³ Herzberg GA 1991, 145, 163; ders. JZ 1988, 573, 576; ders. JuS 1996, 377, 378, 382 ff.; vgl. auch ders. FS Röhl S. 270, 271: Das Unterlassen entspricht der Tatbestandsverwirklichung durch Tun, „denn es ist damit identisch“; ebenso ders. Arbeitsschutz S. 227; Hardtung/Putzke AT Rn. 1038.

²⁷⁴⁴ Herzberg Garantenprinzip S. 170; ders. Arbeitsschutz S. 225; ähnlich auch Berendt GA 1993, 67, 68.

²⁷⁴⁵ Herzberg Garantenprinzip S. 207; ders. JZ 1988, 573, ff., 578: „Das Gemeinsame bildet die Basis“; ders. GA 1996, 1, 10: man müsse „vom qualifizierenden Moment absehen und den Kern herauschälen“; ders. JuS 1996, 377 ff.; sowie Berendt GA 1993, 67, 72: „Grundform des Verbrechensbegriffs“

²⁷⁴⁶ Herzberg Garantenprinzip S. 179; Hervorhebung im Original; **kritisch** Stratenwerth FS Welzel S. 289, 297 m. Fn. 27.

²⁷⁴⁷ Herzberg Garantenprinzip S. 283. Die Garantenstellung sei dabei trotz ihrer normativen Prägung bereits Teil des Handlungsbegriffs, S. 183 ff.; damit fallen §§ 138, 323c StGB aus dem Handlungsbegriff heraus; **anders** Berendt Unterlassung S. 132 f., der die Garantenstellung aus dem Handlungsbegriff ausnimmt; hierzu wiederum Herzberg JZ 1988, 573, 577 m. Fn. 19: die Verbannung der Sonderverantwortlichkeit aus

auch den Aktivtäter stets als Überwachungsgarant für einen Gefahrenherd bezeichnen – er stehe „im Zentrum eines Herrschaftskreises, der zugleich die Sphäre seiner sozialen Verantwortung ist.“ Je mehr man sich diesem Zentrum nähere, desto „selbstverständlicher“ werde die Garantenstellung.²⁷⁴⁸ Inzwischen äußert sich *Herzberg* selbst zurückhaltender zu seiner Lehre vom negativen *Handlungsbegriff* in der ursprünglichen Fassung, hält aber in den Kernaussagen an ihr fest. So bleibt die Nichtvermeidung in Sonderverantwortlichkeit gemeinsamer Nenner von Begehung und Unterlassung.²⁷⁴⁹

Herzberg gelingt es so, den nahtlosen Übergang von der Begehung zur Ingerenz herzustellen, denn beide seien „nur unterschiedliche Phasen der Nichtvermeidung“, schädlicher Auswirkungen der eigenen Person.²⁷⁵⁰ Die Einstandspflicht des Ingerenten sei eine „bloße Mutation“ der Verantwortlichkeit während der aktiven Phase.²⁷⁵¹ Das Ingerenzprinzip legitimiere sich materiell ebenso wie die Strafbarkeit des Aktivtäters aus dem Gedanken, dass man für schädliche Auswirkungen des eigenen Tuns besonders, also mehr

dem Handlungsbegriff und die damit verbundene Erweiterung auf nicht zu verantwortendes Nichtvermeiden sei ein „zu hoher Preis“ für die Einbeziehung „verschwindend seltener Ausnahmen“. **Kritisch** *Stratenwerth* FS Welzel S. 289, 296 m. Fn. 21, der darauf hinweist, dass dieser negative Handlungsbegriff auch die zahlreichen Unterlassungsdelikte aus dem Nebenstrafrecht nicht erfasst, siehe auch *Jakobs* AT 6/ 33 m. Fn. 78; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 29.

²⁷⁴⁸ *Herzberg* Garantenprinzip S. 172 f.: es sei entscheidender Fehler der bisherigen Lehre, dass der Aktivtäter nicht als Garant angesehen werde; siehe auch *ders.* JZ 1988, 573, 579 „Garant par excellence“; *ders.* GA 1991, 145, 163; *ders.* JuS 1996, 377, 378. Richtigerweise komme es auch nicht auf den willentlichen Körpervorgang an. Wer auf einem fremden Sofa sitzt und merkt, er bekommt Nasenbluten, müsse aufstehen, da er für seinen Körper als Gefahrenquelle verantwortlich sei (Garantenprinzip aaO). Diese „Vermeidung schädlicher Eigenaktivität“ stelle allerdings unter den Garantenstellungen nur einen Ausschnitt dar (*ders.* in: Empirische Fundamente S. 31, 42). Zustimmend auch *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 72: Der eigene Körper als „Urform“ der Gefahrenquellenverantwortlichkeit; siehe im Übrigen bereits *Hegel* Grundlinien § 116: Haftung für mich „selbst als mechanischem Körper oder als Lebendigem“.

²⁷⁴⁹ Die Formel greife einerseits unnötig weit über das Strafrecht hinaus und lasse andererseits die echten Unterlassungsdelikte unerfasst. Grundlegende Elemente der Straftat seien daher die Sorgfaltspflichtverletzung sowie der vom StGB selbst verwendete Begriff des Unterlassens (§§ 8, 9, 13 StGB), *Herzberg* GA 1996, 1, 10 m. Fn. 18; ähnlich auch *Freund* FS Maiwald S. 211, 213; **kritisch** zur Konzeption der Straftat vom Ausgangspunkt des Fahrlässigkeitsdelikts hingegen *Bung* Handbuch Bd. 2 § 34 Rn. 5 ff.; *Duttge* MK § 15 Rn. 101 ff.

²⁷⁵⁰ *Herzberg* Garantenprinzip S. 299; wie dort finde sich das Vermeidensgebot im Tatbestand selbst (S. 211); besonders verantwortlich sei „der, dessen Tun den Erfolg herbeizuführen droht, gleichgültig, ob dieses Tun noch bevorsteht oder schon Vergangenheit ist.“ Er sei in jeder Phase dazu gehalten, die Erfolgsbewirkung durch sein Tun zu vermeiden; die Unterscheidung zwischen dem Unterlassen des Ingerenten und dem Begehungstäter sei „unsachgemäß“ (S. 283 f.); ebenso *ders.* Arbeitsschutz S. 247 f.; siehe bereits *ders.* JuS 1971, 74, 75; auch *ders.* FS Röhl S. 270, 271; *ders.* FS Lackner S. 325, 343: „selbstverständliche Pflicht“, Weiterungen des Rechtsbruchs zu vermeiden; *Maiwald* FS Jescheck S. 405, 423 ff.; **andere** *Schünemann* Grund und Grenzen S. 118: Ein Verbot sage nur aus, dass eine Handlung nicht vorgenommen werden dürfe, nicht aber, was geschehe, wenn sie trotzdem vorgenommen wird; **dagegen wiederum** *Herzberg* Garantenprinzip S. 283, dies gelte nicht, wenn man die Tatbestände als einheitliche Vermeidspflicht verstünde.

²⁷⁵¹ *Herzberg* JZ 1986, 986, 989.

als andere,²⁷⁵² eintreten müsse: Die soziale Sonderverantwortlichkeit für das eigene Handeln und seine Folgen sei die „Kehrseite der grundgesetzlich gewährleisteten Selbstbestimmung“.²⁷⁵³ „Auflage“ für sein selbstbestimmtes Tun sei es, schädliche Auswirkungen auch nach der aktiven Phase zu vermeiden. „Diese Auflage, ohne die das Recht dem Menschen keine Selbstbestimmungsmacht einräumen könnte, wird lediglich in die der aktiven Handlung nachfolgende Phase der Unterlassung hinein verlängert“.²⁷⁵⁴ Die Unterlassung des Ingerenten weise dabei geringeres Unrecht auf als die entsprechende Begehung: Die besondere Verantwortung ende nicht mit Abschluss der Aktivität sinke jedoch „nach der sozialen Wertung und dem individuellen Pflichtgefühl doch auf eine Stufe geringerer Evidenz und Stärke herab“.²⁷⁵⁵

Nach den „Grundgedanken der strafrechtlichen Zurechnung“ ergebe sich die Verantwortlichkeit jedoch niemals aus der bloßen Kausalität, entscheidend sei der normative Aspekt, dass das Geschehen das *Werk des Täters* sein müsse, von diesem also „geschaffen, hervorgerufen“.²⁷⁵⁶ *Herzberg* setzt dafür kein willensgetragenes Verhalten als Vorhandlung voraus, sondern hält – nach dem Gesagten konsequent – den Menschen für die Vermeidung der von seinem Körper ausgehenden Gefahren verantwortlich.²⁷⁵⁷ Auch das Erfordernis rechtswidrigen Vorverhaltens widerspreche der Grundannahme, dass die Bewirkungstatbestände Vermeidungsgebote sind, die für den sonderverantwortlichen Täter nach Abschluß des aktiven Tuns weitergelten.²⁷⁵⁸ Das Verhalten müsse jedoch gefährlich²⁷⁵⁹ und die Gefahr grundsätzlich *unmittelbar* bewirkt sein. In den Fällen bloß mittelbarer Verursachung („objektiv fahrlässige Teilnahme“) bedürfe es eines Sorgfaltsverstößes, um den nicht unmittelbar Beteiligten als Hervorrufener der Gefahr anzusehen.²⁷⁶⁰ Später präzisiert *Herzberg* seine Ansicht dahingehend, ob der Täter „schon während seines

²⁷⁵² Der Ingerent steht den Folgen seines eigenen Handelns – unabhängig von dessen Erlaubtheit – immer sozial näher als dem, was andere bewirken (*Herzberg* JuS 1971, 74, 76). Dass jemand eine Gefahr auslöse, begründe für ihn eine „massive Sonderverantwortung“ (*ders.* Arbeitsschutz S. 248).

²⁷⁵³ Der aktiv Handelnde habe die faktische Herrschaft über sich, sie stehe ihm nach sittlichem Empfinden zu und werde ihm als Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung eingeräumt, *Herzberg* Arbeitsschutz S. 225 f.; ähnlich auch *Jakobs* System S. 35.

²⁷⁵⁴ *Herzberg* JZ 1986, 986, 988 f. Die Normlogik sowie das natürliche Sprachverständnis stützten diese Auslegung, *ders.* Garantenprinzip S. 290.

²⁷⁵⁵ *Herzberg* Garantenprinzip S. 292; dies sei nicht schädlich: Das Gesetz verlange nur ein Entsprechen, die Vergleichbarkeit sei nur normativ, nicht phänomenologisch; zudem bestehe die Milderungsmöglichkeit nach § 13 II StGB, *ders.* Arbeitsschutz S. 228.

²⁷⁵⁶ *Herzberg* Garantenprinzip S. 300 f., 306

²⁷⁵⁷ *Herzberg* Garantenprinzip S. 300, die Bedeutung des Willenselementes werde „überschätzt“, auch unwillkürliche Bewegungen seien einer Person zuzurechnen. „Wer in einem epileptischen Anfall ein Kind lebensgefährlich verletze und dies nachher erkennt“ könne sich dem drohenden, aber abwendbaren Todeserfolg gegenüber „nicht unbeteiligt fühlen“; **kritisch** hierzu etwa *Rudolphi* JR 1974, 160, 161.

²⁷⁵⁸ *Herzberg* Garantenprinzip S. 294; grundsätzlich zustimmend *Walther* FS *Herzberg* S. 503, 508.

²⁷⁵⁹ *Herzberg* Garantenprinzip S. 301. – Dabei fordert *Herzberg* doch überhaupt kein menschliches *Verhalten*.

²⁷⁶⁰ *Herzberg* Garantenprinzip S. 306 f. Der normative Moment des Sorgfaltsverstößes kompensiere den Verlust an Unmittelbarkeit. Sozialübliches Verhalten könne insoweit keine Garantenstellung auslösen.

gefahrauslösenden aktiven Tuns verantwortlich war, den (jetzt manifest drohenden) Erfolg möglichst zu vermeiden“.²⁷⁶¹ Die Lösung setze also voraus, dass man das trennt, was die gleichmäßige Wertung „erlaubtes Risiko“ bzw. „nicht sorgfaltswidrig“ vereinheitliche: Es gebe Verhalten, etwa das Autofahren, das zwar nicht sorgfaltswidrig sei, bei dem der Handelnde dennoch gehalten sei, schädliche Auswirkungen zu vermeiden.²⁷⁶²

2. Bewertung

a) Der negative Handlungsbegriff

Hinsichtlich des negativen Handlungsbegriffs ist zunächst problematisch, dass sich die Vermeidbarkeit einerseits auf Erfolge beziehen kann, andererseits aber auch auf bloße „Impulse“ des Täters. Beide Formulierungen finden sich bei *Herzberg*. Mit letzterem gibt der Handlungsbegriff jede Grenzfunktion auf und führt zu einer Erfassung bloß psychischer Vorgänge durch das Strafrecht.²⁷⁶³ Die Annahme *Herzbergs*, das Versäumnis des Aktivtätlers sei, „sich zurückzuhalten“ oder einem inneren Impuls zu widerstehen, ist eine realitätsferne Fiktion, die spiegelbildlich zur Interferenztheorie abzulehnen ist.²⁷⁶⁴ Soweit sich das Nichtvermeiden auf den tatbestandlichen Erfolg bezieht, wird zunächst kritisiert, dass das Vermeiden begrifflich bereits den Normverstoß enthält und damit den Tatbestand betrifft, jedoch nicht als allgemeiner Handlungsbegriff²⁷⁶⁵ taugt, indem er positive

²⁷⁶¹ *Herzberg* JZ 1986, 986, 989. Ähnlich nimmt *Gössel* auf Grundlage einer Begehung und Unterlassung gemeinsamen, weiten Verhaltensnorm („Achte Rechtsgüter“! Maurach/*Gössel*/Zipf AT 2 § 45 Rn. 5 f.) an, dass für die Ingerenz neben diesem Verhaltensnormverstoß keine weitere Pflichtwidrigkeit erforderlich sei (§ 46 Rn. 91 ff.). Die diese Verhaltensnorm bei den Unterlassungsdelikten auf bestimmte Personen einschränkende Garantenstellung (§ 46 Rn. 28 ff.; gegen das Verständnis der Garantenstellung als strafbarkeitseinschränkendes Merkmal schon oben → Kapitel 1 § 3 B IV 3 c) aus Ingerenz soll jedoch von weiteren Voraussetzungen abhängig sein. *Gössel* stellt dabei auf die Schaffung einer Gefahr „als den Realgrund einer in einer Rechtsgutsbeeinträchtigung verwirklichten Gefahr“ (Rn. 99, 104, 106). Zudem müsse ein finaler Schutzzweckzusammenhang (Rn. 102, 104, 106) zwischen der Vorhandlung und der tatbestandlichen Rechtsgutsbeeinträchtigung bestehen. Damit kommt *Gössel* – insoweit ähnlich zu *Herzberg* – zu dem Ergebnis, dass eine Gefahr geschaffen worden sein muss, durch die jemand realgesetzlich begründete Schäden erleide, welche die Verhaltensnorm zu vermeiden gebiete (Rn. 106).

²⁷⁶² *Herzberg* JZ 1986, 986, 991.

²⁷⁶³ *Stratenwerth* FS Welzel S. 289, 297; zustimmend *Matt/Renzikowski* Vor § 13 Rn. 70.

²⁷⁶⁴ Überzeugend *Schmidhäuser* GS Arm. Kaufmann S. 131, 142; siehe auch *ders.* GA 1996, 303, 304; *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 52: Konflikt mit dem Grundsatz *cogitationis poena nemo partitur*; siehe schon oben zu *Sangenstedt* → § 1 F II 2. Die Parallele zu den Interferenztheorien sieht *Herzberg* selbst: während diese dem aktiven Element der Unterlassungen nachjagten, sei es vielmehr das passive Element der Begehung, das die Taten ins System und Zusammenhang stellen (*Herzberg* Garantenprinzip S. 186 f.). Die Interferenztheorie verwirft *Herzberg* (S. 39) zu Recht mit dem Argument, „das Unterdrücken des zum Guten drängenden Willens“ sei kaum Realität, es sei verfehlt, „derartige seelische Akte in eine Linie zu stellen mit körperlichen Betätigungen“ – die Begründung, warum für die Unterdrückung des „zum Bösen drängenden Willens“ oder die Gleichstellung des unterlassenen seelischen Akts mit der unterlassenen körperlichen Betätigung etwas Anderes gelten sollte, bleibt *Herzberg* jedoch schuldig.

²⁷⁶⁵ Der Handlungsbegriff als Grund- und Verbindungselement der Straftat stehe den Wertungen des Tatbestandes richtigerweise neutral gegenüber. Vgl. etwa *Maihofer* Handlungsbegriff S. 7 f.; *Jescheck* FS Eb. Schmidt S. 139, 140; *Arth. Kaufmann* FS H. Mayer S. 79, 91; *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 3 f.; siehe auch *Engisch* FS Kohlrausch S. 141, 160: „Kern“, an den sich die übrigen Verbrechenmerkmale anlagern.

und wertneutrale Handlungen ausnimmt.²⁷⁶⁶ Doch auch abseits dieser Bedenken könnte die Formel als gemeinsame *Tatbestandsstruktur* von Begehung und Unterlassung nicht überzeugen.²⁷⁶⁷ Abgesehen davon, dass das sprachliche Konstrukt „vermeidbares Nicht-vermeiden“ kaum auf den Wortlaut der Begehungsdelikte passt,²⁷⁶⁸ welche aktive Erfolgsherbeiführungen erfassen, kann die Nivellierung der Begehung und Unterlassung trennenden Unterschiede nicht überzeugen. „Daß damit im Gleichklang von Wörtern nur eine sprachliche Gemeinsamkeit gegeben ist, wird verkannt. Die jeweils damit erfaßte Realität der Vorgänge bleibt in den hier interessierenden Momenten verschieden“.²⁷⁶⁹ Die Formel ist nicht geeignet, den realen Sachverhalt wiederzugeben.²⁷⁷⁰ Herzberg umschreibt letztlich bloß die unstrittige Feststellung, dass Begehungs- wie Unterlassungsdelikte die Möglichkeit der Erfolgsvermeidung voraussetzen.²⁷⁷¹ „Vermeide strafbare Erfolge“ ist jedoch für sich kein Gebot, nach dem man sein Verhalten richten kann.²⁷⁷² Wenn man fragt, wie in der gegenständlichen Welt ein vermeidbares Nichtvermeiden aussieht, so hat der Täter entweder durch positives Tun einen gefährlichen Kausalverlauf in Gang gesetzt oder einen solchen bereits bestehenden gefährlichen Kausalverlauf abzuändern.²⁷⁷³ In aller Regel tritt die Störung durch das aktive Eingreifen in fremde Rechtsphäre in Erscheinung, dann muss aber auch die Wertung daran anknüpfen,²⁷⁷⁴ anstatt die

²⁷⁶⁶ *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 36 f., 39 f.: es gehe Herzberg um einen „Zurechnungsgesichtspunkt“; siehe auch *Gimbernat* GS Arm. Kaufmann S. 159, 174; *Güntge* Begehen S. 131; *Otto* MSchrKrim 1974, 123, 124; *Schöne* Unterlassen Erfolgsabwendungen S. 268; **anders** Herzberg Garantenprinzip S. 185; *ders.* GA 1996, 1, 5 ff., 13, 16, 18: es gehe nicht darum einen vorrechtlichen, sondern einen strafrechtlichen Handlungsbegriff zu bilden, dieser müsse deliktsspezifisch sein; *Berendt* Unterlassung S. 96: der negative Handlungsbegriff befasse sich nur mit „Äußerungen menschlicher Destruktivität“.

²⁷⁶⁷ Der Mehrwert des negativen Handlungsbegriffs erschließt sich nicht. Vgl. auch *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 52: Wenn a und non a unvereinbar sind (so *Radbruch* Handlungsbegriff S. 140), sind es auch non a und non a; *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 35: „Diese doppelte Verneinung hat logisch den Sinn der Bejahung“; Rn. 36: „Für tatbestandliche Oberbegriffe aber besteht kein großes Bedürfnis, und daran herrscht auch kein Mangel“; *Schünemann* GA 1974, 231, 241: „nicht die geringste selegierende Kraft“; zum fehlenden Erkenntniswert solchen gemeinsamen Minimums (beim sozialen Handlungsbegriff) *Hirsch* FS Universität Köln S. 399, 408; **dagegen** Herzberg GA 1996, 1, 12.

²⁷⁶⁸ Oben → Kapitel 1 § 2 C. Siehe auch *Schmidhäuser* GS Arm. Kaufmann S. 131, 142; *Schünemann* GA 1974, 231, 241; *Sangenstedt* Garantenprinzip S. 175: „sprachlich enorm verkompliziert“; auch das Wesen der Unterlassung lässt sich von dieser unverbindlichen, farblosen Formel nicht fassen, *Otto* MSchrKrim 1974, 123, 125; siehe auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 146 ff.: kein eigener Gehalt; **gegen** den Vorwurf der Realitätsferne wiederum Herzberg GA 1996, 1, 11; **dagegen** wieder *Schmidhäuser* GA 1996, 303 ff.

²⁷⁶⁹ *Schmidhäuser* GA 1996, 303, 304; siehe auch *Maiwald* Kausalität S. 84: „nur eine terminologische Einheit geschaffen“.

²⁷⁷⁰ *Maiwald* ZStW 86 (1974) 626, 653 m. Fn. 86; *Stratenwerth* AT⁴ § 6 Rn. 15: reines „Abstraktionsprodukt“, welches jeden Realitätsgehalt verloren hat.; siehe auch *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 270.

²⁷⁷¹ *Otto* MSchrKrim 1974, 123, 124.

²⁷⁷² *Weigend* FS Gössel S. 129, 131.

²⁷⁷³ *Maiwald* Kausalität S. 84.

²⁷⁷⁴ *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 38. Vgl. auch *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 503: Die Handlung drückt einen anderen sozialen Sinn als die bloße Vermeidbarkeit aus; *Hirsch* ZStW 93 (1981) 831, 850; *ders.* FS Lenckner S. 119, 141.

Unterschiede bloß normativ zuzudecken. Es besteht, wie oben bereits dargelegt, ein teleologischer Unterschied von Tun als aktivem Rechtsgutsangriff und Unterlassen als bloßem Geschehenlassen.²⁷⁷⁵ Dem entspricht auch das Bild der Gesellschaft von der Straftat,²⁷⁷⁶ während die Vorstellung, dass sich der Straftäter bloß „gehen lässt“,²⁷⁷⁷ insbesondere bei schweren Straftaten großes Unverständnis hervorriefe und weder Juristen noch Laien vermittelbar wäre.

Herzberg gelangt überdies in den bereits oben skizzierten Zirkelschluss, dass die Unterlassung zur Tatbestandserfüllung genüge.²⁷⁷⁸ Die Begehungstatbestände gehen allerdings nicht bloß vom „kleinsten gemeinsamen Nenner“, sondern dem „Ganzen“, *eben der Begehung* aus.²⁷⁷⁹ Dies gilt erst recht seit 1975 unter der Geltung von § 13 StGB,²⁷⁸⁰ der die von *Herzberg* bestrittene Abhängigkeit des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt gesetzlich festschreibt. § 13 StGB stellt dabei *spezielle* Voraussetzungen für die Unterlassungen auf. Wenn man von der Begehung diejenigen Momente abzieht, die die Begehung kennzeichnen, hat man auch keine Straftat mehr, die unter den jeweiligen Tatbestand fällt, sondern eben eine Unterlassung, die nur unter den Voraussetzungen von § 13 I StGB strafbar ist. Daher muss sich *Herzberg* zu Recht vorwerfen lassen, ohne einen dies rechtfertigenden Ertrag auch das eigentlich dogmatisch weitestgehend gefestigte Begehungsdelikt mit den Unsicherheiten der Unterlassungsdogmatik zu belasten²⁷⁸¹ und dessen

²⁷⁷⁵ → Kapitel 1 § 2 C II 2.

²⁷⁷⁶ *Herzberg* erwidert zwar, das Bild, welches insbesondere die finale Handlungslehre vom Aktivtäter zeichne, sei anachronistisch und diskrepant: Kriminalpsychologisch sehe man den „gewöhnlichen Delinquenten“ weniger als den „willensstarken Aggressor und Feind der Gesellschaft als mehr deren hemmungsschwaches und hilfebedürftiges Mitglied, vom ‚Gestrauchelten‘ bis zum ‚Hangtäter‘“, *Herzberg* JZ 1988, 573, 579. Dies versucht *Herzberg* zudem alltagssprachlich zu untermauern („Untat oder Missetat. Hüte dich!, nimm dich in acht!“); zu derartigem Vorbringen jedoch überzeugend *Schmidhäuser* GA 1996, 303, 304: „Daß damit im Gleichklang von Wörtern nur eine sprachliche Gemeinsamkeit gegeben ist, wird verkannt.“ Mag die Überlegung *Herzbergs* deskriptiv kriminologisch sogar möglicherweise zutreffen, ändert sie doch nichts daran, dass es sich um ein bloß innerliches Geschehen handelt (siehe auch *Schmidhäuser* aaO) und die für die *Bewertung durch das Recht* maßgebliche äußere Realität der Begehung verschieden ist.

²⁷⁷⁷ So aber tatsächlich das Beispiel der *Herzberg*-Schüler *Hardtung/Putzke* AT Rn. 1037: Die Lehrerin verliere die Beherrschung, lasse sich gehen, sodass ihr gegenüber dem Schüler „die Hand ausrutscht“.

²⁷⁷⁸ Wenn *Herzberg* etwa meint: „muß man als Garant die Verletzung anderer seinem Hund verwehren, so erst recht sich selbst“ (Arbeitsschutz S. 214), so wird damit vorausgesetzt, was eigentlich bewiesen werden soll, dass nämlich die Unterlassung des Hundehalters begehungsgleich bestraft wird. Dass im Begehungsdelikt möglicherweise ein Unterlassungsdelikt „verborgen“ ist (*ders.* JZ 1988, 573, 579) mag vielleicht etwas über die Struktur der Begehung verraten, jedoch nichts über die rechtliche Bewertung des Unterlassungsdelikts. *Herzberg* stützt sich hier weitgehend auf die Evidenz der Falllösungen. Er geht vom feststehenden Ergebnis der Strafbarkeit aus und versucht dieses dogmatisch zu rechtfertigen. Vgl. auch *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 270.

²⁷⁷⁹ Siehe oben → Kapitel 1 § 2 C II 1. Vgl. auch *Schünemann* GA 1974, 231, 238: Bereits die *grammatische* Auslegung spricht für eine Orientierung an den Begehungsdelikten.

²⁷⁸⁰ Siehe auch *Matt/Renzikowski* Vor § 13 Rn. 70; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 172 m. Fn. 111.

²⁷⁸¹ Während es auf der anderen Seite durchaus überzeugt, die Ingerenz aus dem (sichereren) Wertungen der Begehungsdelikte abzuleiten (etwa *Herzberg* JZ 1986, 986, 989).

Struktur zu verwässern.²⁷⁸² Letztlich durchbricht *Herzberg* selbst seinen einheitlichen negativen Handlungsbegriff an vielen Stellen,²⁷⁸³ so behält er etwa die Unterscheidung von Tun und Unterlassen „unterhalb“ des negativen Handlungsbegriffs ausdrücklich bei.²⁷⁸⁴ Er grenzt (im Ergebnis überzeugend) zwischen Tun und Unterlassen ab: Von dieser Unterscheidung hänge nicht nur „die vergleichsweise unwichtige Anwendbarkeit des § 13 Abs. 2 StGB“ ab, sondern regelmäßig „die Strafbarkeit schlechthin“.²⁷⁸⁵ „Das Gesetz macht nun einmal einen großen Unterschied zwischen der aktiven Verursachung des Todes und einer bloßen Nichtabwendung [...]“.²⁷⁸⁶ Insoweit begibt sich *Herzberg* auf die Suche nach dem „Zusätzlichen“ beim Handeln.²⁷⁸⁷ Damit gelangt er beim Begehungsdelikt zu einer auffälligen Inkongruenz zwischen den formell tatbestandlich erforderlichen Merkmalen (vermeidbares Nichtvermeiden) und dem vom Täter materiell verwirklichten Unrecht als Grundlage der Strafverhängung. Weil *Herzberg* zudem (zu Recht) annimmt, die Sonderverantwortlichkeit liege bei der Begehung stets vor, müsse aber beim Unterlassen gesondert festgestellt werden, ist das „Problem der Abgrenzung zwischen positivem Tun und Unterlassen [...] dann nur verschoben auf die Fragestellung, ob in concreto ein Fall der per se mitgegebenen Garantenstellung oder ein Fall gesondert zu ermittelnder Garantenstellung vorliegt.“²⁷⁸⁸ Das *Spezifikum* des aktiven Tuns liegt nach *Herzberg* also doch darin, dass es eine Garantenstellung²⁷⁸⁹ begründet, während diese bei der Unterlassung fehlt und gesondert begründet werden muss. Dies entspricht jedoch gerade der h.M. und der gesetzlichen Anordnung in § 13 StGB.

²⁷⁸² *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 333 f.; *Schünemann* GA 1974, 231, 241; siehe auch *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 38; kritisch zu vorschnellen Unterlassungskonstruktionen *Mansdörfer* FS Fischer S. 155, 167: die Wirklichkeit werde ins Nichts normativiert; *andere* *Jakobs* Unterlassen S. 15: „scheinbar mit weniger Unsicherheiten behaftet[...]“; *Berendt* FS Jescheck S. 303, 311: die Kategorie des aktiven Tuns erlaube es „beurteilereigene Destruktivität“ im Strafrechtssystem unterzubringen.

²⁷⁸³ Darauf hinweisend *Engisch* FS Gallas S. 163, 194 ff.

²⁷⁸⁴ *Herzberg* Garantenprinzip S. 183, 286.

²⁷⁸⁵ *Herzberg* FS Röhl S. 270, 273. Siehe dagegen aber *ders.* GA 1996, 1, 10; *ders.* JZ 1988, 573, 576: Dass der Aktivtäter das „Nichtvermeidene“ produziere sei dabei jedoch nur strafmaßrelevant, indem es die fakultative Strafmilderung versperre.

²⁷⁸⁶ *Herzberg* FS Röhl S. 270, 278. „Über das Nichtvermeiden hinaus bewirkt der Täter einen Erfolg durch aktives Tun [...]“ (S. 275). Siehe auch *ders.* Garantenprinzip S. 170: „niemand bestreitet, daß die aktive Untat in gewisser Weise die schwerwiegendere Form der Erfolgsherbeiführung darstellt.“; S. 285: Für die Unrechts- und Schuldhöhe falle auch das Moment der Willensverwirklichung ins Gewicht; S. 293: die Verantwortlichkeit sei besonders evident, je aktueller und intensiver die Herrschaft über den Erfolgsgrund ist.

²⁷⁸⁷ *Herzberg* FS Röhl S. 270, 280 ff.

²⁷⁸⁸ *Maiwald* ZStW 86 (1974) 626, 653 m. Fn. 86; *ders.* Kausalität S. 84.

²⁷⁸⁹ Der Begriff der „sozialen Sonderverantwortung“ selbst geht daneben nicht über eine zirkuläre Beschreibung dieses Garantenerfordernisses hinaus. *Schünemann* GA 1974, 231, 238 f. Das Kriterium hat zu Recht erhebliche Kritik für seine Unbestimmtheit erfahren, insbesondere von *Schünemann* aaO: Es handelt sich um ein „inhaltsleeres normatives Blankett“, welches der Auffüllung anhand der „jeweiligen persönlichen Moral und den individuellen Wertpräferenzen“ Tür und Tor öffnet und *Herzberg* jedenfalls die Möglichkeit eröffnet, Ergebnisse aus seinem Rechtsgefühl abzuleiten. Hinsichtlich der genauen Ausgestaltung der Sonderverantwortlichkeit wirft *Schünemann* *Herzberg* mit guten Gründen vor, dass es sich bei dem allgemeinen gesellschaftlichen Wert- und Pflichtempfinden grundsätzlich um ein nach Art. 103 II GG untaugliches

b) Die Garantenstellung aus Ingerenz

Dass *Herzberg* danach fragt, ob der Betreffende bereits zum Zeitpunkt der aktiven Handlung vermeideverantwortlich war, ist vor seiner Grundkonzeption durchaus konsequent: Der Handelnde ist als Ingerent *weiterhin* verantwortlich für die Verläufe, die *bereits während* der aktiven Phase in seine „Sonderverantwortung“ fielen. Dabei ist es nach der gesetzgeberischen Konzeption (§ 13 II StGB) durchaus plausibel, dass die Verantwortlichkeit des Unterlassenden, wie *Herzberg* ausführt, auf einer „Stufe geringerer Evidenz und Stärke“ steht als beim entsprechenden Begehungsdelikt.²⁷⁹⁰ Teleologisch begründet *Herzberg* das Fortbestehen der Sonderverantwortlichkeit aus dem Schutz von Rechtsgütern. Die Ingerenz drücke das aus, was nach dem Telos der strafrechtlichen Normen selbstverständlich sei, dass der Täter aus der Verantwortung für den Geschehensverlauf nicht deswegen entlassen werden dürfe, weil die Begehungsphase beendet sei.²⁷⁹¹ Insoweit können die Überlegungen *Herzbergs* überzeugen. *Problematisch* ist, dass nach *Herzbergs* Konzeption der zum „vermeidbaren Nichtvermeiden“ ausgehöhlte Tatbestand keine Wertung mehr aufweist, auf die sich dann die Sonderverantwortlichkeit stützen kann. Bereits in der aktiven Phase – und damit gleichfalls für die Ingerenz – kann die Sonderverantwortlichkeit nicht aus den Wertungen der Tatbestände begründet werden (die zum „vermeidbaren Nichtvermeiden“ nivelliert wurden), vielmehr ist eine Auffüllung durch das „soziale Pflichtgefühl“, die soziale Evidenz vorausgesetzt. *Herzberg* setzt sich zu seiner eigenen Lösung in Widerspruch, wenn er je nach Bedarf die Unterschiede von Begehung und Unterlassung nivelliert (Handlungsbegriff) oder betont (Begründung

Kriterium zur Bestimmung der Strafbarkeit handelt; *ders.* Unternehmenskriminalität S. 81: generalklauselartiger Garantenbegriff, der für jeden denkbaren Inhalt offen ist. Siehe außerdem *Freund* Erfolgsdelikt S. 145 f.: schlichte Übernahme der vorherrschenden Garantendogmatik; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 172, 174 ff.: „hochabstrakte Begriffshülse“, die zu einer „unkalkulierbaren Gefühlsentscheidung“ zu verkommen drohe; S. 177: „Wortschöpfungen von blanketthafter Weite“.

²⁷⁹⁰ Dies verkennt hingegen *Sangenstedt*, der kritisiert, dass wenn die Verantwortlichkeit schwächer ausgebildet sei als beim Begehungstäter und die Unterlassung nichtbegehungsgleich zu sein braucht, jeder Grund dafür fehle, den Unterlassungstäter prinzipiell aus dem gleichen Strafrahmen zu bestrafen (Garantenstellung S. 173 m. Fn. 114). Dabei wird jedoch übersehen, dass nach § 13 II StGB die Strafe des Ingerenten gemildert und der Unrechtsdifferenz innerhalb des Strafrahmens Rechnung getragen werden kann (so *Herzberg* auch selbst, Arbeitsschutz S. 228). Es geht weder darum, dass die Unterlassung den exakt gleichen Regeln folgt wie das Begehungsdelikt, noch darum, einen völlig parallelen *quantitativen* Unrechtsgehalt „abzulesen“, vielmehr müssen Begehung und Unterlassen dem gleichen übergeordneten Wertungsgesichtspunkt folgen.

²⁷⁹¹ *Herzberg* JuS 1971, 74, 75; *ders.* Garantenprinzip S. 293; zustimmend *Pawlik* Unrecht S. 181 m. Fn. 182; **kritisch** *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 56: bloße *petitio principii*; mit den Scheuklappen seiner späteren eigenen Lösung im Hinterkopf (etwa *Sangenstedt* Garantenstellung S. 173 f. m. Fn. 113 und 115: „Hierzu näher u. 6. Kapitel [...]“) wirft *Sangenstedt* dem Konzept *Herzbergs* vor, dass es bei der Ingerenz doch um eine Fortentwicklung des Kausalverlaufs außerhalb des eigenen Herrschaftsbereichs gehe (S. 173 f.: „jenseits eines personalen Herrschaftsbereichs“). – Die Ablehnung der fremden Konzeption unter Verweis auf die eigene ist hier jedoch zirkulär, da die Richtigkeit der eigenen Lösung überhaupt erst voraussetzt, dass konträre fremde Erwägungen nicht zutreffen (siehe dazu im Allgemeinen *Puppe* Schule S. 260). Der *Clou* bei *Herzberg* ist doch gerade das einheitliche und *erfolgsbezogene* Vermeidegebot (*Herzberg* Garantenprinzip S. 289; *ders.* GA 1996, 1, 12 f.), sodass es keine Rolle spielt, welches Verhalten in welchem „Herrschaftsbereich“ geboten ist.

der Sonderverantwortlichkeit bloß durch Tun, nicht durch Unterlassen). Nach den Wertungen des *Tatbestandes* verneint *Herzberg* die Besonderheit aktiven Bewirkens, bejaht sie jedoch *sozialer* Wertung. Warum sollten sich jedoch die Tatbestände zu dieser in einen derartigen Widerspruch setzen?²⁷⁹² Hinsichtlich der Ingerenz führt diese geschickte Differenzierung zwischen sozialer und tatbestandlicher Ebene und damit die „Zwischenschaltung“ der „sozialen Sonderverantwortung“ zwischen Tatbestandsverwirklichung und aktiver Bewirkung dazu, dass auch die vergangene aktive Bewirkung zur Tatbestandsverwirklichung genügt.²⁷⁹³ Die vermag jedoch keine *materielle* Wertung dafür abgeben, weshalb die Sonderverantwortlichkeit auch nach Abschluss der aktiven Handlung fortbesteht und der Ingerenz begehungsgleich zu bestrafen ist.

Rudolphi hat zudem der Konzeption *Herzbergs* entgegnet, dass die Vermeidungsverantwortlichkeit (Sonderverantwortung) beim Tun darauf beschränkt sei, *rechtswidrige* Risiken der gefährlichen Handlung zu vermeiden. Dies müsse auch für die passive Phase gelten. Es sei unerkennbar, welche Maßstäbe *Herzberg* hier anlege, die rechtlich maßgeblichen seien es jedenfalls nicht.²⁷⁹⁴ Allerdings differenziert *Herzberg* (anders als *Rudolphi*), ob der Täter *überhaupt* vermeidungsverantwortlich war und ob er die Handlung in der *konkreten* Situation hätte vermeiden müssen. Etwa die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt entbindet für *Herzberg* nur von der Vermeidspflicht in der konkreten Situation, nicht aber von der grundsätzlichen Sonderverantwortlichkeit für den Verlauf. Zwar ist der Gedanke *Herzbergs*, dass die *Aufgabe* einer Person, Kausalverläufe zu überwachen (*Garantenstellung*), weiter gehen kann als ihre *Verpflichtung* in einer bestimmten Situation (*Unterlassungs-* bzw. *Garantenpflicht*), durchaus plausibel.²⁷⁹⁵ Allerdings müsste sich diese Überlegung, um zu einer *strafrechtlichen* Garantenbeziehung zu führen, auf die Wertungen des Begehungstatbestandes stützen – nicht bloß auf ein „soziales Pflichtgefühl“. Letzteres führt bei *Herzberg* zu einer äußerst weiten Grenzziehung bei der *Garantenstellung* aus Ingerenz, die wohl „doch mehr einem moralischen Gefühl als der Rücksicht auf rechtliche

²⁷⁹² Gerade bei einem Autor wie *Herzberg*, der stets betont, dass das Recht die sozialen Wertungen auf den Begriff bringen soll, überrascht eine derartige Diskrepanz zwischen sozialer und strafrechtlicher Beurteilung der Verhaltensformen. – Wenn man den negativen Handlungsbegriff konsequent auch auf sozialer Ebene anwendete und auf das vermeidbare Nichtvermeiden in *Garantenstellung* abstellte, würde sich ein Regress *ad infinitum* ergeben: „Wann habe ich eine *Garantenstellung*? Wenn ich den Erfolg trotz Vermeidbarkeit und *Garantenstellung* nicht vermieden habe? Wann habe ich eine *Garantenstellung*? Etc...“.

²⁷⁹³ Der Grund der „Sonderverantwortlichkeit“ als Abstraktion der aktiven Bewirkung darf *vergangen* sein, während die Vermeidbarkeit *aktuell* ist – spiegelbildlich musste für die „Ingerenz-Begehungs-Theorien“ von *Krug* bis *Brammsen* der „Grund der Verantwortlichkeit“ (Bewirkung) aktuell sein und die „Vermeidbarkeit“ (der *dolus subsequens*) durfte nachfolgen (→ Kapitel 1 § 1 B II; Kapitel 3 § 1 J). Dass *Herzberg* sich, wenn er die Scheidung von Tun und Lassen kritisiert, insofern auf den Aufsatz von *Lampe* (ZStW 72 (1960) 93, 103 ff.) mit dem Titel „Ingerenz oder *dolus subsequens*?“ stützt, vermag dies nochmals zu unterstreichen.

²⁷⁹⁴ *Rudolphi* JR 1987, 162, 165; sowie *Ranft* JZ 1987, 859, 865; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 117 f.: Wenn man nicht wieder auf die Rechtswidrigkeit rekurren wolle, müsse man auf eine erhöhte Gefahr abstellen.

²⁷⁹⁵ → Kapitel 1 § 3 B VI; Kapitel 4 § 2 A IV 2 - 6, B II 3.

Notwendigkeiten“²⁷⁹⁶ entspricht. Dass eine Garantenstellung nur denjenigen treffen kann, der die Gefahr hervorgerufen und nicht bloß verursacht hat, ist sicher richtig, umschreibt jedoch im Ergebnis bloß die generelle Problemstellung, dass zu dem uferlos weiten Kausalnexus weitere Erfordernisse hinzutreten müssen. Gleiches gilt für die Formulierung, der Erfolg müsse als „Werk“ des Täters erscheinen.²⁷⁹⁷ Auch hierbei handelt es sich um eine inhaltsleere Blankettformel, die beliebig mit dem Rechtsgefühl aufgefüllt werden kann.²⁷⁹⁸ Insbesondere die Begründung der Garantenstellung nach gerechtfertigter Notwehr kann vor diesem Hintergrund nicht überzeugen, wie unten näher ausgeführt werden soll.²⁷⁹⁹ Grundsätzlich muss sich Herzberg vorwerfen lassen, dass er in der Anwendung seiner Kriterien nicht immer konsequent vorgeht²⁸⁰⁰ und häufig mit dem Rechtsgefühl argumentiert.²⁸⁰¹ Herzberg stützt sich auf „das Gerechtigkeitspostulat“ und die „sozial-ethische Sonderverantwortung“: „[...] unser Gerechtigkeitsempfinden [werde] grob verletzt“, wenn bei den Ingerenzfällen allein die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit der Vorhandlung bestünde.²⁸⁰² Diese Begründung genügt nicht Art. 103 II GG.

c) Fazit

Herzbergs negativer Handlungsbegriff kann nicht überzeugen. Dies vermag jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Konzeption Herzbergs Gedanken enthält, denen es sich lohnt nachzugehen. Bei kaum einem Autor kommt so deutlich zum Ausdruck, dass die

²⁷⁹⁶ Formulierung nach *Gallas* Studien S. 90, der dies im Allgemeinen auf die Ingerenz nach rechtmäßigen Vorhandlungen wendet.

²⁷⁹⁷ Das Kriterium der Unmittelbarkeit vermag dies kaum zu präzisieren; dasselbe gilt in Drei-Personen-Konstellationen für das konturlose Kriterium der sozialen Adäquanz. Was das weitgehend deskriptiv verstandene (auch erlaubte) unmittelbar-eigenhändige Bewirken und die sozialinadäquate „objektiv fahrlässige Beihilfehandlung“ verbindet, außer dass der Handelnde „näher“ zur Gefahr steht als der bloße Verursacher, bleibt im Dunklen.

²⁷⁹⁸ Hiermit hätte man auch die Garantenstellung bei solchen Körperbewegungen verneinen können, welche keine Handlungen darstellen, vgl. *Schünemann* GA 1974, 231, 238 m. Fn. 52a.

²⁷⁹⁹ Indem Herzberg die Vermeideverantwortlichkeit während der aktiven Phase nicht an die Grenzen des (Unrechts)Tatbestandes bindet, sondern als vage soziale Verantwortlichkeit definiert, kann er selbst in den Fällen, in denen eine Verletzung rechtlich zugefügt werden durfte, noch zu dem Ergebnis gelangen, dass der Täter für darüberhinausgehende Schäden sozial vermeideverantwortlich sei. Siehe unten → Kapitel 4 § 2 C II 3 b).

²⁸⁰⁰ Einerseits meint Herzberg, auch der sorgfaltsgemäß Autofahrende bleibe vermeideverantwortlich. Anders soll der Fall zu beurteilen sein, dass jemand Schlaftabletten an einen Bekannten übergibt, welcher hiermit sein Kind töten will (*Herzberg* JZ 1986, 986, 991). Sei hier die deliktische Absicht des Anderen nicht erkennbar, handle der Übergebende nicht bloß nicht sorgfaltswidrig, sondern sei überhaupt nicht vermeideverantwortlich für die Tötung des Kindes. – Man sollte durchaus zwischen der unmittelbaren Verletzungsgefahr und der Gefahr der Förderung der Tat eines Dritten unterscheiden. Der bloße Begriff der Vermeideverantwortlichkeit umschreibt jedoch bloß in formaler Weise das Ergebnis einer fortbestehenden Ingerenzgarantenstellung.

²⁸⁰¹ Gegen eine zu starke Betonung des Rechtsgefühls insbesondere auch *Denckner* FS Stree/Wessels S. 159, 162: Die Evidenz einer Pflicht sagt noch nichts darüber aus, ob sie im Rahmen des § 13 I StGB Relevanz erlangt oder nur eine Jedermannpflicht im Sinne des § 323c I StGB darstellt.

²⁸⁰² Herzberg Garantenprinzip S. 291 f. Auch für die Fälle des „erlaubten Risikos“, also des sorgfaltsgemäßen Vorverhaltens meint Herzberg, der Kraftfahrer, der „wenngleich nicht pflichtwidrig jemanden angefahren hat, fühlt sich stärker verantwortlich als ein unbeteiligter Passant“, S. 298.

Garantenstellung aus Ingerenz allein als Verlängerung einer selbstverständlichen „sozialen Sonderverantwortlichkeit“ des Aktivtätlers begründbar ist. Diese fortbestehende Garantenposition lässt sich bei einem einheitlichen Nichtvermeidungsstatbestand besonders plastisch aufzeigen, das Argument besitzt jedoch auch unabhängig hiervon Gültigkeit.

II. Organisationszuständigkeit (*Jakobs*)

1. Das Konzept *Jakobs*'

Das Konzept *Jakobs* stellt einen deutlichen Gegenentwurf²⁸⁰³ zu der herrschenden Verbrechenslehre dar.²⁸⁰⁴

a) Norm, Normbruch, Strafe

Ausgangspunkt ist das Zusammenspiel von Norm, Normbruch und Strafe als „kommunikative Sequenz“.²⁸⁰⁵ „Die „herrschende Kommunikation“ behandle eine Norm als richtig, der Täter weiche durch seine objektivierte Behauptung, die Tat, von dieser Kommunikation ab, woraufhin seine Behauptung durch eine darauffolgende objektivierte Gegenbehauptung – die Strafe – marginalisiert werde.“²⁸⁰⁶

Die Konstitution der Gesellschaft erfolge über *Normen*: „Gesellschaft findet statt, wenn mindestens eine Norm gilt“,²⁸⁰⁷ in dem Sinne, dass sie die „maßgebliche, sich durchsetzende Kommunikation“ bestimme.²⁸⁰⁸ Eine Norm ist in der Folge die Erwartung, eine *Person* (also ein Rollenträger²⁸⁰⁹) werde sich in einer bestimmten Weise aufgrund ihres

²⁸⁰³ Exemplarisch *Wittig* in: Rechtsgutstheorie S. 239: Grundsätzliche Entscheidung zwischen dem traditionellen Strafrechtsverständnis und dem strafrechtlichen Funktionalismus, die aufgrund der grundlegenden Unterschiede der beiden Richtungen jeder Legitimationsdebatte vorangehen muss.

²⁸⁰⁴ Das System *Jakobs* selbst ist beeinflusst von der Rechtsphilosophie *Hegels* sowie der Systemtheorie *Luhmanns*, wobei *Jakobs* jedoch selbst die Eigenständigkeit seiner Konzeption betont, ZStW 107 (1995) 843 (zu *Luhmann*): „Selbst der flüchtige Kenner dieser Theorie wird jedoch schnell merken, daß die hiesigen Ausführungen ihr keineswegs konsequent, ja nicht einmal in allen Hauptsachen folgen“; so liegt der Verbrechenslehre *Jakobs* seine eigene Rechtsphilosophie zugrunde (Norm, Person, Gesellschaft). Siehe aber kritisch zu Verstrickungen von *Jakobs* mit *Luhmanns* Systemtheorie, *Sacher* ZStW 118 (2006) 574 ff.; zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden auch *Bock* ZStW 103 (1991) 636, 638 ff.

²⁸⁰⁵ *Jakobs* System S. 9.

²⁸⁰⁶ *Jakobs* in: ARSP Beiheft S. 57, 59; siehe auch *ders.* AT VII: „wie Rede und Antwort – als gesellschaftliche Vorgänge“; *ders.* AT 1/9 f.; *ders.* ZStW 89 (1977) 1, 21; *ders.* Handlungsbegriff S. 27 ff.; *ders.* ZStW 107 (1995) 843, 844; *ders.* GA 1996, 253; *ders.* System S. 13 ff.: Schuldpruch und Strafe seien Träger eines Sinns: „An der Geltung des Tötungsverbots wird festgehalten!“, *Müssig* GA 1999, 119, 121; *Pawlik* Unrecht S. 116: Die „Unauflöslichkeit des Zusammenhanges von Freiheitsgenuß und Mitwirkungspflicht-erfüllung“ werde bestätigt; *ders.* FS Otto S. 133, 140; **kritisch** zu diesem Verständnis etwa *Stratenwerth* FS *Jakobs* S. 663, 674: „Aber so denken wir nicht. Kein Mensch hat Delikte [...] je in dieser Weise verstanden [...]“.

²⁸⁰⁷ *Jakobs* in: ARSP Beiheft S. 57, siehe auch S. 60; *ders.* ZStW 107 (1995) 843, 847, 859; ausführlich *ders.* Norm, Person, Gesellschaft S. 28 ff.; ferner *Müssig* GA 1999, 119, 121.

²⁸⁰⁸ *Jakobs* System S. 27.

²⁸⁰⁹ *Jakobs* in: ARSP Beiheft S. 57 ff.: Das Individuum werde erst durch die Fähigkeit, Träger von Rollen zu sein, zur Person und nur Personen gegenüber könnten Erwartungen in Form von Normen bestehen. Eine Erwartung sei nicht von dem Inhalt, eine Person werde sich auf eine bestimmte Art und Weise organisieren, sondern sei dafür zuständig, Person zu sein, bedeute, eine Rolle zu spielen zu haben, was nicht Ausdruck von Subjektivität, sondern „Darstellung einer gesellschaftlich verstehbaren Kompetenz“ (ZStW 107 (1995) 843, 859) sei. Eingehend *ders.* Norm, Person, Gesellschaft S. 37 ff.; vgl. auch *Müssig* GA 1999, 119, 125

Personseins – und nicht bloß in Folge von Lust und Unlust – verhalten. Die Rolle der rechtstreuen Person sei eine gesellschaftlich konstruierte, die dem Zweck diene, eine normative Struktur stabil zu halten.²⁸¹⁰

Die Norm als geistiges Gebilde transportiere einen bestimmten Sinn, nämlich, dass eine „Gestaltung der Welt sein solle und eine gegenteilige nicht“.²⁸¹¹ Da die *Strafe* die äußeren Folgen des Verbrechens nicht zu heilen im Stand sei (das „tote“ Gut kann nicht wiederbelebt werden), könne der für das Strafrecht relevante Konflikt bloß in einem ideellen Angriff auf die Normgeltung liegen.²⁸¹² Strafrecht garantiere keine Gütersicherheit, sondern Erwartungssicherheit hinsichtlich des von der Norm entworfenen Modells der Welt. Die Strafe folge auf solches Verhalten, das nicht mit diesem Modell vereinbar ist.²⁸¹³

(zum Strafprozessrecht): „gesellschaftliche Konstruktion“; *Pawlik* Unrecht S. 140: „Rechtsperson, die für die Ausfüllung eines bestimmten Pflichtenkreises – aber auch nur dafür – verantwortlich ist“; ferner *Lesch* Verbrechensbegriff S. 184 ff.; *Kindhäuser* GA 1994, 197, 213: Die Erwartungen hängen davon ab, „welche Stellung der Normadressat in der sozialen Interaktion hat, für was er also Garant ist“. **Kritisch** zum Personenbegriff *Maihofer* (siehe auch die Antikritik von *Jakobs*; jeweils bei *Zieschang* ZStW 107 (1995) 907, 924, 928); *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 39 Rn. 14, 21 f.; *ders.* FS Küper S. 83, 93; *ders.* FS Schroeder S. 33, 39; *Grünwald* Garantienpflichten S. 129 f.; *Hirsch* FS Universität Köln S. 399, 419: Entindividualisierung des Strafrechts; *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 206; *ders.* FS Küper S. 249, 270 m. Fn. 96; *Köhler* ZStW 114 (2002) 183, 187; *ders.* bei *Zieschang* ZStW 107 (1995) 907, 923; *Puppe* FS Neumann S. 323, 327: Art. 1 GG würde so zirkulär; *Schünemann* FS Roxin (2001) S. 1, 13 f.; *Zaczyk* Selbstverantwortung S. 62 m. Fn. 208. Bereits *Engisch* warnte vor der Gefahr, „bei Abwehr des ‚Naturalismus‘ auch den natürlich-sozialen Menschen zu erlegen und dafür das blutleere Gespenst einer rechtsbegrifflichen „Person“ zurückzubehalten“ (Weltbild S. 35).

²⁸¹⁰ *Jakobs* in: Das Proprium S. 104, 130. – An das Individuum könnten Erwartungen nur dann anknüpfen, wenn man das andere Individuum gut kenne, also mit relativer Sicherheit erwarten könne. In einer komplexen Gesellschaft, die nicht nur persönliche, sondern auch in hohem Maße flüchtige, anonyme soziale Kontakte erlaube, müsse den Menschen Orientierung gegeben und diese Kontakte daher subjektunabhängig koordiniert werden. Ohne eine objektive Festlegung, ob ein Verhalten einer *Person* einen Normbruch bedeute oder nicht, ließe sich eine komplexe, auf einem hohen Niveau arbeitsteilig handelnde Gesellschaft nicht organisieren, vgl. *Jakobs* ZStW 107 (1995) 843, 859 ff.; sowie *ders.* AT 1/2, 4 ff.; *ders.* FS Roxin (2001) 793, 798; *ders.* FS R. Merkel S. 639; ebenso *Pawlik* Notstand S. 277; *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 57; siehe bereits *E. A. Wolff* Handlungsbegriff S. 32 f.: Erfordernis bestimmter sozialer Rollen; *Otto* ZStW 87 (1975) 539, 566 *et passim*: „ausrechenbare Erwartungshaltungen“; insoweit zustimmend *Zaczyk* FS *Jakobs* S. 785, 799: „nicht zu unterschätzende Entlastung für den einzelnen“.

²⁸¹¹ *Jakobs* System S. 22.

²⁸¹² Vgl. *Jakobs* AT 1/9: „Ein Normbruch ist nicht seiner äußerlichen Folgen wegen ein strafrechtlich relevanter Konflikt; denn das Strafrecht kann die äußerlichen Folgen nicht heilen“. Damit knüpft er an *Hegel* an, wonach es unvernünftig sei, ein Übel nur deswegen anzuordnen, weil ein anderes Übel bereits vorhanden sei. Die Strafe sei vielmehr Negation der Negation des Rechts, *Hegel* Grundlinien §§ 96 ff. insbesondere 99; hierzu etwa *Jakobs* AT 1/4, 21; *ders.* ZStW 107 (1995) 843, 844; **kritisch** zu dieser Ableitung *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 210 m. Fn. 415.

²⁸¹³ *Jakobs* ZStW 89 (1977) 1, 21; *ders.* Handlungsbegriff S. 37. Die Normgeltung sei damit das eigentliche Strafrechtsgut, vgl. *ders.* Rechtsgüterschutz? S. 20; grundsätzlich zustimmend zur Normgeltung als Strafrechtsgut *Amelung* in: Rechtsgutstheorie S. 155, 179, 181; *Lesch* Verbrechensbegriff S. 204 ff.: Strafrechtliches Unrecht sei ein „Angriff auf das Sollen als Symbol der Erwartung kontrafaktischer Geltung [...] und nicht als empirisch-reale Herbeiführung eines normwidrigen Sachverhaltes“.

Hierdurch werde die Gefährdung der Normgeltung beseitigt und die Norm als Orientierungsmuster für den sozialen Kontakt aufrechterhalten.²⁸¹⁴

Dementsprechend wird auch die – zwischen dem Sinn von Norm und Strafe vermittelnde – *Straftat* nach *Jakobs* als *kommunikativer* Beitrag verstanden, der nach Regeln zu interpretieren sei, die für solche Beiträge gelten: nach den Regeln einer *Verhaltenssemantik*, den Regeln zur Ermittlung der *gesellschaftlichen* Bedeutung eines Verhaltens, eines Verhaltenssinns.²⁸¹⁵ Die Norm könne nicht durch Fakten gebrochen werden, sondern bloß durch gegenläufige Sinnsetzung.²⁸¹⁶ Das Unrecht der Tat entstehe durch den Rollenbruch des Straftäters, welcher aus der Rolle der rechtstreuen Person falle, indem er das ihm in dieser zugestandene Risiko überschreite²⁸¹⁷ und damit den Sinn ausdrücke, dass die in Rede stehende Norm nicht seine leitende *Maxime* sei („Objektivierung der Nichtanerkennung der Normgeltung“).²⁸¹⁸ In diesem Sinne habe strafrechtliche *Zurechnung* „die Funktion, den Fall zu bestimmen, in dem die Norm wegen des Verhaltens einer Person bestätigt und kognitiv untermauert werden muss“, weil „ein Ereignis als Normwiderspruch

²⁸¹⁴ „Stets geht es bei der Strafe um eine Reaktion auf einen Normbruch. Stets wird durch die Reaktion demonstriert, daß an der gebrochenen Norm festgehalten werden soll. Und stets erfolgt die demonstrierende Reaktion auf Kosten des für den Normbruch Zuständigen“, *Jakobs* AT 1/2 (Zitat); 1/9 ff., 11; *ders.* Schuld und Prävention S. 10; *ders.* ZStW 107 (1995) 843, 844, 848 f.: Den der Gesellschaft nicht naturwissenschaftlich vorgegebenen, sondern „aus gutem Grund gemachte[n]“ Normen fehle die Kraft zur Selbststabilisierung; *ders.* Strafe S. 28 ff., 32; während *Jakobs* zwischenzeitlich davon ausging, die Strafe bezwecke nicht die Bestätigung der Norm in der Gesellschaft, sondern sei bereits selbst unmittelbare Bestätigung der Norm („Die Strafe hat also eine Funktion, ohne psychisch etwas bewirken zu müssen“, in: ARSP Beiheft S. 57, 59 f.), betont er inzwischen auch wieder die „im alltäglichen Leben orientierende Geltung“, die einer kognitiven Untermauerung bedürfe, *ders.* System S. 14 f.: „Die Strafe ist gleichermaßen Symbol für das Festhalten an der Norm wie Stützung ihrer kognitiven Untermauerung“; es handle sich um „geltungserhaltende Generalprävention“; siehe auch *ders.* in: Das Proprium S. 104, 132: bestätigende Generalprävention; *ders.* Strafe S. 27 ff.: Die Geltung der Norm werde durch die Verhängung der Strafe normativ und kognitiv untermauert; ähnlich *Frisch* GA 2019, 185, 189 f.; *Pawlik* Unrecht S. 105. Zur Straftheorie *Jakobs*‘ und ihrer Fortentwicklung siehe auch *Roxin/Greco* AT I § 3 Rn. 31.

²⁸¹⁵ In einer „entzauberten Welt“, in der es keinen vorgegebenen, sondern nur gesetzten Sinn gebe, werde der Sinn dieses Verhaltens durch das gesellschaftliche Verständnis bestimmt, *Jakobs* System S. 20; siehe auch S. 17: „Die maßgebliche Frage lautet deshalb nicht ‚Was bewirkt das Verhalten‘, sondern ‚Was bedeutet es?‘“; *ders.* in: Das Proprium S. 104, 129: gesellschaftlich relevanter Sinnausdruck; *ders.* in: ARSP Beiheft S. 57, 65: Man müsse in einem „dicht geknüpften Netz von Ursächlichkeiten und Rettungschancen diejenigen Stränge [...] isolieren, die die *Bedeutung* einer Normverletzung haben“; Hervorhebung im Original.

²⁸¹⁶ *Jakobs* System S. 22; siehe auch *ders.* in: ARSP Beiheft S. 57, 59: Eine Normübertretung interessiere als „schiere Gewalttat“ ebenso wenig wie Normgeltung durch Gewalt erzeugt werden könne; ähnlich auch *Lesch* Verbrechensbegriff S. 278 f.; *Müssig* GA 1999, 119, 122; *Pawlik* FS *Jakobs* S. 469, 485 f.

²⁸¹⁷ *Jakobs* Handlungsbegriff S. 28: nicht dagegen aus der Gefährlichkeit der Tat oder der fehlerhaften Steuerung durch das Individuum; *ders.* ZStW 107 (1995) 843, 861: objektiver Bruch der Rolle; *ders.* in: Das Proprium S. 104, 128 f.; siehe auch *ders.* in: ARSP Beiheft S. 57, 63.

²⁸¹⁸ *Jakobs* Handlungsbegriff S. 36; siehe auch *ders.* System S. 17: Die Tötung eines anderen sei rechtlich „eine Verletzung des Rechts auf Leben des Opfers, eine Normverletzung, ein Normwiderspruch“. Die Straftat spiele sich also nur alltagssprachlich zwischen zwei Menschen ab, „rechtlich hingegen zwischen Trägern von Rechten und Pflichten“, also Personen.

einer zur Äußerung im öffentlichen Raum kompetenten Person zu verstehen ist“.²⁸¹⁹ Zwischen den unterschiedlichen Personen (Rollenträgern) werde „ausgehandelt, wer für einen Schadensverlauf zuständig ist – ein Täter oder ein Dritter oder wegen einer Obliegenheitsverletzung das Opfer selbst oder bei Unglück dieses gleichfalls (casum sentit dominus)“.²⁸²⁰

Der Schlüsselbegriff²⁸²¹ bei *Jakobs* ist daher der Begriff „Zuständigkeit“.²⁸²² *Jakobs* definiert Begehungs- wie Unterlassungsdelikt als „Sich-schuldhaft-zuständig-Machen für einen Normgeltungsschaden“, wobei die Zuständigkeitsgründe für Tun und Unterlassen die gleichen sind.²⁸²³ Entscheidend für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand ist, dass *Jakobs* damit Begehungs- und Unterlassungsdelikt auf einen gemeinsamen Nenner bringt.²⁸²⁴ Jeweils hätten manche „Personen zu *garantieren*, dass bestimmte *Standards* eingehalten werden; die Garantie und die Standards stehen im Vordergrund, die Verhaltensgestalt tritt zurück“. Nach der gesellschaftlichen Verhaltenssemantik bedeute das Verhalten eines Garanten eine Verletzung, nicht aber dasjenige eines Nichtgaranten.²⁸²⁵

b) Ingerenz als Organisationszuständigkeit

Die Zuständigkeit richte sich nach den die Gesellschaft strukturierenden Institutionen. Man könne sie auf zwei gegenständliche Bereiche beziehen: organisatorische und institutionelle Verantwortung, wobei sich die Organisationszuständigkeit, das „Synallagma von Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung“, ebenfalls als Institution verstehen lasse – eben die wichtigste gesellschaftliche Institution.²⁸²⁶ Es gehe in beiden Fällen um

²⁸¹⁹ *Jakobs* System S. 15 f.

²⁸²⁰ *Jakobs* ZStW 107 (1995) 843, 860; siehe auch *ders.* ZStW 89 (1977) 1, 18 f.: Hierdurch werde die relevante Konflikts- „Ursache“ definiert; S. 35: Zuschnitt von Verantwortungsbereichen; *ders.* in: Das Proprium S. 104, 128; *ders.* in: ARSP Beiheft S. 57, 64 f., 67, 71: „Zurechnung beginnt mit der Zuständigkeitsverteilung zwischen Täter, Opfer und dritten Personen“; *ders.* FS Hirsch S. 45, 50; *ders.* FS R. Merkel S. 639, 645; siehe auch *Kindhäuser* GA 1994, 197, 218.

²⁸²¹ Hierzu auch *Pawlik* Unrecht S. 158; *Kreß* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 1, 28; *Freund* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 389; kritischer *Schünemann* FS Roxin (2001) S. 1, 19.

²⁸²² Bereits *Jakobs* AT VII: Entscheidend sei nicht, wer ein Ereignis bewirken oder hindern könne, sondern wer dafür zuständig sei; *ders.* ZStW 89 (1977) 1, 17 ff.; *ders.* Unterlassen S. 42; *ders.* Handlungsbegriff S. 28; *ders.* in: Das Proprium S. 104, 128 f.; *ders.* System S. 17, 25: „der leitende Begriff“; **ebenso** *Pawlik* Unrecht S. 138, 158; zur „Zuständigkeit“ im Rahmen des rechtfertigenden Notstands *ders.* Notstand S. 276 ff.; vgl. auch *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 74 ff.; siehe auch *Kindhäuser* GA 1994, 197, 215; *ders./Zimmermann* AT § 11 Rn. 22 ff.; *Timpe* Strafmilderungen S. 179 ff.

²⁸²³ *Jakobs* Handlungsbegriff S. 30 ff., 44; **kritisch** *Schünemann* GA 1995, 201, 220.

²⁸²⁴ „Der Witz der Handlung wie der Unterlassung liegt nicht im Faktum der Körperaktivität einerseits und im Faktum des Fehlens bestimmter Körperaktivität andererseits, sondern in etwas nicht Naturalistisch-Faktischem, nämlich in der Zuordnung von Erfolgen zu einem Menschen [...] hier wie dort geht es um Zuschreibung zu Garanten, nicht um Natur“, *Jakobs* Handlungsbegriff S. 33; bereits *ders.* AT VIII; siehe auch *ders.* ZStW 107 (1995) 843, 863; *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 61; hierzu *Kreß* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 1, 28: Zuständigkeit als „normative Klammer der naturalistischen Verhaltensformen“.

²⁸²⁵ *Jakobs* System S. 17; siehe auch *ders.* ZStW 89 (1977) 1, 17 ff.

²⁸²⁶ *Jakobs* Handlungsbegriff S. 31 f.; *ders.* FS Hirsch S. 45, 48; *ders.* Unterlassen S. 19 ff., 32: „für eine liberale Gesellschaft selbstverständlich“; die entscheidende Grenze zwischen „negativem“ und „positivem

„die Erhaltung der unverzichtbaren Elemente der gesellschaftlichen Gestalt“.²⁸²⁷ Entsprechend dieser beiden Zuständigkeitsgründen sind nach *Jakobs* auch die Garantenpflichten unterteilt.²⁸²⁸ Diese Aufteilung überschneidet sich im Wesentlichen mit der Funktionslehre *Arm. Kaufmanns*, nimmt aber anders als diese nicht bloß eine formale Aufteilung für sich in Anspruch.²⁸²⁹

Zunächst werde in der freiheitlichen Gesellschaft erwartet, dass jeder seinen Organisationskreis in Ordnung halte, sodass schädliche Außenwirkungen unterbleiben. Diese Er-

Status“ verlaufe damit nicht an der Grenze von Tun und Unterlassung, sondern zwischen Organisationszuständigkeit und institutioneller Zuständigkeit, S. 43; *ders.* in: *Das Proprium* S. 104, 128; *ders.* in: *El Sistema* S. 133, 135 ff.

²⁸²⁷ *Jakobs* Unterlassen S. 32.

²⁸²⁸ *Jakobs* AT 29/28; *ders.* Unterlassen S. 19 ff., 31 ff.; *ders.* Handlungsbegriff S. 30 ff.; *ders.* in: *El sistema* S. 133, 134; *ders.* FS R. Merkel S. 639 ff.; *ders.* Rechtsgüterschutz? S. 17 f.; *ders.* System S. 36 ff.; ähnlich *Grünwald* Garantenpflichten S. 133 ff.; *Hruschka* JuS 1979, 385, 386; *Müssig* FS *Jakobs* S. 405, 409 f.; *Pawlik* Verhalten S. 130 ff. (zu den Unterschieden zur Konzeption *Jakobs*‘ siehe S. 137 f.); *ders.* ZStW 111 (1999) 335, 348 ff.; *ders.* Notstand S. 13 ff.; *ders.* Unrecht S. 161 ff., S. 174 ff., 178 ff.; *Perdomo-Torres* Garantenpflichten S. 154 ff.; *ders.* FS *Jakobs* S. 497 ff.; *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 51 ff.; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 14 ff., 47 ff., 98 ff. (ebenfalls vom negativen Rechtsbegriff ausgehend, hinsichtlich der „positiven Pflichten“ aber restriktiver); *Timpe* Strafmilderungen S. 187; *Volk* FS Tröndle S. 219, 237; nahestehend auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 68 ff.; *ders.* in: *Strafrecht und Gesellschaft* S. 379, 381 ff., 387 ff., der allerdings die „Sonderverantwortlichkeit“ als die beiden Zuständigkeiten vereinenden Begriff ansieht; für die unechten Unterlassungsdelikte auch *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 36 ff. „Risikohegemonie“ und „institutionelle Fürsorge“; *R. Merkel* FS Herzberg S. 193, 221; *Rengier* JuS 1989, 802, 807; *Weigend* LK § 13 Rn. 25 ff.; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 34 ff.; sympathisierend *Herbertz* Ingerenz S. 133; **ablehnend** *Schünemann* in: *Internationale Dogmatik* S. 49, 60 f.; kritisch auch *Berster* Unterlassungsdelikt S. 36, der meint, es handle sich bei der institutionellen Zuständigkeit um ein Kriterium, welches im Begehungstatbestand nicht angelegt sei und deshalb der Entsprechungsklausel widerspreche. Dies ist insoweit zirkulär als es bereits die Richtigkeit von *Bersters* eigener Gleichstellungslösung voraussetzt. Den Ausführungen *Bersters* folgend meint auch *Herbertz* Ingerenz S. 134 f., eine „methodische Irregularität“, eine „bizarre Anomalie“ erkannt zu haben: *Jakobs* „inszeniere“ die institutionelle Zuständigkeit zum Zurechnungsinstrument innerhalb der Unterlassungsdelikte „obwohl diese zunächst einmal Herrschaftsdelikte“ seien und einen „Haftungsgrund mit den Pflichten aus Organisationszuständigkeit teilen“. Daher bedürften Unterlassungsdelikte, „deren Haftung mithilfe institutioneller Zuständigkeit begründet wird [...] einer Kumulation beider Haftungsgründe“. Dies sei inkonsequent und beliebig. – Dabei verkennen sowohl *Berster* als auch *Herbertz* das Grundanliegen des *in sich* weitestgehend schlüssigen Straftatsystems, welches die Bedeutung des phänotypischen Schnitts zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikts leugnet. Nach der Konzeption *Jakobs*‘ sind eben fast alle Delikte gleichzeitig „Herrschafts-“ und „Pflichtdelikte“, der Normbruch kann aufgrund „institutioneller“ und aufgrund „organisatorischer Zuständigkeit zugerechnet werden. Indem die „Organisationszuständigkeit“ für *Jakobs* ebenfalls eine „Institution“ darstellt, eben die wichtigste Institution überhaupt, sind tatsächlich letztlich *alle* Delikte solche aufgrund „institutioneller Zuständigkeit“. *Darin* ist der entscheidende Kritikpunkt zu suchen, die gewählten „Irregularitäten“ sind bloß „Symptome“ des (in sich schlüssigen) Gesamtsystems. Vgl. zur Entsprechung von Herrschaftsdelikt und Organisationszuständigkeit, Pflichtdelikt und institutioneller Zuständigkeit *Jakobs* AT 7/56 ff., 70 f., 21/3, 16 ff., 115 ff., 28/13 ff.

²⁸²⁹ Vgl. *Jakobs* AT 29/27: Die Funktionslehre schaffe keine Herleitung, sondern setze den Rechtsgrund voraus; *Pawlik* Unrecht S. 177; *ders.* Notstand S. 278: bloß phänomenologische Betrachtungsweise. – Es handelt sich daher bei *Jakobs* nicht bloß um eine Spielart der Funktionslehre (so aber *Gaede* NK § 13 Rn. 33), sondern eine fundamentale Unterscheidung, die sich durch die gesamte Verbrechenslehre ziehe.

wartung sei von negativem Inhalt, dass nämlich die Organisationskreise getrennt bleiben.²⁸³⁰ Denn wenn hochgradig anonyme Kontakte ermöglicht werden sollen, lässt sich nicht prognostizieren, „was der andere in die Situation einbringt und aus der Situation machen wird“. Daher habe sich jeder auf die Verwaltung seines eigenen Organisationskreises zu beschränken.²⁸³¹ Der „dezentralen Wahlfreiheit“ müsse im Synallagma die Verantwortung für das Wahlergebnis entsprechen.²⁸³² Damit spielt – ähnlich wie schon bei *Herzberg* – der Garantengedanke auch bei aktiven Begehungen eine Rolle, wobei der aktiv Handelnde in der Regel auch Garant für die Schadlosgkeit seines Verhaltens als Teil des eigenen Organisationskreis verantwortlich sei.²⁸³³

Die „ursprüngliche Verbindlichkeit“, andere nicht zu beeinträchtigen lasse sich jedoch nicht allein durch Verbote erreichen.²⁸³⁴ Organisieren könne die Person nicht nur durch

²⁸³⁰ *Jakobs* in: *El sistema* S. 133: „An jede Person richtet sich die Erwartung, dergestalt zu organisieren, daß der eigene Organisationskreis den Kreisen der anderen Personen keinen Schaden bringt. Die Organisationskreise der Personen werden als getrennte Einheiten definiert, und kein Kreis darf Grund für die Verschlechterung der Lage eines anderen werden“; in der Sache gleich *ders.* *Unterlassen* S. 25: Das Gebot ist es, dem anderen seine Freiheit zu lassen; *ders.* *FS Arth. Kaufmann* S. 459, 461 f.: Die Personen seien nur verpflichtet, sich nicht zu stören, nicht aber, dem anderen förderlich beizustehen; *ders.* *FS R. Merkel* S. 639: Im „unentrinnbar dichten Nebeneinander vieler Personen“ bestehe die Notwendigkeit bei der Selbstverwaltung des eigenen Kreises Rücksicht auf den Bestand der anderen Kreise zu nehmen, da sich sonst das „ungestörte Gestalten“ nicht dulden lasse; siehe auch *Pawlik Unrecht* S. 180 f.; *Sánchez-Vera Pflichtdelikt* S. 55; außerdem *Welzel Fahrlässigkeit* S. 27: Abgrenzung der Rechtskreise; *E. A. Wolff Handlungsbegriff* S. 32 f.; *Kugler Ingerenz* S. 138.

²⁸³¹ *Jakobs* in: *ARSP Beiheft* S. 57, 66.

²⁸³² *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 135 f. Frei entscheiden zu können bedeute, dass man das Produkt seiner Entscheidung als sein positiv zu bewertendes Werk reklamieren dürfe, jedoch auch sein negativ zu bewertendes Werk zu verantworten habe, *ders.* *FS Hirsch* S. 45, 48.

²⁸³³ Die alleinige Dispositionsbefugnis und Organisationsgewalt über den eigenen Körper stehe im Synallagma zur „Pflicht, für dessen gefahrlosen Zustand zu sorgen“, denn: „Selbstverwaltungsfreiheit bedingt Folgenverantwortung“, *Jakobs Unterlassen* S. 20; sowie *ders.* *AT 7/56 ff.*; *ders.* *AT 29/29*; *ders.* *ZStW 89 (1977) 1, 17 ff.*; *ders.* in: *El sistema* S. 133, 135 f.; *ders.* *FS Arth. Kaufmann* S. 459, 461 f.; *ders.* in: *Das Proprium* S. 104, 133; *ders.* *System* S. 17, 27, 35: die alleinige Herrschaft über den Körper lasse sich also nur durchführen, wenn im Gegenzug ein „verkehrssicherer Zustand des Körpers garantiert wird“; *ders.* *FS R. Merkel* S. 639. Es könne an der Garantiefunktion des Begehungstäters jedoch auch fehlen, vgl. zu diesen Fällen *Jakobs System* S. 27 f.; *ders.* *AT 7/64*; hierzu zuletzt eingehend auch *ders.* *FS R. Merkel* S. 639 ff.: Dort können sich jedoch dann wieder *Verbote* ergeben, wenn der aktiv Handelnde Ingerent sei; *Jakobs* insoweit nahestehend *Donner Zumutbarkeitsgrenzen* S. 197; *Freund Erfolgsdelikt* S. 68 ff.; *Frisch Strafrecht* § 8 Rn. 13 f.; *Herzberg Arbeitsschutz* S. 225 f.; *Kleinherne Garantenstellung* S. 340; *Pawlik Unrecht* S. 180; *Perdomo-Torres FS Jakobs* S. 497; *Renzikowski JR 2022, 140, 142*; *Sánchez-Vera Pflichtdelikt* S. 60; *Timpe Strafmilderungen* S. 172 ff.; **kritisch** *Schünemann ZStW 126 (2014) 1, 13*: „quasi naturrechtlich eingeführte[...] Zurechnungsnormen“; allerdings geht damit *Bersters* Einwand ins Leere, *Jakobs* lege Kriterien an, die das Begehungsdelikt nicht kenne.

²⁸³⁴ Wolle sich der Mensch auf ein Kind legen, laute der Imperativ „Laß diese Bewegung!“, wenn er auf dieses zu fallen drohe, „Stütze dich ab!“. Der Befehl wurzle jeweils in dem seinerseits als Befehl formulierbaren Grund, „Dein Körper soll nicht ein Kind erdrücken!“. Auch wenn des „strafrechtlich leitende Modell“ auf die Wirkung des Imperativs über den „psychophysischen Apparat“ abstelle und damit zwischen Ver- und Geboten differenziere, beruhen beide auf dem Grundbefehl, der institutionalisierten Erwartung, welche wiederum dadurch legitimiert sei, dass bei einem liberalen Verständnis die alleinige Disposi-

körperliche Aktivität, sondern auch indem sie Andere, Tiere oder Maschinen für sich arbeiten lasse. „In der Gesellschaft freier Eigentümer und Inhaber von Rechten“ sei man daher im Synallagma zu dieser Freiheit für einen über ihren eigenen Körper hinausgehenden Organisationskreis verantwortlich.²⁸³⁵ Es handle sich um einen Verantwortungsbereich für Gefahren, der nicht nur räumlich, sondern auch über Erfolge definiert werden könne.²⁸³⁶ Relevant sei nur, ob die Person andere respektiere, indem von ihrem Organisationskreis keine schädigenden Auswirkungen ausgehen.²⁸³⁷ Damit gelingt *Jakobs* eine „bruchlose normative Begründung“²⁸³⁸ der Garantenstellung aus Ingerenz. Auch abgeschlossenes Verhalten könne den Verantwortungsbereich definieren und zu Organisationszuständigkeit führen.²⁸³⁹ Die Zuständigkeit des Ingerenten entspringe ebenso wie die des Aktivtätlers der negativen Verbindlichkeit, sie sei gewissermaßen deren „Verlängerung“.²⁸⁴⁰ Die „freiheitliche und zudem noch hochgradig anonyme Kontakte ermöglichende[...] Gesellschaft“ überlasse es den Bürgern, wie sie sich verhalten, solange sie andere (im Ergebnis) nicht schädigen. Trotz der Gewährung dieses Freiraums sei anderen Personen Erwartungssicherheit zu gewährleisten. Im Synallagma zur Verhaltensfreiheit stehe daher auch die Folgenverantwortung aus Ingerenz.²⁸⁴¹ Voraussetzung sei, dass die

tionsbefugnis der Person über ihren Körper zwingend im Synallagma zu der Pflicht stehe, für Gefahrlosigkeit zu sorgen, *Jakobs* Unterlassen S. 20, 29; nunmehr ausdrücklich *ders.* FS R. Merkel S. 639 ff., 641: Verkehrssicherungspflicht für sich selbst.

²⁸³⁵ *Jakobs* Unterlassen S. 21; siehe auch *ders.* Handlungsbegriff S. 32; *ders.* in: El sistema S. 133, 136: „Wer Eigentum für sich reklamiert, muß dafür sorgen, daß von diesem keine Gefahren für fremde Personen ausgehen“; *ders.* FS Roxin (2001) 793, 798 f.; *ders.* System S. 36; ebenso *Timpe* Strafmilderungen S. 174 f.; sympathisierend *Rengier* JuS 1989, 802, 807; hierzu bereits *Hegel* Grundlinien § 41: Die Person schaffe sich „eine äußere Sphäre ihrer Freiheit“; sowie die Ausführungen in § 116: „Dieser [Schaden] fällt mir aber mehr oder weniger zur Last, weil jene Dinge überhaupt die meinigen, jedoch nach ihrer eigentümlichen Natur nur mehr oder weniger meiner Herrschaft, Aufmerksamkeit usf. unterworfen sind“; letzteres als Gefährdungshaftung auffassend *Larenz* Zurechnungslehre S. 56 f.; näher zum Organisationskreis *Jakobs* FS Fischer S. 115 ff.; **dagegen** *Köhler* AT S. 212: keine hinreichende Ableitung.

²⁸³⁶ *Jakobs* AT 28/14, 29/29 ff. Siehe auch *ders.* in: ARSP Beiheft S. 57, 66.

²⁸³⁷ *Jakobs* Handlungsbegriff S. 32; siehe auch *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 60: Es komme nur auf den „output“ an; *Timpe* Strafmilderungen S. 176

²⁸³⁸ So *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 4.

²⁸³⁹ *Jakobs* AT 29/29; *ders.* Unterlassen S. 22; *ders.* FG BGH IV S. 29; *ders.* in: El Sistema S. 133 ff.; dem folgend auch *Renzikowski* Täterbegriff S. 142; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 125.

²⁸⁴⁰ *Jakobs* FS R. Merkel S. 639. Wenn ein Fußgänger etwa angefahren werde und ohne Hilfe zu sterben drohe, habe er gegen den Fahrer ein garantiertes Recht auf Hilfe – als „Verlängerung“ des garantierten Rechts, nicht angefahren und in Lebensgefahr gebracht zu werden“. [...] Aufgrund dieser Garantie bedeute das Unterlassen des Ingerenten „eine Stellungnahme zum Lebensrecht des Opfers“, *ders.* System S. 37; **kritisch** *Schünemann* ZStW 126 (2014) 1, 14: „als ob man die Begehungsgleichheit eines Unterlassens mit einem Maßband bestimmen könne“.

²⁸⁴¹ *Jakobs* in: El sistema S. 133, 135 f. (wörtliches Zitat); *ders.* ZStW 107 (1995) 843, 850; *ders.* in: Das Proprium S. 104, 133; *ders.* Unterlassen S. 21: „Die ‚ursprüngliche Verbindlichkeit‘ hat also zum Inhalt, den Preis für Freiheit zu zahlen, nämlich den eigenen Bereich der freien Organisation wie auch immer in für andere Personen gefahrlosem Zustand zu halten“; *Jakobs* sieht die Verantwortlichkeit aufgrund vorangegangenen Tuns damit als Paradebeispiel funktionalen Denkens: Die Garantenstellung aus Ingerenz hätte „bei rein rechtssysteminternem Blick, ohne die Berücksichtigung der Funktion rechtlicher Normativität, nicht entwickelt werden können [...]“. Das Funktionale habe sich „als ‚gerecht‘ präsentiert“. „Ohne exter-

Organisation des Unterlassenden zulasten des Opfers ausgedehnt wurde,²⁸⁴² sie also dessen Organisationskreis usurpiert.²⁸⁴³ Wenn die Auswirkungen die Sphäre des Täters bereits verlassen haben, könne die Zuständigkeit jedoch mit der des Opfers oder Dritter²⁸⁴⁴ konkurrieren.²⁸⁴⁵ Für die Verlängerung der Pflicht des Täters sei dann ein zusätzlicher Legitimationsgrund erforderlich.²⁸⁴⁶ Es könne nicht jeder Verursacher eines Unfalls mit einer Rettungspflicht belastet werden, der sich nicht riskanter verhalte als dies im Alltag mindestens der Fall sei.²⁸⁴⁷ Eine Ingerenzgarantenstellung komme jedenfalls bei pflichtwidrigem Vorverhalten in Frage.²⁸⁴⁸ Daneben²⁸⁴⁹ gebe es auch erlaubtes Verhalten, für dessen Konsequenzen der Handelnde die „Kosten tragen“ müsse.²⁸⁵⁰ Dies sei der Fall, wenn der Organisierende ein besonderes Risiko in Anspruch nehme, das über das unumgänglich alltägliche hinausgeht,²⁸⁵¹ und so dem anderen „eine Freiheitsbeschränkung rechtmäßig aufdrängen“ dürfe.²⁸⁵² Indiz für das Vorliegen eines Sonderrisikos seien ins-

nen Blick konnte und kann die Dogmatik über das – wie auch immer formulierte – Kriterium einer sinnfälligen Begehungähnlichkeit nicht hinauskommen; wird aber die Funktion der Begehungshaftung erkannt, sei, trotz eines Freiraums Erwartungssicherheit zu gewährleisten, fällt zur Unterlassung die Einsicht in den Schoß, daß die Abwendungspflicht das Gegenstück zur Inanspruchnahme eines Sonderrisikos bildet.“ (ZStW 107 (1995) 843, 845).

²⁸⁴² *Jakobs* System S. 36.

²⁸⁴³ *Jakobs* in: *El Sistema* S. 133, 134.

²⁸⁴⁴ Hierzu *Jakobs* *Unterlassen* S. 28.

²⁸⁴⁵ *Jakobs* System S. 36 f. Bereits bei den Verkehrspflichten komme es allerdings zu schwierigen Abgrenzungsfragen, bei denen die Zuständigkeit konkurrierender Organisationskreise abgewogen werden müsse, *ders.* in: *El sistema* S. 133, 136 f.

²⁸⁴⁶ *Jakobs* AT 29/38; *ders.* *Unterlassungsdelikt* S. 22; insgesamt zustimmend *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 125.

²⁸⁴⁷ *Jakobs* in: *El Sistema* S. 133, 138; ebenso *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 42.

²⁸⁴⁸ Auf diese Weise dehne der Täter stets seinen Organisationskreis zum Nachteil des Opfers aus, *Jakobs* AT 29/39; *ders.* in: *El Sistema* S. 133, 138; *ders.* System S. 37.

²⁸⁴⁹ Letztlich ließen sich beide Fallgruppen unter dem Begriff des „Sonderrisikos zusammenfassen“: Pflichtwidriges Verhalten sei bloß „ein krasser Fall des Sonderrisikos, aber eben nicht der einzig mögliche [...]“. *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 43. Entscheidender übergeordneter Gesichtspunkt sei die Schaffung eines Sonderrisikos, S. 48. *Jakobs* nimmt dafür sogar die Leitentscheidungen BGHSt 25, 128 und BGHSt 37, 106 in Anspruch; siehe auch *ders.* System S. 37; *ders.* FS R. Merkel S. 639, 641, dort auch Fn. 9; genauso *Freund* MK § 13 Rn. 145; *Pawlik* *Unrecht* S. 182: „Kernbereich“; *Timpe* *Strafmilderungen* S. 184.

²⁸⁵⁰ *Jakobs* System S. 37; so auch *Freund* MK § 13 Rn. 121 ff.

²⁸⁵¹ *Jakobs* AT 29/39 f., 42; *ders.* *Unterlassungsdelikt* S. 22 f.; *ders.* System S. 37; *ders.* FS R. Merkel S. 639, 641: „vielleicht sogar ein rechtmäßiges, aber besonders riskantes“; allgemein *ders.* in: ARSP Beiheft S. 57, 66; „Jedermann darf an Verhaltensfreiheit beanspruchen, was jeder andere alltäglich ebenso beansprucht“; ebenso *Pawlik* *Notstand* S. 285; *Timpe* *Strafmilderungen* S. 187.

²⁸⁵² *Jakobs* in: *El Sistema* S. 133, 139.

besondere das Bestehen zivilrechtlicher Gefährdungshaftung sowie die gesetzlich angeordnete Pflichtversicherung für bestimmte Tätigkeiten.²⁸⁵³ Daneben müsse der Gefährdete seinerseits alle erforderlichen Sicherungen getroffen haben – anderenfalls „kompetenziere“ die „Obliegenheitsverletzung“ des Opfers die Schaffung des Sonderrisikos.²⁸⁵⁴

2. Bewertung

Dass die Theorie im Rahmen der Unterlassungsdelikte erhebliche Gefolgschaft gefunden hat,²⁸⁵⁵ ist sicher auch dadurch begründet, dass sich die Lehre *Jakobs*‘ und die sonst deutlich divergierenden Prämissen der h.L. an dieser Stelle wohl am ehesten nähern. Denn das Unterlassungsdelikt wurde seit *Feuerbach* (abseits des „Umwegs“ über die Kausal- und Interferenztheorien) stets als Rechtspflichtverletzung verstanden.²⁸⁵⁶ Auch die Argumentation sowie die Resultate *Jakobs*‘ sind – was die Organisationszuständigkeit angeht – über weite Strecken überzeugend. Dennoch können die Begriffe und Ergebnisse nicht unmittelbar übernommen werden; denn der Begriff Organisationszuständigkeit lässt sich nicht isoliert betrachten. „Das von *Jakobs* entworfene Modell entbehrt in sich nicht einer gewissen Folgerichtigkeit“.²⁸⁵⁷ Eine umfassende Auseinandersetzung mit dem epochalen Theoriegebäude *Jakobs* kann und soll hier nicht erfolgen.²⁸⁵⁸ Da jedoch *Jakobs*‘ keine Lehre vom Unterlassungsdelikt oder der Garantenstellung im klassischen Sinne verfolgt,²⁸⁵⁹ sondern sich die Garantenstellung aus Ingerenz nahtlos in das Gesamtkonzept einfügt, erscheint die „Garantenlehre“ kaum isoliert kritisierbar.

²⁸⁵³ *Jakobs* AT 29/39; *ders.* in: El sistema S. 133, 160; *ders.* System S. 37; zustimmend *Beulke* KK III Rn. 587 f.; *ders./Bachmann* JuS 1992 737, 7340; *Frister* AT 22/33 m. Fn. 75; *Meier* NJW 1992, 3193, 3196; *Rengier* JuS 1989, 802, 807; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 117; *Timpe* Strafmilderungen S. 187; siehe zudem bereits *Welp* Vorangegangenes Tun S. 222; vorsichtiger *Otto* FS Hirsch S. 291, 307 f.

²⁸⁵⁴ *Jakobs* AT 29/40; *ders.* Unterlassungsdelikt S. 22 f., 29; *ders.* FG BGH IV S. 29, 40; *ders.* System S. 37; diese Erfordernisse ergäben sich direkt aus dem Synallagma von Organisationsfreiheit und Vermeidungspflicht, vgl. *ders.* AT 29/38; *ders.* Unterlassen S. 23; *Weigend* LK § 13 Rn. 44 f.; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 42; **and**ers insoweit *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 94 m. Fn. 99.

²⁸⁵⁵ Zu nennen sind hier etwa die Konzeptionen von *Pawlik*, *Timpe*, *Freund*, *Kindhäuser*, *Vogel* und *Sánchez-Vera*.

²⁸⁵⁶ Davon geht auch *Jakobs* selbst aus: „Von den begehungsgleichen Unterlassung her ist diese Sichtweise geläufig: Die Unterlassung eines Garanten mag ‚Verletzen‘ bedeuten, die eines Nichtgaranten hat hingegen diese Bedeutung nie“ (*Jakobs* System S. 17, 27); „deshalb wird bei der Unterlassung ausgearbeitet, was bei der Begehung als selbstverständlich vorhanden gilt“ (S. 35); auch *Perdomo-Torres* Garantenpflichten S. 155 und *Pawlik* FS *Jakobs* S. 469, 492 m. Fn. 125 weisen darauf hin, dass sich die Frage der „Zuständigkeits-“ oder Rechtspflichtbegründung ursprünglich bei den Unterlassungsdelikten gestellt hat und nun von manchen Autoren zum Kern des Strafrechts erhoben wird.

²⁸⁵⁷ *Hirsch* ZStW 106 (1994) 746, 752; siehe auch *Schünemann* ZStW 126 (2014) 1, 3: in seiner Folgerichtigkeit geradezu bewundernswürdiges Gesamtkonzept des Strafrechts; *Stratenwerth* FS *Jakobs* S. 663, 673 spricht von einem „höchst eindrucksvollen Entwurf“.

²⁸⁵⁸ Verwiesen sei etwa auf den Sammelband „Strafrecht und Gesellschaft“; deutlich schärfer etwa *Schünemann* FS Roxin (2001) S. 1, 13 ff.; *ders.* ZStW 126 (2014) 1 ff.

²⁸⁵⁹ Eindrucklich *Jakobs* Unterlassen S. 36 m. Fn. 77: „Der Streit um die Grenzen der Ingerenzhaftung ist also auch ein Streit um die Begehungshaftung!“

a) Straftat als Normverletzung/ Rollenbruch oder als Rechtsgutsverletzung?

Entscheidend ist für *Jakobs* der Angriff auf die *Normgeltung* durch den *Rollenbruch*, so dass es auf die *Tat selbst* nicht mehr ankommt.²⁸⁶⁰ Damit vermag er sämtliche phänotypische Unterschiede von Begehungs- und Unterlassungstat wegzuwischen, um beide Erscheinungsformen des Verbrechens sodann auf eine einheitliche rechtliche Zuschreibung zu stützen.²⁸⁶¹ Durch diese Nivellierung der Unterschiede der Verhaltensformen, die „Parallelisierung von Begehung und Unterlassung“²⁸⁶² ist die Strafbarkeit des Ingerenten – ähnlich wie schon bei *Herzberg* (→ G) – bruchlos herleitbar. Allerdings sind bereits die Grundannahmen, die diese Nivellierung stützen, nicht unproblematisch. Jedenfalls ist es höchst zweifelhaft, ob das komplexe Institut der Strafe allein mit der Stabilisierung der Normgeltung begründet werden kann.²⁸⁶³ Die Theorie von Rede und Antwort träge möglicherweise noch zu, wenn es sich bei der „Antwort“ tatsächlich um eine „feierliche Normbestätigung“ handelte.²⁸⁶⁴ Den Tadel sowie den Strafschmerz, den die „Antwort“ jedoch in Wirklichkeit ausmacht, erleidet der Täter allerdings tatsächlich ganz real als Individuum.²⁸⁶⁵ Die Strafe, die das Individuum trifft, muss auch dem Individuum gegenüber legitimiert werden.²⁸⁶⁶ Dafür genügt nicht, die „empirische Leidzufügung als notwendige Folge metasprachlicher Gedankenoperationen“²⁸⁶⁷ zu begründen. Es ist nicht

²⁸⁶⁰ Vgl. auch *Zaczyk* GA 2014, 73, 84. Die normative Stabilisierung enttäuschter Erwartungen ist bei *Jakobs* der Angelpunkt, aus dessen Perspektive bestimmt wird, inwiefern bestimmte Eigenschaften des Verhaltens und der Person relevant werden, siehe *Stratenwerth* FS *Jakobs* S. 663, 674; *Schünemann* ZStW 126 (2014) 1, 5 ff.; *K. Günther* in: *Positive Generalprävention* S. 153, 157.

²⁸⁶¹ Vgl. auch *Schünemann* ZStW 124 (2014) 1, 13 f.

²⁸⁶² *Jakobs* Handlungsbegriff S. 31.

²⁸⁶³ Zweifelnd etwa *Hörnle* ZStW 129 (2017) 593, 594; siehe auch *dies.* *Straftheorien* S. 64; *dies.* *Handbuch* Bd. 1 § 12 Rn. 32; *Hirsch* in: *Strafrecht und Kriminalpolitik* S. 65, 76; *Neumann* FS *Jakobs* S. 435, 447; *ders.* in: *Positive Generalprävention* S. 147 f.; *Roxin* GA 2015, 185 ff.; *Stratenwerth* *Lehre von den Strafzwecken* S. 22; *Weigend* in: *Strafrecht und Kriminalpolitik* S. 113, 122.

²⁸⁶⁴ Vgl. zu diesem Argument *Hörnle/v. Hirsch* in: *Positive Generalprävention* S. 83, 87; *Kuhlen* in: *Positive Generalprävention* S. 55, 62; *Roxin* GA 2015, 185, 189. Diese Frage stellt *Jakobs* selbst, *Strafe* S. 27: „Immerhin ist ja auch der Schuldspruch schon Widerspruch gegen das Verbrechen. Wieso ist zudem noch ein Schmerz erforderlich?“

²⁸⁶⁵ Es selbst sitzt auf der Anklagebank und erleidet den Freiheitsentzug, nicht bloß die Fiktion einer davon getrennten „Person“. Siehe bereits oben → Kapitel 1 § 2 C II 2. Vgl. *Greco* GA 2019, 684, 703: die Strafe trifft „den Menschen als Menschen“; *Frisch* GA 2019, 537, 541: „Eingriff des Staates in jene Rechte, Freiheiten und Güter des Einzelnen, die der Staat als Institution eigentlich zu achten und zu schützen hat“; *Hörnle/v. Hirsch* in: *Positive Generalprävention* S. 83, 86 ff.; *Leite* *Notstand* S. 182, 195 f.; *Seelmann* in: *Vielfalt des Rechts* S. 85, 93; *Zaczyk* GA 2014, 73, 88: Die Strafe vollzieht sich nicht bloß im reinen Bereich des Sollens.

²⁸⁶⁶ *Greco* FS *Sancinetti* S. 105, 115.

²⁸⁶⁷ Kritisch insoweit *Schünemann* FS *Lüderssen* S. 327, 329 f.; *ders.* FS *Lampe* S. 538, 541 f.: Die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe wird in einen bloßen Kommunikationsakt umgedeutet. *Zaczyk* GA 2014, 73, 86: „Es ist ein Widerspruch, mit der Verletzung inhaltlich bestimmter subjektiver Rechte (Freiheit oder Eigentum) auf ein Geschehen zu reagieren, das seinerseits nicht durch eine Verletzung konkretisierter Rechte gekennzeichnet ist, sondern durch seine Bedeutung für die allgemeine Normgeltung“. Dieser fragt weiter, wieso *Jakobs* überhaupt an die *Tat* als Widerspruch anknüpft und nicht direkt an den „sozialen Widerhall“ derselben (S. 85; zustimmend *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33p; bereits *Bock* ZStW 103 (1991) 636, 649 ff. zweifelt daran, ob positiv-generalpräventiver Mechanismen wirksam sind, wenn die Bürger wissen, dass es bei der Strafe um ihre Beeinflussung geht). *Jakobs* meint freilich, es gehe nicht um

einzuwenden, dass es zum Ausgleich einer abstrakten Konstruktion „kommunikativer Normwiderrspruch“ der tatsächlichen Einbuße an Lebensqualität des Täters bedarf.²⁸⁶⁸ Insbesondere ist fraglich, weshalb zur Reaktion auf den Normbruch gerade die Rechtsfolge Strafe folgen muss. Dass eine Rechtsnorm weiterhin Geltung hat, ließe sich auch anders demonstrieren.²⁸⁶⁹

Jakobs erklärt die Notwendigkeit der „Schmerzzufügung“, dass sich also die „Antwort“ der Strafe nicht bloß verbal vollziehen muss, mit der „kognitiven Sicherung der Normgeltung“: Werde dem Täter ein Strafschmerz zugefügt, der so stark ist, dass die Tat als „missglücktes Unternehmen“ erscheine, stehe es um die kognitive Untermauerung der Norm in Zukunft jedenfalls nicht schlechter.²⁸⁷⁰ Die Strafe habe also durchaus eine „stumme Seite“ und sei „nicht nur Kommunikation“.²⁸⁷¹ Und auch was die Tat, die „Rede“, angehe, müsse der Täter die Norm durch eine *Gestaltung* verletzen, sie nicht bloß leugnen: „Das Recht hat immer auch eine äußere Seite, die Manifestation der Person in der Welt“.²⁸⁷² Wenn *Jakobs* damit jedenfalls für das vollendete Delikt nun doch eine Gutsverletzung als für den Normbruch signifikantes Ereignis fordert,²⁸⁷³ weicht er teilweise von seinem Standpunkt ab und hält die Rechtsgutsbeeinträchtigung für relevant,

eine Effizienzkontrolle dressierbarer Individuen, sondern um die Verpflichtung der Person zum „Ersatz des Normgeltungsschadens“ gegenüber der Gesellschaft, in: *Das Proprium* S. 104, 132; *ders.* *System* S. 14 f.

²⁸⁶⁸ Diesen Vorwurf richtet *Hörnle* (Strafzumessung S. 104 f.) zu Recht an die absolute Straftheorie *E. A. Wolffs* (der sich *Jakobs* z.T. angenähert hat, vgl. *Arth. Kaufmann* Jura 1986, 225, 266: Was früher als „Vergeltung“ bezeichnet wurde, ist heute „Stabilisierung“; *Roxin* GA 2015, 185, 189; *Schünemann* ZStW 126 (2014) 1, 7 f.: *Jakobs* schaffe es nicht, den Einwänden gegen die Vergeltungsstrafe zu entgehen. Die „Wortakrobatik“ ändere nichts daran, dass ganz im Sinne der Talion zwei Übel aufeinander folgen.

²⁸⁶⁹ Der Schluss von dem Vorliegen einer Normverletzung auf den Einsatz des spezifischen Sanktionsmittels Strafe ist nicht zwingend. Vgl. *Hassemer* ZStW 87 (1975) 146, 161: „Brauch man zur Systemerhaltung immer die Strafnorm?“, *Hörnle/v. Hirsch* in: *Positive Generalprävention* S. 83, 86 ff.; *Köhler* AT S. 22; *Kuhlen* in: *Positive Generalprävention* S. 55, 62; *Paeffgen* FS Wolter S. 125, 129; *Roxin* GA 2015, 185, 189; *Schmidhäuser* Sinn der Strafe S. 55; *Schünemann* FS Roxin (2001) S. 1, 15; *ders.* FS Lüderssen S. 327, 330; *Stratenwerth* Lehre von den Strafzwecken S. 13. Dieser Einwand besteht im Übrigen bereits gegenüber dem Verbrechensbegriff *Hegels*. Die Verletzung und damit Negierung des Rechts zieht nicht notwendig strafrechtliche Folgen nach sich, vgl. *Gallas* in: *Beiträge* S. 1, 3; *Köhler* ZStW 114 (2002) 183, 187; *Berster* Unterlassungsdelikte S. 38 f.

²⁸⁷⁰ Die Norm bedürfe kognitiver Untermauerung, wenn sie wirklich Orientierung geben solle. Eine Erwartung dürfe nicht nur garantiert sein, es müsse auch einigermaßen sicher sein, dass es nicht zu einem Bruch komme. *Jakobs* Strafe S. 29 f.: der Täter müsse nicht nur als Verbrecher bezeichnet, sondern auch so behandelt werden; *ders.* in: *Das Proprium* S. 104, 132, 134; *ders.* *System* S. 13 ff.: Auch der Strafschmerz sei Träger des Sinns; ausführlich *ders.* Norm, Person, Gesellschaft S. 113 ff.; ähnlich auch *Pawlik* Unrecht S. 116 f.: Die Schmerzzufügung sei erforderlich, damit die Botschaft der Strafe nicht nur registriert, sondern auch geglaubt werde; **kritisch** zu diesem Versuch, das Geschehen auf die „Ebene der Kognition“ zu ziehen *Zaczyk* GA 2014, 73, 86.

²⁸⁷¹ *Jakobs* Norm, Person, Gesellschaft S. 113 f.

²⁸⁷² *Jakobs* *System* S. 14, siehe auch 22; *ders.* Handlungs begriff S. 33 f.; *Pawlik* FS *Jakobs* S. 469, 487: Die Straftat sei nicht die Verkürzung einer Lebensspanne, sondern das tätliche Bestreiten des Existenzrechts des Mitbürgers; **kritisch** zu derartigen Überlegungen *Schünemann* FS *Roxin* (2001) S. 1, 16.

²⁸⁷³ Damit versucht *Jakobs* insbesondere auch die Konsequenzen einer subjektiv-monistischen Unrechtskonzeption (wie der *Arm. Kaufmann*-Schule) zu vermeiden, worauf ein allein auf die Normgeltung abstellendes Strafrechtssystem konsequent hinauslaufen müsste. Dagegen argumentierend *Jakobs* *System* S. 69 f.; *ders.* Handlungs begriff S. 34 ff.; zum Ganzen auch *Roxin* ZStW 116 (2004) 929, 940 f.

wenn auch „nur in sehr gekünstelter Form durch die Umdeutung der Verletzung in eine Bedingung der Signifikanz des Normbruchs“.²⁸⁷⁴ – Dann lässt sich die oben zitierte Kritik umkehren: Wenn auch der Strafschmerz an der erhaltenden Generalprävention teilnimmt, ist es inkohärent an der Deutung des Verhaltens *allein* als (wenngleich „objektivierter“) Kommunikation festzuhalten. Der durch die Strafe erfolgende erhebliche Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Güter kann nicht ohne den Rückgriff auf schutzwürdige materielle Güter erklärt werden.²⁸⁷⁵ Wenn das Strafrecht nicht zum bloßen Machtinstrument und Selbstzweck verkommen will, darf die Strafe nicht nur die Geltung einer Norm um ihrer selbst willen aufrechterhalten, sondern muss der Bewahrung der hinter Norm stehenden Rechtsgüter, also dem Schutz des friedlichen, freien Zusammenleben unter Achtung der Menschenrechte, dienen.²⁸⁷⁶ Denn Staat und Gesellschaft sind in unserer liberalen Verfassung kein Selbstzweck,²⁸⁷⁷ sondern existieren für das unbedingt um seiner selbst willen schützenswerte Individuum.²⁸⁷⁸ *Jakobs*‘ Erklärungsansatz von Verbrechen

²⁸⁷⁴ Dazu dezidiert *Roxin ZStW 116 (2004) 929, 941 f.*

²⁸⁷⁵ Zur Legitimation des in der Kriminalstrafe liegenden erheblichen Grundrechtseingriffs sind daher nützliche Folgen jenseits jeder bloßen Symbolik erforderlich. Die Existenz des Strafrechts ohne die Verfolgung (bedeutender) empirisch-sozialer Zwecke kann nicht gerechtfertigt werden, *Frister AT 2/26; Hörnle* in: *Empirische Fundamente S. 105, 107; Kuhlen* in: *Positive Generalprävention S. 55 ff.; Roxin GA 2015, 185, 189 f.*

²⁸⁷⁶ *Roxin/Greco AT I § 2 Rn. 110 f.*: „Dieser Zustand [auf den sich Rechtsnormen richten] aber kann in einer rechtsstaatlichen Demokratie [...] nur in einem friedlichen und freien, die Menschenrechte respektierenden Zusammenleben der Gesellschaftsmitglieder bestehen“; sowie *Roxin ZStW 116 (2004) 929, 942; ders.* in: *Empirische Fundamente S. 135, 148*: Das System darf nicht um seiner selbst willen, sondern bloß um der Menschen willen erhalten werden, die in der Gesellschaft leben; *ders.* *FS Lampe S. 423, 431; ders.* *FS Hassemer S. 573, 593 f.*; *Maurach/Gössel/Zipf AT 2 § 39 Rn. 23; Greco ZStW 117 (2005) 519, 540; Hirsch ZStW 106 (1994) 746, 753, 765 m. Fn. 82; Neumann* in: *Personale Rechtsgutslehre S. 85, 88 f.*; *Schünemann FS Roxin (2001) S. 1, 16*; ausführlich hierzu noch unten → Kapitel 4 § 1 A I 2; siehe außerdem *Amelung* in: *Rechtsguttheorie S. 155, 169 f.*: kein Schutz der Verhaltensnormen um ihrer selbst willen; *Frisch GA 2019, 537, 547.*

²⁸⁷⁷ Keine Gesellschaft ist jedoch in ihrem gesamten Normenbestand schutzwürdig, sowie kaum eine Gesellschaft hinsichtlich keiner Norm schutzwürdig ist, *Neumann* in: *Positive Generalprävention S. 147, 149*; siehe auch *Zaczyk GA 2014, 73, 85*: es gibt durchaus gut funktionierende nicht-freiheitliche Gesellschaftsordnungen.

²⁸⁷⁸ Vgl. *Roxin/Greco AT I § 2 Rn. 110, 116; Greco FS Sancinetti S. 105, 115*; ferner *Zaczyk Unrecht S. 129*: das Prinzip der Subjektivität ist prägend für die neuzeitliche Entwicklung insgesamt. – Der Systemtheorie hingegen, bei der *Jakobs* Anleihen sucht, geht es um den Systemerhalt, das „reibungslose Funktionieren im System“, nicht um den Eigenwert des Individuums und damit die Gerechtigkeit der Strafe. Dieser Ansatz kann damit nicht die rechtsstaatlich erforderliche Begrenzung des Strafrechts sowie seine Legitimation dem Betroffenen gegenüber gewährleisten. Siehe zum Ganzen *Greco Lebendiges S. 499 f.*: Keine deontologische Rechtfertigung; *Hassemer ZStW 87 (1975) 146, 161 ff.*; *ders.* in: *Strafen im Rechtsstaat S. 160 f.*: Unverfügbare Rechtspositionen gehen in einem funktionalistischen System unter und verkommen zu bloßer Abwägungsmasse; *Jescheck/Weigend AT § 22 VI 4; Hefendehl Kollektive Rechtsgüter S. 72 f.*; *Kahlo Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 211; Arth. Kaufmann Jura 1986, 225, 226; Neumann* in: *Strafrechtsprobleme S. 119, 122 f.* *Vogel Norm und Pflicht S. 60, 66, 358*; für die Korrektur der gesellschaftlichen Perspektive durch die Wertungen des Grundgesetzes *Amelung*: Zwar geht dieser von einer gesellschaftlichen Sozialschadenslehre im Strafrecht aus, nimmt aber an, dass der „Kreis möglicher Problemlösungen“ im sozialen System durch das Grundgesetz, insbesondere Art. 1 und 2 GG, „eingeeengt“ werde, *Amelung Rechtsgüterschutz S. 314 ff., 390; ders.* in: *Recht und Moral S. 269, 278 f.*; *ders.* in: *Rechtsguttheorie S. 155, 180*; auch *Frisch GA 2019, 537, 541* meint: „Die Bindungen, dienen der Staat

und Strafe hingegen fokussiert sich allein aus dem Blickwinkel der Außenperspektive auf die Norm, behandelt diese damit als Selbstzweck und blendet das von der Norm betroffene tatsächliche Geschehen, also den Inhalt der Norm, aus.²⁸⁷⁹ Indem der Normenbestand einer Gesellschaft mit ihrer vorhandenen Rollenverteilung gesichert wird, zementiert die Theorie bloß die vorhandenen Machtverhältnisse,²⁸⁸⁰ es kann nach ihr keine wissenschaftliche Kritik an Strafnormen und damit an gesellschaftlicher Macht geben.²⁸⁸¹

Wenn Aufgabe von Strafe nicht bloß die Aufrechterhaltung gesellschaftlicher Institutionen und damit Erwartungen an Rollenträger ist, kann konsequenterweise auch die Straftat nicht bloß als Verstoß gegen eine Norm verstanden werden kann. Der Mörder wird nicht wegen seiner Auflehnung gegen die Strafnorm, sondern wegen der Vernichtung eines Menschenlebens bestraft.²⁸⁸² Das Verbrechen ist Rechtsgutsverletzung, also Zerstörung eines realen, wenn auch nicht notwendig körperlichen, Gegenstandes, nicht bloß Pflichtverletzung.²⁸⁸³

als Institution unterliegt, könnten ihm das verbieten, was – diese Bindung oft vernachlässigende – Philosophen glauben vertreten zu können oder gar verfechten zu müssen“. Überzeugender ist es jedoch, das Straftatsystem auf der Werteordnung des Grundgesetzes aufbauen, anstatt diese bloß als „Korrektiv im Sinne unumgänglicher ‚Kosten‘“ zu sehen, *Hassemer ZStW 87 (1975) 146, 162*; *Hefendehl Kollektive Rechtsgüter S. 72*.

²⁸⁷⁹ Kritisch *Hirsch ZStW 106 (1994) 746, 753*: „Formalismus“; *Neumann in: Positive Generalprävention S. 147, 149*: Strafe ist bloß aus der gesellschaftsinternen Perspektive begründbar; *ders. FS Jakobs S. 435, 447*; siehe auch *Hefendehl GA 2007, 1, 5*; *Jakobs* eliminiere, indem er zum Zweck der Norminhalte keine Stellung nehme, seine eigene Begründungslast ersatzlos; zwar bringt *Jakobs* selbst vor, die Strafe bleibe „rechtsstaatlich korrekt“ auf den Ausgleich des vom Täter verschuldeten „kognitiven Defizits“ der Normgeltung ergibt, *System S. 15*. – Problematisch bleibt jedoch, ob die Normgeltung von vornherein berechtigt war.

²⁸⁸⁰ Hieraus kann nicht gefolgert werden, das Strafrecht *solle* strafen, um „Normen und Rollen zu sichern, Herrschaftsverhältnisse zu erhalten“, *Greco ZStW 117 (2005) 519, 539*.

²⁸⁸¹ *Hefendehl GA 2007, 1, 5*; *Neumann in: Positive Generalprävention S. 147, 149*; *ders. in: Personale Rechtsgutslehre S. 85, 89*: Der funktionale Strafrechtanalytiker ist bei der Diskussion über die Legitimität von Kriminalisierungen „steinerner Gast“; *Roxin/Greco AT I § 2 Rn. 111*; *Weigend LK Einl. Rn. 3*: Anstatt von einer rechtsstaatlichen Begründung hängt die Legitimität der strafrechtlich zu schützenden Normen und Institutionen von unausgesprochenen externen Kriterien ab; siehe auch *Greco rescriptum 2014, 139, 140*: Rechtswissenschaft als „der Versuch, Macht durch Gründe zu bändigen“; *Naucke in: der Strafrechtswissenschaft gehe es nicht ohne „kritische Schwärmerei und kritische Utopie“ (wiedergegeben bei Zieschang ZStW 107 (1995) 907, 927)*.

²⁸⁸² *Hirsch ZStW 106 (1994) 746, 753*; ähnlich *Roxin/Greco AT I § 7 Rn. 33p*; treffend auch *Hilgendorf Handbuch Bd. 2 § 27 Rn. 12*: „Eine Vergewaltigung lässt sich nicht als eine fehlgeschlagene Kommunikation des Täters mit dem Staat (!) deuten, wenn nicht die Strafrechtstheorie jeden Anspruch auf Nachvollziehbarkeit und Akzeptanz ihrer Begriffsschöpfungen in der Bevölkerung aufzugeben bereit ist“. Siehe auch *Kindhäuser Gefährdung S. 132*: „Der Tod des Opfers ist ein Schaden, der logisch unabhängig von dem Verbot seiner Verursachung ist“.

²⁸⁸³ Vgl. *Hilgendorf Handbuch § 27 Rn. 12*; *Roxin/Greco AT I § 3 Rn. 36e*. Dass der ideelle Verbrechensbegriff nicht absolut zu setzen sei, betont mit *Frisch (GA 2019, 185, 194 ff.)* auch ein Anhänger des ideellen Verbrechensbegriffs: „Wer Gegenteiliges behauptet, muss in Kauf nehmen, nicht mehr nur von gebildeten Laien, sondern auch von geschulten Juristen nicht mehr verstanden zu werden.“ Die Ausblendung der „Realität der Straftat mit ihrem Leid für Opfer und andere“ sei nicht nachvollziehbar (S. 195).

Während die Theorie nun für die „Organisationszuständigkeit“ ähnliche Ergebnisse wie ein am Rechtsgüterschutz orientiertes Strafrecht erzielen kann, indem es jeweils um einen Übergriff in eine fremde Freiheitssphäre geht, werden die Unterschiede für die institutionelle Zuständigkeit deutlicher: Hier geht es *Jakobs* um „Haftung für die Verletzung einer Institution“. ²⁸⁸⁴ Da auch die Trennung der Organisationsbereiche eine Institution ist, gilt dort jedoch letztlich das Gleiche: „die Institution wird dann zum Leitpunkt“. ²⁸⁸⁵ Auch der Begehungstäter und der Ingerent werden letztlich nicht für die Verletzung der anderen Person für ihren Rollenbruch und damit den Angriff auf die „Institution“ des Synallagma von Freiheit und Folgenverantwortung bestraft. Indem *Jakobs* die Strafverhängung sowie das Verhalten bloß als Kommunikation, also Normverletzung, versteht, hebt er das Geschehen auf eine normativ-kommunikative Metaebene, die es ihm erlaubt, die Zuständigkeit problemlos in die Unterlassungsphase zu verlängern. Der „Verzicht auf sachliche Kriterien legitimen Normschutzes“ ²⁸⁸⁶ führt dazu, dass die „Garantenpflicht“ des Ingerenten nicht zum Zweck des Rechtsgüterschutzes begründet werden muss, sondern es genügt, den Gefahrschaffer nach einem gesellschaftlichen Deutungsschema weiterhin für zuständig zu erklären. ²⁸⁸⁷ Auch die im Ausgangspunkt zutreffende Beschreibung der immer weiter fortschreitenden gesellschaftlichen Vernetzung und gleichzeitigen Anonymisierung ist kein Grund, die rechtsstaatlichen Begrenzungen des Strafrechts auf individuell zu verantwortende Rechtsgutsbeeinträchtigungen aufzugeben. ²⁸⁸⁸

b) Unbestimmtheit und Empiriefreiheit

Jakobs zieht aus rechtsphilosophischen Überlegungen zur Gesellschaft sowie den funktionalen Erwägungen zur Normgeltungserhaltung direkte Schlüsse auf Einzelfragen des materiellen Strafrechts. ²⁸⁸⁹ Dabei sind die maßgeblichen Begriffe weitgehend von empirischen Sachverhalten gelöst, die „naturalistische“ Beschaffenheit des Verhaltens soll keine hervorgehobene Relevanz haben. ²⁸⁹⁰ *Jakobs* hat dabei durchaus recht, wenn er bei

²⁸⁸⁴ *Jakobs* Handlungsbegriff S. 31. – Damit muss etwa die Unterlassung des Ehegatten nicht mehr als Rechtsgutsangriff erklärt werden, sondern bloß als „Angriff“ auf die Institution „Ehe“.

²⁸⁸⁵ *Jakobs* Handlungsbegriff S. 32.

²⁸⁸⁶ So krit. *Neumann* in: Personale Rechtsgutslehre S. 85, 89.

²⁸⁸⁷ Dabei soll nicht unterschlagen werden, dass die Definition eines Organisationskreises auch eine *freiheitssichernde* Intention haben kann. Der Täter „soll von vornherein auch durch sein Recht auf eine von Kontrolle freie Sphäre definiert werden [...]“ (*Jakobs ZStW 97* (1985) 751, 753; ähnlich *Pawlik Unrecht* S. 140), die Person werde nicht dem Kollektiv unterworfen, denn sie gewinne in der gesellschaftlichen Vermittlung erst ein wirkliches Dasein in Freiheit (*Jakobs* in: *Das Proprium* S. 104, 133). Aber dies spricht nicht für einen Primat der Gesellschaft, vielmehr sind diese Argumente auch in einem Modell zutreffend, welches seinen Ausgangspunkt in den Freiheitsrechten des Einzelnen nimmt.

²⁸⁸⁸ *Hassemer* in: Strafen im Rechtsstaat S. 160, 165 f.: „im Gegenteil: Gerade das Strafrecht muß gerade in solchen Zeiten die personalen Elemente mit Nachdruck schützen und bewahren“.

²⁸⁸⁹ **Kritisch** etwa *Hirsch* in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 65, 76: hierdurch gerate man zu einer unscharfen Begriffsbildung, wodurch die Straftatvoraussetzungen eine generalklauselartige Weite erhielten; *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 60; *Stratenwerth* FS *Jakobs* S. 663, 674; *Berster* Unterlassungsdelikt S. 42.

²⁸⁹⁰ Besonders deutlich *Jakobs* Handlungsbegriff S. 32 f.; **kritisch** insoweit insbesondere *Schünemann*: Das System *Jakobs* bewege sich „nur in einer Sphäre reiner und deshalb tautologischer Normativität“ (in: In-

Kausalisten und Finalisten den „ausschließlichen Bezug auf natürliche Tatsachen“ kritisiert.²⁸⁹¹ Das bedeutet jedoch gerade nicht, dass sich diese soziale Wirklichkeit nicht *auch* durch empirische Größen definiert.²⁸⁹² Während *Jakobs* also kritisiert, im Naturalismus fehle den sachlogischen Strukturen der gesellschaftliche Kontext,²⁸⁹³ erscheint es ebenso wenig zielführend, sich allein mit dem „Kon-text“ zu beschäftigen, ohne zu fragen, *wozu* dieser eigentlich besteht.²⁸⁹⁴ Die rechtlichen Regeln, aus denen sich die Bedeutung ergibt, müssen sich auf die (natürlichen und gesellschaftlichen) Eigenschaften des Verhaltens beziehen, da ansonsten die Behauptung einer Bedeutung unvorhersehbar, subjektiv und willkürlich erscheint.²⁸⁹⁵ Stets geht es um empirische Befunde, die normativ beurteilt

ternationale Dogmatik S. 49, 54). Es werde „nur noch in zirkulärer Weise das für richtig gehaltene rechtliche Ergebnis der Erfolgszurechnung ausgedrückt“ (S. 57). *Jakobs* begründe die Strafe unter „Abstraktion und [...] Eliminierung von Realität“ (FS Lampe S. 538, 541; siehe auch S. 543: „Metaebene hinter Metaebene“). Hinter dieser Fassade sei *Jakobs* zur dezisionistischen Auffüllung angewiesen, sodass sämtliche Schleusen für die Auflösung der Strafrechtsdogmatik in Kriminalpolitik geöffnet werden (GA 1995, 201, 220 f.; *ders.* FS Roxin (2001) 1, 16 f.) *Jakobs* ersetzt damit präzise Zurechnungsregeln durch eine „empiriefreie Semantik der Straftat“ (ZStW 126 (2014) 1, 4). Die Ableitung von materiellen Rechtsfolgen aus dem „in Form der symbolischen Deutung erfolgenden sprachlichen Zuschreibungsakt“ sei ein „ehrgeiziges Unterfangen“ (S. 7). Die Argumentation ersetze die soziale Realität durch Kommunikation über diese Realität (GA 2006, 378, 381); *ders.* FS R. Schmitt S. 117, 131: Preisgabe der vorrechtlichen Sachstrukturen; vgl. auch *Berster* Unterlassungsdelikt S. 36; *Greco* GA 2019, 684, 699; *Köhler*: es handle sich um „schlechte Metaphysik“, „formale Teleologie“; *Puppe*: Zirkularität des systemtheoretischen Ansatzes (jeweils bei *Zieschang* ZStW 107 (1995) 907, 923 ff.); *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33p; im Allgemeinen zur Zirkularität funktionalen Rechtsdenkens *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 7, 172.

²⁸⁹¹ *Jakobs* System S. 29; siehe auch *ders.* Handlungsbegriff S. 28: Dem Menschen werden „keineswegs alle finalen oder vorausgesehenen oder voraussehbaren Verhaltensverläufe als seine Stellungnahme oder sein Sinnausdruck zugeordnet“; hierzu *Roxin* ZStW 116 (2004) 929, 940: „so weit, so gut und richtig“. Auch *Welzel* betonte, dass die dem Recht zugrunde liegende „Wirklichkeit des sozialen Lebens“ nicht *allein* an quantitative naturwissenschaftliche Strukturen knüpft, dass die praktische Lebenswirklichkeit „unendlich viel reicher als das naturwissenschaftliche Sein“ ist und Strukturen besitzt, „die in die naturwissenschaftliche Begriffswelt gar nicht eingehen können, die aber darum nicht weniger real sind“, *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 495 f.; zustimmend *Jakobs* FS Hirsch S. 45, 52; ähnlich *Engisch* Weltbild S. 15; *Radbruch* FG Frank I S. 158, 161 f.; *Roxin* ZStW 74 (1962) 515, 549; *Hassemer* in: Strafen im Rechtsstaat S. 137, 140.

²⁸⁹² *Radbruch* hat zwar zu Recht vorgebracht, dass die Beleidigung nicht bloß aus Luftschwingungen besteht (FG Frank I S. 158, 161 f.). Der gegenteilige Schluss, dass diese überhaupt keine Rolle spielen, ist jedoch ebenfalls zu einseitig (*Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33p).

²⁸⁹³ *Jakobs* Unterlassen S. 19. *Jakobs* (System S. 16 m. Fn. 13) schreibt, die Rechtsbegriffe seien auf *soziale* Tatsachen bezogen, „es geht um *Gesellschaftslogik*, nicht um *Sachlogik*, und deshalb um eine im ursprünglichen Sinn *politische* Logik“ (Hervorhebung im Original). Die Gesellschaftslogik könne zwar ontische Gegebenheiten nicht verändern (das Recht könne etwa nicht anordnen, jemanden ins Wasser zu werfen, ohne dass dieser nass wird), jedoch könne sie das Gegebene (etwa durch Zuordnung zum Betroffenen) ausblenden. – Dabei müsste die „Gesellschaftslogik“ jedoch stets angeben können, *warum* das Gegebene ausgeblendet wird und *dafür* muss sie sich auf bestimmte Tatsachen stützen.

²⁸⁹⁴ Treffend *Puppe* ZStW 99 (1987) 595, 616: „Tatsachen ohne Wertung sind zwar rechtsblind, aber Wertungen ohne Tatsachen sind leer“ (dort zur Lehre von der objektiven Zurechnung).

²⁸⁹⁵ Siehe auch *Schünemann* FS Lampe S. 538, 543: Bevor Kommunikation überhaupt möglich ist, muss es etwas geben, über das kommuniziert werden kann, etwa menschliches Leben, körperliche Unversehrtheit, etc.

werden.²⁸⁹⁶ Insoweit baut jedoch das zutreffende Verständnis, das die Straftat als *tatbestandsmäßige und rechtswidrige* Beeinträchtigung von Rechtsgütern ansieht, tatsächlich auf der sozialen Wirklichkeit der Rechtsgutsverletzung auf, indem es *diese* bewertet.²⁸⁹⁷ Die Gesellschaft erkennt durchaus einen Unterschied zwischen der aktiven Begehung einer Straftat und der bloßen Nichtabwendung ihrer Folgen.²⁸⁹⁸ Auch wenn die „Garantie“ im Vordergrund steht und die „Verhaltensgestalt“ zurücktritt,²⁸⁹⁹ muss doch begründet werden, warum gerade für die Verhaltensgestalt „aktives Verhalten“ in aller Regel eine Garantie besteht²⁹⁰⁰ und die des „Unterlassens“ nur im Ausnahmefall. Die Ingerenzgarantenstellung knüpft daher an frühere eigene Ausübung von Herrschaft an,²⁹⁰¹ konkret: an rechtswidriges oder besonders gefährliches vorangegangenes *aktives* Tun. Bloße Untätigkeit hingegen vermag für sich niemals zu „Organisationsanmaßung“, also der Usurpation einer fremden Rechtssphäre führen. Der Begriff der Organisationszuständigkeit vermag die Rückführung auf tatsächliche Sachverhalte²⁹⁰² nicht zu leisten, ihm fehlt die empirische Bedeutung.²⁹⁰³ Der normative Begriff der Organisationszuständigkeit schafft

²⁸⁹⁶ *Stratenwerth* FS *Jakobs* S. 663, 672 und *passim*, der – zu anderen Beispielen – darauf hinweist, dass auch *Jakobs* letztlich auf empirische Befunde abstellt.

²⁸⁹⁷ Dagegen meint *Jakobs*: „Die Rede von Handlungsunwert und vom Erfolgsunwert ist von dieser Sicht her ungeeignet, zu erfassen, worum es geht: nämlich das Nichtanerkennen der Normgeltung durch den Sinnausdruck einer Person, wobei die Objektivierung mehr oder weniger heftig, also quantitativ differenziert ausfallen mag“. *Jakobs* Handlungsbegriff S. 35. Der Eintritt des Erfolges (etwa der Tod des Opfers) soll also im Vergleich zum unmittelbaren Ansetzen bloß eine quantitative Steigerung der Nichtanerkennung der Normgeltung bedeuten. *Jakobs* dreht also, indem er die „Objektivierung“ der Kommunikation für erforderlich hält, die herkömmliche Betrachtungsweise, dass eben ein natürlich-sozialer Vorgang auf seine rechtliche Bedeutung hin überprüft wird, um. – Dies steht allerdings nicht bloß in eklatantem Widerspruch zum geltenden Strafrecht, so denkt auch die Gesellschaft nicht vom Verbrechen, *Stratenwerth* FS *Jakobs* S. 663, 674: „Kein Mensch hat Delikte [...] je in dieser Weise verstanden, und niemand hat sich auf die Regeln strafrechtlicher Verantwortlichkeit je einen solchen Vers gemacht“; *Hilgendorf* Handbuch Bd. 2 § 27 Rn. 12; siehe auch *Roxin* ZStW 116 (2004) 929, 941 f. „zu subjektivistisch gedacht“.

²⁸⁹⁸ *Stein* SK § 13 Rn. 17: Dass aktive Eingriffe regelmäßig verboten, tätiges Eingreifen aber regelmäßig nicht geboten sind, wird als selbstverständlich vorausgesetzt.

²⁸⁹⁹ *Jakobs* gesteht ja selbst ein, dass die rechtliche Bedeutung eines Verhaltens an „äußeren, wenn auch teils dasselbe bedeutenden ‚Chiffren‘ abgelesen“ werden müsse, „eben an Willkürakten oder deren Fehlen“: „Gestaltungsmacht lässt sich in zweierlei Art und Weise ausüben: Der Welt wird tätig eine neue Richtung gegeben oder sie wird in dem Verlauf, den sie nun einmal hat, belassen.“ *Jakobs* System S. 25. Die Zuständigkeit sei jedoch der Rechtsbegriff, dagegen etwa Eigenhändigkeit und Fremdhändigkeit nur Hilfsbegriffe zur Ermittlung der Zuständigkeit, S. 17.

²⁹⁰⁰ So *Jakobs* System S. 27.

²⁹⁰¹ *Jakobs* FG BGH IV S. 29; siehe auch *ders.* System S. 21: Gestaltung.

²⁹⁰² Zu dieser Entnormativierung der Rechtsbegriffe durch eine Rückführung auf ein durch die Alltagssprache bezeichnbares reales Geschehen vgl. *Engisch* Weltbild S. 11 ff., 24; *Hilgendorf* Handbuch Bd. 2 § 27 Rn. 65; *Neumann* ZStW 99 (1987) S. 567, 572; *Puppe* GA 1994, 297, 313; *dies.* Schule S. 45; *dies.* ZIS 2020, 143, 147; *Schünemann* FS *Arth. Kaufmann* S. 299, 313; *ders.* in: *Internationale Dogmatik* S. 49, 51; *ders.* in: *Grundfragen* S. 1, 58; vgl. auch *Frisch* spricht insoweit bloß von einer „prozessualen“ Notwendigkeit: Der Täter werde nicht wegen einer Infragestellung der Geltung des Rechts angeklagt, verfolgt werde vielmehr ein „im Einzelnen genau festgelegtes, gegenständlich umschriebenes Unrecht“, GA 2019, 185, 195 f.

²⁹⁰³ *Schünemann* in: *Internationale Dogmatik* S. 49, 56 „semantisch leere Hülse, aus der dann Garantienstellungen ohne Rücksicht auf Begehungsgleichheit hervorgezaubert werden“, siehe auch S. 54 m. Fn. 25; *ders.*

zwar „Raum für angemessene strafrechtsdogmatische Regeln“, füllt diesen Raum jedoch nicht aus; er erweitert die strafrechtlichen Argumentationsmöglichkeiten, „allerdings auf Kosten der Stärke der Argumentation“.²⁹⁰⁴ *Jakobs* scheint das Problem bloß zu umschreiben, anstatt es zu lösen.²⁹⁰⁵ Zwar erwidert er, die Vorwürfe würden sein Konzept nur treffen, wenn es nicht in der konkreten Gesellschaft angewandt werde.²⁹⁰⁶ Allerdings kann die gesellschaftliche Bedeutung eines Verhaltens gerade in der *konkreten* komplexen, pluralistischen Gesellschaft nicht eindeutig und nicht einheitlich erkannt werden.²⁹⁰⁷

c) Die Ingerenz als „synallagmatische Gegenleistung“ für den Freiheitsgebrauch?

Die oben angedeutete Annäherung von *Jakobs* und der h.L. bedeutet auch, dass trotz aller Kritik gerade für die Ingerenzbegründung zahlreiche Schussfolgerungen *Jakobs*‘ zutreffen. Denn dort besteht (aktuell) kein natürliches (Herrschaft) oder soziales Substrat, auf

FS R. Schmitt S. 117, 131; *ders.* GA 1995, 201, 220; *ders.* in: Empirische Fundamente S. 349, 363: Blankettnatur; *ders.* FS Roxin (2001) S. 1, 17, S. 19: unbestimmte „Kunstausrücke“, die „nur als Etiketten dienen, die erst durch zusätzliche Dezierionen eine Bedeutung erlangen; siehe auch *Berster* Unterlassungsdelikt S. 34, 36; Maurach/*Gössell*/Zipf AT 2 § 46 Rn. 45; *Herzberg* JZ 1986, 986, 988: *Jakobs* scheine „dem schwankenden Rechtsgefühl die Entscheidung anzuvertrauen“; *ders.* FS Röhl S. 270, 276 f.: Begriff, der „eher irreführt als richtig leitet“; moderater *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 5: Was nun zum Organisationskreis gehöre sei weiter begründungsbedürftig.

²⁹⁰⁴ Zitate nach *Neumann* ZStW 99 (1987) S. 567, 573 (dort allgemein zu normativen Begriffen); siehe auch *Puppe* Schule S. 80 f., die allgemein konstatiert, dass die Flexibilisierung von Begriffen auf Kosten der Berechenbarkeit der Rechtsanwendung heute regelmäßig übertrieben wird.

²⁹⁰⁵ *Hirsch* in: Probleme II S. 53, 70: solche Begriffe stellen „den Nutzen der Dogmatik [...] in Frage“. *Hirsch* weist im Allgemeinen darauf hin, dass *Jakobs* weitgehend zu ähnlichen Ergebnissen wie die herkömmliche Dogmatik gelangt und diese eben anders umschreibt; siehe auch *ders.* FS Lenckner S. 119, 132: bloße behauptete personelle Zuständigkeit, „durch welche die Dogmatik in bloßes Werten, bildhafte Erklärungen und den Unterschied von schuldhaftem Handeln und Haftung verwischende Statements abgleitet“; *Kuhlen* FS *Puppe* S. 669, 679: Argumentationsziel; *Schünemann*. GA 1995, 201, 220: Zuständigkeit als *Ergebnis* einer rechtlichen Zuordnung.

²⁹⁰⁶ *Jakobs* ZStW 107 (1995) 843, 847 m. Fn. 10. Siehe auch *ders.* FS *Hirsch* S. 45, 52 m. Fn. 25: „was nicht heißt, jeder Schlendrian entwickle normative Kraft, sondern das kommunikativ stabil als richtig Genommene und in diesem Sinn Wirkliche gelte auch als das Richtige. [...] und das stabil kommunikativ als richtig Genommene kann in einer freiheitlichen Gesellschaft nicht in einer scharfen Linie, sondern nur in einer Grauzone enden, da diverse Retardierungen wie Entwicklungen nie ausgeschlossen werden können“. Siehe auch *Perdomo-Torres* FS *Jakobs* S. 497, 510 f.: § 13 StGB diene „der strafrechtspositivistischen Einführung der normativen gesellschaftlichen Wirklichkeit, zu deren strafrechtlich relevanter Bestimmung die Regelung gleichfalls berechtigt“.

²⁹⁰⁷ Zu letzterem Aspekt auch *Neumann* in: Positive Generalprävention S. 147, 149 m. Fn. 14. Es ist insbesondere wenig überzeugend, auf „allgemeine“ gesellschaftliche Institutionen bzw. die „allgemeine“ gesellschaftliche „Semantik“, statt die Regeln des geltenden Strafrechts abzustellen. „Die Gerechtigkeitsvorstellungen der Bevölkerung sind wesentlich gröber gestrickt als die von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Dogmatik in langer Tradition fein gesponnenen Regeln des geltenden Strafrechts“, *Kuhlen* in: Positive Generalprävention S. 55, 61; nach *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 19 „verweist die Redeweise von der gesellschaftlichen Bedeutung entweder nur wieder auf das Strafrecht zurück, weil die Gesellschaft im Strafrecht zum Ausdruck bringt, was sie für strafbar hält; oder aber sie ist ebenso irrelevant wie unklar, weil es in der postmodernen Gesellschaft keine feststehenden Bedeutungszuschreibungen gibt, sondern unendlich viele, die von der jeweils bevorzugten Lebensform abhängen und die in ihrer Vielfalt für das Recht keine Bedeutung besitzen“; mit Verweis auf das demokratische Verfahren *Gärditz* Der Staat 49 (2010) 331, 355; auch *Pawlik* Verhalten S. 138 nennt die Gestalt der Gesellschaft eine präzisierungsbedürftige „Metapher“.

dem die Garantenstellung aufbauen kann, vielmehr kann sich die Bedeutung der Ingerenzunterlassung *allein rechtlich* aufgrund des fortdauernden Entstehensmüssen des ehemals Gestaltenden begründen. Insbesondere an das von *Jakobs* vertretene Synallagma von Freiheit und Folgenverantwortung kann angeknüpft werden.²⁹⁰⁸ Anstatt dieses jedoch als Selbstzweck zu schützen, ist dieser Gedanke zur Begründung heranzuziehen, dass eine Person infolge ihrer vergangenen Freiheitsentfaltung („Organisation“ bzw. Gestaltung) weiterhin *gerechterweise* zum Zweck des Rechtsgüterschutzes auf Posten gestellt werden kann.²⁹⁰⁹ Auch erscheint es durchaus überzeugend, wenn *Jakobs* betont, dass in der anonymen Gesellschaft die Erwartung objektiv, das heißt aus der Perspektive des bedrohten Rechtskreises, formuliert werden muss: Jede Person muss sich, damit freie Entfaltung möglich ist, darauf verlassen können, dass ihre Freiheit *im Ergebnis* nicht durch die Handlungen anderer geschmälert wird.

Ein zentraler Kritikpunkt gegen die Konzeption *Jakobs* ist deren schwere Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht. Die Kriterien der Organisations- und Institutionszuständigkeit finden sich nicht in den Wertungen des Gesetzes wieder, das die maßgebliche Unterscheidung tatsächlich zwischen Begehung und Unterlassung vornimmt, also den aktiv beherrschten Angriff und die Nichtvornahme einer möglichen Abwendung.²⁹¹⁰ Derartige „positivistische“ Kritik vermag auch an der Theorie *Jakobs*²⁹¹¹ nicht abzuperlen, da sie den Anspruch der praktischer Anwendbarkeit formuliert.²⁹¹² Ohne Anbindung an *gesetzliche* Wertungen handelt es sich bloß um ein wissenschaftliches *Modell*, das zwar (deskriptiv²⁹¹³) Erwartungen in der Gesellschaft beschreibt, aber keine normative Gültigkeit beanspruchen kann.²⁹¹⁴ Dass in einer freiheitlichen Gesellschaft Verhaltensfreiheit nur

²⁹⁰⁸ Die Anschlussfähigkeit von *Jakobs*‘ Theorie ergibt sich also daraus, dass er diese auf die konkrete liberale Gesellschaft anwendet.

²⁹⁰⁹ Siehe schon → C III 2.

²⁹¹⁰ siehe schon oben → Kapitel 1 § 2 C II.

²⁹¹¹ Siehe *Jakobs* System S. 18: „Hier wird nachfolgend weder beim Gesetz noch bei der Rechtsprechung und auch nicht bei der üblichen Lehre angesetzt, vielmehr versucht, davon ungehindert die Grundlinien eines Zurechnungssystems für das Strafrecht einer modernen Gesellschaft zu zeichnen“; siehe auch S. 16 f. m. Fn. 13: „Welche ‚Wertentscheidung‘ der Gesetzgeber zu *fällen hat*, richtet sich nach dem gesellschaftlichen Verständnis“ (Hervorhebungen nicht im Original); siehe hierzu etwa auch *Kreß* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 1, 33, 35; **kritisch** aber *Herbertz* Ingerenz S. 134: brüchiges positiv-rechtliches Fundament bei *Jakobs*.

²⁹¹² Vgl. die Kritik an der Rechtsprechung *Jakobs* FG BGH IV S. 29 ff.; *ders.* in: *El sistema* S. 133, 140 ff.

²⁹¹³ Siehe schon *Hirsch* ZStW 106 (1994) 753: „Es vermittelt [...] Einsichten in soziale Abläufe, nämlich über bestimmte tatsächliche Wirkungen der Einrichtung eines Strafrechtssystems in einer Gesellschaft. Seine Abhängigkeit von diesen Vorgaben beschränkt den Ansatz aber auf eine rein beschreibende Funktion, und auch nur einzelner Aspekte“; insoweit auch zur Strafrechtstheorie *Jakobs*‘ auch *Greco* ZStW 117 (2005) 519, 538 f.: als deskriptive Theorie „in hohem Maße plausibel“.

²⁹¹⁴ Gerade weil es in der Rechtswissenschaft keine unumstößlichen Wahrheiten, sondern nur Plausibilität gibt, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, diese Plausibilitätsabwägungen aufzugreifen und festzulegen, was gilt. Vgl. im Allgemeinen *Gimbernat* ZStW 82 (1970) 379, 408 f. „Auch die fortschrittlichste strafrechtliche Idee ist zunächst nur dies: eine Idee. Will man sie verwirklichen, so muß sie erst gesetzlich formuliert werden [...]“.

dann möglich ist, dass an die Ausübung dieser Freiheit Folgenverantwortung knüpft, erscheint plausibel.²⁹¹⁵ Problematisch ist jedoch gerade, ob es sich um *strafrechtliche* „Folgenverantwortung“ im Sinne einer *begehungsgleichen* Bestrafung als *Garant* handelt.²⁹¹⁶ Die Argumentation, der sich erlaubt riskant Verhaltende müsse als Konsequenz die „Kosten“ seiner Verhaltensfreiheit tragen, ist keine *strafrechtliche*.²⁹¹⁷ Die Vorteilserlangung auf Kosten einer anderen Person mag im Zivilrecht zu einer Eingriffskondition führen, § 812 I Var. 2 StGB, ergibt jedoch nichts für die begehungsgleiche Bestrafung des Ingerenten. Auch die zivilrechtlichen Schadensersatz- und Beseitigungsansprüche oder die polizeirechtliche Verhaltensstörerhaftung legitimieren sich durch die Inanspruchnahme von Verhaltensfreiheit auf Kosten anderer.²⁹¹⁸ Richtigerweise wäre zu begründen, dass es *zum Zweck des Rechtsgüterschutzes weiterhin unerlässlich* ist, gerade den Gefahrschaffer *präventiv* zur Überwachung und Kontrolle des geschaffenen Geschehens eintreten zu lassen.

Unklar ist außerdem, *wie weit* das „Synallagma aus Freiheit und Folgenverantwortung“, als verbindende normative Gemeinsamkeit zwischen den unterschiedlichen Fallgruppen (Begehung, Herrschaft über Gefahrenquellen, Ingerenz) – trotz vorhandener Unterschiede – trägt.²⁹¹⁹ Hinsichtlich des unbestrittenen Kerns an Sicherungspflichten für Gefahrenquellen, welche „evident zur Gestalt der rechtlichen Verfassung der Gesellschaft“ gehören,²⁹²⁰ mag der Verweis auf gesellschaftliche Erwartungen noch genügen, dies gilt jedoch nicht für Randbereiche und insbesondere die wesentlich problematischere Ingerenzgarantenstellung.²⁹²¹ Wenn *Jakobs* zu letzterer meint, dass dort „mehrere Organisationskreise um die Zuständigkeit konkurrieren“,²⁹²² dann wird hiermit schlicht die *Frage*

²⁹¹⁵ *Jakobs* nennt dies für die liberale Gesellschaft „selbstverständlich“, *Unterlassen* S. 32.

²⁹¹⁶ Bereits auf terminologischer Ebene handelt es sich bei dem „Synallagma“ um einen Begriff des Zivilrechts. Siehe auch *Köhler ZStW* 114 (2002) 183, 187: keine Grenze zum bloßen Zivilunrecht.

²⁹¹⁷ Auch der von *Jakobs* bemühte Begriff der Verkehrspflicht entstammt dem Zivilrecht. Dort mag sich die Pflicht im Ergebnis als gerechte Abgrenzung der Zuständigkeit verschiedener Organisationskreise erweisen. Auch dort spielt das Argument des Schutzes berechtigter Erwartungen eine Rolle, *Chr. v. Bar JuS* 1988, 169, 170.

²⁹¹⁸ Letztlich kommt die Kritik daher auf den oben genannten Punkt zurück, dass *Jakobs* den existentiellen Eingriff der Strafe (wenn auch metaphorisch) als „Schadensersatz“ der Gesellschaft gegenüber bagatellisiert: „Der Normbrecher hat seinen Freiheitsraum überschritten und soll für die Folgen eintreten – *Schadensersatz*“ (*Jakobs Norm, Person, Gesellschaft* S. 114). Er müsse „eine solche Menge an Gütern – Freiheit, Geld – ‚hergeben‘, daß sein Entschluß zur Tat rückblickend nach allgemeinem Urteil als schlechthin unverständig erscheint“ (*ders.* in: *Das Proprium* S. 104, 132).

²⁹¹⁹ Zweifelnd *Kuhlen FS Puppe* S. 669, 679: Man mag Aktivtäterschaft, „Verkehrspflichten“ und Ingerenz unter der Bezeichnung „Organisationszuständigkeit“ zusammenfassen, dabei handle es sich jedoch bloß um ein „normatives Etikett“. **Anders Pawlik** *FS Jakobs* S. 469, 493: nur besondere Anwendungsfälle eines gleichermaßen gültigen Zurechnungsgrundes.

²⁹²⁰ *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 136.

²⁹²¹ *Roxin GA* 2021, 190, 197 bezweifelt, wie die Organisationszuständigkeit überhaupt die Ingerenz begründen solle.

²⁹²² *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 137. Das Ganze wird zudem nicht dadurch bestimmter, dass es auch für den Inhalt und die Reichweite der Pflicht auf die Qualität des Vorverhaltens ankommen soll: Für denjenigen, der rechtswidrig gehandelt habe, könne insoweit die Pflicht später enden als für denjenigen, der sich

umschrieben, ob der Betreffende nun eine Garantenstellung hat. Das für die Ingerenz behauptete „Synallagma“ ist – wenn es auch durchaus plausibel²⁹²³ erscheint – nicht zwingend: Wenn die Gefahr den Organisationskreis des Täters räumlich verlassen hat, könnte, wie *Jakobs* selbst ausführt, auch jeder andere „ohne Beeinträchtigung der Freiheit der Person [...] diese Sorge [...] übernehmen“.²⁹²⁴ Nach gesellschaftlicher Deutung wäre es ebenso *denkbar*, ein „Synallagma“ nur zwischen *aktuellem* Freiheitsgebrauch und Abwendungsmöglichkeit annehmen.²⁹²⁵ Auch das Erfordernis eines Sonderrisikos erscheint ungeeignet, eine Garantenstellung zu begründen, solange sich die Bedeutung und Tragweite dieses Begriffs nicht aus spezifisch tatbestandlichen Wertungen definieren.²⁹²⁶ Dabei fragt sich überhaupt, ob die Indizien der Pflichtversicherung sowie einer Gefährdungshaftung das gesellschaftliche Verständnis adäquat wiedergeben. So scheint es sich bei der Übernahme der zivilrechtlichen Wertungen,²⁹²⁷ die eigentlich der *wirtschaftlichen* Lastenteilung dienen, um einen Positivismus zu handeln,²⁹²⁸ der die Augen vor den unterschiedlichen Zwecksetzungen von Straf- und Zivilrecht verschließt. Die Bewertung des Risikos als „besonders“ trifft nicht zwingend auf die *strafrechtliche* Zielsetzung des Rechtsgüterschutzes zu. Dass das Gesetz für das Autofahren Gefährdungshaftung und Pflichtversicherung vorsieht, mag außerdem dessen statistischer Bedeutung im Alltagsleben und der damit einhergehenden besonderen Notwendigkeit einer gerechten wirtschaftlichen Schadensverteilung geschuldet sein.²⁹²⁹ Eine solche Generalisierung ist hingegen dem Strafrecht, welches auf die Sozialschädlichkeit individuellen Fehlverhaltens abstellt, fremd. Wenn *Jakobs* überdies zu den Fällen der Gefährdungshaftung vorbringt,

erlaubt riskant verhalten hat. Hier konkurriert die Organisationsverantwortlichkeit mit der Obliegenheit des Opfers zum Selbstschutz, S. 162 f.

²⁹²³ *Jakobs* selbst meint, dass es nicht um unumstößliche Wahrheiten, sondern ein plausibles System geht. *Jakobs* in: Das Proprium S. 104, 132: „Mehr als plausibel kann eine solche Theorie nicht werden“.

²⁹²⁴ *Jakobs* Unterlassen S. 20.

²⁹²⁵ *Sangenstedt* hat insoweit *Jakobs* vorgeworfen, für die Begründung der Rettungspflichten seine Begründung auszutauschen, da der Garant nicht mehr die Herrschaft habe (*Sangenstedt* Garantenstellung S. 350 ff; ähnlich *Berster* Unterlassungsdelikt S. 35.). Diesen Einwand hat *Vogel* zutreffend zurückgewiesen, da es *Jakobs* ja gerade darauf ankommt, darzulegen, dass sich die Organisation des Ingerenten in den Kreis des Opfers erstreckt. *Sangenstedt* gehe von der unrichtigen Prämisse der Erforderlichkeit aktueller Herrschaft aus, *Vogel* Norm und Pflicht S. 358. – Der Einwand ist also zirkulär.

²⁹²⁶ So stellt *Jakobs* nicht auf die Tendenz der Handlung auf Rechtsgüter oder eine Abwägung der Freiheits- und Integritätsinteressen ab. Vielmehr wird nach *gesellschaftlichem Deutungsschema ausgehandelt*, welche Verhaltensweisen zum „Organisationskreis“ des Handelnden und welche zum „Organisationskreis“ des Opfers gehören.

²⁹²⁷ Siehe zu diesem Argument auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 362 f.: Schadensverteilungsnormen; *Herbertz* Ingerenz S. 140.

²⁹²⁸ Ähnlich zur Übernahme zivilrechtlicher Wertungen bei der „institutionellen Zuständigkeit“, *Schünemann* FS Roxin (2001) S. 1, 19 – „was *Jakobs* vielleicht deshalb nicht stört, weil er ja auch schon die Strafe ganz allgemein aus der bloßen Normverletzung ableiten zu können vermeint“.

²⁹²⁹ Das Zivilrecht mag hier nach statistischer Bedeutung und abstrakter Gefährlichkeit bestimmter Arten von Verhaltensweisen verallgemeinern. Hier geht es um ökonomische Effizienz, weshalb in bestimmten Bereichen von einer Verschuldens- hin zu einer Gefährdungshaftung übergegangen wurde. Dabei macht die Pflichtversicherung in den Fällen der Gefährdungshaftung die *finanzielle* Belastung erträglicher, gegen Strafe kann man sich jedoch nicht versichern, vgl. *Kuhlen* Produkthaftung S. 91.

es sei widersprüchlich und niemandem zu vermitteln, wenn der Unfallverursacher dem Opfer „zwar notfalls dessen Sarg bezahlen muß, aber mangels unerlaubt riskanten Vorverhaltens nicht verpflichtet ein sollte, den Tod durch [...] Rettungsmaßnahmen zu vermeiden“,²⁹³⁰ so ist dies bloß ein scheinbarer Widerspruch: Denn natürlich ist der Unfallverursacher in jedem Fall zur Rettung *verpflichtet* – zivilrechtlich und nach § 323c I StGB – was jedoch problematisch ist, ist seine *begehungsgleiche* Bestrafung.

Insgesamt ist zwar zu betonen, dass die durch *Jakobs* gefundenen Ergebnisse keineswegs in gravierender Weise von denen der h.M. abweichen. Eine Bevölkerung ließe jedoch auch mit auf „Organisationszuständigkeit“ beruhenden Delikten in höchst illiberaler Weise „gängeln“,²⁹³¹ etwa durch eine ausgeweitete Veranlasser- oder sogar Begünstigten-„Haftung“. Aus dem *Begriff* der Organisationszuständigkeit lassen sich insoweit keine Grenzen ableiten.²⁹³² Auch der Begriff des Sonderrisikos ist völlig unbestimmt und beliebig einsetzbar. So will etwa *Stein* hierunter zwar die Produkthaftung, nicht aber den Straßenverkehr fassen. *Jakobs* und *Freund* hingegen sehen in beiden Fällen eine besondere Inanspruchnahme von Freiheit auf Kosten anderer.²⁹³³ – Worin im Einzelfall ein Sonderrisiko liegt, darüber wird sich „trefflich streiten lassen“.²⁹³⁴ *Roxin* wirft *Jakobs* zudem vor, dass dessen Kriterien zu erheblicher Rechtsunsicherheit führten: derjenige, der ohne eigenen Fehler in einen Unfall verwickelt ist, könne regelmäßig überhaupt nicht das Gewicht und Verhältnis der Verursacherbeiträge beurteilen.²⁹³⁵ Hinzufügen könnte man, dass er vor allem schwerlich den Schluss von seiner Pflichtversicherung auf das Bestehen einer strafbewehrten Rettungspflicht nach einem Unfall ziehen wird. Doch darum – und das ist gerade der tieferliegende Kritikpunkt – scheint es *Jakobs* eben nicht zu gehen: Der Ingerent soll nicht durch eine rechtsgüterschützende, strafbewehrte Gebotsnorm zur Rettung des Opfers motiviert werden, vielmehr sei entscheidend, „was sich als tauglicher Gegenstand strafrechtlichen Reagierens anbietet“,²⁹³⁶ ob also der Ingerent zur

²⁹³⁰ *Jakobs* in: El sistema S. 133, 139.

²⁹³¹ Zu Recht *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 679. Die Organisationszuständigkeit allein verbürge keine Liberalität des Strafrechts. Die normative Relevanz der Unterscheidung zwischen den „liberalen“ negativen und den positiven Pflichten sei nicht zu überschätzen.

²⁹³² *Jakobs* wird insoweit vorgeworfen, er habe eine völlig ausufernde Ingerenzhaftung begründet, etwa von *Schünemann* FS Roxin (2001) S. 1, 19; *Berster* Unterlassungsdelikt S. 35. Siehe auch *Haas* Kausalität S. 226 m. Fn. 37: Bei der Verantwortlichkeit für den Organisationskreis handelt es sich um eine „universelle Gefährdungshaftung“. – Dem ist insoweit zu widersprechen als die nähere Umschreibung des Organisationskreises (Sonderrisiko, kein Fehlverhalten des Opfers) bei *Jakobs* sowie die durch ihn gefundenen Ergebnisse der h.M. ähneln. Richtig ist allerdings, dass der Begriff des Organisationskreises auch eine Auslegung nicht verbietet, die zu einer umfassenden Veranlasserhaftung führt.

²⁹³³ Siehe noch unten → H I.

²⁹³⁴ So *Jakobs* in: El sistema S. 133, 159 selbst.

²⁹³⁵ *Roxin* AT II § 32 Rn. 169. Zugegeben sei, dass *Jakobs* kein „Zuständigkeitssaldo“ bilden will, sondern fragt, ob sich „Das Besondere des Vorhandelns wegen des Verhaltens des Opfers nicht ausgewirkt hat oder ob es sich trotz der Opfermitwirkung ausgewirkt hat“, *Jakobs* in: El sistema S. 133, 160. Damit steht der Ansatz *Jakobs*‘ durchaus *Roxins* objektiver Zurechnungslehre nahe, wobei das „Besondere“ der Vorhandlung bei *Jakobs* das Sonderrisiko, bei *Roxin* die unerlaubte Gefahrschaffung ist.

²⁹³⁶ *Jakobs* ZStW 89 (1977) 1, 18.

Stabilisierung der negativen Garantie herangezogen werden kann.²⁹³⁷ Aber nur weil man den Ingerenten möglicherweise aufgrund seines Freiheitsgebrauchs als „relevante[...] Konflikts-, Ursache“²⁹³⁸ zu definieren vermag, sodass sein Unterlassen als „kommunikative Stellungnahme“ erscheint, ist noch nicht begründet, weshalb man an ihn ein (begehungsgleich) strafbewehrtes Gebot richten kann.²⁹³⁹

Ein Beispiel dafür, dass auch mittels des Begriffs der Organisationszuständigkeit eine erhebliche Extension der Strafbarkeit einhergehen kann, sind die Überlegungen *Jakobs*, der Alkoholausschank an (zu diesem Zeitpunkt noch) zurechnungsfähige Personen sei ein

²⁹³⁷ **Kritisch** insoweit im Allgemeinen *Renzikowski* GA 2007, 561, 577 f. bloß eine Zuweisung *ex post*, welche Verhaltensnormen nicht mehr als an den Adressaten gerichtete Verhaltensgebote versteht, die dessen Willen ansprechen und nach denen sich dieser richten kann; *Gössel* FS Schroeder S. 33, 39: die normgemäße menschliche Verhaltenssteuerung wird durch das „Objektivum der normativen Zuordnung“ ersetzt.

²⁹³⁸ *Jakobs* ZStW 89 (1977) 1, 19.

²⁹³⁹ Nicht wirklich präzisiert ist die Garantenstellung aus Ingerenz dadurch, dass eine Parallele zum Defensivnotstand gesucht wird. In seinem Lehrbuch führt *Jakobs* noch den Defensivnotstand auf die Ingerenz zurück: Ein defensiver Notstand liege nur vor, wenn das Eingriffsoffer für die Gefahr zuständig ist, etwa aufgrund von Ingerenz oder Verkehrssicherungspflichten (AT 13/47). Später meint *Jakobs* umgekehrt, man müsse eine Ingerenzpflicht in denjenigen Fällen bejahen, in denen auch die Voraussetzungen des Defensivnotstands gegeben sind: „Es wäre ja seltsam, wenn der Inhaber eines Organisationskreises die Kosten einer Rettung zu tragen, die Rettung aber nicht selbst zu fördern hätte“ (in: *El sistema* S. 133, 160). Der Fall des Defensivnotstands zeige, der Urheber der Gefahr „steht offenbar dem drohenden Schaden näher als das potentielle Opfer. Aber dann auch, was eine Rettung angeht!“ (FG BGH IV S. 29, 48). Wieder anders *Pawlik*: Die Ingerenzpflicht dürfe *nicht weiter* gehen als das Abwehrrecht, das dem Gefährdeten nach § 228 BGB selbst zustünde (Notstand S. 316 f. m. Fn. 136; siehe auch *ders.* Unrecht S. 182 m. Fn. 185; *ders.* FS Roxin (2011) S. 931, 941 m. Fn. 68. – Wenn *Pawlik* von einer Angleichung des „Umfangs“ von Nehmerecht und Gebepflicht spricht und *Jakobs* auf die „Pflichtengrenze“ bei der Ingerenz abstellt (FG BGH IV S. 29, 48), so geht es dabei maßgeblich um den *Inhalt* der Duldungs- bzw. Garantenpflicht, welcher selbstverständlich sowohl beim Defensivnotstand als auch bei der Ingerenz durch Verhältnismäßigkeitserwägungen begrenzt ist. Davor muss jedoch die Frage beantwortet werden, ob überhaupt eine Garantenstellung (bzw. Defensivnotstandslage) vorliegt).

Später führt *Jakobs* beide Gesichtspunkte *gleichermaßen* auf die Schaffung eines Sonderrisikos zurück (*Jakobs* System S. 37, 46 f.). Zu betonen ist allerdings, dass es sich bei den Überwachungsgarantenstellungen und dem Defensivnotstand zwar um verwandte, jedoch nicht um kongruente (ausdrücklich auch *Pawlik* Notstand S. 316 f. m. Fn. 136: „die eine Situation nicht ohne weiteres als Spiegelung der anderen“; siehe aber *Jakobs* System S. 46 f.: Gegenstück zur Ingerenz) Gesichtspunkte handelt. Wirkliche Wertungswidersprüche zu § 228 BGB werden bereits vermieden werden, indem man die ohnehin unbestrittenen *Sicherungspflichten* anerkennt. Denn § 228 BGB betrifft nur den Fall, in dem auf die Sache selbst eingewirkt werden muss, nicht hingegen die Abwendung weiterer Folgen. Dort geht es maßgeblich darum, dass eine *Sache beschädigt* werden darf, bei der Ingerenz, dass eine *strafbewehrte* Pflicht besteht, die *Gefahr* aus der Sache abzuwenden. – Anders, wenn man beide Konstellationen auf die „Lastenverteilung“ oder „Kostentragung“ reduziert; vgl. unter Ausblendung der positiv-rechtlichen Regelung *Jakobs* System S. 47 m. Fn. 93: Der Duldungspflichtige habe „notfalls mit allen Ressourcen seines Organisationskreises einzustehen“. Hier zeigt sich deutlich, dass die differenzierten Regelungen strafrechtlicher Unrechts- und Verantwortlichkeitsbegründung zugunsten von gesellschaftlichen Zuschreibungen von Zuständigkeiten beiseitegeschoben werden. Problematisch sind doch gerade die jeweils viel spezifischeren Fragen, ob einerseits die Unterlassung *begehungsgleich bestraft* werden kann und andererseits i.R.d. § 228 BGB ob die „Lastentragung“ auch die *Duldung des Untergangs des Rechtsgutes* beinhaltet.

Sonderrisiko, für das der Gastwirt zuständig sei.²⁹⁴⁰ Besonders deutlich zeigen sich Ausuferungstendenzen auch bei der Überlegung, im Fall des rechtfertigenden Notstandes nicht primär dem Retter, sondern dem Begünstigten eine Rettungspflicht aufzuerlegen, denn dies sei objektiv sein „Geschäft“, das der Retter organisiert habe.²⁹⁴¹ Damit nähert sich *Jakobs* einer zivilrechtlichen Haftung nach dem Vorbild der Geschäftsführung ohne Auftrag.²⁹⁴²

d) Resümee

Der Ansatz *Jakobs* enthält zahlreiche anregende Gedanken, denen auch im Folgenden nachzugehen ist. Insbesondere drei entscheidende Punkte sind festzuhalten: 1. Die natürliche Verhaltensgestalt ist nicht unmittelbar relevant, sondern nur mittels ihrer rechtlich-gesellschaftlichen Bewertung. 2. In der hochkomplexen modernen Gesellschaft bedarf es *objektiver* Verhaltensstandards, anhand derer sich andere orientieren und ihr eigenes Verhalten ausrichten können. Hierdurch wird der soziale Kontakt ermöglicht und der Rahmen für Freiheitsentfaltung gewährleistet. 3. In der liberalen Gesellschaft ist es unerlässlich, dass man sich darauf berufen kann, dass einen ein bestimmtes Geschehen „nichts angeht“. Insbesondere die für die Theorie zentrale Verknüpfung von Freiheit und Folgenverantwortung stellt dagegen ein starkes Argument dafür dar, dass sich jemand gerechterweise nicht von einem Geschehen distanzieren kann.²⁹⁴³

Das liberale Anliegen von *Jakobs*‘ Theorie vermag grundsätzlich zu überzeugen – allerdings verbürgt der Ansatz nur solange Liberalität, als er in einer liberalen Gesellschaft angewandt wird. Insbesondere aber der strafrechtliche Schutz *sonstiger Institutionen* birgt das Potential, auf illiberale Art und Weise gesellschaftliche Erwartungen der Mehrheitsgesellschaft strafrechtlich abzusichern. Der „harte Felsen“ des Rechtsgüterschutzes²⁹⁴⁴ steht dagegen als rechtsstaatliches Bollwerk vor den Rechten des Einzelnen und verbietet es dem Staat, jegliche gesellschaftliche Erwartungen mit Kriminalstrafe durchzusetzen. Erforderlich ist stets der Bezug der Normen und „Zuständigkeiten“ auf den Schutz von

²⁹⁴⁰ *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 37. Zur Rechtsprechung oben → Kapitel 2 § 3.

²⁹⁴¹ *Jakobs* AT 29/44a.

²⁹⁴² Der Begünstigte hat nicht entschieden, Freiheit für sich in Anspruch zu nehmen, es ist nicht gerechtfertigt, ihn bloß wegen der erlangte Vorteile in eine *strafrechtliche* Überwachungsposition zu stellen. Ansonsten würde er hier für die, ihm freilich zugutekommende, Entscheidung des Dritten strafrechtlich zur Verantwortung gezogen.

²⁹⁴³ Dabei können die Ergebnisse *Jakobs*‘ nur mit Einschränkungen übernommen werden. Die Bewertung (1.) muss sich (wenn sie nicht in bloß normativer Zirkularität aufgehen will) auf die natürliche Verhaltensgestalt beziehen. Was die objektiven Verhaltensstandards angeht (2.), darf sich das Recht nicht damit zufriedengeben, im Nachhinein die Person als Konflikursache für deren Verletzung auszumachen. Um seiner gestalterisch-gesellschaftlichen Funktion nachzukommen und dabei den Einzelnen als *Grundrechtsträger* ernst zu nehmen, muss das Recht an diesen präventiv Verhaltensnormen adressieren. Dass nicht jeder Verlauf jeden „etwas angeht“ (3.), der ihn verhindern kann, bedeutet nicht, dass der rechtsgüterschützende Ansatz des Strafrechts aufzugeben wäre.

²⁹⁴⁴ Rechtsgüterschutz als der „harte Felsen des liberalen Denkens und damit der Gerechtigkeit“, *Schiemann* in: *Rechtsgutstheorie* S. 133, 154; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 122.

Rechtsgütern, „will man sich nicht auf das Glatteis eines strafrechtlichen Moral- und Werteschutzes begeben“.²⁹⁴⁵ Die Begründung der „Zuständigkeit“ des Unterlassenden, seines *rechtliches Einstehenmüssens*, kann nicht Selbstzweck sein, sondern nur ein den Rechtsgüterschutz einschränkendes Prinzip. Die Strafbarkeit des Ingerenten darf nicht als bloßer *Rollenbruch*, sondern muss als *Rechtsgutsverletzung* begründet werden.

III. „Varianten“ der Organisationszuständigkeit

1. Respektierungspflicht als „Mitwirkungspflicht des Bürgers“ (Pawlik)

a) Darstellung

Die Überlegungen Pawliks wurden bereits oben zu der Ingerenzbegründung aus dem „neminem laedere“ angerissen.²⁹⁴⁶ Die Theorie weist, was die Garantienstellungen („Zuständigkeiten des Bürgers“) angeht, erhebliche Parallelen zu dem System *Jakobs*‘ auf,²⁹⁴⁷ an dem sich Pawlik stark orientiert, ohne jedoch dessen systemtheoretischen Grundlagen zu übernehmen.²⁹⁴⁸ Pawlik nimmt nicht die „gesellschaftstheoretisch-externe“, sondern die „freiheitstheoretisch-interne“ Sichtweise ein und stellt die Institutionen der Gesellschaft auf eine gemeinsame freiheitstheoretische Grundlage.²⁹⁴⁹ Er deutet das Verbrechen als Verletzung einer Mitwirkungspflicht gegenüber der Rechtsgemeinschaft, also gegenüber der Allgemeinheit.²⁹⁵⁰ Von dem Einzelnen werde verlangt, „seinen Anteil an den Erhaltungskosten eines Zustandes konkret-realer Freiheitlichkeit zu tragen und so jener Mitverantwortlichkeit für das allgemein gerecht zu werden, denn ohne allgemein Freiheitlichkeit bleibt auch seine eigene personale Freiheit eine leere Hülse“.²⁹⁵¹ Die Strafe halte den Täter an dieser Mitverantwortung für den Fortbestand des freiheitlichen Zustandes fest und bestätige auf seine Kosten die Unauflöslichkeit des Zusammenhanges von Freiheitsgenuss und Loyalitätspflichterfüllung. Damit leiste sie einen Beitrag zur Wiederherstellung der angegriffenen Rechtsordnung als Freiheitsordnung.²⁹⁵² Aufgabe der freiheitlichen Rechtsordnung sei es in erster Linie, den Angehörigen Organisationsfreiheit zu gewährleisten. Hierfür seien aber Neutralisierungsgebote ebenso bedeutsam wie

²⁹⁴⁵ Neumann in: Personale Rechtsgutslehre S. 85, 89; siehe (gegen das Modell der sog. Verhaltensdelikte) auch *ders.* FS Jakobs S. 435, 447.

²⁹⁴⁶ → B.

²⁹⁴⁷ Auch Pawlik Unrecht S. 160 f. stellt sich auf den Standpunkt, die maßgebliche Unterscheidung sei nicht die zwischen Tun und Unterlassen, sondern diejenige zwischen Organisationszuständigkeit und institutioneller Zuständigkeit; in Anlehnung an *Jakobs* Handlungs begriff S. 19 ff., 30 ff.

²⁹⁴⁸ Pawlik Unrecht S. 175: „Der einzelne Bürger wird in den ihm auferlegten Zuständigkeiten deshalb nicht mit dem Selbsterhaltungsinteresse eines ohne Blick auf dessen normative Dignität definierten sozialen Systems konfrontiert“.

²⁹⁴⁹ Pawlik Verhalten S. 137 f.; vgl. insgesamt S. 128 ff., so behandelt er sowohl die Organisationszuständigkeit als auch die Institutionszuständigkeit nicht bloß als *vorhandene* Phänomene, die die „Identität der Gesellschaft“ bestimmen; dazu auch *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 115a.

²⁹⁵⁰ Pawlik FS Jakobs S. 469, 492; *ders.* FS Otto S. 133, 142 f.: „Angriff auf die rechtlich verfaßte Daseinsordnung von Freiheit“; *ders.* Unrecht S. 90 f., 105 ff.: Unrecht gegenüber der Rechtsgemeinschaft als ganzer; grundlegend zuvor *ders.* Person S. 75 ff., S. 82 f.: Eine „Daseinsordnung von Freiheit“ sei ohne die Mitwirkung der Rechtsgenossen nicht möglich

²⁹⁵¹ Pawlik Unrecht S. 175.

²⁹⁵² Pawlik Person S. 76, 95 f.; *ders.* FS Otto S. 133, 142 f.; *ders.* Unrecht S. 110, 116 ff.

das Schädigungsverbot.²⁹⁵³ Diese Ausgestaltung sei rechtlich nicht zwingend, aber unter Freiheitsgesichtspunkten, Art. 2 I GG, der Einengung des Handlungsspielraums vorzuziehen.²⁹⁵⁴

b) Bewertung

Indem *Pawlik* von systemtheoretischen Prämissen Abstand nimmt und die Pflichten freiheitstheoretisch legitimiert, entgeht er der Kritik, dass Normen als Selbstzweck geschützt würden.²⁹⁵⁵ Dennoch kann auch die Theorie *Pawliks* bereits in ihren Prämissen nicht überzeugen. Indem der Straftäter in erster Linie die Rechtsordnung verletzt, gerät er bloß als „Repräsentant der Allgemeinheit“, nicht aber als „selbstständiger Rechtsträger“ in den Blick.²⁹⁵⁶ „Prototyp der Straftat ist hiernach nicht der Totschlag oder der Raub, sondern die Steuerhinterziehung“.²⁹⁵⁷ Im freiheitlichen Rechtsstaat ist jedoch das Individuum, nicht das Kollektiv der Grundrechtsträger, welcher strafrechtlichen Schutzes bedarf.²⁹⁵⁸ Die Strafe muss diesem gegenüber legitimiert werden,²⁹⁵⁹ sie ist nicht bloß selbstverständliche „Bürgerpflicht“.²⁹⁶⁰ Insbesondere ist nicht bloß die Legitimität der besonderen Tatbestände, sondern auch die Reichweite der „Respektierungspflicht“, also der „Orga-

²⁹⁵³ Dazu schon → B I, II 3. *Pawlik* FS Roxin (2011) S. 931, 939 f.; *ders.* Unrecht S. 180 f.; im Anschluss an *Ad. Merkel* Abhandlungen S. 81 ff.; sowie *Samson* FS Welzel S. 579, 594 f. Vereinzelung des Rechtsguts vor den Gefahren der Gesellschaft; *Pawlik* zustimmend *Kubiciel* NJW 2019, 3033, 3035.

²⁹⁵⁴ *Pawlik* FS Roxin (2011) S. 931, 940. Dazu noch → H I 2 c).

²⁹⁵⁵ Dennoch teilt er die meisten Schlussfolgerungen *Jakobs*‘, vgl. auch *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33j.

²⁹⁵⁶ Vgl. *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 115c; *Greco* FS Sancinetti S. 105, 114 f.: *Pawlik* nehme eine „präetablierte Harmonie zwischen den Belangen des Betroffenen und den Belangen der Gesellschaft“ an. Es handle sich um einen Kunstgriff: Der Betroffene ist nicht Individuum, sondern Bürger und dessen Interessen definieren sich wiederum aus der Perspektive der Gesellschaft. Damit wird die Legitimation der Strafe dem Betroffenen gegenüber letztlich hinfällig, weil unmöglich; denn *Pawlik* kann nicht begründen, weshalb die Strafe in angebotene Rechte des Individuums eingreift, die diesem als Individuum zustehen (im Allgemeinen *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 1f.). **Dagegen** meint *Pawlik* Person S. 87: „Es werden lediglich die Konsequenzen aus der Einsicht gezogen, daß Verletzungen fremder Individualbelange unter dem Gesichtspunkt des Rechts niemals nur eine Angelegenheit der unmittelbar Beteiligten darstellen, sondern stets auch Aufkündigungen der bürgerschaftlichen Loyalitätspflicht sind.“ – Das ändert jedoch nichts daran, dass die Strafe als Eingriff in die Rechte des Individuums *diesem* gegenüber gerechtfertigt werden muss, *Greco* aaO; hierfür genügt weder die Begründung, der Täter profitiere selbst durch die Einhaltung der Loyalitätspflicht durch andere (vgl. *Hörnle* Handbuch Bd. 1 § 12 Rn. 52) noch der Verweis darauf, dass alle Delikte *mittelbar* solche gegen die Person seien (vgl. *Hilgendorf* Handbuch Bd. 2 § 27 Rn. 76).

²⁹⁵⁷ Treffend *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 115c (dort insbesondere zu *Pawliks* Schüler *Kubiciel*); *Hilgendorf* Handbuch Bd. 2 § 27 Rn. 76 weist darauf hin, dass eine Umdeutung von Delikten gegen die Person zu Delikten gegen die Allgemeinheit auch zur Zeit des Nationalsozialismus stattfand. – Auch, wenn *Pawlik* keineswegs in die Nähe dieser Lehren gerückt werden kann, wird damit das Missbrauchspotential dieser „neo-etatistischen“ Modells eindrücklich aufgezeigt.

²⁹⁵⁸ *Hilgendorf* Handbuch Bd. 2 § 27 Rn. 76; siehe auch *Greco* FS Sancinetti S. 105, 107, 113: Primat der Rechte.

²⁹⁵⁹ „Denn bestraft wird nicht ein Bürger, sondern ein Mensch“, *Greco* FS Sancinetti S. 105, 117.

²⁹⁶⁰ Dies wird heruntergespielt, wenn die Strafe „nicht rein negativ“ zu verstehen sein soll, sondern „positiv: als Inanspruchnahme des Täters zur Wiederherstellung des von ihm verletzten Rechtsverhältnisses“, *Pawlik* FS *Jakobs* S. 469, 484 f.

nisationszuständigkeit“, innerhalb der einzelnen Tatbestände *rechtfertigungsbedürftig*.²⁹⁶¹ Bereits Freiheit und Eingriffsverbot sind nicht „gleichursprünglich“, erst recht nicht Freiheit und *Neutralisierungspflicht*. Vielmehr sind das Eingriffsverbot, besonders aber die gesetzlich nirgendwo vorgesehene „Neutralisierungspflicht“ (Ingerenzgebote) als Beschränkung der (ursprünglichen) Freiheit des Bürgers rechtfertigungsbedürftig. Das gilt umso mehr, als die Überschreitung dieses Handlungsspielraums mit Strafe „vergolten“ wird.²⁹⁶² Damit kommt man letztlich zu dem Ergebnis, dass die von *Pawlik* vorgenommene Ausgestaltung des Handlungsspielraums des Bürgers plausibel und möglicherweise auch „freiheitstheoretisch vorzugswürdig“ ist. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Verletzung der von *Pawlik* angenommenen Neutralisierungspflicht nach geltendem Recht begehungsgleich bestraft würde.²⁹⁶³

Überdies kann die auch mit *Pawliks* Konzept einhergehende Idealisierung des Verbrechensbegriffs nicht überzeugen, denn sie verengt die Realität der Tat auf die Verletzung einer Pflicht. Strafgrund ist auch hier nicht die Verletzung von Rechtsgütern, sondern die einer (wenn auch dem „Zustand der Freiheitlichkeit“ dienenden) gesellschaftlichen Institution, des Synallagmas zwischen Freiheit und Folgenverantwortung.²⁹⁶⁴ Hieraus lässt sich die Garantenstellung aus Ingerenz zwar bruchlos ableiten. Pointiert: Dass der Ingerent aktuell das Opfer nicht angreift, sondern „bloß“ unterlässt, ist leichter überbrückbar, wenn man die Tötung nicht als Verkürzung des Lebens, sondern als tätliches Bestreiten des Existenzrechts ansieht,²⁹⁶⁵ die Aufgabe des Strafrechts nicht im gesellschaftlichen

²⁹⁶¹ **Anders** wohl *Pawlik*, der in seiner Straftheorie eine Strafermöglichungstheorie und keine Kriminalisierungs- oder gar Straferzwingungstheorie sieht. Sie verstehe sich auch nicht als Beitrag zu der Diskussion um den materiellen Verbrechensbegriff und könne über die Legitimität der Tatbestände nur so viel aussagen, „daß das in ihnen fixierte Unrecht von erheblichem Gewicht sein muß“ (*Pawlik* Unrecht S. 108 f.; bereits *ders.* Person S. 95 ff.; *ders.* FS Jakobs S. 469, 485 m. Fn. 87). Was nun von „besonderem Gewicht“ ist, darüber lässt sich streiten. Vorrangig fällt jedoch auf, dass *Pawlik* bei diesen Aussagen bloß die *einzelnen* Tatbestände des Besonderen Teils im Blick zu haben scheint, nicht jedoch die *allgemeinen* „Zuständigkeiten des Bürgers“. Doch auch durch deren Reichweite wird die Kriminalisierung begründet. Die Unterlassung des Garanten erfüllt einen anderen – wenngleich nach § 13 I StGB in Abhängigkeit zum jeweiligen Begehungstatbestand gebildeten – Tatbestand. Diese Unterscheidung kann entgegen *Pawlik* bereits deshalb nicht nivelliert werden, weil die einzelne *Tathandlung* – die tatbestandliche *Unterlassung* –, welche eigentlich im Tatstrafrecht im Mittelpunkt des Interesses steht, hierdurch aus dem Blick gerät (siehe dazu schon oben → B II 3). Dass das Modell *Pawliks* zudem der deutlich zwischen Tun und Unterlassen differenzierenden Ausgestaltung des positiven Rechts (insbesondere § 13 I StGB) widerspricht, ist offenkundig. – Siehe aber allgemein zur Bedeutung des positiven Rechts *Pawlik* Unrecht S. 29 ff., 45 ff., 46: „Auslegung der vom positiven Gesetzgeber nun einmal so und nicht anders getroffenen Entscheidung“.

²⁹⁶² Der Gedanke der „Loyalitätspflichtverletzung“ kann nicht erklären, wieso gerade mit Strafmaßnahmen und nicht mit anderen denkbaren Reaktionen geantwortet wird, vgl. *Roxin* GA 2015, 185, 197, der zudem fragt, ob es des Begriffs überhaupt bedarf. Es handle sich um eine Umschreibung, der sich aus dem Strafgesetzbuch ergebenden Pflicht, von bestimmten sozialschädlichen Handlungen Abstand zu nehmen.

²⁹⁶³ Vgl. dazu auch *Berster* Unterlassungsdelikt S. 40, der anführt, dass *Pawlik* in vielen Formulierungen von „Recht zumal Strafrecht“ spricht.

²⁹⁶⁴ Dazu, dass dies am allgemeinen gesellschaftlichen Verständnis von der Straftat vorbeigeht, siehe nur *Hilgendorf* Handbuch Bd. 2 § 27 Rn. 12.

²⁹⁶⁵ *Pawlik* FS Jakobs S. 469, 487 gegen den finalen Verbrechensbegriff, der allerdings unzutreffend auf ein „vorgesellschaftliches Deutungsschema“ verkürzt wird. Siehe *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 516 selbst:

Interessenschutz, sondern der Stabilisierung eines Anerkennungsverhältnisses.²⁹⁶⁶ Die äußerlich gleiche Unterlassung kann innerhalb des eines Rechtsverhältnisses eine Versagung von Anerkennung und damit Mitwirkungspflichtverletzung bedeuten, in einem anderen hingegen nicht.²⁹⁶⁷ Ebenso wie die Funktion der Strafe von der Erfüllung wirklicher gesellschaftlicher Aufgaben, Verbrechensprävention und damit Rechtsgüterschutz, gelöst wird, beruht auch der Straftatbegriff nicht mehr auf der Straftat als sozialem Ereignis, der Verletzung eines anderen Menschen, sondern *rein normativ* auf der „Zuständigkeit des Bürgers“.²⁹⁶⁸ Hierdurch wird, anders als bei einem Verständnis der Straftat als Verletzung eines Rechtsguts, also eines wirklichen sozialen Werts,²⁹⁶⁹ die zur näheren Begründung und Ausgestaltung des Verbrechensbegriffs erforderliche deskriptive Basis verlassen. Stattdessen erlaubt der offene und per se inhaltsleere Wertungsbegriff der „Zuständigkeit“ die Auffüllung nach der Dezision des Rechtsanwenders. Er ist zu abstrakt, als dass aus ihnen konkrete Rechtsfolgen ableitbar wären.²⁹⁷⁰ Zwar argumentiert *Pawlik*, was die Reichweite der „Respektierungspflicht“ und damit der Ingerenzgarantenstellung angeht, freiheitstheoretisch. Allerdings lassen sich aus der Aufgabe des Rechts zur Aufrechterhaltung eines Zustandes der Freiheit allein keine ganz spezifischen Freiheitseinschränkungen ableiten.²⁹⁷¹ Den Ausgleich zwischen Freiheit und Freiheitseinschränkung zu schaffen, ist originäre Aufgabe des demokratischen Gesetzgebers.²⁹⁷²

2. Freiheitstheoretische Legitimation (*Vogel*)

a) Darstellung

Vogels Konzeption beruht, wie sich bereit im Titel seiner Arbeit andeutet, auf der Differenzierung zwischen „Norm und Pflicht“, wobei er im Wesentlichen der Konzeption von *Kindhäuser* folgt.²⁹⁷³ Die strafrechtlichen Verhaltensnormen seien „Kriterien richtigen

„Handlung“ (auch als finale Handlung) ist immer noch eine Abstraktion wie ‚Verursachung‘, wenn sie nicht als sozial bedeutsames Phänomen, als Handlung im sozialen Lebensraum erfaßt wird.“

²⁹⁶⁶ *Pawlik* FS Jakobs S. 469, 485.

²⁹⁶⁷ Siehe im Allgemeinen *Pawlik* Person S. 75: „Zwei äußerlich identische Rechtsgutsverletzungen können unter Anerkennungsgesichtspunkten ganz Verschiedenes bedeuten, je nach der Beschaffenheit der Rechtsbeziehung, innerhalb derer sie erfolgen“.

²⁹⁶⁸ Über die normative Ebene der „Bürgerpflicht“ bzw. des Anerkennungsverhältnisses werden die tatsächlich und gesellschaftlich ungleichen Sachverhalte „aktive Begehung“ und „Ingerenzunterlassung“ eingeordnet: „Besteht das Proprium strafbaren Unrechts darin, daß der Täter seiner Verpflichtung zuwiderhandelt, an der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes der Freiheitlichkeit mitzuwirken, und bestimmt sich der Umfang dieser Verpflichtung nach dem Maß seiner Zuständigkeit für die Integrität einer fremden Rechtssphäre, so ist die systematisch maßgebliche Unterscheidung nicht diejenige zwischen Tun und Unterlassen, sondern diejenige zwischen den verschiedenen Zuständigkeitstatbeständen“, *Pawlik* Unrecht S. 161 f.

²⁹⁶⁹ Siehe auch *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 66.

²⁹⁷⁰ Bereits oben → II 2 b), c). Zu *Pawlik* auch *Berster* Unterlassungsdelikt S. 41 f.

²⁹⁷¹ Vgl. auch *Bosch* Jura 2019, 1239, 1241 m. Fn. 13: bloße „Berufung auf die allgemeinen Aufgaben und Grenzen von Strafe“ und „Anhäufung von „Wertungsbegriffen“.

²⁹⁷² Wenn *Pawlik* etwa meint, dass jemand seine Bürgerrolle breche, „indem er einen Straftatbestand verwirklicht“ (FS Jakobs S. 469, 484), zeigt sich, dass die Konzeption nur auf die gesetzlichen Tatbestände zurückweist, jedoch nichts über deren Reichweite aussagt.

²⁹⁷³ *Vogel* Norm und Pflicht S. 23 f., 41 ff.; *Kindhäuser* Gefährdung S. 13 ff., 29 ff.

Verhaltens“. Die Sanktionsnormen bestimmten den Haftungsrahmen, nach dem der Adressat verpflichtet sei, „die Norm zum verbindlichen Grund seines Handelns zu machen“, an diese also gebunden sei.²⁹⁷⁴ Ein normwidriges Verhalten könne jedoch als *Pflichtverletzung* wegen *ultra posse nemo obligatur* nur dann zugerechnet werden, wenn der Täter die erfolgsvermeidende Verhaltensalternative hätte ergreifen können.²⁹⁷⁵ Das in der Handlungssituation *ex ante* verfügbare Wissen und Können des Täters wird also erst auf der Ebene der „Pflicht“ relevant.²⁹⁷⁶ Ob ein Verhalten der *Norm* entspreche oder nicht, richte sich allein danach, „ob das Verhalten die Eigenschaften aufweist, die unter die Merkmale des Deliktstatbestandes fallen, und das heißt insbesondere, ob das Verhalten die Eigenschaft aufweist, einen Erfolg verursacht zu haben“.²⁹⁷⁷ Normwidrig sei das Verhalten, welches sich unter einen Tatbestand des Besonderen Teils subsumieren lasse. Es handle sich um eine „logisch-deduktiv und *ex post* getroffene Feststellung“.²⁹⁷⁸ Auch das Gebot beim unechten Unterlassungsdelikt sei eine solche rein strafrechtliche Sonder-

²⁹⁷⁴ *Kindhäuser* Gefährdung S. 13, 29. „Die Sanktionsnormen sagen also, in welchem Maße eine Person an eine Verhaltensnorm gebunden – d.h. zu handlungswirksamer Normanerkennung verpflichtet – ist und unter welchen Bedingungen sie für pflichtwidriges Verhalten einzustehen hat“; *ders.* GA 1994, 197, 200 ff.; *ders.* GA 2007, 447 ff., 449: Nach den klassischen Kategorien: Der objektive Tatbestand sei *Gegenstand*, Vorsatz und Fahrlässigkeit *Gründe* der Zurechnung; siehe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 42.

²⁹⁷⁵ *Kindhäuser* Gefährdung S. 53; siehe auch S. 35. So verhalte sich eine Krankenschwester normwidrig, die einem Patienten unvermeidbar ein tödlich wirkendes Medikament verabreiche. Dem Grundsatz *ultra posse* zufolge könne dieses normwidrige Verhalten nicht zugerechnet werden, S. 57; *ders.* GA 1994, 197, 200 ff.; *ders.* GA 2007, 447, 450, 456 ff.; sowie *Vogel* Norm und Pflicht S. 42 f.

²⁹⁷⁶ *Vogel* Norm und Pflicht S. 24. „Zugespitzt formuliert: Normwidrigkeit ist eine objektive, Pflichtwidrigkeit eine personale Kategorie“, S. 43.

²⁹⁷⁷ *Kindhäuser* Gefährdung S. 53, 59. Dabei sei die Norm als „Koordinationsregel“ (S. 146) das „Ergebnis einer universalisierbaren Lösung eines rechtsgutsbezogenen Freiheitskonfliktes nach (verfassungs-)rechtlichen Wertmaßstäben“ (S. 30 m. Fn. 6, S. 150). Die Norm „ist formell durch das Gesetzgebungsverfahren, materiell durch ihre – intrasystematisch zu unterstellende – soziale Utilität und distributive Vorteilhaftigkeit legitimiert“ und „nennt die Bedingungen, unter denen „bestimmte (elementare) Schutzinteressen ubiquitären Handlungsinteressen vorgehen“ (S. 30); siehe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 46; **kritisch** *Haas* Kausalität S. 109 f., die Normkonstitution sei von vornherein „gemeinwohlorientiert“.

²⁹⁷⁸ *Vogel* Norm und Pflicht S. 49, 55 f.; bereits *Kindhäuser* Gefährdung S. 53.

norm, welche sich aufgrund § 13 StGB in gesetzesimmanenter Rechtsfortbildung entwickeln lasse.²⁹⁷⁹ Es gehe insoweit um „Erfolgsabwendungsgebote“,²⁹⁸⁰ welche es dem Täter gebieten, für das Weiterbesehen des geschützten Rechtsguts kausal zu werden.²⁹⁸¹ Die Garantenstellung oder Garantiebeziehung bezeichne die Person, an die sich das strafrechtliche Erfolgsabwendungsgebot richte.²⁹⁸²

Vogel bemüht sich hinsichtlich der materiellen Begründung der Garantenstellungen um eine Reformulierung der Lehre *Jakobs* auf Grundlage eines „klassischen Legitimationskonzepts“.²⁹⁸³ Dabei beruft er sich hinsichtlich der Organisationszuständigkeit insbesondere auf *Ad. Merkel*, welcher betonte, dass zahlreiche positive Handlungen nur erlaubt seien, wenn sie durch andere vorhergehende, nachfolgende oder begleitende Handlungen flankiert sind („ergänzende Bedingungen der Rechtmäßigkeit“.²⁹⁸⁴ *Merkel* stelle einen überzeugenden Bezug zum Rechtsprinzip der wechselseitig verträglichen Abgrenzung von Freiheitssphären her und ziehe die moderne Schlussfolgerung, dass nur die Überschreitung des erlaubten Risikos eine Folgenverantwortlichkeit begründe.²⁹⁸⁵ *Vogel* wendet sich allerdings gegen das Pflichtwidrigkeitskriterium. Die Begründung des Garantengebots finde nur auf der objektiven Ebene der *Norm*, nicht hingegen der Ebene der

²⁹⁷⁹ *Vogel* Norm und Pflicht S. 131 ff. – Diese Überlegung *Vogels*, § 13 I StGB enthalte eine Aufforderung an den Rechtsanwender zur Rechtsfortbildung anhand legitimer Prinzipien, kann in der vorgebrachten Weise nicht überzeugen. Es widerspricht dem in Art. 20 II 2 GG niedergelegten, von der Ewigkeitsgarantie, Art. 79 III GG umfassten, Prinzip der Gewaltenteilung, welche die Rechtssetzung grundsätzlich dem parlamentarischen Gesetzgeber zuweist. Art. 103 II GG betont dies Bindung an das parlamentarische Gesetz für das Strafrecht nochmals besonders. Die Prinzipienlehre *Dworkins* entstammt dem auf *case-law* basierenden anglo-amerikanischen Rechtskreis und ist auf den kontinentaleuropäischen nicht ohne weiteres übertragbar. Vgl. dazu etwa *Schulz* FS Roxin (2011) S. 305, 318; siehe auch *Herbertz* Ingerenz S. 197 f., die zudem kritisiert, dass § 13 I StGB dem Rechtsanwender nicht genügend Anhaltspunkte an die Hand gibt, aus denen dieser legitime Rechtsfortbildung betreiben könnte, S. 206 m. Fn. 125. – Abgesehen von der zweifelhaften rechtstheoretischen Anknüpfung *Vogels* sind die Unterschiede in der Sache nicht zu überschätzen. Siehe oben die Aufzählung von Autoren, die § 13 I StGB als Auftrag zur richterlichen Konkretisierung ansehen → Kapitel 1 § 2 C Fußnote 379. Unsere Rechtsordnung ist durch verschiedenste Prinzipien geprägt, welche sowohl im Verfassungsrecht als auch in einfachgesetzlichen Regelungen Niederschlag gefunden haben. Als objektiv-teleologische Kriterien dienen sie der Auslegung sowie der Rechtsfortbildung (*Larenz* Methodenlehre S. 421). Speziell das von *Vogel* bemühte Prinzip der Freiheit durchzieht die gesamte Rechtsordnung. *Vogel* selbst meint: „Die Schlußfolgerung erscheint radikal; ihre verfassungsrechtliche Problematik – die nicht in Abrede gestellt wird – liegt auf der Hand. Sie benennt aber nur analytisch klar, was Rechtsprechung und Lehre tun und was auch der Gesetzgeber wollte“ (aaO S. 133).

²⁹⁸⁰ *Vogel* Norm und Pflicht S. 100 ff.

²⁹⁸¹ *Vogel* Norm und Pflicht S. 102.

²⁹⁸² *Vogel* Norm und Pflicht S. 132.

²⁹⁸³ *Vogel* Norm und Pflicht S. 358 ff.; zur institutionellen Zuständigkeit S. 366 ff.; zu betonen ist, dass *Vogel* dabei in bewusster Abgrenzung zu *Jakobs* den Grund der Verhaltensnormen in dem unmittelbaren, den Schutz der Sanktionsnormen in dem mittelbaren Schutz von Rechtsgütern erblickt (S. 63, dort Fn. 39); unklar hingegen *Herbertz* Ingerenz S. 141: „weiterentwickelte Konzeption der Freund’schen Sonderverantwortlichkeit, die völlig von der Frage des Rechtsguts abgekoppelt ist“.

²⁹⁸⁴ Siehe dazu bereits oben → Kapitel 1 § 1 B II. Zitat bei *Ad. Merkel* Lehrbuch S. 111 f.

²⁹⁸⁵ *Vogel* Norm und Pflicht S. 360. Zwar sei sowohl die normentheoretische These *Merkels* falsch, dass der Unterlassungstäter gegen ein Verbot verstoße, außerdem sei die Bedingung der Rechtswidrigkeit dogmatisch nicht haltbar. Jedoch sei seine Lehre als Legitimationsansatz „vollauf überzeugend“.

Pflicht/Zurechnung statt. Für diese *Norm*legitimation haben nach *Kindhäuser/Vogel* Gesichtspunkte der Vermeidbarkeit sowie der Erkennbarkeit außer Betracht zu bleiben. Damit sei auch das Vorliegen eines unerlaubten Risikos ex post zu entscheiden „nach dem Maßstab, ob in der gefährlichen Situation die Rechtsgutsverletzung von einem potentiellen Opfer hätte intentional vermieden werden können“.²⁹⁸⁶

b) Bewertung

Die Unternehmung *Vogels* zur „Reformulierung“ der Theorie *Jakobs* ‘ ist begrüßenswert. So schafft *Vogel* eine bessere Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht, indem er die Unterscheidung von Tun und Unterlassen zugrunde legt und das Merkmal der Garantiebeziehung für das Begehungsdelikt für nicht erforderlich hält.²⁹⁸⁷ Nach *Vogel* dienen die tatbestandlichen Normen dem Schutz von *Rechtsgütern*,²⁹⁸⁸ während es *Jakobs* um gesellschaftliche Erwartungen an Rollenträger geht. *Vogels* Konzeption betrifft wenigstens auf Verhaltensnormebene die tatsächliche (kausale) Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen, während es für *Jakobs* allein darauf ankommt, ob das Verhalten des Betroffenen als kommunikative Nichtanerkennung der Norm verstanden werden kann. Während *Vogel* Tun und Unterlassen trotz ihrer Unterschiede materiell axiologisch gleichstellen will, sind diese für *Jakobs* bereits *sub specie* Normwiderspruch gleich. Für das unechte Unterlassungsdelikt legt *Vogel* dennoch ähnliche Kriterien an wie *Jakobs*:²⁹⁸⁹ Gemeinsamer Kern der Konzeptionen ist die Idee „Freiheit bedingt Folgenverantwortung“.²⁹⁹⁰ Insoweit entsprechen die Ausführungen von *Vogel* den auch hier getroffenen Überlegungen, die zutreffenden Erwägungen in *Jakobs* ‘ System als teleologische Argumente in einer an Rechtsgüterschutz und Handlungsfreiheit orientierten Konzeption nutzbar zu machen. Das von *Vogel* bemühte Rechtsprinzip der wechselseitigen Abgrenzung von *Freiheitssphären*, die an den Rechtsbegriff *Kants*²⁹⁹¹ erinnert, ist allerdings, worauf *Schünemann* zutreffend hinweist, viel zu vage, um die spezifisch *strafrechtliche* und höchst komplexe Fragestellung nach der Gleichstellung des Unterlassungsdelikts zu beantworten. Hieraus kann keine Lösung einer speziellen Rechtsfrage deduziert werden.²⁹⁹²

²⁹⁸⁶ *Vogel* Norm und Pflicht S. 363 f.: Sicherungsgarantengebote entstünden als „Preis der Einräumung von Handlungsfreiheit und bedeuteten eine Zuständigkeit für „unerlaubte Gesamt-Risiken, die aus der Wahrnehmung von Handlungsfreiheit folgen und nicht ausschließlich dem norm- oder obliegenheitswidrigen Verhalten eines anderen zugewiesen werden können, also zugleich ein unerlaubtes Einzel-Risiko durch den Garanten darstellen.“ „Bei der Normlegitimation bleiben Vermeidbarkeits- und Erkennbarkeitsgesichtspunkte außer Betracht. Wie auch der Norminhalt ex post festgestellt wird, wird die Frage, ob eine Gefahr oder ein unerlaubtes Risiko vorgelegen hat, ex post entschieden [...]“. Siehe auch schon S. 266 ff.; 268 ff.; grundlegend *Kindhäuser* Gefährdung S. 201 ff.

²⁹⁸⁷ *Vogel* Norm und Pflicht S. 49 ff., 93 ff., 373.

²⁹⁸⁸ Vgl. *Vogel* Norm und Pflicht S. 133

²⁹⁸⁹ Dazu auch *Herbertz* Ingerenz S. 140 f.

²⁹⁹⁰ *Schünemann* meint dagegen, es sei keine wesentliche Weiterentwicklung von *Jakobs* ‘ System zu erkennen (in: *Internationale Dogmatik* S. 49, 58), fairerweise muss man jedoch erwähnen, dass *Vogel* es ausdrücklich nicht bezweckte, eine völlig neue Garantenlehre vorzulegen, vgl. *Vogel* Norm und Pflicht S. 301.

²⁹⁹¹ *Kant* MdS Rechtslehre § B, § C, AB 32 f., Werke VIII S. 337.

²⁹⁹² Siehe hierzu *Schünemann* in: *Internationale Dogmatik* S. 49, 58. *Schünemann* spricht von einer „waghalsigen dogmenhistorischen Anknüpfung“ an *Ad. Merkel*, da dieser einerseits einen kausalmonistischen

Die Frage ist ja gerade *wo* die Grenze der Freiheitsbereiche liegt und ob diese durch (begehungsgleiche) *Strafe* abgesichert werden soll.²⁹⁹³ Ebenfalls die an den Legitimationsansatz *Ad. Merckels* anschließende Überlegung, dass bestimmte nachfolgende Handlungen ergänzende Bedingungen der Rechtmäßigkeit des Verhaltens seien, umschreibt letztlich nur das Ergebnis, dass bestimmte Verhaltensweisen zu einer strafrechtlichen Garantstellung führen, ohne es zwingend herzuleiten.²⁹⁹⁴

Zu begrüßen ist, dass *Vogel* die Garantstellung, anders als *Jakobs*, nicht vom Vorliegen eines „Sonderrisikos“, sondern der tatbestandlichen Bewertung der geschaffenen Gefahr abhängig macht. Die Differenzierung zwischen „Norm“ und „Pflicht“ und damit die Definition des Norminhalts für Begehung und Unterlassen *ex post* und ohne Rücksicht auf die Erkenntnismöglichkeiten des Normadressaten, erlauben es *Vogel*, die *ex ante* Perspektive auch bei der Begründung der Garantstellung aus Ingerenz auszuklammern und die Gefährlichkeit sowie die Rechtswidrigkeit des Vorverhaltens *ex post* zu bestimmen.²⁹⁹⁵ Zu kritisieren ist daran jedoch, dass sich dieses Ergebnis bei *Vogel* mehr aus formaler normentheoretischer Deduktion ergibt als dass es durch materielle Erwägungen unterfüttert wäre.²⁹⁹⁶ Die Ableitung zeigt immerhin die Abhängigkeit des Bedeutungsgehalts der „rechtswidrigen Gefahrschaffung“ davon, welchem Normenmodell man anhängt.²⁹⁹⁷ Aus der bloßen Zuordnung einzelner Elemente zu bestimmten Deliktskategorien dürfen allerdings keine Ergebnisse abgeleitet werden.²⁹⁹⁸ Es kommt nicht darauf an, ob man *für den Begriff der Straftat* Vermeidbarkeitsaspekte in die Norm einbeziehen oder einer eigenen Kategorie der Pflicht zuschlagen will. Entscheidend ist teleologisch, ob es *für die Ingerenzbegründung* auf die Vermeidbarkeit der Gefährdung ankommen soll.

Ansatz verfolgte und zudem als Fälle der Ingerenz ausschließlich Fälle der Übernahme anführte; siehe auch Fn. 45.

²⁹⁹³ Auch § 1004 BGB beruht auf der Abgrenzung von Freiheitsphären, ohne dass jemand an die strafrechtliche Verantwortlichkeit des zivilrechtlichen Störers dächte.

²⁹⁹⁴ → IV 2 d), HI 2 b).

²⁹⁹⁵ Das missversteht offensichtlich *Herbertz* Ingerenz S. 140 f. Sie wirft *Vogel* vor, dieser entwerfe ein Normmodell, welches „den Norminhalt der Begehungsdelikte auf ein Minimum reduziert, das für Tun wie für Unterlassen gleichermaßen gelten kann“. Fragen der Garantpflichten seien selbstständig unter dem Aspekt der Pflichtwidrigkeit zu prüfen, sie stünden „in dessen Zentrum“. Nun könne ein für Tun und Unterlassen einheitlicher Norminhalt nur auf einem positiven Freiheitsmodell beruhen, *Vogel* allerdings bemühe für die Begehungsdelikte einen negativen Freiheitsbegriff. – Hier wird jedoch einiges durcheinandergebracht. *Vogel* versteht die Begehungsdelikte als Verursachungsverbote (S. 49 ff.), die Unterlassungsdelikte als Erfolgsabwendungsgebote (S. 100 ff.). Der Norminhalt ist also nicht derselbe. Die Garantbeziehung versteht *Vogel* sodann als Aspekt der *Normwidrigkeit*, nicht der *Pflichtwidrigkeit* (Norm und Pflicht § 4 sowie S. 364).

²⁹⁹⁶ Allgemein *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33m: „Als rein logische Gebilde lassen sich aber verschiedene, voneinander abweichende Konzepte von Normen aufstellen; welches maßgeblich sein soll, lässt sich ohne Zirkelschluss nicht aus der Perspektive einer (Welcher?) Normentheorie bestimmen, sondern allein aus sonstigen, über die Normentheorie hinausgehenden Überlegungen“. → Kapitel 1 § 3 B IV 3 d).

²⁹⁹⁷ Wenn *Rudolphi* (→ F I) und *Vogel* die Abgrenzung der Freiheitsphären in den Verhaltensnormen verbürgt sehen, bezüglich deren Inhalt jedoch zu abweichenden Ergebnissen kommen, zeigt das mehr als deutlich den formalen Charakter solcher Überlegungen. Siehe noch unten (→ H I).

²⁹⁹⁸ Vgl. *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 85.

IV. Sonderverantwortlichkeit (*Freund/Rostalski*)

1. Darstellung

*Freund*²⁹⁹⁹ geht, wie oben bereits ausgeführt, von einem „identischen Tatbestandsverständnis“ von Tun und Unterlassen aus, die beide unabhängig von ihrer „vordergründig-naturalistischen“ Erscheinungsform gegen eine bestimmte Verhaltensform verstoßen müssen.³⁰⁰⁰

a) Legitimatorisches Konzept

Freund erachtet das Strafrecht als sekundäre, akzessorische Normordnung, welche auf einer primären Verhaltensnormordnung aufbaut.³⁰⁰¹ „Strafgesetze *sind* keine Verhaltensnormen“, sondern ordneten nur als Sanktionsnormen an, dass auf bestimmte Verstöße gegen die Primärordnung Schuldpruch und Strafe als Reaktion folgen müssten.³⁰⁰² Die beiden Normtypen seien bereits deswegen zu trennen, weil sie „vollkommen“ unterschiedliche Legitimationsvoraussetzungen aufwiesen.³⁰⁰³ Rechtsgüterschutz könne nämlich nur zukunftsgerichtet durch Verhaltensnormen gewährleistet werden, nach der Straftat sei hingegen „das Kind bereits in den Brunnen gefallen“.³⁰⁰⁴ Durch Strafe könnten bloß noch solche Bedürfnisse des Güterschutzes befriedigt werden, die durch den „Widerspruch zur Norm als geistigem Akt“ entstanden seien und die reale Normgeltung in Zukunft betreffen.³⁰⁰⁵ Insofern komme es bei dem Verhaltensnormverstoß nicht auf eine

²⁹⁹⁹ Zu nennen ist für diese Auffassung auch *Freunds* Schülerin *Rostalski*, als Co-Autorin der aktuellen dritten Auflage des nunmehr gemeinsamen Lehrbuchs *Freund/Rostalski AT*. Da die Ausführungen zur Unterlassungsstrafbarkeit in der Sache maßgeblich auf früheren Publikationen *Freunds* beruhen (insbesondere „Erfolgsdelikt und Unterlassen“), ist im von der Konzeption *Freunds* die Rede.

³⁰⁰⁰ Deutlich etwa *Freund/Rostalski AT* § 6 Rn. 56. Siehe dazu bereits oben → Kapitel I § 2 C I.

³⁰⁰¹ *Freund* Erfolgsdelikt S. 28 ff.; *ders.* MK Vor § 13 Rn. 46; *ders./Rostalski AT* § 1 Rn. 50; zuletzt *ders./Rostalski GA* 2020, 617 ff.; siehe auch *Frisch* Vorsatz S. 83 f.; 89; 361 f.; *ders.* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 70 ff.; 127 ff.; 139 ff.; *ders.* NStZ 2016, 16 ff.

³⁰⁰² *Freund/Rostalski GA* 2018, 264. Hervorhebung im Original. Die Verhaltensnormen könnten auch nicht aus den Sanktionsnormen des Besonderen Teils abgeleitet werden. Es handle sich dabei um einen „untauglichen Deduktionsversuch aufgrund eines „naiv-positivistischen Gesetzesverständnis“; die „in concreto legitimierte Verhaltensnorm“ sei „Anwendungsvoraussetzung der vom Strafgericht erst noch zu bildenden einzelfallbezogenen Sanktionsnorm“ (S. 265 f.). Siehe auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 27 ff.; *ders.* FS Herzberg S. 225, 229.

³⁰⁰³ *Freund* Erfolgsdelikt S. 51 ff., 85 ff.; *ders.* in: Straftat, Strafzumessung S. 43, 46 ff.; *ders.* MK Vor § 13 Rn. 328; *ders./Rostalski AT* § 1 Rn. 24 ff., zusammenfassend Rn. 64, Rn. 104 ff., wo empfohlen wird, den Dualismus Verhaltensnorm – Sanktionsnorm in der Prüfung an die Stelle des Dreischritts Tatbestand – Rechtswidrigkeit – Schuld zu setzen, § 2 Rn. 8 ff. Siehe dazu bereits oben → Kapitel 1 § 3 IV.

³⁰⁰⁴ *Freund* Erfolgsdelikt S. 80 f.; *ders.* MK Vor § 13 Rn. 66; sowie *ders.* in: Straftat, Strafzumessung S. 43, 46 f.; *ders.* FS Herzberg S. 225, 229; *ders./Rostalski GA* 2018, 264, 269; *ders./Rostalski AT* § 1 Rn. 29, 45; *ders./Rostalski GA* 2020, 617, 628; *Rostalski GA* 2016, 73, 74, 76.

³⁰⁰⁵ Die Strafe als nachträgliche Reaktion diene der Wiederherstellung des Rechts, indem dieses durch den Widerspruch gegen die Verhaltensweise symbolisch bestätigt werde. Die Sanktionsnorm schütze so die Verhaltensnormordnung und dadurch nur mittelbar das von der Verhaltensnorm erfasste Gut. Die Strafe müsse zum Schutz der Verhaltensnormgeltung, indem der Gefahr eines Normgeltungsschadens entgegen gewirkt werde, geeignet, erforderlich und angemessen sein. Vgl. zum Ganzen *Freund* Erfolgsdelikt S. 82, 85 ff.; *ders.* in: Straftat, Strafzumessung S. 43, 48 ff.; *ders.* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 384 f.; *ders.* MK Vor § 13 Rn. 27; *ders./Rostalski AT* § 1 Rn. 28 ff., 48; siehe hierzu insbesondere auch *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 281; *ders.* ZStW 99 (1987) 349, 368, 386 ff.; *ders.* ZStW 99 (1987)

„naturalistische Dimension“ des Verhaltens, sondern den geistigen Widerspruch zur Norm an.³⁰⁰⁶ Ein Schutzgut der Sanktionsnorm und damit Anknüpfungspunkt für die strafrechtliche Sanktion liege daher überhaupt nur vor, wenn eine rechtlich legitimierbare Verhaltensnorm übertreten wurde. Eine Straftat ohne deliktsspezifischen Verhaltensverstoß sei undenkbar.³⁰⁰⁷ Der Widerspruch gegen die rechtliche Verhaltensnorm ist für *Freund/Rostalski* Grundelement von Begehungs- und Unterlassungsstrafbarkeit.³⁰⁰⁸ Die Geltung dieser Verhaltensnorm sei jedoch nicht positivistisch zu verstehen, sondern müsse inhaltlich begründet werden. Es gehe um die dem Strafrecht vorgelagerte Problematik der „Konstitution einer angemessenen Ordnung des Zusammenlebens“.³⁰⁰⁹ Dabei müsse *jede* Verhaltensnorm durch den *Nutzen der Normeinhaltung* legitimiert werden.³⁰¹⁰ Die Einschränkung der Handlungsfreiheit und damit Zurücksetzung der Interessen des Betroffenen, müsse dabei nach einer objektiven Entscheidung aus der subjektiven Sicht

S. 751, 780 f.; *ders.* 140 Jahre GA S. 1, 20 ff.; *Jakobs* Schuld und Prävention S. 10 f.; *ders.* AT 1/4 ff.; *ders.* ZStW 89 (1977) 1, 18 ff.; *ders.* Strafe S. 28 ff.; *ders.* Rechtsgüterschutz? S. 19 f., 36; *Kindhäuser* GA 1994, 197, 201; leicht abweichend *Rostalski* („retributive expressive Straftheorie), die die Aufgabe der Strafe jedoch ebenfalls nicht im Schutz von Rechtsgütern erblickt, *Freund/Rostalski* AT § 1 Rn. 37 ff.; ebenfalls *dies.* GA 2016, 73, 74; es sei „verfehlt“, anzunehmen, die Strafe schütze ebenfalls das verletzte Interesse; siehe aber auch die überzeugende **Kritik** bei *Herzberg* GA 2016, 737, 743 ff.; *ders.* ZIS 2021, 420 ff.; sowie bereits oben → Kapitel 1 § 3 B IV 3.

³⁰⁰⁶ *Freund* Erfolgsdelikt S. 83; sowie bereits oben → Kapitel 1 § 2 C I.

³⁰⁰⁷ Nur ein solcher gebe einen Grund ab, zur Stützung der empirischen Geltung der rechtlichen Verhaltensordnung mit dem Mittel der Strafe einzuschreiten. Ein Verhalten, das nach der vorstrafrechtlichen Ordnung erlaubt sei, könne hingegen schwerlich bestraft werden, *Freund* Erfolgsdelikt S. 28 ff., 37 f., 51 ff., 80, 85 f. *et passim*; *ders.* GA 1991, 387, 389; *ders.* in: Straftat, Strafzumessung S. 43, 46 f.; *ders.* GA 1991, 387 ff.; *ders.* FS Herzberg S. 225, 228; *ders.* FS Maiwald S. 211; *ders.* MK Vor § 13 Rn. 306, § 13 Rn. 17 ff., 29, 68, 71 f.: Die Strafe reagiere auf die *Infragestellung* der Geltung einer Verhaltensnorm, den Angriff auf die Normgeltung; *ders.* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 382; *ders./Rostalski* AT § 1 Rn. 48, § 2 Rn. 5; *ders./Rostalski* GA 2018, 264, 266 ff.; *ders./Rostalski* GA 2020, 617, 619; *Rostalski* Tatbegriff S. 64 ff.; grundlegend zur Bedeutung des Verhaltensunrechts auch beim Erfolgsdelikt *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 33 ff.; siehe auch *ders.* NStZ 2016, 1; **kritisch** hingegen *Zaczyk* GA 2014, 73, 74 f.: das zentrale Element der Verhaltensnormverletzung führt zu einem „geradezu a-personalen Rechts- und Unrechtsbegriff“.

³⁰⁰⁸ Siehe oben → Kapitel 1 § 2 C I; sowie *Freund* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 385 f.

³⁰⁰⁹ *Freund* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 383; siehe zur Legitimation der Verhaltensnormen als Einschränkung der Handlungsfreiheit auch *ders.* Erfolgsdelikt S. 28 ff.; 34 f.; *ders.* in: Straftat, Strafzumessung S. 43, 46; *ders.* FS Maiwald S. 211, 212; *ders./Rostalski* GA 2018, 264, 266: strafrechtsunabhängige Begründung; *ders./Rostalski* GA 2020, 617, 619 ff.; grundlegend zuvor *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 70 ff.

³⁰¹⁰ Unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben müsse sich angesichts der konkret in Frage stehenden Schutz- und Freiheitsinteressen die Verhaltensnorm auf der Basis der Sachlage der potentiell Normunterworfenen als zur Konfliktlösung geeignet, erforderlich und angemessen erweisen. *Freund* Erfolgsdelikt S. 52 ff., 67; *Freund* sieht hier die Parallele zur Interessenabwägung bei den Rechtfertigungsgründen (S. 52 m. Fn. 6); *ders.* GA 1991, 387, 393 ff.; *ders.* FS Herzberg 225, 228 ff., 230 „mit nicht unerheblichen Wertungsproblemen, die jedoch sachbedingt sind“; *ders.* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 383 f.; *ders.* MK Vor § 13 Rn. 153 ff., 163 ff.; *ders./Rostalski* AT § 1 Rn. 51 ff., 58, § 2 Rn. 11 ff.; *ders./Rostalski* GA 2020, 617, 619 f.; *Rostalski* GA 2016, 73, 75; *dies.* Tatbegriff S. 70 ff.; zuvor auch *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 74 f. sowie 127 ff. (Erforderlichkeit), 129 ff. (Angemessenheit).

des potentiell Normunterworfenen³⁰¹¹ dem eindeutig überwiegenden Interesse, dem eindeutig höheren Wert dienen.³⁰¹²

In vielen Fällen könne jedoch der bloße Nutzen der Normeinhaltung nicht zur Legitimation der Verhaltensnorm führen. Im Kernstrafrecht genüge nur in den Sonderfällen §§ 323c I, 138 StGB der Verstoß gegen eine „monistisch“, also allein durch den Schutz von Rechtsgütern legitimierte Verhaltensnorm.³⁰¹³ Sämtliche andere Tatbestände, etwa auch die §§ 212, 223 StGB, setzten eine Verhaltensnorm voraus, die „dualistisch“ zu legitimieren sei, also zusätzlich zum Erfordernis des Nutzens der Normeinhaltung als „erste Säule“ – um als Ausdruck angemessener Konfliktlösung legitimierbar zu sein – durch den zweiten Pfeiler der „Sonderverantwortlichkeit“.³⁰¹⁴ Diese bezeichne die „besondere Verantwortlichkeit des Normadressaten für das Vermeiden der in Frage stehenden Schädigungsmöglichkeit“.³⁰¹⁵ Diese Sonderverantwortlichkeit hebe den Normadressaten vom Jedermann ab, wodurch das begehungsgleiche Unterlassen als Verletzung einer solchen „dualistisch“ legitimierten Verhaltensnorm im Vergleich zum Jedermannunterlassen ein „spezielles Plus im Unrechtsgehalt“ aufweise.³⁰¹⁶ Die zweite „Säule“ verleihe der Verhaltensnorm eine „besondere Dignität“, sie sei für das gedeihliche Zusammenleben von besonderem Gewicht.³⁰¹⁷ Bei den Begehungstaten werde der besondere Bezug des Normadressaten zu dem schadensträchtigen Verlauf regelmäßig vorausgesetzt und für so selbstverständlich gehalten, sodass man dies dort überhaupt nicht thematisiere.³⁰¹⁸ Jedoch könne jedoch nicht allein das „naturalistische Datum aktiver Gefahrschaffung“ relevant

³⁰¹¹ Es dürften nur Umstände in die Abwägung mit eingestellt werden, die im Entscheidungszeitpunkt entscheidungsrelevant seien. *Freund* Erfolgsdelikt und Unterlassen S. 56 ff.; *ders.* GA 1991, 387, 390, 400; *ders.* FS Maiwald S. 211, 212; *ders./Rostalski* GA 2018, 264, 273; *Rostalski* GA 2016, 73, 76 ff.

³⁰¹² *Freund* Erfolgsdelikt S. 87; *ders.* GA 1991, 387, 395. Eine Entscheidung diene dem überwiegenden Interesse, wenn sie einer prinzipiell rechtstreuen Person „argumentativ so überzeugend dargelegt“ werden könne, dass diese das Wertungsergebnis als eigene Entscheidung anzunehmen vermöge (S. 396); *ders./Rostalski* AT § 1 Rn. 58.

³⁰¹³ Vgl. zu diesen etwa *Freund/Rostalski* AT § 2 Rn. 24.

³⁰¹⁴ Vgl. hierzu *Freund* Erfolgsdelikt S. 68 ff.; *ders.* MK Vor § 13 Rn. 29, 152, 171 ff. 306; MK § 13 Rn. 18 ff.; 76 ff.; *ders.* FS Herzberg S. 225, 230 ff.; *ders.* FS Maiwald S. 211, 212; *ders./Rostalski* AT § 2 Rn. 17 ff.; zuvor grundlegend *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 132 ff.; 241 ff.; grundsätzlich sympathisierend *Kuhlen* NStZ 1990, 566, 568 m. Fn. 46; S. *Walter* Pflichten S. 109; im Grunde auch *Herbertz* Ingerenz S. 137: „lobenswertes Anliegen“, die „Zurechnung des Erfolgs zu der (quasi-)kausal gewordenen Person beim Unterlassen aufzudecken“. – Doch geht es *Freund* nicht um Kausalität und die Zurechnung von Erfolgen, sondern die „Konturierung“ von dem Tatbestand vorgelagerten Verhaltensnormen.

³⁰¹⁵ *Freund* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 386; siehe auch *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 30.

³⁰¹⁶ *Freund* MK § 13 Rn. 24.

³⁰¹⁷ *Freund* Erfolgsdelikt S. 68, 125.

³⁰¹⁸ *Freund* Erfolgsdelikt S. 68; die Sonderverantwortlichkeit könne jedoch auch bei aktiver Gefahrschaffung ausnahmsweise fehlen, etwa bei der Beseitigung reflexartig aus dem eigenen „Organisationskreis“ hervorgehender rettender Kausalverläufe oder bei der Risikosteigerung durch „Weggehen“, vgl. S. 69 f.; *ders.* FS Herzberg S. 225, 227, 232 ff.; *ders.* MK Vor § 13 Rn. 172, § 13 Rn. 84 ff.; *ders.* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 386 f.; *Freund/Rostalski* AT § 2 Rn. 19, 21; § 6 Rn. 71 m. Fn. 71; siehe auch *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 250 ff.; *Jakobs* System S. 26 ff., 34 ff.

sein, vielmehr sei es denkbar, dass die erforderliche normative Sonderverantwortlichkeit ausnahmsweise fehle.³⁰¹⁹

Nach diesem „2-Säulen-Modell“ fügt sich das unechte Unterlassungsdelikt nahtlos in die allgemeinen Kriterien der Verhaltensnormbegründung ein. Nach *Freund* können die Begehungstatbestände auch durch Unterlassen begangen werden, sofern die entsprechende Gebotsnorm zur Gefahrenabwendung dualistisch, also gegenüber einem Sonderverantwortlichen [Garanten] legitimiert sei.³⁰²⁰ So könne der potentielle Adressat im Einklang mit der Funktionslehre „in einem besonderen Bezug“ zum Ursprungs- oder Zielort der Gefahr stehen.³⁰²¹ Es gebe jedoch auch „Mischformen“.³⁰²² Wann eine solche Sonderverantwortlichkeit bestehe, sei ein „rein normatives Problem“. Es gehe stets darum, dass Normen material nur gegenüber bestimmten Personen legitimiert werden können.³⁰²³ Sonderverantwortlichkeit komme insbesondere im Hinblick auf solche schadensträchtigen Verläufe in Betracht, die dem eigenen „Organisationskreis“ entspringen. Die besondere Inpflichtnahme erscheine als „selbstverständliche Kehrseite der in dem Innehaben des Organisationskreises liegenden Ausübung von Freiheit“.³⁰²⁴ Nur weil der Inhaber „qualifiziert in die Pflicht genommen“ sei, könne ihm die gefahrträchtige Freiheitsausübung (etwa einen Hund zu halten) überhaupt erlaubt werden („Sachgedanke der bedingten Gestattung“).³⁰²⁵

b) „Sonderverantwortlichkeit des Ingerenten“

Die Ingerenz ergibt sich damit für *Freund* aus der Sonderverantwortlichkeit für den eigenen Organisationskreis.³⁰²⁶ Dabei sei normativ irrelevant, dass der schadensträchtige Ver-

³⁰¹⁹ *Freund* Erfolgsdelikt S. 70; siehe auch *ders./Rostalski* AT § 2 Rn. 19: „Denn schließlich geht nicht jeden alles an“; **and**ers etwa *Arm. Kaufmann* FS Jescheck S. 251, 270: Jeden vorsätzlich Tötenden geht sein Opfer etwa an.

³⁰²⁰ Bei aller Betonung *Freunds*, dass das Kriterium der Garantenstellung abzulehnen sei, so ist diese Unterscheidung jedoch wie bereits oben bemerkt weitgehend terminologischer Natur, da die „Sonderverantwortlichkeit“ in der Sache die Funktion der Garantenstellung übernimmt. Siehe oben → Kapitel 1 § 3 A II 4; *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 17: „Sonderverantwortlichkeit (oder sog. Garantenverantwortlichkeit)“.

³⁰²¹ *Freund* Erfolgsdelikt und Unterlassen S. 71; *ders.* MK § 13 Rn. 92 f.; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 28.

³⁰²² *Freund* MK § 13 Rn. 185.

³⁰²³ *Freund* Erfolgsdelikt und Unterlassen S. 72; *ders.* MK § 13 Rn. 23 f., 92 ff.; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 30.

³⁰²⁴ *Freund* Erfolgsdelikt S. 72; *ders.* MK § 13 Rn. 95, 113; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 31 f., 70; es komme hingegen nicht darauf an, ob der Betroffene so gut wie andere oder besser in der Lage zur Gefahrenabwendung sei; siehe auch *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 13; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 54; *Murmann* GK § 29 Rn. 69.

³⁰²⁵ *Freund* Erfolgsdelikt S. 79: Im Hinblick auf effektiven Rechtsgüterschutz müsse es auf „die Gewährleistung eines bestimmten Organisationszolls i.S. der Vermeidung von ganz bestimmten Möglichkeiten schadensträchtiger Verläufe“ ankommen – die Differenzierung nach den „vordergründig-phänomenologischen“ Unterschieden von Tun und Unterlassen hingegen sei nicht zielführend; siehe auch S. 161 ff., zur Ingerenz S. 181.

³⁰²⁶ *Freund* Erfolgsdelikt S. 184; *ders.* MK § 13 Rn. 62; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 70: „Kehrseite“ der Freiheitsausübung.

lauf „naturalistisch gesehen“ die Sphäre des Handelnden bereits verlassen und die Opfersphäre erreicht habe.³⁰²⁷ Es sei verfehlt, aus der phänomenologischen Veränderung den Schluss zu ziehen, dass der Verlauf den Organisierenden nichts mehr angehe.³⁰²⁸ Es komme für die rechtliche Inpflichtnahme nur darauf an, dass der Betreffende seinen von Rechts wegen zugestandenem Freiheitsraum überschritten und hierdurch die unerlaubte Gefahr geschaffen habe.³⁰²⁹ Dass von dem Ingerenten die Gefahrenlage „zu verantworten ist“, fungiere als „zusätzlicher Inpflichtnahmegrund“.³⁰³⁰ Pflichtwidriges Verhalten sei ein besonders evidenter, jedoch nicht der einzige Fall von pflichtbegründendem Vorverhalten.³⁰³¹ Denn zwar werde, indem ein Verhalten „im Interesse der Freiheitsentfaltung“ erlaubt sei, das „toleriertere Restrisiko“ auf die potentiellen Opfer verlagert, allerdings wäre es „offensichtlich verfehlt“, anzunehmen, „den Inhaber des Ursprungsorganisationskreises gehe dieses Risiko nun gar nichts mehr an“. Eine Risikoerlaubnis sei „ersichtlich“ durch spezifische Sachgründe bedingt, sie könne daher „nur so weit reichen, wie diese wirklich tragfähig sind“.³⁰³² Im Allgemeinen komme es darauf an, ob der Betreffende „qualifiziert riskante Tätigkeiten ausübt, die sozusagen mit dem mehr oder weniger ausdrücklichen oder stillschweigenden – weil selbstverständlichen – Vorbehalt versehen sind, bei Bedarf gefahrenabwendend tätig zu werden“. Wer eine qualifiziert riskante Tätigkeit ausüben wolle, müsse diese Folge akzeptieren, ansonsten habe er die Durchführung zu lassen – man könne nicht die „Vorteile“ haben wollen, ohne die angemessene „Gegenleistung“ zu erbringen.³⁰³³

2. Bewertung

Ein entscheidender Fortschritt der Lehre *Freunds* (ähnlich wie derjenigen *Vogels*) im Vergleich zur Konzeption *Jakobs* ist, dass jener auf die Verletzung von Verhaltensnormen abstellt, die dem Schutz von *Rechtsgütern* dienen,³⁰³⁴ und damit jedenfalls eine *legitimatorische Basis* für den Eingriff in Grundrechte des Täters schafft. Die Anknüpfung

³⁰²⁷ *Freund* Erfolgsdelikt S. 182; *ders.* MK § 13 Rn. 146, gleichzeitig habe die bloß naturalistische Herkunft eines Gegenstandes aus dem Organisationsbereich des Unterlassenden ebenso wie sein Eigentum an ihr keine „verhaltensnormfundierende Funktion“; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 96.

³⁰²⁸ *Freund* Erfolgsdelikt S. 180 f.; *ders.* MK § 13 Rn. 120; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 77. **Dagegen** *Schünemann* Internationale Dogmatik S. 49, 56: bloße *petitio principii*; außerhalb des eigenen Organisationskreises stütze sich die Verantwortlichkeit allein auf die „rein naturalistische und deshalb unbrauchbare“ Kausalität.

³⁰²⁹ *Freund* MK § 13 Rn. 129; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 82.

³⁰³⁰ *Freund* MK § 13 Rn. 118; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 76.

³⁰³¹ *Freund* MK § 13 Rn. 121; die rechtswidrige Überschreitung des eigenen Freierraums sei immer ein Inpflichtnahmegrund, Rn. 129; *ders.* FS Herzberg S. 225, 231. Eine Ausdehnung des eigenen Freiheitsraums könne damit erst recht durch vorsätzliches Vorverhalten erfolgen, eingehend *Freund* MK § 13 Rn. 130 ff.; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 78 ff.

³⁰³² *Freund* Erfolgsdelikt S. 180 f. Es wäre „offensichtlich verfehlt“, allein aus dem Umstand, dass ein Risiko einen Organisationsbereich *erlaubterweise* verlassen habe (als „toleriertes Restrisiko“), den Schluss zu ziehen, das Risiko gehe ihn nichts mehr an.

³⁰³³ Mit erneutem Hinweis auf den Gedanken der „bedingten Gestattung“ *Freund* MK § 13 Rn. 122, 141, 145; *ders.* Erfolgsdelikt S. 182; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 92 ff.; siehe auch *Stein* SK § 13 Rn. 19 m. Fn. 28.

³⁰³⁴ Siehe auch – dort wertungsfrei – *He. Schneider* Kritik S. 161 f.

der Legitimation an Werte der Verfassung ist grundsätzlich begrüßenswert.³⁰³⁵ *Freunds* personale Handlungslehre distanziert sich jedenfalls begrifflich³⁰³⁶ von der „Haftung“ nach dem *Jakobs'schen* Konzept und setzt an die Stelle der bloßen Zuständigkeitserklärung zur Normstabilisierung ein *präventiv rechtsgüterschützendes* System von Verhaltensnormen.

a) Das legitimatorische Konzept *Freunds*

Das legitimatorische Konzept *Freunds* ist näher zu betrachten, da es grundsätzliche Weichenstellungen bei der Begründung der Unterlassungsstrafbarkeit enthält. Indem *Freund* meint, die „Sanktionsnormen“ dienen nicht dem Rechtsgüterschutz,³⁰³⁷ sondern der geltungserhaltenden Generalprävention, verwechselt er die Aufgabe des Strafrechts und mit den Strafzwecken als Weg zur Erreichung dieses Ziels.³⁰³⁸ Die Normstabilisierung darf im liberalen Rechtsstaat nicht Selbstzweck³⁰³⁹ sein, sondern selbst wiederum allein Mittel zur Verhinderung von Rechtsgutsbeeinträchtigungen.³⁰⁴⁰ Zu betonen ist außerdem, dass

³⁰³⁵ Die Wertentscheidungen des Grundgesetzes sind für alle Bereiche des Rechts maßgeblich und müssen daher auch durch das Strafrecht beachtet werden, vgl. auch *Zieschang* FS Hirsch S. 831, 836; *ders.* GA 2006, 415, 417.

³⁰³⁶ Siehe etwa *Freund* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 382.

³⁰³⁷ Treffend zur Vorgehensweise zweckrationaler Strafrechtslehren *Stratenwerth* Lehre von den Strafzwecken S. 16 f.: „Am einfachsten ist es sicherlich, einem Strafzweck den Vorrang zuzusprechen und andere entsprechend umzudefinieren [...]“. Denn divergierende Zwecke würden eben regelmäßig auch zu divergierenden Ergebnissen führen: „Damit ist dogmatisch wenig Staat zu machen“.

³⁰³⁸ Zur Notwendigkeit der Unterscheidung *Roxin* GA 2015, 185, 190; *ders./Greco* AT I § 2 Rn. 1a ff., 106, § 3 Rn. 1.

³⁰³⁹ Die Normentheorie formuliert – wie bereits *Arm. Kaufmann* mit Recht vorgehalten wurde – zwar die Normen zum Schutz schützenswerter Interessen, nachdem aber „der Sprung vom Sachverhaltsunwert auf den Normgegenstand [...] gelungen ist, wird von nun an nur noch auf die so formulierte Norm geblickt und das eigentliche Unrecht schließlich im Abfall von den sozial-ethischen Gesinnungswerten gesehen“ – „das Unrecht verläßt weitgehend seinen Ausgangspunkt des Rechtsgüterschutzes und besteht nur noch in der Realisierung von Gesinnungswerten“ (treffend *Samson* FS Grünwald S. 585, 598). Diesem Einwand den bereits *v. Hippel* gegen *Binding* vorgebracht hat (Strafrecht I S. 21), antwortete *Arm. Kaufmann* seinerseits damit, dass jener die Güterschutzfunktion des Rechts überbetone (*Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 73; sowie schon *Welzel* FS Kohlrausch S. 101, 106 ff.: Schutz elementarer Gesinnungswerte; *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 72 betont zu Recht, dass dieser Beitrag nicht gerade einer Zeit des Liberalismus entstammt; kritisch auch *ders.* SK⁶ Vor § 1 Rn. 2; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn 106; *Jäger* SK Vor § 1 Rn. 4). Richtigerweise geht es um *unmittelbaren* Rechtsgüterschutz, vgl. *Gallas* in: Beiträge S. 1, 4 f.; *ders.* FS Bockelmann S. 155, 159 ff.; *v. Hippel* aaO; *Jescheck/Weigend* AT § 1 III 2; *Neumann* FS Jakobs S. 435, 447; *Roxin/Greco* aaO; *Rudolphi* aaO; *Schünemann* FS Schaffstein S. 159, 174; *Wolter* Straftatsystem S. 24.

³⁰⁴⁰ So zu Recht *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 106 gegen *Welzel*; sowie § 3 Rn. 1: Die Strafzwecke müssen stets auf den dahinterstehenden Zweck des Strafrechts beziehen; § 3 Rn. 28; *Roxin* GA 2015, 185, 190. Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass es sich bei der strafbewehrten Verhaltensnorm um eine einheitliche kriminalpolitische Strategie zum Schutz von Rechtsgütern handelt. Vgl. oben → Kapitel 1 § 3 B IV 3 a), b); siehe ja auch *Freund* MK Vor § 13 Rn. 38: Aufgabe des Staates, die Rechte seiner Bürger zu schützen.

das Strafzweckkonzept für die Bestimmung des Straftatbegriffs auch deshalb nicht überschätzt werden darf,³⁰⁴¹ da die Strafe jedenfalls nach ihrem *Begriff* eine *gerechte* Übelzufügung für ein *fehlerhaftes* Verhalten sein muss.³⁰⁴² Jedenfalls hierfür müssen die für die Konturierung der Verhaltensnorm maßgeblichen Interessen i.R.d. „Sanktionsnorm“ *erneut* bewertet werden, gerade um zu beurteilen, ob die Strafe eine *gerechte* Reaktion auf die verhaltensnormwidrige Entscheidung einer Person ist.³⁰⁴³ Es muss also legitimiert werden, weshalb das Verhalten nicht bloß verboten, sondern kriminalisiert wird.³⁰⁴⁴

Im Übrigen kann nicht über die Vorzugswürdigkeit *bestimmter* einzelner Strafzwecke geurteilt werden, vielmehr ist bloß die von *Freund* vertretene Konzeption auf ihre Plausibilität hin zu untersuchen. *Freunds* funktionalistische Theorie, welche aus dem Strafzweck weitreichende Folgerungen³⁰⁴⁵ deduziert, steht und fällt mit dessen Überzeugungskraft. Im Allgemeinen ist es eine Schwäche normativierender, funktionalistischer Strafrechtstheorien, sich den „heteronomen Gesetzmäßigkeit“³⁰⁴⁶ der für richtig gehaltenen Strafzwecktheorie auszuliefern.³⁰⁴⁷ Bereits *Engisch* führte aus: „Naiv wäre es auch, jeder Rechtsnorm *einen* bestimmten Zweck zuordnen zu wollen. Es gibt nähere und entferntere, niedere und höhere Zwecke. Der Begriff des Zwecks ist elastisch und vieldeutig.“³⁰⁴⁸

³⁰⁴¹ Vgl. dazu *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 208; aber auch *ders.* GA 2019, 185, 196: wechselseitige Beziehung.

³⁰⁴² Vgl. etwa *Gallas* in: Beiträge S. 1, 3 ff.; *Neumann* in: Personale Rechtsgutslehre S. 85, 94; *ders.* in: Kritik S. 89, 98, 103 f.; *ders.* FS Sancinetti S. 119, 125 f.; *Roxin* GA 2015, 185, 195; zur Proportionalität als Schranke der präventiven Strafe, vgl. *Greco* Lebendiges S. 384.

³⁰⁴³ Sprich, die Integritäts- und Freiheitsinteressen, die in der Entscheidungssituation eine Rolle gespielt haben, sind selbstverständlich auch dafür relevant, ob dieses Verhalten *gerechterweise* zum Schutz der Verhaltensnormgeltung bestraft werden darf. Wenn in der Sanktionsnorm ohnehin umfassende Erwägungen getroffen werden müssen (in diesem Sinne wohl auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 90, wenn er nach der Wichtigkeit der Norm fragt; *ders./Rostalski* GA 2020, 616, 628), ist die vorherige Begründung der Verhaltensnorm bestenfalls unökonomisch (siehe dazu oben → Kapitel 1 § 3 B IV 3 b), e). Auch nach *Freund* muss die Verhaltensnorm wieder in die Sanktionsnorm eingefügt werden, vgl. dazu *Herzberg* GA 2016, 737, 753.

³⁰⁴⁴ *Hörnle* FS Neumann S. 593, 596. Rein präventive Theorien, die dies nicht integrieren, neigen dazu, den Sinnzusammenhang zwischen Tat und Strafe zu marginalisieren, vgl. *Neumann* in: Kritik S. 89, 100 f.

³⁰⁴⁵ Siehe auch *He. Schneider* Kritik S. 161: Unmittelbare Folgerungen aus den unterschiedlichen Normfunktionen für dogmatische Einzelfragen. – Folgerungen, die sich nebenbei aus *Rostalskis* Straftheorie gleichsam deduzieren lassen sollen, *Freund* MK Vor § 13 Rn. 71: „in ihren jeweiligen Konsequenzen für die Straftatlehre [...] stimmen beide Konzepte jedoch vollkommen überein“.

³⁰⁴⁶ Im Allgemeinen: *Neumann* in: Strafrechtsprobleme S. 119, 122.

³⁰⁴⁷ Die funktionale Strafrechtsdogmatik steht vor dem Rätsel, „wie sich beides vereinbaren läßt: die Begrenztheit und Unsicherheit der Straftheorien und die Stringenz der Folgerungen, die sie trotzdem erlauben sollen“. Unter diesen Umständen hängen „Rückschlüsse auf Einzelfragen der Strafrechtsdogmatik schlicht in der Luft“. *Stratenwerth* Lehre von den Strafzwecken S. 15 f.; vgl. außerdem *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 22; *Frister* GA 1988, 291, 315: spekulative Züge; *Hirsch* in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 65, 74 ff., 76: „Bekanntlich sind gerade die Strafzwecke wenig präzisiert und sehr umstritten“; *Kühl* JuS 1980, 506, 507; *Weigend* in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 113, 122, der davor warnt, sich in unmittelbare Abhängigkeit von einer Strafzwecklehre zu begeben, die „morgen jedoch schon wieder aus der Mode sein kann“; bereits *Hegler* ZStW 36 (1915) 19, 22 m. Fn. 8. Im Allgemeinen kritisch zum funktionalistischen Strafrecht auch *He. Schneider* Kritik *passim*; *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 192 ff.; *Zaczyk* GA 2014, 73, 84 ff.

³⁰⁴⁸ *Engisch* Einführung S. 118.

Speziell das komplexe Institut Kriminalstrafe lässt sich nicht mit eindimensionalen Erklärungsansätzen begründen.³⁰⁴⁹ Die *alleinige* Erhebung der Sicherung der Normgeltung aufgrund „ideeller Angriffe“ auf diese zum Strafzweck ist weder soziologisch-empirisch ausreichend evaluiert³⁰⁵⁰ noch normativ zwingend.³⁰⁵¹ Anderen Konzepten, wie etwa der Androhungsgeneralprävention spricht *Freund* etwa pauschal und dezisionistisch³⁰⁵² die Geltung ab.³⁰⁵³ Was die Strafverhängung angeht, bringt *Freund* zwar vor, dass für den Erhalt des Gutes die Strafe *im Einzelfall* zu spät kommt. Zunächst ist jedoch zu begründen, dass Strafe *überhaupt*³⁰⁵⁴ erforderlich ist. Dass die Androhung – und die Verhängung als „Ernstmachen“ der Androhung – von Strafe *unmittelbar* dem Schutz von Rechtsgütern dient, leuchtet unmittelbar ein³⁰⁵⁵ vor dem Hintergrund der Vorstellung, dass überhaupt nicht gestraft werde: „Gesetzt wir schaffen morgen alle Strafen ab. Das Bild der dann zu erwartenden Zustände lässt sich leicht vor Augen führen. [...] Das Bild lässt sich nicht erschreckend genug ausmalen und bleibt immer noch glaubhaft in seinem Schrecken; [...]

³⁰⁴⁹ Siehe hierzu *Hörnle* Strafzumessung S. 387; *dies.* Straftheorien S. 64; *dies.* Handbuch Bd. 1 § 12 Rn. 32 f.; *Stratenwerth* Lehre von den Strafzwecken S. 20, zumal diese je nach Einzelfall mitunter unterschiedlich zu gewichten sind; *ders.* FS Schaffstein S. 177, 185 „komplexe Wirkungsprozesse“; *Gärditz* Der Staat 49 (2010) 331, 337 spricht von einem „irritierenden Mangel an empirischer Begründbarkeit“; zu den Defiziten absoluter und relativer Straftheorien in ihrer „Reinform“ auch *Weigend* LK Einl. Rn. 58 ff. (das geltende Strafrecht jedenfalls deutet mit § 46 I, II StGB eine Vereinigungstheorie an); **and**ers *Pawlik* Unrecht S. 64 f.

³⁰⁵⁰ Siehe nur *Hefendehl* JA 2011, 401, 403; *Hilgendorf* Einleitung XIII f., XVI zu *Schmidhäuser* Sinn der Strafe; *ders.* Handbuch Bd. 2 § 27 Rn. 11 wirft zu Recht die Frage auf, weshalb das Konzept des Normgeltungsschadens nicht eher die Nähe zu den modernen Sozialwissenschaften sucht, sondern bloß an *Bindings* Konzeptionen der Verhaltensnormen anknüpft.

³⁰⁵¹ Jedenfalls *allein* ist der Geltungsschutz ein schwaches Telos, vgl. *Herzberg* GA 2016, 737, 743. Siehe schon oben zu *Jakobs* → II 2 a).

³⁰⁵² Siehe im Allgemeinen *Neumann* FS *Jakobs* S. 435, 447: „Eine bestimmte präventive Straftheorie zu verabsolutieren, besteht kein Anlass“. – Grundsätzlich erscheinen negativ generalpräventive Wirkungsmechanismen ebenso wie positiv generalpräventive mehr als plausibel, *Kuhlen* in: Positive Generalprävention S. 55, 58 ff., 62 f.: „Negative und positive Generalprävention ergänzen einander [...]“; *Kaspar* Präventionsstrafrecht S. 861 f.; *Hörnle* Straftheorien S. 30; *dies.* Handbuch Bd. 1 § 12 Rn. 32 f.; *Roxin* GA 2015, 185, 191; *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 8; siehe schon → Kapitel 1 § 3 B IV 3 a). Überzeugend hat jüngst auch *Frisch* in auffallendem Kontrast zu *Freunds* Konzeption die motivierende Funktion der Strafandrohung betont. *Frisch* GA 2019, 537, 543 ff. – die Strafe ist insoweit nicht bloß Sicherung der Normgeltung, sondern Sicherung der *bewehrten* Rechtsordnung (besonders deutlich S. 546).

³⁰⁵³ *Freund* Erfolgsdelikt S. 81. Es handle sich bei der Strafandrohung bloß um eine Folge des nullum crimen Satzes, die Androhungsgeneralprävention sei „gar keine eigenständige Strategie“, sondern „bloß ein – freilich durchaus erwünschter – Nebeneffekt“ der später erfolgenden Strafverhängung; ähnlich zuvor *Jakobs* Schuld und Prävention S. 10 f.; zudem *Pawlik* Unrecht S. 64; **dagegen** zu Recht *Herzberg* GA 2016, 737, 744; implizit auch *Frisch* GA 2019, 537, 547: „nicht nur eine aus Gründen der Legitimierbarkeit der späteren Strafverhängung unverzichtbare Strafankündigung“; anders auch *Schünemann* in: Positive Generalprävention S. 109, 117 ff.; *ders.* in: Bausteine S. 149, 166; *ders./Greco* LK § 25 Rn. 49: Rechtsgüterschutz durch Androhungsgeneralprävention.

³⁰⁵⁴ Vgl. etwa *Schmidhäuser* Sinn der Strafe S. 65 ff.; *Pawlik* Person S. 10, 54: „Weshalb überhaupt Strafe?“; auch *Frisch* GA 2019, 185, 189 weist darauf hin, dass die Erosion der Norm nicht mit der einzelnen Tat, sondern allmählich geschehe; zu weiteren Differenzierungen vgl. auch *Neumann* FS *Jakobs* S. 436, 437.

³⁰⁵⁵ Zur Vorzugswürdigkeit dieser auf „common sense“ beruhenden Position hinsichtlich der Problemlösungsfähigkeit des Strafrechts, vgl. *Kuhlen* JZ 1994, 1142, 1143.

Es würde nur noch das sog. Recht des Stärkeren gelten“.³⁰⁵⁶ *Freund* betrachtet hingegen den Nutzen der Strafverhängung allein im Hinblick auf den *einzelnen konkret geschehenen* Verhaltensnormverstoß und aufgrund von durch den Richter gebildeten „Entscheidungsnormen“ im Einzelfall.³⁰⁵⁷ Durch die Fokussierung auf die *einzelne* Normübertretung wird die positiv-generalpräventive Legitimation erst recht zweifelhaft, da dann die generalpräventive Strategie nicht von ihrer Plausibilität *überhaupt*, sondern ihrer empirischen Erfolgchance im Einzelfall abhängen müsste.³⁰⁵⁸ Um sich den künstlich verengten Blick auf die *einzelne* Normübertretung, bei der die Strafe zu spät komme, „bewahren“ zu können, ohne gleichzeitig jedes Mal derartige empirische Erwägungen anstellen zu müssen, nimmt *Freund* einen weiteren normativen Kunstgriff vor:³⁰⁵⁹ Es wird *insoweit* generalisierend vorausgesetzt, dass der im Einzelfall erfolgende *ideelle* Angriff auf die Norm stets auch deren *reale* Geltung zu beeinträchtigen geeignet sei.³⁰⁶⁰ Dann ist aber soziologisch-empirisch doch wieder die Gesamtstrategie zum Rechtsgüterschutz entscheidend, sodass die Strafe hierfür *gerade nicht zu spät kommt*.³⁰⁶¹

Die vielleicht wichtigste Deduktion *Freunds* aus dem normentheoretischen Konzept ist, dass es nicht auf Verhaltensformen, sondern Verhaltensnormen ankomme. Die Erhebung des Verhaltensnormverstoßes zum Zentralbegriff wurde bereits oben in Bezug auf den Gesetzlichkeitsgrundsatz kritisiert.³⁰⁶² Zweifelhaft ist jedoch auch die materielle Legitimation der Rechtsfolge Strafe bloß im Hinblick auf das Zurückbleiben hinter einem Sollen, ohne Berücksichtigung des wirklich erfolgten Rechtsgutsangriffs.³⁰⁶³ Zwar schließt *Freund* durch den Einbezug des Rechtsgüterschutzes in die Normbegründung³⁰⁶⁴ eine

³⁰⁵⁶ Eindrücklich *Schmidhäuser* Sinn der Strafe S. 65 ff. (Zitate auf S. 65); siehe auch *Roxin* GA 2015, 185, 191; *Frisch* GA 2019, 537, 543 ff.; *Herzberg* GA 2016, 737, 743 f.

³⁰⁵⁷ *Freund* MK Vor § 13 Rn. 307; *ders* /*Rostalski* GA 2018, 264 ff., *ders* /*Rostalski* GA 2020, 616, 620 f., 626.

³⁰⁵⁸ Darauf weist zutreffend *Herzberg* GA 2016, 737, 744 f.; hinter der Beseitigung des „ideellen Angriffs“ auf die Norm müssen nämlich wieder empirisch-soziologische Auswirkungen stehen: So setzt sich durch die Strafe ein „Lerneffekt“, Vertrauenseffekt“ und „Befriedigungseffekt“ ein, wodurch Rechtsgüter geschützt werden, *Roxin* GA 2015, 185, 190.

³⁰⁵⁹ Siehe aber *Freund* in: Straftat, Strafzumessung S. 43, 55: Recht kann nur Geltung beanspruchen, wenn es nicht nur auf dem Papier steht, sondern eine wirkliche Funktion für das gedeihliche Zusammenleben der Menschen besitzt. – Diese besitzt die Strafverhängung jedoch nur generell, nicht zwingend im Einzelfall.

³⁰⁶⁰ Insbesondere *Freund* Erfolgsdelikt S. 89. In Fn. 130 weist er auf empirische Untersuchungen hin, dass diese Eignung *generell* besteht.

³⁰⁶¹ Auch sonst überzeugt es nicht, dass es auf in der konkreten Situation gebildete Verhaltens- oder „Entscheidungsnormen“ ankomme. Denn die konkret „durch den Richter gebildete“ Sanktionsnorm beruht doch gerade auf einer *generellen* rechtlichen Wertung, dem abstrakt-generellen Gesetz (Art. 19 I GG!), das nicht eine einzige Strafverhängung, sondern als Gesamtstrategie (siehe ja auch *Freund* in: Straftat, Strafzumessung S. 43, 48: „wenn man nicht zumindest langfristig einen Verfall der Normgeltung riskieren möchte“) – zum Schutz von Rechtsgütern – eine Vielzahl von Strafverhängungen im Blick hat.

³⁰⁶² Siehe oben → Kapitel 1 § 2 C II; außerdem zu *Jakobs* und ihm folgenden Autoren oben → II, III.

³⁰⁶³ Siehe auch *Zaczyk* GA 2014, 73, 90: Nur wenn eine Handlung tatsächlich die Freiheit anderer Personen beeinträchtigt, lässt sich diese Verletzung als durch den Handelnden verantwortetes Unrecht und nicht bloß als Ergebnis einer Zuschreibung verstehen.

³⁰⁶⁴ Ähnlich auch *Frisch* GA 2019, 537, 547: Die Normgeltung muss ihrerseits zur Erhaltung der Freiheiten und Güter gewährleistet sein.

Lücke von *Jakobs*‘ geltungserhaltend-generalpräventiver Strafliegitation. Doch ebenso wie die *Rechtsfolge* Strafe als „Akt der Kommunikation“ und „auf Kosten“ des Täters,³⁰⁶⁵ bei der die tatsächliche Übelzufügung völlig in den Hintergrund gerät,³⁰⁶⁶ ist die *Voraussetzung* Verhaltensnormverstoß durch „ideellen Angriff“ eine bloße normative Abstraktion,³⁰⁶⁷ die zu dem freiheitlichen Zusammenleben von Menschen nur noch in einem mittelbaren Bezug steht.³⁰⁶⁸ In Reinform vertreten, muss ein solcher Ansatz, der das Verbrechen auf seine ideelle Seite reduziert in der Bevölkerung (außerhalb bestimmter Eingeweihter an den Universitäten) und spätestens in der Realität des Strafprozesses auf völliges Unverständnis stoßen.³⁰⁶⁹ Zwar mag es legitimierbar (und auch gerecht) sein, den Täter für die Verhinderung eines Normgeltungsschadens *irgendwie heranzuziehen*,³⁰⁷⁰ das bedeutet jedoch nicht, dass ihn für diesen bloß „ideellen Angriff“ auf das Abstraktionsprodukt „Verhaltensnorm“ *gerechterweise* eine reale missbilligende Übelzufügung³⁰⁷¹ treffen darf. Das Strafrecht ist *Tatstrafrecht* und reagiert als solches auf *Tatunrecht* und nicht auf bloßen Ungehorsam.³⁰⁷²

Freund steht mit seinem „strafrechtsfremden“ Ausgangspunkt vor dem Dilemma, den Weg zurück zum Strafrecht finden zu müssen, ohne dafür ein Kriterium zu besitzen, auf das sie sich insoweit stützen könnte.³⁰⁷³ Zwar meint *Freund*, der Verhaltensnormverstoß sei bloß der „Grundstock“, auf dem die spezifisch strafrechtliche Wertung aufbauen

³⁰⁶⁵ *Freund/Rostalski* AT § 1 Rn. 32 bzw. 35; ähnlich *Frisch* GA 2019, 185, 189 f.

³⁰⁶⁶ **Kritisch** zu dieser Betrachtung (wie sie sich *abgeschwächt* bei *Frisch* findet) *Kühl* FS Eser S. 149, 161: das Abstellen auf die „Rechtseinbuße“ passt zwar zur „abstrahierenden Redeweise von der Rechtsverletzung“, entkleidet aber die „Spürbarkeit dieser ‚Rechtseinbuße‘ ihrer Handfestigkeit“.

³⁰⁶⁷ Bereits *v. Hippel* Strafrecht I S. 21. Gegen eine Vergeistigung des Verbrechens zu einer bloßen „Störung der Rechtsordnung“ auch *Weigend* in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 113, 124.

³⁰⁶⁸ **Kritisch** dazu auch *K. Günther* in: Zustand des Strafrechts S. 445, 457.

³⁰⁶⁹ Ähnlich auch *Neumann* in: Positive Generalprävention S. 147: „Den Mitgliedern der Gesellschaft ist nicht zu vermitteln, daß die Strafe vorrangig nicht zur Erhöhung ihrer Sicherheit, sondern zur kontrafaktischen Stabilisierung ihres Normvertrauens erfolgen soll“; sowie *Frisch* GA 2019, 185, 195 f.: Anderenfalls könnten insbesondere gerichtliche Entscheidungen nicht mehr auf Verständnis und Akzeptanz hoffen. – Auch dem Opfer eines Gewaltverbrechens mag es wie Hohn klingen, das Unrecht der Tat nicht darin, sondern bloß im Widerspruch gegen eine Verhaltensnorm zu sehen.

³⁰⁷⁰ So aber etwa *Frisch* GA 2019, 185, 189 f.

³⁰⁷¹ *Gallas* in: Beiträge S. 1, 5; *Neumann* in: Kritik S. 89, 98. Zum besonderen Eingriffscharakter der Strafe ausführlich unten → Kapitel 4 § 1 A I 2

³⁰⁷² Es geht vielmehr um die tatsächliche Verletzung von Personen, vgl. *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 159 f.; *ders.* ZStW 67 (1955) 1, 3, 23; *Greco* GA 2019, 684, 695 *et passim*; *Hilgendorf* Handbuch Bd. 2 § 27 Rn. 12; *Hirsch* ZStW 106 (1994) 746, 753; *Kahlo* Handlungsform S. 256; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33p; *Zaczyk* Selbstverantwortung S. 31; *ders.* GA 2014, 73, 85 ff.; zugegeben auch von *Frisch* GA 2019, 185, 195: „Realität der Straftat mit ihrem Leid für Opfer“; entsprechende Überlegungen zu den Amtsdelikten bei *Frister* FS Puppe S. 451, 462; vgl. zu den Bedenken gegen die Bestrafung bloßer Gehorsamsverstöße *Zieschang* Sanktionensystem S. 401; *ders.* Gefährdungsdelikte S. 349 ff., 369 ff., 383, 388; *ders.* FS Wolter S. 557, 560. Gegen ein Verständnis der Straftat als Normverstoß schon → Kapitel 1 § 3 B IV 3.

³⁰⁷³ Im Allgemeinen zu Ansichten, die den Primärordnungsverstoß zum Ausgangspunkt nehmen, *Greco* GA 2019, 684, 702. gegen die Akzessorietätsthese bereits *v. Hippel* Strafrecht I S. 31 f.; sowie *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33n.

müsse.³⁰⁷⁴ Doch die „zweite Prüfungsstufe“ der „Angemessenheit der Strafe“ vermag keine effektive Kontrolle des Strafeinsatzes zu leisten. Sie ermöglicht keine Abgrenzung zum allgemeinen hoheitlichen Eingriff und stellt damit kaum einen wirksamen Schutz des Grundrechtsträgers dar.³⁰⁷⁵ Insbesondere der Strafzweck der positiven Generalprävention erlaubt im Ergebnis die Bestrafung jedes im Sinne des Rechtsgüterschutzes legitimierte Verhaltensnormverstoßes,³⁰⁷⁶ zumal *Freund* für die Legitimation der Strafe maßgeblich wieder auf Inhalt und Bedeutung des Verhaltensnormverstoßes, also die „Primärebene“ rekurriert.³⁰⁷⁷ Indem sämtliche Voraussetzungen dem Gedanken der angemessenen Reaktion zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens folgen,³⁰⁷⁸ kann die Strafe bloß aufgrund des zukünftigen Nutzens, jedoch nicht dem Adressaten gegenüber als *gerechte* Übelzufügung legitimiert werden. Durch die weitestgehende Außerachtlassung der *Strafwürdigkeit*³⁰⁷⁹ des Verhaltens wird die Relation zwischen Straftat und Strafe ver-

³⁰⁷⁴ *Freund* Erfolgsdelikt S. 85.

³⁰⁷⁵ Vgl. *Greco* GA 2019, 684, 699: inhaltsleere Filter, 701; siehe auch *He. Schneider* Kritik S. 171 f.: mag für allgemein hoheitliche Eingriffe ausreichend sein; *Berster* Unterlassungsdelikte S. 38 f.; zur Lehre von *Frisch* auch *Prittowitz* Strafrecht und Risiko S. 347; recht Zahnlos erscheint die Antikritik von *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 624 f. gegen *Greco*: „Das Gegenteil ist der Fall“. Als einschränkendes Potential wird dann bloß vage der „Anwendungskontext“ der freiheitlichen Grundordnung genannt. Das Konzept verschließe nicht die Augen vor der „dringend notwendigen materiellen Überprüfung von Normen“, „damit wird in der Tat einer Primärordnung Vorrang eingeräumt – nämlich derjenigen eines freiheitlichen Rechtsstaats“. – Erneut ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die freiheitliche Begründung der Verhaltensnorm bloß *notwendige, nicht jedoch hinreichende* Voraussetzung der *Strafbarkeit* ist. *Freunds* Lehre hat, soweit es um die Restriktion geht, nur Verbotbares zu verbieten und bestrafen, „Vernunft und Sympathie auf seiner Seite“, allerdings birgt der Ansatz die Gefährlichkeit, dass Verbotenes stets und zwangsläufig bestraft wird (so *Prittowitz* Strafrecht und Risiko S. 345 zur [älteren] Konzeption *Frischs*).

³⁰⁷⁶ Die Gefahr eines „realen Normgeltungsschadens“, *Freund* Erfolgsdelikt S. 171, kann bei jeder Norm eintreten und ist kein Spezifikum des Strafrechts.

³⁰⁷⁷ Nutzen der Normeinholung und Sonderverantwortlichkeit seien „mittelbar straffundierendes Datum“ (*Freund* Erfolgsdelikt S. 92 ff.), die „wesentlichen Filterfunktionen“ würden also bereits bei der Verhaltensnormkonturierung vorgenommen, während weitere Filter von begrenzter Bedeutung seien. Wenn sich der schadensträchtige Verlauf, der die Verhaltensnorm legitimiere, tatsächlich ereigne, führe bereits die gesetzliche Vorwertung der Vertatbestandlichung dazu, dass von der prinzipiellen Angemessenheit der Sanktionierung ausgegangen werden könne. Zwar müsse die Strafe als eigenständiger Rechtseingriff verhältnismäßig sein, allerdings sei dies anzunehmen, wenn eine Verhaltensnorm zur Vermeidung eines in einem gesetzlichen Tatbestand beschriebenen schadensträchtigen Verlaufs legitimiert sei (S. 114 f.). Das Reaktionsbedürfnis werde „entscheidend“ durch den Verhaltensnormverstoß geformt (S. 126); siehe auch *Frisch* Vorsatz S. 51 ff.; *ders.* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 139 ff., insbesondere S. 142: „unter dem Aspekt der Angemessenheit, insbesondere des Verhältnisses von Strafeinsatz und durch den Strafeinsatz zu schützenden Interessen, kommen so gesehen wiederum nur *punktueller* Abstriche in Betracht“, Hervorhebung im Original; inzwischen anders *ders.* in: Straftat, Strafzumessung S. 135 ff., insbesondere 145 ff.

³⁰⁷⁸ *Freund* in: Straftat, Strafzumessung S. 43, 52. Welche Sachverhalte nun aber im Hinblick auf diesen Zweck wesentlich gleich und welche wesentlich ungleich sind (S. 50), ist jedoch gerade problematisch, vgl. auch *He. Schneider* Kritik S. 166.

³⁰⁷⁹ *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 141 ff., 210: „Das, was den Stoff der Straftat auch heute noch im Wesentlichen bestimmt, sind Erwägungen der *Strafwürdigkeit*; ähnlich *ders.* GA 2019, 537, 547: Die Strafe orientiert sich am Maß der Missbilligungswürdigkeit der Tat; *Greco* rescriptum 2014, 139, 141: Strafbedürftigkeit spielt erst eine Rolle, wenn die Strafe *verdient* ist; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit

fehlt. *Freund* meint zwar, die Strafe müsse „angemessene Reaktion auf das Fehlverhalten“ sein, weshalb das personale Fehlverhalten „so gewichtig sein muss, dass es eine Kriminalstrafe zu rechtfertigen vermag“. ³⁰⁸⁰ Allerdings fragt sich ernsthaft, wie diese Bewertung (nach Art. 103 II GG nachvollziehbar) im Hinblick auf die bloße normative Abstraktion „Verhaltensnorm“ vorgenommen werden soll. ³⁰⁸¹ Spätestens, um die „Qualität und Quantität des Normbruchs zu berücksichtigen“, ³⁰⁸² müsste man die hinter der Verhaltensnorm stehenden schützenswerten sozialen Sachverhalte (Rechtsgüter) sowie die jeweilige Angriffsform (Tun, Unterlassen) in Betracht ziehen. ³⁰⁸³

b) Kritik der „dualistischen“ Legitimation von Verhaltensnormen

Freund hält insbesondere die proklamierte strikte Trennung von Verhaltensnorm und Sanktionsnorm ³⁰⁸⁴ nicht durch. Einerseits meint er, fast alle „Sanktionsnormen“ gingen von Verstößen gegen „dualistische“ Verhaltensnormen aus, während § 323c I StGB einen Verstoß gegen eine „monistische“ Verhaltensnorm ausreichen lasse, – andererseits nimmt er an, dass die § 323c I StGB zugrunde liegende monistische Verhaltensnorm ebenso erfolgsbezogen sei wie die dualistische Verhaltensnorm bei § 212 I StGB. ³⁰⁸⁵ Damit zeigt sich, dass in *Freunds* Modell für die bloße Legitimation der *vorstrafrechtlichen* Verhaltensnorm, eine Gefahr zu bekämpfen, die zusätzliche „Säule“ der „Sonderverantwortlichkeit überhaupt nicht erforderlich wäre. Der Inhalt des „monistischen“ Gebots i.R.d. § 323c I StGB ist mit dem des „dualistischen“ Gebots des § 212 I StGB identisch. ³⁰⁸⁶

S. 121; *Neumann FS Jakobs* S. 435, 440 f. – dagegen ist es verfehlt, wenn *Freund* in: Straftat, Strafzumessung S. 43, 52 meint, dass bloß absolute Straftheorien eine „dem Strafwürdigkeitsgehalt einer Tat entsprechende“ Strafe verhängen könnten. Hier habe der Gedanke der „gerechten Vergeltung“ einen berechtigten Stellenwert (*Freund* MK Vor § 13 Rn. 39, 72). Denn das Erfordernis der Strafwürdigkeit ergibt sich nach dem oben Gesagten nicht aus dem Zweck, sondern dem Begriff der Strafe. Zwar mag man *Freund* darin zustimmen, dass es eine Strafwürdigkeit jenseits des Strafbedürftigen nicht anzuerkennen sei, allerdings ist deshalb nicht der gegenläufige Schluss richtig, dass der gesamte Bereich des „Strafbedürftigen“ auch strafwürdig sei.

³⁰⁸⁰ *Freund* MK Vor § 13 Rn. 307, siehe auch 74 ff., 133: „ließe sich – wegen des unzutreffenden Vorwurfs – bereits zweckrational nicht rechtfertigen“; siehe schon *ders.* in: Straftat, Strafzumessung S. 43 ff., 55 ff.; dazu auch *He. Schneider* Kritik S. 165 f., 168.

³⁰⁸¹ Gegen eine nebulöse Gesamtabwägung, für eine Begründung der Garantenposition aus der *strafrechtlichen* (Position des Begehungstäters bereits oben → Kapitel 1 § 3 B IV, V).

³⁰⁸² *Freund* MK Vor § 13 Rn. 76, siehe auch Rn. 294, zur Sonderverantwortlichkeit § 13 Rn. 24: „Qualität der Verhaltensnorm“, „spezielles Plus im Unwertgehalt“, Rn. 57, 59, 63.

³⁰⁸³ Dass die Strafe nur zweckrational sein soll, wenn sie gerecht ist, ist im Übrigen eine normative Zusatzannahme, die nicht stets zutreffen muss und daher den Normunterworfenen nur so lange vor überzogener Strafe schützt, als diese nicht zweckhaft ist.

³⁰⁸⁴ Hier ist das zu beobachten, was *Greco* als die „Umkehrbarkeit von Primärem und Sekundärem“ kritisiert. Das angebliche Primärrecht wird durch das angebliche Sekundärrecht korrigiert unter gleichzeitiger Leugnung dieser Korrektur, *Greco* GA 2019, 684, 700 f.

³⁰⁸⁵ Nachdrücklich etwa *Freund* Erfolgsdelikt S. 186 m. Fn. 91; bereits *Arm. Kaufmann* JuS 1961, 173.

³⁰⁸⁶ Vgl. etwa die Ausführungen bei *Freund* Erfolgsdelikt S. 71.

Freund hingegen meint, der Normbruch bei § 212 I StGB und bei § 323c I StGB andererseits sei ein „qualitativ verschiedener [...]“³⁰⁸⁷. – Bei der Kategorie des Verhaltensnormverstoßes, also der Pflichtverletzung, handelt es sich allerdings um eine bloß formale Beschreibung des Verbrechens, die dessen materiellen Gehalt nicht erfasst.³⁰⁸⁸ Entweder ein Verhalten ist verhaltensnormwidrig und damit rechtswidrig oder eben nicht. Man kann zu einem Tun oder Unterlassen nur verpflichtet, aber nicht „mehr“ oder „weniger verpflichtet“ sein.³⁰⁸⁹ Ob eine Norm theoretisch noch *zusätzlich*³⁰⁹⁰ durch andere Gründe hätte legitimiert werden können, ist grundsätzlich unbeachtlich, weil sich der formale Widerspruch gegen die Sollensnorm „nicht weiter spezialisieren läßt“.³⁰⁹¹ Eine Norm kann nicht „mehr oder weniger legitimiert“ sein, das Recht stellt seine Anforderungen im Einzelfall nicht „mehr oder weniger“.

Wenn der Verhaltensnormverstoß die bloße Relation des Verhaltens zum Recht beschreibt, erweist sich in *Freunds* legitimatorischem Konzept die „Sonderverantwortlichkeit“ (jedenfalls regelmäßig) regelmäßig als spezifisches Problem der Sanktionsnorm (besser: des Tatbestandes). Denn dieses Erfordernis ist (ebenso wie die daraus folgende „Qualität“ der Verhaltensnorm) *legimatorisch* nicht erforderlich, um einen Adressaten zu einem bestimmten Verhalten zu *verpflichten*,³⁰⁹² sondern erst, um diesen nach den

³⁰⁸⁷ „[...] als die übertretene Verhaltensnorm im Falle des § 323c StGB bloß um des berechtigten Nutzens der Normeinholung für die Belange des Güterschutzes willen zu fundieren war, während beim Begehungstäter zusätzlich eine besondere Verantwortlichkeit für das drohende schadensträchtige Geschehen als verhaltensnormfundierendes Datum fungieren mochte“ (*Freund* Erfolgsdelikt S. 71). „Sie unterscheidet sich grundlegend von jenen Verhaltensnormen, die nur wegen des – möglicherweise identischen – Nutzens für die berechtigten Güterschutzbelange zu rechtfertigen sind“ (S. 170). Ähnlich *Stein* SK § 13 Rn. 3: „Ebenfalls zur Ebene der Verhaltenspflichten gehört die Frage, welche Intensität die Ge- und Verbote haben.“

³⁰⁸⁸ Siehe dazu bereits oben → Kapitel 1 § 3 B IV 3 e). Grundlegend *Hegler* ZStW 36 (1915) 19, 25 ff.; *Grünhut* FG Frank I S. 1, 7: „Das Strafrecht hat es mit einer besonderen Unrechtsfolge, der Strafe zu tun. Damit erweist sich der Ausgangspunkt der strafrechtlichen Dogmatik, die Norm, als ein Gegenstand von nur relativ formalem Charakter“; *Binding* Normen I S. 365: „In der Schale des Ungehorsams birgt sich eine Gutsverletzung als Kern“; v. *Hippel* Strafrecht II § 16 II 1; *Mezger* GS 89 (1924) 207, 249 (für die Bewertungsnorm); *Welzel* Strafrecht S. 52: die Rechtswidrigkeit beschreibt bloß ein „Mißverhältnis zwischen zwei Beziehungsgliedern“, zwischen der Verhaltensweise und der Rechtsordnung; siehe dazu auch *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 51; *Engisch* FS DJT Bd. 1 S. 401, 402; *Gallas* Studien S. 47; *ders.* ZStW 67 (1955) 1, 3; *ders.* FS Bockelmann S. 155, 160; *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 11; *Kühl* FS Kühne S. 15, 24; *Lenckner* Notstand S. 32 ff.; *Marx* Rechtsgut S. 71 f.; *Maurach/Zipf* AT 1 § 19 Rn. 17; *H. Mayer* Studienbuch § 8 I 1, § 10; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 27; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 144; *Zaczyk* Unrecht S. 94 ff.; *ders.* Selbstverantwortung S. 26, 31, auf den materiellen Aspekt der Freiheitsverletzung abstellend. Spätestens die Strafzumessung erfordert jedoch materielle Zumessungskriterien, die das Gewicht des Tatunrechts im konkreten Fall erfassen, siehe zu diesem Aspekt etwa *Hörnle* Strafzumessung S. 200 *et passim*.

³⁰⁸⁹ *Gallas* in: Beiträge S. 1, 7; *Roxin* TuT S. 568; siehe dazu bereits oben → § 1 D II 3 (zu *Langer*); **anders** wohl *Freund* Erfolgsdelikt S. 185: „qualifiziert“ verpflichtet, die Norm könne „zusätzlich“ begründet werden; *ders.* FS Herzberg S. 225, 230, 238: „besondere Rechtspflicht“.

³⁰⁹⁰ Siehe etwa *Freund* Erfolgsdelikt S. 185.

³⁰⁹¹ *Gallas* Studien S. 47.

³⁰⁹² *Freund* schreibt ja selbst, dass es auf Verhaltensnormebene zunächst *ausschließlich* darum gehe, ob die Handlungsfreiheit einer Person beschränkt werden könne, *Freund* Erfolgsdelikt S. 163 und öfter.

Tatbeständen des Besonderen Teils (außer §§ 138, 323c I StGB) zu *bestrafen*.³⁰⁹³ Die „Sonderverantwortlichkeit“ betrifft nicht mehr die Verhaltensanweisung, die „Richtschnur“³⁰⁹⁴ („Bekämpfe die Gefahr!“), sondern die *strafrechtlich* relevante *materielle* Unwertigkeit³⁰⁹⁵ des Verhaltens. Es handelt sich bloß um eine sprachliche Illusion, zu sagen, § 212 I StGB sanktioniere nur Verstöße gegen dualistisch legitimierte Verhaltensnormen, wenn tatsächlich die Legitimation der *Verhaltensanweisung selbst* keine zweite („dualistisch“) Voraussetzung besitzt, sondern das *Strafgesetz* eine „dualistische Verhaltensnorm voraussetzt“; sprich: Verhaltensnormverstöße nur gegenüber Sonderverantwortlichen *sanktioniert*.³⁰⁹⁶ Man könnte daher ebenso formulieren, die *Bestrafung* setze den Verstoß gegen eine durch den Zweck des Rechtsgüterschutzes legitimierte Verhaltensnorm sowie zusätzlich das Sanktionserfordernis „Sonderverantwortlichkeit“ als zweite „Säule“ voraus. Die Konzeption steht und fällt also mit der Annahme, es gebe qualitativ irgendwie „besondere“ Verhaltensnormen³⁰⁹⁷ – eine Auffassung, für die sich keinerlei Anhaltspunkte im Gesetz finden. Die „Erfindung“ von Verhaltensnormen unterschiedlicher Qualität, welche zudem bereits im Hinblick auf bestimmte Sanktionsnormen³⁰⁹⁸ vorgenommen wird, reißt die ursprünglich trennscharf etablierte Unterscheidung von Sanktionsnorm und Verhaltensnorm ein, indem letztere nicht mehr bloß ihre eigentliche Funktion – die Legitimation der Einschränkung der Handlungsfreiheit – erfüllen. Stattdessen wird ihnen – *bereits mit Blick auf die Sanktion* – eine bestimmte „Qualität“ infolge ihrer Legitimationsvoraussetzungen zugeschrieben.³⁰⁹⁹ Zwar mag es sein, dass die Sonderverantwortlichkeit im Einzelfall eine bloß über den Nutzen der Normeinhaltung noch nicht legitimierbare Norm über die „Schwelle“ der Legitimierbarkeit „hebt“.³¹⁰⁰ Dies bedeutet jedoch nur, dass die Sonderverantwortlichkeit zur Legitimation der Verhaltensnorm beitragen *kann*, allerdings nicht zwingend *muss*. So zeigen die Beispiele §§ 212 I, 13 I StGB einerseits – § 323c I StGB andererseits, dass etwa den Ehepartner des

³⁰⁹³ Deutlich etwa *Freund* Erfolgsdelikt S. 172: Begehungsäquivalent seien nur Verstöße gegen solche Verhaltensnormen, die wegen sonderverantwortlich zu vermeidenden Schädigungsmöglichkeiten legitimiert seien.

³⁰⁹⁴ *Zaczyk* GA 2014, 73, 79.

³⁰⁹⁵ Vgl. auch die Formulierungen bei *Frisch* Tatbestandmäßiges Verhalten S. 256: „im übrigen geht es allein darum, ob statt der *Strafbarkeit* nach §§ 138, 323c nicht noch eine *massivere* aus den Erfolgsdelikten (wegen *entsprechender* mißbilligter Risikoschaffung) eingreift; Hervorhebungen nur z.T. im Original. „[...] Das bloße Unterlassen der verbrechenshemmenden Veränderung des eigenen Organisationsbereichs taugt [...] nicht zur Begründung der *Strafbarkeit* aus einem unechten Unterlassungsdelikt [...]; Hervorhebung nicht im Original.“

³⁰⁹⁶ So schreibt *Freund* selbst, der Begehungstäter werde für die Folgen seines Normbruchs „in besonderer (herausgesteigeter) Weise *verantwortlich zu machen*“ sein. *Freund* Erfolgsdelikt S. 71.

³⁰⁹⁷ **Kritisch** auch Maurach/Gössel/Zipf AT 2 § 46 Rn. 118.

³⁰⁹⁸ „Passende“ Sanktionsnorm, *Freund* FS Maiwald S. 211.

³⁰⁹⁹ Ebenso meint *Freund*, die Verhaltensnormgeltung werde nur durch die Missachtung der Legitimationsgründe der Verhaltensnorm in Frage gestellt, FS Maiwald S. 211, 213. Damit wechselt er erneut zwischen der Ebene der Verhaltensnorm und den „tatsächlichen Umständen des Lebenssachverhalts“, die die Verhaltensnorm legitimieren, zwischen formeller Verhaltensnorm und materiellem Unrecht.

³¹⁰⁰ Dahingehend könnte *Freund* zu verstehen sein, wenn er meint, „monistische“ Verhaltensnormen seien nur „unter erschwerten Bedingungen“ zu rechtfertigen, Erfolgsdelikt S. 68.

Unfallopfers mitunter die gleiche *Verhaltensanweisung* trifft wie den zufällig vorbeikommenden Passanten: Nämlich die Verständigung der Rettungsdienste und das Leisten von „Erster Hilfe“. Ihr Unterlassen wird nur unterschiedlich *sanktioniert*. Damit bleiben zwar die beiden Erfordernisse (die beiden „Säulen“) dieselben – als Voraussetzung der Sanktionsnorm müsste die Sonderverantwortlichkeit in *Freunds* funktionalistischem System³¹⁰¹ jedoch aus *völlig anderen*, nämlich positiv-generalpräventiven Erwägungen legitimiert werden bzw. in anderen Fällen möglicherweise aus Erwägungen der „Verhaltensnorm“ *sowie* der „Sanktionsnorm“. Eine solche undurchsichtige Globalabwägung mündete indes in freier Rechtssetzung.³¹⁰²

Im Ergebnis bewegt sich die Ansicht *Freunds* in einem Widerspruch. Einerseits sollen die Verhaltensnormen *explizit unabhängig* vom Strafgesetz und jeglicher strafrechtlichen Wertung bloß der Legitimation der Beschränkung der Handlungsfreiheit dienen. Andererseits sollen ihre Voraussetzungen („monistisch“, „dualistisch“) bereits im Hinblick darauf bestimmt werden, welche „Arten“ von Verhaltensnormen das Strafgesetz (angeblich) sanktioniert; die vorstrafrechtlichen Verhaltensnormen unterschiedlicher Qualität sind dann „zufällig“ mit den Straftatbeständen kongruent.³¹⁰³ Durch die dem strafrechtlichen Tatbestand (scheinbar) „vorgeschaltete“ Ebene des Verhaltensnormverstoßes umgeht *Freund* – wie gesehen – den *nullum crimen* Satz bei der Konturierung der „vorstrafrechtlichen“ Verhaltensnormen.³¹⁰⁴ Er vermag so zudem auf einer rein normativen Ebene zu agieren, um (vermeintlich) den „naturalistischen“ Unterschieden von Tun und Unterlassen nicht Rechnung tragen zu müssen. Eine materielle Differenzierung lässt sich jedoch richtigerweise nur dann erreichen, wenn man auf die sachlichen hinter der Norm stehenden Zwecksetzungen abstellt: Erst als Rechtsgutsverletzung durch einen Handelnden oder einen Garanten gewinnt die Tat einen *materiellen Unrechtsgehalt*, der sich abstufen

³¹⁰¹ Hier zeigen sich ganz deutlich die Unsicherheiten der verhaltensnormtheoretischen Konzeption bei der Lösung materiell-strafrechtlicher Probleme. Die Ergebnisse, welche im funktionalistischen System aus *ad hoc* getroffenen (keine Entsprechung im Gesetz findenden) Annahmen deduziert werden, fallen konsequenterweise mit diesen.

³¹⁰² Siehe oben → Kapitel 1 § 3 B V. Insbesondere lässt sich die „Frage, welche Verhaltensordnung akzeptabel erscheint, noch halbwegs rational diskutieren“; solche Ableitungen sind aus den „sozialpsychologischen Gründen“, welche die Sanktionsvoraussetzungen tragen nicht mehr möglich (in anderem Zusammenhang *Samson* FS Grünwald S. 585, 393 f.).

³¹⁰³ Etwa *Freund* Erfolgsdelikt S. 186: Verhaltensnormverstoß, der „als Anknüpfungspunkt für den Einsatz von Strafe überhaupt taugt“ einerseits und solcher, der zu einer qualifizierten Haftung führe andererseits; daher zu Recht **kritisch** *Herzberg* GA 2016, 737, 751, 752 f.: „Grundfehler der fraglichen Theorie [...], stillschweigend davon auszugehen, dass sich zu jeder Sanktionsnorm eine ihr vorgelagerte Verhaltensnorm finden lasse“; siehe auch die **Antikritik** von *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 625 m. Fn. 45: Da das Konzept die dringend notwendige materielle Überprüfung von Normen leiste, sei die „Unterstellung“ von *Herzberg* „neben der Sache“. – Doch problematisch ist überhaupt nicht die materielle Überprüfung von Normen (die *Herzberg* nicht ausspart, vgl. seine Ausführungen zum Fahrlässigkeitserfordernis aaO S. 753 ff.), sondern der Zirkel, in dem sich *Freund* bewegt, wenn er einerseits die Normen rein „vorstrafrechtlich“ begründen will, andererseits „zufälligerweise“ diese rein vorstrafrechtlichen Normen ihre Eigenschaften („dualistisch“/ „monistisch“) nach den „Bedürfnissen“ des Strafrechts haben; **wie hier** wieder *Herzberg* ZIS 2021, 423 f.

³¹⁰⁴ Siehe bereits oben → Kapitel 1 § 3 B IV 3 c).

lässt.³¹⁰⁵ Wenn die Wertung nicht bloß leere Wertung sein will, muss sie sich auf die Wirklichkeit beziehen: Nur dann ist sichergestellt, dass sich die Begründung an der *Tat* des Täters orientiert.³¹⁰⁶

c) Bedenken im Hinblick auf Art 103 II GG

Im Übrigen ist die mangelnde Bestimmtheit des Kriteriums der Sonderverantwortlichkeit zu kritisieren. *Schünemann* wirft *Freund* zu Recht vor, hierunter „in tautologischer Weise alle nach seinem Judiz (angeblich) die Erfolgszurechnung begründenden Konstellationen“ zu fassen.³¹⁰⁷ Es handelt sich um ein „völlig inhaltsleeres normatives Blankett“,³¹⁰⁸ das bloß das Argumentationsziel angibt, jedoch keine sachlichen Gründe für dessen Erreichen.³¹⁰⁹ Auch wenn *Freund* den Begriff der Garantenstellung vehement ablehnt, geht sein Kriterium der Sonderverantwortlichkeit in der Sache nicht darüber hinaus, eben diese Garantenstellung anders zu bezeichnen.³¹¹⁰ Anzugeben wären gerade die Gründe, die die

³¹⁰⁵ Siehe auch *Gallas* in: Beiträge S. 1, 7.

³¹⁰⁶ Vgl. *Murmann* Nebentäterschaft S. 159: „und nicht die gesamte Tat nur in den Köpfen der anderen existiert“. – Insoweit geht es jedoch nicht nur um Normungehorsam, vielmehr werden tatsächlich Personen getötet, misshandelt, etc.; treffend *Kahlo* Handlungsform S. 256.

³¹⁰⁷ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 51 ff., insbesondere 53 f.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 312 f.; ähnlich *Berster* Unterlassungsdelikte S. 38; *Herbertz* Ingerenz S. 139.

³¹⁰⁸ Dieser Vorwurf, denn ursprünglich *Schünemann* (GA 1974, 231, 238) an *Herzberg* richtete, trifft hier ebenfalls zu.

³¹⁰⁹ *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 674.

³¹¹⁰ Siehe auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 31; *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 52: Paraphrasierung des Sonderdeliktscharakters; S. 53: Trivialität, dass nicht jede Unterlassung den Tatbestand eines Erfolgsdelikts erfüllt. – Zwar verteidigt *Freund* seine Lehre gegen die Kritik *Schünemanns* damit, dass „diese Konzeption nicht beansprucht, ein Patentrezept zur Lösung aller anstehenden Wertungsprobleme zu liefern, sondern diese Probleme lediglich auf den Punkt bringt und so eine weiterführende Diskussion ermöglicht“. Damit schneide er anders als *Schünemann* die normative Diskussion nicht durch eine deskriptive Fixierung des Unwerturteils ab (*Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 18 m. Fn. 18). Diese Erwiderung ist jedoch in der Sache das Eingeständnis, überhaupt keine anwendbaren Kriterien aufzuzeigen. Denn die Probleme der Garantenstellung sind seit langem aufgezeigt und liegen offen auf dem Tisch. Nicht *Schünemann*, sondern der Gesetzgeber hat das Unwerturteil der Begehungsdelikte „deskriptiv“ fixiert, indem er darauf abstellt, ob der Täter die Tat *begeht*, § 25 StGB. Dabei handelt es sich um die Konzeption des geltenden Strafrechts, während sich die Sanktionierung von Verstößen gegen „dualistisch legitimierte Verhaltensnormen“, wie oben eingehend dargelegt, in den Tatbeständen des Strafgesetzbuchs kaum erahnen lässt (siehe dazu schon oben → Kapitel 1 § 2 C II 1; sowie *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 675 f.). *Schünemanns* Theorie muss man nicht folgen (zur Kritik an der Richtlinie *Schünemanns* oben → § 1 E II). Die sofortige Abweisung einer Argumentation als „naturalistisch“, „ontologisch“ oder „deskriptiv“ ist jedoch für die Diskussion ebenso wenig hilfreich wie die spiegelbildliche Verkürzung der Diskussion durch die Berufung auf „ewige“, unverrückbare Gegebenheiten und Wahrheiten (etwa die sachlogischen Strukturen bei *Welzel*, siehe dagegen *Hassmer* FS Rudolphi S. 61, 72; *Roxin* FS Lampe S. 423, 426). Wenn *Freund* meint, das Konzept bringe lediglich die Probleme auf den Punkt, steht dies im Übrigen im Widerspruch zu dem Anspruch, den *Freund* selbst an seine Konzeption formuliert: Besonders deutlich *Freund/Rostalski* Vorwort VII (im Anschluss an *Kreß* in: Strafrecht und Gesellschaft S. 1, 59 ff.): Mit dem normativ-funktionalen System, für das die Autoren dieses Lehrbuchs eintreten, könne die Weitergabe des „goldenen Zweiges“ der Strafrechtswissenschaft errungen werden. Ein solches normativ-funktionalistisches System sei eine der „Wetten“ auf den strafrechtlichen Geist unserer Zeit. *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 632: „eigenständige Straftatlehre, die sich deutlich von dem unterscheidet, was nach wie vor verbreitet gelehrt wird“.

„Besonderheit“ des Bezugs zum Ursprungs- oder Zielort der Gefahr ausmachen.³¹¹¹ Die Offenhaltung von Wertungsspielräumen ist kein Vorzug, sondern Schwachpunkt der „normativen“ Konzeption:³¹¹² „Denn der Wert einer Methode besteht eben darin, daß sie den Weg zu bestimmten konkreten Lösungen bahnt und nicht jede nur denkbare Möglichkeit offenläßt“.³¹¹³ Was die Unterlassungsdelikte angeht, ist der beschränkte Regelungsbereich des Tatbestandsmerkmals „Garantenstellung“ daher kein Nachteil.³¹¹⁴ Wie oben bereits dargelegt, ergibt sich die Strafbarkeit aus dem Vorliegen sämtlicher Straftatmerkmale.³¹¹⁵ Hierdurch wird eine undurchsichtige, kaum nachvollziehbare Gesamtabwägung gerade vermieden.

Zu kritisieren ist daneben insbesondere die Anwendung des Kriteriums der Sonderverantwortlichkeit auf die Begehungsdelikte.³¹¹⁶ Erstens trägt die Vereinheitlichung den Unterschieden von Tun und Unterlassen nicht ausreichend Rechnung und widerspricht damit

³¹¹¹ *Vogel* Norm und Pflicht S. 312.

³¹¹² Spöttisch *Puppe* ZIS 2020, 143, 144: „Der strafrechtsdogmatische Normativismus fühlt sich auf der Höhe der Methode der Rechtsfindung, wenn er nur noch von Normen und von Wertungen spricht und sog. Wertungsformeln entwickelt“; zu den „Modevokabeln“ „normativ“ und „Normativismus“ auch kritisch *Hilgendorf* Handbuch Bd. 2 § 27 Rn. 83 ff.

³¹¹³ Allgemein *Roxin* TuT S. 13; ähnlich *Neumann* ZStW 99 (1987) S. 567, 573.

³¹¹⁴ „Die Feststellung, der Hundehalter sei prinzipiell als Garant für Hundegefahren anzusehen, trägt so gesehen zur Lösung des eigentlichen Sachproblems: welche Hundegefahren genau und vor allem auf welche Art und Weise und inwieweit zu vermeiden sind, noch nicht allzu viel bei – insofern bedarf es vielmehr einer subtilen Interessenabwägung, die mit der Ermittlung einer Garantenstellung des Hundehalters ersichtlich nicht angemessen zu bewältigen ist“ (*Freund* Erfolgsdelikt S. 165). – Dass die Garantenstellung kein Zauberhut ist, der die vollständige Gebotsnorm oder das Ergebnis der Strafbarkeit festlegt, versteht sich jedoch von selbst und dies wird auch von niemandem behauptet. Das gilt im Übrigen auch für die von *Freund* herangezogene, die Garantenstellung umschreibende, Sonderverantwortlichkeit.

³¹¹⁵ Dazu schon oben → Kapitel 1 § 3 B V. Neben der Garantenstellung etwa der Möglichkeit, Geeignetheit und Erforderlichkeit der Erfolgsabwendung (vgl. *Weigend* LK § 13 Rn. 63 ff.; *Zieschang* NK Medienstrafrecht § 13 Rn. 35), der objektiven Vorhersehbarkeit und der Sorgfaltswidrigkeit (*Murmann* GK § 30 Rn. 11; bzw. der „objektiven Zurechnung“, vgl. *Kölbel* JuS 2006, 309 ff.) sowie dem Nichteingreifen von Rechtfertigungsgründen.

³¹¹⁶ **Kritisch** wird auch vorgebracht, die Sonderverantwortung sei beim Begehungsdelikt bloß Resultat der Tat, die erst mit Verletzung der Verhaltensnorm entstehe. Sie könne damit nicht deren Voraussetzung sein. Es handle sich daher um eine *petitio principii*, „indem die Verhaltensnorm durch etwas legitimiert werden soll, was erst durch ihre Verletzung entsteht“, *Witteck* Betreiber S. 142. Dem ist jedoch zu widersprechen, da überhaupt keine Verhaltensnorm aufgestellt werden könnte, wenn nicht jeder für die Folgen seiner Handlung einstehen müsste. oben → Kapitel 1 § 3 B VI 3. Insofern ist die Sonderverantwortlichkeit für *Freund* ebenso wie der Nutzen der Normeinhaltung ein die Normbildung legitimierender *Zweck*, der nicht erst mit der Handlung entsteht.

dem geltenden Recht.³¹¹⁷ Zudem werden die Begehungsdelikte mit der unsichereren Dogmatik des Unterlassungsdelikts belastet und ihnen jede deskriptive Basis³¹¹⁸ genommen.³¹¹⁹ Damit ist jedoch, worauf oben hingewiesen wurde,³¹²⁰ kein hinreichend sicherer Vergleichsgegenstand auf Begehungsseite mehr vorhanden, sodass es nicht mehr um Gleichstellung, § 13 I StGB, gehen kann; vielmehr entwickelt *Freund praeter legem* Kriterien für Tun und Unterlassen.

Wenn *Freund* meint, eine Person sei nur *regelmäßig* sonderverantwortlich, wenn die zu vermeidende Gefahr von ihr ausgehe,³¹²¹ ist unklar, welche Erfordernisse daran zu stellen sind.³¹²² *Freund* bringt für die fehlende Sonderverantwortlichkeit dort das deliktsermöglichende Weggehen an, das zwar eine Gefahrerhöhung für das Opfer bringe, jedoch nicht zu einer Verantwortlichkeit des Weggehenden führe.³¹²³ – Dabei wird jedoch überhaupt nicht thematisiert, dass es sich hier um eine Konstellation der neutralen Beihilfe handelt, sodass eigentlich die dieser Beteiligungsform zugrunde liegenden Wertungen aufgezeigt werden müssten,³¹²⁴ als dass mit einer normativ völlig offenen, aus dem Gesetz nicht erkennbaren Kategorie der Sonderverantwortlichkeit das Fehlen der Strafbarkeit behauptet wird.³¹²⁵ Zudem nennt *Freund* das Abschalten eines Reanimators durch einen Arzt, welches zwar aktives Tun darstelle, jedoch den handelnden Arzt nicht für den Tod des Patienten verantwortlich mache.³¹²⁶ – In dieser Konstellation ist jedoch der tatsächliche Grund für die fehlende „Sonderverantwortlichkeit“ der eigenverantwortliche Sterbewunsch des Patienten und damit dessen Autonomie, welche der Arzt zu respektieren hat.

³¹¹⁷ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 53; *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 675 f.; siehe auch *Herzberg* FS Röhl S. 270, 278: „Wir sind an die *gesetzliche* Wertung gebunden. Das Gesetz macht nun einmal einen großen Unterschied zwischen der aktiven Verursachung des Todes und seiner bloßen Nichtabwendung [...]“.

³¹¹⁸ Dass nach der „traditionellen“ Auffassung nur noch ein „Restbereich“, etwa die objektive Sorgfaltswidrigkeit des Verhaltens, rein normativ zu bestimmen ist, stellt doch gerade einen Vorzug dar (anders *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 18 m. Fn. 18; wie hier *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 674 f.).

³¹¹⁹ *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 674 ff.; *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 52 ff.: „semantisch völlig inhaltslose Normativität“; siehe auch *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 333 f. (zu *Herzberg/Jakobs*); **anders** wohl *Herbertz* Ingerenz S. 137, das Erfordernis einer „Sonderverantwortlichkeit“ für das Begehungsdelikt begrüßend.

³¹²⁰ Oben → Kapitel 1 § 2 C II 4. Damit ist es auch kein Schönheitsfehler, dass der Autor die Unterlassungsstraftaten direkt unter die Begehungstatbestände subsumiert, denn so unterläuft er die gesetzliche Anordnung nach § 13 I StGB und lässt den gesetzlichen Fixpunkt „Begehungsdelikt“ erodieren.

³¹²¹ *Freund* Erfolgsdelikt S. 68 ff.; *ders.* FS Herzberg S. 225, 234.

³¹²² So interpretiert *Herbertz* Ingerenz S. 138 dies im Sinne eines kausalen Tuns. Dies überzeugt vor dem Hintergrund des von *Freund* normativ verstandenen Legitimationsgrundes der Sonderverantwortlichkeit nicht. Vielmehr handelt es sich für *Freund* um eine bloße Wertungsfrage.

³¹²³ *Freund* Erfolgsdelikt S. 69 f.; im Anschluss an *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 250 f., der hier „normatives“ Unterlassen annimmt.

³¹²⁴ So meint etwa *Roxin* FS Tröndle S. 177, 191, in diesem Fall liege objektiv überhaupt keine „Förderung“ der Fremden Tat vor. Eine Verpflichtung des Aufgeforderten zum Dableiben würde eine Kapitulation des Rechts vor dem verbrecherischen Plan bedeuten.

³¹²⁵ Im Übrigen ist eine solche unter „normalen Umständen“ unauffällige Bewegung im *konkreten* Fall „gar nicht alltäglich, sondern tödlich“, *Herzberg* FS Röhl S. 270, 277.

³¹²⁶ *Freund* Erfolgsdelikt S. 69; im Anschluss an *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 133 f.

In einem weiteren Beispiel stellt ein Gartenbesitzer seine Berieselungsanlage ab, durch welche zuvor auch die Blumen des Nachbarn vor dem Verdörren bewahrt wurden. Hier dürfe sich der aktiv Handelnde nicht wegen Sachbeschädigung strafbar machen.³¹²⁷ – Sachgrund dürfte in diesem Fall sein, dass der Betreffende frei über sein Eigentum disponieren und andere von dessen Nutzung ausschließen darf, § 903 S. 1 BGB.³¹²⁸ Der undifferenziert weite Formalbegriff der „Sonderverantwortlichkeit“ verdeckt hingegen diese ganz unterschiedlichen Gesichtspunkte. Ähnlich wie der etwas geläufigere Formalbegriff des „erlaubten Risikos“³¹²⁹ degradiert auch das Schlagwort „Sonderverantwortlichkeit“ die verlässlichen Eckpunkte des Strafrechts zur *quantité négligable* und erlaubt es, das von vornherein gewünschte Ergebnis einzulegen,³¹³⁰ aufgrund eines unbestimmten Rechtsgefühls kann der Begehungsstatbestand trotz Vorliegens seiner Voraussetzungen verneint werden.³¹³¹ Denn der Verweis, dass es sich um eine Frage oder einen Akt der *Wertung* handelt, beantwortet nicht die Frage, wann im konkreten Fall ein Merkmal, hier die Sonderverantwortlichkeit, vorliegt, sondern lädt zu Dezisionismus ein, der „jeder kritischen Auseinandersetzung entrückt“ ist.³¹³² Für die berechenbare Rechtsanwendung müssen normative Begriffe vielmehr durch Definitionen und Subdefinitionen wieder auf eine konkrete, deskriptive alltagssprachliche Basis zurückgeführt werden.³¹³³ Es muss

³¹²⁷ *Jakobs* AT 7/61; *ders.* FS R. Merkel S. 639, 646; dazu *Freund* Erfolgsdelikt S. 69; ähnlich auch *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 252 f.: Der Rückbau von Übersicherung könne nur als „Nichterfüllung des Organisationssolls“ relevant werden.

³¹²⁸ Wenn jedoch höherrangige Rechtsgüter in Frage stehen, muss die Entscheidung anders ausfallen. Siehe insoweit den Fall bei *R. Merkel* FS Herzberg S. 193: Ein Geschäftsmann stellt eine Heizungsanlage ab, deren Abluft einen Obdachlosen bisher vor dem Erfrieren bewahrte. Zutreffenderweise kann sich der Geschäftsmann hier bei Erkennbarkeit des Erfolges wegen eines Tötungsdelikts strafbar machen (§ 222 StGB), vgl. dazu auch *Herzberg* FS Röhl S. 270, 273 ff.; *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 675.

³¹²⁹ Was im Übrigen die Unterlassungsdelikte angeht, handelt es bei der „Sonderverantwortlichkeit“ bzw. der Garantenbeziehung nicht um das Vorliegen eines „erlaubten Risikos“, sondern viel mehr um die viel grundsätzlichere Frage, ob der Täter in einer besonderen rechtlichen Beziehung zu dem gefährlichen Geschehen steht. Dies entspricht der von *Freund* als „naturalistisch“ gescholtenen Risikosteigerung beim Begehungsdelikt. Die Frage nach der Gefährlichkeit eines Verhaltens (Tun und Unterlassen) ist von der Frage nach der Legitimation durch etwaige Gegeninteressen zu trennen (vgl. *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 196 f.; *Greco* ZStW 117 (2005) 519, 548 f.). Die von *Freund* behandelnden Begehungskonstellationen betreffen letztere Frage: Ob derjenige, der sich gefährlich verhält, aufgrund legitimer Gegeninteressen dennoch handeln darf.

³¹³⁰ Vgl. dazu beim erlaubten Risiko *Kienappel* Das erlaubte Risiko S. 22 ff., 29; konkret zu *Freund* zudem *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 674 ff., die Normativierung gehe hier noch weiter; *Herzberg* FS Röhl S. 270, 274: per se formal und ersetzt nicht die materielle Begründung; siehe auch *ders.* GA 2016, 737, 753 ff.: praktisch geht es um die Erfordernisse der Fahrlässigkeit.

³¹³¹ *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 674

³¹³² Im Allgemeinen *Puppe* FS Neumann S. 323, 324; *dies.* ZIS 2014, 66, 67; *dies.* NStZ 2012, 409, 412 f.: Der Urteilende bleibt seiner Begründung schuldig, wenn ein Gericht so verfährt handelt es sich um einen „Machtspruch“, nicht um einen Rechtsspruch; siehe dazu auch *dies.* Schule S. 38 ff., 107 f., 119: die „wertende Gesamtschau“ unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als strafrechtliche Rechtsfindungsmethode im Einzelfall sei daher verfassungswidrig. – Auf nichts Anderes läuft aber die „angemessene“ Konturierung von Verhaltensnormen, Zuständigkeitsbereichen und Sonderverantwortlichkeiten im Einzelfall hinaus.

³¹³³ *Engisch* Weltbild S. 11 ff., 24; sowie *Puppe* GS Arm. Kaufmann S. 15, 22, 24; *dies.* ZIS 2014, 66 f.; *dies.* FS Neumann S. 323 ff., 331 f.; *dies.* ZIS 2020, 143, 144 ff.; *dies.* Schule S. 45: eine begriffsinhaltliche

möglich sein, diejenigen Sachverhalte, welche den Täter sonderverantwortlich machen, durch begriffliche Merkmale darzustellen, die nicht bloß tautologisch die Sonderverantwortlichkeit zum Ausdruck bringen.³¹³⁴ Denn eine Wertung, die nicht angibt, auf welche Tatsachen sie sich stützt, hat keinen Sinn, da sie für Andere nicht nachvollziehbar ist und diese damit auch nicht überzeugen kann, sich der Wertung anzuschließen.³¹³⁵ Die pauschal geforderte „normative Betrachtung“ durch *Freund* kann den Leser seiner Beiträge nicht dazu bringen, sich seinen Ergebnissen – ob etwa der Handelnde im Einzelfall sonderverantwortlich ist oder nicht – anzuschließen. Wenn der Autor meint, ein Unterlassen sei als begehungsgleich zu bewerten oder eine Zuständigkeitsverteilung sei „angemessen“, so handelt es sich bloß um eine *persönliche* Bewertung. Die von *Freund* genannten Fälle ließen sich unter dem wertungsoffenen Kriterium der „Sonderverantwortlichkeit“ genau in die gegenteilige Richtung entscheiden.³¹³⁶ Die Untersuchung eines Verhaltens auf seine Strafbarkeit wird so zur „Lotterieangelegenheit“³¹³⁷. Zu betonen ist, dass für die Verwendung normativer Blankettbegriffe auch nicht Belange der „Einzelfallgerechtigkeit“ sprechen, da es sich bloß scheinbar um objektiv gerechte und zweckmäßige Lösungen handelte, tatsächlich aber um solche nur nach dem subjektiven Dafürhalten des Rechtsanwenders.³¹³⁸

Bestimmung von Wertbegriffen sei erst erreicht, wenn sie durch deskriptive Begriffe ersetzt sind; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 38; *Hilgendorf* Handbuch Bd. 2 § 27 Rn. 65 f.; es handelt sich im Einzelfall um das „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“ (*Engisch* Logische Studien S. 15); *Neumann* in: Subsumtion S. 311, 325; außerdem *Gössel* GA 2004, 371, 373; *ders.* FS Küper S. 83, 87; *Haas* Kausalität S. 53; *Hassemer* Tatbestand und Typus S. 153 m. Fn. 14: Nur hinsichtlich wirklicher Vorgänge hat der Rechtsanwender ein Vorverständnis.

³¹³⁴ Formulierung angelehnt an *Engisch* FS DJT Bd. 1 S. 401, 412 f.

³¹³⁵ *Puppe* ZIS 2014, 66 f.; *dies.* FS Neumann S. 323 ff.; *dies.* ZIS 2020, 143, 144. *Puppe* führt dafür folgendes treffendes Beispiel an: „Einem Kunstexperten werden zwei Bilder vorgelegt, die sich völlig gleichen. Er erklärt, das eine Bild sei gut, das andere schlecht. Auf die Frage, wie sich diese beiden Bilder denn sonst noch unterscheiden, antwortet er: Sie unterscheiden sich sonst durch nichts, nur das eine ist eben gut und das andere schlecht. Diese Wertaussagen wird niemand ernst nehmen.“ Sowie außerdem *dies.* GA 1994, 297, 308; *dies.* NSTZ 2012, 409, 412; *dies.* Schule S. 40; im Anschluss an *Hare* Die Sprache der Moral S. 110 f. Dies gilt ganz besonders für rechtliche Wertungen: denn bei diesen ist Subjekt der Wertung, bildlich gesprochen, die Rechtsordnung als solche (*Welzel* Strafrecht S. 51).

³¹³⁶ So meint sogar *Freund* selbst „Da es sich bei der Frage nach der Sonderverantwortlichkeit um eine Wertungsfrage handelt, kann man selbstverständlich zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen“ (FS Herzberg S. 225, 234). Vgl. *Kuhlen* FS *Puppe* S. 669, 675; *Berster* Unterlassungsdelikt S. 38: „Entfaltung der Intuition“. Erneut ist daran zu erinnern: „Soweit Begriffe Lösungen nicht verbieten können, vermögen sie auch keine Lösungen zu begründen“, *Neumann* ZStW 99 (1987) S. 567, 573.

³¹³⁷ Allgemein *Gimbernat* ZStW 82 (1970) 379, 405 f.

³¹³⁸ Indem Art. 103 II GG dem *Streben* des Rechtsanwenders nach Gerechtigkeit Grenzen setzt, dient er gerade der *Wahrung* der Gerechtigkeit: „Soweit der Satz ‚nulla poena sine lege‘ ein demokratischer Grundsatz ist, enthält er eine Kompetenzzuweisung für die Entscheidung darüber, was die Gerechtigkeit gebietet; und soweit er eine Folgerung aus der Gewaltenteilung ist, ist er dazu bestimmt, die Gefahren abzuwenden, die sich gerade für die Gerechtigkeit ergeben, wenn strafbegründende Rechtssätze unter dem Eindruck des Einzelfalls aufgestellt werden“ (*Grünwald* ZStW 76 (1964) 1, 18). Die Gegenüberstellung von materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit erfasse die Zusammenhänge nur unvollkommen; siehe auch *Radbruch* Vorschule S. 26: Denn „individualisierte Gerechtigkeit ist ein Widerspruch an sich, die Gerechtigkeit for-

d) Die „Sonderverantwortlichkeit“ aufgrund Ingerenz

Auf dieses brüchige normentheoretische Fundament in Verbindung mit der offenen Wertungsformel „Sonderverantwortlichkeit“ stützt sich nun die Ingerenz. In der Sache geht es ähnlich wie bei *Jakobs* um die Zuordnung von Gefahrenquellen zu einem „Organisationskreis“³¹³⁹. Bemerkenswert ist, dass der Begriff des Organisationskreises sowohl in einem System wie *Jakobs*‘ und *Pawliks*, die „streng unter dem Gesichtspunkt des Rechtsanwendungsprozess zu konzipieren ist“,³¹⁴⁰ als auch nach der Theorie *Freunds*, „die strafrechtliche Blickverengung und Fixierung auf ganz bestimmte Sanktionsnormen“ kritisiert, Anwendung findet.³¹⁴¹ *Freund* geht es um die Begründung einer präventiv-rechtsgüterschützenden Verhaltensnorm, bei der die Legitimation „gerade einer ganz bestimmten Person gegenüber nicht aus den Augen verloren werden“ dürfe,³¹⁴² für die sich ein „zusätzlicher Grund der Inpflichtnahme“ ergebe³¹⁴³ – also den genau umgekehrten Blickwinkel. *Prima facie* muss man bezweifeln, dass ein funktionalistisches System ohne weiteres Begriffe einer anderen Konzeption übernehmen kann, die dort gerade eine völlig andere Funktion erfüllen.

Freund meint zur Ingerenz, „der Gebrauch der Freiheit darf nicht auf Kosten der anderen gehen, wenn und solange sich eine solche Schadensrisikoverlagerung nicht als adäquate Konfliktlösung erweist“.³¹⁴⁴ Doch wann eine Verlagerung des Risikos auf das Opfer (anders gesprochen: Straflosigkeit des Verhaltens), „adäquat“ ist, ist gerade die zu behandelnde Frage. Im Übrigen handelt es sich um keine strafrechtliche, sondern eine zivilrechtliche Argumentation: Es geht im Strafrecht nicht um die Abwägung, welche „Risiken“ nun dem Täter zuzuordnen sind, sondern viel enger um die Bestimmung des unerträglichen, weil sozialwidrigen Verhaltens dieser Person.³¹⁴⁵ Dass die Ausübung von

dert allgemeine Normen“; *ders.* RPh S. 70 ff., 72: Die Einschätzung, was zweckmäßig ist, obliegt zuerst dem demokratischen Gesetzgeber; *Neumann* FS Sancinetti S. 119, 129: Vorrang der Dogmatik vor Forderungen der Sachgerechtigkeit; hinsichtlich der Unterlassungsdelikte auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 88.

³¹³⁹ *Freund* Erfolgsdelikt S. 159 ff., der insoweit meint, die Lösung *Jakobs*‘ sei „sachlich übereinstimmend“, etwa S. 177 m. Fn. 66; die Gefahrenquelle soll dem „Organisationskreis“ normativ zugeordnet sein, S. 187 ff.; siehe auch *ders.* MK § 13 Rn. 121: „überzeugende Fundierung“ bei *Jakobs*.

³¹⁴⁰ *Pawlik* FS *Jakobs* S. 469, 477 m. Fn. 54: „ihr ist mithin nicht die Perspektive des zur Pflichterfüllung angehaltenen Bürgers, sondern des zur Sanktionsverhängung ermächtigten Amtsträgers zugrunde zu legen“. – Nach *Jakobs* beschreibt die Organisationszuständigkeit, wer aufgrund seiner gesellschaftlichen Rolle für einen Normgeltungsschaden zuständig ist und daher zur Stabilisierung der enttäuschten Erwartung strafrechtlich herangezogen werden kann. Nach *Pawlik* geht es darum, wer als Bürger durch seine Bestrafung an der Bewahrung eines Zustands der Freiheitlichkeit mitwirken muss.

³¹⁴¹ *Freund* MK § 13 Rn. 137.

³¹⁴² *Freund* MK § 13 Rn. 23.

³¹⁴³ *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 76; ähnlich *Freund* MK § 13 Rn. 118; *ders.* Erfolgsdelikt S. 180 ff. Diese Argumentation setzt sich auf Ebene der Sanktionsnorm fort: Er sei vom quiquis ex populo „in deutlicher Weise“ abgehoben, es sei „materialiter gesehen berechtigt“, den strafrechtlichen Vorwurf zu erheben (Erfolgsdelikt S. 173, zur Sicherung von Gefahrenquellen). Die Gefahr gehe „gewissermaßen auf sein Konto“.

³¹⁴⁴ *Freund* Erfolgsdelikt S. 184.

³¹⁴⁵ Treffend (in anderem Kontext) *Weigend* FS Gössel S. 129, 142: Die Kennzeichnung eines Verhaltens als strafrechtliches Unrecht ist „nicht das Resultat einer Abwägung zwischen den Interessen der beteiligten

Freiheit ein „zusätzlicher Grund“ für die Inpflichtnahme ist, betrifft tatsächlich nur die die Frage, ob die Rechtsordnung dem Betreffenden ein *Gebot* auferlegen *kann*, nicht hingegen, ob dieses als *ultima ratio* strafrechtlich (begehungsgleich) bewehrt ist.³¹⁴⁶ Die „Zuweisung“ eines „Risikos“ zum Täter bedeutet noch lange nicht, dass dieser begehungsgleich bestraft wird.³¹⁴⁷ Es wird nicht begründet, dass die Garantenposition einer bestimmten Person *zum Rechtsgüterschutz unerlässlich* ist. Insoweit ist auch zu kritisieren, dass die beiden „Pfeiler“ des „Nutzens der Normeinhaltung“ (Rechtsgüterschutz) und der „Sonderverantwortlichkeit“ gleichberechtigt *nebeneinanderstehen*. Richtigerweise kann im rechtsgüterschützenden Strafrecht die Garantenstellung („Sonderverantwortlichkeit“) nicht Selbstzweck sein (so aber wohl *Freund*, der die Straftat in dem ideellen Angriff auf die hinter den Verhaltensnormen stehenden Legitimationsgründe ansieht), sondern ein den Ausgangspunkt des präventiven Rechtsgüterschutzes *einschränkender* und ausgestaltender Gesichtspunkt.³¹⁴⁸ Während sich der *quiquis ex populo* darauf zurückziehen kann, dass ihn eine *Rechtsgutsbeeinträchtigung* nichts angehen muss, ist der Garant *zum Schutz von Rechtsgütern* auf Posten gestellt.

Freund nähert sich der Bestimmung der Sonderverantwortlichkeit entgegen eigenem Bekunden auf den ersten Blick recht „naturalistisch“, indem er trennt zwischen Gefahren, die den eigenen Organisationskreis zu verlassen drohen, und solchen, die diesen bereits verlassen haben, sowie zwischen Sachgefahren und sonstigen Gefahren.³¹⁴⁹ Wie die zuletzt dargestellten Konzeptionen geht also auch *Freund* – insoweit überzeugend – davon aus, dass sich die Garantenstellung allein aus der während der aktiven Handlung bestehenden „Sonderverantwortlichkeit“ ableite. Das „naturalistische“ Datum, dass die be-

Privatpersonen“, sondern „Stigmatisierung als sozial unerträgliches Fehlverhalten“; Hervorhebung im Original.

³¹⁴⁶ Die prinzipiell berechtigte Überlegung, Außenstehende könnten u.U. nicht „in der Lage sein“, das Ausbrechen von Gefahren aus fremden Organisationskreisen zu verhindern (*Freund* Erfolgsdelikt S. 168 f.; ähnlich auch *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 235), lässt offen, ob dieses In-der-Lage-Sein normativ oder tatsächlich gemeint ist. Dies soll jedoch ein bloß „sekundärer, die prinzipielle Adäquität der Verantwortlichkeitsverteilung bei der Bekämpfung von bestimmten Gefahren lediglich zusätzlich fundierender Aspekt“ sein. – Dabei wird jedoch übersehen, dass hiermit gerade ein Aspekt genannt ist, aufgrund dessen eine *strafrechtliche* Überwachungsposition aus Gründen des Rechtsgüterschutzes *unerlässlich* ist.

³¹⁴⁷ Auch wenn *Freund/Rostalski* meinen, hier bestehe eine „bemerkenswerte Parallele“ zum Polizeirecht, wo zwischen dem Störer als „Sonderverantwortlichem“ und dem Nichtstörer unterschieden werde (AT § 6 Rn. 31, 72 f.), zeigt sich, dass eine Begründung für die Verhängung von *Kriminalstrafe* überhaupt nicht verfolgt wird.

³¹⁴⁸ Siehe noch → Kapitel 4 § 1 A I. – S. *Walter* hingegen **kritisiert** gerade, dass der berechtigte Nutzen der Normeinhaltung ohne die Betrachtung der Sonderverantwortlichkeit nur unvollständig bewertet werden könne. Die besondere Verantwortung des einzelnen vor anderen sei entscheidende Voraussetzung für eine gelungene Güterabwägung“, S. *Walter* Pflichten S. 111. – Dies Betrachtung krankt jedoch daran, dass so die Garantenstellung Teil einer völlig undurchsichtigen Gesamtabwägung würde, wodurch die Ergebnisse erst recht nicht mehr rechtlich überprüfbar wären. Überdies könnte so eine Person aus bloß zweckrationalen Erwägungen zum Garanten bestellt werden, nur, weil ein Anderer ein überwiegendes Interesse an dessen Inanspruchnahme habe. Daher ist richtigerweise zwischen Sonderverantwortlichkeit (Garantenstellung) und Interessenabwägung (Sorgfaltswidrigkeit) zu unterscheiden.

³¹⁴⁹ *Freund* Erfolgsdelikt S. 161 ff.

stimmte Gefahr den Ursprungsorganisationskreis bereits verlassen habe, sei aus „normativer Sicht“ grundsätzlich irrelevant. Es bestehe „kein vernünftiger Grund, den für den Ursprung der Gefahr Sonderverantwortlichen aus der besonderen Verantwortlichkeit für die Gefahr zu entlassen“.³¹⁵⁰ – Was aber für das „Verlassen“ gilt, muss auch für den „Ursprung“ gelten. Bloß der „naturalistische“ (kausale) Ursprung eines Geschehens in dem Organisationskreis einer Person ist kein hinreichender normativer Grund für deren Ingerenzgarantenstellung.³¹⁵¹ Problematisch ist gerade, *wann* ein Geschehen nicht bloß seinen kausalen „Ursprung“³¹⁵² im eigenen Organisationskreis hatte, sondern es sich gerade um diejenige Schädigungsmöglichkeit handelt, für das der Betreffende bereits von vornherein „sonderverantwortlich“³¹⁵³ war. Dass der Ingerent die entstandene Gefahrenlage „zu verantworten“ haben müsse,³¹⁵⁴ umschreibt bloß das Ergebnis, überlässt es jedoch der Dezi- sion des Rechtsanwenders³¹⁵⁵, wann eine solche Verantwortung vorliegt. Weil *Freund* bereits bei der Begehung (→ cc) nicht nennen konnte, aus welchen Sachgründen und in welchen Fällen jemand sonderverantwortlich ist, kann er *erst recht* nicht begründen, wann und aus welchen Gründen diese Sonderverantwortlichkeit fortbesteht.

Als „Sachgrund“ wird bloß der Gedanke der „bedingten Gestattung“ bei „qualifiziert ris- kanten“ Tätigkeiten vorgebracht.³¹⁵⁶ Wie bereits zu *Vogel* angemerkt, handelt es sich bei der Annahme, bestimmte Handlungen stünden unter dem „stillschweigenden“, weil „selbstverständlichen“³¹⁵⁷ Vorbehalt, im Ernstfall gefahrbekämpfend tätig zu werden, um eine bloße *petitio principii*. Diese „Bedingung“ ist nicht mehr als eine *Umschreibung* der pflichterzeugenden Wirkung der Vorhandlung. Ob die Vornahme einer bestimmten Risi- kohandlung „bedingt“ (unter der Bedingung einer strafrechtlich relevanten Garantenpo- sition) gestattet ist, stellt doch gerade die zu beweisende Hypothese dar.³¹⁵⁸ Zutreffend ist vielmehr der gegenläufige Schluss: *Wenn* eine Garantenstellung aus Ingerenz besteht, *dann* kann man das Vorverhalten „bedingt gestattet“ nennen. In dem Zeitpunkt, in dem

³¹⁵⁰ *Freund* Erfolgsdelikt S. 182, „schlechterdings unerfindlich“; ähnlich bereits *Herzberg* JuS 1971, 74, 75.

³¹⁵¹ Darauf weist zu Recht auch *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 55 f. hin.

³¹⁵² Entlarvend *Freund* Erfolgsdelikt S. 185: „naturalistisch betrachtet [...] seinen Ursprung im Organisa- tionskreis“.

³¹⁵³ Zu Recht deutlicher insoweit *Herzberg* JZ 1986, 986, 989 ff.

³¹⁵⁴ *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 76.

³¹⁵⁵ Da *Freund* keine tauglichen normativen Kriterien nennt, für welche Schädigungsmöglichkeiten der Betreffende sonderverantwortlich ist, muss er sich auf die Intuition verlassen. – Der Rückzug mancher Autoren auf bloße Wertungsformeln ist bereits deshalb kein Ausweg, weil diese dann, wie *Puppe* treffend darlegt, genötigt sind, auf die nächstbeste Beschreibung verfallen müssen – hier der kausale Ursprung –, denen ihnen das naturalistische Vorverständnis anbietet, *Puppe* GA 1994, 297, 317.

³¹⁵⁶ Vgl. *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 96.

³¹⁵⁷ So etwa *Freund* MK § 13 Rn. 122; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 92.

³¹⁵⁸ Gleiches gilt für das Bild des „Synallagma“ zwischen „Vorteilen“ und „Gegenleistung“.

der Ingerent dem Opfer wie der *quiquis ex populo* entgegentritt, besteht kein *zwingender*,³¹⁵⁹ insbesondere kein verfassungsrechtlicher Grund,³¹⁶⁰ die *begehungsgleiche* Strafandrohung aufrecht zu erhalten. Der Gesetzgeber *wäre* nicht daran gehindert, sich einer Garantenkonzeption anzuschließen, die keine begehungsgleiche Bestrafung der Ingerenzunterlassung vorsieht.

Wenn *Freund* darauf abstellt, dass die spezifischen Sachgründe der Risikoerlaubnis „nur so weit reichen, wie diese wirklich tragfähig sind“, liegt darin der zutreffende Gedanke, dass das erlaubte Risiko (der sorgfältige Handlungsvollzug) möglicherweise nur von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für eben diese Handlung und nicht das folgende Geschehen entbindet. Jedoch bleibt auch *Freund* eine Erklärung schuldig, *warum* die „spezifischen Sachgründe“ eben nur zur Erlaubnis der Handlung führen sollen, nicht jedoch den Handelnden von der Verantwortung für die Folgen freistellen. Beispielsweise meint *Freund* für den Fall des im Interesse der Handlungsfreiheit erlaubten Autofahrens, man könne sagen, es habe sich im unvermeidlichen Unfall ein toleriertes Risiko realisiert – „daß Gleiches auch für den Fall des noch zu rettenden schwerverletzten Unfallopfers gelten soll, ist dagegen nicht einzusehen“. Die Nichtabwendung der Todesgefahr könne nicht auf eine entsprechende Risikoerlaubnis gestützt werden, „denn der Sachgrund der Freiheitsentfaltung in der Form des Autofahrens trägt nicht das Sterbenlassen des Opfers nach einem unvermeidlichen Zusammenstoß!“³¹⁶¹ Der Satz suggeriert, dass die Alternative zur Bejahung der Garantenstellung wäre, das Sterbenlassen zu „erlauben“. Doch, dass das Sterbenlassen des Opfers nicht erlaubt ist, ergibt sich regelmäßig bereits aus § 323c I StGB.³¹⁶² Dass ein Verhalten darüber hinaus als tatbestandliches begehungsgleiches Unterlassungsdelikt bestraft werden kann, erfordert nicht nur, dass „keine Erlaubnis“ vorliegt, sondern, dass der Betreffende *Garant* („Sonderverantwortlicher“) ist. Wenn *Freund* meint, die Risikoerlaubnis betreffe das Unterlassen nicht mehr, setzt er schon voraus, dass der Unterlassende weiterhin *Garant* ist.³¹⁶³ Das kann jedoch nach dem Gesagten gerade

³¹⁵⁹ Vgl. auch *Herbertz* Ingerenz S. 139.

³¹⁶⁰ Man könnte insoweit höchstens ausweichen und annehmen, dass das Vorverhalten unter den Prämissen der Verfassung überhaupt *allein* bei gleichzeitiger Statuierung einer Garantenpflicht erlaubt werden *kann*. Doch selbst wenn hier die engen Voraussetzungen einer staatlichen Schutzpflicht, das Verhalten zu gebieten, erfüllt wären, ist noch nicht gesagt, dass (auf der „Sanktionsebene“) der Verstoß gegen diese Pflicht (1.) überhaupt und (2.) begehungsgleich zu bestrafen ist. – Das erscheint wenig plausibel: Der Gesetzgeber *könnte* es theoretisch, entsprechend dem Modell *Schünemanns* dabei belassen, den Ingerenten als Jedermann gemäß § 323c I StGB oder *de lege ferenda* durch eine Qualifikation selbiger Norm zu bestrafen. Die Erforschung der hinter den Begehungstatbeständen und Handlungsverboten stehenden *Wertungen* kann nicht dadurch abgeschnitten werden, dass man behauptet, der Gesetzgeber hätte die Materie überhaupt nicht anders regeln können.

³¹⁶¹ *Freund* Erfolgsdelikt S. 181 f.

³¹⁶² Soweit § 323c I StGB nicht einschlägig ist, geht es nicht um ein „erlaubtes“, sondern ein strafrechtlich unverbotenes Verhalten, indifferentes Verhalten. Tatbestandsloses Verhalten ist nicht notwendig erlaubt, vgl. nur *Roxin/Greco* AT I § 10 Rn. 21.

³¹⁶³ Die einzig vorgebrachte Begründung ist der „Naturalismus“, dass die Gefahr „aus dem Organisationskreis des Unterlassenden“ stammt. Genauso gut könne man sagen, dass bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten dessen Folgen als bloßer Zufall erscheinen, dessen Risiko das Opfer zu tragen habe. Insbesondere fragt

nicht unterstellt werden;³¹⁶⁴ denn in Unkenntnis der „Sachgründe“ für die Sonderverantwortlichkeit kann auch nicht sinnvoll gefragt werden, ob diese trotz der (möglicherweise rechtlich erheblichen) Veränderung noch tragen. Letztlich ist das Problem auch hier, dass die Außerachtlassung der „naturalistischen Unterschiede“³¹⁶⁵ bei „normativer Sicht“³¹⁶⁶ nicht vorausgesetzt werden kann, sondern gerade *normativ begründet* werden müsste.³¹⁶⁷ Dieses normative Urteil über die Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte müsste auf deren gemeinsamen (sozialen) Tatsachen aufbauen.³¹⁶⁸

Die Unsicherheiten der normativen Betrachtung zeigen sich, wenn unter Anwendung praktisch gleicher Kriterien abweichende Ergebnisse erzielt werden: So will etwa *Freund* im Fall der Leitentscheidung BGHSt 25, 218 ff. eine Garantenstellung bejahen, obwohl das Opfer betrunken auf die Fahrbahn torkelte und sich damit selbst in Gefahr brachte³¹⁶⁹ – anders etwa *Jakobs*, der verlangt, dass das Opfer selbst sämtliche Vorkehrungen zu seinem Selbstschutz getroffen habe.³¹⁷⁰ Aus dem bloßen Bild des „Synallagmas“ lassen sich also je nach Belieben konträre Ergebnisse ableiten. Problematisch erscheint es auch,

sich, wieso ein „toleriertes Restrisiko“ noch durch einen Garanten überwacht werden muss. *Freund* differenziert letztlich nicht hinreichend zwischen der Missbilligung des Verhaltens, welches die Gefahren „aus dem Organisationskreis herauslässt“ und der Missbilligung dieser Risiken selbst.

³¹⁶⁴ Schon gar nicht aufgrund der bloß kausalen Verbindung. Zwar soll die „Quelle“ einer Person „normativ“ zugeordnet werden (so *Freund* Erfolgsdelikt S. 187), über die *Gefahrenentwicklung* ist damit aber nichts gesagt. Auffällig ist auch, dass trotz der *normativen* Zuordnung der Gefahrenquelle zu einer Person gerade diese *gegenständliche Quelle* ein durchaus „*naturalistischer*“ Bezugsgegenstand ist.

³¹⁶⁵ Dass die Gegenansicht „*naturalistisch argumentiere*“ *Freund* Erfolgsdelikt S. 169 m. Fn. 36, 38, S. 182, 183, 185.

³¹⁶⁶ Betonend, dass es um eine „Wertung“ oder „normative“ Würdigung gehe *Freund* Erfolgsdelikt S. 168, 169, 170, 173, dort Fn. 52, 180 m. Fn. 76, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189 und öfter. Die „normative“ Würdigung eines Sachverhalts sowie die Kennzeichnung eines Gegenarguments als „*naturalistisch*“ scheinen dabei jeweils ein eigenes Argument zu substituieren; vgl. dazu allgemein *Puppe* Schule S. 264: erdrückendes Niederreden. Der Verweis auf den Methodendualismus bedeutet bloß, dass in einer Ableitung aus mehreren Sätzen, deren Ergebnis eine Norm ist, mindestens eine Norm vorkommen (*Puppe* aaO S. 254). – Daher ließe sich der insbesondere von *Freund* vorgebrachte Vorwurf des „Naturalismus“ bloß gegenüber einer Normbegründung vorbringen, die *allein* aus dem Tatsächlichen erfolgte.

³¹⁶⁷ Etwaige „phänomenologische Differenzen“ sind „in der gebotenen normativen Sicht“ *nicht immer* irrelevant. **Anders** *Freund* Erfolgsdelikt S. 176 f., S. 183; siehe auch *ders.* MK § 13 Rn. 120 ff.

³¹⁶⁸ Damit mag *Freund* im Ergebnis recht zu geben sein, dass es keinen Unterschied macht, ob die Lebensgefahr, die von einem Hund ausgeht, dadurch gebannt wird, dass der Halter das Tor schließt, den Hund zurückpfeift, ihn erschießt oder eben den Verletzten ins Krankenhaus bringt. Auch mag es „normativ“ gleich sein, ob der Autofahrer rechtzeitig bremst oder dem lebensgefährlich verletzten Opfer einen Krankenwagen ruft. Doch solange hierfür keine tragfähige Begründung gegeben wird, spricht dafür nur die Intuition.

³¹⁶⁹ *Freund* Erfolgsdelikt S. 183 m. Fn. 84; *ders.* MK § 13 Rn. 123; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 94 m. Fn. 99: Dass Autofahren qualifiziert riskant sei, zeige sich gerade im Fall der Verletzung von „Nichtverantwortlichen“ wie Kindern, Betrunkenen und alten Menschen.

³¹⁷⁰ *Jakobs* AT 29/40; *ders.* Unterlassungsdelikt S. 22 f., 29; dieses Erfordernis soll sich direkt aus dem „Synallagma“ von Freiheit und Folgenverantwortung ergeben.

dass *Freund* im Dunstkreis der Ingerenzfälle „Mischformen“ der Sonderverantwortlichkeiten ausmacht.³¹⁷¹ Nicht überzeugen kann es insbesondere, dass *Freund* für die Fälle der Betäubungsmittelüberlassung bedingte Gestattung annimmt: „Insbesondere ist es durchaus nicht widersprüchlich, zB das Injizieren einer bestimmten Droge zwar unter dem Gesichtspunkt der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Konsumenten zunächst zuzulassen, diese Gestattung aber mit der Bedingung zu versehen, dass bei Komplikationen im Nachhinein *besondere* Hilfspflichten eingreifen“.³¹⁷² Dieses Beispiel illustriert jedoch eindrücklich, dass die Argumentation mit der „bedingten Gestattung“ bei *Freund* eine Öffnungsklausel für jegliche rechtspolitische Wertung darstellt. Dabei wird die Reichweite der tatbestandlichen Verantwortlichkeit über den während der aktiven Handlung bestehenden Inhalt *ausgedehnt*. Der Rauschgiftlieferant wäre hier Garant für einen Verlauf, den er zum Zeitpunkt der aktiven Handlung nicht nur auf Grundlage einer unvollständigen Tatsachenbasis *ex ante*, sondern *objektiv* bewirken *durfte*, d.h. *im Ergebnis nicht verhindern musste*. Seine Verantwortlichkeit könnte letztlich bloß dadurch aufleben, dass das Opfer nachträglich seinen Willen ändert.³¹⁷³ Die Belastung einer Person mit *strafrechtlichen Handlungsgeboten* wäre damit in unerträglicher Weise mit der bloßen Willkür einer anderen Person³¹⁷⁴ verkettet. Dann knüpft *Freund* die Sonderverantwortlichkeit letztlich bloß an den „naturalistischen“ Kausalverlauf und die subjektiven Interessen des konkreten Opfers.

e) Fazit

Das Modell *Freunds* kann nicht überzeugen. Letztlich kommt die Theorie über die generalklauselartige Umschreibung der Garantenstellung mit dem Begriff der „Sonderverantwortlichkeit“ nicht hinaus. Den „normativen“ Würdigungen *Freunds* kann sich der Leser schließlich anschließen oder nicht.

H. Wiederkehrende Argumentationsmuster

Zu behaupten, es gäbe eine herrschende Ansicht zur Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz, wäre naiv – bereits aufgrund der Zersplitterung des Meinungsbildes und der unterschiedlichen Nuancierungen und Facetten in den Theorien der unterschiedlichen

³¹⁷¹ *Freund* MK § 13 Rn. 185 ff. In BGHSt 26, 35 sei etwa der Gastwirt für den Gast als Beschützergarant verantwortlich. – Damit verwechselt *Freund* jedoch den Grund der Sonderverantwortlichkeit und den konkreten Gebotsinhalt. So steht der Gastwirt in keinem besonderen sozialen Schutzverhältnis zu seinen Gästen, seine Garantenposition bloß kann bloß der Überwachung selbstgeschaffener (sofern sich der Gast nicht eigenverantwortlich selbst gefährdet) Rauschgefahren (und deren Folgegefahren) dienen. Dass er die Rauschgefahr nach Abschluss des Trinkvorgangs nur noch dadurch „überwachen“ kann, dass er den Gast „schützt“, stellt bloß einen Reflex aus der tatsächlichen Lage dar und ändert nichts an der normativen Begründung als Überwachungsposition. Vgl. zu derartigen Verirrungen schon *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 283.

³¹⁷² *Freund* MK § 13 Rn. 190. Hervorhebung im Original.

³¹⁷³ → Kapitel 2 § 5 B II.

³¹⁷⁴ Gegen „eine die Freiheit gefährdende Abhängigkeit von den zufälligen fremden Zwecksetzungen“ auf Grundlage eines *kantischen* Rechtsbegriffs *Seelmann* in: *Recht und Moral* S. 295, 299.

Autoren. Dennoch finden die verschiedenen Konzeptionen, was die Garantenstellung aus Ingerenz betrifft, wieder in ähnlichen Argumentationlinien zusammen.

I. Lösung von Freiheitskonflikten

1. Überblick

a) Abwägung von Freiheitssphären

In der Literatur wird zur Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz regelmäßig der Gedanke der Abwägung von Freiheits- und Verantwortungssphären zur Lösung von Interessenkonflikten vorgebracht.³¹⁷⁵

Das Argument wird in zwei verschiedenen Varianten bemüht: Die *erste Variante* entspricht der Ingerenzbegründung nach pflichtwidrigem Vorverhalten: Die Garantenstellung aus Ingerenz sei Ausgleich für die Überschreitung der Verhaltensfreigrenze. Derjenige, der den ihm rechtlich zustehenden Freiheitsraum auf Kosten anderer überschreite, sei verpflichtet, den hieraus entstehenden Gefahren entgegenzutreten.³¹⁷⁶ Mittelbar werde also die Ingerenzpflicht aus dem Handlungsverbot selbst abgeleitet.³¹⁷⁷ Darauf soll zunächst zurückzukommen sein (b). Die *zweite Variante* entspricht der Ingerenzbegründung bei erlaubt riskantem Vorverhalten. Mit dem *Recht*, die gefährliche Tätigkeit vorzunehmen, sei die Pflicht gekoppelt, gegebenenfalls rettend einzuschreiten (bedingte Gestattung).³¹⁷⁸ Diese Variante soll unter (c) dargestellt werden.

³¹⁷⁵ *Ceffinato* NSTZ 2021, 65, 69; *Freund* Erfolgsdelikt S. 181, 184; *ders.* MK § 13 Rn. 119 ff., 136, 151; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 82 ff.; *Gaede* NK § 13 Rn. 43; *Grünwald* Garantenpflichten S. 133 ff.; *Jakobs* AT 29/29 ff., 38 ff.; *ders.* Unterlassen S. 22 f.; *ders.* System S. 37; *ders.* FG BGH IV S. 29, 47 f.; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK Vor § 13 Rn. 117, § 13 Rn. 37; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 64 ff. (der Sache nach; im Allgemeinen auch *Kindhäuser* Gefährdung S. 146 ff. Verhaltensnormen als Koordinationsregeln zur Abgrenzung von Freiheitssphären); *Kühl* AT § 18 Rn. 93 ff.; *Ad. Merkel* Abhandlungen S. 83; *Murmann* GK § 29 Rn. 69; *Otto* FS Gössel S. 99, 106; *ders.* AT § 9 Rn. 23 f.; *ders./Brammsen* Jura 1985, 646, 648; *Pawlik* FS Roxin S. 931, 940 f.; *ders.* Unrecht S. 174 ff., 178 ff.; 182; *Perdomo-Torres* Garantenpflichten S. 164 ff.; *Ranft* JZ 1987, 859, 864; *Roxin* AT II § 32 Rn. 155 ff.; *ders.* FS Trechsel S. 557 ff., der auf die Lehre von der objektiven Zurechnung abstellt; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 84 f., 153; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 117; *Stein* JR 1999, 265, 271; *ders.* SK § 13 Rn. 18 f., 50 ff.; *Stree* FS H. Mayer S. 145, 156; *Timpe* Strafmilderungen S. 176 ff., 187; *Vogel* Norm und Pflicht S. 358 ff., 364; *Volk* FS Tröndle S. 219, 237; *S. Walter* Pflichten S. 121 ff. *Weigend* LK § 13 Rn. 42, 44; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 43.

³¹⁷⁶ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 153: Der Ingerent habe seinen individuellen Freiheitsraum verlassen und sei in den rechtlich geschützten Freiheitsraum einer anderen Person eingedrungen. Damit trete „die jedem Freiheitsrecht immanente soziale Pflichtbindung in Kraft“; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 38 ff.; sowie *Freund* MK § 13 Rn. 118 ff., 136; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 162; *Pawlik* FS Roxin (2011) 931, 939 f.; *Ransiek* JuS 2010, 585, 589; *Roxin* AT II § 32 Rn. 150 f.; 167; *Stein* JR 1999, 265, 271; *ders.* SK § 13 Rn. 18, 50; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 191; siehe auch *Ceffinato* NSTZ 2021, 65, 69; vgl. außerdem *Otto* FS Gössel S. 99, 106; *ders.* NJW 1974, 528, 534; *Otto/Brammsen* Jura 1985, 646 ff., der den Freiheitsraum nicht als kongruent zu den Verbotsnormen ansieht; *Vogel* Norm und Pflicht S. 365, das Verbot *ex post* bestimmend.

³¹⁷⁷ *Stein* SK § 13 Rn. 18; siehe auch *Hruschka* JuS 1979, 385, 386 f., 392

³¹⁷⁸ *Freund* MK § 13 Rn. 122 ff.; *Rengier* JuS 1989, 802, 807; *Vogel* Norm und Pflicht S. 360 f.; bereits *Ad. Merkel* Lehrbuch S. 111 ff.

b) Abgrenzung der Freiheitssphären durch die Verbote der Rechtsordnung?

Rudolphi hat, wie oben bereits beschrieben, dem Gedanken zum Durchbruch verholfen, die Verantwortlichkeit für eine geschaffene Gefahrenlage sei an dem Verantwortlichkeitsbegriff des Begehungsdelikts zu orientieren. Der Täter sei nach der Wertung der Rechtsordnung für die bewirkte Gefahrenlage nur dann verantwortlich, wenn diese pflichtwidrig bewirkt wurde.³¹⁷⁹ Dieser Gedanke wurde von *Stein* weiter ausdifferenziert, der sich auf den Standpunkt stellt, die Verbote der Rechtsordnung beruhten auf dem Gedanken, dass ein Interessenkonflikt zulasten der Freiheit einer Person aufgelöst werde.³¹⁸⁰ Den *Verboten* liege die Wertung zugrunde, dass das Interesse des Rechtsgutsinhabers, den gefährlichen Auswirkungen fremden Verhaltens nicht ausgesetzt zu sein, dem Freiheitsinteresse des Normadressaten vorgeht.³¹⁸¹ Wer eine Verhaltenspflicht verletze nehme daher ihm nicht eingeräumte Verhaltensfreiheit in Anspruch und verschaffe sich einen ihm rechtlich nicht gebührenden Vorteil. Dann entspreche es der „ausgleichenden Gerechtigkeit“, ihn zu verpflichten, dem Anderen diese Last, die dieser eigentlich nicht tragen muss, abzunehmen.³¹⁸² Der Zweck des Verbots, eine Rechtsgutsverletzung zu verhindern, lasse sich immerhin noch durch die Abwendungshandlung erreichen.³¹⁸³ Dagegen beinhalte die *Erlaubnis* des gefährlichen Verhaltens die Wertung, dass das Interesse der Person an ihrer Handlungsfreiheit den Vorrang genieße und diese die Lasten nicht

³¹⁷⁹ *Rudolphi* JR 1974, 160, 161; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 39, 39a; grundlegend *ders.* Gleichstellungsproblematik S. 136 ff., 163 ff.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 167, 171 – im Unterschied zum auf Zufall beruhenden Unglück; siehe auch *Hoven* GA 2016, 16, 28, 33. *Stree* FS Klug II S. 395, 398.

³¹⁸⁰ Siehe im Allgemeinen auch *Roxin/Greco* AT I § 10 Rn. 101c: Verhaltensnorm als verbindliche Festlegung von Freiheitssphären in der mehrpoligen Relation Staat/Täter/Opfer.

³¹⁸¹ *Stein* JR 1999, 265, 271. Im Allgemeinen stellt sich *Stein* auf den Standpunkt, dass der Schwerpunkt auf Verbotsnormen liege, da Verbote die Adressaten eher voneinander isolieren, Gebote hingegen eher zu sozialen Kontakten zwingen. Diese Regelungsstruktur trage der individualistischen Persönlichkeitsentfaltung Rechnung, sie isolierten die einzelnen Rechtsgutsinhaber und ihre Aktionskreise voneinander, ohne sie dabei durch Handlungsgebote unnötig zu belasten. Die Grenze der Schwerpunktverlagerung liegt dort, wo die Ausgewogenheit des Verhältnisses von Verhaltensfreiheit und Verhaltenspflichten leiden würde. Dort wo die Verpflichtung zur tätigen Hilfe „besonders notwendig“ erscheine, stelle die Rechtsordnung Garantenpflichten aus. Durch diese würden Fälle erfaßt, „in denen eine Verpflichtung zu tätiger Hilfe in so hohem Maße notwendig ist, daß eine Reichweite und Dringlichkeit der Verbotsnorm gleichkommende Gebotsnorm angebracht erscheint“, etwa wenn es dem Rechtsgutsinhaber praktisch unmöglich sei, gegen gewisse Gefährdungen zu schützen, *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 233 ff., 259. Siehe zu der Begründung aufgrund der „Dringlichkeit der Normgeltung“ oben zu *Langer* → § 2 D II 3.

³¹⁸² *Stein* JR 1999, 265, 271; *ders.* SK § 13 Rn. 18; mittelbar ergebe sich die Pflicht daher aus den Verhaltensverboten; auch *Blei* AT § 87 I 2 c: Gerechterweise könne man nur fordern, dass jemand den drohenden Auswirkungen seines *fehlerhaften* Verhaltens entgegenwirkt; *Gaede* NK § 13 Rn. 43; im Ergebnis auch *Herbertz* Ingerenz S. 226.

³¹⁸³ *Stein* JR 1999, 265, 270. Die Rechtsordnung dürfe ihren Anspruch, Rechtsgüter durch Verhaltensnormen zu schützen nicht preisgeben, sondern müsse diesen gerade bei Zuwiderhandlung gegen diese Normen aufrechterhalten und gegebenenfalls auch mit Strafe auf eine künftige Befolgung hinwirken (S. 271); zustimmend *Ha. Schneider* NSStZ 2004, 91, 92; *anders* *Otto* FS Gössel S. 99, 102.

endgültig tragen solle.³¹⁸⁴ So führten etwa das erlaubte Risiko bei der erlaubten Teilnahme am Straßenverkehr sowie die Ausübung von Notrechten regelmäßig nicht dazu, dass den Handelnden eine Garantenpflicht treffe.³¹⁸⁵ Eine Ausnahme macht *Stein* allerdings dort, wo die Rechtsordnung als Ausgleich für Gefahrschaffungsrechte Verbindlichkeiten auferlege, wie etwa bei der Produktverantwortlichkeit. Dieser Gedanke wird „angelehnt etwa an die verwaltungsrechtliche Erteilung von Genehmigungen unter Auflagen“.³¹⁸⁶ Hieraus lasse sich jedoch keine allgemeine Grundlage für eine Ingerenzgarantenstellung nach rechtmäßigem Vorverhalten entnehmen. Grundsätzlich bleibe es dabei, dass die Einstufung eines Verhaltens als erlaubt dazu führe, dass diese Person auch die Lasten nicht zu tragen habe.³¹⁸⁷

Diese Ansicht, die im Ergebnis ein objektiv pflichtwidriges Vorverhalten fordert,³¹⁸⁸ kann noch als herrschend bezeichnet werden. Von diesem Standpunkt aus wird der Gegenansicht vorgeworfen, diese führe zu einer uferlosen Ausdehnung der Garantenpflicht anhand des bloß wertfreien Kausalzusammenhangs.³¹⁸⁹ Die Folgen rechtmäßigen Verhaltens seien „allgemeine Lebensrisiken“.³¹⁹⁰ Zum Teil werden hierfür auch die Wertungen des Zivilrechts bemüht: „Zivilrechtlich betrachtet setzt die Verantwortlichkeit für Folgen grds. voraus, dass der Täter die objektiv im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 BGB) verletzt hat.“³¹⁹¹

³¹⁸⁴ *Stein* SK § 13 Rn. 18. Dieser Gedanke finde seine Bestätigung in den zivilrechtlichen Schadensersatzpflichten wegen unerlaubter Handlung sowie in der Verantwortlichkeit des Verhaltensstörers im Polizeirecht; siehe auch *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 76, der auf § 276 BGB abstellt.

³¹⁸⁵ *Stein* SK § 13 Rn. 19, 50 ff., 56; ebenso *Gallas* Studien S. 89; *Ransiek* JuS 2010, 585, 589; *Roxin* AT II § 32 Rn. 160 ff., 167; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 43. „Inkonsequenzen“ hinsichtlich *Steins* Definition des „erlaubten Verhaltens“ mahnt *Herbertz* Ingerenz S. 227 an, die jedoch bloß auf Grundlage ihrer eigenen „richtigen“ (S. 227 m. Fn. 48) Begriffs unerlaubten Verhaltens durchschlagen, welcher selbst nicht überzeugen kann; der Einwand ist insoweit zirkulär, vgl. im Allgemeinen *Puppe* Schule S. 260, 279.

³¹⁸⁶ *Stein* SK § 13 Rn. 19; **kritisch** *Herbertz* Ingerenz S. 227: damit entkräfte er die „begrüßenswerte Eingrenzung der Ingerenz“ teilweise.

³¹⁸⁷ *Stein* SK § 13 Rn. 52; zu den Ausnahmen, etwa dem Fall des Aggressivnotstands, Rn. 53 ff.; im Ergebnis auch *Donner* Zumutbarkeitsgrenzen S. 198 f.

³¹⁸⁸ Statt aller *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 35 f.; *Ebert* AT S. 179 f.; *Eisele/Heinrich* AT Rn. 624 f.; *Gaede* NK § 13 Rn. 43; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 69 ff.; *B. Heinrich*, AT Rn. 954; *Hoven* GA 2016, 16, 28; *Hoffmann-Holland* AT Rn. 765 ff.; *Jäger* Zurechnung S. 37 ff.; *Jescheck/Weigend* AT § 59 IV 4a; *Krey/Esser* AT Rn. 1146 ff.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 160 ff.; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 157 ff.; *ders.* JR 1987, 162 ff.; *Stein* JR 1999, 265, 270 f.; *Stree* FS Klug II S. 395, 398 ff.; *Welzel* Strafrecht S. 216; *Zieschang* AT Rn. 617; auch die Gegenansicht stellt sich regelmäßig auf den Standpunkt, dass jedenfalls bei pflichtwidrigem Vorverhalten eine Garantenstellung bestehe, diesbezüglich aber Ausnahmen zu machen seien, vgl. etwa *Freund* MK § 13 Rn. 119; *Murmann* GK § 29 Rn. 65 ff. Zudem wird auf die Erforderlichkeit des Pflichtwidrigkeits- und Schutzzweckzusammenhangs hingewiesen, etwa *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 69; *B. Heinrich*, AT Rn. 954; *Jescheck/Weigend* § 59 IV 4a; *Murmann* GK § 29 Rn. 66.

³¹⁸⁹ *Rudolphi* JR 1987, 162, 164; siehe auch *Ebert* AT S. 180; *Jäger* AT Rn. 356; *Ranft* JZ 1987, 859, 865.

³¹⁹⁰ *Rengier* AT § 50 Rn. 82. Und *Puppe* meint noch grundsätzlicher, „das Recht findet sich mit den schädlichen Folgen eines generell erlaubten Verhaltens bedingungslos ab“, *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 15.

³¹⁹¹ *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 75.

c) Sonderrisiko und bedingte Gestattung

Die Gegenansicht will auch erlaubt riskantes Verhalten für die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz genügen lassen.³¹⁹² Das Kriterium der Pflichtwidrigkeit drücke die Abgrenzung der Verantwortungsbereiche nicht optimal aus,³¹⁹³ auch wenn der Verstoß gegen die Rechtsordnung „in der Regel“ zu einer Garantenpflicht führe.³¹⁹⁴ Es handle sich nur um einen besonders evidenten Fall, bei dem der Handelnde seinen Freiheitsraum in besonderer Weise ausdehne. Daneben gebe es jedoch Tätigkeiten, deren Ausführung zwar gestattet sei, mit der der Handelnde gleichwohl die allgemeine Handlungsfreiheit übersteigende Freiheit in Anspruch nehme, sodass man ihn nicht von der Folgenverantwortung entlasten müsse.³¹⁹⁵ Dass das „Herauslassen“ der Gefahr aus dem Organisationskreis nicht tatbestandlich missbilligt sei, bedeute nicht, dass dies ebenfalls im Weiteren für die Abwendung dieser bereits entwichenen Gefahr gelte. Es bedürfe hierzu einer selbstständigen Entscheidung.³¹⁹⁶

Hierfür wird, wie schon zu *Vogel* und *Freund* dargelegt, der Gedanke der „bedingten Gestattung“ bzw. „Erlaubnis unter Vorbehalt“ herangezogen.³¹⁹⁷ Dieser Gedanke scheint

³¹⁹² Mit Unterschieden im Einzelnen *Arzt* JA 1980, 712, 714 ff.; *Freund* Erfolgsdelikt S. 180 ff.; *ders.* MK § 13 Rn. 121 ff.; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 92 ff.; *Frister* AT 22/36 (in engen Grenzen); *Gauger* Dogmatik S. 223; *Grünwald* Garantenpflichten S. 136; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 91 ff.; *Grunderath* Rechtspflicht S. 149 ff.; *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 13; *Heinitz* JR 1954, 270; *Herzberg* Garantenprinzip S. 294 ff.; *ders.* JuS 1971, 74 ff.; *Jakobs* AT 29/39; *ders.* Unterlassen S. 22 f.; *ders.* FG BGH IV S. 29, 43; *ders.* System S. 37; *Arth. Kaufmann/Hassemer* JuS 1964, 151, 152; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 R. 51; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 64 ff., 68; *Köhler* AT S. 220; *Kühl* AT § 18 Rn. 96 ff.; *ders.* JuS 2007, 497, 503; *Kuhlen* NStZ 1990, 566, 568; *Murmann* GK § 29 Rn. 69; *Otto* AT § 9 Rn. 81; *Pawlik* Unrecht S. 182; *ders.* FS Roxin (2011) S. 931, 940 f.; *Ranft* JZ 1987, 859, 864; *Rengier* JuS 1989, 802, 807 (anders nun *ders.* AT § 50 Rn. 73 ff.); *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 117 f.; unklar *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 33, 36; S. *Vogt* Berufstypisches Verhalten S. 190 f.; *Timpe* Strafmilderungen S. 187; S. *Walter* Pflichten S. 128; *Weigend* LK § 13 Rn. 43 ff.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 209 ff.; 271 ff.; *ders.* JZ 1971, 433 f.

³¹⁹³ *Weigend* LK § 13 Rn. 44; zu den Fallgruppen Rn. 45 ff.; *Rengier* AT § 50 Rn. 92 will das Kriterium des Verantwortungsbereichs jedenfalls ergänzend hinzuziehen.

³¹⁹⁴ *Weigend* LK § 13 Rn. 43. *Weigend* kommt damit aber letztlich – bis auf die „üblichen“ Ausnahmen § 34 StGB und Dauergefahr – ebenfalls im Ergebnis zur Anwendung der Fahrlässigkeits-/Zurechnungskriterien, wenn er eine Garantenstellung in den Fällen ausschließt, in welchen sich weder der Handelnde noch das Opfer fehlerhaft verhalten, Rn. 46; siehe auch Fn. 180, wo auf die Parallelität zur Ansicht *Roxins* hingewiesen wird.

³¹⁹⁵ Statt vieler *Jakobs* AT 29/39. Siehe zu diesem oben → G II 1 b), 2 c).

³¹⁹⁶ *Freund* Erfolgsdelikt S. 179. Die Lösung hierfür habe „geradezu auf der fehlenden Mißbilligung des Entweichens der Gefahr aufzubauen“; siehe auch S. 184; *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 114; *Frister* AT 22/33; *Jakobs* System S. 37; *Kühl* AT § 18 Rn. 101.

³¹⁹⁷ *Freund* Erfolgsdelikt S. 182; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 92 ff., 96; *Jakobs* System S. 37; *Murmann* GK § 29 Rn. 69: „Erlaubnis unter Vorbehalt“; *Vogel* Norm und Pflicht S. 364; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 211; auf die Produkthaftung beschränkt *Stein* SK § 13 Rn. 19 m. Fn. 28, Rn. 55. *Arzt* meint, es sei Bedingung für die Rechtmäßigkeit des Tuns, dass für den unwahrscheinlichen Fall des Unglücks die Pflicht auferlegt bzw. „übernommen“ werde. *Arzt* FG BGH IV S. 755, 762; ebenso im Rahmen der Produkthaftung *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 40c.

bereits bei *v. Bar* angedeutet:³¹⁹⁸ Der Grund der Strafbarkeit liege „in einer vorausgegangen positiven Tätigkeit, welche als eine der Regel des Lebens entsprechende nur angesehen werden kann, wenn der andere eine andere positive Tätigkeit darauf folgen lässt“.³¹⁹⁹ Weiter präzisiert wurde er insbesondere von *Ad. Merkel*³²⁰⁰ und *Binding*³²⁰¹ Auch *Binding* versucht, die Überlegung über seinen Kausalbegriff fruchtbar zu machen. Für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit hat insbesondere *Engisch* darauf hingewiesen, dass bestimmte gefährliche Tätigkeiten nur unter Auferlegung der Verpflichtung gestattet seien, die Gefahrrealisierung abzuwenden.³²⁰² Aufgegriffen wurde dieser Gedanke in der Nachkriegszeit etwa bei *A. Böhm*, der ausführt, die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung ergebe sich aus der von der Rechtsordnung gewährten Möglichkeit und Erlaubnis, seine Persönlichkeit zu entfalten, Art. 2 GG. Der Gesetzgeber habe nicht jedes für andere gefährliche Verhalten verboten, dafür treffe jedoch denjenigen, der eine solche unverbote gefährliche Handlung ausübe, gleichzeitig die Pflicht, mögliche Verletzungen zu verhindern.³²⁰³ *E. A. Wolff* meint, das Recht des Einzelnen, sich gefährlich zu verhalten, sei *unmittelbar* mit der Pflicht gekoppelt, eine ausufernde Gefährdung rückgängig zu machen.³²⁰⁴ Eine nähere Begründung für diesen Gedanken findet sich bei *Otto*. Soziales Miteinander und die freie Persönlichkeitsentfaltung setzen nicht nur Verbote voraus, sondern ausdifferenzierte Regelungen zur Gefahrenabwehr – anderenfalls müsse man, für den Einzelnen deutlich einschränkender, die Gefahrenabwehr einer omnipotenten Staatsgewalt anvertrauen.³²⁰⁵ Nach ihm stehen zwei Regelungsmodelle zum Schutz von Rechtsgütern zur Verfügung: Man könne einerseits sämtliche gefährliche Handlungen im Hinblick auf mögliche Erfolge verbieten, dann sei aber der Handlungsspielraum minimiert. Wenn jedoch – und dieses Modell sei vorzugswürdig – durch die Erlaubnis bestimmter Verhaltensweisen der Handlungsspielraum des Einzelnen erweitert werde, könne diese Erweiterung nicht auf Kosten derer gehen, die potentiell von der Gefahr betroffen sind. Die

³¹⁹⁸ Siehe zu diesem oben → Kapitel 1 § 1 B IV.

³¹⁹⁹ *v. Bar* Causalzusammenhang S. 99; siehe auch *Finger* FG Frank I S. 230, 243; *Höpfner* ZStW 36 (1915) 103, 127; *v. Hippel* Strafrecht II § 14 VIII 3 a; weitere Nachweise bei *Welp* Vorangegangenes Tun S. 222 m. Fn. 246.

³²⁰⁰ Siehe zu diesem oben → Kapitel 1 § 1 B II. Ausgehend davon, dass „im Verhältnis der Einzelnen im Allgemeinen [...] nur die negative Rechtspflicht begründet ist, in die Sphäre anderer nicht verletzend einzugreifen“, will er die Handlungspflichten auf die „Eventualität eines verletzenden Eingriffs in die Sphäre des Anderen“ zurückführen, *Ad. Merkel* Abhandlungen S. 89; siehe auch *ders.* Lehrbuch S. 111 f.; zustimmend insbesondere *Pawlik* FS Roxin (2011) S. 931, 940 f.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 359 f.

³²⁰¹ Von dem Ausgangspunkt, dass die „positiven Bedingungen“ die „negativen“ nicht überwiegen dürfen, sei der Urheber schädlicher Bedingungen zur Schaffung negativer Gegenbedingungen verpflichtet. *Binding* Normen II 1 S. 604; siehe bereits *ders.* Normen I S. 118. Siehe auch *Roterling* GS 34 (1883) 206, 210 ff.

³²⁰² *Engisch* Untersuchungen S. 291 f.

³²⁰³ *A. Böhm* Rechtspflicht S. 83 f., dabei sei es gleich, ob das Verhalten rechtswidrig, rechtmäßig, vorsätzlich, fahrlässig oder schuldlos sei; ähnlich *Granderath* Rechtspflicht S. 21 ff., 171 f.; *Kugler* Ingerenz S. 141.

³²⁰⁴ *E. A. Wolff* Kausalität S. 43. Die Erlaubnis des gefährlichen Verhaltens beinhalte kein Eingriffsrecht.

³²⁰⁵ *Otto* AT § 9 Rn. 23; *Pawlik* Unrecht S. 180 f.

Ausdehnung des Handlungsspielraums sei nur erträglich, wenn sie mit dem Gebot verbunden ist, dass die Realisierung der Gefahren abzuwenden sei.³²⁰⁶

Eine „Gestattung unter Vorbehalt“, bei der das Recht die Freiheit zur Vornahme einer gefährlichen Tätigkeit „synallagmatisch“ an die Abwendeverpflichtung knüpfe, soll insbesondere dann vorliegen, wenn das Vorverhalten *gesteigert* riskant sei, also ein „Sonderrisiko“ darstelle.³²⁰⁷ Zum Teil wird dabei ein quantitativer Maßstab, zum Teil ein qualitativer angelegt,³²⁰⁸ wobei die Übergänge fließend erscheinen.³²⁰⁹ *Jakobs* und *Seelmann* stellen etwa darauf ab, ob ein höheres Risiko gesetzt werde als beim „unumgänglichen alltäglichen“ Verhalten.³²¹⁰ *Hoyer* meint, es komme auf die durch die Gefährdung erlangten Vorteile an: Dann nehme die Garantenstellung aus Ingerenz bloß eine „Vermögensabschöpfung“ vor und belaste nicht übermäßig.³²¹¹ Auch *Freund* schreibt, die Ausübung

³²⁰⁶ *Otto* NJW 1974, 528, 533; *ders.* FS Hirsch S. 291, 309 f.; *ders.* FS Gössel S. 99, 106; *ders.* AT § 9 Rn. 24; zustimmend *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 114; *Grünewald* Garantenpflichten S. 136; *Pawlik* FS Roxin S. 931, 940 f.; *ders.* Unrecht S. 182; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 49, 117; *Timpe* Strafmilderung S. 177; siehe auch S. *Walter* Pflichten S. 128.

³²⁰⁷ Dabei soll *jedenfalls* ein pflichtwidriges Verhalten gesteigert riskant sein. Vgl. *Beulke* KK III Rn. 587 f.; *ders./Bachmann* JuS 1992 737, 740; *Freund* Erfolgsdelikt S. 181 f.; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 92 ff.; *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 114; *Frister* AT 22/33; *Grünewald* Garantenpflichten S. 136; *Jakobs* AT 29/39; *ders.* Unterlassen S. 22 f.; *ders.* in: El sistema S. 133, 138; *ders.* FG BGH IV S. 29, 43; *ders.* System S. 37; *Köhler* AT S. 219 f.: erlaubt-erhöhte Gefahr; *Kühl* AT § 18 Rn. 103; *Kuhlen* NSTz 1990, 566, 568; *Gauger* Dogmatik S. 223; *Meier* NJW 1992, 3193, 3196; *Pawlik* Unrecht S. 182; *Ranft* JZ 1987, 859, 864; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 117; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 33, 36; *Timpe* Strafmilderungen S. 187; S. *Walter* Pflichten S. 128; im Ergebnis auch *Herzberg* JZ 1986, 986, 988 ff.; *Rengier* JuS 1989, 802, 807; differenzierend, wem gegenüber das Sonderrisiko in Anspruch genommen wird (im Rahmen einer von der Ingerenz zu unterscheidenden „Verkehrsgarantie“) *Schräggle* Unterlassungsdelikt S. 293 (diese Differenzierung erscheint jedoch kaum praktikabel); **andere** *Weigend* LK § 13 Rn. 46.

³²⁰⁸ Unzutreffend daher *Weißer* Kollegialentscheidungen S. 49: „rein tatsächliches Kriterium“.

³²⁰⁹ Die Formulierung „erhöhtes oder besonderes Risiko“ (*Grünewald* Garantenpflichten S. 136; siehe auch *Köhler* AT S. 220) scheint beide Betrachtungsweisen zu verbinden.

³²¹⁰ *Jakobs* AT 29/42; *ders.* System S. 37; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 49, 117. Siehe auch *Kuhlen* NSTz 1990, 566, 568; *Ranft* JZ 1987, 859, 864: Es gehe um „über den üblichen Rahmen hinausgehende Betriebsgefahren“; *Timpe* Strafmilderungen S. 183. Indiz hierfür sollen das Bestehen einer zivilrechtlichen Gefährdungshaftung bzw. Pflichtversicherung sein. *Jakobs* AT 29/42; *Beulke* KK III Rn. 587 f.; *Frister* AT 22/33 m. Fn. 75; *Rengier* JuS 1989, 802, 807. Zur Kritik dieser Erfordernisse bereits oben → G II 2 c).

³²¹¹ *Hoyer* GA 1996, 160, 175 ff. *Hoyer* sieht in der Belastung mit der „Garantenpflicht“ aus Ingerenz „eine Art bedingte Sanktion“ auf das Vorverhalten. Vergleichbar mit der Strafaussetzung zur Bewährung werde das Vorverhalten bei der Ingerenz selbst nicht unmittelbar bestraft, bewirke aber eine „Haftungsverschärfung für den Fall künftigen Fehlverhaltens“. Diese Garantenstellung habe wie die Strafaussetzung zur Bewährung präventive Zielsetzung: Der Ingerent solle zur Schadensabwehr veranlasst werden. Solche „sanktionsähnliche“ Maßnahmen könnten jedoch nur an rechtswidriges Vorverhalten knüpfen. Die Garantenpflicht dürfe demnach nur an rechtmäßiges Vorverhalten anknüpfen, wenn sie keinen „Sanktionscharakter“ habe. Die Auferlegung der Pflicht füge dem Garanten keinen Nachteil zu, solange eine „Vorteilsabschöpfung“ vorgenommen werde, also die „mit dem Vorverhalten erzielte Bereicherung wieder auf Null zurückgeführt wird“. Die Gefährdung müsse damit rechtswidrig herbeigeführt worden sein oder „sich als Kehrseite einer zugleich eingetretenen Gütermehrung darstellen“. Dabei zieht *Hoyer* den Vergleich zwischen der Garantenstellung aufgrund rechtswidrigem Vorverhaltens mit dem bürgerlichen Deliktsrecht sowie der „gütermehrenden“ Vorhandlung mit dem bürgerlichen Bereicherungsrecht. „Aus dem §§ 812 ff. BGB läßt sich nämlich der Rechtsgedanke entnehmen, daß selbst rechtmäßiges Vorverhalten auf Kosten fremder Rechtspositionen zu einer Sonderverpflichtung des Eingreifenden gegenüber dem Eingriffsoffer führen

qualifiziert riskanter Tätigkeiten stehe unter dem stillschweigenden „weil selbstverständlichen“ Vorbehalt, bei Bedarf der geschaffenen Gefahr entgegenzutreten: „Man kann nicht die entsprechenden Vorteile haben wollen, ohne dafür die angemessene ‚Gegenleistung‘ zu erbringen“.³²¹² *Murmann* stellt sich auf den Standpunkt, eine „Erlaubnis unter Vorbehalt“ scheinere insbesondere bezüglich solcher Tätigkeiten einleuchtend, mit denen der Täter erlaubterweise „zur Verfolgung eigener Interessen“ Gefahren für andere schaffe.³²¹³ *Otto* kommt es auf eine „über das sozial Übliche hinausgehende Gefahr“ an.³²¹⁴ Damit wird der einer Person zustehende Handlungsspielraum abweichend zu den Wertungen der Verhaltensnormen der Strafgesetze interpretiert.³²¹⁵

2. Bewertung

a) Pflichtwidriges Vorverhalten?

Soweit von *Stein* der Grundsatz vorgebracht wird, „dass die Einstufung eines Verhaltens als erlaubt bedeutet, dass Gefahren, die aus einem solchem Verhalten resultieren, von demjenigen zu tragen sind, den sie betreffen“,³²¹⁶ vermag dies nicht unmittelbar zu überzeugen. Der Einwand ist zirkulär, denn es ist gerade zu beweisen, ob die Wertung, die die Unverbotenheit des Verhaltens trägt, über das Nichtbestehen einer Verhaltensnorm hinaus, zu einer Garantenstellung führt. Auch ist nicht zwingend gesagt, dass der Grund der Garantenstellung aus Ingerenz allein in dem Gedanken des Ausgleichs für die Überschreitung einer Verhaltensfreiheitsgrenze liegt,³²¹⁷ vielmehr wäre es auch *denkbar*, dass die Ingerenz – ebenso wie nach der Ansicht *Steins* die Produkthaftung – Ausgleich für Gefahrschaffungsrechte³²¹⁸ ist, anders gesagt: Nicht als Ausgleich für die Überschreitung der Verhaltensfreiheitsgrenze, sondern als Ausgleich für eine den Handelnden *begünstigende* (d.h. sehr „spät“ eingreifende) Verhaltensfreiheitsgrenze. Bereits zu *Roxin* wurde dargelegt, dass die für das Begehungsdelikt maßgeblichen Zurechnungsmaßstäbe nicht zwingend auch für die Begründung der Ingerenz zutreffen.³²¹⁹ Soweit *Rudolphi* davor warnt, eine

kann, allerdings nur insofern und insoweit, als der Eingreifende durch sein Vorverhalten bereichert ist.“ Eine zum bürgerlichen Delikts- und Bereicherungsrecht parallele Haftung lasse sich auch für die Ingerenz im Strafrecht feststellen. Hierdurch entstehe eine „gerechte[...] Lastenverteilung“. – Diese Betrachtungsweise kann jedoch *für das Strafrecht* nicht allein entscheidend sein.

³²¹² *Freund* MK § 13 Rn. 122; siehe auch Rn. 141 ff.; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 92 ff.; siehe auch *Stein* SK § 13 Rn. 55 – allerdings auf den Bereich der Produkthaftung beschränkt.

³²¹³ *Murmann* GK § 29 Rn. 69.

³²¹⁴ *Otto* AT § 9 Rn. 81; siehe auch *ders./Brammsen* Jura 1985, 646, 648 ff.: Der Täter müsse den „jedermann rechtlich eingeräumten Handlungsspielraum“ überschritten haben; ähnlich *Ranft* JZ 1987, 859, 864.

³²¹⁵ *Jakobs* AT 29/39; *Otto* FS Gössel S. 99, 106; *ders./Brammsen* Jura 1986, 646, 648.

³²¹⁶ *Stein* SK § 13 Rn. 52; ähnlich auch *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 72; **dagegen** wird wieder vorgebracht, dies gelte nur, wenn sich die Erlaubnis als Ergebnis einer Abwägung von Individualinteressen darstelle und nicht nur als Freiraum im Interesse sozialer Dynamik, vgl. *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 49; *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 47; *ders.* in: *El sistema* S. 133, 139 m. Fn. 7; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 51; *Timpe* Strafmilderungen S. 183.

³²¹⁷ *Stein* SK § 13 Rn. 18, 52.

³²¹⁸ So *Stein* SK § 13 Rn. 19 m. Fn. 28, Rn. 55; schon *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 40c.

³²¹⁹ Siehe oben → F II 2 b).

Vorhandlung, die keine Verantwortlichkeit begründe, dafür heranzuziehen, um den Handelnden über den Umweg der Unterlassungskonstruktion dennoch für die Folgen verantwortlich zu machen,³²²⁰ so ist dem zu entgegnen, dass der pflichtgemäße Handlungsvollzug möglicherweise eben nur die „Verantwortlichkeit“ für diese Handlung auszuschließt, nicht hingegen für die Folgen und die sich anschließende Unterlassung.³²²¹ Festzuhalten ist also jedenfalls, dass sich das Pflichtwidrigkeitskriterium *nicht zwingend* aus der Abgrenzung von Verantwortungs- und Freiheitsräumen ergibt.

Außerdem zeigt gerade *Steins* Argumentation³²²² mit parallelen zivil- und öffentlich-rechtlichen Pflichten, dass es kein Problem darstellt, das Vorliegen *überhaupt* einer Erfolgsabwendungspflicht in dieser Situation zu begründen. Die Feststellung, den Gefahrschaffer treffe eine Pflicht zu deren Abwendung, sagt noch nichts über das Vorliegen einer *strafrechtlichen Garantenstellung* aus.³²²³ Der Vergleich mit dem zivilrechtlichen Delikt und Handlungsstörer (Rn. 18), dem Zustandsstörer (Rn. 19), der verwaltungsrechtlichen Genehmigung unter Auflage (Rn. 19), der Schadensersatzregelung des § 904 S. 2 BGB³²²⁴ (Rn. 53) sowie der zivilrechtlichen Produkthaftung (Rn. 55) kann nicht die Frage nach der *begehungsgleichen* Strafbarkeit, § 13 StGB, beantworten.³²²⁵ Die „Überschreitung der Verhaltensfreigrenze“ ist inhaltsleer, da sie Voraussetzung jeder denkbaren Straftat (auch § 323c I StGB) darstellt.³²²⁶

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die Argumentation zum Teil inkonsistent erscheint, soweit die Ingerenz nach *pflichtwidrigem* Vorverhalten als Preis der Inanspruchnahme *rechtlich gewährter Handlungsfreiheit* angesehen wird.³²²⁷ Wenn jemand „unerlaubt“ oder „pflichtwidrig“ handelt, bedeutet dies ja gerade, dass ihm diese Freiheit im Einzelfall *rechtlich nicht* zustand, er gerade *keine* Handlungsberechtigung hatte.³²²⁸ Es kann daher nicht um das *Recht* zur Vornahme der einzelnen Handlung gehen – ansonsten müssten

³²²⁰ Rudolphi JR 1987, 162, 164; siehe auch Ebert AT S. 180; Hoffmann-Holland AT Rn. 767.

³²²¹ Siehe schon E. A. Wolff Kausalität S. 43: Die Einhaltung der Sorgfalt gibt kein Eingriffsrecht.

³²²² Stein SK § 13 Rn. 18 f., 50 ff., siehe die einzelnen Fundstellen im Text.

³²²³ Siehe oben → Kapitel 1 § 3 B II, IV.

³²²⁴ Siehe auch Roxin AT II § 32 Rn. 187; Otto AT § 9 Rn. 81; Rengier AT § 50 Rn. 94; Stratenwerth/Kuhlen AT § 13 Rn. 31; Börgers Gefährurteil S. 111; Timpe Strafmilderungen S. 183.

³²²⁵ Vgl. auch Kretschmer medstra 2016, 167, 169; ferner Jäger Zurechnung S. 18: „Die Schutzwürdigkeit eines Rechtsguts kann nicht nach vermögensrechtlichen Folgen seiner Verletzung bemessen werden“.

³²²⁶ Maurach/Gössel/Zipf AT 2 § 46 Rn. 94. Schünemann führt zudem an, es handle sich bei der Abgrenzung von Freiheitssphären um eine zirkuläre Argumentation, die es nichtmals versuche, die Vergleichbarkeit mit der Tatherrschaft beim Begehungsdelikt herzustellen, GA 2016, 301, 306.

³²²⁷ Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 153 bemüht für die Ingerenzgarantenstellung die „jedem Freiheitsrecht immanente soziale Pflichtbindung“; nach Vogel Norm und Pflicht S. 364 handelt es sich bei der Ingerenz um den „Preis der Einräumung von Handlungsfreiheit“. Diese könne man wahrnehmen, indem man unerlaubte Risiken schaffe; Ransiek JuS 2010, 585, 589 meint, die Ingerenz sei „abgeleitet aus der rechtlich gewährten Handlungsfreiheit, die Grund dafür ist, dass man andere (auch pflichtwidrig) gefährden konnte. Als Gegenstück dieser rechtlich gewährten Freiheit ist die Folgenverantwortung selbst eine Rechtspflicht.“; ähnlich auch Paradissis Unterlassungsstrafbarkeit S. 118. Wohlers NK³ § 13 Rn. 43 und Gaede NK § 13 Rn. 43 sprechen von einer „Kehrseite der Handlungsberechtigung“

³²²⁸ Zurecht **kritisch** daher auch Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 21 Rn. 70.

auch diese Autoren gerade bei erlaubtem Vorverhalten Ingerenzpflichten bejahen – sondern viel grundsätzlicher darum, dass die Handlungen des Menschen von der Rechtsordnung *überhaupt* als selbstbestimmt angesehen werden, unabhängig davon, ob eine konkrete Handlung vorgenommen werden *durfte*.³²²⁹ Es kommt nur an, dass der Betreffende die faktische Herrschaft über seine Handlungen hat und daher nach der selbstverständlich den Begehungstatbeständen zugrunde liegenden Wertung hierfür einzustehen hat. Zustimmungswürdig ist erscheint es daher, wenn *Kindhäuser/Hilgendorf* meinen, *Herrschaft* habe Verantwortung als Kehrseite.³²³⁰

b) Bedingte Gestattung bei Sonderrisiken?

Der Argumentationstopos der bedingten Gestattung wurde auch von Autoren bemüht, die für die Ingerenzbegründung die Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens verlangen. *Gallas* ging davon aus, dass die Erlaubnis, einen gefährlichen Betrieb zu eröffnen „ausdrücklich oder sinngemäß“ an die Voraussetzung geknüpft sei, im Rahmen des Möglichen die Verwirklichung von Gefahren zu vermeiden.³²³¹ Dies gelte jedoch nur für die Sicherungspflichten bezüglich „abstrakter“ Gefährdungen. *Gallas* hält diese Begründung gerade für die „Rettungspflichten“ nicht tragfähig: „Indessen wäre dies mehr eine Umschreibung als eine Begründung des gewünschten Ergebnisses. Denn, ob die Rechtsordnung so weit gehen will, den für den gefährlichen Betrieb Verantwortlichen auch in dieser Hinsicht zum Garanten zu machen, ist ja gerade die Frage“.³²³² Es handelt sich also bei der Behauptung, dass jeder, der sich gefährlich verhalte, auch gewährleisten müsse, dass Rechtsgüter anderer nicht geschädigt werden, um eine *petitio principii*.³²³³ Die bedingte Gestattung ist, wie bereits zu *Freund* und *Vogel* angedeutet, kein „Sachgrund“³²³⁴ für das Entstehen einer

³²²⁹ Zutreffender ist es schon, wenn *Herzberg* meint, „daß der Mensch die faktische *Herrschaft* über sich hat, sie ihm nach sittlichem Empfinden zusteht und vom Gesetz als Recht eingeräumt wird, d.h. als Recht auf Selbstbestimmung und freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG). Sie sei die Kehrseite der grundgesetzlich gewährleisteten Selbstbestimmungsfreiheit“, *Herzberg Arbeitsschutz* S. 226. Die Sonderverantwortung bei der Ingerenz sei ebenso wie bei der Begehungstäterschaft die „Auflage, ohne die das Recht dem Menschen keine Selbstbestimmungsmacht einräumen könnte“, *ders.* JZ 1986, 986, 988. Diese Argumente weisen in die richtige Richtung, dass es nämlich auf die *rechtlich anerkannte Herrschaft* des Handelnden ankommt. Doch erscheint er Verweis auf das Selbstbestimmungsrecht hier redundant; er besagt auch nur, dass die Selbstbestimmung und Handlungsherrschaft des Menschen *grundsätzlich* nicht einer (überhaupt nicht durchführbaren) *tatsächlichen* staatlichen Kontrolle unterliegt (wohl aber einer *rechtlichen* durch Normen).

³²³⁰ *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK Vor § 13 Rn. 117, § 13 Rn. 37. Jeder müsse seinen Handlungsspielraum so gestalten, dass keine Gefahren für Güter anderer entstehen.

³²³¹ *Gallas* Bau S. 34; siehe auch *ders.* Studien S. 87 f.

³²³² *Gallas* Studien S. 88 f. Wenn jemand innerhalb der Grenzen des erlaubten Risikos handle, habe er die Bedingungen, unter denen ihm der gefährliche Betrieb gestattet sei, gerade erfüllt. Ähnlich geht *Rudolphi* davon aus, dass aus der Gefährdungserlaubnis hinsichtlich bestimmter riskanter Unternehmungen nur Sicherungspflichten ableiten ließen, nicht aber Pflichten, eine trotz hinreichender Sicherung entstandene Gefahrenlage abzuwenden, *Rudolphi* JR 1974, 160, 161. Vgl. außerdem *Frister* AT 22/27 ff.: Die Überwachungsgarantenstellung sei die Kehrseite aktueller Herrschaftsbefugnis, die Ingerenz hingegen könne hierdurch nicht mehr legitimiert werden. Es sei ein objektiv rechtswidriger Eingriff in die fremde Rechtssphäre erforderlich.

³²³³ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 160.

³²³⁴ So aber *Freund* MK § 13 Rn. 141.

strafbewehrten Rechtsnorm, sondern die Umschreibung des Ergebnisses, dass ein erlaubtes Verhalten eine Ingerenzgarantenpflicht nach sich zieht.³²³⁵ Dies kann nicht schlicht vorausgesetzt, sondern muss begründet werden, da das Recht aus Art. 2 I GG grundsätzlich *unbedingt* ist: „In einem liberalen Rechtsstaat spricht eine freiheitsverbürgende Vermutung dafür, dass alles, was nicht verboten ist, rechtlich gestattet ist.“³²³⁶ Die Freiheit kommt dem Einzelnen originär zu, Art. 1 I, 2 I GG,³²³⁷ und wird diesem nicht bloß unter bestimmten Bedingungen gewährt. Nicht die Freiheit, sondern die Verpflichtung bedarf der Rechtfertigung.³²³⁸ Selbst wenn die Ansicht also im Ergebnis recht hat,³²³⁹ ist ihr jedenfalls vorzuwerfen, dass sie den durch die „Bedingung“ Ingerenzgarantenstellung erfolgenden Freiheitseingriff bagatellisiert und das Verhältnis von Freiheit und Verpflichtung umkehrt. So meint auch *Roxin*: „Wenn die Gegenmeinung die Garantenstellung quasi als Preis für die Genehmigung zum Autofahren ansehen will, löst sie sich von den Grundlagen der Überwachungsgarantenstellung und übersieht auch, daß das Autofahren kein mit Sonderbelastung zu erkaufender Luxus, sondern eine für das Funktionieren der Gesellschaft heute unentbehrliche Art der Fortbewegung ist.“³²⁴⁰

Der Begriff des gesteigert riskanten Verhaltens ist zu unbestimmt, um taugliches Abgrenzungskriterium darzustellen.³²⁴¹ Insbesondere wird regelmäßig das Verhältnis der quantitativen und der qualitativen Betrachtung – dem Grad der Gefahr auf der einen Seite, ihre

³²³⁵ *Hefendehl* GA 2019, 704, 711 spricht von einer „nur auf den ersten Blick schlüssige[n] Theorie“.

³²³⁶ *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 29; siehe auch parallel zur Rechtfertigung Rn. 8: „das Unverbotene zu tun ist per se nicht erlaubnisbedürftig“; *Eschelbach* in: *Gefahr* S. 145; **and**ers aus rechtsphilosophischer Perspektive wohl *Pawlik* Notstand S. 14; *ders.* Unrecht S. 180: keine äußerliche Beschränkung, sondern sich eine aus dem Begriff der Organisationsfreiheit ergebende Ermöglichungsbedingung; *Murmann* FS Herzberg S. 123, 135: „Es geht nämlich in Wahrheit nicht um die Einschränkung einer *an sich* bestehenden Freiheit, sondern es ist zuerst einmal zu begründen, dass eine mit Risiken für andere verbundene Freiheitsausübung mit deren Freiheit zu einem angemessenen Ausgleich gebracht ist“; Hervorhebung im Original.

³²³⁷ Vgl. nur *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 61 f.; *Herzberg* ZIS 2021, 420, 424; *Hirsch* FS Bockelmann S. 89, 93; *Roxin/Greco* AT I § 14 Rn. 27. Es handelt sich bei Art. 2 I GG nicht um ein „spezielles Vorrecht“, sondern „ein Recht jedes Menschen“ (*Bärwinkel* Garantieverhältnisse S. 87 m. Fn. 10 gegen *A. Böhm*).

³²³⁸ Vgl. im Allgemeinen auch *Greco* FS Sancinetti S. 105, 107: Von einem liberalen Standpunkt aus ist Freiheit selbstverständlich. Die „erste Sorge des liberalen Strafrechtlers“ ist die durch staatliche Macht zugefügte Strafe, nicht die Straftat des „machtlosen“ Bürgers; S. 113; *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 29; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 55. Im Zweifel ist für die Freiheit zu entscheiden. In diesem Sinne auch *Hassmer/Neumann* NK Vor § 1 Rn. 74.

³²³⁹ Um die Freiheitsverwirklichung aller zu gewährleisten, findet gemäß Art. 2 I GG die Freiheit der persönlichen Entfaltung ihre Grenze selbstverständlich in den Rechten anderer. Siehe nur *Renzikowski* GA 2007, 561, 562: „Die Freiheit des einen ist die Pflicht des anderen“. Die Konkordanz (BVerfGE 41, 29, 51; BVerfGE 77, 240, 255; BVerfGE 81, 298, 308; BVerfGE 83, 130, 143, 146 ff.) zwischen den sich widersprechenden Rechtspositionen ist jedoch grundsätzlich durch den demokratischen Gesetzgeber herzustellen, wobei verfassungsrechtliche oder ggf. philosophische Erwägung bloß den äußersten Rahmen ergeben.

³²⁴⁰ *Roxin* AT II § 32 Rn. 167; gegen die Qualifikation des Straßenverkehrs als „Sonderrisiko“ daher auch *Weigend* LK § 13 Rn. 46. *Frisch* (Strafrecht § 8 Rn. 114) nennt als Sonderrisiken nur Luftverkehr, Seilbahnbetrieb und Produkthaftung, nicht aber das Autofahren.

³²⁴¹ Siehe *Roxin* AT II § 32 Rn. 202; sowie *Otto* FS Hirsch S. 291, 308, der jedoch selbst ähnlich vage auf die Überschreitung des jedermann zustehenden Verhaltensfreiraum abstellt; *Seelmann* GA 1989, 241, 251; *Weißer* Kollegialentscheidungen S. 49.

gesellschaftliche Relevanz sowie die durch sie erlangten Vorteile auf der anderen Seite – nicht hinreichend deutlich.³²⁴² Soweit allein ein quantitativer Maßstab angelegt wird, erscheint es unmöglich, „auf dem Kontinuum zwischen minimaler Gefährlichkeit und maximaler Schadensnähe einen herausgehobenen Punkt festzulegen, bei dessen Überschreiten ein gesteigertes Risiko erreicht sein soll“.³²⁴³ Gegen die Maßgeblichkeit von Gefährdungshaftung und Pflichtversicherung als Indiz eines Sonderrisikos hat etwa *Haas* darauf hingewiesen, dass die Gefährdungshaftung grundsätzlich nur den Halter treffe, § 7 StVG, während der Fahrer verschuldensabhängig hafte. Daher könne es auf die Gefährdungshaftung nur in denjenigen Fällen ankommen, in denen die Gefährdungshaftung den Verursacher selbst treffe.³²⁴⁴ Dieses Argument krankt jedoch an *Haas*‘ zivilrechtsakzessorischer Betrachtungsweise.³²⁴⁵ Denn es geht den auf das Sonderrisiko abstellenden Autoren nicht um die direkte Sanktionierung privatrechtlicher Pflichtverletzungen, sondern um das *Indiz*, dass bestimmte Tätigkeiten eine besondere Gefahr begründen und diese wiederum eine besondere gesellschaftliche Relevanz aufweist. Doch hierin liegt dann der eigentliche Schwachpunkt der Betrachtung: Das Bestehen der zivilrechtlichen Gefährdungshaftung und Pflichtversicherung stellen, wie oben bereits zu *Jakobs* dargelegt,³²⁴⁶ bloß Wertungen für den zivilrechtlichen (Haftungs-)Bereich dar und dienen dort der generalisiert festgelegten wirtschaftlichen Verteilung von Risiken auf eine Person (Gefährdungshaftung) bzw. letztlich die Allgemeinheit (Pflichtversicherung). Aus diesen Wertungen kann man nicht ableiten, ob die Überwachung einer Gefahr mit den Machtmitteln des Strafrechts zu erzwingen ist.³²⁴⁷ Das Abstellen auf *generell* qualifiziert riskante Tätigkeiten (*das* Autofahren, *die* Produktion, etc.)³²⁴⁸ scheint insoweit ein leichter Ausweg aus Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Gefahrenträchtigkeit des Verhaltens im Ein-

³²⁴² Siehe auch *Seelmann* GA 1989, 241, 251: „rein quantitative Steigerung mit Hilfe ausgesprochen wertungsausfüllungsbedürftiger Begriffe“.

³²⁴³ *Hoyer* GA 1996, 160, 175; *Roxin* AT II § 32 Rn. 202. Allgemein *ders.* TuT S. 36. An einer quantitativ größeren Gefährlichkeit können zudem auch rein kausale Vorgänge gemessen werden (vgl. *Gallas* ZStW-Sonderheft Athen (1957) 3, 9), sodass damit noch kein Spezifikum der *Vorhandlung* beschrieben ist.

³²⁴⁴ *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 83.

³²⁴⁵ Siehe dazu → Kapitel 4 § 2 B IV 3 b), d).

³²⁴⁶ → G II 2 c).

³²⁴⁷ Zudem lässt sich gerade im Gegenteil argumentieren, dass es aufgrund des zivilrechtlichen Opferschutzes der Garantenstellung gerade weniger bedarf. *Roxin* AT II § 32 Rn. 169.

³²⁴⁸ Jenseits der zivilrechtlichen „Indizien“ stellt sich jedoch auch hinsichtlich der Auswahl dieser „lösungsbedürftigen Konflikte“ die berechnete Frage, inwiefern etwa die Auslieferung von Produkten generell gesteigert riskant sei: Statistisch gesehen sind schädliche Auswirkungen ordnungsgemäß hergestellter Produkte äußerst selten. Das Gleiche gilt für das Autofahren bei Einhaltung aller Sicherheitsstandards. Vgl. *Kühl* AT § 18 Rn. 103; *Roxin* AT II § 32 Rn. 203. Durch die Konstruktion werde die für handlungsfundierte Erfolgsabwendungspflichten maßgebliche ex-ante-Perspektive unterlaufen Rn. 202 m. Fn. 345; dazu auch *Brammsen* in: *Individuelle Verantwortung* S. 105, 116. – Gegen das Letztere spricht jedoch, dass die Maßgeblichkeit der ex-ante-Perspektive gerade zu beweisen wäre.

zelfall zu sein. Es werden hierdurch jedoch bloß *generelle* gesellschaftliche Konfliktfelder definiert,³²⁴⁹ während es im Strafrecht um die *individuelle* Verantwortung des Einzelnen für *bestimmte* Rechtsgutsangriffe geht.³²⁵⁰ Zum Teil erscheint zudem das Verhältnis der Begriffe „Sonderrisiko“ und „bedingte Gestattung“ zirkulär. So meint etwa *Freund* „Nur für diesen Fall der Gestattung unter Vorbehalt hätten wir es mit der Inanspruchnahme eines Sonderrisikos, mit einem besonderen Gebrauch der Freiheit zu tun“.³²⁵¹ Dann kann aber der Begriff des Sonderrisikos nicht mehr erklären, in welchen Fällen das Verhalten bedingt gestattet ist.

Auch indem auf die durch den Handelnden erlangten *Chancen* und *Vorteile* abgestellt wird, kann eine *strafrechtlich relevante* Überwachungsposition nicht begründet werden. Es handelt sich bei dem „Kehrseiten-Argument“ um ein verfehltes Gerechtigkeitsdenken.³²⁵² Anders gewendet: Das „Kehrseiten-, oder „Gegenleistungsargument“ besagt für die Ingerenz bloß, dass die Rechtsordnung dem Betroffenen gerechterweise ein Gebot auferlegen *kann*, nicht jedoch, dass sie dies *muss*. Schon gar nicht ist mit dem Kehrseitenargument belegt, dass dieses Gebot *strafrechtlich* und sogar *begehungsgleich* bewehrt sein muss, die Zuwiderhandlung also eine vergleichbare Sozialschädlichkeit aufweist wie die entsprechende Begehung.³²⁵³ Insbesondere zeigt sich an den Unterschieden zwischen der Argumentation *Freunds* und *Steins*³²⁵⁴, wie beliebig das Argument der „Gegenleistung“ einsetzbar ist: So meint *Stein*, dass dieser Gesichtspunkt für die Produkthaftung

³²⁴⁹ Die Argumentation ist möglicherweise für zwei besonders relevante Felder (Produkthaftung und Automobilverkehr) tragfähig. Ob etwa der Verkauf von Messern unter der Bedingung eventueller Tathinderung erlaubt ist (**dagegen** zu Recht *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 92 ff.), findet keinen Anhaltspunkt im Gesetz und ist eben anhand der Besonderheiten des Einzelfalls zu bestimmen: Hier ist der Sachverhalt sicher anders zu beurteilen, ob die Überlassung sozial unauffällig ist oder aber der Käufer erkennbar tatgeneigt.

³²⁵⁰ Es scheint, dass hier *auch diejenigen* Autoren, die grundsätzlich die Aufgabe des Strafrechts im Schutz von Rechtsgütern erblicken, mit *Jakobs*‘ nach einem gesellschaftlichen Deutungsschema *Sonderrisiken* und damit den für einen Konflikt Zuständige bestimmen, anstatt nach den tatbestandlichen Wertungen danach zu fragen, ob der Betreffende die *Rechtsgutsgefährdung* weiterhin zu neutralisieren hat.

³²⁵¹ *Freund* MK § 13 Rn. 145.

³²⁵² *Hefendehl* GA 2019, 704, 711; siehe auch *Seelmann* GA 1989, 241, 253: das „Interessenprinzip“ könne keinen strafrechtlichen Tadel legitimieren.

³²⁵³ Es vermag nichts über das Vorliegen von Strafunrecht auszusagen, vgl. auch *Köhler* ZStW 114 (2002) 183, 187; sowie *Herbertz* Ingerenz S. 140: der Schluss auf das Strafrecht ist nur möglich, nicht aber denklogisch oder gar strafrechtsdogmatisch erforderlich; S. 226. – Dies zeigt sich bereits daraus, dass das Vorliegen eines Sonderrisikos bereits Voraussetzung für die Entstehung zivilrechtlicher Verkehrssicherungspflichten ist (so auch *Seelmann* GA 1989, 241, 251 m. Fn. 57). Haftung für die Verkehrspflichtwidrigkeit sei „ganz selbstverständlich Haftung für das Setzen einer übermäßigen Gefahr“ (*Chr. v. Bar* JuS 1988, 169, 170). „Eine nicht unerhebliche Rolle kommt schließlich dem Interessenprinzip zu. Wer aus einer bestimmten Lage Vorteile ziehen darf, soll sich auch um ihre Gefahren kümmern.“ (S.171).

³²⁵⁴ Wenn *Stein* hier den Vergleich zu „verwaltungsrechtlichen Auflagen“ zieht, so ist das neben der Sache. Denn erstens geht es vorliegend nicht bloß um eine verwaltungsrechtlich einklagbare Verpflichtung, sondern eine solche, die repressiv mit der Strafbewehrung des entsprechenden Begehungsdelikts durchgesetzt wird. Zum anderen passt die Ausgestaltung der Auflagenerteilung im VwVfG nicht zu der hier zu behandelnden Frage. Weder ist die „Auflage“ der Garantienpflicht gesetzlich vorgeschrieben (vgl. § 36 I VwVfG), noch passt der Maßstab des „pflichtgemäßen Ermessens“ (vgl. § 35 II VwVfG) für das Strafrecht. Während dem Bürger im Verwaltungsrecht die Auflage bekannt gegeben werden muss (vgl. § 41 VwVfG), kann der Bürger die „Auflage“ der Garantienpflicht im vorliegenden Begründungskontext kaum erahnen. Es zeigt

greife, hier bestehe ein „Ausgleich für die Einräumung von Gefahrschaffungsrechten“, während das Autofahren kein „Gefahrschaffungsrecht“ in Anspruch nehme³²⁵⁵ – anders hingegen *Freund*, der hier in beiden Fällen eine „bedingte Gestattung“ annimmt.³²⁵⁶ Die Sprechweise von der „Bedingung“ ist bloß eine Reformulierung der (für die Gleichstellung nicht einmal hinreichenden) Frage, welches Verhalten eine Rechtspflicht nach sich zieht.

Problematisch ist überdies, worin die etwa von *Otto* vorgebrachte Überschreitung des „Jedermannverhaltensfreiraums“ liegen soll, wenn diese nicht mit der Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens identisch ist. So merkt *Rudolphi* an, vom Ausgangspunkt der Wertungen unserer *Rechtsordnung* könne beides nur identisch sein.³²⁵⁷ Die Gegenansicht meint freilich mit der Überschreitung des jedermann eingeräumten Handlungsspielraums die Schaffung einer besonders hohen, gesteigerten, über das *sozial* übliche Maß hinausgehenden Gefährdung. Dann stellt sich jedoch die Frage, wie aus diesem Kriterium die Garantenstellung etwa des Autofahrers oder des Produzenten abgeleitet werden sollen. Denn wer würde dem Autofahren oder dem Produktvertrieb seine alltägliche Unumgänglichkeit absprechen?³²⁵⁸ Es könnte also *höchstens* um die Inanspruchnahme eines besonders weiten Handlungsspielraums innerhalb des sozial Üblichen gehen. Abgesehen davon, dass das Kriterium dann in vollständiger Unbestimmtheit verschwimmt,³²⁵⁹ sodass es Lösungen weder ausschließen noch begründen kann, erscheint es problematisch, die *rechtlichen* Wertung auszumachen, aus welcher sich die Maßgeblichkeit derartiger „sozialer“ Handlungsspielräume ergeben soll.³²⁶⁰ Die Abgrenzung *unmittelbar* aus freiheitstheoretischen Erwägungen, droht jeden Anknüpfungspunkt zum Gesetz zu verlieren. Der Ansatz begünstigt damit eine ergebnisorientierte Argumentation.³²⁶¹ Zuletzt umschreibt auch die

sich hier besonders deutlich, dass die Orientierung an mehr oder weniger unpassenden Regelungen der „Primärordnung“ als „Indizien“ kein Mehr an Bestimmtheit oder rechtsstaatlicher Eingrenzung bringt, sondern dass durch diese kaum tragfähige Analogie sogar die die allgemeinen öffentlich-rechtlichen Anforderungen unterschritten werden.

³²⁵⁵ *Stein* SK § 13 Rn. 19 (m. Fn. 28), Rn. 55 einerseits, Rn. 53 andererseits. Hier gelte allein der Gedanke des Ausgleichs für die „Überschreitung der Verhaltensfreigrenze“; siehe auch *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 70 m. Fn. 365.

³²⁵⁶ *Freund* MK § 13 Rn. 122 ff.

³²⁵⁷ *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 40.

³²⁵⁸ Überzeugend *Roxin* AT II § 32 Rn. 204; siehe auch *Weigend* LK § 13 Rn. 46.

³²⁵⁹ Dass ja umgekehrt „die soziale Ordnung entscheidend durch rechtliche Verhaltensanforderungen gestaltet wird“ (darauf im Allgemeinen hinweisend *Hirsch* FS Dreher S. 211, 215: deren Inhalt dürfe nicht bei der Bestimmung des Freiheitsraums außer Betracht bleiben) – also etwa wieder die Verbotsnormen – erschwert die Bestimmung zusätzlich.

³²⁶⁰ Umgekehrt könnte man auch mit dem Begriff des Sonderrisikos, der über das „normale Lebensrisiko“ hinausgehenden relevanten Gefahrschaffung, eben schlicht – wie etwa *Wohlers* es tut – ein durch pflichtwidriges Verhalten geschaffenes Risikos umschreiben, *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 35, 42 f., der sich zwar *Jakobs* anschließt, jedoch andere Schlussfolgerung für die Beschaffenheit des gefährdenden Verhaltens zieht. Die Vorhandlung müsse pflichtwidrig sein, zudem müsse der Pflichtwidrigkeits- bzw. Schutzzweckzusammenhang bestehen.

³²⁶¹ Ähnlich schon zu *Otto* → D IV 2 c).

vorgeschlagene „Abgrenzung von Verantwortungsbereichen“³²⁶² bloß die Aufgabenstellung, zeigt jedoch nicht den Weg hin zur Lösung auf.³²⁶³

c) Freiheitsgewinn durch bedingte Gestattung?

Auch das Argument von *Otto* sowie dem folgend *Pawlik*, die Rechtsordnung habe zwei Möglichkeiten, den Handlungsspielraum der einzelnen Bürger auszugestalten, ist zunächst ein *rechtspolitisches* („Möglichkeiten [...] auszugestalten“). Zutreffend ist daran sicher, dass es sinnvoll erscheint, Begehungsverbote und Ingerenzgebote in einem sich gegenseitig ergänzenden Verhältnis zu sehen. Eine Überwachungsposition mag gerade in denjenigen Fällen sinnvoll erscheinen, in denen ein Schutz durch Verbote aus normativen Gründen nicht möglich war. Allerdings äußern sich *Otto* und *Pawlik* nicht dazu, was sie genau unter dem unter Freiheitsgesichtspunkten abgelehnten engen Handlungsspielraum verstehen – ein hypothetisches Verbot des Autofahrens überhaupt im Hinblick auf „mögliche Schäden“ oder bloß strenge Sorgfaltsstandards? Damit bleibt auch die Diagnose der beiden Autoren zu der „Liberalität“ des aktuellen Standes von Gesetz, Rechtsprechung und Dogmatik unklar: Wird es bereits als weiter Handlungsspielraum angesehen, dass gefährliche Tätigkeiten wie das Autofahren überhaupt zulässig sind, mit den aktuell geltenden Sorgfaltsstandards zulässig sind oder sind die beiden Autoren der Ansicht, dass eine Ingerenzfolgenverantwortung eine Lockerung der aktuell durch die Rechtsprechung und h.L. vertretenen Sorgfaltsstandards erlaubte? Die Ausführungen bleiben zu vage, als dass sich hieraus für die geltende Rechtslage Ableitungen treffen ließen. Das „Überhaupt-erlaubt-Sein“ des Autoverkehrs scheint nicht weiter zu führen, weil die Alternative des Verbotes ein bloß hypothetisches Gedankenexperiment darstellt, welches mit der Realität wenig zu tun hat.³²⁶⁴ Richtigerweise kann es daher hinsichtlich des Handlungsspielraums nur auf konkrete Sorgfaltsstandards ankommen.

Es bestehen auf der rechtspolitischen Ebene tatsächlich nicht nur zwei, sondern *vier* Möglichkeiten zur Ausgestaltung des Handlungsspielraums: Es erscheint ebenso möglich, dass der Gesetzgeber die Freiheit der Handelnden im Interesse des Rechtsgüterschutzes von vornherein enger zieht und dennoch ausdrücklich Ingerenzpflichten aufgrund rechtmäßigem Vorverhalten normiert. Hierfür spräche, dass der Freiheit der Bürger ein Bären-dienst geleistet wäre, wenn etwa die Sorgfaltsanforderungen im Straßenverkehr oder der Produktion gelockert würden, weil man ja im Falle einer sich zuspitzenden Gefährdung

³²⁶² Vgl. insbesondere *Weigend* LK § 13 Rn. 44 ff.

³²⁶³ Entscheidend ist gerade, nach welchen rechtlichen, insbesondere gesetzlichen Wertungen die Abgrenzung zu erfolgen hat. Wenn man nicht an die gesetzliche Wertung der Pflichtwidrigkeit anknüpft, droht man hier in freies Werten zu verfallen. – Äußerst vage dagegen etwa *Schräggle* Unterlassungsdelikt S. 297, der in der ersten Stufe nach der Zurechnung der Gefahr fragt, in der zweiten Stufe müsse dann „die Verantwortung für die Folgen der Gefahr im konkreten Fall bestimmt werden, was anhand einer allgemeinen, an der gesetzlichen Wertung orientierten Abwägung von Güterschutzbelangen, Freiheitsinteressen, Verantwortungssphären und Risikoverteilungen erfolgen muss“. – Mehr als ein Appell an die subjektive Dezsision des Rechtsanwenders im Einzelfall verbirgt sich hinter dieser Aufzählung allgemeinsten Prinzipien jedoch nicht.

³²⁶⁴ Vgl. erneut *Roxin* AT II § 32 Rn. 167: „kein mit Sonderbelastung zu erkaufender Luxus, sondern eine für das Funktionieren der Gesellschaft heute unentbehrliche Art der Fortbewegung“.

den Ingerenten zur Abwendung der Folgen aufgestellt habe. Ob nachträgliche Rettung überhaupt noch möglich ist, wird regelmäßig vom Zufall abhängen, häufig hat sich bereits zuvor ein wesentlicher Teil des Schadens realisiert, weil etwa der Verkehrsteilnehmer bereits schwer verletzt ist und „nur“ noch vor dem Tod gerettet werden kann. Dem Inhaber des Rechtsguts ist also mit den an die Handlung angelegten Sorgfaltsstandards, die bereits die Zuspitzung des Geschehens verhindern, regelmäßig besser gedient als mit einer „Folgenverantwortung“ aufgrund Ingerenz, die davon abhängt, ob sich überhaupt eine Rettungsmöglichkeit eröffnet (und die andererseits praktisch möglicherweise überhaupt nicht zum Tragen kommt, wenn der Gefahrschaffer und Dritte ohnehin ihrer Hilfspflicht nach § 323c I StGB nachkommen). Möglich wäre auch, dass das *Strafrecht* dem einzelnen Bürger einen weitergehenden persönlichen Entfaltungsspielraum einräumt und gleichzeitig auf eine Normierung von Ingerenz aufgrund rechtmäßigem Vorverhalten verzichtet.³²⁶⁵ In diesem Fall läge ein „schlankes“ Strafrecht vor, welches für die Bewältigung der Folgenverantwortung auf solidarische Hilfspflichten setzt³²⁶⁶ und diese darüber hinaus der den Instrumenten des Ordnungswidrigkeiten- und Zivilrechts überlässt. Es bestehen also zahlreiche Möglichkeiten, die Freiheitsräume der Bürger abzugrenzen. In einem solchen Fall obliegt es grundsätzlich der Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers, diese Ausgestaltung im Einzelnen vorzunehmen,³²⁶⁷ insbesondere, wenn an diese Ausgestaltung Kriminalstrafe knüpft.³²⁶⁸ Beide genannten Möglichkeiten wären aufgrund der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative³²⁶⁹ prinzipiell vertretbar, möglicherweise sogar „unter Freiheitsgesichtspunkten vorzugswürdig“³²⁷⁰. Die Grenze des gesetzgeberischen Ermessens ist erst dort erreicht, wo Handlungsfreiheit und Rechtsgüterschutz in keinem angemessenen Ausgleich mehr stehen, weil das Gesetz entweder zu erdrückender Unfreiheit führte oder aber zu einem Zustand der Anarchie,³²⁷¹ in dem der Einzelne des Bestandes seiner Rechtsgüter nicht mehr sicher sein könnte. Aus diesem Grund wäre es wohl verfassungsrechtlich unangemessen und unvertretbar, *keine Sicherungspflichten* hinsichtlich gefährlicher Herrschaftsbereiche anzunehmen (etwa der Autofahrer müsste nicht bremsen, der Hundehalter dürfte seinen Hund Passanten beißen lassen, etc.). Für die Ingerenzsituation wurde hingegen zu Recht darauf hingewiesen, dass aufgrund des ungeplanten spontanen Moments das Missbrauchsrisiko gering ist.³²⁷² Die

³²⁶⁵ Anders wohl *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 114: „Sonderrechte“ seien „nur zu rechtfertigen“, wenn sie mit der Verpflichtung verbunden werden.

³²⁶⁶ Vgl. etwa den Vorschlag von *Schünemann* Grund und Grenzen S. 381, der für die Ingerenzfälle den Tatbestand der allgemeinen Hilfeleistung qualifizieren will.

³²⁶⁷ *Hassemer/Neumann* NK Vor § 1 Rn. 63; *Sternberg-Lieben* in: Rechtsgutstheorie S. 65, 76.

³²⁶⁸ Letztlich führt die Lösung eines Interessenskonfliktes auf Ebene der Verhaltensnorm noch nicht zu der eigentlich entscheidenden Frage, ob es sich eben um eine strafrechtliche Pflicht handelt (so auch *Herbertz* Ingerenz S. 226), welche zu begehungsgleicher Bestrafung führen soll.

³²⁶⁹ Vgl. nur *Eschelbach* in: Gefahr S. 145, 146 f.: gewisser, wenn auch nicht unbegrenzter, Beurteilungsspielraum.

³²⁷⁰ Zitat nach *Pawlik* FS Roxin (2011) S. 931, 940 f.

³²⁷¹ Vgl. *Eschelbach* in: Gefahr S. 145, 146.

³²⁷² *Berster* Unterlassungsdelikt S. 77. Allgemein *Arzt* JA 1980, 553, 556: Der Unterlassende als Gelegenheitstäter.

Behauptung, die weitreichende Einräumung individueller Freiheit könne nicht mit einer „pauschalen Befreiung“³²⁷³ von der Verantwortung für verursachte Verletzungsfolgen einhergehen, ist daher bloß eine *petitio principii*.³²⁷⁴ Wenn man die Bedeutung der Folgenverantwortung realistisch einschätzt, wurden die Möglichkeiten freier Entfaltung in Deutschland auch nicht unverhältnismäßig erstickt, nachdem der BGH seit den 70er-Jahren die Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens fordert. Gleiches gilt im Übrigen auch für Frankreich, dessen Strafrecht überhaupt keine dem § 13 I StGB vergleichbare Generalklausel und damit auch keine Garantenstellung aus Ingerenz kennt.³²⁷⁵ *Otto* und *Pawlik* liefern im Ergebnis rechtspolitische Modelle für die Begründung von Handlungspflichten und einzelne *teleologische* Argumente für eine Ingerenzgarantenstellung nach rechtmäßigem Vorverhalten. Sie können diese jedoch nicht abschließend rechtsdogmatisch begründen. Zutreffender Gedanke ist, dass die während des Handlungsvollzugs bestehenden Sorgfaltsstandards zum Schutz des Rechtsgutes nicht ausreichend sein mögen, deren Verschärfung hingegen rechtlichen Bedenken ausgesetzt wäre. Eine solche Lücke *könnte* durch eine Ingerenzgarantenstellung geschlossen werden.

d) Ergebnis

Die Verteilung von Freiheits- und Verantwortungsräumen umschreibt eher die Aufgabe bei der Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz, als dass sich hierdurch hinreichend bestimmbare Kriterien ergäben. Entweder stellt man auf die Wertung der Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens ab. Dann schafft man zwar eine Anknüpfung an die *gesetzlichen* Wertungen, kann jedoch nicht durchschlagend begründen, weshalb diese Wertung teleologisch auch auf die Ingerenzbegründung zutrifft. Andere definieren *jenseits* der tatbestandlichen Wertung Sonderrisiken, die nur *vorläufig* gestattet und an die Auflage gebunden seien, bei Zuspitzung der Gefahrenlage einzuschreiten. Diese Argumentation wiederum erscheint ergebnisorientiert und findet keine Stütze im geltenden Strafrecht. Der Freiheitskonflikt kann auf die eine oder andere Weise gelöst werden.

II. Zurechnung der Gefahrenlage

Eng verwandt mit dem eben dargestellten Begründung aus der Abgrenzung von Freiheits- und Verantwortungssphären, ist das Vorbringen, die Gefährdung müsse dem Verhalten des Handelnden zurechenbar sein.³²⁷⁶ Auch dieser Gedanke findet sich bereits bei *Ad.*

³²⁷³ So *Grünwald* Garantenpflichten S. 136. – Es muss aber doch nicht die Freiheit begründet werden, sondern vielmehr die Pflicht.

³²⁷⁴ Eine Befreiung von der Verantwortung für Verletzungsfolgen ist vor dem Hintergrund des Zivilrechts ohnehin nicht erkennbar. Überdies besteht jedenfalls die Hilfspflicht nach § 323c I StGB.

³²⁷⁵ Vgl. dazu etwa *Jescheck/Weigend* AT § 58 VI: Die Strafbarkeitslücke wird dort durch Fahrlässigkeitsdelikte und echte Unterlassungsdelikte weitestgehend geschlossen; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 44: Das französische Recht demonstriere, dass ein Strafrecht frei von unechten Unterlassungsdelikten möglich sei; **dagegen** meint *Freund* MK § 13 Rn. 37, es bestünden „erhebliche Strafbarkeitslücken“.

³²⁷⁶ Mit Unterschieden *Dencker* FS *Stree/Wessels* S. 159, 180; *Herbertz* Ingerenz S. 332 ff.; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 153; *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 297 ff.; *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 147; *Seelmann* GA 1989, 241, 253; *Stree* FS *Klug* II S. 395, 398; *Hoven* GA 2016, 16, 31; *Weigend* LK § 13 Rn. 24; formuliert als *petitio principii* bei *Krey/Esser* AT Rn. 1146: „Prinzip der Verantwortung für pflichtwidrig selbstgeschaffene Gefahren“.

Merkel: Das Recht setze für die Zurechnung von Folgen des Handelns stets deren Vorhersehbarkeit voraus.³²⁷⁷ *Rudolphi* geht davon aus, das vorangegangene Tun müsse von der Qualität sein, dass dem Gefahrschaffer die Gefahrenlage zugerechnet werden könne.³²⁷⁸ Ähnlich meint *Stree*, die Garantenstellung dürfe nur demjenigen aufgebürdet werden, der für die Gefahrenlage „verantwortlich“ sei. Ebenso wenig wie niemand aufgrund zulässigen Verhaltens für einen Erfolg strafrechtlich verantwortlich gemacht werden könne, dürfe ihn aufgrund dieses erlaubten Verhaltens die Pflicht zur Erfolgsabwendung treffen.³²⁷⁹ Jedoch ist die Begründung *Strees*, dass, wenn der Täter mangels Pflichtwidrigkeit für einen Erfolg nicht verantwortlich gemacht werden könne, er auch nicht für dessen Ausbleiben zu sorgen habe,³²⁸⁰ nur für den Zeitpunkt der Begehung zutreffend. Die *gleichzeitige* Erlaubnis einer Gefährdung und Pflicht zu deren Abwendung wäre tatsächlich teleologisch widersprüchlich. Damit ist jedoch noch nicht ausgemacht, wie sich die Lage *nachträglich* darstellt, wenn die Voraussetzungen der Erlaubnis – und damit die Kollision der Rechtssätze – nicht mehr vorliegen.

Dencker meint hingegen, die Ingerenzvorhandlung liege in einem objektiv vollständigen Handlungsvollzug des Begehungsdelikts, einem „objektiv beendeten Versuch“, der allerdings „in irgendeiner Weise deliktisch defizitär sei“. Dieses Defizit liege beim Vorsatzdelikt regelmäßig im Fehlen des Vorsatzes.³²⁸¹ Die Ingerenzbegründung sei damit identisch mit dem strikt objektiven Unrechtstatbestand,³²⁸² die Vorhandlung müsse die objektiv tatbestandsmäßige und objektiv rechtswidrige Handlung des Begehungsdelikts darstellen.³²⁸³ Daran ist sicher richtig, dass die Ingerenzunterlassung im Vergleich zum sonst gleichen Begehungsdelikt defizitären Charakter aufweist. Allerdings wird von *Dencker* das „Ob“ der Garantenstellung aufgrund vorangegangenen Tun bereits vorausgesetzt.

³²⁷⁷ Wenn nach allgemeinen Maßstäben ungefährliche Handlungen nicht zur rechtlichen Verantwortlichkeit führten, könne der Eintritt der Folgen hier auch nicht zur Unterlassungsstrafbarkeit führen, *Ad. Merkel* Abhandlungen S. 82 f.; siehe auch S. 81, 90.

³²⁷⁸ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 153. Und *Roxin* legt, wie oben dargestellt die Grundsätze der „Lehre von der objektiven Zurechnung“ an, um die Reichweite der Garantenstellung aus Ingerenz zu bestimmen, *Roxin* FS Trechsel S. 551 ff.

³²⁷⁹ *Stree* FS Klug II S. 395, 398; Die Verantwortlichkeit dürfe jedoch nur entstehen, wenn die Vorschrift, der die Vorhandlung zuwiderläuft gerade das gefahrträchtige Geschehen verhindern solle. Damit sei der bei den Fahrlässigkeitsdelikten anerkannte Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf die Ingerenzvorhandlung zu übertragen, S. 399, 403; zustimmend *Hoven* GA 2016, 16, 30 ff.: Die „Sonderverantwortlichkeit“ des Ingerenten bestimme sich nach dem Verantwortungsbegriff des Begehungsdelikts, sodass Pflichtwidrigkeit und Zurechnung auch Voraussetzungen für die Begründung der Garantenstellung seien; ähnlich auch *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 76, durch die *Verantwortlichkeit* für die Folgen werde eine reine Veranlasserhaftung vermieden.

³²⁸⁰ *Stree* FS Klug II S. 395, 400.

³²⁸¹ *Dencker* FS *Stree/Wessels* S. 159, 170 f., beim Fahrlässigkeitsdelikt im Fehlen der subjektiven Voraussetzungen der objektiven Sorgfaltswidrigkeit (im Anschluss an *Struensee* JZ 1987, 53 ff.); **kritisch** dazu, dass *Dencker* auch im Rahmen der Rechtswidrigkeit auf subjektive Elemente verzichtet, *Hoven* GA 2016, 16, 31.

³²⁸² *Dencker* FS *Stree/Wessels* S. 159, 180.

³²⁸³ *Dencker* FS *Stree/Wessels* S. 159, 171, 177. **Dagegen** *Otto* FS *Gössel* S. 99, 108: nur die objektiv tatbestandsmäßige, nicht aber objektiv rechtswidrige; kritisch auch *Schräggle* Unterlassungsdelikt S. 231: was ist eine objektiv tatbestandsmäßige Handlung?

Die Frage, *warum* ein objektiver Handlungsvollzug zur (strafbewehrten) Verpflichtung der Erfolgsabwendung führt, ist nicht beantwortet. *Dencker* bringt nur eine recht dünne Begründung, warum die Ingerenz nicht bloß eine „Zweckkonstruktion für die Bestrafung unvollständiger [...] Begehungsdelikte“ sei: Beim Rücktritt vom beendeten Versuch habe die Erfüllung der Einstandspflicht die Strafflosigkeit des Täters zur Folge: Wenn man der „Nicht-Begehung des Unterlassungsdeliktes“ eigenes „positives Gewicht“ zuschreibe, müsse man auch der Begehung des Delikts „negatives Gewicht“ zuschreiben.³²⁸⁴ Doch dieser Schluss ist ebenso wenig zwingend wie die Gegenposition *Schünemanns*,³²⁸⁵ der meint, die Privilegierung durch den Rücktritt spreche gegen eine „Strafschärfung“ bei dessen „Nichtausnutzung“. Spiegelbildlich zur Ansicht *Schünemanns* lässt sich *Dencker* entgegenhalten, dass dessen Argumentation die unrechtsbegründende Garantienstellung aus Ingerenz bereits voraussetzt.³²⁸⁶

Dass die Auffassungen, die die „Zurechnung“ in den Mittelpunkt stellen, nicht überzeugen können, wird deutlich, wenn man sich vergewissert, dass „Zurechnung“ zunächst bloß die Aufgabe, nicht jedoch deren Lösung bezeichnet: „Zurechnung bedeutet nichts anderes als den Versuch, die eigene Tat vom zufälligen Geschehen abzugrenzen“.³²⁸⁷ Dabei erlauben diese Lehren eine mehr oder weniger klare Definition des Umfangs der Garantienstellung anhand vom Begehungsdelikt bekannter Kriterien, können jedoch den materiellen Grund der Garantienstellung nicht benennen.³²⁸⁸ Es bleibt zudem unklar, *weshalb* (und *welche*) für die Begehungsstrafbarkeit maßgeblichen Zurechnungsregelungen auch hier Bedeutung erlangen sollen. Die Übertragung ist nicht logisch zwingend,³²⁸⁹ sondern bedarf einer normativen Begründung, geht es doch bei der Begründung einer Garantienstellung selbstredend um ein *anderes* (unmittelbares) *Ziel* als bei der Begründung der Begehungsstrafbarkeit. Jedenfalls können „Zurechnungsregeln“, die für die Zurechnung des

³²⁸⁴ *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 168; vgl. auch *Herzberg* FS Lackner S. 325, 343, der umgekehrt meint, der Täter dürfe nicht privilegiert werden, nur, weil er seine Pflicht erfülle.

³²⁸⁵ *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 59.

³²⁸⁶ Dann ist aber letzteres die entscheidende Frage und das Verhältnis zu Rücktritt bloß unselbstständiger Reflex ohne eigenen argumentativen Wert. → Kapitel 3 § 1 E I 2 Fußnote 1491. Gegen eine Verbindung der beiden Fragen auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 164 m. Fn. 177, da der Rücktritt nur einen persönlichen Strafaufhebungsgrund normiert.

³²⁸⁷ *Larenz* Zurechnungslehre S. 61.

³²⁸⁸ Die grundsätzliche Legitimität der Garantienstellung aufgrund vorangegangenen Tun wird vorausgesetzt, wobei sich die Autoren mehr oder weniger um deren Restriktion bemühen. Siehe auch *Schünemann* GA 2016, 301, 306, der meint, die Lehre von der objektiven Zurechnung könne nicht die Begehungsgleichheit der Unterlassung aufzeigen.

³²⁸⁹ Allgemein *Puppe* ZIS 2020, 143, 149: „Wenn man eine Regel, die zur Lösung eines bestimmten Problems entwickelt worden ist, aus ihrem systematischen Zusammenhang herausreißt und als Topos unmittelbar auf die Lösung eines anderen Problems anwendet, ändert sie ihren Sinn und verliert ihre Rechtfertigung“.

Begehungsdelikts entwickelt wurden, nicht unbesehen auf die Begründung der Garantenstellung übertragen werden, ohne dass diese teleologisch darauf überprüft werden, ob sie im Hinblick auf das Ziel „Garantenstellung“ auch „passen“.³²⁹⁰

J. Fazit

Es kann keiner Theorie zur Ingerenzbegründung in letzter Konsequenz gefolgt werden, wenngleich viele in der Literatur vorgebrachte Argumente zur Begründung der Garantenstellungen, insbesondere der aus Ingerenz, überzeugen. Diese Argumente sind im folgenden Kapitel aufzugreifen.

³²⁹⁰ Im Ansatz auch *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 297 ff., der die Lehre von der objektiven Zurechnung allerdings anwendet und dann die Ergebnisse unter dem zweiten Filter der „Folgenverantwortung“ bewertet. Abgesehen davon, dass in diesem äußerst wertungsoffenen Verfahren eine rationale Strafbarkeitsbegründung kaum möglich sein wird, ist allerdings schon problematisch, ob die Lehre von der „objektiven Zurechnung“ *überhaupt* im Rahmen der Ingerenzbegründung (und sei es nur im ersten Schritt) eine zwingende Rolle spielt.

Kapitel 4: Begründung der Ingerenzgarantenstellung

§ 1 Die grundsätzliche Berechtigung des Ingerenzgedankens

Im Weiteren sind zunächst die gesetzlichen und dogmatischen Eckpunkte darzulegen, denen die Begründung der Ingerenzgarantenstellung zu folgen hat, insbesondere wie diese sich in die Systematik der Begehungstatbestände sowie der übrigen Garantenunterlassungsdelikte einfügen kann (→ A.). Im zweiten Schritt ist auf Grundlage dessen die grundsätzliche Berechtigung des Ingerenzgedankens für das „rechtliche Einstehenmüssen“ zu begründen (→ B.).

A. Eckpunkte der Ingerenzbegründung

Die Begründung der Garantbeziehungen lässt sich nicht direkt aus übergeordneten abstrakten Begriffen ableiten. Die „scharfe Grenze“³²⁹¹ zwischen verboten und unverboden und darüber hinaus zwischen strafbar und straflos kann *nicht unmittelbar* aus vagen Prinzipien (welche falsche Einheitlichkeit und Eindeutigkeit suggerieren) deduziert werden.³²⁹² Überdies läuft seine solche Deduktion Gefahr, den notwendigen Bezug zu dem zu regelnden Rechtsstoff zu verlieren, sodass das Strafrecht seine eigentliche Aufgabe aus dem Blick verliert, das Zusammenleben zweckmäßig und zur Verhinderung unerträglicher Rechtsgutsbeeinträchtigungen zu regeln. An Stelle dessen soll sich der Lösung anhand der strafrechtlichen Grundkategorien und Prinzipien, gesetzlicher Wertentscheidungen sowie mithilfe von Fallbeispielen schrittweise genähert werden.³²⁹³ Die gesetzgeberischen Zielvorstellungen sollen nachvollzogen und weitergedacht werden.³²⁹⁴ Anhand dieser „Eckpunkte“³²⁹⁵ sollen dann plausible Schlüsse für die Garantstellung aus Inge-

³²⁹¹ Siehe *Lenckner* Notstand S. 173.

³²⁹² In diesem Sinne auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 135; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 23; *Weigend* LK § 13 Rn. 24; im Allgemeinen *Roxin* FS Lampe S. 423, 436: „keine Deduktion aus abstrakten normativen Begriffen“; *ders./Greco* AT I § 7 Rn. 87.

³²⁹³ Siehe *Hassemer* FS Lenckner S. 97, 98; *Roxin* FS Gallas S. 241, 259; *ders.* TuT S. 25; *ders.* FS Lampe S. 423, 427 ff.; *ders./Greco* AT I § 7 Rn. 56: Synthese von System- und Problemendenken; für das Unterlassungsdelikt auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 91.

³²⁹⁴ *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 76: „Der Dogmatiker [...] muss gewissermaßen das Bild des geltenden Rechtes, das der Gesetzgeber nur in den Umrissen zeichnen kann, in allen Einzelheiten ausmalen“.

³²⁹⁵ *Schünemann* beschreibt diese zusammenwirkenden Wertungen und Prinzipien als „Basisprinzipien“ (FS *Roxin* (2001) S. 1, 23 f.) bzw. „archimedische Punkte“ (FS *Herzberg* S. 39, 41 f.) der Begründung. *Schünemann* nennt hier insbesondere das Prinzip der Sozialschädlichkeit bzw. des Rechtsgüterschutzes sowie das Schuldprinzip; außerdem *ders.* in: *Bausteine* S. 149, 159 f., 163; *ders.* FS *Neumann* S. 701, 704 f.; *ders.* in: *Rechtsgutstheorie* S. 133, 134; *ders.* ZStW 126 (2014) 1, 26; ähnlich zudem *Greco* ZStW 117 (2005) 519, 537; *ders.* GA 2019, 684, 695, 704; *Roxin* FS Lampe S. 423, 434 f.; *ders.* *Chengchi Law Review* 50 (1994) 219, 255.

renz gezogen werden. Der Gedanke der Ingerenz mag dabei, wie die Analyse bereits gezeigt hat, plausibel sein,³²⁹⁶ jedoch darf nicht direkt von Plausibilität auf Gesetzlichkeit geschlossen werden.³²⁹⁷

I. Tatbestandliche Gleichstellung

Pflichten, aufgrund eigenen Vorverhaltens tätig zu werden, finden sich an vielen Stellen. Aus dem Zivilrecht sind etwa § 1004 I 1 BGB sowie auf Naturalrestitution gerichtete Schadensersatzansprüche aus §§ 280 I, 823 I, 249 I StGB zu nennen.³²⁹⁸ Hier trifft das Gesetz die Wertung, dass der Urheber einer Lage diese beseitigen muss. Polizeirechtlich ist derjenige, der eine Gefahr verursacht, als Verhaltensstörer auch zu deren Abwendung heranzuziehen, etwa nach Art. 7 I BayPAG.³²⁹⁹ Und gemäß § 323c I StGB ist der Gefahrschaffer zwar nicht als solcher, gleichwohl aber als jedermann zur Gefahrbekämpfung aufgerufen. Problematisch ist es nicht, denjenigen, der eine Gefahr geschaffen hat, *überhaupt* oder *irgendwie strafrechtlich* zu deren Abwendung zu verpflichten, sondern als *Garanten* nach § 13 I StGB. *Hierfür* liefern etwa die Polizeigesetze kein Indiz, da sich Polizeirecht und Strafrecht in ihren jeweiligen Zwecken und Voraussetzungen unterscheiden.³³⁰⁰ Problematisch ist es, die *tatbestandliche Gleichbehandlung* des Ingerenten mit dem Begehungstäter zu begründen, § 13 I StGB.³³⁰¹ Es geht um „strafrechtsspezifische Gleichstellung“.³³⁰² Das Gebot muss von der Natur sein, dass es dem Adressaten die Erfolgsabwendung unter Androhung der für das entsprechende Begehungsdelikt vorgesehenen jeweiligen Strafe vorschreibt. Erforderlich sind also Kriterien, die von vornherein auf die spezifische Rechtsfolge Strafe mit ihren den Einzelnen existentiell treffenden

³²⁹⁶ Vgl. etwa *Murmann* GK § 29 Rn. 65; *Kühl* AT § 18 Rn. 91: „fast als gewohnheitsrechtlich“; *Stratenwerth/Kuhlen* § 13 Rn. 26 f.; *Weigend* LK § 13 Rn. 42.

³²⁹⁷ Insoweit zutreffend die Kritiker der Ingerenz, etwa *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 70: „Der Gedanke ist vernünftig, aber er ist kein Gesetz. So lange ihn sich nicht die Gesetzgebung zueigen und daraus ein gültiges Gesetz gemacht hat, ist er nicht mehr als eine *ratio sine lege*“; **dagegen** *Murmann* GK § 29 Rn. 65 m. Fn. 147.

³²⁹⁸ Nicht weiterführend ist daher etwa der Verweis bei *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt S. 76, bereits bei *Thomas von Aquin* stütze sich die Pflicht, eine Sache zu restituieren auf ein Verbot.

³²⁹⁹ Diese Fälle sieht *Stein* SK § 13 Rn. 18 als Bestätigung des Grundgedankens der Ingerenz.

³³⁰⁰ Zu letzterem Aspekt *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 386.

³³⁰¹ Siehe schon oben → Kapitel 1 § 3 B IV 3 e). *Freund* hingegen meint, es sei „symptomatisch für die strafrechtliche Blickverengung“, sich auf bestimmte Sanktionsnormen und naturalistische Formen der Tatbestandsverwirklichungen zu fixieren, ohne die Verhaltensnorm und damit den legitimen Opferschutz im Blick zu behalten, *Freund* MK § 13 Rn. 137. Etwa hinsichtlich der Frage, ob auch vorsätzliches Vorverhalten ingerenzbegründend sein kann, führt er aus: „Wird dagegen die primär relevante Frage der Legitimation einer Verhaltensnorm direkt thematisiert, kann überhaupt nicht ernstlich zweifelhaft sein, dass zB auch derjenige kraft einer besonderen Rechtspflicht gehalten ist, die Lebensgefahr abzuwenden, der diese zuvor durch aktives Tun sehenden Auges selbst heraufbeschworen hat.“; ebenso *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 83. Die zu beantwortende Frage ist jedoch, ob der Ingerent gerade begehungsgleich zu bestrafen ist, nicht ob er überhaupt zur Erfolgsabwendung verpflichtet ist. Dieser besondere Strafwürdigkeitsgehalt, der die Unterlassung überhaupt erst als verbrecherische von sonstigem Unrecht unterscheidet, lässt sich nicht mit der bloß formalen Kategorie des Verbotenseins erfassen.

³³⁰² *Herzberg* Garantenprinzip S. 213 ff., 215 ff.; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 88; *Schünemann* FS Amelung S. 303, 321; siehe auch *Herbertz* Ingerenz S. 212 f.: Maßgeblichkeit strafrechtsspezifischer Wertungen.

Rechtsfolgen ausgerichtet sind und nicht erst nachträglich dementsprechend korrigiert werden müssen.³³⁰³ Grundsätzlich hat *jedes* Straftatsystem den Zweck, die generellen Voraussetzungen derjenigen Tat zu bestimmen, an die sich gerade die *Rechtsfolge Strafe* anschließt. *Insoweit* ist jedes Straftatsystem „funktional“.³³⁰⁴ Problematisch ist also nicht primär die teleologische Argumentation als solche, denn ein Strafrecht, das sich nicht damit begnügt, begriffsjuristischer Selbstzweck zu sein, sondern realitätsnah darauf abzielt tatsächliche Lebensverhältnisse zu ordnen,³³⁰⁵ muss zwingend teleologisch sein.³³⁰⁶ Der Inhalt des Rechts, welches als „Kulturtatsache“, als „Menschenwerk“ zu bestimmten Zwecken geschaffen wurde,³³⁰⁷ lässt sich erst aus diesen Zwecken vollständig ergründen. Zu widersprechen ist bloß den Auffassungen, welche die einzelnen Deliktsmerkmale unmittelbar anhand eines bestimmten Strafzwecks definieren wollen.³³⁰⁸ *Insoweit* läuft die funktionalistische Methode Gefahr, die Strafe nur an bestimmten gesellschaftlichen Ordnungsvorstellungen auszurichten,³³⁰⁹ anstatt das komplexe Geflecht von Zwecken und gesetzgeberischen Wertentscheidungen aufzulösen.

1. Selbstverständliches Einstehenmüssen bei der Begehung

Das Einstehenmüssen des Unterlassenden muss, indem es der tatbestandlichen Gleichstellung dient, gemäß § 13 I StGB auf der gleichen Wertung beruhen wie das selbstverständliche, stets gegebene Einstehenmüssen des Handelnden.³³¹⁰ Es genügt nicht, bloß festzustellen, *dass* der Handelnde für den Kausalverlauf einstehen muss, entscheidend ist, welche Wertungen und Zwecke zu dem selbstverständlichen Einstehenmüssen des Handelnden führen, erst dann kann man fragen, ob andere Sachverhalte im Hinblick auf dieses Wertungs- und Zweckgefüge gleich sind. Die Gleichstellung ist also nach § 13 I StGB am Schutzzweck der Begehungstatbestände orientiert.³³¹¹ Wenn man für die Ingerenz argumentieren will, dass die „besondere Verantwortung für die aus dem eigenen Tun hervorgehenden Gefahren“ mit dem Abschluss des aktiven Tuns nicht beendet ist, sondern

³³⁰³ Vgl. *Greco* GA 2019, 684, 703; *Seelmann* in: Vielfalt des Rechts S. 85, 94 f.

³³⁰⁴ Treffend *Hirsch* in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 65, 74; siehe schon *ders.* ZStW 93 (1981) 831, 848; sowie *Hilgendorf* Handbuch Bd. 2 § 27 Rn. 101.

³³⁰⁵ Siehe auch *Hassemer* in: Strafen im Rechtsstaat S. 137, 140.

³³⁰⁶ Zur Bedeutung der teleologischen Argumentation im Strafrecht etwa *Amelung* in: Grundfragen S. 85 ff.; *Gallas* Studien S. 45 ff.; *ders.* ZStW 67 (1955) 1, 16, 47; *Jescheck/Weigend* AT § 17 IV 1 „Krone der Auslegungsverfahren“; *Roxin* Kriminalpolitik S. 1 ff.; *ders./Greco* AT § 7 Rn. 26 ff., 57 ff.; *Rudolphi* in: Grundfragen S. 69 ff.; sowie bereits *Hegler* ZStW 36 (1915) 19 ff., 20 m. Fn. 4; *Grünhut* FG Frank I S. 1, 8.

³³⁰⁷ *Radbruch* RPh S. 4.

³³⁰⁸ *Hirsch* in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 65, 74. Kritisch auch *He. Schneider* Kritik S. 172 f.

³³⁰⁹ So sind Erosionserscheinungen in den fundamentalen Instituten der Strafrechtsdogmatik, wie etwa der Tatherrschaft oder der Schuld als persönlicher Vorwerfbarkeit erkennbar, siehe dazu eingehend *Hefendehl* GA 2019, 705, 709. *Greco* formuliert prägnant das Problem funktionalistischen Denkens: „Was ist Telos des teleologischen Systems?“, *Greco* ZStW 117 (2005) 519, 536.

³³¹⁰ Vgl. schon oben → Kapitel 1 § 3 B VI 3, 4.

³³¹¹ Zutreffend *Gallas* Studien S. 92 f. – Der Begriff des Schutzzwecks bleibt freilich zunächst vage und ist präzisierungsbedürftig.

„nach der sozialen Wertung [...] auf eine Stufe geringerer Evidenz und Stärke“ herabsinkt,³³¹² so kann man diesen Satz nicht voraussetzen, sondern muss feststellen, aus welchem normativen Grund diese „besondere Verantwortung“ während des aktiven Tuns bestand und ob *dieser Grund* es rechtfertigt, die Verantwortung aufrecht zu erhalten.

Die „Rolle“ des Jedermanns *beim Begehungsdelikt* ist jedoch – gerade weil sie jedem zukommt – zunächst blass. Es ergäbe keinen Sinn, bei der Begehung isoliert die „Sonderverantwortlichkeit“ zu untersuchen, da man hierzu in freies, vom Gesetz abgelöstes Werfen verfallen müsste.³³¹³ Denn ein solches Merkmal kommt im Deliktsaufbau des Begehungsverbrechens nicht vor, es geht dort grundsätzlich nicht um die Bestrafung eines „Rollenbruchs“, sondern einer Rechtsgutsverletzung.³³¹⁴ Es muss also dabei bleiben, dass das Einstehenmüssen des Begehungstäters kein eigenständiges Merkmal, sondern eine stets gegebene tatbestandliche *Funktion* der Handlung ist.³³¹⁵

Das Einstehenmüssen knüpft *beim Unterlassungsdelikt*, wie oben beschrieben, sinnvollerweise nicht an bestimmte Abwendungsmöglichkeiten oder Abwendungsmöglichkeiten in bestimmten Bereichen, sondern die Nichtrealisierung von „Schädigungsmöglichkeiten“,³³¹⁶ also Gefahren.³³¹⁷ Diese Interpretation stützt sich auch auf § 13 I StGB, der von einem Einstehenmüssen für den Nichteintritt des *tatbestandsmäßigen Erfolgs* spricht. Erst diese Garantenbeziehung erlaubt es, die Unterlassung als *Tat* zu bestrafen, indem sie zu einem real ablaufenden, rechtsgüterschädigenden Kausalverlauf in Verbindung gebracht wird. Damit ist *für die Gleichstellung* auch die aktive Handlung allein als Schädigungsmöglichkeit zu sehen. Die „unsichtbare“ Wertung des Einstehenmüssens besagt, dass sich der Handelnde von der Handlung als durch das Strafrecht zu verhütender *Schädigungsmöglichkeit* nicht distanzieren kann. Erst dieser Erfolgsbezug des Einstehenmüssens verleiht der Gleichstellung Konturen. Indem die Schädigungsmöglichkeit „Tun“ *stets* zu einem Einstehenmüssen führt, ist zu untersuchen, welche Aspekte diese *Schädigungsmöglichkeit* strafrechtlich relevant machen. Hier sei nochmals ein Einwand von *Paradissis* und *Herbertz* gegen die Ingerenzbegründung aufgrund des Prinzips *neminem laedere* in Erinnerung gerufen:³³¹⁸ Da sich das Verbot des Begehungstatbestandes an einen unbestimmten Personenkreis richte, das Garantengebot hingegen an einen begrenzten, lasse sich der Verbotsnorm nicht entnehmen, ob eine bestimmte Person Garant ist.³³¹⁹ Dies

³³¹² So *Herzberg* Garantenprinzip S. 292.

³³¹³ **Dagegen** insbesondere → Kapitel 3 § 2 G IV 2 c).

³³¹⁴ → Kapitel 3 § 2 G II 2 a).

³³¹⁵ Siehe oben → Kapitel 1 § 3 B VI 3.

³³¹⁶ *Freund* Erfolgsdelikt S. 68 ff.

³³¹⁷ Siehe oben → Kapitel 1 § 3 B VI 4; ausführlich zu *Schünemann* Kapitel 3 § 1 E II; zu *Sangenstedt* Kapitel 3 § 1 F II; zu *Berster* Kapitel 3 § 1 G II.

³³¹⁸ Siehe oben → Kapitel 3 § 2 A II 1.

³³¹⁹ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 111. Aus Verbotsnormen abgeleitete Gebotsnormen seien bei der Bestimmung des Adressatenkreises mit einem „unüberwindbaren Bestimmbarkeitsproblem“ konfrontiert, *Herbertz* Ingerenz S. 219; mit Verweis auf die Ausführungen von *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 3 ff., 256 ff. und *Vogel* Norm und Pflicht S. 93 ff.

trifft jedoch tatsächlich nur dann zu, wenn man den Begriff der Garantenstellung als abstrakte, blutleere Beschreibung³³²⁰ von Tatsubjekten versteht. Tatsächlich geht es jedoch bei dem rechtlichen Einstehenmüssen um eine *Beziehung* zu bestimmten wertwidrigen Sachverhalten, die vermieden werden sollen. Dieser wertwidrige Sachverhalt wird gemeinhin als *Rechtsgutsverletzung* bezeichnet. Wenn die Gleichstellung nach § 13 I StGB am Schutzzweck der Begehungstatbestände orientiert ist, so ist der Ausgangspunkt, dass die Straftatbestände dem Schutz von Rechtsgütern³³²¹ vor unerträglichen Beeinträchtigungen dienen. Ein „materiell steigerungsfähiger Begriff des Unrechts“ ergibt sich nur, wenn man die Tatbestände nicht bloß formal als Verbotsnormen versteht, sondern in ihrer Funktion zum Rechtsgüterschutz.³³²²

2. Begehung und Unterlassen als Rechtsgutsverletzung

Diese Aufgabenzuweisung des Strafrechts ergibt sich aus der besonderen Rechtfertigungslast, die den demokratischen, auf der Freiheit des Einzelnen aufbauenden Rechtsstaat trifft, wenn er die Rechtsfolge Strafe androht und verhängt.³³²³ Denn während hinsichtlich der Strafzwecke vieles im Unklaren ist, lässt sich über den Begriff der Strafe

³³²⁰ So *Otto* AT § 9 Rn. 39 zum Begriff der Garantenstellung nach der h.M.: „blutleer, abstrakt und situationsfern“.

³³²¹ Vgl. mit Unterschieden im Einzelnen *Gallas* in: Beiträge S. 1, 7; *ders.* Studien S. 93; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 39 Rn. 2; *Greco* rescriptum 2014, 139, 141; *Grünhut* FG Frank I S. 1, 8 ff.; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 239; *Hassemer* in: Rechtsgutstheorie S. 57 ff., 64; *ders.* Theorie *passim*; *ders.* in: Strafen im Rechtsstaat S. 160 ff., 166 f.; *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter *passim*; *ders.* GA 2002, 21 ff.; *ders.* in: Rechtsgutstheorie S. 119 ff.; *ders.* GA 2007, 1 ff.; *ders.* JA 2011, 401, 403 f.; *M. Heinrich* FS Roxin (2011) S. 131 ff.; *Hirsch* in: Probleme II S. 121, 137; *Jescheck/Weigend* AT § 1 III 1, § 17 IV 3; *Kahlo* FS Küper S. 249, 262; *Kudlich* JA 2010, 681; *ders.* SSW Vor § 13 Rn. 3, 5; *Langer* Sonderstrafat S. 29 ff., 62; *Lenckner* Notstand S. 47; *Lüderssen* FS Eser S. 163, 166 f.; *Maiwald* FS Maurach S. 9, 11; *Marx* Rechtsgut S. 71 f. *et passim*; *Maurach/Zipf* AT 1 § 19 Rn. 4 ff.; *H. Mayer* Studienbuch § 10 II 1; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 1; *Mitsch* JuS 2018, 1161, 1162; *Mylonopoulos* Verhältnis S. 81; *Otto* GS Schröder S. 53, 55; *Paeffgen* FS Wolter S. 125 ff., 131 ff.; *Prittowitz* Strafrecht und Risiko S. 383; *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 19; *Roxin* FS Lampe S. 423, 434; *ders.* ZStW 116 (2004) 929 ff.; *ders.* in: Empirische Fundamente S. 135 ff.; *ders.* StV 2009, 547, 549; *ders.* FS Hassemer S. 573 ff.; *ders.* in: Strafrechtsentwicklungen S. 407, 408 ff.; *Rudolphi* FS Honig S. 151, 166 *et passim*; *ders.* FS Maurach S. 51, 61; *ders.* SK⁶ Vor § 1 Rn. 2; *Samson* FS Welzel S. 579, 591; *Schünemann* in: Rechtsgutstheorie S. 133, 141 f.; *Wolter* Straftatsystem S. 17, 24; *ders.* in: Grundfragen S. 103, 105; *ders.* in: Bausteine S. 3, 15; *Zieschang* AT Rn. 10, 26; siehe zudem *Köhler* AT S. 24 f.: Das Rechtsgut als „Mittelbegriff“, der sich erst durch die freiheitsgesetzliche Normbildung konstituiert; *Zaczyk* Unrecht S. 165; *ders.* GA 2014, 73, 79; für mittelbaren Schutz auch *Kindhäuser* Gefährdung S. 13; *ders.* in: Madrid-Symposium S. 125 m. Fn. 1; *ders.* in: Modernes Strafrecht S. 29; *ders.* GA 2007, 447, 455; *Freund* Erfolgsdelikt S. 10 (nun kritisch *ders./Rostalski* GA 2020, 617, 624, stattdessen die Vorzugswürdigkeit der kantischen Rechtsverletzungstheorie betonend); **kritisch** zum Begriff des Rechtsguts *Gärditz* Der Staat 49 (2010) 331, 352; *Jakobs* AT 2/2 ff.; *Pawlik* FS Jakobs S. 469, 479; *ders.* Unrecht S. 127 ff.; *Renzikowski* in: Juristische Grundlagenforschung S. 115, 126: „faktische Interessen“ könnten nicht über den Umfang des Rechtsgüterschutzes entscheiden.

³³²² *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 19; in der Sache schon *Gallas* in: Beiträge S. 1, 7; siehe auch *Frister* AT 3/21.

³³²³ So auch *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 1a ff. Allgemein *Gimbernat* ZStW 82 (1970) 379, 408: „Denn die Strafe – vielleicht das schmerzlichste Mittel, das dem Staat zur Steuerung des Soziallebens zur Verfügung steht – ist nur deshalb berechtigt, weil sie nicht weniger notwendig als schmerzlich ist.“

(den zu rechtfertigenden Eingriff) und die tatsächlichen Auswirkungen der Strafverhängung und Vollstreckung auf den Verurteilten deutlich mehr mit Gewissheit sagen:³³²⁴ Die Strafe ist stets eine Verknüpfung von *Übel* und *Tadel*.³³²⁵ Als Übel ist die Strafe zunächst eine real spürbare „*Interessenverletzung*“, die der Person aufgrund ihres missbilligten Verhaltens zugefügt wird.³³²⁶ Zu beachten ist daneben aber stets der existentielle Eingriff in die Persönlichkeit der bestraften Person, den das Strafurteil „jenseits aller Humanisierung und Liberalisierung des Strafrechts“³³²⁷ als „Vorwurfsurteil [...] höchstpersönlicher Art“³³²⁸ darstellt, indem es diesen *persönlich tadelt*.³³²⁹ Das Strafrecht hat regelmäßig das Potential, die bürgerliche Existenz des Einzelnen zu vernichten.³³³⁰ Zu Recht spricht auch das Bundesverfassungsgericht davon, dass die Strafe „zu den intensivsten Eingriffen in die individuelle Freiheit im modernen Verfassungsstaat zählt“,³³³¹ „die schärfste Waffe“ ist,³³³² die ihm zur Verfügung steht.

³³²⁴ Siehe nur *Weigend* LK Einl. Rn. 57 einerseits, Rn. 62 andererseits; zur Notwendigkeit der Trennung beider Fragen *Greco* Lebendiges S. 275 ff.; *ders.* FS Sancinetti S. 105, 107 ff.; *Neumann* FS Sancinetti S. 119, 125 ff.

³³²⁵ Zu diesen beiden Elementen *Frisch* GA 2019, 537, 539; *Greco* Lebendiges S. 517 f.; *Neumann* in: Kritik S. 89, 98; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 1f.; zur Legitimationsbedürftigkeit beider Freiheitseingriffe auch *Schmahl* Handbuch Bd. 1 § 2 Rn. 2.

³³²⁶ *Neumann* in: Personale Rechtsgutslehre S. 85, 87; *ders.* in: Kritik S. 89, 98; *ders.* FS Sancinetti S. 119, 125; ähnlich *Gallas* in: Beiträge S. 1, 5: Übel; *Greco* Lebendiges S. 517: „besonders schweres Übel“; *Jescheck/Weigend* AT § 8 I 2b; *Weigend* LK Einl. Rn. 62: Nachteil; siehe bereits *Kant* MdS Rechtslehre § 49 E I, A 195, B 225, Werke VIII S. 452: „Schmerz“.

³³²⁷ *Prittowitz* Strafrecht und Risiko S. 384.

³³²⁸ *Zieschang* Sanktionensystem S. 386; vgl. auch *ders.* ZStW 115 (2003) 117, 129.

³³²⁹ BVerfGE 27, 18, 29; BVerfGE 95, 96, 140; BVerfGE 96, 10, 25; BVerfGE 120, 239, 244; BVerfGE 127, 267, 408; anders als die bloße Geldbuße, vgl. BVerfGE 9, 167, 171; außerdem *Frisch* FS Stree/Wessels S. 69, 88; *ders.* GA 2019, 537, 548 ff.; *Gallas* in: Beiträge S. 1, 5: missbilligende Antwort; *Greco* Lebendiges S. 517 f.: deklaratorische Missbilligung; *Hassemer* Sondervotum BVerfGE 120, 224, 256; *Hörnle* Strafzumessung S. 114 ff., 135 ff., 387; *dies.* JZ 2006, 950, 954; *Jescheck/Weigend* AT § 8 I 2b; *Arth. Kaufmann* Jura 1986, 225, 230; *Kindhäuser* Gefährdung S. 154; *ders.* in: Madrid-Symposium S. 125; *ders.* in: Modernes Strafrecht S. 29, 35; *Kudlich* SSW Vor § 13 Rn. 3; *Kühl* FS Eser S. 149, 154 ff., *ders.* FS Tiedemann S. 29, 42 f.; *Kuhlen* Produkthaftung S. 89; *Otto* AT § 1 Rn. 48; *Pawlik* Unrecht S. 75; *Prittowitz* Strafrecht und Risiko S. 384; *Seelmann* in: Vielfalt des Rechts S. 85, 97: „rechtliche Statusminderung“; *Weigend* LK Einl. Rn. 62.

³³³⁰ *Hörnle* in: Empirische Fundamente S. 105, 107; *Kuhlen* in: Kritik S. 109, 110: „entsozialisierend“; *Roxin* in: Grundlagenprobleme S. 1, 13; *ders.* StV 2009, 547, 549; *Schmidhäuser* Sinn der Strafe S. 73 f.; *Schünemann* in: Rechtsgutstheorie S. 133, 145; bereits die Verurteilung kann ganz erhebliche Folgen für das weitere Leben des Betroffenen entfalten, indem dieser etwa seine berufliche Perspektive verliert (etwa den Verlust einer Beamtenstellung, vgl. *Hörnle* aaO) oder auch im privaten Umfeld Stigmatisierung erfährt („sozialethisch deklassierende Wirkung“, *Kühl* FS Eser S. 149, 154).

³³³¹ BVerfGE 127, 267, 408.

³³³² BVerfGE 39, 1, 45; *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 141; *Gallas* in: Beiträge S. 1, 6; *Greco* GA 2019, 684, 695, 703: einzigartige Rechtsfolge; *ders.* FS Sancinetti S. 105, 107 f., 115; *ders.* rescriptum 2014, 139, 140: „Die Strafe ist die gehässigste, gewalttätige Seite der Gewalt“; *Hassemer* Sondervotum BVerfGE 120, 224, 256; *Jescheck/Weigend* AT § 1 III 1; *Kühl* FS Kühne S. 15; *Leite* Notstand S. 195; *Lüderssen* in: Modernes Strafrecht S. 11; *Neumann* in: Kritik S. 89, 98; *ders.* FS Jakobs S. 435, 439; *Roxin* in: Grundlagenprobleme S. 1, 13; *ders./Greco* AT I § 2 Rn. 1f: Eingriff von ganz besonderer Qualität; § 3 Rn. 61; *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 3: „intern härteste Sanktion“; *Schmahl* Handbuch Bd. 1 § 2 Rn. 2; *Schünemann* ZStW 126 (2014) 1, 9, 26: „overkill“.

Aufgabe des Strafrechts kann es vor diesem Hintergrund allein sein, „den Bürgern ein friedliches und freiheitliches Zusammenleben unter Gewährleistung aller verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte zu sichern“. ³³³³ *Roxin/Greco* definieren insoweit treffend als Rechtsgüter „alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen [...], die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind“. ³³³⁴ Eine Strafvorschrift, die nicht dem Rechtsgüterschutz dient, wäre hingegen ein *übermäßiger* Eingriff in die Freiheit des Betroffenen. ³³³⁵ Der Rechtsgutsbegriff stellt daher keine zur Verfassung hinzukommende Vorgabe dar, sondern bringt die verfassungsrechtlichen Vorgaben auf einen anschaulichen Begriff ³³³⁶ und verbindet sie mit der sozialen Wirklichkeit. ³³³⁷ Die Rechtsgutslehre ist insoweit kein „demokratiefeindliches Naturrecht“, sie *entspricht gerade* der adäquaten Strafrechtsbegründung im demokratischen Rechtsstaat. ³³³⁸ Dagegen wäre die Bestrafung bloß aufgrund des Pflichtverletzungsgedankens

³³³³ Vgl. *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 7; zuvor *Roxin* in: Grundlagenprobleme S. 1, 12 ff.; *ders.* in: Empirische Fundamente S. 135, 138 f., 149; *ders.* FS Hassemer S. 573, 579 ff.; *ders.* FS Maiwald S. 715, 724; *ders.* GA 2015, 185, 190; nahestehend auch *Rudolphi* FS Honig S. 151, 159: „Berechtigt ist eine Strafnorm nur dann, wenn sie zur Wahrung und Sicherung der Lebensbedingungen einer auf der Freiheit der Person aufbauenden Gesellschaft notwendig und damit zugleich für jeden als vernünftig einsehbar ist“; *ders.* FS Maurach S. 51, 61; *ders.* SK⁶ Vor § 1 Rn. 1; *Frister* AT 3/19 ff., 23, 34; *Hassemer/Neumann* NK Vor § 1 Rn. 62, 64; *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 50 f., 61 f.: „durch das Grundgesetz geprägte liberale Staatskonzeption“; mit dem Bild des Gesellschaftsvertrags *Schünemann* in: Rechtsgutstheorie S. 133, 137 ff.

³³³⁴ *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 7; ähnlich auch *Rudolphi* FS Honig S. 151, 158 ff.; *ders.* FS Maurach S. 51, 61; *Eschelbach* in: Gefahr S. 145, 137 f.; *Frister* AT 3/19 ff., 23, 34; *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 80; *M. Heinrich* FS *Roxin* (2011) S. 131, 132; *Jescheck/Weigend* AT § 26 I 2; *Kindhäuser* Gefährdung S. 277; *ders.* in: Madrid-Symposium S. 125, 128; *ders.* in: Modernes Strafrecht S. 29, 35; *ders./Hilgendorf* LPK Vor § 1 Rn. 13; *Kudlich* ZStW 127 (2015) 635, 642; *ders.* SSW Vor § 13 Rn. 5; *Maiwald* FS Maurach S. 8, 11; *Schünemann* in: Rechtsgutstheorie S. 133, 141 f.; *Vogel* StV 1996, 110, 111; außerdem BVerfGE 90, 145, 184; BVerfGE 127, 267, 408: wichtige Gemeinschaftsbelange.

³³³⁵ In diesem Sinne etwa *Hassemer* in: Rechtsgutstheorie S. 57, 59 ff.; *Hefendehl* JA 2011, 401, 403 f.; *Roxin* FS Hassemer S. 573, 586; *ders./Greco* AT I § 2 Rn. 92 f.; *Rudolphi* FS Honig S. 151, 158 ff.

³³³⁶ Treffend *Frister* AT 3/34. Für eine Verankerung des Rechtsgutsgedankens in der Verfassung im Übrigen *Bottke* FS Lampe S. 463, 488 f.; *Eschelbach* in: Gefahr S. 145, 149; *Freund* MK Vor § 13 Rn. 46; *Hassemer* in: Rechtsgutstheorie S. 57, 59 ff.; *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 42 ff.; *ders.* GA 2002, 21, 22; *ders.* JA 2011, 401, 403 f.; *M. Heinrich* FS *Roxin* (2011) S. 131, 132; *Jescheck/Weigend* AT § 1 III 1; *Kaspar* Präventionsstrafrecht S. 222 ff.; *Kudlich* ZStW 127 (2015) 635 ff., 649 f., 652 f.; *Roxin* StV 2009, 547, 549; *ders.* FS Maiwald S. 715, 724; *ders.* FS Hassemer S. 573, 577 ff.; *ders./Greco* AT I § 2 Rn. 7 f., 91 ff.; *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 61; *ders.* SK⁶ Vor § 1 Rn. 5; *Schmahl* Handbuch Bd. 1 § 2 Rn. 17; *Stächelin* Strafgesetzgebung S. 163 f.; *Weigend* LK Einl. Rn. 7: die Rechtsgutslehre präzisiere das schützenswerte Interesse i.R.d. Verhältnismäßigkeitsprüfung; **kritisch** hierzu *Engländer* ZStW 127 (2015) 616 ff.; siehe auch *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 314 ff., 330 ff., 390, der jedoch ebenfalls maßgeblich auf die Vorgaben des Grundgesetzes abstellt; *ders.* in: Recht und Moral S. 269, 278; *Gärditz* Der Staat 49 (2010) 331, 352.

³³³⁷ *Hassemer/Neumann* NK Vor § 1 Rn. 63: „Gerade das Rechtsgutskonzept verbindet die Strafwürdigkeitsbestimmung mit der Verfassung einerseits und der sozialen Wirklichkeit andererseits“; ähnlich *Hefendehl* GA 2002, 21, 22; *Kudlich* ZStW 127 (2015) 635, 644; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 66 f.

³³³⁸ „Rechtsgüter haben keine naturrechtliche Ewigkeitgeltung, sondern sind dem Wandel der verfassungsrechtlichen Grundlagen und der sozialen Verhältnisse unterworfen [...]. Allein das heutige Strafrecht in

verfassungswidrig.³³³⁹ Ein Strafrecht, welches über die bloße Pflichtverletzung definiert wird, ist beliebig und findet keine Grenze in den individuellen, durch die Grundrechte vermittelten Freiheitssphären. Es ordnet den Einzelnen der Gemeinschaft unter und widerspricht damit dem Menschenbild des Grundgesetzes.³³⁴⁰

Der auch hier vertretene Rechtsgutsbegriff stellt abseits seiner gesetzgebungskritischen Funktion³³⁴¹ die zentrale kriminalpolitische Richtlinie³³⁴² für den Gesetzgeber bei der Schaffung und für den Rechtsanwender bei der Auslegung und Konkretisierung von Strafvorschriften dar. Insbesondere die Konkretisierung der Gleichstellungsrichtlinie nach § 13 I StGB muss sich stets als Entfaltung dieser obersten Richtlinie verstehen. Die Straftat darf *nicht allein* von ihrer *ideellen* Seite als Normverletzung betrachtet werden, der Ausgangspunkt muss vielmehr im Verständnis des Verbrechens als *Rechtsgutsverletzung* liegen.³³⁴³ Die Voraussetzungen des unechten Unterlassungsdelikts lehnen sich nach § 13 I StGB strukturell an die des Begehungsdelikts an, insbesondere das „rechtliche Einstehenmüssen“ muss aus der gleichen Idee begründet werden wie das selbstverständliche Einstehenmüssen des Begehungstäters für die Folgen seiner Handlung. Ebenso wie die

seiner rechtsstaatlich-parlamentarischen Demokratie ist aber der Hintergrund der vorstehend befürworteten Rechtsgutstheorie“, *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 115; ähnlich *Hassemer/Neumann* NK Vor § 1 Rn. 62 ff.

³³³⁹ Ein bekanntes Beispiel ist etwa *Schaffstein* Pflichtverletzung S. 8 ff., 36 ff., der daher meint, die Rechtsgutstheorie könne die unechten Unterlassungsdelikte nicht erklären (S. 37).

³³⁴⁰ *Hefendehl* GA 2002, 21, 23; *ders.* Kollektive Rechtsgüter S. 48, 50 ff.; vgl. auch *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 8; gegen die Bestrafung des bloß formalen Ungehorsams zudem *Zieschang* Sanktionensysteme S. 401; *ders.* Gefährdungsdelikte S. 383. Völlig unverständlich ist daher die Kritik von *Renzikowski* in: *Juristische Grundlagenforschung* S. 115, 120, das Rechtsgutskonzept sei „etatistisch und kollektivistisch“, S. 126. Auf S. 127 dann aber selbst: „Erforderlich wäre demgegenüber ein Rechtsgutsbegriff [...] im Rahmen der hinter dem Grundgesetz stehenden liberalen, auf dem Primat des Individuums aufbauenden Gesellschaftsauffassung [...]“; ähnlich auch *Haas* Kausalität S. 66 ff., moderater S. 77 f.; *ders.* in: *Zurechnung* S. 193, 203.

³³⁴¹ Sogenannter „systemkritischer“ oder „gesetzgebungskritischer Rechtsgutsbegriff“, vgl. *Hassemer* Theorie S. 19 ff., 27 ff.; *ders./Neumann* NK Vor § 1 Rn. 62; *Hefendehl* JA 2011, 401, 403 f.; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 12 m. Fn. 69.

³³⁴² *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 12c; *Schünemann* in: *Rechtsgutstheorie* S. 133, 137; *Sternberg-Lieben* in: *Rechtsgutstheorie* S. 65, 79. Daneben geht auch das geltende Strafgesetzbuch von der Aufgabe des Rechtsgüterschutzes aus, indem es etwa die Delikte im Besonderen Teil nach den verschiedenen jeweils geschützten Rechtsgütern aufgliedert, *Kühl* FS Tiedemann S. 29, 36; *Roxin* ZStW 116 (2004) 929 ff.; auch etwa in § 34 StGB spricht der Gesetzgeber von „Rechtsgütern“, vgl. *Hirsch* in: *Probleme II* S. 121, 137. Zur Bedeutung des Rechtsgutsbegriffs für die teleologische Interpretation vgl. etwa *Amelung* in: *Recht und Moral* S. 269, 278; *Hirsch* aaO; *ders.* FS Tiedemann S. 145, 162 f.; *Jescheck/Weigend* AT § 26 I 3a; *Otto* AT § 1 Rn. 41: „leitende Hinsicht für die Auslegung eines Tatbestandes“.

³³⁴³ *Lenckner* Notstand S. 47 f.; siehe auch *Hegler* ZStW 36 (1915) 19, 25 ff.; *Gallas* in: *Beiträge* S. 1, 7 f.; *ders.* FS Bockelmann S. 155, 159; *Kühl* Beendigung S. 55; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 49c, 108; beide Aspekte gleichberechtigt betonend *Jescheck/Weigend* AT § 1 III 2: „Rechtsguts- und Pflichtverletzung in einem“, 26 I 1 (die Norm bezieht sich auf das Rechtsgut); *Sch/Sch²⁷/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rn. 8; *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 8 (dagegen wieder *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 108: mit dieser Formulierung ist bloß die Selbstverständlichkeit betont, dass die Rechtsgutsverletzung tatbestandlich und rechtswidrig ist); ebenfalls beide Seiten betonend – allerdings mit der Gewichtung auf der ideellen Seite – *Frisch* GA 2019, 185, 194 ff.

Begehung nicht bloß Rollenbruch oder Pflichtverletzung ist, sondern primär Rechtsgutsangriff, muss dies auch für die der Begehung gleichgestellte Unterlassung gelten.³³⁴⁴ Es kommt daher darauf an, die Ähnlichkeit der Garantenunterlassung zum Tun nicht *allein* als Pflichtenverstoß, sondern auch „hinsichtlich ihrer Gefährlichkeit für geschützte Interessen“ aufzuzeigen.³³⁴⁵ Die Verletzung der (Gebots-) Norm muss stets das hinter der Norm stehende Rechtsgut betreffen.³³⁴⁶

Auf diesen Standpunkt stellen sich für die Unterlassungen insbesondere *Gallas* und *Rudolphi*: „Bei den Tatbeständen indessen, bei denen eine Begehung durch Unterlassen im allgemeinen nur praktisch wird, steht das geschützte Rechtsgut im Mittelpunkt, und das Unterlassen kann hier deshalb dem positiven Tun nur dann gleichwertig sein, wenn es in der Sicht des mit dem Tatbestand verfolgten Schutzzwecks generell ebenso gefährlich erscheint wie dieses“.³³⁴⁷ – „Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen einem Staatsbürger geboten sein soll, bestimmte Rechtsgutsverletzungen abzuwenden, richtet sich allein danach, inwieweit man den strafrechtlichen Rechtsgüterschutz auch gegenüber Unterlassungen durchsetzen will.“³³⁴⁸

Der Verweis auf den Rechtsgüterschutz darf dabei selbstverständlich nicht zum „punitiven Superargument“ werden,³³⁴⁹ denn ein konsequent umfassend durchgeführter Rechtsgüterschutz würde ins Uferlose führen und die Handlungsfreiheit völlig einengen. Ein

³³⁴⁴ Die Unterlassung des Garanten wird dabei bestraft wie ein aktiver Übergriff in die Freiheitssphäre eines anderen Menschen: „Das mag insofern überraschen, als man von einem ‚Übergriff‘ kaum sprechen kann, wenn jemand den Dingen ihren Lauf lässt“ (*Kühl* FS Kühne S. 15, 28, der meint, die Gleichstellung sei berechtigt, wenn man die vom Recht vorgenommene Verpflichtung zur Erfolgsabwendung für berechtigt halte). Wenn man jedoch bedenkt, dass die soziale Wirklichkeit keine statische Ansammlung von Gegenständen ist, sondern dynamische Interaktion (vgl. *H. Mayer* AT § 17 I 1 b), können Unterlassungen im gesellschaftlichen Miteinander eine vergleichbare Gefährlichkeit aufweisen, wie aktive Angriffe. Besonders deutlich wird dies etwa in Fällen der Übernahme: Wer beispielsweise die Lebensrettung unterlässt, nachdem er das Opfer unter Übernahme dieser Schutzfunktion veranlasst, sich selbst zu gefährden und sich damit zum Herrn über dessen Schicksal aufgeworfen hat, handelt ebenso gefährlich wie der, der aktiv dessen Tod bewirkt (vgl. *Gallas* Studien S. 80).

³³⁴⁵ Beide Aspekte betont auch *Weigend* LK § 13 Rn. 3.

³³⁴⁶ Vgl. auch *Gallas* in: Beiträge S. 1, 7; außerdem *Roxin* in: Strafrechtsentwicklungen S. 407, 409: Ein Strafrecht, das dem Rechtsgüterschutz dient, setzt voraus, dass jede Strafvorschrift einen hinreichenden Bezug zu einem aus ihrer Übertretung resultierenden Sozialschaden aufweisen muss.

³³⁴⁷ *Gallas* Studien S. 93.

³³⁴⁸ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 84: „Es geht also nicht um die Bewertung der moralischen Qualität eines bestimmten menschlichen Verhaltens, sondern allein um eine Abwägung einander gegenüberstehender Interessen [...]“. S. 94: „Sinn der verschiedenen in den Begehungstatbeständen enthaltenen Verbote ist daher in aller Regel nicht, nur moralisch und sittlich verwerfliche Handlungsweisen zu unterbinden, sondern in erster Linie bestimmte wertvolle soziale Zustände, d. h. Rechtsgüter, vor Angriffen Dritter zu schützen“. Vgl. auch *Kühl* FS Herzberg S. 177, 181: Die Strafrechtsordnung zeigt mit § 13 I StGB, dass sie sich nicht damit begnügt, dass Übergriffe in die Freiheitssphäre anderer unterlassen werden, also damit, Freiheit durch bloße Verbote zu ermöglichen.

³³⁴⁹ *Kudlich* ZStW 127 (2015) 635, 638 f., „kein Allheilmittel“. *Kudlich* weist dabei auch darauf hin, dass diese Gefahr argumentativen Missbrauchs bei jeder teleologischen Auslegung besteht.

absolut verstandenes Prinzip des Rechtsgüterschutzes würde sich allzu schnell vom kritischen liberalen Topos in sein Gegenteil verkehren.³³⁵⁰ Denn ein liberales Strafrecht soll durch den Schutz des Einzelnen vor fremder Willkür gerade *Spielräume* schaffen, in denen sich der Einzelne nach seinen Präferenzen frei entscheiden und diese Entschlüsse ungehindert ausführen kann.³³⁵¹ Speziell hinsichtlich der Garantstellungen wird – im Vergleich mit § 323c I StGB – die Notwendigkeit der Beschränkung des Rechtsgüterschutzes auf die Unterlassungen *bestimmter Personen* akut: So wird vorgebracht, allein vom Schutzzweck des Rechtsguts her ließe sich auch das Hilfeleistungsgebot des § 323c I StGB als „sekundär“ zu den Verletzungsverboten bezeichnen. Begründungsbedürftig sei, dass es sich bei dem Garantengebot um eine *spezielle* Erfolgsabwendungspflicht handelt.³³⁵² Dennoch stellt das Prinzip des Rechtsgüterschutzes den, wenn auch durch weitere strafrechtliche Prinzipien ergänzungsbedürftigen, Ausgangs- und „Angelpunkt“ bzw. „Fluchtpunkt“ einer liberalen Interpretation des Strafrechts dar.³³⁵³ Wenn ein Prinzip die Grenzen nicht eindeutig und abschließend festlegen kann, so bedarf es eben der Ergänzung durch ein spezifisches Gegenprinzip,³³⁵⁴ im Falle des Rechtsgüterschutzes etwa das

³³⁵⁰ *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 241; *Sternberg-Lieben* in: Rechtsgutstheorie S. 65, 76; siehe auch *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 73 ff. *et passim*; *ders.* in: Rechtsgutstheorie S. 215, 224; *Greco* ZStW 117 (2005) 519, 548; *Kindhäuser* FS Maiwald S. 397, 406 f.; *Kühl* FS Tiedemann S. 29, 37: nicht zwingend „Triebfeder für den Erhalt eines fragmentarischen Strafrechts“, sondern kann ebenso eine „Sogwirkung“ entfalten, sämtliche Verhaltensweisen zu pönalisieren, die sich als Rechtsgutsgefährdung verstehen lassen; *Pawlik* Unrecht S. 138 f.; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 12a, 12b: Das Argument betreffe nur den Nutzen für die Gesamtbevölkerung; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 365; *Vogel* StV 1996, 110, 113 f.; übertrieben aber *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 624: „Ausdehnung des Strafrechts in Orientierung an obrigkeitsrechtlichen Vorstellungen von strafbarem Verhalten“.

³³⁵¹ *Jescheck/Weigend* AT § 1 I 2; vgl. bereits *v. Bar* Gesetz und Schuld S. 212: Ein gewisses Risiko ist im Leben immer unvermeidlich und wird durch die Nützlichkeit aufgewogen.

³³⁵² *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 260. So meint auch *Timpe* spöttisch: „Die Optimierung des Güterbestandes ist am sichersten dadurch zu erreichen, daß jeder Rettungsfähige zu jeder ihm möglichen Rettung verpflichtet ist“ (Strafmilderungen S. 191 – gleichzeitig aber sehr weit S. 175: „Ob getan oder unterlassen wurde, zählt eins; was interessiert, ist allein der Einbruch in einem fremden Güterstand“).

³³⁵³ *Grünhut* FG Frank I S. 1, 8 ff.; *Hassemer/Neumann* NK Vor § 1 Rn. 151: zentrales Kriterium der Strafwürdigkeitsbestimmung; *Hefendehl* in: Rechtsgutstheorie S. 119; *ders.* GA 2007, 1, 2; *ders.* JA 2011, 401, 404; *Hirsch* in: Strafrechtsentwicklungen S. 11, 17: „trotz aller Unschärfen [...] eine Barriere gegenüber Irrationalität und Verschwommenheit im Strafrecht“; *Schünemann* in: Rechtsgutstheorie S. 133, 143; siehe auch *Eschelbach* in: Gefahr S. 145, 149: ohne die Rechtsgutslehre haben Verhältnismäßigkeitsüberlegungen keinen plausiblen Maßstab. Letzteres geben auch Kritiker eines (gesetzgebungskritischen) Rechtsgutsbegriffs zu; vgl. etwa *Gärditz* Der Staat 49 (2010) 331, 352, 361; siehe auch *Amelung* in: Recht und Moral S. 269, 275 f.; *Hirsch* in: Probleme II S. 121, 129; *Lagodny* in: Rechtsgutstheorie S. 83, 87; *Vogel* StV 1996, 110, 113 f.; *Wohlers* GA 2002, 15, 20: „Ausgangspunkt“. Übertrieben daher die Kritik von *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 624: „kritisches Potenzial [...] allenfalls in homöopathischen Dosen“. Auch ist es verkürzt, wenn die beiden Autoren vorbringen, ihr Konzept bleibe „anders als die strafrechtliche Rechtsgutslehre“ nicht beim schutzwürdigen Interesse stehen, sondern umfasse Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit. Denn diese Aspekte berücksichtigen auch die Vertreter der Rechtsgutslehre, nur eben in einem zweiten Prüfungsschritt.

³³⁵⁴ Diese Überlegungen haben in den spezielleren strafrechtsdogmatischen Kategorien ihren Niederschlag gefunden. Etwa das Kriterium der objektiven Sorgfaltswidrigkeit schafft bei den Begehungsdelikten einen Ausgleich zwischen Integritäts- und Freiheitsinteressen. – Der regelmäßig erfolgende Verweis auf die Verhaltensnorm (*Kindhäuser* Gefährdung S. 150; *ders.* GA 2010, 490, 496; *Frisch* GA 2003, 719, 734; oder

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Übermaßverbot sowie das *ultima ratio*-Prinzip³³⁵⁵ – aber auch das Garantenprinzip. Diese hinzukommenden Parameter zur Begrenzung des Strafrechts erhalten im Schutz des Rechtsguts ihren notwendigen Bezugspunkt.³³⁵⁶ Speziell für das Entstehenmüssen nach § 13 I StGB bedeutet dies, dass die Aufgabe des Garanten zum Schutz einer Person oder der Überwachung einer Gefahrenquelle weder als gesellschaftliche Rolle Selbstzweck sein noch starr an einem naturalistischen Herrschaftsprinzip kleben kann,³³⁵⁷ sondern auf den Schutz von Rechtsgütern bezogen sein muss. Dem entspricht es, dass die Garantenstellung (ebenso wie das selbstverständliche Entstehenmüssen des aktiv Handelnden) oben als Verantwortungsbeziehung zu einer Schädigungsmöglichkeit *für Rechtsgüter* definiert wurde.³³⁵⁸

3. Erheblichkeit des Rechtsgutsangriffs

Zwar teilt sich das Strafrecht die Funktion des Schutzes der Voraussetzungen des Zusammenlebens mit anderen Rechtsgebieten. Die besonderen Machtmittel des Strafrechts können jedoch ihrem Wesen nach nur zum Schutz besonders *elementarer* Rechtsgüter gegenüber *besonders schwerwiegenden* Verletzungen zum Einsatz kommen.³³⁵⁹ Es kommt also entscheidend auf das „Wie“ des Schutzes an, gegen welche Angriffe strafrechtlicher

die objektive Zurechnung (Roxin ZStW 116 (2004) 929, 935; ders. FS Hassemer S. 573, 586 f.) zur Auflösung des Freiheitskonflikts zwischen Handelndem und potentiellm Opfer ist zwar nicht falsch, umschreibt allerdings bloß die Fragestellung, nicht die Antwort. Dass es um die organisatorischen Aspekte der Ermöglichung menschlichen Zusammenlebens gehe, die Beziehungen zwischen miteinander agierenden Rechtspersonen (*Amelung* in Rechtsgutstheorie S. 155, 180; *Pawlik* Unrecht S. 137 ff., 140 f.: Abgrenzung personaler Freiheitsräume; siehe auch *Renzikowski* GA 2007, 561, 572: Denken von Rechtsverhältnissen; *Kahlo* FS Küper S. 249, 262 ff.), ist ebenfalls zutreffend, führt aber mangels konkreter Anhaltspunkte über die Ausgestaltung dieser Beziehungen ebenfalls nicht weiter. Dass es maßgeblich auf „Einsichten und Prinzipien der Verantwortlichkeit“ ankomme (*Frisch* in: Rechtsgutstheorie S. 215, 226; näher *ders.* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 148 ff., 230 ff.; sowie *Freund* Erfolgsdelikt S. 68 ff.; *Frister* GA 1988, 291 ff.; *Pawlik* Notstand S. 15 f.; *ders.* Unrecht S. 138: „In der von ihr vorgenommenen Zuständigkeitsverteilung zeigt sich die Freiheitlichkeit einer Strafrechtsordnung mindestens ebenso sehr wie in ihrer Rechtsgüterauswahl“; *Schünemann* in: Rechtsgutstheorie S. 133, 154; *Wittig* in: Rechtsgutstheorie S. 239, 240), würde im vorliegenden Kontext ebenfalls eher die zu behandelnde Frage nach der Garantenposition umschreiben als sie zu beantworten.

³³⁵⁵ Vgl. *Hassemer/Neumann* NK Vor § 1 Rn. 70 ff., insbesondere 72 f., 151; *Neumann* in: Personale Rechtsgutslehre S. 85, 94; *Roxin* FS Hassemer S. 573, 579 ff.; *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 Rn. 12 ff.; *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 3; *Sternberg-Lieben* in: Rechtsgutstheorie S. 65, 76; *Weigend* LK Einl. Rn. 1, 6. Dabei ist es keineswegs als schädlich zu erachten, dass man „externe Grenzen“ für den „zur Selbstbegrenzung insoweit unfähigen Rechtsgüterschutz“ zieht (vgl. etwa die Kritik von *Jakobs* ZStW 97 (1985) 751, 753). Denn gerade das Geflecht aus Prinzipien und Gegenprinzipien (vgl. dazu nur *Roxin/Greco* AT I § 3 Rn. 1b, 51 a f.; *Greco* FS Sancinetti S. 105, 109 ff.) schafft einen *wirksameren* Schutz der Betroffene, als hochabstrakte philosophische Rechtsbegriffe.

³³⁵⁶ Vgl. *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 6 f.: „Denn es macht nur Sinn, über die Erforderlichkeit der Strafe zu reden, sofern man weiß, worauf sich das Erforderliche bezieht“; siehe auch *Jescheck/Weigend* AT § 7 I; *Hassemer/Neumann* NK Vor § 1 Rn. 68; *Neumann* in: Personale Rechtsgutslehre S. 85, 94.

³³⁵⁷ Siehe schon oben zu *Jakobs* → Kapitel 3 § 2 G II 2 a), c), zu *Schünemann* → Kapitel 3 § 1 E II 2 b).

³³⁵⁸ Siehe oben → Kapitel 1 § 3 B VI 4.

³³⁵⁹ *Lenckner* Notstand S. 47; siehe auch *Eschelbach* in: Gefahr S. 145, 147 f.

Schutz gewährt werden soll.³³⁶⁰ Zu fordern ist stets eine gewisse *Unmittelbarkeit* des Angriffs, also eine Nähe der Handlung oder Unterlassung zur Rechtsgutsverletzung.³³⁶¹ Um Unrecht als *strafrechtliches*, also *strafwürdiges* Unrecht³³⁶² erscheinen zu lassen, müssen Art und Intensität des Angriffs auf das Rechtsgut eine bestimmte Schwelle erreicht haben.³³⁶³ So definiert etwa *Gallas*, „strafwürdig“ bedeute „so gefährlich und verwerflich, so unerträglich als Beispiel sozialwidrigen Verhaltens, daß zum Schutz der Allgemeinheit eine Reaktion mit der Strafe als dem schärfsten Mittel staatlichen Zwangs und dem stärksten Ausdruck sozialer Mißbilligung notwendig und angemessen erscheint.“³³⁶⁴ Die Sozialschädlichkeit beurteile sich maßgeblich danach, in welcher Intensität das geschützte Rechtsgut durch die in Frage stehende Verhaltensweise berührt werde.³³⁶⁵ Ähnlich meinen *Jescheck/Weigend*, die Strafwürdigkeit hänge von drei Variablen ab: Wert des Rechtsguts, Gefährlichkeit des Angriffs und Verwerflichkeit der Tätergesinnung.³³⁶⁶ *Rudolphi* nennt die Schutzbedürftigkeit des Opfers, die besondere Pflichtbindung des Täters sowie die Gefährlichkeit des Rechtsgutsangriffs.³³⁶⁷ Während hinsichtlich der Bedeutung des Rechtsguts beim unechten Unterlassungsdelikt keine Diskrepanz zum Begehungsdelikt besteht³³⁶⁸ und die „Verwerflichkeit der Tätergesinnung“ allenfalls die Ebene der Schuld betrifft, sich also überhaupt erst auf ein gegebenes Unterlassungsunrecht bezöge,

³³⁶⁰ *Jakobs* AT 2/23 f.; *Kudlich* ZStW 127 (2015) 635, 642; *Maurach/Zipf* AT 1 § 19 Rn. 7; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 85a; *Roxin* FS Hassemer S. 573, 589 f. *Sieber* NSTZ 2009, 353, 358 ff.; *Stächelin* Strafgesetzbuch S. 55 ff., 90 ff.: Angriffsweg; *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen S. 116 f.; *Wohlers* Deliktstypen S. 278.

³³⁶¹ *Hirsch* in: Strafrechtsentwicklungen S. 11, 17, 32; *Roxin* in: Strafrechtsentwicklungen S. 407, 411. Hierfür ist es unerlässlich, auf einen deutlich umrissenen Rechtsgutsbegriff zurückzugreifen, vgl. *Hirsch* aaO: durch Umdefinition von Rechtsgütern könnten sonst Gefährdungs- in angebliche Verletzungsdelikte verwandelt werden; *Kudlich* ZStW 127 (2015) 635, 642, der darauf hinweist, dass es mitunter konstruierbar ist, ob man eine Situation als unmittelbaren Angriff auf ein weit abstrahiertes Rechtsgut oder als mittelbaren Angriff auf ein konkretes Rechtsgut einordnet; *Roxin* FS Hassemer S. 573, 580: keine Rechtsgüter sind Schutzobjekte von unangreifbarer Abstraktheit; *ders./Greco* AT I § 2 Rn. 10, 45 c ff., die insoweit plausible Kriterien aufstellen.

³³⁶² Dass es sich bei einem Verhalten insofern um „strafwürdiges“ Unrecht handeln muss, präzisiert den Begriff materiellen Unrechts jedoch ebenfalls bloß im ersten Schritt, vgl. auch *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 6.

³³⁶³ Vgl. *Hassemer/Neumann* NK Vor § 1 Rn. 62 ff.; *Jescheck/Weigend* AT § 7 I 1 a, b; *Kühl* FS Kühne S. 15, 18; *Maiwald* FS Maurach S. 9, 11 ff.; *Otto* AT § 1 Rn. 49; *Stratenwerth* FS Jescheck S. 285.

³³⁶⁴ *Gallas* in: Beiträge S. 1, 16; siehe auch *Maiwald* FS Maurach S. 9, 11 f.; *Weigend* ZStW 98 (1986) 44, 50.

³³⁶⁵ *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 160. Die besondere Gefährlichkeit entspricht dann, vom Schutzbedürftigkeit der Allgemeinheit her gesehen, dem Bedürfnis ihrer Repression, *ders.* in: Beiträge S. 1, 13; **kritisch** zum Begriff der Sozialschädlichkeit hingegen *Frisch* FS Stree/Wessels S. 69, 76.

³³⁶⁶ *Jescheck/Weigend* AT § 7 I; ähnlich *Otto* AT § 1 Rn. 49.

³³⁶⁷ *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 62; siehe zudem *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 26 ff. Auch *Maiwald* betont die „Art des sozialen Kontakts“ (FS Maurach S. 9, 12), was sich besonders bei den Unterlassungsdelikten zeigt.

³³⁶⁸ Hierbei handelt es sich um den gemeinsamen normativen Anknüpfungspunkt für die Gleichstellung, der an dieser Stelle gerade einzuschränken ist. Vgl. *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 260; *ders.* JuS 1961, 173, 175 f.

ist die Pflichtenbindung des Ingerenten gerade *thema probandum* und aus der Pflichtenbindung von jedermann beim Begehungsdelikt abzuleiten. Strafrechtlich relevante Verhaltensweisen zeichnen sich im Rahmen des Begehungsdelikts also insbesondere durch die *besondere Gefährlichkeit* des auf das Rechtsgut gerichteten Angriffs aus.³³⁶⁹ Es kommt für die Garantenstellung maßgeblich darauf an, dass das Unterlassen einer Person im sozialen Miteinander für die Rechtsgüter des Opfers eine besondere, mit dem entsprechenden Begehungstatbestand wesensverwandte Gefährlichkeit und Sozialschädlichkeit aufweist.

Doch auch diese Umschreibungen sind noch höchst konkretisierungsbedürftig.³³⁷⁰ Aus ihnen lässt sich keine definitive Lösung für die Gleichstellungsfrage deduzieren. Was strafrechtlich relevantes, „schwerwiegendes“³³⁷¹ Unrecht ist, „läßt sich nicht generell, nicht ein für allemal bestimmen“.³³⁷² Ein materieller Verbrechensbegriff kann daher nur „tendenzielle Anforderungen“ stellen, indem sich seine grundsätzlichen Anforderungen in den Straftatelementen widerspiegeln, nicht jedoch „stringente Ableitungen und Grenzsetzungen“ gestatten.³³⁷³ Es kann damit keine absolute, sondern bloß eine *relative* Begriffsbestimmung des Verbrechens geben, „weil sie an das Schutzbedürfnis und die Wertvorstellungen der Gesellschaft in der konkreten historischen Situation anknüpfen muß“.³³⁷⁴ Zur näheren Präzisierung des strafrechtlichen Handlungsunwertes ist der Rückgriff auf die Wertungen des geltenden Strafgesetzbuchs daher unerlässlich. Aus rechtsstaatlichen Gründen ist zur Entscheidung über die Strafbarkeit allein der Gesetzgeber befugt, er entscheidet innerhalb der Vorgaben der Verfassung über die Strafwürdigkeit des

³³⁶⁹ *Gallas* in: Beiträge S. 1, 10; *ders.* FS Bockelmann S. 155, 160: nach dieser Gefährlichkeit lässt sich das Urteil über die Sozialschädlichkeit einer Handlung oder Unterlassung quantifizieren und abstufen (für die Unterlassung auch *ders.* Studien S. 80); *Jescheck/Weigend* AT § 7 I 1 b; *Kühl* Beendigung S. 54; *ders.* FS Kühne S. 15, 18; siehe auch *Samson* FS Grünwald S. 585, 599.

³³⁷⁰ Vgl. *Gallas* in: Beiträge S. 1, 16: „Daß auch diese Definition noch ausfüllungsbedürftige Merkmale enthält, liegt auf der Hand. Mehr läßt sich indes über das Verbrechen allgemein nicht aussagen.“

³³⁷¹ Vgl. etwa *Maiwald* FS Maurach S. 9, 11.

³³⁷² *Gallas* Studien S. 58; siehe auch *Kuhlen* in: Straftat, Strafzumessung S. 77, 89: Welche Normverstöße besonders gewichtig sind, „ist eine offene Wertungsfrage, über deren Beantwortung sich trefflich streiten läßt“.

³³⁷³ Vgl. *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 138, 140, 151; *ders.* GA 2019, 185, 196: Konkretisierung des Grundverständnisses in den Elementen der Straftat; *Frister* AT 3/19; noch skeptischer *Kuhlen* in: Straftat, Strafzumessung S. 77, 96: Seine Leistungsfähigkeit ist äußerst begrenzt.

³³⁷⁴ Die Verbrechenstypen bilden kein geschlossenes System eines vollständigen Schutzes von Gütern“, sondern können und sollen bloß punktuell dasjenige Verhalten erfassen, dessen Missbilligung im Sinne des Schutzes der Gesellschaft unerlässlich erscheint, *Gallas* in: Beiträge S. 1, 16; siehe auch *Maiwald* FS Maurach S. 9 ff.

bestimmten Verhaltens.³³⁷⁵ Die gesetzlichen Tatbestände schützen die Rechtsgüter dabei nicht gegen sämtliche, sondern nur gegen bestimmte, speziell umschriebene Angriffe.³³⁷⁶

4. Unterlassung als Rechtsgutsangriff

Das Entstehenmüssen muss beim Unterlassungsdelikt seinen notwendigen Bezugspunkt, seine Funktion, im Rechtsgüterschutz finden. Ausgangspunkt muss daher wie bei der Begehung sein, dass ein bestimmter Kausalverlauf aus Gründen des Rechtsgüterschutzes *überhaupt durch einen Garanten überwachungsbedürftig* ist.³³⁷⁷ Denn das Unterlassen ist nicht *per se* gefährlich, sondern bloß im Zusammenhang mit einem bereits in Gang befindlichen schadensträchtigen Verlauf, der nicht gehemmt wird. Der Unterlassende macht sich diesen außerhalb seiner selbst liegenden Kausalvorgang dienstbar, er nimmt also Fremdkausalität in seinen Dienst.³³⁷⁸ Da es nicht die Aufgabe des Strafrechts ist, den sozialetischen, intrinsischen Wert von Unterlassungen zu beurteilen, sondern den Bürgern die Bedingungen eines friedlichen und freiheitlichen Zusammenlebens (Rechtsgüter) zu gewährleisten, muss die Betrachtung bei dem schädlichen Verlauf ansetzen, der eben diese Bedingungen bedroht. Dann erfordert die Begründung, *welche* Person zur Überwachung der Situation „auf Posten gestellt“ ist, dass *überhaupt* in der konkreten Situation eine strafrechtliche Überwachungsposition erforderlich ist. Aus der Perspektive des Rechtsgutes muss hinsichtlich dieses Kausalverlaufs ein im Vergleich zu aktiven Schädigungen vergleichbares Schutz- und damit strafrechtliches Repressionsbedürfnis bestehen. Es kommt also maßgeblich darauf an, welche Qualitäten diese geschaffene Gefahr aufweisen muss, damit ihre Nichtabwendung ebenso gefährlich erscheint wie eine entsprechende Begehung. Daher ist jedenfalls im Grundsatz *Rudolphi* zuzustimmen,

³³⁷⁵ Vgl. dazu *Amelung* in: *Recht und Moral* S. 269, 278; *ders.* in: *Rechtsgutstheorie* S. 155, 182; *Frisch* in: *Straftat, Strafzumessung* S. 135, 163: „Der Tatbestand beschreibt, was – bei Beachtung des Gesetzmäßigkeitsprinzips – für den Rechtsanwender prinzipiell als strafrechtsrelevantes Unrecht zu gelten hat“; *Frister* AT 3/20; *Gallas* Studien S. 58; *ders.* in: *Beiträge* S. 1, 17: Relativität und fragmentarischer Charakter weisen zugleich auf das „Moment der Entscheidung“ und damit der „Positivität“, die dem Strafrecht innewohnt; *Hassemer/Neumann* NK Vor § 1 Rn. 65; *Hirsch* in: *Strafrecht und Kriminalpolitik* S. 65, 71; *Kühl* FS Tiedemann S. 29, 46: „Die Entscheidung kann dem Gesetzgeber von der Strafrechtswissenschaft nicht abgenommen werden“; *Kuhlen* in: *Straftat, Strafzumessung* S. 77, 90; *Maiwald* FS Maurach S. 9, 12: die Fixierung des erforderlichen Maßes an Sozialschädlichkeit als die für den Gesetzgeber „eigentlich schwierige Aufgabe“; *Murmann* FS Herzberg S. 123, 130: die Gewichtung und Abwägung der Freiheitsinteressen mit den Schutzinteressen sei „der konkreten Rechtsordnung überlassen“; *Renzikowski* GA 2007, 561, 563: „Der Gesetzgeber wägt [...] im Interesse größtmöglicher Handlungsfreiheit für alle [...] ab“; „Das Maß des rechtlich Geforderten bestimmt die rechtlich verfasste Gemeinschaft [...] nach ihren Vorstellungen von einer optimalen allseitigen Freiheitsverteilung“; *Roxin* ZStW 74 (1962) 515, 526: „Was diesem Verhalten unter rechtlichen Aspekten seine Bedeutung verleiht, ist allein das Verbot“; *ders.* ZStW 116 (2004) 929, 944; *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 60 f.; *ders.* SK⁶ Vor § 1 Rn. 34

³³⁷⁶ Siehe *Roxin* ZStW 83 (1971) 369, 403; *Jescheck/Weigend* AT § 7 I 1 b; *Maiwald* FS Maurach S. 9 ff.

³³⁷⁷ Siehe schon oben → Kapitel 3 § 2 E II 2 b).

³³⁷⁸ *Arth. Kaufmann* FS H. Mayer S. 79, 104 f.; zustimmend *Maiwald* JuS 1981, 473, 474: Indienstnahme gesetzmäßiger Zusammenhänge.

wenn dieser für die Garantenstellung aus Ingerenz im ersten Schritt überhaupt eine „Störung der sozialen Schutzordnung“ verlangt.³³⁷⁹ Ähnlich meint auch *Gallas* im Ausgangspunkt, die unterlassene Erfolgsabwendung müsse als Nichterfüllung der Garantiefunktion der Begehung durch ein Tun sozial gleichwertig sein.³³⁸⁰ Problematisch ist also, ob und unter welchen Voraussetzungen die Unterlassung nach vorangegangener Gefahrschaffung eine im Vergleich zur Begehung qualitativ vergleichbare Gefährlichkeit aufweist. Erst wenn eine Gefahrensituation *überhaupt überwachungsbedürftig* ist, sodass der Ausfall des Garanten eine mit der Begehung gleichartige Gefährlichkeit aufweist, stellt sich überhaupt die Frage, *welche* Person zu ihrer Überwachung auf Posten gestellt wird.³³⁸¹

5. Sekundäre Garantenstellung aus Ingerenz

Bei den Unterlassungsdelikten muss diese besondere rechtliche Beziehung zwischen dem schädlichen, zu überwachenden Kausalverlauf und einer bestimmten Person („rechtliches Einstehenmüssen“) anders als bei der Begehung ausdrücklich begründet werden. Der Garantenbegriff ist insoweit ein für die Unterlassungsdelikte den Grundsatz des Rechtsgüterschutzes einschränkendes Prinzip, welches bei den Begehungsdelikten, indem der aktiv Handelnde *stets* für die Folgen seiner Handlung einzustehen hat, keine derartige Funktion erfüllt.³³⁸²

Bei der Garantenstellung aus Ingerenz handelt es sich *nicht* um eine hervorgehobene soziale Position einer Person, deren Verhalten im sozialen Ablauf einkalkuliert ist. Die Verpflichtung ergibt sich nicht, wie etwa bei den Beschützergarantenstellungen, unabhängig von dem Verletzungsverbot,³³⁸³ sondern lässt sich ausschließlich als *sekundäre* Garantenstellung aus den Begehungstatbeständen begründen.³³⁸⁴ Es kann sich also nur um eine der Begehungstäterschaft nachgeordnete, diese ergänzende, nicht hingegen um eine gleichgestellte Position handeln. *Wenn* die Garantenstellung aus Ingerenz anzuerkennen ist, kann sie ihre Grundlage allein darin haben, dass das selbstverständliche Einstehenmüssen des Handelnden nach Handlungsabschluss fortbesteht. So meint etwa *Herzberg*, die Verantwortung für vermeidbare gefährliche Auswirkungen des eigenen gefährlichen Tuns verlängere sich nur in die Phase der Unterlassung hinein. Die Verantwortlichkeit des Ingerenten sei damit von der Verantwortlichkeit während des aktiven Vorverhaltens

³³⁷⁹ *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 38.

³³⁸⁰ *Gallas* Studien S. 80. Unter der abweichenden Prämisse, nur solches Verhalten sei von den Begehungstatbeständen mitgemeint.

³³⁸¹ So schreibt auch *Rudolphi* „Zweitens muß der Unterlassende nach den Wertungen der Rechtsordnung auf Grund seines Vorverhaltens für den von ihm bewirkten Gefahrenzustand verantwortlich sein“ (SK⁷ § 13 Rn. 39; Hervorhebung nicht im Original).

³³⁸² Siehe oben → Kapitel 1 § 3 B VI.

³³⁸³ Siehe oben → Kapitel 3 § 2 B II 3; *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 134: Der Ingerent hat keinen besonderen Status.

³³⁸⁴ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 108 f. Siehe auch *Gallas* Studien S. 81; *Freund* Erfolgsdelikt S. 180 ff.; *Herzberg* JZ 1986, 986, 988; *ders.* Arbeitsschutz S. 246; *Maurach* AT § 45 I C 1: „Komplementärscheinung“; *E. A. Wolff* Kausalität S. 43; siehe auch *Welp* Vorangegangenes Tun S. 164: „Aus dem Wesen des kriminellen Tuns selbst herzuleiten“.

abhängig.³³⁸⁵ Auch wenn man *Herzbergs* Konstrukt der einheitlichen Vermeideverantwortlichkeit ablehnt,³³⁸⁶ ist die Überlegung in der Sache durchaus überzeugend. Die Garantenposition des Ingerenten, seine besondere „Aufgabe“, seine Beziehung zu einem Gefahrsachverhalt muss derjenigen entsprechen, die nach den Wertungen des jeweiligen Begehungstatbestandes bereits zum Zeitpunkt des aktiven Handelns bestand. Sie ist in jedem Fall zu der Position des Begehungstäters nachrangig. Die Frage ist also falsch gestellt, wenn untersucht wird, inwiefern die Schaffung einer Gefahr eine Garantenposition *begründen* könne. Es geht vielmehr darum, ob das selbstverständliche rechtliche Einstehenmüssen des aktiv Handelnden tatsächlich an den Zeitpunkt des Handlungsvollzugs gebunden ist oder ob und inwieweit eine darüberhinausgehende rechtliche Funktionszuweisung zur Überwachung der bewirkten Schädigungsmöglichkeiten begründet wird. Da, wie gesehen,³³⁸⁷ die Rolle des Aktivtätlers völlig blass ist, kommt es darauf an, welche die *für die Gleichstellung* maßgebliche *Schädigungsmöglichkeit* als Gegenstand und Bezugspunkt des Einstehenmüssens ist. Wenn der Begehungstäter nur für die Handlung bzw. Handlungsherrschaft *selbst* einzustehen hätte, wäre eine Garantenstellung aus Ingerenz ausgeschlossen. Wenn allerdings der Begehungstäter dafür einzustehen hätte, dass sich infolge seiner Handlung bestimmte schadensträchtige Verläufe nicht ereignen, erschiene es gerechtfertigt, dass er zu *deren* Überwachung *weiterhin* „auf Posten gestellt“ ist. Die Garantenstellung aus Ingerenz ist also nur begründbar, wenn die als selbstverständlich vorausgesetzte Verantwortlichkeit des Handelnden *gerade im Hinblick* auf bestimmte (nicht auf den Handlungszeitpunkt selbst fixierte) Schädigungsmöglichkeiten besteht. Dann wäre es möglich, zu begründen, dass das Einstehenmüssen sozusagen „*akzessorisch*“ zu seinem Bezugspunkt, also der zu überwachenden Schädigungsmöglichkeit, auch nach Handlungsabschluss *fortbesteht*.

Eine derart begründete Ingerenzgarantenstellung wäre weder bloß „tatbezogen“ noch bloß „täterbezogen“, sondern stellt gerade eine spezifische Verantwortungsbeziehung zwischen der Person des Garanten und der tatbestandsmäßigen Situation dar. Diese Überlegung ist entscheidend für die Frage, ob dem Teilnehmer an der Unterlassungstat die Strafmilderung des § 28 I StGB zugutekommt. Der BGH hat dies nun in einem Beschluss aus dem Jahr 2021 bejaht.³³⁸⁸ Diese Entscheidung ist mit dem hier vertretenen Standpunkt entgegen dem ersten Anschein durchaus kompatibel: Zwar kann es sich bei der Ingerenz

³³⁸⁵ *Herzberg* JZ 1986, 986, 98 f.; ähnlich *Jakobs* in: El sistema S. 133, 134 f.; *ders.* FS R. Merkel S. 639; siehe auch *Herbertz* Ingerenz S. 271: „kleine Schwester der aktiven Begehung“; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 134: Die Beziehung zu der Freiheitssphäre des Opfers ist nur über die durch die Vorhandlung geschaffene Beziehung zu der Gefahr etabliert; **andere** *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 679: Die Ingerenz beruhe auf einem „anderen Grund“ nämlich der besonderen Verantwortlichkeit für ein gefährliches Tätigwerden. – Doch wenn die „besondere Verantwortlichkeit“ nicht auf das bloße *Faktum* des gefährlichen Tuns gestützt werden soll, muss eine *Wertung* aufgefunden werden. Hierfür kommt jedoch allein die Wertung des Begehungstatbestandes in Frage, dass der Handelnde *stets* für die Folgen seines Tuns einzustehen hat.

³³⁸⁶ Siehe oben → Kapitel 3 § 2 G I 2 a).

³³⁸⁷ Siehe oben → Kapitel 1 § 3 B VI 3.

³³⁸⁸ BGH NJW 2021, 1767, 1769; zustimmend *Hinderer* NSTz 2022, 223; ablehnend *Renzikowski* JR 2022, 140 ff.; zur Übertragbarkeit auf andere Garantenstellungen *Valerius* NJW 2021, 1770.

nicht um eine besondere Position im sozialen Leben (oder nach dem BGH: eine „Sonderpflicht mit starkem persönlichen Einschlag“) handeln,³³⁸⁹ sondern allein um die „Verlängerung“ des Einstehenmüssens des Jedermann.³³⁹⁰ Aus gerade diesem Grund verneinen einige Autoren (insbesondere) für die Ingerenz den Sonderdeliktscharakter.³³⁹¹ Damit wird jedoch verkannt, dass zwar prinzipiell jedermann durch sein eigenes Tun in eine Ingerenzposition gelangen *kann*, zum entscheidenden Zeitpunkt der konkreten deliktischen *Unterlassung* allerdings eben gerade *nicht jedermann*, sondern allein *eine bestimmte* Person – der Ingerent – zur Erfolgsabwendung verpflichtet ist.³³⁹²

6. Zwischenfazit

Wenn die Garantenstellung aus Ingerenz allein aus den maßgeblichen Wertungen der Begehungstatbestände, insbesondere ihrer Zwecksetzung zum Rechtsgüterschutz, heraus begründet werden kann, ist es erforderlich, sich mit den Besonderheiten strafrechtlicher Tatbegehung auseinanderzusetzen.

II. Entfaltung der maßgeblichen Rechtsidee

1. Maßgeblichkeit der Tatherrschaft bei den Begehungsdelikten

Grundsätzlich ist dem Ausgangspunkt *Rudolphis*, *Schünemanns* und *Roxins* zuzustimmen: Zentrales Erfordernis der in den Tatbeständen des Besonderen Teils normierten Vorsatzdelikte ist, das der Tatherrschaft, die dort das Verhältnis des Einzelnen zu dem „in der Sachwelt“ ablaufenden Geschehen³³⁹³ kennzeichnet. Die Maßgeblichkeit der Tatherrschaft entspricht für die *täterschaftliche* Begehung – mit unterschiedlichen Nuancen und Schwerpunkten – der h.M.³³⁹⁴ Die Tatherrschaft ist Kriterium *jeder* Täterschaft. Sie ist universelle Voraussetzung jeder Tatbestandserfüllung durch aktives Tun.³³⁹⁵ Diese Schlussfolgerung, die für die mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft gezogen wird, gilt

³³⁸⁹ Insoweit wie hier Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski AT 2 § 53 Rn. 74.

³³⁹⁰ Siehe schon oben → Kapitel 3 § 2 B II 3.

³³⁹¹ Gegen den Sonderdeliktscharakter *aller* Garantenstellungen *Freund* FS Herzberg S. 225, 238 ff.; gegen den Sonderdeliktscharakter von Delikten aufgrund Organisationszuständigkeit *Jakobs* AT 29/112; gegen den Sonderdeliktscharakter der Ingerenz Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski AT 2 § 53 Rn. 74; siehe auch *Herzberg* GA 1991, 145, 162 ff.

³³⁹² So in der Sache auch der Bundesgerichtshof, BGH NJW 2021, 1767, 1769. Zweifelnd, ob es sich dabei allerdings um ein *besonderes* persönliches Merkmal handle, *Valerius* NJW 2021, 1770.

³³⁹³ *Stratenwerth* FS Eb. Schmidt S. 383, 390.

³³⁹⁴ Grundlegend *Roxin* TuT *passim*; *ders.* AT II § 25 Rn. 13, 27 ff.; *ders.* LK¹¹ § 25 Rn. 34 ff.; siehe auch *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 13 m.w.N. „fast das ganze Schrifttum“; *Zieschang* GA 2020, 57, 61; *Kühl* AT § 20 Rn. 26 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen* § 12 Rn. 15 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 806 ff.; siehe auch für eine normativere Tatherrschaftslehre *Murmann* Nebentäterschaft S. 279; auch die Rechtsprechung hat sich dieser Lehre inzwischen deutlich angenähert, vgl. *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 29 ff.

³³⁹⁵ *Bruns* Tatbestand S. 72; *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 537 ff.; *Gallas* DRZ 1950, 67; *ders.* Gutachten S. 128 ff.; *ders.* ZStW-Sonderheft Athen (1957) 3, 13, 16 f.; *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 98, 133; *ders.* FS Universität Köln S. 399, 405; *Jescheck/Weigend* AT § 61 V, § 62 I 1; *Kudlich* ZStW 127 (2015) 635, 651; *Küpper* GA 1986, 437, 444; *ders.* Grenzen S. 92; *Lüderssen* FS Grünwald S. 329, 345; *Maiwald* FS Bockelmann S. 343, 361; *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 63; *H. Schumann/A. Schumann* FS Küper S. 543, 554; *Zieschang* FS Otto S. 505, 514; *ders.* AT Rn. 90; *ders.* Handbuch Bd. 2 § 33 Rn. 72, 102; *ders.* NK Medizinrecht § 13 Rn. 16.

selbstverständlich auch für den unmittelbaren Täter.³³⁹⁶ Dieser muss eine „ausreichende gestaltende Einwirkungsmöglichkeit auf den Eintritt des konkreten Erfolgs“ haben, anderenfalls beherrscht er nicht das Kausalgeschehen.³³⁹⁷ Eine Straftat begeht also, wer *materiell* die Verwirklichung des Tatbestandes in der Hand hält.³³⁹⁸ Relevanz erlangt die Herrschaft selbstverständlich nicht aus sich heraus, sondern mittels auf die Herrschaft bezogener Rechtssätze. Die gesetzlichen Straftatbestände beschreiben die Tat als beherrschten Angriff als Rechtsgüter, den Täter als denjenigen, der die Tat selbst begeht.³³⁹⁹ Töten ist die beherrschte Herbeiführung des Todes, Misshandeln ist die beherrschte Herbeiführung der Unversehrtheitsverletzung, Wegnehmen ist der beherrschte Gewahrsamswechsel, etc...³⁴⁰⁰ § 25 I StGB stellt ebenfalls klar, dass Täter ist, wer die Tat selbst begeht, also selbst die maßgebliche Entscheidung über die Verwirklichung des Tatbestands trifft.³⁴⁰¹

2. Ergänzende Funktion der Ingerenz

Zwar setzen die Begehungsdelikte voraus, dass der Inhaber von Tatherrschaft für die bewirkten Folgen besonders verantwortlich ist, allerdings würde der Schluss, dass Tatherrschaft eine Garantenstellung begründe, nicht weiterführen, denn die Verletzung der Garantenpflicht würde sich dann in den aller meisten Fällen an ein vollendetes Begehungsdelikt anschließen und dahinter zurücktreten. Eine derartige Begründung der Unterlassungsstrafbarkeit, der neben der Begehung kaum ein eigenes Anwendungsfeld verbliebe,

³³⁹⁶ Mit dem Begriff der Tatherrschaft lassen sich auch Kausalverläufe, die erheblich von der Vorstellung des Täters abweichen, aus dem Tatbestand der Vorsatzdelikte des BT ausschließen: „Erheblich, d.h. dem Handelnden nicht mehr zurechenbar, ist die Abweichung dann, wenn der Erfolg entgegen der Vorstellung des Handelnden auf eine Weise eingetreten ist, die er mit den von ihm final eingesetzten Mitteln erfahrungsgemäß nicht mehr beherrschte“, *Gallas ZStW-Sonderheft Athen* (1957) 3, 17; siehe auch *Hirsch FS Universität Köln* S. 399, 405: Hier liege kein steuernder Wille vor. Insbesondere auch die Fälle der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung lassen sich sachgemäß über das Tatherrschaftskriterium lösen, *Zieschang Handbuch* Bd. 2 § 33 Rn. 109 ff., ebenso Konstellationen des Dazwischentretens Dritter, Rn. 118, 121.

³³⁹⁷ *Hirsch ZStW* 74 (1962) 78, 98. Die Beteiligungsformen des StGB sind die eigentlichen gesetzlichen „Typen objektiver Zurechnung“, *Maiwald FS Miyazawa* S. 465, 480.

³³⁹⁸ *Roxin AT II* § 25 Rn. 29. Dies ist in der Regel der, der alle Voraussetzungen eines Straftatbestandes in eigener Person erfüllt, Rn. 42; siehe auch *Schünemann/Greco LK* § 25 Rn. 50; *Herzberg ZStW* 99 (1987) 49, 50, 53: „§ 25 Abs. 1 StGB synchronisiert also die Täterschafts- mit der Tatbestandsprüfung, was immer schon der Logik des Gesetzes entsprach, aber speziell in Deutschland zu betonen notwendig geworden war“; *Jäger Zurechnung* S. 20: Dabei bedeute „Tatbestandsverwirklichung“ bereits im Wortsinne „Erfolgs-gestaltung“; *Murmann Nebentäterschaft* S. 154 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger AT* Rn. 796.

³³⁹⁹ *Rudolphi FS Bockelmann* S. 369.

³⁴⁰⁰ Der Gesetzgeber denkt sich den ausführenden Täter als „Mittelpunkt und Schlüsselfigur“ des deliktischen Geschehens, während die Anstifter und Hilfeleistenden außerhalb dieses „Zentrums“ gruppiert sind. *Roxin TuT* S. 29; siehe auch *Gallas Gutachten* S. 123 ff.: personales Aktionszentrum; *ders. ZStW-Sonderheft Athen* (1957) 3, 6 f.; *Maiwald FS Bockelmann* S. 343, 355.

³⁴⁰¹ Siehe auch *Jescheck/Weigend AT* § 61 V 1, 2; *Roxin AT II* § 25 Rn. 11; *Schünemann/Greco LK* § 25 Rn. 50 f.; *Weigend LK Einl.* Rn. 47; *Wessels/Beulke/Satzger AT* Rn. 796.

wäre bloß *l'art pour l'art*.³⁴⁰² Der Herrschaftsansatz würde sich so hinsichtlich der Ingerenz *ad absurdum* führen. Es zeigt sich also, dass eine Garantenstellung aufgrund Ingerenz systematisch eine ergänzende Funktion im Vergleich zur Begehungsstrafbarkeit aufweisen muss. Das Strafgesetzbuch ist zwar aufgrund seiner fragmentarischen Natur³⁴⁰³ nicht auf Lückenlosigkeit ausgelegt, indem es im Hinblick auf die Strafwürdigkeit Schwerpunkte setzt,³⁴⁰⁴ zielt jedoch insoweit auf Vollständigkeit, als sich zwar nicht die besonderen Deliktstypen, jedoch die *allgemeinen* Erscheinungsformen der Straftat gegenseitig ergänzen.³⁴⁰⁵ Nach § 23 II StGB ist für den Versuch, der ein Minus zur Vollendung³⁴⁰⁶ darstellt, ebenfalls grundsätzlich eine „vollendungsgleiche“ Bestrafung bei bloß fakultativer Milderungsmöglichkeit vorgesehen. § 26 StGB bestraft den Anstifter sogar einschränkungslos gleich einem Täter, obwohl es bei der Anstiftung, insbesondere im Vergleich zu den Fällen des § 25 I 2. Alt. StGB, gerade an der Täterschaft fehlt. Ebenso selbstverständlich wie wir bei der Anstiftung kein Vorliegen von Tatherrschaft, beim Versuch keinen Erfolgseintritt verlangen, um den Handelnden gleich einem (Vollendungs-)Täter zu bestrafen, kann man auch bei der Ingerenz dafür plädieren, dass die Gründe für das Einstehenmüssen des Unterlassenden für den schädlichen Verlauf im Vergleich zu der selbstverständlichen Verantwortlichkeit des aktiv Handelnden weniger evident und intensiv sein müssen.

Es ist durchaus denkbar, dass – wie bereits in Auseinandersetzung mit der Theorie *Schünemanns* und *Roxins* dargelegt – die Herrschaft in der Vergangenheit liegt. Die gleiche rechtliche Idee kann eine abweichende Gestalt annehmen, ob sie nun für die Begehung oder die Unterlassung entfaltet wird.³⁴⁰⁷ Nach *Radbruch*: „Die künstlerische Idee ist eine andere, wenn sie in Marmor, eine andere, wenn sie in Bronze verwirklicht werden soll.“³⁴⁰⁸ Hieraus folgert insbesondere *Roxin*: „So nehmen die normativen Maßstäbe von

³⁴⁰² Ebenso *Welp* Vorangegangenes Tun S. 183. Die Bedeutung der Ingerenz beschränkt sich gerade auf die Fälle, in denen die Begehungsstrafbarkeit das volle Unrecht nicht abbilden kann, vgl. auch *Arzt* JA 1980, 712, 714; *Hardwig* Zurechnung S. 155; *Herzberg* JZ 1986, 986, 988; *ders.* Arbeitsschutz S. 246; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* § 21 Rn. 70.

³⁴⁰³ Siehe dazu eingehend *Kühl* FS Tiedemann S. 29, 35 ff.; sowie *ders.* FS Kühne S. 15, 19. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts ist dabei jedoch kein Selbstzweck, vgl. *Puppe* Schule S. 287.

³⁴⁰⁴ Vgl. *Jescheck/Weigend* AT § 7 I 1a, II. Ein lückenloses Strafrecht würde die Freiheit mehr gefährden als sie es schützt, *Eschelbach* in: *Gefahr* S. 145, 160.

³⁴⁰⁵ Siehe *Engisch* Einheit S. 33: „Teleologisch sind im Strafrecht die Ergänzungen zwischen den verschiedenen Normen dergestalt, daß im Interesse einer erschöpfenden Hinhaltung gemeinschädlichen Verhaltens dafür gesorgt ist, daß, was die eine Norm nicht leistet, durch eine andere geleistet wird“. Das Strafrecht bezweckt die „Ergänzung der Vollendungs- durch Versuchs-, der Täterschafts- durch Teilnahme-, der Verletzung- durch Gefährdungs-, der Diebstahls- durch die Unterschlagungsbestimmungen“. – Diese Ausführungen aus *Engischs* im Jahr 1935 entstandenen Schrift sind zwar, da sie nicht gerade aus einer Blütezeit des Rechtsstaats stammen, mit Vorsicht zu behandeln. Das von ihm vorgebrachte systematische Argument erscheint dennoch plausibel und auch heute – in den Grenzen des *ultima ratio* Grundsatz sowie des Gesetzlichkeitsprinzips – gültig.

³⁴⁰⁶ *Plastisch* Maurach/*Gössel/Zipf* AT 2 § 40 Rn. 34 ff.: „Der Versuch als Tatbestandsmangel“.

³⁴⁰⁷ Vgl. schon oben → Kapitel 3 § 2 E II 2 b).

³⁴⁰⁸ *Radbruch* FS Laun S. 157, 163: Diese Beziehung zwischen Idee und Stoff mag Stoffbestimmtheit der Idee heißen. So sind auch die Rechtsideen wesensmäßig für und durch den Rechtsstoff, durch das jeweilige

Handlung, Unrecht und Schuld, wenn sie sich beim Eingehen in den Rechtsstoff materialisieren, eine verschiedene Gestalt an, ob es um Tun oder Unterlassen, um willentliches oder unwillentliches Handeln geht“. Der normative Gedanke müsse am Rechtsstoff entfaltet werden.³⁴⁰⁹ Besonders eindrucksvoll hat *Roxin* dies für den Begriff der Täterschaft demonstriert. Von der Leitlinie ausgehend, dass der Täter die Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens sei,³⁴¹⁰ differenziert *Roxin* den Begriff der Tatherrschaft hinsichtlich der einzelnen Formen der Täterschaft aus. Die Idee der Tatherrschaft entfaltet sich am konkreten Rechtsstoff und nimmt damit etwa für die unmittelbare, mittelbare und Mittäterschaft eine unterschiedliche Gestalt an: Entscheidend ist hierbei die „Herausarbeitung statt Nivellierung der Gegensätze“.³⁴¹¹ Der Tatherrschaftsbegriff sei dabei weder ontologisch völlig vorgegeben, noch das Produkt reiner Wertung, sondern „das Produkt einer mehrschichtigen Synthese von ontologischer und teleologischer Betrachtungsweise.“³⁴¹² Es hängt dabei jedoch entscheidend von den Zweckvorstellungen des Gesetzgebers ab, ob und wie er den Begriff der Tatherrschaft für maßgeblich hält und wie weit er ihn in den Grenzbereichen fasst.³⁴¹³

Für die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz muss es daher nicht auf das volle, aktuelle Vorliegen von Tatherrschaft (nach *Schünemann*: „Herrschaft über den Grund des Erfolgs“) ankommen,³⁴¹⁴ vielmehr kann die Übertragung des Herrschaftsprinzips auf die Ingerenzsituation durchaus eine abweichende Gestalt annehmen, sodass etwa vergangene Formen der Handlungsherrschaft genügen. Jedoch muss die Überwachungsposition aus Ingerenz, um als „wesensverwandtes Minus“ zur Begehung begründet zu werden, als Facette der für das Begehungsdelikt maßgeblichen Idee der Tatherrschaft³⁴¹⁵ darstellen: Der Gesetzgeber stellt in § 13 StGB bestimmte Unterlassungen der Begehung gleich. Dies muss entsprechend der gesetzgeberischen Konzeption im Wege eines Ähnlichkeitsschlusses und damit mittels eines Kriteriums geschehen, das der Tatherrschaft beim Begehungsdelikt nahesteht.³⁴¹⁶ Die Garantenstellung aus Ingerenz kann, wie dargelegt, bloß als die

Zeitalter, durch die besondere Nation bestimmt, kurz durch die Natur der Sache; zustimmend *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 90.

³⁴⁰⁹ *Roxin* GS Radbruch S. 260, 264 f. „Stoffbestimmtheit der Idee“; *ders.* TuT S. 22 ff.: Synthese einer wertenden und einer sinn- und strukturfassenden Methode; *ders.* FS Lampe S. 423, 428; *ders./Greco* AT I § 7 Rn. 88; siehe auch *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 91; *ders.* SK⁷ Vor § 13 Rn. 19; selbst der vehementeste Gegner der Ingerenz *Schünemann* schreibt, der anhand der Körperbewegung gewonnene Herrschaftsbegriff müsse für die „modernen Formen der sozusagen unkörperlichen, prästabilisierten Kontrolle über einen sozialen Bereich“ modifiziert werden, *Schünemann* in: Umweltschutz S. 137, 141 f.; siehe auch *ders./Greco* LK § 25 Rn. 52 f.; siehe auch 49: anschiegendes Entlangwandern an der Struktur des Gegenstandes.

³⁴¹⁰ *Roxin* TuT S. 29; siehe auch *ders.* LK¹¹ § 25 Rn. 35 ff.

³⁴¹¹ *Roxin* TuT S. 598.

³⁴¹² *Roxin* TuT S. 355, 589 ff.; siehe auch *ders.* FS Lampe S. 423, 427 ff.

³⁴¹³ *Roxin* TuT S. 22 ff., 285 ff.

³⁴¹⁴ Auch die Teilnahme, §§ 26, 27 StGB fordert keine Herrschaft über die Gesamttat, sondern nur „Herrschaft“ über die eigenen Unterstützungsbeiträge.

³⁴¹⁵ Siehe auch *Herzberg* Arbeitsschutz S. 230: Herrschaft als zu präzisierender Leitaspekt.

³⁴¹⁶ *Roxin* AT II § 32 Rn. 19.

fortbestehende Überwachungsposition des aktiv Handelnden zur Kontrolle des gefährlichen Geschehens begründet werden. *Roxin* nimmt insoweit an, die Garantenposition könne die Phase aktueller Herrschaft als normativ verstandene Kontrollherrschaft überdauern.³⁴¹⁷ Im Folgenden ist eben dieser Frage nachzugehen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Ingerent eine derartige „Kontrollherrschaft“ aufweist.

3. Geringeres Unrecht der Ingerenzunterlassung?

An den Ausführungen zeigt sich, dass für die Ingerenzbegründung im Vergleich zur aktiven Begehung nur ein „Weniger“ verlangt werden kann. Dem entspricht es, dass bezüglich der Ingerenz regelmäßig auf einen geringeren Unwertgehalt im Vergleich zu einem entsprechenden Begehungsdelikt hingewiesen wird.³⁴¹⁸ Die Pflicht sei dort nicht so „elementar“ und habe daher geringeres Gewicht.³⁴¹⁹ Hieraus wird zum Teil die Ablehnung der Garantenstellung aus Ingerenz gefolgert, denn deren Unrechtsgehalt und Strafwürdigkeit sei unter derjenigen der Begehung angesiedelt.³⁴²⁰ Dem wurde oben bereits widersprochen: Die höhere Belastung der Handlungsfreiheit ist erstens jeder Unterlassung eigen und bei der Ingerenz höchstens graduell anders.³⁴²¹ Zweitens kann die Garantenstellung die gesteigerte Evidenz der Verantwortung für die Folgen eigenen Tuns³⁴²² *nie* kompensieren, sondern allein die *Funktion* übernehmen, das Unterlassen mit einem bestimmten schadensträchtigen Verlauf rechtlich in Verbindung zu bringen, den der Betreffende – obwohl er ihn nicht aktiv steuert – zu überwachen hat.³⁴²³ In diese Richtung geht auch *Herzberg*, der daher die „Gleichwertigkeit“ als Lösung des Unterlassungsproblems verwirft: Die Unterlassung müsse der Begehung nicht gleichwertig sein, denn sie könne

³⁴¹⁷ *Roxin* AT II § 32 Rn. 150 f. Siehe schon oben → Kapitel 3 § 2 F II.

³⁴¹⁸ *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 286; *Köhler* AT S. 220, 233, jedenfalls bei rechtmäßiger Gefahrschaffung; *Langer* Sonderstrafat S. 452, 460 f.; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 322; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 315, 317; siehe bereits *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 107, 113; **anders** etwa *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 153, der selbst aber auch von einer „sekundären“ Garantenstellung spricht.

³⁴¹⁹ Bezüglich der Ingerenz *E. A. Wolff* Kausalität S. 43; *Köhler* AT S. 220.

³⁴²⁰ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 313 ff., insbesondere S. 315 a.E.; nach *Langer* Sonderstrafat S. 452 fehlt es bei der Ingerenz an der „gesteigerten Dringlichkeit der Normgeltung“; *Sangenstedt* (Garantenstellung S. 191 m. Fn. 12, 371, 409) fordert allerdings nur, dass die Unterlassung „wenigstens annähernd“ den Unwert aufweise, die die vergleichbare Begehung habe. Daher sei die Milderungsklausel gerechtfertigt. Die Ingerenz stehe im Widerspruch zum Postulat der Gleichwertigkeit, daher könne das Unterlassen des Ingerenten nicht dem Tatbestand eines unechten Unterlassungsdelikts unterfallen; *Berster* Unterlassungsdelikt S. 55 führt die Formulierung in § 13 des E 1962 „Gleichwertigkeit“ als Indiz für das Erfordernis eines gleich(un)wertigen Unterlassens an: Mit diesem Begriff sei die „Wertgleichheit“ des Unterlassungs- mit dem Begehungsunrecht gemeint. Es sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber diese Auffassung verwerfen wollte, indem er letztlich statt Gleichwertigkeit das „Entsprechen“ normierte; außerdem bereits *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 284, 286.

³⁴²¹ Siehe oben → Kapitel 1 § 2 D V 3. So auch *Roxin* AT II § 31 Rn. 239: Der Gesetzgeber „verlangt mehr“ vom Normunterworfenen, wenn er ihm eine aktive Abwendungshandlung auferlegt. Damit weist auch die Verletzung durch Unterlassen einen geringeren Handlungsunwert auf; siehe auch *ders.* TuT S. 559 ff.

³⁴²² Siehe auch *Seelmann* GA 1989, 241, 248 ff.; siehe zudem *ders.* ebendort zu entsprechenden kriminalpolitischen präventiven Erwägungen; ferner *Langer* Sonderstrafat S. 457: „Evidenzvermutung“ für die Rechtsnormwidrigkeit des aktiven Rechtsgutsangriffs.

³⁴²³ Vgl. oben → Kapitel 1 § 2 D V 3, § 3 B VI 4; Kapitel 3 § 1 E II 3.

nichtmals in den strafwürdigsten Fällen eine vollständige Gleichwertigkeit erreichen.³⁴²⁴ Es leuchte unmittelbar ein, dass keine Pflicht so „elementar“ sei wie diejenige, die den Aktivtäter treffe.³⁴²⁵ Insbesondere die Unterlassung des Ingerenten habe geringeres kriminelles Gewicht als die Begehung.³⁴²⁶

Mit Einführung des § 13 StGB besteht nun, wie gesehen, in Form der Strafmilderungsklausel in Abs. 2 eine *gesetzliche* Wertentscheidung, die die genannten Argumente stützen könnte. So meint *Dencker*, die fakultative Milderungsmöglichkeit sei bei einem Verständnis vollständiger Äquivalenz kaum zu erklären. § 13 I StGB sage auch insbesondere im Hinblick auf die Garantenstellung nichts in Bezug auf das Gleichwertigkeitserfordernis, dieses ergebe sich eher aus der Tradition als dem Gesetz. Aus der Gesamtschau beider Absätze ergebe sich daher, dass es Unterlassungen gibt, die ein geringeres Unrecht als das aktive Tun begründen.³⁴²⁷ Solche Fälle stellten etwa die Ingerenzfälle dar: Egal welcher Qualität das Vorverhalten sei, die Unterlassung weise stets einen geringeren Unrechtsgehalt auf als wenn man im gleichen Fall den Vorsatz bereits zur Handlung dazu denke. Das Defizit sei, dass dem Täter im Zeitpunkt der Handlung der Vorsatz fehle.³⁴²⁸ Daher gelte es, den unausweichlich defizitären Charakter des § 13 StGB hinzunehmen und daraus seine Folgerungen zu ziehen. *Dencker* sieht daher im Bereich der Ingerenz die

³⁴²⁴ Die Verantwortung ende zwar nicht mit Abschluss der Handlung, verringere sich jedoch „nach der sozialen Wertung und dem individuellen Pflichtgefühl [...] auf eine Stufe geringerer Evidenz und Stärke“, *Herzberg* Garantenprinzip S. 283. Siehe auch S. 7: es liege ein „handfester“ Widerspruch zwischen dem Gerechtigkeitsgefühl und der Forderung nach Gleichwertigkeit vor; S. 287: Der Gleichheitsgedanke sei falsch. *Rudolphi* meint, während das unechte Unterlassen „in seiner sozialetischen Wertwidrigkeit und der Struktur seines Unrechts“ in allen Fällen der Begehungstäterschaft entspreche, komme es im Hinblick auf seine Strafwürdigkeit generell nur der Begehungsteilnahme gleich (Gleichstellungsproblematik S. 146). *Armin Kaufmann* schreibt, während die Aktivität einen Entschluss, also „Tatkraft“ fordere, zeichne sich die Unterlassung durch deren Fehlen aus. Dieser Unterschied sei auch durch die Garantenstellung nicht auszugleichen (Dogmatik S. 301; zustimmend *H.-J. Bruns* Strafzumessungsrecht S. 177). Allerdings beruht *Kaufmanns* Ansicht auch gerade auf der Prämisse, dass es keine Unterlassungsbeihilfe, sondern im Bereich der Unterlassungen nur Einheitstäterschaft gebe, Dogmatik S. 302; zustimmend *Welzel* JZ 1960, 179, 180; **dagegen** *Androulakis* Studien S. 241 f.; *Jakobs* AT 29/123 m. Fn. 234; *Lerman* GA 2008, 78, 81; *Roxin* TuT S. 549 ff.; gleichzeitig meint auch *Arm. Kaufmann*, das Garantenunterlassungsdelikt müsse eine annähernd gleiche Strafwürdigkeit aufweisen, JuS 1961, 173, 177.

³⁴²⁵ *Herzberg* Garantenprinzip S. 271; jeder „spüre“, dass die Unterlassung des Garanten in der Regel milder bestraft werden müsse als die Begehung, S. 7; *ders.* JuS 1971, 74, 76; für die Ingerenz auch *E. A. Wolff* Kausalität S. 43 m. Fn. 23.

³⁴²⁶ *Herzberg* Garantenprinzip S. 292; zudem erhöhe die zweckgerichtete das Geschehen steuernde Energieentfaltung Unrecht und Schuld beim Begehungsdelikt, S. 271; siehe auch S. 272: „kontinuierliche[...] Abschwächung“; *ders.* Arbeitsschutz S. 228; bereits *ders.* JuS 1971, 74, 76: es handle sich um ein „echtes Minus“.

³⁴²⁷ *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 160; gegen Erwägungen dieser Art *Freund* Erfolgsdelikt S. 19: Es sei verfehlt, die Milderungsmöglichkeit bei der Gleichstellungsfrage in die Waagschale zu werfen und einen „halbe“ Gleichwertigkeit genügen zu lassen; *ders.* MK § 13 Rn. 14; anders auch *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 10.

³⁴²⁸ *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 166 f.; bzw. die Fahrlässigkeit, wenn man auch ein pflichtgemäßes Vorverhalten ausreichen lässt; zustimmend *Weigend* LK § 13 Rn. 101 m. Fn. 383.

fakultative Strafmilderung als obligatorisch an.³⁴²⁹ Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt *Roxin*, der hinsichtlich der Strafmilderung differenziert, ob das Eingreifen zur festen sozialen Rolle des Garanten gehört oder ob dieser „zur Rettung aus ungewöhnlichen Gefahren berufen ist“.³⁴³⁰ Bei letzteren Fällen – zu denen auch die Ingerenz gehöre – könnten die Erfolgsabwendungspflichten objektiv nicht dem Begehungsunwert gleichkommen.³⁴³¹

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen: Bei der Ingerenz ist der einzig denkbare Grund des Entstehens *vergangene* Handlungsherrschaft. Die Beziehung des Täters zu der von ihm geschaffenen Gefahr kann bei der Ingerenz mangels aktueller, aktiver Herrschaft über diese Gefahr (oder einer im sozialen Ablauf einkalkulierten [und rechtlich verfestigten] Position, kraft derer er „auf Posten stünde“) niemals so unmittelbar sein wie bei der Begehung.³⁴³² Auch wenn sich die den Wertungen der Begehungstatbestände zugrunde liegende Idee der Herrschaft auf die Ingerenzkonstellation entfalten lässt, kann nicht kompensiert werden, dass im Zeitpunkt des tatbestandlichen Verhaltens (Unterlassen) weder ein aktuelles Herrschaftsverhältnis noch sonst ein soziales Substrat vorliegt.³⁴³³ Hier hält *Lerman* zwar das von *Jakobs* gebildete Beispiel des Mannes entgegen, der vorsatzlos ein Kind in die Luft wirft und sodann mit Tötungsvorsatz nicht wieder auffängt. In diesem „typischen Ingerenzfall“ entspreche das Unrecht „nach unserer Intention“ der Begehung.³⁴³⁴ Dem ist jedoch zunächst entgegenzuhalten, dass es sich gerade nicht um einen

³⁴²⁹ *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 169; der fakultative Charakter des § 13 II StGB zeige aber, dass es neben der Ingerenz andere Garantenstellungen gebe, die Handlungsäquivalenz ermöglichen, S. 170; ähnlich auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 104, 226; ablehnend *Pawlik* Unrecht S. 181 m. Fn. 182.

³⁴³⁰ *Roxin* JuS 1973, 197, 200; *ders.* GA 2009, 73, 84; *ders.* AT II § 31 Rn. 239, 242; (zuvor für dieses Kriterium im Rahmen der Strafbarkeitsbegründung *ders.* TuT S. 519 f.; *ders.* Kriminalpolitik S. 18 f.); zustimmend *Arzt* FS *Roxin* (2001) S. 855, 866 f.; *H.-J. Bruns* Strafzumessung S. 177 f.; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 58; nahestehend *Weigend* LK § 13 Rn. 101; die unterschiedliche „Stärke“ von Garantenstellungen betonend auch *Arzt* JA 1980, 553, 555; *Frister* AT 22/5: es gebe beim Unterlassungsdelikt eine größere Spanne des Unrechts. In manchen Fällen kompensiere die Verletzung der Garantenpflicht das Fehlen eines aktiven Eingriffs nicht vollständig; bereits *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 71, der zwischen Fällen unterscheidet, in denen die gesellschaftliche Ordnung und Sicherheit in erheblichem Maße von der Pflichterfüllung abhängt und solchen Fällen, in denen das Pflichtenverhältnis lockerer ist, etwa aufgrund von vorangegangenen Tuns; **anders** etwa *Jakobs* AT 29/124; *Lerman* GA 2008 78, 85 f.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 144: Unvorhergesehene Situationen sind auch im Bereich der Begehungsdelikte denkbar.

³⁴³¹ Bei der Ingerenz sei daher die Diskrepanz im Unrecht besonders deutlich, die Strafmilderung besonders nötig. *Roxin* JuS 1973, 197, 200 f.; *ders.* AT II § 31 Rn. 240, § 32 Rn. 153 f.; siehe auch *ders.* GA 2009, 73: eine völlige Gleichstellung ist nicht verlangt; hierzu **kritisch** *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 339 f.; *Timpe* Strafmilderungen S. 187; *Lerman* GA 2008, 78, 81: „intuitiv einsichtig“, normativ jedoch nicht begründet.

³⁴³² Siehe auch *Herzberg* JuS 1971, 74, 76; *ders.* Garantenprinzip S. 293: „je intensiver und aktueller die Herrschaft über den Erfolgsgrund, desto stärker auch das Werterlebnis besonderer Verantwortlichkeit“; *ders.* Arbeitsschutz S. 246: Die Ingerenz betreffe eben gerade den Fall, in dem die Bewertung des aktiven Tuns selbst nicht genügt, um „dem Täter zuzumessen, was er verdient“.

³⁴³³ Dies lässt etwa *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 11 außer Acht, wenn er ungeachtet ihrer Unterschiede unmittelbar die Wertung anstellt, die Fälle seien „normativ gleich“.

³⁴³⁴ *Lerman* GA 2008, 78, 81; siehe zum Beispiel auch *Jakobs* Unterlassen S. 15: „Verbot hin, Gebot her, jedenfalls muß, wer ein kleines Kind scherzend in die Luft wirft, es bei ansonsten erfolgreicher Strafe aus

„typischen Ingerenzfall“ handelt, da gleichzeitig ein besonderes Herrschaftsmoment hinzukommt sowie möglicherweise Aspekte der Übernahme³⁴³⁵ eine Rolle spielen. Dies ändert im Übrigen nichts daran, dass im Unterschied zur sonst gleichen Begehung (der Mann wirft das Kind bereits mit Tötungsvorsatz hoch) das tatbestandsmäßige (Unterlassungs-) Verhalten und der Grund des Einstehenmüssens auseinanderfallen, wenn auch nur wenige Sekunden verzerrt. Bei der Ingerenz ist daher die Verantwortungsbeziehung zu dem schadensträchtigen Geschehen weniger stark ausgeprägt³⁴³⁶ als beim Begehungsdelikt. Bezüglich des geringeren Unrechtsgehalts der Ingerenz besteht also Einigkeit mit denjenigen Autoren, die die Ingerenz – gerade deshalb – als Garantstellung ablehnen.³⁴³⁷ Die daraus zu ziehende Folgerung ist jedoch die umgekehrte: „Gleichstellung“ erfordert keinen quantitativ identischen Unrechtsgehalt, sondern zunächst, dass das Unterlassen – wie auch das Tun – den (modifizierten) Tatbestand der Strafnorm erfüllt.³⁴³⁸ Damit eröffnet sich die Möglichkeit, die Ingerenz als Garantstellung anzuerkennen, aus der Argumentation des vorherigen Abschnitts (→ 2.) in Verbindung mit der Rechtsfolgenkorrektur nach § 13 II StGB: Wenn sich die Ingerenzgarantstellung aus der maßgeblichen Rechtsidee der Begehungstatbestände ableiten lässt, etwa § 212 I StGB, erfüllt sie den Unrechtstypus des Unterlassungstotschlags (§§ 212 I, 13 I StGB). Weil aber die *Konkretisierung* der Idee auf den Rechtsstoff der Ingerenzsituation die Evidenz der Verantwortung abschwächt, „liefert §§ 13 II den angemessenen Strafrahmen“,³⁴³⁹ sodass die Tatproportionalität der Bestrafung gewahrt bleibt. Es ist daher im Ergebnis auch der Erwägung zu widersprechen, die Milderung führe zu einer Ausweitung, anstatt einer Einschränkung der Strafbarkeit, indem man die „halbe“ Gleichwertigkeit für ausreichend halte und so voreilig ein Unterlassungsdelikt annehme, um dann „das schlechte Gewissen“ über die Strafmilderung zu beruhigen.³⁴⁴⁰ Wenn man die Gleichwertigkeit nicht aus einem dubiosen Rechtsgefühl hinsichtlich der „Entsprechung“ im materiellen Unrecht

dem Verletzungsdelikt auch wieder auffangen“; insoweit zustimmend *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 173.

³⁴³⁵ So für diesen Fall etwa *Jakobs* FS Fischer S. 115, 116 m. Fn. 5; *ders.* FS R. Merkel S. 639, 645.

³⁴³⁶ Allgemein *Frister* AT 22/5: man kann „in unterschiedlichem Maße für den Ursprung einer Gefahr [...] verantwortlich sein“

³⁴³⁷ Statt aller *Schünemann* Grund und Grenzen S. 313 ff.

³⁴³⁸ Siehe schon oben → Kapitel 1 § 2 D I, § 3 B IV 3 e). Und nur das bewirkt die „Gleichstellung“, vgl. *Küper* ZStW 131 (2019) 1, 28; siehe auch *Roxin* TuT S. 559; die Frage nach der Strafzumessung stellt sich erst im Anschluss; *Herzberg* Garantprinzip S. 293: die Differenz in der Strafwürdigkeit muss nicht dazu führen, zwischen den Fällen die „Sinngrenze“ zu ziehen. Ein weiteres Spektrum strafbaren Unrechts beim Unterlassungsdelikt sieht auch *Frister* AT 22/5.

³⁴³⁹ Zitat bei *Roxin* AT II § 32 Rn. 153; ähnlich wie hier auch *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 87: qualitative Übereinstimmung im Sinne einer Kongruenz des Deliktstypus, bei der dennoch der Unrechts- und Schuldgehalt zurückbleiben kann.

³⁴⁴⁰ *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 340 f.; *Freund* Erfolgsdelikt S. 19 m. Fn. 6; *ders.* AT § 6 Rn. 6; *ders.* MK § 13 Rn. 32 (m. Fn. 42), 295; *ders.* FS Herzberg S. 225, 245 „Scheinsieg des Verurteilten“; *Metzen* Strafmilderung S. 174; *Silva Sanchez* FS Roxin (2001) S. 641, 648: Resultat der Konzeption, auch nicht begehungsgleiche Unterlassungen nach § 13 StGB zu bestrafen. **Anders** zu Recht *Roxin* AT II § 31 Rn. 238; *ders.* GA 2009, 73: § 13 II StGB zeige, dass eine völlige Gleichstellung nicht verlangt ist.

begründet,³⁴⁴¹ sondern aus dem Schutzzweck des jeweiligen Begehungstatbestands (speziell bei der Ingerenz: aus dem fortbestehenden „Einstehenmüssen“ des Handelnden), wird die Gleichstellungsvorgabe des § 13 I StGB hinreichend beachtet. Die Milderungsklausel reagiert dann jedoch zu Recht auf das durchschnittlich geringere Unrecht der Unterlassung.³⁴⁴² Problematisch könnte noch sein, ob § 13 II StGB, wie *Dencker* etwa meint, bei der Ingerenz obligatorisch anzuwenden ist.³⁴⁴³ Prinzipiell ließe sich auch innerhalb des Strafrahmens eines Deliktes dem durchschnittlich geringeren Unrechtsgehalt Rechnung tragen.³⁴⁴⁴ Die Frage ist jedoch an dieser Stelle noch offen zu lassen. Die vielleicht wichtigste Auswirkung der Strafrahmenverschiebung ist die Durchbrechung des Rechtsfolgenautomatismus bei § 211 StGB,³⁴⁴⁵ beim Totschlag durch Unterlassen ist sogar eine Bewährungsstrafe möglich.³⁴⁴⁶

4. Wesentliche und unwesentliche Aspekte der Herrschaft

Bei der Auseinandersetzung mit der Theorie *Schünemanns* hat sich die Schwierigkeit gezeigt, diejenigen Aspekte der Herrschaft aufzuzeigen, die *für die Gleichstellung* des unechten Unterlassens *wesentlich*, und welche Facetten hierfür *unwesentlich* sind. Wenn man alle Aspekte, die für die Tatbestandsmäßigkeit des Begehungsdelikts wesentlich sind, auch für die Gleichstellung als wesentlich erachtete, würde diese scheitern. Es muss also von einigen *für das Begehungsdelikt wesentlichen*, jedoch *für die Gleichstellung unwesentlichen* Gesichtspunkten abstrahiert werden. Daher kann man die Richtlinie, nach der gleichgestellt werden soll, nicht allein dem Begehungsdelikt entnehmen, geboten ist vielmehr ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikt. Hierzu ist stets zu überprüfen, welchen *Zweck* bestimmte Merkmale des Begehungsdelikts erfüllen. Dann gilt es, zu überlegen, ob dieser Zweck auch bei den Unterlassungsdelikten verfolgt werden kann. Dabei ist insbesondere von denjenigen Aspekten der Begehung abzusehen, die in der Natur der Sache dieser Deliktsform liegen, es muss sich vielmehr um rechtliche Ideen handeln, die sich auch auf den abweichenden Rechtsstoff „Unterlassung“ entfalten lassen.³⁴⁴⁷

³⁴⁴¹ **Dagegen** schon oben → Kapitel 3 § 1 D. Siehe auch *Roxin* JuS 1973, 197, 201: nicht durch eine unsichere Gesamtwertung ausgleichen, sondern durch die Strafmilderung auffangen.

³⁴⁴² Vgl. auch *Roxin* GA 2009, 73, 84.

³⁴⁴³ Siehe auch *Arzt* FS *Roxin* (2001) S. 855, 867: „bei § 13 Abs. 2 ist dieselbe Evolution hin zu einer erst regelmäßigen und schließlich zwingenden Milderung zu erhoffen, wie es bei Beihilfe geschehen ist“. Für eine generelle Milderung bei *rechtmäßigem* Vorverhalten *Köhler* AT S. 220, 233.

³⁴⁴⁴ So ausdrücklich die Begründung zu E 1962, BT-Drucks. IV/650 S. 126; siehe auch *Roxin* TuT S. 562; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 59; *Schöne* Unterlassene Erfolgsabwendungen S. 339 m. Fn. 68.

³⁴⁴⁵ Siehe hierzu auch *Arzt* FS *Roxin* (2001) S. 855, 867, der weiterhin auf die Möglichkeit der Doppelmilderung bei Beihilfeunterlassen hinweist.

³⁴⁴⁶ Daher ist es nicht zutreffend, wenn in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen wird, die Strafrahmen seien „*ohnehin* regelmäßig“ nach unten offen (so aber *Freund* FS *Herzberg* S. 225, 245). Wenn das Gesetz eine Mindestfreiheitsstrafe anordnet, weist es die höchste Eingriffsintensität auf, sodass es verfehlt wäre, gerade diese Fälle zu marginalisieren.

³⁴⁴⁷ Siehe hierzu oben zu *Schünemann* → Kapitel 3 § 1 E 1 a), 2 b), c).

Die Schwierigkeit, die Unterlassung der Begehung aufgrund aktueller Herrschaft gleichzustellen, liegt ganz wesentlich darin begründet, dass die Tatherrschaftslehre ihre Ursprünge in der finalen Handlungslehre hat und bis heute durch diese beeinflusst ist: Die ganz anders geartete spezifische Gefährlichkeit des durch menschliche Handlung gesteuerten Geschehens im Vergleich zum bloß mechanisch-kausalen Ablauf liegt nach *Welzel* nicht in einer irgendwie messbaren „kausalen Stärke“ (wie eine große Giftdosis im Vergleich zu einer kleineren), sondern in der finalen Dirigierbarkeit des Geschehens durch den planenden Täterwillen.³⁴⁴⁸ Im Bereich des finalen Handelns hebe sich sodann die finale Täterschaft von anderen Formen finaler Beteiligung ab:³⁴⁴⁹ Täter sei, wer durch zweckbewusste Lenkung des Kausalgeschehens auf den tatbestandsmäßigen Erfolg hin Herr über die Tatbestandsverwirklichung ist.³⁴⁵⁰ Nach der klassischen Formulierung von *Maurach* ist Tatherrschaft das vom Vorsatz umfasste „In-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufes, die dem Handelnden bewußte Möglichkeit finaler tatbestandsgestaltender Steuerung“.³⁴⁵¹ Und auch *Roxin* spricht dem Begriff der Willensherrschaft eine „unverrückbare Grundstruktur“ zu, „die man respektieren muß, wenn man sich einmal für ihn entschieden hat“.³⁴⁵² Heute ist hinsichtlich der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme anerkannt, dass es auf eine Synthese objektiver und subjektiver Merkmale ankommt. Es handelt sich bei der Tatherrschaft insoweit um eine „final-objektive“ Theorie, die beide Momente in sich vereinigt.³⁴⁵³ Der subjektive Tatbestand, also

³⁴⁴⁸ *Welzel* Naturalismus S. 83; sowie *Gallas* ZStW-Sonderheft Athen (1957) 3, 9; *Jescheck/Weigend* AT § 61 III 3; *Roxin* TuT S. 32; *Stratenwerth* AT⁴ § 8 Rn. 23: Die Größe einer Gefahr ist nicht quantifizierbar. Darauf, dass es kein kausales Maß für Wirksamkeit gibt, wies bereits *M. E. Mayer* AT S. 389 hin.

³⁴⁴⁹ *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 538 f. Der finale Täter sei Herr über seinen Entschluss, dessen Durchführung und damit Herr über seine Tat, „die er in ihrem Dasein und Sosein zweckbewußt gestaltet“. Anstifter und Gehilfe hätten zwar auch eine gewisse Tatherrschaft über ihre Beteiligung, die Tat selbst unterstehe jedoch bloß der Herrschaft des Täters; **anders** *Engisch* FS Kohlrausch S. 141, 175 f.: regelmäßig nur geringfügige Unterschiede in der Herrschaft des Täters und des Teilnehmers.

³⁴⁵⁰ *Welzel* Strafrecht S. 99; *ders.* ZStW 58 (1939) 491, 542: Die Tat müsse „wirklich objektiv das Werk des Täters sein“, diese objektive Tatsache sei jedoch von subjektiven Momenten, nämlich der finalen Tatherrschaft abhängig. siehe auch *Jescheck/Weigend* AT § 61 V 1.

³⁴⁵¹ *Maurach* AT § 47 III B 2 b); siehe auch *Rudolphi* FS Bockelmann S. 369, 370; *Zieschang* ZStW 107 (1995) 361, 374.

³⁴⁵² *Roxin* TuT S. 285 f. Wenn man ihn bejahe, sei seine Ausgestaltung in den Randbereichen eine teleologische Frage. Der ontologische Ausgangspunkt der Finalität (vgl. S. 191 f.) wird also einer teleologischen Interpretation zugeführt, vgl. S. 355 f. Und grundlegend: „Rechtsbegriffe, die in ihrem Kern nicht auf anschaulich-seinshaften Strukturelementen ruhen, ermöglichen keine klaren Abgrenzungen und verschwimmen im Undeutlichen“. Die sinnerfassende Methode „verleiht den Rechtsbegriffen ein unverrückbares Zentrum“, während eine rein wertende Methode mehr oder weniger willkürlich und nicht einheitlich durchzuführen ist, S. 27 f.

³⁴⁵³ Grundlegend *Gallas* ZStW-Sonderheft Athen (1957) 3, 4, 11, 13; siehe auch *ders.* JZ 1960, 649, 650 f.; *Roxin* LK¹¹ § 25 Rn. 34 ff.; *H. Schumann/A. Schumann* FS Küper S. 543, 553; *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 48; *Welzel* ZStW 59 (1939) 491, 542; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 808; siehe auch zusammenfassend zu Literatur und Rechtsprechung *Küpper* GA 1986, 437 ff., 449: Die Ergebnisse der Rechtsprechung kommen der Tatherrschaftslehre sehr nahe; dem zustimmend *Hirsch* FS Universität Köln S. 399, 421; *ders.* in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 65, 77.

der Vorsatz ist demnach stets *mitgedacht*: Wer die seine Herrschaft begründenden Faktoren nicht kennt, kann auch keine Herrschaft über das Geschehen ausüben.³⁴⁵⁴ Diese besondere Art der Steuerung kommt allerdings *allein* aktiven Handlungen zu.³⁴⁵⁵ Die der Unterlassung eigene *Möglichkeit* steuernden Eingreifens ist eben nicht identisch mit der aktiven Geschehenssteuerung. Der Unterlassung kommt nie die besondere Gefährlichkeit des aktiv beherrschten Rechtsgutsangriffs zu. Der Unterlassende dirigiert nie planvoll das Geschehen, sondern hat im Hinblick auf einen bereits ablaufenden Kausalverlauf die Möglichkeit, diesen zu hemmen oder nicht.³⁴⁵⁶

Die Garantenstellung stellt zwar eine Verantwortungsbeziehung für eine Schädigungsmöglichkeit, nicht eine Abwendungsmöglichkeit dar, hieraus können jedoch für die Ingerenz keine Lösungen abgeleitet werden, solange zweifelhaft ist, welche Schädigungsmöglichkeit beim Begehungsdelikt Gegenstand des selbstverständlichen Einstehenmüssens ist. Gerade der Begriff finaler Tatherrschaft zeigt, dass die Willenssteuerung bei der Begehung nicht bloß das „Versäumen einer Abwendungsmöglichkeit“ darstellt, sondern gerade die qualitativ besondere Gefährlichkeit der Schädigungsmöglichkeit ausmacht. Dass in dieser Hinsicht die Unterlassung hinter der Begehung zurückbleibt, liegt in der Natur der Sache. Das Gesetz, welches die Unterlassung in § 13 I StGB trotz dieser Unterschiede der Begehung gleichstellt, gibt damit implizit zu erkennen, dass diese Besonderheiten der Gleichstellung von Unterlassungen mit der aktiven Begehung nicht zwingend entgegenstehen. Andersherum kann man hieraus jedoch ebenso wenig zwingend deduzieren, dass sich das Einstehenmüssen des Handlungsherrn stets in die passive Phase verlängere. Denn ist die Schädigungsmöglichkeit, für die dieser einzustehen hat, gerade bloß der beherrschte Angriff selbst, so geht es in der Unterlassungsphase um eine *abweichende* Schädigungsmöglichkeit, nämlich bloß die kausalen Folgen der Handlungsherrschaft.

Problematisch ist also, an *welche* Aspekte der Handlungsherrschaft sich die (selbstverständliche) Wertung des rechtlichen Einstehenmüssens knüpft, sodass diese für die Gleichstellung entscheidend sind, und welche Aspekte darüber hinaus eben eine spezifische Ausprägung der Begehung darstellen, somit also für die Gleichstellung zu abstrahieren sind. Es handelt sich, solange man keine weiteren Anhaltspunkte hat, um eine Wertungsfrage, womit für die Ingerenz der bloße Schluss von der Schutzbedürftigkeit auf die Schutzwürdigkeit droht.³⁴⁵⁷ Da sich die Frage nicht ausdrücklich aus den Wertungen zur Begehungsstrafbarkeit beantworten lässt, erscheint es gewinnbringend, einen weiteren dogmatischen Fixpunkt zu schaffen, an dem die teleologische Argumentation Halt findet. So bietet sich der Vergleich zu den übrigen Garantenpositionen an, die der Begehung in der Literatur unstreitig gleichgestellt sind und deren Entstehungsvoraussetzungen sich möglicherweise deutlicher bestimmen lassen. Diejenigen Aspekte, die das *teleologisch*

³⁴⁵⁴ *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 148.

³⁴⁵⁵ Siehe schon oben → Kapitel 3 § 1 E II a) bb), b) cc).

³⁴⁵⁶ Der Unterlassende ist insoweit stets „Gelegenheitstäter“, vgl. *Arzt* JA 1980, 553, 556.

³⁴⁵⁷ So gegen *Rudolphis* Ingerenzbegründung *Schünemann* Grund und Grenzen S. 169.

wesentliche Gemeinsame dieser Garantenstellungen (nicht deren bloß akzidentielle Eigenschaften³⁴⁵⁸) mit der Begehung sind, müssen auch für die Gleichstellung der Ingerenz zentral sein.

5. Zwischenergebnis

Es ist nicht ausgeschlossen, die Ingerenz aus früherer Herrschaft zu begründen. Ob und inwieweit eine solche Garantenstellung zu bejahen ist, soll im Folgenden untersucht werden.

III. Die Garantenstellung aufgrund Sachherrschaft

1. Vorgehensweise

Da in der Ingerenzsituation eine Überwachungsgarantenstellung in Frage steht, bietet sich als Brücke die Garantenstellung aufgrund Gefahrenquellenverantwortlichkeit an, deren Kernbereich jedenfalls unbestritten ist. Dass die Herrschaft über gefährliche Gegenstände zu sog. komplementären „Sicherungspflichten“ („Verkehrspflichten“ in Anlehnung an die zivilrechtliche Terminologie³⁴⁵⁹) führt, ist grundsätzlich anerkannt.³⁴⁶⁰ Dies gilt insbesondere – aber nicht nur – für die Fälle der Austauschbarkeit von Tun und Unterlassen: Beim Autofahren wechseln sich gefahrerhöhende aktive Steuerungshandlungen mit solchen ab, die die Gefahr wieder eindämmen.³⁴⁶¹ Hieraus lässt sich möglicherweise ableiten, auf welche Facetten der Handlungsherrschaft es ankommt, welche Aspekte für die

³⁴⁵⁸ Vgl. etwa → Kapitel 3 § 1 H II, J II 1.

³⁴⁵⁹ Der Gedanke wird zum Teil dem Zivilrecht entliehen (dafür *Gaede* NK § 13 Rn. 46 f.; *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 75; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 46; siehe auch *Rengier* AT § 50 Rn. 45; insoweit unschlüssig BGHSt 37, 106, 115), wo sich die Verkehrs(sicherungs)plichten inzwischen „gewohnheitsrechtlich verdichtet“ haben, vgl. *Chr. v. Bar* JuS 1988, 169 m.w.N.; sowie bereits v. *Caemmerer* FS DJT Bd. 2 S. 49, 71 ff.

³⁴⁶⁰ BGHSt 53, 38, 41 f.; siehe auch *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 13; *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 136: „evident“ Teil der „rechtlichen Verfassung der Gesellschaft“; *ders.* System S. 36; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 68; *Otto* AT § 9 Rn. 81; *Pawlik* FS Roxin S. 931, 941; *ders.* Unrecht S. 183; *Schünemann* Unternehmenskriminalität S. 80; *Timpe* Strafmilderungen S. 184; *Zieschang* GA 2020, 57, 65. – Wenn *Schräggle* Unterlassungsdelikt S. 286 ff. zusätzlich zu Ingerenz und Gefahrenquellenverantwortlichkeit noch von ihm sog. „Verkehrsgarantien“ unterscheiden will, kann diese nicht überzeugen. Im Strafrecht geht es nicht um die „angemessene Verteilung von Verkehrsrisiken“ (S. 289), sondern die Bestimmung des strafwürdigen Unrechts, speziell bei § 13 I StGB in strafrechtsspezifischer Gleichstellung zu den Begehungstatbeständen. Die zusätzlich angenommene Fallgruppe der Verkehrsgarantie droht die einigermaßen sicheren und im Hinblick auf das Gleichstellungsprinzip entwickelten Umgrenzungen von Ingerenz und Gefahrenquellenverantwortlichkeit zu konterkarieren. So fasst *Schräggle* hierunter neben typischerweise als beherrschte Gefahrenquellen diskutierte Konstellationen (wenn nur noch ein Verkehr eröffnet sein muss, ohne dass Elemente der Gefahrschaffung oder der Herrschaft eine Rolle spielen, droht diese Fallgruppe sämtliche Begrenzungen zu verlieren) auch manche Fälle rechtmäßigen Vorverhaltens im Straßenverkehr, S. 292 f.

³⁴⁶¹ Auf Beschleunigung folgt Verlangsamung, Abbremsen oder Ausweichen und sodann wieder Beschleunigung. Ob der Autofahrer es vor dem Zebrastreifen unterlässt zu bremsen bzw. die Geschwindigkeitsautomatik auszustellen oder ob er aktiv aufs Gas drückt, kann nach zu Recht allgemeiner Auffassung keinen Unterschied machen. Siehe zu dieser Argumentation (z.T. zu Fuhrwerken) bereits *Glaser* Abhandlungen I S. 299 f.; *Ad. Merkel* Lehrbuch S. 113; *Rotering* GS 34 (1883) 206, 207; zu den Fahrlässigkeitsdelikten insbesondere *Engisch* Untersuchungen S. 294 f.; außerdem *Freund* Erfolgsdelikt und Unterlassen S. 79;

Begründung der Garantenstellung des Sachherrn und damit *für die Gleichstellung* nach § 13 I StGB wesentlich und welche Aspekte unwesentlich sind. Diejenigen Gesichtspunkte allein, die zum Einstehenmüssen für eine gegenständliche Gefahrenquelle sowie zu dem selbstverständlichen „Einstehenmüssen“ für eigene Handlungen führen, können die Wertung rechtfertigen, dass sich das Einstehenmüssen in die Phase nach Abschluss der Handlung verlängert (Ingerenz).

Zum Teil wird dagegen vehement zwischen der Garantenstellung für Gefahrenquellen im eigenen Herrschaftsbereich und der aufgrund Ingerenz unterschieden.³⁴⁶² Die Garantenstellung zur Überwachung von gegenständlichen Gefahrenquellen sei unabhängig von einer (pflichtwidrigen) Vorhandlung.³⁴⁶³ Die strikte Unterscheidung zwischen den Fallgruppen überrascht jedoch angesichts der Tatsache, dass in beiden Fällen eine Überwachungsgarantenstellung in Frage steht.³⁴⁶⁴ Bei jeder Überwachungsgarantenstellung geht es um ein „bestimmtes Verhältnis der Verantwortung über die jeweilige Gefahrenquelle“, ³⁴⁶⁵ welches im Ähnlichkeitsschluss zur Begehung zu begründen ist. Der wertende Vergleich „im Dreieck“ zwischen Handlungsherrschaft, Sachherrschaft und Ingerenz bedeutet nicht, dass die Voraussetzungen der Garantenstellungen zu verschleifen wären, vielmehr sind ihre Voraussetzungen miteinander in Kohärenz zu bringen. Hierbei sollten insbesondere zwischen den Schlussfolgerungen zu den „klassischen“ Ingerenzfällen und denen zur Garantenstellung infolge von Herrschaft über Gefahrenquellen keine Widersprüche auftreten.

ders. in: Strafrecht und Gesellschaft S. 379, 390; *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 327; *Herzberg* Garantenprinzip S. 298; *Jakobs* AT 28/14; *ders.* Unterlassen S. 19; *ders.* Handlungsbegriff S. 32; *Lerman* GA 2008, 78, 90; *Pawlik* Unrecht S. 161 m. Fn. 26; *Philipps* Handlungsspielraum S. 132 ff., 140 ff.; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 239 f., 282 f., 295; *Timpe* Strafmilderungen S. 162 f.; *Volk* FS Tröndle S. 219; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 114 f., 214, 231.

³⁴⁶² *Herbertz* JR 2016, 548, 550; *dies.* Ingerenz S. 135 (zu *Jakobs*), 174 f., 178, 280 f., siehe auch S. 242 „Sonderstatus der Ingerenz“, S. 273: Die Faustregel sei daher: „Je weniger eine Handlung gesellschaftlich akzeptiert wird und je mehr sie aktuelle anstelle von latenten Gefahren zeitigt, ist ein gefahrschaffendes Vorverhalten im Sinne der Ingerenz anzunehmen“; *Jescheck/Weigend* § 59 IV 4b; *Kugler* Ingerenz S. 147 ff.; *Otto* NJW 1974, 528, 532: berühren sich vielfältig, sind aber nicht identisch; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 68; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 281 ff.; *Stein* SK § 13 Rn. 27 ff., 37, 50 ff.; differenzierend auch *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 32 ff., 43 ff.; *Frister* AT § 22 Rn. 27 ff., 30 ff.; *Gaede* NK § 13 Rn. 43 ff., 46 ff.; *Kühl* AT § 18 Rn. 91 ff., 106 ff.; *Rengier* AT § 50 Rn. 45 ff., 70 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 43 ff.; *Weigend* LK § 13 Rn. 42 ff., 48 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT § 1186 ff., 1196 f.

³⁴⁶³ *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 45/46; *Gaede* NK § 13 Rn. 46 ff., 49; *Granderath* Rechtspflicht S. 161 ff.; *Herbertz* Ingerenz S. 178; *Jescheck/Weigend* § 59 IV 4b; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 26 ff.; *Schmidhäuser* AT 12/35; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 43 ff.

³⁴⁶⁴ **Anders** nur *Gössel* BT 2 § 21 Rn. 68; *Krey/Esser* AT Rn. 1148 f. einerseits, 1167 andererseits; *Lund* Mehraktige Delikte S. 253; unklar auch *Herbertz* Ingerenz S. 269.

³⁴⁶⁵ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 104. Dass es jeweils um „die Abgrenzung der Sphären von Gefahrenquellen und den Aspekt der Gefahrverantwortlichkeit“ gehe, erkennt auch *Herbertz* Ingerenz S. 178 ff. zu.

2. Unvollständigkeit der Beschränkung auf aktive Begehung

Die Konstellation, von der das Strafgesetzbuch ausgeht, ist diejenige der Tatherrschaft. Die Begehungsdelikte betreffen insoweit den Fall *gelingender* Steuerung in Richtung eines tatbestandlich relevanten Erfolgs.³⁴⁶⁶ Wenn das Strafrecht sein Interesse beim Schutz von Rechtsgütern auf derartige aktiv beherrschte Angriffe beschränkte, läge jedoch eine höchst unvollständige Betrachtung der Zusammenhänge des alltäglichen Lebens und damit ein äußerst lückenhafter Schutz von Rechtsgütern vor. Zwar handelt es sich bei aktiv beherrschten, planhaften Rechtsgutsangriffen um besonderes gefährliche Verhaltensweisen,³⁴⁶⁷ welche in hervorgehobenem Maße sozialschädlich sind. Dass Rechtsgüter gerade dadurch beeinträchtigt werden, indem der Täter durch planmäßiges Lenken „final“³⁴⁶⁸ den *Tatbestand* und so seinen Willen verwirklicht³⁴⁶⁹, ist jedoch bloß die Spitze des Eisbergs.

Das deliktische Geschehen ist regelmäßig nicht so einfach konstruiert, dass der Täter in einem bestimmten Punkt gestaltend eingreift und sofort die Folgen sichtbar sind, etwa, dass A auf B schießt und dieser sofort verstirbt. Wenn das soziale Leben auf diese Fälle beschränkt wäre, könnte man es für ausreichend halten, dass jeder allein für durch den Willen beherrschte aktive Schädigungen strafrechtlich verantwortlich sei. Wie *H. Mayer* grundlegend ausführt, stellt die alleinige Fixierung auf den Aktivtäter eine unsachgemäße Verkürzung der Wirklichkeit dar: „Die naturalistische Handlungslehre stellt sich also die Welt als gegenständliches Sein vor, gewissermaßen als einen Physiksaal, in dem alle Gegenstände hübsch an ihrem Platz bleiben“.³⁴⁷⁰ In Wirklichkeit sind die Abläufe des Lebens regelmäßig wesentlich komplexer: Es geht nicht bloß um punktuelle Herrschaft, sondern um ein dynamisches Geschehen.³⁴⁷¹ In der Regel können (und müssen) zum Zeit-

³⁴⁶⁶ *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 159: Realisierung des Handlungsplans.

³⁴⁶⁷ Vgl. zur besonderen Qualität vorsätzlicher Begehung etwa *Roxin/Greco* AT I § 12 Rn. 23 ff. Auch *Frisch* FS Stree/Wessels S. 69, 87 m. Fn. 70 betont etwa die qualitative Verschiedenheit im Hinblick auf ein strafrechtliches *Reaktionsbedürfnis* im Hinblick auf ebendieses Verhalten.

³⁴⁶⁸ Finalität wird hier mit *Roxin/Greco* AT I § 12 Rn. 25 nicht ontologisch, sondern normativ verstanden als „planentsprechende Verwirklichung eines Deliktstyps“; siehe zum Bezug der Tatherrschaft auf den Deliktstatbestand auch *Gallas* ZStW-Beiheft Athen S. 3, 7 ff.; ferner *ders.* FS Bockelmann S. 155, 159: Der Täter realisiert seinen Tatentschluss, sodass „Handlungsplan und Handlungswirklichkeit sich also im Wesentlichen decken“.

³⁴⁶⁹ Dass der Täter also den Zufall ausschaltet, vgl. *Zaczyk* Unrecht S. 213.

³⁴⁷⁰ *H. Mayer* AT § 17 I 1 b); zustimmend *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 514; *Arth. Kaufmann* FS H. Mayer S. 79, 102; auch *Maiwald* JuS 1981, 473, 474 f.: keine statische Ansammlung unveränderlicher Zustände; *Gallas* Studien S. 45; letztlich liegt dies darin begründet, dass der Mensch nicht *ausschließlich* auf Vereinzelung, sondern *auch* auf gesellschaftliches Zusammenleben angelegt ist, vgl. *Henkel* Rechtsphilosophie S. 269 ff.

³⁴⁷¹ *Gallas* Studien S. 45, 50, 52; siehe auch *H. Mayer* Studienbuch § 16 I 2: „Die Welt ist [...] nicht ruhendes Sein, sondern sich selbst bewegender Prozeß“; *ders.* AT § 17 I 1 c): „Wir sind genötigt, an diesem Prozeß handelnd durch Begegnung oder Unterlassung teilzunehmen und können uns niemals durch Untätigkeit dieser Verantwortung entziehen“; *Stratenwerth* FS Schaffstein S. 177, 186.

punkt einer Handlung die angestoßenen Entwicklungen noch nicht im Detail vorhergesehen und geplant werden.³⁴⁷² Vielmehr ist es mitunter erforderlich, später Korrekturen und Gegensteuerungen vorzunehmen. Beispielsweise erfolgen Handlungen, die eine dauerhafte Gefahrenquelle eröffnen, regelmäßig auf einer unsicheren Tatsachenbasis und lückenhaften Kenntnis gesetzmäßiger Zusammenhänge. Der Schutz der Rechtsgüter des Opfers kann allerdings nicht deshalb aufgegeben werden, weil der Täter zu diesem frühen Zeitpunkt das Geschehen noch nicht vollständig antizipieren kann, die Gefahrschaffung und die Vermeidemöglichkeit also zeitlich auseinanderfallen.³⁴⁷³ Es zeigt sich, dass dem geschützten Rechtsgut nicht bloß durch die aktiven, willentlichen oder willentlich vermeidbaren Angriffe selbst Schaden droht,³⁴⁷⁴ sondern auch durch das Unterlassen der notwendigen Gegensteuerung.

Im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte wies insbesondere *Engisch* darauf hin, dass „es sich nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt, ob es sich um ein Verbot gefährlichen Handelns oder um ein Gebot zur Gefahreindämmung handle.“³⁴⁷⁵ So kann man seinen Sorgfaltspflichten genügen, indem man eine gefährliche Handlung unterlässt oder aber, wenn man sie vornimmt, jedoch aktive Vorkehrungen zum Schutz fremder Rechtsgüter trifft.³⁴⁷⁶ Für die Unterlassungsdelikte betonte maßgeblich *A. Merkel*, dass es nicht darauf ankomme, ob der Täter sein schädliches Tun durch vorhergehende, nachträgliche oder begleitende Vorkehrungen neutralisiere.³⁴⁷⁷ In der neueren Lehre zum Unterlassungsdelikt sind diese Gedanken vielfach rezipiert worden.³⁴⁷⁸ Dass jemand, der einen

³⁴⁷² „Die gestaltende Umsetzung des Willens in die Wirklichkeit gelingt aufgrund dieser „beschränkten Fähigkeit des Menschen, grundsätzlich berechenbare naturhafte Abläufe im praktischen Leben in allen Einzelheiten zu erkennen“ nie bis ins letzte Detail; so treffend *Murmann* Nebentäterschaft S. 193; ähnlich bereits *H. Mayer* AT § 8 II 1 c): „Wer handelnd in das Leben eingreift, weiß und will, daß sich sein Beitrag zum Geschehen mannigfach auswirkt“; *Lackner* Gefährdungsdelikt S. 17; *Stratenwerth* FS Schaffstein S. 177, 183; *ders.* FS Gallas S. 227, 238: Es gibt keine absolute Herrschaft über den Geschehensverlauf; *Welzel* Strafrecht S. 36. Darüberhinausgehend *Wolter* in: Bausteine S. 3, 31: „Angesichts der Lebenswirklichkeit ist die Kausalabweichung fast schon ein Regelfall im Strafrecht. Die finale Überdetermination von Geschehensabläufen gerät so vielfach zur Ausnahme.“

³⁴⁷³ Vgl. *Herzberg* Garantenprinzip S. 282 ff., 290 ff.; *Otto* FS Maurach S. 91, 102. – Natürlich könnte man *theoretisch* beim Begehungsdelikt zwischen „Gefahrschaffung“ und „Steuerung“ unterscheiden, die im gleichen Zeitpunkt zusammenfallen (so *Otto* aaO S. 95 ff., 101 ff.), jedoch führt gerade das Zusammentreffen der beiden Elemente in der Handlung als final-objektive Sinneinheit zur besonderen Gefährlichkeit der Begehung.

³⁴⁷⁴ „Bezieht man [...] auch denjenigen in die Betrachtung mit ein, dem das Rechtsgut als Mittel freier Entfaltung zugutekommt, dann zeigt sich, daß das Schutzinteresse keineswegs auf das Ausbleiben finaler Schädigungen beschränkt ist“, *Kindhäuser* Gefährdung S. 149; siehe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 47 f.

³⁴⁷⁵ *Engisch* Untersuchungen S. 294 f. „Es richtet jemand einen gefahrbringenden Betrieb ein, ohne vorweg die nötigen Vorkehrungen zur Vermeidung von Tatbestandsverwirklichungen zu treffen. Den so hergerichteten Betrieb darf er überhaupt nicht in Gang setzen, weil dies gegen das Verbot gefährlichen Handelns verstößt. [...] Ist aber der Betrieb einmal in Gang gesetzt, so erwachsen positive Pflichten zur Abwendung von konkreten Tatbestandsverwirklichungen [...]“.

³⁴⁷⁶ Vgl. auch *Weigend* FS Gössel S. 129, 135.

³⁴⁷⁷ *Ad. Merkel* Lehrbuch S. 113.

³⁴⁷⁸ *Jakobs* Unterlassen S. 19 ff.; *Pawlik* FS Roxin (2001) 931, 940; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 209 ff., 213; *Vogel* Norm und Pflicht S. 360 f.; siehe auch *Herzberg* Garantenprinzip S. 277 f.

gefährlichen Betrieb eröffne, dann verpflichtet sei, die Gefahren „auf ein Minimum herunterzuschrauben“, könne nicht zweifelhaft sein.³⁴⁷⁹ Das Ausmaß der Gefährdung hänge nicht nur vom sorgfältigen Vollzug der Handlung selbst, sondern insbesondere auch vom Einsatz sichernder Gegenfaktoren ab.³⁴⁸⁰ Menschliches Handeln ist weitestgehend auf „Rückmeldungen, Korrekturen und Revisionen angewiesen“, sodass es einleuchtend sei, dass jeder seine Handlungen so zu steuern, fortzuführen oder korrigieren habe, dass aus diesen keine schädlichen Folgen entstehen.³⁴⁸¹ Es besteht also die Notwendigkeit, gewisse Pflichten zur Gegensteuerung und Überwachung einer Gefahr der aktiven Begehung gleichzustellen, § 13 I StGB. Für die „Sicherungspflichten“ bei gegenständlichen Gefahrenquellen betont *Herzberg*,³⁴⁸² dass Abweichungen im naturalistischen Erscheinungsbild die Gleichheit des sozialen Sinnvorgangs nicht beeinträchtigen. Die mechanische Fortbewegung könne bei einer wertenden Betrachtungsweise als fortdauernde Aktivität des Urhebers verstanden werden, auch wenn es sich nach dem natürlichen Erscheinungsbild bloß um eine Unterlassung handle. Zu klären bleibt jedoch, *weshalb* der soziale

³⁴⁷⁹ *Gallas Studien* S. 87.

³⁴⁸⁰ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 213; siehe auch *Gimbernat ZStW* 111 (1999) 307, 324 f. *et passim*. *Paeffgen Verrat* S. 111 weist darauf hin, dass menschliches Denken nicht kontinuierlich prozeßhaft, vorwärtsstrebend ist, sondern von Zwischenziel zu Zwischenziel durch beständiges Verifizieren und Falsifizieren der gedanklichen Schritte springt. Diese „feedback“ gewährenden Zwischenkontrollen knüpfen in aller Regel an Außenwelterfolge an.

³⁴⁸¹ *Philipp* Handlungsspielraum S. 175 m. Fn. 227, siehe auch S. 122. Vorausgesetzt ist hierbei, dass es nur auf den „output“ des „Organisationskreises“ oder „Systems“ ankomme. Allerdings darf diese Verpflichtung nicht bloß auf die angenommene Zugehörigkeit zu einem normativen Organisationskreis gründen. Die Systemtheorie kann nicht erklären, warum und wodurch das System überhaupt erst entsteht. Sie kann daher nicht das Entstehen der Garantenpositionen begründen, sondern setzt diese überhaupt erst voraus (siehe auch *Otto/Brammsen Jura* 1985, 530, 536; oben → Kapitel 1 § 2 C II 2).

Ähnlich stellt *Gimbernat ZStW* 111 (1999) 307, 324 ff. (bei abweichenden Prämissen) darauf ab, ob die Gefahrhöhe eines „Gefahrenherdes“ das normativ festgesetzte Niveau überschreitet. Auch dabei muss zunächst die Frage gestellt werden, was überhaupt zu einem Gefahrenherd zu zählen ist.

³⁴⁸² *Herzberg* Garantenprinzip S. 278; in Anlehnung an eine Formulierung von *Roxin TuT* S. 542. *Herzberg* bildet folgendes Beispiel: Der Gärtner A lässt Wasser in ein Schwimmbecken einlaufen. Der Schlauch führt dabei ins Becken, ohne dass A während des Füllungsvorgangs tätig werden müsste. Währenddessen klettert ein kleines Kind über den Zaun und fällt in das Becken. A beendet jedoch die Wasserzufuhr nicht, sondern beobachtet sadistisch, wie das Kind im Becken ertrinkt (Beispiel leicht vereinfacht und präzisiert). *Herzberg* meint, es könne nicht sein, dass sich der Täter, der den Schlauch in Händen halte und dabei seine Muskeln anspanne, wegen eines Tötungsdelikts strafbar mache, nicht aber derjenige, der nicht andauernd selbst handle; vgl. auch das Beispiel bei *Philipp* Handlungsspielraum S. 132 ff., 140 ff., insbesondere 141: Der Wärter einer Staustufe hat regelmäßig ein Ventil zu öffnen, damit der Damm nicht bricht. Dabei ist es ihm verboten, das Ventil zu öffnen, wenn sich Menschen in der Nähe aufhalten. Der Fall dürfe nicht anders beurteilt werden, wenn ein Automatismus dafür sorgt, dass der Wasserstand bei Bedarf verringert wird und der Wärter nun die Automatik überwachen muss, damit diese nicht eingreift, wenn ein Mensch in der Nähe ist.

Sinngehalt und damit die rechtliche Bewertung gleich sind. Der Verweis auf das Rechtsgefühl³⁴⁸³ ist zwar richtig, allerdings nicht hinreichend.³⁴⁸⁴ Was sind also die Rechtsgründe, weshalb die Herrschaft über gefährliche Sachen der Handlungsherrschaft gleichgestellt ist?

3. Herrschaft bei gegenständlichen Gefahrenquellen

In Entsprechung zur Handlungsherrschaft des Begehungstäters führt nach h.M. die Herrschaft über eine gefährliche Sache – aber auch einen gefährlichen Bereich oder eine gefährliche Veranstaltung³⁴⁸⁵ – zu einer Garantenstellung.³⁴⁸⁶ Hier wird regelmäßig darauf hingewiesen, dass die Freiheit, eine Sache zu gebrauchen, ebenfalls die Befugnis zur Ausschließung anderer Personen beinhaltet. Der Inhaber eines Herrschaftsbereichs dürfe grundsätzlich das Eingreifen anderer als Einmischung in seine eigenen Angelegenheiten zurückweisen.³⁴⁸⁷ Für einen Organisationskreis „zuständig“ sei der zur Gestaltung und damit zum Ausschluss anderer Berechtigte.³⁴⁸⁸

Auf die (zivil-) rechtliche Befugnis zu Gestaltung und Ausschluss *an sich* kann es jedoch nicht ankommen.³⁴⁸⁹ So hat auch *Schünemann* gegen *Jakobs* eingewandt, dass der „Ausschluss des Anderen von der Organisation“ nicht entscheidend sei: Etwa wenn der Hund

³⁴⁸³ *Herzberg* Garantenprinzip S. 278: „Das Ergebnis verdanken wir freilich einem recht unbestimmten Rechtsgefühl“.

³⁴⁸⁴ Es geht zwar bei der Rechtswissenschaft durchaus darum, in der sozialen Interaktion enthaltene vorpositive Regelungen „auf den Begriff zu bringen“ (*Frister* Schuldeselement S. 25 f.), nicht hingegen vage auf diese zu verweisen.

³⁴⁸⁵ Der Begriff „Gefahrenquelle“ ist weit zu verstehen, vgl. *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 88.

³⁴⁸⁶ Vgl. nur *Frister* AT 22/28; *Granderath* Rechtspflicht S. 161 f.; *Jescheck/Weigend* AT § 59 IV 4b; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 54; *Kühl* JuS 2007, 497, 502; *ders.* AT § 18 Rn. 106 ff.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 108 ff.; *ders.* GA 2021, 190, 191; *Rudolphi* NStZ 1991, 361, 365; *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 54; *Weigend* LK § 13 Rn. 48 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1187; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 47; *Zieschang* AT Rn. 612; neben demjenigen, der die Gefahrenquelle beherrscht, können auch Personen verantwortlich sein, die die Kontrolle übernommen haben, vgl. nur *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 60; rechtsvergleichend *Schräge* Unterlassungsdelikt S. 232 ff.

³⁴⁸⁷ *Frister* AT 22/27; *Herzberg* Garantenprinzip S. 320 f.; *ders.* Arbeitsschutz S. 233; *Jakobs* AT 29/31; *ders.* System S. 28, 36; *Jescheck/Weigend* AT § 59 IV 4b; *Pawlik* Unrecht S. 183; *Ransiek* Unternehmensstrafrecht S. 34 f.; *Rudolphi* FS Lackner S. 863, 873 f.; *ders.* NStZ 1991, 361, 365; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 27; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 300; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1187; *E. A. Wolff* Kausalität S. 39; sowie *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 235, der meint, die „Dringlichkeit“ der Normgeltung sei gesteigert, wenn sich der Rechtsgutsinhaber nicht selbst vor den Gefahren schützen könne.

³⁴⁸⁸ So *Jakobs* AT 29/31. Siehe auch *ders.* in: *El sistema* S. 133, 136: „Wer sollte auch für die Vermeidung von Schädigungen zuständig sein, wenn nicht der allein Organisationsbefugte, also der Eigentümer oder Halter“; siehe auch *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 89; *Ransiek* Unternehmensstrafrecht S. 34 f. Wohl zirkulär aber *Bosch* Jura 2019, 1239, 1247: „Verantwortung für eine in seinen Zuständigkeitsbereich fallende Gefahrenquelle“ – genauso gut könnte man sagen: Zuständigkeit für eine in den Verantwortungsbereich fallende Gefahrenquelle.

³⁴⁸⁹ Dies zeigt sich insbesondere auch, wenn man die Produkthaftung mithilfe des Herrschaftsgedankens begründen will: Diese wird unabhängig von den Besitz- und Eigentumsverhältnissen bejaht, wenn sich das Produkt bereits beim Verbraucher befindet, vgl. *Rengier* AT § 50 Rn. 60.

einer Person zur Gefahr werde, habe der Andere ein Eingriffsrecht nach § 228 StGB, sodass er gerade nicht von der Organisation ausgeschlossen sei.³⁴⁹⁰ Dies gilt insbesondere für die Ausschlussansprüche nach §§ 858 ff. BGB, die regelmäßig vorgebracht werden.³⁴⁹¹ Wenn sich das Opfer auf die Notrechte nach §§ 228 ff. BGB berufen kann, schließt das die Widerrechtlichkeit der Besitzstörung nach § 858 I BGB gerade aus,³⁴⁹² sodass es dem unmittelbaren Besitzer an einem zivilrechtlichen Ausschlussrecht nach den §§ 859 ff. BGB fehlt (da das Opfer geltend machen kann, dass die Störung des Besitzes keine verbotene Eigenmacht ist, § 863 BGB).³⁴⁹³ Überdies bleibt zu erwähnen, dass der strafrechtliche Rechtsgüterschutz nicht davon abhängen kann, *ob* und *inwieweit* das bürgerliche Recht possessorischen Besitzschutz³⁴⁹⁴ gewährt. Der Dieb³⁴⁹⁵ eines Autos müsste selbstverständlich auch dann an einem Zebrastreifen bremsen, der Dieb eines gefährlichen Tiers dieses überwachen, wenn die §§ 858 ff. BGB ersatzlos aus dem geltenden BGB gestrichen würden und sich das Zivilrecht etwa auf petitorischen Besitzschutz beschränkte.³⁴⁹⁶ Gleichwohl kann die Existenz von Ausschlussrechten dem Opfer faktisch den Zugriff erschweren. Zutreffend beschreibt daher *Schünemann* die Herrschaft als „eine faktische, sozial wirksame Willensmacht, wobei aber ebenso selbstverständlich diese Realität auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt“.³⁴⁹⁷ Es geht also nicht unmittelbar um das Ausschlussrecht, sondern dessen *soziale Wirkungen*,³⁴⁹⁸ die Implikationen dieser Ausschließung auf die *Rechtsgüter* potentiell Betroffener.

³⁴⁹⁰ *Schünemann* ZStW 126 (2014) 1, 14; siehe auch *ders.* FG BGH IV S. 621, 639 f. – Wenn man Notrechte in die Frage nach dem Ausschlussrecht einbezüge, würde das tatsächlich das Strafrecht *ad absurdum* führen: Demnach könnte man auch die Erforderlichkeit der Begehungsverbote mit dem Argument leugnen, das Opfer habe ja gerade ein Notwehrrecht und sei daher nicht von der Organisation ausgeschlossen. Wenn man also keine *ad hoc* Zusatz-Annahmen treffen will, dass etwa Notrechte bei der Betrachtung außer Betracht bleiben müssen, kann es nicht *direkt* auf das Ausschlussrecht ankommen, sondern allein die faktisch-sozialen Auswirkungen der (rechtlich gestützten) Herrschaft auf Rechtsgüter.

³⁴⁹¹ Etwa *Stein* SK § 13 Rn. 27; *Sangenstedt* Garantenstellung S. 300.

³⁴⁹² Vgl. *Schäfer* MüKo BGB § 858 Rn. 9.

³⁴⁹³ Umgekehrt wurde auch ausgeführt, dass die Möglichkeit der Einflussnahme durch Notrechte per se keine Garantenstellung *begründen* könne, da diese nicht Ausdruck besonderer Verantwortung sind, etwa *Herzberg* Arbeitsschutz S. 233 f. – Dies ergibt sich jedoch bereits daraus, dass mit der *Möglichkeit* der Ausübung von Notrechten kein *Ausschluss* des Opfers durch die Herrschaft erfolgt.

³⁴⁹⁴ Im Übrigen ist es problematisch, ob in der heutigen Zeit für die Verantwortlichkeit für Gefahrenquellen stets an den Besitz an einer Sache angeknüpft werden kann. Zweifelhaft ist etwa die Sachqualität etwa bei der Speicherung von Daten auf der „Cloud“, vgl. *T. Fischer* in: *Gefahr* S. 127, 142. Zwar sind die Daten dort auch auf gegenständlichen Servern gespeichert, der Benutzer des Online-Speichers beherrscht diesen jedoch nicht vermittelt durch Sachherrschaft, sondern durch die Kenntnis eines Passwortes.

³⁴⁹⁵ Zu Recht stellt *Jakobs* AT 29/31 dem Berechtigten denjenigen gleich, der sich als solcher geriert. Dann kann kommt es aber letztlich nicht auf die Berechtigung, sondern die sozial wirksame tatsächliche Herrschaft an.

³⁴⁹⁶ → Kapitel 3 § 1 F II 2 b).

³⁴⁹⁷ *Schünemann* in: *Internationale Dogmatik* S. 49, 53.

³⁴⁹⁸ Hier lässt sich eine Parallele zu politischer Regulation von Macht ziehen. Vgl. zu letzterem etwa *Möllers* Freiheitsgrade § 115: „Jede Güterzuordnung enthält die Macht, andere Personen auszuschließen. Je weiter diese Macht wirkt, desto mehr ist die Zuordnung zu politisieren“.

Schünemann stellt sich allerdings auf den Standpunkt, die Herrschaft sei das Primäre, aus der dann das Schädigungsverbot folge.³⁴⁹⁹ Aus einem Sein kann jedoch kein Sollen folgen, erforderlich ist stets ein *wertender* Ausgangspunkt. Wenn man fragt, *weshalb* die Herrschaft das Primäre ist, kommt man wieder auf deren *Wirkung* für fremde Rechtsgüter. Die gefährliche Sache ist insofern relevant, als der Sachherr mittels dieser mit andere Personen und deren Rechtsgütern in Kontakt tritt.³⁵⁰⁰ Man kann hier jedenfalls untechnisch³⁵⁰¹ sagen, dass der Täter z.B. durch ein Auto handelt. Auch wenn eine Person mittels Sachen mit ihrer Umwelt in Interaktion tritt, muss sie anderen „ihre Freiheit lassen“.³⁵⁰² Dass der Sachherr die gefährliche Sache und damit den Gefahrenursprung beherrscht, führt dazu, dass Außenstehende hierdurch auf die von anderen beherrschten Sachen auch *faktisch* keinen Zugriff haben,³⁵⁰³ wodurch Rechtsgutsträger jedenfalls *faktisch* von der Einflussnahme auf die Gefahrstehung und -entwicklung ausgeschlossen sind. Das Opfer, welches keinen Einfluss auf die Sache und somit die Gefahrstehung nehmen kann, vermag sich infolgedessen auch selbst nicht wirksam vor solchen Gefahren zu schützen,³⁵⁰⁴ es ist „von der Sorge für sein eigenes Wohlergehen ausgeschlossen“.³⁵⁰⁵ Für diese Auswirkungen auf die Rechtsgüter Betroffener kommt es nicht auf die zivilrechtliche Zuweisung an: Der Ausschluss des Opfers von der Kontrolle der Gefahren, denen es seine Rechtsgüter aussetzt, ist nicht anders, ob nun der Eigentümer die Herrschaft über einen Hund hat oder der Dieb des Hundes.³⁵⁰⁶ Ihm bleibt nichts Anderes übrig, als darauf zu vertrauen, dass der Herrschaftsbereich des anderen in einem ungefährlichen Zustand verbleibe.³⁵⁰⁷ Man kann daher formulieren, das Opfer ist davon *abhängig*, dass der Andere die aus seiner Sphäre nach außen dringenden Gefahren eindämmt.³⁵⁰⁸

³⁴⁹⁹ *Schünemann* ZStW 126 (2014) 1, 14.

³⁵⁰⁰ In anderem Kontext *T. Fischer* in: Gefahr S. 127 f., 142: Im aufgeklärten Strafrecht sind Sachen und Tiere nicht Subjekt des Strafrechts, und damit Gegenstand der Strafe, vielmehr interessieren sie insoweit als Personen mittels ihrer Verwendung mit ihrer Umwelt und damit mit anderen Personen in Kontakt treten.

³⁵⁰¹ Weitergehend, dies normativ als Handlung auffassend *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 683.

³⁵⁰² Vgl. *Jakobs* Unterlassen S. 25; *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 679.

³⁵⁰³ *Kühl* JuS 2007, 497, 502; *ders.* AT § 18 Rn. 106; *Weigend* LK § 13 Rn. 48; siehe auch *Rudolphi* NStZ 1991, 361, 365. Zum Defensivnotstand auch *Jakobs* AT 13/47: „Kehrseite einer zumindest tatsächlichen Organisationsgewalt“. Siehe auch *Gaede* NK § 13 Rn. 46 f. „tatsächliche Herrschaftsgewalt“; *B. Heinrich* AT Rn. 963: „bei tatsächlicher oder rechtlicher Herrschaft“; *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 334; *andere Stein* SK § 13 Rn. 27; unstimmtig *Brammsen* GA 1993, 97, 112, 119: „Garantenpflicht kraft *tatsächlicher* oder rechtlicher Einfluß-, Herrschafts- oder Verfügungsbefugnis“. Hervorhebung nicht im Original.

³⁵⁰⁴ *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 27.

³⁵⁰⁵ *Jakobs* System S. 36.

³⁵⁰⁶ *Weigend* LK § 13 Rn. 48; *andere Ransiek* Unternehmensstrafrecht S. 34 f.: Eigentum oder berechtigter Besitz; *Stein* SK § 13 Rn. 27 ff., der allein auf das Ausschlussrecht abstellt. Bei Herrschaftsanmaßung könne sich die Garantenposition allein auf Ingerenz, also *verbotene* Gefahrschaffung stützen. – Da *Stein* jedoch für die Ingerenz auf die Pflichtwidrigkeit *ex ante* abstellt, ist der Schutz des Rechtsguts in denjenigen Fällen lückenhaft, in denen zwar kein Ausschlussrecht besteht, jedoch die Gefährdung *ex ante* unerkennbar oder sorgfaltsgemäß ist.

³⁵⁰⁷ *Frister* AT 22/27 ff.; *Kühl* AT § 18 Rn. 106; *Otto* AT § 9 Rn. 85; *Pawlik* FS Roxin (2001) S. 931, 941; *ders.* Unrecht S. 183 f.; *Stein* SK § 13 Rn. 27; *Weigend* LK § 13 Rn. 48; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1187.

³⁵⁰⁸ *Rudolphi* FS Lackner S. 863, 873 f.; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 27; *ders.* NStZ 1991, 361, 365.

Der Herr über den Rechtskreis hingegen hat die Möglichkeit, auf diesen Einfluss zu nehmen: Derjenige, der eine Gefahrenquelle eröffnet und betreibt, hat insoweit eine „Monopolstellung über die Gefahrensteuerung“.³⁵⁰⁹ „Weil *er* seine Rechtssphäre anders hätte organisieren können, während *den anderen* von vornherein die Rechtsmacht dazu fehlte, steht er bei normativer Betrachtung der Gefahr näher als sie“.³⁵¹⁰ Er hat die Möglichkeit, den Gefahrenpegel innerhalb seines eigenen Herrschaftsbereichs andauernd zu aktualisieren und zu verändern und wird dies auch regelmäßig tun.³⁵¹¹ Der Inhaber nimmt seine durch die autonome Herrschaftssphäre gewährte Freiheit und Entfaltungsmöglichkeiten wahr,³⁵¹² während er hierdurch die Freiheits- und Entfaltungsmöglichkeiten anderer schmälert. Hier hat also das Kehrseitenargument tatsächlich einen legitimen Anwendungsbereich.³⁵¹³ „Wer Andere von der Einwirkung auf seinen Bereich ausschließt, muss im Gegenzug selbst für die Sicherheit sorgen“.³⁵¹⁴ Entscheidend ist, dass die Herrschaft hier zur *Abhängigkeit* potentieller Opfer, also zu Unselbstständigkeit im Hinblick auf bestimmte Gefahren führt.³⁵¹⁵

4. Ausschließende Wirkung der Handlungsherrschaft

Wenn nicht bloß terminologische Gleichheit über den Begriff „Herrschaft“ hergestellt werden soll, müssen sich also die entscheidenden Wertungen zur Sachherrschaft auch bei der Handlungsherrschaft auffinden lassen. Entscheidend ist also die teleologische Frage, ob es sich um die gleiche Idee der Herrschaft handelt, die bloß auf den unterschiedlichen Rechtsstoff Tun – Unterlassen angewendet abweichende Formen annimmt. Diese „absolute Herrschaft der Person über den Körper“³⁵¹⁶ bzw. über ihre Körperbewegung³⁵¹⁷ ist jedoch für die Begehungstatbestände nicht aus sachlogischen, sondern aus teleologischen Gründen entscheidend. Tatsächlich trifft der Gedanke des Ausschlusses des Rechtsgutsträgers von der Entscheidung auch bei der Handlungsherrschaft zu. Denn Andere sind von der Einflussnahme auf die Körperbewegung ausgeschlossen und daher mit dem ebenfalls nicht beeinflussbaren Ergebnis der Entscheidung des Handelnden konfrontiert.

³⁵⁰⁹ So zur Produkthaftung *Hilgendorf* Produzentenhaftung S. 141.

³⁵¹⁰ *Pawlik* Unrecht S. 184; auf die zivilrechtliche Primärrechtsordnung abstellend hingegen *Gaede* NK § 13 Rn. 46.

³⁵¹¹ Dies nennt *Schünemann* Grund und Grenzen S. 282, 287 den berechtigten Gedanken der Ingerenztheorien.

³⁵¹² *Hilgendorf* Produzentenhaftung S. 141; *Rudolphi* FS Lackner S. 863, 874: von der Rechtsordnung gewährleistete Herrschaft; *Weigend* LK § 13 Rn. 48. Siehe auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 317: personale Sphäre, die auf dem Willen beruht.

³⁵¹³ *Frister* AT 22/27; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 27; *Weigend* LK § 13 Rn. 48.

³⁵¹⁴ *Weigend* LK § 13 Rn. 48.

³⁵¹⁵ Diese Argumentation geht daher über den häufig bloß abstrakt geäußerten Satz von der besonderen Inpflichtnahme als „selbstverständliche“ Kehrseite (etwa *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 32; siehe auch Rn. 72 ff.; *Stein* SK § 13 Rn. 55: „Gegenleistung“) hinaus. Dieser Sachgesichtspunkt mag für die polizeiliche Störerhaftung maßgeblich sein (davon auf die Garantenstellung schließend *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 72), hieraus ergibt sich jedoch nichts für mit Kriminalstrafe bewehrte Pflichten.

³⁵¹⁶ So *Schünemann* Grund und Grenzen S. 235; siehe auch *Jakobs* Unterlassen S. 20: ausschließliche Herrschaft der freien Person über ihren Körper.

³⁵¹⁷ *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 52.

Die Position eines potentiellen Opfers gegenüber einer gegenständlichen Gefahrenquelle wird, wie gesehen, in der Literatur regelmäßig mit „Abhängigkeit“ beschrieben.³⁵¹⁸ Das Opfer ist von der Einwirkung auf die Sache und damit auf die Gefahrentstehung und Entwicklung ausgeschlossen. Der Begriff der „Abhängigkeit“ findet sich im Kontext der Begründung von Garantenpositionen bereits bei *Ad. Merkel*,³⁵¹⁹ für die jüngere Garanten Diskussion wurde er insbesondere von *Gallas* und *E. A. Wolff*³⁵²⁰ als zentrales Kriterium in den Mittelpunkt gerückt.³⁵²¹ Diese „Abhängigkeit“, die man insoweit mit „Unselbstständigkeit“ umschreiben kann,³⁵²² muss für die aktiven Schädigungen stets mitgedacht werden. Die Personen stehen sich grundsätzlich selbstständig gegenüber und sind nur negativ miteinander verbunden.³⁵²³ So meint *Wolff*: „In den bisherigen Überlegungen ist die Selbstständigkeit nicht als absolute Unabhängigkeit vom anderen verstanden worden: es wurde ja der eine und der andere als selbständig gedacht; der andere kam dabei negativ vor, nämlich als jemand, der nicht verletzt. Mithin wurde Selbstständigkeit gedacht auf der Grundlage einer ‚restlichen Abhängigkeit‘: Der Einzelne wurde gedacht abhängig davon, daß ihn der andere nicht beeinträchtigt.“³⁵²⁴ Die Abhängigkeit verstehe sich bei der Begehung „in der Regel von selbst“.³⁵²⁵ Die Rechtsunterworfenen stehen sich ansonsten selbstständig gegenüber, sie mögen auf moralischer, sozialer oder zivilrechtlicher Ebene auf die Hilfe anderer *angewiesen* sein. Eine *strafrechtlich* relevante *Abhängigkeit* besteht

³⁵¹⁸ Siehe schon die Überlegungen oben → Kapitel 3 § 1 F II 3 c).

³⁵¹⁹ *Ad. Merkel* Abhandlungen S. 81 f., 90.

³⁵²⁰ *Wolff* beschreibt infolgedessen das Verbrechen „als die Verletzung Anderer in der Basis ihrer Selbstständigkeit, die in einem gegliederten, den Täter umfassenden und auch von ihm abhängigen Anerkennungsverhältnis ihr Dasein hat“, (*E. A. Wolff* in: Strafrechtspolitik S. 137, 211); „Verbrechen ist die umrissene Verletzung des rechtlich konstituierten Basisvertrauens und setzt voraus, daß ein Anderer oder der Staat in einer Art verletzt werden, auf die er sich in dem von der Rechtsordnung eingeräumten selbstorientierten Dasein – nicht aus eigener Kraft einstellen kann.“ (S. 212 f.). Siehe auch *ders.* ZStW 97 (1985) 786, 819; *ders.* Kausalität S. 40 f., 72 f.; sowie *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 146; *Köhler* AT S. 30; *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 315; *ders.* FS Küper S. 249, 262; *Zaczyk* Unrecht S. 161 ff., 200 ff.; *ders.* Selbstverantwortung S. 63; *ders.* FS Kindhäuser S. 629, 636; ähnlich zudem *Gallas* in: Beiträge S. 1, 6 ff., 10, 12.

³⁵²¹ *Gallas* Studien S. 91 ff.; *E. A. Wolff* Kausalität S. 36 ff. (→ Kapitel 3 § 2 E I); dann auch *Rudolphi* NSTz 1991, 361, 365; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 22, 40 (→ Kapitel 3 § 2 F I); *Welp* Vorangegangenes Tun S. 176 f. *et passim* (→ Kapitel 3 § 2 E II); *Hillenkamp* JR 1988, 301, 303; *Köhler* AT S. 220.

³⁵²² *Köhler* AT S. 210.

³⁵²³ Diese Erkenntnis entspricht dem Prinzip des *neminem laedere*, wie es bereits in *Kants* allgemeinem Rechtsgesetz, *Hegels* Respektierungsgebot und dann auch im strafrechtlichen Schrifttum von *Feuerbach* und *Ad. Merkel* bis in die Moderne Anerkennung gefunden hat (siehe oben → Kapitel 3 § 2 B). Die Rechtsordnung grenzt die Freiheitsräume von Täter und Opfer negativ gegeneinander ab und schafft so eine „bindende Abgrenzung der menschlichen Machtgebiete“, v. *Hippel* Strafrecht I § 22 VII 1.; *ders.* Strafrecht II § 8 II 2. Der Einzelne ist „vor Anmaßungen geschützt, nicht aber mit den anderen verbunden“, *Jakobs* FS Arth. Kaufmann S. 459, 461; näher *ders.* in: El Sistema S. 133 ff.; siehe auch *Pawlik* Unrecht S. 178 ff.

³⁵²⁴ *E. A. Wolff* Kausalität S. 41; siehe auch *Köhler* AT S. 219: „In der Verbotsnorm selbst schon liegt ein Rechtsverhältnis einseitiger Abhängigkeit“. Siehe schon oben → Kapitel 3 § 2 E I.

³⁵²⁵ *E. A. Wolff* Kausalität S. 43.

jedoch dem jeweils anderen gegenüber nur dahingehend, dass er mich nicht aktiv schädigt.³⁵²⁶ Letztlich ergibt es sich bereits aus dem oben skizzierten Verständnis des Rechtsgüterschutzes, dem ein grundsätzlich negatives Freiheitsverständnis zugrunde liegt: Es geht beim Schutz von Rechtsgütern vor Beeinträchtigungen um „Selbstbestimmung im Sinne einer Freiheit des Einzelnen vor fremdbestimmten Eingriffen“.³⁵²⁷

Während jedoch das Prinzip der negativen Abgrenzung der Freiheitsräume, das „neminem laedere“ *per se* zu unspezifisch ist, kann im Einzelnen auf die strafgesetzlichen Ausprägungen in den Begehungstatbeständen abgestellt werden.³⁵²⁸ Der Gesetzgeber beschreibt dementsprechend in den Tatbeständen des besonderen Teils die Straftat grundsätzlich als *aktiv beherrschte Rechtsgutsbeeinträchtigung* und trägt damit dem seit jeher und weltweit³⁵²⁹ bestehenden Schutzbedürfnis Rechnung. Der Tatherr, der das Geschehen nach seinen eigenen Zwecken steuert, hält die Entwicklung der Gefahrenlage in Händen, während er andere von deren Gestaltung und Beeinflussung ausschließt.³⁵³⁰ Diesen fehlt die Möglichkeit, das Geschehen insoweit zu gestalten, sie haben die Auswirkungen der fremden Zwecksetzungen faktisch hinzunehmen. Dies gilt jedoch nicht bloß für diejenigen Fälle, in denen dem Handelnden seine „Leistung“ gelingt, er es also schafft, das Geschehen nach seinen Zwecken zu determinieren. Auch in diesem Fall wirkt die Handlung in das soziale Zusammenleben ein,³⁵³¹ andere sind dem *Ergebnis*³⁵³² der Entscheidung, der von ihnen nicht beeinflussbaren Gestaltung³⁵³³ ausgesetzt. Damit fehlt ihnen die Möglichkeit, das Geschehen *insoweit* zu gestalten, als der Handelnde Herrschaft ausübt und sie von der maßgeblichen Entscheidung ausschließt. Sie sind insoweit unselbstständig, als sie mit den Folgen fremder Entscheidungen konfrontiert sind, die sie in der uneingeschränkten Inanspruchnahme ihrer Rechtsgüter (im Sinne von Entfaltungspotentialen) stören. Diese Überlegungen treffen auch auf die Fahrlässigkeitsdelikte zu: Der fahrlässig Handelnde nimmt einen rechtlich neutralen Steuerungsvorgang vor und unterlässt die gebotene Steuerung.³⁵³⁴ Lenkung und Steuerung eines Geschehens sind stets das Hinausdrängen des Opfers aus der Entscheidungshoheit über seine eigenen Rechtsgüter, über

³⁵²⁶ Vgl. schon *Pufendorf* Pflicht 1. Buch 6. Kap. § 2 S. 72: „mit jemandem, der mir Schaden zufügt, kann ich auf keinen Fall in Frieden leben“.

³⁵²⁷ *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 8a. Siehe auch → Kapitel 4 A I; *Samson* FS Welzel S. 579, 594: Das Rechtsgut ist von den Gefahren der Gesellschaft befreit („Vereinzelung des Rechtsguts“).

³⁵²⁸ Siehe dazu schon oben → Kapitel 3 § 1 B II 2; sowie *Herzberg* JuS 1971, 74 f.; *ders.* Garantprinzip S. 211 m. Fn. 19; *Kindhäuser* GA 1994, 197, 213; *Kühl* JA 2014, 507, 509; *ders.* FS Herzberg S. 177, 180; *ders.* AT § 8 Rn. 8; *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 29; *Stratenwerth* ZStW 68 (1956) 41, 44: „Die Autonomie der Einzelpersonlichkeit findet in zahllosen Rechtsnormen ihren Ausdruck“.

³⁵²⁹ Vgl. *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn 9.

³⁵³⁰ Siehe auch *Jakobs* System S. 36; *Rudolphi* NSTZ 1991, 361, 365.

³⁵³¹ Vgl. *Eb. Schmidt* FS Engisch S. 339, 341.

³⁵³² „Indem sich der Entscheidungsbildungs-Prozeß in einer Handlung ausdrückt, wird etwas Objektives, Statisches gesetzt“. *Paeffgen* Verrat S. 112.

³⁵³³ Auch *Welzel* hat später auf die Handlung als objektiven Steuerungsfaktor abgestellt. Vgl. *Welzel* FS Maurach S. 3, 7 f.; *ders.* Strafrecht S. 34, 37, 131; **kritisch** hingegen *Arth. Kaufmann* Schuldprinzip S. 172: Damit sei „der Ausgangspunkt der finalen Handlungslehre zweifellos preisgegeben“.

³⁵³⁴ *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 22, 26: Mangel an Handlungssteuerung.

das Risiko, das es selbst bereit ist einzugehen.³⁵³⁵ Die selbstverständliche Wertung, dass der Handelnde dennoch eine für das Rechtsgut (wertungsgemäß) wesentliche Entscheidung trifft und deshalb für den Anstoß des Geschehens einzustehen hat, erlaubt es, Sorgfaltsanforderungen aufzustellen.

Weil also Andere von der maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung teilweise ausgeschlossen sind, trägt die Rechtsordnung die maßgebliche Entscheidung über den Eintritt der Rechtsgutsverletzung³⁵³⁶ dem Inhaber der Handlungsherrschaft selbstverständlich auf: Der Handelnde hat *stets* für die Folgen seiner Handlung, den „Anstoß“³⁵³⁷ des Kausalverlaufs einzustehen, diese müssen ihn *stets* etwas angehen.³⁵³⁸

5. Folgerungen für das Unterlassungsdelikt

Gegenüber menschlichen Unterlassungen ist der Bestand des Rechtsguts hingegen nur ausnahmsweise gewährleistet. Weil dem Träger das Rechtsgut zur *selbstständigen* freien Entfaltung zugewiesen ist – und nicht als unbedingt zu erhaltendes wertvolles Etwas³⁵³⁹ –, ist es vor äußeren Eingriffen geschützt, jedoch *zunächst* auch *nur* hiergegen. Aktive Eingriffe Anderer beeinträchtigen die Rechtsgüter als Wirkungs- und Entfaltungsmöglichkeiten. Eine umfassende Beistandspflicht liefe hingegen zunächst der Handlungsfreiheit *der Verpflichteten* zuwider, indem diese dann nicht mehr generell, sondern nur noch unter dem Vorbehalt gewährleistet wäre, dass kein anderer ein Interesse an deren Inanspruchnahme hat.³⁵⁴⁰ Doch auch der Selbstständigkeit *des Begünstigten* widerspräche die Annahme einer umfassenden Beistandspflicht.³⁵⁴¹ Denn die Kehrseite seiner Freiheit ist grundsätzlich das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit.³⁵⁴² Die Freiheit des Einzelnen würde sich sonst nicht durchhalten lassen: „Wie käme der Eine denn dazu, immer wieder bei dem Nachbarn einspringen zu müssen, ohne das Recht zu haben, dessen unvernünftige

³⁵³⁵ Vgl. auch *Kindhäuser* Gefährdung S. 277 (ähnlich auch S. 214 f.) zur konkreten Gefährdung: „Wird das Gut als Mittel zur freien persönlichen Entfaltung begriffen, so ist die Bestimmbarkeit über seine Unversehrtheit ein (wesentlicher) Faktor des Wertes, der seinen Schutz rechtfertigt; der Entzug der Kontrolle über die Integrität des Gutes ist ein rechtsgutsbezogener Freiheitskonflikt sui generis und keineswegs ein axiologisch belangloses Vorstadium seiner Verletzung“.

³⁵³⁶ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 99; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 21 f.

³⁵³⁷ *Roxin* AT II § 32 Rn. 150.

³⁵³⁸ In Konkretisierung zu oben → Kapitel 1 § 3 B VI 3. Anderenfalls könnte der Gesetzgeber nicht die grundsätzliche Handlungsfreiheit und Selbstbestimmung *gerade dieser Person* im Hinblick auf diese Auswirkungen einschränken. Vgl. etwa *Herzberg* Garantenprinzip S. 282 ff.; *ders.* Arbeitsschutz S. 212 ff.; *Pawlik* Unrecht S. 174 ff., 179.

³⁵³⁹ Siehe nur *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 514; *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 264.

³⁵⁴⁰ Treffend zu § 34 StGB *Frister* GA 1988, 291 f. Siehe schon oben → Kapitel 1 § 3 B VI 4 b). – Vor diesem Hintergrund wurde oben auch ausgeführt, dass eine Garantenstellung *allein* aufgrund eines faktischen Monopols oder der Einfachheit der Erfolgsabwendung mit der Eigenständigkeit des verpflichteten Individuums nicht vereinbar wäre.

³⁵⁴¹ Nicht im Sinne eines Eingriffs im Sinne des Art. 2 I GG, da er die Hilfe auch ablehnen könnte.

³⁵⁴² Vgl. etwa *Neumann* ZStW 116 (2004) 751. Siehe auch *Pawlik* Notstand S. 17: „Wer seinerseits von anderen verlangt, sie sollten seinen Anspruch auf Selbstständigkeit anerkennen, sich andererseits aber weigert, die etwaigen Kosten dieser Selbstständigkeit zu tragen, der muß sich regelmäßig vorhalten lassen, sich in einen performativen Selbstwiderspruch zu verstricken“.

Lebensgestaltung wirksam zu beeinflussen“?³⁵⁴³ Die Gewährleistung der Handlungsfreiheit ist daher nur durchführbar, wenn „jeder die selbst zu verantwortende oder zufällige Erweiterung oder Einschränkung seiner Handlungsmöglichkeiten für sich tragen muß“. ³⁵⁴⁴ Daher muss sich grundsätzlich (abseits von Pflichten aus Solidarität) niemand um das Wohlergehen der anderen sorgen. Dieses bleibt ihm gegenüber, solange er die Gewährleistung der anderen nicht verletzt, – strafrechtlich gesehen – Zufall und muss ihn nichts angehen, ³⁵⁴⁵ was sich insbesondere auch im Umkehrschluss zu § 13 I StGB ergibt. Da die Rechtsordnung allerdings zwar vom selbstständigen, nicht jedoch vom isolierten, sondern auf die Gemeinschaft bezogenen ³⁵⁴⁶ Individuum ausgeht, bezweckt es § 13 I StGB im Einklang mit der natürlichen ³⁵⁴⁷ ebenso wie der sozialen ³⁵⁴⁸ Betrachtung, den grundsätzlich auf Begehung beschränkten Schutz auf Unterlassungen auszudehnen. ³⁵⁴⁹ Wie oben bereits dargelegt, sind die Voraussetzungen des unechten Unterlassungsdelikts, insbesondere das Merkmal des Entstehens, in strafrechtsspezifischer Gleichstellung zum Begehungsdelikt zu konkretisieren. ³⁵⁵⁰ Ähnlich hat bereits vor Schaffung von § 13 StGB *Gallas* zu Recht ausgeführt, „daß der Garantengedanke, soll er überhaupt noch einen sachlichen, am Schutzzweck der Begehungstatbestände orientierten Sinn behalten, zum mindesten voraussetzt, daß das gefährdete Rechtsgut, wenn schon nicht durch eine Vorhandlung des Unterlassenden, dann doch infolge eines schon vor der Notsituation bestehenden Verhältnisses zu ihm als von dessen Schutz abhängig [...] erscheint“. ³⁵⁵¹ Es

³⁵⁴³ *E. A. Wolff* Kausalität S. 39.

³⁵⁴⁴ *Köhler* AT S. 282; bereits *Kant* MdS Rechtslehre § B, AB 32 f., Werke VIII S. 337.

³⁵⁴⁵ So auch *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 316.

³⁵⁴⁶ BVerfGE 12, 45, 51; BVerfGE 28, 175, 189; BVerfGE 80, 367, 374; sowie statt vieler *Greco* FS Sancinetti S. 105, 117; *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 73 ff.; *Arth. Kaufmann* Schuldprinzip S. 102; *Hilgendorf* Handbuch Bd. 1 § 1 Rn. 5; *Murmann* Selbstverantwortung S. 218; *Vogel* StV 1996, 110, 111. Treffend weist *Möllers* Freiheitsgrade § 43 darauf hin, dass sich Individualität überhaupt nur als soziales Phänomen beschreiben lässt.

³⁵⁴⁷ Vgl. dazu das Beispiel von *E. A. Wolff* Kausalität S. 37 f.: Ein junger Vogel ist auf die Fütterung durch seine Mutter angewiesen. Bei Unterbleiben der Fütterung weicht die Wirklichkeit davon ab, wie die *Naturrecht* bestimmt ist.

³⁵⁴⁸ Vgl. dazu insbesondere *Roxin* Kriminalpolitik S. 17 ff.: Der Unterlassende, dessen Tun im sozialen Regelablauf vorgesehen war, verstößt gegen seine *soziale Rolle*.

³⁵⁴⁹ Zu Recht spricht *Walther* Eigenverantwortlichkeit S. 218 davon, dass die Garantfrage im Spannungsverhältnis zwischen der grundsätzlichen Selbstverantwortlichkeit des Rechtsgutsinhabers und der Gemeinschaftsgebundenheit der Beteiligten steht.

³⁵⁵⁰ Umfassend → Kapitel 1 § 3 B II.

³⁵⁵¹ *Gallas* Studien S. 92; **kritisch** insoweit *Jakobs* AT 29/28 m. Fn. 53 (4), der den weitestgehenden Ausschluss „institutioneller“ Garantien kritisiert: „die gemeinsame Welt, die Gesellschaft auch ist, bleibt bei *Gallas* ohne strafrechtliche Garantie“. – Dass dieser Einwand jedoch nicht überzeugen kann, dürfte nach dem oben Vorgebrachten deutlich sein: Gesellschaftliche Institutionen, die „gemeinsame Welt“ ist nicht *per se* durch das *Strafrecht* zu schützen. Es ist nicht einzusehen, dass das schärfste Schwert des Strafrechts bei jeder Zuwiderhandlung gegen die gesellschaftliche Gestalt zum Einsatz gebracht werden müsste (→ Kapitel 3 § 2 G II 2 a, c). Zumindest müsste sich das Strafrecht auf solche „Institutionen“ beschränken, die für den Schutz bestimmter *Rechtsgüter unerlässlich* sind, was zumindest auf die Institution der Ehe nicht zutrifft.

geht insoweit nicht um eine bloß moralisch bedingte „Nähe“ des Garanten zum Rechtsgut, sondern eine rechtliche Abhängigkeit im Sinne des Garantengedankens.³⁵⁵² Dies entspricht den oben dargelegten Betrachtungen: Das Verbrechen ist primär Rechtsgutsverletzung. Es muss insoweit dargetan werden, dass das Unterlassen eine qualitativ vergleichbare Gefährlichkeit für Rechtsgüter aufweist wie eine entsprechende Begehung. Hierfür kommt es, da das Unterlassen nicht allein gefährlich ist, maßgeblich auf die Eigenschaften der nicht gehemmtten Schädigungsmöglichkeit an,³⁵⁵³ wobei es allerdings nicht um eine „quantitative“ Gefährlichkeit³⁵⁵⁴ des Kausalverlaufs,³⁵⁵⁵ sondern qualitativ auf die *strafrechtlich relevante Unselbstständigkeit* des Opfers hinsichtlich bestimmter Verläufe geht. Während also die Grundlage der Verbote, aktiv in die geschützten Interessen eines anderen einzugreifen, dessen Anerkennung als selbstständige, eigenverantwortliche Persönlichkeit ist,³⁵⁵⁶ die *nur* im Hinblick auf den aktiven Eingriff als „abhängig“ angesehen wird, geht es bei den Unterlassungstatbeständen darum, dass das Opfer im Einzelfall nach den Wertungen der Rechtsordnung *nicht* vollkommen selbstständig ist, sondern bis zu einem gewissen Grad von der selbstständigen rechtsgutsbezogenen Entscheidung ausgeschlossen und damit *abhängig* ist. Deshalb stellt die Rechtsordnung (im Einklang mit der gesellschaftlichen Betrachtungsweise) eine Person zur Kompensation dieser Abhängigkeit „auf Posten“, die zukünftig die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung zu treffen hat. Bei Gefahrenquellen hat regelmäßig diejenige Person als Überwachungsgarant die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung zu treffen, die die Gefahrenquelle beherrscht und damit auch bisher die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung – die über den Ausschluss anderer – getroffen hat. Ein derartiger Garantensbegriff lässt keine sicheren Deduktionen zu, liefert aber die leitenden Wertungsgesichtspunkte.³⁵⁵⁷ Zutreffenderweise geht es nicht darum völlige äußerliche Gleichheit herzustellen, sondern hinreichende Vergleichbarkeit im Hinblick auf den *Schutzzweck* der Begehungstatbestände: den Schutz der selbstbestimmten Inanspruchnahme der eigenen Entfaltungspotentiale (Rechtsgüter). Nach dem Gesagten ist der Begriff der Abhängigkeit nicht auf bestimmte Abwendungsmöglichkeiten, sondern bestimmte *Schädigungsmöglichkeiten* zu beziehen.³⁵⁵⁸ Von der Feststellung aus, dass eine Person bestimmten *Gefahren* abhängig, also unselbstständig, gegenübersteht, lässt sich zwar nicht deduktiv, allerdings nach der Richtlinie des § 13 I StGB in Verbindung mit einer teleologischen Argu-

³⁵⁵² Gallas Studien S. 93; ähnlich auch Rudolphi SK⁷ § 13 Rn. 22; ders. NStZ 1991, 361, 365.

³⁵⁵³ → I 2-5.

³⁵⁵⁴ Auch die spezifische Gefährlichkeit der Begehung liegt nicht in einer irgendwie messbaren „kausalen Stärke“, sondern dem dirigierenden Täterwillen, vgl. Welzel Naturalismus S. 83.

³⁵⁵⁵ So ist jeder Mensch äußerst gefährlichen Krankheiten und Naturgewalten ausgesetzt, ohne dass hierfür Garanten bestellt würden.

³⁵⁵⁶ Stratenwerth ZStW 68 (1956) 41, 44.

³⁵⁵⁷ Rudolphi SK⁷ § 13 Rn. 23; siehe bereits ders. Gleichstellungsproblematik S. 100 f.; ähnlich für die Täterschaft Roxin AT II § 25 Rn. 12, 27.

³⁵⁵⁸ → Kapitel 1 § 3 B VI 4.

mentation ableiten, dass hierzu sowohl *Schädigungsverbote* als auch *Überwachungsgebote* erforderlich sind.³⁵⁵⁹ Im Rahmen der strafrechtlichen Gleichstellung ist eine Garantposition (Obhuts- oder Überwachungsposition) überhaupt nur für solche Fälle anzuerkennen, in denen sich das Opfer Gefahren gegenüber sieht, vor denen es sich selbst nicht schützen kann, und daher davon abhängig ist, dass eine andere Person die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung trifft. Hierfür muss zunächst beim Opfer überhaupt ein „Mangel“³⁵⁶⁰ bzw. eine „Schutzlosigkeit“³⁵⁶¹ vorliegen, also eine Situation, auf die es sich nicht aus eigener Kraft einzustellen vermag,³⁵⁶² sodass es nicht als „selbstständig“, sondern als „abhängig“ angesehen werden kann.³⁵⁶³ Entscheidend ist dabei stets, dass es nicht um die bloß tatsächliche Hilflosigkeit des Opfers gehen soll,³⁵⁶⁴ sondern die *strafrechtliche Relevanz* der Unselbstständigkeit.³⁵⁶⁵ Nur dann weist die *Unterlassung* für die

³⁵⁵⁹ Der Grundfehler von *Wolff* und *Welp* war es m.E. hingegen, die Abhängigkeit grundsätzlich auf das Vertrauen auf die Einhaltung der Verbotsnorm zu stützen und hieraus Folgerungen für die Gebotsnorm deduzieren zu wollen (→ Kapitel 3 § 2 E I 2, II 2 b, c). Während *Wolff* zwischen der bloß faktischen Betrachtungsweise und der formellen Rechtspflichtentheorie schwankt, läßt *Welp* den Abhängigkeitsbegriff mit unterschiedlichsten Bedeutungen auf, wobei die Terminologie die sachlichen Unterschiede der Konstellationen verdunkelt. Dabei kann tatsächlich, wie *Schünemann* eindrucksvoll dargelegt hat, bloß terminologische Gleichförmigkeit hergestellt werden, welche gegebene Unterschiede verschleiert, *Schünemann* Grund und Grenzen S. 111 ff. Aus der Abhängigkeit vom Ausbleiben einer *bestimmten* Schädigungshandlung kann man nicht die Abhängigkeit einer *bestimmten* anderen Rettungshandlung deduzieren. Der Begriff der Abhängigkeit muss daher – im Einklang mit § 13 I StGB „daß der Erfolg nicht eintritt“ – nicht auf bestimmte Abwendungsmöglichkeiten, sondern eine zu überwachende Schädigungsmöglichkeit für Rechtsgüter bezogen werden. Die Relevanz der einzelnen Abwendungsmöglichkeiten ergibt sich dann im Wesentlichen aus ihrer Tendenz auf diese Schädigungsmöglichkeit.

³⁵⁶⁰ *E. A. Wolff* Kausalität S. 40. Vgl. im Allgemeinen *Amelung* FS Eser S. 3, 5 m. Fn. 16; *H.-L. Günther* FS Lenckner S. 69, 76 ff.: Gerade der Schwache bedarf des Schutzes durch das Strafrecht. Die Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit des Opfers gehören im rechtsgüterschützenden Strafrecht zu den bedeutendsten Faktoren der Strafwürdigkeit.

³⁵⁶¹ Vgl. *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 108 ff.; *ders.* JR 1974, 160, 161; *ders.* NSTz 1991, 361, 365; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 22, 38; siehe auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 151: Dies „verstärkt“ die Gründe, die für eine Überwachungsgarantenstellung sprechen. Siehe für die Obhutsgarantenstellungen auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 342 ff., 348 ff.: Herrschaft über die konstitutionelle oder partielle Hilflosigkeit des Opfers.

³⁵⁶² *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 315. Siehe auch *Seelmann* GA 1989, 241, 255, der für die Überwachungsgarantenstellungen darauf abstellt, ob der übliche Selbstschutz unterlaufen wurde.

³⁵⁶³ Im Ergebnis ähnlich stellt *Gimbernat* darauf ab, ob die Unterlassung einer Person einen präexistenten Gefahrenherd destabilisiert, *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 324 ff. Hiermit werden die Garantstellungen auf von vornherein hilfsbedürftige Schutzobjekte reduziert, vgl. auch (allerdings kritisch) *Roxin* AT II § 32 Rn. 27 ff. Letzterer erkennt eine Ähnlichkeit zu seiner älteren Lehre, nach der nur diejenigen Fälle gleichzustellen seien, bei denen die Handlung im sozialen Regelablauf vorgesehen sei. – Dagegen kommt es nach der hier vertretenen Ansicht nicht auf die Regelmäßigkeit oder die Präexistenz des Gefahrenherdes an, sondern auf die normative Frage, ob eine Person im Hinblick auf diese Gefahr unselbstständig ist.

³⁵⁶⁴ Ein *quiquis ex populo* hingegen tritt dem Opfer gegenüber, das sich zwar in einer misslichen Lage befindet, allerdings handelt es sich dabei nicht um eine rechtlich relevante (abseits § 323c I StGB), sondern um eine bloß *tatsächliche* Schutzlosigkeit. Eine für das Opfer tatsächlich missliche Lage geht andere Menschen grundsätzlich nichts an, derartige Gefahren gehören insoweit – vorbehaltlich etwaiger solidarischer Hilfspflichten, § 323c I StGB – für das Strafrecht zum „normalen Leben“ der betroffenen Person.

³⁵⁶⁵ Dann ist die hier beschriebene Abhängigkeit nicht bloßes „Angewiesensein“ auf Hilfe; so aber die zentrale Kritik von *Schünemann* Grund und Grenzen S. 111 ff., insbesondere 114 gegen *Welp*.

Rechtsgüter des Opfers eine *qualitativ* vergleichbare *Gefährlichkeit*³⁵⁶⁶ wie eine entsprechende Begehung auf, weshalb eine andere Person, der Garant, die maßgebliche Entscheidung über die Rechtsgutsverletzung zu treffen hat und damit „Zentralgestalt des Geschehens“ ist.³⁵⁶⁷ Wenn das Opfer derart unselbstständig und „abhängig“ ist, dass eine andere Person zur Kompensation dieser Unselbstständigkeit „auf Kosten gestellt“ wird, ist die Unterlassung dieser anderen Person in gleichem Maße gefährlich für dessen Rechtsgüter wie eine aktive Schädigung, der strafrechtliche Schutz gegen derartige Unterlassungen ebenso *unerlässlich*.

In der Herrschaft über die Gefahrenquelle liegt daher eine hinreichende Vergleichbarkeit³⁵⁶⁸ mit der Handlungsherrschaft beim Begehungsdelikt vor. Insoweit entfaltet sich hier die Idee der Herrschaft, um mit *Roxin* zu sprechen, am jeweiligen Rechtsstoff. Das Telos, welches für die Maßgeblichkeit der Herrschaft bei den Begehungsdelikten streitet, spielt also auch für die Unterlassungsdelikte eine Rolle, die Idee nimmt hinsichtlich gegenständlicher Gefahrenquellen, des abweichenden Rechtsstoffes, eine zur Handlungsherrschaft abweichende Gestalt an. Besonders *Rudolphi* hat insoweit dargelegt, dass Herrschaft des Täters und Abhängigkeit des Opfers zwei Seiten einer Medaille darstellen.³⁵⁶⁹ Der gemeinsame leitende Gedanke ist bei der Handlungs- und Sachherrschaft, dass der Inhaber der Herrschaft andere von der Möglichkeit der Gestaltung und damit der maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung ausschließt, während er selbst *jedenfalls* die *Möglichkeit* hat, auf die gefahrenträchtige Handlung/Sache einzuwirken, und daher die nach den Wertungen des Strafrechts maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung trifft. Jedenfalls für die Begehung und die Verantwortlichkeit für Gefahrenquellen lassen sich also die Herrschaft der einen und die Abhängigkeit der anderen Person als Grundlage des „Ähnlichkeitsschlusses“ und damit des Einstehenmüssens feststellen. Es handelt sich zwar nur um ein „oberstes Leitprinzip, das anhand der vielfältig verschiedenen Erscheinungsformen des realen Lebens konkretisierend entfaltet werden muß und auch normativer Abgrenzungen bedarf“. Gleichzeitig ist es jedoch ein Kriterium, welches einen deskriptiven Kern enthält und so eine empirisch überprüfbare Ergebnisfindung gewährleistet.³⁵⁷⁰

Überdies sei kurz darauf hingewiesen, dass dieses Zusammenspiel von Recht und Wirklichkeit alle Garantenspositionen auszeichnet, damit also auch die Obhutsgarantenstellungen. Hier ist das Opfer nicht im Hinblick auf fremde Herrschaftsausübung, sondern strukturell im Hinblick auf sämtliche Gefahren (insbes. bei minderjährigen Kindern) oder im

³⁵⁶⁶ → Kapitel 4 § 1 A I 3, 4. Vgl. auch *H.-L. Günther* FS Lenckner S. 69, 80: Die Schwäche des Opfers begründet die objektiv gesteigerte Gefährlichkeit des Verhaltens.

³⁵⁶⁷ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 99; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 21 ff.

³⁵⁶⁸ Siehe dazu *Roxin* AT II § 32 Rn. 19, 107 ff.; *Rudolphi* NStZ 1991, 361, 365.

³⁵⁶⁹ *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 22, 40; *ders.* NStZ 1991, 361, 365. Das Abhängigkeitsverhältnis wird begründet durch die Herrschaft des Täters und die daraus folgende Unfähigkeit des Opfers, sich zu schützen.

³⁵⁷⁰ *Roxin* AT II § 32 Rn. 21 zur Kontrollherrschaft.

Hinblick auf bestimmte Gefahren (insbes. Fälle der Übernahme) unselbstständig.³⁵⁷¹ Diese Unselbstständigkeit des Opfers wird nach den *Wertungen* der (Straf-) Rechtsordnung als materielles Schutzbedürfnis identifiziert, sie muss wertungsgemäß vergleichbar grundlegend sein wie die Abhängigkeit gegenüber fremder Herrschaft. Infolgedessen muss nach den Wertungen der Rechtsordnung zur Kompensation dieser Unselbstständigkeit eine Person (Garant) – die regelmäßig bereits im sozialen Leben diese Schutzfunktion ausfüllt – auf Posten gestellt sein, die anstelle der abhängigen Person die Entscheidung über die Rechtsgutsverletzung *zu treffen*, also die dem Rechtsgut drohenden Gefahren *zu kontrollieren hat*.³⁵⁷² Dies entspricht dem der Rechtsgutslehre zugrunde liegenden negativen Freiheitsverständnis. Der Einzelne kann sich entsprechend seiner Vorstellungen von

³⁵⁷¹ So spricht sich etwa auch *Seelmann* auf Grundlage eines negativen Freiheitsverständnisses (→ Kapitel 3 § 2 C III) für Garantstellung des Staates (bzw. seiner Amtsträger) bei gravierenden Gefahren aus.

³⁵⁷² Etwa das Kind ist – im Einklang mit der natürlichen und sozialen Betrachtung – auch nach den Wertungen der Rechtsordnung unselbstständig und damit generell schutzbedürftig, sodass die Fürsorge ebenso wie die Nichtschädigung zu seinem „normalen“ Leben gehört. Die §§ 1626 ff. BGB statuieren insoweit nicht bloß formelle Rechtspflichten, sondern sind, ebenso wie Art. 6 II 1 GG, rechtlicher Ausdruck dieser faktisch-sozialen Unselbstständigkeit (nach der *gesetzlichen* Wertung ist diese normative Abhängigkeit unabhängig von der tatsächlichen Reife des Kindes, vgl. auch *Gallas* Studien S. 92). Sie enthalten in ihrer Gesamtheit über die Einzelregelungen hinaus (in ihrer Ausformung als Institution, vgl. *Herzberg* Arbeitsschutz S. 228; siehe auch *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 21: die besonderen Sachbeziehungen sind der Entstehungsgrund, nicht die einzelne gesetzliche Vorschrift als solche) die grundlegende Wertung, dass das Versagen des Beistandes durch die Eltern für die Interessen des Kindes in höchstem Maße gefährlich und damit mit einer aktiven Schädigung vergleichbar ist. Es geht insoweit nicht um eine Vergünstigung für das Kind, sondern um die Grundlage, um dessen Entfaltung überhaupt erst zu ermöglichen. Es handelt sich hier also um eine Synthese der formellen und der materiellen Betrachtungsweise (so in der Sache bereits *Gallas* Studien S. 92; *Herzberg* Arbeitsschutz S. 228; *E. A. Wolff* Kausalität S. 36 ff.; dagegen vernachlässigt etwa *Grünwald* Garantienpflichten S. 140 die positiv-rechtliche Anerkennung und Ausgestaltung der Beziehung). Maßgeblich ist also weder die bloß soziale Abhängigkeit noch die zivilrechtliche Pflicht, sondern die Wertung, dass nach den Maßstäben der Rechtsordnung die Kinder gerade von der Fürsorge ihrer Eltern abhängig sind. – Wenn die Garantstellungen nicht dem möglichst weiten Erhalt der Rechtsgüter dienen, sondern diese nur schützen, soweit sie ihren Trägern die *normale* individuelle Entfaltung ermöglichen, müssen bestimmte, herkömmlich angenommene Garantstellungen als strafrechtsirrelevant ausscheiden. So kann insbesondere die von der herrschenden Meinung angenommene Garantstellung des Ehegatten (statt vieler *Jakobs* AT 29/63 ff.; *Kühl* JuS 2007, 497, 501; *Roxin* GA 2009, 73 ff., 79 ff.) nicht überzeugen. Zwar ist dieser zivilrechtlich zum Beistand verpflichtet, § 1353 I 2 Hs. 2 BGB. Jedoch ist ein erwachsener Mensch nach den Maßstäben unserer Rechtsordnung grundsätzlich fähig, sich selbst vor Gefahren zu schützen. Bereits die Trivialität, dass nicht jeder Mensch verheiratet ist, zeigt, dass die Einstandspflicht des Ehegatten kein notwendiges Korrelat ist, um sein Leben selbstbestimmt zu verwirklichen. Wenn es etwa ein Ehepartner unterlässt, den anderen aus einer Lebensgefahr zu erretten, so liegt hierin zwar möglicherweise ein Angriff gegen die „Institution“ (*Jakobs*) Ehe, nicht jedoch gegen das Rechtsgut Leben des Betroffenen. Die Unterlassung einer Ehefrau, ihrem an einem Stück Brot erstickenden Ehemann einen Krankenwagen zu rufen, weist keine mit dem Begehungsdelikt vergleichbare Gefährlichkeit auf, da verheiratete ebenso wie unverheiratete Menschen grundsätzlich selbstständig und für ihre freie Entfaltung nicht strukturell auf Beistand angewiesen sind. Es fehlt an einem generellen Schutzbedürfnis (in diesem Sinne auch *Gallas* Studien S. 92 f.; ähnlich *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 332 f.). Anders wäre es nur, wenn ein Ehepartner die Pflege des anderen, welcher nicht mehr selbst für sich sorgen kann, *übernommen* hat (in diese Richtung zu Recht auch *Fischer* § 13 Rn. 45: „aus tatsächlicher Gewährübernahme“), in diesem Fall gehört die Sorge zu dessen „normalem“ Leben, er ist insoweit abhängig von dem Beistand des anderen (vgl. dazu

einem guten Leben für die Inhalte seiner Selbstbestimmung entscheiden.³⁵⁷³ Dem Strafrecht geht es allein darum, diese Selbstbestimmung überhaupt zu ermöglichen.

6. Objektive Seite der Handlung

Für die Garantenstellung zur Überwachung einer Gefahrenquelle geht es also maßgeblich um die objektiven Auswirkungen der Sachherrschaft *für andere*, die hierdurch von der Einwirkung auf die Gefahrenquelle und damit der maßgeblichen Entscheidung über die Unversehrtheit ihrer eigenen Rechtsgüter ausgeschlossen sind. Es kommt für die Begründung der Garantenstellung aufgrund von Sachherrschaft nicht darauf an, dass der Inhaber die Auswirkungen der Herrschaft für Rechtsgüter wollte, sich also bewusst für diese entschieden hätte, das Geschehen zweckmäßig steuerte, sondern allein darauf, dass er die *nach den Wertungen der Strafrechtsordnung* maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung getroffen hat. Konsequenterweise muss es auch für das selbstverständliche Entstehenmüssen des Handelnden – und damit für die Garantenstellung aus Ingerenz – auf die *objektive, gesellschaftsbezogene*³⁵⁷⁴ Seite der Handlungsherrschaft ankommen. Die Schädigungsmöglichkeit, für die der Handelnde einzustehen hat, ist nicht bloß der aktiv gesteuerte Angriff durch die Handlung selbst, sondern die objektiven Folgen der Handlung³⁵⁷⁵ für Andere. Die Handlungsherrschaft wird damit nicht als final-objektive Tat-

Gallas Studien S. 78 ff.; *E. A. Wolff* Kausalität S. 37 ff.; zweifelnd hingegen *Roxin* AT II § 32 Rn. 28; nunmehr aber auch *ders.* GA 2021, 190, 193 f. vermehrt auf die Übernahme abstellend), sodass dessen Unterlassen sich als Angriff auf die Rechtsgüter des Opfers darstellt.

³⁵⁷³ Vgl. zu diesem *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 7 f., insbesondere 8a.

³⁵⁷⁴ Betont wurde diese äußere, gesellschaftsbezogene Dimension der Handlung insbesondere von den sozialen Handlungslehren. Siehe nur *Eb. Schmidt* Der Arzt im Strafrecht S. 75 m. Fn. 29; *ders.* FS Engisch S. 339 ff.; *Bockelmann* Täterschaft S. 32 f.; *Engisch* FS Kohlrausch S. 141, 153 ff.; *Jescheck* FS Eb. Schmidt S. 139 ff.; *ders.* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 32; *ders./Weigend* AT § 23 IV 1: Handlung als „sozialerhebliches Verhalten“; *Kienapfel* Das erlaubte Risiko S. 22 ff.; *Oehler* Zweckmoment S. 13, 72 ff.; *Arth. Kaufmann* Schuldprinzip S. 165 m. Fn. 216; *ders.* FS H. Mayer S. 79, 112 *et passim*; *Maihofer* Handlungsbegriff S. 65 ff., 72; *ders.* ZStW 70 (1958) 169 ff.; *ders.* FS Eb. Schmidt S. 156, 178 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 144 ff.; leicht abweichend *E. A. Wolff* Handlungsbegriff S. 15 ff., 29 ff., 39: individueller und sozialer Handlungsbegriff, welche die verschiedenen Seiten des Verbrechens kennzeichnen; siehe zudem *Larenz* Zurechnungslehre S. 60 ff.; *Honig* FG Frank I S. 174, 187; *H. Mayer* AT § 16 III, § 17 I; *ders.* Studienbuch § 9 IV. Ferner *Lampe* ZStW 79 (1967) S. 476, 489 f.: Die (objektive) Handlungssteuerung sei nicht an das vom Vorsatz gewählte Ziel gebunden: „Wer beispielsweise seinen Kraftwagen gegen einen Baum fährt, hat ihn zwar dahin gesteuert, doch lag sein vorsätzlich erwähltes Ziel zweifellos anderswo“. Ebenfalls die Ausführungen *Roxins* sind trotz aller Unterschiede in dieser Richtung einzuordnen. Siehe insbesondere *Roxin* ZStW 74 (1962) 515 ff., 533; *Roxin* vertritt einen „personalen Handlungsbegriff“ (*ders./Greco* AT § 8 Rn. 43a ff., den sozialen Handlungsbegriff lehnt er als *Handlungsbegriff* ab, Rn. 29 ff.); siehe zudem *Wolter* in: Bausteine S. 3, 21. – Abseits der berechtigten Kritik an diesen Lehren als allgemeinem strafrechtlichen Handlungsbegriff (vgl. *Hirsch* ZStW 93 (1981) 852 ff.; *ders.* in: Probleme II S. 53, 62: „Aussagewert minimal“; *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 29 ff.) wurde hierdurch jedoch zu Recht der Fokus darauf gelenkt, dass sich die Bedeutung der Handlung nicht allein aus den Zwecksetzungen des Handelnden, sondern der *sozialen* Wirkrichtung des Tuns ergibt. Der Begriff des Unrechts umfasse insbesondere den Wert, den ein Verhalten für andere Menschen hat, *Maihofer* FS Rittler S. 141, 142.

³⁵⁷⁵ Auch *Jakobs* meint, *ehemals* beanspruchte Herrschaft gebe den Zurechnungsgrund für die Ingerenz ab; es komme aber nicht, auf die aktuelle Herrschaft an, denn die Pflicht werde „zugeschrieben und nicht etwa aus dem faktischen abgeläuscht“; *Jakobs* FG BGH IV S. 29; siehe auch *ders.* Handlungsbegriff S. 31; *ders.*

herrschaft (welcher rechtlich neutrale Zwecksetzungen gleichgültig sind) betrachtet, sondern aus der Perspektive des geschützten Rechtsguts.³⁵⁷⁶ Das menschliche Handeln ist insofern, wie *Gallas* ausführt, ein „mehrschichtiges Gebilde“: Ein kausaler Vorgang wird durch den steuernden Willen überdeterminiert. Die Handlung hört jedoch nicht auf, kausaler Vorgang zu sein. Die Bewertung kann durchaus unter einem bestimmten Blickwinkel bloß an die kausale, objektive Seite der Handlung anknüpfen.³⁵⁷⁷ Dementsprechend stellt es keinen Widerspruch dar, wenn die Handlungsherrschaft im Rahmen der Tatherrschaft als final-objektive Sinneinheit betrachtet wird,³⁵⁷⁸ im Rahmen der Begründung des Entstehenmüssens hingegen allein aus der objektiven Perspektive des Rechtsguts. In Parallele zur Sachherrschaft kommt es also auch bei der Handlungsherrschaft für die Garantenstellung darauf an, ob der Handelnde die *aus der Perspektive des Rechtsguts rechtlich maßgebliche* Entscheidung getroffen hat.

7. Verhältnis von Handlungsherrschaft und Sachherrschaft

Die Entstehungsgründe „Sachherrschaft“ und „Handlungsherrschaft“ bestehen häufig nebeneinander, können aber auch auseinanderfallen.³⁵⁷⁹ Häufig wurde die gemeinsame Wurzel dieser beiden Garantenstellungen bestritten,³⁵⁸⁰ so meinte etwa *Rudolphi*: „Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun und der Gedanke des sozialen Herrschaftsbereichs beruhen auf verschiedenen rechtlichen Ordnungsprinzipien“.³⁵⁸¹ Jedoch verliert sich die Differenzierung in bloß phänomenologischen Unterscheidungen: Die Garantenstellung aus Ingerenz soll Gefährdungen *außerhalb* des eigenen Herrschaftsbereichs be-

FS R. Merkel S. 639, auf die Gestaltung durch Menschen abstellend. Parallelen zur Garantiebegündung über den Herrschaftsgedanken sieht auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 23. Dass diese Herrschaftsaspekte bei *Jakobs* ungenutzt blieben, kritisieren insbesondere die Gegner der Ingerenz *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 57; sowie *Berster* Unterlassungsdelikt S. 34 f.

³⁵⁷⁶ Auch die *moderne Tatbestandslehre* stellt letztlich eine Synthese aus beiden Betrachtungsweisen – final und sozial – dar. Vgl. etwa *Jescheck/Weigend* AT § 22 VI; *Krauß* ZStW 76 (1964) 19, 67; *Schünemann* in: Bausteine S. 149, 151; *Wolter* in: Bausteine S. 3, 29, 31; siehe auch *Hirsch* ZStW 116 (2004) 1, 5, 8; *ders.* in: Probleme II S. 53, 58 f., der betont, dass es bei den Strukturen der Wirklichkeit nicht nur um ontische Befunde, sondern soziale Phänomene geht. – Ähnlichkeiten trotz terminologischer Unterschiede anerkennend auch *Welzel* Strafrecht S. 130 f.; *Eb. Schmidt* Der Arzt im Strafrecht S. 75 m. Fn. 29; *ders.* FS Englisch S. 339, 340 m. Fn. 5; *Jescheck* FS Eb. Schmidt S. 139, 147 m. Fn. 36.

³⁵⁷⁷ *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 32 f.

³⁵⁷⁸ Ebenso bei den Fahrlässigkeitsdelikten, wo das Geschehen *willentlich vermeidbar* sein muss. Auch hier spricht die Verhaltensnorm den menschlichen Willen an und versucht den Adressaten zu rechtskonformen Verhaltensweisen zu motivieren; siehe schon oben → Kapitel 1 § 2 C II 2.

³⁵⁷⁹ *Hilgendorf* Produzentenhaftung S. 142; siehe auch *Schmidhäuser* AT 12/29. Sicher ist richtig, dass für die Herrschaft über eine Gefahrenquelle eine gefahrbezügliche *Handlung* nicht erforderlich ist, vgl. *Kugler* Ingerenz S. 149 f.

³⁵⁸⁰ Siehe schon oben → I.

³⁵⁸¹ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 68; siehe auch *Jescheck/Weigend* AT § 59 IV 4b; *Herbertz* JR 2016, 548, 550; *dies.* Ingerenz S. 135, 177; *Kugler* Ingerenz S. 149; *Otto* NJW 1974, 528, 531: „berühren sich offenbar vielfältig, sie sind jedoch nicht identisch“; **andere** *Jakobs* AT 28/14; 29/29 ff.; insbesondere 29/30; *ders.* Unterlassen S. 20 ff.; *ders.* System 36 ff.; *Freund* MK § 13 Rn. 120; *Vogel* Norm und Pflicht S. 266; nun auch *Otto* FS Gössel S. 99, 106: Die aus dem eigenen Herrschaftsbereich hinausgehende Gefährdung als gemeinsamer Nenner.

treffen, während die Herrschaft über einen bestimmten *räumlich-gegenständlichen* sozialen Bereich die Pflicht bedinge, Gefahren aus diesem Bereich abzuwenden.³⁵⁸² Ob jedoch eine einmalige oder eine dauernde,³⁵⁸³ eine flüchtige oder eine gegenständliche Gefahrenquelle geschaffen wurde, kann im Hinblick auf das Telos des Rechtsgüterschutzes keinen Unterschied bedeuten.

Zum Teil wurde auch versucht, Ingerenz und „Verkehrspflichten“ auf eine gemeinsame Wurzel zurückzuführen, nur eben, indem die Verkehrspflichten als Anwendungsfall der Ingerenz angesehen werden, die Verantwortlichkeit also stets auf eine individuelle Handlung zurückgeführt wird.³⁵⁸⁴ Doch auch das ist zu kurz gegriffen: Eine derartige Betrachtung mag in einer primitiven, vorindustriellen Gesellschaft genügen.³⁵⁸⁵ Bereits aber in einer „Gesellschaft freier Eigentümer und Inhaber von Rechten“³⁵⁸⁶ und erst recht in einer hochkomplexen (technisierten, digitalisierten, teilautomatisierten), arbeitsteiligen Gesellschaft geht diese Sichtweise an der Natur der Lebenswelt vorbei. Hier geht es nicht bloß um bestimmte Handlungen oder einzelne Sachen,³⁵⁸⁷ welche im Eigentum des Garanten stehen, sondern etwa in Wirtschaftsunternehmen um komplexe Entscheidungs- und damit Verantwortlichkeitsstrukturen. Etwa im Bereich der Produkthaftung ginge es an der sozialen Realität vorbei, allein dem Fließbandarbeiter oder dem Transporteur eine Überwachungsposition aufzuerlegen, weil sie durch Körperbewegungen die Gefahr verursacht haben, die eigentlichen Entscheidungs- und Verantwortungsträger hingegen auszuklamern.³⁵⁸⁸ Der arbeitsteiligen Struktur moderner Wirtschaftsunternehmen kann mit der „allein an die Kausalität anknüpfenden Konstruktion“ nicht ansatzweise Rechnung getragen werden.³⁵⁸⁹ Es kann bei einer teleologischen Betrachtungsweise auch nicht darauf ankommen, ob es um einzelne Sachen oder einen Betrieb als Gesamtheit von Sach- und Personalmitteln geht.³⁵⁹⁰ Die Garantenstellung aufgrund der (organisatorischen) Herr-

³⁵⁸² Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 68.

³⁵⁸³ Otto JK 91 StGB § 13/16; ders. AT § 9 Rn. 81.

³⁵⁸⁴ Etwa v. Hippel Strafrecht II § 14 VIII 3; Gallas Bau S. 33; Welp Vorangegangenes Tun S. 235. Vgl. aber auch aus jüngerer Zeit Garantenpflichten S. 126 ff.; Köhler AT S. 220 f.; Otto FS Hirsch S. 291, 301 ff., 310 f.; Seelmann GA 1989, 241, 256.

³⁵⁸⁵ Vgl. insoweit die Kritik von Schünemann Grund und Grenzen S. 250 ff. an Welp.

³⁵⁸⁶ Jakobs Unterlassen S. 21.

³⁵⁸⁷ Vgl. zu Recht Frisch Strafrecht § 8 Rn. 88: Der Begriff der Gefahrenquelle ist weit und erfasst etwa auch die Durchführung von Veranstaltungen.

³⁵⁸⁸ Kuhlen JZ 1994, 1142, 1144 f.

³⁵⁸⁹ Schünemann FG BGH IV S. 621, 637.

³⁵⁹⁰ Im Betrieb wird letztlich zu differenzieren sein. Was die Kontrolle von „Sachgefahren“ des Betriebes angeht, bestehen keine Bedenken, dem Inhaber des Betriebs die Kontrollherrschaft aufzuerlegen, vgl. Roxin AT II § 32 Rn. 110. Problematischer erscheint, ob die Garantenstellung auch die Verhinderung freiverantwortlicher Straftaten Untergebener zum Gegenstand hat. Für eine Garantenstellung hier Rogall ZStW 98 (1986) 573, 617; Roxin AT II § 32 Rn. 137, zusammenfassend Rn. 134 ff. m.w.N.; Schünemann ZStW 96 (1984) 287, 318; ders. in: Internationale Dogmatik S. 49, 81; Stratenwerth/Kuhlen AT § 13 Rn. 48; **dagegen** Rudolphi SK⁷ § 13 Rn. 35a. – Hier erscheint wohl eine differenzierende Lösung vorzuzugewürdigt: Wenn man die Figur der „Organisationsherrschaft“ bei den Begehungsdelikten ablehnt (so zu Recht Zieschang

schaft über eine Gefahrenquelle widerspricht, da das *deliktische Verhalten* eben das *Unterlassen* ist, nicht dem auf individuelle Verantwortung aufbauenden Schuldstrafrecht.³⁵⁹¹ Diejenigen Akteure, die die Sach- oder Organisationsherrschaft über einen bestimmten Bereich aufweisen, müssen stets in individuell vorwerfbarer Weise die sie persönlich treffenden Kontroll- und Überwachungspflichten verletzt haben.³⁵⁹² Letztlich müssen diejenigen Autoren, die die Garantenstellung aufgrund Herrschaft über eine Sache oder einen bestimmten Verantwortungsbereich nicht akzeptieren, die Überwachungsposition dann auf die noch so weit in der Vergangenheit liegende Eröffnung der Gefahrenquelle bzw. mehr oder weniger fiktive Übernahmeakte stützen.³⁵⁹³

Richtigerweise sind die Überwachungsgarantenposition, also die aufgrund von Sachherrschaft („Verkehrspflichten“) und Handlungsherrschaft („Ingerenz“), auf eine gemeinsame Grundlage zurückzuführen und haben eine zu kontrollierende Gefahr zum Gegenstand,³⁵⁹⁴ der gegenüber eine rechtlich erhebliche Schutzlosigkeit besteht. Die Begründungsansätze sind „nahe verwandt“,³⁵⁹⁵ ihre Voraussetzungen sind daher miteinander in Kohärenz zu bringen. Zutreffenderweise sind zwar die Voraussetzungen der Garantenstellung aus Ingerenz trennscharf von der Garantenposition des Sachherrn abzugrenzen. Die Entstehungsgründe können jedoch regelmäßig nebeneinandertreten, weil etwa die aktuelle Sachherrschaft durch eine frühere Handlung ergriffen ist, sodass die Garantenstellung dann doppelt begründet ist.³⁵⁹⁶ Die Garantenstellung lässt sich also „disjunktiv“ definieren.³⁵⁹⁷ Hierdurch wird vermieden, dass ein alle Garantenstellungen erfassender Begriff gebildet werden muss, der aufgrund seines Abstraktionsniveaus völlig inhaltsarm

FS Otto S. 505, 514 ff.), kann es zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen bei der unterlassenen Deliktshinderung durch den Leiter nur um Beihilfe- bzw. Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gehen. Näheres kann hier nicht Gegenstand der Untersuchung sein.

³⁵⁹¹ Ebenso, auf „faire Zurechnung“ abstellend *Kuhlen* JZ 1994, 1142, 1144 ff.; **anders** aber wohl *Otto* FS Hirsch S. 291, 310 f.; siehe auch *Seelmann* GA 1989, 241, 251 ff.

³⁵⁹² *Kuhlen* JZ 1994, 1142, 1145.

³⁵⁹³ So etwa *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 121 ff.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 235 ff.; **kritisch** bereits *Schünemann* Grund und Grenzen S. 251, 287.

³⁵⁹⁴ *Roxin* AT II § 32 Rn. 150 ff.

³⁵⁹⁵ *Hilgendorf* Produzentenhaftung S. 142, der jedoch gleichzeitig vor einer Verquickung der Begründungsansätze warnt. – Diese Gefahr besteht jedoch nicht, wenn man die Ingerenz und die „Gefahrenquellenverantwortlichkeit“ aus dem gleichen Rechtsgedanken begründet, der bei der Konkretisierung auf den jeweiligen Rechtsstoff eine abweichende Gestalt annimmt. Im Einzelfall ist dann stets zu prüfen, ob eine Garantenstellung aus Handlungs- oder Sachherrschaft vorliegt.

³⁵⁹⁶ Diese Konkurrenz der Garantenstellungen ist unter Umständen für die Strafzumessung erheblich. Wie hier *Herzberg* JZ 1986, 986, 991 f.; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 40; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1176. Unentschieden hingegen *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 90: andere Garantenstellungen würden die Ingerenz „im Regelfall verdrängen, mindestens aber kumulativ überlagern“; deutlicher für ein kumulatives Nebeneinander Rn. 111. **Anders**, kaum vertretbar *Arzt* JA 1980, 712, 714 gegen eine die Garantenstellungen isolierende Betrachtungsweise; *Seier* NJW 1988, 1617, 1624; siehe ferner *Freund* MK § 13 Rn. 185 ff.: Es gebe „Mischformen“ der „Sonderverantwortlichkeit“ (andererseits wieder in Rn. 192 zu Recht gegen eine Addition von Entstehungsgründen aus „Verdacht“); umgekehrt zu strikt für eine Trennung *Herbertz* JR 2016, 548, 550: es müssten „die etablierten Fallgruppen bewahrt werden, um durch Trennschärfe ein Mindestmaß an Rechtssicherheit i. S. einer zuverlässigen Auslegung zu gewährleisten“.

³⁵⁹⁷ Siehe dazu *Puppe* GS Arm. Kaufmann S. 15, 18 ff.; *dies.* Schule S. 57 ff.

ist.³⁵⁹⁸ Dies droht gerade, wenn man für jede dauerhafte Gefahrenquelle auf einen weit zurückliegenden Akt der Eröffnung abstellen müsste. Da dieser regelmäßig erlaubt oder sogar ungefährlich ist, müsste man für die Ingerenz überhaupt sämtliche Konturen der Vorhandlung aufgeben.³⁵⁹⁹

IV. Zwischenergebnis

Die aktive Begehung und die Garantenstellung aufgrund Sachherrschaft können also auf eine gemeinsame Grundlage zurückgeführt werden. Weil der Inhaber der Herrschaft andere von der maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung (teilweise) ausschließt, hat er – jedenfalls während aktueller Herrschaft – als Garant die rechtsgutsbezogene Entscheidung zu treffen. Das selbstverständliche Einstehenmüssen des Handelnden begründet sich ebenso wie die Garantenstellung aufgrund Sachherrschaft aus den *Auswirkungen der Herrschaft aus der Perspektive des Rechtsguts* und hat diese zum Gegenstand.

B. Begründung des Ingerenzgedankens

Nach dem Gesagten setzt das Einstehenmüssen keine der Tatherrschaft gleiche Herrschaftsposition voraus, vielmehr erscheint es *denkbar* und durch das Herrschaftsprinzip *nicht ausgeschlossen*, dass sich dieses für die Ingerenzsituation abweichend konkretisiert, also nach Ende der Handlungs- und Sachherrschaft als normative Kontrollherrschaft (*Roxin*) fortbestehen kann.³⁶⁰⁰ Indem Gegenstand des Einstehenmüssens nicht nur die Handlung selbst als „final-objektive“ Entscheidung ist, sondern deren Wirkungen auf Rechtsgüter, erscheint es *plausibel*, dass mit der Fortentwicklung dieser Auswirkungen auch die *hierauf bezogene* Überwachungsposition fortbesteht. Dies kann jedoch *nicht vorausgesetzt* werden, entscheidend bleibt die Begründung aus den aufgezeigten *Wertungen*. Denn die maßgebliche Frage bleibt, ob derjenige, der eine Handlung oder eine Sache beherrscht, nur *während aktueller Herrschaft*³⁶⁰¹ oder auch weiterhin nach Verlust dieser Herrschaft die maßgebliche Entscheidung über den Eintritt der Rechtsgutsverletzung *zu treffen hat* (Kontrollherrschaft). Es kommt darauf an, ob die spezifischen Sachgründe, die das Einstehenmüssen bedingen, auch nach Herrschaftsende *weiterhin tragen* oder ob die Abhängigkeit des Opfers *allein* im Hinblick auf die aktuelle Handlungs- und Sachherrschaft besteht.

I. Fortbestehen der Überwachungsposition

1. Gefährlichkeit des Kontrollverlustes

Bereits oben zu *Schünemann* wurde betont,³⁶⁰² dass aus der Perspektive des Rechtsguts eine Beschränkung auf aktuelle Herrschaftsverhältnisse nicht begründbar ist. Auch dieser hat darauf hingewiesen, dass der Herr über den Grund des Erfolgs diese Herrschaft nicht

³⁵⁹⁸ Dazu im Allgemeinen *Puppe* Schule S. 58.

³⁵⁹⁹ So muss etwa *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 120 darauf abstellen, ob Sachgefahren „verursacht“ wurden (etwa der Bau eines Hauses oder einer Anlage).

³⁶⁰⁰ Siehe oben → Kapitel 3 § 1 E II (zu *Schünemann*), F II (zu *Sangenstedt*), § 1 F I (zu *Rudolphi*), § 1 F II (zu *Roxin*) sowie Kapitel 4 § 1 A II 2.

³⁶⁰¹ **Dagegen** bereits die Argumentation in → Kapitel 3 § 1 E II 3 b), F II 3.

³⁶⁰² Siehe oben → Kapitel 3 § 1 E II 3 a) bb), b) bb) - dd).

plötzlich aufgeben dürfe, um sich seiner Verkehrspflichten zu entziehen: Er habe insoweit eine Herrschaftsbehauptungspflicht. Grund der Zurechnung könne das Unterlassen der Herrschaftsbehauptung (der Behauptung *gegenwärtiger* Herrschaft) sein.³⁶⁰³ Damit wird sicher das völlig absurde Ergebnis vermieden, dass das Bestehen der Überwachungsposition im Belieben des Garanten stünde. Die Betrachtung zieht dennoch reichlich Wertungswidersprüche nach sich: So soll etwa der Täter verpflichtet sein, die Herrschaft zu behaupten, solange er sie hat, nicht jedoch, sie wiederaufzunehmen, nachdem er sie für bloß eine Sekunde verloren hat? Dies ist, wie oben bereits angedeutet, ersichtlich zu eng: Denn der Täter würde hier durch den Herrschaftsverlust wie durch ein Geschenk des Himmels frei, während sich gleichzeitig durch das unkontrollierte Geschehen die Gefahren für das potentielle Opfer zuspitzen. Es erscheint nicht plausibel, den Sachherrn, welcher einmal seine Herrschaft durch eine Fügung des Schicksals verloren hat, endgültig zu entlasten. Wieso soll sich also die Herrschaftsbehauptungspflicht auf die *gegenständliche* Gefahrenquelle beziehen und nicht auf das gefährliche, sich weiterentwickelnde, für den Rechtsgüterschutz maßgebliche *Gesamtgeschehen*? Letztlich ist es daher richtig, aber unvollständig, wenn *Schünemann* schreibt, denjenigen, der den „Grund des Erfolgs“ beherrsche, treffe eine Herrschaftsbehauptungspflicht. Zwar ist die Annahme, das *Aufgeben* der Herrschaft selbst könne eine Erfolgszurechnung begründen, *ad hoc* getroffen, jedoch beruht diese auf einem viel grundsätzlicheren Gedanken, der im Folgenden näher dargelegt werden soll. *Schünemann*, der selbst hinsichtlich der Ingerenz das bloß kausal-monistische Weltbild angreift, verharret also selbst, indem er ohne normative Ausnahmen anzuerkennen die aktuelle Herrschaft des Garanten fordert, in einem bloß naturalistischen Weltbild. Das „Weltbild des Juristen“ ist jedoch weder bloß naturalistisch noch allein normativistisch, sondern ein „natürlich-soziales“ Weltbild der „alltäglichen Erfahrung“.³⁶⁰⁴ Entscheidend ist, dass es bereits bei der Begehung nicht direkt auf die Herrschaft ankommt, sondern auf einen auf die Herrschaft bezogenen Rechtssatz,³⁶⁰⁵ der ihren unterschiedlichen Dimensionen im sozialen Zusammenleben Rechnung trägt. Zur Realität des Opfers gehört insofern nicht nur die Herrschaft des Handelnden oder des Sachhabers, sondern insbesondere deren Auswirkungen für seine Rechtsgüter sowie die korrespondierende Überwachungsposition. Weil der Handelnde die maßgebliche rechtsgüterbezogene Entscheidung trifft, indem er andere von der Einflussnahme auf die Handlung oder Sache ausschließt, *hat* er auch in Zukunft die maßgebliche Entscheidung über

³⁶⁰³ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 299.

³⁶⁰⁴ *Engisch* Weltbild S. 13, 15; siehe auch *Roxin* ZStW 74 (1962) 515, 549: „die Welt des Rechts ist die Welt des sozialen Lebens“; *ders./Greco* AT I § 8 Rn. 54; siehe auch *Gallas* Studien S. 42 f. Noch weitergehend *Stratenwerth*: „Im Übrigen steht doch wohl außer Frage, dass Rechtsdogmatik auf weite Strecken, und dies insbesondere im Strafrecht, nichts Anderes ist als der Versuch, die Wertmaßstäbe, nach denen wir immer schon urteilen, auf den Begriff zu bringen: Sie knüpft an diese ‚vorpositiven‘ Regeln der moralischen Zurechnung“ an; *Stratenwerth* FS Jakobs S. 663, 673; siehe auch *Frister* Schuldrecht S. 25 f.

³⁶⁰⁵ → Kapitel 3 § 1 E 3 b) aa), Kapitel 4 § 1 A II 1. Siehe bereits *Herzberg* Garantenprinzip S. 290 ff.; *ders.* Arbeitsschutz S. 223, 227.

die Rechtsgutsverletzung zu treffen (*Rudolphi*) und dafür Rechnung zu tragen, dass niemand hierdurch zu Schaden kommt. „Herrschaft hat Verantwortung als Kehrseite“.³⁶⁰⁶

Während bei der *Tatherrschaft* gerade das *Gelingen* der Steuerung im Hinblick auf die Tatbestandsverwirklichung rechtlich missbilligt ist, erscheint im gegenteiligen Fall, dass der Täter unschädliche, rechtlich neutrale Zwecke verfolgt, gerade das *Nichtgelingen* der Steuerung problematisch.³⁶⁰⁷ Wenn dem Täter seine „Leistung“³⁶⁰⁸ misslingt, das Geschehen in Richtung eines von ihm intendierten, sozial neutralen und damit tatbestandlich irrelevanten, Erfolg hin zu lenken, kann die Lenkung des Geschehens gerade auf diese Weise erhebliche negative Auswirkungen auf andere herbeiführen. Kritisch ist hier gerade die Sequenz von Herrschaft und Herrschaftsverlust. *Zuerst* maßt sich der Inhaber der Handlungs- oder Sachherrschaft die maßgebliche Entscheidung über den Fortgang des Geschehens an und schließt andere von dieser Entscheidung aus. *Dann* hindert ihn der Herrschaftsverlust faktisch daran, die im sozialen Regelablauf vorgesehenen Gegensteuerungen und Korrekturen vorzunehmen. Anders gesagt: gerade der Herrschaftsverlust ist für Rechtsgüter Anderer gefährlich,³⁶⁰⁹ da die Gefahr der Sache oder Verrichtung nun nicht mehr durch selbstverständliche Sicherungsvorkehrungen eingedämmt werden kann, sondern nur noch durch besondere, weniger berechenbare Maßnahmen außerhalb des sozialen Regelablaufs („Rettung“).³⁶¹⁰ Beispielsweise ist, wenn A mit seinem Hund spazieren geht, für den Passanten P nicht die Situation kritisch, in der A plangemäß seinen Hund gehorsamsbereit bei sich hält, sondern gerade die Entwicklung, dass das Tier sich losgerissen hat und nicht mehr auf Zurufe hört. Genauso ist die Situation für den P nicht nur dann problematisch, wenn der Autofahrer B auf ihn zugefahren kommt und die Möglichkeit besitzt, zu lenken und zu bremsen. Erst recht erscheint das Geschehen gefährlich, wenn der B ins Schleudern gerät, die Kontrolle über das Geschehen verliert, den P dadurch verletzt und er nun eben nicht mehr durch kontrolliertes Lenken, sondern nur noch durch (unberechenbarere) Rettungsmaßnahmen, etwa das Leisten von erster Hilfe, die Gefahr abwenden kann. Dass für Rechtsgüter gerade der Verlust von Herrschaft – das Zufallselement – kritisch sein kann, zeigt insbesondere die Existenz der konkreten Gefährdungsdelikte: Hier beruht das Ausbleiben der Verletzung gerade auf *Zufall* und ist

³⁶⁰⁶ *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 37; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 54: „Risikoherrschaft“; ähnlich *Jakobs* FG BGH IV S. 29: „ehemals beanspruchte Herrschaft“ als maßgeblicher Zuschreibungsgrund; *Herzberg* Garantprinzip S. 290 ff.; *Roxin* TuT S. 888 f.: die Herrschaft münde, in speziellen Pflichten, die das faktische Herrschaftsverhältnis überdauern können.

³⁶⁰⁷ Siehe bereits → Kapitel 4 § 1 A III 2.

³⁶⁰⁸ Vgl. *Hirsch* GS Meurer S. 3, 13; *ders.* FS Lampe S. 515, 521.

³⁶⁰⁹ Siehe vergleichbar auch *Roxin* GA 2012, 655, 660 zur Abgrenzung von Selbst- und Fremdgefährdung: „der Gefährder ‚beherrscht‘ das Gefährdungsgeschehen ja gerade nicht, wenn es zum Erfolgseintritt kommt. Vielmehr entgleitet ihm die Beherrschung der Situation“.

³⁶¹⁰ Diese Gefährlichkeit der Geschehensskalation ist auch der Grund, dass *Roxins* frühere Theorie (vgl. → Kapitel 3 § 1 B) nicht vollends überzeugen kann. Das Recht muss den Schutz des Rechtsgutes gerade auch dann noch aufrechterhalten, wenn die Situation aus dem sozialen Regelablauf herausgetreten ist.

nicht durch berechenbare Gegenmaßnahmen beherrschbar.³⁶¹¹ Im Rahmen des Versuchsbeginns wird darauf abgestellt, dass der Täter das Geschehen *aus der Hand* gegeben hat.³⁶¹² Weiterhin wird in Fällen des beendeten Versuchs gefordert, dass der Täter berechenbare Abwendungsmaßnahmen ergreift, auf deren Wirksamwerden vertraut werden kann, sodass der Täter den weiteren Geschehensablauf gerade nicht dem Zufall preisgibt.³⁶¹³ Für die „gemeingefährlichen Mittel“ im Rahmen des § 211 StGB soll es darauf ankommen, dass der Täter die Wirkung des Mittels nicht mehr beherrschen kann.³⁶¹⁴ Es zeigt sich also, dass die Rechtsordnung an vielen Stellen – teleologisch überzeugend – den Verlust aktueller Herrschaft gerade nicht mit Straffreiheit honoriert, sondern strafbarkeitsbegründend oder -verschärfend heranzieht. Entsprechende Erwägungen gelten auch für die Garantenstellung aus Ingerenz: Die mit dem Herrschaftsverlust häufig zum Nachteil des Opfers eintretende *Eskalation* der Situation darf dem ehemaligen Inhaber der Herrschaft *nicht pauschal* zugutekommen. Nach der Theorie *Schünemanns* käme noch hinzu, dass mit Ende der Herrschaft nicht nur die berechenbare, innerhalb des sozialen Regelablaufs erfolgende Abwendungsmöglichkeit vorübergeht, sondern auch die Überwachungsposition des Sachherrn, die die Gefahr bisher abschirmt hat, erlöschen würde. Diese Überwachungsposition ist Teil der sozialen Realität und als solche rechtlich positiv bewertet, weil sie das Rechtsgut mitstützt, indem sie dessen ungestörte Inanspruchnahme überhaupt erst sichert. Dementsprechend wäre ein Herrschaftsverlust, der die Überwachungsposition aus dem Sachverhalt herausnimmt, negativ bewertet, weil er den Schutzinteressen der Rechtsgüter des Opfers zuwiderläuft. Dann ist es aber inkonsequent, nur während aktiver Herrschaft eine solche Pflicht anzunehmen, die Herrschaft zu behaupten, diese jedoch erlöschen zu lassen, wenn gerade das eintritt, was zu verhindern gewesen wäre: der Herrschaftsverlust und die hiermit einhergehende „Eskalation“³⁶¹⁵ des Geschehens. Überzeugender ist es, dass die „Herrschaftsbehauptungspflicht“ (besser: die Überwachungsgarantenposition) das tatsächliche Herrschaftsverhältnis überdauert. Diese

³⁶¹¹ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 43 ff. m.w.N.; siehe auch *Geppert* NSTZ 1985, 264, 266; *Ostendorf* JuS 1982, 426, 430: Unbeherrschbarkeit; *Rotsch* FS Neumann S. 1009, 1011; *Wohlers* Deliktstypen S. 286. Und auch für die Fahrlässigkeitsdelikte wird z.T. formuliert, dass das Dasein einer anderen Person dem Zufall preisgegeben werde, *Zaczyk* Unrecht S. 211 ff., 213; *ders.* Selbstverantwortung S. 32, 54; *Kahlo* Handlungsform S. 239 f.

³⁶¹² Vgl. dazu etwa *Kühl* AT § 20 Rn. 93 m. w. N.

³⁶¹³ Dem Täter wird die Strafaufhebung nur gewährt, wenn er die Rettung des Opfers jedenfalls insoweit steuert, dass der Zufall ausgeschaltet wird, *Zieschang* GA 2003, 353, 358 f., wenngleich er keine „täter-schaftliche“ Rettung fordert. Damit werden Friktionen zwischen der Garantenstellung aus Ingerenz verhindert: Der Täter, welcher berechenbare Abwehrmaßnahmen durchführt, macht sich nicht wegen Unterlassens strafbar, *Zieschang* aaO S. 362. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass dem Betroffenen zwar die Strafaufhebung des Rücktritts gewährt würde, er sich jedoch wegen Unterlassens strafbar macht. Siehe zu diesem Vorwurf *Jakobs* AT S. 26/21.

³⁶¹⁴ BGHSt 34, 13, 14; BGH NJW 1993, 210: „weil er die Ausdehnung der Gefahr nicht in seiner Gewalt hat“.

³⁶¹⁵ Vgl. im Allgemeinen *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 119: „Der Umstand, daß sich in diesen Fällen dem gefährlichen Kausalprozeß, ist er nur erst einmal ausgelöst, keinerlei Barrieren mehr entgegenstellen, er sich also ungehindert zu einer Rechtsgutsverletzung fortentwickeln kann, läßt in der Tat eine Garantenposition zum Schutze der bedrohten Rechtsgüter als geboten erscheinen“.

normative Argumentation anerkennt letztlich auch *Schünemann*, wengleich er dann keine teleologisch stimmige Erklärung geben kann, wieso die Herrschaftsbehauptungspflicht genau dann erlöschen soll, wenn die Herrschaft *gerade nicht behauptet* wurde.

2. Fortbestehende Abhängigkeit

Dies fügt sich letztlich auch in die oben getroffenen Erwägungen ein: Grund des Entstehensmüssens für gegenständliche Gefahrenquellen ist der *Ausschluss* anderer von der Einwirkung auf die Gefahrenquelle und damit von der maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung. Diese Abhängigkeit, also Unselbstständigkeit des Anderen hinsichtlich der hierdurch geschaffenen Gefahren, rechtfertigt die Überwachungsposition des Herrschaftsinhabers. Nunmehr, nach Verlust der aktuellen Herrschaft, haben zwar *theoretisch* – worauf etwa *Schünemann* und *Sangenstedt* hinweisen – der ehemalige Sachherr sowie das potentielle Opfer (und unbeteiligte Dritte³⁶¹⁶) vergleichbare Einwirkungs- und Gestaltungsmöglichkeiten. So ist es in diesem Moment nicht die aktuelle Handlungs- oder Sachherrschaft einer Person, die das Opfer am Zugriff auf die Gefahrentwicklung hindert. Sachgrund für das Fortbestehen der Überwachungsaufgabe als „Kontrollherrschaft“ kann hier jedoch sein, dass es die *vergangene* Herrschaft ist, die es dem Opfer fortwährend verwehrt, sich vor der Gefahr zu schützen, dieses mithin nicht bloß der aktuellen Herrschaft, sondern auch *deren Folgen* abhängig gegenübertritt. Dies wurde bereits oben in der Auseinandersetzung mit *Sangenstedt*³⁶¹⁷ betont. Dass der Herr über eine Gefahrenquelle Andere gerade von dem Zugriff auf diese Quelle, also etwa auf eine bestimmte in seinem Besitz befindliche *Sache*, ausschließt, ist selbst nicht unmittelbar strafrechtlich erheblich. Doch das Opfer ist hiermit nicht bloß von der – insoweit „naturalistischen“ – Einwirkung auf den gegenständlichen Bereich ausgeschlossen, sondern gleichzeitig von der Beeinflussung der *Auswirkungen*, die sich für seine Rechtsgüter ergeben. Sowohl die selbstverständliche „Überwachungsposition“ des Handlungsherrn als auch die des Sachherrn beruht auf dem Gedanken, dass die Herrschaft den Anderen von der Einwirkung auf das Geschehen und damit von dem Einfluss auf das Gefahrenlevel, dem er seine Rechtsgüter aussetzen will, der maßgeblichen *rechtsgutsbezogenen* Entscheidung, ausschließt. Ebenso kommt es für die Ingerenzgarantenstellung darauf an, ob das Opfer durch die *Auswirkungen der vergangenen Herrschaft* noch gegenwärtig von der Sorge über seine Rechtsgüter ausgeschlossen ist. Mit diesen Wirkungen sieht sich das Opfer auch und gerade dann konfrontiert, wenn der Vorgang den beherrschten Bereich bereits verlassen hat. Die Herrschaft des Handelnden entfällt *insoweit* nicht durch Abschluss der Vorhandlung, sondern wirkt gerade weiter.³⁶¹⁸ Dass für Andere geringe Chancen bestanden, die Schadensentwicklungen „direkt an der Wurzel zu bekämpfen“, führt nicht nur dazu, dass der Sachherr im Gegenzug gerade diejenigen *Maßnahmen* „an der Quelle“ vornehmen muss, von denen das Opfer ausgeschlossen ist, sondern weitergehend dazu,

³⁶¹⁶ Dass jedoch Dritte aus der Betrachtung von vornherein ausscheiden müssen, ergibt sich bereits daraus, diese die Situation nichts angehen muss, § 13 I StGB *e contrario*.

³⁶¹⁷ Vgl. oben → Kapitel 3 § 2 F II 3 c).

³⁶¹⁸ Vgl. auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 150; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 89 (zu *Schünemann*).

dass er den gesamten Verlauf zu überwachen hat, dessen Richtung das Opfer infolgedessen nicht beeinflussen konnte. Die Ingerenzsituation hat insofern mit der aktiven Begehung sowie der Garantenstellung zur Überwachung einer Gefahrenquelle gemein, dass sich das Opfer einer Gefahr gegenübersteht, deren Entstehung und Entwicklung es *im Ursprung* (anders als der ehemals Gestaltende) nicht beherrschen konnte.³⁶¹⁹ Zwar hat der Ingerent in der Abwendungssituation aktuell keine besondere Einflussmöglichkeit mehr,³⁶²⁰ jedoch tritt er einem Opfer gegenüber, welches sich *weiterhin* in einer rechtlich relevanten Position der Unselbstständigkeit befindet.³⁶²¹ Die Gefahr, der sich die andere Person gegenübersteht, stellt gerade die Konkretisierung derjenigen Entwicklung dar, von deren Beeinflussung sie von vornherein ausgeschlossen war und die deshalb auch bereits von vornherein, also während der Ausübung der Handlungs-/Sachherrschaft, zu „überwachen“ war. Es zeigt sich, dass derjenige maßgebliche Gesichtspunkt, der für die Gleichstellung der Garantenstellung aufgrund Sachherrschaft entscheidend war, auch nach Herrschaftsverlust fortbestehen und so das Fortbestehen der Garantenstellung, der „Kontrollherrschaft“ rechtfertigen kann.³⁶²²

3. Zwischenfazit

Die Abhängigkeit des Opfers ist das „Scharnier“ zwischen der ausgeübten (Handlungs- oder Sach-) Herrschaft und der normativen Kontrollherrschaft (der „Pflicht“ zur Herrschaft): *Weil* eine Person eine andere von der maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung ausschließt und diese damit „abhängig“ ist, hat jene Person weiterhin die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung zu treffen – nicht bloß solange sie selbst die Herrschaft innehat, sondern solange der andere abhängig ist. Das bedeutet für die Garantenstellung aus Ingerenz: Die für die Gleichstellung *maßgebliche* Schädigungsmöglichkeit ist der aufgrund der Handlung oder Sache aus der Perspektive des Rechtsguts drohende Kausalverlauf. Der ursprüngliche Inhaber der Handlungs- oder Sachherrschaft hat diesen solange als Garant zu kontrollieren, wie das Opfer diesem abhängig gegenübertritt.

³⁶¹⁹ Wenn also *Gallas* meint, *Binding* habe mit der Konstruktion des „Nichtthemmens selbstgesetzter Kausalitäten“ ein „richtiges Gefühl“ gehabt (*Gallas Studien* S. 86; ähnlich *Seelmann* in: *Vielfalt des Rechts* S. 85, 96), so ist dem zuzustimmen.

³⁶²⁰ Immerhin hatte er beim Anstoß des Geschehens die *Möglichkeit*, die Richtung seiner Handlung und damit deren Auswirkungen auf andere zu beeinflussen.

³⁶²¹ Anders *Jakobs* AT 29/39 m. Fn. 88: Bei den Rettungspflichten sei niemand ausgeschlossen. – Diese Folgerung zieht er jedoch daraus, dass er den Ausschluss dort erstaunlich „naturalistisch“ auf die „Beherrschung des eigenen Organisationskreises“ und nicht die Auswirkungen für die Rechte des Opfers bezieht.

³⁶²² Dies ist allerdings nicht zwingend der Fall: Die Person, die ursprünglich von der Einflussnahme auf die gegenständliche Gefahrenquelle oder die Handlung ausgeschlossen war, kann, sobald das Geschehen den Herrschaftsbereich des anderen verlassen hat, durchaus auch wieder ausreichende Einwirkungsmöglichkeiten auf das durch den Inhaber des Herrschaftsbereichs kausierte Geschehen und damit die Gefahr, der es bereit ist, seine Rechtsgüter auszusetzen, aufweisen. Entscheidend ist stets, ob sie fortwährend von der maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung ausgeschlossen ist. Sobald das Opfer den Folgen der Herrschaft nicht mehr abhängig entgegentritt, sondern wieder selbst die rechtlich maßgebliche Entscheidung darüber trifft, welchen Gefahren es seine Rechtsgüter aussetzen will, ist es nicht mehr gerechtfertigt, den ursprünglichen Garanten weiterhin in einer Position der Kontrollherrschaft zu belassen.

Die *Kontinuität der zu überwachenden Schädigungsmöglichkeit* bedingt also das akzessorische Fortbestehen des Einstehenmüssens auch nach Abschluss der Handlungsherrschaft bzw. Verlust der Sachherrschaft.

4. „Sicherungspflichten“ und „Rettungspflichten“?

Diese Überlegungen sollen nun zunächst wieder nicht hinsichtlich der „klassischen“ Ingerenzfälle, bei denen eine *Vorhandlung* im Raum steht, sondern anhand der hinsichtlich der Gefahrenquellenverantwortlichkeit betonten Unterscheidung zwischen „Sicherungspflichten“ und „Rettungspflichten“³⁶²³ exemplifiziert werden.

a) Differenzierungen in der Literatur

Die Garantenstellung aus der Herrschaft über eine Gefahrenquelle (die „Verkehrspflichten“ im Hinblick auf rechtmäßig geschaffene Sachgefahren) ist, wie oben gesehen, anders als die Ingerenz grundsätzlich anerkannt. Jedenfalls was die Eröffnung von Gefahrenquellen angeht, ist es also durchaus vorausgesetzt, dass auch eine rechtmäßige Risikohandlung zu Garantenpflichten führen kann.³⁶²⁴ Die herrschende Ansicht bringt allerdings vor, dass die Herrschaft über Gefahrenquellen (nur) „Sicherungspflichten“ erzeuge,³⁶²⁵

³⁶²³ Siehe etwa *Gallas* Bau S. 34; *Herbertz* Ingerenz S. 174 f., 186; *Kühl* AT § 18 Rn. 106 ff.; *Rengier* AT § 50 Rn. 52; *Rudolphi* JR 1974, 160, 161; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 288 ff.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 232 f. Jedenfalls äußerlich unterscheidet auch *Jakobs* – wenngleich beide Ausprägungen der „Organisationszuständigkeit“ seien – zwischen Sicherungs- und Rettungspflichten. Bezüglich letzterer führt er aus, wenn der gefährliche Verlauf sich bereits im Organisationskreis des Opfers befinde, bedürfe es eines zusätzlichen Grundes für die Verantwortlichkeit des Täters (*Jakobs* AT 29/29 ff., 38 ff.; kritisch, dass *Jakobs* die normative Zuschreibung der „Organisationskreises“ *gegenständlich* an der Körperlichkeit der Beteiligten festmache *Herzberg* FS Röhl S. 270, 276 ff.). Die Unterscheidung nunmehr deutlicher relativierend *Jakobs* in: El sistema S. 133, 137: bloß phänotypischer Unterschied. – Die Differenzierung zwischen Sicherung und Rettung dürfte auch *Krey/Esser* vorschweben, wenn sie die Ingerenz zum Teil als Beschützergarantenstellung, zum Teil als Überwachungsgarantenstellung ansehen, *Krey/Esser* AT Rn. 1148 f. einerseits, 1167 andererseits; ähnlich auch *Arzt* FS Roxin (2001) S. 855, 864 m. Fn. 30; *Gössel* BT 2 § 21 Rn. 68; *Lund* Mehraktige Delikte S. 253. Auch *Herbertz* meinte jüngst, es sei schwierig, die Ingerenz in die Funktionslehre einzuordnen, da sie aus einem Verhalten folge, „welches Elemente von Schutz- sowie Überwachungspflichten zusammenfügt: Die Pflicht zur Überwachung des eigenen Körpers als Gefahrenquelle, sofern man einer naturrechtlichen Betrachtung zugeneigt ist, und der Schutz des beeinträchtigten Gutes infolge des eigenen Verhaltens“, *Herbertz* Ingerenz S. 269. – Was an einer solchen Betrachtung „naturrechtlich“ sein soll, ist unklar. Richtigerweise lässt sich die Garantenstellung aus Ingerenz jedoch bloß als Überwachungsgarantenstellung sinnvoll einordnen, vgl. nur *Herzberg* JuS 1971, 74, 76; *Roxin* FS Trechsel S. 551, 555; sowie bereits *Arm. Kaufmann* Dogmatik S. 283: die Schutzaufgabe für die Rechtsgüter ist bloß Reflexwirkung der Verantwortung für die Gefahrenquelle.

³⁶²⁴ *Otto* AT § 9 Rn. 81; siehe auch *Köhler* AT S. 220 f. Die Rechtsprechung verlangt hierfür, dass die naheliegende Möglichkeit begründet sein muss, dass die Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden, BGHSt 53, 38, 42; BGHSt 61, 21, 23 f.; siehe auch *Zieschang* GA 2020, 57, 65.

³⁶²⁵ *Brüning* ZJS 2017, 727, 731; *Kretschmer* medstra 2016, 167, 168; *Kühl* AT § 18 Rn. 111; *Oğlakcioğlu* NStZ-RR 2012, 246; *Otto* FS Hirsch S. 291, 297; *Rengier* AT § 50 Rn. 52; *ders.* FS Kühl S. 583, 585 ff.; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 31, zur Überwachung von Personen Rn. 37a; *Schräggle* Unterlassungsdelikt S. 312 f.; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 290 ff.; Sch/Sch²⁷/Stree § 13 Rn. 44 ff. (anders nun Sch/Sch/Bosch § 13 Rn. 45/46); *Stein* SK § 13 Rn. 37; *Roxin* AT II § 32 Rn. 124; *Schmidhäuser* AT 12/35; in der Sache auch *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 82 ff.; *Jescheck/Weigend* § 59 IV 4b; **and**ers aber *Freund* MK § 13 Rn. 120; *B. Heinrich* AT Rn. 965; *Herzberg* Garantenprinzip S. 322 ff.; *Köhler* AT S. 220; *Gaede* NK § 13 Rn. 49; *Weigend* LK § 13 Rn. 59.

von denen man nicht auf die Existenz von Rettungspflichten schließen könne.³⁶²⁶ Bei den Sicherungspflichten handele es sich um Pflichten, den Gefährlichkeitsgrad der Gefahrenquelle von vornherein auf ein erlaubtes Maß einzudämmen, bei den Rettungspflichten darum, Rechtsgutsverletzungen abzuwenden.³⁶²⁷ Es müsse für die Sicherung nur die „akute“ Gefahr abgewendet werden,³⁶²⁸ die von der Sache *innerhalb des eigenen Herrschaftsbereiches* ausgehe.³⁶²⁹ „Der eigene Herrschaftsbereich muß so abgesichert werden, daß er für andere keine Gefahren mehr birgt.“³⁶³⁰ Insbesondere von *Schünemann* und *Sangenstedt* wird, wie gesehen, die Fallgruppe der Ingerenz gerade deshalb abgelehnt, weil sie zu Rettungspflichten führe.³⁶³¹ Die wohl herrschende Ansicht stellt sich zudem auf den Standpunkt, die Gefahrenquellenverantwortlichkeit führe nicht unmittelbar zu „Rettungspflichten“, vielmehr sei im Anschluss daran eine Garantenstellung aus Ingerenz aufgrund pflichtwidrig unterlassener Sicherung zu konstruieren.³⁶³²

b) Stellungnahme: Einheitliche Überwachungsposition

Die kategorische Unterscheidung von Sicherungs- und Rettungspflichten kann nach dem Gesagten nicht überzeugen. Sie vermengt mehrere zu unterscheidende Aspekte: Wer für eine Schädigungsmöglichkeit einzustehen hat (Grund des Entstehenmüssens), in welchem Entwicklungsstadium sich diese Gefahr befindet und welche bestimmten Abwendungsmöglichkeiten wahrgenommen werden müssen, also „Sicherung“ oder „Rettung“ (Pflichtinhalt).³⁶³³ Das Merkmal der Garantenstellung betrifft jedoch richtigerweise allein die besondere Verantwortlichkeit für eine Schädigungsmöglichkeit (der das Opfer abhängig gegenüber steht), nicht hingegen bestimmte Abwendungsmöglichkeiten, solche in einem bestimmten Bereich oder solche, die zeitlich von einem Herrschaftsverhältnis begleitet sind (*Schünemann*).³⁶³⁴ Diese Überlegungen finden ihre Stütze in den Vorgaben des Strafgesetzbuchs. Der *Wortlaut* des § 13 I StGB spricht davon, dass der Täter dafür einzustehen hat, dass der *Erfolg nicht eintritt*. Das Gesetz gibt also ein Ziel vor, der Garant

³⁶²⁶ *Rudolphi* JR 1974, 160, 161.

³⁶²⁷ *Rudolphi* JR 1974, 160, 161; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 31, 37; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 289 f.; siehe auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 108 ff.

³⁶²⁸ *Brüning* ZJS 2017, 727, 731; *Kühl* AT § 18 Rn. 111; *Oğlakcioğlu* NSTZ-RR 2012, 246. Bildhaft *Kretschmer* medstra 2016, 167, 168: Gefahren, die „aus dieser Quelle heraussprudeln“; ferner *Schräggle* Unterlassungsdelikt S. 306: „unmittelbare“ Gefahren.

³⁶²⁹ *Roxin* AT II § 32 Rn. 108 ff.; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 281 ff.; siehe auch *Schräggle* Unterlassungsdelikt S. 305 ff. *Welp* unterscheidet etwas abweichend zwischen Sicherungspflichten hinsichtlich „generellen Gefahren“ und „Rettungspflichten“ hinsichtlich „konkreten“ Gefahren, *Welp* Vorangegangenes Tun S. 232 f.; ähnlich auch *Gallas* Bau S. 34. Gegen *Welp* zu Recht *Schünemann* Grund und Grenzen S. 291 m. Fn. 54: Auch, wenn jemand aufgrund einer „konkreten“ Gefahr bremsen muss, handle es sich um eine „Sicherungspflicht“.

³⁶³⁰ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 290; ebenso *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 31.

³⁶³¹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 290 f.; siehe auch *Sangenstedt* Garantenstellung S. 255 m. Fn. 93.

³⁶³² *Rengier* FS Kühl S. 383, 385 ff.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 124, 190; *Schräggle* Unterlassungsdelikt S. 312 f.; *Stein* SK § 13 Rn. 61; siehe auch *Gallas* Studien S. 88; die Möglichkeit der Vorunterlassung leugnet *Androulakis* Studien S. 214 f.

³⁶³³ Nicht überzeugen kann auch die noch weitergehende phänotypische Aufgliederung von *Schräggle* Unterlassungsdelikt S. 305, der etwa zusätzlich „Beseitigungspflichten“ unterscheidet.

³⁶³⁴ Siehe dazu schon oben → Kapitel 1 § 3 B VI; Kapitel 3 § 2 E II, F II.

hat die Funktion den Eintritt des Erfolgs *im Ergebnis zu verhindern*. Dem entspricht es, dass die strafrechtlichen Tatbestände Verhalten nicht als Selbstzweck vorschreiben, sondern zum Schutz von Rechtsgütern vor Beeinträchtigungen.³⁶³⁵ Die Überwachungsposition ist nicht primär zeitlich, räumlich oder gegenständlich, sondern inhaltlich *teleologisch* erfolgsbezogen, also im Hinblick auf bestimmte Gefahren³⁶³⁶ (denen das Opfer unselbstständig gegenübersteht), definiert. Was den *Grund* des Einstehenmüssens angeht, ist es daher bereits untechnisch ausgedrückt, wenn man von der Verantwortlichkeit für „gefährliche Sachen“ spricht. Aus der teleologisch maßgeblichen Perspektive des Rechtsgutes kommt es nicht darauf an, dass eine Sache oder ein bestimmter Bereich beherrscht wird, sondern dass die Sache eine aufgrund der eigenen Herrschaft *durch Andere nicht beeinflussbare Gefahr für Rechtsgüter* darstellt.³⁶³⁷ Der Sachherr beherrscht nicht nur den Gegenstand,³⁶³⁸ vielmehr trifft er die maßgebliche Entscheidung über die Entwicklung dieses Gefahrenpotentials für fremde Rechtsgüter und schließt andere von dieser Entscheidung aus. Es geht aus diesem Grund nicht darum, dass der „eigene Herrschaftsbereich“ so abgesichert werden muss, „daß er für andere keine Gefahren mehr birgt“,³⁶³⁹ vielmehr müssen *die Gefahren* des eigenen Herrschaftsbereiches abgesichert werden. Der Sachherr hat nicht die maßgebliche „gegenstandsbezogene“, sondern die maßgebliche *rechtsgutsbezogene* Entscheidung zu treffen.

Wenn A einen gefährlichen Hund hält und mit diesem spazieren geht,³⁶⁴⁰ hat er die Herrschaft über den Hund als Gefahrenquelle inne. Wieso hat A diese Gefahrenquelle zu „sichern“, dem Hund also Gehorsam zu lehren, ihn anzuleinen, zu ermahnen „Bei-Fuß zu gehen“, gegebenenfalls zurückzupfeifen, gewaltsam zurückzureißen? Die Sicherung ist nicht Selbstzweck, sondern ist im Hinblick auf die dieser Quelle innewohnende Gefahr geboten, dass der Hund *zukünftig* andere Menschen – die auf diese Gefahr aufgrund der Herrschaft des anderen nur verminderten Einfluss nehmen konnten – beißt, also hierdurch die körperliche Unversehrtheit des Opfers beeinträchtigt. Diese Gefahren*prognose* erschöpft sich jedoch nicht in denjenigen Verläufen, die sich noch innerhalb des eigenen Herrschaftsbereichs ereignen, also etwa darauf, dass der zunächst beherrschte Hund sich

³⁶³⁵ Siehe auch *Roxin* GA 2021, 190, 196: Auch die Überwachungsgarantenstellungen dienen letztlich dem Schutz des Rechtsguts.

³⁶³⁶ Siehe schon oben → Kapitel 1 § 3 VI 4. Vgl. auch *Herzberg* JZ 1986, 986, 990; zur Ledersprayentscheidung *Ransiek* Unternehmensstrafrecht S. 39.

³⁶³⁷ Insoweit zutreffend spricht *Herbertz* Ingerenz S. 177 von dem Gefahrbegriff als „Bewertungsgrundlage für das rechtliche Einstehenmüssen bei Pflichten aus Herrschaftsgesichtspunkten und gefahrschaffendem Verhalten gleichermaßen“.

³⁶³⁸ Siehe dazu oben zu *Schünemann* → Kapitel 3 § 1 E II 3 a) bb).

³⁶³⁹ *Schünemann* Grund und Grenzen S. 290.

³⁶⁴⁰ Siehe das Hundehalterbeispiel bei *Schünemann* GA 1974, 231, 235: Die Gefahr durch den Hund wirke noch innerhalb des Gefahrenbereichs des Spaziergängers. Damit sei seine Unterlassung, den Hund trotz prinzipieller „Gehorsamsbereitschaft“ zurückzurufen, begehungsgleich; *Roxin* AT II § 32 Rn. 152; *Freund* MK § 13 Rn. 120 mit den Alternativen Zurückrufen und Erschießen des Tiers; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 77 f.; siehe auch die **Antikritik** von *Schünemann* GA 2016, 301, 306, hier liege keine Herrschaft und damit keine Entsprechung vor; *ders.* FS Amelung S. 303, 315: Der Hundehalter sei nicht verpflichtet, seinen endgültig entlaufenen Hund, der andere Menschen gefährdet, zu erschießen.

zu einem bestimmten Moment losreißt oder zu einem Augenblick, in dem der Halter ihn noch zurückreißen könnte, einen vorbeigehenden Passanten beißt. Der Verlauf lässt sich vielmehr weiter prognostizieren, dass durch den Biss Folgegefahren für die körperliche Unversehrtheit oder sogar das Rechtsgut Leben entstehen. So ist etwa zu befürchten, dass das Opfer durch den Hundebiss Blut verliert und an diesem Blutverlust sogar möglicherweise stirbt. Diese *während* der Herrschaft bestehende „Sicherungspflicht“ dient selbstverständlich nicht nur der Verhinderung während aktueller Herrschaft erfolgender Bisse, sondern sämtlicher in dieser Bissgefahr liegender schädlicher Auswirkungen auf fremde Rechtsgüter, ob diese Entwicklungen nun innerhalb oder außerhalb des eigenen Herrschaftsbereichs stattfinden. Gerade wenn man jedoch anerkennt, dass Bezugspunkt der Überwachungsfunktion nicht der „naturalistische“ Gegenstand selbst, sondern die durch ihn vermittelte Gefahr ist, spricht nichts dafür diese Garantenposition auf *bestimmte* Entwicklungsstufen der Gefahr *innerhalb* des eigenen Herrschaftsbereichs zu beschränken. Denn dass eine Sache eine *Gefahr* darstellt, beruht auf einer *Prognose* auf der Basis der gegenwärtigen Situation.³⁶⁴¹ Es handelt sich um einen dynamischen, auf Veränderung angelegten Zustand,³⁶⁴² dem etwas Transitives innewohnt, ein Bezug zu einem bestimmten Rechtsgut.³⁶⁴³ Die rechtliche Relevanz dieses Sachverhalts definiert sich zukunftsgerichtet.³⁶⁴⁴ Gerade dieser zukunftsgerichtete Rechtsgutsbezug des Gefahrenzustandes widerstreitet einer Sichtweise, die die Garantenstellung zwingend an ein gegenwärtiges Herrschaftsverhältnis knüpft. Wenn gerade die Dynamik des Zustandes, seine Tendenz auf ein Rechtsgut, der maßgebliche Grund dafür ist, dass dieser überhaupt überwacht werden muss, spricht dies dafür, gerade auch Veränderungen des Zustandes als von der Garantenbeziehung erfasst anzusehen. Es wäre tatsächlich widersinnig, den A zunächst *während* aktueller Herrschaft *gerade im Hinblick* auf *zukünftige* befürchtete Entwicklungen zur Einwirkung auf seinen Hund zu verpflichten – also um die Gefahr des Hundebisses und damit mögliche Folgegefahren (bis hin zum Verbluten) zu verhindern –, ihn jedoch, wenn sich die Situation zuspitzt und für die Rechtsgüter besonders kritisch wird – also diejenige Entwicklung eintritt, um derentwillen die Überwachungsposition von vornherein bestand – aus dieser zu entlassen.³⁶⁴⁵ Warum sollte der für die Gefahrenquelle Verantwortliche, dem im Interesse Dritter Sicherungspflichten auferlegt wurden, nicht verpflichtet sein, solche Schäden abzuwenden, welche gerade infolge des Zurückbleibens

³⁶⁴¹ Hirsch FS Tiedemann S. 145, 147; siehe auch Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 15 Rn. 71; Sch/Sch/Perron § 34 Rn. 12: Prognose, die an bestimmte gegebene Umstände knüpft.

³⁶⁴² H.-L. Günther SK⁷ § 34 Rn. 18.

³⁶⁴³ Hirsch FS Arth. Kaufmann S. 545, 550; Zieschang Gefährdungsdelikte S. 26; ders. FS Wolter S. 557, 559.

³⁶⁴⁴ Vgl. auch Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 15 Rn. 71: „Der Gefahrbegriff impliziert also einen Erkenntnisgewinn über Zukünftiges mittels einer Prognose“.

³⁶⁴⁵ Ähnlich bereits Herzberg JuS 1971, 74, 75. – Problematisch kann höchstens sein, wie lange man noch von der Realisierung der Ausgangsgefahr reden kann oder eine völlig neue, vom Opfer oder Dritten geschaffene Gefahr vorliegt. Auch wenn ein Verlauf gegenständlich in der Sphäre des Opfers fortwirkt, hört er nicht auf, der im ursprünglichen Gefahrurteil prognostizierte Verlauf zu sein. Dies ist keine Frage nach der Begründung, sondern der Reichweite der Garantenposition.

hinter diese Pflichten drohen?³⁶⁴⁶ Es ist nicht einzusehen, dass der Garant dann „die Hände in den Schoß legen“ darf,³⁶⁴⁷ wenn genau das eingetreten ist, was zu verhindern Sinn und Zweck aller zuvor an ihn adressierter Pflichten war. Ob der Täter den schadensträchtigen Verlauf dadurch abwendet, dass er den gegenständlichen Bereich komplementär sichert oder indem er die Gefahr sonst, durch spätere Rettung, abwendet, hängt zudem regelmäßig vom Zufall ab.³⁶⁴⁸ Die rechtliche Bewertung kann sich jedoch nicht allein danach richten, in welchem Stadium des Kausalverlaufs der Garant die Situation *vorfindet*.³⁶⁴⁹ Die gefährliche Situation ist eben ein kontinuierlich ablaufender Prozess, in dessen Verlauf es keine plötzliche Zäsur gibt. Es wäre unverständlich, wenn das Recht eine solche künstlich einzöge.³⁶⁵⁰ Insbesondere ist die Unterscheidung von Sicherung und Rettung völlig unscharf und willkürlich,³⁶⁵¹ sodass auch die Zäsur in der Bewertung des Geschehens umso schwerer erklärbar erscheint. Die Unterscheidung zwischen beherrschten Gegenständen und weiterer Entwicklung ließe sich *ad absurdum* führen: Sind etwa Beeren im Magen eines Kindes³⁶⁵² oder gar injiziertes Gift eine „zu sichernde Gefahrenquelle“ oder muss das Opfer nur vor deren Auswirkungen gerettet werden? Die Differenzierung, ob es sich um eine aus Molekülen zusammengesetzte, körperliche Gefahrenquelle handelt oder nicht, ist, wie insbesondere oben gegen *Sangenstedt* ausgeführt, teleologisch widersinnig: Es kann keinen Unterschied machen, ob vom brennenden Haus des A ein in Flammen stehendes (sich im Eigentum und Besitz des A befindliches) Bauteil auf das Grundstück des B fliegt oder schlicht das Feuer übergreift. Wenn man hier wie *Schünemann* oder *Sangenstedt* allein auf die aktuelle Sachherrschaft abstellt, so betont man entweder eine *teleologisch unwesentliche* Struktur, die *funktionslos* neben der unterlassenen Erfolgsabwendung steht – oder man vermengt eben die Frage nach der Garantstellung mit der nach der „leichteren Abwendungsmöglichkeit“, indem sich die Sache

³⁶⁴⁶ Vgl. *Gallas* Studien S. 88. *Gallas* spricht von „Vernachlässigung“ der Pflichten, also fahrlässigem Verhalten, hier wurde hingegen ein neutralerer Begriff gewählt. Ähnlich *Herzberg* JuS 1971, 74, 75; *Köhler* AT S. 220; *Roxin* AT II § 32 Rn. 150; *Schmidhäuser* AT 12/35.

³⁶⁴⁷ Treffend *Maiwald* JuS 1981, 473, 483; zustimmend *Köhler* AT S. 220.

³⁶⁴⁸ Siehe dazu *Gaede* NK § 13 Rn. 49; *Heinrich* AT Rn. 965 (der aber beide Male von „Rettung“ spricht); *Herbertz* Ingerenz S. 265; *Maiwald* JuS 1981, 473, 482 f.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 150 ff.; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 125; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 233; siehe auch *Gallas* Bau S. 36: Es darf keinen Unterschied machen, ob es sich um „chronische Mängel“ oder „akute Gefahr“ handelt; dazu bereits *Engisch* Untersuchungen S. 294 f.

³⁶⁴⁹ So treffend *Maiwald* JuS 1981, 473, 483; es sei, so *Herzberg*, zu fragen, ob „der Umstand, daß ein gewisser Schaden sich bereits realisiert hat, für die wertende Anschauung eine so entscheidende Wende [darstellt]“, dass das darauffolgende Unterlassen eine ganz andere Beurteilung verdient? *Herzberg* Garantprinzip S. 298, der die Frage sogleich verneint: „Das kann nicht sein“; siehe auch *Welp* Vorangegangenes Tun S. 221: bloßes Fortschreiten der tatsächlichen Situation; ähnlich S. 233 f.; zustimmend *Pawlik* Unrecht S. 184; siehe auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 117: Zwischen Gefahrschaffung und Gefahrverwirklichung hat „die Regelungsfunktion des Rechts noch nicht versagt“.

³⁶⁵⁰ *Maiwald* JuS 1981, 473, 483; ebenso *Roxin* AT II § 32 Rn. 151 f.

³⁶⁵¹ Sie wird außer bei *Schünemann* (und abweichend bei *Welp*) selten präzisiert; insoweit zu Recht **kritisch** (zur Abgrenzung bei *Sangenstedt*) auch *Herbertz* Ingerenz S. 265.

³⁶⁵² Beispiel bei *Jakobs* in: *El Sistema* S. 133, 135.

im eigenen Einwirkungsbereich befindet. Wenn man nun die Leichtigkeit der Erfolgsabwendung zu Recht für unbeachtlich hält,³⁶⁵³ stellt das „Sichentfernen“ des gefährlichen Vorgangs aus dem eigenen Herrschaftsbereich *per se* eine bloß äußere Veränderung³⁶⁵⁴ dar, die unter rechtlichen Aspekten *zunächst einmal* irrelevant ist.

Sobald feststeht, dass eine Person für eine Gefahr einzustehen hat, orientiert sich im rechtsgüterschützenden Strafrecht der *Umfang* der Verpflichtung³⁶⁵⁵ daran, welches Verhalten zur effektiven Bekämpfung der *Gefahr* für *Rechtsgüter* geeignet und erforderlich ist.³⁶⁵⁶ Eine Norm bezweckt nicht blinden Gehorsam, indem sie als Selbstzweck bestimmte gegenständlich („naturalistisch“) umschriebene Körperbewegungen (Anleinen oder Zurückrufen des Hundes) oder Unterlassungen unabhängig von einem sachlichen Grund vorschreibt,³⁶⁵⁷ also die Einwirkung auf bestimmte gegenständliche Bereiche gebietet. Die Strafnorm bezweckt vielmehr, *schadensträchtige* Verläufe und Ereignisse zu vermeiden, indem sie das Verhalten des Normunterworfenen beeinflusst.³⁶⁵⁸ Es geht im Tatstrafrecht nicht um einen intrinsischen sozialetischen Wert der Handlung oder Unterlassung selbst, sondern den empirisch fassbaren Effekt auf geschützte Interessen, die „Tendenz zu einem bestimmten sozialen Effekt“.³⁶⁵⁹ Die Überwachung einer Sache ist kein Selbstzweck³⁶⁶⁰, sondern dient der Eindämmung einer Gefahr für das tatbestandliche Schutzobjekt (und letztlich der Verhinderung des tatbestandlichen Erfolgs sowie der Be-

³⁶⁵³ Die größere Belastung für die Handlungsfreiheit durch die „Rettung“ ist erstens bloß quantitativer Natur und zweitens bereits von § 13 II StGB vorausgesetzt; siehe → Kapitel 1 § 2 V 3.

³⁶⁵⁴ Siehe auch *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 137: Bloß phänotypische Trennung; *Freund* MK § 13 Rn. 120; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 77: „naturalistisch gesehen“ die Ingerentensphäre verlassen; *Hilgendorf* Produzentenhaftung S. 144: Es ist nicht einzusehen, weshalb die Überwachungspflichten des Produzenten „an den Fabrikanten enden sollten“.

³⁶⁵⁵ Siehe etwa *Freund* Erfolgsdelikt S. 74 ff., der zudem betont, dass eine an effektivem Güterschutz orientierte Norm eher auf Akzeptanz in der Bevölkerung stößt und diese hierdurch zu normkonformem Verhalten motiviert als eine bloß formale Ordnungsvorschrift.

³⁶⁵⁶ Siehe dazu schon oben → Kapitel 1 § 3 B VI 2.

³⁶⁵⁷ *Freund* Erfolgsdelikt S. 75 f.

³⁶⁵⁸ Allgemein *Maihofer* FS Rittler S. 141, 149: durch den Verhaltensrahmen wird die Willkür des Einzelnen „nicht im Interesse seiner selbst, sondern *im Interesse der ‚Anderen‘* eingeschränkt“; Hervorhebung im Original.

³⁶⁵⁹ Zitat bei *Hirsch* GS Meurer S. 3, 8 f.; schon oben → A I 4; siehe auch *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 159; *Kühl* FS Herzberg S. 177, 184; *Maiwald* FS Maurach S. 9, 11; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 84 f., 94; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 17; bereits *v. Hippel* Strafrecht I § 22 VII 1: Für das Recht ist, anders als für die Moral notwendiger Ausgangspunkt die „objektive Bewertung, also die Bewertung nach dem Erfolg“. Während für die Moral der Erfolg nur als Ausdruck rechtlicher Gesinnung bedeutsam ist, handelt es sich beim Recht um „Interessenschutz durch bindende Abgrenzung der menschlichen Machtgebiete“.

³⁶⁶⁰ Dass Sicherungspflichten nicht als Selbstzweck, sondern zum Schutz von Rechtsgütern bestehen, betont zwar auch *Noll* Compliance S. 126, der diese Argumentation jedoch unverständlicherweise auf die Verkehrssicherungspflichten beschränkt und die Ingerenz als selbstständige Fallgruppe ablehnt, da diesbezüglich keine vorstrafrechtliche Pflicht bestehe. Dabei ist allerdings zweifelhaft, ob die Verkehrssicherungspflichten in ihrer *Reichweite* als „Rettungspflichten“ gewohnheitsrechtlich (worauf er ergänzend abstellt, S. 85 f.) anerkannt sind.

einträchtigung des Rechtsguts); nur dieser gefährliche Verlauf ist Gegenstand des rechtlichen Einstehens. Daraus folgt eine einheitliche Gefahrbekämpfungspflicht, auch wenn die normativ maßgebliche „Gefahrbekämpfung“ je nach Beschaffenheit der Situation Sicherung oder Rettung erfordert.³⁶⁶¹ Die normative Richtlinie „Gefahrbekämpfung“ nimmt nur, indem sie mit der Entwicklung des Geschehens auf einen abweichenden Lebenssachverhalt konkretisiert wird, eine abweichende äußere Gestalt an. Es zeigt sich also für die Herrschaft über gegenständliche Gefahrenquellen, dass das Fortbestehen der bei aktueller Herrschaft zu überwachenden Schädigungsmöglichkeit auch nach Herrschaftsverlust zu einem Fortbestehen der strafrechtlichen Überwachungsposition führen kann und regelmäßig auch führt.

c) Übertragung auf die „klassischen“ Ingerenz-Fälle

Diese Überlegungen zu den gegenständlichen Gefahrenquellen lassen sich nun auf die Ingerenz nach aktivem Tun übertragen. Das Argument wurde an der normlogisch „übersichtlicheren“ Gefahrenquellenverantwortlichkeit exemplifiziert, bei der ohnehin nur ein *Gebot* im Raum steht. Hier zeigt sich die Einheitlichkeit des Lebensvorgangs besonders deutlich. Da § 13 I StGB wiederum die *normlogische* Begründung von Handlungsgeboten erlaubt,³⁶⁶² steht der Übertragung dieses *materiellen* Gedankengangs auf die Ingerenz nichts im Wege: Hinsichtlich der „klassischen“ Ingerenzfälle liegt zwar kein derart fließender Übergang vor wie bei den gegenständlichen Gefahrenquellen, wo ein einheitliches Gefahrbekämpfungsgebot mit der Progression des Geschehens eben „Sicherung“ oder „Rettung“ erfordert. Denn hier folgt auf ein Gefährdungsverbot ein Gefahrbekämpfungsgebot, der Ingerent muss also nun aktiv zur Abwendung tätig werden. Dennoch lässt sich hier die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz auf die gleichen Erwägungen stützen. Denn es wäre inkonsequent, für die Garantenstellung aufgrund *Vorverhaltens* das Entstehen von „Rettungspflichten“ zu verneinen, während man dies für *gegenständliche* Gefahrenquellen bejaht.³⁶⁶³ Ob eine einmalige, flüchtige oder dauernde, gegenständliche Gefahrenquelle eröffnet wird, kann richtigerweise keinen Unterschied machen.³⁶⁶⁴ Im

³⁶⁶¹ Damit beruht aber, wie *Herzberg* zutreffend betont, die Annahme von „Sicherungspflichten“ ihrerseits auf einer Ableitung. Sicherungs- und Rettungspflichten bestehen „unmittelbar und dogmatisch in vollkommener Gleichberechtigung“, JZ 1986, 986, 990; nach *Herzbergs* Konzeption auf der „Vermeideverantwortlichkeit“ für Schädigungsmöglichkeiten; es geht insoweit nur um die äußere Gestalt der Erfolgsabwendung; ähnlich *ders.* JuS 1971, 74, 75; *Freund* Erfolgsdelikt S. 182; *Jakobs* AT 29/38; *ders.* in: *El sistema* S. 133, 137 f.; *Köhler* AT S. 220; *Pawlik* Unrecht S. 184. – Welche Handlungen dann verlangt sind, ist nach der oben getroffenen Differenzierung eine Frage, die einzelfallabhängig zu beantworten ist. Insbesondere muss die unterlassene Rettung sorgfaltswidrig sein. Dazu auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 291 f.

³⁶⁶² → Kapitel 1 § 2 D I, § 3 B III.

³⁶⁶³ Oder an abweichende Voraussetzungen knüpft – so aber *Brammsen* GA 1993, 93, 107 ff., 110 ff.; *Gaede* NK § 13 Rn. 43, 49; *B. Heinrich* AT Rn. 965, 968; siehe auch *Hilgendorf* Produzentenhaftung S. 138 ff.; *Jescheck/Weigend* AT § 59 IV 4a m. Fn. 53 (a.E.): Bei den Verkehrssicherungspflichten gehe es um „erlaubte Vorhandlungen“.

³⁶⁶⁴ Dazu schon → A III 7. Zu Recht meint auch *Roxin* GA 2021, 190, 194: „Der Fall gleicht strukturell der vorher genannten Konstellation der sachbedingten Gefährdung mit dem Unterschied, dass die Gefahr vom potenziellen Unterlassungstäter in einer Person ausgeht“.

Gegenteil wird gerade darauf hingewiesen, dass die Gefahrschaffung durch eigenes aktives Tun sogar „mit größerer Dringlichkeit“ zur Abwehr aufruft als die Sachherrschaft.³⁶⁶⁵ Die Handlung ist eben „ureigenes Produkt des Individuums“.³⁶⁶⁶ „Man kann eine Tat nicht besser beherrschen, als indem man sie selbst ausführt“.³⁶⁶⁷ Diese zunächst nur gefühlsmäßig bestehende „größere Dringlichkeit“ und Evidenz der Verantwortlichkeit für eigene Handlungen bestätigt sich auch in der Dogmatik der Garantenstellungen, wenn man sich vor Augen führt, dass sich die Garantenstellung aufgrund der Herrschaft über eine Gefahrenquelle in einem Ähnlichkeitsschluss zu der Tatherrschaft bei den Begehungsdelikten begründet.³⁶⁶⁸ Die Reichweite der Verpflichtung kann bei einer der Begehung *gleichgestellten* Position nicht weitergehen als bei ersterer als gesetzlichem „Ausgangsfall“: Wenn die Handlungsherrschaft nicht zu „Rettungspflichten“ führt, ist es nicht möglich, in einem Analogieschluss Rettungspflichten für die Sachherrschaft zu begründen. Bei der Handlungsherrschaft stellt sich ganz genauso die Frage, ob die gesetzliche Intention, Rechtsgüter vor den Folgen der Handlung zu schützen, nach Abschluss deren Vollzugs schlagartig aufgegeben werden soll. Dagegen spricht auch hier, dass die grundsätzliche Wertung, ob eine Person die Funktion hat, als Garant eine bestimmte Verletzungsmöglichkeit zu überwachen, also die maßgebliche Entscheidung über die Rechtsverletzung zu treffen (rechtliches Einstehenmüssen/Garantenposition), von der darauf aufbauenden Frage zu unterscheiden ist, ob diese Person zu *bestimmten Abwendungsmöglichkeiten* in bestimmten Situationen verpflichtet ist. Auch hinsichtlich der Vorhandlung wird zum Teil untechnisch von „Sicherungspflichten“ gesprochen.³⁶⁶⁹ Der aktiv Handelnde sei verpflichtet, „den Gefährlichkeitsgrad der Vorhandlung von vornherein auf ein bestimmtes noch erlaubtes Maß zu beschränken“.³⁶⁷⁰ Nur weil also die flüchtige Abwendungsmöglichkeit „Sicherung“ oder „Unterlassung der gefährlichen Handlung“ vergangen ist, betrifft dies nicht die grundsätzlichere Aufgabe der Person, die Gefahr zu überwachen. Wenn man die Überlegung von der Ebene der „Verpflichtung“ in der konkreten Situation auf die Ebene des grundsätzlichen Einstehenmüssens für eine Schädigungsmöglichkeit hebt, ergibt sich auch bei den klassischen Ingerenzfällen ein fließender Übergang: Aktivtäter und Ingerent haben für *die gleiche Schädigungsmöglichkeit einzustehen*. Ob der Betreffende von vornherein die Handlung unterlässt oder die sich

³⁶⁶⁵ Weigend LK § 13 Rn. 49. Dabei ist jedoch bereits mitbedacht, dass das Vorverhalten oft pflichtwidrig ist.

³⁶⁶⁶ Zieschang Sanktionensystem S. 384 f.

³⁶⁶⁷ Roxin AT II § 25 Rn. 38.

³⁶⁶⁸ Siehe dazu insbesondere Roxin AT II § 32 Rn. 19 ff., 107 ff.; Rudolphi NStZ 1991, 361, 365; grundlegend Schönemann Grund und Grenzen S. 229 ff., der jedoch die Grenzen der Garantenstellung, wie oben beschrieben, zu eng zieht.

³⁶⁶⁹ Ob diese Formulierung glücklich gewählt ist, bleibt zu bezweifeln. Dennoch beschränken sich die Erwägungen in der Sache nicht auf gegenständliche Gefahrenbereiche, sondern betreffen auch die Garantenstellung nach vorangegangenem Tun.

³⁶⁷⁰ Rudolphi JR 1974, 160, 161; ders. NStZ 1991, 361, 365; ähnlich auch Baumann/Weber/Mitsch/Eisele § 21 Rn. 70: „Der Mensch selbst ist die Gefahrenquelle [...]“.

hieraus ergebenden Gefahren nachträglich eindämmt, sind insoweit *für die Gleichstellungsfrage* nur die verschiedenen situationsgebundenen Abwendungsgelegenheiten.³⁶⁷¹ Die Garantenposition aus Ingerenz ergibt sich also gerade aus der Überlegung, dass das selbstverständlich vorausgesetzte Einstehenmüssen des aktiv Handelnden die Verhinderung von *schädlichen Kausalverläufen* und damit den Schutz des Rechtsgutes nicht nur vor der Handlung, sondern auch ihren Folgen zum Zweck hat: „Wenn man für die Verhinderung eines rechtsgüterverletzenden Kausalverlaufs verantwortlich ist, muss dies für jede Phase seiner Entwicklung gelten: Es hat keinen Sinn, jemanden nur für den Anstoß, nicht aber für die Fortentwicklung des schadensträchtigen Kausalverlaufs einstehen zu lassen.“³⁶⁷²

Im Anschluss an das oben Gesagte, ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Garantenstellung aufgrund der Herrschaft über eine gefährliche Sache oder einen gefährlichen Bereich mit der Garantenstellung aus Ingerenz nicht zu vermengen ist. Aufgrund der weiten Überschneidung der Fallgruppen ist jedoch ihre Reichweite zu harmonisieren, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Beispielhaft für die Notwendigkeit einer Harmonisierung ist die Diskrepanz zwischen der zum Teil weit verstandenen Verantwortlichkeit für gegenständliche Gefahrenquellen in der Literatur – etwa im Lederspray-Fall – während die Ingerenz restriktiv anhand des Pflichtwidrigkeitserfordernisses definiert wird.³⁶⁷³ Über die Fallgruppe der Gefahrenquellenverantwortlichkeit wird so für bestimmte als strafwürdig empfundene Fälle, die mangels pflichtwidriger Vorhandlung nicht als Ingerenz begründet werden können, die Garantenstellung dennoch bejaht. Wenn sich allerdings die Restriktionen der Ingerenzgarantenstellung so umgehen ließen, würden sie zum bloßen Lippenbekenntnis geraten.³⁶⁷⁴ Etwa *Bosch* meint, die Verpflichtung hinsichtlich

³⁶⁷¹ Der beherrschte Rechtsgutsangriff ist zwar nicht bloß das „Unterlassen“ einer Abwendungsmöglichkeit, sondern weist eine qualitativ völlig andere Unrechtsqualität auf (vgl. oben zu *Sangenstedt* → Kapitel 3 § 1 F II 2; zu Herzberg → Kapitel 3 § 2 G I 2 a). Von dieser in der Natur der Sache liegenden Besonderheit der Begehung wird *für die Gleichstellung* jedoch gerade wertend abstrahiert.

³⁶⁷² *Roxin* FS Trechsel S. 551, 555 f. *Roxin* schreibt insoweit, aus der Überwachungspflicht während des Autofahrens folge die Pflicht, weiteren Schäden oder dem Tod des Verletzten vorzubeugen. Denn wenn man für die Ausgangsgefahr hafte, sei man bei einer Weiterwirkung und Steigerung der Gefahr, die durch den Unfall weiter wirke *erst recht* verantwortlich; ähnlich *ders.* AT II § 32 Rn. 150 ff.; so auch *Köhler* AT S. 220; *Hruschka* JuS 1979, 385, 386 f.: Dem Verbot kommt es gerade auf die Vermeidung des verbotswidrigen Ereignisses an, ihm ist es gleichgültig, ob dieses Ziel durch ein Unterlassen oder ein Handeln erreicht wird; ferner *Ha. Schneider* NStZ 2004, 91, 92: der hinsichtlich der Ingerenzgarantenstellung von einer „Optimierung des Rechtsgüterschutzes“ spricht.

³⁶⁷³ Vgl. etwa *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn 45/46; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 241 ff.; *ders.* GA 1993, 97, 107 ff., 110 ff.; *Gaede* NK § 13 Rn. 43, 49; *B. Heinrich* AT Rn. 968; *Herbertz* Ingerenz S. 265; *Krey/Esser* AT Rn. 1168; *Schmidhäuser* AT 12/35, siehe auch 30; auch *Weigend* LK § 13 Rn. 46, 59, der zwar nicht vom Pflichtwidrigkeitskriterium ausgeht, die Garantenstellung des Ingerenten jedoch ebenfalls restriktiver definiert als die des Sachherrn. Zum Ledersprayurteil → Kapitel 2 § 4. *Roxin* AT II § 32 Rn. 209 ff. und *Schünemann* in: Internationale Dogmatik S. 49, 70 f.; *ders.* FG BGH IV S. 621, 640 (der die Ingerenz ja sogar völlig ablehnt) nehmen in den Fällen der Produkthaftung die „Übernahme einer Schutzfunktion“ an.

³⁶⁷⁴ Auf die „Etikettierung“ als einer Fallgruppe zugehörig kann es nicht ankommen, vgl. *Arzt* JA 1980, 712, 715. Wenn man die beiden Fallgruppen bloß ergebnisorientiert definiert, gerät es nämlich zu einer bloßen „façon de parler“, ob man den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt der Ingerenz oder dem der

der sachlichen Gefahrenquelle erstrecke sich auf die Verhinderung weiterer Schäden, sofern diese ihren Ursprung in der Sachgefahr hätten. Hinzu komme eine Garantenpflicht aufgrund vorangegangenen Tuns bei pflichtwidrigem Vorverhalten (auch pflichtwidrigem Unterlassen).³⁶⁷⁵ Ebenso stellt sich *Schmidhäuser* auf den Standpunkt, dass die Verkehrspflichten „letztlich nur dazu [dienen], Schädigungen zu vermeiden“. Daher könnten aufgrund der sozialen Zuordnung des Geschehens zu dem Herrschaftsbereich auch Rettungspflichten entstehen, ohne dass es auf ein pflichtwidriges Vorunterlassen ankäme.³⁶⁷⁶ Der BGH stützte in der Cleanmagic- sowie der GBL-Entscheidung die Garantenstellung auf die Herrschaft über die Substanz als gegenständliche Gefahrenquelle, um sich nicht mit der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens auseinandersetzen zu müssen.³⁶⁷⁷ Warum jedoch bei gegenständlichen Gefahren für die Fortentwicklung der Sachgefahr³⁶⁷⁸ stets Rettungspflichten entstehen sollten, bei der flüchtigen „Gefahrenquelle“ Tun jedoch *bloß* bei einem Pflichtverstoß, ist dabei völlig offen.³⁶⁷⁹ Die „soziale Zuordnung“ der Handlungen zu der Person ist, auch wenn sie regelmäßig nicht ausdrücklich thematisiert wird (werden muss), stärker als die zu einer Sache. Richtigerweise muss die Frage nach den „Rettungspflichten“ einheitlich unterschieden werden. Entweder man stützt die Ingerenz auf rechtswidriges Vorverhalten, dann müssen jedoch auch die Rettungspflichten bei gegenständlichen Gefahrenquellen auf pflichtwidriges Vorunterlassen gestützt werden.³⁶⁸⁰ Oder man

Schaffung einer Gefahrenquelle beurteilt, so zutreffend *Roxin* FS Tröndle S. 177, 184 (dort gegen die Behauptung von Wehrle, die eine Garantenstellung hindere ein Regressverbot, die andere nicht). Siehe auch *Herbertz* Ingerenz S. 64 „War zunächst die Ingerenz aus einem pflichtwidrigen Vorverhalten überdehnt worden, droht dieses Schicksal bei strikterer Handhabung der Ingerenz die anderen Garanten(sicherungs)plichten zu ereilen.“

³⁶⁷⁵ Sch/Sch/*Bosch* § 13 Rn 45/46; ähnlich auch *Brammsen* GA 1993, 97, 112 f.; ferner *Herbertz* Ingerenz S. 265, 280: „Infolge der im Laufe der letzten 100 Jahre erfolgten Ausgliederung der Garantenpflichten aus Herrschaftsgesichtspunkten kann und muss die Ingerenz einschließlich ihres Strafgrundes adaptiert werden, um dieser Tatsache Rechnung zu tragen und ihr den in der modernen Strafrechtslehre angestammten Platz zuweisen“. – Abgesehen davon, dass der gemeinsame Ursprung eher für eine Gleichbehandlung spricht, liegt hier eine mustergültige ergebnisorientierte Argumentation vor: Weil es ja für die strafwürdigen, rechtmäßigen Vorhandlungen die Verkehrspflichten gibt, lässt sich der Rest der Ingerenz für das gute Gefühl einschränken. „Adaptieren“, „Platz zuweisen“, all das sind rechtspolitische, keine rechtsdogmatischen Begriffe. Die materielle Strafbarkeitsbegründung hängt überdies nicht an formalen, in der Rechtsprechung und Wissenschaft gebildeten Fallgruppen: Ob es die Fallgruppen „Gefahrenquelle“ und „Ingerenz“ in dieser Form gibt, ist doch gerade zu hinterfragen. Der gleiche Strafgrund spricht jedoch *prima facie* für Gleichbehandlung, nicht Unterschiedlichbehandlung. Auch, dass die exakte Abgrenzung der „etablierten Fallgruppen“ ein „Mindestmaß an Rechtssicherheit“ gewährleiste und so Art. 103 II GG wahre (*Herbertz* JR 2016, 548, 550) kann nicht überzeugen, da auf diesem Weg die gesamte historisch gewachsene Rechtsprechung und Dogmatik legitimiert würde.

³⁶⁷⁶ *Schmidhäuser* AT 12/35, siehe auch 30. Das Kriterium der „Typizität“ der Gefahr ist allerdings äußerst vage.

³⁶⁷⁷ → Kapitel 2 § 5 B I, II.

³⁶⁷⁸ Was freilich die gleiche Gefahr ist und was „vorwiegend eine davon unabhängige“ (Sch/Sch/*Bosch* § 13 Rn. 45/46; so soll ein starker Sturm, der einen Dachziegel löst, eine unabhängige Gefahr sein), bleibt dabei völlig vage.

³⁶⁷⁹ Siehe auch *Seelmann* GA 1989, 241, 255: schwer erklärbare Ungleichbehandlung.

³⁶⁸⁰ So konsequent etwa *Rengier* FS Kühl S. 383, 385 ff.

verzichtet für beide Fallgruppen auf das Erfordernis der Pflichtwidrigkeit. Auch die vorliegende Untersuchung steht auf dem Standpunkt, dass die Einheitlichkeit des Lebensvorgangs und damit die Zufälligkeit einer eingezogenen Zäsur bei den gegenständlichen Gefahrenquellen deutlicher zum Vorschein tritt als bei den klassischen Ingerenzfällen. Es ist allerdings geboten, diese Ergebnisse im Wege des *argumentum a fortiori* auf die Ingerenzfälle rückzuübertragen. Der Gleichheitsgrundsatz spricht gegen eine insoweitige Ungleichbehandlung der rechtlich *wesentlich* gleichen Fallgruppen. Es können, wie gesehen, durch das Hin- und Herwandern des Blicks zwischen den Fallgruppen systematische Schlüsse gezogen werden.

Die bisherigen Ausführungen enthalten noch keine abschließende Stellungnahme zu dem Erfordernis der Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens.³⁶⁸¹ Eine ähnliche Argumentation findet sich bereits ausweislich der Fußnoten bei Befürwortern (z.B. *Gallas, Roxin*) und Gegnern (z.B. *Herzberg, Maiwald*) dieses Kriteriums.

d) Strafrechtliche Gleichstellung

Diese Argumentation gilt jedoch nicht bloß für die Inpflichtnahme,³⁶⁸² sondern auch die Begründung begehungsgleicher Strafbarkeit: Es wäre nicht bloß wertungswidersprüchlich, den Garanten bloß aufgrund der tatsächlichen Entwicklung aus seiner *Pflicht* zu entlassen, auch der *Strafbarkeitsunterschied* ist in derartigen Fällen teleologisch nicht mehr erklärbar.³⁶⁸³ Derjenige, der seinen Hund nicht zurückzieht, würde u.U. als Mörder bestraft, derjenige, der die Möglichkeit des Zurückziehens verpasst und es dann unterlässt, einen Krankenwagen zu rufen, bloß nach § 323c I StGB. Wenn es sich um eine einheitliche Pflicht handelt, wäre es nicht einzusehen, wenn das Gesetz diese zunächst mit der Strafandrohung des § 212 I StGB durchsetzte, urplötzlich jedoch nur noch mit derjenigen des § 323c I StGB. Zu bedenken ist insbesondere, dass die Garantenposition auf derselben *rechtlichen Abhängigkeit* des Opfers hinsichtlich der zu überwachenden Gefahr beruht, sodass das Unterlassen aus der Perspektive des Rechtsgutes in Verbindung mit dieser Gefahr jeweils dieselbe *qualifizierte Gefährlichkeit* aufweist. Die gleiche Schlussfolgerung ergibt sich auch aus der präventiven Perspektive der *strafbewehrten* Verhaltensnorm: Wenn jemand eine Gefahrenquelle als „Garant“ zu sichern hat, gibt das Strafrecht zu verstehen, an dieser Stelle den Schutz von Rechtsgütern für derart essentiell zu halten, dass es diesen gerade mit der (begehungsgleichen) Strafandrohung durchsetzen will. Es ist nicht überzeugend, anzunehmen, der Normgeber würde solange eine latente Gefahr schwelt, deren Überwachung durch strafbewehrte Pflichten durchsetzen wollen, aber gerade, sobald sich die Situation zuspitzt, auf die bloße Normtreue des Adressaten setzen. *Hillenkamp* hat gegen die Ingerenzbegründung nach vorsätzlichem Vorverhalten eingewandt, dass gerade hier nicht auf das Eingreifen des Gefahrschaffers *vertraut* werden

³⁶⁸¹ Bereits an dieser Stelle ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Einheitlichkeit der Schädigungsmöglichkeit, für die der Garant *in jeder Phase* ihrer Entwicklung einzustehen hat, gegen ein solches Erfordernis spricht.

³⁶⁸² Das unterstellen etwa *Sangenstedt* Garantenstellung S. 255; *Herbertz* Ingerenz S. 119.

³⁶⁸³ *Roxin* AT II § 32 Rn. 152.

könne. Diese Argumentation wurde bereits oben abgelehnt,³⁶⁸⁴ sie lässt sich allerdings sogar ins Gegenteil verkehren: Gerade dort, wo die Normtreue des Adressaten nicht als selbstverständlich angesehen werden kann (das Eingreifen zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes aber ebenso unerlässlich erscheint), ist es besonders notwendig, dem „moralischen“ Grund der Norm den „Klugheitsgrund“ (*Greco*) der Strafandrohung zur Seite zu stellen.³⁶⁸⁵ Da es hinsichtlich Ingerenz und Rettungspflichten, die außerhalb des alltäglichen Regelablaufs stattfinden, keine soziale Übung gibt, erscheint es jedenfalls aus der präventiven Perspektive widersprüchlich, gerade in diesen Fällen auf die Orientierung des *Strafrechts* zu verzichten. Das Fortbestehen der Garantenposition lässt sich also auch aus der Perspektive der strafbewehrten Verhaltensnorm rechtfertigen. Praktikabler erscheint es jedoch, insbesondere da bei den klassischen Ingerenzfällen ein *Gebot* auf ein *Verbot* folgt, *nicht allein* auf die Norm- oder Pflichtbegründung abzustellen, vielmehr geht es mit *Roxin* um die Grenzen des normativ zu bestimmenden „Kontrollbereichs“ des Täters, sein *strafrechtliches* Einstehenmüssen.³⁶⁸⁶ Nicht nur die Pflicht, sondern – grundsätzlicher – die besondere strafrechtliche Überwachungsposition für die Gefahr, welche ihm deren Eindämmung zur Aufgabe macht und Grundlage seiner bisherigen „Sicherungspflicht“ ist, besteht fort.

5. Fortbestehender Sachgrund des Einstehenmüssens

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass für die pauschale Annahme, die Garantenposition erlösche allein aufgrund des *faktischen* Verlusts der Sachherrschaft (bzw. Abschluss der Handlung), dem bloß tatsächlichen Fortschreiten des Geschehens, „kein einleuchtender Grund“³⁶⁸⁷ besteht. Allerdings könnte es zwar nicht das *Faktum* des Herrschaftsverlustes, der Geschehensprogression sein, wohl aber eine *normative* Argumentation, die einer „Verlängerung“ der Überwachungsposition in die passive Phase hinein entgegensteht: Die Frage lautet stets, ob die Überwachungsaufgabe weiterhin *sachlich gerechtfertigt* ist. Es ist daran zu erinnern, dass sich das Fortbestehen der Überwachungsgarantenstellung des Sachherrn sowie das selbstverständliche Einstehenmüssen des Handelnden daraus begründen, dass sich die *von vornherein zu überwachende Schädigungsmöglichkeit* weiterentwickelt. Damit kann jedoch nicht bloß gemeint sein, dass das weitere Geschehen bloß kausal mit der Herrschaft verbunden ist. Vielmehr muss der *Sachgrund*, der bereits während aktueller Herrschaft die Garantenstellung bedingt hat, weiterhin tragen,³⁶⁸⁸ es geht insoweit nicht um einen Kausal-, sondern einen Zweckzusammenhang. So muss rechtlich begründet werden, dass der geschaffene Kausalverlauf *weiterhin* überwachungsbedürftig

³⁶⁸⁴ → Kapitel 2 § 5 C, Kapitel 3 § 2 D III 2.

³⁶⁸⁵ → Kapitel 1 § 3 IV 3 a).

³⁶⁸⁶ *Roxin* AT II § 32 Rn. 151.

³⁶⁸⁷ *Weigend* LK § 13 Rn. 59.

³⁶⁸⁸ Soweit *Jakobs* AT 29/38 ff. meint, es brauche, nachdem der Verlauf den Organisationskreis verlassen habe, eines *zusätzlichen* Grundes der Inpflichtnahme, geht dies in eine ähnliche Richtung. Denn die Abhängigkeit des Anderen kann nun, da dieser *theoretisch* auf das Geschehen gleichberechtigten Einfluss nehmen könnte, nicht mehr selbstverständlich vorausgesetzt werden. Allerdings geht es dann nicht um einen „zusätzlichen“ Inpflichtnahmegrund, sondern darum, ob die während aktueller Herrschaft maßgeblichen Gründe (trotz der Veränderung) *weiterhin* tragen.

ist, also gerade die Qualität aufweist, derentwillen der Inhaber der Herrschaft bereits ursprünglich hierfür einstehen musste. Entscheidend ist, dass das Opfer *fortwährend* von der maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung ausgeschlossen und damit *abhängig* ist. Zwar trifft es für sämtliche Gefahren zu, die irgendwie kausal auf eine Handlung oder eine beherrschte Sache zurückgehen, dass potentielle Opfer im Ursprung auf diesen einen Gefahrfaktor keinen Einfluss nehmen konnten – das gilt jedoch letztlich für die *überwiegende Mehrzahl* der sie tagtäglich betreffenden Umstände. Insoweit ist es eben Teil der „Normalität“,³⁶⁸⁹ dass Rechtsgüter beeinträchtigt werden, etwa durch Krankheiten, Unfälle oder auch die freiwillige Preisgabe durch ihren Inhaber. Das Strafrecht will die Rechtsgüter nicht als „wertvolle Gegenstände“ um jeden Preis bewahren, sondern als Funktionsbedingungen freier Entfaltung. Alles soziale Leben besteht im „lebendigen Einsatz von Rechtsgütern“ und in dem „sich gegenseitig stets auch beeinträchtigenden ‚Funktionieren‘ der Güter des Lebens“.³⁶⁹⁰ Wenn nun etwa jemand äquivalent kausal durch das Handeln einer Person, jedoch dann mittels einer unglücklichen Verkettung von Umständen in seinem Güterbestand beeinträchtigt wird, so wird dieser zwar in tatsächlicher, jedoch nicht in *strafrechtlich relevanter* Weise betroffen: „Es liegt im Begriff der (äußeren) Freiheit selbst, daß jeder die selbst zu verantwortende oder zufällige Erweiterung oder Einschränkung seiner Handlungsmöglichkeiten für sich tragen muß“.³⁶⁹¹ Problematisch ist die rechtliche Grenzziehung: Welches Geschehen ist aus der Perspektive des Rechtsgutes rechtlich „Zufall“ oder „Normalität“ und welchen Verläufen steht die Person rechtlich abhängig gegenüber?

II. Maßgeblichkeit der tatbestandlichen Wertung

Ob das Opfer in *strafrechtlich relevanter* Weise „abhängig“, weil von der „maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung“ ausgeschlossen, ist, bedarf – wenngleich die Formulierung einen deskriptiven Kern aufweist – einer Wertung. Wenn man nicht losgelöst vom Strafgesetz Zuständigkeiten oder Sonderverantwortlichkeiten zuschreiben will,³⁶⁹² muss die Beantwortung dieser Frage vom Ausgangspunkt des Strafgesetzbuchs erfolgen. Der Umfang der *negativen Abhängigkeit*, von anderen nicht verletzt zu werden (→ A III 4), ist für das Strafrecht in den jeweiligen tatbestandlichen Wertungen festgeschrieben.³⁶⁹³

Die teleologische Richtlinie der „Abhängigkeit“ kann auch für die Ingerenzbegründung diese tatbestandlichen Wertungen nicht ersetzen, sondern nur auf sie hinführen: Zunächst

³⁶⁸⁹ So sprechen *Kersting* und für das Strafrecht *Pawlik* davon, dass die Rechtsordnung die „Herrschaft der Normalität durchzusetzen habe *Kersting* Politik S. 128; *ders.* Macht S. 76; *Pawlik* Unrecht S. 105.

³⁶⁹⁰ *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 557; *ders.* Strafrecht S. 5; *Krümpelmann* Bagatelldelikte S. 97; *Roxin* ZStW 116 (2004) 929, 935.

³⁶⁹¹ *Köhler* AT S. 282; *Pawlik* Unrecht S. 179; siehe auch *Jakobs* System S. 29: Bei eigener freier Entfaltung kann es zu Selbstschädigung kommen.

³⁶⁹² Es geht zwar in der Sache durchaus um die „Abgrenzung der Verantwortungssphären von Täter und Opfer“ (*Weigend* LK § 13 Rn. 44), allerdings müssen diese an die Wertungen der Begehungstatbestände rückgekoppelt werden.

³⁶⁹³ Vgl. → Kapitel 3 § 2 B II 2, Kapitel 4 § 1 A III 4. Allgemein schon → Kapitel 1 § 3 B IV 4 3 e).

wurde die Gleichstellung der Garantenstellung des Sachherrn mit der Position des Begehungstäters begründet.³⁶⁹⁴ Über diesen weiteren Fixpunkt konnte näher eingegrenzt werden, welche Aspekte für die Gleichstellung der Garantenstellung aus Ingerenz maßgeblich sind.³⁶⁹⁵ Die fortbestehende strafrechtlich relevante Abhängigkeit des Opfers gegenüber den Handlungsfolgen ist der teleologische Grund dafür, dass das selbstverständliche Einstehenmüssen des Handelnden unter bestimmten Umständen nach Handlungsabschluss fortbesteht. Nun reiht sich die Garantenstellung aus Ingerenz – anders als die übrigen Gründe des Einstehenmüssens – nicht *neben*, sondern *nach* der aktiven Begehung ein. Ebenso wie es sich bei dem „rechtlichen Einstehenmüssen“ des Handelnden für die Folgen seiner Handlung nicht um ein Merkmal des Begehungstatbestandes handelt, sondern eine unausgesprochene, dort stets vorliegende Wertung, ist auch die negative Abhängigkeit des Opfers gegenüber diesen Handlungsfolgen kein Merkmal der Begehungstatbestände. Vielmehr geht es insoweit um einen Grundgedanken, der allen Begehungstatbeständen – aufgrund des negativen Freiheitsverständnisses der Rechtsgutslehre – zugrunde liegt. Konkret umschreibt dann der jeweilige (Unrechts-)³⁶⁹⁶ Tatbestand, mit welchen Schädigungsmöglichkeiten potentielle Opfer „nicht selbst klar zu kommen haben“, sondern (weiterhin) *mit den Mitteln des Strafrechts* zu schützen. Auch *Roxin* meint insoweit, die Ingerenzgarantenstellung ergebe sich aus der *mangelhaft* überwachten Gefahrenquelle,³⁶⁹⁷ worunter er die Schaffung eines *ex ante* unerlaubten Risikos versteht; dann sei das weitere Geschehen strafrechtlich grundsätzlich Zufall.³⁶⁹⁸ Diese Argumentation erscheint nach dem soeben zu den „Rettungspflichten“ (→ I 4) Ausgeführten grundsätzlich plausibel: Musste der Handlungs- oder Sachherr die Entwicklung von Beginn an nicht verhindern, ist er konsequenterweise auch zur Rettung nicht verpflichtet. Wenn die Auswirkungen der Herrschaft nach den Wertungen des Strafrechts *sein dürfen*, besteht kein hinreichender normativer Grund, die Überwachungsposition fortbestehen zu lassen. Das Strafrecht setzt voraus, dass das Opfer mit der Gefahr – obwohl es auf diese möglicherweise im Ursprung keinen Einfluss nehmen konnte – „selbst zurechtkommt“. Die Gefahr ist nicht mit den besonderen strafrechtlichen Machtmitteln überwachungsbedürftig.³⁶⁹⁹ Wenn die Auswirkungen der Herrschaft zum Zeitpunkt des Herrschaftsver-

³⁶⁹⁴ → A III 3.

³⁶⁹⁵ → A III 4-6, B I 2. Es ist zudem der maßgebliche gemeinsame Nenner der Ingerenz mit allen Garantenstellungen aufgezeigt: Stets geht es im ersten Schritt um eine objektive Schädigungsmöglichkeit hinsichtlich derer der Betroffene unselbstständig und daher strafrechtlich zu schützen ist, → A III 5. Der Begünstigte der Obhutsgarantenstellung, etwa ein kleines Kind, kann auch gegenüber *allen* Schädigungsmöglichkeiten unselbstständig sein.

³⁶⁹⁶ Für die endgültige Feststellung der Unrechtswertung können Rechtfertigungsgründe nicht außer Betracht bleiben.

³⁶⁹⁷ *Roxin* FS Trechsel S. 551, 560; *ders.* AT II § 32 Rn. 150 f., 167.

³⁶⁹⁸ *Roxin* AT II § 32 Rn. 160 ff. Allgemein *Puppe* ZIS 2020, 143, 146: Zufällig sind all diejenigen Parameter des Einzelfalls, die nicht durch Normen geregelt sind.

³⁶⁹⁹ Es handelt sich bei einer normativen Betrachtung nicht um eine besondere Gefahr, hinsichtlich deren Eindämmung Andere besonders abhängig sind, sondern einen erlaubten „Normalzustand“. Nähme man für derartige Verläufe eine Garantenstellung aus Ingerenz an, würde die bereits zum Zeitpunkt aktiven Tuns

lustes hingegen *nicht sein sollen*, die Weiterentwicklung des Geschehens gerade den Wertungen des Tatbestandes widerspricht, weil sie die Rechtsgüter des Opfers über das rechtlich tolerierte Maß hinaus bedroht, so liegt es nahe, den Herrschaftsverlust nicht mit Erlöschen der Überwachungsposition zu honorieren, sondern diese gerade als „Kontrollherrschaft“ fortbestehen zu lassen. Es handelt sich dann gerade um eine Entwicklung, für deren Verhinderung der Handlungs- oder Sachherr von vornherein als „Garant“ verantwortlich war und die er konsequenterweise weiterhin zu kontrollieren hat. Entscheidend ist stets, ob eine bestimmte Entwicklung nach den *Wertungen des jeweiligen Tatbestands* bereits von vornherein, also während aktueller Handlungs- oder Sachherrschaft, verhindert werden musste.³⁷⁰⁰ Das Ergebnis lässt sich auch aus der Perspektive der deliktischen Unterlassung begründen: Diese ist nicht isoliert gefährlich, sondern nur in Verbindung mit einem gefährlichen Verlauf, der nicht abgewendet wird.³⁷⁰¹ Die Unterlassung weist eine im Vergleich zur Begehung *qualifizierte* Gefährlichkeit auf, wenn das Opfer dem abzuwendenden Geschehen *in strafrechtlich (tatbestandlich) relevanter* Weise unselbstständig (nicht bloß tatsächlich hilfsbedürftig) gegenübertritt, weil es von der maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung ausgeschlossen ist.³⁷⁰²

Die in diesem Abschnitt erfolgte teleologische Begründung (→ § 1) gibt entsprechend der oben betonten Differenzierung³⁷⁰³ an, *dass* die Ingerenz als „rechtliches Einstehenmüssen“ i.S.v. § 13 I StGB³⁷⁰⁴ aus denjenigen tatbestandlichen Wertungen der Begehungsdelikte ableitbar ist, die das Verhältnis negativer Abhängigkeit abbilden. Die entsprechenden tatbestandlichen Wertungen (→ § 2) beschreiben, *wie* der Begriff der Ingerenzvorhandlung bestimmt ist.

III. Adressat der Überwachungsposition

Warum steht gerade der *Urheber* der Vorhandlung in einer Überwachungsposition für die Gefahr? Wenn man nach einer besonderen Funktion des Gefahrschaffers im sozialen Leben sucht, wird man lange suchen, denn wie oben bereits erwähnt, gibt es sie nicht. Es kann daher jedenfalls terminologisch nicht überzeugen, wenn der BGH meint, die Ingerenzgarantenstellung habe einen starken persönlichen Einschlag, sie sei ausschließlich in der Person des Ingerenten verankert und kennzeichne seine Persönlichkeit.³⁷⁰⁵ Es wäre

bestehende Kontrollaufgabe des Handelnden nicht zeitlich in die Unterlassungsphase verlängert, sondern inhaltlich ausgeweitet. Insoweit kann zwar nicht die tatsächliche Progression des Geschehens, wohl aber die *rechtliche Bewertung* der Gefahrenlage zum Zeitpunkt des Herrschaftsverlustes, zu einer Beendigung der Kontrollherrschaft führen.

³⁷⁰⁰ So ebenfalls *Maiwald* JuS 1981, 473, 483; in der Sache auch *Herzberg* JZ 1989, 986, 989 ff.

³⁷⁰¹ → A I 4.

³⁷⁰² → A III, B I 2.

³⁷⁰³ Siehe dazu im Allgemeinen *Puppe* Schule S. 31 ff.: Unterscheidung, *wie* ein Begriff bestimmt ist und *warum* er so bestimmt ist; vgl. oben zu *Schünemann* → Kapitel 3 § 1 E II 1, 2; zu *Sangenstedt* → Kapitel 3 § 1 F II 1, 2; zu *Herbertz* → Kapitel 3 § 2 C VI 2 b).

³⁷⁰⁴ Der Begriff der rechtlich relevanten Abhängigkeit schlägt dabei die Brücke zu den sonstigen Entstehungsgründen des rechtlichen Einstehenmüssens → A III 3, 5.

³⁷⁰⁵ BGH NJW 2021, 1767, 1769.

auch falsch, nach einer *faktischen* Herrschaftsposition des Ingerenten Ausschau zu halten,³⁷⁰⁶ denn die faktische Beziehung des Ingerenten beschränkt sich auf die bloße Abwendungsmöglichkeit, die auch dem *quiquis ex populo* zukommt. Es fehlt also die besondere Evidenz der Verantwortlichkeit, die bei der Begehung durch den wirklichen Rechtsangriff³⁷⁰⁷ und bei den übrigen Garantstellungen aus der besonderen sozialen Funktion folgt. Das Entstehenmüssen des Ingerenten muss *rein* normativ begründet werden. Es geht insoweit *nicht* darum, eine besondere soziale Stellung des Ingerenten zu *begründen*, sondern darum, dass der Täter die Verantwortung, die er zum Zeitpunkt des aktiven Tuns für die Gefahr hat in dem Moment, in dem das aktive Tun abgeschlossen ist, aus rechtlichen Gründen *nicht verliert*.³⁷⁰⁸ Nach dem oben Gesagten besteht die Kontrollherrschaft akzessorisch zu ihrem inhaltlichen Bezugspunkt fort: Weil der Handlungs- oder Sachherr für eine bestimmte Schädigungsmöglichkeit einzustehen hatte, ist er für die identische Schädigungsmöglichkeit nach Verlust der Herrschaft weiterhin Garant. Das selbstverständliche Entstehenmüssen des Handelnden sowie die Überwachungsposition des Sachherrn bestehen also nach Verlust der Herrschaft so lange fort, wie ihr Sachgrund trägt. Der Zweck der Tatbestände, einen *bestimmten Sachverhalt* zu verhindern, lässt die selbstverständliche Verantwortlichkeit des Handelnden für *eben diesen* Sachverhalt fortbestehen. Weil der Ingerent in der Vergangenheit die maßgebliche Entscheidung über die Entwicklung des Geschehens traf, *hat er diese auch weiterhin zu treffen*. Seine Garantposition beruht also letztlich auf der bereits während der aktiven Phase bestehenden Aufgabe, das Geschehen so zu steuern, dass andere nicht zu Schaden kommen.³⁷⁰⁹ Wie bereits oben in der Auseinandersetzung zu Welp betont: Die „besondere Qualität“, die dazu führt, dass der Handelnde stets für die Folgen seines Tuns einzustehen hat, ist dessen Handlungsherrschaft, die „besondere Qualität“ des Ingerenten hingegen kann es allein sein, diese Qualität bereits zuvor gehabt zu haben.³⁷¹⁰ Daneben lässt sich höchstens der oben

³⁷⁰⁶ **Anders** wohl *Kohlrausch/Lange* Vorbem. II B II 3d: „regelmäßig in der Schlüsselstellung, von der aus die Verletzung abgewendet werden kann“; zustimmend *Kugler* Ingerenz S. 139.

³⁷⁰⁷ Siehe auch *Bosch* JA 2009, 655, 656: „Im Zeitpunkt der Ingerenzunterlassung [...] unterscheidet sich der Täter dem äußeren Anschein nach nicht von jedem beliebigen Dritten [...]“.

³⁷⁰⁸ Siehe schon oben → A I 5. In der Sache gleich *Freund* Erfolgsdelikt S. 179 ff.; *Herzberg* JZ 1986, 986, 989; *Rengier* JuS 1989, 802, 807.

³⁷⁰⁹ Vgl. auch *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 27: Die Ingerenz beruhe auf der allgemeinen Pflicht, das Verhalten so zu *steuern*, dass andere nicht zu Schaden kommen. Diese bestehe nicht nur beim ersten Anstoß des Geschehens, es sei vielmehr eine Korrektur erforderlich, wenn das Geschehen auf eine Rechtsgutsverletzung hinauszulaufen drohe; sowie bereits *Nagler* LK⁷ Einl. Anhang 2 B I 3 a) (S. 34): Wer feindliche Elemente auf den Plan ruft, muß sie so steuern, daß es nicht zu Rechtsgutsverletzungen kommt.“ (zustimmend *Maurach* AT § 46 III C 4); „Da er Herr über die Kausalitätsentwicklung ist, muß er sie durch sein Eingreifen so steuern, daß jeder rechtswidrige Erfolg vermieden wird“ (*Nagler* GS 111 (1939) 1, 26). Siehe auch *Murmann* GK § 29 Rn. 65: Pflichten zur „Beherrschung oder Beseitigung“ der Gefahrenlage; *Berendt* GA 1993, 67, 71: „Zuständigkeit“ für die „Gefahrbeherrschung“; zu den zivilrechtlichen Verkehrssicherungspflichten *Chr. v. Bar* JuS 1988, 169, 171: der Betreffende müsse die Gefahrenquelle „im Griff haben“, S. 174: „Gefahrsteuerungsgebote[...]“.

³⁷¹⁰ Siehe oben → Kapitel 3 § 2 E II 2 c). Es besteht sonst keine besondere „Verwiesenheit des Opfers“ auf die Rettung gerade durch den Vortäter, die die Qualität aufweist, die dessen Stellung bei der Urheberschaft für strafbares Tun begründet – so aber *Welp* Vorangegangenes Tun S. 182.

genannte Gesichtspunkt vorbringen, dass sich das Geschehen im Zeitpunkt der Handlung nicht bis ins letzte Detail vorausplanen lässt, weshalb im sozialen Leben die nachträgliche Gegensteuerung zur Korrektur von Entscheidungen, die sich als schädlich erwiesen haben, regelmäßig vorausgesetzt wird.³⁷¹¹ Es erscheint in der Ingerenzsituation schlicht als einzige effektive³⁷¹² und sachgerechte Lösung, dem unzweifelhaften strafrechtlichen Schutzbedürfnis dadurch Rechnung zu tragen, dass man den ehemaligen Inhaber der Herrschaft weiterhin verpflichtet. Zu bedenken ist hier auch, dass gerade das Fortbestehen der Verantwortlichkeit des Handelnden es im Gegenzug erlaubt, dass Andere das Geschehen nichts angehen muss.³⁷¹³ Diese Sachgerechtigkeit der Lösung führt dazu, dass die Inpflichtnahme des Gefahrschaffers in der Literatur regelmäßig als evident anerkannt wird.³⁷¹⁴

Die Lösung ist auch dem Ingerenten gegenüber als *gerecht* zu begründen. An dieser Stelle ist etwa die durch *Jakobs* vorgebrachte Argumentation aufzugreifen, dass die Ausübung von Freiheit an Folgenverantwortung geknüpft werden könne. Da jedem Einzelnen die freie Entscheidung zukommt, wie er sich verhält, ist es sachgerecht, ihm die Verantwortung für das *Ergebnis* seiner Entscheidung zuzuerkennen.³⁷¹⁵ Denn es entspricht dem Bild

³⁷¹¹ Siehe oben → A III 2.

³⁷¹² So erscheint die Lösung jedenfalls insoweit zweckmäßig als die Abwendungsverpflichtung, die im Sachzusammenhang zu einer Vorhandlung steht, gerade eine Person trifft, die dem Geschehen regelmäßig bereits zuvor – schon allein aufgrund von Sorgfaltspflichten – seine Aufmerksamkeit gewidmet hat. Auf die Eignung des Gefahrschaffers zur Abwendung stellen etwa ab *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 386; *Granderath* Rechtspflicht S. 170: derjenige, der den Anstoß zu einer Entwicklung gibt, könne gewöhnlich leichter, sachgemäßer, wirksamer das Geschehen kontrollieren; zur Ledersprayentscheidung *Kuhlen* FS Eser S. 359, 364: die Inanspruchnahme des Produzenten sei „konkurrenzlos effektiv“; *Beulke/Bachmann* JuS 1992 737, 740: „Wissens- und Wirkvorsprung“; *Ransiek* Unternehmensstrafrecht S. 39; *Weißer* Kollegialentscheidungen S. 64; siehe auch *Kudlich* AT S. 77. – Doch damit ist nur ein sekundärer Aspekt genannt. Die Effektivität und Einfachheit der Erfolgsabwendung, welche sich von der auch nach § 323c I StGB vorausgesetzten Möglichkeit bloß graduell unterscheidet, ist kein die Begründung der Garantenstellung leitender, sondern höchstens ein zusätzlicher Aspekt, der für die Zweckhaftigkeit des Ergebnisses spricht. Vor derartigen zweckrationalen Erwägungen muss begründet sein, dass den Ingerenten die Situation *rechtlich* etwas angehen muss.

³⁷¹³ Für jeden überwachungsbedürftigen Verlauf besteht jedenfalls ein Garant, sodass die Strafrechtsordnung darüber hinaus nur Solidaritätspflichten mit deutlich geringerer Strafbewehrung aufstellen muss. Hier mag man auch mit *Vogel* Norm und Pflicht S. 309 den Gedanken potentieller Reziprozität (dort zu allen Garantenstellungen) vorbringen: Jeder muss zwar für die Unschädlichkeit seiner eigenen Entscheidungen sorgen, profitiert jedoch gleichzeitig davon, dass Andere die gleiche Pflicht trifft.

³⁷¹⁴ Vgl. etwa v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 98; *Frister* AT 22/30; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 87; *Herzberg* JuS 1971, 74, 76; *ders.* Garantenprinzip S. 292; *ders.* JZ 1986, 986, 989; *ders.* Arbeitsschutz S. 248; *Jakobs* System S. 28; *Kühl* AT § 18 Rn. 91; *Schmidhäuser* AT 12/29; (ähnlich auch *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 27; *Weigend* LK § 13 Rn. 42 (noch deutlicher *ders.* LK¹² § 13 Rn. 42); siehe auch BGHSt 4, 20, 22; BGHSt 19, 152, 154; BGHSt 37, 106, 115.

³⁷¹⁵ Nach der hier vertretenen Konzeption allerdings nicht als Selbstzweck, als Schutz der Institution „Synallagma von Freiheit und Folgenverantwortung, sondern als Korrektiv im Rahmen eines rechtsgüterschützenden Ansatzes. Vgl. schon → Kapitel 3 § 2 G II 1 b), 2 c), d) (zu *Jakobs*); sowie → Kapitel 3 § 2 C III 2 (zu *Seelmann*); außerdem *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 135; *ders.* Unterlassen S. 21; *ders.* AT 29/39; im Allgemeinen *ders.* FS Hirsch S. 45, 50, 53: „Werk einer Person ist das Produkt *ihrer* Freiheit“; Hervorhebung im Original; siehe auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 181; *Otto* FS Hirsch S. 291, 309 f.: „Die Einräumung

des freien, verantwortlichen Menschen, das darüber hinaus in den Überzeugungen der modernen Gesellschaft tief verwurzelt ist, ihm seine eigenen Entscheidungen zuzuschreiben.³⁷¹⁶ Zwar trifft den Handelnden, welcher eine völlig neutrale Steuerung bezweckt (und negative Auswirkungen möglicherweise nichtmals vorhersehen kann) keine *strafrechtliche* (tatbestandliche) Verantwortung für die Folgen, da er sich für *diese* nicht entschieden hat. Es geht bei der Garantenstellung jedoch nicht um die Verantwortung für richtige oder falsche, sondern *eigene* Entscheidungen.³⁷¹⁷ Auch indem jemand neutrale Zwecke verfolgt, verfolgt er *seine* Zwecke,³⁷¹⁸ *seine* Interessen³⁷¹⁹ und beeinflusst den Lauf der Welt nach *seinem* Lebensentwurf, durch *seine* Freiheits- und Persönlichkeitsentfaltung.³⁷²⁰ Sowohl der Handlungs- als auch der Sachherr entscheiden sich zwar regelmäßig nicht für die Tatbestandsverwirklichung, jedoch stets dafür, andere ein Stück weit von der Möglichkeit der Gestaltung der Welt auszuschließen. Der Einzelne beansprucht dadurch, in welchem Umfang und mit welchen Handlungen er an der sozialen Interaktion teilnimmt, einen mehr oder weniger großen Einflussbereich. *Hierfür* hat er einzustehen, denn es handelt sich um *seine* Entscheidung.³⁷²¹ Wer sich dafür entscheidet, einen gefährlichen Betrieb zu führen, einen besonders großen Hund zu halten oder bei Straßenglätte Auto zu fahren, trifft Entscheidungen, die potentielle Auswirkungen auf andere haben, deren Entscheidungsspielräume hierdurch verengt werden. Diese Möglichkeit, im Ursprung die Gefahrenentwicklung (und damit letztlich auch den Umfang des zu überwachenden Bereichs) zu beeinflussen, rechtfertigt es also, gerade dem (ehemaligen) Inhaber

von Selbständigkeit und Handlungsfreiheit, die nicht von irgendwelchen möglichen Gefährdungen her begrenzt werden, erfordert die Belastung mit der Verantwortung für die Gefahren, die aus der Ausübung dieser Handlungsfreiheit anderer erwachsen“.

³⁷¹⁶ Zur gesellschaftlichen Deutung der Handlung als Akt der Selbstbestimmung auch *Frister* Schuldelement S. 25.

³⁷¹⁷ Vgl. auch – allerdings für politische Entscheidungen – *Möllers* Freiheitsgrade § 48: Es geht darum, Folgen zu akzeptieren, nicht notwendig als erwünscht oder vorhergesehen, aber doch als solche der eigenen Entscheidung. Die Entscheidung wurde durch jemanden getroffen, „der nicht diese Entscheidung wollen und ihre Folgen ablehnen kann“.

³⁷¹⁸ So ist die zweckgerichtete Handlung ein „Akt der Selbstbestimmung“, *Rudolphi* SK⁷ Vor § 13 Rn. 25 ff., Zitat bei Rn. 26; siehe auch Rn. 22; *Arth. Kaufmann* FS H. Mayer S. 89, 116; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 317 m. 186. So hat *Schünemann* im Ansatz treffend ausgeführt, dass der Herrschaftsbegriff Ausdruck eines „am Menschen orientierten Strafrechts“ ist, die willentlich ergriffene Herrschaft sei „ein Stück der personalen Sphäre des Menschen“ (S. 317). Allerdings ergreift der Sachherr nicht nur die Herrschaft über den Gegenstand, sondern über die Wirkungen, die diese Herrschaft in einer gemeinsamen Welt für andere hat.

³⁷¹⁹ Gerade in diesen Fällen, in denen der Täter zur Verfolgung eigener Interessen Gefahren für andere schafft, erscheint die Pflicht zur Gegensteuerung daher besonders einleuchtend. – So im Rahmen der „Erlaubnis unter Vorbehalt“ *Murmann* GK § 29 Rn. 69. *Stein* JR 1999, 265, 271 stellt auf den dem Täter aufgrund des Verhaltensnormverstoßes nicht gebührenden Vorteil ab. Siehe auch *Grünwald* Garantenpflichten S. 134: Die Folgen der Handlung entstammen der autonomen Lebensgestaltung des Einzelnen, seiner Freiheitsentfaltung, individuellen Entscheidung. Sie basieren auf einer grundsätzlich selbstbestimmten Lebensplanung und -gestaltung und ermöglichen diese in größerem Ausmaß; grundlegend *Seelmann* GA 1989, 241, 251 ff.

³⁷²⁰ Vgl. auch *Herzberg* Arbeitsschutz S. 225 f.; allgemein *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 44: Handlung als Persönlichkeitsäußerung.

³⁷²¹ Siehe auch *Pawlik* FS Roxin (2001) 931, 941: *Er* hätte anders „organisieren“ können.

der Herrschaft eine Überwachungsposition aufzuerlegen.³⁷²² Das Fortbestehen der strafrechtlichen Kontrollherrschaft begründet sich im Ergebnis daraus, dass der ehemalige Herrschaftsinhaber *auch bisher* nach den Wertungen der Rechtsordnung die für das Rechtsgut *maßgebliche* Entscheidung über die Geschehensentwicklung getroffen hat, sodass es gerade er war, der den Rechtsgutsinhaber von der maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung ausgeschlossen hat.

IV. Strafmilderung

Zwar erscheint es nicht ungerecht, den ehemaligen Inhaber der Herrschaft weiterhin zur Kontrolle des Geschehens „auf Posten“ zu stellen, dennoch hat sich gezeigt, dass die Verlängerung des Einstehenmüssens in die Phase nach aktueller Herrschaft allein im Wege einer Argumentation begründet werden kann, die den Nutzen der Garantenposition aus Ingerenz für das geschützte Rechtsgut anspricht. Gleichzeitig schwindet jedoch mit der Progression des Geschehens die Evidenz des Einstehenmüssens: Die Schlüsselstellung des Ingerenten beruht nicht auf einer hervorgehobenen sozialen Position. Gleichzeitig trifft den Ingerenten häufig ein deutlich erweiterter Pflichtenkreis. Er muss außerhalb des sozialen Regelablaufs aktiv zur Gefahrenabwendung schreiten („Rettung“). Hierdurch wird er in seiner Handlungsfreiheit – regelmäßig – mehr beansprucht, als müsste er nur die schädliche Handlung unterlassen oder als Sachherr die im sozialen Regelablauf vorgesehenen akzessorischen Sicherungsmaßnahmen treffen.³⁷²³ Der Ingerent verwirklicht daher regelmäßig deutlich geringeres Unrecht als der Begehungstäter, sein Unterlassen erscheint „verständlicher“ als die Aktivtat, die Bestrafung aus dem Begehungstatbestand ist ihm gegenüber daher besonders rechtfertigungsbedürftig.

Maßgebliches Argument dafür, dass das Fortbestehen der Garantenstellung dem ehemaligen Inhaber der Herrschaft dennoch *als gerecht begründet werden kann*, ist daher, dass m.E. hinsichtlich der *reinen* Ingerenzfälle – also solchen, in denen weder eine aktuelle Herrschaftsbeziehung³⁷²⁴ noch eine besondere soziale Position des Ingerenten besteht –

³⁷²² Das Anknüpfen an die Herrschaft führt insoweit dazu, dass die „Verantwortlichkeit“ des Ingerenten für einen bestimmten Kausalverlauf an sein eigenes sozialerhebliches Handeln im konkreten Fall geknüpft und nicht bloß als „Zuständigkeit“ zugeschrieben wird. Vgl. im Allgemeinen auch *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 43e, 43f: Handlungsbegriff als Absage an eine Zustandsverantwortlichkeit.

³⁷²³ Siehe zu der höheren Belastung der Handlungsfreiheit und der geringeren Evidenz des Einstehenmüssens als Argumente für die Anwendung der Strafmilderung nach § 13 II StGB in Ingerenzfällen oben → Kapitel 1 § 2 D V 3, Kapitel 4 § 1 A II 3.

³⁷²⁴ Das bedeutet jedoch, dass die Strafmilderung weiterhin dort einen Anwendungsbereich hat, wo durch die Handlung ein faktisches Herrschaftsverhältnis etabliert wird. Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Ingerent *gezielt oder bewusst* eine Lage der Abhängigkeit bei der anderen Person hervorruft, in der dann *allein* er die maßgebliche Entscheidung über die Unversehrtheit der Rechtsgüter der anderen Person treffen kann (wenn er also ein Monopol zur Abwendung nicht nur vorfindet, sondern *bewusst etabliert*). Wenn etwa A den B gefesselt an einen abgelegenen Ort bringt, um ihn zu misshandeln, B jedoch an den Misshandlungen zu versterben droht, kann von einem bewusst etablierten, noch gegenwärtigen Herrschaftsverhältnis gesprochen werden: A hat den B gezielt in eine Situation gebracht, in der dieser ihm völlig ausgeliefert ist. Herrschaft ist insoweit nicht sachbezogen, sondern rechtsgutsbezogen zu verstehen. Es handelt

die fakultative Strafmilderung des § 13 II StGB stets zur Anwendung kommen muss.³⁷²⁵ Hiermit wird dem *qualitativen* Unterschied von Begehung und Ingerenz Rechnung getragen. Denn es gibt keinen rechtlichen Grund, dem Ingerenten eine rechtliche Schlüsselposition zuzuweisen, außer dass er diese eben bereits zuvor innehatte. Es geht eben doch *nicht nur* um die „Technik“,³⁷²⁶ mit der der Ingerent seiner Verpflichtung nachkommen muss, sondern eine andere *Tat*. Diese folgt aus einer „nur-rechtlichen“³⁷²⁷ Position heraus, während die Schlüsselposition des Begehungstäters auf dessen (rechtlich bedeutsamer) *Steuerung* des Geschehens und die sonstiger Garanten auf einer bestimmten (rechtlich bedeutsamen) sozialen Funktion beruht. Dass sich also Ingerenz und Begehung im „Strafgrund“ („negative Verbindlichkeit“) gleichen, im *Tatverhalten* jedoch unterscheiden, ist entgegen mancher Autoren³⁷²⁸ ein Widerspruch, der nicht geleugnet werden darf,³⁷²⁹ sondern benannt und aufgelöst werden muss.

V. Historisches Argument

Zuletzt ist zu betonen, dass der *historische* Gesetzgeber die Garantenstellung aus Ingerenz beibehalten wollte.³⁷³⁰ In der Begründung zu E 1962 wird angeführt, der Rechtsprechung sei es vorbehalten, die „näheren Merkmale“ der Garantenstellung aus Ingerenz zu bestimmen.³⁷³¹ Eine deutlichere Stellungnahme hat der Gesetzgeber inzwischen jedoch an einem etwas versteckteren Ort abgegeben. Im Rahmen der Reform des § 221 StGB verweist die Gesetzesbegründung bezüglich der Beistandspflicht auf die Pflichten im Sinne des § 13 StGB. Als Beispiel wird BGHSt 26, 35, 37 angeführt,³⁷³² das die Garantenstellung des Gastwirts aus vorangegangenem Tun betrifft. Über diese subjektive Intention des Gesetzgebers hinaus wird das Ergebnis auch durch die Fassung der Vorschrift bestätigt: So impliziert das „Imstichlassen“ in hilfloser Lage – im Kontrast zum „Versetzen“ durch Unterlassen, §§ 221 I Nr. 1, 13 I StGB – dass es um „Rettungspflichten“ geht, also solche

sich hierbei um Fälle, die auch *Schünemann* Grund und Grenzen S. 349 unter Anwendung des Herrschaftsprinzips als begehungsgleich ansieht: In Fällen der Gefangennahme werde Herrschaft durch die zwangsweise Überwindung des Willens und damit die Unterwerfung des anderen begründet.

³⁷²⁵ Generell für eine Strafmilderung in Ingerenzfällen *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 169; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 104, 216; in der Sache auch *Roxin* AT II § 31 Rn. 239, 242; eine obligatorische Milderung in Fällen rechtmäßigen Vorverhaltens *Köhler* AT S. 220; *E. A. Wolff* Kausalität S. 43 m. Fn. 23.

³⁷²⁶ So aber *Jakobs* Unterlassen S. 35; *Pawlik* FS Jakobs S. 469, 493; *ders.* Unrecht S. 181.

³⁷²⁷ Im Allgemeinen *Seelmann* GA 1989, 241, 248: Die Unterlassungszurechnung sei anders als die Begehungszurechnung „explizit rein normativ“, sie gebe sich „ausdrücklich als normative Zurechnung zu erkennen“, die „isolierte Konfliktverantwortlichkeit [kann] nicht so deutlich stilisiert werden“. – Dies erscheint jedoch nur für die Ingerenz uneingeschränkt zutreffend, denn etwa dem Schutzverhältnis Eltern-Kind kann man die soziale Realität schwer absprechen.

³⁷²⁸ Siehe schon oben → Kapitel 1 § 2 C II 2 (im Hinblick auf die Begehungstatbestände und § 13), Kapitel 3 § 1 B II 3 (allgemein zur Begründung aus *neminem laedere*), G I 2 a) (zu *Herzberg*), II 2 a), b) (zu *Jakobs*), III 1 b) (zu *Pawlik*), IV 2 (zu *Freund*).

³⁷²⁹ Der *Tathandlung* jede Bedeutung abzuspochen, widerspräche dem Grundsatz des *Tatstrafrechts*.

³⁷³⁰ Ebenso im Ergebnis *Herbertz* Ingerenz S. 211 f.; eine „eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten einer Strafbarkeit des Ingerenten“ ergibt sich aus den von ihr zitierten Stellen freilich nicht.

³⁷³¹ BT-Drucks IV/650 S. 125; siehe auch BT-Drucks. V/4095 S. 8, wo er sich hinsichtlich der Ingerenz bloß gegen das Erfordernis der „nahen Gefahr“ im AE 1966 aussprach.

³⁷³² BT-Drucks. XIII/8587 S. 34.

Fälle, in denen das Geschehen die Herrschaftssphäre des Täters bereits verlassen hat und in der Opfersphäre fortwirkt.³⁷³³ Indem nun die sonstige Pflicht zum Beistand im Begriffspaar mit der „Obhut“ (worunter die „Obhuts-“ also Beschützergarantenstellungen fallen³⁷³⁴) steht („oder“), wird deutlich, dass es sich um eine Überwachungsgarantenstellung handeln muss.³⁷³⁵ Wenn nun die Sicherungspflichten des Garanten bereits im Zusammenhang mit dem Versetzen durch Unterlassen relevant werden und die Beschützergarantenstellung von der „Obhut“ erfasst ist, kann mit der „sonstigen Beistandspflicht“ nur³⁷³⁶ die Ingerenz gemeint sein.³⁷³⁷ Die Garantenstellung aus Ingerenz ist damit sowohl nach dem Willen des historischen Gesetzgebers als auch nach der Systematik von § 221 StGB vorausgesetzt.

VI. Zwischenergebnis

Nach dem Gesagten steht der ehemalige Inhaber von Handlungs- oder Sachherrschaft, der durch den Ausschluss des Rechtsgutsträgers die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung getroffen hat, weiterhin in einer normativ verstandenen Position der „Kontrollherrschaft“, gemäß der er auch im Folgenden die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung zu treffen hat. Er hat als Ingerent dafür einzustehen, § 13 I StGB, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt.³⁷³⁸ Dieses Entstehenmüssen besteht akzessorisch zu den Folgen der Herrschaft fort, denen gegenüber das Opfer *in strafrechtlich relevanter Weise* abhängig gegenübertritt.

§ 2 Eingrenzung des Ingerenzgedankens

Entscheidend ist, welcher Bewertung das Vorverhalten oder die durch das Vorverhalten geschaffene Lage unterliegen muss, um eine Garantenstellung aus Ingerenz zu begrün-

³⁷³³ Terminologie hier angelehnt etwa an *Sangenstedt* Garantenstellung S. 319 ff.

³⁷³⁴ *Hardtung* MK § 221 Rn. 14; vgl. auch *Neumann/Saliger* NK § 221 Rn. 26: umfassende Schutzpflicht für Leib und Leben im Sinne einer Beschützerverantwortlichkeit.

³⁷³⁵ Ebenso etwa *Hardtung* MK § 221 Rn. 15.

³⁷³⁶ Es handelt sich damit um eine konsequente Folgerung aus dem Postulat der Nichtredundanz (zu diesem im Allgemeinen *Puppe* Schule S. 137 ff.).

³⁷³⁷ So auch *Hardtung* MK § 221 Rn. 15 m. Fn. 62: Ausweislich der Gesetzesmaterialien komme für Nr. 2 Alt. 2 insbesondere Ingerenz in Betracht.

³⁷³⁸ Die grundsätzliche Existenzberechtigung einer Garantenstellung aus Ingerenz lässt sich also überzeugend aus den Wertungen der aktiven Begehungsdelikte i. V. m. § 13 I StGB ableiten. Während die Definition von „Organisationszuständigkeit“ und „Sonderverantwortlichkeit“ die durch die strafrechtlichen Begehungstatbestände ausgedrückte „negative Verbindlichkeit“ von vornherein deutlich weiter interpretiert, geht die hier vertretene Konzeption grundsätzlich von den gesetzlichen Tatbeständen aus, welche entsprechend dem liberalen Nichtinterventionsgedanken allein Schädigungen durch aktive Handlungsherrschaft beschreiben. Wofür eine Person also einzustehen hat, darf nicht originär *praeter legem* definiert werden, sondern muss gemäß der Vorgabe des § 13 I StGB („ist nach diesem Gesetz *nur* strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt“) in strafrechtsspezifischer Gleichstellung zu den Begehungstatbeständen ermittelt werden. Die Unterlassungsstrafbarkeit des Garanten darf also nicht als Regelfall, sondern muss in Ergänzung der Begehungstatbestände als stets begründungsbedürftige Ausnahme gerechtfertigt werden. Diese Relation wird im Übrigen, worauf *Stein* treffend hinweist, in unserer Gesellschaft als selbstverständlich empfunden und kennzeichnet auch das gesellschaftliche Leben, *Stein* SK § 13 Rn. 17.

den. Oder umgekehrt gewendet: Führt eine bestimmte rechtliche Qualifikation der Handlung/des geschaffenen Zustandes dazu, dass das rechtliche Einstehenmüssen des Handelnden/des Sachherrn erlischt?

A. Rechtliche Bewertung der Vorhandlung

I. Begründung auf Grundlage des Herrschaftskriteriums

So führt insbesondere *Roxin* zu der Kontrollherrschaft aus, dass die auf einem erlaubten Risiko beruhende Verletzung nicht zurechenbar und daher juristisch gesehen ein auf Zufall beruhendes Unglück sei.³⁷³⁹ Denn „was für die objektive Zurechnung im Rahmen der Fahrlässigkeit Voraussetzung ist, muß für die Vorhandlung der Ingerenz ebenso gelten“.³⁷⁴⁰ Ähnlich meint auch *Rudolphi*, dass der Täter nur für diejenigen Folgen verantwortlich sei, die er pflichtwidrig herbeiführe.³⁷⁴¹

II. Auffassung der herrschenden Ansicht

Die Rechtsprechung sowie die herrschende Lehre stellen sich, insbesondere im Anschluss an *Rudolphi*, auf den Standpunkt, dass der Täter objektiv pflichtwidrig gehandelt haben müsse.³⁷⁴² Diese Auffassung sieht sich einer bedeutenden Literaturströmung gegenüber,

³⁷³⁹ *Roxin* AT II § 32 Rn. 167. → Kapitel 3 § 2 F II. *Roxin* geht dabei davon aus, dass die Lehre von der Zurechnung sämtliche von anderen Autoren vorgebrachte Aspekte erfasse, etwa Adäquanz, Pflichtwidrigkeit, Schutzzweckzusammenhang und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen (Rn. 159). *Roxin* lehnt zwar das Pflichtwidrigkeitskriterium ab (Rn. 158), wohl um die Ingerenzgarantenstellung bei rechtfertigenden Notstand begründen zu können. Dennoch bewegt sich dessen Konzeption der objektiven Zurechenbarkeit und damit des erlaubten Risikos recht nahe am Kriterium der Pflichtwidrigkeit. Ähnlich auch *Rengier* AT § 50 Rn. 82 ff.; *Hoven* GA 2016, 16, 33: Die geschaffene Gefahrenlage dürfe nicht rein zufällig auf dem pflichtwidrigen Verhalten des Opfers beruhen. Nur wer mehr als andere für die Entstehung der Gefahrenlage zuständig ist, kann qualifiziert zur Abwendung ihrer schädlichen Folgen in die Pflicht genommen werden“.

³⁷⁴⁰ *Roxin* AT II § 32 Rn. 171 zum Risikozusammenhang.

³⁷⁴¹ *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 39 ff.; *ders.* Gleichstellungsproblematik S. 136 ff., 163 ff. → Kapitel 3 § 2 F I.

³⁷⁴² BGHSt 19, 152; BGHSt 25, 218; BGH HRRS 2020 Nr. 170; BGH NJW 2021, 1767, 1769; OLG Schleswig NSTZ 1982, 116; OLG Hamm NSTZ-RR 2006, 13, 14; *Blei* AT § 87 I 2 c; *Bode* ZStW 127 (2015) 937, 977; *Bosch* JA 2009, 655, 656; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 35; *Brammsen* GA 1993, 97, 108 ff.; *Bringewat* MDR 1971, 716, 717; *Brodowski* JuS 2015, 430, 431; *Brüning* ZJS 2012, 691, 693 ff.; v. *Coelln* Unterlassungsdelikt S. 192 f.; *G. Dannecker/C. Dannecker* JZ 2010, 981, 982; *Ebert* AT S. 179 f.; *Eisele/Heinrich* AT Rn. 624 f.; *Fischer* § 13 Rn. 50 ff., 52; *Gaede* NK § 13 Rn. 43; *ders.* AnwK § 263 Rn. 52; *Gallas* Studien S. 89 f.; *Geppert* JK 99 StGB § 212/4; *ders.* JK 01 StGB § 13/31; *Gercke/Hembach* AnwK § 13 Rn. 14; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 69 ff.; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 75 f.; *Haft* AT S. 187 f.; *Handel* Verantwortlichkeit S. 223; *A. Hartmann* ZStW 116 (2004) 586, 615; *Hefendehl* MK § 263 Rn. 184 (allerdings generell kritisch); *B. Heinrich*, AT Rn. 954, 960; *Henkel* MSchrKrim 44 (1961), 178, 183 ff.; *Herbertz* Ingerenz S. 282 ff., 305 ff. (der Sache nach); *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 68 ff.; *Hilgendorf* Produzentenhaftung S. 139; *ders./Valerius* AT § 11 Rn. 61 ff.; *Hillenkamp* FS Otto S. 287, 301 (fahrlässig); *Hoffmann-Holland* AT Rn. 765, 767; *Hoven* GA 2016, 16, 32 ff.; *dies.* GS Tröndle S. 575, 580 ff.; *Hruschka* JuS 1979, 385, 386 f., 392; *Jäger* Zurechnung S. 37; *ders.* AT Rn. 356; *Jescheck* LK¹¹ § 13 Rn. 31 ff.; *ders./Weigend* AT § 59 IV 4a; *Joecks/Jäger* § 13 Rn. 55 ff.; *Kaspar* AT § 10 Rn. 63; *Kohlrausch/Lange* Vorbem. II B II 3d; *Kölbel* JuS 2006, 309, 314; *Krey/Esser* AT Rn. 1146 ff.; 1167; *Krey/Hellmann/Heinrich* BT 2 Rn. 570; *Kudlich* AT S. 34, 77, 134, 147 f. (anders *ders.* SSW § 13 Rn. 24); *Küper* JZ 1981, 568, 573 f.; *Kusche* FS Sancinetti S. 529, 533; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 70 ff.; *Norouzi* JuS 2005, 914, 915; *Oğlakcioğlu* NSTZ-RR 2012, 246; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 224; *Puppe* AT § 29 Rn. 3; *Putzke* Jura 2015, 95, 97; *Ransiek* JuS 2010, 585, 589; *Rengier* AT § 50

welche das Pflichtwidrigkeitskriterium nicht voraussetzt.³⁷⁴³ Auch innerhalb letzterer Ansicht wird vielfach betont, dass der Täter *jedenfalls* bei pflichtwidrigem Vorverhalten Garant sei.³⁷⁴⁴

Unter Pflichtwidrigkeit wird in der Regel das Gleiche verstanden wie im Rahmen der unerlaubten Gefahrschaffung im Rahmen der „objektiven Zurechnung“ bzw. der objektiven Sorgfaltswidrigkeit bei den Fahrlässigkeitsdelikten.³⁷⁴⁵ Synonym wird auch von

Rn. 73 ff.; *Renzikowski* Täterbegriff S. 141; *Maurach/Gössel/Zipf/Renzikowski* § 53 Rn. 74; *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rn. 288; *Roxin* AT II § 32 Rn. 160 ff. („unerlaubtes Risiko“); *ders.* NStZ 1985, 321; *ders.* GA 2021, 190, 191; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 157 ff.; *ders.* JR 1974, 160 ff.; *ders.* JR 1987, 162 ff.; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 39 ff.; *Samson* StV 1991, 182, 184; *Satzger* Jura 2015, 1055, 1061; *Seibert* Garantpflichten S. 245 ff.; *Seier* NJW 1988, 1617, 1624; *Schmidhäuser* AT 12/28 ff.; *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 297 ff. (der Sache nach); *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 147; *Sowada* Jura 2003, 236, 242: „vorerst den Vorzug“, um von diesem restriktiven Ausgangspunkt aus die Garantendogmatik neu zu ordnen; *Stein* JR 1999, 265, 270 ff.; *ders.* SK § 13 Rn. 18 ff., 50 ff.; *Sch/Sch²⁷/Stree* § 13 Rn. 35; *ders.* FS Klug II S. 395, 399 ff.; *ders.* JuS 1985, 179, 183; *Tiedemann* LK § 263 Rn. 68 ff., 247; *Walther* Eigenverantwortlichkeit S. 221; *Weißer* Kollegialentscheidungen S. 42 f., 48 ff., *Welzel* Strafrecht S. 216; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1196 ff. (Ausnahmen erwägend Rn. 1199); *Zieschang* AT Rn. 617; *ders.* NK Medienstrafrecht § 13 Rn. 61; siehe zudem *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 422 ff.; *ders.* GA 1993, 97, 109; in der Sache fast parallel *Weigend* LK § 13 Rn. 42 ff. (dazu auch *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 35: „im Grund nur sprachlich anders“); unklar *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 33 („ein nicht durch höher-rangige Interessen gedecktes (und aus diesem Grunde erlaubtes) Risiko“; (Hervorhebung im Original; verwiesen wird auf die Grundsätze zum Handlungsunrecht § 8 Rn. 32, siehe auch Rn. 27, § 15 Rn. 19 ff.); außerdem *v. Hippel* Strafrecht II § 14 VIII 3, 4 und *Mezger* Strafrecht S. 147, die auf Grundlage der klassischen Unrechtslehre zwar die Rechtswidrigkeit, nicht aber die Schuldhaftigkeit der Handlung fordern; weitere Nachweise bei *Hillenkamp/Cornelius* AT S. 249 f.;

³⁷⁴³ Vgl. etwa *Arzt* JA 1980, 712, 714 ff.; *Börgers* Gefahrrteil S. 111 ff.; *Freund* Erfolgsdelikt S. 180 ff.; *ders.* MK § 13 Rn. 121 ff., 129 ff.; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 92 ff.; *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 114; *Frister* AT 22/31 f.; *Gauger* Dogmatik S. 223; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 91 ff.; *Granderath* Rechtspflicht S. 149 ff., 171 f.; *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 13; *Heinitz* JR 1954, 270; *Herzberg* Garantprinzip S. 294 ff.; *ders.* JuS 1971, 74 ff.; *Jakobs* AT 29/39; *ders.* Unterlassen S. 22 f.; *ders.* FG BGH IV S. 29, 43; *ders.* System S. 37; *Arth. Kaufmann/Hassemer* JuS 1964, 151, 152 f.; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 51; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 64 ff.; *Köhler* AT S. 220; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 24; *Kühl* AT § 18 Rn. 95, 101; *ders.* JuS 2007, 497, 503; *Kuhlen* NStZ 1990, 566, 568; *Maurach* AT § 46 III C 4; *Murmann* GK § 29 Rn. 69; *Otto* NJW 1974, 528, 530 ff.; *ders.* JK 91 StGB § 13/16; *ders.* AT § 9 Rn 77 ff.; *Pawlik* Unrecht S. 182; *ders.* FS Roxin (2011) S. 931, 940 f.; *Ranft* JZ 1987, 859, 864; *Rengier* JuS 1989, 802, 807 (anders nun *ders.* AT § 50 Rn. 73 ff.); *Seelmann* GA 1989, 241, 255; *ders.* NK¹ § 13 Rn. 117 f.; *Schönke/Schröder*¹² Vor § 1 Rn. 120; *Timpe* Strafmilderungen S. 187; *Vogel* Norm und Pflicht S. 363 f.; *S. Vogt* Berufstypisches Verhalten S. 190 f.; *S. Walter* Pflichten S. 128; *Weigend* LK § 13 Rn. 43 ff.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 209 ff.; 271 ff.; *ders.* JZ 1971, 433 f.; *E. A. Wolff* Kausalität S. 42 f.

³⁷⁴⁴ *Arzt* JA 1980, 712, 715; *Freund* MK § 13 Rn. 119; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 76; *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 114; *Grünwald* Garantpflichten S. 136; *Jakobs* in: El sistema S. 133, 138; *Köhler* AT S. 219 f.; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 24; *Kühl* Beendigung S. 65; *Otto* FS Hirsch S. 291, 309; *Weigend* LK § 13 Rn. 43; *Murmann* GK § 29 Rn. 65 ff.; *Pawlik* Unrecht S. 182; *Timpe* Strafmilderungen S. 184: Dann sei „die Erledigung des Konflikts am Verursacher der Gefahr vorbei nicht mehr zu begründen“; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 177 ff.; differenzierend *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 68.

³⁷⁴⁵ *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 69 ff.; *Hilgendorf* Produzentenhaftung S. 138 f.; *Jäger* Zurechnung S. 38; *Kaspar* AT § 10 Rn. 63; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 71; *Rengier* AT § 50 Rn. 75; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 39a; *ders.* JR 1987, 162, 163; *Roxin* AT II § 32 Rn. 160 ff., 171; *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 299 f.; *Stein* SK § 13 Rn. 50; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 33; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1196; *Zieschang* AT Rn. 616 f.; *ders.* NK Medienstrafrecht § 13 Rn. 62; im Allgemeinen *Hirsch*

rechtswidrigem Vorverhalten gesprochen.³⁷⁴⁶ Für das Strafrecht bedeutet nämlich Rechtswidrigkeit den Verstoß gegen einen Rechtssatz i.S. einer Verhaltensnorm.³⁷⁴⁷ Bei sozial üblichen, „sozialadäquaten“ Verhaltensweisen soll eine Garantenstellung ausscheiden.³⁷⁴⁸ Zum Teil wird formuliert, der Täter müsse die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten haben.³⁷⁴⁹ Zudem wird jedenfalls im Grundsatz für das Vorliegen pflichtwidrigen Vorverhaltens auch das Nichteingreifen von Rechtfertigungsgründen verlangt.³⁷⁵⁰ Dies ist insoweit konsequent, dass von einer konkreten (Rechts-)Pflichtwidrigkeit erst gesprochen werden kann, wenn das Verhalten im Widerspruch zur Rechtsordnung im Ganzen steht.³⁷⁵¹ Nach der allgemeinen Unrechtslehre stellt der Verstoß gegen die tatbestandlichen Ver- und Gebotsnormen noch keinen eigenen sachlichen Gehalt, sondern erst im Zusammenspiel mit den Erlaubnissätzen.³⁷⁵² Vorsätzliches Verhalten soll nach herrschender Ansicht (erst recht) eine Garantenstellung aus Ingerenz begründen können.³⁷⁵³ Regelmäßig wird betont, dass schuldhaftes Verhalten nicht erforderlich

FS Dreher S. 211, 225: pflichtwidriges als vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten; zu anderen Bedeutungen des Begriffs „pflichtwidrig“ im Strafrecht *Herbertz* Ingerenz S. 286, die selbst ebenfalls auf die Sorgfaltswidrigkeit abstellt, S. 310 *et passim*.

³⁷⁴⁶ *Geppert* JK 01 StGB § 13/31; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 72; *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rn. 288; *Weigend* LK § 13 Rn. 43: Verstoß gegen die Rechtsordnung; *Zieschang* NK Medienstrafrecht § 13 Rn. 57; diese Kongruenz sieht auch *Herbertz* Ingerenz S. 287 f. und lehnt das Kriterium daher ab. Dazu, dass diese Betrachtung nicht überzeugt siehe oben → Kapitel 3 § 1 C VI 2; auch die Unterscheidung von *Walther* Eigenverantwortlichkeit S. 220 ff., der Begriff der Pflichtwidrigkeit könne sich auf die Rechtswidrigkeit, den Pflichtwidrigkeits- und Schutzzweckzusammenhang sowie die Sorgfaltswidrigkeit beziehen, kann nicht überzeugen, denn nach der jedenfalls heute h.M. sind all diese Kriterien erforderlich.

³⁷⁴⁷ *Ebert* AT S. 180; *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 48; *Hilgendorf* Produzentenhaftung S. 139: etwa einer rechtlich relevanten Sorgfaltspflicht; *Sch/Sch²⁷/Stree* § 13 Rn. 35 f.; siehe auch *Weigend* LK § 13 Rn. 43; unverständlich daher die Kritik von *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 91, die h.M. fordere „neben der im Verhaltensnormverstoß liegenden Pflichtwidrigkeit eine davon verschiedene weitere Pflichtwidrigkeit“.

³⁷⁴⁸ BGHSt 19, 152; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 34; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 74 ff.; *Haft* AT S. 187; *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 71; *Otto* AT § 9 Rn. 81, der die Sozialadäquanz nicht parallel zur Pflichtwidrigkeit/Sorgfaltswidrigkeit versteht; *Rengier* AT § 50 Rn. 82; *Stein* SK § 13 Rn. 60: „wegen Sozialüblichkeit nicht pflichtwidrig“; *Sch/Sch²⁷/Stree* § 13 Rn. 34 ff.; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 44; siehe auch *S. Vogt* Berufstypisches Verhalten S. 196, die berufstypische Verhaltensweisen ausschließen will.

³⁷⁴⁹ *Brüning* ZJS 2012, 691, 692; *Gallas* Studien S. 89; *Jäger* Zurechnung S. 37; *Roxin* AT II § 32 Rn. 160 ff.; *Schmidhäuser* AT 12/31; *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 147; *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 299 f.; *Stein* SK § 13 Rn. 50, ausdrücklich die *ex ante* Perspektive betonend; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 43.

³⁷⁵⁰ Etwa *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 72; *Heinrich* AT Rn. 960 f.; *Kaspar* AT § 10 Rn. 63; siehe auch *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rn. 288; *Zieschang* AT Rn. 616 f.; zutreffend insoweit auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 138.

³⁷⁵¹ *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 8; siehe auch *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 48: Zur Verhaltensnorm gehören sowohl die generellen Bestimmungsnormen sowie die Erlaubnissnormen.

³⁷⁵² *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 16; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 12. Siehe schon die Kritik zur Konzeption *Herbertz* → Kapitel 3 § 2 C VI 2 d).

³⁷⁵³ Zu diesem zutreffenden Standpunkt schon oben → Kapitel 2 § 5 C; *Eisele/Heinrich* AT Rn. 629; *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 78; *Frister* AT 22/37; *Gercke/Hembach* AnwK § 13 Rn. 14; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 80; *Kaspar* AT § 10 Rn. 63; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 23; *Kühl* § 18 Rn. 105a; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 71; *Murmann* GK § 29 Rn. 67; *Rengier* AT § 50 Rn. 75 f.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 191, 193 f.; *Ha. Schneider* NSTZ 2004, 91, 92 ff; *Stein* JR 1999, 265, 269 ff.; *T. Walter*

sei.³⁷⁵⁴ Insbesondere müsse das Vorverhalten nicht individuell sorgfaltswidrig sein, es komme nur auf den objektiven Verstoß, nicht dessen Vorwerfbarkeit an.³⁷⁵⁵ Auch wird regelmäßig vorgebracht, dass das Vorverhalten nicht selbst *strafbar* sein müsse, sodass etwa eine fahrlässige Freiheitsberaubung genüge.³⁷⁵⁶

Zudem wird auf die Erforderlichkeit des Pflichtwidrigkeits- und (z.T.) des Schutzzweckzusammenhangs zwischen der Sorgfaltswidrigkeit und dem Gefahrenerfolg hingewiesen.³⁷⁵⁷ Es gehe beim Pflichtwidrigkeitserfordernis nicht bloß um die „Subtraktion“ sozialüblichen Verhaltens, daher genüge es nicht, dass die Vorhandlung irgendwie zu miss-

NSStZ 2005, 240, 241 f.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 321 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1197; **anders** *Otto* FS Hirsch S. 291, 305; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 81; *Hillenkamp* FS Otto S. 287, 288 ff.; *Krey/Hellmann/Heinrich* BT 2 Rn. 574.

³⁷⁵⁴ Ein schuldhaftes Vorverhalten verlangt auch der BGH, wenngleich er teilweise irreführend hieran anknüpft (undeutlich etwa BGH NJW 1999, 69, 71) nicht, vgl. BGHSt 25, 218, 220; BGHSt 26, 35, 38; *Beulke/Bachmann* JuS 1992 737, 739; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 38; *Fischer* § 13 Rn. 48; *Haft* AT S. 187; *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 69; *Jescheck* LK¹¹ § 13 Rn. 33; *Kohlrausch/Lange* Vorbem. II B II 3d; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 76; *Schmidhäuser* AT 12/29; *Sch/Sch²⁷/Stree* § 13 Rn. 38; *Zieschang* NK Medienstrafrecht § 13 Rn. 61; ausführliche Begründung bei *Welp* Vorangegangenes Tun S. 183 ff., die allerdings nicht überzeugt; siehe auch *Herbertz* Ingerenz S. 321, allerdings zirkulär die Richtigkeit des Strafgrundes „abstraktes Gefährdungsunrecht“ voraussetzend und im Folgenden doch Schuldverwägungen in dieses einfließen lassend.

³⁷⁵⁵ *Gallas* Studien S. 89; *Jescheck* LK¹¹ § 13 Rn. 33; *Zieschang* NK Medienstrafrecht § 13 Rn. 62; **anders** *Herbertz* Ingerenz S. 324 ff.

³⁷⁵⁶ *Kaspar* AT § 10 Rn. 63; *Krey/Esser* AT Rn. 1150; *Puppe* AT § 29 Rn. 47; *Schmidhäuser* AT 12/29; **anders** *Herbertz* Ingerenz S. 315 ff., 325.

³⁷⁵⁷ Vgl. dazu *Stree* FS Klug II S. 399 ff.; außerdem *ders.* JuS 1985, 179, 183; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 35a; *Brüning* ZJS 2012, 691, 693, 695; *G. Dannecker/C. Dannecker* JZ 2010, 981, 982; *Eisele/Heinrich* AT Rn. 627; *Gaede* NK § 13 Rn. 43 f.; *Geppert* JK 99 StGB § 212/4; *ders.* JK 01 StGB § 13/31; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 69; *Grünwald* Garantenpflichten S. 137; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 83; *B. Heinrich*, AT Rn. 954; *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 70; *Hilgendorf/Valerius* AT § 11 Rn. 66 f.; *Hoffmann-Holland* AT Rn. 772; *Jäger* AT Rn. 358; *Jescheck* LK¹¹ § 13 Rn. 33; *ders./Weigend* § 59 IV 4a; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 54; Risikozusammenhang; *Köhler* AT S. 220; *Kölbel* JuS 2006, 309, 314; *Küper* JZ 1981, 568, 573 f.; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 76; *Murmann* GK § 29 Rn. 66; *Norouzi* JuS 2005, 914, 915; *Oğlakcioğlu* NSStZ-RR 2012, 246; *Rengier* AT § 50 Rn. 89, 96 ff.; *Rudolphi* JR 1987, 162, 163; *Roxin* NSStZ 1985, 320, 321; *ders.* FS Trechsel S. 551, 561 f.; *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 300; *Seibert* Garantenpflichten S. 256 ff.; *Sowada* Jura 2003, 236, 243; *Stein* SK § 13 Rn. 50; *Sch/Sch²⁷/Stree* § 13 Rn. 35a; *Weigend* LK § 13 Rn. 43, 46; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1196; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 43; siehe auch *Arzt* JA 1980, 712, 715: „Gefahrenzusammenhang“, unabhängig von der Frage nach der Pflichtwidrigkeit; *Blei* AT § 87 I 2 c: „gerade durch die Pflichtwidrigkeit herbeigeführt“; *Otto* NJW 1974, 528, 530, vor einer *versari in re illicita* warnend. Dagegen meint *Walther* Eigenverantwortlichkeit S. 222, dass der Gesichtspunkt des Pflichtwidrigkeits- bzw. Schutzzweckzusammenhangs regelmäßig nicht weiterführe, da er über die primäre Frage der Begründung von Handlungsunrecht keine Antwort gebe. – Dies ist jedoch nicht Sinn und Zweck dieser Kriterien, die auf gegebenes Handlungsunrecht aufbauen. Auch die Kritik von *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 99 ff., übersieht, dass die h.M. nicht jede Pflichtwidrigkeit genügen lässt (Beispiel nach *Gössel*: „schwarzes“ Ausheben einer Baugrube durch Arbeiter ohne Aufenthaltserlaubnis), sondern stets nach dem Zweck der übertretenen Pflicht fragt. *Gössel* löst den Schwarzarbeiterfall derart, dass mit der Beschäftigung der Bauarbeiter nicht gegen Verhaltensnormen zum Schutze der Gesundheit verstoßen wurde (Rn. 106), dies würde die h.M. ebenso sehen.

billigen sei, vielmehr müsse sie *gerade hinsichtlich* der geschaffenen Gefahr pflichtwidrig sein.³⁷⁵⁸ Es sei etwa wenig einsichtig, „bezüglich § 222 eine relevante Auswirkung des verkehrswidrigen Verhaltens zu verneinen, aus diesem dann aber für die Abwendung desselben Erfolgs eine Garantenstellung aus einem ‚pflichtwidrigen‘ Vorverhalten abzuleiten“.³⁷⁵⁹ Auch insoweit sind nach einer sich im Vordringen befindlichen Auffassung die für die objektive Zurechnung maßgeblichen Kriterien anzulegen.³⁷⁶⁰

III. Vorläufige Bewertung

1. Praktische Vorzüge

Dem Pflichtwidrigkeitskriterium ist zuzugeben, dass es sich um ein einfaches, gut handhabbares Kriterium handelt, das insbesondere aus der Fahrlässigkeitsdogmatik „bekannt und bewährt“ ist und so tatsächlich eine relativ rechtssichere Beurteilung verspricht.³⁷⁶¹ Die Rechtsprechung kann insoweit auf eine lange Tradition sowie die reiche Dogmatik zum Fahrlässigkeitsdelikt zurückgreifen.³⁷⁶² Über den Schutzzweck- und Pflichtwidrigkeitszusammenhang lassen sich atypische Kausalverläufe ebenso ausfiltern wie Fälle, in denen das Opfer oder ein Dritter eingreift.³⁷⁶³ Zu betonen ist auch, dass der BGH durch das Pflichtwidrigkeitskriterium eine im Vergleich zur Rechtsprechung des RG, welche regelmäßig bloß an den wertfreien Kausalzusammenhang anknüpfte, *für die Praxis im Ergebnis angemessene* Einschränkung der Strafbarkeit erreicht hat.

2. Formaler Charakter des Pflichtwidrigkeitskriteriums

Oben wurde bereits erwähnt, dass es sich bei der Verhaltensnorm-, Rechts- oder Pflichtwidrigkeit um ein formales Urteil handelt, welches keine materiellen Differenzierungen erlaubt. Der Verstoß gegen das Recht ist zunächst bloß die Minimalanforderung jeder rechtlichen Verantwortlichkeit und damit kein Spezifikum des Strafrechts. Erfasst sind damit auch Verstöße gegen zivil- oder öffentlich-rechtliche Pflichten, die keinen Bezug zu den strafrechtlich relevanten Erfolgen haben.³⁷⁶⁴ Daneben sind Abstufungen innerhalb

³⁷⁵⁸ *Küper* JZ 1981, 568, 574; *Roxin* NStZ 1985, 320, 321; siehe auch BGH NStZ 2008, 276, 277: die pflichtwidrige Beihilfe zur illegalen Einreise führt nicht zu einer Garantenstellung für die sich den einreisenden Personen ergebenden Gefahren; *G. Dannecker/C. Dannecker* JZ 2010, 981, 982; *Gaede* NK § 13 Rn. 43; *Hoven* GS Tröndle S. 575, 580; *Jäger* AT Rn. 358; *Kudlich* SSW § 13 Rn. 25; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 39a; *ders.* JR 1987, 162, 163; *Stree* JuS 1985, 179, 183; *Weigend* LK § 13 Rn. 46.

³⁷⁵⁹ *Rengier* AT § 50 Rn. 89; ähnlich *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 54.

³⁷⁶⁰ *Roxin* AT II § 32 Rn. 171; *Heinrich* AT Rn. 954; *Hoven* GA 2016, 16, 31 ff.; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 65; *Jäger* AT Rn. 358; *Rengier* AT § 50 Rn. 97; *Sowada* Jura 2003, 236, 243; *Stein* SK § 13 Rn. 50; *Stree* FS Klug II S. 395, 399; siehe auch mit eigenen Akzenten *Herbertz* Ingerenz S. 305 ff., 332 ff.

³⁷⁶¹ Siehe auch *Sowada* Jura 2003, 236, 242: Jedenfalls werden so Bestimmtheitsprobleme und ein Ausufern der Garantenstellungen vermieden.

³⁷⁶² *Herbertz* Ingerenz S. 329 f. Wenn man dagegen bezüglich jedes gefahrschaffenden, aber rechtmäßigen Vorverhaltens separat die Folgenverantwortung beurteilt, könnte dies der Rechtssicherheit abträglich sein, vgl. *B. Heinrich*, AT Rn. 961.

³⁷⁶³ „Der entscheidende Vorzug des Kriteriums der Pflichtwidrigkeit ist seine Elastizität“, *Herzberg* Garantenprinzip S. 307.

³⁷⁶⁴ Soweit zu Recht *Otto* AT § 9 Rn. 81; *ders.* JK 87 StGB § 13/13. – Dies korrigiert die h.M. freilich durch den Pflichtwidrigkeits-/ Schutzzweckzusammenhang.

des Strafrechts relevant, insbesondere die Unterscheidung von Fahrlässigkeits- und Vorsatzdelikt, Täterschaft und Teilnahme.³⁷⁶⁵

Die fundamentale Erkenntnis der personalen Unrechtslehre ist, dass der *Vorsatz* des Täters das Geschehen qualitativ abweichend prägt.³⁷⁶⁶ Zwar sind vorsätzliche und fahrlässige Handlung formal gleichermaßen verboten, die vorsätzliche Tatbegehung hat jedoch *materiell* eine abweichende Qualität. Der Täter entscheidet sich für die Rechtsgutsverletzung,³⁷⁶⁷ es handelt sich um eine „Leistung“, indem er das Kausalgeschehen seinem Willen entsprechend steuert.³⁷⁶⁸ Bei der Ingerenz geht es um ein die Begehungstäterschaft ergänzendes Institut, welches gerade dann einschlägig ist, wenn der Täter in der Handlungssituation auf der Grundlage beschränkten Wissens agiert. Die Situation zeichnet sich dadurch aus, dass die Gefahrschaffung und die subjektive Kenntnis und damit Steuerung des Geschehens auseinanderfallen.³⁷⁶⁹ Weshalb wird für die Ingerenz dieses Minus der Vorhandlung (in Form des fehlenden Vorsatzes) im Vergleich zum Begehungsdelikt angenommen, das Erfordernis der Fahrlässigkeit jedoch dann als absolute Grenze eingezogen?³⁷⁷⁰ Weshalb soll von der Kenntnis der Gefahrschaffung abgesehen werden, solange die Erkennbarkeit vorliegt, letztere dann aber für die Ingerenzbegründung unverzichtbar sein? Die *fahrlässige* Ingerenzvorhandlung, aufgrund derer dann ein *vorsätzliches* Begehungsdelikt konstruiert werden soll, weist stets, insbesondere auf subjektiver Seite, ein Defizit auf. Auch die Lösungen, die auf die Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens abstellen, können also nicht darüber hinweghelfen, dass die Vorhandlung ein *materiell* geringeres Handlungsunrecht aufweist als eine sonst gleiche Vorsatztat. Nur, indem man vorsätzliches und fahrlässiges Handeln in der *formalen* Kategorie des Normverstoßes/der Verbotenheit, also Pflichtwidrigkeit nivelliert, erlangt man eine gemeinsame Basis.³⁷⁷¹ Inner-

³⁷⁶⁵ Vgl. dazu *Hassemer* in: Strafen im Rechtsstaat S. 137, 144: Unsere Rechtskultur rechnet nicht nur Ereignisse zu, sondern differenziert zwischen verschiedenen Graden der Verantwortlichkeit. Die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme sorgt für eine genauere Ausdifferenzierung der Verantwortlichkeit und dient der Verhältnismäßigkeit des Strafeinsatzes.

³⁷⁶⁶ Sch/Sch/Eisele Vor § 13 Rn. 54; *Eser/Burkhardt* Strafrecht I 3 A 98 ff.; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 157 ff.; *Hirsch* ZStW 94 (1982) 239, 244; *ders.* FS Lampe S. 515, 519, 521; *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 25; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 43; *Jescheck/Weigend* AT § 24 III 4c; *Kühl* AT § 5 Rn. 4; *Welzel* ZStW 58 (1939) 491 ff.; *ders.* EG Grünhut S. 173, 175; *ders.* Strafrecht S. 33 ff., 64 ff.; sehr prägnant *Jescheck* aaO: „Aus der Eigenschaft der Strafnorm als Bestimmungsnorm folgt, daß der Handlungswille das *Kernstück* der materiellen Rechtswidrigkeit sein muß, denn der dem Normbefehl entgegengesetzte menschliche Wille ist es, der mit seiner Verwirklichung das in der Norm enthaltene Verbot oder Gebot verletzt“.

³⁷⁶⁷ *Roxin/Greco* AT I § 12 Rn. 23.

³⁷⁶⁸ *Hirsch* ZStW 94 (1982) 239, 244; in der Sache schon *Welzel* EG Grünhut S. 173, 175; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 159.

³⁷⁶⁹ Siehe etwa *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 165 ff.; *Otto* FS Maurach S. 91, 102; *ders.* AT § 9 Rn. 81.

³⁷⁷⁰ Warum soll also das vorsätzliche Ingerenzunterlassen nicht weiter reichen als das fahrlässige Begehungsdelikt? – So aber *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 165.

³⁷⁷¹ Vgl. im Allgemeinen Sch/Sch/Eisele Vor § 13 Rn. 54: „Dabei besteht, was die *Rechtswidrigkeit* als Widerspruch zu rechtlichen Verhaltensnormen betrifft, zunächst kein Unterschied zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Tat. Wohl aber ist der *Handlungsunwert* selbst als Träger des Handlungs-*Unrechts* ver-

halb der Vorsatzdelikte zeigt zudem die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme, dass der Gesetzgeber auch bei den bloßen Erfolgsdelikten nicht bloß eine verbotene Handlung verlangt, sondern nach der Begehungsweise differenziert.³⁷⁷² Das Kriterium der *Pflichtwidrigkeit*, also der Missbilligung des Verhaltens, betrifft Täterschaft und Teilnahme gleichermaßen.³⁷⁷³ Sogar an fahrlässige Vorhandlungen, die ihrem objektiven Gewicht nach bloß den Charakter von Teilnehmehandlungen haben, könnte sich nach dem Pflichtwidrigkeitskriterium ein vorsätzlich täterschaftliches Unterlassungsdelikt anschließen. Das einheitliche formale Abstraktionsprodukt der Pflichtwidrigkeit verschleiert das mitunter unterschiedliche Gewicht, das Vorhandlungen durchaus aufweisen können.³⁷⁷⁴ Dies zeigt sich insbesondere hinsichtlich der Ingerenzbegründung nach gemeinschaftlicher Tatbegehung. Will man hier keine Wertungswidersprüche erzeugen,³⁷⁷⁵ muss nach dem objektiven Gewicht des jeweiligen Beitrags differenziert werden.

Nicht unberechtigt ist es auch, wenn den Vertretern des Pflichtwidrigkeitskriteriums die Zufälligkeit ihrer Lösungen vorgeworfen wird: *Schünemann* führt etwa zu dem Beispiel eines Verkehrsunfalles an: Wenn der Fahrer sorgfaltsgemäß gefahren sei und dennoch einen Unfall verursache, könne er nur nach § 323c StGB verpflichtet sein und bei unterlassener Rettung auch bloß nach dieser Vorschrift bestraft werden. Habe er jedoch einen minimalen Fahrfehler begangen, könne er nach §§ 211, 13 StGB verurteilt werden. Der geringfügige Sorgfaltsverstoß beim Vorverhalten mache also aus einem Delikt im Bagatellbereich ein Kapitalverbrechen.³⁷⁷⁶ Letztlich träfe den Täter, der innerorts mit 50 km/h fährt keine Garantstellung, denjenigen, der eine Geschwindigkeit von 51 km/h fährt

schieden, je nachdem, ob der Täter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.“ – Die materiellen Unterschiede zwischen „pflichtwidrig“ fahrlässiger Vorhandlung und „pflichtwidrig“ vorsätzlicher Unterlassung lassen daran zweifeln, dass der maßgebliche Anhaltspunkt für die *strafrechtliche* Gleichstellung der Ingerenz (bloß) im fahrlässigen Handlungsunrecht liegt.

³⁷⁷² *Gallas* ZStW-Sonderheft Athen (1957) 3, 12. – Gerade deshalb überrascht es, dass *Roxin* und *Rudolphi*, die ihren für die Unterlassungsstrafbarkeit maßgeblichen normativen Herrschaftsbegriff gerade in Anlehnung an die *Tatherrschaft* gewinnen, dann für die Voraussetzungen der Garantstellung aus Ingerenz auf das Institut der objektiven Zurechnung verweisen, welches die Unterschiede zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitstat, Täterschaft und Teilnahme verwischt.

³⁷⁷³ *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 59.

³⁷⁷⁴ Dies lässt sich ebenfalls bei Autoren beobachten, welche nicht auf das Pflichtwidrigkeitserfordernis rekurren, sondern etwa auf den (in noch höherem Maße formalen) Begriff der „Zurechnung“: *Herzberg* spricht im Allgemeinen von „Zurechnung“, ob es um unmittelbares täterschaftliches Bewirken oder die Konstellation der „objektiv fahrlässigen Teilnahme“ geht, *Herzberg* Garantprinzip S. 306. Das normative Element der Pflichtwidrigkeit bei letzterer kompensiere (!) was die Garantstellung angeht den Verlust der Unmittelbarkeit im Vergleich.

³⁷⁷⁵ Siehe zur Rechtsprechung oben → Kapitel 2 § 5 A und unten → Kapitel 4 § 2 D V 7 d). Jüngstes Beispiel ist *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 225, der hingegen meint, dass die Anwendung der *allgemeinen* Zurechnungsvoraussetzungen (die auch für Beihilfe und Fahrlässigkeit gelten) hier „restriktiv“ genug seien, um Wertungswidersprüche zu vermeiden.

³⁷⁷⁶ *Schünemann* GA 2016, 301, 306 f.; siehe auch *ders.* GA 1974, 231, 233; *ders.* FS Amelung S. 303, 310 f. Uneinsichtige Ergebnisse mahnt auch *Gössel* an, *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 99 ff.

hingegen schon.³⁷⁷⁷ Das Recht *generalisiert* insoweit bezüglich der Definition von Verhaltensgrenzen, es erscheint jedoch nicht zwingend sinnvoll, für die Begründung der Überwachungsposition aus Ingerenz im *konkreten* Einzelfall an dieser zuvorigen Generalisierung festzuhalten.

3. Ausnahmen vom Pflichtwidrigkeitskriterium

Von den allermeisten Autoren werden zudem Ausnahmen zum Pflichtwidrigkeitskriterium zugelassen, insbesondere hinsichtlich des rechtfertigenden Notstandes sowie der Schaffung von Dauergefahren.³⁷⁷⁸ Im Übrigen werden Fallgruppen aus der Ingerenz herausgenommen und anderweitig begründet. Für die Sicherungspflichten hinsichtlich eröffneter Gefahrenquellen spielt das Pflichtwidrigkeitskriterium keine Rolle.³⁷⁷⁹ In diesen Fällen wird heute eher auf Herrschaftsgesichtspunkte abgestellt, wofür generell keine Pflichtwidrigkeit erforderlich sei.³⁷⁸⁰ Insbesondere die Produkthaftung wird zudem zum Teil als eigene Fallgruppe geführt³⁷⁸¹ oder auf Herrschaftsgesichtspunkte gestützt.³⁷⁸² Selbst Autoren, die sonst auf dem *ex ante* Pflichtwidrigkeitskriterium beharren, meinen hier, der Unternehmer müsse als „Gegenleistung“ für seine Freiheit, Waren zu produzieren, auch für deren Gefahren einstehen.³⁷⁸³ Warum dies jedoch allein für die Produkthaf-

³⁷⁷⁷ Vorausgesetzt, der Pflichtwidrigkeitszusammenhang liegt vor (siehe auch gegen entsprechende Vorwürfe im Rahmen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit *Roxin/Greco* AT I § 24 Rn. 52: Der Erfolg müsse auf dem Verkehrsverstoß beruhen, das heißt dieser müsse wenigstens das Erfolgsrisiko erhöht haben). Wenn man jedoch bedenkt, dass mit jedem Stundenkilometer, den das Auto „zu schnell“ fährt, dessen kinetische Energie exponentiell steigt, lassen sich auch bei einer geringfügigen Geschwindigkeitsüberschreitung die Verletzungen des Opfers in ihrer *konkreten Gestalt* unproblematisch auf die Geschwindigkeitserhöhung zurückführen.

³⁷⁷⁸ Siehe etwa Sch/Sch/Bosch § 13 Rn. 36; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 79; *Krey/Esser* AT Rn. 1152; *Rengier* AT § 50 Rn. 91; mithilfe von „Zurechnungsgesichtspunkten“ *Roxin* AT II § 32 Rn. 186, 189 ff.; konsequent hingegen *B. Heinrich*, AT Rn. 961: „Letztlich müsste man für jeden Rechtfertigungsgrund oder jedes weitere gefahrerschaffende, aber nicht pflichtwidrige Vorverhalten eine eigenständige Beurteilung anlegen. Dies aber widerspricht dem Gedanken der Rechtssicherheit“. Hierzu unten → C II 4, 6.

³⁷⁷⁹ Ausdrücklich etwa *B. Heinrich* AT Rn. 963; *Jescheck/Weigend* AT § 59 IV 4b; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1187. Auch *Gallas*, welcher die Überwachungsgarantenstellungen auf vorangegangenes Tun stützte, sah in der rechtmäßigen Eröffnung eines gefährlichen Betriebs die Ausnahme zu der Beschränkung auf rechtswidrige Vorhandlungen, *Gallas* Bau S. 34.

³⁷⁸⁰ Vgl. auch *Beulke/Bachmann* JuS 1992 737, 740.

³⁷⁸¹ Siehe etwa *Eisele/Heinrich* AT Rn. 632; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 85: Erlaubnis des Vertriebs unter Vorbehalt der Produktwarnung oder des Produktrückrufs; *Kudlich* AT S. 77: „herstellerspezifische Garantenstellung“; *Roxin* AT II § 32 Rn. 210 ff.: Übernahme einer Schutzfunktion; *Schünemann* in: FG BGH IV S. 621, 640 f.: Herrschaft über die Hilflosigkeit; *Stein* SK § 13 Rn. 55: „Gegenleistung“ für Freiheitsgebrauch; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1201: „Das Vorverhalten muss hier nicht pflichtwidrig gewesen sein“;

³⁷⁸² Etwa *Brammsen* GA 1993, 97, 110 ff.; *Gaede* NK § 13 Rn. 48; *Hilgendorf* Produzentenhaftung S. 134, 139, 141 f.; *Kühl* AT § 18 Rn. 110; *Rengier* AT § 50 Rn. 60; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 49; *Weigend* LK § 13 Rn. 46, 53; *Zieschang* AT Rn. 612; *kritisch Stein* SK § 13 Rn. 55.

³⁷⁸³ So *Stein* SK § 13 Rn. 55; siehe auch *Eisele/Heinrich* AT Rn. 630.

tung gelten soll, nicht aber für andere Inanspruchnahme von Freiheit, etwa im Straßenverkehr, bleibt schleierhaft.³⁷⁸⁴ Allein, dass einzelne als strafwürdig empfundene Fallgruppen gesondert beurteilt werden, „erlaubt“ es den Autoren, die Regel bei der Ingerenz eng zu fassen. Zum Teil werden bei gegenständlichen Gefahrenquellen sogar Rettungspflichten bejaht, wenn jene weder sorgfaltswidrig eröffnet oder sorgfaltswidrig nicht gesichert wurden.³⁷⁸⁵ Es ist jedoch, wie oben dargelegt, inkonsequent, die Rechtswidrigkeit des Vorverhaltens im Falle der Ingerenz zu fordern, nicht aber für die Verantwortung für Sachgefahren.³⁷⁸⁶

Die Ausnahmen zeigen deutlich, dass der Grundsatz, rechtswidrige Vorhandlungen könnten eine Garantenstellung begründen, zu weit geht. Praktisch werden andere Kriterien als das der Pflichtwidrigkeit angelegt.³⁷⁸⁷ Wenn man jedoch Ausnahmen zulässt, müsste man angeben, unter welchen Bedingungen die Ausnahme gilt und unter welchen weiterhin die Regel. Hierfür genügt es nicht, zu demonstrieren, dass die Regel zu unplausiblen Ergebnissen führt, vielmehr muss sich die Begründung der Ausnahme selbst auf die Regel beziehen.³⁷⁸⁸ Ansonsten besteht tatsächlich die Gefahr, dass sich mit dem Gedanken der Ingerenz jedes gewünschte Ergebnis „begründen (und nicht begründen) läßt“.³⁷⁸⁹ Zum Teil wird daher ausdrücklich dazu übergegangen, die Garantenstellung aufgrund Ingerenz jenseits der starren Orientierung am Pflichtwidrigkeitskriterium anhand von Fallgruppen zu bestimmen³⁷⁹⁰ oder eine Abwägung von Verantwortungsbereichen vorzunehmen.³⁷⁹¹

³⁷⁸⁴ Siehe schon → Kapitel 3 H II 2 a). Das „Indiz“ zivilrechtlicher Produkthaftung (so *Stein* SK § 13 Rn. 55) kann jedenfalls die *entscheidende* Frage nach der begehungsgleichen Bestrafung nicht beantworten.

³⁷⁸⁵ Etwa *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 45/46; *Gaede* NK § 13 Rn. 49; *B. Heinrich* AT Rn. 965; *Weigend* LK § 13 Rn. 46 einerseits, Rn. 48, 53 andererseits.

³⁷⁸⁶ Es kann insoweit keinen Unterschied bedeuten, ob eine einmalige, flüchtige oder eine dauerhafte, gegenständliche Gefahr geschaffen wurde. → § 1 B I 4 c).

³⁷⁸⁷ Vgl. *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 13; *Herzberg* JZ 1986, 986, 987 f.; *Kühl* AT § 18 Rn. 93 ff.; *Otto* FS Hirsch S. 291, 306; *ders.* FS Gössel S. 99, 104; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 142 f.; *Pawlik* Unrecht S. 182 m. Fn. 185; *Roxin* FS Trechsel S. 551, 566; *Seelmann* GA 1989, 241, 255; offen gelassen von *Rengier* AT § 50 Rn. 91 ff.; zweifelnd auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 184 f. m. Fn. 89; zufällig richtige Ergebnisse; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 33; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 99: Das Rechtswidrigkeitskriterium an sich führe nämlich zu zufälligen und unbefriedigenden Ergebnissen; *Otto* JK 87 StGB § 13/13; *ders.* AT § 9 Rn. 81: aus der Perspektive der h.M. erweise sich das Erfordernis pflichtwidrigen Verhaltens gleichzeitig als zu weit und zu eng; fast wortgleich *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 143. Siehe auch *Herbertz* Ingerenz S. 227, die jedoch selbst kaum überzeugend die Rechtfertigungsgründe aus der Frage nach der Erlaubtheit des Verhaltens ausnimmt.

³⁷⁸⁸ Im Allgemeinen *Puppe* Schule S. 268, 271 f. siehe auch *Rödig* FS Lange S. 39, 47: Das Regel-Ausnahme-Verhältnis als „beschönigende Beschreibung logischer Widersprüche“.

³⁷⁸⁹ So der Vorwurf von *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 311; *Herzberg* Arbeitsschutz S. 248 f.: „Welche Fälle sollen dann aber dem Grundsatz noch enthalten bleiben?“. *Pawlik* schreibt, das Pflichtwidrigkeitskriterium sei höchstens aus „didaktische[n] Rücksicht[en]“ angebracht, genüge jedoch nicht zur Gewinnung eines Begriffs der Ingerenz, *Unrecht* S. 182 m. Fn. 185; ähnlich auch *Rengier* AT § 50 Rn. 70 ff.: „verkürzt der Studierende die Ingerenzgarantenstellung gerne auf die Formel [...]. Vor solchen Vereinfachungen muss [...] gewarnt werden“.

³⁷⁹⁰ Im Ergebnis etwa *Sowada* Jura 2003, 236, 240 ff.; *Tag* HK-GS § 13 Rn. 22; siehe auch *Wesels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1199.

³⁷⁹¹ *Jakobs* AT 29/38 ff.; *Rengier* JuS 1989, 802, 807; *Weigend* LK § 13 Rn. 44 ff.; erwogen auch von *Rengier* AT § 50 Rn. 92.

Damit scheint das Bestimmtheitsproblem jedoch ebenfalls nicht gelöst, sondern eher vertieft zu sein.³⁷⁹² Die Gefahr des Durchgriffs auf das für richtig gehaltene Ergebnis besteht hier erst recht.

IV. Grundgedanken von Fahrlässigkeit und Ingerenzbegründung

Die formale Natur der Pflichtwidrigkeit sowie die Unsicherheiten hinsichtlich der Randbereiche des Kriteriums könnten möglicherweise noch hingenommen werden, wenn der hinter dem Erfordernis stehende Gedanke wenigstens im Grundsatz überzeugte. Da letztlich Kriterien des Fahrlässigkeitsdelikts bzw. des „tatbestandsmäßigen Verhaltens“ sowie der „Erfolgszurechnung“ beim Begehungsdelikt angewendet werden, sollen diese Kriterien im Folgenden näher untersucht werden. Ob eine Handlung als pflichtwidrig zu beurteilen ist, ist eine Wertungs- und Abwägungsfrage, die ganz bestimmten Gesichtspunkten folgt.³⁷⁹³ Problematisch ist, ob diese Wertungen, die dem fahrlässigen Handlungsunrecht zugrunde liegen, *ebenfalls* auf die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz zutreffen.

³⁷⁹² Es erscheint, gerade im Hinblick auf den Gesetzlichkeitsgrundsatz, ein zu hoher Preis zu sein, wenn für eine Lösung „aus einem Guss“, die jegliche Ausnahmen vermeidet, entweder mit Begriffen auf einem zu hohen Abstraktionsniveau („Verantwortungsbereiche“) operiert wird oder aber alles passend gemacht wird, obwohl es nicht passt. Einen derartigen Grundsatz ohne Ausnahmen konstruieren jedenfalls diejenigen Autoren, die (systemwidrig und daher kaum überzeugend) die Rechtfertigungsgründe in die Lehre von der objektiven Zurechnung einbeziehen. Insbesondere *Jäger* Zurechnung S. 21 ff.; *Roxin* FS Trechsel S. 551, 564 ff.; jüngst wieder *Paradissis* und *Herbertz*. Beispielsweise stellt *Herbertz* für die Ingerenzbegründung allein auf das (eigentlich ja vorläufige) Unrechtsindiz ab und deklariert die Rechtfertigungsgründe als Zurechnungsgründe. Damit ist zwar der Widerspruch der herrschenden Ansicht scheinbar aufgehoben, allerdings auf Kosten viel gravierenderer Inkonsequenzen (siehe oben → Kapitel 3 § 2 C VI). Konzeptionell ähnlich ist die Lösung bei *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 297 ff. (die Argumentation lehnt sich dabei – bereits aufgrund dessen beinahe Alleinpräsenz in den Fußnoten – an *Roxin* an), der im Anschluss an die Begrifflichkeiten der allgemeinen Unrechtslehre meint, erforderlich sei zunächst eine unerlaubte Gefahrschaffung als „ratio essendi für die Zugehörigkeit des Vorverhaltens zum Ingerenztypus“, die jedoch nur „ratio cognoscendi für die Folgenverantwortung im konkreten Fall“ sei. Zunächst erscheint hier die Übernahme dieser eigentlich das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit beschreibenden Begriffe nicht völlig passend: Warum sollen die allgemeinen Zurechnungskriterien die Zugehörigkeit zu einem „Ingerenztypus“ begründen, während die wirklich *ingerenzspezifischen* Erwägungen gerade in der *anderen* Stufe der Folgenverantwortung getroffen werden? Mit letzterem Begriff werden letztlich die sonst als Ausnahmen konzipierten Fallgruppen (Notstand, Dauerzustand, Verantwortung Dritter) unter einem Oberbegriff zusammengefasst, was prinzipiell einen positiven systembildenden Effekt hätte. Doch weil die zweite Stufe für *Schrägle* bloß die Ingerenz *einschränkende*, nicht begründende Wirkung haben soll, muss auch er sich auf den Standpunkt stellen, dass das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen, also insbesondere des Notstands, für die unerlaubte (!) Gefahrschaffung und damit die Ingerenzbegründung nicht maßgeblich sei (S. 302 f., hier soll nach „Opferverantwortlichkeit“ differenziert werden). Siehe zur Kritik an dieser Betrachtungsweise unten → C II 2.

³⁷⁹³ Siehe auch *Herzberg* JuS 1996, 377, 380; *Rudolphi* JuS 1969, 549, 552; *Schünemann* JA 1975, 575: „genuine Wertungsfrage“.

1. Das fahrlässige Handlungsunrecht

a) Maßgebliche Perspektive

Die Verwirklichung der Tatbestände des StGB setzt den Verstoß gegen eine Verhaltensnorm voraus.³⁷⁹⁴ In Abgrenzung zur (neo-)klassischen objektiven Unrechtsbegründung, etwa nach *Mezger*, nach dem Unrecht die „Veränderung eines rechtlich gebilligten bzw. Herbeiführung eines rechtlich mißbilligten Zustandes, nicht rechtlich mißbilligte Veränderung eines Zustandes“³⁷⁹⁵ war, rückte *Welzel* die „Normwidrigkeit“ der Handlung in den Vordergrund. Durch eine Handlung werde nicht nur ein der Rechtsordnung widersprechender Zustand geschaffen, vielmehr widerspreche die Determination des Geschehens durch den Täter den Sollensanforderungen des Rechts, den Erwartungen an den Betroffenen als *determinativen Faktor*.³⁷⁹⁶ Die Rechtsordnung kann seiner Aufgabe, das gemeinsame Leben zu regeln, nicht anders nachkommen, als durch die „verbotende oder gebietende Beanspruchung der Verhaltensweisen“³⁷⁹⁷ der Normunterworfenen. Die Normen haben damit die präventive, „zukunftsorientierte“³⁷⁹⁸ Funktion, das Verhalten der

³⁷⁹⁴ Vgl. nur *Engisch* FS DJT Bd. 1 S. 401, 414; *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 175; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 158: Die Norm setzt einerseits den Wertmaßstab, wann sich eine Person sachlich „richtig“ oder „falsch“ verhält und bestimmt diese zu dem „richtigen“ Verhalten; *Murmann* FS Herzberg S. 123.

³⁷⁹⁵ *Mezger* GS 89 (1924) 207, 245 f. Er unterschied insofern zwischen den Voraussetzungen der Norm als objektives Ordnungsinstrument und dem Imperativ als „Normverwirklichungsmittel“. Grundfehler der Imperativentheorie sei es, dass man sich das Unrecht nicht ohne ein unrecht handelndes Subjekt vorstellen könne. Heute ist wohl anerkannt, dass die Unrechtslehre *Mezgers* insofern zu einseitig war, als sie *allein* „die Zwecksetzung, die Interessenrichtung“ (*Mezger* aaO S. 250) des Unrecht Leidenden als Maßstab des Unrechts anerkannte und die Zwecksetzung des Handelnden ausblendete (wenngleich *Mezger* „paradoxe Weise“ (*Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 507) im folgenden Kapitel durch die Anerkennung subjektiver Unrechtsmerkmale der personalen Unrechtslehre den Weg ebnete, S. 259 ff.); **kritisch** grundlegend *Welzel* aaO S. 506 ff. – Gleichzeitig hat jedoch spiegelbildlich die personale Unrechtslehre bei manchen Autoren zu einer Verabsolutierung der Bestimmungsnorm geführt, indem die Interessen der Unrecht Leidenden bloß als Motiv der Verhaltensnorm berücksichtigt wurden, vgl. dazu kritisch z.B. *Schünemann* in: Grundfragen S. 1, 62, sowie unten → B II 1. Die Bestimmung des Verhaltensunrechts aus der *objektiven* Perspektive *ex ante* nach der h.M. stellt insoweit einen Kompromiss zwischen der Bestimmungs- und Bewertungsfunktion der Norm dar, vgl. etwa *Hirsch* ZStW 94 (1982) 239, 271: „Der Unrechtsbegriff dient dazu, Verhalten der Rechtsgenossen zueinander zu regeln und zu bewerten“.

³⁷⁹⁶ *Welzel* Naturalismus S. 84 f.; *ders.* Strafrecht S. 30 ff.; außerdem *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 156 ff.; *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 105 ff.; *ders.* Dogmatik S. 3, 19; *ders.* FS Welzel S. 393, 395 ff.; *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 25; *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 70; *Stratenwerth* SchwZStr 79 (1963) 233, 245; *Struensee* JZ 1987, 53, 54; siehe auch *Köhler* Fahrlässigkeit S. 331: Zwecksetzung und -verwirklichung des handelnden Subjekts.

³⁷⁹⁷ *Engisch* Gerechtigkeit S. 29; siehe auch *ders.* FS DJT Bd. 1 S. 401, 414.

³⁷⁹⁸ *Kuhlen* in: Recht und Moral S. 341, 344.

Normunterworfenen zu bestimmen,³⁷⁹⁹ nicht hingegen diese für zufällig eintretende Erfolge haften zu lassen.³⁸⁰⁰ Die Strategie ist es, das menschliche Verhalten möglichst eindeutig und effektiv zu steuern, um so Rechtsgüter zu schützen, während gleichzeitig die Freiheit der Bürger nicht stärker als notwendig eingeschränkt wird.³⁸⁰¹ Die Normen müssen so beschaffen sein, dass sie in der Entscheidungssituation, dem Zeitpunkt des Handlungsvollzugs, als *Richtschnur* dienen und den Adressaten zu der in Frage stehenden Verhaltensweise motivieren.³⁸⁰² Der Normunterworfenen muss, damit das Rechtsgutsschutzkonzept funktionieren kann, prinzipiell die Möglichkeit haben, sich normgemäß zu verhalten, also die Grenzen seiner Freiheitssphäre im Zeitpunkt des Handelns zu erkennen und sein Verhalten danach auszurichten.³⁸⁰³ Die Bestimmungsfunktion der Verhaltensnormen spricht also dafür, deren Inhalt vom *ex-ante-Standpunkt* zum Zeitpunkt des tatbestandsmäßigen Verhaltens zu bestimmen.³⁸⁰⁴ Dies schon gleichzeitig die Freiheit der Normunterworfenen, die nicht sämtliches Verhalten vermeiden müssen, welches irgendwie schädlich sein könnte.

Das Verbot der Handlung in diesem Zeitpunkt kann sinnvollerweise nicht von nachträglichen Erkenntnissen, insbesondere von dem *späteren* Erfolgseintritt, abhängen. Die *ex post* Betrachtung³⁸⁰⁵ böte dem Normadressaten in seiner konkreten Entscheidungssitua-

³⁷⁹⁹ Vgl. etwa *Ebert/Kühl*, Jura 1979, 561, 569; *Freund* GA 1991, 387, 389 ff.; *ders./Rostalski* GA 2020, 617, 618 f.; *Frisch* Vorsatz S. 76 ff.; *ders.* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 70 ff. *et passim*; *Gallas* Studien S. 62; *ders.* FS Bockelmann S. 155, 156 ff.; *Kudlich* in: Gefahr S. 113, 122; *Kuhlen* NSTZ 1990, 566, 568; *ders.* in: Recht und Moral S. 341, 344; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 39 Rn. 1 ff.; *Mir Puig* FS Jescheck S. 337, 338 ff., die präventive Strategie strafrechtlicher Normen entspricht einem rechtsstaatlichen Strafrecht S. 342; *Münzberg* Verhalten S. 11 ff., 49 ff., 109; *Samson* FS Grünwald S. 585, 597; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 68; *Wolter* Straftatsystem S. 29 ff.

³⁸⁰⁰ *Kudlich* in: Gefahr S. 113, 122.

³⁸⁰¹ *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 70 ff.; *Rudolphi* GS Arm. Kaufmann S. 371, 383; *ders.* JR 1991, 237, 238; vgl. auch *Kudlich* in: Gefahr S. 113, 122.

³⁸⁰² Vgl. *Engisch* Kausalität S. 55; *ders.* FS DJT Bd. 1 S. 401, 419; *Freund* Erfolgsdelikt S. 56, 59; *Gallas* Studien S. 62, 65; *Hirsch* ZStW 94 (1982) 239, 270; *Arm. Kaufmann* Normen S. 139 ff.; *Kuhlen* NSTZ 1990, 566, 568; *Lenckner* FS Engisch S. 490, 493; *Maihofer* ZStW 70 (1958) 159, 172 f.; *Mir Puig* FS Jescheck S. 337, 338 f., 342, 343: Das Verbot muss „in dem Augenblick wirksam sein“; *Rudolphi* in: Grundfragen S. 69, 75 ff.; *Schünemann* JA 1975, 435, 438; *Stratenwerth* SchwZStr 79 (1963) 233, 246; *Zippelius* NJW 1957, 1707.

³⁸⁰³ Vgl. *Frisch* Vorsatz und Risiko S. 76 ff.; 124 ff.; *ders.* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 71 f.; 96 ff.; *Rudolphi* in: Grundfragen S. 69, 75 f.; siehe auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 57: Eine Norm, die nicht befolgt werden kann und damit funktionslos ist, kann nicht legitimiert werden.

³⁸⁰⁴ Statt aller *Engisch* FS DJT Bd. 1 S. 401, 419; *Frisch* Vorsatz S. 74 ff., 503; *Rudolphi* in: Grundfragen S. 69, 75 ff.

³⁸⁰⁵ So aber *Kindhäuser* Gefährdung S. 53, 83; *Vogel* Norm und Pflicht S. 23, 49 ff. *Kindhäuser* und *Vogel* nehmen jedoch letztlich auf der Stufe der Pflichtwidrigkeit ähnliche Erwägungen vor wie die h.M. Auch die oft zitierte These *Bindings*, dass die Normen die Verursachung von Erfolgen verbieten (Normen I S. 123) ist vor dem Hintergrund zu betrachten, dass für *Binding*, wie oben bereits skizziert nicht jede *conditio sine qua non* kausal ist, sondern nur eine Ursache, die das Gleichgewicht der Bedingungen so verändert, dass die zum Erfolg hinwirkenden Übergewicht erlangen. Darauf weist zutreffend *Engisch* FS DJT Bd. 1 S. 401, 416 hin. Überdies bezog *Binding* die Vermeidbarkeit in den Norminhalt ein, *Binding* Normen IV S. 341; siehe dazu *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 39 Rn. 4 m. Fn. 18.

tion keinerlei Handlungsleitfaden, keine Verhaltensrichtlinie, die im Sinne der Handlungsfreiheit für den Normadressaten die Handlungsspielräume erkennbar absteckt, da sich aus der *ex post* Perspektive die Situation regelmäßig völlig anders darstellt. Der Adressat einer Norm kann sich genauso wenig auf das Glück verlassen, dass bei einer gefährlichen Handlung der Erfolg ausbleibt, wie er ungefährliche Handlungen unterlassen kann, nur weil sich zufällig an diese ein Erfolg anknüpfen kann.³⁸⁰⁶ Dies könnte dazu führen, dass Personen, um keine Erfolge zu verursachen und damit verboten zu handeln, Übervorsicht walten ließen und soziale Interaktion vermieden. Es wäre daher im Hinblick auf das Ziel der gleichzeitig effektiven und freiheitsschonenden Verhaltenssteuerung nicht sinnvoll, die Verursachung eines Erfolgs zu verbieten.³⁸⁰⁷

Die Bestimmung der Verhaltensnormen aus der Perspektive *ex ante* entspricht der ganz herrschenden Ansicht im strafrechtlichen Schrifttum.³⁸⁰⁸ Treffend fasst *Frisch* diesen

³⁸⁰⁶ *Kudlich* in: Gefahr S. 113, 122; *Wolter* Straftatsystem S. 30: Auf den Nichteintritt von aus der Handlungsperspektive völlig zufälliger Geschehensabläufe muss der Handelnde Vertrauen dürfen.

³⁸⁰⁷ **Kritisch** zu Verursachungsverböten daher statt vieler *Bockelmann/Volk* AT § 9 III; v. *Caemmerer* FS DJT Bd. 2 S. 49, 127 f.; *Ebert/Kühl*, Jura 1979, 561, 569; *Erb* Alternativverhalten S. 163; *Freund* Erfolgsdelikt S. 10; *ders.* MK Vor § 13 Rn. 180; *ders./Rostalski* GA 2020, 617, 618; *Frisch* Vorsatz und Risiko S. 81 f.; *ders.* in: Straftat, Strafzumessung S. 133, 175; *Greco* ZStW 117 (2005) 519, 530; *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964, 41, 47; *ders.* FS Welzel S. 393, 395 ff.; *Kudlich* in: Gefahr S. 113, 122; *Küper* FS Lackner S. 247, 264; *Lenckner* FS Engisch S. 490, 493; *Mir Puig* FS Jescheck S. 337, 338, 343 f.; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 330; *Renzikowski* Täterbegriff S. 255 ff.; *Rudolphi* FS Lackner S. 863, 866; *Samson* FS Grünwald S. 585, 597; *Stein* FS Küper S. 607, 617; *Stratenwerth* SchwZStR 79 (1963) 233, 245 f.; *ders.* FS Schaffstein S. 177, 182; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 60 m. Fn. 40, S. 90, 100; *Zippelius* NJW 1957, 1707.

³⁸⁰⁸ Siehe bereits *M. L. Müller* Kausalzusammenhang S. 22 ff., 29 ff., 34 ff.; sowie *Brammsen* GA 1993, 97, 108; *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 39; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 10 Rn. 70; *Engisch* FS DJT. I S. 401, 419; *ders.* Gerechtigkeit S. 240; *Erb* Alternativverhalten S. 172; *Freund* Erfolgsdelikt S. 10, 56 f., 59 *et passim*; *ders.* GA 1991, 387, 389 ff.; *ders.* FS Maiwald S. 211, 212; *ders.* MK § 13 Rn. 127; *Frisch* Vorsatz S. 76 ff., 124 ff.; *ders.* GA 2003, 719, 734 m. Fn. 73; *ders.* in: Straftat, Strafprozess S. 135, 169 ff.; *ders.* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 71 ff.; *ders.* GA 2019, 185, 197; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 165 m. Fn. 27; *Goeckenjan* Revision S. 230; *B. Heinrich* AT Rn. 1028; *Kudlich* in: Gefahr S. 113, 122; *Kuhlen* GA 1990, 477, 480; *ders.* in: Recht und Moral S. 341, 345; *Küper* FS Lackner S. 247, 264; *ders.* GA 1987, 479, 504; *Krey/Esser* AT Rn. 1343 ff.; *Jäger* AT Rn. 374; *Jakobs* AT 7/47; *Jescheck/Weigend* AT § 28 IV; *Arm. Kaufmann* FS Welzel S. 393, 395 ff.; *Kuhlen* JZ 1994, 1142, 1145; *ders.* in: Recht und Moral S. 341, 348; *Lenckner* FS Engisch S. 490, 493; *Maihofer* ZStW 70 (1958) 159, 172 f.; *Mikus* Verhaltensnorm S. 30 ff.; *Mir Puig* FS Jescheck S. 337, 338; *Münzberg* Verhalten S. 64 ff., 148 ff., 182 ff., 256; *Murmann* GK § 8 Rn. 6; *Ostendorf* JuS 1982, 426, 429; *Rengier* AT § 13 Rn. 54; *Matt/Renzikowski* Vor § 13 Rn. 12; *ders.* Täterbegriff S. 247; *ders.* GA 2007, 561, 564 m. Fn. 16; *Roxin* FS Maiwald S. 711, 726; *ders.* /*Greco* AT § 11 Rn. 56 f.; *Rudolphi* GS Schröder S. 73, 81; *ders.* in: Grundfragen S. 69, 76; *ders.* FS Lackner S. 863, 866; *ders.* JR 1991, 237, 238; *ders.* GS Arm. Kaufmann S. 371, 377 ff.; *A. Schneider* Verhaltensnorm S. 41; *Schünemann* FS Schaffstein S. 159, 165 ff.; *ders.* JA 1975, 435, 438; *Stein* Beteiligungsformenlehre S. 68; *ders.* FS Küper S. 607, 617; *ders.* SK Vor § 13 Rn. 27 ff.; § 13 Rn. 3; *Stratenwerth* SchwZStR 79 (1963) 233, 245 f.; *ders.* FS Gallas S. 227, 230 m. Fn. 15; *Welzel* Fahrlässigkeit S. 22 f.; *Wolter* GA 1977, 257; *ders.* Straftatsystem S. 29 ff., 52, 82 ff., 136 f.; *ders.* in: Grundfragen S. 103, 105; *Zielinski* Unrechtsbegriff S. 137; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 90; *ders.* FS Wolter S. 557, 564; *ders.* AT Rn. 430, 632; siehe im Ergebnis auch *Kindhäuser* Gefährdung S. 59; *ders.* GA 1994, 197, 218, jedoch nicht für die Norm, sondern nur die Bindung an diese, die „Pflicht“; *ders.* GA 2007, 447, 452.

Standpunkt zusammen: „Verhaltensnormen können aber nun, das zählt zu den elementaren Vorgegebenheiten des Rechts, nur an die Daten anknüpfen, die im Zeitpunkt (vor) der Handlung den Normadressaten überhaupt zugänglich sind“.³⁸⁰⁹ Hierfür sprechen neben dem Zweck effektiver Verhaltenssteuerung auch Gerechtigkeitserwägungen: Es wäre unfair, die Verletzung einer Norm zu tadeln, die in der Handlungssituation keine Entscheidungshilfe bietet.³⁸¹⁰ Verhaltensnormen können also im Ergebnis ihre Bestimmungsfunktion ebenso wie die auf sie gestützte Verhaltenskritik nur dann erfüllen, wenn sie auf die jeweilige Entscheidungssituation bezogen sind.³⁸¹¹

b) Voraussetzungen des Fahrlässigkeitsdelikts

Es besteht also weitestgehender Konsens, dass hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit die Perspektive *ex ante* angelegt werden muss – alles Weitere ist (jedenfalls in der Begründung) umstritten. Hinsichtlich der Merkmale des Fahrlässigkeitsdelikts *im Einzelnen* herrscht in der Strafrechtswissenschaft keine Einigkeit,³⁸¹² „der Streitstand ist verwirrend“.³⁸¹³ Betont werden muss für den hier interessierenden Kontext, dass nicht alle Nuancierungen der Fahrlässigkeitsdogmatik Berücksichtigung finden können,³⁸¹⁴ es mithin allein darauf ankommt, die Grundstrukturen des für die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz herangezogenen Sorgfaltswidrigkeitsbegriffs zu skizzieren.

Die wohl herrschende Ansicht trennt insoweit zwischen dem „intellektuellen“ Aspekt der Gefährlichkeit sowie dem „normativen“ Aspekt der Sorgfaltswidrigkeit des Verhaltens.³⁸¹⁵ Für den „intellektuellen Aspekt“ der Gefährlichkeit ist zunächst erforderlich, dass aus der Sicht *ex ante* eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts vorlag.³⁸¹⁶

³⁸⁰⁹ Frisch in: Straftat, Strafzumessung S. 133, 175, S. 197: Aus normentheoretischer Sicht ist nur ein *ex ante* Urteil sinnvoll; zustimmend auch Zieschang Gefährdungsdelikte S. 61 m. Fn. 40.

³⁸¹⁰ Treffend Kuhlen in: Recht und Moral S. 341, 344; siehe auch S. 345; sonst läge eine ungerechtfertigte Erfolgshaftung vor. Siehe auch Roxin ZStW 74 (1962) 515, 529: „Wenn die Tatbestände dem einzelnen sagen sollen, was er tun darf und lassen muß, dann ist es widersprüchlich, ein Verhalten, das den Sorgfaltsanforderungen gerecht wird, trotzdem als normwidrig zu betrachten“.

³⁸¹¹ Kuhlen in: Recht und Moral S. 341, 344; siehe auch Engisch Gerechtigkeit S. 240.

³⁸¹² Vgl. Herzberg JuS 1996, 377, 379; ferner Struensee JZ 1987, 53, 55 m.w.N.: unbestimmte Verbotsmaterie.

³⁸¹³ Frisch in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 171.

³⁸¹⁴ Zutreffend weist Herzberg darauf hin, dass regelmäßig „die Differenzen rein terminologisch sind“, und betont zu Recht, dass die sachliche Entscheidung konkreter Fälle nicht von den Begrifflichkeiten abhängen darf, Herzberg JuS 1996, 377, 379; ders. GA 2016, 737, 754.

³⁸¹⁵ Bzw. nach abweichender Terminologie „Erkennbarkeit“, „Adäquanz“, „Risikoschaffung“ und „Missbilligung“, „erlaubtes Risiko“, etc., vgl. mit Unterschieden im Einzelnen etwa Burgstaller Fahrlässigkeitsdelikt S. 39 ff.; Frisch in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 196; Greco ZStW 117 (2005) 519, 548 f.; Hirsch FS Lampe S. 515, 522 f.; Maihofer ZStW 70 (1958) 159, 185 ff.; Roxin/Greco AT § 11 Rn. 55 ff., 65 ff.; Stein SK Vor § 13 Rn. 15; Welzel Fahrlässigkeit S. 16 f.; siehe auch

³⁸¹⁶ Bereits M. L. Müller wies darauf hin, dass die Adäquanztheorie insoweit keine Kausaltheorie sei, sondern eine solche der objektiven Rechtsnormwidrigkeit des Verhaltens, M. L. Müller Kausalzusammenhang S. 22 ff., 29 ff.; zustimmend auch Engisch Kausalität S. 52 f.; ders. Untersuchungen S. 13. Insoweit geht das Merkmal der Adäquanz in der Sorgfaltswidrigkeit auf. Vgl. weiterhin zum Gefährlichkeitserfordernis Berendt GA 1993, 67, 75; Burgstaller Fahrlässigkeitsdelikt S. 36, 38, 44; Dencker NSTZ 1983, 398; Ebert/Kühl, Jura 1979, 561, 569; Freund Erfolgsdelikt S. 36; Frisch Vorsatz und Risiko S. 76 f., 81 f.,

Denn ein Verhalten, bei dem ein Schaden für Rechtsgüter aus der Sicht *ex ante* nach aller Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen ist, kann legitimerweise nicht verboten sein.³⁸¹⁷ Es geht für die Erkennbarkeit um das Urteil eines „gewissenhaften und besonnenen Menschen“ des Verkehrskreises, dem der Handelnde angehört. Dabei darf die Voraussehbarkeit nicht „im strengsten Sinne“ verstanden werden, da sich dann objektiv fast jeder Schadenseintritt vorhersehen ließe.³⁸¹⁸ Erforderlich ist jedenfalls die über die theoretische Vorstellbarkeit hinausgehende ernstzunehmende Möglichkeit, sodass völlig absurde Geschehensabläufe ausscheiden.³⁸¹⁹ Die Ausführungen zeigen, dass bereits die Feststellung der Gefährlichkeit nicht im eigentlichen Sinne rein intellektuell prognostisch erfolgt, sondern einer Wertung bedarf.³⁸²⁰ Die normative Frage bei der Feststellung der Gefährlichkeit betrifft *jenseits* der vielfältigen Interessenskollisionen zunächst die Frage, welche Art von Umständen in die Basis des Gefahrurteils eingehen müssen. Dies geschieht bereits im Hinblick auf die Struktur und Funktion der Verhaltensnorm.³⁸²¹

Die Fahrlässigkeit darf allerdings nicht *allein* mit der konkreten Gefährlichkeit eines Verhaltens identifiziert werden.³⁸²² Auch die riskante Handlung ist gemäß Art. 2 I GG nicht

118 f.; *ders.* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 23, 33 ff., 70 ff.; *ders.* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 169; *Gallas* FS Heintz S. 171, 178; *Greco* ZStW 117 (2005) 519, 538, 554; *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 13; *Hirsch* FS Arth. Kaufmann S. 545, 548 ff.; *ders.* FS Roxin (2001) S. 711, 718; *ders.* FS Tiedemann S. 145, 148; *Jescheck/Weigend* AT § § 54 I 4, 55 I 2 b; *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964, 41, 48 ff.; *Kudlich* in: Gefahr S. 113, 122; *Kuhlen* in: Recht und Moral S. 341, 347; *ders.* Produkthaftung S. 94; *ders.* JZ 1994, 1142, 1146; *Murmann* GK § 8 Rn. 6; *Roxin* FS Maiwald S. 711, 726; *ders./Greco* AT § 11 Rn. 56 f.; *Rudolphi* JuS 1969, 569, 552; *ders.* GS Schröder S. 73, 81; *ders.* FS Lackner S. 863, 866; *ders.* GS Arm. Kaufmann S. 371, 378; *H. Schumann* Handlungsunrecht S. 6; *Schünemann* JA 1975, 435, 438, 441; *Stein* SK Vor § 13 Rn. 15, § 13 Rn. 3; *Stratenwerth* FS Gallas S. 227, 238; *ders.* FS Eb. Schmidt S. 383, 384 ff.; *ders./Kuhlen* AT § 8 Rn. 22, § 15 Rn. 17; *Welzel* Fahrlässigkeit S. 16 ff.; *Wolter* Straftatsystem S. 25, 30, 33, 47; *ders.* in: Bausteine S. 3, 33; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 62 ff.; siehe auch für die Ingerenz *Brammsen* GA 1993, 97, 108 m. Fn. 47; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 164: Gefahr als „Prädikat der Vorhandlung“.

³⁸¹⁷ Vgl. auch *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 39 f.; *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 175; *Lenckner* FS Engisch S. 490, 498; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 63 f.; siehe zur Pflichtwidrigkeit in der Ledersprayentscheidung auch *Weißer* Kollegialentscheidungen S. 38.

³⁸¹⁸ *Frisch* Vorsatz S. 141; *Herzberg* Arbeitsschutz S. 164; *Kuhlen* Produkthaftung S. 93.

³⁸¹⁹ *Kuhlen* in: Recht und Moral S. 341, 347 f.

³⁸²⁰ Vgl. bereits *Engisch* Kausalität S. 53 ff.; *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964, 41, 48 f.

³⁸²¹ *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 196; siehe auch *Greco* ZStW 117 (2005) 519, 548 f.: Das Urteil über die Gefährlichkeit bewertet unmittelbar Tatsachen, während die Wertung über das Unerlaubtsein der Gefahr die erste Wertung, es gebe eine Gefahr, bewertet. – Besonders deutlich wird die normative Prägung der Gefährlichkeit bei der älteren Lehre, die von einer „Vorprüfungspflicht“ spricht, *Binding* Normen IV S. 499 ff., 530 f.; *Engisch* Untersuchungen S. 271; aus der neueren Lehre etwa *Jescheck/Weigend* AT § 55 I 2: Pflicht, Gefahren zu erkennen. – *Hirsch* spricht hingegen von der Gefährlichkeit eines Verhaltens als ein „rein faktisches Phänomen“ (FS Tiedemann S. 145, 159 m. Fn. 39). Dem ist nur insoweit beizupflichten, als sich das Normative bei der Gefährlichkeit auf die Festsetzung eines maßgeblichen Ausschnitts aus der Wirklichkeit beschränkt, während bei der Sorgfaltswidrigkeit dieser Wirklichkeitsausschnitt erneut bewertet wird.

³⁸²² Statt vieler *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 39 f., 44: Man bliebe „auf halbem Wege stehen“; *Kuhlen* Produkthaftung S. 94; *Welzel* Fahrlässigkeit S. 16 f.; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 63; **and**ers jedoch *Horn* Gefährdungsdelikte S. 12 ff.; *Schroeder* JZ 1989, 776, 780; weitere Nachweise bei *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 62 m. Fn. 43.

generell verboten, sondern grundsätzlich unverboden.³⁸²³ Im alltäglichen Leben gibt es zahlreiche Beispiele gefährlicher Verrichtungen, welche zwar eine gewisse Schadenswahrscheinlichkeit bergen, jedoch bei Einhaltung aller Sicherheitsstandards zulässig sind.³⁸²⁴ Zu denken ist hier etwa an den Betrieb von Industriegroßanlagen³⁸²⁵ sowie von Kraftfahrzeugen.³⁸²⁶ Die allein auf dem Gedanken des Rechtsgüterschutzes beruhende Bewertung der Handlung als gefährlich vermag legitime Gegeninteressen des Handelnden nicht abzubilden.³⁸²⁷ Daher verlangt die heute ganz herrschende Ansicht, dass das tatbestandsmäßige Verhalten des Fahrlässigkeitsdelikts objektiv sorgfaltswidrig sein muss.³⁸²⁸ Die Wertung der Sorgfaltswidrigkeit baut auf dem Gefährlichkeitsurteil auf und schränkt dieses ein: Unter allen vorhersehbaren Risiken sollen diejenigen unverboden sein, die das normativ festzulegende Maß nicht überschreiten.³⁸²⁹ Während die konkrete Gefährlichkeit des Verhaltens eine Prognose darstellt, bestimmt sich die Fahrlässigkeit vom *Sollen* her.³⁸³⁰ In diesen umfassenderen Abwägungsprozess gehen nicht nur die Gefahren für potentielle Opfer, sondern auch die berechtigten Interessen des Handelnden ein.³⁸³¹

³⁸²³ Eschelbach in: Gefahr S. 145.

³⁸²⁴ Vgl. Engisch Untersuchungen S. 286; Welzel Fahrlässigkeit S. 17: Ansonsten müsste beinahe jede Handlung im sozialen Raum verboten werden. Ein sorgfaltswidriges Verhalten ist hingegen verboten, „gleichgültig, ob zufällig die Außerachtlassung der Sorgfalt die Folge nach sich zieht, zu deren Vermeidung sie geboten ist“, Engisch aaO S. 341; Welzel aaO S. 21.

³⁸²⁵ Zieschang Gefährdungsdelikte S. 63; siehe auch Frisch JuS 2011, 116, 118.

³⁸²⁶ Vgl. etwa Burgstaller Fahrlässigkeitsdelikt S. 40; Engisch Untersuchungen S. 286.

³⁸²⁷ Vgl. Greco ZStW 117 (2005) 519, 548 f.; siehe schon Arm. Kaufmann ZfRV 1964, 41, 49: Es ist nicht möglich, diese axiologischen Erwägungen „bruchlos in intellektuelle Tatsachenprognosen zu transferieren“.

³⁸²⁸ Grundlegend Engisch Untersuchungen S. 227 f.; 283 ff., 344; ders. Kausalität S. 53 f. Für das Fahrlässigkeitsdelikt außerdem Burgstaller Fahrlässigkeitsdelikt S. 44, 207; Sch/Sch/Eisele Vor § 13 Rn. 52/53; Gropp/Sinn AT § 12 Rn. 20, 28 ff.; Hirsch ZStW 74 (1962) 78, 133; ders. FS Lampe S. 515, 522 f.; ders. in: Probleme II S. 53, 63 sowie dort Fn. 38; Jescheck/Weigend AT § 54 I 4, § 55 I; Heinrich AT Rn. 987, 1010, 1027 ff.; Arm. Kaufmann FS Welzel S. 393, 408 ff.; ders. ZfRV 1964, 41, 45 ff.; Krey ZStW 90 (1978) 173, 206 f.; ders./Esser AT Rn. 1350; Lenckner FS Engisch S. 490, 493; Rengier AT § 52 Rn. 14 ff.; Rudolphi FS Maurach S. 51, 63; Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Schuster § 15 Rn. 121 ff.; Welzel Strafrecht S. 131 ff.; Zieschang Gefährdungsdelikte S. 63; für die Sorgfaltswidrigkeit als Voraussetzung jeder Straftat etwa Frisch Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 33 ff., 70 ff.; ders. in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 169 ff., 197; Herzberg JuS 1996, 377, 379 ff.; Kuhlen in: Recht und Moral S. 341, 347; Murmann FS Herzberg S. 123 f.; Puppe NK Vor § 13 Rn. 154; auf die individuelle Sorgfaltswidrigkeit abstellend Stratenwerth/Kuhlen AT § 13 Rn. 11 ff., 15; gegen das Merkmal der Sorgfaltswidrigkeit Schroeder JZ 1989, 776 ff., der die Fahrlässigkeit bloß als „Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung“ konzipiert und das normative Element der Sorgfaltswidrigkeit verwirft. Auch Schroeder erkennt eine Fallgruppe des „erlaubten Risikos“ an, bei der aufgrund der „bloß generellen Erkennbarkeit“ keine Fahrlässigkeit vorliege, S. 780; hiergegen zu Recht Kühl AT § 17 Rn. 14 ff.; Jescheck/Weigend AT § 54 I 4 m. Fn. 17.

³⁸²⁹ Hirsch FS Lampe S. 515, 522 f.; Zieschang Gefährdungsdelikte S. 63.

³⁸³⁰ Zieschang Gefährdungsdelikte S. 63; ebenso Hirsch FS Tiedemann S. 145, 159 m. Fn. 39; Lenckner FS Engisch S. 490, 499; sowie bereits Engisch Untersuchungen S. 286.

³⁸³¹ Murmann FS Herzberg S. 123, 134; siehe auch Kuhlen Produkthaftung S. 94.

Über die Voraussetzungen der objektiven Sorgfaltswidrigkeit lässt sich wenig Allgemeines sagen.³⁸³² Grundsätzlich ist die Grenze zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten vom Gesetzgeber zu ziehen.³⁸³³ In manchen Bereichen gibt es als Leitlinien gewisse rechtliche (z.B. die StVO) oder technische Standards (z.B. DIN-Normen), welche als normative Maßstäbe für die Sorgfaltspflicht dienen.³⁸³⁴ Diese Sorgfaltsstandards sind jedoch regelmäßig unbestimmt und unvollständig, eine gesetzliche Fixierung ist weitestgehend zu vermissen.³⁸³⁵ Aufgrund der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte, könnte allerdings auch nicht jede Konstellation abschließend formell-gesetzlich völlig allgemein geregelt werden, es wäre illusorisch, einen abgeschlossenen Katalog an Sorgfaltspflichten aufstellen zu wollen,³⁸³⁶ vielmehr kommt es stets auf den Kontext der konkreten Situation an.³⁸³⁷ Manche ziehen zur Bestimmung der objektiven Sorgfaltswidrigkeit eine „besonnene“, „gewissenhafte“ Maßstabsperson heran.³⁸³⁸ Der Handlungsvollzug werde in Beziehung gesetzt zu einem „leitbildhaften Sozialverhalten, das an der Vermeidung sozial

³⁸³² *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 44: Aufgabe der Rechtsprechung im Einzelfall.

³⁸³³ *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 55.

³⁸³⁴ Vgl. *Gropp/Sinn* AT § 12 Rn. 29 ff.; *Heinrich* AT Rn. 1030 ff.; *Krey/Esser* AT Rn. 1150; *Kuhlen* Produkthaftung S. 114 ff.; *Murmann* GK § 23 Rn. 46 ff.; *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 155; *Rengier* AT § 52 Rn. 16; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 55; *Zieschang* AT Rn. 431; siehe auch *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 45 ff., 50 ff. Zu technischen Normen insbesondere *Lenckner* FS Engisch S. 490 ff.

³⁸³⁵ *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964, 41, 54; *Weigend* FS Gössel S. 129, 132: So ist die StVO „als einigermaßen vollständige und systematische, (indirekt) demokratische legitimierte Auflistung verhaltensrelevanter Regeln“ die Ausnahme, während es in den meisten Bereichen bestenfalls technische Normen, „Verhaltensgewohnheiten obskuren Ursprungs“ oder den inhaltsleeren Maßstab einer sorgfältigen Maßstabsperson gibt.

³⁸³⁶ Dahingehende Forderungen wären „vergebliche Liebesmühe“, vgl. *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 155.

³⁸³⁷ *Heinrich* AT Rn. 1029; *Maihofer* FS Rittler S. 141, 150; *Murmann* GK § 23 Rn. 49; *Arm. Kaufmann* FS Welzel S. 393, 409: „Ersatz der Gesetzgebung und Auslegung“; *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 155 f.; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 55 f.; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 15 Rn. 21: letztlich durch die Umstände des Einzelfalls bestimmt. – Jedenfalls für atypische Fallkonstellationen erscheint es sogar teleologisch geboten, den Sorgfaltsmaßstab nicht abschließend zu regeln (siehe auch *Kuhlen* Produkthaftung S. 117). So schließt die Beachtung der Spezialvorschriften nicht stets den Vorwurf der Fahrlässigkeit aus (kein „Ausruhen“ auf den Gefährdungserlaubnissen, vgl. etwa *Duttge* FS Maiwald S. 133, 143). Im Straßenverkehrsrecht lässt sich dieser Gedanke auf § 1 I StVO zurückführen. § 1 StVO fordert „ständige Vorsicht und gegenseitige Rücksicht“. Die Beachtung der spezielleren Regeln führt dann nicht zu korrektem Verhalten, wenn sich der Fahrer unvorsichtig oder rücksichtslos verhält (vgl. auch *Dencker* NStZ 1983, 398; *Duttge* MK § 15 Rn. 139; *Kuhlen* Produkthaftung S. 116 f.; *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 155 f.; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 56; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 15 Rn. 20; *Weigend* FS Gössel S. 129, 132; hinsichtlich technischer Normen *Lenckner* FS Engisch S. 490, 497 f.; *Hilgendorf* in: *Gefahr* S. 9, 17 m. Fn. 32), während gleichzeitig ihre Missachtung nicht zwingend zur Sorgfaltswidrigkeit führt (insoweit abw. *Puppe* und *Rönnau* aaO), wenn etwa das Verhalten im Einzelfall völlig ungefährlich ist (vgl. *Dencker* aaO: „Selbstverständlichkeit“; *Kuhlen* aaO). Die Bestrafung völlig ungefährlichen Verhaltens als bloßem Ungehorsam ist nämlich mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar, *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 349 ff., 369 ff., 388; *ders.* FS *Wolter* S. 557, 560.

³⁸³⁸ Vgl. dazu etwa *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 54 ff.; *Hirsch* FS *Tiedemann* S. 145, 159 m. Fn. 39; *Jescheck/Weigend* AT § 55 I 2b; *Kuhlen* Produkthaftung S. 103 ff.; *Lenckner* FS Engisch S. 490, 501; *Maihofer* FS *Rittler* S. 141, 157; *Rengier* AT § 52 Rn. 16, 18; *Roxin/Greco* AT I § 24 Rn. 34 f.: Hilfsmittel; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Schuster* § 15 Rn. 118 f.; *Welzel* Fahrlässigkeit S. 16; *Zieschang* in: *Rechtsvergleich* S. 223, 226 ff.; *ders.* AT Rn. 430; für eine objektive Maßstabsperson mit den Kenntnissen und Fähigkeiten des individuellen Täters *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 33 Rn. 53.

unerwünschter Handlungsfolgen orientiert ist“.³⁸³⁹ Dabei ist allerdings auf die beschränkte Aussagekraft derartiger Maßstabspersonen hinzuweisen: Wenn nicht die (teils irrationale³⁸⁴⁰) *tatsächlich* geübte Sorgfalt den Standard bilden soll, muss die Maßstabfigur normativiert werden, wodurch sie wiederum ihren Nutzen für die Festlegung des Sorgfaltsmaßstabs einbüßt.³⁸⁴¹ Die Gewissenhaftigkeit und Besonnenheit sind an den Maßstäben der Rechtsordnung ausgerichtet.³⁸⁴² In der Sache handelt es sich dann um eine Interessenabwägung anhand gesetzlicher Wertvorstellungen:³⁸⁴³ „wie immer man die Frage begrifflich fasst, die Antwort geben doch immer Wägungen und Wertungen“.³⁸⁴⁴ Es geht um „einen umfassenden Abwägungsprozess, in dem neben der Größe der Gefahr und den berechtigten Interessen an der Vornahme der Handlung gewisse Grundentscheidungen der Gesellschaft [...] Berücksichtigung finden“.³⁸⁴⁵ Reichweite den Grenzen rechtlich anerkannter Freiheit werden in ein für alle Beteiligten akzeptables Verhältnis gebracht.³⁸⁴⁶ Insbesondere die Vorhersehbarkeit, also der Grad der Wahrscheinlichkeit, ist zentraler Gesichtspunkt.³⁸⁴⁷ Maßgeblich ist ein objektiver Maßstab, weil Verhaltensanforderungen aufgestellt werden, an denen jeder sein Verhalten auszurichten hat.³⁸⁴⁸

³⁸³⁹ Welzel Strafrecht S. 130; **anders** Schönemann JA 1975, 575: Bei der Maßstabsperson handelt es sich um ein „blasses Leitbild“, das die Frage nach den exakten Verhaltensanforderungen nicht beantworten kann.

³⁸⁴⁰ Hilgendorf in: Gefahr S. 9, 22.

³⁸⁴¹ Es geht darum, wie sich Angehörige eines Verkehrskreises im Durchschnitt verhalten, sondern sie sich verhalten sollten, *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 55 ff.; *Gropp/Sinn* AT § 12 Rn. 46; *Roxin/Greco* AT I § 24 Rn. 35; sowie *Kuhlen* Produkthaftung S. 102, der im Folgenden für eine Verbindung der empirischen und normativen Betrachtungsweise plädiert.

³⁸⁴² *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964, 41, 51.

³⁸⁴³ Siehe neben den in den folgenden Fußnoten Genannten *Engisch* Untersuchungen S. 288 ff.: Güterabwägung; *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 72 ff.; *ders.* Vorsatz und Risiko S. 139 ff.; *ders.* FS *Roxin* (2001) S. 213, 236 f.; *Frister* AT 10/7; *Greco* ZStW 117 (2005) 519, 549; *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 13; *Jakobs* AT 7/35 ff.; *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964, 41, 47, 51; *ders.* FS *Welzel* S. 393, 409; *Kuhlen* JZ 1994, 1142, 1146; *Küper* FS *Lackner* S. 247, 264, 272 f.; *Münzberg* Verhalten S. 259 ff.; *Preuß* Untersuchungen S. 124 ff.; *Roxin* FS *Tröndle* S. 177, 187; *ders.* ZStW 116 (2004) 929, 930; *ders./Greco* AT I § 24 Rn. 39; *Rudolphi* JuS 1969, 552; *Schönemann* JA 1975, 575; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 15 Rn. 21; *Wolter* GA 1977, 257, 261 f.

³⁸⁴⁴ *Herzberg* GA 2016, 737, 754. Dabei liegt die Unmöglichkeit, feste Maßstäbe zu finden, in der Natur der Sache und spricht daher nicht gegen die Interessenabwägung, vgl. schon *Engisch* Untersuchungen S. 290; ebenso *Lenckner* FS *Engisch* S. 490, 501; *Schönemann* JA 1975, 575 f.

³⁸⁴⁵ Zitat nach *Murmann* FS *Herzberg* S. 123, 130; vgl. auch *ders.* GK § 23 Rn. 49; *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 196; *Herzberg* JuS 1996, 377, 380 m. Fn. 18; *Jescheck/Weigend* AT § 55 I 3 b; *Kuhlen* Produkthaftung S. 94 f. (für die Einbeziehung der empirische eingehaltenen Standards S. 103 ff., 109); *Lenckner* FS *Engisch* S. 490, 500; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 54. Vgl. außerdem schon *Engisch* Untersuchungen S. 289: „Es muß in jedem Fall ein Fazit aus dem Ganzen gezogen werden“. Auch der Vertrauensgrundsatz dient (nur) der Konturierung der gebotenen Sorgfalt, vgl. nur *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 59; *Gropp/Sinn* AT § 12 Rn. 50 ff.; *Heinrich* AT Rn. 1034; *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 13; *Jescheck/Weigend* AT § 55 I 3d; *Krey/Esser* AT Rn. 1151; *Kuhlen* Produkthaftung S. 133 ff.; *Puppe* ZStW 99 (1987) 595, 611 f.; *dies.* Schule S. 310; *Zieschang* AT Rn. 431.

³⁸⁴⁶ *Frisch* GA 2003, 719, 734, 739 f.; *Murmann* FS *Herzberg* S. 123, 129.

³⁸⁴⁷ *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 13; *Hirsch* FS *Dreher* S. 211, 227 f.

³⁸⁴⁸ *Bockelmann/Volk* AT § 9 III; *Engisch* Kausalität S. 55; *Gallas* FS *Bockelmann* S. 155, 158; *Hirsch* ZStW 94 (1982) 239, 270; *Maihofer* FS *Rittler* S. 141, 142 ff.; *Rengier* AT § 52 Rn. 13 ff.; *Roxin/Greco*

Da es Sinn und Zweck der Verhaltensnormen ist, den dem Normadressaten zukommenden Freiheitsraum festzulegen, hat die Beurteilung aus der Perspektive *ex ante* zu erfolgen.³⁸⁴⁹ Betont wird dabei, dass es sich nur um eine abstrakte Interessenabwägung handelt, ob die Freiheit, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, *generell* wichtiger ist als das durch sie begründete Risiko.³⁸⁵⁰ Es geht darum, ob dem Handelnden die Vermeidung des Risikos „prinzipiell angesonnen werden konnte“.³⁸⁵¹ Denn wenn die Abwägung in der ganz konkreten Situation stattfände, liefe dies auf eine *ex post* Betrachtung hinaus.³⁸⁵² Auch das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen ist daher nicht für die Sorgfaltspflichtwidrigkeit zu beachten. Ob der in der sorgfaltswidrigen Gefahrschaffung liegende Unwert auch rechtswidrig verwirklicht, also Unrecht ist, ist eine Frage der Rechtswidrigkeit.³⁸⁵³

c) Erlaubtes Risiko?

Alternativ zur Sorgfaltswidrigkeit wird zum Teil von „erlaubtem Risiko“ gesprochen.³⁸⁵⁴ Bereits *v. Bar* weist darauf hin, dass das Leben ein gewisses Risiko verlange, zwar würden „übertriebene Vorsichtsmaßregeln“ in einigen Fällen Schäden verhüten, allerdings würde so etwa die Führung eines Gewerbebetriebs ausgeschlossen.³⁸⁵⁵ „Ein gewisses Risiko ist, wie bemerkt, im Leben unvermeidlich, und die allgemeine Nützlichkeit des Unternehmens überwiegt“.³⁸⁵⁶ Auch *Binding* stellte maßgeblich ab auf die „Entbehrlichkeit

AT I § 24 Rn. 57: nach unten generalisieren, nach oben individualisieren; *Rudolphi* in: Grundfragen S. 69, 75 f.; *Schünemann* JA 1975, 435, 436 ff.; *ders.* JA 1975, 511, 512 ff.; *Zieschang* in: Rechtsvergleich S. 223, 226 f.

³⁸⁴⁹ Siehe schon oben → aa).

³⁸⁵⁰ Vgl. *Frister* AT 10/7, es gehe dabei nur um den Wert der Freiheit zur Vornahme der Handlung im Einzelfall, nicht den Nutzen der Handlung; *Küper* FS Lackner S. 247, 264; *Murmann* FS Herzberg S. 123, 130; *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 66; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 8 Rn. 27; **andere** *Freund* Erfolgsdelikt S. 52 m. Fn. 6 und *Herzberg* JuS 1996, 377, 380 m. Fn. 18: das gleiche Beurteilungsverfahren wie bei § 34 StGB.

³⁸⁵¹ *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 104; zustimmend *Kuhlen* in: Recht und Moral S. 341, 348.

³⁸⁵² *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964, 41, 47; siehe auch *Jakobs* FS Hirsch S. 45, 55; *Küper* FS Lackner S. 247, 264. Dementsprechend wird im Allgemeinen darauf abgestellt, es handle sich bei der Rechtswidrigkeit anders als bei der Tatbestandsmäßigkeit um eine Bewertung des individuellen Falls, vgl. etwa *Jescheck/Weigend* AT § 25 IV 2; *Roxin/Greco* AT I § 10 Rn. 21. Dagegen wird zwar eingewandt, dass es sich auch bei der Tatbestandsmäßigkeit um eine Aussage über einen Einzelfall handle, nämlich, dass dieser einen Tatbestand erfülle. Die Aussage sei nur noch nicht endgültig, weil in ihrer tatsächlichen und rechtlichen Basis noch nicht vollständig (*Puppe* NK Vor § 13 Rn. 14). – Die beiden Betrachtungen laufen letztlich auf das Gleiche hinaus: Denn die Bewertungsgrundlage des Tatbestandes ist *insoweit nicht vollständig*, als dass eine *ex ante* Betrachtung angestellt wird und somit der Einzelfall nur aus einer unsicheren Prognoseperspektive betrachtet wird, die notwendigerweise auf allgemeines Erfahrungswissen, eine generalisierte Betrachtungsweise zurückgreifen muss. Damit wird zwar der konkrete Einzelfall behandelt, aber nicht mit einem „Maximum an Wahrheitsgarantie“ ausgestattet.

³⁸⁵³ *Gropp/Sinn* AT § 12 Rn. 122; *Heinrich* AT Rn. 1039; *Jescheck/Weigend* AT § 56 I 1; *Kühl* § 17 Rn. 77; *Roxin/Greco* AT I § 24 Rn. 99.

³⁸⁵⁴ Insbesondere *Roxin/Greco* AT I § 24 Rn. 10 ff., die hierin eine Präzisierung der Sorgfaltswidrigkeit erblicken.

³⁸⁵⁵ *v. Bar* Causalzusammenhang S. 12 f.; siehe auch *Binding* Normen IV S. 440.

³⁸⁵⁶ *v. Bar* Gesetz und Schuld II S. 212; *ders.* Causalzusammenhang S. 13 f. Dabei könne es insbesondere nicht bloß auf die Voraussehbarkeit der Folgen ankommen: Es gebe Fälle, in denen man die Folgen einer Handlung zwar voraussehen könne, jedoch gleichzeitig „jeder vernünftige Mensch es leugnen wird, daß

und Unentbehrlichkeit, also Vermeidbarkeit und Unvereinbarkeit der mit dem Risiko belastenden Handlung in den Augen des Rechts – verbunden mit der Proportionalität des Risikos mit dem Rechtswert der unentbehrlichen Handlung“.³⁸⁵⁷ Heute findet sich der Aspekt innerhalb der Lehre von der objektiven Zurechnung³⁸⁵⁸ (bzw. der Fahrlässigkeitsdogmatik³⁸⁵⁹ oder der Lehre vom Verhaltensunrecht) wieder.³⁸⁶⁰ Das erlaubte Risiko sei ein Aspekt zur Spezifizierung der Sorgfaltspflichten.³⁸⁶¹ Zum Teil wird auch darauf abgestellt, dass eine Garantenstellung aus Ingerenz dann ausscheide, wenn sich die Vorhandlung innerhalb des erlaubten Risikos halte.³⁸⁶²

Im Ausgangspunkt zutreffend sind die Feststellungen von v. *Bar* und *Binding*, dass nahezu alles menschliche Verhalten gefahrenträchtig ist. Ein pauschales Verbot jeder vor-

eine Verantwortlichkeit stattfindet“. Er stellt dabei auf die „Regel des Lebens“ sowie die Auswirkungen auf das Gemeinwohl ab; zu v. *Bar* schon oben → Kapitel 1 § 1 B IV.

³⁸⁵⁷ *Binding* Normen IV S. 440 und ff., S. 433 f.: „Bei Tausenden und Abertausenden menschlicher Handlungen, fast könnte man sagen bei allen nicht rein innerlichen, laufen Möglichkeiten, Wahrscheinlichkeiten, vielleicht Gewissheiten unbeabsichtigter Rechtsgefährdungen oder Rechtsverletzungen deshalb nebenher, weil die Handlung kaum ohne sie ausgeführt werden kann“.

³⁸⁵⁸ Vgl. *Weigend* in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 113, 126: „Zentralfrage der Zurechnungslehre“. Siehe auch *Roxin/Greco* AT I § 24 Rn. 10 f.

³⁸⁵⁹ *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 24.

³⁸⁶⁰ *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 172: „Leitbegriff der mißbilligten Risikoschaffung sowohl beim Vorsatzdelikt [...] als auch beim Fahrlässigkeitsdelikt“; *ders.* JuS 2011, 116 ff.; *Roxin* FS Maiwald S. 717, 722; *ders.* FS Tröndle S. 177, 186 ff.; *ders./Greco* AT I § 11 Rn. 65 ff., § 24 Rn. 11 ff.; *Duttge* MK § 15 Rn. 135 f.; *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 93; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 10 Rn. 67 ff.; *Engisch* FS DJT Bd. 1 S. 401, 417 f.; *Freund* MK Vor § 13 Rn. 155 ff.; *Frister* AT 10/6 ff.; *B. Heinrich*, AT Rn. 245, 1019; *Herzberg* JuS 1996, 377, 381 f.; *Rengier*, AT § 13 Rn. 51 ff.; *Gropp/Sinn* AT § 4 Rn. 89; *Jescheck/Weigend* AT § 55 I 2 b; *Kuhlen* in: Recht und Moral S. 341, 347; *Küper* FS Lackner S. 247, 261 ff.; *Murmann* GK § 23 Rn. 69; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 57 f. *Roxin* GS Arm. Kaufmann S. 237, 238, 245 ff.; *ders.* *Chengchi Law Review* 50 (1994) 219, 225 f.; *Rudolphi* JuS 1969, 549, 551; *ders.* FS Maurach S. 51, 63; *Schünemann* GA 1999, 207, 227; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben* Vor § 32 Rn. 94; *Sch/Sch/ders./Schuster* § 15 Rn. 145; *Stratenwerth* AT⁴ § 8 Rn. 26 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 8 Rn. 26 ff.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 210 ff.; *Wolter* GA 1977, 257, 264 f.; *ders.* in: Bausteine S. 3, 23; *andere* *Kindhäuser* GA 1994, 197, 204 ff.; *ders.* GA 2007, 447, 462: Ausprägung des Grundsatzes *ultra posse nemo obligatur*; nach gesellschaftlich-kommunikativem Deutungsschema *Jakobs* Handlungsbegriff S. 28 f.; *ders.* Unterlassen S. 27; *ders.* in: Das Proprium S. 104, 128; *Lesch* Verbrechensbegriff S. 227 ff., 279; abweichend für Relevanz als Rechtfertigungsgrund *Klug* FS Eb. Schmidt S. 249, 264; *Otto* AT § 8 Rn. 11, 161; *Schmidhäuser* AT 6/107 ff.; siehe auch *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 44 Rn. 28 ff.: Rechtfertigungsgrund der „übergesetzlichen Güterkollision“; *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 25: „Notreserve für bisher noch nicht aufgetretene Konstellationen“; als Strukturprinzip von Rechtfertigungsgründen *Hilgendorf* FS Weber S. 33, 47; *Jescheck/Weigend* AT § 36 I; *Wolter* Straftatsystem S. 38; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben* Vor § 32 Rn. 107b; **dagegen** wieder *Roxin* FS Maiwald S. 715, 723.

³⁸⁶¹ *Lenckner* FS Engisch S. 490, 499; siehe auch *Rudolphi* JuS 1969, 549, 551.

³⁸⁶² *Roxin* AT II § 32 Rn. 160 ff.

hersehbaren Gefährdung käme letztlich einem allgemeinen Handlungsverbot in der Gesellschaft nahe.³⁸⁶³ Die Definition eines unverbottenen Risikos³⁸⁶⁴ stellt daher grundsätzlich ein berechtigtes Anliegen dar. Allerdings handelt es sich bei dem „erlaubten Risiko“ um einen bloßen Formalbegriff, der aussagt, dass ein Verhalten „aus welchen Gründen auch immer“³⁸⁶⁵ zulässig ist. Formuliert wird bloß in zirkulärer Weise das Ergebnis.³⁸⁶⁶ Es kann zwar nicht bestritten werden, dass „das Phänomen an sich“ Anerkennung gefunden hat, also die Erlaubnis, sich unter bestimmten Voraussetzungen riskant zu verhalten. Ein bloßes „Sammelbecken“ erlaubtes Risiko ist jedoch höchst unbefriedigend, da im Einzelfall doch immer die Sachgründe angegeben werden müssen, die zur Erlaubnis des gefährlichen Verhaltens führen.³⁸⁶⁷ Die Erlaubtheit oder Verbotenheit eines Verhaltens ist letztlich erst Ergebnis der Feststellung objektiver *und* subjektiver Tatseite,³⁸⁶⁸ der Prüfung von Tatbestand *und* Rechtfertigung.³⁸⁶⁹ Hinter dem Begriff können sich vielfältige, heterogene Konstellationen verbergen, es gibt zahlreiche Sachgesichtspunkte, die ein Verhalten möglicherweise als erlaubt erscheinen lassen.³⁸⁷⁰ Das Opfer kann sich etwa

³⁸⁶³ Duttge FS Maiwald S. 133, 139; Frisch Vorsatz S. 140 m. Fn. 71; Frister AT 10/6 ff.; Jakobs AT 7/35; Mitsch JuS 2018, 1161, 1164; Zippelius NJW 1957, 1707, 1708. Treffend Prittowitz Strafrecht und Risiko S. 289: „nur wer nicht lebt, riskiert nichts“; Mitsch JuS 2018, 1161, 1164: das Leben würde „spaßfrei, öde und langweilig“. – Daher werden die Verhaltensnormen „nicht auf Biegen und Brechen oktroyiert, sondern es werden nützliche und Freiheiten respektierende Ausnahmen formuliert“, vgl. Kindhäuser GA 1994, 197, 203.

³⁸⁶⁴ In terminologischer Abgrenzung zu den Rechtfertigungsgründen ist es zutreffender, von „unverbottenem Risiko“ zu sprechen, vgl. Hirsch ZStW 74 (1962) 78, 95, 99; Paeffgen/Zabel NK Vor § 32 Rn. 29; siehe auch Mitsch JuS 2018, 1161, 1165: „strafrechtsfreies Risiko“; anders Jakobs FS Hirsch S. 45, 46 m. Fn. 3.

³⁸⁶⁵ Maiwald FS Jescheck S. 405, 408. vgl. auch Prittowitz Strafrecht und Risiko S. 282: „als selbstverständlich erachtete, plötzlich aber erklärungsbedürftige Straflosigkeit“; Zieschang NK Medienstrafrecht § 13 Rn. 16.

³⁸⁶⁶ Hirsch FS Lenckner S. 119, 136: „Das Verbotensein kann nicht Voraussetzung seiner selbst sein“; Maiwald FS Jescheck S. 405, 408 f., 412, 420, 424 f. *et passim*; siehe auch Gössel GA 2015, 18, 23; Maurach/Gössel/Zipf AT 2 § 43 Rn. 119 f.; Kienapfel Das erlaubte Risiko S. 28; Kudlich Unterstützung S. 335; Mitsch JuS 2018, 1161 ff., 1166; Prittowitz Strafrecht und Risiko S. 292 f.; Matt/Renzikowski Vor § 13 Rn. 102; ders. in: Juristische Grundlagenforschung S. 115, 130; ders. GA 2007, 561, 575 m. Fn. 75; Rönnau LK Vor § 32 Rn. 54; Zieschang Handbuch Bd. 2 § 33 Rn. 64; siehe auch Jescheck/Weigend AT § 55 I 2 b m. Fn. 9: als Begriff entbehrlich; Krey ZStW 90 (1978) 173, 1999: keine selbstständige Rechtsfigur; Preuß Untersuchungen S. 225; kritisch zudem Kindhäuser GA 2007, 447, 464: Beim „unerlaubten Risiko“ sei „der Risikobegriff so rätselhaft wie seine Charakterisierung als unerlaubt“; zweifelnd Schöne-mann GA 1999, 207, 228; letztlich auch von Roxin selbst zugegeben: „zusammenfassende Bezeichnung für die vielfältig verschiedenartigen Voraussetzungen seiner Begründung“, Roxin FS Maiwald S. 715, 728.

³⁸⁶⁷ Maiwald FS Jescheck S. 405, 407, 411; siehe auch Mitsch JuS 2018, 1161: „sphinxhaftes Gebilde“.

³⁸⁶⁸ Hirsch FS Universität Köln S. 399, 405, S. 407: Der objektive Tatbestand stellt keine abschließende Wertungsstufe dar. Es handelt sich bei der Rechtswidrigkeit um ein objektives Urteil, welches die Handlung als Einheit objektiver und subjektiver Elemente zum Gegenstand hat, Welzel Strafrecht S. 51; Hirsch aaO.

³⁸⁶⁹ Maurach/Gössel/Zipf AT 2 § 43 Rn. 20; Mitsch JuS 2018, 1161 ff., 1167 f.; Samson Strafrecht I S. 16; Zieschang Handbuch Bd. 2 § 33 Rn. 57 ff., 64.

³⁸⁷⁰ Maiwald FS Jescheck S. 405, 409 f.; siehe auch Paeffgen/Zabel NK Vor § 32 Rn. 24. Alle für die Lehre vom erlaubten Risiko vorgebrachten Beispielfälle können insofern anhand der üblichen Verbrechenselemente gelöst werden, vgl. Hirsch LK¹¹ Vor § 32 Rn. 32; Kienapfel Das erlaubte Risiko S. 29; Preuß Untersuchungen S. 226 f.; Zieschang Handbuch Bd. 2 § 33 Rn. 71 ff.; siehe auch Rönnau LK Vor § 32 Rn. 58, der aber meint, der Begriff enthalte eine zutreffende Beschreibung der Konstellationen.

willentlich in den Einflussbereich einer Gefahr begeben haben.³⁸⁷¹ Des Weiteren kann es sich um Fragen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit,³⁸⁷² der Tatbestandsauslegung oder spezieller Rechtfertigungsgründe handeln.³⁸⁷³ Zu nennen sind etwa die Einwilligung beim ärztlichen Heileingriff *de lege artis* oder die mutmaßliche Einwilligung.³⁸⁷⁴ Im Ergebnis geht es bei dem Begriff „erlaubtes Risiko“ um eine synonyme Bezeichnung, „eine sachlich nichts Neues bringende Umformulierung“³⁸⁷⁵ für das tatbestandliche Erfordernis der Sorgfaltswidrigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt.³⁸⁷⁶ Der konkrete Pflichtenkreis des Handelnden in der Situation, welches Maß an Sorgfalt also verlangt werden kann, lässt sich, wie oben beschrieben, nur unter Abwägung aller erkennbarer Umstände der Gesamtsituation feststellen.³⁸⁷⁷

d) Sozialadäquanz?

Insbesondere der Bundesgerichtshof, jedoch auch manche Autoren stellen darauf ab, dass die Schaffung eines sozial üblichen, allgemein gebilligten Risikos nie eine Garantienstellung aus Ingerenz nach sich ziehen könne.³⁸⁷⁸ Die Lehre von der sozialen Adäquanz geht auf *Welzel* zurück,³⁸⁷⁹ der sich auf den Standpunkt stellt, das erlaubte Risiko sei ein „Sonderfall der sozialen Adäquanz [...], das sich von sonstigen sozialadäquaten Handlungen

³⁸⁷¹ Siehe hierzu *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 95 f.

³⁸⁷² Dort schließt etwa die Einhaltung der Straßenverkehrsregeln regelmäßig das Unrecht aus, vgl. *Engisch* Untersuchungen S. 286 ff.; *Maiwald* FS Jescheck S. 405, 409.

³⁸⁷³ *Kienapfel* Das erlaubte Risiko S. 26 ff., 29; *Mitsch* JuS 2018, 1161 ff., 1166 ff.; *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 24.

³⁸⁷⁴ *Maiwald* FS Jescheck S. 405, 409 f.

³⁸⁷⁵ *Frisch* GA 2003, 719, 728 f.; ähnlich auch *Gössel* GA 2015, 18, 22; *Herzberg* GA 2016, 737, 754; *Maiwald* FS Jescheck S. 405, 411 f.; *Roxin* FS Maiwald S. 715, 727: „präzisere Formulierung“; *Schünemann* GA 1999, 207, 217; siehe auch *Heinrich* AT Rn. 1019; *Hilgendorf* FS Sancinetti S. 451, 466 f.

³⁸⁷⁶ Sorgfaltswidrigkeit und Pflichtwidrigkeitszusammenhang sind jedoch ein *Spezifikum* der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, nicht hingegen im Rahmen der objektiven Zurechnung auch Voraussetzung jeder Vorsatzstrafbarkeit. Vgl. *Hirsch* FS Lenckner S. 119, 127; *ders.* FS Universität Köln S. 399, 421; *ders.* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 32; *Kindhäuser* GA 1994, 197; *ders.* FS Maiwald S. 397, 415; siehe außerdem bereits *Welzel* Fahrlässigkeit S. 32 f. *et passim*; *anders* *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 57.

³⁸⁷⁷ *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 97; *Jescheck/Weigend* AT § 55 I 2 b; *Schünemann* JA 1975, 575 ff.; *Kienapfel* Das erlaubte Risiko S. 28: die Kurzformel „erlaubtes Risiko“ kann nicht von der gewissenhaften Prüfung der Voraussetzungen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit entbinden; dagegen meint etwa *Philipps*, es gebe insbesondere in der modernen Gesellschaft Probleme, die sich mithilfe von Güterabwägung und Zweck-Mittel-Relation nicht lösen ließen. Es bedürfe daher besonderer Regeln, Topoi zur Beurteilung des Verhaltens unter Risiko, *Philipps* Handlungsspielraum S. 83 m. Fn. 110.

³⁸⁷⁸ Etwa BGHSt 19, 152, 154; BGHSt 26, 35, 37 f.; OLG Hamm NSTz 1993, 82, 83; *Fischer* § 13 Rn. 51; *Herzberg* Garantienprinzip S. 314; *Otto* AT § 9 Rn. 81; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 137, 166.

³⁸⁷⁹ *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 516 ff., für die Beurteilung einer Handlung komme es auf ihre soziale Bedeutung in der geschichtlich bedingten Ordnung an; *ders.* Lehrbuch S. 55 ff.; siehe dazu *Jakobs* Handlungsbegriff S. 29; *ders.* System S. 30; *ders.* FS R. Merkel S. 639, 647; *ders.* in: Das Proprium S. 104, 126: in dieser Verlagerung auf die Verhaltensbedeutung liege der wesentliche Beitrag *Wetzels* zum Strafrecht der Gegenwart; (kritischer hingegen noch *ders.* ZStW 89 (1977) 1, 4 f.); vgl. zudem für Sozialadäquanz BGHSt 23, 226, 228; OLG München NSTz 1985, 549, 550; *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 40; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 10 Rn. 68; *Engisch* FS Kohlrausch S. 141, 161, 168; *ders.* FS DJT Bd. 1 S. 401, 418; *Eser* FS Roxin (2001) S. 199, 208 ff.; *Haas* Kausalität S. 307: Rechtsquelle in Form des Gewohnheitsrechts; *Kindhäuser* GA 1994, 197, 218: „gesellschaftliche [...] Akzeptation von (abstrakt) gefährlichen Interaktionen“; *Kudlich* SSW Vor § 13 Rn. 58; *Maurach/Zipf* AT 1 § 17 Rn. 14 ff.; *Niese* JZ

nur durch den Grad der Rechtsgutsgefährdung unterscheidet“.³⁸⁸⁰ Es ist jedoch festzuhalten, dass Sozialadäquanz und erlaubtes Risiko auf „zwei verschiedenen gedanklichen Ebenen“ liegen. Die Sozialadäquanz ist anders als das erlaubte Risiko insoweit kein bloßer Formalbegriff, als dass er mit der geschichtlich gewachsenen Sozialordnung einen sachlichen Grund für die Erlaubtheit des Verhaltens bezeichnet.³⁸⁸¹ Doch auch der Begriff der Sozialadäquanz ist insoweit formal, als dass er die Gründe nicht bezeichnet, die dazu führen, dass die betreffenden Handlungen im Sozialleben allgemein akzeptiert werden.³⁸⁸² Sozialadäquat kann eine Handlung sein, wenn sie für Rechtsgüter gefährlich ist, aber auch dann, wenn sie für Rechtsgüter völlig ungefährlich ist.³⁸⁸³ Es handelt sich bei dem Begriff der Sozialadäquanz ebenso wie beim „erlaubten Risiko“ um einen „schillernden Begriff“,³⁸⁸⁴ ein „Schlagwort ohne klaren Inhalt“, welches viel zu vage und unbestimmt ist, als dass die Strafbarkeit von ihm abhängen könnte, ohne dass ihre Grenzen vollends verschwommen.³⁸⁸⁵ Das Abstellen auf die historisch tradierte Üblichkeit und Normalität von Risiken im Sinne der Sozialadäquanz ist überdies „normativ wenig anspruchsvoll“,³⁸⁸⁶ denn hiermit verzichtet man gerade auf die normative Begründung und verweist bloß auf den „aktuellen Mangel an Legitimationszweifeln“ aufgrund der Faktizität.³⁸⁸⁷ Erforderlich für den Ausschluss der Strafbarkeit ist kein faktischer, sondern normativer Konsens, der in der Demokratie seinen Ausdruck in den konkreten Wertungen

1956, 457, 460; *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 62; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 191; *Wolter* GA 1977, 257, 262 f.; *ders.* 140 Jahre GA S. 269, 284 ff., 290 f. (Sozialadäquanz als Element vor dem objektiven Unrechtstatbestand); *ders.* in: Bausteine S. 3, 16, 22 ff.; *Zielinski* Unrechtsbegriff S. 124 m. Fn. 152; *Zipf* Einwilligung S. 77 ff.; auch *Stratenwerth* AT⁴ § 8 Rn. 30 ff.; für die Sozialadäquanz als **Rechtfertigungsgrund** etwa *Schmidhäuser* AT 6/102 ff.; siehe auch *Gropp/Sinn* AT § 5 Rn. 418 ff.; im Zivilrecht *Nipperdey* NJW 1957, 1777, 1778 ff.; differenzierend *Klug* FS Eb. Schmidt S. 249264 ff.

³⁸⁸⁰ *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 518; synonyme Verwendung bei *B. Heinrich*, AT Rn. 245, 1035; *Murmann* GK § 23 Rn. 69 m. Fn. 146; *Rengier*, AT § 13 Rn. 51; siehe auch *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 10 Rn. 68; Sozialadäquanz als Grund für erlaubtes Risiko; *Haas* Kausalität S. 307: erlaubtes Risiko als Anwendungsfall der sozialen Adäquanz; *Kindhäuser* GA 1994, 197, 218; *Schmidhäuser* AT 6/107 ff.; *Wolter* in: Bausteine S. 3, 23: erlaubtes Risiko im Straßenverkehr als Beispiel der Sozialadäquanz.

³⁸⁸¹ *Maiwald* FS Jescheck S. 405, 408 f. Es gibt zudem auch sozialinadäquates erlaubtes Risiko, *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 93 ff., 96; *Preuß* Untersuchungen S. 96; *Prittowitz* Strafrecht und Risiko S. 292.

³⁸⁸² *Maiwald* FS Jescheck S. 405, 409 m. Fn. 18; *Prittowitz* Strafrecht und Risiko S. 293.

³⁸⁸³ *Engisch* FS DJT Bd. 1 S. 401, 417 m. Fn. 42; *Maiwald* FS Jescheck S. 405, 408.

³⁸⁸⁴ *Hirsch* in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 65, 77; *Zieschang* Handbuch Bd. 2 § 33 Rn. 77.

³⁸⁸⁵ Zitat *Roxin* FS Klug II S. 303, 304; siehe auch *ders.* ZStW 116 (2004) 929, 934; *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 29; *ders.* FS Universität Köln S. 399, 421; *Zieschang* Handbuch Bd. 2 § 33 Rn. 81; *ders.* NK Medienstrafrecht § 13 Rn. 16; *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 70; *Jescheck/Weigend* AT § 25 IV 1; *Kindhäuser* FS *Rengier* S. 49, 58; *Küpper* GA 1987, 385, 389; *Preuß* Untersuchungen S. 93 ff.; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 51.

³⁸⁸⁶ *Prittowitz* Strafrecht und Risiko S. 291; siehe **dagegen** *Eser* FS *Roxin* (2001) S. 199, 211; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 48: Zur faktischen Komponente müsse die *rechtliche* Billigung hinzukommen; *Maurach/Zipf* AT 1 § 17 Rn. 17: „Vorstellung der Gemeinschaft“, das Verhalten sei im sozialen Zusammenleben notwendig.

³⁸⁸⁷ *Lübbe* Deutsche Zeitschrift für Philosophie 43 (1995) 951, 953; *Duttge* FS *Maiwald* S. 133, 141. Es ist mit *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 21 zu unterscheiden zwischen der faktischen Akzeptanz von Risiken und ihrer normativen Akzeptabilität.

des Gesetzes wiederfindet.³⁸⁸⁸ Die Relation zwischen Erlaubtheit und Sozialadäquanz ist vielmehr umgekehrt: „Was sozialadäquat ist richtet sich nach den Wertungen und Prinzipien des Rechts – und nicht umgekehrt“.³⁸⁸⁹ Dementsprechend geht es bei den Sorgfaltsanforderungen um Abwägungen in der *ex ante* erkennbaren Situation sowie anhand der Wertungen des *Rechts*.³⁸⁹⁰ Die Alltäglichkeit oder soziale Unauffälligkeit eines Verhaltens ist *allein* noch kein rechtlicher Wert, der das Interesse der allgemeinen Handlungsfreiheit ein solches Gewicht verleihe, dass diese das Schutzinteresse auf Seiten des Opfers überwiegt.³⁸⁹¹ Sie ist *nicht* allgemeines Strafbarkeitskorrektiv, sondern *ein* Aspekt im Rahmen des Fahrlässigkeitsmerkmals der Sorgfaltswidrigkeit,³⁸⁹² welcher in die umfassende Abwägung der Interessen einfließt. Das bloße Schlagwort „Sozialadäquanz“ verdeckt dabei die maßgeblichen Kriterien, verhindert eine Betrachtung der *ratio legis* der einzelnen Normen und verwischt so die eigentlichen Fragestellungen.³⁸⁹³

³⁸⁸⁸ Vgl. *Duttge* FS Maiwald S. 133, 141; *ders.* MK § 15 Rn. 136; *Frister* AT 10/10; *Köhler* AT S. 186; *Mitsch* JuS 2018, 1161, 1164. – Das Recht müsste bei einem konsequenten Abstellen auf soziale Übelheiten vor der Realität kapitulieren und würde gerade seinen Anspruch, diese zu *gestalten*, preisgeben. Besonders eindringlich zeigt sich dies etwa bei den §§ 331 ff. StGB. Wenn man diese konsequent nach dem Kriterium der Sozialadäquanz einschränkte, „ließe sich eine einmal eingerissene Korruption nicht mehr bekämpfen“, *Kindhäuser* FS Rengier S. 49, 56. Der pauschale Ausschluss „sozialadäquater“ Handlungen aus dem Tatbestand läuft vielmehr Gefahr, den kriminalpolitischen Spielraum der Legislative zu untergraben, vgl. *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 51. *Ausdrückliche* Wertungen des Gesetzgebers nimmt *Eser* FS Roxin (2001) S. 199, 212 als *Grenze* der Sozialadäquanz ähnlich *Eschelbach* in: *Gefahr* S. 145, 151.

³⁸⁸⁹ *Kindhäuser* FS Rengier S. 49, 58; *ders.* FS Maiwald S. 397, 408: „Es ist nicht der Begriff der sozialen Adäquanz, der ‚die Hosen anhat‘ und nach dem sich die strafrechtliche Irrelevanz eines Verhaltens bemisst, sondern es ist umgekehrt die strafrechtliche Relevanz eines Verhaltens, mit dem sich die äußersten Grenzen sozialer Adäquanz abstecken lassen“. – Die Sozialadäquanz ist insofern bloß Nebenprodukt der Tatsache, dass der Täter eben nicht vorsätzlich oder fahrlässig handelt, vgl. *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964, 41, 50: „identisch mit Sorgfaltswidrigkeit“; *Kindhäuser* FS Maiwald S. 397, 409; *Küpper* GA 1987, 385, 389: Sozialadäquanz als Umschreibung der Tatbestandslosigkeit; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 52. Die Sozialadäquanz kann insbesondere bei vorsätzlichem Handeln nicht zum Unrechtsausschluss führen: Sie darf insbesondere kein Deckmantel für vorsätzliche Rechtsverletzungen sein. Die Frage nach der Sorgfaltspflichtverletzung ist situationsbezogen zu stellen, weshalb der Vorsatz des Täters gerade Teil der Abwägung sein müsste, vgl. *Kindhäuser* GA 1994, 197, 217 ff., 221 ff.; *Maiwald* FS Jescheck S. 405, 420.

³⁸⁹⁰ *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 97; *ders.* FS Universität Köln S. 399, 421; siehe auch *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 237; *Kindhäuser* FS Rengier S. 49, 54 ff.

³⁸⁹¹ *Kindhäuser* FS Maiwald S. 397, 408.

³⁸⁹² *Hilgendorf* in: *Gefahr* S. 9, 21, der auch auf die Maßgeblichkeit für das Gesetzgebungsverfahren hinweist; *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 29; *ders.* in: *Strafrecht und Kriminalpolitik* S. 65, 77; *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964, 41, 50 f.; *Preuß* Untersuchungen S. 96; ähnlich *Kuhlen* Produkthaftung S. 109 hinsichtlich der Maßstabsfigur. Zutreffend weist *Lübbe* Deutsche Zeitschrift für Philosophie 43 (1995) 951, 961 f. darauf hin, dass die Interessen der Beteiligten historisch kontingent sind.

³⁸⁹³ Vgl. *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 134; *ders.* FS Universität Köln S. 399, 421; *ders.* FS Lenckner S. 119, 123; *ders.* in: *Probleme II* S. 53, 67; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 52; *Roxin* FS Klug II S. 303, 313; daher spricht manches dafür, den Gedanken der Sozialadäquanz als restriktives Auslegungsprinzip der *einzelnen* Tatbestände zu interpretieren, so etwa *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 87 ff.; *ders.* in: *Strafrecht und Kriminalpolitik* S. 65, 77; *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 70; *Jescheck/Weigend* AT § 25 IV; *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964, 41, 50; *ders.* FS Jescheck S. 251, 268; *Otto* AT § 6 Rn. 71; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 52; *Roxin* aaO; *ders./Greco* AT I § 10 Rn. 37 ff., 41.

e) Zwischenergebnis

Das fahrlässige Handlungsunrecht bestimmt sich nach der h.M. aus der *ex ante* Perspektive einer objektiven Maßstabsfigur in der Situation des Täters. Maßgebliches Telos für diese Perspektive ist die effektive Verhaltenssteuerung der Normunterworfenen. Diesen soll in der Entscheidungssituation eine taugliche Richtlinie an die Hand gegeben werden, sodass sie Rechtsgutsverletzungen vermeiden, während gleichzeitig ihr Handlungsspielraum nicht unnötig verengt wird.³⁸⁹⁴ Sowohl die Gefährlichkeit des Verhaltens als auch die Sorgfaltswidrigkeit sind daher aus der Situation des Handelnden *vor* Handlungsvollzug zu beurteilen.³⁸⁹⁵ Die tradierte Üblichkeit eines Verhaltens (Sozialadäquanz) ersetzt diese Abwägung nicht, sondern stellt bloß einen Aspekt dar, welcher für das Überwiegen der Interessen sprechen kann.

2. Maßgeblichkeit des Begründungskontextes

Die noch herrschende Lehre (und grds. auch die Rechtsprechung) zur Ingerenz orientiert sich, wie aufgezeigt, hinsichtlich des pflichtwidrigen Vorverhaltens an der im Strafrecht dominierenden Auffassung zur Bestimmung des Verhaltensunrechts objektiv³⁸⁹⁶ *ex ante*. Diese wiederum beruht auf den Erkenntnissen der personalen Unrechtslehre. Die für den *Begriff der Straftat* zu Recht herrschende Folgerung,³⁸⁹⁷ ein *ex ante* zu bestimmendes Handlungsunrecht, einen Verhaltensnormverstoß, als maßgebliche Wertung anzusehen, muss jedoch für die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz nicht zwingend zutreffen.³⁸⁹⁸ Es scheint, dass die Errungenschaften der personalen Unrechtslehre auf die Begründung der Ingerenz übertragen wurden, ohne dass man sich der Übertragbarkeit versicherte. Die Begriffsbildung innerhalb des strafrechtlichen Systems ist eine Frage der Zweckmäßigkeit, entscheidend ist die Aufgabe, die der Begriff im Zusammenhang des Systems zu erfüllen hat.³⁸⁹⁹ Dies wird im Rahmen der Verhaltensnormbegründung insbesondere in Abgrenzung zum Zivilrecht betont: Eine Interessenabwägung, an welche strafrechtliche Konsequenzen geknüpft werden, folgt nicht den gleichen teleologischen Gesichtspunkten wie eine solche hinsichtlich bloß zivilrechtlicher Rechtsfolgen.³⁹⁰⁰ Unterschiedliche teleologische Gesichtspunkte können jedoch nicht bloß in unterschiedlichen

³⁸⁹⁴ Auf die Einzelheiten kann es für die hier zu erörternde Frage nicht ankommen: „Denn in der Sache unstrittig muß *jede* inhaltlich angemessene Auffassung sicherstellen, daß eine Strafhaftung nur an solche Handlungen anknüpft, die sich bei einer *ex ante*-Beurteilung als rechtlich mißbilligt darstellen“, *Kuhlen* in: *Recht und Moral* S. 341, 349.

³⁸⁹⁵ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 64.

³⁸⁹⁶ Vgl. dazu auch *Kuhlen* NStZ 1990, 566, 568. Dass es für die Garantenstellung aus Ingerenz nicht auf die individuelle Erkennbarkeit ankommen kann, gilt als gesichert. Insbesondere solche Autoren, welche im Rahmen des Tatbestandes auf die individuelle Erkennbarkeit abstellen, stellen dem für die Ingerenz einen rein objektiven Unrechtsbegriff entgegen.

³⁸⁹⁷ So auch *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 7 f.

³⁸⁹⁸ Zu diesem Argument schon oben → Kapitel 3 § 2 F I 2 b) (zu *Rudolphi*), II 2 b) (zu *Roxin*), H I 2 a) (insbesondere zu *Stein*).

³⁸⁹⁹ Siehe schon oben § 1 A I. Speziell zum Gefährbegriff *Zieschang* GA 2006, 1 ff.; zur Lehre von der objektiven Zurechnung *Maiwald* FS Miyazawa S. 465, 476; ganz grundsätzlich *Roxin/Greco* AT § 7 Rn. 57 ff.

³⁹⁰⁰ *Kuhlen* Produkthaftung S. 150 f.

Rechtsgebieten³⁹⁰¹ zum Tragen kommen, sondern auch innerhalb des gleichen Rechtsgebiets hinsichtlich unterschiedlicher Rechtsfolgen. So meinte bereits *Engisch*, dass „das Verbrechensmerkmal Rechtswidrigkeit eine ganz andere Funktion und Bedeutung hat als die Notwehrvoraussetzung Rechtswidrigkeit. Deshalb kann jenes Merkmal inhaltlich anders bestimmt werden als dieses“.³⁹⁰² Auch nach *Roxin* „besteht keine systematische Nötigung, die Rechtswidrigkeit des Angriffs nach den Regeln der strafrechtlichen Unrechtslehre zu bestimmen“.³⁹⁰³ Die Folgerung, dass auch hierfür personales Handlungsunrecht erforderlich ist, ist nicht deduktiv zwingend. Vielmehr geht es dabei um teleologische Gesichtspunkte, namentlich das Rechtsbewährungsprinzip, welches die besondere Schärfe des Notwehrrechts begründet.³⁹⁰⁴ Welchen Rechtswidrigkeitsbegriff man also anlegt, ist hier „ein reines Werturteil, das auch anders ausfallen könnte“.³⁹⁰⁵ Vergleichbares gilt auch für die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz: Eine Begriffsbildung, die hinsichtlich der Begründung des strafrechtlichen Verhaltensunrechts zweckmäßig ist, muss dies nicht für die völlig andere Frage sein, ob an eine bestimmte Person ein Garantengebot gerichtet wird.³⁹⁰⁶

Roxin meint etwa zur Ingerenz, wenn der Autofahrer das erlaubte Risiko eingehalten habe, handle es sich juristisch nicht um eine tatbestandsmäßige Verletzung, sondern um ein auf Zufall beruhendes Unglück.³⁹⁰⁷ Doch es geht ja gerade nicht um die Abgrenzung von *tatbestandsmäßiger Verletzung* und „Zufall“, sondern *garantenstellungsbegründender Gefährdung* und „Zufall“.³⁹⁰⁸ Wenn man die Regel zur Lösung eines bestimmten

³⁹⁰¹ Vgl. auch *Engisch* FS Kohlrausch S. 141, 165 f. zum Unterschied zwischen moralischer, historisch-politischer Zurechnung und der in den verschiedenen Rechtsgebieten.

³⁹⁰² *Engisch* Untersuchungen S. 61.

³⁹⁰³ *Roxin* FS Jescheck S. 457, 458; ebenso *Engisch* Untersuchungen S. 61, 358; *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 39 f.; *Hirsch* FS Dreher S. 211, 223; *Welzel* Fahrlässigkeit S. 28.

³⁹⁰⁴ *Roxin* FS Jescheck S. 457, 458 f.; siehe auch *Hirsch* FS Dreher S. 211, 214 ff., 223, 226: Wer sich sorgfaltsgemäß verhalten hat, sollte von der Rechtsordnung erwarten dürfen, dass Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden.

³⁹⁰⁵ *Welzel* Fahrlässigkeit S. 28.

³⁹⁰⁶ Prinzipiell begrüßenswert erscheint auf den ersten Blick der Ansatz von *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 231, 297 ff., der zutreffend darauf hinweist, dass die Wertung der Handlung als strafbares Unrecht nicht mit der Bewertung der Folgenverantwortung kongruent laufe. Daher müsse dieses in einer zweiten Stufe berücksichtigt werden. – Dass die Überlegungen aber nicht überzeugen können, liegt einerseits daran, dass diese zweite Stufe bei *Schrägle* völlig wertungsoffen ist: Es bedürfe einer „Abwägung von Güterschutzbelangen, Freiheitsinteressen, Verantwortungssphären und Risikoverteilungen“. Derartige Begriffe fixieren die Strafbarkeit nicht dogmatisch, sondern laden zum freien Werten ein, sodass Bestrafungen auf ihrer Grundlage nicht nachvollziehbar und überprüfbar wären. Problematisch erscheint zweitens, dass die Stufe *nur als einschränkender* Filter zu der angeblich im ersten Schritt maßgeblichen objektiven Zurechnungslehre dient (die bereits selbst eine äußerst vage Formel darstellt; so stellt *Schrägle* darauf ab, ob die geschaffene Gefahr als „Werk“ des Handelnden erscheint). Das bedeutet aber, dass der sorgfaltsgemäße Handlungsvollzug *ex ante* (das „erlaubte“ Risiko) – obwohl es sich um keinen spezifischen Aspekt der „Folgenverantwortung“ handelt – stets eine Ingerenzgarantenstellung ausschließt.

³⁹⁰⁷ *Roxin* AT II § 32 Rn. 167; *ders.* FS Trechsel S. 551, 560; ähnlich *Rengier* AT § 50 Rn. 82.

³⁹⁰⁸ Hier zeigt sich überdies die im Allgemeinen festzustellende Zirkularität der Lehre von der objektiven Zurechnung: Eine nicht zurechenbare Rechtsgutsverletzung ist ein auf Zufall beruhendes Unglück. Und ein auf Zufall beruhendes Unglück ist nicht zurechenbar. Was also Unglück ist, bestimmt sich ganz wesentlich

Problems (Erfüllung des objektiven Tatbestands) aus dem systematischen Zusammenhang reißt und unmittelbar auf die Lösung eines anderen Problems anwendet (Garantenstellung aus Ingerenz), ändert die Lösung ihren Sinn und verliert ihre Rechtfertigung.³⁹⁰⁹ Es ist jedenfalls nicht zwingend, dass die Beurteilung einer Handlung aus der Perspektive *ex ante* auf die Begründung der Garantenpflicht durchschlägt. Die objektive Maßstabsperson, mit *Arm. Kaufmann* „Homunkulus aus der Retorte der Rechtswissenschaft“, die „Personifizierung der Rechtsordnung in der konkreten Situation“³⁹¹⁰, wird gerade zu einem *bestimmten Zweck* normativ konstruiert. „Die mißbilligte Risikoschaffung ist nicht um ihrer selbst willen, sondern nur als Partikel einer Norm von Interesse [...]“.³⁹¹¹ Es ist verfehlt, dieses aus ganz spezifischen Erwägungen begründete Konstrukt „fahrlässiges Handlungsunrecht“ als „fertiges Ergebnis“ zu nehmen und auf die Begründung der Garantenstellung übertragen, ohne aufzudecken, ob das *Telos*, nach dem sich die Voraussetzungen der Pflichtwidrigkeit bestimmen, auch auf die Begründung der Garantenstellung passen.³⁹¹²

Es ist im Übrigen bemerkenswert, dass ein Großteil derjenigen Autoren, welche für das Fahrlässigkeitsdelikt auf individuelle Maßstäbe abstellen,³⁹¹³ auch für die Ingerenzbegründung keinen *objektiven Sorgfaltsverstoß ex ante* verlangen.³⁹¹⁴ Zwar scheint der Streit um den generellen oder individuellen Maßstab für das Fahrlässigkeitsdelikt möglicherweise überschätzt,³⁹¹⁵ da die generelle Sorgfaltsbestimmung regelmäßig auf einen ganz bestimmten Verkehrskreis abstellt und Sonderwissen einbezieht, während die individualisierende Sorgfaltsbestimmung bei unterdurchschnittlichen Fähigkeiten regelmäßig schon die Übernahme der Tätigkeit für sorgfaltswidrig hält.³⁹¹⁶ Für die Ingerenz ist

danach, wie man zuvor die Zurechnungsregeln definiert hat. Ebenso gut ließe sich vorbringen, der Unfall sei für den Autofahrer, der die Gefahrentstehung ja beherrscht, kein Unglück, sondern die Folge seines Risikoverhaltens und damit sein „Werk“. Solche Paraphrasierungen lassen sich beliebig für die eine oder andere Richtung einsetzen.

³⁹⁰⁹ Im Allgemeinen *Puppe* ZIS 2020, 143, 149.

³⁹¹⁰ *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964, 41, 49, 51; siehe auch *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 55; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 15 Rn. 21.

³⁹¹¹ *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 175.

³⁹¹² Wie *Roxin* selbst zum gerechtfertigten Handeln aufgrund rechtfertigenden Notstands ausführt: Zwar mag das Opfer kein Recht haben vor der Handlung, wohl aber möglicherweise vor deren Konsequenzen geschützt zu werden (AT II § 32 Rn. 158; im Anschluss an *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 47). – Warum soll dieser Satz dann aber nicht auch für die Fälle des „erlaubten Risikos“ gelten?

³⁹¹³ Mit Unterschieden im Einzelnen: *Börgers* Gefahurteil S. 88 ff., 111 ff.; *Freund* MK Vor § 13 Rn. 183; *Frister* 10/35 ff., 12/1 ff.; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 42 Rn. 30 ff., § 43 Rn. 9 ff., 166 ff.; *Jakobs* AT 9/1 ff., 8 ff.; *Kindhäuser* GA 2007, 447 ff.; *Otto* AT § 10 Rn. 13 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 15 Rn. 12 ff.; *Weigend* FS Gössel S. 129, 138 ff.

³⁹¹⁴ Siehe prägnant etwa *Frister* AT 22/31: Warum sollte die Garantenstellung davon abhängig sein, was eine andere Person in ihrer Situation hätte erkennen können?

³⁹¹⁵ Siehe etwa *Renzikowski* in: Juristische Grundlagenforschung S. 115, 125 m. Fn. 51: Die Bedeutung des Streitigen zwischen der objektiven und der individuellen Sichtweise verhalte sich „reziprok proportional zu dem Aufwand, mit dem er diskutiert wird“; *Roxin/Greco* AT I § 24 Rn. 56; *Otto* AT § 9 Rn. 16.

³⁹¹⁶ Vgl. für die eine und die andere Seite etwa *Roxin/Greco* AT I § 24 Rn. 56 und *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 15 Rn. 13, 22.

der Unterschied jedoch gerade nicht irrelevant: Denn wenn man die juristische Konstruktion einer objektiven Maßstabsperson allgemein ablehnt, erscheint es folgerichtig, neben dem subjektiveren Merkmal „individuelle Vorhersehbarkeit“ die objektive Tatbestandsmäßigkeit – und konsequenterweise die Ingerenzbegründung – tatsächlich *rein objektiv* zu beurteilen, sei es unter dem Gesichtspunkt des objektiv „erlaubten Risikos“, der „Vermeidspflicht“ oder der „Sozialadäquanz“, sei es unter völlig abweichenden Begriffen wie „Organisationkreis“ oder „Sonderverantwortlichkeit“. Auch die Anhänger der älteren, objektiven Unrechtslehren, etwa v. Hippel und Mezger, differenzierten insoweit: Für die Begründung einer Ingerenzpflicht müsse das Verhalten zwar rechtswidrig, aber nicht schuldhaft (fahrlässig) gewesen sein.³⁹¹⁷

In einem grundsätzlich teleologisch orientierten Straftatsystem dürfen jedoch Bewertungen (etwa die Pflichtwidrigkeit einer Handlung) nicht verabsolutiert und unbesehen der sie tragenden Zwecke in einen anderen Kontext übertragen werden. Dies gilt in beide Richtungen: Dass die Verbotenheit einer Handlung *ex ante* notwendige Voraussetzung *strafrechtlicher Verantwortlichkeit für diese Handlung* ist, bedeutet nicht, dass dies eine notwendige Voraussetzung jeglicher „Verantwortlichkeit“ i.w.S., die sich mittelbar an diese Handlung knüpft, sein muss. Gleichzeitig bedeutet eine strikt objektive Konzeption der Verbotsmaterie, welche alle Aspekte des Kennens und Kennenkönnens in eine rein subjektive Kategorie auslagert, nicht zwingend, dass die Ingerenzgarantenstellung rein objektiv zu begründen sei.³⁹¹⁸ Die bloß äußerliche stoffliche Trennung zwischen objektiven und subjektiven Elementen der Straftat darf ebenso wenig Anlass für dogmatische Folgerungen³⁹¹⁹ zur Ingerenz sein.

Daher kann man durchaus kritisieren, dass sich der BGH in der Ledersprayentscheidung widersprüchlich *äußert*, wenn er zwar vordergründig am Erfordernis der „Pflichtwidrigkeit“ festhält, dieses aber *ex post* anhand des Unrechtserfolgs bestimmt.³⁹²⁰ Falsch ist also möglicherweise die terminologisch irreführende Anknüpfung an die herrschende Konzeption des tatbestandlichen (Fahrlässigkeits-)Unrechts. Die Maßgeblichkeit der *personalen* Unrechtslehre für das Unrecht des Fahrlässigkeitsdelikts steht jedoch nicht der Annahme entgegen, für das *abweichende Begründungsziel* „Garantenstellung aus Ingerenz“ einer *objektiven* Unrechtskonzeption zu folgen.³⁹²¹ Wenn man im Rahmen des Handlungsunrechts auf die Handlung als finalen Akt, als Entscheidung einer Person abstellt,

³⁹¹⁷ v. Hippel Strafrecht II § 14 VIII 3b, 4; Mezger Strafrecht S. 147.

³⁹¹⁸ Siehe oben zu Vogel → Kapitel 3 § 2 G III 2 b).

³⁹¹⁹ In anderem Kontext Roxin/Greco AT I § 7 Rn. 85.

³⁹²⁰ Rudolphi SK⁷ § 13 Rn. 39: Der BGH verwechsle die Missbilligung des Gefährerfolges mit der Pflichtwidrigkeit der ihn bewirkenden Handlung; Rn. 39b: das Kriterium sei in der Sache preisgegeben; siehe auch Brammsen GA 1993, 97, 102 ff.; Schünemann in: Internationale Dogmatik S. 49, 69.

³⁹²¹ Nicht überzeugend daher Otto FS Hirsch S. 291, 304: „Aus einem Erfolgsunwert wird auf einen Handlungsunwert geschlossen, der jedoch gerade nicht durch pflichtwidriges Verhalten begründet ist. Eine solche Schlußfolgerung mag in einer strikt objektiven Unrechtskonzeption möglich sein. Mit den Grundsätzen der heute weithin anerkannten personalen Unrechtskonzeption ist sie nicht vereinbar. Danach kann die Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens nur vom Handlungsunwert her bestimmt werden [...]“; siehe schon zu Brammsen oben → Kapitel 3 § 1 H II 3).

so folgt dies nicht aus einer ontologischen Einsicht, sondern aus einer Wertung.³⁹²² Die Maßgeblichkeit der *ex ante* Perspektive ergibt sich nicht aus dem Begriff oder Wesen von irgendetwas, sondern aus ganz spezifischen Zweckgesichtspunkten. – Dann ist es aber, wie oben schon gesehen, nicht ausgeschlossen, die Handlung unter einem anderen Blickwinkel, im Hinblick auf eine abweichende Rechtsfolge, als kausalen Vorgang zu betrachten.³⁹²³ Im Folgenden ist also zu untersuchen, ob diejenigen teleologischen Gesichtspunkte, die zur Maßgeblichkeit des *ex ante* bestimmten, personalen Handlungsunrechts bei den Begehungsdelikten führen, auch für die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz Gültigkeit beanspruchen können.

3. „Verkürzung“ der Urteilsbasis oder „Maximum an Wahrheitsgarantie“?

Dabei darf insbesondere nicht aus dem Blick geraten, dass die Maßgeblichkeit der *ex ante* Perspektive rechtfertigungsbedürftig ist.³⁹²⁴ Grundsätzlich muss, wenn die Interaktion zweier oder mehrerer Personen in einer Situation *sinnvoll* bewertet werden soll, *eben diese Situation* zugrunde gelegt werden. Das Recht und insbesondere das Strafrecht hat sich in erster Linie an objektiven Gesichtspunkten zu orientieren.³⁹²⁵ Die Bewertung ist grundsätzlich mit einem „Maximum an Wahrheitsgarantie“ zu versehen.³⁹²⁶ Bei der *ex ante* Perspektive der Sorgfaltsmaßstäbe wird gerade auf dieses „Maximum an Wahrheitsgarantie“ verzichtet, die Beurteilung wird vielmehr aus ganz spezifischen Gründen auf eine beschränkte Tatsachenbasis gestellt, nämlich die, welche der Täter zur Verfügung hat bzw. von Rechts wegen zur Verfügung haben muss. Indem sich der Handelnde bei der Ausübung seiner Handlungsfreiheit *in der ungewissen Situation* nur nach der erkennbaren Lage richten muss, werden für diese Situation die Integritätsinteressen von potentiellen *Opfern* zurückgenommen. Die Lage des konkreten *Opfers* wird hingegen – soweit sie nicht *ex ante* erkannt werden konnte und berücksichtigt werden musste – bei der Interessenabwägung der Sorgfaltsstandards ausgeblendet. Die Bestimmungsfunktion „subjektiviert“ die Norm notwendigerweise,³⁹²⁷ indem das für die Bestimmung der Sorgfaltswidrigkeit maßgebliche Tatsachenmaterial aufgrund der Erkenntnismöglichkeiten des Täters bzw. einer Maßstabsperson eingeschränkt wird. Dies gilt naturgemäß für diejenigen Auffassungen, die die Fahrlässigkeit bereits auf der Ebene des Unrechts anhand der *individuellen* Erkennbarkeit durch den Täter bestimmen. Man könnte hier nun einwenden, dass dies gerade nicht gelte, wenn man auf die *objektive* Sorgfaltswidrigkeit abstelle, da hier ja eben ein *objektives* Urteil nach *sozialen* Standards³⁹²⁸ erfolge. Natürlich ist ein

³⁹²² So zur Stellung des Vorsatzes als Unrechtselement *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 32 f.

³⁹²³ → § 1 A II 4, III 6.

³⁹²⁴ Dass die personale Unrechtslehre für die Bestimmung strafrechtlich relevanten Handlungsunrechts den Fokus auf die Entscheidungssituation legt, ist aus den oben genannten Gründen überzeugend. Vgl. nur *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 163: Primat des Handlungsunrechts.

³⁹²⁵ *Mezger* GS 89 (1924) 207, 242; in der Sache auch *Gallas* FS Heinitz S. 171, 178 f.

³⁹²⁶ *Gallas* FS Heinitz S. 171, 178.

³⁹²⁷ Vgl. *Stratenwerth* SchwZStr 79 (1963) 233, 248 f.; *Wolter* Straftatsystem S. 33, 37, 116; siehe auch *Haas* FS Kindhäuser S. 177, 180: „Subjektivierung der Prognosebasis“ durch die *ex ante* Perspektive.

³⁹²⁸ Für die Begründung des Handlungsunrechts etwa *Kühl* Beendigung S. 55 f.; *Lampe* Unrecht S. 208: „objektives Unrecht eines Subjekts“.

solches Gefahrurteil objektiver als eine individuelle Einschätzung: „Der Eindruck der Gefährlichkeit ist typischerweise intensiver, wenn sich der Betrachter sagen kann, nicht nur jeder vernünftige Mitbürger hätte die Situation für schadensträchtig [...] gehalten“.³⁹²⁹ Doch auch diejenigen Autoren, die auf eine objektive Maßstabsperson rekurrieren, subjektivieren das Gefährlichkeits- sowie das Pflichtwidrigkeitsurteil. Zwar geht es um das Sollen und Können einer „vernünftigen“ Maßstabsperson, allerdings *in der Position und Situation des Täters*.³⁹³⁰ Die objektive Bestimmung der Fahrlässigkeit objektiviert das Urteil also bloß insoweit, als der Betreffende in seinem Wissen und seinen Fähigkeiten hinter dem Standard der Rechtsordnung (der „Maßstabsperson“) zurückbleibt, bleibt jedoch ansonsten insoweit subjektiviert, als weiterhin von allen Tatsachen abgesehen wird, die – obwohl sie objektiv gegeben sind – in der jeweiligen *Situation* von einem sorgfältigen Durchschnittsmenschen in der *Position* des Handelnden nicht erkennbar waren (objektive Gefährlichkeit/Erkennbarkeit) und deshalb auch nicht beachtet werden mussten (objektive Sorgfaltswidrigkeit). Damit trägt auch der objektive Maßstab zwar nicht dem begrenzten Können der konkret handelnden Person, jedoch den durchschnittlichen „Beschränkungen“ handelnder Menschen (der Maßstabsperson) Rechnung.³⁹³¹ Besonders deutlich wird die Subjektivierung der Norm im Kontext des Problems des Sonderwissens.³⁹³² Die h.M. bestimmt die Sorgfaltsanforderung relativ zum Wissensstand des Adressaten. Konsequenterweise kann nicht bloß die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, sondern auch die Garantenstellung aus Ingerenz aus dem Sonderwissen der Person begründet werden.

Die herrschende Fahrlässigkeitsdogmatik schafft, wie gesehen, *trotz* der Unsicherheiten *in* der Entscheidungssituation *für* diese Entscheidungssituation einen angemessenen Ausgleich zwischen den Freiheitsinteressen des Handelnden und den Schutzinteressen potentieller Opfer. Grundlage der personalen Unrechtslehre ist, „daß die strafrechtlichen Normen nur menschliche Handlungen, die die Zukunft zweckmäßig zu gestalten vermögen, verbieten oder gebieten können“, doch „folgt für den Gesetzgeber daraus lediglich, daß er die ihm gestellte Aufgabe des Rechtsgüterschutzes nur in dem durch den Handlungsunwert abgesteckten Rahmen verwirklichen kann“.³⁹³³ Hierdurch wird das Optimum einer objektiven Beurteilung aufgrund eines „Maximum an Wahrheitsgarantie“ *situativ* ein-

³⁹²⁹ Stein FS Küper S. 607, 622.

³⁹³⁰ Prägnant etwa bei Maihofer FS Rittler S. 141, 155, 157 ff.

³⁹³¹ Vgl. Rudolphi in: Grundfragen S. 69, 75 f.; siehe bereits Larenz Zurechnungslehre S. 60 ff.; Münzberg Verhalten S. 142 ff.; deutlich wird das insbesondere, wenn man die empirische Verkehrsblichkeit in die objektive Fahrlässigkeitsbestimmung einbezieht, vgl. etwa Kuhlen Produkthaftung S. 109; auf das Können der *individuellen* Person abstellend hingegen Engisch FS DJT Bd. 1 S. 401, 419; ders. Gerechtigkeit S. 239 ff.; Freund Erfolgsdelikt S. 56; ders. MK § 13 Rn. 138; Kindhäuser GA 1994, 197, 198 f., 214.

³⁹³² Im Allgemeinen kritisch gegen die h.M. insoweit Struensee JZ 1987, 53, 59: Die Risikoerlaubnis resultiere aus der Begrenztheit des Täterwissens. Hiermit werde ein Ignoranzprivileg aufgestellt. „Es liegt auf der Hand, daß in solchen Fällen, die durch vorgängige Information zu behebbende Unkenntnis das Privileg des erlaubten Risikos nicht verdient“ (S. 61 f.).

³⁹³³ Rudolphi FS Maurach S. 51, 70; Hervorhebungen jeweils nicht im Original.

geschränkt. Die beschränkte Prognosebasis wird jedoch nicht selbst das Ideal oder Leitbild. Denn das Absehen von einem Maximum an Wahrheitsgarantie ist weiterhin dem Opfer gegenüber *begründungsbedürftig*, indem hierdurch der Schutz seiner Rechtsgüter verkürzt wird. Dass diese Begründung für das Verhaltensunrecht gelingt, bedeutet nicht zwingend, dass die Verkürzung der Tatsachenbasis auch bei der Ingerenz rechtfertigungsfähig ist.

4. Teleologischen Begründung der *ex ante* Perspektive bei der Ingerenz?

Zu überlegen ist, ob die für die Begründung der *ex ante* Perspektive bei der Verhaltensnorm vorgebrachten Zwecke auch für die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz zutreffen, so dass die Verkürzung der Tatsachenbasis auch hier rechtfertigungsfähig wäre.

a) Verhaltenssteuerung?

Die *ex ante* Perspektive der Verhaltensnorm begründet sich, wie oben dargelegt,³⁹³⁴ maßgeblich aus ihrer Bestimmungsfunktion, den Adressaten als determinativen Faktor anzusprechen und zu rechtskonformen Verhalten zu motivieren.³⁹³⁵ Es handelt sich jedoch bei der Begründung der Garantenstellung um eine abweichende Rechtsfolge, die einem abweichenden Ziel folgt, das für die *ex ante* Perspektive der Verhaltensnormen maßgebliche *Telos* der Verhaltenssteuerung spielt für die Ingerenzbegründung keine Rolle.³⁹³⁶ Dass die Norm den *Willen* des Handelnden in der Entscheidungssituation anspricht, rechtfertigt eine Beschränkung der Tatsachenbasis auf die *in dieser Entscheidungssituation (ex ante)* zugänglichen Daten.³⁹³⁷ Der Handelnde muss daher aufgrund der in seiner Entscheidungssituation verfügbaren Daten die Möglichkeit haben, sich rechtskonform zu verhalten. *Es ergibt jedoch keinen Sinn*, zu sagen, der Täter müsse in der Entscheidungssituation die Verhaltensmöglichkeit haben, die das Entstehen einer Garantenstellung vermeidet. Denn das Entstehen einer Garantenstellung stellt weder ein Unwerturteil über das Verhalten des Täters dar noch knüpft sich eine Sanktion daran. Es ist im Gegenteil sehr gut denkbar, eine Garantenstellung gerade an die Folgen eines Verhaltens zu knüpfen, welches in der unsicheren Entscheidungssituation unverboden war.

³⁹³⁴ Siehe oben → 1 a).

³⁹³⁵ Siehe auch *Schünemann* JA 1975, 435, 438: der spezifischen Funktion strafrechtlicher Verhaltensnormen geschuldet.

³⁹³⁶ Dagegen hat jüngst mit *Paradissis* ein *de facto* Befürworter des Pflichtwidrigkeitskriteriums (der Lehre von der „objektiven Zurechnung“) das Wesen der Verhaltensnormen sogar *für* dieses Kriterium angeführt, *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 152 ff.

³⁹³⁷ Die *strafrechtliche* Missbilligung knüpft dann an diese *rechtlich fehlerhafte Entscheidung* der Person als personales Unrecht und nicht an eine bloß kausale Verursachung an.

b) Maximierung der Handlungsfreiheit?

Maßgeblicher Gedanke bei der Konturierung von Sorgfaltsstandards ist, dass der Adressat der Verhaltensnorm nicht überlastet und damit nicht zu stark in seiner Handlungsfreiheit eingeschränkt wird.³⁹³⁸ Es geht um die „Beförderung der Handlungsfreiheit auf Kosten des Rechtsgüterschutzes“.³⁹³⁹ Überspannte Sorgfaltsanforderungen könnten, da auch gefährliche Handlungen eine unbestreitbare gesellschaftliche Nützlichkeit haben³⁹⁴⁰ – sei es nur die im freiheitlichen Rechtsstaat stets schützenswerte Inanspruchnahme individueller Handlungsfreiheit als Selbstzweck³⁹⁴¹ – gesamtgesellschaftliche Nachteile mit sich bringen, etwa wenn eine sozial erwünschte Tätigkeit verboten würde. Das Recht versucht nicht, schädigende Ereignisse unbedingt zu vermeiden, da es ansonsten zu „einer Art allseitigen Stillstands“³⁹⁴² käme. Entscheidender Gesichtspunkt ist, dass beispielsweise gewisse Produktgefahren (sinngemäß gilt dies auch etwa für Gefahren des Autoverkehrs, der Tierhaltung, etc.) zwar *bei Einstellung* der Produktion vermeidbar wären, *wenn* sich die Gesellschaft jedoch aufgrund des hohen sozialen Nutzens dazu entschließt, die Produktion zuzulassen, unvermeidbar sind. Der Betreffende (etwa der Produzent) handelt nur dann sorgfaltsgemäß, wenn der angestrebte Nutzen *unvermeidlich* mit der Schaffung bestimmter Risiken einhergeht. Risiken müssen also insoweit vermieden werden, als der soziale Nutzen bzw. im Allgemeinen die Ausübung der Handlungsfreiheit *nicht vereitelt* wird. Zu Recht wird daher darauf hingewiesen, dass die Schaffung unnötiger Risiken keine Privilegierung verdient. Die Sorgfaltspflichten legen dem Handelnden auf, die Gefahren soweit wie möglich zu minimieren.³⁹⁴³ Der Nutzen der gefährlichen Tätigkeit (Autofahren, Produktvertrieb, Tierhaltung) geht jedoch *unvermeidlich* nur damit einher, dass diese Verhaltensweisen *ex ante* unverboden *zugelassen* werden. Während zu hohe Sorgfaltsstandards während der Ausübung der Tätigkeit deren Nutzen vereiteln könnten, wäre

³⁹³⁸ Vgl. etwa *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 39 ff.; *Schünemann* GA 1999, 207, 220.

³⁹³⁹ *Duttge* MK § 15 Rn. 136; siehe auch *Jakobs* AT 7/35: Ermöglichung des sozialen Kontakts und damit Aufrechterhaltung der Handlungsfreiheit.

³⁹⁴⁰ Vgl. etwa zum Produktvertrieb *Hilgendorf* FS Sancinetti S. 451, 466; *ders.* in: *Gefahr* S. 9, 24 ff.; *Kuhlen* JZ 1994, 1142, siehe auch S. 1146; *Lenckner* FS Engisch S. 490, 500; zum Verkehr mit Kraftfahrzeugen *Hilgendorf* in: *Gefahr* S. 9, 25 f.; *Maiwald* FS Jescheck S. 405, 410, 412; im Allgemeinen *Frisch* Vorsatz S. 139 f.; *ders.* JuS 2011, 116, 118; *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 325 (der darunter auch reine Unterhaltungsunternehmen fasst); *Jescheck/Weigend* AT § 55 I 3 b; *Mitsch* JuS 2018, 1164; *Roxin/Greco* AT I § 24 Rn. 39.

³⁹⁴¹ Vgl. auch *Münzberg* Verhalten S. 273 ff.; *Duttge* FS Maiwald S. 135, 139; *Frisch* Vorsatz S. 140 m. Fn. 71; *Mitsch* JuS 2018, 1161, 1164; differenzierend nach der sozialen Bedeutung des Verhaltens *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 58; *Jescheck/Weigend* AT § 55 I 3 b; *Lenckner* FS Engisch S. 490, 500; *Roxin/Greco* AT I § 24 Rn. 39; *Schünemann* JA 1975, 575 f.; die Zwecksetzung des Handelnden miteinbeziehend *Murmann* FS Herzberg S. 123, 134.

³⁹⁴² *Jakobs* System S. 29; siehe auch *Duttge* FS Maiwald S. 135, 139; *Freund* Erfolgsdelikt S. 51 ff.; *Frisch* Vorsatz S. 140 m. Fn. 71; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 8 Rn. 32, § 15 Rn. 19.

³⁹⁴³ Dazu *Hilgendorf* FS Sancinetti S. 451, 466 f.; *ders.* in: *Gefahr* S. 9, 13, 24 f.: Der soziale Nutzen legitimiert die zu erwartenden Begleitschäden also nur, solange der Täter alles Zumutbare tut, um die Schäden so gering wie möglich zu halten. – Der Begriff der Unzumutbarkeit ist allerdings recht unbestimmt (so auch *Hilgendorf* aaO Fn. 60); in der Sache geht es also um eine Interessenabwägung i.R.d. objektiven Sorgfaltswidrigkeit, so auch *ders.* FS Sancinetti S. 451, 467; siehe auch *Jescheck/Weigend* AT § 55 I 3; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 8 Rn 32; bereits *Binding* Normen IV S. 440.

dieser durch die Auferlegung von Pflichten zur etwaigen Korrektur und Gegensteuerung regelmäßig weniger beeinträchtigt.³⁹⁴⁴ Auch wenn das Verhalten *im Anschluss* daran eine Garantenstellung aus Ingerent bedingt, ist die Entscheidungsfreiheit *in der Situation* ungeschmälert. Die mögliche spätere Überwachungsposition führt – anders als das Risiko von Missbilligung und Strafe – nicht zu einer gesamtgesellschaftlich unerwünschten übertriebenen Vorsicht³⁹⁴⁵ während der Handlungssituation.

Insbesondere bestehen die Grenzen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit „gerade nur im Interesse des Nicht-Wissenden, um dessen Sorgfalts- und Nachprüfungspflichten nicht maßlos überzustrapazieren.“³⁹⁴⁶ Es ist bereits zu bezweifeln, ob diese Gefahr der Überforderung des Bürgers durch strafrechtlich bewehrte Normen *typischerweise* überhaupt beim Vorsatzdelikt besteht.³⁹⁴⁷ Es handelt sich bei der freiheitsschonenden Bestimmung genereller Sorgfaltsmaßstäbe *ex ante* um ein Spezifikum der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit. Die Gefahr der Überforderung entsteht bei der Fahrlässigkeit aus dem *Nichtwissen* heraus und es ist allein dieser Gesichtspunkt, der es rechtfertigt, dort den Schutz der Rechtsgüter zugunsten der Handlungsfreiheit des auf einer unvollständigen Wissensbasis Agierenden zurückzunehmen. Dann spricht aber wenig dafür, die Voraussetzungen der Sorgfaltswidrigkeit auf die Begründung der Ingerenz zu übertragen. Aus der Perspektive des unterlassenden Ingerenten gibt es keine Ungewissheit hinsichtlich der *Vorhandlung*. Eine Überforderung des Ingerenten aufgrund situativen Nichtwissens ist in der Ingerenzsituation – anders als hinsichtlich der Sorgfaltsanforderungen des Fahrlässigkeitsdelikts – nicht zu befürchten.

c) Schuldprinzip?

Überdies widerspräche es dem Schuldprinzip, wenn der Täter für bloße Erfolgsverursachungen haften würde, also für Handlungen bestraft würde, deren intolerable Gefährlichkeit in der konkreten Tatsituation *ex ante* unerkennbar war und sich erst im Nachhinein herausstellte.³⁹⁴⁸ Es ist daher unzulässig, denjenigen Täter zu bestrafen, der nicht einmal

³⁹⁴⁴ Zumal diese Pflichten wiederum selbst keine unbedingte Erfolgsvermeidung gebieten, sondern selbst durch das Erfordernis der Sorgfaltswidrigkeit beschränkt sind.

³⁹⁴⁵ Davor warnend etwa *Mitsch* JuS 2018, 1161, 1167.

³⁹⁴⁶ Im Vergleich von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 44.

³⁹⁴⁷ „Während ein zu strenger Maßstab für eine Fahrlässigkeitshaftung die Handlungsfreiheit angesichts drohender Strafbarkeitsrisiken unzumutbar einschränken würde, wird der Täter mit mehr oder weniger sicherer Voraussicht des Erfolgeintritts nicht übermäßig belastet“, *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 39, 41, 44, 52; *ders.* SSW Vor § 13 Rn. 72; siehe auch *Schünemann* GA 1999, 207, 220 f.; näher zur Berücksichtigung von Kenntnissen, Fähigkeiten und Absichten im Abwägungsprozess *Murmann* FS Herzberg S. 123, 130 ff.

³⁹⁴⁸ Siehe *Hirsch* ZStW 94 (1982) 239, 255; *ders.* ZStW 106 (1994) 746, 747; *Kindhäuser* GA 2007, 447, 450: In einem Schuldstrafrecht läuft die Zurechnung an irgendeiner Stelle stets durch den Filter der individuellen Fähigkeiten des konkreten Täters; *Roxin/Greco* AT I § 19 Rn. 53i; *Vogel/Bülte* LK § 15 Rn. 155. Diejenigen Autoren, die eine rein objektive *ex post* Betrachtung der Gefahrschaffung/Gefährlichkeit vornehmen, schränken dies auf einer zweiten Stufe anhand der individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten des Täters ein, siehe mit Unterschieden im Einzelnen *Burkhard* in: Straftat, Strafzumessung S. 99 ff., 133; *Frisster* AT 10/35 ff.; *Kindhäuser* GA 1994, 197 ff.; *ders.* GA 2007, 447 ff.; *Struensee* JZ 1987, 53 ff.

fahrlässig handelt,³⁹⁴⁹ denn dann fehlt es an einem Verhaltensfehler, den der strafrechtliche Tadel voraussetzt.³⁹⁵⁰

Zutreffenderweise berücksichtigt die herrschende Lehre bestimmte personale Elemente schon auf Unrechtsebene (im Tatbestand). Gegenstand des Schuldvorwurfs ist das Unrecht:³⁹⁵¹ Schuld ist insoweit nicht isolierte Gesinnung oder isolierte Vorwerfbarkeit, sondern setzt bereits das *personal* geprägte Unrecht voraus,³⁹⁵² denn vorgeworfen werden kann nur eine Tat. Als Gegenstand eines Werturteils über die Sozialschädlichkeit und Verwerflichkeit,³⁹⁵³ bietet sich die Handlung als *bloß* kausaler Vorgang nicht an,³⁹⁵⁴ denn der Unrechtsbegriff dient dazu, das Verhalten *von Menschen* zueinander zu regeln und zu bewerten.³⁹⁵⁵ Die Handlung auf die bloße Verursachung reduziert und aller Aspekte *menschlichen* Handelns entkleidet, kann kaum tauglicher Gegenstand normativer Vorwerfbarkeit sein. Berücksichtigt man nicht die Entscheidungsperspektive (*ex ante*), läge kein Handlungsunrecht vor, sondern bloße „Haftung“ für einen verursachten Erfolg.

Nach dem Schuldprinzip setzt die Strafbarkeit also jedenfalls fahrlässiges Verhalten voraus. Die h.M. berücksichtigt dies – zu Recht – bereits auf der Ebene des Tatbestands.

Dagegen stellt das Schuldprinzip keine Schranke für die nachträgliche Beurteilung des Geschehens unter dem Gesichtspunkt der Folgenverantwortung im Sinne einer Überwa-

³⁹⁴⁹ Roxin/Greco AT I § 19 Rn. 53i; Vogel/Bülte LK § 15 Rn. 155; T. Walter LK Vor § 13 Rn. 159. So auch im Rahmen des „Unrechtsvorwurfs“ Hörnle FS Neumann S. 593, 406.

³⁹⁵⁰ Kuhlen Produkthaftung S. 89; ders. in: Straftat, Strafzumessung S. 77, 93; vgl. auch Hörnle FS Neumann S. 593, 604; Jescheck LK¹¹ Vor § 13 Rn. 82. Auch das Vorliegen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs soll sich aus dem Schuldprinzip ergeben: Eine Bestrafung wegen eines Erfolgseintritts, welcher nicht in Bezug zur Sorgfaltswidrigkeit steht, verstößt gegen das Schuldprinzip, vgl. Arm. Kaufmann ZfRV 1964, 41, 53.

³⁹⁵¹ Eschelbach in: Gefahr S. 145, 148: das gesetzlich vordefinierte und im Einzelnen festgestellte Unrecht; Hörnle FS Neumann S. 593, 604, die auf den Begriff der Schuld verzichten will und von einem individuellen „Unrechtsvorwurf“ spricht; Jescheck LK¹¹ Vor § 13 Rn. 77: „Selbstverständlich wird der Täter nicht wegen seiner Schuld allein, sondern wegen der rechtswidrigen, schuldhaften Tat zur Verantwortung gezogen“; Jescheck/Weigend AT § 4 I 1, § 38 II 5, § 39 IV; Neumann FS Sancinetti S. 119, 121; siehe auch BVerfGE 80, 244, 255; BVerfGE 96, 96, 140; BVerfGE 133, 168, 199; Bockelmann/Volk AT § 12 A III 1; Frister AT 3/18 ff.; Gallas FS Bockelmann S. 155, 164; B. Heinrich AT Rn. 528; Hörnle Kriminalstrafe S. 60; Kudlich SSW Vor § 13 Rn. 80: persönliche Vorwerfbarkeit rechtswidrigen Verhaltens; Rudolphi SK⁶ Vor § 1 Rn. 82.

³⁹⁵² Vgl. nur Gallas ZStW 67 (1955) 1, 45; ders. FS Bockelmann S. 155, 164; vgl. auch Jescheck/Weigend AT § 38 II 5; Murmann GK § 8 Rn. 4; Weigend FS Gössel S. 129, 133: Fahrlässigkeit als „Geringachtung fremder Rechtsgüter durch mangelnde Aufmerksamkeit“.

³⁹⁵³ Bereits das Handlungsunrecht stellt untechnisch gesprochen einen Vorwurf dar, indem dem Täter eine Verfehlung der als richtig bewerteten Verhaltensstandards angelastet wird. Es geht insoweit nicht um persönliche Vorwerfbarkeit, wohl aber um den sozialen Vorwurf, dass *man* anders hätte handeln sollen und können. Vgl. Maihofer FS Rittler S. 141, 156 ff., 164, der insoweit auch von „Unrechtsvorwurf“ spricht; sowie Rudolphi in: Grundfragen S. 69, 75 ff.; außerdem bereits H. A. Fischer Rechtswidrigkeit S. 117.

³⁹⁵⁴ Gallas ZStW 67 (1955) 1, 38.

³⁹⁵⁵ Gallas FS Bockelmann S. 155, 158 ff.; Hirsch ZStW 93 (1982) 239, 271.

chungsgarantenstellung dar: Die Begründung (bzw. genauer: das Fortbestehen) des Einstehe nmüssens stellt keine Sanktion dar,³⁹⁵⁶ sondern adressiert nur eine Kontroll-/Überwachung sposition an eine Person, welche dann Grundlage für die einzelnen „Garantenpflichten“ ist. Es geht nicht um die Ahndung einer begangenen Rechtsgutsverletzung, sondern die Abwehr einer drohenden.³⁹⁵⁷ Die Garantenstellung aus Ingerenz ist also ebenso wenig eine Strafe wie die der Mutter oder die des Hundehalters. An die eine Garantenstellung aus Ingerenz begründende Vorhandlung wird weder Lob noch Kritik³⁹⁵⁸ und erst recht kein *strafrechtlicher Tadel* geknüpft.³⁹⁵⁹ Zwar ist die Annahme einer Garantenstellung aus Ingerenz möglicherweise *mittelbar* strafbarkeitsbegründend. Jedoch stellt allein die auf das Vorverhalten folgende Untätigkeit das tatbestandliche Verhalten des Unterlassungsdelikts dar,³⁹⁶⁰ welches dem Unterlassungstäter vorgeworfen wird. Zu diesem Zeitpunkt muss der Täter Vorsatz oder Fahrlässigkeit bezüglich der Merkmale des objektiven Tatbestands aufweisen. Festzuhalten bleibt daher, dass auch das Schuldprinzip, welches beim Fahrlässigkeitsdelikt die Maßgeblichkeit der *ex ante* Perspektive erzwingt, für die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz keine Rolle spielt. Schranke der Ingerenzbegründung könnte höchstens das Gebot materieller Gerechtigkeit (Art. 20 III GG) sein. Doch auch insoweit ist es nicht ungerecht zu sein, demjenigen, der sich zu einem gefährlichen Verhalten entscheidet, die Verantwortung für die Folgen dieser Entscheidung zuzuerkennen.³⁹⁶¹ Wenn also *Mitsch* vorbringt, der Adressat der Verhaltensnorm müsse darauf vertrauen können, dass ihn die Erfüllung der Sorgfaltspflicht vor strafrechtlicher Verantwortung für erlaubt riskantes Verhalten bewahre,³⁹⁶² kann das nicht überzeugen.³⁹⁶³ Denn die Sorgfaltskonformität des Handlungsvollzugs führt grundsätzlich eben nur zur Unverbotenheit *dieser* Handlung; daher kann der Handelnde auch nur *darauf* berechtigt vertrauen.³⁹⁶⁴

³⁹⁵⁶ So auch *Puppe* AT § 29 Rn. 3.

³⁹⁵⁷ Vgl. insoweit parallel *Hirsch* FS Dreher S. 211, 216, der darlegt, dass das Notwehrrecht nicht an die Schuldhaftigkeit des Angriffs gebunden ist.

³⁹⁵⁸ Siehe auch *Kugler* Ingerenz S. 247: keine „negative ethische Bewertung“.

³⁹⁵⁹ Doch gerade an diese Funktion der Verantwortungszuschreibung knüpft die *ex ante* Betrachtung: „Sie ermöglicht die Kritik von Handlungen, damit Lob oder Tadel von Personen wegen dieser Handlungen“, *Kuhlen* in: *Recht und Moral* S. 341, 343, hierin besteht eine Parallele zur moralischen Verantwortlichkeitszuschreibung; zusammenfassend S. 362.

³⁹⁶⁰ Vgl. auch *Beulke/Bachmann* JuS 1992 737, 740: „gilt es auch zu bedenken, daß die Annahme einer Garantenstellung nicht bereits über die Strafbarkeit des Betreffenden entscheidet, sondern überhaupt erst den Weg eröffnet, zu einer entsprechenden Strafbarkeitsprüfung zu gelangen“.

³⁹⁶¹ Siehe schon oben → § 1 B III.

³⁹⁶² *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 72.

³⁹⁶³ Zu einer Ausnahme siehe unten → D V 7 c).

³⁹⁶⁴ Abzulehnen sind aus diesen Gründen, wie oben bereits aufgeführt, auch die Überlegungen von *Paradissis* und *Herbertz*, die meinen, der Handelnde müsse wegen Art. 103 II GG aus der *tatsächlichen* Situation *ex ante* das Risiko der Garantenpflichtentstehung erkennen können. Siehe dazu oben → Kapitel 3 § 2 C V 2 b) bzw. VI 2 c); ebenso kann das Argument der „Appellfunktion“ nicht überzeugen.

5. Systematische Begründung des Pflichtwidrigkeitskriteriums?

Auch wenn sich die Maßgeblichkeit des *ex ante* zu begründenden Sorgfaltsverstößes für die Ingerenz selbst nicht teleologisch begründen lässt, könnte diese Folgerung dennoch systematisch zwingend sein: Wenn sich die Garantenstellung aus Ingerenz eben aus den Wertungen des Begehungsdelikts ergibt, der tatbestandlichen Abwägung von Freiheitssphären, spricht dies dafür, die *im Kontext* des Begehungsdelikts begründete Wertung auch für die Ingerenzbegründung zu übertragen. So schreiben beispielsweise *Stein* und *Stree*, wenn ein Verhalten erlaubt sei, habe der Gesetzgeber bereits eine Abwägung mit den Interessen des Gefährdeten getroffen.³⁹⁶⁵

a) Relativer Charakter des Pflichtwidrigkeitsurteils

Hierzu müsste die Wertung der Pflichtwidrigkeit eine endgültige Abwägung der Freiheitssphären zum Inhalt haben. Die beschränkte Tatsachenbasis kann allerdings nur das *relative*, für die Entscheidungssituation gültige Urteil rechtfertigen. Denn die Tatsachenbasis ist aus Gründen beschränkt, die allein in der konkreten, für den Handelnden *ungewissen Situation* wurzeln und daher *nur in ebendieser ungewissen Situation* einer Verpflichtung entgegenstehen können. Treffend beschreibt *Frisch* den Standpunkt der herrschenden Ansicht zum Verhaltensunrecht: „Es geht ja nicht darum, das zum Tod (oder einer sonstigen Beeinträchtigung) führende Verhalten [...] überhaupt für erlaubt zu erklären. Die normative Aussage beschränkt sich auf die Feststellung, daß ein bestimmtes Verhalten *relativ* auf einen bestimmten (normativ relevanten) Wissensstand (bzw. eine bestimmte Situation) keine mißbilligte Risikoschaffung und damit keinen Verhaltensnormverstoß beinhaltet. [...] Es geht also lediglich um ein relatives Urteil – und dieses ist unbedenklich, auch wenn sich hinterher die Wissensbasis verändern sollte“.³⁹⁶⁶ Bei der Ingerenzsituation handelt es sich jedoch um eine *neue* Situation, in der jene, in der Besonderheit der Ursprungssituation wurzelnden, Gründe keine Gültigkeit mehr beanspruchen können. Denn warum soll die Verpflichtung, eine Gefahr in der aktuellen Situation abzuwenden, davon abhängen, ob die Bewirkung der Gefahr in einer *anderen*, früheren Situation verboten war, wenn dieses Verbot gerade an die Besonderheiten dieser *anderen* Situation geknüpft ist?³⁹⁶⁷ Hiermit ist nicht zwingend gesagt, ob in einer bestimmten Situation die Interessen des Opfers die des Gefahrschaffers überwiegen, sondern allein, dass dem Opfer gegenüber *nach* Abschluss der Handlung eine Beschränkung der Tatsachenbasis nicht mehr gerechtfertigt werden kann.

Auf normentheoretisch abweichender Grundlage, in der Sache jedoch überzeugend, formuliert *Kindhäuser*, das „erlaubte Risiko“ entbinde nur (in der Begehungssituation) von

³⁹⁶⁵ *Stein* SK § 13 Rn. 18, 52; *Stree* FS Klug II S. 395, 400: Wenn der Täter für den Erfolgseintritt durch aktives Tun nicht verantwortlich sei, könne er auch nicht verpflichtet werden, danach das Ausbleiben des Erfolges zu garantieren.

³⁹⁶⁶ *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 180; siehe auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 181: „durch spezifische Sachgründe bedingt und kann daher nur so weit reichen, wie diese wirklich tragfähig sind“.

³⁹⁶⁷ Vgl. nur *Welzel* Fahrlässigkeit S. 26: Eine Handlung kann daher nur im Zeitpunkt ihrer Vornahme erlaubt oder verboten werden, dem Recht gemäß oder zuwider sein.

der konkreten Vermeidbarkeit der Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen des aktiven Tuns.³⁹⁶⁸ Dies bedeutet – klassisch formuliert – nichts anderes, als dass die Frage nach den Sorgfaltsanforderungen stets situationsbezogen zu stellen ist,³⁹⁶⁹ der Schutz des Rechtsgutes *durch Verhaltensnormen* kann situativ suspendiert sein. Dem entspricht es, dass, wie oben dargelegt, die *Garantenstellung* anders als die *Garantenpflicht* (oder die Unterlassungspflicht des Begehungstatbestandes) eine Beziehung zu einer Schädigungsmöglichkeit, nicht bestimmten Abwendungsmöglichkeiten darstellt.³⁹⁷⁰ Diese Differenzierung zwischen der objektiven Position zur Gefahrüberwachung und der konkreten, situativen Verpflichtung zum Tätigwerden (bzw. beim Begehungstatbestand: zum Untätigbleiben) erlaubt es, solche Gründe, die nur zur vorübergehenden „Suspendierung“ der Pflicht führen (fehlende Möglichkeit der Erfolgsabwendung; „sorgfaltsgemäßes“ Unterlassen), von denjenigen zu unterscheiden, die den Garanten überhaupt von seiner Funktion entbinden. Die strafrechtliche Garantenbeziehung zu einer Schädigungsmöglichkeit endet nicht, wenn bestimmte einzelne Abwendungsmöglichkeiten nicht wahrgenommen werden müssen. Wenn also *Hruschka* für die Gegenansicht meint, die Verbotswidrigkeit des vorangegangenen Handelns sei in der Ableitung der Garantenpflicht unverzichtbar, „denn das Bestehen eines Verletzungsverbots kann nichts für ein Rettungsgebot hergeben, das ausgerechnet auf erlaubterweise geschaffenen Gefahren beruht“,³⁹⁷¹ so ist dem zu erwidern, dass es gerade nicht darum gehen kann, aus der in *einer* Situation bestehenden Unterlassungspflicht auf eine in einer *anderen* Situation bestehenden Handlungspflicht zu schließen. Vielmehr kommt es darauf an, dass in beiden Situation die Person *grundsätzlich* dieselbe Funktion (*Garantenposition*) hatte, eine Gefahr zu überwachen, mag sie in dieser Funktion situationsbedingt zwischenzeitlich auch nicht verpflichtet (keine *Garantenpflicht*) gewesen sein („erlaubterweise geschaffene[...] Gefahren“).

Roxin meint, die Ingerenzgarantenstellung ergebe sich aus der mangelhaft überwachten Gefahrenquelle³⁹⁷² – der Begriff „mangelhaft“ kann hier aber auf ganz verschiedene Weisen verstanden werden: Die Gefahrenquelle kann *im Ergebnis* „mangelhaft“ überwacht sein, weil sich objektiv nicht tolerierte Gefahren für Dritte ergeben, oder die Gefahrenquelle kann „mangelhaft“ überwacht sein, weil die Überwachung der Gefahrenquelle sorgfaltswidrig war. Letztere Deutung verfolgt *Roxin*, überzeugender erscheint nach dem Gesagten jedoch erstere. Gerade wenn das zum Herrschaftsverlust führende *Verhalten*

³⁹⁶⁸ *Kindhäuser* GA 1994, 197, 198 ff.: Das „objektive Sollen“ werde nicht dadurch berührt, dass der Adressat in einem bestimmten Zeitpunkt nicht an die Norm gebunden sei, weil er „sein Können nicht aktivieren muss“; S. 219; ähnlich *Friester* AT 22/31; vgl. auch *Kudlich* SSW Vor § 13 Rn. 58, § 13 Rn. 24; *ders.* Unterstützung S. 340; *Renzikowski* GA 2007, 561, 563.

³⁹⁶⁹ *Maiwald* FS Jescheck S. 405, 421.

³⁹⁷⁰ → Kapitel 1 § 3 V, VI.

³⁹⁷¹ *Hruschka* JuS 1979, 385, 392 m. Fn. 30; siehe auch *Renzikowski* Täterbegriff S. 140 ff.; *Walther* Eigenverantwortlichkeit S. 222: Die Verletzung von *Sorgfaltspflichten* führe zur Entstehung von *Garantenpflichten*.

³⁹⁷² *Roxin* FS Trechsel S. 551, 560; *ders.* AT II § 32 Rn. 150 f., 167. *Roxin* spricht davon, dass Sinn und Zweck der Sicherungspflicht gerade war, die Zuspitzung der Situation zu verhindern und dass sich die *Garantenstellung* aus Ingerenz daher auf eine ungenügende Überwachung einer Gefahrenquelle stütze.

zwar unverboden ist, jedoch zu einer der Rechtsordnung widersprechenden Lage – die ja eigentlich bei entsprechender Situationskenntnis zu verhindern gewesen wäre – führt, wäre es teleologisch nicht einleuchtend, die „Kontrollherrschaft“ enden zu lassen. Denn die Gefahrenquelle ist im Ergebnis mangelhaft überwacht und hätte von vornherein – hätte der Inhaber der Herrschaft in der Situation bessere Erkenntnismöglichkeiten gehabt – besser überwacht werden müssen. Daran ändert es nichts, dass ihm kein Verhaltensfehler zur Last gelegt werden kann (sein Überwachungsverhalten also nicht mangelhaft war). Die punktuelle Regelbefolgung verschafft insoweit keinen andauernden „Freibrief“.³⁹⁷³ Denn es geht nicht darum, ob das *bisherige Kontrollverhalten* des Überwachungsgaranten mit den Maßstäben der Rechtsordnung vereinbar war, also rechtlich positiv oder negativ zu bewerten ist. Vielmehr geht es darum, ob der bisherige Handlungs- oder Sachherr auch zukünftig, also nach Herrschaftsverlust, in einer Position der Kontrollherrschaft stehen soll. Es erscheint, wie dargelegt,³⁹⁷⁴ teleologisch nicht einleuchtend, die Zuspitzung der Situation/den Herrschaftsverlust *normativ* als den Maßstäben der Rechtsordnung zuwiderlaufend anzusehen, jedoch gleichzeitig das bloße *Faktum* des Herrschaftsverlusts als „Erlöschungstatbestand“ für die Garantenstellung anzusehen. Dann ist es ebenfalls widersprüchlich, anzunehmen, dass jemand zwar einerseits „für die Verhinderung eines rechtsgüterverletzenden Kausalverlaufs verantwortlich ist, [...] in *jeder* Phase seiner Entwicklung“,³⁹⁷⁵ dies jedoch sofort wieder zu relativieren, nur weil er seiner Verantwortung in einer *frühen* Phase punktuell nachgekommen ist, also keinen Sorgfaltsverstoß begangen hat. Richtigerweise kann das pflichtgemäße Handeln in einem Moment den Täter „nicht von der Verpflichtung [bzw.: seiner Überwachungsposition; J.F.] entbinden, die etwa trotzdem entstehende Konkretisierung der Gefahr, die von seiner erlaubten Handlung ausgeht, durch zusätzliche komplementäre Sicherungshandlungen zu verhindern“.³⁹⁷⁶ Die oben zitierte Argumentation *Roxins*, dass es in einem einheitlichen Geschehen nicht darauf ankommen kann, ob der Hundehalter nun den Hund zurückreißt oder das Opfer rettet, verliert doch nicht ihre Gültigkeit, bloß weil dem Hundehalter im Zeitpunkt

³⁹⁷³ Siehe auch *Herzberg* Arbeitsschutz S. 248: Die rechtliche Korrektheit der Gefahrauslösung ist kein hinlänglicher Grund, um die Garantenstellung zu verneinen.

³⁹⁷⁴ → § 1 B I 4 b) - d).

³⁹⁷⁵ *Roxin* FS Trechsel S. 551, 556; Hervorhebung nicht im Original.

³⁹⁷⁶ *Maiwald* JuS 1981, 473, 482.

des Herrschaftsverlusts kein Sorgfaltsverstoß nahegelegt werden kann.³⁹⁷⁷ In einem kontinuierlich ablaufenden Prozess ist es unsachgemäß, eine Zäsur einzuziehen.³⁹⁷⁸ Dies gilt nicht nur für das pauschale, sondern auch für dasjenige Erlöschen der Kontrollaufgabe mit dem Zeitpunkt des Herrschaftsverlust, mit dem situationsbedingt kein Sorgfaltsverstoß einhergeht. Besonders deutlich zeigt sich das bei gegenständlichen Gefahrenquellen: Es geht dort richtigerweise nicht um eine Sicherungspflicht, deren *Verletzung* eine Rettungspflicht nach sich zieht. Die Sicherungspflicht beruht vielmehr selbst auf einer Ableitung; den Garanten trifft von vornherein eine *einheitliche* Garantenposition *für einen schädlichen Verlauf* (nicht bestimmte Abwendungsmöglichkeiten) und damit eine einheitliche Gefahrbekämpfungspflicht, die mit der Progression des Geschehens situativ zu den „gleichursprünglichen“ Ausprägungen „Sicherungspflicht“ und „Rettungspflicht“ führt.³⁹⁷⁹ Kurz gesagt, ist der Halter des Hundes nicht verpflichtet, dem Opfer der Bissattacke einen Krankenwagen zu rufen, weil er in einem bestimmten Zeitpunkt seine Sicherungspflicht verletzt hat, indem er es fahrlässig versäumt, den Hund zurückzurufen, sondern weil er von vornherein die Gefahren des Hundes zu überwachen hatte. Allgemeiner gewendet: Gegenstand des Einstehenmüssens, die bereits während aktueller Herrschaft zu verhindernde Schädigungsmöglichkeit, war nicht ein Sorgfaltsverstoß, der einen schädlichen Verlauf nach sich zieht, sondern ein *für Rechtsgüter schädlicher Verlauf*,³⁹⁸⁰ demgegenüber das Opfer abhängig gegenübertritt.³⁹⁸¹ Die objektiven Sorgfaltsstandards ziehen dann den *Rahmen*, innerhalb dessen der Adressat *in der einzelnen Abwendungssituation* tätig werden muss.

Die Anhänger des Pflichtwidrigkeitskriteriums stehen also vor dem Dilemma, hier *entweder* den Herrschaftsverlust als Zäsur zu begreifen und so die Überwachungsgarantenstellung auf bestimmte Abwendungsmöglichkeiten in einem bestimmten Bereich (Sicherung) zu beschränken. Die „Sicherungspflicht“, nicht die „Gefahrbekämpfungspflicht“

³⁹⁷⁷ Beispielsweise der Hundehalter verliert trotz Beachtung aller gebotenen Sorgfalt die Kontrolle über seinen Hund, weil er auf einer unerkannt rutschigen Stelle hinfällt, woraufhin das Tier sich losreißt. Das Verhalten des Hundehalters war hier möglicherweise nicht sorgfaltswidrig, weil es in der konkreten Situation unwahrscheinlich war, dass der Untergrund glatt ist, er deshalb das Gleichgewicht verliert und der Hund diese Gelegenheit nutzt, um sich loszureißen und andere Menschen zu attackieren. Diese unwahrscheinliche Möglichkeit musste der Hundehalter nicht in Betracht ziehen, da er, wenn er alle noch so fernliegenden Möglichkeiten bedenken müsste, wohl überhaupt kein Tier mehr halten könnte. Seine Freiheitsinteressen, die unvermeidlich mit der Gefährdung einhergehen, überwiegen daher in der konkreten ungewissen Situation die Integritätsinteressen potentieller Opfer. Diese Gründe, die den Hundehalter in der ungewissen Situation des Spazierengehens vor einer Überforderung durch Garantenpflichten bewahren sollen, stellen jedoch keinen hinreichenden normativen Grund dar, ihn dauerhaft von seiner Garantenstellung zu entbinden.

³⁹⁷⁸ Siehe *Maiwald* JuS 1981, 473, 482 f.

³⁹⁷⁹ Es müsste ein spezifischer normativer Gegengrund dargetan werden, der aus der Perspektive des Garanten dafür spräche, die Garantenposition entfallen zu lassen: Eben, dass das Geschehen nicht nur tatsächlich fortschreitet, sondern auch *normativ* nicht mehr überwachungsbedürftig ist.

³⁹⁸⁰ So schon → Kapitel 1 § 3 B VI 4 a).

³⁹⁸¹ → § 1 A III 3-6, B I 2.

wäre die ursprüngliche Wertung. Dies kann wie gesehen nicht überzeugen.³⁹⁸² Die Konzeption widerspräche dem Wortlaut von § 13 I StGB, der nicht zwischen bestimmten Anwendungsmöglichkeiten differenziert („Erfolg nicht eintritt“), sowie dem Telos strafrechtlicher Normen, indem sie eine oberflächliche Zäsur in ein aus der Perspektive des Rechtsgüterschutzes einheitliches Geschehen zöge. *Oder* aber die Anhänger des Pflichtwidrigkeitskriteriums müssen in jedem Fall das Entstehen von Rettungspflichten bejahen und insoweit von dem Erfordernis pflichtwidrigen Vorverhaltens (Vorunterlassens) bei gegenständlichen Gefahrenquellen absehen – dann ist es aber widersprüchlich hinsichtlich der klassischen Ingerenzfälle daran festzuhalten.³⁹⁸³

Zu beachten ist zuletzt, dass die Ansicht, die pflichtwidriges Vorverhalten fordert, letztlich dazu führt, dass in denjenigen Fällen, in denen „irgendeine“ rechtliche bzw. strafrechtliche³⁹⁸⁴ Norm gegen die *Handlung* bestand und durch das Verhalten des Täters missachtet wurde (pflichtwidriges Verhalten), der Appell nochmals, mit besonderem Nachdruck an den Täter gerichtet wird (mit Vorsatzstrafe bewehrtes Gebot der Erfolgsabwendung).³⁹⁸⁵ Wenn man hingegen kein pflichtwidriges Vorverhalten verlangt, könnte auch an die Person, an die sich zu keiner Zeit eine Unterlassungspflicht gerichtet hat, ein Gebot aus Ingerenz adressiert werden. Die Ingerenzgebote sind dann eine *wirkliche* Ergänzung des durch die Verbote (und Sicherungspflichten) bezweckten Rechtsgüterschutzkonzepts, nicht bloß Absicherung für dessen *faktisches* Versagen, wenn also die Fahrlässigkeitstatbestände *faktisch* nicht beachtet wurden.³⁹⁸⁶ Sie dienen dem Rechtsgüterschutz auch in solchen Fällen, in denen aus *normativen* Gründen der Schutz durch Verbote lückenhaft geblieben ist.³⁹⁸⁷ Die normative Richtlinie, die sich im weitesten Sinne

³⁹⁸² → § 1 B I 4 b).

³⁹⁸³ → § 1 B I 4 c).

³⁹⁸⁴ Jedenfalls für die Fälle, in denen die fahrlässige Begehung unter Strafe gestellt ist, etwa bei den beiden bedeutendsten Fallgruppen §§ 212/222 und §§ 223/229 StGB.

³⁹⁸⁵ Ob hier überhaupt empirisch die Eignung besteht, den Ingerenten zu motivieren, bezweifelt *Berster* Unterlassungsdelikt S. 77.

³⁹⁸⁶ Darin liegt m.E. der Kern des Einwandes, dass durch das Pflichtwidrigkeitserfordernis für die fahrlässige Ingerenzunterlassung praktisch kein Raum bliebe (*Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 166; im Anschluss an *Welp* Vorangegangenes Tun S. 205, 209 ff.). Dieser ist sicher zu weiten Teilen (es verbliebe jedenfalls die Konstellation der fahrlässigen, aber schuldlosen Vorhandlung) zutreffend, allerdings setzt diese Annahme voraus, was zu beweisen ist: dass der Ingerenzgedanke beim Vorsatz- wie Fahrlässigkeitsdelikt gleichermaßen eine Rolle spiele; zugegeben auch von *Dencker* aaO: „Nun mag man diese offenbare Orientierung am Vorsatzdelikt als bloßen Schönheitsfehler betrachten; man mag sogar ihr Ergebnis begrüßen, das in einer weitergehenden Zurückdrängung der Haftung aus Ingerenz wegen Fahrlässigkeit besteht“. Ähnliche Argumentation von *Herbertz* Ingerenz S. 322 f. gegen ein Vorsatzerfordernis beim Vorverhalten: Beim fahrlässigen Unterlassungsdelikt zeige sich deutlich, dass die Anforderungen an das Verhaltensunrecht schärfer sein sollten als die an das Vorverhalten, weshalb ein Erfordernis vorsätzlichen Vorverhaltens nicht erforderlich sei. – Zwar erscheint es im Ergebnis plausibel, kein vorsätzliches Vorverhalten zu fordern. Die Ausführungen sind jedoch zirkulär, indem sie voraussetzen, dass es fahrlässiges Ingerenzunterlassen geben muss und die Anforderungen an die vorsätzliche Ingerenzunterlassung identisch sein müssten.

³⁹⁸⁷ Darin liegt der zutreffende Kern der Argumentation von *Otto* und *Pawlik* (siehe oben → Kapitel 3 H I 1 c), 2 c). Garantengebote aus Ingerenz *können* optimalerweise eine im Interesse der Handlungsfreiheit lückenhafte „Front“ an Verboten ergänzen.

mit „Rechtsgüterschutz“ umschreiben lässt, trifft, wenn man sie über Verbote verwirklichen will, auf normative Hindernisse, die nicht die Notwendigkeit des Rechtsgüterschutzes *per se* verneinen, sondern bloß das *Mittel* „Verbotsnorm“ in der *ungewissen* Handlungssituation betreffen. Die Garantenstellung aus Ingerenz ist *besonders notwendig* dort, wo in der Handlungssituation Rechtsgüterschutz mangels Erkennbarkeit der Gefährlichkeit nicht sinnvoll, unter Bewahrung von Handlungsfreiheit, möglich war.

b) Globalabwägung oder Berücksichtigung individueller Interessen?

Die Sorgfaltsstandards beruhen, wie oben dargelegt, jedenfalls im Bereichen anonymer Kontakte auf einer generellen Abwägung von Entfaltungsinteressen und Integritätsinteressen, also der generellen rechtlichen Akzeptanz des riskanten Verhaltens, wobei die individuellen Freiheitsrechte der konkret verletzten Person außer Betracht bleiben. Etwa beim Autofahren wird das Freiheitsinteresse des Unfallverursachers nicht mit dem Integritätsinteresse des konkreten Unfallopfers abgewogen – die Wertigkeit des konkreten Lebensrechtes würde stets die Mobilitätsinteressen überwiegen³⁹⁸⁸ –, sondern mit den Integritätsinteressen von *Verkehrsteilnehmern* in derartigen Situationen. Es geht um eine Globalabwägung³⁹⁸⁹ zwischen den Vorteilen der Mobilität und 3200 zu diesem Zeitpunkt „anonymen“ Verkehrstoten pro Jahr.³⁹⁹⁰ Für die Hinnehmbarkeit einer Schadenswahrscheinlichkeit wird dieses Verhalten *ex ante* betrachtet, ob es unter dem „Schleier des Nichtwissens“ hinsichtlich des sich später ereignenden Geschehens den jeweiligen Beteiligten mehr Entfaltungschancen als Freiheitseinbußen bietet.³⁹⁹¹ Hinzu kommt, dass sich die Sorgfaltsanforderungen jedenfalls teilweise an irrationalen Risikoeinschätzungen in

³⁹⁸⁸ Duttge MK § 15 Rn. 136.

³⁹⁸⁹ Roxin/Greco AT § 11 Rn. 66: „Anders als beim Rechtfertigungsgrund des Notstandes (§ 34) bedarf es hier aber keiner Güterabwägung im konkreten Fall, die nach der Gewichtigkeit der im Widerstreit stehenden Interessen, der Nähe der Gefahr usw. zu jeweils unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. Vielmehr beruht die Gestattung des Autofahrens auf einer Globalabwägung [...]“; siehe auch Duttge MK § 15 Rn. 136; Hilgendorf FS Sancinetti S. 451, 466; Arm. Kaufmann ZfRV 1964, 41, 47 ff.; Lübke Deutsche Zeitschrift für Philosophie 43 (1995) 951, 956; Mitsch JuS 2018, 1161, 1164, 1166; Rönnau LK Vor § 32 Rn. 58; Stratenwerth/Kuhlen AT § 8 Rn. 27; siehe auch Kuhlen Produkthaftung S. 104 ff., 111 ff., 133; auf eine Parallele zu § 34 StGB abstellend hingegen Freund Erfolgsdelikt S. 52 m. Fn. 6; Jakobs AT 7/35. Herzberg JuS 1996, 377, 380 m. Fn. 18.

³⁹⁹⁰ Siehe dazu auch Hilgendorf in: Gefahr S. 9, 26.

³⁹⁹¹ Treffend Kindhäuser GA 1994, 197, 218; die Abwägung, die zur Unverbotenheit bestimmter Verhaltensweisen – etwa des Autofahrens – führe, sei insoweit, dass im Einzelfall das Risiko eines Schadens nur statistisch erfassbar und damit an der Grenze zur *quantité négligeable* liege; siehe auch ders./Zimmermann AT § 33 Rn. 28 f.; Duttge MK § 15 Rn. 136; Schroeder JZ 1989, 776, 780: bloß generell feststellbare, statistisch erfassbare Wahrscheinlichkeiten; dazu aber auch Krümpelmann FS Bockelmann S. 443, 447: „Der statistische Vorrang der Fahrlässigkeit im Straßenverkehr [...] hat eine Betrachtungsweise begünstigt, die die Gefährlichkeit des Verhaltens in den Vordergrund stellt; ob jemand als potentielles Opfer in den Wirkungsbereich des Verhaltens gerät, bleibt dem Zufall überlassen“. Anders sei dies jedoch etwa beim ärztlichen Fahrlässigkeitsrecht, bei dem in erster Linie die Gefahrenlage beim Patienten die Pflicht begründe“; im Übrigen meint auch Rönnau LK Vor § 32 Rn. 54, die Betonung der Anonymität der Opfer sei bedenklich, insofern sie zu einer zu starken Gewichtung des Freiheitsinteresses führe.

der Bevölkerung orientieren³⁹⁹² oder auf der Risikoakzeptanz infolge sozialer Gewöhnung beruhen.³⁹⁹³

So bringt der Autoverkehr *insgesamt*³⁹⁹⁴ ein statistisch erhebliches Risiko für Leben, Gesundheit und Sachwerte, ist jedoch andererseits unerlässlich für die Fortbewegungsfreiheit und Lebensqualität in der Gesellschaft. Die Abwägung zwischen diesen Gesichtspunkten kommt zu dem Ergebnis, dass bei der Einhaltung gewisser Verkehrsregeln das Interesse an der allgemeinen Handlungsfreiheit überwiegt. Wenn ein Risiko jedoch derart unverboden ist, besagt dies nur, dass bei einer Betrachtung *ex ante* unter Abwägung sämtlicher Interessen, insbesondere auch der zu diesem Zeitpunkt erkennbaren Wahrscheinlichkeit einer Verletzung das Freiheitsinteresse des Handelnden das Schutzinteresse *potentieller* Opfer überwiegt,³⁹⁹⁵ nicht hingegen, dass der Handelnde in die Rechtsgüter des Betroffenen eingreifen dürfte.³⁹⁹⁶ Denn sobald ein *konkretes* Opfer von den Folgen eines Unfalls bedroht ist, handelt es sich nicht mehr um ein statistisches Risiko für anonyme Betroffene, welches in eine Globalabwägung eingeht, sondern um ein einzelnes, abwägungsfestes Lebensrecht.³⁹⁹⁷ Wenn etwa *Stein* für das Pflichtwidrigkeitskriterium vorbringt, dass der sorgfaltsgemäß Handelnde keine Verhaltensfreiheit auf Kosten anderer in Anspruch nehmen,³⁹⁹⁸ so trifft dies nur generell, aus der insoweit beschränkten Tatsachenbasis der Täterperspektive, zu und lässt denjenigen außer Acht, „auf dessen Kosten“ die Freiheit in Anspruch genommen wird. Zutreffend meint *Jakobs*: „Der Satz, wer das Vorverhalten dulden müsse, habe auch die Konsequenzen zu dulden, ist bislang nicht einmal annähernd begründet worden und wohl auch nicht begründbar“.³⁹⁹⁹ Die Beurteilung der Situation nach Abschluss der Vorhandlung kann durchaus anders ausfallen als diejenige im Zeitpunkt vor Handlungsvollzug. Die Erwägungen, die das Verhalten maßgeblich als unverboden erscheinen lassen, haben sich ja gerade als unzutreffend herausgestellt; die *ex ante* getroffene Interessenabwägung, dass das Interesse an der Vornahme

³⁹⁹² *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 22; der zu Recht darauf hinweist, dass dies in der Demokratie bis zu einem gewissen Grad erforderlich ist.

³⁹⁹³ *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 25 f.: Im Jahr 2018 gab es 308.271 Verkehrsunfälle auf deutschen Straßen, bei denen 3275 Menschen ums Leben gekommen sind. Würde man die Technik heute neu einführen, wäre es hingegen zweifelhaft, ob man von einer Strafbarkeit wegen zumindest fahrlässigen Verhaltens absehen könnte.

³⁹⁹⁴ *Roxin* spricht hier etwa deutlich von „dem Autoverkehr“ und „dem Autofahren“, nicht aber von der einzelnen Autofahrt. *Roxin ZStW* 116 (2004) 929, 930; siehe auch *ders.* FS Tröndle S. 177, 186 f.

³⁹⁹⁵ Siehe dazu bereits *Engisch* Untersuchungen S. 288 f.

³⁹⁹⁶ *Kindhäuser* GA 1994, 197, 217 f.; *ders./Zimmermann* AT § 33 Rn. 28; *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 65 f., § 14 Rn. 112. Siehe im Allgemeinen *Münzberg* Verhalten S. 417: Es ist ein Unterschied, ob ein Verhalten erlaubt ist oder ob seine Folgen von dem Betroffenen geduldet werden müssen.

³⁹⁹⁷ Daher überzeugt es nicht, wenn *Mitsch* JuS 2018, 1161, 1164 meint, „der Preis, dass die eine oder andere Verletzung hingenommen wird, die durch rigorose Risikounterbindung verhindert worden wäre, muss gezahlt werden“. Auch die sich bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten ereignenden Verletzungen seien („wie die 99 anderen Fälle“, in denen alles gut gehe) „erlaubtes Risiko“. – Dagegen spricht schon, dass die gesamtgesellschaftliche Vorteilhaftigkeit eines Verhaltens nur eben dieses Verhalten straffrei stellen kann, nicht hingegen konkrete Rechtsgutsverletzungen erlauben.

³⁹⁹⁸ *Stein* SK § 13 Rn. 18. Ähnlich *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 111 ff., 135 ff.

³⁹⁹⁹ *Jakobs* in: El sistema S. 133, 159.

der Handlung *generell* wichtiger ist als etwaige Integritätsinteressen anderer,⁴⁰⁰⁰ würde sich nun bei einer Beurteilung des *konkret* abgelaufenen Geschehens nicht mehr bestätigen. „Denn die Gründe, die zu einer Erweiterung der erlaubten Gefährdung führen, sind nicht geeignet, für den Einzelnen ein Eingriffsrecht gegenüber dem anderen zu rechtfertigen“.⁴⁰⁰¹ Zwar mag die generelle *Gefährlichkeit eines Verhaltens* mithilfe strafbewehrter Verhaltensnormen auf ein sozial erträgliches Maß reduziert werden,⁴⁰⁰² dies bedeutet jedoch nicht, dass die *Gefahren für konkrete Rechtsgüter* ebenfalls sozial erträglich sind.⁴⁰⁰³ Daher besteht kein logischer oder teleologischer Widerspruch, wenn man ein bestimmtes Verhalten auf einer unsicheren Tatsachenbasis für unverboden erklärt, an dieses aber eine Überwachungsposition für das schadensträchtige Geschehen knüpft. Insofern geht es nicht um die Zulässigkeit einer Handlung im Hinblick auf die Rechtsgüter *potentieller Opfer*, sondern um eine Garantenbeziehung zu geschaffenen Gefahren für *konkrete Opfer*.⁴⁰⁰⁴ Zu entscheiden ist, ob die Folgen der Herrschaft auch weiterhin unter das rechtliche Einstehenmüssen einer Person fallen, oder ob diese Folgen nicht überwacht/kontrolliert werden müssen, sodass die Opfer diese endgültig zu tragen haben.⁴⁰⁰⁵ So kann man festhalten, dass „das Opfer ein Recht haben mag, zwar nicht vor dem Verhalten selbst, wohl aber vor dessen Konsequenzen geschützt zu werden“.⁴⁰⁰⁶

6. Zwischenfazit: Objektivierung der Ingerenzbegründung

Es erscheint problematisch, der durch die Verkürzung der Tatsachenbasis auf die in der konkreten Situation erkennbaren Daten subjektivierten Norm auch für die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz Maßgeblichkeit zuzuerkennen, wo ein Verzicht auf Wahrheitsgarantie gerade nicht durch Sachgründe, insbesondere die Unvollkommenheit menschlicher Erkenntnismöglichkeiten, gerechtfertigt ist. Das relative Urteil vom Standpunkt der Entscheidungssituation kann keine Gültigkeit für die Frage beanspruchen, ob

⁴⁰⁰⁰ Stratenwerth/Kuhlen AT § 8 Rn. 27.

⁴⁰⁰¹ E. A. Wolff Kausalität S. 43; ähnlich auch Kindhäuser/Hilgendorf LPK § 13 Rn. 51; Köhler AT S. 220; Kudlich SSW § 13 Rn. 24; außerdem Seelmann NK¹ § 13 Rn. 49: Freiraum im Interesse sozialer Dynamik oder Abwägung von Individualinteressen; Jakobs FG BGH IV S. 29, 47; ders. in: El sistema S. 133, 139 m. Fn. 7; siehe auch schon Granderath Rechtspflicht S. 155: die soziale Üblichkeit des Verhaltens ändere nichts an der Unerwünschtheit der Schädigung; unklar Stratenwerth/Kuhlen AT § 13 Rn. 3: „ein nicht durch höherrangige Interessen gedecktes (und aus diesem Grunde erlaubtes) Risiko“ (Hervorhebung im Original) – damit ist wohl (vgl. § 8 Rn. 32, aber auch Rn. 27, § 15 Rn. 19 ff.) das bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt unvermeidbare Risiko gemeint.

⁴⁰⁰² So Kuhlen JZ 1994, 1142 zu Produktgefahren; siehe auch Kindhäuser/Zimmermann AT § 33 Rn. 28 f.

⁴⁰⁰³ Zum Teil wird insoweit darauf hingewiesen, dass die Risikoerlaubnis des Autofahrens bei Einhalten aller Sorgfaltsstandards das „Sterbenlassen“ nicht gestatte (Freund Erfolgsdelikt S. 182; Kühl AT § 18 Rn. 101; ähnlich schon Granderath Rechtspflicht S. 155). Darauf kann es jedoch nicht unmittelbar ankommen. Dass das Sterbenlassen „nicht gestattet“ ist, ergibt sich bereits aus § 323c I StGB. Entscheidend ist vielmehr, dass es sich trotz sorgfältigen Verhaltens um einen rechtswidrigen Eingriff in rechtlich geschützte Interessen des Opfers handeln kann.

⁴⁰⁰⁴ In diesem Sinne auch Kindhäuser/Hilgendorf LPK § 13 Rn. 51; Kindhäuser/Zimmermann AT § 36 Rn. 68.

⁴⁰⁰⁵ Vgl. Jakobs AT 29/39.

⁴⁰⁰⁶ Jakobs FG BGH IV S. 29, 47; ähnlich ders. in: El Sistema S. 133, 159; Roxin AT II § 32 Rn. 158.

eine bestimmte Person in der individuellen Situation den Eingriff hinzunehmen hat.⁴⁰⁰⁷ Für die endgültige Abgrenzung der Freiheitssphären trifft die Pflichtwidrigkeit keine abschließende Aussage.

Bei der Bestimmung der Gefährlichkeit einer Handlung aus der Perspektive *ex ante* geht es gerade um eine „Möglichkeit, die von der betreffenden Handlung ausgeht und bei der offen ist, ob tatsächlich jemand in eine Gefahrenlage gerät“,⁴⁰⁰⁸ die *reale Chance* der Rechtsgutsverletzung.⁴⁰⁰⁹ Das Unwerturteil ist daher „gekennzeichnet durch ein Handeln in einer auch für den *ex ante*-Betrachter offenen und ungewissen Situation“.⁴⁰¹⁰ Diese *ex ante* Perspektive ist allerdings nur dort gefordert, wo die Gefahr „Kind unserer Unwissenheit“ ist,⁴⁰¹¹ sie legt stets den Einwand nahe, dass die Urteilsbasis verkürzt wird⁴⁰¹² und bedeutet letztlich bloß eine „begründete Vermutung einer Gefahrerhöhung“, welche *ex post* modifiziert werden kann.⁴⁰¹³ Warum eine derartige Chance auch dann noch die entscheidende Rolle spielen soll, wenn in einem späteren Zeitpunkt Sicherheit besteht, weil sich die Prognose entweder bestätigt hat oder nicht, ist nicht einzusehen. Die tatbestandsmäßige Situation der Ingerenz findet zeitlich *nach* dem Vorverhalten statt, sodass hier kein Zwang besteht, die Tatsachenbasis, auf der die Wertung beruht, künstlich einzuschränken. Es handelt sich bei der Ingerenz nicht um eine Begehungs konstruktion, sondern ein *Unterlassungsdelikt*, tatbestandsmäßiges *Verhalten* ist allein das *Unterlassen*, während die *Vorhandlung* in diesem Zeitpunkt ein verhaltensunabhängiges Merkmal ist. Hinsichtlich derartiger verhaltensunabhängiger Merkmale ist eine Subjektivierung unsachgemäß, hier ist vielmehr eine *objektive* Beurteilung angezeigt.⁴⁰¹⁴ In anderen Worten: Die *Vorhandlung* ist zu diesem Zeitpunkt keine bloße Tendenz, nichts mehr „in Entwicklung Befindliches, werdendes und insofern Ungewisses“,⁴⁰¹⁵ sondern ein gewisser, unabhängig vom Unterlassen des Täters bestehender objektiver Umstand, auf den er *ex post* zurückblickt. Trotz dieser Gewissheit die Tatsachenbasis *künstlich* zu verkürzen, ist zu diesem Zeitpunkt durch nichts mehr gerechtfertigt. Wenn das Verhalten *objektiv* eine den Maßstäben der Rechtsordnung widersprechende Gefahr darstellt, ist es nicht überzeugend, zusätzlich zu fragen, ob dies bereits zum Zeitpunkt der *Vorhandlung* so *schien*.⁴⁰¹⁶ Im Ergebnis subjektiviert also auch das Abstellen auf einen verständigen, also objektiv

⁴⁰⁰⁷ Hierfür sprechen letztlich auch verfassungsrechtliche Erwägungen. Der Gesetzgeber, der die mit der Mobilität durch den Gebrauch von Kraftfahrzeugen einhergehenden Gefahren billigt, bleibt nach Art. 2 II 1 GG verpflichtet, die Mobilitätsrisiken zu minimieren. Vgl. zu diesem Aspekt *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 25 m. Fn. 62. In ähnlicher Weise muss er Produzenten rechtlich verpflichten, ihre Produkte auch nach dem Verkauf zu beobachten und gegebenenfalls Gegenmaßnahmen zu ergreifen, S. 26.

⁴⁰⁰⁸ *Hirsch* FS Tiedemann S. 145, 148. Siehe auch *Zieschang* AT Rn. 632.

⁴⁰⁰⁹ Grundlegend *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 161; siehe auch *Wolter* in: Grundfragen S. 103, 106.

⁴⁰¹⁰ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 62

⁴⁰¹¹ So auch *Sch/Sch/Perron* § 34 Rn. 12. Zitat nach *Finger* FG Frank I S. 230, 237.

⁴⁰¹² *Stratenwerth* FS Gallas S. 227, 229; siehe auch *Sch/Sch²⁷/Lenckner/Perron* § 34 Rn. 13.

⁴⁰¹³ *Roxin* FS Honig S. 133, 138 f. m. Fn. 18; siehe auch *Spendel* FS Stock S. 89, 104.

⁴⁰¹⁴ Zu § 323c I StGB *Zieschang* AT Rn. 632; für Rechtfertigungsgründe *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 178 f.

⁴⁰¹⁵ Differenzierung nach *Spendel* FS Stock S. 89, 105 f.

⁴⁰¹⁶ So zu Recht *Frister* AT 22/31 ff.

konstruierten, Beobachter aus dem Verkehrskreis des Handelnden das Gefährlichkeits- sowie das Rechtswidrigkeitsurteil bei der Ingerenzbegründung unsachgemäß.⁴⁰¹⁷ Die Begründung der Ingerenz ist daher nicht mit dieser *ex ante* Perspektive zu verknüpfen, sondern im Gegenteil mit einem „Maximum an Wahrheitsgarantie“⁴⁰¹⁸ zu versehen. Allgemein ist diese Überlegung für die Produkthaftung anerkannt. Der Hinweis, dass sich die Fehlerhaftigkeit eines Produkts erfahrungsgemäß immer erst nachträglich herausstellt,⁴⁰¹⁹ erscheint jedoch verallgemeinerbar auf die Schädlichkeit sämtlicher Verrichtungen. Die nachträgliche Beurteilung des Geschehens kann grundsätzlich anders ausfallen.⁴⁰²⁰ Es ist nicht widersprüchlich,⁴⁰²¹ jemandem *ex ante* ein Tun zu gestatten und *ex post* dieses Tun zum Grund einer Garantenstellung zu machen.

V. „Kompromisslösung“ Adäquanz?

1. Allgemeines

Einen „Mittelweg“ schlagen diejenigen Autoren ein, die auf das Pflichtwidrigkeitserfordernis verzichten, jedoch – wie etwa *Welp*⁴⁰²² – jedenfalls eine *adäquate* Gefahrschaffung verlangen.⁴⁰²³ Es gehe darum, ob die Gefahren bei einer Betrachtung *ex ante* vorhersehbar

⁴⁰¹⁷ Entsprechend für das Gefahurteil bei § 34 StGB, vgl. *Zieschang* LK § 34 Rn. 59.

⁴⁰¹⁸ Für Erfolgssachverhalte grundlegend *Gallas* FS Heinitz S. 171, 178.

⁴⁰¹⁹ *Rengier* AT § 50 Rn. 60.

⁴⁰²⁰ *Weigend* wirft (ähnlich zur hier verfolgten Überlegung) zum Fahrlässigkeitsmaßstab die grundsätzliche Frage auf, „ob bei der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit die nachträgliche Bewertung eines [...] menschlichen Verhaltens oder dessen präventive Steuerung im Vordergrund steht“; es handle sich um eine teleologische Frage, *Weigend* FS Gössel S. 129, 130, 139.

⁴⁰²¹ So aber *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 72. Soweit er kritisiert, die Gegenansicht laufe auf eine strafrechtliche Verantwortung für sorgfaltsgemäße Risikoschaffungen hinaus, wird dabei das eigenständige Gewicht der *Unterlassung* als tatbestandsmäßigem Verhalten vernachlässigt.

⁴⁰²² *Welp* Vorangegangenes Tun S. 203.

⁴⁰²³ So verlangt die ganz h.M. – Anhänger wie Gegner des Pflichtwidrigkeitskriteriums – die Schaffung einer „nahen“, „adäquaten“ Gefahr (bzw. terminologisch anders: die Gefährlichkeit des Verhaltens, dessen generelle Eignung) BGH NJW 1992, 1246; OLG Oldenburg NJW 1961, 1938; OLG Schleswig NSTz 1982, 116; (zur Gefahrenquellenverantwortlichkeit auch BGH St 53, 38, 42; BGH NSTz 2012, 319, 320; BGHSt 61, 21, 24; *Arzt* JA 1980, 712, 715; *Blei* AT § 87 I 2 b; *Brammsen* GA 1993, 97, 109; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 34; *G. Dannecker/C. Dannecker* JZ 2010, 981, 982, allerdings für eine Normativierung; *Ebert* AT S. 179 f.; *Fischer* § 13 Rn. 48; *Gaede* NK § 13 Rn. 43; *ders.* AnwK § 263 Rn. 52; *Geilen* JK 1982 StGB § 13/4; *Geppert* JK 86 StGB § 13/8; *ders.* JK 01 StGB § 13/31; *Gercke/Hembach* AnwK § 13 Rn. 14; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 97 (in Wahrheit gehe es um eine gesetzmäßige Verbindung); *Grand-erath* Rechtspflicht S. 156 ff.; *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 69 f.; *Haft* AT S. 187; *Lackner/Kühl/Heger* § 13 Rn. 11; *Jescheck* LK¹¹ § 13 Rn. 32; *ders./Weigend* § 59 IV 4a; *Herzberg* Garantenprinzip S. 301; *Heuchemer* BeckOK § 13 Rn. 69.1; *Joecks/Jäger* § 13 Rn. 55; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 54; *Kissin* Rechtspflicht S. 105; *Kugler* Ingerenz S. 223 ff., 403, „objektive Voraussehbarkeit als nahe wahrscheinlich“ (S. 227); NJW 1974, 528, 532; *ders.* FS Gössel S. 99, 107; *ders.* JK 92 StGB § 13/18; *ders.* JK 93 StGB § 13/23; *ders.* JK 98 StGB § 13/27; *ders.* AT § 9 Rn. 78; *ders./Brammsen* Jura 1985, 646, 648; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 120 ff.; *Schönke/Schröder*¹² Vor § 1 Rn. 120; *Schultz* Amtswalterunterlassen S. 147: vorhersehbare Gefahr; *Seelmann* GA 1989, 241, 253; *ders.* NK¹ § 13 Rn. 112: alle „auf untypische, nicht generell zu erwartende“ – vorhersehbare Schädigungen; *Sowada* Jura 2003, 236, 245, allerdings auch S. 238: blasses Kriterium; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 28 f.; *Sch/Sch*²⁷/*Stree* § 13 Rn. 34; *ders.* JuS 1985, 179, 183; *S. Vogt* Berufstypisches Verhalten S. 193; *Walther* Eigenverantwortlichkeit S. 220; *Weigend* LK § 13 Rn. 42: „(auch zeitlich) nahe Gefahr“; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 188,

waren und daher bereits von vornherein hätten berücksichtigt werden müssen.⁴⁰²⁴ Mit *Otto*: „Das vorangegangene Tun muss gerade im Hinblick auf den eingetretenen Erfolg ein gefährliches gewesen sein, so dass es die nahe – adäquate, unmittelbare – Gefahr des Erfolgseintritts begründet hat. Die Gefahr der Rechtsgutsbeeinträchtigung muss in dem Tun bereits objektiv erkennbar angelegt sein“.⁴⁰²⁵

Zum Teil wurde angemerkt, dass die „Nähe der Gefahr“ gegenüber dem Merkmal der Gefahr keine selbstständige Einschränkung bringe.⁴⁰²⁶ Das ist sicher richtig, wenn man mit „Gefahr“ tatsächlich die *Gefährlichkeit* der Vorhandlung *ex ante* im Hinblick auf den eingetretenen Zustand meint, also eine Wahrscheinlichkeitsprognose *ex ante* zum Zeitpunkt der Vorhandlung. Wenn man jedoch mit „Gefahr“ terminologisch korrekt einen Gefahrenzustand bezeichnet, so enthält die „Nähe“ der Gefahr insoweit einen eigenen Bedeutungsgehalt, dass der spätere Gefahrenzustand zum Zeitpunkt der Vorhandlung bereits vorhersehbar sein musste. „Welchen Sprachgebrauch man auch bevorzugt, man muß sich darüber im Klaren sein, daß ein Unterschied besteht, ob man *nach* dem Vorverhalten feststellt, daß es eine Gefahr geschaffen hat, oder ob man vor dem Vorverhalten die Gefährlichkeit prognostiziert“.⁴⁰²⁷

2. Relevantes Risiko?

Es ist ein dogmatischer Unterschied, ob ein Verhalten von vornherein gefahrlos ist oder gefährlich, aber erlaubt.⁴⁰²⁸ Für das Erfordernis der *ex ante* Gefährlichkeit ließe sich im vorliegenden Kontext anführen, dass die Sorgfaltsmäßigkeit des Handlungsvollzugs (das

202; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1196; trotz terminologischer Abgrenzung auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 197; *andere Jakobs* AT 29/39: allgemeine Unbrauchbarkeit des Adäquanzbegriffs; *Timpe* Strafmilderungen S. 178 ff.; siehe auch *Murmann* GK § 29 Rn. 65 m. Fn. 147: bei der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts handle es sich nur um einen Gesichtspunkt unter vielen, wann eine rechtlich missbilligte Gefahr vorliege; *ders.* NSTZ 2012, 387, 288. – Zu betonen ist allerdings auch, dass das Kriterium der *nahen* Gefahr in der Rechtsprechung jedenfalls zum Teil mit normativer Bedeutung aufgeladen wurde und so etwa die Aspekte des Pflichtwidrigkeits- und Schutzzweckzusammenhangs in sich aufnimmt (vgl. auch *Geppert* JK 01 StGB § 13/31). Zur nicht immer konsequenten Rechtsprechung vgl. oben → Kapitel 2 § 5 A.

⁴⁰²⁴ *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 28; auf die *ex ante* Perspektive verweisend auch *Arzt* JA 1980, 715; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 112; *Stree* FS H. Mayer S. 145, 156: Ansonsten würden die Verbotsvorschriften über Gebühr ausgedehnt; *Weigend* LK § 13 Rn. 46.

⁴⁰²⁵ *Otto* AT § 9 Rn. 78; *ders.* JK 85 StGB § 13/7; *ders.* JK 93 StGB § 13/23; *ders.* FS Gössel S. 99, 107, 115, der das Kriterium der Nähe jedoch zusätzlich mit Aspekten normativer Verantwortlichkeit auflädt; siehe auch *ders.* FS Geppert S. 441, 442; *ders./Brammsen* Jura 1985, 646, 648; *andere* anscheinend *ders.* FS Hirsch S. 291, 310: „Aber auch derjenige, der unvorhersehbare Gefahren für anderen begründet, haftet für die Realisierung dieser Gefahren [...]“.

⁴⁰²⁶ *Lackner* JZ 1967, 513, 516; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 201 m. Fn. 178a; zweifelnd auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 141, der meint, es sei nicht erkennbar, was mit dem Merkmal gemeint sei; *Herbertz* Ingerenz S. 317: „Jedwede Gefahrschaffung, die im Hinblick auf einen tatbestandlichen Erfolg rechtlich missbilligt und vom Schutzzweck der jeweiligen Verhaltensnorm erfasst ist, ist in Bezug auf den Erfolg zunächst einmal als adäquat zu bezeichnen“. – Die Relation ist jedoch umgekehrt: die Vorhersehbarkeit von Schädigungen ist *umgekehrt* Voraussetzung der Missbilligung, die Norm bezweckt es nicht, unvorhersehbare Verläufe zu missbilligen.

⁴⁰²⁷ *Arzt* JA 1980, 712, 715; Hervorhebung im Original; zustimmend auch *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 112.

⁴⁰²⁸ *Kindhäuser* GA 1994, 197, 222 m. Fn. 83; siehe auch *Greco* ZStW 117 (2005) 519, 548 f.

„erlaubte Risiko“) bloß vorübergehende Freiheitsinteressen des Handelnden berücksichtige, während eine von vornherein ungefährliche Handlung überhaupt sozial unauffällig ist.⁴⁰²⁹ Im Allgemeinen nimmt die Adäquanztheorie⁴⁰³⁰ für sich in Anspruch, die zufälligen Folgen einer Ursache von den eigentlich relevanten zu trennen.⁴⁰³¹ Es dürfe nicht schlechthin unwahrscheinlich sein, daß das Verhalten den Erfolg nach sich zieht, da solche Verläufe für das Verhalten vernünftiger Personen im sozialen Leben als gleichgültig erachtet würden.⁴⁰³² So meinte bereits *Ad. Merkel*: „[...] die Verantwortlichkeit für die Folgen unserer Handlungen begründet sich im Allgemeinen in der Voraussehbarkeit ihres sicheren oder möglichen Eintritts“.⁴⁰³³ Die Literaturansicht, die auf die Abwägung von Freiheitssphären abstellt, kann hier geltend machen, dass bei einem *ex ante* völlig ungefährlichen Handeln überhaupt keine Freiheit zum Nachteil anderer in Anspruch genommen werde.

3. Objektive Beherrschbarkeit?

Überdies könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass die Adäquanz zur *Zugehörigkeit* des Geschehens zu seinem Urheber führt, ohne dass es bewertet wird. Einen solchen Unterschied zwischen der „Zurechnung“ zur Tat und der Bewertung der Tat hat insbesondere *Larenz* vorgebracht: „Aber von der verbrecherischen, schuldhaften Handlung unterscheiden wir die Tat, die als solche noch kein Werturteil einschließt, dem sie vielmehr erst zur Grundlage dient: eine Tat kann rechtmäßig, rechtswidrig oder rechtlich indifferent sein.“⁴⁰³⁴ Die Beherrschbarkeit des Kausalverlaufs durch den Willen verwandle die

⁴⁰²⁹ Ist das Verhalten von vornherein ungefährlich, betrifft es das Rechtsgut überhaupt nicht in relevanter Weise. Ist es hingegen gefährlich, entspricht aber der gebotenen Sorgfalt, wird es rechtlich nicht missbilligt, *obwohl es Rechtsgüter in relevanter Weise betrifft*.

⁴⁰³⁰ Der Maßstab der Voraussehbarkeit des Taterfolges bei den Fahrlässigkeitsdelikten ist mit dem Maßstab der Adäquanztheorie identisch, vgl. *Maihofer* ZStW 70 (1958) 159, 187 f.; *Roxin* FS Honig S. 133, 136 f.; *Wolter* GA 1977, 257. Auch das Erfordernis der „rechtlich missbilligten Gefahr“ in der Lehre von der objektiven Zurechnung sowie der Lehre *Frischs* zum tatbestandsmäßigen Verhalten laufen auf die Adäquanztheorie bzw. die objektive Vorhersehbarkeit bei den Fahrlässigkeitsdelikten hinaus, vgl. dazu etwa *Burkhardt* in: Straftat, Strafzumessung S. 99, 100 f. Zusammenfassend zur Lehre von der Adäquanz *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 39 ff.

⁴⁰³¹ *Engisch* Kausalität S. 41; v. *Hippel* Strafrecht II § 13 X 2; *Welzel* Strafrecht S. 46; (grundlegend *Krieß* Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 (1888) S. 179 ff.; ders. ZStW 9 (1889) 528); in-between wird z.T. wieder vermehrt auf die Adäquanztheorie abgestellt, etwa *Duttge* MK § 15 Rn. 108 ff., 185 ff. (individuelle Erkennbarkeit); *Hilgendorf* Jura 1995, 514, 521; ders. FS Weber S. 33, 44 f.: rationaler Kern der Lehre von der objektiven Zurechnung; *Weigend* FS Gössel S. 129, 138 f.; **dagegen** etwa *Jakobs* AT 7/35; *Kindhäuser* GA 2007, 447, 452 f.; *Schünemann* GA 1999, 207, 213 f.

⁴⁰³² Vgl. *Engisch* Kausalität S. 46; ders. Untersuchungen S. 284; v. *Hippel* Strafrecht II § 13 X 2.

⁴⁰³³ *Ad. Merkel* Abhandlungen S. 82.

⁴⁰³⁴ *Larenz* Zurechnungslehre S. 70; in diesem Sinne stellt auch eine „Zurechnung“ stets eine Stellungnahme des Rechts zu einem bestimmten Geschehen dar, indem ein Geschehnis normativ auf einen Urheber bezogen wird, dies beinhaltet jedoch nicht zwingend eine Billigung oder Nichtbilligung desselben; siehe auch S. 61: „nichts anderes als den Versuch, die eigene Tat vom zufälligen Geschehen abzugrenzen“; ähnlich auch *Engisch* FS Kohlrausch S. 141, 169; *Honig* FG Frank I S. 174, 185, 196; *Maiwald* FS Miyazawa S. 465, 479 ff. (dagegen wieder *Roxin* FS Maiwald S. 715, 718); siehe zudem *Duttge* FS Maiwald S. 133, 151 f.; *Otto* AT § 6 Rn. 6, 45: „Auf die Frage, wem ein Erfolg als sein Werk zurechenbar ist, knüpft sich im Verbrechensaufbau sodann die weitere Frage, ob der Erfolg dem Täter als sein *rechtswidriges Werk*

zufällige kausale Aufeinanderfolge in die eigene Tat, ein „teleologisches Ganzes“.⁴⁰³⁵ Zwar verwirft *Larenz* dabei die Adäquanztheorie als solche. Eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit sei jedoch stets eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit für das Subjekt, die ihm *die Beherrschung des Kausalverlaufs ermögliche*.⁴⁰³⁶ Auf diese Ausführungen von *Larenz* bezieht sich insbesondere *Rudolphi* im Rahmen der Ingerenzbegründung. Einer Person könnten nur solche Folgen zugerechnet werden, die nicht bloß in kausaler Beziehung zu ihrer physischen Existenz stünden, sondern, „bei denen sich darüber hinaus auch eine Verbindungslinie zwischen ihnen und dem Menschen in seiner Personhaftigkeit ziehen läßt“. Dafür genüge nicht, dass das Verhalten selbst willensgesteuert sei, vielmehr müssten auch die Folgen, bei der Ingerenz also die Gefahrenlage, „als von seinem Willen beherrschbar gedacht werden“ können.⁴⁰³⁷

4. Bewertung

Diese Erwägungen sind nicht grundsätzlich von der Hand zu weisen. Man könnte sich hinsichtlich des *ex ante* ungefährlichen Verhaltens durchaus auf den Standpunkt stellen, dass hier – im Gegensatz zum sorgfaltsgemäßen Verhalten, wo situative *Gegeninteressen* bestehen – das Geschehen von vornherein völlig *unauffällig* ist. Auch ließe sich erwägen, ob *Rudolphi* im Anschluss an *Larenz* die Gleichstellungsrichtlinie aufgrund des Herrschaftsprinzips präzisiert: Man *könnte* sich auf den Standpunkt stellen, dass nur dann, wenn die Gefährdung als vom Willen beherrschbar gedacht werden kann, der Handelnde die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung getroffen hat.

Die besseren Argumente sprechen jedoch m.E. gegen die Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte für die Ingerenzbegründung. Es ist keinesfalls so, dass eine Gefahrenlage,

zuzurechnen ist [...]“, siehe auch Rn. 46 f., wo dieser darauf hinweist, dass die h.M. abweichend die Erfolgszurechnung mit der rechtlichen Missbilligung verbindet; ferner *Frisch* FS Roxin (2001) S. 213, 215, 236. Allerdings äußert sich *Frisch* kritisch zu einer „naturalistischen“ Bestimmung der Zurechnung, etwa mittels des Kriteriums der Beherrschbarkeit oder Bezweckbarkeit, aaO sowie *ders.* GA 2003, 719, 735 ff.

⁴⁰³⁵ *Larenz* Zurechnungslehre S. 61 ff., 63, 67 f. (zur Beherrschung der Tat durch den subjektiven Willen), 68 ff. (zum objektiven Zweckbegriff, der Beherrschbarkeit durch den Willen); *Honig* FG Frank I S. 174, 183 f.: „objektive Zweckhaftigkeit. Auch die Anhänger der sozialen Handlungslehren stellen insoweit auf die *objektive Finalität* ab, vgl. *Engisch* FS Kohlrausch S. 141, 153 ff., 160 f.: „Handeln ist das Bewirken bezweckbarer Folgen durch einen willkürlich vollzogenen Akt“; 169; *ders.* Weltbild S. 38; *Maihofer* ZStW 70 (1958) 159, 169 ff.: objektive „Brauchbarkeit“ eines Handlungsmittels zur Erreichung eines bestimmten Zwecks; *ders.* FS Eb. Schmidt S. 156, 178 ff.; *Jescheck* FS Eb. Schmidt S. 139, 153; *Arth. Kaufmann* Schuldprinzip S. 165 m. Fn. 216; *ders.* FS H. Mayer S. 79, 115; *Kienapfel* Das erlaubte Risiko S. 25; *H. Mayer* AT § 8 II 1 c); *Oehler* Zweckmoment S. 72, 91; *Wolter* 140 Jahre GA S. 269, 283, 290; *ders.* in: Bausteine S. 3, 21.

⁴⁰³⁶ Der Adäquanzlehre selbst bleibe bloß die Berufung auf das Rechtsgefühl. Sie habe sich bloß wegen ihrer Brauchbarkeit durchgesetzt, *Larenz* Zurechnungslehre S. 82 ff.; *ders.* NJW 1955, 1009, 1009 ff., 1011.

⁴⁰³⁷ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 155 ff.; unter Bezug auf *Larenz* aaO; *H. Mayer* AT S. 131 ff. sowie die Lehren *N. Hartmanns* und *Welzels*. Siehe auch *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 Rn. 25 ff.; sowie *Jäger* SK Vor § 1 Rn. 55.

die völlig unvorhersehbar herbeigeführt wurde, *gesellschaftlich* eben als „Zufall“ angesehen würde.⁴⁰³⁸ Ein Verhalten kann eine Gefahr darstellen, auch wenn zu diesem Zeitpunkt ein objektiver Dritter dieses nicht für gefährlich hielt.⁴⁰³⁹ Die Ledersprayentscheidung zeigt eindrücklich, dass zum Handlungszeitpunkt unerkennbare Gefährdungen keineswegs stets gesellschaftlich irrelevant sind, sondern den Freiheitsinteressen potentieller Opfer zuwiderlaufen. Auch beispielsweise die Verarbeitung von Asbest war bis zur Feststellung seiner krebserregenden Wirkung nicht objektiv harmlos, sondern bloß nicht *erkennbar* gefährlich.⁴⁰⁴⁰

Ob eine Entwicklung *rechtlich* „Zufall“ darstellt, kann nicht absolut entschieden, sondern nur relativ, im Hinblick auf den Zweck des jeweiligen Urteils.⁴⁰⁴¹ Der Maßstab der Adäquanz ergibt sich ebenso wie die objektive Bezweckbarkeit nicht irgendwie philosophisch und ist auch rechtlich nicht absolut fixiert, sondern folgt, wie für die Adäquanz bereits *M. L. Müller* und *Engisch*,⁴⁰⁴² für die Zurechnungslehren *Honig* und später *Roxin/Rudolphi* festgestellt haben,⁴⁰⁴³ aus dem Wesen strafrechtlicher Verhaltensnormen. Es handelt sich insoweit bei der Adäquanz nicht um ein Merkmal der Kausalität, sondern (zunächst) eines der Rechts(norm)widrigkeit. Gegenstand der Norm können prinzipiell nur solche Handlungen sein, die *ex ante* objektiv geeignet sind, das Rechtsgut zu verletzen.⁴⁰⁴⁴ Das Ergebnis des Adäquanzurteils wird ganz wesentlich dadurch beeinflusst, welche Umstände im Wege eines *vorhergehenden wertenden Urteils* in die „Basis“ des Urteils einstellt werden.⁴⁰⁴⁵ Man kommt zu einem völlig anderen Ergebnis, je nachdem, mit welchem Wissen man den Beobachter ausstattet und welche Wahrscheinlichkeit man für die „objektive

⁴⁰³⁸ Siehe im Allgemeinen *Hilgendorf* FS Weber S. 33, 37: Nach dem „allgemeinen, tief im Rechtsempfinden unseres Kulturkreises verankertem Sprachgebrauch“ wird jemand dann für einen Erfolg verantwortlich gemacht, wenn seine Handlung regelmäßig, aufgrund deterministischer oder probabilistischer Gesetze, mit einem bestimmten Erfolg verbunden ist; siehe auch *ders.* Jura 1995, 514, 521; *ders.* FS Sancinetti S. 451, 456.

⁴⁰³⁹ *Burkhardt* in: Straftat, Strafzumessung, Straftatsystem S. 99, 101; *Frister* AT 10/36; *Schmidhäuser* AT 5/42; *Struensee* JZ 1987, 53, 58 m. Fn. 66; siehe auch *Kindhäuser* Gefährdung S. 199 ff.

⁴⁰⁴⁰ Treffendes Beispiel von *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 11 Rn. 9 m. Fn. 12.

⁴⁰⁴¹ Der Begriff „Zufall“ umschreibt letztlich bloß formelhaft dass die Voraussetzungen für eine bestimmte Rechtsfolge (z.B. Strafbarkeit oder Ingerenzbegründung) nicht vorliegen.

⁴⁰⁴² *M. L. Müller* Kausalzusammenhang S. 22 ff., 28 ff., 34 ff.; *Engisch* Kausalität S. 52.

⁴⁰⁴³ *Honig* FG Frank I S. 174, 187 f.; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 156 f.; *Roxin* FS Honig S. 133 ff.; außerdem *Hilgendorf* FS Weber S. 33, 45 f.: „Was man nicht einmal ungefähr steuern kann, das braucht man auch nicht zu vermeiden suchen“; *Ebert/Kühl*, Jura 1979, 561, 569.

⁴⁰⁴⁴ *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 Rn. *Wolter* GA 1977, 257, siehe auch S. 263. Zur Maßgeblichkeit der *ex ante* Perspektive bei der Adäquanz auch *Welzel* Fahrlässigkeit S. 22; *ders.* Strafrecht S. 46 f.; *Hirsch* FS Roxin (2001) S. 711, 718. Vgl. zudem schon *Traeger* Kausalbegriff S. 159 ff.; v. *Hippel* Strafrecht II § 13 X 2: „verständiges Urteil zur Zeit der Tat“.

⁴⁰⁴⁵ *Engisch* Kausalität S. 42; *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 183 ff., 196, 198; *Greco* ZStW 117 (2005) 519, 548; *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964, 41, 48 ff.; *Weigend* FS Gössel S. 129, 139; siehe auch *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 8 Rn. 22.

Tendenz“ genügen lässt. „Irgendwo zwischen dem exquisit Dummen und dem Laplace’schen Weltgeist muß unser ex-ante-Beurteiler aufgebaut werden!“.⁴⁰⁴⁶ Der intellektuelle und der normative Aspekt der Fahrlässigkeit stehen dabei zueinander in Wechselwirkung: Der für die Gefährlichkeit erforderliche Prognosegrad begründet sich durch die *Wertung*, dass ein Verhalten, bei dem eine Schädigung völlig fernliegt, niemals sorgfaltswidrig sein kann. Auf der anderen Seite ist der Grad der Gefährlichkeit ganz zentraler Gesichtspunkt, bei der Frage, ob das Verhalten sorgfaltswidrig ist.⁴⁰⁴⁷ Bereits die Prognosebasis der Gefährlichkeit/Adäquanz erfüllt also im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts die spezifische Funktion, dass niemand bei der Einschätzung der Gefährlichkeit seines Handelns mehr Aufmerksamkeit investieren muss als ein gewissenhafter und besonnener Mensch.⁴⁰⁴⁸ Es kommt bereits an dieser Stelle darauf an, welche Umstände der Täter aufgrund normativer Standards kennen muss.⁴⁰⁴⁹ Der Gefahrbegriff⁴⁰⁵⁰ ist also kein stets gültiges Urteil, sondern an der „Einbettung“ als Teilstück der Verhaltensnorm orientiert⁴⁰⁵¹ – nicht an dem abweichenden Zweck der Ingerenzbegründung. Dass es bei der Adäquanz um den „intellektuellen“ Aspekt der Fahrlässigkeitswertung geht, wird im Rahmen der Ingerenzbegründung zum Teil sogar ausdrücklich thematisiert. So etwa von *Welp*, der meint, die strenge Notwendigkeit des Kausalgesetzes werde „in der durch die menschliche Unwissenheit erzwungenen ex-ante-Beurteilung überwunden“.⁴⁰⁵² Damit wird jedoch auf die bloße „äußere Sichtbarkeit“⁴⁰⁵³ der Gefahrenfaktoren im Zeitpunkt der Handlung und so letztlich einen subjektiven Gefahrbegriff rekurriert, sodass die Prognose unter Vernachlässigung bestimmter feststehender Faktoren getroffen wird.⁴⁰⁵⁴ Für eine nachträgliche Beurteilung des Geschehens im Sinne der Ingerenzbegründung besteht jedoch – anders als bei der Bildung von Verhaltensnormen – keine menschliche Unwissenheit, die den Standpunkt *ex ante* erforderlich macht und damit die Verkürzung der Urteilsbasis rechtfertigt. Auch soweit angeführt wird, dass nur erkennbare Gefahren *von*

⁴⁰⁴⁶ *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964, 41, 48 f.; vgl. auch *Weigend* FS Gössel S. 129, 139; **kritisch** daher *Kindhäuser* Gefährdung S. 62 m. Fn. 32: Die Normwidrigkeit „hängt von der Auswahl der Daten ab, die man dem fiktiven Beobachter ex post zu prognostischen Verarbeitung überläßt.“ Hierdurch werde „ein normatives Denken vom Ergebnis her gefördert“ und das Tatsachenmaterial „aus der subjektiven Rechtsanwender-Perspektive selektiv zusammengestellt“.

⁴⁰⁴⁷ Zu letzterem *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 13. – Regelmäßig handelt es sich sogar um *den* entscheidenden Gesichtspunkt für die Sorgfaltswidrigkeit des Verhaltens. So müssen bestimmte gefährliche Tätigkeiten gerade dann unterlassen oder durch zusätzliche Sorgfaltsmaßnahmen abgesichert werden, wenn besondere Gefahrenfaktoren für den objektiven Beobachter erkennbar sind.

⁴⁰⁴⁸ *Jescheck/Weigend* AT § 55 I 2 b. Es geht also um das, was als „innere Sorgfalt“ bzw. „Vorprüfungspflicht“ bezeichnet wurde, vgl. *Binding* Normen IV S. 499 ff., 530 f.; *Engisch* Untersuchungen S. 271.

⁴⁰⁴⁹ *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 193, 198; *Weigend* FS Gössel S. 129, 139, was „als vorhersehbar gilt“.

⁴⁰⁵⁰ Hier eigentlich: Gefährlichkeitsbegriff.

⁴⁰⁵¹ *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 196.

⁴⁰⁵² *Welp* Vorangegangenes Tun S. 203; „da man von den zur Zeit der (Vor-)Handlung unerkennbaren Faktoren abzusehen hat“ sei das Gefahrurteil aus der objektiven, durch die menschliche Unwissenheit erzwungene ex ante Beurteilung eines modellhaften sorgfältigen Staatsbürgers zu fällen, S. 201 f.

⁴⁰⁵³ Für die Gefahr bei § 34 StGB: *Hirsch* LK¹¹ § 34 Rn. 29.

⁴⁰⁵⁴ Zur subjektiven Gefahrtheorie *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 117.

vornherein hätten berücksichtigt werden müssen, trifft dies eben auch *nur für diese Situation* zu.⁴⁰⁵⁵ Es scheint sich daher bei der Einschränkung der Garantenstellung aus Ingerenz aufgrund von Adäquanzgesichtspunkten um eine Verlegenheitslösung zu handeln,⁴⁰⁵⁶ bei der mittels der (künstlich) unsicheren Prognosebasis für das Rechtsgefühl erträgliche Ergebnisse ermittelt werden. Auch hier wird wieder auf ein „Maximum an Wahrheitsgarantie“ verzichtet.

VI. Zwischenergebnis

Im Ergebnis handelt es sich beim Pflichtwidrigkeitskriterium (und ebenso beim Adäquanzkriterium) um einen für das Rechtsgefühl erträglichen „Kompromiss“ zur Begrenzung der weiten Kausalhaftung.⁴⁰⁵⁷ Bei Sorgfaltswidrigkeit und Vorhersehbarkeit handelt es sich um Kriterien, die von der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bekannt und dort von der Dogmatik und Rechtsprechung bereits ausdifferenziert sind. Damit ist auch die praktisch einfache Handhabbarkeit ein Vorzug der Adäquanz-/Pflichtwidrigkeitslösung.⁴⁰⁵⁸ Dennoch ist es dogmatisch nicht überzeugend und in vielen Fällen auch nicht sachgerecht, die Garantenstellung aus Ingerenz auf Grundlage einer verkürzten Urteilsbasis *ex ante* zu begründen.

B. Objektivierung der Unrechtswertung

Vielmehr erscheint es naheliegend, für die Frage, ob die Handlungsfolgen weiterhin zu überwachen sind, auf ein möglichst objektiviertes Urteil abzustellen, dem ein *Maximum an Wahrheitsgarantie* zugrundeliegt. Dies entspricht dem oben skizzierten Telos: Die Garantenstellungen bezwecken die Kompensation einer besonderen Unselbstständigkeit und damit Schutzlosigkeit des Opfers gegenüber bestimmten Gefahren.⁴⁰⁵⁹ Diese strafrechtlich relevante Abhängigkeit resultiert bei der Ingerenz daraus, dass das Opfer durch die Folgen der Handlungsherrschaft einer Person (weiterhin) von der selbstständigen rechts-gutsbezogenen Entscheidung ausgeschlossen ist.⁴⁰⁶⁰ Für die Ingerenzgarantenstellung ist insofern (parallel zur Garantenstellung des Sachherrn) nicht an die finale oder personale, sondern an die objektive, kausale,⁴⁰⁶¹ gesellschafts- und rechtsgutsbezogene Seite der Handlung anzuknüpfen.⁴⁰⁶² Maßgeblich sind die Auswirkungen der Handlungsherrschaft

⁴⁰⁵⁵ Indem die eingestellte Tatsachenbasis allein durch die Perspektive des Betroffenen in der konkreten Situation geprägt ist, kann es sich nur um ein Urteil darüber handeln, welche Gefahren eben aus der konkreten Perspektive in der konkreten Situation hätten berücksichtigt werden müssen.

⁴⁰⁵⁶ In Ablehnung des normativen Konstrukts des „objektiven Dritten“ meint *Frister* AT 22/31 sogar, wenn man den objektiven Eingriff nicht ausreichen lassen wolle, sei es konsequent, für die Ingerenzbegründung sogar ein dem Handeln zurechenbares Verhalten, also eine individuell erkennbare, schuldhaft Verursachung zu fordern.

⁴⁰⁵⁷ *Schünemann* GA 2016, 301, 306. Allgemein auch *Hefendehl* GA 2019, 705, 711: Die Lehren von den Garantenstellungen seien durch ein „Gerechtigkeitsdenken“ gekennzeichnet.

⁴⁰⁵⁸ Diese Lösung wäre sicherlich *akzeptabel*, würde der Gesetzgeber sie *de lege ferenda* zugrundelegen.

⁴⁰⁵⁹ → § 1 A III 3-5.

⁴⁰⁶⁰ → § 1 A I 2-4, B I 2-4.

⁴⁰⁶¹ Vgl. *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 32 f., 38 f.

⁴⁰⁶² → § 1 A II 4, III 6.

für andere Personen. Daher ist entscheidend, ob und inwiefern die Straftatbestände Handlungen (auch) aus dieser *objektiven* Perspektive bewerten und auf diese Weise die negative Abhängigkeit des Opfers vom Ausbleiben rechtsgutsverletzender Handlungen *objektiv* abbilden.

I. Objektive Bestimmung der Normwidrigkeit?

Abweichende Erwägungen zum Rechtswidrigkeitserfordernis bei der Ingerenz finden sich beispielsweise bei *Frister*: Es leuchte nicht ein, die Garantenstellung davon abhängig zu machen, was eine andere Person hätte erkennen können. „Bei jedem objektiv rechtswidrigen Risiko liegt unabhängig von dessen objektiver Erkennbarkeit ein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre vor.“⁴⁰⁶³ Die fehlende Erkennbarkeit entbinde zwar von der Verantwortlichkeit für das aktive Tun, nicht aber von der Verpflichtung, einer weiteren Schadensvertiefung entgegenzuwirken.⁴⁰⁶⁴ *Frister* differenziert grundsätzlich zwischen objektivem Tatbestand als Geschehensunwert und subjektivem Tatbestand als Motivationsunwert.⁴⁰⁶⁵ Konsequenterweise beurteilt er im Allgemeinen die „Risikoschaffung“ im Rahmen der Lehre von der objektiven Zurechnung abweichend von der herrschenden Lehre *ex post* objektiviert, indem er alle verfügbaren Informationen zugrunde legt und das Urteil nicht auf die Erkennbarkeit *ex ante* beschränkt.⁴⁰⁶⁶ Ähnlich wie *Frister* bestimmen auch *Kindhäuser* und *Vogel* die Verhaltensnormwidrigkeit *ex post*.⁴⁰⁶⁷ Vergleichbare Erwägungen finden sich zudem bei *Fristers* Schüler *Börgers*. Dieser meint, die Garantenstellung aus Ingerenz entspreche in ihren Voraussetzungen dem konkreten Gefährdungsdelikt. Wer „ex post unerlaubt gefährdungsrisikant“ handle und hierdurch einen konkreten Gefährdungserfolg herbeiführe, werde zum Sicherungsgarant.⁴⁰⁶⁸

⁴⁰⁶³ *Frister* AT 22/31; siehe bereits *Rotering* GS 34 (1883) 206, 209 ff.

⁴⁰⁶⁴ *Frister* AT 22/32. Für das Erfordernis objektiver Pflichtwidrigkeit spreche, dass in der gesamten Rechtsordnung, beispielsweise in § 1004 BGB nur die objektive Rechtswidrigkeit erforderlich sei; siehe **allerdings** bereits *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 508: Es gibt kein einheitliches Unrecht, die Rechtswidrigkeit kann vielmehr verschiedene Gegenstände haben.

⁴⁰⁶⁵ *Frister* AT 8/13 f.; ebenso *Börgers* Gefährurteil S. 85 ff.; ähnlich *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 65; abgeschwächt Sch/Sch/*Eisele* § 13 Rn. 56: objektiv ins Werk gesetzter Intentionsunwert.

⁴⁰⁶⁶ *Frister* AT 10/36 ff.; ähnlich auch *Burkhardt* in: Straftat, Strafzumessung S. 99, 133; *Gropp/Sinn* AT § 12 Rn. 122; *Haas* FS Kindhäuser S. 177, 183; *Kindhäuser* GA 2007, 447 ff.; *H. Schumann/A. Schumann* FS Küper S. 543, 558 f.; *Struensee* JZ 1987, 53, 59 f.; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 90.

⁴⁰⁶⁷ Damit lässt sich die Ingerenz aus strikt *objektiv* normwidrigem Vorverhalten ableiten: Da das erlaubte Risiko nicht das „Verbot der Tatbestandsverwirklichung“ betreffe, sondern nur die erwartete Sorgfalt durch Gefahrenvorsorge, müssten alle Schadensfolgen, die noch vermeidbar sind, vermieden werden. Verletze etwa ein Kraftfahrer einen Passanten, der zu verbluten drohe, mag die Fahrt nicht pflichtwidrig gewesen sein, mangels Rechtfertigung des konkret gefährlichen Verhaltens sei der Kraftfahrer jedoch Garant für die Abwendung des Todes, *Kindhäuser* GA 1994, 197, 218 f.; vgl. auch *Kudlich* SSW Vor § 13 Rn. 58, § 13 Rn. 24; *ders.* Unterstützung S. 339 f.; *Vogel* Norm und Pflicht S. 363. Siehe schon → Kapitel 3 § 2 G III 2, sowie unten → Kapitel 4 § 2 B IV 2.

⁴⁰⁶⁸ *Börgers* Gefährurteil S. 111 f., 114; siehe auch S. 240. – Die Parallele zum konkreten Gefährdungsdelikt kann nicht überzeugen. So setzt ein „konkretes Gefährdungsdelikt“ einen Gefahrenzustand voraus, dessen Umschlagen in einen Schaden bloß noch vom Zufall abhängt. Das Geschehen zeichnet sich insofern durch eine Unbeherrschbarkeit aus. Nun wäre es jedoch widersinnig, für die Garantenstellung (aus Ingerenz) einen unbeherrschbaren Zustand zu fordern, dessen Umschlagen in einen Schaden nur noch vom

Problematisch ist jedoch, woher die Bewertung einer Handlung als „ex post unerlaubt“ rühren soll. Eine solche Bewertung setzt eine derartige auf das Verhalten bezogene *Norm* voraus. Eine Norm, die das Handlungsunrecht *ex post* bestimmt, lässt sich im Strafrecht jedoch nicht auffinden, denn eine Norm kann menschliches Verhalten, wie oben beschrieben, eben nur dann effektiv regeln, wenn sie in der konkreten Situation auch befolgsam ist.⁴⁰⁶⁹ Der Verhaltensnormverstoß beschreibt die Verbotenheit einer *Handlung* und damit kein rein objektives,⁴⁰⁷⁰ sondern ein personales Unrecht des Täters. Problematisch ist

Zufall abhänge. Denn Sinn und Zweck ist es doch gerade, dass der Garant dazu aufgefordert wird, das Geschehen zu beherrschen und hierdurch „zum Guten zu wenden“. Diese Pflicht kann jedoch sinnvollerweise nur an einen Zustand anknüpfen, in dem es gerade nicht vom Zufall abhängt, dass der Schaden eintritt, sondern eine berechenbare Abwehr im Gegenteil möglich ist, vgl. unten → D IV 1. Materiell rekurriert *Börger*s für die Garantstellung maßgeblich auf zivilrechtliche Vorschriften: Wer zur Abwendung von Notlagen andere solidarisch in die Pflicht nehme, müsse „gemäß dem Rechtsgedanken des § 904 S. 2 BGB“ die resultierenden Gefahren für den „Nichtstörer“ abwehren: „Der bürgerlich-rechtliche Aufopferungsanspruch verlangt insofern eine Naturalrestitution, vgl. § 249 I BGB. Zu Recht geht man deshalb davon aus, dass ein durch Aggressivnotstand gemäß § 34 StGB, 904 BGB gerechtfertigtes Tun zu einer Garantstellung führt“. Entsprechend solle daher ein durch Aggressivnotstand gerechtfertigtes Tun zu einer Garantstellung führen (S. 111). Selbiges gelte für das „erlaubt riskante Verhalten“, etwa im Straßenverkehr: Weil die Erlaubnis riskanten Verhaltens u. a. im Straßenverkehr gleichermaßen auf den Prinzipien der §§ 34 StGB, 904 BGB beruht, haftet ein Autofahrer ebenso für seine erlaubten Gefährdungen entsprechend § 7 StVG als Garant“ (S. 111 m. Fn. 491). Wer zu Unrecht verletzt werde habe einen „besonderen Anspruch“ darauf, dass der andere alles unternehme, um weitere Schäden abzuwenden. Es wäre „unbillig“, den Schädiger „wie einen unbeteiligten Passanten zu behandeln“, S. 114. – Bei letzterem handelt es sich um eine *petitio principii*. Im Übrigen wurde bereits an mehreren Stellen eingehend dargelegt, dass die zivilrechtsakzessorische Begründung der Garantstellungen auf Ablehnung stoßen muss (→ Kapitel 1 § 3 B II). Es geht eben nicht darum, dass jemand im Sinne eines wirtschaftlichen Interessenausgleichs zivilrechtlich für die Betriebsgefahr seines Kraftfahrzeugs haftet, er also praktisch eine Rechnung an seine Haftpflichtversicherung weiterleitet und es damit in der Regel sein Bewenden hat. Es geht bei der Strafe um einen tiefen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Bestraften, den man nicht oberflächlich als bloße „Haftung“ abtun kann. Im Übrigen ist die Behauptung, dass die „Erlaubnis riskanten Verhaltens“ auf den gleichen Prinzipien beruht wie der rechtfertigende Notstand, zu bestreiten (anders freilich *Börger*s aaO S. 84 f.). Die „Erlaubnis riskanten Verhaltens“ im Straßenverkehr stellt in der Sache bloß eine Umschreibung des Erfordernisses der objektiven Sorgfaltswidrigkeit dar. Bestimmte Verhaltensweisen sind im Interesse der sozialen Dynamik insbesondere im Hinblick auf ihre soziale Üblichkeit sowie die Handlungsfreiheit des Handelnden unverboden. Die Qualifizierung des Autofahrens unter Einhaltung aller Regeln als „sorgfaltsgemäß“ beruht gerade nicht darauf, dass die Handlungsfreiheit des Autofahrers im Fall eines Crashes mit konkreten Rechtsgütern verletzter Verkehrsteilnehmern kollidiert – denn diese Abwägung könnte aufgrund der Hoehrangigkeit der Rechtsgüter Leib und Leben nie zugunsten der Handlungsfreiheit ausfallen (→ A IV 5 b). Vielmehr kann das Autofahren aus einer Perspektive *ex ante* gerade deshalb als sorgfaltsgemäß qualifiziert werden, weil zu diesem Zeitpunkt die Gefahr eines Verkehrsunfalls für den konkreten Fahrer und die konkrete Fahrt als äußerst gering einzustufen ist. Das sorgfaltsgemäße Handeln gibt gerade *kein* Eingriffsrecht, sodass man auch nicht von „erlaubten Gefährdungen“ sprechen kann, sondern bloß von unverbodenem Handeln. Demgegenüber geht es bei dem Rechtfertigungsgrund des Notstandes um ein Eingriffsrecht aufgrund einer *konkreten Kollisionslage* zwischen bestimmten feststehenden Gütern, vgl. nur Sch/Sch/*Sternberg-Lieben* Vor § 32 Rn. 10a; Sch/Sch/*Perron* § 34 Rn. 13.

⁴⁰⁶⁹ → A IV 1 a). Eine aus der Sicht *ex post* konturierte Norm kann einer verhaltensleitenden Funktion nicht nachkommen, sodass sie als sinnlose, ungerechtfertigte Belastung des Adressaten erscheint und zu einer inflationären Bejahung von Normverletzungen führt, vgl. *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 330; kritisch auch *Renzikowski* Täterbegriff S. 256 ff.

⁴⁰⁷⁰ Vgl. auch *Bockelmann/Volk* AT § 12 A II: Gegenstand des Unwerturteils ist nicht nur die Wirkung, sondern auch die Beschaffenheit der Handlung. Im Übrigen erschöpft sich der Handlungsunwert auch nicht

also, dass es einerseits für die Bestimmung des Verhaltensunrechts durchaus sinnvoll und überzeugend ist, auf eine objektive *ex ante* Perspektive zurückzugreifen, dass aber andererseits das dafür maßgebliche Telos für die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz nicht zutrifft.

Im Übrigen kann es nicht den Ausschlag geben, dass das objektive Verhaltensunrecht *ex post* beurteilt werden soll, während die Erkennbarkeit *ex ante* als Materie des subjektiven Tatbestandes des vorsätzlichen, aber auch fahrlässigen Delikts eingestuft wird.⁴⁰⁷¹ Die bloß *klassifikatorische* Zuordnung⁴⁰⁷² der Erkennbarkeit in einen „subjektiven Tatbestand“ der Fahrlässigkeitstat, das bloße Umherschieben von Merkmalen im Deliktsaufbau kann für die Entscheidung der *materiell-rechtlichen* Frage nicht den Ausschlag geben.⁴⁰⁷³ Objektiver und subjektiver Tatbestand bestimmen gemeinsam das Verhaltensunrecht der jeweiligen Straftat. Für die materielle Frage nach den Voraussetzungen der Ingerenz kann es nicht darauf ankommen, ob man *für das Begehungsdelikt* eine objektive, individuell erkennbare Gefahrschaffung fordert oder eine objektiv erkennbare (sowie im Rahmen der Schuld: individuell erkennbare). Teleologisch maßgeblich ist das Begründungsziel „Garantenstellung“, nicht die Definition des Gefahrenbegriffs und seine klassifikatorische Zuordnung zu einer „Stufe“ des Verbrechenaufbaus in anderem Kontext.

Dennoch ist es im Ausgangspunkt zutreffend, dass die Rechtsordnung die Rechtswidrigkeit *nicht allein* mit der *ex ante* zu bestimmenden Verhaltensnormwidrigkeit identifiziert: „es gibt Fälle rein objektiver Rechtswidrigkeit, wie es Fälle gibt, wo die Rechtswidrigkeit im stärksten Maße von subjektiven Momenten durchsetzt ist“.⁴⁰⁷⁴ Zuzustimmen ist *Frisster* auch insoweit, als es bei der Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz gerade *nicht* um die rechtliche Missbilligung und Sanktionierung des Vorverhaltens geht, sodass der schadensträchtige Verlauf nicht zwingend erkennbar sein muss. Eine rechtswidrige

in einem bloßen Intentionunwert, die Handlung ist vielmehr „Sinneinheit von subjektiven und objektiven Merkmalen“, vgl. *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 159.

⁴⁰⁷¹ So *Börger*s Gefahrurteil S. 249 f.; auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 363 setzt voraus, dass „Normwidrigkeit“ eine objektive Kategorie sei.

⁴⁰⁷² Siehe aber dagegen *Börger*s Gefahrurteil S. 85: Es gehe nicht nur um die „der guten Ordnung dienende[...]“ formale Trennung von objektiven und subjektiven Merkmalen. Auf Grundlage der reduzierten Sachverhaltsgrundlage könne nicht mehr friktionsfrei angegeben werden, ob ein Verhalten den Vorgaben der Strafrechtsordnung entspricht und andererseits, ob es durch ein Notrecht abgewehrt werden darf. – Diese Gefahr besteht jedoch nach der dualistischen Unrechtskonzeption der h.M. nicht, wonach die Fragen nach der Zulässigkeit der Handlung und die nach dem Eingriffsrecht zu unterscheiden sind, *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 167 f.; unten → C II 1, 4 a). Entgegen der Auffassung *Börger*s ist zu betonen, dass der Gefahrbegriff indem er in der Rechtsordnung unterschiedlichste Funktionen erfüllt, durchaus unterschiedlich zu bestimmen sein kann (dazu insbesondere *Zieschang* GA 2006, 1 ff.; sowie → D IV 1-3). Eine einheitliche Bestimmung mag systematische Vorzüge aufweisen (*Börger*s aaO S. 84 f.), birgt jedoch gleichzeitig die Gefahr undifferenzierter Vereinfachungen.

⁴⁰⁷³ Siehe bereits → Kapitel 3 § 2 G III 2 b). Nachdrücklich (im Allgemeinen) *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 83, 85; vgl. dazu auch *Hilgendorf* FS Weber S. 33, 46 f.

⁴⁰⁷⁴ *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 508. Siehe dazu auch *ders.* Fahrlässigkeit S. 28; *Engisch* Untersuchungen S. 61; *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 38 f.; *Hirsch* FS Dreher S. 211, ff.; *Roxin* FS Jescheck S. 457, 458.

Beeinträchtigung der Rechtsgüter des Opfers kann unabhängig von ihrer Vorhersehbarkeit gegeben sein.

II. Anknüpfungspunkt der objektiven Unrechtsbewertung

Entscheidend ist also, ob das (Straf-)Gesetz an anderer Stelle eine *objektive* Bestimmung der Rechtswidrigkeit vornimmt.⁴⁰⁷⁵

Auch wenn der Täter kein Unrecht *begeht*, bleibt es möglich, dass das Opfer durch die Handlung Unrecht *erleidet*. Die Garantenstellung aus Ingerenz kann also allein aus der Perspektive des bedrohten Rechtsguts begründet werden. Diesem mag bei einer objektiven Betrachtung Unrecht geschehen, sodass es die Folgen der Handlung nicht hinnehmen muss, auch wenn das Geschehen aus der Perspektive des Handelnden nicht verboten ist. Der Begriff der Rechtswidrigkeit muss nicht zwingend⁴⁰⁷⁶ systematisch einheitlich bestimmt werden. Vielmehr kommt es stets darauf an, zu welchem Zweck das Rechtswidrigkeitsurteil gefällt wird. Dennoch überzeugt es nicht, für die Ingerenz eine „bloß materielle“ Bewertung vorzunehmen, vielmehr ist zumindest der Ausgangspunkt in den tatbestandlichen Unrechtsbewertungen zu suchen.⁴⁰⁷⁷ Zu erwägen ist insbesondere, ob das Unrechtleiden durch das Opfer durch das in den Straftatbeständen umschriebene Erfolgsunrecht⁴⁰⁷⁸ beschrieben wird.

1. Anerkennung des Erfolgsunrechts?

Zu problematisieren ist daher, inwiefern die Tatbestände eine solche objektive über die Reichweite der Verhaltensnormen hinausgehende Schutzordnung⁴⁰⁷⁹ konstituieren. Nach dem (neo-) klassischen Unrechtsverständnis stand dabei der Erfolg im Mittelpunkt der Betrachtung: „Der Verletzte und sein Interesse bilden den Angelpunkt des ganzen Rechts und des Strafrechts insbesondere“.⁴⁰⁸⁰ Nach der heute herrschenden Auffassung hingegen besteht die Straftat aus Verhaltens- *und* Erfolgsunrecht.⁴⁰⁸¹ Jedenfalls die tatbestandliche

⁴⁰⁷⁵ Der von *Frister* erwähnte § 1004 BGB ist insoweit erstes Indiz dafür, dass es der Rechtsordnung an mancher Stelle auch auf den bloß objektiven Eingriff ankommt. Es müssen daher nicht alle Erfolge geduldet werden, die auf einem rechtmäßigen Verhalten beruhen. Vgl. dazu auch *Hirsch* FS Dreher S. 211, 231; *Münzberg* Verhalten S. 376 ff., 393 f., 417. Zu begründen ist jedoch stets die *strafrechtliche* Relevanz eines solchen objektiv rechtswidrigen Eingriffs.

⁴⁰⁷⁶ Dennoch nennt *Hirsch* FS Dreher S. 211, 232 es einen systematischen Gewinn, wenn der Rechtswidrigkeitsbegriff im Allgemeinen Teil des StGB einheitlich bestimmt werde. *Roxin* meint (im Kontext des § 32 StGB), derjenige, der die Spaltung des strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriffs vornehme, trage die Beweislast für deren Notwendigkeit, *Roxin* FS Jescheck S. 457, 458;

⁴⁰⁷⁷ Die Ingerenz ist keine eigenständige soziale oder normative Position, sondern tritt in Ergänzung zu den Begehungstatbeständen – im formellen wie im materiellen Sinne – in Erscheinung.

⁴⁰⁷⁸ Insoweit erfüllt der Begriff des Geschehensunwerts nach *Frister* eine ähnliche Funktion: Es gehe um das Geschehen, das von strafrechtlichen Normen *im Ergebnis* vermieden werden soll, AT 8/13 f.

⁴⁰⁷⁹ Vgl. auch *Renzikowski* Täterbegriff S. 257: „Distributivnormen, die die Bereiche rechtlich geschützter Interessen zuweisen“.

⁴⁰⁸⁰ *Mezger* GS 89 (1924) 207, 249.

⁴⁰⁸¹ Mit Unterschieden im Einzelnen *Beling* Verbrechen S. 170 ff.; *Bockelmann/Volk* AT § 12 A I, II; *Duttge* MK § 15 Rn. 94; *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 49; *Engisch* FS DJT Bd. 1 S. 404, 414 ff.; *ders.* FS Rittler S. 165, 174; *Eser/Burkhardt* Strafrecht I 3 A 106; *Frister* AT 8/13 f.: „Geschehens- und Motivationsunwert“; *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 38; *ders.* FS Bockelmann S. 155, 159 ff., 161 ff., 162; *Gropp/Sinn* AT

Bewertungsnorm bezieht sich nicht allein auf eine personale Handlung, sondern auch auf bestimmte, fremde Rechtsgüter schädigende oder bedrohende, Geschehnisse.⁴⁰⁸² Diese gleichberechtigte, eigenständige Stellung des Erfolgsunwertes⁴⁰⁸³ wird, wenngleich sie von der h.M. anerkannt ist, „konstruktiv selten erläutert“.⁴⁰⁸⁴

§ 2 Rn. 20, § 12 Rn. 15; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 239; *Lackner/Kühl/Heger* Vor § 13 Rn. 20 f.; *B. Heinrich* AT Rn. 153 f.; *v. Hippel* Strafrecht I § 5 II, § 22 VII 1; *ders.* Strafrecht II § 8 II 2; *Hirsch* ZStW 94 (1982) 239, 242 ff.; *ders.* ZStW 95 (1983) 643, 654; *ders.* FS Lenckner S. 119, 142 m. Fn. 66; *ders.* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 11; *ders.* FS Lampe S. 515, 521; *ders.* GS Meurer S. 3 ff.; *Hörnle* Strafzumessung S. 204 f.; *dies.* in: *Empirische Fundamente* S. 115; *Jäger* SK Vor § 1 Rn. 56; *Jakobs* Studien S. 120 ff.; *Jescheck/Weigend* AT § 1 III 1, § 24 III 2; *Köhler* Fahrlässigkeit S. 328, 329 m. Fn. 8, 331; *ders.* AT S. 26 ff.; *Krauß* ZStW 76 (1964) 19 ff., 59 ff., 65 ff.; *Krey* ZStW 90 (1978) 173, 197, 203 ff.; *Krümpelmann* Bagatelldelikte S. 82 ff., 88 ff.; *ders.* FS Jescheck S. 313 ff.; *ders.* FS Bockelmann S. 443, 444 ff.; *Kudlich* SSW Vor § 13 Rn. 9; *Kühl* Beendigung S. 55; *ders.* AT § 3 Rn. 6; *ders.* FS Kühne S. 15, 23; *Küper* GA 1980, 201, 216 ff.; *ders.* FS Lackner S. 247, 263 ff.; *Küpper* ZStW 111 (1999) 785, 789; *Lackner* Gefährdungsdeldikt S. 6 f.; *Lampe* Unrecht S. 210 ff.; *Lenckner* Notstand S. 47 f.; *Sch/Sch*²⁷/*ders./Eisele* Vor § 13 Rn. 11, 49, 52 ff.; *Maihofer* FS Rittler S. 141, 142 ff.; *ders.* ZStW 70 (1958) 159, 173; *Maurach/Zipf* AT I § 17 Rn. 1 ff., 25 ff.; *Mylonopoulos* Verhältnis S. 67 ff., 131 ff.; *Otto* AT § 8 Rn. 217 ff.; *Paeffgen* Verrat S. 120 ff.; *ders.* GS Arm. Kaufmann S. 399, 413 ff.; *Puppe* ZStW 99 (1987) 595, 611: „Ein unerlaubter Zustand ist insbesondere die Rechtsgutsverletzung selbst“; *dies.* NK Vor § 13 Rn. 19 ff.; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 27; *Roxin* FS Jescheck S. 457, 458; *ders.* LK¹¹ § 25 Rn. 13; *ders.* ZStW 116 (2004) 929, 937 ff.; *ders./Greco* AT I § 10 Rn. 93, 96 ff., § 11 Rn. 51; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 96; *ders.* FS Maurach S. 51, 64 f., 70 ff.; *Samson* FS Grünwald S. 585, 588 ff.; *Schmidhäuser* AT 5/38 ff.; *Schroeder* FS Otto S. 165, 176; *Schünemann* JA 1975, 511, 512; *ders.* FS Schaffstein S. 159, 170 ff.; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Schuster* § 15 Rn. 128; *Stratenwerth* SchwZStr 79 (1963) 233, 248, 250; *ders.* FS Schaffstein S. 177 ff.; *ders./Kuhlen* AT § 8 Rn. 60; *Wolter* Straftatsystem S. 25 ff., 28, 47, 65, 68 ff., 114 ff., 129; *ders.* in: *Grundfragen* S. 103, 106 f.; *ders.* 140 Jahre GA S. 269, 294; *ders.* GA 1991, 531, 549; *ders.* in: *Bausteine* S. 3, 29; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 3; *Zaczyk* Selbstverantwortung S. 32; *ders.* GA 2014, 73, 75 ff.; **abweichend** *Haas* Kausalität S. 76 ff. und *Renzikowski* in: *Juristische Grundlagenforschung* S. 115, 125 f., die auf die Verletzung subjektiver Rechts abstellen.

⁴⁰⁸² Vgl. etwa *Beling* Verbrechen S. 170 ff.; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 161 ff.; *Gropp/Sinn* AT § 12 Rn. 15; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 239; *Hörnle* Strafzumessung S. 204 f.; *dies.* in: *Empirische Fundamente* S. 115; *Jescheck/Weigend* AT § 24 III 3; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 11; *Krey* ZStW 90 (1978) 173, 204; *Mezger* Strafrecht S. 164; *Mylonopoulos* Verhältnis S. 84; *Otto* GS Schröder S. 53, 64; *Roxin/Greco* AT I § 10 Rn. 93; *Samson* FS Grünwald S. 585 ff.; *Schünemann* JA 1975, 511, 512; *Stratenwerth* SchwZStr 79 (1963) 233, 248, 250; *ders.* FS Schaffstein S. 177 ff.; *Wolter* Straftatsystem S. 25 ff.; *ders.* in: *Grundfragen* S. 103, 106 f.

⁴⁰⁸³ Die Begriffe Erfolgsunwert und Erfolgsunrecht werden hier synonym gebraucht, ebenso *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29

⁴⁰⁸⁴ *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 116. *Paeffgen* widerlegt insoweit durchschlagend das in Ablehnung des Erfolgsunrechts vorgebrachte „Zufallsargument“: Aus kriminalpolitischen und rechtsstaatlichen Gründen sei eine Objektivierung der Intention erforderlich, da die Beurteilung sonst auf reines Gesinnungsstrafrecht hinausliefe. Zudem bestehe rein praktisch keine Möglichkeit, strafrechtlich an nicht geäußerte Intentionen anzuknüpfen. Indem sich die Intention in der Handlung in der Außenwelt verobjektiviere, stelle sie bereits einen (regelmäßig noch nicht strafrechtlich relevanten) Erfolg dar. Zwar sei bei Distanzdelikten die Bedeutung von Zufallseinflüssen erheblich größer – jedoch sei der Unterschied der Beherrschbarkeit stets nur *graduell*: Denn selbst die Umsetzung eines Gedankens in die Außenwelt sei bereits zufallsbedingt. Dieser bloß quantitative Unterschied könne strukturell nicht den Unterschied machen, *Paeffgen* Verrat S. 112 ff.; *ders.* GS Arm. Kaufmann S. 399, 413, 416; siehe auch *Roxin/Greco* AT I § 10 Rn. 99; *Köhler* Fahrlässigkeit S. 328 ff., 329 m. Fn. 8; *Stratenwerth* FS Schaffstein S. 177, 184 f.; *Wolter* Straftatsystem S. 114 ff. – *Neumann* FS Sancinetti S. 119 ff. weist zudem darauf hin, dass es für die Berechtigung von

Gegen die Maßgeblichkeit des Erfolgs als „Unrecht“ haben sich insbesondere *Arm. Kaufmann* und seine Schüler,⁴⁰⁸⁵ jedoch danach auch andere Autoren⁴⁰⁸⁶ ausgesprochen. *Frisch* meint etwa, auf Grundlage einer spezifisch normentheoretischen Sicht, welche als Gegenstand rechtlicher Regelungen nur menschliche Handlungen anerkenne, ließe sich der Erfolg auch als außerhalb des Unrechts stehend definieren.⁴⁰⁸⁷ Ähnlich hält *T. Walter* die Unterscheidung zwischen Handlungs- und Erfolgsunrecht für „kaum ergiebig“, die Begriffe „Unrecht“ und „Rechtswidrigkeit“ seien dem Verhalten zurechnungsfähiger Menschen vorbehalten.⁴⁰⁸⁸

Zu betonen ist jedoch, dass auch die Normgenese nach *Arm. Kaufmann* auf der ersten Stufe das Rechtsgut als „positives Werturteil“ sowie auf der zweiten Stufe die Bewertung derjenigen Vorgänge und Sachverhalte als negativ beinhaltet, welche dieses Rechtsgut verletzen.⁴⁰⁸⁹ Erst auf der dritten Stufe geht *Arm. Kaufmann* dazu über, diese Bewertung von Ereignissen auf das Werk von Menschen zurückzuführen und allein dieses Menschenwerk als personales Unrecht zu beurteilen.⁴⁰⁹⁰ Letzterer Folgerung ist entgegenzuhalten, dass die Wertungsfrage, was Gegenstand des Unrechts ist, nicht unter Verweis auf

Zufallselementen im Unrecht wesentlich darauf ankommt, innerhalb welches Straftatbegriffs und welcher Straftheorie diese Frage gestellt wird.

⁴⁰⁸⁵ *Arm. Kaufmann* FS Welzel S. 393, 395, 410 ff.; (siehe auch *ders.* ZfRV 1964, 41, 43 ff., 47 ff.); *Dornseifer* GS *Arm. Kaufmann* S. 427, 433 ff.; *Horn* Gefährdungsdelikte S. 78 ff., 196 ff. *Zielinski* Handlungsunrecht S. 121 ff. *et passim*; *Welzel* Fahrlässigkeit S. 21: „limitierendes Element“; siehe auch *ders.* FS Kohlrausch S. 101, 106: „unselbstständiges, bedingendes Teilmoment innerhalb des umfassenderen Aktunwertes der Handlung“; die Rechtswidrigkeit von Erfolgen leugnete bereits die Imperativentheorie, vgl. etwa *Hold v. Ferneck* Rechtswidrigkeit I S. 387.

⁴⁰⁸⁶ *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 513 ff., der die Diskussion um das Erfolgsunrecht für wenig befriedigend erachtet und das Erfolgserfordernis stattdessen funktional als „Indikator generalpräventiv besonders indizierten bzw. legitimierten Strafeinsatzes“ ansieht, S. 516 ff.; *ders.* Vorsatz S. 424 f., dort auch Fn. 40: Von der Funktion, das Erfolgsunrecht festzulegen, gehe die Gegenansicht zu Unrecht völlig selbstverständlich aus; *Freund* MK Vor § 13 Rn. 84 f., 326 ff., insbesondere 327 (der aber auch darauf hinweist, der Streit sei weitestgehend terminologisch und dürfe nicht überbewertet werden); *Lüderssen* FS Bockelmann S. 181, 186 ff.; *ders.* FS Herzberg S. 109 ff.; gegen eine gleichberechtigte Stellung auch *Schaffstein* FS Welzel S. 557, 561.

⁴⁰⁸⁷ *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 514 (moderater aber *Frisch* JuS 2011, 19, 22: Zurechnung als Unrechtserfolg, wenn es sich um die spezifische Folge unrechten Verhaltens handelt; *ders.* JuS 2011, 205, 208). – *Konstruktiv* könnte man sicher ein Erfolgsunrecht leugnen: Etwa *Frisch* meint, die Rechtfertigungsgründe hätten „nicht die Funktion, definitorisch festzulegen, was Dritte an Verhaltensweisen zu dulden haben – dieses Problem ist zu behandeln, wenn man sich mit etwaigen Abwehrrechten Dritter beschäftigt“, *ders.* Vorsatz S. 424 f.; ähnlich auch *Pawlik* FS Otto S. 133, 149: Die Probleme seien stets nach Sinn und Zweck des jeweiligen Rechtsinstituts zu lösen. Fraglich ist jedoch, ob ein solches Modell, welches nicht von einer einheitlichen strafgesetzlichen Unrechtssystematik ausgeht, sondern die Probleme sozusagen „löst, wenn sie anfallen“, tatsächlich leistungsfähiger ist.

⁴⁰⁸⁸ *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 19, 146; *Walter* leugnet dabei *contra legem* die Möglichkeit schuldlosen Unrechts.

⁴⁰⁸⁹ *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 69 f., 70 f.; vgl. zudem *Welzel* Strafrecht S. 2: „Erfolgswert“; siehe auch *Zielinski* Unrechtsbegriff S. 121 ff., bes. 123.

⁴⁰⁹⁰ *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 71 ff.

einen vorrechtlichen Handlungsbegriff abgeschnitten werden darf.⁴⁰⁹¹ Insbesondere begründet jedoch auch *Arm. Kaufmann* das Verhaltensunrecht nicht um seiner selbst, sondern um bestimmter positiv bewerteter Zustände willen. Auch *Zielinski* meint, die Bestimmungsnorm habe den ausschließlichen Zweck, dem „eigentlich, unmittelbar aber nicht erreichbaren Ziel der Strafrechtsordnung zu dienen: die primären Werturteile zu verwirklichen, nicht-sein-sollende Rechtsgutsobjektsverletzungen zu vermeiden, sein-sollende Rechtsgutsobjektserhaltung zu fördern.“⁴⁰⁹² *Zielinski* gibt dabei der Gegenansicht sogar zu: „Die bloße Realisierung des Gegenstandes eines primären Werturteils, einer Rechtsgutsobjektsverletzung ohne gleichzeitige wertwidrige Handlung, ebenfalls ‚Unrecht‘ zu nennen ist möglich, aber für das Strafrecht nicht sinnvoll.“⁴⁰⁹³ Dem entgegengesetzt meint *Paeffgen*: „Formal, so bleibt freilich einzuräumen, lassen sich diese Gedankenoperationen auch mit einer ‚objektiven Strafbarkeitsbedingung‘ zu dem für richtig gehaltenen Ergebnis führen. Doch wirkt die Verwendung dieses Terminus dann schon sehr gezwungen.“⁴⁰⁹⁴ Jenseits der Differenzen scheint also Einigkeit zu bestehen, dass die Norm nur *um des Rechtsguts willen* da ist, also nicht Selbstzweck, sondern Vehikel zu dessen Verwirklichung darstellt.⁴⁰⁹⁵

Die monistischen Unrechtskonzeptionen können daher nicht überzeugen. Die personale Unrechtslehre besagt allein, dass der Gesetzgeber das Ziel des Rechtsgüterschutzes bloß im Rahmen solcher Normen verfolgen *kann*, welche menschliche Handlungen ge- und

⁴⁰⁹¹ *Roxin/Greco* AT I § 8 Rn. 43b.

⁴⁰⁹² *Zielinski* Unrechtsbegriff S. 126; siehe auch S. 124 f.: „Keine Handlung ist wertvoll oder wertwidrig aus sich heraus; sie erhält ihren Wert oder Unwert immer erst aus ihrer Bezogenheit auf ein wertvolles oder wertwidriges Ziel. Daraus folgt, es gibt keine Unrechtshandlungen, deren Unwert nicht bezogen wäre auf ein Rechtsgut; jedes strafrechtliche Verbot dient dem Schutz eines Rechtsguts“; ähnlich schon die Anhänger der Imperativentheorie, etwa *Hold v. Ferneck* Rechtswidrigkeit I S. 387. Siehe auch *Horn* Gefährdungsdelikte S. 83 ff.: Erforderlich sei ein Bezug auf ein rechtsgutsverletzendes Geschehen; ähnlich *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 17: ein Verhalten sei nur im Blick auf den Erfolg verboten. – Damit ist aber zugegeben, dass die Verhaltensnormen gegenüber dem eigentlichen *Ziel* der Strafrechtsordnung *dienende* Funktion haben, vgl. auch *Krey* ZStW 90 (1978) 173, 204.

⁴⁰⁹³ *Zielinski* Unrechtsbegriff S. 127. Es komme für das Strafrecht nicht die Rechtsgutsverletzung als solche in Betracht, sondern erst insofern sie auf einer Handlung beruht, die einer Norm zuwiderläuft. – Zu Recht hat *Stratenwerth* FS Schaffstein S. 177, 183 dem erwidert, dass die zutreffend angenommene *Notwendigkeit* des Handlungsunrechts für die Straftat nicht die *Entbehrlichkeit* des Erfolgsunrechts nach sich zieht.

⁴⁰⁹⁴ *Paeffgen* GS *Arm. Kaufmann* S. 399, 416. Die radikal-finalistische Position ist also normentheoretisch nicht zwingend und materiell-rechtlich nicht überzeugend; so nachdrücklich auch *Krey* ZStW 90 (1978) 173, 204, 208. Zutreffend wird im Übrigen auf Folgendes hingewiesen: Die Relevanz des Erfolges muss nach dieser Lehre damit erklärt werden, dass die Gesellschaft an einer erfolgreichen Straftat mehr Anstoß nimmt als an einer erfolglosen – obwohl dies für das Unrecht angeblich keine Rolle spielen soll, *Puppe* NK § 13 Rn. 20; *Lackner/Kühl/Heger* Vor § 13 Rn. 21; *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 12. Wer den Erfolg bloß aus sozialpsychologischen Notwendigkeiten erklärt, müsste dann eigentlich bis auf die Handlung sämtliche Erfordernisse des Tatbestandes sozialpsychologisch begründen, *Samson* FS Grünwald S. 585, 591 ff.; *Hirsch* GS Meurer S. 3, 7. Zu weiteren Fallstricken, wenn man die Maßgeblichkeit des Erfolgs allein aus einem *Strafbedürfnis* erklärt *Stratenwerth* FS Schaffstein S. 177, 187 f.

⁴⁰⁹⁵ Problematisch erscheint allerdings, dass nach *Welzel* und *Arm. Kaufmann* der Zweck des Güterschutzes nicht unmittelbar durch das Strafrecht, sondern durch die Geltungssicherung der „positiven sozialemischen Aktwerte“ erreicht werden solle; vgl. schon die Kritik hierzu und der damit verwandten „Sicherung der Normgeltung bei *Freund* → Kapitel 3 § 2 G IV 2 a).

verbieten,⁴⁰⁹⁶ also den menschlichen Willen ansprechen. In Abhängigkeit zur Entscheidungssituation stellen Normen Anforderungen an das Täterverhalten. *Ziel* der Rechtsordnung ist im Tatstrafrecht jedoch weiterhin die Verhinderung von Rechtsgutsverletzungen, während die Ver- und Gebote die *Mittel* zur Erreichung dieses Zieles darstellen.⁴⁰⁹⁷ Die Verhaltens- oder Bestimmungsnormen als sekundäre Werturteile sind insoweit nicht Selbstzweck, sondern haben nur „dienende Funktion“ gegenüber der insoweit primären Rechtsgüterordnung.⁴⁰⁹⁸ „Auf diese primäre Form gründet sich die Bestimmungsnorm nur als Mittel zum Zweck, als sekundäre Folgeerscheinung“,⁴⁰⁹⁹ „sie erheischen keinen Gehorsam nur um ihrer selbst, sondern um des sie begründenden Werturteils willen“⁴¹⁰⁰ – sprich: zur Gewährleistung des Rechtsgüterschutzes. Die Beeinträchtigung von Rechtsgütern ist das Geschehen, „das durch die strafrechtlichen Normen *im Ergebnis* vermieden werden soll“.⁴¹⁰¹ Es wäre daher gerade fragwürdig, den Erfolgsunwert als Ausdruck des primären Werturteils aus dem Unrecht auszuschließen.⁴¹⁰² Dies würde insbesondere im

⁴⁰⁹⁶ Rudolphi FS Maurach S. 51, 69. Siehe auch schon → A IV 1 a), 3.

⁴⁰⁹⁷ Hirsch GS Meurer S. 3, 17; prägnant auch Larenz FS Engisch S. 150, 159 f.: „Gewiß kann die Rechtsordnung subjektive Rechte nur dadurch gewährleisten, daß sie Normen enthält, die jeden unberechtigten ‚Eingriff‘ in solche Rechte verbieten und an seine Vornahme Sanktionen knüpfen. Der Sinn solcher Normen liegt aber gerade in dem Schutz und der Erhaltung der dem Berechtigten vorbehaltenen Handlungsmöglichkeiten“; Maihofer FS Rittler S. 141, 149: „Jede Rechtsordnung ist danach stets ein Zweifaches: nach ihrem *Mittel Rechtsnormenordnung*, nach ihrem *Ziele Rechtsgüterordnung*“; dies betont selbst ein Autor wie Engisch, der die Bestimmungsfunktion des Rechts als Imperativ in den Vordergrund stellt (Gerechtigkeit S. 46); siehe außerdem Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 94; Stratenwerth FS Schaffstein S. 177, 185; sowie für eine objektive Unrechtskonzeption Mezger GS 89 (1924) 207, 245: Mittel zur Durchsetzung der adressatenlosen Bewertungsnormen, S. 249: „Das Endziel allen Rechts, mit anderen Worten die Idee der Gerechtigkeit bestimmt sich als das Streben nach dem kompossiblen Maximum der Interessenbefriedigung. Was diesem Endziel zuwider ist, das ist materiell gesprochen ‚Unrecht‘“

⁴⁰⁹⁸ Krey ZStW 90 (1978) 173, 204; vgl. auch Mylonopoulos Verhältnis S. 81.

⁴⁰⁹⁹ Radbruch SJZ 1947, 633, 634; ders. Vorschule S. 56, „Urform“ des Rechts sei die Bewertungsnorm, welche eine Handlungsweise für unrecht und antisozial erklärt ähnlich Arth. Kaufmann Unrechtsbewusstsein S. 139

⁴¹⁰⁰ Paeffgen Verrat S. 111; siehe auch S. 120; ders. GS Arm. Kaufmann S. 399, 412; siehe auch Duttge MK § 15 Rn. 94: „Schließlich sind doch die Strafgesetze keine sich selbst genügenden Dogmen [...]“; Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 94.

⁴¹⁰¹ Frister AT 8/13. Vgl. auch Hirsch GS Meurer S. 3, 13; Wolter Straftatsystem S. 25: Der Erfolg ist „maximaler Ansatzpunkt für Mißbilligung und Restitution“; ders. in: Grundfragen S. 103, 105 f.

⁴¹⁰² Krey ZStW 90 (1978) 173, 204; Schlehofer MK Vor § 32 Rn. 13.

geltenden Strafrecht, welches die Erfolgsdelikte in den Mittelpunkt stellt,⁴¹⁰³ an der Realität völlig vorbei gehen.⁴¹⁰⁴ Unter Missachtung der *lex lata*⁴¹⁰⁵ käme es zu einer Verabsolutierung der Bestimmungsnorm.⁴¹⁰⁶ Die Gegenansicht wird damit insbesondere der Tatsache nicht gerecht, dass das Unrecht „vom Menschen am Menschen“ begangen wird.⁴¹⁰⁷ Zur Straftat als sozialem Vorgang gehören neben dem Täter auch die Allgemeinheit sowie insbesondere der Verletzte, dem Unrecht zugefügt wird.⁴¹⁰⁸ Der Erfolgsunwert ist insofern der Unwert, den das Verhalten als „Interessenverletzung“;⁴¹⁰⁹ als „Einbuße an Lebensgestaltungsmöglichkeiten“⁴¹¹⁰ für einen anderen Menschen hat, der gerade durch die Verhaltensnorm hätte verhindert werden sollen.⁴¹¹¹ Es handelt sich um ein „Unrecht gegenüber dem Tatverletzten“.⁴¹¹² Die *bloße* Motivation der Verhaltensnormen vom Interesse möglicher Verletzter her⁴¹¹³ lässt dagegen das konkrete Opfer in der konkreten Situation außer Acht, welches „als letztlich konturlose Figur schwimmt“.⁴¹¹⁴

Damit verwandt ist die bereits oben erläuterte Folge, dass das „Mittel“ Verhaltensnorm aufgrund seiner spezifischen Wirkungsweise – indem es also den Willen des Normunterworfenen anspricht, um diesen zu einem bestimmten Verhalten zu motivieren – bis zu

⁴¹⁰³ Vgl. *Zieschang* Handbuch Bd. 2 § 33 Rn. 1.

⁴¹⁰⁴ *Hirsch* GS Meurer S. 3, 7; siehe auch *Krey* ZStW 90 (1978) 173, 204 f. Im Übrigen wird auch im *bloß* sozialen Bereich diese Unterscheidung zwischen Handlung und Erfolg getroffen, etwa bei Handlungen, die auf sozial positiv bewertete Ziele gerichtet sind, z.B. bei Prüfungs- oder Sportleistungen: *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 165; *Hirsch* ZStW 94 (1982) 239, 245; *ders.* GS Meurer S. 3, 8; *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 59: „Seit jeher werden menschliche Taten auch daran gemessen, was sie bewirken.“

⁴¹⁰⁵ Darauf, dass die Imperativtheorie (etwa *Hold v. Ferneck* Rechtswidrigkeit I S. 73 ff., 98 ff.) in ihrer Vorstellung, nur menschliches Verhalten könne rechtswidrig sein, in bemerkenswertem Maße dem geltenden Recht widerspricht, machte bereits *Beling* aufmerksam (Verbrechen S. 171 ff.). Gegen die Imperativtheorie zudem *Binding* Normen I S. 101 ff.; *H. A. Fischer* Rechtswidrigkeit S. 46 ff.; *Larenz* FS Engisch S. 150 ff.

⁴¹⁰⁶ „Nachdem [*Kaufmann*] der Sprung vom Sachverhaltsunwert auf den Normgegenstand unter Hinweis auf die Begrenztheit menschlichen Erkenntnisvermögens gelungen ist, wird von nun an nur noch auf die so formulierte Norm geblickt und das eigentliche Unrecht schließlich im Abfall von den sozial-ethischen Gesinnungswerten gesehen“; er habe so „aus der Not eine Tugend“ gemacht, *Samson* FS Grünwald S. 585, 598.

⁴¹⁰⁷ *Krümpelmann* Bagatelldelikte S. 82; *Erb* Alternativverhalten S. 164.

⁴¹⁰⁸ Vgl. *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 161 ff.; *Hörnle* in: *Empirische Fundamente* S. 105, 109 ff.; *dies.* JZ 2006, 950, 957; *dies.* Kriminalstrafe S. 54 m. Fn. 130 (die insbesondere auf den Verletzten abstellt); *Krümpelmann* FS Bockelmann S. 443, 444; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 44; *ders./Weigend* AT § 24 III 2; *Krauß* ZStW 76 (1964) 19, 63; *Küper* GA 1980, 201, 218; *Otto* AT § 8 Rn. 221; *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 20; *Stratenwerth* SchwZStr 79 (1963) 233, 254; *Wolter* Straftatsystem S. 131; siehe auch *Amelung* FS Eser S. 3, 7: Die Straftat ist [jedenfalls bei individualschützenden Delikten] ein Vorgang, der sich zwischen zwei Subjekten abspielt; *Mylonopoulos* Verhältnis S. 80.

⁴¹⁰⁹ *Maihofer* FS Rittler S. 141, 142. Siehe auch *v. Hippel* Strafrecht II S. 185.

⁴¹¹⁰ *Krümpelmann* FS Bockelmann S. 443, 444; siehe auch *ders.* Bagatelldelikte S. 98; ähnlich auch *Stratenwerth* FS Schaffstein S. 177, 184; *Paeffgen* Verrat S. 121; *Sch/Sch²⁷/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rn. 49, 57.

⁴¹¹¹ Vgl. *Jescheck/Weigend* AT § 24 III 2.

⁴¹¹² *Hörnle* Kriminalstrafe S. 54 m. Fn. 130.

⁴¹¹³ So etwa *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 69 ff.; *Horn* Gefährungsdelikte S. 65 ff., 78 ff., 83 ff.; sowie in jüngerer Zeit *Freund* MK § 13 Rn. 153 ff.

⁴¹¹⁴ *Krümpelmann* FS Bockelmann S. 443, 445. Vgl. schon → A IV 5 b).

einem gewissen Grad subjektiviert ist.⁴¹¹⁵ Es wird allein der aus der Handlungsperspektive erkennbare Wirklichkeitsausschnitt zugrunde gelegt. Der soziale Vorgang in seiner ganzen Tragweite ist jedoch erst dann erfasst, wenn er nicht allein *ex ante* aus der Täterperspektive, sondern *auch* objektiviert, aus der Perspektive der Anderen beurteilt wird. So meint auch *Samson*: „Erkennt man jedoch, daß diese Betrachtung des Handlungsunrechtes allein auf den begrenzten Möglichkeiten der Erkenntnis bei Normsetzer und Normadressaten beruht und nicht etwa die erwünschte Folge eines besonders geglückten Rechtsgüterschutzes ist, dann eröffnet sich damit eine neue Perspektive für die Bewertung des Erfolgsunrechtes“.⁴¹¹⁶ Spiegelbildlich eröffnet sich eine neue Perspektive für die Bewertung der Ingerenz: Auch hier gilt, dass die *Sorgfaltsmäßigkeit*, die situative Unverbotenheit bestimmter Handlungen nicht Folge eines besonders geglückten Rechtsgüterschutzes ist, sondern auf der begrenzten menschlichen Erkenntnisfähigkeit beruht. Wenn etwa der A unter Einhaltung aller Verkehrsregeln ein Kind anfährt, hat die Unverbotenheit dieser Fahrt im konkreten Einzelfall und *ex post* sicherlich nicht ihre Funktion erfüllt, den Rechtsgüterschutz und die allgemeine Handlungsfreiheit der Verkehrsteilnehmer in Einklang zu bringen. Zwar hat sich die Norm aufgrund der beschränkten Informationsbasis der *generalisierenden ex ante* Betrachtung zu diesem Zeitpunkt als die rechtlich adäquate Konfliktlösung dargestellt. Dennoch zeigt sich bei einer mit maximalem Wahrheitsgehalt versehenen nachträglichen Betrachtung, dass die *ex ante* Betrachtung zwar generell, jedoch nicht im Einzelfall richtig war. Das Erfolgsunrecht dient insoweit „der nachträglichen Korrektur der zu weit geratenen Bewertung des Handlungsunwertes“.⁴¹¹⁷ Ent-

⁴¹¹⁵ Zu bedenken ist, dass es im rechtsgüterschützenden Strafrecht zwar zum Teil unerlässlich ist, bereits konkret gefährliches Verhalten zu bestrafen. Dies ist jedoch kein Selbstzweck, sondern gerade in denjenigen Fällen, in denen *tatsächlich* keine Gefahr für ein Rechtsgut geschaffen wurde, eine rechtfertigungsbedürftige Vorverlagerung des Strafrechts, vgl. *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 388.

⁴¹¹⁶ *Samson* FS Grünwald S. 585, 600. *Samson* argumentiert im Einzelnen wie folgt (S. 596 ff.; sympathisierend auch *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 10): Der Gesetzgeber könne nur solche Verhaltensweisen verbieten, die „erfolgsmächtig“ sind. Für das Verbot nicht erfolgsmächtiger Handlungen bestehe grundsätzlich hingegen keine Legitimation. Was völlig determinierte Abläufe angehe, „liegen vor dem Handlungsvollzug angesichts der zwingenden kausalgesetzlichen Verknüpfung bereits sämtliche Umstände vor, die darüber entscheiden, ob der Verletzungserfolg eintreten wird oder nicht“. Praktisches Problem sei jedoch, dass der Normgeber nur an solche Umstände anknüpfen kann, welche im Zeitpunkt des Handlungsvollzugs noch nicht erkennbar sind, da diese dem Normadressaten nicht als Richtschnur dienen können. Hierdurch würden zwei sehr verschiedenen Handlungstypen verboten (siehe auch *Mir Puig* FS Jescheck S. 337, 345; *Erb* Alternativverhalten S. 164): Solche, die aufgrund der kausalgesetzlichen Verknüpfung mit der Gesamtheit der vorhandenen Umstände die Rechtsgutsverletzung mit Sicherheit herbeiführen, und solche, bei denen bereits feststeht, dass der rechtsgutsverletzende Erfolg mit Sicherheit nicht herbeigeführt wird. Je nachdem wie die Situation *ex post* ausgeht, entscheidet sich, ob der Täter wirklich eine erfolgsmächtige Handlung vorgenommen habe oder nur eine solche, „die allein aus Gründen des begrenzten menschlichen Erkenntnisvermögens verboten werden mußte“. Das Erfolgsunrecht sei insoweit der „Beweis“, dass die Handlung unter dem Aspekt des Rechtsgüterschutzes „legitim verboten“ war.

⁴¹¹⁷ *Samson* FS Grünwald S. 585, 604. **Gegen** die Überlegungen *Samsons* hat *Hirsch* zwar zu Recht eingewandt, das Sozialleben interessiere sich für das jeweils in Erscheinung tretende Geschehen, die soziale Wirklichkeit lässt sich nicht durch ein der Erkenntnisfähigkeit entzogenes deterministisches Weltbild unterlaufen (*Hirsch* GS Meurer S. 3, 15 f. m. Fn. 35; kritisch daher auch *Schroeder* FS Otto S. 165, 177).

sprechend kann man sich auch auf den Standpunkt stellen: Die Maßgeblichkeit des Erfolgsunwerts bei der Ingerenz korrigiert die „zu eng geratene“ Bewertung des Handlungsunrechts.⁴¹¹⁸

Dagegen meint etwa *Freund*: „Tatsächlich ist das personale Verhaltensunrecht das primäre strafatkonstituierende Element. Das sogenannte ‚Erfolgsunrecht‘ ist lediglich ein davon abgeleiteter Bestimmungsgrund für das Ob und Wie einer Bestrafung“.⁴¹¹⁹ „Während das tatbestandsmäßige Verhaltensunrecht unverzichtbares und primäres Element einer jeden Straftat darstellt, sind tatbestandsmäßige Verhaltensunrechtsfolgen kein zwingendes Straftaterfordernis und überdies lediglich sekundär bedeutsam. Denn sie sind von entsprechendem Fehlverhalten als der ‚Wurzel des Übels‘ abgeleitet. Sie sind ohne Verhaltensunrecht, auf dem sie beruhen, undenkbar.“⁴¹²⁰ Zuzustimmen ist allein der ersten Aussage: Aufgrund des besonderen Eingriffscharakters der Strafe, welche den Täter trifft, ist es zutreffend, das Handlungsunrecht in den Mittelpunkt zu rücken.⁴¹²¹ Allerdings begründet sich dieses Verhaltensunrecht seinerseits wieder aus der Tendenz auf bestimmte *wertwidrige Erfolge*.⁴¹²² „Wurzel des Übels“ ist im rechtsgüterschützenden Strafrecht nicht der bloße Ungehorsam,⁴¹²³ sondern das zu verhindernde (und tatsächlich eingetretene) schädigende Ereignis. Insgesamt erscheint es als *petitio principii*, das Unrecht der Tat auf den Verbotsbereich der Verhaltensnorm zu begrenzen: Denn die zu beantwortende Frage ist ja gerade, ob Unrechtselemente auch außerhalb dessen liegen können.⁴¹²⁴ Der Gedanke, dass nur Akte gut oder böse sein können, mag auf der Ebene der Moral seine Berechtigung haben,⁴¹²⁵ im Strafrecht gilt jedoch das Tatprinzip.⁴¹²⁶ Das Recht ist

Doch auch die soziale Wirklichkeit präsentiert sich anders, ob man sie aus der Perspektive der Handlungssituation oder im Nachhinein objektiviert betrachtet. Zwar soll der streng deterministischen Betrachtung *Samsons* nicht gefolgt werden, jedoch wird deutlich, dass die Formulierung von Verhaltensnormen auf unsicherer Tatsachengrundlage das Geschehen nur unvollständig erfasst und in zweierlei Hinsicht eine Korrektur herausfordert: Einerseits geht es um die von *Samson* sowie der herrschenden Lehre (etwa zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang) ins Auge gefasste Verneinung eines Erfolgsunrechts trotz Vorliegens von Handlungsunrecht. Die Korrektur lässt sich jedoch auch umgekehrt vornehmen: Auch, wenn sich eine Verhaltensweise aus der Handlungsperspektive als unschädlich darstellt und daher unverboden ist, kann sie objektiv der rechtlichen Freiheitsverteilung zuwiderlaufen.

⁴¹¹⁸ Mit dem Verbot wird nämlich einerseits *mehr* erfasst, als vom Ausgangspunkt der Normengese zu legitimieren wäre (*Samson* FS Grünwald S. 585, 598), andererseits aber auch *weniger*.

⁴¹¹⁹ *Freund* MK Vor § 13 Rn. 327.

⁴¹²⁰ *Freund* MK Vor § 13 Rn. 328.

⁴¹²¹ *Krümpelmann* Bagatelldelikte S. 88 ff.; siehe auch *Paeffgen* Verrat S. 120.

⁴¹²² Vgl. nur *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 159; *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 57 ff.

⁴¹²³ Siehe auch *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 383; bereits *ders.* Sanktionensysteme S. 400 ff.

⁴¹²⁴ *Neumann* FS Sancinetti S. 119, 125.

⁴¹²⁵ Selbiges würde gelten für eine streng deontologische Straftheorie, etwa eine Vergeltungs- oder Sühnetheorie, die „böse“ Handlungen, nicht Erfolge sühnen will, vgl. *Neumann* FS Sancinetti S. 119, 127. Eine derartige metaphysische Begründung der Strafe ist jedoch im demokratischen Rechtsstaat nicht legitimierbar. Vielmehr muss es um präventive Zwecke, insbesondere den Schutz von Rechtsgütern gehen, vgl. *ders.* FS Jakobs S. 435, 447; *Hörnle* Handbuch Bd. 1 § 12 Rn. 7; *Roxin* GA 2015, 185, 190; *ders./Greco* AT I § 3 Rn. 8.

⁴¹²⁶ *Hirsch* GS Meurer S. 3, 8 f., 17: Ausgangspunkt jeder strafrechtlichen Betrachtung muss daher das am Rechtsgüterschutz orientierte Tatstrafrecht sein.

„keine Angelegenheit zwischen Gesetz und Individuum allein – sondern ein Regelungs-instrument, das Freiheit verteilt“.⁴¹²⁷ Indem es gerade eine Ordnung des *äußeren* Zusammenlebens konstituiert, gibt es konsequenterweise auch rechtswidrige Zustände.⁴¹²⁸ Die *Straftat* besteht gerade in dem Eingriff in die Freiheitssphäre des Opfers. Das Strafrecht wickelt dieses „soziale Ereignis“ ab und bewertet dieses *ebenfalls* aus der Perspektive der Allgemeinheit und insbesondere des Opfers.⁴¹²⁹ Die Beeinträchtigung des Schutzobjekts als Erfolgswert gibt der Tat das Gewicht, welches sie über den bloßen Normungehorsam hinaushebt.⁴¹³⁰ Die Anerkennung eines strafrechtlich erheblichen Erfolgswerts trägt damit letztlich dem rechtsstaatlichen Gebot Rechnung, dass Aufgabe des Strafrechts der Schutz von Rechtsgütern ist.⁴¹³¹

2. Wirklichkeitsverändernde Funktion des Erfolgswerts

Vielfach wurde der Vorrang der Bestimmungsnorm betont, da das Recht in der Gemeinschaft *wirken* solle.⁴¹³² Insofern enthalten die Bestimmungsnormen den Bewertungsnormen gegenüber tatsächlich ein Plus.⁴¹³³ Es wäre falsch, wenn man das Recht *nur* als Bewertungsnorm ansähe, da es so nicht die ihm obliegende Gestaltung des Lebens durch Regelung des Verhaltens der Normunterworfenen leisten könnte.⁴¹³⁴

Ein solches Verständnis des Erfolgswerts als bloßem Ausdruck einer objektiven, ordnenden Bewertung ist jedoch zu Recht bestritten worden. So erscheint es vor dem Hintergrund eines verfassungsrechtlichen Rechtsgutsbegriffs zunächst zutreffend, dass sich

⁴¹²⁷ *Paeffgen* GS Arm. Kaufmann S. 399, 415; *ders.* Verrat S. 120 f.; ähnlich *Krümpelmann* FS Bockelmann S. 443, 445; *Wolter* Straftatsystem S. 28.

⁴¹²⁸ *Mezger* Strafrecht S. 164; siehe zudem *Beling* Verbrechen S. 172; *Engisch* FS DJT Bd. 1 S. 401, 423; v. *Hippel* Strafrecht I § 5 II, § 22 VII 1; *Hirsch* ZStW 94 (1982) 239, 253; *ders.* FS Dreher S. 211, 231; *Münzberg* Verhalten S. 417; *Mylonopoulos* Verhältnis S. 80.

⁴¹²⁹ Zu Recht wird auch die Genugtuungsfunktion des Urteilspruchs und der Strafverhängung betont: Dem Opfer und seinen Angehörigen wird kommuniziert, dass ihm Unrecht widerfahren ist, vgl. *Krey* ZStW 90 (1978) 173, 205; *Hörnle* in: Empirische Fundamente S. 105, 109 ff.; *dies.* JZ 2006, 950 ff.; *dies.* FS Neumann S. 593, 599 f.; *Stratenwerth* FS Schaffstein S. 177, 185: Dementsprechend dürfen die komplexen Wirkungsmechanismen des Strafrechts nicht allein auf die Verhaltensnorm (und deren Geltungserhaltung) reduziert werden; *Wolter* in: Grundfragen S. 103, 105.

⁴¹³⁰ Treffend *Hirsch* ZStW 94 (1982) 239, 253; zustimmend *Duttge* MK § 15 Rn. 94; *Roxin/Greco* AT I § 10 Rn. 98; ähnlich wie *Hirsch* auch *Schroeder* FS Otto S. 165, 176 f.

⁴¹³¹ *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 70; siehe auch *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 239; *Neumann* FS Sancinetti S. 119, 126; *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 13; *Wolter* Straftatsystem S. 28; *ders.* in: Grundfragen S. 103, 105 ff. Außerdem *Paeffgen* GS Arm. Kaufmann S. 399, 415: „die an Individuen gerichteten (insbesondere verfassungs-) rechtlichen Verbürgungen von Leben, Leib, Eigentum u.ä., werden dadurch (mit)gestützt, dass ihre Schutzobjekte zu gefährden oder zu verletzen vielfältig bei Strafe verboten ist.“

⁴¹³² *Engisch* MSchrKrim 23 (1932) 420, 423; *ders.* Gerechtigkeit S. 34; *ders.* FS DJT Bd. 1 S. 401, 414, 423; *Jescheck/Weigend* AT § 24 II 2; sowie die Finalisten: *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 66 ff., *ders.* Dogmatik S. 19; *Welzel* Naturalismus S. 85; *Zielinski* Unrechtsbegriff S. 121.

⁴¹³³ *Engisch* MSchrKrim 23 (1932) 420, 423.

⁴¹³⁴ *Engisch* Gerechtigkeit S. 33 f., 54, der betont, dass „Befehls- und Bewertungsfaktor in der Rechtsnorm eng verflochten sind“; die Wirkungskraft der Bestimmungsnorm anerkennt auch *Mezger* GS 89 (1924) 207, 240.

Rechtsgüter nicht im statischen Dasein erschöpfen. Sie sind mit *Welzel* keine „Museumsstücke, die sorgfältig vor schädlichen Einflüssen in Vitrinen verwahrt“ sind,⁴¹³⁵ und nach *Amelung* ist „die Herstellung und Sicherung von Bedingungen des menschlichen Zusammenlebens keine Frage des Schutzes einer abzählbaren Menge wertvoller Objekte“.⁴¹³⁶ Die Rechtsordnung kann nur dann ihrer freiheitssichernden Aufgabe gerecht werden, wenn sie „wirklichkeitsgestaltende Kraft besitzt“.⁴¹³⁷ Rechtsgüter stehen im sozialen Lebensraum, nicht in einer unlebendigen funktionslosen Welt,⁴¹³⁸ sie sind „dynamische, auf Entfaltung angelegte Potentiale“.⁴¹³⁹ Nur wenn man Rechtsgüter als solche „in Funktion“ befindliche Werte begreift, sind sie „mehr als bloß theoretische Modelle von fiktiver Reinheit“.⁴¹⁴⁰ Ebenso wie das Rechtsgut „nicht einfach ‚da‘“, sondern in Funktion ist, „in der sozialen Verbundenheit Wirkungen ausübend und Wirkungen erleidend“,⁴¹⁴¹ missbilligt auch das Strafrecht nicht einfach (Natur-) Zustände, die das „Dasein“ des Rechtsguts betreffen, sondern solche Interaktionen, die das „Funktionieren“ des Rechtsguts beeinträchtigen. Die Straftat ist dementsprechend ein soziales Ereignis: Täter und Opfer prägen

⁴¹³⁵ *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 514; zustimmend auch *Jakobs* ZStW 97 (1985) 751, 753: „allein über die Integrität von Rechtsgütern kann man nämlich ein *soziales* Leben nicht definieren; man kommt über ein museales Archiv nicht hinaus“; Hervorhebung im Original; *ders.* Rechtsgüterschutz S. 20; *ders.* System S. 29; *Rudolphi* FS Honig S. 151, 163 f.; *ders.* SK⁶ Vor § 1 Rn. 8 ff.

⁴¹³⁶ *Amelung* Rechtsgüterschutz S. 264; *ders.* in: Rechtsgutstheorie S. 155, 180; zustimmend *Pawlik* Unrecht S. 141.

⁴¹³⁷ *Welzel* FS Niedermeyer S. 279, 288; siehe auch *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen S. 116; *Pawlik* Unrecht S. 104.

⁴¹³⁸ *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 514; zustimmend *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen S. 116.

⁴¹³⁹ *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 80; sowie *Rudolphi* FS Honig S. 151, 163 ff., 164: für „die verfassungsgemäße Stellung und Freiheit der einzelnen Bürger unverzichtbare und deshalb werthafte soziale Funktionseinheiten“; *ders.* FS Maurach S. 51, 61; *ders.* SK⁶ Vor § 1 Rn. 1 ff., 8 ff.; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 7: für die freie Entfaltung notwendige Gegebenheiten und Zwecksetzungen; *Frister* AT 3/23: Entfaltungsmöglichkeiten; *Jescheck/Weigend* AT § 26 I 2: Beziehung von Menschen zu Lebensinteressen; *Kindhäuser* Gefährdung S. 145 f.; *ders.* in: Madrid-Symposium S. 125, 128; *Krümpelmann* Bagatelldelikte S. 97; *Otto* AT § 1 Rn. 32; *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen S. 115 f.: „Beziehung von Menschen zu Interessen“; *Vogel* StV 1996, 110, 111. Zum Teil wird statt auf den Rechtsgutsbegriff in *kantianischer* (sowie z.T. auch in *heglianischer*) Tradition auf die Abgrenzung menschlicher Freiheitsräume abgestellt. Dementsprechend seien die Rechtsgüter als „Daseinselemente von Freiheit“ zu verstehen (vgl. dazu *Zaczyk* Unrecht S. 165; *ders.* Selbstverantwortung S. 31; *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 148; *ders.* FS Küper S. 249, 262; *Köhler* AT S. 14 f., 20 ff., 22 ff.; 24 f.; *Murmann* Selbstverantwortung S. 370 f.; *ders.* FS Herzberg S. 123, 125; *ders.* GK § 23 Rn. 70; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 156; *Pawlik* Unrecht S. 141). Es handle sich nicht bloß um einen Bestand an Gütern, der beim Opfer angesiedelt sei, wesentlich sei vielmehr die „interpersonale Konstituierung der Rechtsgüter“ (*Zaczyk* Selbstverantwortung S. 26). – Die „interpersonale Konstitution der Rechtsgüter“ durch autonome Individuen bewegt sich jedoch, was die Lösung konkreter Rechtsfragen angeht, auf einem zu hohen Abstraktionsniveau. Auch diese Ansicht kommt nicht umhin, zu konkretisieren, welche Sachverhalte eine Störung des Freiheitsverhältnisses zwischen den betreffenden Personen bedeuten. Zutreffend meint daher etwa *Kindhäuser*, dass sich die zu schützenden Freiheitsphären am besten über den Begriff des Rechtsguts erfassen lassen, *Kindhäuser* in: Madrid-Symposium S. 125, 128. Dass die Rechtsordnung eine Freiheitsordnung ist (vgl. etwa *Kühl* FS Herzberg S. 177, 180; *Murmann* GK § 3 Rn. 2) wird damit gerade nicht geleugnet, sondern vorausgesetzt und präzisiert.

⁴¹⁴⁰ *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen S. 116.

⁴¹⁴¹ *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 515; *Tiedemann* Tatbestandsfunktionen S. 116.

das Unrecht in ihrer wechselseitigen Interaktion.⁴¹⁴² Das Unrecht ist – entsprechend dem Dualismus von Täter und Verletztem – dualistisch, also „mehrdimensional konzipiert und strukturiert“.⁴¹⁴³ Damit lässt sich aus den Tatbeständen nicht nur eine Bestimmungsnorm ableiten, sondern auch ein *Gewährungsrechtssatz*, welcher die Nutzung des Rechtsguts garantiert.⁴¹⁴⁴ Nachdem der Täter „mit Abschluß seiner als willensgesteuerte Körperbewegung verstandenen Handlung die Tat aus der Hand gegeben und den weiteren Verlauf des durch seinen Handlungsimpuls ‚angestoßenen‘ Geschehens nunmehr der möglichen Einwirkung anderer Faktoren überlassen hat“, stoßen „die Wirkungssphäre des Täters und der Bereich der Schutzbedürftigkeit des Verletzten“ aufeinander.⁴¹⁴⁵ Nun treten die Folgen der Interaktion für das geschützte Rechtsgut zutage. Das Geschehen droht in die Freiheitssphäre des anderen überzugreifen und widerspricht daher der tatbestandlichen Schutznorm.⁴¹⁴⁶ Hierin besteht die „Polarität“ des Verbrechensbegriffs:⁴¹⁴⁷ Das vom Opfer „erlittene“⁴¹⁴⁸ Erfolgsunrecht widerspricht ebenfalls den gestaltenden Kräften des Rechts. Eine solche Gewährleistungsnorm ist erforderlich, um die Unrechtsbegründung auch von der Opferperspektive her erfassen zu können. Natürlich könnte man sich theoretisch auch eine Bewertungsnorm vorstellen, die bestimmte (Natur-) Ereignisse missbilligt, nur was wollte das Strafrecht, das ja eigentlich die *Interaktion* zwischen Täter und Opfer in den Blick nimmt, hierdurch erreichen? Handlungs- und Erfolgsunrecht beziehen sich insoweit auf dasselbe Ereignis, dieselbe Interaktion: Die Handlung wird einmal als finales, das andere Mal als kausales Geschehen ins Auge gefasst.⁴¹⁴⁹ Erst diese *Synthese* der personalen Unrechtslehre und des „klassischen“ Systems, der Dualismus von Täter und Opfer, kann die dogmatische Struktur des Unrechts wirklich erfassen.⁴¹⁵⁰ Dagegen

⁴¹⁴² H.-L. Günther FS Lenckner S. 69, 77.

⁴¹⁴³ Gallas FS Bockelmann S. 155, 162; Wolter Straftatsystem S. 131; ders. in: Grundfragen S. 103, 106 f.; für das Fahrlässigkeitsdelikt auch Hirsch FS Lampe S. 515, 522; gegen eine eindimensionale Konzentration auf den Täter auch Amelung FS Eser S. 3, 6.

⁴¹⁴⁴ Gallas FS Bockelmann S. 155, 162; Krümpelmann Bagatelldelikte S. 82 ff., 88 ff., 97: Auch dieser hat eine „Adressatenseite“, indem er das Rechtsgut jemandem zuordnet; im Wesentlichen ähnlich Paeffgen Verrat S. 120 ff.; ders. GS Arm. Kaufmann S. 399, 414 ff.; Erb Alternativverhalten S. 162 ff.; **dagegen** Schroeder FS Otto S. 165, 175: Eine solche Norm stehe „etwas erratisch im System“.

⁴¹⁴⁵ Gallas FS Bockelmann S. 155, 161.

⁴¹⁴⁶ Vgl. Kühl AT § 3 Rn. 6. Auf die tätige Verletzung fremder Freiheit als materiellen Unrechtsaspekt abstellend auch Zaczyk Selbstverantwortung S. 31 f.: „Die Überordnung des Täters komme auch im Erfolg, ‚der Unterdrückung fremder Freiheit‘ zum Ausdruck.“

⁴¹⁴⁷ Gallas FS Bockelmann S. 155, 161 f.; siehe auch H.-L. Günther FS Lenckner S. 69, 77; Kudlich Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 8 ff.; Kühl AT § 3 Rn. 6; Sch/Sch²⁷/Lenckner/Eisele Vor § 13 Rn. 49; Schlehofer MK Vor § 32 Rn. 12 f.; Wolter Straftatsystem S. 131: Mehrdimensionalität.

⁴¹⁴⁸ Siehe auch Mezger GS 89 (1924) 247, 250; Krümpelmann FS Bockelmann S. 443, 444 f. Dabei richtet sich die Schutzbedürftigkeit des Opfers nach der objektiven Lage, Erb Alternativverhalten S. 172.

⁴¹⁴⁹ Gallas ZStW 67 (1955) 1, 38 f. Siehe hierzu schon → § 1 A III 6.

⁴¹⁵⁰ Gallas FS Bockelmann S. 155, 161 ff.; Krümpelmann FS Bockelmann S. 443, 444; sympathisierend auch Küper GA 1980, 201, 217.

vernachlässigt ein *anderer*, in der jüngeren Literatur häufig bemühter „Dualismus“ von Verhaltensnorm und Sanktionsnorm⁴¹⁵¹ gerade diese Opferperspektive.⁴¹⁵²

Gallas betont dabei, dass es sich um eine Frage der *strafrechtlichen Tatbestände* handelt: Der Erfolgsunwert wird noch nicht dadurch zu einem *Unrechtsaspekt*, dass er sich materiell als Rechtsgutsverletzung darstellt, vielmehr muss Unrecht im formellen Sinne Normbezug aufweisen, nämlich im Hinblick auf tatbestandliche „Zuteilungs- und Gewährleistungsnormen“. ⁴¹⁵³ Der Erfolgsunwert, welcher ein Element des *tatbestandsmäßigen* Unrechts sein soll, muss im Strafgesetz selbst zu suchen sein: So lassen sich die Strafgesetze in dem Sinn interpretieren, „daß ihnen entsprechend dem Dualismus von Täter und Verletztem zwei – aufeinander bezogene – Bewertungsnormen zugrunde liegen, von denen die eine als Verhaltensnorm die Vornahme der den Verletzten bedrohenden Handlung, die andere als Schutznorm die Beeinträchtigung der dem Verletzten gewährleisteten Unversehrtheit mißbilligt“. ⁴¹⁵⁴ Im Folgenden ist insbesondere die umfassende Unrechtskonzeption von *Gallas* zugrunde zu legen, die die Schutz- und Gewährleistungsnorm im jeweiligen strafrechtlichen Tatbestand verortet sieht und so eine Anknüpfung im geltenden Strafrecht findet.

3. Zwischenfazit für die Garantenstellung aus Ingerenz

Damit ist die Frage, ob die strafrechtlichen Tatbestände die Handlung nicht allein als personale Handlung, sondern auch als kausales Geschehen in den Blick nehmen, zu bejahen. Die Unrechtsbewertung der Tatbestände bezieht sich auf die Handlung als „Nicht-Tun-Sollen“ (Handlungsunrecht) ebenso wie als „Nicht-Sein-Sollen“ (Erfolgsunrecht). ⁴¹⁵⁵ In letzterem Sinne nehmen die Tatbestände als Schutz- bzw. Gewährleistungsnorm eine *objektive* Unrechtsbewertung vor. ⁴¹⁵⁶ Die Verhaltensnorm gibt an, inwiefern das Opfer vor der Handlung, die Gewährleistungsnorm, inwiefern es vor deren Konsequenzen geschützt ist. Wenn also eine Handlung der tatbestandlichen Gewährleistungsnorm widerspricht, hat

⁴¹⁵¹ Siehe schon die Kritik oben → Kapitel 1 § 3 B IV 3; Kapitel 3 G III 2 a), b) (zu *Freund*).

⁴¹⁵² Vgl. *Küper* GA 1987, 479, 504 m. Fn. 10.

⁴¹⁵³ *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 162, wie sie insbesondere auch den subjektiven Rechten zugrunde liegen.

⁴¹⁵⁴ *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 162 f. Es müsse sich daher um den *tatbestandlichen* Erfolg handeln, zudem müsse sich der Erfolg aus der spezifischen Erhöhung des Verletzungsrisikos realisiert haben, um derentwillen die Handlung verboten ist. Der Erfolg dürfe zwar nicht rein zufällig aus einer allgemeinen Lebensgefahr resultieren, dies setze jedoch nicht das Vorliegen von Handlungsunrecht voraus: „Daß nur die Herbeiführung eines in diesem Sinne „handlungsadäquaten“ Erfolgs tatbestandsmäßiges Erfolgsunrecht zu begründen vermag, besagt übrigens nicht, daß die Annahme eines tatbestandsmäßigen Erfolgsunwerts notwendig vom Vorliegen von tatbestandsmäßigem Handlungsunwert abhängig ist. Zwar ist infolge des im Strafrecht geltenden Primats des Handlungsunrechts Strafflosigkeit schon bei dessen Fehlen gegeben. Jedoch ist das Erfolgsunrecht an das Handlungsunrecht nur durch einen *objektiven* Zweckszusammenhang begrifflich gebunden, wird also durch einen das Handlungsunrecht ausschließenden Tatbestandsirrtum nicht berührt; was immerhin für die Zulässigkeit von Notwehr von Bedeutung ist“; ähnlich i. Erg. *Wolter* Straftatsystem S. 27 f., 131.

⁴¹⁵⁵ Überzeugend *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 38 f.

⁴¹⁵⁶ Vgl. aus der jüngeren Literatur insbesondere Sch/Sch²⁷/Lenckner/Eisele Vor § 13 Rn. 11; Sch/Sch/Eisele Vor § 13 Rn. 49; *Erb* Alternativverhalten S. 168; *Kühl* AT § 3 Rn. 6.

das Opfer ein Recht, vor deren Folgen geschützt zu werden.⁴¹⁵⁷ Deswegen konnte es für die Ingerenzbegründung auch nicht auf die Pflicht-, also die Sorgfaltswidrigkeit des Verhaltens ankommen: Denn die Einhaltung aller Sorgfaltsstandards führt zwar dazu, dass im Einzelfall keine *Pflicht* besteht, das gefährliche Verhalten⁴¹⁵⁸ zu unterlassen, jedoch ändert sie nichts daran, dass die Auswirkungen des Verhaltens aus der Perspektive des geschützten Rechtsguts zu verhindern waren. So wurde von manchen Autoren formuliert, es sei durchaus möglich, dass das sorgfaltskonforme Verhalten den Betroffenen in der konkreten Situation von seiner Pflicht entbindet, jedoch die grundsätzliche „Vermeidspflicht“ bzw. das „Verbot der Tatbestandsverwirklichung“ fortbestehe.⁴¹⁵⁹ Während die „Vermeidung“ von Schäden als Gegenstand einer *Verhaltensnorm* nicht überzeugt, da ein solcher Normbefehl in der Entscheidungssituation kaum als Richtlinie dienen kann,⁴¹⁶⁰ wird damit andererseits der Inhalt der Schutznorm treffend beschrieben. Welche *Verläufe* aus der Perspektive des Rechtsgutes *im Ergebnis* vermieden werden sollen,⁴¹⁶¹ ist eine andere Frage als die, ob eine bestimmte *Handlung*, die die Möglichkeit eines solchen Verlaufs birgt, unterlassen werden muss. Auch wenn *Jakobs* auf die „rechtlich garantierte Erwartung“ abstellt, dass der eigene Organisationkreis „keinen Schaden bringt“, nicht „Grund für die *Verschlechterung der Lage* eines anderen“ wird,⁴¹⁶² so ist dies mit der hier verfolgten Betrachtungsweise durchaus vereinbar. Das Verhalten einer Person wird aus der Perspektive des Opfers und seiner Wirkungs- und Entfaltungsmöglichkeiten in den Blick genommen. Allerdings kann es dafür nach dem oben Gesagten dafür, was dem Opfer garantiert ist, nicht auf unkritisch übernommene gesellschaftliche Erwartungen ankommen.⁴¹⁶³ Entscheidend geht es vielmehr um den Schutz, den die Rechtsgüter und damit letztlich die Freiheitsrechte des Opfers, durch die *strafrechtliche Schutzordnung* gewähren. Es ist nicht die Konstitution der Gesellschaft, sondern ihre *rechtliche* Verfassung, die die Freiheitsbereiche der Bürger abgrenzt, konkret durch die tatbestandlichen Schutznormen. Diese „gewährleisten die Freiheitssphäre des von ihnen geschützten Rechtsgutsträgers gegen Übergriffe des Täters“. Sie teilen den Beteiligten die einzelnen Freiheitsräume zu und grenzen diese voneinander ab.⁴¹⁶⁴ Anders als im Rahmen der

⁴¹⁵⁷ Auf dieses Recht des Opfers abstellend auch *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 47; *Roxin* AT II § 32 Rn. 158.

⁴¹⁵⁸ Gleiches gilt, wenn das Verhalten überhaupt nicht *ex ante* gefährlich ist.

⁴¹⁵⁹ Vgl. etwa *Herzberg* JZ 1986, 986, 989 ff. (bereits *ders.* Garantprinzip S. 294 ff.); *Kindhäuser* GA 1994, 197, 218 f. „Verbot der Tatbestandsverwirklichung“; *Kudlich* Unterstützung S. 340; *ders.* SSW Vor § 13 Rn. 58; *Maiwald* FS Jescheck S. 405, 421 ff., 423 f.

⁴¹⁶⁰ Siehe oben → Kapitel 3 § 2 G I 2 a).

⁴¹⁶¹ Darauf stellt *Herzberg* JZ 1986, 986, 989 ff. ab.

⁴¹⁶² *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, Hervorhebungen nicht im Original; S. 138: Eine Garantstellung aus Ingerenz liegt vor, wenn „fremde Freiheit usurpiert“ wurde; *Pawlik* FS *Jakobs* S. 469, 492 f.: Verbot, die Integrität von Rechtskreisen zu verschlechtern.

⁴¹⁶³ Siehe schon oben → Kapitel 3 § 2 G II 2.

⁴¹⁶⁴ *Kühl* AT § 3 Rn. 6. Das Erfolgsunrecht besteht daher in einem Übergriff in diese von der Schutznorm umschriebene Freiheitssphäre; siehe auch Rn. 3; *ders.* FS *Kühne* S. 15, 24.

Begründung der Verhaltensnormen geschieht dies auf Grundlage einer objektiven Betrachtung und kann daher auch über den flüchtigen Moment der Entscheidungssituation hinaus Gültigkeit beanspruchen.

Bei den gegenständlichen Gefahrenquellen hat sich gezeigt, dass es sich um eine einheitliche Gefahrbekämpfungspflicht handelt. Dies trifft bei den klassischen Ingerenzfällen, wo sich an das Handlungs*verbot* ein Handlungs*gebot* anschließt, zwar nicht zu, allerdings beruhen beide Verhaltensnormen auf dem primären Werturteil der tatbestandlichen Schutz- und Gewährleistungsnorm. Überzeugend ist es daher, die Garantenstellung nicht (erst) für die Begründung der Verhaltensnormen, sondern bereits die der Gewährleistungsnormen heranzuziehen. An den aktiv Handelnden richtet die Strafrechtsordnung Verbote, weil die Rechtsgüter (bzw. bestimmte diese Rechtsgüter repräsentierende Handlungsobjekte) Anderer oder der Allgemeinheit seinen Handlungen gegenüber rechtlich gewährleistet sind. Die Rechtsgüter des Opfers sind gerade dem Handelnden gegenüber gewährleistet, weil dieser *dafür einzustehen hat, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt*. Damit lässt sich die hier vertretene Lösung ausdrücklich mit dem geltenden Recht in Einklang bringen: § 13 I StGB nimmt selbst die Perspektive des geschützten Rechtsguts ein. Damit ist dieser Wortlaut nicht, wie etwa *Freund* und *Stein* meinen, „verfehlt“, weil er das auf Verhaltensnormebene verortete Problem nicht ausdrücke. Ob in der jeweiligen konkreten Situation *ex ante* eine Verhaltensnorm begründet werden kann, ist eine sekundäre Frage im Anschluss an die primäre, vor welchen Verläufen *dem Rechtsgut strafrechtlicher Schutz zusteht*. Nicht anders ist es bei anderen Garantenstellungen, wie etwa derjenigen der Eltern. Diesen gegenüber steht dem Kind objektiv Rundumschutz zu – welche Handlungen hierzu geboten sind, hängt hingegen von der in der jeweiligen Situation geforderten Sorgfalt ab. Diese objektive Schutzfunktion wird im Übrigen auch durch den – ebenfalls häufig kritisierten⁴¹⁶⁵ – Begriff *Garantenstellung* ausgedrückt: Es kommt bereits nach dem allgemeinen Sprachgebrauch darauf an, dass jemand etwas „garantiert“, „zusichert“ oder „gewährleistet“.⁴¹⁶⁶

Selbstverständlich kann es für die Entstehung der Garantenstellung aus Ingerenz nicht darum gehen, dass die tatbestandliche Schutznorm vollständig verletzt ist, denn hierfür ist jedenfalls erforderlich, dass kausal der tatbestandmäßige Erfolg bewirkt wird. Für die Entstehung der Garantenstellung aus Ingerenz bzw. das Fortbestehen der „Garantenposition“ des aktive Handelnden kommt es daher darauf an, dass mit Abschluss der Handlung ein Erfolgssachverhalt „minderer Qualität“⁴¹⁶⁷ im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung vorliegt, der nach der materiellen Wertung der Schutznorm nicht sein soll. Die Objektivierung der Handlung muss also bereits gegenwärtig einen materiellen Unrechtssachverhalt darstellen, weil sie den Erfolg herbeizuführen droht, auf diese Weise die Entfaltungsmöglichkeit (Rechtsgüter) Anderer bereits in rechtlich unerträglicher Weise schmälert, nach

⁴¹⁶⁵ Siehe zu dem Begriff schon oben → Kapitel 1 § 3 B VII.

⁴¹⁶⁶ Die objektive Definition von Garantenstellungen schafft so, worauf insbesondere *Jakobs* und *Otto* hingewiesen haben, insbesondere in der anonymen gesellschaftlichen Interaktion Vertrauen und Orientierung.

⁴¹⁶⁷ So zu den „potentiellen Gefährdungsdelikten“ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 93.

der Zwecksetzung des Tatbestands zu vermeiden war und daher weiterhin mit den Mitteln des Strafrechts überwachungsbedürftig erscheint. Gerade bei der Ingerenzbegründung zeigt sich jedoch, dass die tatbestandlichen Gewährleistungsnormen keine statische Zustandsordnung bilden, sondern gerade *wirken*, indem sie dem Rechtsgut auch nach Abschluss der Handlung weiterhin *Schutz* bieten.

Damit ergibt sich folgendes Bild: Ob die Handlung selbst pflichtwidrig ist oder nicht, wenn die Handlungsfolgen gegen die tatbestandliche Schutznorm verstoßen, also „nicht sein sollen“⁴¹⁶⁸, bedeutet das, dass die Rechtsgüter von vornherein gegen die Handlungsfolgen *geschützt* waren. Wenn die Handlung auch *verboten* (pflichtwidrig) war, so hat sich dieses Verbot im Nachhinein als richtig erwiesen: Die Handlung hat tatsächlich Folgen nach sich gezogen, die mit den Mitteln des Strafrechts zu verhüten sind. War die Handlung *unverboten*, so lässt sich dies im Nachhinein nur durch die unsichere Prognosebasis im Zeitpunkt der Entscheidung erklären, denn tatsächlich stellt die Handlung einen objektiven „Eingriff in eine fremde Rechtssphäre“⁴¹⁶⁹ dar. Auch hier sind die Folgen überwachungsbedürftig und gehen ihren Urheber daher weiterhin etwas an – der einzige Grund, weshalb kein Verbot legitimierbar war, beruht auf Gesichtspunkten, die *allein für den Zeitpunkt* der konkreten Handlung Gültigkeit beanspruchen können.⁴¹⁷⁰ Gleichzeitig: Wenn die Handlungsfolgen *nicht* gegen die tatbestandliche Schutznorm verstoßen, also „sein dürfen“, so war das Opfer bereits zum Zeitpunkt der Handlung nicht gegen diese geschützt. Trotzdem kann die Handlung verboten und damit pflichtwidrig sein. Dies ist der Bereich des Versuchs, der konkreten Gefährlichkeitsdelikte sowie der (straflosen) folgenlosen Fahrlässigkeit. Hier kann der Gesetzgeber zum Schutz bedeutender Rechtsgüter,⁴¹⁷¹ bereits solches Verhalten tatbestandlich verbieten, welches *ex ante* gefährlich erscheint und somit die „reale Chance der Rechtsgutsverletzung“⁴¹⁷² birgt, wenn das Interesse an der Vornahme der Handlung in diesem Zeitpunkt die Integritätsinteressen von Rechtsgutsträgern nicht überwiegt. Hat sich diese Chance aber nicht bewahrheitet bzw. führt die unzulässige Handlung rechtmäßige Folgen nach sich, so besteht nun bei einer objektiven Betrachtung der Sachlage keine Notwendigkeit mehr, das Rechtsgut besonders zu schützen. Denn die Handlung war zwar verboten, weil sie zu einer Verletzung des Rechtsgutes führen *konnte*, ihre objektiven Folgen haben die Gewährleistung dieses Rechtsguts jedoch zu keinem Zeitpunkt in rechtlich relevanter Weise betroffen. Dies sind die Fälle, in denen bei den Fahrlässigkeitsdelikten eine Vollendungsstrafbarkeit (sowie

⁴¹⁶⁸ Darauf stellt für die Ingerenz mit *Freund* MK § 13 Rn. 147 sogar ein erklärter Gegner der Anerkennung eines Erfolgsunrechts ab („Auswirkungen des eigenen Freiheitsentfaltungspotentials des Kraftfahrers [...], die *nicht sein sollen*“; Hervorhebung nicht im Original); ähnlich schon *ders.* Erfolgsdelikt S. 184.

⁴¹⁶⁹ *Frister* AT 22/31.

⁴¹⁷⁰ Entweder waren die schädlichen Folgen *zum Zeitpunkt* der Handlung noch nicht erkennbar (die Handlung war nicht gefährlich). Oder es bestand *zum Zeitpunkt* der Handlung ein legitimes Interesse daran, diese trotz ihrer Gefährlichkeit zu vollziehen (die Handlung war nicht sorgfaltswidrig).

⁴¹⁷¹ Die Vorverlagerung begründet sich hier aus der besonderen Bedeutsamkeit des Rechtsguts, *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 388 zu den konkreten Gefährlichkeitsdelikten. Zu diesen ist auch der Versuch zu zählen, aaO S. 135 ff., 140.

⁴¹⁷² *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 139.

nach der h.M. zur Ingerenz: die Garantenstellung) aufgrund fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhangs (sowie nach der h.L. Schutzzweckzusammenhangs) verneint wird. Es handelt sich nach den Wertungen der Strafrechtsordnung nicht um ein überwachungsbedürftiges Geschehen, sondern um eine erlaubte Normallage. Diese sowie ihre Entwicklungen stellen insofern das „allgemeine Lebensrisiko“ des Betroffenen dar. Selbiges gilt ebenfalls – erst recht – für die erlaubten Folgen sorgfaltsgemäßen Handelns.

Da jedoch die Voraussetzungen der Schutz- und Gewährleistungsnorm selbst nicht gesetzlich fixiert und auch dogmatisch nicht vollständig geklärt sind, können die Ingerenzvoraussetzungen nicht einfach unter Rückgriff auf diese Wertungen aufgefüllt werden. Vielmehr muss es um eine Annäherung der Voraussetzungen dort gehen, wo gesetzliche und dogmatische Erkenntnisse zum Erfolgsunrecht vorliegen (insbesondere im Bereich der Rechtfertigungsgründe). Abseits davon geht es um eine teleologische Betrachtung, welche Ereignisse aus der Perspektive des Rechtsguts durch das Strafrecht im Ergebnis verhindert werden sollen. Es muss stets begründet werden, dass das Opfer nach den Zwecksetzungen des Strafrechts einen „Anspruch“ hat, nicht zwingend vor der Handlung, jedoch vor ihren Folgen geschützt zu werden.

III. Erfolgsbegriff

Mit der Idee, dass das Strafrecht den Schutz von Rechtsgütern sichern soll, steht der Befund in Einklang, dass *de lege lata* viele Tatbestände den Eintritt eines bestimmten Erfolgs verlangen.⁴¹⁷³ Dies zeigt sich im Kernstrafrecht ganz deutlich an den Fassungen der einzelnen Straftatbestände. Mag der gesetzgeberische Trend in vielen Bereichen, etwa im Nebenstrafrecht, dahin gehen, dass Erfolgsdelikte durch abstrakte Gefährdungsdelikte (abstrakte Gefährlichkeitsdelikte) ersetzt werden,⁴¹⁷⁴ so bedeutet dies zunächst nicht, dass es sich um eine legitime Entwicklung handelt.⁴¹⁷⁵ Im Übrigen ist dieser Trend jedenfalls für das Kernstrafrecht noch nicht so weit fortgeschritten, dass man vom abstrakten Gefährlichkeitsdelikt als Prototyp des Unrechts sprechen könnte,⁴¹⁷⁶ zumal der *Allgemeine Teil* des StGB mit der Regelung des Versuchs, welcher nur bei bestimmten Vorsatzdelikten unter Strafe gestellt ist und milder behandelt wird, durchaus eine anderer Sprache

⁴¹⁷³ Weigend LK Einl. Rn. 9; mit Erfolg ist zunächst ein von der Handlungsobjektivation getrennter Erfolg zu verstehen, vgl. Roxin/Greco AT I § 10 Rn. 102 ff.; Jescheck/Weigend AT § 26 II 1a.

⁴¹⁷⁴ Vgl. etwa Kudlich Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 9 ff.

⁴¹⁷⁵ Kritisch etwa Frisch FS Stree/Wessels S. 69, 91; Kudlich Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 10 f.; Paeffgen NK Vor § 32 Rn. 51; Zieschang Gefährdungsdelikte 349 ff., 369 ff., 388.

⁴¹⁷⁶ Zu betonen ist auch, dass dort, wo der Gesetzgeber es zwar bezweckt, durch abstrakte Gefährlichkeitsdelikte, den Zeitpunkt der Strafbarkeit nach vorne zu verlegen, er diese regelmäßig mit Qualifikationen und Erfolgsqualifikationen flankiert (vgl. etwa die §§ 306 ff., neuestens auch § 315d StGB), wodurch er zum Ausdruck bringt, dass die besondere Betroffenheit des Rechtsguts auch *de lege lata* für das volle Unrecht durchaus mitkonstitutiv ist. Vgl. allgemein Lackner/Kühl/Heger Vor § 13 Rn. 21: Die radikaleren personalen Unrechtslehren können die Abstufungen des geltenden Rechts nicht erklären.

spricht und auch bei den Fahrlässigkeitsdelikten der Erfolgseintritt strafbarkeitskonstitutiv ist.⁴¹⁷⁷

1. Erfolg und Rechtsgutsverletzung

Als Erfolg im Sinne der Erfolgsdelikte wird grundsätzlich jede von der Handlung unterscheidbare, zeitlich-räumlich getrennte Einwirkung auf ein reales Handlungsobjekt verstanden.⁴¹⁷⁸ Die Erfolgsdelikte des Besonderen Teils beschreiben als Erfolg eine bestimmte Veränderung des Handlungsobjekts „anderer Mensch“, „fremde bewegliche Sache“, etc. Entscheidend kommt es stets auf die Ausgestaltung des jeweiligen gesetzlichen Tatbestands an.⁴¹⁷⁹ Dieses Handlungsobjekt ist grundsätzlich von dem geschützten Rechtsgut zu unterscheiden.⁴¹⁸⁰ Als Rechtsgut zu verstehen ist nach dem oben Gesagten „jeder erwünschte soziale Zustand, den das Recht vor Verletzungen sichern will“.⁴¹⁸¹ Damit weisen Rechtsgüter eine soziale Realität, eine „der Beeinträchtigung zugängliche Wirklichkeit“ auf.⁴¹⁸² Der tatbestandliche Erfolg und die Rechtsgutsverletzung stellen die formelle und materielle Seite des Erfolgsunrechts dar. Formell ist Erfolgsunrecht die Bewirkung des *tatbestandlich* umschriebenen Ereignisses, materiell ist Erfolgsunrecht die damit einhergehende Interessenverletzung.⁴¹⁸³ Unproblematisch sind insofern diejenigen Fälle, in denen Handlungsobjekt und Rechtsgut jedenfalls inhaltlich übereinstimmen:

⁴¹⁷⁷ Bockelmann/Volk AT § 12 A I 1; Sch/Sch/Eisele Vor § 13 Rn. 58; Jescheck LK¹¹ Vor § 13 Rn. 44; vgl. auch Rudolphi FS Maurach S. 51, 69; Küpper ZStW 111 (1999) 785, 789.

⁴¹⁷⁸ Roxin/Greco AT I § 10 Rn. 102 ff.; Jescheck/Weigend AT § 26 II 1a; vgl. auch Kindhäuser Gefährdung S. 145. Für das Erfolgsunrecht i.w.S. (oder: Sachverhaltsunrecht) spielt im Übrigen nicht nur der nachfolgende Erfolg eine Rolle, sondern der gesamte äußere Sachverhalt, also etwa auch begleitende Umstände, auf die der Täter nicht einwirkt, die jedoch bei Tatbegehung gegeben sein müssen (Samson FS Grünwald S. 585, 590 f.; Hirsch GS Meurer S. 3, 12). Besonders deutlich wird dies bei der Unterlassung: Ohne einen bereits in Gang gesetzten Kausalverlauf könnte die Unterlassung Rechtsgüter nie beeinträchtigen und würde stets ein rechtlich unbeachtliches Internum darstellen.

⁴¹⁷⁹ Vgl. auch Amelung in: Rechtsgutstheorie S. 155, 167: Das Verhältnis von Rechtsgut und Tatobjekt wird durch den Gesetzgeber bestimmt.

⁴¹⁸⁰ Amelung in: Rechtsgutstheorie S. 155, 167; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 2 Rn. 10; Hefendehl Kollektive Rechtsgüter S. 39 ff.; ders. in: Rechtsgutstheorie S. 119 f.; Jescheck LK¹¹ § Vor § 13 Rn. 11; ders./Weigend AT § 26 I 4; Kudlich Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 21; ders. ZStW 127 (2015) 642; Roxin/Greco AT I § 2 Rn. 65 ff.; Tiedemann Tatbestandsfunktionen S. 116 f.; T. Walter LK Vor § 13 Rn. 13 f.; Welzel Strafrecht S. 5; Wohlers GA 2002, 15, 16.

⁴¹⁸¹ Welzel Strafrecht S. 4; Roxin/Greco AT I § 2 Rn. 66; sowie Roxin in: Strafrechtsentwicklungen S. 407, 409: Schaden für das Zusammenleben von Menschen; weiterführend Hefendehl Kollektive Rechtsgüter S. 28 ff.

⁴¹⁸² Roxin/Greco AT I § 2 Rn. 66 f. (vgl. auch Roxin in: Strafrechtsentwicklungen S. 407, 409: nicht substanztologisch zu verstehen); in der Sache schon ders. in: Grundlagenprobleme S. 1, 13; Hefendehl Kollektive Rechtsgüter S. 28 ff.; ders. GA 2002, 21, 23; Tiedemann Tatbestandsfunktionen S. 116: „reale, aber doch der Verwirklichung bedürftige und insofern dynamische Werte“; für einen hinreichend konkreten Rechtsgutsbegriff auch Hirsch in: Strafrechtsentwicklungen S. 11, 14 ff.; anders Sch/Sch/Eisele Vor § 13 Rn. 9.

⁴¹⁸³ Gallas FS Bockelmann S. 155, 163.

Tatobjekt des § 212 I StGB ist der Mensch, geschütztes Rechtsgut sein Leben.⁴¹⁸⁴ In diesen Fällen bedeutet die gesetzlich umschriebene Beeinträchtigung des Handlungsobjekts gleichzeitig eine Rechtsgutsverletzung.⁴¹⁸⁵ Etwas problematischer sind diejenigen Fälle, in denen geschütztes Rechtsgut und betroffenes Handlungsobjekt inhaltlich auseinanderfallen.⁴¹⁸⁶ So gibt es Tatbestände, die zwar einen äußerlichen Erfolg verlangen, deren Vollendung aber aus der Perspektive des Rechtsgutes vorverlegt ist.⁴¹⁸⁷ Auch dort wo der Gesetzgeber keinen Erfolg im Sinne einer Rechtsgutsverletzung, sondern im Sinne eines im Vorfeld dieser liegenden wertwidrigen Sachverhaltes fordert, ist mit dem Vorliegen dieses Erfolgsunrechts i.w.S. zum Ausdruck gebracht, dass das Rechtsgut „qualitativ in einem höheren Maße betroffen ist“ als bloß durch den verbotenen Handlungsvollzug.⁴¹⁸⁸ Dort gewährleisten die Tatbestände des StGB bereits die „Integrität“ des Handlungsobjekts. Insbesondere die sog. abstrakten Gefährdungsdelikte (abstrakten Gefährlichkeitsdelikte) zeichnen sich dadurch aus, dass zwar auf das *Handlungsobjekt* eingewirkt wird, dies *für das Rechtsgut* aber weder *ex ante* gefährlich sein noch dieses *ex post* in Gefahr gebracht haben muss.⁴¹⁸⁹

Zum Teil wird dagegen abweichend differenziert. Nach *Jescheck* liegt der Erfolgsunwert in der *realen* Beeinträchtigung des Handlungsobjekts, in dem der *Achtungsanspruch* des Rechtsguts seinen Ausdruck findet.⁴¹⁹⁰ Dieses sei „ein rechtlich geschützter abstrakter Wert der Sozialordnung [...], an dessen Erhaltung die Gemeinschaft ein Interesse hat“.⁴¹⁹¹ Nun lässt sich mit guten Gründen bestreiten, dass eine derartige Idealisierung und Abstraktion des Rechtsgutsbegriffs berechtigt ist, da dieser, indem er seine Anbindung an die soziale Wirklichkeit verliert, gerade seine strafrechtsbegrenzende Kraft einbüßt.⁴¹⁹² Natürlich liegt nicht in jedem Fall eine stoffliche Verletzung des Angriffsobjekts

⁴¹⁸⁴ Eingehend *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 40; *ders.* in: Rechtsgutstheorie S. 119, 120: entweder formale und inhaltliche Übereinstimmung wie beim Vermögen, § 263 StGB, oder inhaltliche Übereinstimmung wie bei § 212 I StGB: Mensch – menschliches Leben; zustimmend *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 65; siehe auch *Kindhäuser* Gefährdung S. 145; *Welzel* Strafrecht S. 5.

⁴¹⁸⁵ Selbiges gilt, wenn der Gesetzgeber im Vorfeld der Verletzung bereits einen Gefährdungserfolg für maßgeblich hält: Dann entspricht die Gefährdung des Handlungsobjekts der Gefährdung des Rechtsguts, vgl. dazu *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 68; weiterführend *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 28 ff., 64 ff.

⁴¹⁸⁶ Vgl. etwa *Hefendehl* in: Rechtsgutstheorie S. 119: Urkunde als Handlungsobjekt, die Sicherheit des Beweisverkehrs mit Urkunden als Rechtsgut; ein anderes Beispiel wäre § 306a StGB: Handlungsobjekte sind verschiedene Gebäude, geschützt sind höchstpersönliche Rechtsgüter von Menschen.

⁴¹⁸⁷ *Vogel* Norm und Pflicht S. 132.

⁴¹⁸⁸ *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 9 f.

⁴¹⁸⁹ Gerade das macht diese Deliktsgruppe rechtsstaatlich problematisch. Eingehend *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 380 ff., 382: Das Verhalten des Täters verwirklicht zwar sämtliche Tatbestandsvoraussetzung, ist jedoch für das geschützte Rechtsgut konkret ungefährlich. Siehe auch *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 40 f.

⁴¹⁹⁰ *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 11, 44; *ders./Weigend* AT § 26 I 4: Das Rechtsgut als ideales Gebilde sei dem Zugriff des Täters entzogen und könne nur in Gestalt des Handlungsobjekts verletzt werden.

⁴¹⁹¹ *Jescheck/Weigend* AT § 26 I 2, 4. Siehe auch *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 9: gedankliches Gebilde; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 2 Rn. 10; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 13 f.

⁴¹⁹² So mit guten Argumenten *Amelung* in: Rechtsgutstheorie S. 155, 167 f.; *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 28 ff.; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 66 f. – Etwa bei abstrakten Gefährlichkeitsdelikten kann zwar eine Verletzung des Handlungsobjekts vorliegen, damit ist jedoch noch nicht zwingend gesagt, dass im

vor⁴¹⁹³ und selbstverständlich kann etwa das „Eigentum“ an sich nicht durch einen Diebstahl verletzt werden und ist insoweit „gegen Verletzungen immun“.⁴¹⁹⁴ Was aber etwa bei einem Diebstahl durchaus angreifbar ist, ist die „rechtlich-soziale Verfügungsmöglichkeit“, die das Eigentum vermittelt,⁴¹⁹⁵ und damit die Wirkungs- und Entfaltungsmöglichkeiten um derer willen das Rechtsgut überhaupt als solches geschützt wird.⁴¹⁹⁶

2. Maßgeblichkeit des formell tatbestandlichen Erfolgs oder der Rechtsgutsverletzung?

Überzeugend erscheint es gemäß der Gleichstellungsrichtlinie des § 13 I StGB (Erfolg [...], der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört), soweit Handlungsobjekt und Rechtsgut auseinanderfallen, zunächst auf den Erfolg i.w.S. als formell tatbestandlichen, nicht als Rechtsgutsverletzung abzustellen.⁴¹⁹⁷ Das bedeutet zunächst, dass, wenn der formelle Erfolg bereits eingetreten ist, eine Unterlassungsstrafbarkeit nicht mehr möglich ist. Zudem kann eine Garantenstellung auch dann entstehen, wenn die durch die Handlung geschaffene Gefahr zwar das geschützte Objekt, aber nicht das Rechtsgut bedroht. Zwar wäre es rechtspolitisch überzeugender, letzteres *kumulativ* zu verlangen.⁴¹⁹⁸ Denn die abstrakten Gefährlichkeitsdelikte sind bereits für die aktive Begehungsvariante aufgrund des Tat- und Schuldprinzips kritikwürdig.⁴¹⁹⁹ Solange man diese Begehungstatbestände allerdings *de lege lata* nicht durch ein ungeschriebenes Gefährlichkeitserfordernis teleologisch reduziert,⁴²⁰⁰ erschiene es im Hinblick auf das Gleichstellungsprinzip, § 13 I StGB nicht überzeugend, ein solches Erfordernis für die Unterlassungsdelikte sowie im Besonderen für die Ingerenzbegründung anzunehmen.

Einzelfall stets auch ein *Angriff* auf das Rechtsgut (als soziale Realität) vorliegt – weshalb diese Deliktsform gerade kritisch zu sehen ist (vgl. *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 380 ff.) Ein idealisierter Rechtsgutsbegriff weist dieses kritische Potential nicht auf, da nicht feststeht, welche Sachverhalte (bereits die Beeinträchtigung des Handlungsobjekts?), eine Verletzung des Achtungsanspruchs darstellen. Damit ist das Rechtsgut im vorliegenden Kontext als verletzungsfähige soziale Realität zu verstehen.

⁴¹⁹³ Es erscheint verkürzt nicht überzeugend, wenn *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 14 die Alternative auf stofflich – ideell beschränkt. Die Alternative zu „ideell“ lautet nicht „körperlich“ oder „materialistisch“, siehe auch *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 28; *ders.* GA 2002, 21, 23.

⁴¹⁹⁴ So *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 14.

⁴¹⁹⁵ *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 66.

⁴¹⁹⁶ *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 32: Rechtsgutsverletzung sei die Aufhebung der werthafte Eigenschaft des Rechtsguts. Vgl. im Allgemeinen *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 7.

⁴¹⁹⁷ **Anders** etwa *Seibert* Garantenpflichten S. 160 f., der den „Erfolg“ i.S.d. § 13 StGB mit der Beeinträchtigung des Rechtsguts gleichsetzen will. Dagegen spricht jedoch, dass die Tatbestände *de lege lata* regelmäßig keine Beeinträchtigung des Rechtsgutes verlangen. Die Überlegungen können also nur rechtspolitisch überzeugen.

⁴¹⁹⁸ Die Strafbarkeit der § 306 ff. ist beispielsweise nicht deshalb so hoch, weil die genannten Gegenstände „vor anderen Schutzgütern stehen, sondern weil ihre Beschädigung durch das Tatmittel Feuer weitergehende Gefahren für andere Rechtsgüter beinhaltet, vgl. *T. Fischer* in: Gefahr S. 127, 129.

⁴¹⁹⁹ Vgl. nur *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 349 ff.

⁴²⁰⁰ Vgl. *Kargl* NK § 306a Rn. 3: „Wer dieses Ergebnis [Bestrafung ungefährlichen Handelns] infrage stellt, sollte im Sinne der Methodenehrlichkeit sein Ziel nicht unter dem Deckmantel der Auslegung, sondern offen als kriminalpolitisches Projekt verfolgen.“

Nach h.M. kann man etwa ein Gebäude durch Unterlassen „in Brand setzen“.⁴²⁰¹ Eine Garantenstellung aus Ingerenz soll bei den §§ 306 ff. StGB bestehen, wenn jemand fahrlässig eine Brandgefahr schafft.⁴²⁰² Soweit auf die Schaffung einer Brandgefahr abgestellt wird, kann das überzeugen. Wenn das Inbrandsetzen das objektiv zu verhindernde tatbestandliche Geschehen ist, erscheinen auch Zustände in dessen Vorfeld materiell unwertig. Dabei ist jedoch keine fahrlässige Brandstiftung i.S.v. § 306d StGB zu fordern, vielmehr muss die Handlungsobjektivierung einen Gefahrzustand schaffen, der nach den Wertungen des § 306a StGB nicht sein soll. § 306a StGB bezweckt es, die Inbrandsetzung zu verhindern, konsequenterweise sind damit aus der Perspektive des Rechtsgutes, welches zu diesem Zeitpunkt noch effektiv geschützt werden kann, bereits objektive Zustände rechtlich unerwünscht, die ein Inbrandsetzen ernsthaft erwarten lassen. Zu betonen ist allerdings, dass bei *Zustandsdelikten* anders als bei *Dauerdelikten* der strafrechtlich relevante Schaden bereits mit Vollendung vollständig eingetreten ist und die Aufrechterhaltung des Zustandes kein zusätzliches Unrecht darstellt.⁴²⁰³ Der Garant kann also nicht strafrechtlich dazu verpflichtet werden, ein bereits brennendes Gebäudeteil zu löschen,⁴²⁰⁴ sondern nur, dessen Inbrandsetzung (bzw. auch *weiterer selbstständiger Gebäudeteile*)⁴²⁰⁵ zu verhindern.⁴²⁰⁶

Bei § 348 StGB ist zur Vollendung ein Entäußerungsakt erforderlich.⁴²⁰⁷ Das bedeutet etwa, dass ein Amtsträger, der eine Bürokräftin anweist, eine unerkannt unrichtige amtliche Urkunde am folgenden Tag zu versenden, bis dahin verpflichtet ist, diesen Entäußerungsakt zu verhindern. Begeht der Amtsträger gutgläubig eine Falschbeurkundung, hat aber im Zeitpunkt der Absendung durch die Bürokräftin (Entäußerung) Vorsatz, kommt also durchaus eine unechte Unterlassung unter dem Gesichtspunkt der Ingerenz in Betracht.⁴²⁰⁸ Selbiges wird man wohl annehmen müssen, wenn ein Entwurf unbeabsichtigt in Umlauf gerät und der Amtsträger dies erfährt.⁴²⁰⁹ Es geht dann darum, dass die Urkunde nicht durch Unterlassen entäußert werden darf, der Ingerent muss insoweit die

⁴²⁰¹ Vgl. etwa BGH NSTZ-RR 2013, 137, 138; Lackner/Kühl/Heger § 306 Rn. 3; Kargl NK § 306 Rn. 21; Radke MK § 306 Rn. 58.

⁴²⁰² BGH NSTZ-RR 2013, 137, 138; Lackner/Kühl/Heger § 306 Rn. 3; Sch/Sch/Heine/Bosch § 306 Rn. 18; Kargl NK § 306 Rn. 21; Radke MK § 306 Rn. 58.

⁴²⁰³ So für die Unterlassungsdelikte auch Vogel Norm und Pflicht S. 101: Der „perfekte“ Erfolg muss nicht mehr abgewendet werden; siehe auch S. 132.

⁴²⁰⁴ **So aber** BGH StV 1984, 247, 248; Geilen JK 82 StGB § 13/2; Lackner/Kühl § 306 Rn. 3; Jakobs AT 29/2 m Fn. 1; **dagegen** zu Recht OLG Schleswig NSTZ 1982, 116 f.; Sch/Sch/Heine/Bosch § 306 Rn. 18; Jescheck LK¹¹ § 13 Rn. 32; Radke MK § 306 Rn. 58; Vogel Norm und Pflicht S. 102; anders wohl auch Schönemann Grund und Grenzen S. 370 f.

⁴²⁰⁵ Zu § 303 I StGB übersichtlich Hardtung/Putzke AT Rn. 985 ff.: Es genügt nicht, wenn ein eingetretener Schaden nicht beseitigt wurde, denkbar ist jedoch, dass ein „Weiterfressen“ des Schadens nicht vermieden wurde und so ein weiterer Erfolg herbeigeführt wurde.

⁴²⁰⁶ Es handelt sich hierbei aber um spezifische Probleme des besonderen Teils, die sich nicht allein bei der Unterlassungsstrafbarkeit (so auch Schönemann Grund und Grenzen S. 371; Vogel Norm und Pflicht S. 102) oder gar der Ingerenzbegründung stellen.

⁴²⁰⁷ Zieschang LK § 348 Rn. 41.

⁴²⁰⁸ Vgl. dazu Zieschang LK § 348 Rn. 96.

⁴²⁰⁹ Zieschang LK § 348 Rn. 42.

Vollendung verhindern. Eine Strafbarkeit wird hingegen für den Fall ausscheiden müssen, dass der Amtsträger die gutgläubig falsch beurkundete Urkunde bereits entäußert hat. In diesem Fall hat er zwar eine materiell missbilligte Gefahr für das Rechtsgut geschaffen. Allerdings besteht keine Gefahr, dass der „tatbestandliche Erfolg“ im Sinne des § 13 I StGB eintritt, also der formell tatbestandliche. Ebenso wie es keine Garantenpflicht geben kann, eine auseinandergebaute Maschine wieder zusammensetzen oder ein bereits in Brand gesetztes Gebäude zu löschen, ist auch niemand strafrechtlich verpflichtet, eine bereits entäußerte Urkunde zurückzuholen. Dies entspricht letztlich auch der Deliktskategorie der abstrakten Gefährlichkeitsdelikte und offenbart die Schwächen derartiger Tatbestände.⁴²¹⁰

3. „Erfolg“ bei den Handlungsdelikten

Überdies wird zutreffend darauf hingewiesen, dass es einen unwertigen Zustand nicht bloß bei den Erfolgsdelikten gibt, vielmehr geht es auch bei den reinen Tätigkeitsdelikten um die Verhinderung eines Erfolgs im „untechnischen Sinne“, also eines wertwidrigen äußeren Sachverhalts.⁴²¹¹ Insbesondere die Handlung selbst kann einen Erfolg im weiteren Sinne darstellen, selbst wenn dieser nicht von der Handlung ablösbar ist und sich in deren äußerer Vornahme erschöpft.⁴²¹² Dem entspricht auch die weite Auslegung des Begriffs „Erfolg“ i.R.d. § 13 I StGB durch die h.M.⁴²¹³

Etwa in § 164 StGB⁴²¹⁴ wird ein konkret gefährliches Verhalten bestraft, unabhängig ob dieses zu einem (Gefährdungs-)Erfolg führt.⁴²¹⁵ Zwar ist nach der konkreten Tatbestandsausgestaltung kein Erfolgsunrecht verlangt, dennoch liegt dem Tatbestand die materielle

⁴²¹⁰ Es geht bei diesen nicht darum, wirkliche Beeinträchtigungen von Rechtsgütern zu missbilligen, vielmehr werden *bestimmte* typischerweise (im Einzelfall aber nicht notwendig) gefährliche Verhaltensweisen pönalisiert. Der Schutzzumfang ist formal bestimmt und von materiellen Erwägungen (tatsächlicher Rechts-gutsbezug) entkoppelt. Ebenso wie bestimmte Verhaltensweisen unter den formalen Tatbestand fallen, obwohl sie nicht einmal gefährlich für ein Rechtsgut sind, lassen sich andere, für das Rechtsgut gefährliche, Verhaltensweisen nicht mehr tatbestandlich erfassen, da die Tat bereits längst vollendet ist. Damit führt die Entscheidung des Gesetzgebers, mithilfe abstrakter Gefährlichkeitsdelikte den Schutz vorzuverlagern, letztlich dazu, dass ein Schutz vor Folgen ausscheidet. Dies ist schlicht die Kehrseite dessen, dass sich der Gesetzgeber nicht konsequent an Belangen des Rechtsgüterschutzes orientiert, sondern (nur) *bestimmte, ausgewählte* Verhaltensweisen losgelöst hiervon pönalisiert.

⁴²¹¹ Vgl. *Bockelmann/Volk* AT § 12 A I 2; *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 57; *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 10 f.; *Lampe* Unrecht S. 99 f.; *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 56.

⁴²¹² *Maurach/Zipf* AT I § 20 Rn. 27; *Roxin/Greco* AT I § 10 Rn. 88, 104; *Jescheck/Weigend* AT § 26 II 1a: Die Handlung sei insoweit „Wirkung des Willensimpulses“ des Täters. *Hirsch* weist darauf hin, dass bei jedem Delikt eine finale Handlung vorliegt, die sich eben nicht notwendigerweise auf einen tatbestandlichen Erfolg bezieht, sondern die sich auf einen vorgelagerten Vorgang richten kann, *Hirsch* ZStW 93 (1981) 831, 857 ff.; siehe auch *ders.* Negative Tatbestandsmerkmale S. 308 m. Fn. 122; *ders.* FS Lampe S. 515, 520.

⁴²¹³ Siehe oben → Kapitel 1 § 2 D II.

⁴²¹⁴ Im Allgemeinen zur Begehung des § 164 StGB durch Unterlassen BGHSt 14, 240, 246; *Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm* § 164 Rn. 21; *Fischer* § 164 Rn. 4; *Lackner/Kühl* § 164 Rn. 4; *Rengier* BT II § 50 Rn. 13 ff.; *Vormbaum* NK § 164 Rn. 22; *Zopfs* MK § 164 Rn. 27; das Entsprechen, § 13 I StGB, ablehnend *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* BT³ § 48 Rn. 10.

⁴²¹⁵ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 327 f.; ebenso *Lackner/Kühl* § 164 Rn. 4; *Zopfs* MK § 164 Rn. 6, 19.

Wertung zugrunde, dass bestimmte Zustände, die ein behördliches Verfahren gegen eine Person aufgrund unwahrer⁴²¹⁶ Verdächtigung wahrscheinlich machen, vermieden werden sollen. Wenn also jemand durch seine unbewusst unwahre Verdächtigung tatsächlich einen solchen Gefahrenzustand schafft, ist an eine Garantenstellung aus Ingerenz zu denken. So meinen etwa *T. Fischer* und *Ruß*, dass bereits die gutgläubige Berufung auf falsche Tatsachen hinreichender Anlass sei, das eigene Vorbringen zu korrigieren.⁴²¹⁷ *Rengier* sieht aufgrund der Schaffung eines Dauerzustandes eine Ausnahme zum Pflichtwidrigkeitskriterium als gegeben an.⁴²¹⁸ *Bosch/Schittenhelm* hingegen verlangen ein pflichtwidriges Vorverhalten.⁴²¹⁹ Gegen letzteres spricht jedenfalls, dass § 164 I StGB reines Vorsatzdelikt ist und die fahrlässige Verdächtigungshandlung ebenso (strafrechtlich) unverboden ist wie jede sonst gutgläubige. Problematisch ist viel grundsätzlicher, auf welchen Zustand es als tatbestandsmäßige Situation und damit Bezugspunkt der Garantenstellung ankommt. Die genannten Autoren stellen sich im Allgemeinen auf den Standpunkt, dass bereits das bloße Nichtaufklären geeignet sei, das Verfahren *fortdauern* zu lassen. „In der Fortdauer und einem auf unwahren Fakten beruhenden Ergebnis des Verfahrens können die viel gravierenderen Unrechtserfolge liegen“.⁴²²⁰ Die Gegenansicht bejaht hingegen die Möglichkeit eines Unterlassungsdelikts allein dann, wenn die Unterbreitung von selbstständigem, neuem Tatsachenmaterial nicht gehindert wird.⁴²²¹ Andernfalls sei die Nichtaufklärung zur falschen Spurenlegung so verschieden, dass das Unterlassen niemals dem Tun entspreche.⁴²²² Das Unterlassen könne dort, wo es sich darin erschöpfe, ein bereits eingeleitetes Verfahren nicht durch Richtigstellung zu beenden, gerade nicht den spezifischen Unrechtsgehalt der aktiven Verdächtigung erreichen.⁴²²³

Der erstgenannten Ansicht ist hier zuzugeben, dass aus der Perspektive der geschützten Rechtsgüter (insbesondere des Betroffenen)⁴²²⁴, indem sogar das Für-möglich-Halten der

⁴²¹⁶ Zu den unterschiedlichen Möglichkeiten der Interpretation der „Unwahrheit“ *Zopfs* MK § 164 Rn. 33 f.

⁴²¹⁷ *Fischer* § 164 Rn. 4; *Ruß* LK § 164 Rn. 14. Ebenso BGHSt 14, 240, 246, dort ging es allerdings um die Weitergabe von einer Behörde an die andere. – **Kritisch** *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* BT³ § 48 Rn. 10 m. Fn. 21; offengelassen nunmehr in der aktuellen Auflage, *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* BT⁴ § 48 Rn. 10.

⁴²¹⁸ *Rengier* BT II § 50 Rn. 15. Siehe auch *Fischer* § 164 Rn. 4: „solange das daraufhin eingeleitete Verfahren andauert“.

⁴²¹⁹ *Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm* § 164 Rn. 21; wohl auch *Rogall* SK § 164 Rn. 17; *Vormbaum* NK § 164 Rn. 22, „jedenfalls“ wenn es an der straflosen Fahrlässigkeit fehlt; gegen eine Ingerenzgarantenstellung überhaupt hier *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* BT³ § 48 Rn. 10 m. Fn. 21.

⁴²²⁰ Zitat bei *Ruß* LK § 164 Rn. 14; siehe auch *Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm* § 164 Rn. 21 m.w.N.; *Rengier* BT II § 50 Rn. 14; *Vormbaum* NK § 164 Rn. 22.

⁴²²¹ *Rogall* SK § 164 Rn. 17; *Zopfs* MK § 164 Rn. 27.

⁴²²² *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* BT³ § 48 Rn. 10. Durch das bloße Nichtaufklären werde keine neue Gefahr geschaffen, Fn. 21; *Rogall* SK § 164 Rn. 17.

⁴²²³ *Rogall* SK § 164 Rn. 17: „Denn in diesem Fall bewirkt das Unterlassen gerade nicht, dass die staatliche Verfolgungstätigkeit durch das positive Schaffen oder Bestärken eines Verdachts zur Verfolgung Unschuldiger pervertiert wird – dieser Unrechtserfolg ist vielmehr bereits eingetreten –, sondern beschränkt sich darauf, eine aktuell bereits stattfindende Verfolgung Unschuldiger nicht zu beenden.“

⁴²²⁴ Die h.M. stellt kumulativ auf den Schutz der Rechtspflege und des Einzelnen ab, vgl. *Lackner/Kühl* § 164 Rn. 1 m.w.N.

Unwahrheit nicht zur Strafbarkeit der Verdächtigung führt, ein berechtigtes Schutzinteresse an der Aufklärung des Sachverhaltes verbleibt. Es erscheint durchaus plausibel, dass derjenige, der gutgläubig falsche Angaben macht, diese korrigieren muss, nachdem er die Unwahrheit *erkennt*. Man könnte hier vorbringen, dass das Ignoranzprivileg des § 164 StGB den Handelnden zwar in der konkreten Situation von der Verantwortlichkeit für seine Handlung, jedoch nicht deren Folgen entbindet. Dennoch scheint die letztgenannte Ansicht hier der Deliktstruktur des § 164 StGB besser gerecht zu werden.⁴²²⁵ Hierfür muss nicht auf die unbestimmte Entsprechungsklausel ausgewichen werden, wenn man sich bewusst macht, *welche Schädigungsmöglichkeit* Gegenstand der Garantenstellung ist. Die Garantenstellung aus Ingerenz ist deshalb zu verneinen, weil § 164 StGB nicht in *jedem* Fall das Fortdauern eines Verfahrens verhindern will, sondern *nur*, dass der Behörde oder der Öffentlichkeit unwahre Tatsachenbehauptungen zugehen, die *dann* geeignet sind, das behördliche Verfahren herbeizuführen oder fort dauern zu lassen.⁴²²⁶ Der Ingerent muss also die Gefahr geschaffen haben, dass die Behörde an unwahre Informationen gelangt. In Verbindung mit diesem Gefährzustand ist sein Unterlassen konkret gefährlich, indem es zu einer *Verdächtigung* führen kann. Damit spielt die Garantenstellung aus Ingerenz hier nur in Ausnahmefällen eine Rolle, wenn etwa gutgläubig ein verdächtiges Schreiben verfasst und Mitarbeiter dazu angewiesen wurden, dieses am nächsten Tag zu veröffentlichen. Das abstrakte Gefährlichkeitsdelikt § 348 StGB und das konkrete Gefährlichkeitsdelikt § 164 StGB sind insoweit ähnlich zu behandeln.

4. Zwischenfazit

Es zeigt sich also, dass die Garantenstellung aus Ingerenz auch bei solchen Delikten eine Rolle spielt, wo das Erfolg sunrecht bzw. die Vollendung nicht zwingend mit der Rechtsgutsverletzung zusammenfallen. In den folgenden Überlegungen wird jedoch in erster Linie von dem „Erfolg sunrecht“ in seinem klassischen Verständnis als „Rechtsgutsverletzung“ bei den Erfolgsdelikten ausgegangen,⁴²²⁷ wo die materielle und die formelle Betrachtungsweise kongruent sind.

IV. Konkretisierende und konkurrierende Konzepte

Nun bewegt sich der Begriff des Erfolg sunrechts zunächst auf einem äußerst hohen Abstraktionsniveau. Problematisch ist gerade, inwieweit ein Rechtsgut durch die tatbestandliche Schutznorm gewährleistet wird. Dies soll anhand von drei unterschiedlichen Konzeptionen betrachtet werden. *Küper* (a) orientiert sich an der dualistischen Unrechtskonzeption von *Gallas* und schränkt dabei die Garantie nach dem Gedanken des „erlaubten

⁴²²⁵ Denkbar wäre es jedoch, die unterlassene Korrektur *de lege ferenda* in § 164 StGB der falschen Verdächtigung gleichzustellen.

⁴²²⁶ Dies zeigt auch ein Vergleichsfall des aktiven Tuns: Niemand ist strafbar, wenn er aktiv die Aufklärung des Irrtums verhindert, selbst wenn er damit die Gefahr des Fortdauerns schafft. Wenn also *Ruß* LK § 164 Rn. 14 meint, § 164 StGB verbiete es, durch Unterlassen ein Verfahren fort dauern zu lassen, dann entspricht dies nicht dem Wortlaut dieser Vorschrift, die es verbietet, andere unwahr zu verdächtigen (Abs. 1) oder sonstige unwahre Tatsachenbehauptungen aufzustellen (Abs. 2).

⁴²²⁷ Siehe zu den Begrifflichkeiten *Hirsch* GS Meurer S. 3, 6; *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 109 ff., 21.

Risikos“ ein. Die beiden anderen Konzeptionen behandeln kein Erfolgsunrecht im Sinne der herrschenden Lehre. *Kindhäuser* (b) betrachtet jedoch bereits die Verhaltensnormen als Verursachungsverbote aus einem strikt objektiven Blickwinkel. *Haas/Renzikowski* (c) sehen die Aufgabe des Strafrechts im Schutz subjektiver Rechte und betonen dabei, dass *diesen* und nicht den Verhaltensnormen die Aufgabe zukomme, die Freiheitssphären der Betroffenen abzugrenzen. In der Auseinandersetzung mit diesen Autoren soll untersucht werden, welche Aspekte es rechtfertigen, die strafrechtliche Gewährleistung von Rechtsgütern gegenüber Handlungsfolgen einzuschränken. Gleichzeitig wird die dualistische Unrechtslehre insbesondere zu den Normenmodellen *Kindhäusers* und *Haas* ‘ abgegrenzt.

1. Begrenzung der Schutznorm durch das „erlaubte Risiko“ (*Küper*)

a) Darstellung

Küper meint, wenn die Zurechenbarkeit aufgrund fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhangs verneint und damit der Erfolg aus der tatbestandlichen Bewertung als „Zufall“ abgesondert werde, müsse man einen Grund dafür angeben. Es liege schließlich ein Schaden vor, welcher ein prinzipiell schutzwürdiges Rechtsgut betreffe.⁴²²⁸ Wenn man dem Täter das normgemäße Alternativverhalten nicht bloß aus „kriminalpolitischer Billigkeit“ jenseits von Unrecht und Schuld bei der Bestrafung zugutehalte, müsse man das betroffene Unrechtselement benennen und seine konstitutive Bedeutung für das Fahrlässigkeitsunrecht dartun.⁴²²⁹ Da das Handlungsunrecht vorliege, könne nur auf der „Erfolgsseite“ der Fahrlässigkeitstat die notwendige Unwertqualität, der „Erfolgsunwert“ fehlen.⁴²³⁰ Unrechtsdogmatisch bedeute die Verneinung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs für das Opfer und dessen Rechtsgüter „den Verlust der normativen Garantie seiner Unversehrtheit“. Die tatbestandsimmanente Schutz- und Gewährleistungsnorm, welche dem Opfer die Unversehrtheit seiner Rechtsgüter garantiert und so Beeinträchtigungen deren Integrität als Erfolgsunrecht missbilligt, werde suspendiert. Jede Theorie des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs müsse in der Lage sein, diesen Garantieverlust zu erklären.⁴²³¹ Ähnliche Erwägungen ließen sich auch hinsichtlich des rechtfertigenden Notstands treffen: Der Rechtfertigungsgrund enthält eine Eingriffsbefugnis, wodurch die tatbestandliche Schutz- und Gewährleistungsnorm, welche dem verletzten Rechtsgut Unversehrtheit garantiert, zu dessen Lasten zurückgenommen wird.⁴²³²

⁴²²⁸ *Küper* FS Lackner S. 247, 265.

⁴²²⁹ *Küper* FS Lackner S. 247, 263. Neben den elementaren Zurechnungsvoraussetzungen Kausalität und Adäquanz müsse daher ein weiteres normatives Element als „Bindeglied“ zwischen dem sorgfaltswidrigen Tun und dem „an sich zurechenbaren Erfolg“ fehlen.

⁴²³⁰ *Küper* FS Lackner S. 247, 265 f.; als ein Problem des Erfolgsunwerts einordnend auch *Wolter* Straftatensystem S. 335; sowie (mit abweichender Begründung) *Arth. Kaufmann* FS Eb. Schmidt S. 200, 228 f. (vehement dagegen *Roxin* ZStW 74 (1962) 411, 427 ff.; daraufhin wieder *Arth. Kaufmann* FS Jescheck S. 273 ff.).

⁴²³¹ *Küper* FS Lackner S. 247, 266; siehe dazu bereits *ders.* Notstand S. 45; *ders.* GA 180, 201, 284 f., 215 f.; im Anschluss insbesondere an *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 161 ff.; sowie die genannten Schriften von *Krümpelmann*, *Paeffgen* und *Wolter*.

⁴²³² *Küper* Notstand S. 45: Das Recht „billige“ den Erfolg, indem es die Missbilligung zurücknimmt. Die Gewährleistung ist jedoch nur im Hinblick auf eine bestimmte Handlung ausgeschlossen, welche den in

Hinsichtlich des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs betrachtet *Küper* das erlaubte Risiko nicht bloß von seiner verhaltensgebundenen Seite („als Explikation der Sorgfaltspflicht“), sondern in seiner „erfolgsorientierten“ Struktur. Wenn ein Risiko als erlaubt toleriert werde, gehe dies auf eine objektive Interessenabwägung zurück, nach deren Ergebnis die Gefährdung oder Verletzung von Gütern im Interesse von Handlungsfreiheit und sozialer Dynamik hingenommen werde. Es würden etwa die Risiken akzeptiert, die sich bei verkehrsgerechtem Verhalten im Kraftfahrzeugverkehr unvermeidlich ergeben.⁴²³³ Wenn sorgfaltswidriges Verhalten die in der konkreten Situation „sowieso“ angelegten Gefahren im Vergleich mit einem verkehrsgerechten Verhalten nicht steigere, schaffe es *im Ergebnis* nur eine Gefahr, die nach der Interessenabwägung eine tolerierte Gefahr des Straßenverkehrs sei⁴²³⁴ und damit nicht der Gewährleistungsnorm widerspreche.⁴²³⁵

b) Bewertung

Auf *Küper*s Variante der Risikoerhöhungslehre kann hier nicht vertieft eingegangen werden.⁴²³⁶ Er selbst spricht von einer plausiblen Lösung.⁴²³⁷ Der Schwachpunkt der Betrachtung liegt m.E. darin, dass *Küper* die Grenzen der Gewährleistungsnormen von denen des

§ 34 StGB beschriebenen Interessenkonflikt löst. *Küper* verweist insoweit auf den Fall der mittelbaren Täterschaft bei rechtmäßig handelndem Werkzeug. Der Hintermann kann sich hier durchaus wegen eines vollendeten Erfolgsdelikts strafbar machen.

⁴²³³ *Küper* FS Lackner S. 247, 272 ff. Primärer Aspekt der Risikoerlaubnis sei damit nicht das fehlende Verhaltensunrecht, vielmehr sei eine objektiv-generelle Interessenabwägung vorausgesetzt, welche sich sekundär in den Sorgfaltspflichten niederschlage: „Die Begrenzung der Sorgfaltspflicht auf ein bestimmtes Maß erlaubter Gefährlichkeit ist nur der Reflex einer primär-generellen Abwägung, die ergibt, daß die entsprechenden Gefahren rechtlich als allgemein tolerabel („erlaubt“) zu bewerten sind.“ Der erlaubte Risikoerfolg repräsentiere all diejenigen Gefahrenlagen, welche in der vorangegangenen „Basisabwägung“ als akzeptierte Gefahrenzustände hingenommen würden. Wenn es etwa erlaubt sei, im Regelfall 50 km/h zu fahren, „dann gehören die Gefährdungen, bis hin zur Lebensgefahr, die aus solchem ordnungsgemäßem Verkehrsverhalten erwachsen können, zum erlaubten Risiko des so geregelten Straßenverkehrs“. Sie seien „allgemeines Lebensrisiko“. Man könne so aus Inhalt und Grenzen der jeweiligen Sorgfaltsnorm auf Art und Maß der *generell* tolerierten Risiken zurückschließen, ohne daß damit die Normbefolgung im *Einzelfall* vorausgesetzt sei (S. 273 f.).

⁴²³⁴ Erforderlich sei ein Vergleich des *Risikoergebnisses*, also der konkreten Risikolagen *nach* tatsächlich pflichtwidrigem und hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten, *Küper* FS Lackner S. 247, 277. Dem sorgfaltswidrig handelnden Täter sei dann ein „erlaubtes Risiko“ in Gestalt eines „toleriert-riskanten Gefährdungserfolges“ zuzubilligen (S. 274).

⁴²³⁵ *Küper* FS Lackner S. 247, 275, 282: Wo das erlaubte Risiko beginne, ende auch die Reichweite der Gewährleistungsnorm und es fehle an einem Erfolgswert; nahestehend *Kühl* AT § 17 Rn. 56 f., 67; *Wolter* Straftatsystem S. 336.

⁴²³⁶ Auf Grundlage der Argumentation *Küper*s ließe sich wohl aber auch ein Konzept des Erfolgswertes vorstellen, welches nur solche Verletzungserfolge umfasst, die eindeutig auf das Konto des rechtswidrigen Verhaltens gehen, so *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 514 m. Fn. 24.

⁴²³⁷ *Küper* FS Lackner S. 247, 282. **Dagegen** meint etwa *Frisch*, die Gewährleistungsnorm sei normentheoretisch verzichtbar, denn: „es geht um nichts weiteres als den Effekt des Verhaltensnormprogramms“ (Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 533 m. Fn. 97). Dem wurde jedoch oben bereits entgegengehalten, dass die Verhaltensnorm das negative Werturteil hinsichtlich des Erfolgs gerade voraussetzt → II 1; ebenso *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 13. Außerdem vermag die Verengung des Strafrechts auf – zumal auf beschränkter Tatsachengrundlage stehende – Verhaltensnormen das Unrecht, welches vom Menschen am Menschen begangen wird, nur unvollständig zu erfassen. Das hat zu Recht *Küper* (GA 1987, 479, 504 m.

„erlaubten Risikos“ abhängig macht und so die Abwägung hinsichtlich des Erfolgs Sachverhalts mittelbar an die Handlungssituation und damit die generalisierende Betrachtung aufgrund beschränkter Tatsachenbasis *ex ante* knüpft und so auf ein „Maximum an Wahrheitsgarantie“ verzichtet. Dagegen spricht, dass so auf der Seite des konkreten Opfers der Schutzanspruch aus Gründen verkürzt würde, die bloß in der beschränkten *ex ante* Perspektive liegen.⁴²³⁸ Die Risiken, die sich bei verkehrsgrechtem Verhalten im Kraftfahrzeugverkehr unvermeidlich ergeben, werden nur *generell*, aber nicht *im Einzelfall* akzeptiert.⁴²³⁹ Der Freiraum, der durch das „erlaubte Risiko“, also die Handlungsbewertung als sorgfaltsgemäß eröffnet wird, besteht bloß vorläufig für die Entscheidungssituation „im Interesse sozialer Dynamik“ und stellt sich nicht „als Ergebnis einer Abwägung von Individualinteressen“⁴²⁴⁰ (des konkret Handelnden sowie des konkreten Opfers) dar.⁴²⁴¹ Derjenige, der in eine geschützte Freiheitssphäre eingreift, verwirklicht richtigerweise Erfolgsunrecht.⁴²⁴² Die Schutz-/Gewährleistungsnorm ist insoweit nicht von der Verhaltensnorm abhängig: „Eine Normkategorie eigener Art sind sie insofern, als sie ihre zugunsten des betroffenen Objekts ausgesprochene Integritätsgarantie jedenfalls in einem gewissen Umfang auch dort noch aufrechterhalten können, wo das zu einer Verletzung führende Verhalten Dritter nicht gegen eine Bestimmungsnorm verstößt oder sogar ausdrücklich erlaubt ist“.⁴²⁴³ Die Schutzbedürftigkeit des Opfers richtet sich dann jedoch

Fn. 10) bereits *Frischs* in „Vorsatz und Risiko“ ausgearbeiteter Konzeption vorgeworfen. Vgl. auch oben → II 1; sowie *Erb* Alternativverhalten S. 164 ff.

⁴²³⁸ So – von abweichendem normentheoretischen Standpunkt – die **Kritik** von *Kindhäuser* GA 1994, 1997, 223 m. Fn. 84; nämlich die Unfähigkeit zur Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung, S. 216 f.; kritisch außerdem *Renzikowski* in: Juristische Grundlagenforschung S. 115, 126.

⁴²³⁹ Was die „sowieso“ im Straßenverkehr angelegte Gefahr, das tolerierte Risiko im Straßenverkehr darstellt, ist überdies äußerst vage. *Küper* meint insoweit, „Die Gefahren, die [...] bei einer ordnungsgemäßen Geschwindigkeit von 50 km/h in der konkreten Situation aus einer Fortbewegung *von Fahrzeugen* mit diesem zulässigen Tempo resultieren, gehören unabhängig davon zum ‚erlaubten Risiko‘, ob der Fahrzeugführer *in casu* mit einer unerlaubt-höheren Geschwindigkeit fährt“ (FS Lackner S. 247, 274). – Was sind nun aber „die Risiken“, die sich bei Einhaltung aller Verkehrsregeln ergeben? Die Bandbreite ist hier enorm weit und reicht sowohl bei einer vorschriftsgemäßen als auch bei einer erhöhten Geschwindigkeit von der völligen Harmlosigkeit bis hin zu tödlichen Unfällen. Letztlich kommt es stets darauf an, welche Tatsachen man in die Prognosegrundlage einstellt. Beispielsweise fährt A regelwidrig mit 60 km/h (Anhalteweg 54 Meter) durch eine Ortschaft, als 20 Meter vor ihm ein Kind aus einer Reihe parkender Autos hervorzuspringen droht, sodass A nicht mehr rechtzeitig bremsen kann. Hier würde es sich nach *Küper* bei genereller Betrachtung wohl um eine erlaubte Gefahr handeln: Der Anhalteweg hätte mit den regulären 50 km/h 40 Meter betragen. Das Risiko *ex ante*, dass man innerorts auf der konkreten Straße beim Auftauchen von *Kindern* in bis zu 40 Metern Entfernung nicht rechtzeitig bremsen kann, wäre also vom Normgeber als „allgemein tolerabel bewertet“, ansonsten hätte er die Höchstgeschwindigkeit etwa auf 30 km/h festsetzen müssen (Anhalteweg 18 Meter). Nun setzt der Gesetzgeber die Höchstgeschwindigkeit selbstverständlich *nicht* auf 50 km/h, weil er den Tod/die Verletzung des *konkreten* Kindes im *individuellen* Fall *ex post* für verschmerzbar hielte, sondern aufgrund einer *generellen* Interessenabwägung und notwendigerweise unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalls auf einer beschränkten Tatsachenbasis, siehe schon → A IV 5 b). In dem Beispiel ist dementsprechend in die Abwägung eingestellt, dass *Kinder* plötzlich auf die Straße springen können, nicht aber, dass *das Kind im konkreten Fall* auf die Straße springen wird.

⁴²⁴⁰ Unterscheidung nach *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 49.

⁴²⁴¹ Siehe schon oben → A IV 5 c)

⁴²⁴² Vgl. *Kühl* AT § 3 Rn. 6.

⁴²⁴³ *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 49.

richtigerweise nach der *objektiven* Lage.⁴²⁴⁴ Seine Freiheitsrechte widerstreiten einer Betrachtung, die den Schutzanspruch infolge einer generalisierenden Betrachtung verkürzt.

Speziell für die Garantenstellung aus Ingerenz⁴²⁴⁵ ergibt es keinen Sinn, die Gewährleistung dort einzuschränken, wo durch sorgfaltsgemäßes Verhalten ein effektiver Schutz überhaupt nicht mehr zu erreichen ist.⁴²⁴⁶ Denn Gegensteuerung ist *besonders* bei solchen Handlungen erforderlich, die ursprünglich vorgenommen werden dürfen, es geht gerade um eine *Korrektur* der ursprünglich *ex ante* vorgenommenen Bewertung auf nunmehr objektivierter Tatsachengrundlage. Während es durchaus Sinn ergibt, die *Verhaltensanforderungen* zu generalisieren und auf ein Maximum an Wahrheitsgarantie im Einzelfall zu verzichten, um so effektive Richtlinien für die Entscheidungssituation zu erlangen, erscheint es nicht gerechtfertigt, diese Generalisierung auch auf den Schutzanspruch des *konkreten* Opfers in der *individuellen* Situation durchschlagen zu lassen.

2. Verhaltensnorm als Verursachungsverbot (*Kindhäuser/Vogel*)

a) Darstellung

Die Verkürzung des Schutzanspruchs aufgrund des „erlaubten Risikos“, wie *Küper* sie annimmt, vermeidet hingegen *Kindhäuser*. Auch wenn *Kindhäuser*s abweichendes Normenmodell (Differenzierung von Norm und Pflicht⁴²⁴⁷) nicht zwischen Handlungs- und Erfolgsunrecht im klassischen Verständnis unterscheidet, kommt seine Differenzierung im Ergebnis dem nahe. Indem *Kindhäuser* also die „Bindung des Adressaten“ aus dem Begriff der „Norm“ hinausnimmt und der „Pflicht“ zuschlägt, hält er – wie etwa auch *Frister*⁴²⁴⁸ – die „Norm“ frei von jeder Subjektivierung, sodass diese den rechtsgutsbezogenen Freiheitskonflikt objektiv abbildet.⁴²⁴⁹ Die Pflicht könne daher nur mit relativer Sicherheit, also vom Standpunkt *ex ante* her prognostiziert werden, ob jedoch das gemäß

⁴²⁴⁴ *Erb* Alternativverhalten S. 172.

⁴²⁴⁵ Letztlich ist hinsichtlich der Ausführungen *Küper*s zu bedenken, dass es bei dem dort erörterten Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs eben nicht um das isolierte Nebeneinander von Erfolgsunrecht und Handlungsunrecht geht, sondern diese in einem bestimmten Verhältnis aufeinander bezogen sein müssen. Dieser Zusammenhang spielt für die vorliegende Untersuchung keine Rolle, da es für die Frage nach der Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz irrelevant ist, ob Handlungsunrecht, also ein Sorgfaltsverstoß, vorliegt. *Küper* behandelt die Frage, ob ein Sachverhalt den Schutzanspruch eines konkreten Opfers verletzt, nicht isoliert, sondern bereits in Bezug auf bestimmte Sorgfaltsnormen. Deutlich etwa *Küper* FS Lackner S. 247, 276: „sie sind im ‚erlaubten Risiko‘ miteinander vermittelt und eng aufeinander bezogen“. Siehe mit Unterschieden im Einzelnen *Rudolphi* FS Maurach S. 51, 64: „Strenges Aufeinanderbezogensein von Handlungs- und Erfolgsunwert“; *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 15; *Krümpelmann* FS Jescheck S. 313 ff.: „normative Korrespondenz“; *Erb* Alternativverhalten S. 146 ff., 162 ff., 168 ff.: Wechselwirkung von Pflicht und Anspruch.

⁴²⁴⁶ So zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang *Küper* FS Lackner S. 247, 269.

⁴²⁴⁷ Siehe oben zu *Vogel* → Kapitel 3 G III 2.

⁴²⁴⁸ Vgl. oben → I.

⁴²⁴⁹ Auch *Kindhäuser* bemängelt zu Recht an der Normgenese nach *Arm. Kaufmann*, dass das Interesse desjenigen, dem das Rechtsgut zur freien Entfaltung seiner Persönlichkeit diene, aus dem Blick gerate. Dem Sollen müsse ein berechtigtes Interesse desjenigen entsprechen, für den das Gut Bedingung freier persönlicher Entfaltung ist, Gefährdung S. 148 f.; siehe auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 46 f.

der Norm Gesollte eingetreten ist, könne man erst *ex post* feststellen.⁴²⁵⁰ Wie *Vogel* „zugespißt formuliert: Normwidrigkeit ist eine objektive, Pflichtwidrigkeit eine personale Kategorie“.⁴²⁵¹ Die Unterscheidung von Erfolgsunrecht und Handlungsunrecht gebe diese Unterscheidung nicht adäquat wieder: Ein Erfolgsunrecht als solches könne es nämlich eigentlich nicht geben: „stirbt beispielsweise ein Mensch, so ist dieses Ereignis als solches kein Unrecht. Unrecht kann nur ein Verhalten sein, das die Eigenschaft aufweist, den Erfolg verursacht zu haben.“⁴²⁵² In jüngerer Zeit spricht aber auch *Kindhäuser* von dem normwidrigen Geschehen als „Erfolgsunrecht“.⁴²⁵³

b) Bewertung

Indem *Kindhäuser* die Normen den Tatbeständen des Besonderen Teils entnimmt und auf ihre formelle Legitimation durch den Gesetzgeber abstellt,⁴²⁵⁴ schafft er in begrüßenswerter Weise eine enge Anbindung an das geschriebene Recht.⁴²⁵⁵ Mit *Kuhlen* ist jedoch festzuhalten, dass „*Kindhäuser*s Straftatmodell insgesamt, konstruktiv durchaus möglich, aber doch nicht wirklich überzeugend“ ist.⁴²⁵⁶ Denn die die Verursachung verbietende Norm⁴²⁵⁷ bildet keine Richtlinie für den in der Entscheidungssituation Stehenden. Fraglich ist, ob man hier überhaupt von *Verhaltensnormen* sprechen kann.⁴²⁵⁸ Indem der Mensch als determinativer Faktor erst auf der zweiten Ebene der „Pflicht“ eine Rolle spielt und somit Vorsatz und Fahrlässigkeit nur noch die Vermeidbarkeit des Normverstößes⁴²⁵⁹ betreffen, wird das eigentlich maßgebliche Unrecht rechtsgüterschädigenden Handelns auf den formalen Ungehorsam und dessen intentionale Vermeidbarkeit eingegeben. Insbesondere wird außer Acht gelassen, dass der Vorsatz nicht bloß „Zurechnungskriterium“ ist, sondern selbst das Geschehen qualitativ anders prägt.⁴²⁶⁰ Auch kann die Kritik *Kindhäuser*s an der herrschenden Differenzierung zwischen Handlungs- und Er-

⁴²⁵⁰ *Kindhäuser* Gefährdung S. 59; entsprechend S. 112 zur Rechtfertigung.

⁴²⁵¹ *Vogel* Norm und Pflicht S. 43.

⁴²⁵² *Kindhäuser* Gefährdung S. 60. Dieses Verhaltensunrecht könne nun jedoch „aus unterschiedlicher Perspektive konstruiert werden: Während die Gebundenheit an das Sollen *ex ante* bestimmt werde, sei die *ex post* konstatierbare Erfolgsverursachung „Gegenstand des objektiven Erklärungswertes eines strafrechtlich relevanten Verhaltens; vgl. auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 44: Naturereignisse seien bloßes „Unglück“.

⁴²⁵³ *Kindhäuser* GA 2007, 447, 450.

⁴²⁵⁴ Vgl. *Kindhäuser* Gefährdung S. 30.

⁴²⁵⁵ Hiermit sympathisierend auch *Kuhlen* GA 1990, 477, 480; Maurach/*Gössel*/Zipf AT 2 § 39 Rn. 19.

⁴²⁵⁶ *Kuhlen* GA 1990, 477, 480; siehe auch *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33o; kritisch außerdem *Freund/Rostalski* GA 2020, 617, 618 f.

⁴²⁵⁷ **Anders** zu Recht die h.M., siehe nur Sch/Sch/*Eisele* Vor § 13 Rn. 54.

⁴²⁵⁸ *Renzikowski* Täterbegriff S. 256. *Kindhäuser* kommt so zu einer „inflationären Bejahung von Normverletzungen“, *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 33o, mit weiteren Einwänden. Rechtsstaatlich problematisch ist insbesondere, dass beim Versuch die Strafe trotz unverbottenem Verhalten erfolgt.

⁴²⁵⁹ *Renzikowski* Täterbegriff S. 257 kritisiert hier zudem, dass konsequenterweise für die „handlungswirksame Anerkennung“ bereits Unrechtsbewusstsein erforderlich wäre.

⁴²⁶⁰ Im Allgemeinen *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 156 ff., 159: Entscheidendes Moment der Handlung ist gerade, dass der Täter seine Intention *realisiert*; *Hirsch* ZStW 94 (1982) 239, 244; *ders.* FS Lampe S. 515, 519, 521; *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 25; *Jescheck* LK¹¹ Vor § 13 Rn. 43; *Jescheck/Weigend* AT § 24 III 4c; *Kühl* AT § 5 Rn. 4; *Roxin/Greco* AT I § 12 Rn. 23; *Welzel* ZStW 58 (1939) 491 ff.

folgsunrecht nicht recht überzeugen, wenn er selbst das Verhaltensunrecht an der Erfolgsverursachung festmacht, ohne die *ex ante* Verhaltenssituation (Finalität, Vorhersehbarkeit, Vermeidbarkeit) einzubeziehen. Eine Verhaltensnorm im Sinne *Kindhäusers* ist ebenso (wenig) von der handelnden Person entkoppelt wie ein Erfolgsunrecht als Widerspruch gegen eine Gewährleistungsnorm.⁴²⁶¹ Jedenfalls kann es für die hier entscheidende Rechtsfrage, ob der Gefahrschaffende als Garant verpflichtet ist, nicht darauf ankommen, welchem kaum sicher begründbaren normtheoretischem Modell man anhängt. Wenn gleich sich *Kindhäusers* und *Vogels* Argumentation hinsichtlich der Garantenstellung aus Ingerenz unnötigerweise von Deduktionen aus einem bestimmten Normmodell abhängig macht, überzeugt sie im Ergebnis: So sehr die *ex post* Perspektive hinsichtlich der Verhaltensnorm des Begehungsdelikts dysfunktional erscheint,⁴²⁶² umso mehr „passen“ die Erwägungen teleologisch für die Garantenstellung aus Ingerenz. Hier geht es nämlich nicht mehr darum, dem Handelnden in einer ungewissen Entscheidungssituation eine Richtschnur an die Hand zu geben, sondern darum, nach Handlungsvollzug auf objektiver Grundlage Sphären zum freien Wirken und Entfalten⁴²⁶³ abzugrenzen. Insoweit finden sich bei *Kindhäuser* tatsächlich die „Vorzüge des klassischen Deliktsaufbaus“,⁴²⁶⁴ strikt zwischen dem objektiven Geschehen und der Verantwortlichkeit einer Person zu trennen. Daher kann man sich für die Ingerenzbegründung durchaus an *Kindhäusers* Normenmodell orientieren. Dennoch erscheint auch hier ein dualistischer Unrechtsbegriff leistungsfähiger,⁴²⁶⁵ der das Geschehen *sowohl* aus der Perspektive des Handelnden als auch der Perspektive des Rechtsguts in den Blick nimmt und so zwischen *Unrechtshandeln* und *Unrechtsleiden* unterscheidet.⁴²⁶⁶

3. Subjektive Rechte als Abgrenzung der Freiheitssphären? (*Haas/Renzikowski*)

a) Darstellung

Eine Auseinandersetzung mit dem Unterschied zwischen Verhaltensnorm und objektiver Rechtszuweisung findet sich auch in der Differenzierung zwischen „Norm“ und „Anspruch“ nach *Haas* und *Renzikowski*. Die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen würden nicht von oben, sondern von unten „vom Individuum her“ legitimiert: Die Einzelnen überantworteten den Schutz ihrer subjektiven Rechte⁴²⁶⁷ dem Staat, um in die bürgerliche

⁴²⁶¹ Ähnliche Erwägungen lassen sich gegen die Bedenken von *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 19, 146 vorbringen.

⁴²⁶² Vgl. *Kuhlen* GA 1990, 477, 480; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 359.

⁴²⁶³ Vgl. auch *Renzikowski* Täterbegriff S. 257: Die Verhaltensnormen bei *Kindhäuser* erscheinen als „Distributivnormen“, die die Bereiche geschützter Interessen zuweisen.

⁴²⁶⁴ So *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 24 m. Fn. 84; **kritisch** dagegen *Renzikowski* Täterbegriff S. 257 f.: Dies führe noch über den kausalen Handlungsbegriff hinaus. Die Probleme seien nur auf die Ebene der Pflichtwidrigkeit verschoben.

⁴²⁶⁵ *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 165: Der komplexe Gehalt des strafrechtlichen Unrechts wird „auf theoretisch einleuchtende und zugleich praktikable Weise“ erfasst.

⁴²⁶⁶ Zutreffend resümiert daher *Wolter*: „Das Handlungsunrecht ist objektiv-subjektiv, das Erfolgsunrecht strikt objektiv“, *Wolter* 140 Jahre GA S. 269, 296.

⁴²⁶⁷ Diese müssten verstanden werden als „vom Staat nicht materiell geschaffen, sondern der Idee nach rechtlich anerkannt“, *Haas* in: *Zurechnung* S. 193, 215.

Gesellschaft überzugehen. Die Privatrechtsordnung sei eine „Rechtszuweisungsordnung und als solche ein System subjektiver Rechte“.⁴²⁶⁸ Die subjektiven Rechte seien Legitimationsgrund und Schutzgegenstand der individualschützenden Verhaltensnormen.⁴²⁶⁹ „Die Verletzung des subjektiven Rechts ist der Anlass, die Übertretung der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnorm ist der Grund für die Bestrafung“.⁴²⁷⁰ Nach den beiden Autoren ist daher zwingend der Dualismus der *Schutzfunktion* der öffentlich-rechtlichen Verhaltenspflicht und der *Garantiefunktion* der subjektiven Rechte zu beachten.⁴²⁷¹ Wenn man die Normen allein als Verhaltensnormen verstünde, die das Verhalten des Normadressaten steuern, würden die Abwehrbefugnisse des Opfers und damit sein „subjektives Recht“ verkürzt, indem die Normverletzung von der Fähigkeit des Adressaten abhinge, die Norm zu befolgen. Lege man hingegen den Schwerpunkt allein auf die „Garantiereichweite der Integritätsinteressen, werde der Grundsatz „impossibilium est nulla obligatio“ außer Kraft gesetzt. Dieses Dilemma finde in der oben genannten Differenzierung seine Auflösung: „Das Recht garantiere dem Einzelnen einen Bereich ungestörter Freiheitsausübung durch die Zuweisung als subjektives Recht. Sein Schutz gegenüber rechtswidrigen Handlungen oder Unterlassungen obliegt den Verhaltensnormen.“⁴²⁷²

⁴²⁶⁸ Haas in: Zurechnung S. 193, 215.

⁴²⁶⁹ Haas Kausalität S. 81 ff.; ders. in: Zurechnung S. 193, 217; Renzikowski in: Juristische Grundlagenforschung S. 115, 122, 124, 127. Diese würde dadurch nicht zu privatrechtlichen Normen. Ihr Gewährleistungsumfang werde nicht von der Reichweite der öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen bestimmt (Renzikowski aaO S. 134) und letztere wiederum deckten nicht den gesamten Bereich der subjektiven „Rechtszuweisung“ ab (vgl. etwa Haas aaO S. 56 f, 58 ff., 76 ff., 81; Renzikowski aaO S. 125; ders. GA 2007, 561, 563 ff.). Gleichzeitig können auch Handlungen verhaltensnormwidrig sein, obwohl sie nicht das subjektive Recht betreffen, etwa beim untauglichen Versuch, vgl. Haas Kausalität S. 79: „Es ist jedoch schlechterdings nicht einsehbar, warum der Inhaber des durch die Verhaltensnorm geschützten Rechtsguts einen Anspruch auf ihre Einhaltung auch in den Fällen besitzen soll, in denen keine Verletzung des Rechtsguts droht“; ähnlich Renzikowski aaO S. 115, 123 m. Fn. 42.

⁴²⁷⁰ Renzikowski GA 2007, 561, 563, 565, 568: „horizontal die Verletzung eines Rechtsverhältnisses und vertikal die Übertretung einer Verhaltensnorm“; vgl. auch Haas in: Zurechnung S. 193, 217: Die öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormen hätten die Aufgabe, „die Existenz (bestimmter) objektiv rechtswidriger Zustände der Privatrechtsordnung durch die Statuierung normativen Zwangs seitens der Allgemeinheit zu einem Handeln oder Unterlassen zu verhindern“.

⁴²⁷¹ Haas Kausalität S. 76 ff., insbesondere 81 ff., 104; siehe auch ders. in: Zurechnung S. 193, 215; Renzikowski in: Juristische Grundlagenforschung S. 115, 123, 125.

⁴²⁷² Renzikowski in: Juristische Grundlagenforschung S. 115, 125 f.; Haas in: Zurechnung S. 193, 207; siehe auch ders. Kausalität S. 83 ff.

b) Kritik

Haas und *Renzikowski* schaffen eine erhebliche begriffliche Abgrenzung zur herrschenden Ansicht, indem sie die Rechtsgutslehre als „kollektivistisch“ und „etatistisch“ verreiben⁴²⁷³ und ihr unterstellen, bloße tatsächliche Interessen⁴²⁷⁴ zu schützen. Dies trifft jedoch eine personale Rechtsgutslehre,⁴²⁷⁵ welche sich auf die Wertungen des Grundgesetzes⁴²⁷⁶ stützt, nicht. Einer solchen Rechtsgutslehre geht es entgegen der Unterstellung der beiden Autoren nicht um bloße tatsächliche Interessen, sondern um rechtlich, insbesondere verfassungsrechtlich,⁴²⁷⁷ positiv bewertete Interessen.⁴²⁷⁸ Auch ist nach dem BVerfG das Menschenbild des Grundgesetzes „nicht das des selbtherrlichen Individuums, sondern das der in der Gemeinschaft stehenden und ihr vielfältig verpflichteten Persönlichkeit“.⁴²⁷⁹ Das von *Haas* und *Renzikowski* in den Blick genommene „ursprüngliche“ Individuum gibt es letztlich nicht, es handelt sich um eine Denkkonstruktion von einiger Künstlichkeit, die von den in einer konkreten *Gesellschaft* sozialisierten Autoren mithilfe der in der *Gesellschaft* geteilten Sprache durchgeführt wird. Der Begriff des Rechtsguts

⁴²⁷³ Deutlich etwa *Haas* Kausalität S. 71: „Zweifellos formuliert die Rechtsgüterschutzlehre ein utilitaristisches Argumentationsmuster [...]“; *ders.* in: *Zurechnung* S. 193, 203 f.

⁴²⁷⁴ So etwa *Haas* Kausalität S. 72; *Renzikowski* in: *Juristische Grundlagenforschung* S. 115, 126 f. – Als Vorteil sieht *Haas* überdies an, dass der Begriff des subjektiven Rechts eine „dreistellige Relation“ zwischen zwei Rechtssubjekten und einem Sachverhalt beschreibe, während der Rechtsgutsbegriff bloß eine „zweistellige Relation“ zwischen einer Person und einem Sachverhalt darstelle, bei der außer Betracht gelassen werde, wovor dieses Rechtsgut geschützt werde (*Haas* Kausalität S. 69; *ders.* in: *Zurechnung* S. 193, 202 f., 215). In der analytischen Trennung dieser Fragen liegt jedoch kein Nachteil der Rechtsgutstheorie. Vielmehr wird so im ersten Schritt das schützenswerte Interesse festgelegt, um von diesem Ausgangspunkt her anhand spezifischer Gegenprinzipien die Reichweite des Schutzes ausdifferenzieren, anstatt direkt auf eine undurchsichtige Gesamtschau auszuweichen (vgl. auch *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 15i: Gefahr einer „unangemessene[n] Vereinfachung“, es handle sich eigentlich um eine Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten. Ein Plädoyer für die Beibehaltung von Dualismen findet sich bei *Greco* FS Sancinetti S. 105, 109 ff.). In diesem Sinne vermengt etwa die Kausaltheorie von *Haas* Kausalität und *Zurechnung* (vgl. *Zieschang* Handbuch Bd. 2 § 33 Rn. 30 m. Fn. 97).

⁴²⁷⁵ Vgl. oben → § 1 A I 2.

⁴²⁷⁶ Auf diese Wertungen hinweisend auch *Haas* in: *Zurechnung* S. 193, 209; *Renzikowski* in: *Juristische Grundlagenforschung* S. 115, 127.

⁴²⁷⁷ Ähnlich *Gössel* GA 2004, 371, 373 f.

⁴²⁷⁸ Dieses Vorgehen müsste eigentlich auch im Sinne *Haas*‘ sein, wenn er zutreffend auf deskriptive Kriterien abstellen will, welche sich auf einen normativen Grund stützen, *Haas* Kausalität S. 53.

⁴²⁷⁹ BVerfGE 12, 45, 51; BVerfGE 28, 175, 189; BVerfGE 80, 367, 374; zustimmend *Murmann* Selbstverantwortung S. 218; *Vogel* StV 1996, 110, 111. Zum Dualismus von Staat/Gesellschaft und Individuum auch *Greco* FS Sancinetti S. 105, 117; *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 73 ff. Aus rechtsphilosophischer Sicht *Hilgendorf* Handbuch Bd. 1 § 1 Rn. 5; sowie *Arth. Kaufmann* Schuldprinzip S. 102. – Wenn man hingegen jede Sozialbindung des Individuums leugnete, führte das in letzter Konsequenz zu einer „gemeinschaftszerstörenden Wolfsgesellschaft“ (*Gössel* GA 2004, 371, 373), welche ebenfalls nicht im Sinne des Individuums sein wird.

ist daher weder „kollektivistisch“ noch „etatistisch“,⁴²⁸⁰ sondern vermag die Funktionsbedingungen freier Entfaltung von Individuen in der Gemeinschaft treffend auszudrücken.⁴²⁸¹

Die Konzeption *Haas*‘ stützt sich, was das Verhältnis zwischen den verschiedenen Personen angeht, maßgeblich auf das Zivilrecht,⁴²⁸² wobei das Eigentumsrecht für die Beschreibung sämtlicher rechtlicher Verhältnisse Pate steht. *Haas* recurriert dabei maßgeblich auf § 1004 BGB. Bereits oben wurde dagegen darauf hingewiesen, dass das Schlagwort „Einheit der Rechtsordnung“ nur bedeutet, dass Konflikte auf irgendeine durch diese gelöst werden müssen.⁴²⁸³ Dabei ist, wie oben eingehend dargelegt, keine Vereinheitlichung bezweckt, vielmehr muss den jeweiligen Besonderheiten des Rechtsgebiets Rechnung getragen werden. Der Schutz der außerstrafrechtlichen Gewährleistungsnorm und derjenigen des Strafrechts müssen sich aufgrund der abweichenden Zwecksetzungen nicht decken.⁴²⁸⁴ Die Zivilrechtsordnung würde im Gegenteil als subjektive Rechtszuweisungsordnung völlig überfordert. Für die meisten strafrechtlichen Rechtsgüter besteht schlichtweg keine außerstrafrechtliche Zuteilungsnorm.⁴²⁸⁵ Die zivilrechtlichen Ansprüche und Pflichten legitimieren sich *ihrerseits* wieder in bestimmten Interessen. Das Zivilrecht regelt, wovon insbesondere § 823 II BGB Zeugnis ablegt,⁴²⁸⁶ nicht selbst abschließend die Rechtsverhältnisse zwischen den Individuen, sondern orientiert sich maßgeblich an in anderen Rechtsgebieten getroffenen Rechtszuweisungen, etwa an strafrechtlichen Wertungen.⁴²⁸⁷ Es spricht Bände, dass *Haas* die Theorie gerade anhand des Eigentums entwickelt, welches im Bürgerlichen Gesetzbuch eben einer ausführlichen Ausgestaltung⁴²⁸⁸ zugeführt wurde. Die Fälle, in denen die Rechtszuteilung derart ausgestaltet ist

⁴²⁸⁰ Vgl. *Renzikowski* in: Juristische Grundlagenforschung S. 115, 120.

⁴²⁸¹ Vgl. *Hefendehl* Kollektive Rechtsgüter S. 60, 77: „In der heutigen Staats- und Gesellschaftsverfassung wird das Leben des Bürgers demzufolge nicht allein durch seine individuelle Freiheitssphäre, sondern vielmehr durch das Funktionieren der gesellschaftlichen und staatlichen Versorgungssysteme definiert“.

⁴²⁸² *Haas* weist den Sanktionsnormen eine bloß „negative Selektionsfunktion“ zu, während die Begründung des Sorgfaltspflichtverstoßes sowie der „Zurechnung“ keine genuin strafrechtliche Aufgabe sei, da diese auch im Zivilrecht eine Rolle spielten, *Haas* in: Zurechnung S. 193, 214. Das Strafrecht sei ein „limitiert akzessorisches Rechtsgebiet“, daher sei die Privatrechtsordnung mittelbar auch für die strafrechtliche Begriffsbildung von Interesse. Die in den individualrechtsgutschützenden Straftatbeständen enthaltenen Merkmale leiteten sich aus den privatrechtlichen Rechtsverhältnissen her und müssten daher dieses zumindest selektiv abbilden, S. 217.

⁴²⁸³ Siehe oben → Kapitel 1 § 3 B II 3. Vgl. auch *Paeffgen* Verrat S. 118: Die Einheit der Rechtsordnung ist eigentlich nur geeignet, „den Blick für die Rechtsvoraussetzungen mit ihren möglichen Parallelen oder auch Unterschieden zu schärfen“.

⁴²⁸⁴ Grundlegend *Radbruch* FG Frank I S. 158, 161; sowie *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 162; *Roxin/Greco* AT I § 2 Rn. 125m; so weist auch *Jakobs* FS R. Merkel S. 639, 644 m. Fn. 16 zu Recht darauf hin, dass bloß obligatorische Ansprüche noch keine strafrechtlich relevante (zum Organisationskreis des Opfers gehörende) Garantie darstellen.

⁴²⁸⁵ *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 162.

⁴²⁸⁶ Dazu v. *Hippel* Strafrecht I § 5 V m. Fn. 2; *Herzberg* Garantprinzip S. 218. Siehe auch *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen S. 72; *Kindhäuser* FS Maiwald S. 397, 413 m. Fn. 29; *T. Walter* Kern S. 58.

⁴²⁸⁷ Vgl. bereits v. *Hippel* Strafrecht I § 5 V: Das Strafrecht tritt nicht zu einer vorgefundenen Rechtsordnung hinzu, vielmehr ergänzen sich alle Teile der Rechtsordnung gegenseitig.

⁴²⁸⁸ Vgl. auch v. *Hippel* Strafrecht I § 5 V, S. 32 m. Fn. 1.

wie beim Eigentumsrecht, bilden allerdings die Ausnahme,⁴²⁸⁹ der Schutz anderer Rechtsgüter hat eine äußerst lückenhafte Ausformung erfahren, was im Zivilrecht etwa zu der Notwendigkeit geführt hat, auf diese § 1004 BGB analog anzuwenden. Auch die Entwicklung der Verkehrspflichten durch die zivilrechtliche Rechtsprechung und Literatur belegt, dass die §§ 823 ff. BGB *per se* nur lückenhaften Schutz bieten. Überdies dient das Zivilrecht der Durchsetzung subjektiver Rechte gerade auf prozessualen Wege, enthält aber keine lückenlose Regelung für akute Notsituationen.⁴²⁹⁰ Der strafrechtliche Schutz darf insoweit nicht unnötig verkürzt werden, indem er an einen prozessual durchsetzbaren Anspruch gekoppelt wird. Im sozialen Miteinander sind die Rechtsgüter als Voraussetzungen freier Entfaltung „regelmäßig institutionalisiert und lassen sich nicht bruchlos in prozessual einklagbare Ansprüche auflösen“.⁴²⁹¹ Dies gilt insbesondere für die Universalrechtsgüter, die der freien Entfaltung beliebig vieler Personen dienen.⁴²⁹² Gerade die Verhängung der Rechtsfolge Strafe ist zudem gemeinschaftsbezogen und kann auch nur im Hinblick auf Interessen der Gesellschaft erklärt werden. Strafrechtlich relevante Konflikte sind dem bloß privaten Bereich entrückt.⁴²⁹³ Das rechtsverletzende Verhalten ist daher bloß dann strafwürdig, „wenn es die enge Dyade von Täter und Opfer überschreitet, wenn es von Bedeutung für ‚uns alle‘ ist“.⁴²⁹⁴ Es wäre dagegen unverständlich, wieso auf ein Verhalten, das im Kern die Verletzung von Privatrechten und damit einen bloßen Vorgang zwischen den beiden betroffenen Personen darstellt, mit staatlicher Strafe geantwortet würde. Der anhand der Verfassung entfaltete Begriff des Rechtsguts enthält daher, wie oben bereits dargelegt, die Wertung, dass die Interessen der Individuen *auch* im Interesse der Allgemeinheit geschützt werden. Dagegen ist Haas‘ Theorie der Schwierigkeit ausgesetzt, wieder zum Strafrecht „zurückfinden“ zu müssen.⁴²⁹⁵ Der insoweit bloß formale Wortlautbestand (die „Sanktionsnorm“) als „Filter“ erfüllt keine hinreichende materielle Selektionsfunktion, während Strafzweckerwägungen *per se* zu unbestimmt wären, um aus ihnen konkrete strafrechtsdogmatische Folgerungen abzuleiten. Daher ist es vorzugswürdig, das tatbestandliche, strafwürdige Unrecht strafrechtsspezifisch zu bestimmen.

⁴²⁸⁹ Gallas FS Bockelmann S. 155, 162.

⁴²⁹⁰ Dem Bürgerlichen Gesetzbuch liegt es eben maßgeblich an *wirtschaftlichem* Interessenausgleich, während die Strafrechtsordnung sich schützend vor die grundlegenden Interessen des Einzelnen sowie der Allgemeinheit stellt. Grundlegend Radbruch FG Frank I S. 158, 161.

⁴²⁹¹ Kindhäuser in: Madrid-Symposium S. 125, 128.

⁴²⁹² Gerade aber die Universalrechtsgüter vermag die Theorie der subjektiven Rechte nicht zu erklären, wodurch sie zu einer unnötigen Zersplitterung der Straftatlehre führt, vgl. die Kritik bei Gössel GA 2004, 371, 373; Kindhäuser in: Madrid-Symposium S. 125, 128; Roxin/Greco AT I § 2 Rn. 125m, sowie im Allgemeinen differenziert zur Bedeutung von Universalrechtsgütern Rn. 10, 68 ff.

⁴²⁹³ Vgl. dazu Hassemer Theorie S. 231; Hefendehl Kollektive Rechtsgüter S. 60; Kindhäuser in: Madrid-Symposium S. 125, 128; Vogel StV 1996, 110, 111; darüberhinausgehend Weigend ZStW 98 (1986) 44, 54, den Schutz des Strafrechts als Schutz der Allgemeinheit interpretierend, dieser gelte „den unverzichtbaren, normativ abgesicherten Bedingungen des Zusammenlebens und der Aufrechterhaltung des allgemeinen Vertrauens in deren Bestand“; die Rechtsgüter stünden der Gemeinschaft zu, S. 57.

⁴²⁹⁴ Hassemer/Neumann NK Vor § 1 Rn. 70.

⁴²⁹⁵ Vgl. auch Gössel GA 2004, 371, 373: Weshalb legitimiert das Zivilrecht Pönalisierungen?

c) Die Garantenstellung aus Ingerenz

Was die Begründung von Garantenpositionen angeht, legt *Haas* eine verengt natürlich gegenständliche Betrachtungsweise an, wenn er ausführt, ein rechtswidriger Zustand sei nur gegeben, „solange die Gefährdung als Eigenschaft der störenden Rechtssphäre selbst anhaftet“. Hingegen ende die objektive Rechtswidrigkeit der Sachlage, „sofern der durch die Handlung ausgelöste Geschehensablauf nicht selbst wieder einen der Rechtssphäre des Täters zugehörigen und damit objektiv rechtswidrigen Zustand darstellt, was nur der Fall wäre, wenn er sich an Sachen vollziehen würde, die der Verfügungsgewalt des potentiellen Störers unterworfen wären“. Es liegt also ein rechtswidriger Zustand vor, wenn eine *Sache* die fremde Rechtssphäre usurpiert, nicht aber, wenn dies durch die *Folgen* einer Handlung geschieht. Daher meint *Haas*, was eine eingetretene Körperverletzung betreffe, so handle es sich zwar um einen Erfolgswert, jedoch impliziere dieser „keineswegs einen Zustand, der der rechtlich vorgesehenen Güterzuordnung widerspricht“. Wenn den Handelnden kein Fahrlässigkeitsvorwurf treffe, greife zu Lasten des Verletzten der Rechtsgrundsatz „casum sentit dominus“ ein. Der Handelnde sei weder für die Gefährdung noch für den eingetretenen Erfolg verantwortlich.⁴²⁹⁶ Diese gegenständliche Betrachtungsweise mag zwar für die zivilrechtliche Unterscheidung zutreffen, ob die Rechtsfolgen von § 823 I StGB oder von § 1004 I StGB eintreten, vor dem Hintergrund des *strafrechtlichen* Telos des Schutzes von *Rechtsgütern* macht es jedoch keinen Unterschied, ob diese von einer gegenständlichen oder einer flüchtigen Gefahrenquelle bedroht sind. *Haas* folgert hingegen für die Garantenstellung aus Ingerenz, die „nicht an die Rechtsinhaberschaft als solche anknüpft, sondern lediglich an die Folgen, die ihren Ursprung in der Rechtssphäre des Schädigers haben“, dass die Gefahrschaffung pflichtwidrig im Sinne von §§ 823, 827 BGB sein müsse oder ein Fall zivilrechtlicher Gefährdungshaftung vorliege, damit insoweit Wertungswidersprüche zur privatrechtlichen Beurteilung vermieden würden.⁴²⁹⁷ Zivilrechtlich setze Verantwortlichkeit nämlich regelmäßig die Verletzung der objektiv im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus (§ 276 BGB).⁴²⁹⁸

⁴²⁹⁶ *Haas* Kausalität S. 102; dabei beruft er sich auf *Beling* Verbrechen S. 175: Dafür, ob ein Zustand ein rechtlich gebilligter oder nicht gebilligter ist, komme es auf das „untrügliche Kriterium“ an, ob „Ansprüche auf seine Beseitigung, insbesondere Konditionen oder polizeiliche Abhilfe oder Selbsthilfe zu seiner Aufhebung gegeben sind“. – Dieses Zitat ist bei *Haas* erheblich verkürzt auf „ein mit Selbsthilfe durchsetzbarer Anspruch auf Beseitigung oder Aufhebung“.

⁴²⁹⁷ *Haas* Kausalität S. 102 f.; siehe auch *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 76; ähnlich auch *Puppe* AT § 29 Rn. 3, § 31 Rn. 10, die meint, es handle sich um eine deliktsrechtliche Schadenstragungspflicht.

⁴²⁹⁸ *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 71. Siehe bereits *ders.* Kausalität S. 103: Eine rechtswidrige Lage entstehe nur, wenn dem Schädiger die Rechtsgutsverletzung zugerechnet werden könne. Für einen Erfolgswert sei man jedoch regelmäßig nur verantwortlich, wenn er auf eine personal zurechenbare Pflichtwidrigkeit zurückgeführt werden könne. Die objektive Rechtswidrigkeit bestehe dabei nicht in der Rechtsgutsverletzung selbst, etwa in der Gesundheitsbeschädigung, „die bloßer Schaden ist“. Objektiv rechtswidrig sei vielmehr „die rechtliche Einschränkung des Verletzten bezüglich des Zugriffs auf jene Bestandteile der Rechtssphäre des Schädigers, die kraft seiner Garantenstellung dem Verletzten rechtlich zugeordnet sind, um vor weiteren Schäden bewahrt zu werden.“ – Mit solchen normativen Abstraktionen scheint jedoch nicht viel gewonnen zu sein, stützt sich doch die Zuordnung durch die Garantenstellung selbst wiederum

Der vermeintliche Wertungswiderspruch, den *Haas* hier umgehen will, besteht jedoch nicht. Es geht kurz gesagt bei der zivilrechtlichen Naturalrestitution darum, das Opfer so zu stellen, wie es ohne die schädigende Handlung stünde (Totalreparation), bei der Ingerenz hingegen darum – wie allgemein bei strafrechtlichen Normen – drohende künftige Tatbestandsverwirklichungen zu vermeiden. Die eigene Wirkung muss also nicht für die Vergangenheit zurückgenommen, sondern *für die Zukunft* neutralisiert werden. Eine Pflicht scheidet insbesondere dann aus, wenn der Schaden „bereits angerichtet ist“ und sich nicht zu vertiefen droht. Der Ingerent, welcher etwa das Opfer angefahren hat, ist nicht in der Weise zur Naturalrestitution verpflichtet, dass er etwa den vollen Gesundheitszustand des Opfers wiederherstellen müsste.⁴²⁹⁹ Der zivilrechtliche Anspruch also, der die „Reparatur“ bereits entstandener Schäden betrifft, reicht sehr viel weiter als die strafrechtliche Pflicht, die allein der Vorbeugung drohender tatbestandlicher Erfolge dient.⁴³⁰⁰ Insbesondere ist der Ingerent bloß gehalten, *kurzfristig* (bis das Opfer sich selbst helfen kann⁴³⁰¹ oder etwa staatliche Hilfe zur Stelle ist) zu *vermeiden*, dass sich im weiteren Verlauf bestimmte Gefahren zu Schäden entwickeln. Dass das Zivilrecht keine Anstalten macht, eine solche kurzfristige und damit (praktisch) nicht einklagbare Rettungspflicht ausdrücklich zu regeln, versteht sich von selbst. Rechtsgüterschutz vermag hier nicht durch zwischen den Beteiligten einklagbare Ansprüche, sondern nur durch im öffentlichen Interesse durchgesetzte Normen erreicht zu werden. Es kann also nicht angenommen werden, dass die zivilrechtliche Haftungssystematik für die Ingerenzfälle eine abschließende Regelung darstellt. Vielmehr handelt es sich um eine klassische Domäne

darauf, dass die Lage nicht sein soll, weil ein Rechtsgut entgegen der vorgesehenen Güterzuordnung beeinträchtigt wurde.

⁴²⁹⁹ Darauf hat bereits *Schröder* hingewiesen: Wenn jemand eine Maschine in ihre Bestandteile zerlegt, kann nicht wegen Sachbeschädigung durch Unterlassen bestraft werden – wohl aber zivilrechtlich zur Naturalrestitution verpflichtet sein, *Schröder* NJW 1966, 1001, 1002: Eine Garantenpflicht aus Ingerenz kann nur dort bestehen, „wo die Untätigkeit zu einer Vergrößerung der Gefahr oder des Schadens führt, wo also das Eingreifen des Täters bewirken würde, daß weiter Gefahren oder Schäden nicht eintreten können“; zustimmend *Kühl* Beendigung S. 66; oben → III 2 und unten → C II 6; ähnlich auch *Hardtung/Putzke* AT Rn. 985 ff. Denn bei Zustandsdelikten stellt (anders als bei Dauerdelikten) das bloße Aufrechterhalten der widerrechtlichen Lage keine Vertiefung des Unrechts dar (vgl. dazu *Zieschang* FS Rissing-van Saan S. 787, 788). – *Zivilrechtlich* hingegen widerspricht das Aufrechterhalten der widerrechtlichen Lage hingegen durchaus dem Anspruch auf Naturalrestitution, § 249 I BGB.

⁴³⁰⁰ Auch bei der Naturalrestitution geht es überdies, wie im Allgemeinen beim Schadensersatz, um die *wirtschaftliche* Verteilung der Schadenslast. Davon legt insbesondere auch § 249 II 1 BGB Zeugnis ab, welcher es dem Geschädigten gerade nicht zumutet, sich an den Schädiger zu halten, sondern ihm die Möglichkeit eröffnet, sofort Schadensersatz in Geld zu verlangen. Wirtschaftlich einer Person einen Schaden zuschreiben ist aber etwas Anderes, als ihn zukunftsgerichtet zur Verhinderung eines solchen zu verpflichten. – Dass die Naturalrestitution *auch* bezweckt, das „Weiterfressen“ des Schadens zu verhindern (*Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 70), wird dabei nicht bezweifelt.

⁴³⁰¹ Dagegen erlegt die zivilrechtliche Verpflichtung dem Schädiger die wirtschaftlichen Lasten unabhängig hiervon auf. Es geht das eine Mal um die *vorübergehende* Kompensation der Unselbstständigkeit des Opfers, das andere Mal um die *endgültige* Tragung der Kosten. Dem Zivilrecht ist es gleich, ob sich das Opfer die eigene Jacke auf die blutende Wunde drückt und der Schädiger diese ersetzt oder ob dieser seine Jacke dem Opfer reicht. Das Strafrecht verlangt Hilfe hier überhaupt nur, wenn das Opfer nicht selbst in der Lage ist, seine Blutung zu stoppen. – Vgl. im Rahmen des Betrugs auch *Kindhäuser* NK § 263 Rn. 148 f.: Der Garant muss nur die Autonomie des Anderen wiederherstellen.

des rechtsgüterschützenden Strafrechts. Es drohen keine Wertungswidersprüche, wenn das Strafrecht in bestimmten Fällen, in denen das Zivilrecht keinen Schadensersatz vorsieht, dennoch eine zukunftsgerichtete Gefahrbekämpfung gebietet.⁴³⁰² Aus dem Fahrlässigkeitserfordernis aus § 823 I StGB kann also nicht auf ein Fahrlässigkeitserfordernis bei der Ingerenzbegründung geschlossen werden.⁴³⁰³ Die Ausführungen von *Haas* zur Garantenstellung aus Ingerenz können also nicht überzeugen.

d) Folgerungen

Zuzustimmen ist *Haas* und *Renzikowski* im vorliegenden Kontext in der Kritik der h.M., welche den Bestimmungen eine *Distributionsfunktion* zuweist, die Freiheitssphären der Normunterworfenen abzugrenzen.⁴³⁰⁴ Zutreffend üben sie Kritik daran, dass zum Teil die Garantiefunktion des Rechts mit dem Schutz, den die Bestimmungen leisten können, gleichgesetzt wird. Aus dem oben Gesagten ergibt sich jedoch, dass sowohl die Frage nach der rechtlichen „Garantie“ als auch die nach der Durchsetzung dieser Garantie durch Verhaltensnormen originär durch das Strafrecht zu beantworten ist. Die dargestellte Theorie spricht damit zwar valide Punkte an, diese lassen sich jedoch ebenso berücksichtigen, wenn man die Garantie der Rechtsgüter durch den strafrechtlichen Tatbestand verbürgt sieht. So lässt sich auch im Rahmen der dualistischen Unrechtskonzeption sagen, dass ein Rechtsgut gegenüber sorgfaltsgemäßen Handlungen nicht seinen Schutz durch die *Gewährleistungsnorm* verliert, es wird bloß *solange* die Sorgfalt eingehalten wird „nicht – mehr – durch Verhaltensnormen geschützt“⁴³⁰⁵.

4. Zwischenfazit

Es konnte gezeigt werden, dass die dualistische Unrechtskonzeption, welche das Unrecht sowohl aus der Perspektive des Handelnden als Verstoß gegen eine Verhaltensnorm als auch aus der Perspektive des Unrechtleidenden als Verstoß gegen eine Gewährleistungsnorm versteht, konkurrierenden Modellen überlegen ist. Das Modell *Küpers* kann den Gewährleistungsverlust des Rechtsguts in Fällen des „erlaubten Risikos“, also bei typischen Folgen sorgfaltsgemäßen Handelns, nicht erklären. Diese Schwäche kritisiert und vermeidet *Kindhäuser*. So bestechend jedoch die Vorzüge der objektiven Normenkonzeption für die Bewertung der Verhaltensfolgen im Kontext der Ingerenzbegründung er-

⁴³⁰² Ein klassisches Beispiel ist auch der Versuch, welcher im Rahmen des Strafrechts, nicht aber des zivilrechtlichen Haftungsrechts von Relevanz ist, vgl. *Zieschang* FS Hirsch S. 831, 835. Dagegen müssen *Haas* (Kausalität S. 79) und *Renzikowski* (in: Juristische Grundlagenforschung S. 115, 123 m. Fn. 42) hier einen öffentlich-rechtlichen Verhaltensnormverstoß konstruieren, der das subjektive Recht nicht betrifft. Die Versuchsstrafbarkeit würde also einen bloßen Gehorsamsverstoß darstellen.

⁴³⁰³ Wenn man überhaupt das Zivilrecht bemühen wollte, so steht der Fall der Ingerenz *eher* § 1004 I 1 BGB nahe, welcher *zukunftsgerichtet* die Beseitigung der Beeinträchtigung betrifft. Die entscheidende Frage bliebe dennoch, ob und wie der Täter zu bestrafen ist.

⁴³⁰⁴ *Haas* Kausalität S. 84 ff., 103 f.; *ders.* in: *Zurechnung* S. 193, 206. Der Gedanke, dass die Rechte weiter reichen, als der ihnen zu Teil werdende Normenschutz, findet sich bereits bei *Binding* Normen I S. 100 f.; siehe dazu auch *Haas* Kausalität S. 73 f.

⁴³⁰⁵ So zu Norm und subjektivem Recht *Renzikowski* GA 2007, 561, 563.

scheinen, als *allgemeines* Normen- und Straftatmodell kann die Konzeption nicht überzeugen. Denn spiegelbildlich zur monistischen Unrechtslehre⁴³⁰⁶ (welche allein auf das *ex ante* bestimmbare Verhaltensunrecht abstellt) wird auch das objektive Normenmodell der Mehrdimensionalität des Verbrechens als sozialer Interaktion von Täter und Opfer nicht gerecht. Dennoch steht die objektive Normwidrigkeit bei *Kindhäuser/Vogel* ebenso wie das Geschehensunrecht bei *Frister* der Definition des Erfolgsunrechts als Verstoß gegen eine „Schutz- und Gewährleistungsnorm“ im Sinne des hier im Anschluss an *Gallas* vertretenen Modells nicht fern. Auf die Ergebnisse dieser Autoren kann daher aufgebaut werden. Das Modell von *Haas/Renzikowski* kann insbesondere in seiner Anknüpfung an das Zivilrecht kaum überzeugen. Ihnen kann jedoch darin gefolgt werden, dass den strafrechtlichen Verhaltensnormen keine „Distributivfunktion“ zukommt, diese also die Freiheitsräume nicht endgültig zuteilen. Auch kann man hinsichtlich der Gewährleistungsnorm durchaus im untechnischen Sinne von einem „Anspruch“ des Opfers auf Nichtverletzung seiner Rechtsgüter sprechen. Jedoch ist dieser „Anspruch“ nicht in einer zivilrechtlichen Primärordnung zu suchen, sondern in den Tatbeständen des StGB (sowie des Nebenstrafrechts) als Konkretisierung der grundgesetzlichen Freiheitsrechte.

V. Abhängigkeit des Erfolgsunrechts vom Vorliegen des Handlungsunrechts?

Problematisch ist nun jedoch, ob ein solches Erfolgsunrecht ohne Handlungsunrecht im Einzelfall überhaupt möglich ist. *Roxin/Greco* meinen etwa, dass „Erfolge sich nicht unabhängig von menschlichen Handlungen und auch nicht als deren nur zufällig-unberechenbare Auswirkungen verbieten lassen. Es wäre sinnlos, Naturereignisse oder unvermeidbare Zufälle verbieten zu wollen. Es gibt also im Strafrecht kein Erfolgsunrecht ohne Handlungsunrecht“.⁴³⁰⁷ – Sicher ist jedenfalls, dass die Erfüllung *strafrechtlicher Tatbestände* immer das Vorliegen von Handlungsunrecht voraussetzt. Im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Bestrafung des Täterverhaltens ist es nicht sinnvoll, von isoliertem Erfolgsunrecht zu sprechen, denn dieses weist keine tatbestandliche Relevanz auf. Aufgrund des Primats des Handlungsunrechts ist Strafflosigkeit schon bei dessen Fehlen gegeben.⁴³⁰⁸ Daraus lässt sich jedoch nicht zwingend folgern, dass isoliertes Erfolgsunrecht nie vorliegen könnte, sondern nur, dass es als solches im Hinblick auf die Rechtsfolge

⁴³⁰⁶ Vgl. die Kritik oben → II 1.

⁴³⁰⁷ *Roxin/Greco* AT I § 10 Rn. 96; sowie *Frisch* JuS 2011, 19, 22; *ders.* JuS 2011, 205, 208, 211; *Hirsch* FS Lampe S. 515, 533 f. (anders aber *ders.* ZStW 94 (1982) 239, 247); *Krauß* ZStW 76 (1964) 19, 66: Der Erfolg komme als „Träger des Unrechtsvorwurfs“ nur in Betracht, wenn er sich als Konsequenz einer menschlichen Fehlleistung darstellt und deshalb seinem Urheber zugerechnet werden kann; *Stratenwerth* FS Schaffstein S. 177, 180 f.; *Grünwald* GA 2012, 364, 373; *Jakobs* AT 6/76; *Murmann* Selbstverantwortung S. 431; *ders.* GK § 23 Rn. 30, 25 Rn. 139: Erfolgsunrecht sei nur realisiertes Handlungsunrecht; *Matt/Renzikowski* Vor § 13 Rn. 17; siehe auch *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 516: „Das Strafrecht beschränkt sich von vornherein auf die menschliche Zwecktätigkeit“. Ebenfalls nach *Köhler* gibt es kein äußeres Unrecht unabhängig von begründetem Unrechtsverhalten. Recht als wechselseitig-allgemeingültige Verhaltensregulation drücke mit den Prädikaten recht/unrecht notwendig den Bezug auf das Verhalten eines anderen aus (ein Rechtsverhältnis), *Köhler* Fahrlässigkeit S. 328; *ders.* AT S. 27); siehe aber auch S. 220. – Auch dem widerspricht es jedoch nicht, die Relation zwischen handelnder und betroffener Person aus beiden Perspektiven zu betrachten.

⁴³⁰⁸ Statt aller *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 163; *Roxin/Greco* AT I § 10 Rn. 88.

Strafe nicht relevant ist.⁴³⁰⁹ Es kann also auch solche Unrechtsformen geben, welche sich allein aus der Perspektive des Unrechtsleidenden definieren.⁴³¹⁰ Beruht also die Erfolgsverursachung weder auf einer vorsätzlichen noch einer sorgfaltswidrigen Handlung, liegt ein – für die Strafbarkeit irrelevanter – Erfolgswert ohne jeden Handlungswert vor.⁴³¹¹ Es handelt sich nach der dualistischen Unrechtskonzeption um zwei Normen, die jeweils aus verschiedener Perspektive das gleiche Geschehen beurteilen und sich selbstständig und gegenseitig aufeinander bezogen gegenüber stehen.⁴³¹² Ob ein Geschehen nicht sein soll und das Opfer daher Unrecht leidet, ist eine Frage, die man unabhängig davon bejahen kann, ob dies bereits zum Zeitpunkt der Handlung gewollt oder überhaupt erkennbar war.⁴³¹³ Der Erfolgswert ist, weil er lediglich auf den kausalen Ablauf bezogen ist, vom Handlungswert begrifflich unabhängig.⁴³¹⁴

Zu bedenken ist außerdem Folgendes: Da bei einer teleologischen Betrachtung nicht schematisch die in einem Kontext⁴³¹⁵ gewonnenen Ergebnisse in einen anderen Kontext übertragen werden können, ist speziell für die Garantstellung aus Ingerenz zu fragen, ob hier die Anerkennung eines isolierten Erfolgswerts zweckmäßig ist. Letztlich ist zu bedenken, dass normentheoretische Überlegungen keinen Selbstzweck haben, sondern dazu dienen, Fragestellungen zu strukturieren.⁴³¹⁶ Wie bei jedem wissenschaftlichen Modell geht es um die Leistungsfähigkeit bei der Erklärung und Systematisierung der entsprechenden Phänomene,⁴³¹⁷ speziell im Strafrecht der verschiedenen Erscheinungsformen des Verbrechens. Mit dem dualistischen Modell lässt sich der komplexe Gehalt des strafrechtlichen Unrechts theoretisch einleuchtend und zugleich praktikabel erfassen.⁴³¹⁸

⁴³⁰⁹ Ähnlich – von anderen Prämissen herkommend – *Schmidhäuser* AT 5/44 f.: Die Rechtsgutsverletzung ist unabhängig davon, ob sie jemand erkannt hat oder erkennen konnte. Ob die Rechtsgutsverletzung bestraft werde, hänge von der „Schuld“ des Täters ab.

⁴³¹⁰ *Krümpelmann* FS Bockelmann S. 443, 445. Zwar sollte die „voll entwickelte Form“ des Unrechts im Zentrum der Dogmatik stehen, daneben sind jedoch auch „Minderformen aufzufinden, in denen die Verwirklichung der einen Komponente nur tendenziellen Bezug auf die Verwirklichung der anderen zeigt“.

⁴³¹¹ *Hirsch* ZStW 94 (1982) 239, 247; *Maurach/Zipf* AT 1 § 17 Rn. 6.

⁴³¹² *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 162, 166: relativ selbstständiger Erfolgswert; bereits *ders.* ZStW 67 (1955) 1, 32 f., 38 ff., insbesondere 39.

⁴³¹³ Aus der Perspektive des Unrechts als *Rechtsgutsverletzung* erscheint es sogar konsequent, zufällige Folgen der Handlung als Unrecht anzuerkennen, vgl. auch *Neumann* FS Sancinetti S. 119, 126.

⁴³¹⁴ *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 39 f. „Das wird in den Fällen bedeutsam, in denen es für die rechtliche Beurteilung nur auf den interessenverletzenden oder -gefährdenden Charakter eines Verhaltens ankommt“; *Gallas* hat damit die „Rechtswidrigkeit des Angriffs“ i.S.d. Notwehr im Blick; siehe auch *ders.* FS Bockelmann S. 155, 162 f. m. Fn. 19, 21.

⁴³¹⁵ Von der extrem-finalistischen Seite wird eingewandt, es mache *im Strafrecht* keinen Sinn, von Erfolgswert zu sprechen, und ganz allgemein wird vorgetragen, *im Strafrecht* spiele der isolierte Erfolgswert ohne Handlungswert regelmäßig keine Rolle.

⁴³¹⁶ Vgl. *Renzikowski* FS Gössel S. 3, 13.

⁴³¹⁷ Vgl. *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 39 Rn. 26; sowie Rn. 25: „Indessen gilt für jede Wissenschaft, dass der exakte Nachweis ihrer Fundamente nur bis zu einem gewissen Grade gelingen kann, darüber hinaus aber vorausgesetzt werden muss“.

⁴³¹⁸ So meint *Gallas*, dass es „einen guten Sinn hat“, den Erfolgswert als weiteren Unrechtsaspekt vom Handlungswert zu unterscheiden, und *Küper* spricht von einer „dogmatisch plausiblen Hypothese“. Vgl. *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 165, *Küper* FS Lackner S. 247, 278. Dazu, dass in der Rechtswissenschaft

Etwa die Möglichkeit, seine Rechtsgüter gegenüber den illegitimen Folgen rechtmäßigen Verhaltens zu verteidigen (etwa im Wege des Defensivnotstands, §§ 34 S. 1 StGB, 228 BGB), spricht für die Anerkennung eines selbstständigen Gewährleistungssatzes: Die körperliche Unversehrtheit einer Person wird nicht etwa dadurch „abgeschrieben“, dass einer anderen Person ein Risikoverhalten erlaubt wird.⁴³¹⁹ Im Übrigen ist das im Strafrecht wohl stärkste Argument für die Leistungsfähigkeit eines Modells seine Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht. Die hier vorgeschlagene Erklärung der Garantenstellung steht in Einklang mit den Tatbeständen des Strafgesetzbuchs, welche regelmäßig die Umschreibung des Unrechtserfolgs in den Mittelpunkt stellen. Es ist bemerkenswert, dass gerade diejenigen Autoren, die ein nicht auf einem Handlungsunrecht beruhendes Erfolgsunrecht leugnen⁴³²⁰ bzw. dem Begriff des Erfolgsunrechts generell kritisch gegenüber stehen,⁴³²¹ bei der Ingerenz dann einen solchen, nicht auf einem Handlungsunrecht beruhenden Eingriff in einen fremden Freiheitsbereich für maßgeblich halten.⁴³²² Natürlich ließen sich die hier getroffenen Erwägungen konstruktiv auch unter Leugnung des Erfolgsunrechts mithilfe von Begriffen wie „Organisationskreis“ oder „Vermeideverantwortlichkeit“ darstellen. Derartige Gesichtspunkte weisen jedoch keinerlei Anknüpfungspunkte zum geltenden Strafgesetz auf.

VI. Zwischenfazit

Die Tatbestände des Strafgesetzbuchs enthalten daher richtigerweise neben den Verhaltensnormen auch Schutz-/Gewährleistungsnormen. Die Verletzung einer solchen Schutznorm stellt das tatbestandliche Erfolgsunrecht dar. Für den Erfolgsunwert wird das Handeln des Täters als kausales Geschehen ins Auge gefasst,⁴³²³ der „durch die Handlung verwirklichte äußere Sachverhalt selbst“ muss sich als „wertwidriges ‚Nicht-sein-sollen‘“ darstellen.⁴³²⁴ Dem Nicht-sein-Sollen entspricht ein „Nicht-zu-dulden-brauchen“⁴³²⁵ des durch die Gewährleistungsnorm geschützten Opfers. Die Gewährleistungsnorm hält insoweit die zugunsten des betroffenen Objekts ausgesprochene Integritätsgarantie in einem gewissen Umfang noch aufrecht, wo das verletzende Verhalten nicht gegen eine

viel mehr als argumentative Plausibilität nicht erreichbar ist, vgl. in anderem Kontext *Kudlich* ZStW 127 (2015) 635, 651.

⁴³¹⁹ *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 13; siehe auch *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 33 Rn. 29. – Zu bedenken ist insofern, dass nicht bloß die Existenz eines Erfolgsunrechts beim Begehungsdelikt für die Garantenstellung aus Ingerenz spricht, sondern umgekehrt auch die Garantenstellung aus Ingerenz für die Anerkennung eines Erfolgsunrechts im Strafrecht. Denn wenn ein das Erfolgsunrecht als gleichwertigen Unrechtsbestandteil anerkennendes Modell die Entstehung der Garantenstellung aus Ingerenz zu erklären vermag, spricht dies umgekehrt wieder für die Leistungsfähigkeit des Modells.

⁴³²⁰ *Murmann* Selbstverantwortung S. 431; siehe auch *Jakobs* AT 7/76.

⁴³²¹ *Freund* MK Vor § 13 Rn. 327 f.

⁴³²² *Freund* Erfolgsdelikt S. 184 f.; *ders.* MK § 13 Rn. 147; *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 138; siehe auch *Murmann* GK § 29 Rn. 69.

⁴³²³ *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 38 f.; oben → § 1 A III 6.

⁴³²⁴ *Gallas* ZStW 67 (1955) 1, 39; *ders.* FS Bockelmann S. 155, 162, 165; *Sch/Sch²⁷/Lenckner/Eisele* Vor § 13 Rn. 57, siehe auch Rn. 49.

⁴³²⁵ *Welzel* Fahrlässigkeit S. 28.

Verhaltensnorm verstößt oder sogar ausdrücklich erlaubt ist.⁴³²⁶ In anderen Worten, sie legt die für das Strafrecht maßgebliche Abgrenzung der Freiheitsbereiche *endgültig* fest und bestimmt auf diese Weise die negative Abhängigkeit⁴³²⁷ einer Person vom Ausbleiben rechtsgutsverletzender Handlungen anderer. Das bedeutet für die Garantenstellung aus Ingerenz: Das „rechtliche Einstehenmüssen“ des Handelnden für die Folgen seiner Handlung besteht fort, wenn diese nach den Wertungen der Strafrechtsordnung „nicht sein sollen“. Ist dies der Fall, hätten sie im Hinblick auf den Schutzanspruch des Opfers bereits von vornherein verhindert werden müssen. Dass insoweit keine Verhaltensnorm bestand, war allein der ungewissen Situation *ex ante* geschuldet. Wenn die Folgen der Handlung hingegen „sein dürfen“, so liegt nach strafrechtlicher Wertung keine Situation vor, deren Überwachung mit den Mitteln des Strafrechts (abseits von allgemeinen Hilfeleistungspflichten) durchzusetzen ist.

C. Ingerenz nach gerechtfertigtem Vorverhalten

Diese Überlegungen sollen nun insbesondere anhand der Fälle überprüft werden, in denen ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund eingreift. Zunächst ist jedoch nachzuvollziehen, wie diese Konstellationen in der Literatur behandelt werden.

I. Darstellung

In der Literatur wird regelmäßig differenziert:⁴³²⁸ Bei einer Rechtfertigung des Vorverhaltens durch Notwehr verneint die h.M. eine Garantenstellung des Verteidigers, während diese bei einer Rechtfertigung aufgrund (Aggressiv-)Notstands mehrheitlich bejaht wird.

1. Notwehr

Für diejenigen Autoren, die grundsätzlich die Rechtswidrigkeit/Pflichtwidrigkeit des Vorverhaltens verlangen, ergibt sich die Ablehnung der Ingerenz⁴³²⁹ problemlos aus dem

⁴³²⁶ Sch/Sch²⁷/Lenckner/Eisele Vor § 13 Rn. 49; ebenso nun Sch/Sch/Eisele Vor § 13 Rn. 49.

⁴³²⁷ Vgl. oben → § 1 A III 4 m.w.N., insbesondere zu Gallas, Wolff, Rudolphi.

⁴³²⁸ Etwa von Brammsen Entstehungsvoraussetzungen S. 431 ff., 439 ff.; Frister AT 22/35 f.; Gropp/Sinn AT § 11 Rn. 72 f., 79; Matt/Renzikowski/Haas § 13 Rn. 86 f.; Hoffmann-Holland AT Rn. 767 f.; Jakobs AT 29/43; ders. in: El Sistema S. 133, 138 f., 160 f.; Kindhäuser/Hilgendorf LPK § 13 Rn. 51 f.; Krey/Es-ser AT Rn. 1152 f.; Murmann GK § 29 Rn. 70 f.; Otto/Brammsen Jura 1985, 646, 649 f.; ders. AT § 9 Rn. 81; Paradissis Unterlassungsstrafbarkeit S. 140; Rengier AT § 50 Rn. 77, 91 ff.; Roxin AT II § 32 Rn. 181 ff.; 186 ff.; Rudolphi SK⁷ § 13 Rn. 40a, 41; Schrägle Unterlassungsdelikt S. 302 ff.; Sowada Jura 2003, 236, 240; Stein SK § 13 Rn. 53; Timpe Strafmilderungen S. 182 f.; Weigend LK § 13 Rn. 45, 47; Wohlers NK³ § 13 Rn. 45; nach „Zurechnungsgesichtspunkten“ Herbertz Ingerenz S. 340 ff.; anders und §§ 32, 34 StGB parallel behandelnd B. Heinrich AT Rn. 961; Kaspar AT § 10 Rn. 68; kritisch auch Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 21 Rn. 75; Stratenwerth/Kuhlen AT § 13 Rn. 31; offengelassen von Eisele/Heinrich AT Rn. 626; insgesamt von „gerechtfertigtem“ Verhalten sprechend auch Ransiek JuS 2010, 585, 589; eine *ex post* Betrachtung fordernd Denckner FS Stree/Wessels S. 159, 175.

⁴³²⁹ Vgl. BGHSt 23, 237, 238; BGH NSStZ 2000, 414; BGH NSStZ 2018, 85, 85; Brammsen Entstehungsvoraussetzungen S. 435; Bringewat MDR 1971, 716, 718; Fischer § 13 Rn. 53; Gaede NK § 13 Rn. 45; Goppert JK 01 StGB § 13/31; Gercke/Hembach AnwK § 13 Rn. 14; Gropp/Sinn AT § 11 Rn. 72 f.; Matt/Renzikowski/Haas § 13 Rn. 86; Handel Verantwortlichkeit S. 223; Henkel MSchrKrim 44 (1961) 178, 183; Hoffmann-Holland AT Rn. 767; Jäger AT Rn. 360; Jakobs AT 29/43; Jescheck/Weigend AT § 59 IV 4a; Joecks/Jäger § 13 Rn. 58; Heuchemer BeckOK § 13 Rn. 71; Kaspar AT § 10 Rn. 64; Kudlich AT S. 134, 147 f.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 21 Rn. 74; Ransiek JuS 2010, 585, 589; Rengier AT § 50

Grundkriterium, umgekehrt stellen für sie die Notwehrfälle ein besonders evidentes Beispiel dar, weshalb rechtmäßiges Vorverhalten nicht genügen könne.⁴³³⁰ Doch auch diejenigen Autoren, die grundsätzlich nicht zwingend davon ausgehen, dass das Vorverhalten rechtswidrig sein müsse, gehen mehrheitlich davon aus, dass in Fällen der Notwehr eine Garantenstellung ausscheide.⁴³³¹ Hierbei wird regelmäßig darauf hingewiesen, dass den ursprünglichen Aggressor eine größere Verantwortung für die entstandene Gefahr treffe und er diese daher auch zu tragen habe.⁴³³² Er habe doch die Gefahrschaffung „selbst verschuldet“,⁴³³³ sie „herausgefordert“, während der Verteidiger „in unverschuldeter Weise in das Geschehen verstrickt wird“.⁴³³⁴ Zum Teil wird daher ausdrücklich nicht auf die Notwehr als Rechtfertigungsgrund abgestellt, sondern eine dahinterliegende „Verantwortungsverteilung“ herangezogen. So meint etwa *Jakobs*, dass es nicht auf die Rechtswidrigkeit der Handlung ankomme, sondern auf die Betrachtung des Beitrags im Kontext der Beiträge anderer Beteiligten: „Dem Abwehrenden wird die Notwendigkeit der Abwehr aufgezwungen, während der Angreifer den Konflikt willkürlich vom Zaun bricht.“⁴³³⁵ Es sei also, so *Seelmann*, nicht das Eingriffsrecht als solches, sondern das Opferverhalten, das die Garantenstellung aus Ingerenz ausschließe.⁴³³⁶ Ähnlich nennt *Freund* als maßgeblichen Sachgrund, dass die Gefahr aus dem Organisationskreis des

Rn. 77; *Roxin* AT II § 32 Rn. 181 ff.; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 180 ff.; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 39 ff.; *Sowada* Jura 2003, 236, 240; *Spendel* LK¹¹ § 32 Rn. 329 ff.; *Stein* SK § 13 Rn. 53; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 31; *Tag* HK-GS § 13 Rn. 22; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 45; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1198; *Zieschang* AT Rn. 617; aufgrund einer „objektiven“ Bestimmung der Rechtswidrigkeit: *Friester* AT 22/35; v. *Hippel* Strafrecht II § 14 VIII 4 e); *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 51; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 68; *Vogel* Norm und Pflicht S. 194 ff.; auf das Eingriffsrecht abstellend: *Kudlich* SSW Vor § 13 Rn. 58, § 13 Rn. 24; *Maiwald* JuS 1981, 473, 483.

⁴³³⁰ **Kritisch** hingegen *Jakobs* in: *El Sistema* S. 133, 161 f.: „Die Vertreter des Rechtswidrigkeitserfordernisses starren einzig auf die Notwehr“.

⁴³³¹ Vgl. *Freund* Erfolgsdelikt S. 184 f.; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 97; *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 41; *ders.* in: *El Sistema* S. 133, 160 f.; *Murmann* GK § 29 Rn. 70; *Otto* NJW 1974, 528, 532, 534; *ders./Brammsen* Jura 1985, 646, 649 f.; *ders.* FS Gössel S. 99, 112; *ders.* FS Hirsch S. 291, 309; *ders.* AT § 9 Rn. 81; *Rengier* JuS 1989, 802, 807; *Timpe* Strafmilderungen S. 183; *Weigend* LK § 13 Rn. 45; **zweifelnd** aber *Kühl* AT § 18 Rn. 94 f.; eine Garantenstellung bejahend *Maurach/Gössel/Zipf* § 46 Rn. 103; *Herzberg* Garantenprinzip S. 295; *ders.* JuS 1971, 74, 76; *Welp* JZ 1971, 73 f.

⁴³³² *Freund* MK § 13 Rn. 152; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 97; *Jakobs* in: *El Sistema* S. 133, 160 f.; *Roxin* FS Trechsel S. 551, 565; *Roxin* AT II § 32 Rn. 182; *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 302 f.; *Stein* SK § 13 Rn. 53; *Timpe* Strafmilderungen S. 183; *Weigend* LK § 13 Rn. 45; siehe auch *Puppe* AT § 29 Rn. 3: Er sei für die Entstehung des Schadens allein verantwortlich. – Dieser Aspekt wird zum Teil auch im Allgemeinen als die Notwehr legitimierendes Prinzip vorgebracht, vgl. etwa *Jakobs* AT 11/3 ff.; *ders.* System S. 45 f.; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 15 Rn. 4; *Kühl* AT § 7 Rn. 19.

⁴³³³ *Eisele/Heinrich* AT Rn. 625.

⁴³³⁴ *Rengier* AT § 50 Rn. 77.

⁴³³⁵ *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 41; *ders.* in: *El Sistema* S. 133, 160 ff.: Der Angreifer usurpiere fremde Freiheit und habe diese Usurpation zurückzunehmen; vgl. auch *Freund* MK § 13 Rn. 152; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 74: Er hätte hier keine Chance, sich vor der Entstehung der Garantenpflicht zu bewahren; siehe auch *Hoffmann-Holland* AT Rn. 767: Der Angriff sei „nicht auf einen freien Entschluss des Angegriffenen zurückzuführen, sondern beruht auf dem rechtswidrigen Verhalten des Angreifers“.

⁴³³⁶ *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 118.

Angreifers stamme, sodass die Notwehrhandlung des Verteidigers im Verhältnis zum Angreifer nicht als Freiheitsentfaltung auf Kosten Unbeteiligter erscheine, sondern bloß die Wahrung des status quo gegenüber jemandem, der seinen ihm zugestandenen Freiheitsraum schmälern wollte.⁴³³⁷ Und *Otto* stellt darauf ab, dass der Verteidiger die ihm gesetzten Grenzen nicht überschreitet, sondern den „rechtmäßigen Zustand“ wieder herstellt. Der Angreifer habe sich selbst in Gefahr gebracht und auch dann, wenn er keine Gegenwehr erwartet, freiverantwortlich das Risiko erheblicher Abwehrmaßnahmen übernommen.⁴³³⁸ Denn die Fehleinschätzung des Angreifers, die darauf beruht, dass er Abwehrmöglichkeiten nicht kennt oder falsch einschätzt, sei nach der gesetzgeberischen Konzeption irrelevant.⁴³³⁹ *Roxin* rekurriert im Allgemeinen auf „Zurechnungsgesichtspunkte“: „Wenn man aber, wie es geboten ist, die für den Tatbestand geltenden Zurechnungsregeln in den Unrechtsbereich hinein ausdehnt, erkennt man, dass bei einer notwehrbedingten Vorhandlung die entstandene Gefährdung im ausschliesslichen Verantwortungsbereich des rechtswidrigen Angreifers liegt, dem Notwehr Üben also nicht zugerechnet werden kann.“⁴³⁴⁰

Im Übrigen werden die Argumente des BGH⁴³⁴¹ rezitiert: Der Angegriffene dürfe nicht stärker geschützt werden als ein ohne Verschulden in Not Geratener. Dies wäre eine „ungerechte Privilegierung rechtswidrig Handelnder“.⁴³⁴² Der Verteidiger wiederum dürfe nicht stärker belastet werden als ein beliebiger Dritter, der nur zufällig zugegen ist.⁴³⁴³ Erst recht gelte das für den Nothelfer.⁴³⁴⁴ Es sei paradox, denjenigen, der zur Verteidigung der Rechtsordnung handle, mit einer Garantienpflicht zu belasten.⁴³⁴⁵

⁴³³⁷ *Freund* Erfolgsdelikt S. 185: Die Verantwortung könne nicht dadurch begründet werden, dass der schadensträchtige Verlauf „naturalistisch“ betrachtet seinen Ursprung im Organisationskreis des Verteidigers hatte; normativ gesehen sei er jedoch in bloß „zufälligem Zusammenhang“ mit dem Ursprung der Erfolgsgefahr, welche „bei wertender Betrachtung“ auf das Konto des Angreifers gehe; ähnlich *Kaspar* AT § 10 Rn. 64.

⁴³³⁸ *Otto* NJW 1974, 528, 534; *ders.* FS Hirsch S. 291, 309; *ders.* FS Gössel S. 99, 112; sowie *Kudlich* AT S. 147 f.; *Weigend* LK § 13 Rn. 45; vgl. auch *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 97; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 74: Der Angreifer habe den Verteidiger zur Abwehr „gezwungen“.

⁴³³⁹ *Otto* FS Gössel S. 99, 112.

⁴³⁴⁰ *Roxin* FS Trechsel S. 551, 565; *ders.* AT II § 32 Rn. 182. Es gehe daher in der Sache um die Selbstgefährdung des Angreifers. So bereits BGHSt 23, 237, 238.

⁴³⁴¹ → Kapitel 2 § 3.

⁴³⁴² *Roxin* AT II § 32 Rn. 182 f.; siehe auch *ders.* FS Trechsel S. 551, 555; *Eisele/Heinrich* AT Rn. 625; *Hoffmann-Holland* AT Rn. 767; *Jäger* AT Rn. 360; *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 41; *Kudlich* AT S. 147 f.; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 74.

⁴³⁴³ *Kaspar* AT § 10 Rn. 64; *Kudlich* AT S. 147 f.; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 51; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 68; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 74: Denn er bewege sich „nicht weniger im Rahmen der Rechtsordnung [...] als der Unbeteiligte“; *Rengier* AT § 50 Rn. 77; *Roxin* FS Trechsel S. 551, 565.

⁴³⁴⁴ *Roxin* AT II § 32 Rn. 184; *ders.* FS Trechsel S. 551, 565; siehe auch *Jäger* AT Rn. 360.

⁴³⁴⁵ *B. Heinrich* AT Rn. 951; *Roxin* AT II § 32 Rn. 183.

2. Notstand

Die Rechtfertigung aufgrund (Aggressiv-)Notstands hindert nach ganz h.M. eine Garantenpflicht aus Ingerenz hingegen nicht.⁴³⁴⁶ Das Geschehen liege nicht im Verantwortungsbereich des Beeinträchtigten, sondern des Handelnden.⁴³⁴⁷ Der im Notstand Handelnde schaffe ein Risiko, für das er „eher zuständig“ sei als der in Anspruch Genommene.⁴³⁴⁸ Denn während der Notwehr Ausübende den rechtmäßigen Zustand wiederherstelle, der auf das rechtswidrige Verhalten des Angreifers zurückzuführen ist, schaffe der Notstandstäter überhaupt erst den Konflikt.⁴³⁴⁹ Er greife in die Rechtssphäre eines gänzlich Unbeteiligten ein.⁴³⁵⁰ § 34 StGB beruhe auch auf dem Prinzip der Solidarität, sodass der in Anspruch Genommene einen „Anspruch auf Ausgleich für das erbrachte Opfer“ habe. Es sei angemessen, ihm eine Garantenpflicht aufzuerlegen.⁴³⁵¹ Bereits in der Interessenabwägung sei der Eingreifende zur größtmöglichen Schonung des Opfers verpflichtet – daher sei es legitim, ihn auch als Ingerenten mit der Verantwortung zu belasten,

⁴³⁴⁶ *Freund* Erfolgsdelikt S. 185 m. Fn. 89; *Frister* AT 22/36; *Gaede* NK Rn. 45; *Jäger* AT Rn. 362; *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 138; *Hoffmann-Holland* AT Rn. 768; *Hruschka* JuS 1979, 385, 392 m. Fn. 31; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 69; *Murmann* GK § 29 Rn. 71; *Otto* NJW 1974, 528, 531; *ders.* AT § 9 Rn. 81; *ders.* FS Hirsch S. 291, 309; *ders./Brammsen* Jura 1985, 646, 649; *Rengier* AT § 50 Rn. 94; *Roxin* AT II § 32 Rn. 186 ff.; *ders.* FS Trechsel S. 551, 566; *Stein* SK § 13 Rn. 53; *Weigend* LK § 13 Rn. 47; der Sache nach auch *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 36 f.; gegen eine Garantenpflicht des Notstandstäters aber etwa *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 182 (anders *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 40a, wenn ein Dauerzustand geschaffen wurde); differenzierend, ob das Opfer selbst ohnehin nach § 323c StGB oder als Garant „leistungspflichtig“ war, *Jakobs* AT 29/43 f.; *ders.* FG BGH IV S. 29, 41 m. Fn. 60; *ders.* in: *El Sistema* S. 133, 161 – das gegebene Beispiel will jedoch nicht einleuchten: Wenn der Helfer zum Löschen eines Gebäudebrandes in einem anderen Haus Wasser holt, müsse der dort Wohnende „soweit er dazu fähig ist, den Wasserkran selbst wieder schließen; denn er müsste das Löschmaterial bei ansonsten drohender Strafe wegen unterlassener Hilfeleistung auch hingeben“. – Der Gegenstand der „Leistungspflicht“, das Löschwasser, und der zu schützende Gegenstand der Ingerenzpflicht nach §§ 303, 13 I StGB, und die durch das *danach* herauslaufende Wasser bedrohte Umgebung (etwa ein Parkettboden, Teppich oder Blumenbeet), sind jedoch nicht identisch; überdies ergibt es sich bereits aus der allgemeinen Dogmatik des Unterlassungsdelikts, dass eine Pflicht dort ausscheidet, wo sich der Rechtsgutsinhaber leicht selbst helfen kann: Wenn also der Helfer den Wasserhahn aufdreht und der Eigentümer daneben steht, ist bereits fraglich, ob eine strafrechtlich relevante Gefährdung gegeben ist; es erschiene hier zweifelhaft, denjenigen mit einem strafbewehrten (!) Garantengebot zu schützen, der den Wasserhahn mit einem Handgriff selbst zudrehen kann, eine Erfolgsabwendung durch andere ist hier schlicht nicht erforderlich (in *Jakobs*‘ Worten: Das Opfer trifft hier eine „Obliegenheit zum Selbstschutz“, vgl. auch aaO S. 163).

⁴³⁴⁷ *Roxin* FS Trechsel S. 551, 566; *ders.* AT II § 32 Rn. 187; siehe auch *Rengier* AT § 50 Rn. 94. Daher wird das Ergebnis z.T. auf diejenigen Fälle begrenzt, in denen der Eingriffsadressat für die Entstehung der Kollisionslage nicht verantwortlich war, vgl. etwa *Roxin* AT II § 32 Rn. 187; *Stein* SK § 13 Rn. 53; siehe auch *Weigend* LK § 13 Rn. 47.

⁴³⁴⁸ *Weigend* LK § 13 Rn. 47.

⁴³⁴⁹ *Otto*/Brammsen Jura 1985, 646, 649. Vgl. auch *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 114 f.: Während der Notwehrübende seinen allgemeinen Rechtsstatus wahre, nehme der Notstandstäter ein „freiheitserweiterndes Sonderrecht“ wahr.

⁴³⁵⁰ *Gropp/Sinn* AT § 11 Rn. 79; *Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 87; *Hoffmann-Holland* AT Rn. 768; *Krey/Esser* AT Rn. 1152; *Murmann* GK § 29 Rn. 71; *Rengier* AT § 50 Rn. 94; *Roxin* FS Trechsel S. 551, 566; *ders.* AT II § 32 Rn. 187.

⁴³⁵¹ *Murmann* GK § 29 Rn. 71; vgl. auch *Hoffmann-Holland* AT Rn. 768: „wertungsgerecht“.

die Folgen für die Rechtssphäre des völlig Unbeteiligten möglichst gering zu halten.⁴³⁵² Ein Notstandsrecht gewähre die Rechtsordnung nur unter der „Auflage“ einer Garantienpflicht.⁴³⁵³ Hierfür spreche insbesondere auch die Schadensersatzregelung des § 904 S. 2 BGB.⁴³⁵⁴ Wenn der Notstandstäter auch der Begünstigte ist, sei es zudem angemessen, ihn, der sich auf Kosten eines anderen gerettet habe, auch im Rahmen des Möglichen verantwortlich zu halten.⁴³⁵⁵

3. Dauerzustand

Eine Garantienstellung aus Ingerenz kann nach manchen Autoren im Übrigen dann entstehen, wenn der Handelnde – auch durch zunächst rechtmäßiges Verhalten – einen Dauerzustand schafft, der fremde Rechtsgüter bedroht.⁴³⁵⁶ Es liege im Wesen der Rechtfertigungsgründe, dass die Beeinträchtigung nur im Rahmen des Erforderlichen zulässig sei,

⁴³⁵² Kühl AT § 18 Rn. 96; Roxin FS Trechsel S. 551, 566; Stratenwerth/Kuhlen AT § 13 Rn. 31. Siehe auch A. Hartmann ZStW 116 (2004) 586, 616: Da die rechtfertigenden Voraussetzungen wegfielen, sobald die Gefahr abgewendet ist, könne sich der Ingerent nicht mehr auf überwiegende Interessen berufen, sodass sein Unterlassen pflichtwidrig und strafbar sei; Welp JZ 1971, 433, 434: Wenn die Gefahr behoben sei, „so dürfe schwerlich bezweifelt werden“, dass der Retter alle Maßnahmen zu treffen habe, die der Abwendung weiterer schädlicher Auswirkungen seines Tuns dienen. Der Sinn des Notstandsrechts „würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn das Wertverhältnis der kollidierenden Interessen nachträglich aus dem Gleichgewicht gebracht werden dürfte“.

⁴³⁵³ Stein SK § 13 Rn. 53.

⁴³⁵⁴ Matt/Renzikowski/Haas § 13 Rn. 87; Hardtung/Putzke AT Rn. 1032 ff.; Otto AT § 9 Rn. 81; Rengier AT § 50 Rn. 94; Roxin AT II § 32 Rn. 187; Stein SK § 13 Rn. 53. **Dagegen** versucht Börgers Gefahrurteil S. 111 ff. für Fälle des Erlaubnistatbestands Unstimmigkeiten der Pflichtwidrigkeitslösung der h.M. aufzuzeigen: Dort sei das Verhalten mangels Vorsatz/Fahrlässigkeit (§ 16 StGB analog) nicht pflichtwidrig, gleichzeitig gehe es nicht um Notstandsrechtfertigung, sodass § 904 S. 2 BGB als Entstehungsgrund der Garantienstellung ausscheide. Beispielsweise flüchtet Bergwanderer B aufgrund einer falschen Gefahrenmeldung eines grundsätzlich zuverlässigen SMS-Gewitter-Warnsystems in eine Berghütte, deren Fenster er hierzu einschlägt und beim Verlassen nicht wieder abdichtet. Hierdurch entsteht ein Schaden an der Hütte. Hier sei „weder einem sorgfältigen Bergwanderer noch B das Fehlen der Notstandsgefahr erkennbar, sodass er ohne Fahrlässigkeit handelte. Auf der anderen Seite durfte er nach den zuvor dargelegten Grundsätzen seinen Nachbarn nicht gemäß § 904 S. 1 BGB solidarisch in die Pflicht nehmen.“ – Die Anzahl der vorausgesetzten Annahmen macht das Beispiel und die Argumentation als Beleg für Unstimmigkeiten untauglich: *Erstens* wird die Richtigkeit der eigenen Notstandskonzeption (Beurteilung der Notstandsgefahr objektiv *ex post*) vorausgesetzt (S. 113 unten, wo zugegeben wird, dass nach Rudolphs Konzeption – Beurteilung der Gefahr *ex ante* – keine Wertungswidersprüche bestünden). *Zweitens* setzt Börgers die Richtigkeit der eingeschränkten Schuldtheorie voraus (vgl. S. 112). *Drittens* wird vorausgesetzt, dass hier die Regelung des § 904 S. 2 BGB (die von der h.M. als Indiz gesehen wird) allein die Garantienstellung des Notstandstäters trage. Eine analoge Anwendung des § 904 S. 2 BGB auf Fälle, in denen keine Notstandsberechtigung vorlag (Säcker MüKo⁸ BGB § 904 Rn 26), wird *viertens* für ungenügend erachtet.

⁴³⁵⁵ Roxin FS Trechsel S. 551, 566.

⁴³⁵⁶ Sch/Sch/Bosch § 13 Rn. 36; Haft AT S. 188; Hillenkamp JR 1988, 301, 303; Jescheck LK¹¹ § 13 Rn. 33; Kühl AT § 18 Rn. 97; Murmann GK § 29 Rn. 70; Rengier AT § 50 Rn. 93; Roxin AT II § 32 Rn. 189; Schrägle Unterlassungsdelikt S. 304; Seier NJW 1988, 1617, 1624; Sch/Sch²⁷/Stree § 13 Rn. 36; Weigend LK § 13 Rn. 43a, 46.

sodass der Gerechtfertigte nach Wegfall der Voraussetzung zur Abwendung des Dauerzustands verpflichtet sei.⁴³⁵⁷ Beim Wegfallen der Voraussetzungen, sei die Aufrechterhaltung des Zustandes nicht mehr zulässig.⁴³⁵⁸ Eine Garantenpflicht könne entstehen, wenn ein „ursprünglich rechtmäßiges Verhalten in ein rechtswidriges umschlägt“.⁴³⁵⁹ Ausdrücklich spricht hier *Seelmann* von einer „Änderung des Rechtswidrigkeitsurteils infolge faktischer Veränderungen“.⁴³⁶⁰ Zum Teil bezieht sich die Argumentation explizit oder implizit bloß auf Dauerdelikte,⁴³⁶¹ zum Teil auf sämtliche Straftaten.⁴³⁶² Zum Teil wird dieser Gedanke auf § 34 StGB (bzw. den Wegfall einer behördlichen Genehmigung) beschränkt,⁴³⁶³ zum Teil auch auf § 32 StGB angewandt,⁴³⁶⁴ zum Teil nicht näher spezifiziert.⁴³⁶⁵

II. Bewertung

1. Allgemeine Stellungnahme

Wie bereits angeklungen, ist die Auflösung der strafrechtlichen Rechtfertigungsdogmatik in „Zurechnungsfragen“ und „Verantwortungsbereiche“ abzulehnen. Es handelt sich um Leerformeln, mit denen jedes gewünschte Ergebnis im Nachhinein legitimiert werden kann. Hier zeigt sich ganz besonders die Schwäche funktionalistischer Ansätze:⁴³⁶⁶ *Freund* nimmt etwa an, dass bei einer durch Notwehr gerechtfertigten Vorhandlung der Angreifer allein das Risiko des Erfolgseintritts trage, sodass den Verteidiger keine „Sonderverantwortlichkeit“ für diese Gefahr treffe.⁴³⁶⁷ *Herzberg* hingegen meint, das Recht

⁴³⁵⁷ Sch/Sch/*Bosch* § 13 Rn. 36. Unklar daher, weshalb der Gedanke in Rn. 37 wieder relativiert wird.

⁴³⁵⁸ Sch/Sch²⁷/*Stree* § 13 Rn. 36; Sch/Sch/*Bosch* § 13 Rn. 36; *Rengier* AT § 50 Rn. 93. Siehe auch für den Notstand *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 69.

⁴³⁵⁹ *Weigend* LK § 13 Rn. 43a; Sch/Sch/*Bosch* § 13 Rn. 36; *Köhler* AT S. 220. Vgl. auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 189: Mit dem Verschwinden der Notstandsvoraussetzung werde etwa eine Einsperrung rechtswidrig.

⁴³⁶⁰ *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 119.

⁴³⁶¹ Sch/Sch/*Bosch* § 13 Rn. 36; *Jescheck* LK¹¹ § 13 Rn. 33; eigentlich auch Sch/Sch²⁷/*Stree* § 13 Rn. 36, der jedoch am Ende als Beispiel auch das Öffnen eines Gashahns anführt. Wohl auch: *Kühl* AT § 18 Rn. 97; *Rengier* AT § 50 Rn. 93; *Roxin* AT II § 32 Rn. 189: „gerechtfertigte Vorhandlung mit Dauerwirkung“; ähnlich *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 40a, 40b. Die von den Autoren genannten Beispiele betreffen hauptsächlich § 239 StGB.

⁴³⁶² *Hruschka* JuS 1979, 385, 392 m. Fn. 73; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 119: Wer gerechtfertigt eine Schleuse öffnet, muss gefahrenabwendend handeln. – Es handelt sich hier jedoch um einen klassischen Fall einer Verantwortlichkeit für eine gegenständliche Gefahrenquelle.

⁴³⁶³ *Kühl* AT § 18 Rn. 97; *Roxin* AT II § 32 Rn. 189; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 40a, 40b. Eine begehungsgleiche Strafbarkeit wird z.T. auch für solche Fälle bejaht, in denen ein Vermieter seinen Mieter nicht darüber aufklärt, dass die Voraussetzungen für die Kündigung aus Eigenbedarf weggefallen sind. *Hillenkamp* JR 1988, 301, 303; *Kühl* AT § 18 Rn. 97; *Rengier*, JuS 1989, 803, 807 (allerdings nicht auf den Dauerzustand rekurrierend); *Seier* NJW 1988, 1617, 1624; **dagegen** *Seibert* Garantenpflichten S. 252 f. Vgl. dazu unten → D VI 1 d).

⁴³⁶⁴ *Jescheck* LK¹¹ § 13 Rn. 33; *Murmann* GK § 29 Rn. 70: Der Verteidiger sei „verpflichtet, eine fortwirkende Notwehrhandlung zu beenden“; *Rengier* AT § 50 Rn. 93.

⁴³⁶⁵ Etwa *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 119; das Einschließen „mit Einverständnis“ des Opfers erwähnt *Weigend* LK § 13 Rn. 43a; in diesen Fällen wird jedoch eine konkludente Übernahme vorliegen.

⁴³⁶⁶ Auch *Schünemann*, die Ingerenz ablehnend, weist daraufhin, dass beide Ergebnisse theoretisch begründbar sind und die Grenzziehung der Freiheitssphären damit letztlich willkürlich ist, *Schünemann* in: *Internationale Dogmatik* S. 49, 56.

⁴³⁶⁷ *Freund* Erfolgsdelikt S. 184 f.; ähnlich *Jakobs* AT 29/43 f.

zur Abwehr gebe dem Täter nicht das Recht, das Opfer sterben zu lassen, er trage eine besondere Verantwortlichkeit für die Vermeidung des Erfolgseintritts.⁴³⁶⁸ Der Streit darum, wofür der Begehungstäter und damit auch der Ingerent sonderverantwortlich ist, erscheint, solange man nicht an die *gesetzlichen* Wertungen⁴³⁶⁹ als gemeinsamen, einigermaßen bestimmten Anhaltspunkt anknüpft, müßig, da derartige offene Wertungsformeln stets den Durchgriff auf das gewünschte Ergebnis erlauben.⁴³⁷⁰

Wenn etwa die freiverantwortliche Selbstgefährdung des Angreifers vorgebracht wird, fragt sich, weshalb dann die Verteidigung nach allgemeiner Dogmatik nicht schon tatbestandslos⁴³⁷¹ ist. Hier drohen Aspekte wie die „freiverantwortliche Selbstgefährdung“ im Kontext der Ingerenzbegründung einen im Vergleich zur allgemeinen Strafrechtsdogmatik abweichenden Inhalt zu erfahren. Es wird übersehen, dass sich der Angreifer nach allgemeiner Tatbestandsdogmatik eben nicht eigenverantwortlich selbst gefährdet, da er gerade keine Verteidigungshandlung erwartet und diese ihm im Gegenteil sogar äußerst unerwünscht ist.⁴³⁷² Wenn *Otto* im Folgenden dann vorbringt, diese Hoffnung sei nach der gesetzgeberischen Konzeption irrelevant, so wird wieder bloß das Ergebnis umschrieben, dass Rechtfertigungsgründe das Verhalten zu einem erlaubten machen und dem Täter ein Eingriffsrecht verleihen. Bei einer „Abkopplung von den Wertungen des Strafrechts“⁴³⁷³ drohen Begriffe wie „Freiverantwortlichkeit“ oder „Selbstgefährdung“ im Rahmen der Ingerenzbegründung zu bloßen Phrasen zu verkommen, mit denen das jeweils gewünschte, intuitiv gefundene Ergebnis im Nachhinein legitimiert werden kann.⁴³⁷⁴

Für die Frage nach der Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz kann es allein auf die Unrechtsdogmatik des Begehungsdelikts ankommen. Nach dem oben Gesagten erscheint es daher plausibel, sowohl für den Fall der Notwehr als auch des Notstands eine Garantenstellung aus Ingerenz zu verneinen, denn nach der gesetzlichen Konzeption ziehen beide Notrechte dieselbe Rechtsfolge nach sich. Rechtfertigungsgründe führen

⁴³⁶⁸ *Herzberg* JuS 1971, 74, 75 f.; *ders.* Garantenprinzip S. 294 ff.

⁴³⁶⁹ Auch die den Rechtfertigungsgründen zugrundeliegenden Prinzipien erscheinen für sich zu allgemein, um daraus konkrete Ergebnisse ableiten zu können. Stets kommt es daher insbesondere bei den geschriebenen Rechtfertigungsgründen auf die gesetzliche Ausgestaltung und Systematik an; vgl. *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 48; *Rosenau* SSW Vor § 32 Rn. 8.

⁴³⁷⁰ Auch ist unklar, inwieweit die Argumentation der „Verantwortungsbereiche“ auf andere Rechtfertigungsgründe übertragbar ist: So schreibt etwa *Jakobs*, auch beim Defensivnotstand sei „derjenige, in dessen Organisation ein Gefahrenherd belegen ist, vorrangig für dessen Beseitigung zuständig“, *Jakobs* in: FG BGH IV S. 29, 47. Im Allgemeinen zu Parallelen zwischen Ingerenz und Defensivnotstand *ders.* AT 13/47.

⁴³⁷¹ Unrechtsdogmatisch ist die Rechtfertigungslösung hier ohnehin sachgerechter, da sie anders als die bloße Tatbestandslosigkeit zu einer Duldungspflicht führt, vgl. allgemein *Roxin/Greco* AT I § 10 Rn. 21.

⁴³⁷² Läge bereits eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung vor, wäre § 32 StGB für die Frage nach der Strafbarkeit überflüssig. Es läge überhaupt keine zu rechtfertigende Tatbestandserfüllung vor.

⁴³⁷³ Davor (im Kontext des Autonomiebegriffs) warnend *Neumann* GA 1986, 474, 476; *Küper* JZ 1986, 219, 229; *Zieschang* FS Otto S. 505, 514.

⁴³⁷⁴ Zutreffend ist sicher, dass der in Notwehr Handelnde *teilweise unfrei* ist. Dies gilt jedoch ebenfalls für denjenigen, der sich in einer Zwangslage im Sinne des Notstands befindet. Vgl. in anderem Kontext *Zieschang* FS Otto S. 505, 519 f.

grundsätzlich zu einem Eingriffsrecht sowie einer Duldungspflicht des Betroffenen.⁴³⁷⁵ Die Entlastung des Täters geht mit der Belastung des Verletzten einher.⁴³⁷⁶ Dieser Aspekt der Eingriffsbefugnis führt dazu, „daß die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs nicht im Widerspruch steht zu der die Unversehrtheit des Handlungsobjekts garantierenden tatbestandlichen Gewährleistungsnorm“. Damit bewirkt die Rechtfertigung nicht bloß, dass der Täter nichts Verbotenes tut, sondern auch, dass „dem Verletzten andererseits mit dem tatbestandsmäßigen Erfolg kein Unrecht geschieht“.⁴³⁷⁷ Selbstverständlich wird das gerechtfertigte Verhalten damit nicht als positiv gewertet, denn die Abgabe positiver Werturteile gehört nicht zur Aufgabe des Strafrechts.⁴³⁷⁸

Darauf, dass mit der *Notwehr* ein Eingriffsrecht einhergeht, wird bei der Ingerenzbegründung zum Teil auch verwiesen: Der Verteidiger *darf* im Rahmen des Erforderlichen die Rechtsgüter des Opfers verletzen. Mit dieser Verletzung darf auch die Gefahr zugefügt werden, die sich aus ihr ergibt.⁴³⁷⁹ Dagegen wurde etwa von *Timpe* eingewendet, aus einer Eingriffserlaubnis folge nichts für die Verteilung der Verantwortlichkeit für die Folgen. Die Erlaubnis riskanter Verhaltensweisen, die Bewertung des Verhaltens als rechtmäßig, enthalte noch keine Aussage über die Notwendigkeit der Zurechnung der Folgen zum Verursacher.⁴³⁸⁰ Ähnlich geht *Freund* davon aus, dass bei der Notwehr die Sonderverantwortlichkeit nicht auf die Erlaubnis zu stützen sei: „Sicherlich kann hier z. B. das Ver-

⁴³⁷⁵ BGH NJW 1989, 2479, 2481; Matt/Renzikowski/Engländer § 34 Rn. 12; Erb MK § 34 Rn. 80 f.; Gallas FS Bockelmann S. 155, 167; Hirsch LK¹¹ Vor § 32 Rn. 65; ders. in: Probleme II S. 53, 65; Kindhäuser/Zimmermann AT § 15 Rn. 2; Kühl AT § 8 Rn. 7; Sch/Sch/Perron § 34 Rn. 13; Rönnau LK Vor § 32 Rn. 16, 107; Rosenau SSW § 34 Rn. 1; Sch/Sch/Sternberg/Lieben Vor § 32 Rn. 10a; Roxin/Greco AT I § 7 Rn. 66, § 10 Rn. 21, § 14 Rn. 108; Wessels/Beulke/Satzger AT § 8 Rn. 398; Zieschang in: Strafgedanke S. 173, 184; ders. JA 2007, 679, 681; Zimmermann Handbuch Bd. 2 § 37 Rn. 31 f.; anders Freund Erfolgsdelikt S. 184: „Risikoerlaubnis“ bei der Notwehr.

⁴³⁷⁶ Gallas FS Bockelmann S. 155, 167; Hirsch FS Arth. Kaufmann S. 545, 547; ders. in: Probleme II S. 53, 60; Küper GA 1980, 201, 216; Roxin/Greco AT I § 7 Rn. 66, § 10 Rn. 21; Sch/Sch/Sternberg/Lieben Vor § 32 Rn. 10a; Zimmermann Handbuch Bd. 2 § 37 Rn. 32.

⁴³⁷⁷ Gallas FS Bockelmann S. 155, 158.

⁴³⁷⁸ Treffend Hirsch FS Bockelmann S. 89, 100; ders. LK¹¹ Vor § 32 Rn. 18; Lenckner Notstand S. 22 f.; Rönnau LK Vor § 32 Rn. 105; Roxin/Greco AT I § 14 Rn. 1; Sch/Sch/Sternberg-Lieben Vor § 32 Rn. 10; T. Walter LK Vor § 13 Rn. 148; siehe auch Frister AT 14/4. Das betroffene Gut ist in der konkreten Situation jedoch nicht mehr schutzwürdig, weil es etwa einem anderen tatsächlich bedrohten und in der konkreten Situation schutzwürdigerem Interesse geopfert wird. Bei der Notwehr wie beim Notstand darf der tatbestandliche Erfolg (i.d.R. die Rechtsgutsbeeinträchtigung) herbeigeführt werden, weil der Erfolgswert durch einen entsprechenden Erfolgswert kompensiert wird, Sch/Sch/Sternberg/Lieben Vor § 32 Rn. 10a.

⁴³⁷⁹ Maiwald JuS 1981, 473, 483; der allerdings die Konstellation des Notstandes nicht thematisiert; Stratenwerth/Kuhlen AT § 13 Rn. 31; im Allgemeinen Sch/Sch/Sternberg-Lieben Vor § 32 Rn. 10a; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 398: Der Betroffene hat „die gerechtfertigte Handlung des Täters mit ihren Eingriffsfolgen hinzunehmen und darf sich hiergegen nicht zur Wehr setzen“.

⁴³⁸⁰ Timpe Strafmilderungen S. 182 f. Dagegen meint etwa Timpe im Gegenteil, die Rechtmäßigkeit könne die Ingerenz nur ausschließen, „wenn allein Fallgestaltungen in den Blick kommen, bei denen es im normativen Vorgriff auf die erwünschte Gestaltung eines Sozialmodells schon diskutabel ist, den Normalzustand dieses Modells als mit dem Risiko belastet zu definieren, wie beim sorgfältigen Umgang mit Kraftfahrzeugen“.

bluten lassen des Angreifers nicht mit dem Argument als erlaubte Unterlassung der Risikoabwendung ausgewiesen werden, daß die Schaffung dieses Risikos erlaubt gewesen sei; denn *diese* Risikoerlaubnis sagt noch nichts darüber aus, wie unterbliebene nachträgliche Korrekturen normativ zu würdigen sind“. Hier komme es auf die Verantwortung für die Wahrnehmung von Freiheitsentfaltungsinteressen auf Kosten anderer an.⁴³⁸¹ Dies mag man vertreten, wenn man mit *Jakobs*, *Timpe* und *Freund* die entscheidenden Regeln zur Verantwortungsverteilung in gesellschaftlichen Institutionen, genauer: der Organisationszuständigkeit sieht. Diese Kategorien haben jedoch keinen Eingang in die geltende Strafrechtsordnung erhalten. Wenn man hingegen den Anspruch erhebt, die Strafbegründung nicht bloß rechtsphilosophisch bzw. rechtstheoretisch zu modellieren, sondern auch rechtsstaatlich in einer mit Art. 103 II GG vereinbaren Weise aus den gesetzlichen Wertungen zu begründen, darf man eben diese nicht zur Seite schieben. Daher kommt der gesetzlichen Unrechtsbewertung und damit der Rechtfertigung bereits für die Begründung der Garantenstellung (der „Sonderverantwortlichkeit“) und nicht erst, wie *Freund* der h.M. unterstellt, für die Bewertung der Unterlassung Relevanz zu.⁴³⁸² Denn ein Fortbestehen der Überwachungsgarantenposition gemäß § 13 I StGB ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Betreffende die zu überwachende Entwicklung bereits zum Zeitpunkt des aktiven Tuns verhindern musste. Konsequenterweise kommt es für die Ingerenzbegründung darauf an, ob dem Handelnden über die Erlaubnis der Handlung auch ein *Eingriffsrecht* in fremde Rechtsgüter zukommt. Es ist etwas anderes, ob das Verhalten unter dem Gesichtspunkt des „erlaubten Risikos“ (der gebotenen Sorgfalt) zulässig ist oder ob der Rechtsgutseingriff durch Notwehr gerechtfertigt ist.⁴³⁸³ Dieser Unterschied zwischen gerechtfertigtem und „nur“ sorgfaltsgemäßigem Handeln wird häufig übersehen⁴³⁸⁴ und dann, wenn er bemerkt wird, häufig auf die Notwehr beschränkt.⁴³⁸⁵ Die mit einem Rechtfertigungsgrund einhergehenden Eingriffsbefugnisse können sich auf die Auflösung einer

⁴³⁸¹ *Freund* Erfolgsdelikt S. 184 f., siehe auch Fn. 87. Auch *Sangenstedt* widerspricht der von *Maiwald* und auch hier vertretenen Unterscheidung, da die meisten Rechtfertigungsgründe auf dem Prinzip des erlaubten Risikos beruhen. – Doch das gerechtfertigte Verhalten ist nicht bloß ein „unverbotener“ Akt und es geht nicht in gleichem Maße wie bei den Fällen des „erlaubten Risikos“ um die Frage, inwiefern der Täter den Interessen des Gefährdeten komplementär Rechnung zu tragen hat (so aber *Sangenstedt* Garantenstellung S. 255 m. Fn. 92).

⁴³⁸² So ist entgegen der Aussage *Freunds* darauf hinzuweisen, dass es für die Frage nach der Missbilligung der Unterlassung („wie unterbliebene nachträgliche Korrekturen normativ zu würdigen sind“), ja gerade auf das Bestehen einer Garantenstellung („Sonderverantwortlichkeit“) ankommt und es *hierfür* doch wiederum auf die Bewertung der Vorhandlung ankommt. *Freund* missversteht hier die h.M., für die die Rechtfertigung des Vorhandelns durch Notwehr ja auf das Bestehen der Garantenstellung durchschlagen soll, *nicht* hingegen die Unterlassung als solche „erlauben“ (vgl. schon oben → Kapitel 3 § 2 G IV 2 d). Dass dem bereits § 323c I StGB entgegensteht, der die Rettung gebietet, erwähnt auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 184 m. Fn. 87. Allerdings ergibt sich hieraus kein Argument gegen die h.M., da diese *ersichtlich* nicht behauptet, die Rechtfertigung erlaube das Unterlassen.

⁴³⁸³ *Maiwald* JuS 1981, 473, 482 f. Siehe schon oben → A IV 5 b).

⁴³⁸⁴ So auch *Maiwald* JuS 1981, 473, 483.

⁴³⁸⁵ Vgl. *Maiwald* JuS 1981, 473, 483, der allerdings die Konstellation des Notstandes nicht thematisiert; *Kindhäuser* GA 1994, 197, 198 ff., 214 m. Fn. 58, 219, der meint, dass wenn das Vorverhalten von einem Erlaubnissatz gedeckt ist, der Täter nur nach § 323c I StGB verpflichtet sei. Denn in diesem Fall werde die Geltung des Verbots aufgehoben, während im Falle sorgfaltsgemäßigen Vorverhaltens nur die „Bindung“ des

Kollisionslage durch die Rechtsordnung stützen.⁴³⁸⁶ Das Verhalten ist dann nicht bloß „im Interesse sozialer Dynamik erlaubt“, vielmehr beruht die Zulässigkeit des Eingriffs auf einer „Abwägung von Individualinteressen“.⁴³⁸⁷ Wenn sich jemand auf ein Eingriffsrecht berufen kann, steht der Eingriff in fremde Rechtsgüter im Einklang mit den Wertungen der Rechtsordnung. Diese gibt mit der Bewertung der geschaffenen Lage zu verstehen, dass die tatbestandliche Gewährleistungsnorm eingeschränkt ist und dem Verletzten mit dem bewirkten Erfolg „kein Unrecht geschieht“. Es lässt sich den Wertungen des geltenden Strafrechts nicht entnehmen, weshalb infolge einer Handlung eine Überwachungsposition für eine Gefahr begründet werden soll, die *gerade herbeigeführt werden darf*.⁴³⁸⁸ Letztlich wird der sachliche Gehalt der Rechtfertigungsgründe bei *Freund* verkürzt, wenn man diese bloß als „Risikoerlaubnis“ ansieht,⁴³⁸⁹ da diese darüber hinaus ein Eingriffsrecht gewähren.⁴³⁹⁰ Die Schaffung des Gefahrzustandes wird durch die ausdrückliche Rechtfertigung gerade als *strafrechtlich erträgliche* und damit *nicht mit den Mitteln des Strafrechts zu überwachende* Bedrohung der Rechtsgüter des Betroffenen verbrieft. Aus den Wertungen, insbesondere dem Schutzzweck, des strafrechtlichen Unrechtstatbestands kann daher auch die Notstandshandlung keine Garantstellung aus Ingerenz begründen. Vielmehr obliegt es dem Verletzten selbst, die Verletzung und deren Folgen zu tragen.⁴³⁹¹

2. Rechtfertigungsgründe als Zurechnungsgründe?

Dieses vorläufige Ergebnis ist zunächst gegen eine sich im Vordringen befindliche Ansicht abzugrenzen, die Rechtfertigungsgründe in eine Lehre von der „objektiven Zurechnung“ integrieren will. Hier bestätigt sich eindrucksvoll die Rede von der Lehre von der

Adressaten an diese Norm aufgehoben/suspendiert sei. Auch er nimmt jedoch für den rechtfertigenden Notstand eine Ausnahme an, vgl. *ders./Zimmermann* AT § 36 Rn. 68: „Eingriffsrecht (namentlich: Notwehr)“, anders für den Notstand Rn. 69; *ders./Hilgendorf* LPK § 13 Rn. 51 (in Rn. 52 f. den rechtfertigenden Notstand ausnehmend); *Kudlich* SSW § 13 Rn. 24: „sprechen beachtliche Gründe dafür“, der Notstand findet jedoch keine Erwähnung; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 31, hinsichtlich des Defensivnotstands jedoch zweifelnd.

⁴³⁸⁶ *Hirsch* FS Arth. Kaufmann S. 545, 547; *Roxin* Kriminalpolitik S. 24 ff.

⁴³⁸⁷ Vgl. *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 49, der allerdings im Fall des § 34 StGB dennoch eine Garantspflicht annimmt und in Rn. 118 dann meint, dass es nicht auf das Eingriffsrecht, sondern das Opferverhalten ankomme.

⁴³⁸⁸ So im Ergebnis auch *Kindhäuser* GA 1994, 197, 219: „Hier ist das gesamte zur Verletzung oder Gefährdung führende Verhalten gerechtfertigt, mit der rechtlichen Konsequenz, daß der Täter für die Beseitigung der Folgen nicht als Garant einzustehen hat.“

⁴³⁸⁹ Was letztlich wieder darin begründet ist, dass *Freund* das Unrecht auf den Verhaltensnormverstoß reduziert; ähnlich wie *Freund* auch *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 302: erlaubtermaßen riskantes Handeln beim Notstand.

⁴³⁹⁰ Zur Unterscheidung von bloßer Handlungserlaubnis und Eingriffsrecht *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 166, 168; siehe außerdem *Roxin/Greco* AT I § 14 Rn. 108. Im Falle eines Eingriffsrechts ist also nicht nur das riskante Verhalten einer Person erlaubt, sondern auch die „Überschreitung seines ihm zugestandenen Freiheitsraumes“ (auf die ja auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 185 abstellt).

⁴³⁹¹ *Bereits v. Hippel* Strafrecht II § 14 VIII 4 e) m. Fn. 7.

„objektiven Zurechnung“ als einem „unersättlichen Schwamm, der Straftatmerkmale verschiedenster Art und Ebenen aufsaugt“.⁴³⁹² Etwa *Jäger* differenziert zwischen solchen Erlaubnissätzen, die auf dem Prinzip des Verantwortungsausschlusses gründeten und damit „zurechnungsausschließend“, und solchen, welche auf dem Abwägungsprinzip beruhten und damit Rechtfertigungsgründe seien.⁴³⁹³ Hierin wird dann der Unterschied von Notwehr und Notstand erblickt: Die Notwehr sei ein auf fehlender Verantwortung beruhender Zurechnungsausschlussgrund,⁴³⁹⁴ der Notstand ein Rechtfertigungsgrund.⁴³⁹⁵ *Jäger* unterzieht diese Zuteilung sodann der „Ingerenzprobe“, wobei er betont, es gehe nicht um die Ableitung, sondern die Absicherung der aus dem Verantwortungsprinzip gewonnenen Ergebnisse.⁴³⁹⁶ Im Fall der Notwehr fehle es dem Gut überhaupt an der rechtlichen Schutzwürdigkeit, während das Rechtsgut im Notstand aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes schutzwürdig bleibe.⁴³⁹⁷ Ähnliche Überlegungen finden sich auch bei *Roxin*, der hinsichtlich §§ 32, 34 StGB bei der Ingerenz nicht auf die Rechtswidrigkeit abstellt, sondern die Zurechnungsregeln des Tatbestandes in den Unrechtsbereich ausdehnen möchte.⁴³⁹⁸ Der Notstandstäter sei im Rahmen der Interessenabwägung weiterhin zur größtmöglichen Schonung der Rechtsgüter verpflichtet.⁴³⁹⁹ Nunmehr haben sich auch, wie oben beschrieben, die beiden jüngsten Monographien zum Thema der Ingerenz, von *Paradissis* und *Herbertz*, dafür ausgesprochen, bei der Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz unter Zurechnungsgesichtspunkten zwischen Notwehr und (Aggressiv-) Notstand zu differenzieren. Dem wurde oben bereits widersprochen,⁴⁴⁰⁰ ergänzend ist folgendes zu vermerken:

Der Einordnung der Notwehr als Zurechnungsausschlussgrund widerspricht die Konzeption des Gesetzes: § 32 StGB spricht ebenso wie § 34 StGB was die Rechtsfolge angeht

⁴³⁹² *Gössel* GA 2015, 18, 22, „[...] die Erkenntnisse der letzten ca. 100 Jahre zu Aufbau und Struktur der Straftat und zur Bestimmung des Tatbestandes und seiner Merkmale mindestens teilweise wieder aufgibt und die Dogmatik so in die Zeit vor Beling zurückführt“; siehe auch *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 43 Rn. 118.

⁴³⁹³ *Jäger* Zurechnung S. 21 ff.

⁴³⁹⁴ *Jäger* Zurechnung S. 31 f. Jedenfalls wenn man mit der h.M. die Erforderlichkeit nur auf die Handlung, nicht den Erfolg beziehe und so das Notwehrrecht durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenze. Siehe auch S. 44: „Noch immer ist es aber auch nach meinen Überlegungen möglich, die Notwehr als Rechtfertigungsgrund zu begreifen. Alles hängt davon ab, wie viel Verhältnismäßiges man im Notwehrrecht erblickt“.

⁴³⁹⁵ *Jäger* Zurechnung S. 33.

⁴³⁹⁶ *Jäger* Zurechnung S. 37. Daher ist die Unterstellung von *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 144 m. Fn. 53, *Jäger* setze, indem er „überall dort, wo eine Garantenstellung aus Ingerenz ausscheidet, den Rechtfertigungsgrund dem Bereich der Erfolgsordnung zuordne[t]“, zirkulär voraus, was zu beweisen wäre, in ihrer Schärfe unzutreffend. Der Verdacht einer äußerst ergebnisorientierten Argumentation *Jägers* lässt sich jedoch nicht von der Hand weisen.

⁴³⁹⁷ *Jäger* Zurechnung S. 38.

⁴³⁹⁸ *Roxin* FS Trechsel S. 551, 564 ff., es komme darauf an, in wessen Verantwortungsbereich das Geschehen falle; ähnlich auch *ders.* AT II § 32 Rn. 156 ff.; sympathisierend auch *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 166 f.; ähnlich zudem *Schräggle* Unterlassungsdelikt S. 302 f.

⁴³⁹⁹ *Roxin* FS Trechsel S. 551, 566.

⁴⁴⁰⁰ Vgl. → Kapitel 3 § 2 C VI 2 d).

ausdrücklich von „nicht rechtswidrig“,⁴⁴⁰¹ beide Vorschriften sind im gemeinsamen Abschnitt „Notwehr und Notstand“ verortet. Es erscheint kaum überzeugend, gerade an denjenigen Stellen, an denen der Gesetzgeber im Allgemeinen Teil des StGB eine verhältnismäßig klare Wertentscheidung trifft, diese unter Verweis auf eine völlig unbestimmte „Zurechnungslösung“ wegzuwischen, die ihrerseits jedes Anhaltspunktes im Gesetz entbehrt. Materiell kommt hinzu, dass man hinsichtlich des Notwehr Übenden durchaus von „seiner Tatbestandsverwirklichung“⁴⁴⁰² sprechen kann und muss: Denn der Täter gestaltet hier das erfolgsverursachende Geschehen in aller Regel als Tatherr, nur *darf* er es eben so gestalten. Er verletzt zwar die Selbstbestimmung des Angreifers, nicht aber dessen Selbstbestimmungsrecht.⁴⁴⁰³ Für die Schärfe des Notwehrrechts spielt sicher auch die Verantwortung des Angreifers für die Situation eine Rolle, sie erlangt (straf-) rechtliche Relevanz jedoch gerade innerhalb der spezifischen Rechtfertigungsfrage, wie Freiheits- und Entfaltungsinteressen von Angreifer und Verteidiger miteinander in Einklang zu bringen sind: „[...] im Rahmen der Notrechte interessiert, inwieweit ein allgemeines, d.h. wechselseitig bestehendes und rechtlich anzuerkennendes Bedürfnis bejaht werden kann, drohenden Güterbeeinträchtigungen durch die Inanspruchnahme von Gütern und Freiheiten anderer zu begegnen“ [...] „Es ist nicht gerechtfertigt, „diese völlig eigenständigen [...] Überlegungen einfach als Zurechnungsfragen zu führen“.⁴⁴⁰⁴ Die Rechtfertigungsgründe dienen eben nicht als Zurechnungsgründe, sondern – gerade nach *Roxin* – als „sozialregulierende Interessenabwägung in Konfliktsituationen“ bzw. „soziale[...] Konfliktlösung“.⁴⁴⁰⁵

Speziell für diejenigen Autoren, die eine unerlaubte Risikovorhandlung fordern, – und hierzu zählen *Roxin*, *Jäger*, *Paradissis* und *Herbertz* – ist zudem nicht bloß die *Einordnung* der Rechtfertigungsgründe als Zurechnungsgründe, sondern insbesondere ihre *Nichtbeachtung eben als Rechtfertigungsgründe* unschlüssig. Denn ein Verhaltensnormverstoß liegt erst dann vor, wenn die vorläufige Wertung des Verbots nicht durch einen Erlaubnissatz widerlegt ist. Das Indiz der tatbestandlichen Verhaltensmissbilligung besteht bloß vorbehaltlich der fehlenden Rechtfertigung und ist *für sich* strafrechtlich irrelevant. Ein strafrechtlich *relevanter* Normverstoß setzt die Verbotswidrigkeit *plus* fehlende Erlaubnis voraus⁴⁴⁰⁶ und es besteht keine Veranlassung, für die Ingerenzbegründung aus vermeintlicher Billigkeit hiervon abzuweichen. Wenn es also im Falle des recht-

⁴⁴⁰¹ Dies sieht auch *Jäger* Zurechnung S. 15, hält es aber für eine „rein formale Argumentation“.

⁴⁴⁰² So *Jäger* Zurechnung S. 19; Hervorhebung im Original.

⁴⁴⁰³ Treffend *Stratenwerth* ZStW 68 (1956) 41, 64.

⁴⁴⁰⁴ Vgl. im Allgemeinen *Frisch* GA 2003, 719, 740; „Geeignetheit, Erforderlichkeit und eine gewisse Verhältnismäßigkeit sind hier u. a. das situationsspezifisch zu konkretisierende Richtmaß“.

⁴⁴⁰⁵ *Roxin* Kriminalpolitik S. 16 bzw. S. 24; ähnlich nun *ders./Greco* AT I § 7 Rn. 66; siehe auch *Schünemann* in: Bausteine S. 149, 173: sozial angemessene Abgrenzung der Freiheitssphären.

⁴⁴⁰⁶ Daran wird im Rahmen der *Strafbarkeitsprüfung* durchaus festgehalten, vgl. *Roxin/Greco* AT I § 14, § 16.

fertigenden Notstandes nicht auf die endgültige rechtliche Missbilligung der Verhandlung ankommt (die bloß tatbestandliche ist insoweit ein *nullum*), ist es inkonsequent, in anderen Fällen daran festzuhalten.

3. Ingerenz in Folge von Notwehrhandlungen

Da viele Autoren nach Verantwortungsbereichen und insbesondere dem Opferverhalten differenzieren,⁴⁴⁰⁷ erscheint es sinnvoll, die diesbezüglich divergierenden Rechtfertigungsgründe Notwehr und Notstand⁴⁴⁰⁸ näher zu beleuchten, um die Richtigkeit des gefundenen Ergebnisses zu überprüfen.

Entgegen der h.M. nehmen einzelne Autoren an, dass (trotz der Verantwortlichkeit des Angreifers für den Konflikt) auch Verhalten in Notwehr eine Garantstellung aus Ingerenz nach sich ziehe. Diese Ansicht wurde insbesondere von *Welp* und *Herzberg* verteidigt, hat daneben aber auch einige wenige⁴⁴⁰⁹ andere Unterstützer gefunden. Insbesondere die beiden eindrucksvollen, monographisch entwickelten Konzeptionen von *Welp* und *Herzberg* erscheinen hier prädestiniert, um die vorläufig gefundene Lösung auf den Prüfstand zu stellen.

a) Die Auffassung von *Welp*

aa) Darstellung

Welp argumentiert ebenfalls mit der „Reichweite des Notwehrrechts“: Er meint, der Angreifer müsse die „ex post selbständig abwendbaren weiteren Folgen“ nicht dulden, die anders als durch die Verhinderung der Verteidigungshandlung abgewendet werden könnten.⁴⁴¹⁰ *Welp* geht insbesondere von dem Fall aus, dass der Verteidiger die später erforderlich werdende Abwendungsmöglichkeit bereits bei Vornahme der Verteidigungshandlung erkennt, etwa, wenn er den Einbrecher im Keller einschließt. Habe er zum Zeitpunkt des Einschließens überhaupt nicht vor, diesen wieder zu befreien, handle er mit Tötungsvorsatz, indem er den Tod als sichere Folge der Verteidigung voraussehe. Es sei zweifelhaft, ob es sich um einen Verteidigungswillen handle, wenn er die Herbeiführung von Erfolgen intendiere, die zur Abwehr des Angriffs nicht erforderlich seien. Dem Täter sei die „sofortige Herbeiführung der schweren Folge“ jedenfalls verboten. Es sei schwer verständlich, „warum der Eintritt der schweren Folge überhaupt intendiert werden darf“. Wenn man (nach *Welp*: richtigerweise) die Rechtfertigung von einem Rettungswillen des Verteidigers abhängig mache, so müsse er diesen Entschluss auch in die Tat umsetzen; „denn dies ist gewissermaßen die Bedingung, an die die Ausübung des Notwehrrechts bei der gegebenen Konstellation geknüpft ist“. Dann meint *Welp*, „ähnliche Überlegungen

⁴⁴⁰⁷ Etwa *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 97; *Otto* NJW 1974, 528, 534; *ders.* FS Hirsch S. 291, 309; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 118; *Weigend* LK § 13 Rn. 45.

⁴⁴⁰⁸ Vgl. *Pawlik* Notstand S. 306: Bei der Notwehr treffe den Eingriffsadressaten eine „Maximalzuständigkeit“, beim Aggressivnotstand eine „Minimalzuständigkeit“.

⁴⁴⁰⁹ Vgl. *Rengier* AT § 50 Rn. 78: „aktuell kaum noch vertretene Gegenmeinung“.

⁴⁴¹⁰ Alle Zitate *Welp* JZ 1971, 433. Dass der Angegriffene sich im Rahmen des Erforderlichen verteidigen dürfe, schließe nicht die Annahme aus, dass er die Folgen später gleichwohl abwenden müsse, wenn zum Schutz seiner Güter keine weitere Verletzung des Täters mehr notwendig sei.

gelten auch für den Fall, daß der Verteidiger die nur ex post zu realisierende Abwendungsmöglichkeit bei seinem Tun verkannt hat“, ohne dies weiter zu präzisieren. Im Anschluss an seine grundsätzliche Differenzierung schreibt *Welp* im Folgenden, die Abhängigkeit des *Opfers* vom Ausbleiben der Folgen der Aktivität ergebe sich daraus, dass die „selbständig abwendbare Folge der Verteidigungshandlung – wie bemerkt – außerhalb der rechtfertigenden Wirkung der Notwehr bleibt“. „Daß es jedoch zu einer Situation kommen konnte, in der er der Gefahr einer größeren Einbuße an Rechtswerten ausgesetzt war, als es die Abwehr seines Angriffs an sich erforderte, ergab sich allein aus den unglücklichen tatsächlichen Umständen, etwa daraus, daß der Verteidiger kein weniger gefährliches Abwehrmittel zur Hand hatte. Wenn er dieses gleichwohl einsetzen durfte, so bedeutete dies nicht, daß mit dem Handlungsunwert der Verteidigung auch der Erfolgswert der weiteren Folge aufgehoben wäre.“ Eine solche Denkweise wäre mit „einer vernünftigen Güterökonomie“ nicht vereinbar, die über den Begriff der Erforderlichkeit auch in das Notwehrrecht Eingang gefunden habe.⁴⁴¹¹ Was den *Täter* als „Subjekt dieser Abhängigkeit des Opfers“ angehe, sei diese Hilflosigkeit gerade sein Werk. „Zwar durfte er den gefährlichen Kausalverlauf einleiten und wäre jeder strafrechtlichen Verantwortung ledig gewesen, wenn sich der Eintritt der weiteren Folge seiner potentiellen Tatmacht entzogen hätte“. Dass es ihm zur Pflicht gemacht werde, die Folge seines erlaubten Tuns zu vermeiden, ergebe sich jedoch aus dem „Wesen der Rechtfertigungsgründe“, die ein „kompossibles Maximum“ beim „Ausgleich der widerstreitenden Interessen“ herstellen wollten.⁴⁴¹²

bb) Kritik

Zu betonen ist vorab, dass gerade in *Welps* Beispielsfall eine Garantenstellung aufgrund aktueller Sachherrschaft über die Einschließung als Gefahrenquelle in Betracht kommt,⁴⁴¹³ sodass es auf das Bestehen einer Ingerenzgarantenstellung möglicherweise überhaupt nicht ankommt. Jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Ingerenz können die Überlegungen *Welps* jedoch nicht überzeugen. *Welp* meint, dem Täter sei die sofortige Herbeiführung der „schweren Folge“ verboten. Gleichzeitig führt er jedoch an, dass „ein Absehen von der Einschließung einem Verzicht auf jede Verteidigung gleichgekommen wäre“, die Alternative „todesgefährliches Einschließen“ – „todesungefährliches Einschließen“ hat sich also überhaupt nie gestellt. Der Verteidiger darf daher den Angreifer einsperren⁴⁴¹⁴ und sich damit für dessen Leben gefährlich verhalten. Der Vergleich mit völlig hypothetischen Alternativen ist unzulässig und unverständlich. Der Einwand, es sei schwer verständlich, warum der Todeseintritt „intendiert werden darf“ widerspricht

⁴⁴¹¹ Alle Zitate *Welp* JZ 1971, 433, 434. Es sei gleichgültig, ob der Täter die „sorgfältig ausbalancierte Grenze des Erforderlichen“ überschreite oder es später unterlasse, die Wirkungen innerhalb „dieser Grenzen“ zu halten. Die Gefahr einer weiteren Einbuße an Rechtsgütern sei immer nur die „Funktion der unglücklichen tatsächlichen Umstände“.

⁴⁴¹² Zustimmung a. *Herzberg* JuS 1971, 74, 75.

⁴⁴¹³ Vgl. etwa auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 115.

⁴⁴¹⁴ Siehe auch *Hoyer* SK § 34 Rn. 29: Steht nur eine Abwehrmöglichkeit zur Verfügung, ist mit der geeigneten zugleich die erforderliche Notstandshandlung benannt.

dem Prinzip *cogitatio nemo poena partitur*: Das Recht verbietet keine Gedanken, Gesinnungen und Intentionen, sondern Handlungen.⁴⁴¹⁵ Indem *Welp* dem Verteidiger seinen vorhandenen Verteidigungswillen absprechen will, versagt er ihm die Rechtfertigung für die – tatsächlich als solche erkannte, erforderliche – Verteidigung letztlich bloß aufgrund der bösen Gesinnung.⁴⁴¹⁶ Richtigerweise schaden im Tatstrafrecht neben dem vorhandenen und nicht völlig in den Hintergrund tretenden Verteidigungswillen andere Motive und Gesinnungen nicht.⁴⁴¹⁷ Die eigentlich relevante Frage ginge dahin, ob der Täter die konkrete Abwehrhandlung vornehmen darf, und diese Frage ist aufgrund der (objektiv zu beurteilenden!) Erforderlichkeit der Abwehr zu bejahen.⁴⁴¹⁸ Letztlich fällt *Welp* mit der konditionalen Verknüpfung von Abwendungswillen und Rechtmäßigkeit der Handlung auf die heute allgemein abgelehnte Interferenztheorie zurück.⁴⁴¹⁹ Die Erforderlichkeit eines Rettungswillens für das Vorhandensein eines Verteidigungswillens knüpft die Notwehr entgegen Art. 103 II GG an Voraussetzungen, die das Gesetz nicht kennt. Dass die Ausübung des Notwehrrechts an die „Bedingung“ geknüpft sei, dass der Betreffende einen Rettungsentschluss bilde *und* ausführe, ist eine bloße Behauptung, die dem Gesetz sowie den Grundsätzen des *Tatstrafrechts* eklatant widerspricht.⁴⁴²⁰ Dass *Welp* dieses Ergebnis ohne weiteres auch auf andere Fallkonstellationen verallgemeinert, überrascht umso mehr.⁴⁴²¹

⁴⁴¹⁵ Es überrascht geradezu, dass *Welp* als Finalist hier das Intendieren als bloßen Wunsch für maßgeblich hält, welcher sich überhaupt nicht im objektiven Handlungsvollzug niederschlägt, indem der Täter nur diejenige Handlung ausführt, die er auch sonst rechtmäßig ausgeführt hätte.

⁴⁴¹⁶ Dabei konfundiert *Welp* zudem den Tatbestandsvorsatz mit dem Verteidigungswillen: Der Tötungsvorsatz betrifft nur den tatbestandlichen Rechtsgutsangriff, nicht hingegen den „Gegengrund“ der legitimen Verteidigung. Der Rechtfertigungsgrund der Notwehr spielt doch gerade dann eine Rolle, wenn der Täter tatbestandlich und damit vorsätzlich handelt. Vom Vorliegen des Tötungsvorsatzes darauf zu schließen, dass ein Verteidigungswille nicht mehr möglich sei, verkehrt die Funktion der Rechtfertigung gerade als Ausnahmeregelung zum *erfüllten* Tatbestand ins Absurde.

⁴⁴¹⁷ Vgl. *Zieschang* AT Rn. 229.

⁴⁴¹⁸ Anders als bei der „sofortigen Herbeiführung“ des Todes, wo die Erforderlichkeit fehlen würde. Aber diese Alternative ist eben nur hypothetisch.

⁴⁴¹⁹ Nach dieser war die Bildung eines Abwendungswillens Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer Handlung. Das Aufgeben dieses Handlungswillens wurde dann als „innere“ kausale Handlung aufgefasst, vgl. oben → Kapitel 1 § 1 B III.

⁴⁴²⁰ *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 176 sieht *Welps* Theorie den gleichen Einwänden ausgesetzt wie *Ad Merkels* Bedingungs konstruktion. Das ist insoweit zutreffend als *Welp* die Rechtmäßigkeit der Handlung an die Vornahme der späteren Unterlassung knüpft und insoweit das Koinzidenzprinzip durchbricht. Indem *Welp* jedoch auf die Bildung und Ausführung eines Abwendungswillens abstellt, begibt er sich in die noch problematischeren Untiefen der Interferenztheorien.

⁴⁴²¹ Dabei wäre es doch gerade erforderlich zu begründen, wieso eine Lösung, die in einer Konstellation gerade aufgrund derer Besonderheiten gefunden wurde, auf eine völlig andere Konstellation übertragen werden kann, die diese Besonderheiten nicht aufweist. In den Fällen, in denen der Täter überhaupt nicht an eine spätere Abwendungsmöglichkeit denkt, handelt es sich also *erst recht* um eine Fiktion zu seinen Lasten. Diese Konstellation stellt im Gegenteil eigentlich ein Gegenargument zu *Welps* zuvor getroffenen Überlegungen (wieder parallel zur Interferenztheorie) dar: Es kann doch gerade nicht von der Zufälligkeit abhängen, ob der Täter während der Verteidigung eine etwaige spätere Rettungsmöglichkeit *bedacht* hat.

Wenn *Welp* meint, die „selbstständig abwendbare Folge“ sei nicht von der Rechtfertigung umfasst, kann dies nicht überzeugen. Der Rechtfertigungsgrund der Notwehr betrifft die Verwirklichung der strafrechtlichen Tatbestände. Die Gewährleistungsnormen der einzelnen Tatbestände des StGB bewerten wiederum nur bestimmte *tatbestandliche Erfolge*, nicht aber irgendwelche weitergehenden Folgen. Letztlich bleibt auch unklar, was *Welp* mit der Gütereinbuße meint, die der Angriff „an sich“ erforderte. Insoweit geht es wohl weder um die *ex ante* Betrachtung der Erforderlichkeit⁴⁴²² noch um eine denkbare Korrektur dessen *ex post*,⁴⁴²³ sondern die hypothetische Situation, dass der Verteidiger genau das „passende“ Mittel zur Verfügung hat, um den Angreifer möglichst zu schonen. Eine „an sich erforderliche“ Abwehr ist jedoch ein kaum realistisches Gedankenspiel, eine für den Angreifer bestmögliche Hypothese, welcher der Verteidiger in Wirklichkeit nie gerecht werden könnte. Es widerspräche dem Rechtfertigungsgrund der Notwehr, ihn mit „weitreichenden Folgeverantwortungen“ zu belasten.⁴⁴²⁴ Dass in der konkreten Situation kein milderes Mittel zur Verfügung stand (nach *Welp* die „unglücklichen tatsächlichen Umstände“) mag für den Angreifer in der Tat subjektiv „unglücklich“ erscheinen, nach der Konzeption des § 32 StGB ist allerdings das sich aus der Verteidigung ergebende Risiko rechtlich auf ihn verlagert. Es ist ja gerade der Angreifer, der die Situation heraufbeschworen hat,⁴⁴²⁵ und der damit auch das Prognoserisiko der „Erforderlichkeit“ zu tragen hat. Die „Schneidigkeit“ des Notwehrrechts gründet sich gerade darauf, dass sich „Recht und Unrecht gegenüberstehen“,⁴⁴²⁶ weil der Angreifer die Verantwortlichkeit für den Konflikt trägt. Widersprüchlich wäre es daher, denjenigen, der im Interesse der Allgemeinheit die Rechtsordnung verteidigt, als „Dank“ mit einer Garantstellung zu belasten.⁴⁴²⁷ Der Verteidiger braucht sich insbesondere nicht auf eine unsichere Abwehr verweisen lassen, sondern darf den Angriff zweifelsfrei und endgültig ausräumen.⁴⁴²⁸ Er ist, weil er die Rechtsordnung verteidigt, nicht auf für den Angreifer stets schonende

⁴⁴²² Siehe nur *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 179.

⁴⁴²³ Erwogen auch von *Walther* FS Herzberg S. 503, 506 (letztlich unter Verweis auf den Wortlaut ablehnend).

⁴⁴²⁴ Zutreffend *Hoven* GA 2016, 16, 22; in der Sache bereits *Maiwald* JuS 1981, 473, 483.

⁴⁴²⁵ Hierauf wird gerade im Rahmen der Ingerenzbegründung regelmäßig hingewiesen. Siehe nur *Weigend* LK § 13 Rn. 45 sowie die unter → 1. a) zitierten Autoren; im Allgemeinen *H.-L. Günther* SK⁷ § 32 Rn. 106; *Kühl* AT § 7 Rn. 19; *Stratenwerth* ZStW 68 (1956) 41, 63: Die Kollision wird erst durch ihn geschaffen; *Zieschang* Jura 2003, 527, 530.

⁴⁴²⁶ *Lenckner* Notstand S. 24. Es gilt insoweit das Rechtsbewährungsprinzip: „Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen“, vgl. *Hirsch* FS Dreher S. 211, 217 ff., 223; *Kühl* AT § 7 Rn. 10 ff.; *Küper* Pflichtenkollision S. 75; *Rosenau* SSW § 32 Rn. 2; *Roxin* FS Jescheck S. 457, 459; *ders.* Kriminalpolitik S. 26; *ders./Greco* AT I § 15 Rn. 1 ff.; *Zieschang* Jura 2003, 527, 531; *ders.* AT Rn. 211. Siehe zudem *Stratenwerth* ZStW 68 (1956) 41, 60 ff. 64 f., 67: Der Angriff bedroht nicht bloß unmittelbar die Integrität der Rechtsgüter des Verteidigers, sondern stellt „das Prinzip der Respektierung fremder Selbstbestimmung selbst unmittelbar und unbedingt in Frage“. Es wird damit nicht bloß die normale Ordnung verteidigt, sondern auch das Prinzip, auf dem sie beruht.

⁴⁴²⁷ So bereits eindringlich *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 181; sowie *Kudlich* AT S. 147 f.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 183, besonders für den „Zivilcourage“ zeigenden Nothelfer.

⁴⁴²⁸ Vgl. BGH NSTz 2012, 272, 274; *Küper* Pflichtenkollision S. 75 f.; *Rosenau* SSW § 32 Rn. 26.

Flucht (bzw. Ausweichen) verwiesen.⁴⁴²⁹ Wenn die Rechtsordnung bereits während der Verteidigung nicht um jeden Preis die Schonung des Angreifers gebietet, warum dann nach deren Abschluss? Es würde dem Sinn des Notwehrrechts widersprechen, würde man den Verteidiger *faktisch* auf die Möglichkeit der Flucht verweisen, wenn er sich nicht dem Risiko einer Garantenposition aussetzen will. Es ist daher unzutreffend, wenn *Welp* es dem Verteidiger zuschreibt, kein milderes Abwehrmittel zur Verfügung gehabt zu haben. Es gibt insoweit keine Erforderlichkeit „an sich“, sondern nur das gesetzliche Erfordernis der Erforderlichkeit. Dessen Regelungswirkung beschränkt sich daher richtigerweise auf eine Begrenzung der Verteidigungshandlung, stellt aber keine Grundlage für eine hinzutretende Rettungspflicht dar.⁴⁴³⁰ Der Verweis auf die „vernünftige Güterökonomie“ ist zudem bereits deswegen verfehlt, weil das Notwehrrecht nach § 32 StGB gerade keine Verhältnismäßigkeitsprüfung oder Güter- und Interessenabwägung fordert.⁴⁴³¹ Bloß auf einer „vernünftigen Güterökonomie“ beruht zudem auch § 323c I StGB. Zu begründen ist ja gerade nicht nur, dass der Verteidiger den Angreifer nicht sterben lassen darf, sondern, dass er in besonderem Maße, als Garant, für die Situation verantwortlich ist. Der Angreifer wird dadurch auch nicht „friedlos“ gestellt und muss weiterhin nach § 323c StGB gerettet werden.⁴⁴³² Lediglich eine darüberhinausgehende Pflicht scheidet aus.⁴⁴³³ Den Verteidiger hier für seine unterlassene Erfolgsabwendung gleich einem Begehungstäter zu bestrafen, würde die Rollen von Täter und Opfer vertauschen.⁴⁴³⁴

Hinsichtlich der „Opferposition“⁴⁴³⁵ findet *Welp* also allein ein faktisches Schutzbedürfnis des Opfers auf, um dann den Täter bloß noch als Subjekt auf dieses Schutzbedürfnis zu beziehen, weil dieses – insoweit generalklauselartig – „sein Werk“ sei. Diesbezüglich muss weiterhin betont werden, dass es für die Frage, ob eine *relevante* Abhängigkeit vorliegt und diese im *juristischen* Sinne „Werk“ des Täters ist, doch maßgeblich auf die *rechtliche Beurteilung* des Vorgangs ankommen muss. Wenn *Welp* also meint, die Ge-

⁴⁴²⁹ Vgl. *Küper* Pflichtenkollision S. 75 f.; *Roxin* Kriminalpolitik S. 26; *ders./Greco* AT I § 15 Rn. 49; *Rosenau* SSW § 32 Rn. 2, 25; *Zieschang* AT Rn. 212.

⁴⁴³⁰ *Maiwald* JuS 1981, 473, 483; *Hoven* GA 2016, 16, 22. Ähnlich auch *Herbertz* Ingerenz S. 345, die meint, der Begriff „erforderlich“ beziehe sich nur auf den gegenwärtigen Angriff; hier scheint das Richtige gemeint zu sein; genauer ist es aber, dass sich das Merkmal *erforderlich* auf die konkrete „Verteidigung“, also Handlung bezieht (so richtigerweise *Rosenau* SSW § 32 Rn. 21 – was *Herbertz* wohl nicht tut, um an ihrer Konstruktion der „erfolgsbezogenen Rechtfertigung“ festhalten zu können).

⁴⁴³¹ Siehe nur *Zieschang* GA 2006, 415, 416 f., 418; *ders.* AT Rn. 211; im Gegensatz zum rechtfertigenden Notstand, § 34 StGB.

⁴⁴³² Vgl. auch *Maiwald* JuS 1981, 473, 483; *Krey/Esser* AT Rn. 1151; *Murmann* GK § 29 Rn. 70; *Hoven* GA 2016, 16, 22: *insoweit* besteht auch ein „Vertrauensverhältnis“; *Rengier* AT § 50 Rn. 78; *Zieschang* AT Rn. 617. Damit erledigen sich auch *Welps* Unterstellungen, wenn der Angreifer seine „Aggressivität“ auch noch „nach der Abwehr seines Angriffs entgelten soll“, spielten hier „unterschwellig Vorstellungen über seine Friedlosigkeit mit“, die dem Begriff der Notwehr fremd seien, *Welp* JZ 1971, 433, 434; ähnlich wie *Welp* auch *S. Vogt* Berufstypisches Verhalten S. 190; *Walther* FS Herzberg S. 503, 506.

⁴⁴³³ So zu Recht auch *Heinrich* AT Rn. 960; *Hoven* GA 2016, 16, 22; *Murmann* GK § 29 Rn. 70; *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rn. 288.

⁴⁴³⁴ Vgl. dieses Argument in anderem Kontext bei *Zieschang* Jura 2003, 527, 532.

⁴⁴³⁵ Vgl. zu *Welps* Theorie allgemein → Kapitel 3 § 2 E II.

währung eines Eingriffsrechts vertrage sich mit der Annahme, dass die bewirkte Verletzung das Werk des Täters sei,⁴⁴³⁶ mag dies bei einer *vorrechtlichen* Betrachtung zutreffen⁴⁴³⁷ und auch zum Vorliegen von Tatherrschaft und damit zur Verwirklichung des *Straftatbestandes* führen. Für die *strafrechtliche Bewertung* des Geschehens kommt es jedoch letztlich kumulativ auf die Tatbestandsmäßigkeit sowie das (Nicht-)Vorliegen von Rechtfertigungsgründen an. Wenn das Recht dem Verteidiger ein Eingriffsrecht zuerkennt und dem Angreifer eine Duldungspflicht zuweist, entscheidet es die Kollisionslage zwischen den Beteiligten.⁴⁴³⁸ Echte Rechtfertigungsgründe enthalten mehr als die Aussage des Strafrechts, dass eine Handlung nicht sanktioniert wird, vielmehr genügt die Tat den Anforderungen der Rechtsordnung insgesamt, so dass der Verletzte sie zu dulden hat.⁴⁴³⁹ Dann liegt aber nach den Wertungen des Strafrechts überhaupt keine rechtlich relevante Abhängigkeit vor, sondern eine bloß faktische Hilflosigkeit und damit „allgemeines Lebensrisiko“.

Letztlich scheint *Welp* selbst zu erkennen, dass seine Bejahung der Garantenstellung dem Gerechtigkeitsempfinden widerspricht, wenn er meint: „Auch das Rechtsgefühl wird sich mit dieser Lösung abfinden, wenn an die Stelle der Notwehr- eine Notstandshandlung gesetzt wird“⁴⁴⁴⁰ – warum wird diese Lösung dann aber nicht auf den Notstand beschränkt, sondern stattdessen entgegen dem Rechtsgefühl (!) auch bei der Notwehr eine Garantenstellung angenommen? Zwar handelt es sich beim „Rechtsgefühl“ keineswegs um ein bestimmtes Kriterium, allerdings sehr wohl um ein starkes Indiz,⁴⁴⁴¹ dass die *äußerste* Grenze des nach § 13 StGB überhaupt bestrafbaren Unterlassens bei *Welp* evident überschritten ist.

b) Die Argumente von *Herzberg*, *Gössel* und *Kühl*

aa) Darstellung

Ähnlich wie *Welp* meint auch *Herzberg*, man stehe grundsätzlich den Folgen eigenen Handelns näher als dem, was andere bewirken,⁴⁴⁴² und fühle sich für diese verantwortlich, auch wenn das Vorverhalten rechtmäßig sei. Die Tatbestände als Vermeidegebote würden daher nach Abschluss des aktiven Tuns für den sonderverantwortlichen Täter weitergelten, sodass die Nichtvermeidung nur solange gestattet sei, wie die Rechtfertigungslage andauere.⁴⁴⁴³ Die Verantwortlichkeit, Vorsicht zu üben und „unnötige Verluste des Angreifers zu vermeiden“, sei eine bereits während der aktiven Phase mit dem Notwehrrecht

⁴⁴³⁶ *Welp* Vorangegangenes Tun S. 223.

⁴⁴³⁷ Hier zutreffend *Freund* Erfolgsdelikt S. 185: normative Irrelevanz des Gefahrrsprungs.

⁴⁴³⁸ Vgl. *Hirsch* FS Arth. Kaufmann S. 545, 547; *ders.* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 64 f.; *Küper* JZ 1983, 88, 95; siehe auch *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 16; *Rosenau* SSW § 32 Rn. 50; *Sch/Sch/Sternberg/Lieben* Vor § 32 Rn. 10a.

⁴⁴³⁹ *Küper* JZ 1983, 88, 95.

⁴⁴⁴⁰ *Welp* JZ 1971, 433, 434.

⁴⁴⁴¹ Siehe auch *Arm. Kaufmann* JuS 1961, 173, 176. Im Allgemeinen *Maiwald* FS Maurach S. 9, 11: Die Wertvorstellungen der Allgemeinheit markieren, was „höchstens“ bestraft werden kann; *Frisch* in: *Straftat, Strafzumessung* S. 135, 142 f.

⁴⁴⁴² *Herzberg* JuS 1971, 74, 76.

⁴⁴⁴³ *Herzberg* Garantenprinzip S. 294 f.

verbundene „Auflage“. Daher sei es konsequent, die Verantwortlichkeit in der Unterlassungsphase aufrecht zu erhalten.⁴⁴⁴⁴ Wer ein fremdes Rechtsgut beeinträchtigen darf, sei immerhin gehalten, das Maximum der entgegenstehenden Interessen, das „kompossible Maximum“⁴⁴⁴⁵ zu wahren.⁴⁴⁴⁶ Ob dies nun bei Vornahme der Handlung oder danach geschehe, sei eine technische Frage, die nicht die axiologische Relevanz habe, über das Ob der Strafbarkeit zu entscheiden.⁴⁴⁴⁷ „Das Exzeßverbot beinhaltet das Vorkehrungsgebot“.⁴⁴⁴⁸ Ähnlich meint auch *Kühl*, die Berechtigung der Abwehr ändere an der Beurteilung der neuen Situation nichts. Durch die Verletzung sei der Stechende dem Angreifer „näher“ als jedem beliebigen anderen, dem gegenüber ihn nur eine Pflicht aus § 323c I StGB treffe.⁴⁴⁴⁹ Und *Gössel* weist darauf hin, dass der Angreifer durch die Unterlassung des Angegriffenen erneut an Leib und Leben gefährdet werde.⁴⁴⁵⁰ „Die der Notwehrhandlung nachfolgende Unterlassung gefährdet den früheren Angreifer mindestens nach allgemeinen Erfahrungssätzen real an Leib und Leben und verletzt so die Verhaltensnormen zum Schutze von Leib und Leben in einer den finalen Schutzzweckzusammenhang zwischen Unterlassung und Rechtsgutsbeeinträchtigung begründenden Weise“.⁴⁴⁵¹

bb) Kritik

Letztlich bewegt sich *Herzberg* in einem Zirkel, wenn er meint, dass das Nichtvermeidungsgebot nach Abschluss der aktiven Phase für den „sonderverantwortlichen Täter“ weitergelte. Denn ob der Verteidiger weiterhin eine „Sonderverantwortlichkeit“, also Garantstellung, innehat, ist doch gerade die zu beweisende Frage. In der Tat darf der Verteidiger den Angreifer nicht verbluten lassen und ist weiterhin zur „Vermeidung“ dieses Erfolgs verpflichtet – die Frage ist jedoch gerade, ob „nur“ nach § 323c I StGB oder auch

⁴⁴⁴⁴ *Herzberg* JZ 1986, 986, 989. Auch *Murmann* revidiert an versteckter Stelle seine Ablehnung der Ingerenz nach rechtswidrigem Vorverhalten: Der Verteidiger sei „verpflichtet, eine fortwirkende Notwehrhandlung zu beenden“. Eine Pflicht bestehe dann, wenn Beschränkung der Verteidigung auf ein „erforderliches“ Maß ein positives Tun verlange, *Murmann* GK § 29 Rn. 70; ähnlich auch *Rengier* AT § 50 Rn. 93.

⁴⁴⁴⁵ *Herzberg* JuS 1971, 74, 75; *ders.* Garantprinzip S. 295.

⁴⁴⁴⁶ Zur Abwehr des Angriffs sei etwa das Verblutenlassen des Angreifers nicht erforderlich, *Herzberg* Garantprinzip S. 295; siehe auch *ders.* Arbeitsschutz S. 248 f.; **für** eine Garantstellung daher entschieden auch *Hardtung/Putzke* AT Rn. 1031 ff.; *Kühl* FS *Herzberg* S. 177, 188 (zweifelnd aber *ders.* AT § 18 Rn. 94 f.); *Kugler* Ingerenz S. 189 ff., *Vogt* ZStW 63 (1951) 381, 403; siehe auch *Arth. Kaufmann/Hassmer* JuS 1964, 151, 152 ff., die zwar eine Schutzfunktion annehmen, jedoch aufgrund der besonderen Situation eine Gleichheit des Handlungsunrechts verneinen; allgemein gegen das Rechtswidrigkeitserfordernis *Granderath* Rechtspflicht S. 152: „wertfreie Natur“ der Vorhandlung; *Heinitz* JR 1954, 270.

⁴⁴⁴⁷ *Herzberg* Garantprinzip S. 295.

⁴⁴⁴⁸ *Herzberg* JZ 1986, 986, 990. *Herzberg* bildet insofern folgenden Fall: Eine Frau wird auf ihrem eigenen Motorboot von einer Zufallsbekanntschaft angegriffen und stößt diese ins Wasser. Könne sie gleichzeitig einen Rettungsring ins Wasser werfen, so müsse sie dies tun, um im Rahmen des Erforderlichen zu handeln. Die Beurteilung dürfe jedoch nicht völlig konträr sein, wenn der Wurf des Rettungsringes erst im Nachhinein erfolgen könne. Vgl. auch *ders.* JuS 1971, 74, 76: „Wenn das Recht vom Nothelfer selbst in der Hitze des Gefechts fordert, die Wirkung der Abwehr zu mäßigen, dann wäre es widersinnig, ihn nach des Kampfes Ende aus dieser Pflicht zu entlassen“; ähnlich *Hardtung/Putzke* AT Rn. 1031, die meinen, das Geschehen dürfe nicht in „„Sekundenteile“ atomisiert“ werden, sondern müsse als Einheit betrachtet werden.

⁴⁴⁴⁹ *Kühl* JA 2014, 507, 511; *ders.* JuS 2007, 397, 403; siehe auch *ders.* FS *Herzberg* S. 177, 178, 188 f.

⁴⁴⁵⁰ *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 103.

⁴⁴⁵¹ *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 106.

„sonderverantwortlich“ nach §§ 212, 13 StGB.⁴⁴⁵² *Herzberg* geht zwar zutreffend davon aus, dass die „Sonderverantwortung“ des Begehungstäters nicht stets mit dem bloßen Herrschaftsverlust endet, setzt aber dem entgegengesetzt voraus, dass diese in jedem Fall – unabhängig von der rechtlichen Bewertung – weiterbestehe. Hier wird letztlich nur an den wertfreien Kausalzusammenhang angeknüpft.⁴⁴⁵³ Der Verteidiger steht den Entwicklungen nach Ausübung des Notwehrrechts *normativ* wie ein beliebiger Dritter gegenüber: „Zwar hat er sie verursacht, aber die bloße Verursachung kann eine Handlungsäquivalenz seines etwaigen späteren Unterlassens nicht herstellen“.⁴⁴⁵⁴ Insoweit mag die Argumentation *Herzbergs* und *Kühls* (insoweit ähnlich wie *Welps*), dass der Verteidiger die Gefahr geschaffen habe und dieser „näher“ stehe, bei einer *vorrechtlichen* Betrachtung zutreffen. Dass die Rechtsordnung dem Verteidiger jedoch ein Eingriffsrecht gewährt, ändert durchaus etwas an der rechtlichen Beurteilung der neuen Situation. Indem nämlich die tatbestandliche Schutznorm des Opfers durch dieses Eingriffsrecht eingeschränkt wird, stellen die Folgen der Verteidigung für das Opfer keine strafrechtlich relevante Bedrohung seiner Rechtsgüter dar, die überwachungsbedürftig wäre, § 13 I StGB. Auch trifft das Argument *Herzbergs* nicht zu, der Handelnde sei bereits in der aktiven Phase „vermeideverantwortlich“ gewesen, Verluste beim Angreifer zu minimieren. Bereits zu diesem Zeitpunkt ist der Verteidiger nämlich nicht verpflichtet zusätzliche komplementäre Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen.⁴⁴⁵⁵ Das Merkmal der Erforderlichkeit betrifft allein die Rechtfertigung einer Notwehrhandlung.⁴⁴⁵⁶ Bei § 32 StGB muss grundsätzlich nicht ein „komposables Maximum“ gewahrt werden, vielmehr wird die Abwägung bereits durch den Gesetzgeber vorgenommen: „Kraft gesetzgeberischer Wertung besteht ein genereller Vorrang des angegriffenen Interesses vor dem Interesse des Angreifers“.⁴⁴⁵⁷ Indem dem Verteidiger ein Eingriffsrecht zusteht, wird die Gewährleistung der Rechtsgüter des Opfers gegen die Auswirkungen der Verteidigungshandlung insoweit zurückgenommen.⁴⁴⁵⁸ Dies ist auch nicht ungerecht: Der Angreifer begibt sich willentlich in eine Lage, in der er Risiken für Leib und Leben ausgesetzt werden kann.⁴⁴⁵⁹ Zu beachten ist auch, dass er

⁴⁴⁵² Vgl. *Roxin* AT II § 32 Rn. 184 f.; siehe auch *Freund* Erfolgsdelikt S. 184 f. m. Fn. 87.

⁴⁴⁵³ Vgl. auch *Joecks/Jäger* § 13 Rn. 58.

⁴⁴⁵⁴ *Maiwald* JuS 1981, 473, 483.

⁴⁴⁵⁵ *Maiwald* JuS 1981, 473, 483. Dies kommt, worauf *Maiwald* treffend hinweist, bereits in dem Begriff „erforderlich“ zum Ausdruck.

⁴⁴⁵⁶ *Roxin* AT II § 32 Rn. 184. – Die *strafrechtliche* „Vermeideverantwortlichkeit“ geht also gemäß § 32 StGB entlang der Erforderlichkeit der Verteidigung. Dass man bei einer *anderen* Sachlage möglicherweise bereits während der aktiven Phase die Rechtsgüter des Angreifers stärker *hätte* schonen müssen, stellt eine bloß hypothetische Betrachtung dar, die mit dem realen Sachverhalt nichts zu tun hat.

⁴⁴⁵⁷ Treffend *Kudlich* SSW Vor § 13 Rn. 78.

⁴⁴⁵⁸ Es ist zwar in der Verteidigungssituation – entgegen mancher Stimmen in der Literatur – durchaus der Verteidiger und nicht der Angreifer, der das Geschehen beherrscht und die maßgebliche Entscheidung über die Gefährdung der Rechtsgüter des Angreifers trifft. Indem er diese Entscheidung jedoch treffen *darf*, die Rechtsgüter des Angreifers insoweit gegen die Handlung nie gewährleistet waren, deren Verletzung nie vermieden werden musste, kann auch keine Vermeidspflicht in die Unterlassungsphase hinein verlängert werden.

⁴⁴⁵⁹ *Zieschang* Jura 2003, 527, 530.

stets die Möglichkeit hat, seine Rechtsgüter durch Beendigung des Angriffs selbst zu schützen.⁴⁴⁶⁰

Was die Argumentation von *Gössel* angeht, so zeigt sich wieder die Offenheit bloßer Schutzzweckerwägungen, insbesondere, wenn man für Tun und Unterlassen auf eine äußerst weite, vorstrafrechtliche Verhaltensnorm zur „Beachtung und Bewahrung bestimmter Rechtsgüter“⁴⁴⁶¹ abstellt. Erstens wird hier von *Gössel* – anders als für die übrigen Fallgruppen⁴⁴⁶² – allein auf den Schutzzweckzusammenhang zwischen dem *Unterlassen* und der Rechtsgutsbeeinträchtigung eingegangen, nicht aber auf den zwischen *Vorhandlung* und Gefährdung/Rechtsgutsbeeinträchtigung. Gerade hier ist es jedoch äußerst zweifelhaft, wie das gerechtfertigte Verhalten zu Beeinträchtigungen führen soll, die die strafrechtlichen Verhaltensnormen zu vermeiden bezwecken.⁴⁴⁶³ Vor den Gefahren, die aus einer gerechtfertigten Notwehrhandlung entstehen, soll der Angreifer nach der gesetzlichen Konzeption ja gerade nicht geschützt werden.⁴⁴⁶⁴ Zwar gefährdet der Unterlassende den früheren Angreifer in der Tat erneut unerlaubt an Leib und Leben, die entscheidende Frage ist jedoch gerade, ob diese Gefährdung ein unechtes Unterlassungsdelikt darstellt oder eben nur nach § 323c I StGB zu erfassen ist.

c) „Unzumutbarkeit“ der Garantenstellung?

Walther meint, das Fehlen einer Garantenpflicht aus Ingerenz nach Notwehr liege „keineswegs darin, daß er [der Verteidiger] die Gefahr rechtmäßig und nicht rechtswidrig herbeigeführt hat“. Vielmehr würde man ihn „mit Erwartungen befrachten, die der Mensch normalerweise nicht erfüllen kann. Von einem Garanten erwarte die Rechtsordnung „ein besonderes Verantwortungsgefühl, und dessen Betätigung in Gestalt persönlichen Rettungseinsatzes. Gerade diesem Retter-Ideal aber kann der Mensch in der Situation des Notwehrübenden kaum entsprechen.“⁴⁴⁶⁵ Dieser sei „typischerweise dem Instinkt ausgesetzt, möglichst rasch das Weite zu suchen“. Zudem könnte der Verteidiger befürchten, durch sein Bleiben am Tatort in ein Ermittlungsverfahren hineingezogen zu werden. Es sei nicht erwartbar, dass der Notwehrübende am Tatort verbleibe und eigenhändig

⁴⁴⁶⁰ *Frister* GA 1988, 291, 305, 308 f.; *Zieschang* Jura 2003, 527, 530 m. Fn. 28.

⁴⁴⁶¹ *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 39 Rn. 2 ff., § 45 Rn. 5 f.

⁴⁴⁶² *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 106 am Anfang einerseits, am Ende andererseits.

⁴⁴⁶³ Vgl. zu *Gössels* Erfordernis des Verstoßes gegen eine dem Tatbestand vorausgehende Verhaltensnorm sowie dem „finalen Schutzzweckzusammenhang“ zwischen Verhalten und Beeinträchtigung *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 98 ff.

⁴⁴⁶⁴ Daran ändert es auch nichts, wenn man die Rechtfertigungsgründe mit *Gössel* als Kollisionsnormen versteht und ausführt, im Falle der Rechtfertigung scheidet zwar Unrecht aus, die Normwidrigkeit bleibe aber bestehen, *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 39 Rn. 8 ff. Denn man mag den Tatbestand als selbstständige Wertungsstufe ansehen und betonen, die „Verhaltensnormwidrigkeit“, die aufgrund eines Rechtfertigungsgrundes rechtlich geduldet ist, bestehe fort. Allerdings bedeutet die Erlaubnis „auf einer höheren normlogischen Stufe durch § 32 StGB“ (Rn. 11) doch gerade, dass die Verhaltensnormwidrigkeit im Ergebnis *strafrechtlich* nicht bedeutsam ist.

⁴⁴⁶⁵ *Walther* FS Herzberg S. 503, 508.

Hilfe, „körperliche Nähe oder Zuwendung“ leiste. Dies sei angesichts der vorangegangenen Aggression „nicht zumutbar“.⁴⁴⁶⁶

Völlig unklar ist jedoch, wieso diese Aspekte bereits für die Begründung der Garantstellung relevant sein sollen. Diese betrifft bloß das rechtliche Verhältnis des Täters zu einer Gefahrensituation als Überwachungsaufgabe, nicht hingegen den *Inhalt* seiner Verpflichtung in der konkreten Situation. Auch erwartet eine Rechtsordnung als *Freiheitsordnung*⁴⁴⁶⁷ kein „besonderes Verantwortungsgefühl“, „persönlichen Rettungseinsatz“, „Retterideal“, „Nähe oder Zuwendung“, sondern die effektive Bekämpfung von Gefahren für Rechtsgüter. Wegen dem Erfordernis effektiver Gefahrenabwehr können dem Garanten in der konkreten Situation verschiedene kumulativ oder alternativ erforderliche Abweidungshandlungen abverlangt werden. Dass *bestimmte* Handlungen (etwa die eigenhändige Hilfe) nicht geboten sind, kann sich aus bestimmten Gegengründen ergeben, etwa wenn das Unterlassen dieser Handlung der gebotenen Sorgfalt entspricht oder nach § 34 StGB gerechtfertigt ist. Überdies kann das Unterlassen des Garanten entschuldigt sein.⁴⁴⁶⁸ *Rönnau* betont darüber hinaus zu Recht, dass, selbst wenn man die Unzumutbarkeit als Unrechtserfordernis verortete, nach der Konzeption *Walthers* den besonnenen Verteidiger dennoch eine Garantspflicht träfe.⁴⁴⁶⁹

⁴⁴⁶⁶ *Walther* FS Herzberg S. 503, 509. Ähnlich führte für die Ingerenzfrage bereits *Schröder* aus, dass es sich bei der Notwehr eher um ein Zumutbarkeitsproblem handle, so sei etwa die Benachrichtigung der Polizei zuzumuten, nicht aber das Leisten von erster Hilfe, Schönke/*Schröder*¹² Vor § 1 Rn. 120.

⁴⁴⁶⁷ Siehe nur *Kühl* FS Herzberg S. 177, 180.

⁴⁴⁶⁸ Dass es dem Täter „nicht zumutbar“ wäre, bestimmte Erwartungen zu erfüllen, spräche eher für eine Verortung in der Schuld. Auch *Walther* zieht insoweit eine Parallele zu § 33 StGB: Ein solcher Zustand von Verwirrung, Furcht oder Schrecken könne auch vorliegen, nachdem die Notwehrlage beendet ist (FS Herzberg S. 503, 509). Das ist zutreffend, bedeutet jedoch, dass es sich nicht um eine Frage des Garantengebots, sondern um ein *Schuldproblem* handelt. – *Walther* selbst meint, an ein solches Weggehen ein Verbrechen aus §§ 212 I, 211 StGB zu knüpfen sei „von Fragen der dogmatischen Begründung abgesehen – unter Gesichtspunkten des Unrechtstypus und der Strafwürdigkeit weit überzogen“. – Allerdings stellt es einen gewaltigen Unterschied dar, ob das Verhalten nicht dem Tatbestand des Totschlags entspricht oder bloß aus sonstigen Gründen im Einzelfall nicht „strafwürdig“ ist; von der dogmatischen Begründung kann insoweit gerade *nicht* abgesehen werden.

⁴⁴⁶⁹ *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rn. 288. – *Walther* fordert, sozusagen als „Kompromiss“, *de lege ferenda* eine Ergänzung des § 323c StGB. Dabei hat sie jedoch erkenntlich nicht abschließend dazu Stellung genommen, ob der Notwehrübende Garant ist und tatbestandliches Unrecht begeht oder ob seine strafrechtliche Verantwortlichkeit auf einer anderen Stufe des Deliktsaufbaus ausgeschlossen ist. Insbesondere bleibt offen, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn der Notwehrübende keine Aggression mehr zu befürchten hat, sodass ihm ein Eingreifen zumutbar ist. Einerseits sympathisiert sie mit der Lösung *Herzbergs*, dass Jedermann unerwünschte Auswirkungen seines Tuns neutralisieren muss, egal ob dieses erlaubt war oder nicht. Andererseits lehnt sie die Strafbarkeit aus § 13 I StGB i.V.m. dem Begehungsdelikt aus vagen Gerechtigkeitserwägungen ab.

d) „Friedlosigkeit“ des Angreifers?

Problematisch wäre es, wenn der Angreifer nach der Notwehrhandlung völlig schutzlos gestellt würde.⁴⁴⁷⁰ Es wäre rechtsstaatswidrig, den Angreifer „quasi für vogelfrei zu erklären und ggf. schutzlos dem Tode preiszugeben“.⁴⁴⁷¹ Zu betonen ist aber wieder, dass es ebenso wenig um die „Erlaubnis“ des Sterbenlassens geht wie um das Ob der Strafbarkeit. Die entscheidende Frage ist allein, ob sich der Unterlassende wegen eines unechten Unterlassungsdelikts oder bloß nach § 323c StGB strafbar macht.⁴⁴⁷² Denn wenn der Verteidiger hier nicht *Garant* ist, dann nicht, weil ihm das „Sterbenlassen“ positiv erlaubt wäre, sondern weil er sich darauf berufen kann, dass ihn das Schicksal des Opfers „nichts angeht“, weil er für dieses nicht „einzustehen“ hat.⁴⁴⁷³ Zum Teil wird daran gezweifelt, ob es sich in Fällen der Notwehr für den Angegriffenen tatsächlich um ein „Unglück“ handle. Diese Auslegung erscheine „gekünstelt“.⁴⁴⁷⁴ Das Vorliegen eines Unglücksfalls ist jedoch mit dem BGH zu bejahen:⁴⁴⁷⁵ Es würde sich um eine untragbare Konsequenz halten, den Angegriffenen überhaupt nicht zu schützen.⁴⁴⁷⁶ Bei der Auslegung des § 323c I StGB müssen insoweit die grundlegenden Wertentscheidungen der Verfassung beachtet werden.⁴⁴⁷⁷ Diese Auslegung lässt sich (trotz der Berechtigung der Abwehr⁴⁴⁷⁸) noch mit dem Wortlaut des § 323c I StGB, der die *tatsächliche Bedrohungslage* in den Mittelpunkt

⁴⁴⁷⁰ Dem Staat komme nach Art. 2 II GG, Art. 2 I EMRK eine Schutzpflicht zu, das Leben auch des Angreifers zu schützen, *Walther* FS Herzberg S. 503, 505 f. Er müsse für einen wirksamen Lebensschutz neben Verbotsnormen auch Gebotsnormen, namentlich Rettungs- und Hilfspflichten aufstellen. Es gehe insoweit um die Drittwirkung der Grundrechte. „Die frühere Befugnis – gewissermaßen im Sinne eines Normen-Appendix zum Notwehrrecht – den abgeschlagenen Angreifer seinem Schicksal zu überlassen, kann im Lichte der Bedeutung des grundrechtlichen Lebensschutzes nicht mehr anerkannt werden“. § 32 StGB enthalte einen „blind spot“, was die Situation nach der Notwehr betrifft.

⁴⁴⁷¹ *Roxin* AT II § 32 Rn. 185.

⁴⁴⁷² Insoweit nachdrücklich auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 185 f.

⁴⁴⁷³ Es ist daher unzutreffend, wenn etwa *Walther* aaO meint: „Er hat sein Leben nicht etwa verwirkt; er muss sich nicht vorhalten lassen, dass die Gefahr, in der er umzukommen droht, letztlich selbst verschuldet ist.“ – Denn zwar hat er sein Lebensrecht nicht „verwirkt“, jedoch ist es im liberalen Staat schlicht Kehrseite des Selbstbestimmungsrechts, einen drohenden Schaden grundsätzlich (also vorbehaltlich von Solidarpflichten nach § 323c I StGB) eigenverantwortlich zu tragen und nicht auf Dritte abzuwälzen (vgl. zu diesem Aspekt etwa *Neumann* ZStW 116 (2004) 751).

⁴⁴⁷⁴ *Spendel* LK¹¹ § 32 Rn. 333; sowie *Conen* AnwK § 323c Rn. 22; *Gaede* NK § 323c Rn. 5; *Walther* FS Herzberg S. 503, 507.

⁴⁴⁷⁵ BGHSt 23, 327, 328; siehe auch *Freund* MK § 13 Rn. 152; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* § 21 Rn. 74 m. Fn. 386; *Puppe* AT § 29 Rn. 3; *Ransiek* JuS 2010, 585, 589; *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rn. 288; *Roxin* AT II § 32 Rn. 185; *Weigend* LK § 13 Rn. 45 m. Fn. 173; *Zieschang* AT Rn. 617.

⁴⁴⁷⁶ *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* § 21 Rn. 74 m. Fn. 386; *Roxin* AT II § 32 Rn. 185. Dies will *Pawlik* Notstand S. 124, 304 ff. damit begründen, dass vermutet werde, das aktuelle Fehlverhalten sei „innerhalb seiner Gesamtlebensführung isolierbar, er sei also im Prinzip rechtstreu“. Es handle sich um „eine Prämie für seine vermutete Rechtstreue in der Vergangenheit und ein[en] Vorschub auf die von ihm erhoffte Rechtstreue in die Zukunft“. Diese Vermutung, die bei ihrer Widerlegung ausdrücklich in ein Feindstrafrecht führen soll (S. 124 m. Fn. 243 m.w.N.) ist jedoch abzulehnen, da sie den Schutz des Angreifers infolge einer unserer Rechtsordnung unbekanntem Lebensführungsschuld reduzieren will. Die Mindestsolidarität steht richtigerweise auch demjenigen zu, der das Recht nicht anerkennt, da auch ihm nach unserer Verfassungsordnung als Individuum Selbstzweckcharakter zukommt, Art. 1 I GG.

⁴⁴⁷⁷ Vgl. im Allgemeinen *Zieschang* GA 2006, 415, 417.

⁴⁴⁷⁸ Darauf hinweisend *Roxin* AT II § 32 Rn. 185.

stellt, vereinbaren. Dem Angreifer steht nach Beendigung des Angriffs die nach § 323c I StGB jedem Mitmenschen geschuldete Mindestsolidarität zu.⁴⁴⁷⁹

e) Schuldloser Angreifer?

Die oben zitierte Argumentation mancher Autoren, dass sich der Angreifer selbst in Gefahr bringe, kritisiert *Herzberg* für die Fälle, in denen der Angreifer nicht freiverantwortlich handelt, weil es sich etwa um ein Kind oder einen Geisteskranken handelt; dann sei eine freiverantwortliche Übernahme doch gerade zu verneinen.⁴⁴⁸⁰ Andere Autoren begrüßen hingegen diese Flexibilisierung und schließen jedenfalls die Entstehung einer Ingerenzgarantenstellung nur bei einem schuldhaften Angriff aus.⁴⁴⁸¹ Ebenfalls lässt der BGH die Frage offen, wie zu entscheiden wäre, wenn der Angreifer schuldlos handelt.⁴⁴⁸²

§ 32 StGB fordert nach seinem eindeutigen Wortlaut nicht die Schuld des Angreifers.⁴⁴⁸³ Jede andere Auslegung würde zu einer nach Art. 103 II GG verbotenen Ausweitung der Strafbarkeit führen.⁴⁴⁸⁴ Es besteht also auch dem schuldlosen Angreifer gegenüber ein Eingriffsrecht, sodass eine Garantenstellung aus Ingerenz ausscheiden müsste. Was die Ingerenz angeht, ist davor zu warnen, das Entstehenmüssen des Verteidigers auf Verletzungen auszuweiten, die er bei seiner Verteidigung vornehmen *durfte*. Es besteht die Gefahr des Schlusses von der Schutzbedürftigkeit einer faktisch schwachen Person auf die rechtliche Schutz Aufgabe des Verteidigers, allein deshalb, weil er in einem *kausalen* Verhältnis zu dieser faktischen Schutzbedürftigkeit steht. Zutreffend hält daher *Sowada* den Versuchen mancher Autoren, hier eine Ingerenzgarantenstellung zu konstruieren, entgegen, dass die Ausnahme bei schuldlosem Handeln des Angreifers zwar „sittlich-menschlich“ verständlich, dogmatisch aber fragwürdig ist.“⁴⁴⁸⁵ Zwar ist es richtig, dass gegenüber schuldlos Handelnden zu einem gewissen Grad soziale Rücksichtnahme erwartet werden darf⁴⁴⁸⁶ – dies führt jedoch allein dazu, dass den Verteidiger *während* des Angriffs bestimmte Restriktionen („Gebotenheit“) treffen.⁴⁴⁸⁷ Doch auch in diesen Fällen kann sich der Verteidiger (wenngleich in gemindertem Maße⁴⁴⁸⁸) auf die Bewährung des Rechts berufen, denn diese erfolgt nicht gegenüber der Person des Täters, sondern gegen die

⁴⁴⁷⁹ *Rönnau/Hohn* LK § 32 Rn. 288; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 31; *Weigend* LK § 13 Rn. 45 m. Fn. 173; siehe auch *H.-L. Günther* SK⁷ § 32 Rn. 107.

⁴⁴⁸⁰ *Herzberg* JZ 1986, 986, 988.

⁴⁴⁸¹ Vgl. *Fischer* § 13 Rn. 53; *Freund* MK § 13 Rn. 152; *Jakobs* FG BGH IV S. 29, 47 m. Fn. 86; jüngst auch *Herbertz* Ingerenz S. 347.

⁴⁴⁸² BGHSt 23, 237, 238; BGH NSTZ 2000, 414.

⁴⁴⁸³ *Hirsch* FS Dreher S. 211, 216; *Sch/Sch/Perron/Eisele* § 32 Rn. 24; *Rosenau* SSW § 32 Rn. 19; *Roxin* FS Jescheck S. 457, 459. – *Jedenfalls* aber darf gegenüber dem schuldhaft Handelnden im Defensivnotstand vorgegangen werden, sodass sich die Rechtfertigung mindestens aus diesem Grund ergeben kann.

⁴⁴⁸⁴ *Hirsch* FS Dreher S. 211, 216.

⁴⁴⁸⁵ *Sowada* Jura 2003, 236, 240.

⁴⁴⁸⁶ Vgl. etwa *Hirsch* FS Dreher S. 211, 217; *Rosenau* SSW § 32 Rn. 32.

⁴⁴⁸⁷ *Roxin/Greco* AT I § 15 Rn. 61 ff.

⁴⁴⁸⁸ *Hirsch* FS Dreher S. 211, 217 (siehe auch Fn. 23); *Rosenau* SSW § 32 Rn. 32; *Roxin/Greco* AT I § 15 Rn. 61.

unrechte Tat.⁴⁴⁸⁹ Wenn dem Verteidiger trotz der Schuldlosigkeit des Angreifers und sogar unter den damit einhergehenden verschärften Rechtfertigungsvoraussetzungen⁴⁴⁹⁰ ein Eingriffsrecht zusteht und der Angreifer die Folgen der Abwehr zu *dulden* hat, müssen diese den in Notwehr Handelnden nichts mehr angehen. Er muss die rechtmäßigen Folgen seines Handelns nicht *überwachen*, eine *Beschützerfunktion* trifft ihn ohnehin nicht. Daher muss es bei dem Ergebnis bleiben, dass das fehlende Verschulden in die Risikosphäre des Angreifers fällt, nicht des Angegriffenen.⁴⁴⁹¹ Dies ist ohnehin sachgemäß, wenn die Schuldlosigkeit selbst herbeigeführt wird (etwa Rausch), da dies in die eigene Verantwortung des sich Berauschenden fällt. Anderen in ihrer Entscheidungsfähigkeit eingeschränkten Personen (etwa Kindern) stellt die Rechtsordnung hingegen Beschützergaranten zur Seite.⁴⁴⁹² Im Übrigen ist auch hier der Verteidiger nach § 323c I StGB verpflichtet.

f) Fazit

Es erscheint nicht überzeugend, den Verteidiger als Garanten anzusehen. Denn er hat dem Angreifer gegenüber ein Eingriffsrecht, aufgrund dessen die strafrechtliche Gewährleistung der Rechtsgüter des Angreifers zurückgenommen wird. Der sich im Rahmen des Erforderlichen Verteidigende schafft einen nach den Maßstäben der Rechtsordnung erlaubten und damit nicht überwachungsbedürftigen Zustand. Er wird daher für diesen nicht Garant, sondern steht dem Opfer wie einem Dritten gegenüber.⁴⁴⁹³ Zwar ist die Unterlassung selbst nicht mehr gerechtfertigt, wenn die Notstandslage beendet ist, mangels Begründbarkeit einer Garantenstellung handelt es sich dann allerdings nur um eine rechtswidrige unterlassene Hilfeleistung.

4. Ingerenz in Folge von gerechtfertigten Notstandshandlungen

a) Eingriffsrecht

Zwar mag die Ansicht der h.M. dem Rechtsgefühl entsprechen, es bleibt jedoch dogmatisch fragwürdig, wieso Notwehr und Notstand, die jeweils auf der Wertungsebene der Rechtfertigung stehen, hinsichtlich der Ingerenz ganz unterschiedliche Rechtsfolgen auslösen sollen.⁴⁴⁹⁴ Die beiden Rechtfertigungsgründe gleichen sich – wenngleich sie abweichenden Gedanken folgen⁴⁴⁹⁵ – sowohl nach dem Gesetzeswortlaut als auch nach ihrer materiellen Struktur. Sie stellen Eingriffsbefugnisse dar, die sich „auf die Entscheidung

⁴⁴⁸⁹ Hirsch FS Dreher S. 211, 216 ff.; Roxin FS Jescheck S. 457, 460.

⁴⁴⁹⁰ Darauf weist zu Recht Sowada Jura 2003, 236, 240 hin.

⁴⁴⁹¹ So im Allgemeinen Hirsch FS Dreher S. 211, 217.

⁴⁴⁹² Vogel meint mit guten Gründen, dass es in einem „geschlossenen System der Rettungsgebote“ im Sinne funktionaler, zeitlich-räumlicher Arbeitsteilung, stets genügt, dass jeder Hilflose zu jedem Zeitpunkt durch einen Garanten geschützt ist („Eins-zu-eins-Verpflichtung“), Vogel Norm und Pflicht S. 309 f.

⁴⁴⁹³ Im Ergebnis ebenso Maiwald JuS 1981, 473, 483.

⁴⁴⁹⁴ Soweit treffend Jäger Zurechnung S. 12. Jägers Umdeklaration der Notwehr in einen Zurechnungsausschluss vermag jedoch ebenso wenig zu überzeugen.

⁴⁴⁹⁵ Kühl AT § 8 Rn. 2 sieht einen „fundamentalen Unterschied“.

einer Kollisionslage durch die Rechtsordnung stützen⁴⁴⁹⁶ und begründen damit eine Duldungspflicht des Betroffenen.⁴⁴⁹⁷ Sie neutralisieren also nicht bloß die Wirkung der Verbotsnorm in der konkreten Situation, sondern ebenso die zugunsten des betroffenen Interesses bestehende Gewährleistungsnorm.⁴⁴⁹⁸ Mit der Verletzung darf die Gefahr zugefügt werden, die sich aus ihr ergibt.⁴⁴⁹⁹ Diese Duldungspflicht besteht bei § 34 StGB gerade im Gegensatz zu § 35 StGB.⁴⁵⁰⁰ Dagegen hat etwa *Otto* gemeint, der rechtfertigende Notstand erfasse nicht die Erlaubnis zur Begründung der Gefahr für Rechtsgüter, sondern „nur die zur Abwendung der [...] notwendigen Verhaltensweisen. Ein Eingriffsrecht [...] gewährt ihm die Rechtsordnung gerade nicht“.⁴⁵⁰¹ Dies kann jedoch nicht überzeugen: Wenn der rechtfertigende Notstand kein Eingriffsrecht gewährte, hätte der Eingriffsadressat die Folgen nicht zu dulden und könnte sich u.U. selbst im Wege des (Defensiv-)Notstands gegen diese zur Wehr setzen. Die durch § 34 StGB bezweckte Konfliktlösung zwischen den widerstreitenden Interessen wäre hinfällig. Beim rechtfertigenden Notstand geht es nicht bloß um einen Freiraum im Interesse sozialer Dynamik, sondern um eine Abwägung von Individualinteressen im Einzelfall, wie sich im Übrigen auch ganz klar aus dem Wortlaut von § 34 S. 1 StGB ergibt. § 34 StGB ist eben nicht bloß eine Regelung im Verhältnis zwischen dem Handelnden und der strafenden Staatsgewalt, sondern verpflichtet den unbeteiligten Eingriffsadressaten zur Duldung.⁴⁵⁰²

Konsequent nimmt etwa *B. Heinrich* an, dass es der Rechtssicherheit abträglich wäre, wenn man für jeden Rechtfertigungsgrund eine eigenständige Beurteilung anlegte.⁴⁵⁰³ Und *Mitsch* kritisiert zu Recht, für die Einschränkung des Rechtswidrigkeitskriteriums werde keine überzeugende dogmatische Begründung gegeben.⁴⁵⁰⁴ Die Überlegung, dass

⁴⁴⁹⁶ *Hirsch* FS Arth. Kaufmann S. 545, 547; siehe auch *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 167; *Frister* AT 14/10: Die Rechtsordnung muss entscheiden, welcher der Beteiligten die Rechtsgutsbeeinträchtigung zu dulden hat und wer nicht; *Puppe* FS Otto S. 389, 393: Die Rechtfertigungsgründe stellen eine Entscheidung eines Konfliktes dar, in dem die Rechtsordnung vor der Wahl steht, welchen ihrer allgemeinen Sätze sie im Einzelfall preisgeben soll.

⁴⁴⁹⁷ BGH NJW 1989, 2479, 2481; *Matt/Renzikowski/Engländer* § 34 Rn. 12; *Erb* MK § 34 Rn. 80 f.; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 167; *H.-L. Günther* SK⁷ § 34 Rn. 22; *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 65; *ders.* FS Arth. Kaufmann S. 545, 547, 554; *ders.* in: Probleme II S. 53, 65; *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 17; *Kühl* AT § 8 Rn. 7, 51 f.; *Küper* FS Lackner S. 247, 280; *Lenckner* Notstand S. 151; *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 84; siehe auch Rn. 116; *Sch/Sch/Perron* § 34 Rn. 13; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 16, 107; *Rosenau* SSW § 34 Rn. 1; *Roxin/Greco* AT I § 14 Rn. 108, § 16 Rn. 17; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben* Vor § 32 Rn. 10a; *Wolter* Straftatsystem S. 39; *Zieschang* JA 2007, 679, 681; *ders.* in: Strafgedanke S. 173, 184.

⁴⁴⁹⁸ *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 168; *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 80; außerdem *Sch/Sch²⁷/Lenckner* Vor § 32 Rn. 10; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben* Vor § 32 Rn. 10a; **kritisch** hierzu *Kindhäuser* Gefährdung S. 112, der jedoch die Verhaltensnorm bereits jedes erfolgskausale Verhalten erfassen lässt; *Frisch* Vorsatz S. 424 f.

⁴⁴⁹⁹ *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 31.

⁴⁵⁰⁰ *Zieschang* in: Strafgedanke S. 173, 184.

⁴⁵⁰¹ *Otto*/Brammsen Jura 1985, 646, 649; dagegen stellt *ders.* AT § 9 Rn. 81 bloß auf § 904 S. 2 BGB ab, ohne das Eingriffsrecht zu thematisieren.

⁴⁵⁰² *Kühl* AT § 8 Rn. 7.

⁴⁵⁰³ *B. Heinrich* AT Rn. 961; siehe auch *Kaspar* AT § 10 Rn. 68: Eine Einstandspflicht sei für den gerechtfertigten Schädiger nicht sachgerecht.

⁴⁵⁰⁴ *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 75.

§ 34 StGB Ausdruck des Gedankens der „bedingten Gestattung“ sei,⁴⁵⁰⁵ findet im Gesetz, insbesondere im Vergleich zu § 32 StGB, keinen Anhaltspunkt.⁴⁵⁰⁶ Auch die Überlegung, das Geschehen falle „eher in den Verantwortungsbereich“ des Notstandstäters,⁴⁵⁰⁷ überzeugt zwar rechtspolitisch, lässt sich jedoch angesichts der gesetzlichen Unrechtswertungen schwer begründet. Hier erscheint es daher überzeugend, der Dogmatik, welche eine Bindung an das Strafgesetz vermittelt, den Vorrang vor Forderungen der Sachgerechtigkeit einzuräumen.⁴⁵⁰⁸ Die freie Abgrenzung von Verantwortungssphären hingegen würde auf eine Entscheidung nach dem intuitiven Rechtsgefühl hinauslaufen.⁴⁵⁰⁹

b) Rechtsgedanke des § 904 S. 2 BGB?

Soweit zum Teil § 904 S. 2 BGB für die Begründung einer *begehungsgleich strafbewehrten* (!) Pflicht herangezogen wird, so kann das nicht überzeugen. § 904 S. 2 BGB betrifft ausdrücklich bloß die *wirtschaftliche Schadensverteilung*. Dabei handelt es sich um etwas „substantiell anderes als eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Täters für einen späteren Erfolgseintritt“.⁴⁵¹⁰ Dass der Rechtsgedanke des § 904 S. 2 BGB nicht so deutlich ist, wie er auf den ersten Blick erscheint, zeigt sich insbesondere im Drei-Personen-Verhältnis:⁴⁵¹¹ Im Zivilrecht ist es gerade umstritten, ob der Anspruch gegenüber dem Begünstigten bestehen soll⁴⁵¹² oder gegenüber dem Einwirkenden, der dann beim Begünstigten Regress nehmen kann⁴⁵¹³ – ob also das Prinzip der Eingriffs- oder der Begünstigtenhaftung gilt.⁴⁵¹⁴ § 904 S. 2 BGB spricht insoweit anders als § 228 BGB nicht von einer Verpflichtung des Handelnden. *Endgültig* soll der Schaden jedenfalls in der Regel beim Begünstigten liegen, die zivilrechtliche Eingriffshaftung wäre also hier nur eine vorläufige.⁴⁵¹⁵ Für einen Anspruch gegen den Begünstigten wird insbesondere vorgebracht, dass der Helfer nicht dessen Insolvenzrisiko tragen solle.⁴⁵¹⁶ Wenn aber bereits im Zivilrecht

⁴⁵⁰⁵ Etwa *Schräg*le Unterlassungsdelikt S. 304.

⁴⁵⁰⁶ *Hoven* GA 2016, 16, 28.

⁴⁵⁰⁷ So *Rengier* AT § 50 Rn. 94.

⁴⁵⁰⁸ Vgl. im Allgemeinen *Neumann* FS Sancinetti S. 119, 129.

⁴⁵⁰⁹ Darauf weist zu Recht *Hoven* GA 2016, 16, 29 hin.

⁴⁵¹⁰ *Hoven* GA 2016, 28; siehe auch *Kaspar* AT § 10 Rn. 68: zivilrechtliche „Billigkeitsregelung“.

⁴⁵¹¹ Im strafrechtlichen Schrifttum spricht etwa *Haas* von der „Verantwortlichkeit des In-Not-Befindlichen“ nach § 904 S. 2 BGB für die von ihm verursachten Schäden (*Matt/Renzikowski/Haas* § 13 Rn. 87). – Jedenfalls das Zivilrecht aber kennt kein kumulatives Erfordernis von Verursachung und Sich-In-Not-Befinden, vielmehr gilt die Vorschrift gerade auch für die Notstandshilfe.

⁴⁵¹² *Staudinger/Althammer* § 903 Rn. 38; *Diurni* ZEuP 2006, 583, 588 ff.; *Säcker* MüKo-BGB⁶ § 904 Rn. 17 f.

⁴⁵¹³ Hierfür etwa BGH NJW 1952, 1132, 1133; *Brückner* MüKo-BGB § 904 Rn. 16 ff., 19 m.w.N.; *Lackis* BeckOGK § 904 BGB Rn. 53 ff.

⁴⁵¹⁴ Vgl. *Staudinger/Althammer* § 903 Rn. 35 f.

⁴⁵¹⁵ Siehe dazu *Staudinger/Althammer* § 903 Rn. 35.

⁴⁵¹⁶ *Staudinger/Althammer* § 903 Rn. 38; *Diurni* ZEuP 2006, 583, 589 f.: „Es ist kein Grund ersichtlich, warum dieses Risiko auf den Hilfeleistenden sollte abgewälzt werden können, nachdem dieser der Notstandssituation jedenfalls ferner steht als der geschädigte Dritte, dem als dem Inhaber des geringerwertigen Gutes das Gesetz ein Opfer abverlangt“; *Säcker* MüKo-BGB⁶ § 904 Rn. 17.

Bedenken bestehen, dem Helfer das Insolvenzrisiko aufzubürden, weil dieser möglicherweise seinen Regressanspruch nicht realisieren kann,⁴⁵¹⁷ so erscheint dies für das Risiko der Strafbarkeit umso bedenklicher.⁴⁵¹⁸

c) Notstandshilfe

Auch *Rudolphi* bemüht für die Ablehnung der Ingerenz in den Notstandsfällen die Konstellation der Notstandshilfe und bildet das Beispiel, dass A bei einem Unfall in eine Apotheke einbricht, um Verbandsmaterial zu besorgen. Wenn sich nun aufgrund des zerschlagenen Fensters Diebe einschleichen oder durch ein Unwetter ein Sachschaden entstehe, sei es unbillig, den A zu bestrafen, die bloß Schaulustigen aber straffrei ausgehen zu lassen.⁴⁵¹⁹ Dass der Notstandshelfer anders als die „Schaulustigen“ die Sympathien auf seiner Seite hat, indem er altruistisch Anderen hilft, darf zwar nicht die Bewertung seines Vorverhaltens als Substrat einer Garantenstellung trüben. Die „gute Tat“ lässt sich insoweit nicht mit der „schlechten“ saldieren.⁴⁵²⁰ Jedoch hat *Rudolphi* im Ergebnis recht, dass das vorangegangene Tun „trotz seines gefährdenden Charakters von der Rechtsordnung erwünscht [ist], weil es ein von der Rechtsordnung als höher bewertetes Interesse anstrebt und auch verwirklicht“.⁴⁵²¹ Zwar kann es nicht um ein „Erwünschtsein“ im Sinne einer *positiven Bewertung* des Verhaltens gehen – denn derartige Bewertungen abzugeben ist nicht Aufgabe des Strafrechts.⁴⁵²² Allerdings sind sowohl das gefährdende Tun als auch der Gefährdungserfolg von der Rechtsordnung toleriert, weil sie einem *wesentlich überwiegenden* Interesse dienen. Will der A also das nach § 34 I StGB *wesentlich überwiegende* Interesse bewahren, setzte er sich über § 13 I StGB einem erhöhten Strafbarkeitsrisiko im Vergleich zu der Situation aus, in der er dies unterließe. „Nun erscheint es [...] schwer einsehbar, weshalb denjenigen, der sich selbstlos zum Schutz höherwertiger Rechtsgüter einsetzt, eine besondere Rechtspflicht zur Gefahrenabwehr treffen sollte“.⁴⁵²³ Möglicherweise war der A in *Rudolphis* Fall sogar nach § 323c I StGB aufgrund des Unglücksfalls dazu verpflichtet, Verbandsmaterial zu besorgen.⁴⁵²⁴ Dann wäre es aber der rechtsgüterschützenden Zwecksetzung des § 323c I StGB sogar abträglich, wenn der A bei der Vornahme effektiver Rettungsmaßnahmen befürchten müsste, hierfür mit einer Garantenstellung⁴⁵²⁵ für das Eingriffsgut „belohnt“ zu werden.⁴⁵²⁶ A wäre gezwungen –

⁴⁵¹⁷ Staudinger/*Althammer* § 903 Rn. 38.

⁴⁵¹⁸ Dazu, dass man auch dem Begünstigten nicht die Garantenstellung aufdrängen darf, siehe sogleich unten → c), sowie oben → Kapitel 3 § 2 G II 2 c)

⁴⁵¹⁹ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 182.

⁴⁵²⁰ Soweit zutreffend *Herzberg* Garantenprinzip S. 296.

⁴⁵²¹ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 182.

⁴⁵²² Vgl. *Hirsch* FS Bockelmann S. 89, 100.

⁴⁵²³ *Hoven* GA 2016, 16, 28.

⁴⁵²⁴ Vor Wertungswidersprüchen im Spannungsfeld von § 34 und § 323c I StGB warnend auch *Zieschang* LK § 34 Rn. 86.

⁴⁵²⁵ Überdies bestehen zivilrechtlich Bedenken, demjenigen, der nach § 323c I StGB zur Gefahrenabwehr verpflichtet war, das *Insolvenzrisiko* des Begünstigten aufzubürden, *Säcker* MüKo-BGB⁶ § 904 Rn. 18.

⁴⁵²⁶ Ähnlich zweckwidrig wäre es vor dem Hintergrund eines effektiven Rechtsgüterschutzes, in derartigen Fällen umgekehrt die Zumutbarkeit i.R.d. § 323c I StGB aufgrund der Möglichkeit der Garantenstellung zu verneinen.

wenn er sich nicht nach § 323c I StGB strafbar machen will –, eine garantenstellungsbe-
gründende Handlung vorzunehmen. Ähnliches wird auch für den zivilrechtlichen Aus-
gleichsanspruch betont: „Rechtspolitisch ist es allemal sinnvoller, den altruistisch han-
delnden Nothelfer freizustellen, um sein Eingreifen nicht zu hemmen“.⁴⁵²⁷

Dem könnte man zwar entgehen, indem man primär auf den Aspekt der Begünstigung
abstellt. Etwa *Jakobs* geht davon aus, dass die Rettung „objektiv ein Geschäft des Be-
günstigten, also in rechtlicher Sicht auch seine Organisation“ sei. Daher träfen ihn sogar
vorrangig vor dem Eingreifenden Rettungspflichten.⁴⁵²⁸ Wenn etwa ein Radfahrer scharf
bremst und ausweicht, um einen anderen, gestürzten Radfahrer nicht zu überfahren,
müsse zuerst der Gestürzte die Hilfe leisten, da das Manöver „auch sein Geschäft“
war.⁴⁵²⁹ Auch *Roxin* meint, in Fällen der Notstandshilfe sei es sachgemäß, auch dem Be-
günstigten eine Garantstellung aufzuerlegen, „wenn er für die Gefahrensituation verant-
wortlich war“.⁴⁵³⁰ Die Argumentation geht jedoch zu weit: Dass die Rettung „objektiv
das Geschäft“ einer Person ist, mag im Zivilrecht eine Haftung aufgrund von Geschäfts-
führung ohne Auftrag⁴⁵³¹ begründen, §§ 677 ff. BGB, jedoch keine *strafrechtlich* rele-
vante Überwachungsposition.⁴⁵³² Hier zeigt sich besonders deutlich, dass die Verantwor-
tung nicht mehr an die gestaltende Entscheidung einer Person geknüpft wird, sondern von
außen nach Zweckmäßigkeitgesichtspunkten (zur Stabilisierung gesellschaftlicher Er-
wartungen) zugeschrieben wird.⁴⁵³³ Allein, dass eine Person von einem Geschehen pro-
fitiert, führt nicht dazu, dass diese Person auch eine *strafrechtlich* hervorgehobene Ver-
antwortlichkeit für dieses Geschehen trifft. In *Jakobs* ‘ Beispielsfall hat der Radfahrer, der
insoweit solidarisch seine eigenen Rechtsgüter in Gefahr gebracht hat, die Solidarität der
Rechtsgemeinschaft (und ganz besonders des Begünstigten) verdient, derjenige, der hier-
durch einen Vorteil hat, wird jedoch nicht *Garant* im Sinne des Strafrechts.

Der Vergleich der „Selbstrettung“ in rechtfertigendem Notstand im Vergleich zur Not-
standshilfe zeigt, wie sehr die Beurteilung der Fälle von der moralischen Evidenz ab-
hängt. Zwar sind beide Notstandstäter „Urheber“ der Gefahrenlage, während jedoch letz-
terer altruistisch zugunsten eines Dritten handelt, erlangt ersterer durch seine Handlung
selbst einen Vorteil „auf Kosten“ des solidarisch Verpflichteten. Das Zusammentreffen
von Eingriff und Begünstigung lässt hier die Garantstellung als gerecht erscheinen, was
jedoch nicht bedeutet, dass sie *de lege lata* begründbar ist.

⁴⁵²⁷ Staudinger/*Althammer* § 904 Rn. 38.

⁴⁵²⁸ *Jakobs* AT 29/44a; siehe auch *ders.* in: *El Sistema* S. 133, 161.

⁴⁵²⁹ *Jakobs* in: *El Sistema* S. 133, 161.

⁴⁵³⁰ *Roxin* AT II § 32 Rn. 188.

⁴⁵³¹ Ausdrücklich *Jakobs* in: *El Sistema* S. 133, 161.

⁴⁵³² Siehe oben → Kapitel 3 § 2 G II 2 c).

⁴⁵³³ Hier ist es auch nicht mehr die „Freiheitsausübung“, die die „Folgenverantwortung“ begründet.

d) Erträglichkeit für das Rechtsgefühl

Die Ergebnisse sind auch für das Rechtsgefühl hinnehmbar. Es geht bei § 34 StGB nicht um die Mehrung des Gesamtnutzens, sondern um den Gedanken der Solidarität.⁴⁵³⁴ § 34 StGB setzt zu Recht hohe Anforderungen an die Rechtfertigung. Der Anspruch auf Mindestsolidarität ist daher auf begründete Ausnahmefälle beschränkt.⁴⁵³⁵ Dem individualistischen Grundgedanken des Notstandes wird dadurch Rechnung getragen, dass das Gesetz ein wesentliches Überwiegen des geschützten vor dem beeinträchtigten Interesse voraussetzt.⁴⁵³⁶

Wenn nach dieser umfassenden Abwägung ein wesentliches Interessenübergewicht auf Seiten des Erhaltungsinteresses steht, besagt die Wertung des § 34 StGB, dass das grundsätzlich als strafrechtlich schutzwürdig erkannte Eingriffsinteresse im konkreten Fall keinen strafrechtlichen Schutz mehr verdient und der Betroffene daher verpflichtet ist, den Eingriff zu dulden.⁴⁵³⁷ Damit steht die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung, sodass dem Verletzten hiermit kein Unrecht geschieht.⁴⁵³⁸ Der Eingriff steht *ebenso* in Einklang mit der Rechtsordnung wie bei der Notwehr, die Freiheitsinteressen des Opfers müssen zurücktreten, dieses hat den Eingriff zu dulden.⁴⁵³⁹ Überspitzt gesagt: Nicht der in Notstand Handelnde schließt den Inhaber des Eingriffsgutes von der Entscheidung über deren Integrität aus, sondern die Rechtsordnung, die den Eingriff erlaubt und die Gewährleistung des Rechtsgutes insoweit verkürzt und den Beeinträchtigten zur Solidarität und Duldung verpflichtet.

In den Fällen besonders strafwürdig erscheinenden Unterlassens wird es regelmäßig schon an der Notstandsrechtfertigung der Vorhandlung fehlen. Denn im Rahmen der Interessenabwägung spielt insbesondere auch eine Rolle, ob der Notstandstäter die Gefahr

⁴⁵³⁴ Erb MK § 34 Rn. 9; Frister GA 1988, 291, 292 f.; ders. AT 17/1; Murmann GK § 29 Rn. 71; Neumann NK § 34 Rn. 9-9c; Kühl FS Lenckner S. 143, 157; ders. AT § 8 Rn. 9; Lenckner Notstand S. 49 f.; Zieschang LK § 34 Rn. 7 f., 101.

⁴⁵³⁵ Erb MK § 34 Rn. 9; Frister AT 17/1; mit Verweis auf das Selbstbestimmungsrecht des Eingriffsadressaten Gallas ZStW 70 (1968) 1, 23 f. Auch im zivilrechtlichen Schrifttum wird betont, „dass die Haftungs-freistellung des Einwirkenden an die engen Grenzen des § 904 S. 1 BGB gebunden ist“, Staudinger/Alt-hammer § 904 Rn. 38.

⁴⁵³⁶ Frister GA 1988, 291, 292 f.; ders. AT 17/1; Neumann NK § 34 Rn. 10a; Roxin FS Jescheck S. 457, 464 f.; Zieschang LK § 34 Rn. 8, im Einzelnen Rn. 99 ff.

⁴⁵³⁷ Lenckner Notstand S. 50, 154.

⁴⁵³⁸ Gallas FS Bockelmann S. 155, 168.

⁴⁵³⁹ Kühl AT § 8 Rn. 9 f.; Zieschang LK § 34 Rn. 8.

selbst zu verantworten hat.⁴⁵⁴⁰ Zudem sind absolute Grenzen zu beachten.⁴⁵⁴¹ Bei § 34 StGB geht es nicht um das Rechtsgut Leben, welches abwägungsfest ist.⁴⁵⁴² Eingriffe sind hier grundsätzlich nicht zu rechtfertigen. Ähnliches gilt für schwere körperliche Misshandlungen; auch hier wird schwerlich ein *wesentliches* Überwiegen vorliegen.⁴⁵⁴³ Regelmäßig entstehen durch die Notstandstat also „bloß“ Sachgefahren oder Gefahren für die körperlichen Unversehrtheit, die eine bestimmte Schwelle nicht überschreiten.⁴⁵⁴⁴ Bei Personengefahren ist der nach § 34 StGB Gerechtfertigte jedenfalls nach § 323c I StGB verpflichtet. Innerhalb der Strafzumessung kann berücksichtigt werden, dass er das Unglück heraufbeschworen hat. Bei Sachgefahren stellt § 904 S. 2 BGB eine angemessene Auflösung des Freiheitskonflikts dar. Der im Aggressivnotstand Handelnde ist zivilrechtlich zum Ersatz des *wirtschaftlichen* Schadens verpflichtet.

e) Obhutsgarantenstellung nach Aggressivnotstand?

Es hat sich also gezeigt, dass sich aus der Bewertung der Vorhandlung keine Garantenstellung aus Ingerenz begründen lässt. Dieses Ergebnis ist auch *de lege lata* erträglich und hinterlässt keine erheblichen Schutzlücken. Dennoch ist zu erwägen, ob sich eine Garantenstellung aus den Besonderheiten des Aggressivnotstands nach § 34 StGB begründen lässt.

Die Verschiebung der normalerweise geltenden Grenzen der Freiheit ist rechtfertigungsbedürftig. Es ist bei einem freiheitlichen Rechtsverständnis grundsätzlich nicht einzusehen, warum ein Unbeteiligter Eingriffe in seine Freiheitsrechte hinzunehmen hat.⁴⁵⁴⁵ Insbesondere geht es nicht bloß um die Zufügung eines bestimmten Schadens, sondern die Verletzung fremder Selbstbestimmung.⁴⁵⁴⁶ Das Prinzip der Solidarität schränkt das Autonomieprinzip in begründeten Ausnahmefällen bis zu einem gewissen Grad ein.⁴⁵⁴⁷ Gerade die Durchsetzung dieses institutionalisierten Solidaranspruchs lässt damit jedoch den Notstandstäter, gerade weil er diesen durchsetzen *darf*, als Herrn über die Rechtsgüter des Opfers erscheinen, der die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung trifft. Es geht

⁴⁵⁴⁰ Küper Notstand S. 161; Zieschang LK § 34 Rn. 122 ff. Dies führt etwa dazu, dass ein Wanderer, der sich trotz erkennbar aufziehenden Unwetters in die Berge begibt, in eine Hütte retten darf, um sein Leben zu retten, nicht aber um bloß eine Erkältung zu vermeiden, Rn. 126. Der Anspruch auf Solidarität ist insoweit von vornherein reduziert, Rn. 123. § 34 StGB kann dann selbst bei Lebensgefahren ausscheiden, da jedenfalls die Entschuldigung nach § 35 I StGB verbleibt. Anhänger der Rechtsfigur der „*actio illicita in causa*“ können zudem an frühere Handlungen des Täters anknüpfen (vgl. etwa Frister AT 14/6). Da es hier nicht um die Vorverlagerung der *Strafbarkeit*, sondern „bloß“ die Begründung einer Überwachungsposition aufgrund dieses Verhaltens geht, die „*actio*“ also *allein* von ihrer objektiven Seite her betrachtet wird, erscheint die Heranziehung dieser Rechtsfigur – anders als bei der Begründung der Strafbarkeit (kritisch etwa Paeffgen/Zabel NK Vor § 32 Rn. 147a, b) – jedenfalls weniger problematisch.

⁴⁵⁴¹ Erb MK § 34 Rn. 9; Kühl AT § 8 Rn. 9.

⁴⁵⁴² Frister AT 17/14; Zieschang LK § 34 Rn. 110, 117; ders. JA 2007, 679, 682.

⁴⁵⁴³ So auch Frister AT 17/15; Kühl AT § 8 Rn. 9.

⁴⁵⁴⁴ Gaede NK § 13 Rn. 46 nennt etwa das Beispiel, dass ein Radfahrer eine Passantin verletzt, um der lebensgefährlichen Kollision mit einem PKW auszuweichen.

⁴⁵⁴⁵ Kühl FS Lenckner S. 143, 157; ders. AT § 8 Rn. 1, 7; Neumann ZStW 116 (2004) 751.

⁴⁵⁴⁶ Stratenwerth ZStW 68 (1956) 41, 50, 52, 54; Gallas ZStW 70 (1968) 1, 23 f.

⁴⁵⁴⁷ Erb MK § 34 Rn. 9; Kühl AT § 8 Rn. 9; Neumann NK § 34 Rn. 11.

insoweit um eine *Schutz-*, keine Überwachungsfunktion des Notstandstäters aufgrund der Herrschaft über die solidarische Schutzlosstellung der Rechtsgüter des Opfers. Dieses ist insoweit abhängig, als es von der maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung durch die *solidarische, rechtliche* Einschränkung ausgeschlossen ist. Hierfür sprechen auch notstandsspezifische Gesichtspunkte: Die solidarische Inanspruchnahme Unbeteiligter ist insbesondere bei höchstpersönlichen Rechtsgütern (Unversehrtheit, Freiheit) äußerst problematisch. Wenn das Eingriffsrecht aber eine Schutzposition aufgrund der Herrschaft über die Schutzlosigkeit des solidarisch in Anspruch Genommenen nach sich zieht, stellt dies ein nicht unbedeutendes Argument dar, das Erhaltungsinteresse auch höchstpersönliche Eingriffsinteressen wesentlich überwiegen zu lassen und mildert die Bedenken gegen die Inanspruchnahme des Unbeteiligten ab.⁴⁵⁴⁸ Das Solidaritätsprinzip ist zwar äußerst unbestimmt,⁴⁵⁴⁹ es hat allerdings durch § 34 StGB für den Bereich des Notstands gesetzliche Ausgestaltung erfahren.⁴⁵⁵⁰ Eine Ergänzung von § 34 StGB wäre insoweit *de lege ferenda* wünschenswert, ein Tätigwerden des Gesetzgebers erscheint hier jedoch ebenso illusorisch wie sonst im Bereich des unechten Unterlassens. Vor eben diesem Hintergrund scheint eine Schutzposition des Notstandstäters *de lege lata* gerade noch begründbar, insbesondere, wenn man bedenkt, dass die übrigen Garantenstellungen ebenfalls bloß aus allgemeinen Strukturprinzipien ableitbar sind.

Problematisch ist zuletzt, ob diese Garantenstellung (aufgrund der Herrschaft über die Schutzlosigkeit der Rechtsgüter des solidarisch in Anspruch Genommenen) auch in Fällen der Notstandshilfe entsteht. Der Dritte ist in diesem Fall nicht der Inhaber des Solidaritätsanspruchs, sondern übernimmt dessen Geltendmachung *für* den Gefährdeten.⁴⁵⁵¹ Hier erscheint es überzeugend, zu differenzieren: War der Nothelfer *seinerseits* nach § 323c I StGB zur Nothilfe verpflichtet, so ist bereits *seine* Autonomie solidarisch eingeschränkt. Er erscheint daher selbst bloß als zufällig solidarisch in Anspruch genommenes „Werkzeug“, nicht hingegen als Herr über die Schutzlosigkeit des Eingriffsadressaten. Es erscheint aufgrund der Parallelität von § 34 StGB und § 323c I StGB nicht überzeugend, die Interessen zweier in ihrer Autonomie solidarisch Eingeschränkter (Nothelfer und Eingriffsadressat) gegeneinander auszuspielen. Vielmehr ist der Nothelfer weiterhin solidarisch – nunmehr gegenüber dem Eingriffsadressaten – in die Pflicht genommen. Ist der Nothelfer hingegen selbst *nicht* nach § 323c I StGB verpflichtet, übernimmt er autonom die Geltendmachung des Solidaritätsanspruchs für den Eingriffsadressaten. Hier schwingt er

⁴⁵⁴⁸ Insbesondere auch die Einschränkung des Autonomieprinzips durch den Gedanken der Solidarität ist erträglicher, wenn der Eingreifende nach Abschluss der Notstandshandlung verpflichtet ist, die beim Eingriffsadressaten durch den ihn treffenden Solidaritätsanspruch eingeschränkte Selbstständigkeit wieder herzustellen.

⁴⁵⁴⁹ Vgl. *Kühl* FS Lenckner S. 143, 157 f.; *Zieschang* Jura 2003, 527, 530.

⁴⁵⁵⁰ Zu der Rechtssicherheit, die § 34 StGB trotz ihrer allgemeinen Formulierung bewirkt vgl. *Zieschang* in: Strafgedanke S. 173, 181 ff. *et passim*.

⁴⁵⁵¹ *Neumann* NK § 34 Rn. 11a. Es sind daher auch dessen Verantwortlichkeiten (Rn. 93 ff.) und Sonderpflichten (Rn. 100 ff.), die den Anspruch auf Solidarität begrenzen.

sich freiverantwortlich zum Herrn über die Schutzlosigkeit der Rechtsgüter des solidarisch verpflichteten Eingriffsadressaten auf und ist daher Garant.⁴⁵⁵²

f) Fall des Defensivnotstandes

Unproblematisch erscheint dagegen die Lage bei Fällen des Defensivnotstands. Diese Konstellation steht zwischen den Fällen der Notwehr und denen des Aggressivnotstands.⁴⁵⁵³ Es ist zwar eine gewisse Annäherung zu den schärferen Notwehrbefugnissen anzunehmen,⁴⁵⁵⁴ jedoch bestehen auch nicht unerhebliche Unterschiede, da die Erlaubnis beim Defensivnotstand nicht auf einem Verhaltensunwert beruht und damit das Rechtsbewährungsprinzip keine Rolle spielt.⁴⁵⁵⁵ Im Gegensatz zum Aggressivnotstand wird die Gefahr jedoch gerade nicht auf einen unbeteiligten Dritten abgewälzt,⁴⁵⁵⁶ vielmehr wird der Urheber der Gefahr „in die Schranken seines legitimen Handlungsspielraums zurückverwiesen“.⁴⁵⁵⁷ Der Defensivnotstandstäter schützt nicht allein den faktischen Fortbestand seiner Rechtsgüter, sondern verteidigt „die Integrität seiner rechtlich garantierten Herrschaftssphäre gegen einen Übergriff, der die reguläre Ordnung durchbricht.“⁴⁵⁵⁸ Dieser Gesichtspunkt spielt bei der Interessenabwägung i.R.d. § 34 S. 1 StGB eine gewichtige Rolle.⁴⁵⁵⁹ Aufgrund des Eingriffsrechts bewirkt derjenige, der die aus dem fremden Machtbereich kommende Gefahr abwehrt, keinen überwachungsbedürftigen Unrechtszustand. Dies erscheint aufgrund des soeben Gesagten auch sachgerecht und nicht korrekturbedürftig. Es erscheint bereits zweifelhaft, ob das Solidaritätsprinzip in den Konstellationen des Defensivnotstandes optimal passt.⁴⁵⁶⁰ Jedenfalls entspringt die Gefahr der

⁴⁵⁵² Insoweit steht die Konstellation der Garantenposition aufgrund freiwilliger Übernahme nahe, vgl. zu dieser *Gallas* Studien S. 78 ff.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 53 ff., zur Produkthaftung S. 210 ff.

⁴⁵⁵³ *Kudlich* SSW Vor § 13 Rn. 78; *Sch/Sch/Perron* § 34 Rn. 1; **anders** und für eine Verortung *näher* an der Notwehr *Neumann* NK § 34 Rn. 86.

⁴⁵⁵⁴ *Kühl* AT § 8 Rn. 135; siehe auch *Hirsch* FS Dreher S. 211, 229: angriffsgleiches Geschehen.

⁴⁵⁵⁵ Vgl. *Hirsch* FS Dreher S. 211, 214 f., 223 f.; *Sch/Sch/Perron* § 34 Rn. 1; vgl. auch *Zieschang* LK § 34 Rn. 135, 141; siehe zudem *Jakobs* System S. 46: nicht Verantwortung, aber Veranlassung.

⁴⁵⁵⁶ *Lackner/Kühl* § 34 Rn. 4; *ders.* AT § 8 Rn. 134; *Küper* Notstand S. 15; *ders.* Pflichtenkollision S. 72; *Lenckner* Notstand S. 102, 137, 162 f.; *Zieschang* LK § 34 Rn. 8, 14 f., 133 ff.

⁴⁵⁵⁷ *Küper* Pflichtenkollision S. 72.

⁴⁵⁵⁸ *Küper* Pflichtenkollision S. 73.

⁴⁵⁵⁹ *Hirsch* LK¹¹ § 34 Rn. 72; *Jescheck/Weigend* AT § 33 III 3, IV 5; *Lackner/Kühl* § 34 Rn. 9; *ders.* AT § 8 Rn. 134; *Küper* Pflichtenkollision S. 72; *Sch/Sch²⁷/Lenckner/Perron* § 34 Rn. 30 (siehe auch *Lenckner* Notstand S. 162 f.); *Rosenau* SSW § 34 Rn. 24; *Roxin* FS *Jescheck* S. 457, 466 f.; *ders./Greco* AT I § 16 Rn. 72 ff.; *Zieschang* JA 2007, 679, 683; *ders.* LK § 34 Rn. 8, 16 f.; **a.A.** etwa *Frister* AT 17/21; *Neumann* NK § 34 Rn. 86: § 228 analog. **Dagegen** spricht jedoch, dass der Abwägungsmaßstab von § 228 StGB maßgeblich dadurch beeinflusst ist, dass Eingriffsgut eine Sache ist, *Roxin* FS *Jescheck* S. 457, 466 f.

⁴⁵⁶⁰ Zum Teil wird vertreten, der Gedanke der Solidarität trage hier nicht die Eingriffsbefugnis, sondern markiere im Gegenteil die Grenzen der zulässigen Abwehrhandlung (*Neumann* NK § 34 Rn. 86; außerdem *Matt/Renzikowski/Engländer* § 34 Rn. 5, 47; *Erb* MK § 34 Rn. 14; *Frister* GA 1988, 291, 293; *Jakobs* AT 13/46; *Pawlik* Notstand S. 315; *Börger*s Gefahrurteil S. 106; **anders** *Kühl* AT § 8 Rn. 138; *Zieschang* LK § 34 Rn. 8, 17: Derjenige, von dem die Gefahr ausgehe, müsse im Gegenteil in weitaus größerem Maße Solidarität üben). Grundsätzlich geht es bei § 34 StGB um das Prinzip des überwiegenden Interesses, innerhalb dessen die Aspekte der Solidarität sowie des Gefahrenursprungs den Ausschlag geben können (*Küper* Pflichtenkollision S. 73; *Sch/Sch/Perron* § 34 Rn. 1; *Zieschang* LK § 34 Rn. 4, 7 f.). – Überzeugenderweise spielen beim Defensivnotstand sowohl der Gefahrenursprung als auch das Solidaritätsprinzip eine

Herrschaftssphäre, die dem Eingriffsadressaten zur Selbstbestimmung zugewiesen ist.⁴⁵⁶¹ Er wird damit nicht bloß als Unbeteiligter solidarisch in Anspruch genommen, sondern hat selbst die nach den Wertungen der Rechtsordnung maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung getroffen, es hätte in seiner Hand gelegen, den Konflikt für Rechtsgüter gänzlich zu vermeiden.

5. Handlungsbefugnisse ohne Eingriffsrecht

Im Gegensatz zu echten Rechtfertigungsgründen gibt es auch bloße Handlungserlaubnisse ohne Eingriffsbefugnis, etwa § 127 I StPO, § 193 StGB oder die mutmaßliche Einwilligung.⁴⁵⁶² Diese Konstellationen sind durch eine Prognose gekennzeichnet, sodass die Handlung auch auf die Gefahr hin vorgenommen werden darf, dass sie ihren Zweck verfehlt und sich *ex post* als unberechtigt erweist.⁴⁵⁶³ In diesen Fällen besteht keine Eingriffsbefugnis, dem Betroffenen darf hier bei einer im Ergebnis unbegründeten Rechtsgutsverletzung nicht jeder Schutz der Gewährleistungsnorm entzogen werden.⁴⁵⁶⁴ Konsequenterweise besteht hier auch eine Garantenstellung aus Ingerenz.

6. Ausnahme für Dauerzustände?

Für die zum Teil zum Pflichtwidrigkeitskriterium konstruierte Ausnahme des Dauerzustandes wird regelmäßig keine dogmatisch tragfähige Begründung vorgebracht.⁴⁵⁶⁵ Zunächst erscheint es zutreffend, wenn darauf hingewiesen wird, dass die Argumentation *konsequenterweise* für alle Rechtfertigungsgründe gelten müsste, nicht bloß den Notstand.⁴⁵⁶⁶ Zudem scheint mit *jeder* potentiell ingerenzbegründenden Notwehr- oder Notstandshandlung ein Dauerzustand geschaffen zu sein: Dies ergibt sich bereits aus dem

Rolle. Denn der Eingriffsadressat ist über die Duldung der Abwendung der Gefahr hinaus, die er als Überwachungsgarant selbst zu leisten hätte, zur Duldung des Eingriffs in seine Rechtsgüter verpflichtet. Insbesondere bei höchstpersönlichen Rechtsgütern mag z.B. die Gefahr von dem Körper des A als *physikalischem Gegenstand* ausgehen, der B ist jedoch nach § 34 S. 1 StGB zum Eingriff in das *Rechtsgut* der körperlichen Unversehrtheit des A berechtigt.

⁴⁵⁶¹ Vgl. *Stratenwerth* ZStW 68 (1956) 41, 57. S. 59: „Abwehr eines Angriffs aus fremdem Herrschaftsbereich, nicht Übergriff in eine ihrerseits geordnete Rechtssphäre“; *Lenckner* Notstand S. 102, 137: Gedanke der Störerhaftung; *Erb* MK § 34 Rn. 14; *Hirsch* FS Dreher S. 211, 228 f.; *Jakobs* AT 13/47; *ders.* FG BGH IV S. 29, 48: „Zuständigkeit“ für einen Gefahrenherd; *ders.* in: *El Sistema* S. 133, 162; *Kühl* AT § 8 Rn. 134; *Neumann* NK § 34 Rn. 86; *Rosenau* SSW Vor § 32 Rn. 23; *Roxin* FS Jescheck S. 457, 466; *ders./Greco* AT I § 16 Rn. 75.

⁴⁵⁶² Diese sollen (auch) auf dem Gedanken des „erlaubten Risiko“ beruhen, *Hirsch* FS Lampe S. 515, 532; *Jescheck/Weigend* § 36 I; *Paeffgen* GS Arm. Kaufmann S. 399, 420; *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 104, 108; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben* Vor § 32 Rn. 11; siehe dazu auch *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 167 m. Fn. 32.

⁴⁵⁶³ *Jescheck/Weigend* § 36 I; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben* Vor § 32 Rn. 11: Etwa bei § 193 StGB besteht der Schutz nur gegen die ehrverletzende Handlung; zeigt sich später die Unwahrheit der Handlung, so kann quasi-negatorische Klage wegen des entsprechenden rechtswidrigen Zustands erhoben werden.

⁴⁵⁶⁴ *Jescheck/Weigend* § 36 I.

⁴⁵⁶⁵ So auch *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 21 Rn. 75.

⁴⁵⁶⁶ Wenn man dies für den Notstand vertritt, muss man konsequenterweise auch bei der Notwehr nach Beendigung des Angriffs einen rechtswidrigen Dauerzustand bejahen, vgl. *Sowada* Jura 2003, 236, 241; *Joecks/Jäger*¹² § 13 Rn. 61 f.; nunmehr nimmt *Jäger* eine aktive Aufrechterhaltung der Freiheitsberaubung an (*Joecks/Jäger* § 13 Rn. 62), was nicht überzeugen kann, da derjenige, der die Freiheitsberaubung fortwirken lässt, gerade nicht mehr aktiv handelt.

allgemeinen Ingerenzerfordernis, dass eine *Gefahr* geschaffen worden sein muss, also keine abgeschlossene Verletzung, sondern ein dauerhafter, auf Entwicklung angelegter Zustand.⁴⁵⁶⁷

Eine eigenständige Bedeutung hätte die Ausnahme für Dauerzustände, wenn man sie auf Dauerdelikte, wie etwa § 239 StGB, beschränkte. Ob nur solche oder sämtliche Straftaten erfasst sein sollen, bleibt regelmäßig im Dunklen. Ausdrücklich stellt etwa *Stree* auf Zustände ab, die von einem Dauerdelikt erfasst seien.⁴⁵⁶⁸ Dieses Delikt sei mit der Herbeiführung des Zustandes nicht abgeschlossen, sondern werde durch dessen Aufrechterhaltung erneut begangen.⁴⁵⁶⁹ Tatsächlich erscheint es jedoch zweifelhaft, der Kategorie der Dauerdelikte bei der Begründung einer Garantenstellung aus Ingerenz einen Sonderstatus einzuräumen.⁴⁵⁷⁰ Dauerdelikte sind Straftaten, „bei denen der Täter einen andauernden rechtswidrigen Zustand herbeiführt oder pflichtwidrig nicht beseitigt“.⁴⁵⁷¹ Dieser Unterschied zu den Zustandsdelikten betrifft jedoch bloß die tatbestandliche *Vollendung*. Die Besonderheit ist insoweit, dass sich mit dem Fortbestehen des *rechtswidrigen* Dauerzustands – anders als bei Zustandsdelikten – das Unrecht der Tat vertieft und intensiviert.⁴⁵⁷² Damit stellt auch *nach* Vollendung das bloße *Fortdauern* der Lage eine Gefahr dar,⁴⁵⁷³

⁴⁵⁶⁷ Ob der Angreifer dadurch in Todesgefahr gerät, dass er dauerhaft eingesperrt wird, dauerhaft im Wasser liegt oder eben dauerhaft blutet, kann *insoweit* keinen Unterschied machen. Vgl. schon die wenig überzeugenden Differenzierungen bei *Pfleiderer* → oben Kapitel 3 § 1 H. Wie hier auch Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 21 Rn. 75: Die Befürworter der Ausnahme werfen ihre eigenen Grundsätze über Bord.

⁴⁵⁶⁸ Sch/Sch²⁷/Stree § 13 Rn. 36; ähnlich nun Sch/Sch/Bosch § 13 Rn. 36.

⁴⁵⁶⁹ Sch/Sch²⁷/Stree § 13 Rn. 36. *Stree* weitet diese Argumentation dann aber wohl doch auch auf andere Delikte aus, wenn er das Beispiel zitiert, man müsse einen aufgedrehten Gashahn wieder zudrehen.

⁴⁵⁷⁰ Zu Recht kritisiert *Stein* die Differenzierung zwischen den Dauerdelikten einerseits und Delikten wie § 223 I StGB andererseits im vorliegenden Kontext, *Stein* SK § 13 Rn. 53. Siehe außerdem *Sowada* Jura 2003, 236, 241: Ansonsten hätte derjenige eine Rettungspflicht, der den betrunkenen Randalierer *ein*sperrt, nicht aber derjenige, der ihn bei Eiseskälte *aus*sperrt; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 21 Rn. 75: „zweifelhaftes Gebilde“.

⁴⁵⁷¹ Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Bosch Vor § 52 Rn. 81. Vgl. auch die ff. zu den Besonderheiten dieser Deliktskategorie, insbesondere im Hinblick auf die Konkurrenzen sowie die Verjährung. Ausführlich zu Konkurrenzfragen beim Dauerdelikt vgl. *Zieschang* FS Rissing-van Saan S. 787 ff.

⁴⁵⁷² Vgl. *Jescheck/Weigend* AT § 26 II 1a; *Roxin/Greco* AT I § 10 Rn. 105; *Zieschang* FS Rissing-van Saan S. 787, 793, 806; siehe auch Sch/Sch/Eisele § 239 Rn. 11; *Kudlich* SSW Vor § 13 Rn. 31; *Kühl* Beendigung S. 66; Sch/Sch/Sternberg-Lieben/Bosch Vor § 52 Rn. 84. Auch der in diesem Zusammenhang häufig zitierte *Schröder* (NJW 1966, 1001, 1002) stellt bloß klar, dass im Gegensatz zum „Zustandsdelikt“ beim „Dauerdelikt“ durch das Unterlassen noch eine Intensivierung des Schadens eintreten kann. Ob derjenige, der den Dauerzustand geschaffen hat, auch Garant ist, steht auf einem anderen Blatt. Dabei spricht *Schröder* von einem „missbilligten Zustand“, der „ohne strafrechtliche Verantwortlichkeit geschaffen“ wurde (nicht von der rechtmäßigen Schaffung!), etwa aufgrund eines Irrtums (siehe auch Fn. 20). Um einen zunächst rechtmäßigen Zustand geht es also dort nicht. Der ebenfalls in diesem Kontext zitierte *Eser* NJW 1965, 377, 380 behandelt *nicht* ausdrücklich den Dauerzustand nach *rechtmäßigem* Tun: Das Dauerdelikt des § 239 StGB sei zwar mit dem Eintreten der Freiheitsbeschränkung vollendet, aber erst nach deren Beseitigung beendet.

⁴⁵⁷³ Anders bei den Zustandsdelikten: Etwa die Körperverletzung ist kein Dauerdelikt, sodass auch dann, wenn die zugefügte Wunde erst über eine Dauer von mehreren Wochen heilt (vgl. *Zieschang* FS Rissing-van Saan S. 787, 788), der Garant nicht zur Beseitigung dieses Zustandes verpflichtet ist, sondern bloß

die bei *Bestehen einer Garantenstellung* abzuwenden ist. Beispielsweise kann jemand, der versehentlich einen anderen einschließt, bei gegebener Garantenstellung § 239 StGB verwirklichen, wenn er ihn nicht freilässt, derjenige aber, der versehentlich eine fremde Maschine auseinanderbaut, kann das Delikt des § 303 I StGB nach objektiver Vollendung (selbst wenn er aus irgendeinem Grund Garant wäre) nicht (nochmals) durch Unterlassen begehen.⁴⁵⁷⁴ Dass jedoch das Unrecht auch nach Vollendung intensiviert werden kann, ersetzt nicht die Begründung der Garantenstellung, sondern setzt sie voraus. Die Argumentation *Strees* ist daher zirkulär, denn „aufrechterhalten“ wird der Dauerzustand eben durch das Unterlassen⁴⁵⁷⁵ und damit dieses eine über § 323c I StGB hinausgehende Relevanz aufweist, muss dem Unterlassenden eine Garantenstellung zukommen. Es ist auch nicht überzeugend, für das Strafrecht zu sagen, dass ein rechtmäßiger in einen rechtswidrigen Dauerzustand umschlage,⁴⁵⁷⁶ wenn dieses Umschlagen und damit die Rechtswidrigkeit nicht auf menschliches Handeln rückführbar ist.⁴⁵⁷⁷ Der Begriff des Unrechts dient im Strafrecht der Bewertung der Interaktion von Menschen zueinander, nicht der Bewertung von bloßen Ereignissen. Ein Zustand, der aus einem rechtmäßigen Zustand folgt, hätte genauso gut aus jedem anderen rechtmäßigen Zustand und damit ohne jeden Zusammenhang zu menschlicher Handlungsherrschaft resultieren können. Er ist damit nicht überwachungsbedürftig. Wenn *Bosch* vorbringt, dass die Beeinträchtigung fremder Interessen nur im Rahmen des Erforderlichen zulässig sein könne,⁴⁵⁷⁸ so ist erneut darauf hinzuweisen, dass das Merkmal der Erforderlichkeit nur die Abwehrhandlung betrifft, jedoch keine darüberhinausgehenden Pflichten zur Erfolgsabwendung begründet. Fallen die Voraussetzungen der Rechtfertigung weg, mag der Betreffende tatsächlich zur Beseitigung des Dauerzustandes „verpflichtet“⁴⁵⁷⁹ sein, jedoch eben nach § 323c I StGB, nicht nach § 13 I StGB.

In den Fällen des gerechtfertigten Einsperrens einer Person kann man regelmäßig statt auf die Garantenstellung aus Ingerenz auf die Herrschaft über die Umschließung als Gefahrenquelle abstellen. Der Wohnungsinhaber hat die spezifischen, von der Wohnung

einer Vertiefung der Schädigung vorzubeugen hat. Die Fragen, die die Garantenstellung aus Ingerenz betreffen, spielen sich jedoch bei den Zustandsdelikten regelmäßig ohnehin im *Vorfeld* der drohenden Vollendung ab.

⁴⁵⁷⁴ Vgl. *Schröder* NJW 1966, 1001, 1002.

⁴⁵⁷⁵ Auch beim Dauerdelikt bedarf es für die Begründung sowie das Aufrechterhalten einer menschlichen Handlung (oder eben Unterlassung), vgl. *Zieschang* FS Rissing-van Saan S. 787, 793.

⁴⁵⁷⁶ Nicht überzeugen kann auch die umgekehrte Konstruktion von *Schräggle*, der meint, hier werde zwar eine grundsätzlich ingerenzbegründende unerlaubte Gefahr geschaffen, die Folgenverantwortung sei jedoch durch das Entfallen der Notstandsvoraussetzungen bedingt, *Schräggle* Unterlassungsdelikt S. 304. – Diese Lösung ist inkonsequent, weil sie für die ingerenzbegründende Gefahrschaffung ein „unerlaubtes Risiko“ verlangt (S. 299 f.) – dieses würde jedoch durch das Eingreifen des Rechtfertigungsgrundes des Notstandes gerade erlaubt (vgl. oben → 2.). Die tatbestandliche „Unerlaubtheit“ des Risikos ist eben nur *ratio cognoscendi* für die Unerlaubtheit im konkreten Fall, die durch die Rechtfertigung hinfällig wird.

⁴⁵⁷⁷ Es überzeugt daher auch nicht, wenn *Sowada* Jura 2003, 236, 241 meint, das Umschlagen lasse sich „plausibel in die Unrechtsstruktur der Dauerdelikte integrieren“.

⁴⁵⁷⁸ Sch/Sch/*Bosch* § 13 Rn. 36.

⁴⁵⁷⁹ Sch/Sch/*Bosch* § 13 Rn. 36.

ausgehenden Gefahren zu überwachen.⁴⁵⁸⁰ Wenn er einen Einbrecher einsperrt, hat er die aktuelle Herrschaft über die äußere Umschließung und damit die Aufrechterhaltung des Dauerzustandes. Hierdurch schließt er *aktuell* andere, das Opfer oder sonstige hilfsbereite Personen von der Einwirkung auf die resultierenden Gefahren aus.⁴⁵⁸¹ Ähnliches gilt für die zum Teil vorgebrachten Fälle einer rechtswidrig gewordenen Genehmigung.⁴⁵⁸² Wenn die Garantenstellung hier zu bejahen ist, dann aufgrund des besonderen hoheitlichen Herrschaftsverhältnisses und der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Wertungen. In den als Ausnahme zum Rechtswidrigkeitskriterium konstruierten Ingerenzgarantenstellungen bei Dauerzuständen ist also jeweils zu untersuchen, ob der Betreffende *möglich-erweise* in einem besonderen aktuellen Herrschaftsverhältnis zu dem Opfer steht.

7. Objektive, subjektive und prognostische Elemente der Rechtfertigung

Fraglich ist weiterhin, ob es im Rahmen der Ingerenzbegründung auf das Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements ankommt.⁴⁵⁸³ Die herrschende Ansicht in der Literatur geht im Rahmen der Rechtfertigung davon aus, dass der Erfolgswert bereits durch das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen der Rechtfertigung kompensiert wird, sodass auch bei Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements nicht wegen Vollendung bestraft werden könne („Versuchslösung“).⁴⁵⁸⁴ Die Gegenansicht stellt sich dagegen auf den Standpunkt, dass bei Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements stets wegen Vollendung bestraft werde („Vollendungslösung“).⁴⁵⁸⁵ Letztere Ansicht kann vorbringen, dass hinsichtlich der Rechtfertigung die materielle Betrachtung nur in dem durch die Rechtsordnung gezogenen *formellen* Rahmen rechtserheblich ist.⁴⁵⁸⁶ Auf diese Fragen kommt es *hier* jedoch nicht an. Denn für die Garantenstellung aus Ingerenz geht es nicht darum, ein formal tatbestandliches Unrecht (Handlungs- und Erfolgswert) zu kompensieren, sondern um einen materiellen, dem tatbestandlichen Erfolg vorgelagerten Sachverhaltsunwert (einen Erfolgswertverhältnis „minderer Qualität“). *Jedenfalls hier*

⁴⁵⁸⁰ Siehe auch BGHSt 30, 391, 396; *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 101: „unmittelbare Gefahrenquelle“; *Roxin* AT II § 32 Rn. 115 ff.; *Schmidhäuser* AT 12/34; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 361; *Zieschang* GA 2020, 57, 65; einschränkend *Bosch* Jura 2019, 1239, 1248 f.

⁴⁵⁸¹ „Hier stellt die Abgeschlossenheit der Wohnung eine im Herrschaftsbereich des Inhabers liegende Gefahrenquelle dar und erzeugt infolgedessen eine Garantiepflicht“, *Schünemann* Grund und Grenzen S. 361; zustimmend *Weigend* LK § 13 Rn. 52.

⁴⁵⁸² *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 40b.

⁴⁵⁸³ Dazu eingehend *Hoven* GA 2016, 16 ff.

⁴⁵⁸⁴ Etwa *Jescheck/Weigend* AT § 31 IV 2; *Kudlich* SSW Vor § 13 Rn. 79; *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 13; *Rengier* AT § 17 Rn. 18; *Rosenau* SSW Vor § 32 Rn. 16; *Roxin/Greco* AT I § 14 Rn. 106; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 153 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 410, 415 m.w.N.

⁴⁵⁸⁵ So etwa *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 61; *B. Heinrich* AT Rn. 392; *Köhler* AT S. 323 f.; *Zieschang* AT Rn. 232.

⁴⁵⁸⁶ Zwar nehme die Erhaltung des höherwertigen Interesses der Tat *per saldo* ihren sozialschädlichen Charakter, die saldierende Betrachtungsweise gestatte die Rechtsordnung jedoch nur unter der Voraussetzung einer bewussten Rettung, *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 168, 173 f., 178. – Dementsprechend lässt es sich hinsichtlich der Frage nach der Strafbarkeit durchaus begründen, dass nach dem formellen Rahmen der §§ 32, 34 StGB keine isolierte Kompensation des tatbestandlichen Erfolgswerts, sondern nur eine einheitliche Kompensation der Tatbestandsverwirklichung vorgesehen ist.

muss die materiell saldierende Betrachtungsweise nicht durch formale Erwägungen korrigiert werden. Wenn die objektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes vorliegen, geschieht dem Opfer durch die Gefährdung kein Unrecht. Es sieht sich einem Geschehen gegenüber, welches nicht i.S.d. § 13 I StGB überwachungsbedürftig ist. Eine Garantenposition für eine Gefahr kann sich nicht allein daraus ergeben, dass diese zufällig mit „böser Gesinnung“ herbeigeführt wurde. Aus der für die Ingerenz maßgeblichen Perspektive der Rechtsgüter des Opfers⁴⁵⁸⁷ stellt sich die Sachlage bei Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen als rechtmäßige „Normallage“, nicht als die Rechtsgüter besonders bedrohende und daher von einem Garant zu überwachende Ausnahmesituation dar.⁴⁵⁸⁸

Darüber hinausgehend will *Dencker* für die Ingerenz die gesamte Rechtfertigung, insbesondere das Merkmal der Erforderlichkeit, objektiv beurteilen.⁴⁵⁸⁹ Und *Frister* spricht sich im Allgemeinen dafür aus, den gesamten objektiven Erlaubnistatbestand strikt auf Grundlage des objektiven Sachverhalts zu beurteilen, gleich ob dieser für einen Beobachter erkennbar war oder nicht.⁴⁵⁹⁰ Nach dem oben Gesagten spräche hierfür, dass das Eingriffsrecht und die Garantenposition ansonsten von einer *ex ante* Betrachtung der Erforderlichkeit und damit *insoweit* von der unsicheren Lage abhänge, ihm also nicht ein „Maximum an Wahrheitsgarantie“ zugrunde gelegt würde. Eine Differenzierung nach der Lage *ex post* erscheint vor diesem Hintergrund zwar nicht unplausibel, im Ergebnis aber auch nicht restlos überzeugend. Denn aufgrund des objektiven Vorliegens eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs bürdet die Rechtsordnung in § 32 StGB dem Angreifer das Risiko der Diskrepanz zwischen *ex ante* und *ex post* Beurteilung auf. Speziell bei der Notwehr erscheint es, wie oben schon ausgeführt, prinzipiell gerecht, das Eingriffsrecht ausnahmsweise von der objektiven *ex ante* Perspektive abhängig zu machen, da ansonsten der Verteidiger, dem die Situation durch den Angreifer ja gerade aufgezwungen wurde,

⁴⁵⁸⁷ Auch dies mag eine abweichende Beurteilung der Ingerenzfälle rechtfertigen. Während die Straftat *primär* Verhaltensunrecht ist, es also auf die Perspektive des Täters ankommt, geht es bei der Ingerenz um Sachverhaltsunrecht aus der Perspektive des Rechtsguts. Während also für die Vollendungslösung vorgebracht wird, man könne nicht den Täter privilegieren, weil er „zufällig das Richtige getan hat“ (*B. Heinrich* AT Rn. 392; ähnlich *Köhler* AT S. 323), spielt dieses Argument jedenfalls für die Ingerenzbegründung keine Rolle, da es hier nicht um die Bestrafung des Täters, sondern die fortdauernde Schutzbedürftigkeit des Rechtsguts geht. Aus dieser Perspektive wäre es im Gegenteil zufällig, eine Überwachungsposition allein deshalb zu begründen, weil der Handelnde, der „objektiv das Richtige tut“, *zufällig* eine böse Gesinnung hatte.

⁴⁵⁸⁸ Dass es im Rahmen der Ingerenzfrage nicht auf das subjektive Rechtfertigungselement ankommt, wird auch in der neueren Literatur zu Recht betont, vgl. *Hoven* GA 2016, 16, 33 ff.; *Fischer* § 13 Rn. 53; *Frister* AT 22/35.

⁴⁵⁸⁹ *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 174 f.: „War die Handlung bei einer ex-post und strikt objektiv betrachtenden Würdigung der Situation notwendig, um einen Schaden abzuwenden“, begründe sie keine Ingerenzhaftung.

⁴⁵⁹⁰ *Frister* AT 14/11 f.

das Risiko der Fehleinschätzung trüge.⁴⁵⁹¹ Es besteht somit bei dem Rechtfertigungsgrund der Notwehr – anders als bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten – ein hinreichender rechtlicher Grund, die den Täter begünstigende *ex ante* Perspektive *auch für das Eingriffsrecht* und damit das Duldenmüssen der Folgen für maßgeblich zu halten. Auch wenn also einige Elemente des Erlaubnissatzes subjektiv eingefärbt sind (insbes. die Erforderlichkeit), weist dieser einen „harten, objektiven Kern“⁴⁵⁹² auf, der die Duldungspflicht des Beeinträchtigten legitimiert.

III. Fazit

Angewandt auf die Rechtfertigungsgründe führt die hier vertretene Lösung zu sachgerechten Ergebnissen. Im Hinblick auf die Garantenstellung aus Ingerenz sind Notwehr und Notstand gleich zu behandeln. Zu erwägen ist allein, ob derjenige, der im Rahmen des § 34 StGB Solidarität für sich in Anspruch nimmt, *aus diesem Grund* Garant ist.

D. Überlegungen zur Reichweite der tatbestandlichen Schutznorm

Im Weiteren ist darauf einzugehen, wie weit der Schutz der tatbestandlichen Gewährleistungsnorm reicht.

I. Pragmatische Differenzierung zwischen pflichtwidrigem und pflichtgemäßem Vorverhalten

Da jede Straftat die Verwirklichung von Handlungsunrecht voraussetzt, fragt die Strafrechtsdogmatik grundsätzlich nur nach solchen Unrechtszuständen, die durch eine verbotene Handlung hervorgerufen wurden. Daher hat die ganz herrschende Meinung recht, dass *jedenfalls* ein pflichtwidriges Vorverhalten die Garantenstellung aus Ingerenz begründet, wenn der Betreffende gerade im Hinblick auf die geschaffene Gefahr sorgfaltswidrig gehandelt hat⁴⁵⁹³ und außerdem der *Pflichtwidrigkeitszusammenhang* gegeben ist.⁴⁵⁹⁴ Dies lässt sich besonders deutlich anhand der Argumente der Anhänger der Risikoerhöhungslehre illustrieren, gilt dann aber *erst recht* für die insoweit restriktivere herrschende Gegenansicht. Wenn sich die Verhaltensnorm auch im Nachhinein⁴⁵⁹⁵ noch als

⁴⁵⁹¹ In der Tat will *Frister* hier dem Eingriffsadressaten ein Defensivnotstandsrecht zubilligen (AT 14/12). Dabei wird jedoch nicht hinreichend beachtet, dass es der Angreifer ist, der für den Konflikt verantwortlich ist und der Verteidiger neben seinen eigenen Rechtsgütern auch im Allgemeininteresse die Rechtsordnung verteidigt. Gegen das Rechtsbewährungsprinzip freilich *Frister* GA 1988, 291 ff.

⁴⁵⁹² *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 17; siehe schon *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 167. Daher bleibt es dabei, dass für die Annahme eines Eingriffsrechts sowie einer korrespondierenden Duldungspflicht die sachlichen Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Tatbegehung real und *ex post* verifizierbar vorliegen müssten. Allein die prognostischen Elemente, insbesondere die Erforderlichkeit, sind *ex ante* zu beurteilen (*Gallas* aaO S. 179). Der Prüfungsmaßstab der gesetzlichen Rechtfertigungsgründe ist insoweit großzügig, vgl. nur *Kudlich* aaO Rn. 9.

⁴⁵⁹³ Vgl. *Küper* JZ 1981, 568, 573 f.; zum Teil wird hier von „Schutzzweckzusammenhang“ gesprochen, vgl. für die Ingerenz nur *Stree* FS Klug II S. 395 ff.; sowie grundlegend für das Strafrecht *Roxin* FS Gallas S. 241 ff.

⁴⁵⁹⁴ Vgl. auch *Wolter* in: Grundfragen S. 103, 107: Unwert des Risikozusammenhangs einschließlich Erfolg/Gefährdung.

⁴⁵⁹⁵ Maßgeblich ist insoweit die *ex post* Perspektive, vgl. insbesondere *Stratenwerth* FS Gallas S. 227, 235 f.

sinnvolles, das Erfolgsrisiko reduzierendes Verbot erweist,⁴⁵⁹⁶ mussten die Folgen der Handlung nicht nur aufgrund der begrenzten Informationslage *ex ante*, sondern auch bei einer objektiven Betrachtungsweise vermieden werden.⁴⁵⁹⁷ Die Einzelfragen sind von der allgemeinen Unrechts-, insbesondere Fahrlässigkeitsdogmatik zu beantworten. Wenn die Gefährdungslage ohnehin mittels Pflichtwidrigkeitszusammenhangs auf sorgfaltswidrigem Vorverhalten beruht, also Erfolgsunrecht als „realisiertes“ Handlungsunrecht⁴⁵⁹⁸ vorliegt, ist es praktikabel, in diesen Fällen mit der h.M. und Rechtsprechung hierauf abzustellen.⁴⁵⁹⁹ Das Pflichtwidrigkeitskriterium führt meistens zur richtigen Lösung, weil die sachlichen Gründe, welche das Handlungs- und welche das Erfolgsunrecht ausschließen, zwar nicht immer, aber regelmäßig kongruent sind.⁴⁶⁰⁰

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung geht es darüber hinaus darum, welche Unrechtszustände *unabhängig* von dem Vorliegen von Handlungsunrecht *im Ergebnis* vermieden werden müssen, weil sie der opferschützenden Gewährleistungsnorm widersprechen. Hierfür interessiert sich die Strafrechtsdogmatik in der Regel nicht, da bereits mit Fehlen des Handlungsunrechts die Bestrafung ausscheidet. Es handelt sich um Fragen der allgemeinen Unrechtsdogmatik, die vielfältige äußerst umstrittene Themenbereiche streifen. Diese können hier selbstverständlich nicht abschließend in der nötigen Tiefe aufgearbeitet werden. Auf der Grundlage der oben getroffenen Überlegungen zur Schutz- und Gewährleistungsnorm werden im Folgenden jedoch einige Eckpunkte dargelegt. In einem grundsätzlich teleologischen Strafrechtssystem ist es *nur insoweit sinnvoll*, von strafrechtlichem Erfolgsunrecht zu sprechen, als sich daran auch spezifisch strafrechtliche Rechtsfolgen knüpfen. Überzeugenderweise muss sich dem Problem daher gerade aus der Perspektive der „Folgenverantwortung“ im Sinne einer Ingerenzgarantenstellung genähert werden, die im Strafrecht regelmäßig die bedeutendste,⁴⁶⁰¹ wenn nicht einzige⁴⁶⁰² Konsequenz eines solchen isolierten Erfolgsunrechts wäre. Ob eine ohne Sorgfaltsverstoß bewirkte Lage nach der tatbestandlichen Schutznorm nicht sein soll und ob der Handelnde

⁴⁵⁹⁶ Roxin/Greco AT I § 11 Rn. 94; Schönemann JA 1975, 647, 652; Wolter Straftatsystem S. 336.

⁴⁵⁹⁷ Das *ex ante* unerlaubt gefährliche Verhalten hat dann „tatsächlich zu einer rechtswidrigen, weil das erlaubte Maß übersteigenden konkreten Gefährdung des geschützten Rechtsguts geführt“, Rudolphi SK⁶ § 1 Rn. 67.

⁴⁵⁹⁸ Zitat nach Murmann Selbstverantwortung S. 431; vgl. auch Hirsch FS Lampe S. 515, 533 f.: mittelbares Erfolgsunrecht auf unmittelbarem Handlungsunrecht; Roxin/Greco AT I § 10 Rn. 96.

⁴⁵⁹⁹ Von diesem halbwegs bestimmten „restriktiven Ausgangspunkt“ (Sowada Jura 2003, 236, 242) ausgehend kann dann weitergefragt werden, wann auch eine pflichtgemäße Handlung einen rechtswidrigen, überwachungsbedürftigen Zustand schafft.

⁴⁶⁰⁰ Ähnlich Herzberg JZ 1986, 986, 991 für „Pflichtwidrigkeit“ und „Vermeideverantwortlichkeit“.

⁴⁶⁰¹ Daneben kann die Rechtswidrigkeit des Zustands auch für die Frage nach der Defensivnotstandsbeurteilung eine Rolle spielen, vgl. etwa Roxin FS Jescheck S. 457, 473 f. Dieser Gesichtspunkt ist im Rahmen der Interessenabwägung bei § 34 S. 1 StGB zu berücksichtigen. Näher ders./Greco AT § 16 Rn. 72 ff., 77; siehe auch Sch/Sch/Eisele Vor § 13 Rn. 49.

⁴⁶⁰² Auch die Tatsache, dass die *strafatbestandliche* Schutznorm suspendiert ist, bedeutet nicht zwingend, dass diese Handlungsfolgen in der ganzen Rechtsordnung *hinzunehmen* sind, gegen sie also nicht im Wege des Notstands vorgegangen werden könnte. Dies wäre nur bei einem *echten Eingriffsrecht* im Sinne eines Rechtfertigungsgrundes der Fall.

weiterhin für diese einzustehen hat – oder sich aber von ihr distanzieren darf, sind also zwei Seiten der gleichen Medaille. Daher erscheint es überzeugend, dort, wo das Gesetz (§§ 32, 34 StGB) eine Aussage zum Erfolgsunrecht trifft oder sich Folgerungen aus der allgemeinen Unrechtsdogmatik ergeben (insbesondere Eigenverantwortlichkeit des Opfers), auf diese Wertungen abzustellen, um so die Ingerenzbegründung mit der allgemeinen Unrechtslehre zu harmonisieren. Da es jedoch keinen abschließend ausdifferenzierten Begriff (isolierten) strafrechtlichen Erfolgsunrechts gibt, aus dem Lösungen für die Ingerenz abgeleitet werden könnten, ist auf die teleologische Überlegung abzustellen, welche Verläufe und Gefährdungen die Straftatbestände im Ergebnis zu verhindern bezwecken. Hierfür kann die oben dargestellte teleologische Richtlinie (rechtlich maßgebliche Entscheidung des Täters über die Rechtsgutsverletzung und korrespondierende Abhängigkeit des Opfers) entfaltet werden. Die rechtsgutsbezogenen Entscheidungen von Täter und Opfer sind wertend zueinander in Bezug zu setzen. Kurz gesagt ist es eine *Wertungsfrage*, ob das Opfer einen tatbestandlichen Schutzanspruch hat, vor den Folgen einer Handlung verschont zu bleiben. Für diese kommt es zentral auf die faktischen und sozialen *Gestaltungsmöglichkeiten* der Beteiligten in der konkreten Situation an.

In jedem Fall ist entscheidend, dass die grundsätzliche Eigenständigkeit des Erfolgsunrechts im Sinne der Gewährleistungsnorm gerade das Ziel verfolgt, den strafrechtlichen Schutzanspruch gegen die Folgen der Handlung auch dort aufrechtzuerhalten, wo das Verhalten nicht durch Verhaltensnormen verboten ist.⁴⁶⁰³ Indem der Inhalt der Schutz- und Gewährleistungsnorm und die Voraussetzungen der Ingerenzgarantenstellung assoziiert werden, findet eine *abschließende* Bestimmung der Freiheitsbereiche der Beteiligten *für das Strafrecht* statt. Die oben (→ Kapitel 4 § 2 A, B, C) entfaltete Argumentation erhebt den Anspruch, auch für abweichende Konkretisierungen des Erfolgsunrechts⁴⁶⁰⁴ anschlussfähig zu bleiben. Auch der sich stark im Vordringen befindlichen – hier nicht geteilten⁴⁶⁰⁵ – Ansicht, die für die Ingerenz die Schaffung eines „Sonderrisikos“ bzw. ein „gesteigert riskantes Verhalten“ verlangt, mag der hier vorgeschlagene Begriff der tatbestandlichen Gewährleistungsnorm einen Rahmen bieten, der erklärt, weshalb dieses Kriterium zu einer *strafrechtlichen* Garantenstellung führt: Das Opfer hat von vornherein einen tatbestandlichen Schutzanspruch, durch bestimmte gesteigerte Risiken nicht in seinen Rechtsgütern verletzt zu werden.

II. Handlung als kausaler Vorgang

Zu Recht wird in der Literatur für die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz als Minimum eine willensgesteuerte Handlung verlangt.⁴⁶⁰⁶ Zunächst fehlt es ohne menschliche Handlung an einem rechtswidrigen und damit überwachungsbedürftigen Zustand.

⁴⁶⁰³ Siehe zu letzterem Aspekt Sch/Sch/Eisele Vor § 13 Rn. 49.

⁴⁶⁰⁴ Gleiches gilt für objektivierte Konzepte des Handlungsunrechts (Frister, Kindhäuser, Vogel) oder der „Vermeideverantwortlichkeit“ (Herzberg).

⁴⁶⁰⁵ Siehe oben → Kapitel 3 § 2 H I 2 b).

⁴⁶⁰⁶ Vgl. etwa Maurach/Gössel/Zipf AT 2 § 46 Rn. 98; Granderath Rechtspflicht S. 138 ff.; Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 155; Welp Vorangegangenes Tun S. 204; anders Herzberg Garantenprinzip S. 299 f.

Die Gewährleistungsnorm will – ebenso wie die Verhaltensnorm⁴⁶⁰⁷ – *wirken*. Das Strafrecht schützt Rechtsgüter nicht als eine bestimmte Anzahl wertvoller Stücke, sondern als Entfaltungsmöglichkeiten, es ist auch als Gewährleistungsnorm „ein Regelungsinstrument, das Freiheit verteilt“.⁴⁶⁰⁸ Für den Erfolgsunwert wird das *Handeln* des Täters als kausales Geschehen, als Nicht-Sein-Sollen ins Auge gefasst.⁴⁶⁰⁹ Es wird im Vergleich zur Verhaltensnorm also nur die Perspektive gewechselt, die Beurteilung jedoch nicht von menschlichem Verhalten und dem Telos der Freiheitsverteilung abgekoppelt. Daher bleibt festzuhalten, dass der Fortbestand eines bestimmten Sachverhalts zwar unabhängig von einem Verstoß gegen eine Verhaltensnorm, nicht aber unabhängig von menschlichem Verhalten gewährleistet sein kann.⁴⁶¹⁰ Auch aus der für die Ingerenzbegründung maßgeblichen Perspektive der Rechtsgüter des Opfers geht es nicht darum, die Wirkung von Naturereignissen, sondern allein von Handlungen zu bewerten.⁴⁶¹¹

Dennoch kann es nicht genügen, dass der Täter die Gefahr bloß verursacht. Eine Anknüpfung *allein* an den wertfreien Kausalzusammenhang wird heute für die Ingerenz allgemein und völlig zu Recht abgelehnt.⁴⁶¹² „Es liegt nicht der geringste sachliche Grund vor, warum die bloße Verursachung der Gefahr eine Garantenstellung begründen soll.“⁴⁶¹³ Die

⁴⁶⁰⁷ Dazu *Engisch* MSchrKrim 23 (1932) 420, 423; *ders.* Gerechtigkeit S. 34; *ders.* FS DJT Bd. 1 S. 401, 414, 423.

⁴⁶⁰⁸ Vgl. *Paeffgen* GS Arm. Kaufmann S. 399, 415. Siehe auch *Maihofer* FS Rittler S. 141, 149: „Alles Recht ist bezogen auf menschliches Verhalten“; *Welzel* ZStW 58 (1939) 491, 509, 516; *Frisch* FS Roxin (2001) S. 213, 236; *Hirsch* in: Strafrechtsentwicklungen S. 11, 16: Der Bezug zum Menschen ist wesensimmanent. – Das bloße Naturgeschehen hingegen entzieht sich von vornherein strafrechtlicher Wertung. Vgl. *Bockelmann/Volk* AT § 9 III. Ferner *Grünwald* GA 2012, 364: interpersonale Struktur von Recht und Unrecht.

⁴⁶⁰⁸ *Daneben* ist grundsätzlich auch eine Garantenstellung aufgrund der Herrschaft über den eigenen Körper als

⁴⁶⁰⁹ *Gallas* ZStW 67 (1955) I, 32 f., 38 f.

⁴⁶¹⁰ Dies entspricht der früheren h.M. zur Rechtswidrigkeit des Angriffs bei § 32 StGB. Erforderlich sei eine Handlung, aber kein Handlungsunrecht. **Kritisch** dazu *Hirsch* FS Dreher S. 211, 227.

⁴⁶¹¹ Insbesondere geht es teleologisch darum, dass der Inhaber der *Handlungsherrschaft* die maßgebliche rechtsgutsbezogene *Entscheidung* getroffen hat, indem er andere von der Einwirkung auf die Handlung und damit die Beherrschung des Geschehens ausschließt, während er jedenfalls die Möglichkeit zur Einwirkung hatte. Wenn es bereits an der Willkürlichkeit der Bewegung fehlt, erfolgt der Ausschluss nicht aufgrund einer Entscheidung des sich Bewegenden, sondern seiner bloßen Körperlichkeit. Vgl. auch *Welp* Vorangegangenes Tun S. 204.

⁴⁶¹² *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 34; *Denckner* FS Stree/Wessels S. 159, 163; *Ebert* AT S. 180; *Freund* MK Rn. 141; *ders./Rostalski* AT § 6 Rn. 96; *Gaede* NK § 13 Rn. 43; *Geilen* JK 82 StGB § 13/2; *Maurach/Gössel/Zipf* AT 2 § 46 Rn. 94, 104; *Herbertz* Ingerenz S. 271 f.; *Herzberg* Garantenprinzip S. 286, 294; *Jakobs* in: El sistema S. 133, 138; *Granderath* Rechtspflicht S. 156; *Jescheck/Weigend* § 59 IV 4 a; *Otto* FS Gössel S. 99, 105, 107; *ders.* NJW 1974, 528, 532; *ders.* FS Geppert S. 441, 442; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 135; *Ranft* JZ 1987, 859, 865; *Roxin* FS Trechsel S. 551, 556; *ders.* AT II § 32 Rn. 155 ff.; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 119, 155; *ders.* JR 1987, 162; *Schünemann* Grund und Grenzen S. 317; *Sch/Sch²⁷/Stree* § 13 Rn. 34; *ders.* FS Klug II S. 395, 398; *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 100; *Vogel* Norm und Pflicht S. 273, 343; *Welzel* JZ 1960, 179, 180; *ders.* Strafrecht S. 216; in diesem Sinne bereits *Traeger* Unterlassungsdelikte S. 100; **a.A.** noch RGSt 46, 337, 343; RGSt 58, 244, 245 f.

⁴⁶¹³ *Welzel* Lehrbuch S. 216. Insgesamt ist die bloße wertfreie Kausalität nie in der Lage, die Verantwortlichkeit eines Menschen zu begründen. Nicht lange nach der Entwicklung der Äquivalenztheorie durch *Glaser* und *v. Buri* (vgl. etwa *Glaser* Abhandlungen S. 298; *v. Buri* Die Causalität S. 1 ff.; vgl. auch RGSt

conditio sine qua non Formel führt zu einem infiniten Regress,⁴⁶¹⁴ man kann mit ihr jede Person, die irgendwie in die Welt hineinwirkt, mit jedem Erfolg in Kausalbeziehung setzen.⁴⁶¹⁵ Ein bloßes Anknüpfen an den wertfreien Kausalzusammenhang wäre bei der Ingerenz überdies sinnlos.⁴⁶¹⁶ Denn Sinn und Zweck der Ingerenzgarantenstellung ist es nicht, jedem sich faktisch in Not Befindlichen ein „Rundum-Sorglos-Paket“ zur Verfügung zu stellen, indem das Strafrecht als Verrichtungsgehilfen hierfür jeden beruft, der irgendwie entfernt kausal für diese Not ist. Es geht gerade nicht darum, die Interessenverfolgung von Personen zu optimieren, sondern zu ermöglichen. Jeder ist täglich mit unzählbaren Ursachen konfrontiert und grundsätzlich selbst verantwortlich, wie er mit diesen umgeht. Hierdurch ist er nicht von der maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung ausgeschlossen; vielmehr handelt es sich um den Rahmen, in dem er seine Rechtsgüter „gebraucht“, um sich zu entfalten. Auf der anderen Seite könnte der Andere – wenn man für die Ingerenz an die bloße Kausalität anknüpfte – nicht mehr seinem eigenen Leben nachgehen, sondern wäre nur noch damit beschäftigt, eigenes Tun zu neutralisieren. Dabei würde er zwangsläufig – es gibt praktisch kein Verhalten, welches von vornherein als schädigungsirrelevant einzustufen ist⁴⁶¹⁷ – durch seine Neutralisierungsbemühungen neue Kausalverläufe anstoßen⁴⁶¹⁸ und wäre gleich *Sisyphos* in einem ewigen Zirkel gefangen. Es entstünde eine unerträgliche, jegliches soziale Leben verhindernde, in höchstem Maße verfassungswidrige Bindung des Einzelnen.⁴⁶¹⁹ Der Sinn des Strafrechts, welches den Individuen die *grundlegenden* Bedingung freier Entfaltung bieten will, würde *ad absurdum* geführt. Um die Freiheit bestimmter gefährdeter Personen zu optimieren, würde die Freiheit aller durch die Ingerenzpflichtenbindung so weit erstickt, dass letztlich niemand mehr sein Leben nach eigener freier Präferenz führen könnte.⁴⁶²⁰

1, 373 ff.; RGSt 44, 137, 139; BGHSt 1, 332, 333) wurde deren unendliche Weite und damit ihre Unzulänglichkeit als *alleiniger* Gradmesser für die Ermittlung strafrechtlich relevanter Ursachen erkannt, vgl. v. Bar Causalzusammenhang S. 5.

⁴⁶¹⁴ Hilgendorf FS Sancinetti S. 451, 459; siehe auch Roxin FS Lampe S. 423, 433.

⁴⁶¹⁵ Vgl. Puppe ZStW 92 (1980) 863, 872 f.

⁴⁶¹⁶ So auch Roxin FS Trechsel S. 551, 556: „abwegig“.

⁴⁶¹⁷ Frisch Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 71 ff.; Puppe ZStW 92 (1980) 863, 872 f.; Gaede NK § 13 Rn. 43; Herbertz Ingerenz S. 271 f.

⁴⁶¹⁸ Siehe allgemein Prittwitz Strafrecht und Risiko S. 289: „auch Vermeiderverhalten birgt seinerseits wieder Risiken“.

⁴⁶¹⁹ Vgl. auch Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 121; Gaede NK § 13 Rn. 43; Maurach/Gössel/Zipf AT 2 § 46 Rn. 95; Kugler Ingerenz S. 142; Vogel Norm und Pflicht S. 310: pragmatisch sinnlose Überforderung.

⁴⁶²⁰ Dabei ist daran zu erinnern, dass die Garantenstellung aus Ingerenz gerechterweise allein aus der tatbestandlichen Wertung abgeleitet werden kann, dass man für eigene *Handlungen stets einstehen muss*, nicht hingegen aus irgendwelchen Solidaritätserwartungen. Eine bloß auf den weiten Kausalzusammenhang gestützte Garantenpflicht würde sich daher dem grundsätzlich gegen Solidaritätspflichten geführten Angriff ausgesetzt sehen, dass sich allgemein verbindlicher Altruismus selbst alsbald die Basis entziehen würde (dazu Seelmann in: Recht und Moral S. 295, 299; siehe auch Gaede NK § 323c Rn. 1). Der Ingerent würde selbst bald in die Lage gebracht, auf die Hilfe anderer angewiesen zu sein.

Gleichzeitig ist das Kriterium der Kausalität nicht verzichtbar, da *nicht* kausale Handlungen die Rechtsgüter des Opfers überhaupt nicht betreffen. Die Kausalität ist Mindestvoraussetzung der Ingerenzbegründung.⁴⁶²¹

III. Lückenlose Begründung der Rechtswidrigkeit

1. Rechtswidrigkeit der Handlungsobjektivierung

Die Garantenstellung aus Ingerenz kann ausschließlich aus dem selbstverständlichen Einestehenmüssen des Inhabers der Handlungsherrschaft begründet werden (bzw. des Inhabers der Sachherrschaft). Daher muss die Begründung *lückenlos* aus dieser Wertung erfolgen.⁴⁶²² Ob das selbstverständliche Einestehenmüssen des Handelnden in eine Garantenstellung aus Ingerenz übergeht, ist stets im Zeitpunkt des Handlungsabschlusses festzustellen.⁴⁶²³ Da Bezugspunkt des Einestehenmüssens ein bestimmter schadensträchtiger Verlauf ist, rechtfertigt sich das Fortbestehen der Garantenposition (als Ingerenzgarantenstellung) dadurch, dass sich *gerade der* schadensträchtige Verlauf – der gemäß der Schutz- und Gewährleistungsnorm von vornherein zu vermeiden war – auch nach Abschluss der Handlung (bzw. Verlust der Sachherrschaft) weiterentwickelt. Die Garantenbeziehung aus Ingerenz ist sozusagen „akzessorisch“ zu dem zu überwachenden Geschehen. Damit kommt es ganz entscheidend auf die strafrechtliche Bewertung der äußeren Seite der Handlung – bzw. nur terminologisch anders: des mit Handlungsabschluss geschaffenen Zustands⁴⁶²⁴ – an, also den Moment, in dem die Wirkungssphären von Täter

⁴⁶²¹ Ob man dabei auf die *conditio sine qua non* Formel oder die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung abstellt, mag dahinstehen. Erforderlich ist stets, dass sich der Eintritt des einen Ereignisses im Einzelfall mithilfe eines empirischen (naturwissenschaftlich-deterministischen oder sozialwissenschaftlich-probabilistischen) Kausalgesetzes aus dem anderen Ereignis erklären lässt. Beide Formeln setzen die Kenntnis dieses erforderlichen Kausalgesetzes voraus, vgl. *Hilgendorf* Jura 1995, 514, 515 ff., 518 f.; *ders.* FS Weber S. 33, 36 ff.; *ders.* FS Sancinetti S. 451, 456 ff.; *ders.* in: Gefahr S. 9, 14 f., 18; siehe auch *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 113, 118; *Dencker* Kausalität S. 36; *Kudlich* SSW Vor § 13 Rn. 37; dabei ist die *conditio sine qua non* Formel als „Hilfsmittel“ zur Feststellung des Kausalzusammenhangs (*Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 14) möglicherweise griffiger; vgl. *Zieschang* Handbuch Bd. 2 § 33 Rn. 11; *Frister* AT 9/7 f., 33; **kritisch** hingegen *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 11 ff., die sich *Puppes* Formel von der Mindestbedingung anschließen, Rn. 15a ff.

⁴⁶²² Nochmals: „Wenn man für die Verhinderung eines rechtsgüterverletzenden Kausalverlaufs verantwortlich ist, muss dies für *jede Phase seiner Entwicklung* gelten“, *Roxin* FS Trechsel S. 551, 556. Hervorhebung nicht im Original.

⁴⁶²³ Bei der Ingerenz geht es – vergleichbar mit den Rettungspflichten bei den gegenständlichen Gefahrenquellen – nicht darum, eine eigenständige soziale Position zu begründen, sondern darum, dass eine bisher bestehende Position nicht aufgegeben wird. Dann kann man aber nicht das Entstehen der Garantenstellung erst mit einiger zeitlicher Distanz zur Vorhandlung behaupteten.

⁴⁶²⁴ Man könnte zwischen der objektiven Seite der Handlung selbst und dem durch sie geschaffenen Zustand einen Abstand von einer juristischen Sekunde sehen. Während es bezüglich der Handlung selbst noch um das selbstverständliche Einestehenmüssen des Handelnden geht, wäre der Zustand eine juristische Sekunde später Gegenstand der Überwachungsgarantenstellung aus Ingerenz i.S.d. § 13 I StGB. Da dieser Zeitpunkt jedoch kaum fixierbar ist, es sich um einen einheitlichen Lebensvorgang handelt und es *gerade* um eine *durchgängige* (zäsurlose) Begründung des Einestehenmüssens geht, kommt es auf diese Unterschiede nicht an. Insbesondere ist zu bedenken, dass der „Erfolg“ i.S.d. § 13 I StGB weit auszulegen ist und auch bei den Handlungsdelikten, wie oben dargelegt, die äußere Seite der Handlung als Erfolg i.w.S. erfasst ist (→ Kapitel 1 § 2 D II, Kapitel 4 § 2 B III 3). Dagegen erscheint es bei den Erfolgsdelikten i.e.S. konsequent,

und Opfer aufeinanderstoßen.⁴⁶²⁵ Bereits die äußere Manifestation der Handlung als objektives Geschehen muss der Gewährleistungsnorm widersprechen und daher weiterhin überwachungsbedürftig sein. Der ehemals Handelnde ist also weiterhin Ingerent, wenn das Opfer von vornherein einen tatbestandlichen „Schutzanspruch“ gegen die Handlung hatte.

Im rechtsgüterschützenden Strafrecht geht es für die Bewertung der Handlung nicht unmittelbar um deren naturalistische Eigenschaften, ihren sozialetischen Wert oder ihre Kompatibilität mit gesellschaftlichen Erwartungen, sondern ihre *Tendenz auf eben diese geschützten Rechtsgüter*. Indem solche Sachverhalte, die grundsätzlich mit einem positiven Werturteil belegt sind (Rechtsgüter), in ihrem Bestand verletzt oder ernstlich bedroht sind, liegt – entsprechend *Arm. Kaufmanns* Normengenese – ein Zustand vor, der den Zwecken der Strafrechtsordnung als Rechtsgüterordnung widerspricht.⁴⁶²⁶ Insbesondere sind auch Erfolgssachverhalte im Vorfeld der Vollendung sowie der Rechtsgutsverletzung durch die tatbestandliche Schutznorm missbilligt: Das Recht will auch als Schutz- und Gewährleistungsnorm nicht bloß kausal bewirkte Ereignisse bewerten, sondern *wirken* und hierdurch das Rechtsgut des Betroffenen *schützen*. In einem präventiv-rechtsgüterschutzorientierten Strafrecht, das gerade *vor* Realisierung der Verletzung einsetzt, ist konsequenterweise nicht erst das verletzende Ereignis missbilligt, sondern bereits die Gefahr dessen Eintritts zu einem Zeitpunkt, in dem dieses noch verhindert werden kann. Daher kann nicht nur gewährleistet sein, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt, vielmehr stellen auch aus der Perspektive des Rechtsgutes bereits solche Handlungsobjektivierungen Unrecht dar, die bei Zugrundelegung der objektiven Sachlage die *Tendenz* haben, den Erfolg zu verursachen.⁴⁶²⁷ Es handelt sich um Erfolgssachverhalte minderer Qualität, deren Entwicklung hin zu einer Verletzung das Strafrecht gerade zu verhindern bezweckt.⁴⁶²⁸

jedenfalls gedanklich eine Sekunde zwischen Handlung und Erfolg zu denken, vgl. etwa zu den potentiellen Gefährdungsdelikten *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 67, 74.

⁴⁶²⁵ Für das Erfolgsunrecht *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 161.

⁴⁶²⁶ *Arm. Kaufmann* Normentheorie S. 69 f.: „jedes Ereignis also, das ‚ein Rechtsgut‘ verletzt, unterliegt einem negativen Werturteil“; siehe auch *Struensee* JZ 1987, 53, 58: bestimmte „Konstellation objektiver Umstände, die deshalb negativ bewertet wird, weil die Rechtsordnung an sie die Prognose möglicher Rechtsgutverletzung [...] knüpft.“

⁴⁶²⁷ Überzeugend daher *Wolter* Straftatsystem S. 28; *ders.* in: Grundfragen S. 103, 107: Bereits aus der Bedrohung des Opfers erwächst ein Schutzanspruch.

⁴⁶²⁸ Rechtsgüter sind nicht bloß schützenswerte Objekte, die erst mit dem endgültigen Eintritt der Verletzung beeinträchtigt wären. Es handelt sich um Freiheitsentfaltungspotentiale, die bereits durch die drohende Verletzung geschmälert sind. Hierdurch ist der Inhaber des Rechtsguts von der Entscheidung über dessen Integrität teilweise ausgeschlossen und insoweit rechtlich abhängig. In anderen Worten: Schon der „Entzug der Kontrolle über die Integrität des Gutes ist ein rechtsgutsbezogener Freiheitskonflikt“, so *Kindhäuser* Gefährdung S. 277 zur konkreten Gefahr. Durch die „Unfähigkeit zur Existenzsicherung des Gutes“ wird dessen Wert als Entfaltungsmöglichkeit gemindert, S. 210.

Die Tendenz eines Sachverhaltes auf einen Erfolgseintritt lässt sich nicht naturwissenschaftlich, sondern allein anhand von Erfahrungssätzen bestimmen. Sie wird im Strafrecht regelmäßig als Gefahr⁴⁶²⁹ bezeichnet. Eine Gefahr ist eine Situation, die bei ungehindertem Fortgang sicher oder mit großer Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden, einer Rechtsgutsverletzung, führt.⁴⁶³⁰ Es handelt sich einerseits um eine deskriptive Aussage, zu deren Beantwortung empirisches Wissen erforderlich ist, sie bezieht sich jedoch andererseits auf ein in der Zukunft liegendes negativ bewertetes Ereignis, sodass sich die deskriptiv-prognostischen mit bewertenden Elementen verbinden.⁴⁶³¹ Prinzipiell ist davon auszugehen, dass eine Gefahr für rechtlich geschützte Interessen (Rechtsgüter) – vorbehaltlich etwaiger Gegeninteressen – Unrecht darstellt.

2. Durchgängigkeitserfordernis

Die durch den Ingerenten geschaffene und die durch sein Unterlassen „in Dienst genommene“⁴⁶³² (die nicht abgewendete) Gefahr sind die gleiche. Die Situation eine juristische Sekunde nach Abschluss der Handlung ist der erste Zeitpunkt, in dem der Ingerent die Gefahr als Garant zu überwachen hat, also „prinzipiell“, vorbehaltlich des Vorliegens von Gegengründen,⁴⁶³³ verpflichtet ist, den Erfolg abzuwenden. Da die beiden Zeitpunkte jedoch in Wirklichkeit regelmäßig jedenfalls für wenige Sekunden auseinanderfallen, ist es erforderlich, die die Schutznormwidrigkeit und damit Überwachungsbedürftigkeit der Gefahr⁴⁶³⁴ *durchgängig* aus der Handlung zu erklären. Die Unerlaubtheit muss sich im Anschluss an eine Formulierung *Puppes* wie ein „roter Faden“ von der Handlungsobjektivierung bis hin zur tatbestandlichen Unterlassungssituation ziehen.⁴⁶³⁵ Es geht darum,

⁴⁶²⁹ Im geltenden Strafrecht wird regelmäßig der Ausdruck der „Gefahr“ gebraucht, während der Begriff „Risiko“ in anderen Disziplinen, etwa der Ökonomie, Soziologie und Psychologie eine Rolle spielt. Eingehend *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 10 ff.; für eine synonyme Verwendung etwa *Frisch* Vorsatz S. 119; *Kindhäuser* ZStW 120 (2008) 481, 487; *ders./Zimmermann* AT § 11 Rn. 6; *Kühl* AT § 4 Rn. 43; *Mitsch* JuS 2018, 1161, 1167; Unterschiede in der Begriffsverwendung ausmachend hingegen *Goeckenjan* Revision S. 54 ff., 58 ff. m. w. N.

⁴⁶³⁰ *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 11, 15; *Kudlich* in: Gefahr S. 113, 115, 118.

⁴⁶³¹ *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 15 f.

⁴⁶³² Siehe schon oben → § 1 A I 4.

⁴⁶³³ Während es für das Vorliegen einer „Garantenpflicht“ im Einzelfall noch auf weitere Gesichtspunkte ankommt (etwa die Möglichkeit der Erfolgsabwendung), geht es bei der Garantenstellung um die ganz grundsätzliche Frage, ob eine Person in einer Position der Kontrollherrschaft steht, also die „Aufgabe“ hat, bestimmten Gefahren (für bestimmte Rechtsgüter bestimmter Personen) zu begegnen, sie also *prinzipiell* zu deren Kontrolle „verpflichtet“ ist.

⁴⁶³⁴ Und damit die hierzu akzessorisch fortbestehende Ingerenzgarantenstellung, siehe oben → § 1 A I 5.

⁴⁶³⁵ Entsprechend fragt *Puppe* für die „Fahrlässigkeitszurechnung“: Zieht sich das unerlaubte Element „wie ein roter Faden durch die ganze Kausalerklärung“? Der „rote Faden“ werde unterbrochen, wenn in einem bestimmten Zeitpunkt nur noch erlaubte Elemente des herbeigeführten Zustandes für die Kausalerklärung notwendig sind. In dem Beispiel etwa, dass das fahrlässig verletzte Opfer auf der Taxifahrt ins Krankenhaus einen weiteren Schaden erleidet, wurde „durch ein unzulässiges Verhalten zunächst ein Zustand bewirkt, der an sich erlaubt ist [...], der ebenso gut durch erlaubtes Verhalten herbeigeführt werden kann. Erst aus diesem an sich erlaubten Zustand entwickelt sich dann der Kausalprozeß zufällig oder infolge weiteren Verschuldens zum Schaden hin“. Dann „ist die Normbefolgung zwar im Einzelfall, aber nicht generell geeignet, Schadensverläufe dieser Art zu verhindern [...]“. Es verwirkliche sich bloß das allgemeine Lebensrisiko, *Puppe* ZStW 99 (1987) 595, 610. Ein Zustand sei unerlaubt, wenn die Wahrscheinlichkeit seines

dass der Kausalverlauf zwischen der Handlungsobjektivation und der tatbestandsmäßigen Unterlassungssituation eine „Kette unerlaubter Zustände“⁴⁶³⁶ darstellt. Maßgebliches teleologisches Argument für die Anerkennung von Rettungspflichten bei der Gefahrenquellenverantwortlichkeit sowie der Ingerenz war es, dass ein einheitlicher Vorgang nicht aufgrund äußerlicher Zufälligkeiten auseinandergerissen wird. Wenn nun aber der Kausalverlauf zwischen der Handlung und der Unterlassungssituation über ein rechtmäßiges, nicht mehr überwachungsbedürftiges Geschehen vermittelt ist, kann es sich nach den Wertungen der Strafrechtsordnung nicht mehr um ein einheitliches Geschehen handeln. Die Ingerenzgarantenstellung besteht nur *akzessorisch* zu dem zu überwachenden Unrechtsgeschehen fort,⁴⁶³⁷ sodass sie abreißt, wenn dieses in ein erlaubtes umschlägt. Unzutreffend erscheint daher die im Rahmen der Ingerenzbegründung z.T. anzutreffende Formulierung von der „im konkreten Umschlagen“ verbotenen Gefahr.⁴⁶³⁸ In Anlehnung an *Puppe* (die allerdings im Rahmen der Fahrlässigkeitszurechnung die Zustände auf eine *sorgfaltswidrige* Handlung zurückführt) ist ein Zustand nur dann rechtswidrig im Sinn der tatbestandlichen Schutz- und Gewährleistungsnorm, wenn alle Zustände, die zu seiner Herbeiführung erforderlich sind, „nicht sein sollen“. Die Rechtswidrigkeit des Zustandes muss sich also durchgängig auf die Rechtswidrigkeit der Handlungsobjektivation selbst als *erstem* Unrechtszustand zurückführen lassen. Anderenfalls hätte dieser Zustand auch genauso gut durch eine objektiv rechtmäßige Handlung (als Erfolgssachverhalt) herbeigeführt werden können⁴⁶³⁹ und hätte durch den Handelnden im Ergebnis (gemäß der Schutznorm) nicht verhindert werden müssen.⁴⁶⁴⁰ Hier zeigt sich erneut, dass es prinzipiell sinnvoll ist, das Merkmal der Garantenstellung von etwaigen rechtlichen, die konkrete Abwendungsmöglichkeit betreffenden Gegengründen freizuhalten. Denn etwa die zwischenzeitlich situativ fehlende physisch-reale Möglichkeit der Erfolgsabwendung oder Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hindert zwar das Entstehen einer *Garantenpflicht* (und damit von *Verhaltensunrecht*) in *dieser* Situation, lässt jedoch nicht den roten Faden der *Unrechtszustände* und damit der hierzu akzessorischen *Garantenstellung* abreißen.

Auftretens durch die Normbefolgung signifikant reduziert wird, 615; siehe auch *dies.* NK § 13 Rn. 237 ff.; auf die „rechtlich missbilligte Verursachung des tatbestandlichen Erfolgs“ abstellend auch *Frister* AT 10/1. Der objektive Tatbestand beschreibe ein „Geschehensunrecht“, welches den gesamten äußeren, zu vermeidenden, Sachverhalt zum Gegenstand hat, 8/13 f.; vgl. auch *Wolter* Straftatsystem S. 27 f.: Teil der Schutznorm ist insoweit auch die objektive Beziehung zwischen Handlung und Erfolg; für die Ingerenzbegründung *Puppe* zustimmend auch *Herbertz* Ingerenz S. 333 m. Fn. 217.

⁴⁶³⁶ So für die Fahrlässigkeitszurechnung *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 237.

⁴⁶³⁷ → § 1 A I 5.

⁴⁶³⁸ So *Köhler* AT S. 220; zum Betrug durch Unterlassen *Hillenkamp* JR 1988, 301, 303; außerdem für Dauerzustände *Hruschka* JuS 1979, 385, 392 m. Fn. 73; *Seelmann* NK¹ § 13 Rn. 119.

⁴⁶³⁹ Angelehnt an die Argumentation von *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 237.

⁴⁶⁴⁰ Auf rechtmäßige Zustände muss sich jeder andere selbst in eigener Verantwortung einstellen und ist insoweit *nicht abhängig* von der Überwachung durch einen Garanten. Dass dieser Zustand dann möglicherweise wieder in einen für Rechtsgüter bedrohlichen umschlägt, ist für dessen Inhaber tatsächlich unglücklich. Eine Zustandsveränderung, die nicht auf einer Handlung beruht, widerspricht jedoch nicht den Maßstäben des Strafrechts.

3. Zwischenfazit

Erforderlich ist also, dass das durch den Handlungsvollzug bewirkte Geschehen sowohl *mit* Abschluss der Handlung als auch *durchgehend* bis zum Zeitpunkt des tatbestandlichen Unterlassens „nicht sein soll“ im Sinne der Schutz- und Gewährleistungsnorm. Dabei ist ein zur *Verhaltensnormbegründung* paralleles Vorgehen grundsätzlich sinnvoll: Zunächst ist zu untersuchen, ob die Handlungsobjektivierung *überhaupt* in relevanter Weise fremde Rechtsgüter betrifft, also eine Gefahr darstellt. Im zweiten Schritt muss das Interesse des Rechtsgutsinhabers an der Integrität seiner Rechtsgüter mit objektiv bestehenden Gegeninteressen abgewogen werden.

IV. Gefahrschaffung

1. Gefahrbegriffe im Strafrecht

Der Begriff der Gefahr spielt im Strafrecht⁴⁶⁴¹ an vielen Stellen eine bedeutende Rolle.⁴⁶⁴² Das Gesetz verwendet ihn etwa im Zusammenhang mit den Gefährdungsdelikten,⁴⁶⁴³ dem Maßregelungsrecht, dem rechtfertigenden und entschuldigenden Notstand. Beim unmittelbaren Ansetzen nach § 22 StGB geht es nach zutreffender Auffassung um die Gefährlichkeit des Verhaltens.⁴⁶⁴⁴ Darüber hinaus spielt der Gefahrbegriff für die teilweise im Schrifttum vertretene Lehre von der objektiven Zurechnung eine maßgebliche Rolle. Für die Bestimmung des tatbestandlichen Unrechts fordert diese Lehre, dass der Täter eine „rechtlich missbilligte Gefahr“ geschaffen haben müsse.⁴⁶⁴⁵ Tatsächlich geht es der Lehre von der objektiven Zurechnung um die Qualität eines bestimmten Verhaltens des Täters.⁴⁶⁴⁶ Damit wird, jedenfalls terminologisch, nicht hinreichend zwischen der Gefähr-

⁴⁶⁴¹ Sowie im Strafprozessrecht, vgl. *Kudlich* in: Gefahr S. 113, 117 f.

⁴⁶⁴² Siehe *Zieschang* GA 2006, 1 ff.; *ders.* LK § 34 Rn. 57: etwa in §§ 34, 35, 64, 69a, 315 ff. StGB; zudem im Staats-, Verwaltungs- und Zivilrecht; *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 11 ff.; *Kudlich* in: Gefahr S. 113; *Maurach/Zipf* AT 1 § 19 Rn. 29; *Puppe* GA 1994, 297, 298: „kaum zu überschätzende“ Rolle. Er gehört zu den umstrittensten und am wenigsten geklärten Begriffen des Allgemeinen Teils, vgl. *Roxin/Greco* AT I § 16 Rn. 14.

⁴⁶⁴³ Sowie bei den Vermögensdelikten im Zusammenhang mit der schadensgleichen Vermögensgefährdung, vgl. *Kudlich* in: Gefahr S. 113, 114; zur Bedeutung gefährlicher Sachen im Strafrecht *T. Fischer* in: Gefahr S. 127 ff.

⁴⁶⁴⁴ *Hirsch* FS Arth. Kaufmann S. 545, 560; *ders.* FS Universität Köln S. 399, 423; *ders.* FS Roxin S. 711 ff.; *ders.* FS Lüderssen S. 253, 255 ff.; *Kudlich* in: Gefahr S. 113, 114; *Weigend* in: Strafrecht und Kriminalpolitik S. 113, 126 ff.; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 140 ff., 148.

⁴⁶⁴⁵ *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 93; *Greco* ZStW 117 (2005) 519; *Jescheck/Weigend* AT § 28 IV; *Kudlich* SSW Vor § 13 Rn. 55; *ders.* in: Gefahr S. 113 f.; *Roxin* FS Honig S. 133, 136 „Risiko“; *ders./Greco* AT § 11 Rn. 40 ff.; *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 Rn. 57; *Wolter* Straftatsystem S. 31 ff.; siehe dazu auch *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 13 f.

⁴⁶⁴⁶ *Hirsch* FS Tiedemann S. 145, 151 m. Fn. 17; so auch *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 154; *Greco* ZStW 117 (2005) 519, 547. Ähnlich fordert auch *Wolter* ein „primäres Erfolgsunrecht“, welches *ex ante* zu bestimmen sei, Straftatsystem S. 75 ff., 82. Wenn das „primäre Erfolgsunrecht“ jedoch zum Zwecke der Verhaltenssteuerung *ex ante* zu bestimmen ist und „während der Handlung“ eintreten muss, so fragt sich, wieso es dann als ein von der Handlung verschiedener, vom Täter geschaffener Zustand konstruiert ist; **kritisch** insoweit *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 65 m. Fn. 53.

lichkeit einer Handlung und dem Vorliegen eines gefährlichen Zustands, also einer Gefahr, differenziert.⁴⁶⁴⁷ Es ist sachlich und terminologisch streng zwischen diesen beiden Begriffen zu unterscheiden.⁴⁶⁴⁸ Die Handlung und der hieraus resultierende Zustand sind aus zwei verschiedenen Blickwinkeln zu beurteilen. Indem es sich bei der Gefahr um einen Erfolgzustand handelt, ist sie vom Standpunkt des bedrohten Objekts zu bestimmen, nicht vom Standort des Handelnden.⁴⁶⁴⁹

2. Gefahrbegriff des rechtfertigenden Notstands

Damit bleibt problematisch, inwieweit für die Ingerenzbegründung an die jeweiligen sonst im StGB relevanten Gefahrbegriffe (und Gefährlichkeitsbegriffe) angeknüpft werden kann. Der Begriff der Gefahr muss nicht an jeder Stelle die gleiche Bedeutung haben, sondern bestimmt sich stets im Verhältnis zur jeweiligen Regelungsmaterie.⁴⁶⁵⁰ So handelt es sich bei §§ 34, 35 StGB um einen von den konkreten Gefährdungsdelikten verschiedenen Gefahrbegriff.⁴⁶⁵¹ Während die Vorschriften des Notstandes einen Zustand bezeichnen, bei dem nach den konkreten Umständen der Eintritt eines Schadens wahrscheinlich ist, wenn keine Abwehrmaßnahmen ergriffen werden, zeichnet sich die konkrete Gefahr dadurch aus, dass es nur noch vom Zufall abhängt, ob an dem Rechtsgutsobjekt ein Schaden eintritt.⁴⁶⁵² In diesen Fällen sind berechenbare Rettungsmaßnahmen

⁴⁶⁴⁷ **Kritisch** Hirsch FS Arth. Kaufmann S. 545, 561; Zieschang Gefährdungsdelikte S. 101 m. Fn. 168.

⁴⁶⁴⁸ Hirsch FS Arth. Kaufmann S. 545, 548, 558 *et passim*; ders. FS Universität Köln S. 399, 405; ders. in: Probleme I S. 623, 624 ff., 631; ders. in: Strafrechtsentwicklungen S. 11, 19 ff.; ders. FS Roxin (2001) S. 711, 717 f.; ders. FS Tiedemann S. 145, 148, 151; Zieschang Gefährdungsdelikte S. 24 f., 29 ff., 91; ders. FS Wolter S. 557, 559; ähnlich Burgstaller Fahrlässigkeitsdelikt S. 38 f.; Frisch Vorsatz S. 120 ff.; Jescheck/Weigend AT § 26 II 2 m. Fn. 42; Kindhäuser GA 1994, 197, 199 f.; Maurach/Zipf AT I § 17 Rn. 27 f.; Schild NK Vor § 25 Rn. 6; Stratenwerth SchwZStr 79 (1963) 233, 247; Welzel Fahrlässigkeit S. 22 f. (sowie dort Fn. 52); ders. Strafrecht S. 47, 137; **anders** etwa Hoyer Eignungsdelikte S. 197 ff.; terminologisch anders auch Horn Gefährdungsdelikte S. 7, 11 ff.

⁴⁶⁴⁹ Vgl. dazu insbesondere Gallas FS Heintz S. 171, 178: „Man wird hier zu unterscheiden haben, je nachdem, ob die Prognose den Sinn eines Verhaltensmaßstabes oder einer Lagebeurteilung hat“; Hirsch FS Arth. Kaufmann S. 445, 448 ff.: Bei der Gefahr geht es um den Zustand, dass „ein Objekt in den Wirkungskreis eines bestimmten, es mit Wahrscheinlichkeit schädigenden Ereignisses geraten ist“, bei der gefährlichen Handlung um einen Tätigkeitsakt, dem „konkret eine Wahrscheinlichkeit innewohnt, ein Objekt zu schädigen“; Welzel Strafrecht S. 47, 137; Zieschang Gefährdungsdelikte S. 30 ff., 67 ff., 87 ff., 93.

⁴⁶⁵⁰ Zieschang GA 2006, 1 ff.; ders. LK § 34 Rn. 57; siehe auch Dimitrios Begriffsmerkmal S. 25, 54, 176; Hilgendorf in: Gefahr S. 9, 12 m. Fn. 13; Jakobs AT 13/13 m. Fn. 27; Ostendorf JuS 1982, 426, 429; Sch/Sch/Perron § 34 Rn. 12; Rotsch FS Neumann 1009, 1011; Roxin/Greco AT I § 16 Rn. 14; **anders** Hirsch FS Arth. Kaufmann S. 545, 555, der jedoch betont, dass es quantitative Abstufungen gebe; Maurach/Zipf AT I § 27 Rn. 15; Schaffstein FS Bruns S. 89, 99 f.

⁴⁶⁵¹ Zieschang GA 2006, 1, 6 ff.; ders. JA 2007, 679, 681 f.; ders. LK § 34 Rn. 57 f.: zustimmend auch Kudlich in: Gefahr S. 113, 116; Neumann NK § 34 Rn. 39; Rotsch FS Neumann S. 1009, 1011.

⁴⁶⁵² Zieschang GA 2006, 1, 7 f. Das Unrecht des konkreten Gefährdungsdelikts ist gerade durch die Nichtbeherrschbarkeit der Situation, eine Zufallskomponente, geprägt. Vgl. auch ders. Gefährdungsdelikte S. 43 ff., 76 f. m.w.N.; ders. JA 2007, 679, 682; ders. LK § 34 Rn. 58; ders. NK § 315 Rn. 33 ff.; ders. AT Rn. 31; aus der Rechtsprechung BGH NJW 1996, 329, 330; BGH NStZ-RR 1997, 18; BGH NJW 2015, 2898, 2900; siehe auch, mit Unterschieden im Detail, Demuth Gefahrbegriff S. 218; Frisch Vorsatz S. 293 ff.; Geppert NStZ 1985, 264, 266; Sch/Sch/Hecker § 315c Rn. 33; Lackner/Kühl/Heger § 315c Rn. 22; Hoyer Eignungsdelikte S. 73 ff., 83, 93 f., 107; Küpper Grenzen S. 135; Ostendorf JuS 1982, 426, 430; Pegel MK § 315 Fn. 58 ff., § 315c Rn. 98; Rotsch FS Neumann S. 1009, 1011; Roxin/Greco AT I § 10

gerade nicht mehr möglich.⁴⁶⁵³ Für den Notstand hingegen wäre ein Abstellen auf die Zufälligkeit des Schadenseintritts und Nichtbeherrschbarkeit des Geschehens gerade zweckwidrig: Hier darf sich die Situation noch nicht so verdichtet haben, dass Abwehrmaßnahmen nicht mehr möglich sind.⁴⁶⁵⁴ Es wäre mit dem Telos der Notstandsvorschriften, die Abwendung von Schäden an Rechtsgütern zu ermöglichen, unvereinbar, das Notstandsrecht erst zu einem Zeitpunkt entstehen zu lassen, in dem eine berechenbare Abwehr nicht mehr durchführbar ist.⁴⁶⁵⁵ Hieran wird bereits deutlich, dass es sich auch bei der zu überwachenden Schädigungsmöglichkeit beim unechten Unterlassungsdelikt nicht um eine „konkrete Gefahr“ im Sinne eines konkreten Gefährdungsdelikts handeln kann. Die Gebote des unechten Unterlassungsdelikts bezwecken, dass der Garant in effektiver Weise zur Erfolgsabwendung tätig wird.⁴⁶⁵⁶ Dies ist aber gerade nicht mehr möglich, wenn die Situation unbeherrschbar ist.

Mit § 34 StGB hat die Unterlassungssituation gemein, dass es um die Aufstellung von Verhaltensanforderungen geht. Zum Teil wird daher bei § 34 StGB für eine *ex ante* Betrachtung aus der Perspektive einer Maßstabsperson in der Situation des Täters plädiert.⁴⁶⁵⁷ Etwa *Rudolphi* bringt an, dass hinsichtlich der Verbots-/Gebotsnormen und der Erlaubnisnormen die gleichen Maßstäbe gelten müssten, da sie in ihrem Zusammenwirken gemeinsam das Verhalten des Normunterworfenen lenkten.⁴⁶⁵⁸ Dagegen ist jedoch zu bedenken zu geben, dass es bei § 34 StGB nicht allein um die Handlungserlaubnis geht, sondern dieser Rechtfertigungsgrund zu einem Eingriffsrecht und damit zu einer

Rn. 124, § 11 Rn. 148 ff.; *Wolter* Straftatbegriff S. 226 f.; nach der wissenschaftlichen Erklärbarkeit des Ausbleibens fragend *Horn* Gefährdungsdelikte S. 159 ff., 179, 187 ff.; wertend darauf abstellend, welche Rettungen „normal“ sind, sodass andere darauf vertrauen können, *Schünemann* JA 1975, 787, 796 f.; *Ame- lung* FS Eser S. 3, 13; *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 151; *Demuth* Gefahrbegriff S. 197 ff., 205 ff., 218, 229; *Puppe* Schule S. 37; dagegen wieder *Küpper* Grenzen S. 135: Verklausulierung des Zufallselements.

⁴⁶⁵³ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 49, 76 f.; vgl. auch *Demuth* Gefahrbegriff S. 218; *Hoyer* Eignungsdelikte S. 83; *Wolter* Straftatbegriff S. 226 f.; *Schünemann* JA 1975, 787, 795 ff.; sowie bereits oben → § 1 B I 1.

⁴⁶⁵⁴ *Zieschang* GA 2006, 1, 7; *ders.* JA 2007, 679, 681 f.; *ders.* LK § 34 Rn. 58; vgl. auch *Rosenau* SSW § 34 Rn. 8; *Rotsch* FS Neumann S. 1009, 1011.

⁴⁶⁵⁵ *Zieschang* GA 2006, 1, 7; *ders.* JA 2007, 679, 681 f.; *ders.* LK § 34 Rn. 58. Auch bei § 323c I StGB ist keine Beinaheverletzung erforderlich, vgl. *Stein* FS Küper S. 607, 621.

⁴⁶⁵⁶ Dass es auf den Gefahrbegriff der konkreten Gefährdungsdelikte nicht ankommen kann, wird besonders deutlich im Hinblick auf die zum Teil verwendete Formulierung, dass auf die Abwendung einer konkreten Gefahr nicht *vertraut* werden dürfe, *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 151; *Schünemann* JA 1975, 787, 796. – Auf das Eingreifen von Garanten darf aber gerade im Gegensatz zum Zufall vertraut werden.

⁴⁶⁵⁷ *Frisch* Vorsatz S. 424 f.; *Jakobs* AT 13/13; *Arm. Kaufmann* FS Welzel S. 393, 401; *Lackner/Kühl* § 34 Rn. 2; *Kühl* AT § 8 Rn. 43 ff., der jedoch im Folgenden eine weitere Objektivierung vornimmt; *Momsen/Savic* BeckOK § 34 Rn. 4; *Pawlik* Notstand S. 173; *Rosenau* SSW § 34 Rn. 9; *Roxin/Greco* AT I § 16 Rn. 15 ff.; *Rudolphi* GS *Arm. Kaufmann* S. 371, 383 f.; *Schaffstein* FS *Bruns* S. 89, 97; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 462; *Wolter* Straftatsystem S. 38 f.; objektiver *Hirsch* FS *Arth. Kaufmann* S. 545, 552, der insoweit nicht auf die Erkennbarkeit abstellt, sondern die objektive Feststellbarkeit in der zeitlich-räumlichen Situation; **and**ers *Zielinski* Handlungsunrecht S. 246 ff., der bloß auf den für den Handelnden individuell erkennbaren Sachverhalt abstellt.

⁴⁶⁵⁸ *Rudolphi* GS *Arm. Kaufmann* S. 371, 383 ff.

Duldungspflicht führt.⁴⁶⁵⁹ Dies ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn tatsächlich eine Gefahr vorliegt,⁴⁶⁶⁰ nicht bloß eine Scheingefahr.⁴⁶⁶¹ Es geht nämlich nicht nur um eine Entlastung des Täters, sondern ebenfalls um eine Belastung des Verletzten.⁴⁶⁶² „Eine Pflicht zur Solidarität läßt sich nicht auf – subjektiv noch so gut geprüfetes – Meinen gründen; denn sonst würde der Duldungspflichtige einem Urteil unterworfen, das gesellschaftlich nicht bindet. Die Duldungspflicht kann vielmehr nur aus einem fachmännischen Urteil resultieren, was heißt, aus einem unter den gegebenen Bedingungen nun einmal gültigen Urteil“.⁴⁶⁶³ Die sachlichen Voraussetzungen der Rechtfertigung müssen daher nach zutreffender Ansicht im Zeitpunkt der Tatbegehung *realiter* vorliegen.⁴⁶⁶⁴ Es handelt sich bei der Gefahr im Sinne von § 34 StGB um einen „Erfolgssachverhalt“, bei dem ein „Maximum an Wahrheitsgarantie“ zugrunde zu legen ist.⁴⁶⁶⁵ Eine *ex post* Betrachtung muss allerdings ebenfalls ausscheiden, da es nicht um die Kausaldiagnose, sondern um eine zukunftsorientierte Lagebeurteilung für einen bestimmten Zeitpunkt geht.⁴⁶⁶⁶ Im Anschluss an *Gallas* und *Lenckner* wird daher vielfach zutreffend differenziert zwischen der Prognose über das künftige Geschehen und dem Basissachverhalt, der der Prognose zugrunde gelegt wird.⁴⁶⁶⁷ Objektiviert *ex post* muss der zum Prognosezeitpunkt gegebene

⁴⁶⁵⁹ Statt vieler *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 167; sowie bereits oben → C II 1; **anders** *Frisch* Vorsatz S. 424 f., der meint, dieses Problem sei im Zusammenhang mit Abwehrrechten Dritter zu behandeln.

⁴⁶⁶⁰ *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 167; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 15 Rn. 8; *Paeffgen* GS Arm. Kaufmann S. 399, 420; *Sch/Sch/Perron* § 34 Rn. 13; siehe auch *Sch/Sch/Sternberg/Lieben* Vor § 32 Rn. 10b.

⁴⁶⁶¹ Zur Notwendigkeit, diese von einer tatsächlichen Gefahr zu unterscheiden, *Matt/Renzikowski/Engländer* § 34 Rn. 12; *Erb* MK § 34 Rn. 78 ff.; *Hirsch* FS Arth. Kaufmann S. 545, 546 f., 552; *Kindhäuser* Gefährdung S. 211; *Köhler* AT S. 288; *Neumann* NK § 34 Rn. 45 ff.; *Sch/Sch/Perron* § 34 Rn. 13; *Zieschang* LK § 34 Rn. 65; **anders** *Sinn* FS Roxin (2011) S. 673, 683.

⁴⁶⁶² *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 167; *Paeffgen* GS Arm. Kaufmann S. 399, 420; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 66, § 10 Rn. 21. Hierin liegt im Übrigen der Unterschied zur tatbestandlichen Beurteilung. Da eine tatbestandslose Handlung nicht automatisch zu dulden ist, besteht in der unterschiedlichen Prognosegrundlage – entgegen *Frister* AT 14/10 – kein Widerspruch.

⁴⁶⁶³ So treffend *Jakobs* FS Hirsch S. 45, 56, der allerdings zwischen dem Vorliegen eines Verbrechens und der Frage nach der Duldungspflicht unterscheidet. Ähnlich differenziert *Wolter* Straftatsystem S. 38, dass zwar die *ex ante* Situation über die Erlaubnis entscheide, über die Duldungspflicht jedoch nur das objektive Geschehen.

⁴⁶⁶⁴ Die prognostischen Elemente der Unrechtsbegründung (insbesondere die Erforderlichkeit) sind hingegen *ex ante* zu beurteilen sind, *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 178 f.; siehe auch S. 165 f. m. Fn. 27; *Jescheck/Weigend* AT § 31 V 4; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 15 Rn. 8; *Sch/Sch/Sternberg/Lieben* Vor § 32 Rn. 10; *Zieschang* JA 2007, 679, 681 ff.; *ders.* AT Rn. 632; ähnlich für § 323c StGB: *Gaede* NK § 323c Rn. 7; *Sch/Sch/Hecker* § 323c Rn. 2; *Lackner/Kühl* § 323c Rn. 2, 5.

⁴⁶⁶⁵ *Zieschang* LK § 34 Rn. 65; *ders.* JA 2007, 679, 682; im Anschluss an *Gallas* FS Heinitz S. 171, 178; außerdem *Bockelmann/Volk* AT § 15 II 3; *Neumann* NK § 34 Rn. 45 ff.: objektive Interpretation; *Paeffgen* GS Arm. Kaufmann S. 399, 419 f.; *Frister* AT 14/10 ff., 17/2 (der allerdings auch die Erforderlichkeit *ex post* beurteilen will); differenzierend *Hoyer* SK § 34 Rn. 16 ff., 19.

⁴⁶⁶⁶ Vgl. *Gallas* FS Heinitz S. 171, 177; *H.-L. Günther* SK⁷ § 34 Rn. 22; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 93 ff., 97; siehe auch *Frister* AT 14/11; **anders** *Rotsch* FS Neumann S. 1009, 1010, 1015: Ob der Gefahrbegriff prognostischer Natur ist, sei gerade die Frage.

⁴⁶⁶⁷ *Sch/Sch*²⁷/*Lenckner* Vor § 32 Rn. 10a; *Sch/Sch*²⁷/*ders./Perron* § 34 Rn. 13; *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 178 f.; für die Gefährdungsdelikte *ders.* FS Heinitz S. 171, 177 ff.; sowie *Bockelmann/Volk* AT § 15 A II 3; *Matt/Renzikowski/Engländer* § 34 Rn. 12; *Erb* MK § 34 Rn. 79; *Frister* AT 14/10 f.; *H.-L. Günther* SK⁷ § 34 Rn. 21; *Neumann* NK § 34 Rn. 47 ff.; *Sch/Sch/Perron* § 34 Rn. 13; *Rengier* AT § 19 Rn. 9;

Basissachverhalt des Gefahrrurteils festgestellt werden.⁴⁶⁶⁸ Für ein Höchstmaß an Objektivität fließen auch alle erst nachträglich bekannten Umstände ein, sofern sie zum Zeitpunkt, für den das Urteil abgegeben wird, bereits feststanden. Es wird also das Wissen zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung für die *ex ante* Sicht verwendet.⁴⁶⁶⁹ Gegen die Trennung der ontologischen und der nomologischen Basis wurde zwar eingewandt, dass die Anlage zu einer bestimmten Entwicklung stets als Eigenschaft der Lage definiert werden könne.⁴⁶⁷⁰ Dagegen hat jedoch etwa *Neumann* zu Recht erwidert, dass solche Umstände, die nur mit Dispositionsbegriffen beschrieben werden können, bei der Sachverhaltsprognose außer Betracht bleiben müssen.⁴⁶⁷¹ Das bedeutet nichts anderes, als dass im Nachhinein stets angegeben werden können muss, auf welche *Tatsachen* sich die Prognose stützt. In den *ex post* zu bestimmenden Basissachverhalt sind nur solche Gegebenheiten einzubeziehen, die in der Situation bereits feststanden.⁴⁶⁷² Veränderungen, die dem Beurteilungszeitpunkt nachfolgen, sind hingegen Bestandteil der Prognose.⁴⁶⁷³

An diesen Gefahrbegriff kann grundsätzlich auch im Fall der Ingerenz angeknüpft werden. Denn ebenso wie bei der Gefahr im Sinne von § 34 StGB ist für die Frage nach der Schutznormwidrigkeit der Handlungsobjektivierung ein Maximum an Wahrheitsgarantie anzulegen. Es handelt sich um einen objektiv zu beurteilenden Erfolgssachverhalt. Die Frage ist nicht, ob eine Person die Handlung vornehmen darf, sondern ob der Rechtsgutsträger die Folgen der Handlung zu dulden hat. Dass die Schädigungsmöglichkeit als Bezugspunkt der Garantienstellung objektiv bestimmt werden muss, zeigt sich im Übrigen nicht bloß zum Zeitpunkt des Handlungsabschlusses, sondern ebenfalls zu dem der Unterlassung. Indem der Täter stets die Bekämpfung einer bestimmten Gefahr unterlässt, handelt es sich bei der Definition dieser Gefahr (sowie der rechtlichen Beziehung des Täters zu dieser Gefahr) um eine *Vorfrage* für die Formulierung von Verhaltensanforde-

Sch/Sch/Sternberg/Lieben Vor § 32 Rn. 10b; *Zieschang* LK § 34 Rn. 68; vermittelnd *ders.* Gefährdungsdelikte S. 96 f.; siehe auch *Kühl* AT § 8 Rn. 51; *Schmidhäuser* AT 5/42 ff. (für den Handlungsunwert).

⁴⁶⁶⁸ *Matt/Renzikowski/Engländer* § 34 Rn. 12; *Erb* MK § 34 Rn. 79; *Frister* AT 14/10 f.; *H.-L. Günther* SK⁷ § 34 Rn. 21; *Neumann* NK § 34 Rn. 47 ff.; *Sch/Sch/Perron* § 34 Rn. 13; *Zieschang* LK § 34 Rn. 65. Für diese Objektivierung genügt es nicht, an solche Umstände anzuknüpfen, die in der konkreten Situation bereits feststellbar waren, vgl. *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 88 m. Fn. 126, S. 96 f.; *ders.* LK § 34 Rn. 65; **andere** noch *Hirsch* LK¹¹ § 34 Rn. 27 ff., 29; *ders.* FS Arth. Kaufmann S. 445, 551 ff.: objektive Feststellbarkeit in der konkreten räumlich-zeitlichen Situation; auf die Feststellbarkeit abstellend schon *Ad. Merkel* Lehrbuch S. 43.

⁴⁶⁶⁹ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 96 f., sowie dort Fn. 158.

⁴⁶⁷⁰ *Jakobs* AT 13/13; gegen eine Trennbarkeit auch *Dimítratos* Begriffsmerkmal S. 25, 147 ff.; *Hirsch* FS Arth. Kaufmann S. 545, 551; *Maurach/Zipf* AT 1 § 27 Rn. 15; *Rosenau* SSW § 34 Rn. 9; *Roxin/Greco* AT I § 16 Rn. 18; *Schaffstein* FS Bruns S. 89, 95 ff.; *Sinn* FS Roxin (2011) S. 673, 683.

⁴⁶⁷¹ *Neumann* NK § 34 Rn. 48; siehe auch *H.-L. Günther* SK⁷ § 34 Rn. 21: „Welche Krankheit ein Patient hat (Diagnose) und ob sie ein Todesrisiko in sich birgt (Prognose), sind analytisch wie medizinisch klar zu trennende Fragestellungen“.

⁴⁶⁷² Für die konkreten/potentiellen Gefährdungsdelikte *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 93 ff., 97; *ders.* NK § 315 Rn. 35; für § 34 *ders.* LK § 34 Rn. 65; siehe auch *Stratenwerth* FS Gallas S. 227, 231 f.; *Frister* AT 14/11.

⁴⁶⁷³ *Gallas* FS Heinitz S. 171, 179.

rungen an den Garanten, sodass man wieder an eine Prognose vom Standpunkt des Unterlassenden denken könnte. Jedoch geht es bei der Bestimmung dieser Gefahr sowie der sie betreffenden Überwachungsposition nicht um die „in die Zukunft weisende [...] Tendenz“ der Unterlassung. Die in der Vergangenheit liegende „Gefahrschaffung“ ist ein von vornherein *feststehender* (wenngleich möglicherweise nicht erkennbarer) äußerer Tatumstand des Unterlassungsdelikts,⁴⁶⁷⁴ der nicht von dem (Unterlassungs-)Verhalten des Täters als etwas „Werdende[m] und insofern Ungewisse[m]“⁴⁶⁷⁵ abhängt. Ebenso wie die Garantenbeziehung der Eltern, des Amtsträgers oder des Sachherrn muss auch die Kontrollherrschaft des Ingerenten zum Zeitpunkt des Unterlassens *objektiv feststehen*. Denn *grundsätzlicher* (als die Konturierung von Verhaltensanforderungen) steht zunächst die Frage im Raum, inwieweit die Rechtsgüter der gefährdeten Person dem Unterlassenden gegenüber strafrechtlich *gewährleistet* sind, diese Person also dafür einzustehen hat, dass der *Erfolg* nicht eintritt, § 13 I StGB. Erst im Anschluss daran kann überhaupt gefragt werden, ob in einer *bestimmten* Situation *bestimmte ex ante* zur Abwendung geeignete Handlungen geboten sind. Auf der Ebene des Handlungsunrechts (der Garantenpflicht) des unechten Unterlassungsdelikts geht es insoweit darum, ob der Täter die abzuwendende Gefahr entweder erkennt⁴⁶⁷⁶ (vorsätzliches/bewusst fahrlässiges Unterlassungsdelikt) oder erkennen kann (fahrlässiges Unterlassungsdelikt).

3. Gefahrbegriff der „potentiellen Gefährdungsdelikte“

Oben (→ 1.) wurde bereits herausgestellt, dass der für die Garantenstellung aus Ingerenz maßgebliche Gefahrbegriff nicht an den der konkreten Gefährdungsdelikte anknüpfen kann. Es gibt jedoch im Strafrecht neben den abstrakten⁴⁶⁷⁷ und konkreten Gefährdungsdelikten weitere Gefährdungsstrukturen, denen Beachtung zu schenken sich lohnt. So gibt

⁴⁶⁷⁴ Eine objektive Beurteilung unter Einbeziehung des *ex post* verfügbaren Wissens wird von manchen Autoren auch für den Unglücksfall bei § 323c I StGB vertreten, vgl. AG Berlin Tiergarten NSTz 1991, 236, 237; Sch/Sch/Hecker § 323c Rn. 2; Kindhäuser/Schramm BT I § 70 Rn. 9 f.; Lackner/Kühl § 323c Rn. 2; Küper/Zopfs BT Rn. 534 f.; Eisele BT I Rn. 1249; Rengier BT II § 42 Rn. 4; Sowada NSTz 2019, 670, 672; Stein FS Küper S. 607 ff.; Zieschang AT Rn. 632; anders und für die *ex ante* Perspektive Freund MK § 323c Rn. 55; Rudolphi NSTz 1991, 237, 238 f. Die erstgenannte Ansicht ist zutreffend, da es um ein handlungsunabhängiges Merkmal geht, hinsichtlich dessen Vorliegens eine hinreichende Objektivierung zu fordern ist, Zieschang AT Rn. 632. Indem die tatbestandsmäßige Situation beim unechten Unterlassungsdelikt ebenfalls objektiv zu beurteilen ist, wird hier ein Gleichlauf von echtem und unechtem Unterlassungsdelikt hergestellt. Dagegen ist die Erforderlichkeit *ex ante* zu beurteilen, vgl. ders. Gefährdungsdelikte S. 346. Dem unterschiedlichen Maßstab steht, anders als von Stein FS Küper S. 607, 613 vertreten, nicht entgegen, dass die beiden Merkmale verzahnt seien („Möglichkeit eines Schadenseintritts“ und „Möglichkeit der Verhinderung dieses Schadenseintritts“). Denn es geht bei der Erforderlichkeit gerade um die Möglichkeit der Verhinderung *durch eine Handlung* und damit etwas Ungewisses.

⁴⁶⁷⁵ Beide Zitierungen Spindel FS Stock S. 89, 105 f.; ähnlich zu § 323c I StGB Zieschang AT Rn. 632: handlungsunabhängige Merkmale sind *ex post*, handlungsabhängige Merkmale *ex ante* zu beurteilen; siehe auch Gaede NK § 323c Rn. 7; Sch/Sch/Hecker § 323c Rn. 2; Lackner/Kühl § 323c Rn. 2, 5.

⁴⁶⁷⁶ Vgl. auch Schlehofer MK Vor § 32 Rn. 83. – Insbesondere für den Versuchsbeginn muss das Unterlassen auch *objektiv ex ante* gefährlich sein.

⁴⁶⁷⁷ Zutreffenderweise gibt es keine „abstrakten Gefährdungsdelikte“, sondern nur abstrakte und konkrete Gefährlichkeitsdelikte, da es insoweit um die Eigenschaft einer Handlung geht, vgl. Zieschang Gefährdungsdelikte S. 15 ff., 28 ff., 52 ff.; zur Kritik an den abstrakten Gefährlichkeitsdelikten S. 349 ff.; Hirsch

es mit *Zieschang* sogenannte „potentielle Gefährdungsdelikte“, die einen für ein Rechtsgut konkret gefährlichen Zustand voraussetzen.⁴⁶⁷⁸ Ein konkret gefährlicher Zustand beschreibt eine der konkreten Gefahr und damit erst recht der Verletzung vorgelagerte Situation. Im Gegensatz zur konkreten Gefahr liegt ein konkret gefährlicher Zustand gerade auch dann vor, wenn berechenbare Rettungsmaßnahmen, auf die im Gegensatz zum Zufall vertraut werden kann, noch einsetzbar sind.⁴⁶⁷⁹ Eine derartige Situation mag bereits direkt nach Abschluss der Tathandlung vorliegen, es handelt sich um einen Erfolg der Handlung, der über ihren Vollzug hinausgeht, einen Erfolgssachverhalt „minderer Qualität“. ⁴⁶⁸⁰ Ein solcher objektiver Zustand ist nicht aus dem Blickwinkel des Handelnden, sondern des bedrohten Gutes einzuschätzen.⁴⁶⁸¹ Der maßgebliche Zeitpunkt liegt *nach* Abschluss der Tathandlung.⁴⁶⁸² Um das Gefahrurteil mit einem Maximum an Wahrheitsgarantie auszustatten, sind alle *feststehenden* Umstände, selbst wenn sie erst später bekannt wurden, zu berücksichtigen.⁴⁶⁸³ Das Wissen im Zeitpunkt der Hauptverhandlung wird also für die *ex ante* Sicht verwertet.⁴⁶⁸⁴ Es ist insoweit eine konkrete Betrachtung des Einzelfalls geboten.⁴⁶⁸⁵ Wie bereits oben dargestellt, liegt hiermit keine unzulässige

FS Arth. Kaufmann S. 545, 548; *ders.* in: Probleme I S. 623, 628 f., 632, 635; *ders.* FS Tiedemann S. 145, 148 ff.; zustimmend *Stein* FS Küper S. 607, 621 m. Fn. 41.

⁴⁶⁷⁸ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 46 ff., 101; *ders.* FS Wolter S. 557, 559 ff.; *ders.* NK Medienstrafrecht § 13 Rn. 5; terminologisch, nicht aber in der Sache anders *Hirsch* FS Tiedemann S. 145, 153 f., der auch hier von Gefährlichkeitsdelikten („zustandsgebundene Gefährlichkeitsdelikte“) spricht; vgl. auch *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 66.

⁴⁶⁷⁹ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 79 f., 86 f.; *ders.* NK § 315 Rn. 36.

⁴⁶⁸⁰ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 65, 67, 86, 93 (wörtliches Zitat). Die potentiellen und konkreten Gefährdungsdelikte sind damit Erfolgsdelikte. Vgl. auch *ders.* FS Wolter S. 557, 570; *ders.* NK § 315 Rn. 30 f.; *ders.* NK Medienstrafrecht § 13 Rn. 5; zu den konkreten Gefährdungsdelikten *Jescheck/Weigend* AT § 26 II 2; *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 147; bereits *Horn* Gefährdungsdelikte S. 7 ff.; *Lackner* Gefährdungsdelikt S. 7.

⁴⁶⁸¹ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 92 f. Siehe zum konkreten Gefährdungsdelikt auch *Kindhäuser* Gefährdung S. 189 m. Fn. 1, S. 211 f. m. Fn. 25: objektives Urteil aus der Perspektive des Opfers.

⁴⁶⁸² *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 67, 74.

⁴⁶⁸³ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 94 ff.; ähnlich – allerdings für die „Risikoschaffung“ innerhalb der objektiven Zurechnung – *Frister* AT 10/36 f.

⁴⁶⁸⁴ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 74, 93; eine reine *ex post* Betrachtung wäre für die Bestimmung des konkret gefährlichen Zustandes jedoch ebenfalls nicht zielführend, denn beim Ausbleiben des Schadens müsste der konkret gefährliche Zustand stets verneint werden, sodass das Gefährdungsdelikt in ein Verletzungsdelikt verwandelt würde und der gefährliche Zustand jede Bedeutung verlöre. Es spielt daher für die Annahme eines gefährlichen Zustandes keine Rolle, dass dieser später beseitigt wird. Wie sich ein prinzipiell unvorhersehbares Geschehen letzten Endes entwickelt, ist für das Gefahrurteil irrelevant. *Zieschang* aaO S. 74, 93 ff., 97 m. Fn. 158, S. 119; zu den konkreten Gefährdungsdelikten auch S. 34; *ders.* NK § 315 Rn. 34 f.; *Gallas* FS Heinitz S. 171, 178; *Hirsch* FS Arth. Kaufmann S. 545, 552; *Demuth* Gefahrbegriff S. 104 ff.; *Geppert* NSTZ 1985, 264, 266; *Sch/Sch/Hecker* § 315c Rn. 33; *Horn* Gefährdungsdelikte S. 57 ff.; *Maurach/Zipf* AT 1 § 17 Rn. 29; *Ostendorf* JuS 1982, 426, 429; *Pegel* MK § 315c Rn. 99; *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 147; *Schaffstein* FS Bruns S. 89, 92; *Schünemann* JA 1975, 787, 794; *Wolter* Straftatsystem S. 237 ff.; für § 34 auch *Erb* MK § 34 Rn. 77.

⁴⁶⁸⁵ „Der Täter verursacht einen spezifischen Erfolg, zu dessen Beurteilung die Einzelfallumstände heranzuziehen sind und bei dem eben nicht generalisiert werden darf“, *Zieschang* FS Wolter S. 557, 566; siehe bereits *ders.* Gefährdungsdelikte S. 229 f. m. Fn. 93: Es kommt auf die Umstände des konkreten Einzelfalls an.

Trennung von Basissachverhalt und Prognose vor, indem nur die feststehenden Umstände einer *ex post* Betrachtung unterworfen werden.⁴⁶⁸⁶

Zu beachten ist im vorliegenden Kontext, dass für den *Tatbestand* des potentiellen Gefährlichkeitsdelikts der konkret gefährliche Zustand auf einem Handlungsunrecht, also einem konkret gefährlichen Verhalten beruhen muss. Es ist jedoch auch denkbar, dass ein konkret gefährlicher Zustand für das Rechtsgutobjekt eintritt, ohne dass ein konkret gefährliches Verhalten vorliegt. Dann scheidet die Bestrafbarkeit aus, da es an einem Handlungsunrecht fehlt,⁴⁶⁸⁷ – nicht jedoch die Begründung einer Ingerenzgarantenstellung.

4. Unterscheidbarkeit von Gefahr und Kausalfaktor

Bevor diese Überlegungen weiterverfolgt werden können, stellt sich die Frage, ob die hier befürwortete objektivierte Prognose überhaupt durchführbar ist. Etwa *Welzel* meinte, das Gefährurteil sei stets ein *ex ante* Urteil, das von den zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht erkennbaren Realfaktoren absieht. „Wenn *ex post* alle Bedingungen überschaubar geworden sind, war die Verletzung entweder sicher oder ausgeschlossen“.⁴⁶⁸⁸ Auch in jüngerer Zeit wird vertreten, Risikofaktoren und Schadensursachen seien bei einer rein objektiv-nachträglichen Betrachtung identisch und nur aus anderer Perspektive beschrieben. Jeder Umstand, der *ex post* eine Ursache darstellt, müsse zugleich *ex ante* ein Risikofaktor gewesen sein, unabhängig davon, ob er bereits erkennbar war.⁴⁶⁸⁹ Dieser Ansicht ist inso-

⁴⁶⁸⁶ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 97. Die Erweiterung der Prognosebasis auf *ex post* gewonnene Erkenntnisse ist „nicht nur logisch unbedenklich, vielmehr auch sachlich geboten“, vgl. zu den konkreten Gefährdungsdelikten *Gallas* FS Heinitz S. 171, 178.

⁴⁶⁸⁷ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 100 f.

⁴⁶⁸⁸ *Welzel* Fahrlässigkeit S. 22; ähnlich *Schröder* ZStW 81 (1969) 7, 12; aus der älteren Literatur zudem *Bassenge* Gefahrbegriff S. 20 ff.; *Finger* FG Frank I S. 230, 235; *Radbruch* Verursachung S. 41 f.; *Lackner* Gefährdungsdelikte S. 17 f.; *Ad. Merkel* Lehrbuch S. 43; nahestehend *Horn* Gefährdungsdelikte S. 51 ff., 59 ff.: Der Schluss von der Verletzung auf die Gefahr sei zwingend, nicht aber der von der Nichtverletzung auf die Nichtgefahr.

⁴⁶⁸⁹ Vgl. *Blei* AT § 44 III 2 (zu § 34 StGB); *Haas* FS Kindhäuser S. 177, 183 (außerhalb menschlicher Handlungen); *Jakobs* AT 11/12; *ders.* FS Hirsch S. 45, 55: Wenn der genaue Verlauf bekannt ist, kann er immer auch beherrscht werden; *Kindhäuser* FS Maiwald S. 387, 389; *ders.* ZStW 120 (2008) 481, 488; *ders.* GA 2007, 447, 464: „Selbstverständlichkeit“; *ders./Zimmermann* AT § 11 Rn. 9; *Puppe* ZStW 95 (1983), 287, 295 (außerhalb menschlicher Handlungen); *dies.* ZStW 99 (1987) 595, 604: Bei determinierten Prozessen gelte noch immer das Prinzip des Laplace’schen Weltgeistes; *dies.* FS Otto S. 389, 397 m. Fn. 42; *H. Schumann/A. Schumann* FS Küper S. 543, 549 f.; *Struensee* JZ 1987, 53, 58; *ders.* GA 1987, 97, 101: Die Gefahrverwirklichung müsse aus der Verursachung des Erfolges geschlossen werden; **ablehnend** *Goekenjan* Revision S. 61 f.

weit zuzustimmen, als die mangelnde Erkennbarkeit einer Gefahr nicht deren Vorhandensein hindern muss.⁴⁶⁹⁰ Die objektive Gefahr ist andererseits entgegen den eben zitierten Autoren nicht mit dem Vorliegen eines Kausalfaktors gleichzusetzen.⁴⁶⁹¹

Erstens ist die Welt derart unübersehbar komplex, dass die Annahme, alle Umstände könnten bei intensiver Nachforschung erkannt werden, falsch ist.⁴⁶⁹² Insoweit ist es bereits unzutreffend, dass *ex post* „alle Bedingungen überschaubar“ seien. Auch der Basissachverhalt beruht auf einer gewissen „Wahrnehmung und Beschreibung einer Situation“,⁴⁶⁹³ indem auch dieser zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung durch eine Maßstabsperson zu bilden ist.⁴⁶⁹⁴ Doch selbst, wenn alle in der Handlungssituation angelegten Kausalfaktoren bekannt wären, könnte niemand in die Zukunft blicken. Denn wegen der begrenzten menschlichen Fähigkeit zur Vorausberechnung zukünftiger Geschehensabläufe ist jeder Gefahrprognose die Unsicherheit immanent, ob es zu einem Schaden kommt oder nicht. Es wäre auch illusorisch, davon auszugehen, dass Wirkungszusammenhänge bis ins letzte Detail nachvollzogen werden können.⁴⁶⁹⁵ Die Entwicklung eines Geschehensablaufs wird von einer Vielzahl von Ursachen mitbeeinflusst, wobei sich die Ursachen nicht bloß durch ihr Vorhandensein, sondern insbesondere auch durch ihre Quantität

⁴⁶⁹⁰ *Struensee* JZ 1987, 53, 58 m. Fn. 66; *Burkhardt* in: Straftat, Strafzumessung S. 99, 101: Bereits in der Umgangssprache lässt sich zwischen einer Gefahr sowie ihrer Kenntnis bzw. Erkennbarkeit unterscheiden; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 11 Rn. 8; *Schmidhäuser* AT 5/42 ff.; *H. Schumann/A. Schumann* FS Küper S. 543, 549 ff. Siehe auch *Hilgendorf* FS Sancinetti S. 451 ff., 465: „Erkennbarkeit des Risikos“. Eingehend dazu *Börger*s Gefährurteil S. 27 ff., 50 ff. *et passim*. – Für das Strafrecht lässt sich der Unterschied durch das Begriffspaar Gefahr – Gefährlichkeit ausdrücken. Die Gefährlichkeit beschreibt dabei die *ex ante* erkennbare Schadensträchtigkeit einer Handlung.

⁴⁶⁹¹ Wenngleich Kausalität und Gefahr verwandte Konzepte sind, indem für beide durch die Anwendung von Erfahrungswissen ein nomologischer Zusammenhang hergestellt werden muss (vgl. *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 26 f.).

⁴⁶⁹² Zu den potentiellen Gefährungsdelikten *Zieschang* Gefährungsdelikte S. 113, 118; eingehend auch *Erb* Alternativverhalten S. 182 ff., 185; für die Umschreibung des Erfolgs *Hilgendorf* GA 1995, 515, 520: „Jeder Sachverhalt lässt sich im Prinzip unendlich komplex beschreiben“; siehe auch *Puppe* ZStW 92 (1980) 863, 899: Die Aufzählung aller für die Kausalerklärung notwendigen Bedingungen wäre unmöglich; *dies*. ZStW 95 (1983), 287, 301.

⁴⁶⁹³ So im Allgemeinen zum Gefahrenbegriff *Neumann* NK § 34 Rn. 49.

⁴⁶⁹⁴ Was die Maßstabsperson angeht, besteht insoweit keine Differenz zwischen Basissachverhalt und Prognose. Es ist der in ontologischer *und* nomologischer Hinsicht sachverständige Beobachter heranzuziehen, *Zieschang* Gefährungsdelikte S. 99.

⁴⁶⁹⁵ *Zieschang* Gefährungsdelikte S. 113; vgl. auch S. 102 ff.; *Börger*s Gefährurteil S. 68 ff.; *Erb* JuS 1994, 449, 452; *Frister* AT 9/34 f., 10/38; *Gallas* FS Heinitz S. 171, 179; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* AT § 15 Rn. 71; *Sch/Sch/Perron* § 34 Rn. 12.

auswirken.⁴⁶⁹⁶ Jeder Kausalverlauf könnte dabei in unendlich viele Zwischenschritte zerlegt werden.⁴⁶⁹⁷ Beispielsweise meteorologische Abläufe können auch bei dem bestmöglichen Informationsstand nicht präzise vorhergesagt werden.⁴⁶⁹⁸ Insbesondere sind Wirkungszusammenhänge innerhalb des menschlichen *Körpers* nicht hinreichend erforscht und erklärt.⁴⁶⁹⁹ Hinzu kommt noch das weite Feld menschlichen *Verhaltens*, insbesondere der psychischen Kausalität.⁴⁷⁰⁰

Die Diskrepanz zwischen dem Kausalitätsurteil *ex post* und der Prognose *ex ante* folgt also bereits daraus, dass wir nicht über sicheres nomologisches Wissen, also strikte Kausalgesetze zur Prognose des Geschehens verfügen, sondern uns auf allgemeine Erfahrungssätze verlassen müssen.⁴⁷⁰¹ Empirische Aussagen können immer Restzweifeln ausgesetzt sein, die Naturwissenschaften bieten keine absoluten Wahrheiten und Gewissheiten. Unser Erfahrungswissen ist nie völlig sicher.⁴⁷⁰²

Zweitens werden an dem kausalistischen Weltbild grundsätzliche Zweifel angemeldet.⁴⁷⁰³ Problematisch ist nicht nur die Unmöglichkeit einer Rekonstruktion der vollständigen ontologischen Tatsachenbasis sowie des gesetzmäßigen Wirkungszusammenhangs

⁴⁶⁹⁶ *Erb* Alternativverhalten S. 182. Siehe auch BGHSt 8, 28, 31: „das Wesen der Gefahr besteht gerade in der Ungewißheit des Zusammentreffens aller jener Umstände, die schließlich den Erfolg ausmachen“; außerdem *Stein* FS Küper S. 607, 623.

⁴⁶⁹⁷ *Erb* JuS 1994, 449, 452.

⁴⁶⁹⁸ *Neumann* NK § 34 Rn. 46; *Frister* AT 10/38: „So lässt sich auch bei Kenntnis aller meteorologischen Daten nicht durch Anwendung allgemeiner Erfahrungssätze prognostizieren, dass jemand bei einer Besorgung vom Blitz erschlagen wird. Das entsprechende Risiko ist nach allen bisher bekannten allgemeinen Erfahrungssätzen gering.“; siehe dazu auch *Börgers* Gefahrurteil S. 66: „Schmetterlingseffekt“.

⁴⁶⁹⁹ *Dencker* Kausalität S. 36; *Stratenwerth* FS Gallas S. 227, 233; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 113.

⁴⁷⁰⁰ Vgl. *Erb* Alternativverhalten S. 183; *Hilgendorf* Jura 1995, 514, 518; *Puppe* ZStW 92 (1980) 863, 902, 911; *dies.* ZStW 95 (1983), 287, 294 ff.; *dies.* ZStW 99 (1987) 595, 603; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 118. Es ist dabei nicht erforderlich, auf den Determinismusstreit einzugehen (treffend zur Müßigkeit dieses „ewigen“ Themas *Frister* Schulselement S. 17 f.), da es jedenfalls keine strikten allgemeinen Gesetze für menschliches Verhalten geben kann, *Hilgendorf* Jura 1995, 514, 518, 520: Eine Verwendung deterministischer Gesetze würde zudem dem Alltagsverständnis zuwiderlaufen; *Puppe* ZStW 99 (1987) 595, 603; *dies.* ZStW 92 (1980) 863, 902, 911; siehe auch *Börgers* Gefahrurteil S. 65.

⁴⁷⁰¹ Vgl. *Frister* AT 9/34 ff., 10/36, 38; sowie *Neumann* NK § 34 Rn. 47. – Es muss also auf Wissen aus älteren Erfahrungen zurückgegriffen werden, vgl. *Hilgendorf* in: Gefahr S. 9, 15. Da man nie sicher wissen kann, ob eine Erklärung für ein Ereignis „sicher wahr“ ist, genügen „gut bewährte“ Erfahrungssätze, um Kausalerklärungen und Gefahrprognosen zu tragen, *ders.* FS Sancinetti S. 451, 461; dabei können statistische Zusammenhänge ebenso gut bewährt sein wie deterministische, *ders.* in: Gefahr S. 9, 19; siehe bereits *ders.* Produzentenhaftung S. 120 f., 124.

⁴⁷⁰² *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 112 f.; *ders.* Handbuch Bd. 2 § 33 Rn. 34; siehe auch *Hilgendorf* FS Weber S. 33, 40: Selbst noch so gut bewährte Annahmen bleiben widerlegbare Hypothesen; *ders.* in: Gefahr S. 9, 20.

⁴⁷⁰³ *Demuth* Gefahrbegriff S. 64 ff., 164 ff.; *Dimitratos* Begriffsmerkmal S. 42 ff.; *Frister* AT 9/35; *Goekenjan* Revision S. 60; *Jäger* FS Maiwald S. 345, 356 f.; *Küpper* Grenzen S. 130; *Puppe* ZStW 95 (1983), 287, 293 ff., allerdings nicht für den makrophysikalischen Bereich (dagegen aber wohl zu Recht *Jäger* FS Maiwald S. 345, 357: der Makrokosmos kann sich durchaus des Mikrokosmos bedienen); *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 3; *Schünemann* JA 1975, 787, 795; *Stratenwerth* FS Gallas S. 227, 232; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 118; **and**ers etwa *Lackner* Gefährdungsdelikt S. 17.

bis ins letzte Detail. „Der Laplace’sche Weltgeist hat vielmehr grundsätzlich abgedankt“. ⁴⁷⁰⁴ Selbst in Bereichen der Physik gibt es statistische Gesetze, welche eigenständige Bedeutung aufweisen und nicht bloß hilfsweise auf dem Weg zu deterministischen Gesetzen bestehen. ⁴⁷⁰⁵ Auch Naturgesetze lassen damit Raum für Zufall. ⁴⁷⁰⁶

Drittens ist daran zu erinnern, dass der Begriff der Gefahr keine stets gleiche Bedeutung hat, sondern es auf den jeweils in Frage stehenden *rechtlichen* Zusammenhang ankommt. ⁴⁷⁰⁷ Was den objektiven Gefährzustand angeht, ist der Schluss von der Kausalität auf das Bestehen einer Gefahr *für das Strafrecht* nicht sinnvoll. Etwa die Existenz konkreter (und potentieller) Gefährungsdelikte zeigt, dass das Gesetz von der Durchführbarkeit und normativen Relevanz von *ex post* Wahrscheinlichkeitsurteilen ausgeht. ⁴⁷⁰⁸

Der Gefahrbegriff muss Sinn und Zweck der Ingerenzbegründung Rechnung tragen. Selbstverständlich *könnte* man auch jeden Kausalfaktor als Gefahr bezeichnen und diese naturwissenschaftlich-deterministische Betrachtung dann direkt einer normativen Beurteilung unterziehen. Dabei droht man in bloß subjektives, von jeglicher Empirie abgekapseltes Werten zu verfallen. Ein Verständnis, welches die Gefahr mit der Kausalität *ex post* identifiziert, geht zudem an dem „allgemeinen Verständnis des Phänomens ‚Gefahr‘“ völlig vorbei. ⁴⁷⁰⁹ Denn das soziale Leben ⁴⁷¹⁰ interessiert sich für das jeweils in Erscheinung tretende Geschehen, die Gefahr als „Phänomen der sozialen Wirklichkeit“, ⁴⁷¹¹ nicht hingegen für der menschlichen Erkenntnisfähigkeit entzogene deterministische Weltbilder. ⁴⁷¹² Die *gesellschaftliche* (nicht naturwissenschaftlich-deterministisch kausale) Be-

⁴⁷⁰⁴ Stratenwerth FS Gallas S. 227, 233; zustimmend Puppe ZStW 99 (1987) 595, 603: der „Laplace-Dämon“.

⁴⁷⁰⁵ Stratenwerth FS Gallas S. 227, 233; Zieschang Gefährungsdelikte S. 118; Hirsch ZStW 106 (1994) 746, 762 (im Kontext des Problems der Willensfreiheit, mit Nachweisen aus dem naturwissenschaftlichen Schrifttum); siehe außerdem Börgers Gefahrurteil S. 65 f.; Frister AT 9/35; Hilgendorf Jura 1995, 514, 518; Puppe ZStW 95 (1983), 287, 293; Schönemann JA 1975, 787, 795.

⁴⁷⁰⁶ Jäger FS Maiwald S. 345, 356 f.; **dagegen** meinen Roxin/Greco AT I § 11 Rn. 3, dies spiele im alltäglichen Leben keine Rolle.

⁴⁷⁰⁷ Dazu insbesondere Zieschang GA 2006, 1 ff.; siehe auch für § 323c I StGB Stein FS Küper S. 607, 625: Auslegungsfrage.

⁴⁷⁰⁸ Verneinte man beim Ausbleiben des Verletzungserfolgs den gefährlichen Zustand, würden diese Delikte in Verletzungsdelikte umgeformt, Zieschang Gefährungsdelikte S. 93 f. Die Schaffung eines konkreten Gefährzustandes ist daher unabhängig von der späteren Verletzung, S. 74. Vgl. auch Wolter Straftatensystem S. 237 ff.; sowie für § 34 auch Hirsch FS Arth. Kaufmann S. 445, 552; Erb MK § 34 Rn. 77; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 15 Rn. 71; Neumann NK § 34 Rn. 46; Sch/Sch/Perron § 34 Rn. 12 ff.; für § 323c I StGB Stein FS Küper S. 607, 622, 625.

⁴⁷⁰⁹ Zutreffend Erb MK § 34 Rn. 77; ebenso Neumann NK § 34 Rn. 46 ff.; Küpper Grenzen S. 136 weist darauf hin, dass auch im außerrechtlichen Bereich von einer Gefahr gesprochen wird.

⁴⁷¹⁰ Das „Weltbild des Juristen“ ist, worauf bereits hingewiesen wurde (→ § 1 B I 1), weder bloß naturalistisch noch allein normativistisch, sondern ein „natürlich-soziales“ Weltbild der „alltäglichen Erfahrung“, Engisch Weltbild S. 13, 15; siehe auch Roxin ZStW 74 (1962) 515, 549; ders./Greco AT I § 8 Rn. 54.

⁴⁷¹¹ Hirsch FS Arth. Kaufmann S. 545, 554. Siehe auch Demuth Gefahrbegriff S. 67 f.; Wolter Straftatensystem S. 239: Die Existenzkrise des Rechtsguts habe soziale Realität.

⁴⁷¹² Hirsch GS Meurer S. 3, 15 f. m. Fn. 35.

deutung einer Handlung ergibt sich daraus, dass sie unter Anwendung von Erfahrungswissen *generell* (und nicht bloß zufällig) die Tendenz aufweist, einen Erfolg herbeizuführen.⁴⁷¹³ Wenn sich ein Geschehen bei Zugrundelegung aller nachträglich bekannter Daten nicht unter Anwendung allgemeiner Erfahrungssätze prognostizieren lässt, war die Gefahr *objektiv* und nicht bloß nach dem dem Täter *ex ante* zugänglichen Wirklichkeitsausschnitt gering.⁴⁷¹⁴

Maßgeblich ist im vorliegenden Kontext, ob der mit Handlungsabschluss geschaffene Zustand bereits zu diesem Zeitpunkt rechtswidrig und damit *überwachungsbedürftig* ist, weil der Rechtsgutsinhaber von der maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung ausgeschlossen ist. Die Rechtsgüter sind weder substanzontologisch noch rein ideell zu verstehen, sondern weisen als Entfaltungspotentiale eine soziale Realität auf, die der Beeinträchtigung zugänglich ist.⁴⁷¹⁵ Es kommt darauf an, ob *bereits mit Handlungsabschluss* diese soziale Realität gestört ist. Das Gefahrurteil muss für *diesen Zeitpunkt* Gültigkeit beanspruchen, daher können auch allein in diesem Zeitpunkt *feststehende* Umstände Berücksichtigung finden. Es geht nicht darum, ob *später* ein Schaden eintritt oder nicht, sondern allein darum, ob es in diesem Moment naheliegt, dass es im weiteren Verlauf zu einem Schaden kommt.⁴⁷¹⁶

Im Ergebnis stellt die Differenz zwischen der *ex ante* Perspektive und der Zugrundelegung eines Maximums an Wahrheitsgarantie den Unterschied⁴⁷¹⁷ zwischen *zufällig situativer* Erkennbarkeit für einen Durchschnittsbeobachter und *prinzipieller nachträglicher* Auf- und vor allem Erklärbarkeit des Geschehens dar.⁴⁷¹⁸ Das Gefahrurteil steht also nicht

⁴⁷¹³ Diese tritt gerade dann zutage, wenn sich die Entwicklung aufgrund aller zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung feststehenden Umstände mithilfe von Erfahrungswissen auch dann noch prognostizieren lässt, wenn man die tatsächliche Entwicklung des Geschehens und damit unzählige Dispositionen des Sachverhalts ausblendet.

⁴⁷¹⁴ *Frister* AT 10/38. – Auch wenn sich die Prognose im Einzelfall nachträglich als unzutreffend erweist, ändert dies nach gesellschaftlichem Verständnis nichts daran, dass das Geschehen unwahrscheinlich war.

⁴⁷¹⁵ Siehe bereits oben § 1 A I 2; § 2 B III 1.

⁴⁷¹⁶ So zu den potentiellen Gefährdungsdelikten *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 118 f.: Ob eine Handlung eine Gefahr geschaffen hat, muss bereits in *diesem Zeitpunkt* feststehen; siehe auch *Börger*s Gefahrurteil S. 60; *H.-L. Günther* SK⁷ § 34 Rn. 22; *Stein* FS Küper S. 607, 625.

⁴⁷¹⁷ Diese Trennlinie zwischen solchen Umständen zu ziehen, deren Vorliegen nachgewiesen sein muss, und solchen, bei denen die Wahrscheinlichkeit in das Urteil eingeht, ist eine verbleibende Schwierigkeit des Vorgehens, vgl. *Stein* FS Küper S. 607, 622 f.

⁴⁷¹⁸ „Die Hypothese des allwissenden Beobachters, für den es nur Sicherheit gibt, wird absurd. Um zu bloßen Wahrscheinlichkeiten oder Möglichkeiten zu gelangen, bedarf es folglich keiner artifiziellen ‚Verkürzung der Urteilsbasis‘ mehr; es genügt, wenn diejenigen ‚Faktoren‘ außer Betracht bleiben, über die es praktische Gewißheit nicht nur im Einzelfalle nicht, sondern nach dem Stand unseres Wissens überhaupt nicht geben kann“, *Stratenwerth* FS Gallas S. 227, 233; ähnlich *Gallas* FS Heinitz S. 171, 179; *Stein* FS Küper S. 607, 623 f. Treffend meint daher *Neumann*: „So wenig die Gefahr nur als Zustand eines Informationsdefizits verstanden werden kann, so wenig ist sie auf der anderen Seite nur ein *factum brutum* der physikalischen Wirklichkeit. Die Feststellung einer Gefahr beruht vielmehr auf einer bestimmten Wahrnehmung und Beschreibung einer Situation“, *Neumann* NK § 34 Rn. 48 f. Die Gegenauffassung ist in der subjektiven Gefahrtheorie verhaftet, „der zufolge ‚Gefahr‘ allein ‚ein Kind unserer Unwissenheit‘ ist und folglich die Erkenntnis des Ausbleibens des Schadenseintritts nicht überdauern kann“. Dieser Gefahrbegriff

unter dem Vorbehalt des späteren Geschehensausgangs, jedoch „sehr wohl unter dem Vorbehalt einer besseren Erkenntnis, die auf einer – und sei sie erst nachträglich zu gewinnenden – genaueren Situationsanalyse beruht“.⁴⁷¹⁹ Die Zugrundelegung einer *objektivierten Tatsachenbasis* nimmt der Bewertung im Vergleich zur deterministischen *ex post* Betrachtung nicht jede Unsicherheit. Irrelevant wird nur die *zufällige Möglichkeit* der Erkennbarkeit, die bloß *in der Handlungssituation* begründet ist. Ist hingegen eine tatsächlich eingetretene Kausalentwicklung überhaupt nicht, auch nicht bei Zugrundelegung aller Tatsachen prognostizierbar, hat der durch die Handlung geschaffene Zustand keine gesellschaftliche Relevanz für Rechtsgüter und es ist für das Strafrecht nicht sinnvoll, von einer Gefahr zu sprechen.

So wie für das potentielle Gefährdungsdelikt nicht vom Ausbleiben eines Schadens auf das Fehlen eines gefährlichen Zustandes geschlossen werden kann, darf bei der Ingerenz umgekehrt nicht von der kausalen Verursachung einer Gefahrenlage auf das Bestehen eines konkret gefährlichen Zustandes nach Handlungsabschluss geschlossen werden.⁴⁷²⁰ Zwar wird für das konkrete Gefährdungsdelikt regelmäßig davon ausgegangen, dass beim Eintritt einer Verletzung auch das Vorstadium der konkreten Gefahr vorliege.⁴⁷²¹ Dies gilt jedoch nur für den Regelfall und ist zu verneinen, wenn die Verletzung bloß auf solchen Umständen beruht, die im Zeitpunkt des Abschlusses der Täterhandlung noch nicht feststanden.⁴⁷²² Insoweit kommt es nur auf die objektivierte Prognose im Zeitpunkt des Handlungsabschlusses an, unabhängig davon, wie sich das Geschehen *ex post* entwickelt.⁴⁷²³ Für die Ingerenz muss gelten: Die Situation nach Handlungsabschluss kann auch dann eine der Schutznorm des Opfers zuwiderlaufende, überwachungsbedürftige Gefahr

überzeugt jedoch selbst dann nicht, wenn man seine deterministischen Grundannahmen teilte, dass nämlich jeder eingetretene Erfolg notwendig, jeder ausgebliebene unmöglich war (Rn. 46).

⁴⁷¹⁹ Treffend *Erb* MK § 34 Rn. 78; ähnlich schon *Schmidhäuser* AT 5/44; **anders** *Rotsch* FS Neumann S. 1009, 1015, der meint, der Zeitpunkt der Hauptverhandlung sei völlig willkürlich. Fünf Jahre nach der Hauptverhandlung sei das Wissen möglicherweise größer, sodass man nie eine Hauptverhandlung durchführen könnte. – Allerdings handelt es sich dabei, dass ein Sachverhalt möglicherweise immer „noch besser“ aufgeklärt werden könnte, um ein grundsätzliches Problem, welches nicht allein das Phänomen der Gefahr betrifft. Völlige Aufklärung ist also nie zu erreichen, vielmehr muss im maßgeblichen Zeitpunkt der Gerichtsverhandlung, zu dem das Unwerturteil über die Tat gesprochen wird, dieses mit einem Maximum an Wahrheitsgarantie versehen werden.

⁴⁷²⁰ Hinsichtlich der Erfüllung eines Straftatbestandes fehlt es in solchen Fällen regelmäßig bereits an der konkreten Gefährlichkeit des Verhaltens, sodass es auf die Beurteilung des geschaffenen Zustands nicht mehr ankommt, vgl. *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 96 f.

⁴⁷²¹ **Anders** Lackner/Kühl/Heger § 315c Rn. 22; *Horn* Gefährdungsdelikte S. 60 f.: Gefahr sei ein Sachverhalt, der entweder den Begriff Verletzungsursache oder einen anderen Begriff erfülle. Damit könne zwar vom Ausbleiben der Verletzung nicht auf das Ausbleiben einer Gefahr, jedoch vom Eintritt der Verletzung auf das Bestehen einer Gefahr geschlossen werden. „Jede Verletzungsursache bedeutet ‚Gefahr‘“; *Schünemann* JA 1975, 787, 794: Der Eintritt der Rechtsgutsverletzung bezeuge die Gefahr mit „schrecklicher Gewißheit“.

⁴⁷²² *Zieschang* NK § 315 Rn. 38; siehe auch *Pegel* MK § 315c Rn. 99: „in der Regel“.

⁴⁷²³ Vgl. *Zieschang* NK § 315 Rn. 38.

gewesen sein, wenn sie nicht zu einem Erfolg führt. Gleichzeitig betrifft nicht jede Handlung, die irgendwie kausal eine Verletzung bedingt, die durch die Tatbestände gewährleistete Freiheitsphäre des Opfers.

5. Bildung des Prognoseurteils

a) Maßstabsperson der Prognose

Dass das Ergebnis der Prognose stark davon abhängt, welche Anforderungen man an die Maßstabsperson stellt, liegt auf der Hand.⁴⁷²⁴ Es geht nicht um eine naturwissenschaftliche Kausalanalyse, sondern um die Bedeutung der Handlung für die Entfaltungsbedingungen anderer (Rechtsgüter). Dieser objektive Effekt einer Handlung lässt sich nicht exakt messen, sondern bestimmt sich nach gesellschaftlichen Regeln. So meint für die Notstandsgefahr zu Recht *Neumann*, es komme auf die Sachkunde derjenigen Personen an, auf deren Sachkunde sich die Gesellschaft auch sonst verlässt, also die eines entsprechenden Fachmanns.⁴⁷²⁵ Für diese Objektivierung spricht auch im Kontext der Ingerenz, dass es hier nicht bloß um eine Handlungserlaubnis, sondern um die Reichweite des Schutzanspruchs des Opfers geht.⁴⁷²⁶ Von manchen wird darüber hinausgehend gefordert, um die Prognose nicht sachwidrig zu verkürzen, sei der Beobachter mit dem gesamten menschlichen Erfahrungswissen auszustatten.⁴⁷²⁷ Damit wäre sicherlich dem Erfordernis eines Maximums an Wahrheitsgarantie am besten gedient.⁴⁷²⁸ Ein derartiges Maximalwissen ist jedoch bloß theoretisch denkbar;⁴⁷²⁹ praktisch kann sich der Richter nicht des gesamten Erfahrungswissens, sondern bloß sachverständiger Hilfe bedienen.⁴⁷³⁰

⁴⁷²⁴ *Engisch* Kausalität S. 43.

⁴⁷²⁵ *Neumann* NK § 34 Rn. 51; siehe für einen sachkundigen Beobachter bzw. Fachmann auch *Hilgen-dorf/Valerius* AT § 5 Rn. 74; *Hirsch* FS Arth. Kaufmann S. 545, 554; *ders.* LK¹¹ § 34 Rn. 29 ff.; *Jakobs* AT 13/13; *Jescheck/Weigend* AT § 26 II 2; *Lackner/Kühl* § 34 Rn. 2; *ders.* AT § 8 Rn. 52; *Rengier* AT § 19 Rn. 9; *Rosenau* SSW § 34 Rn. 9; *Roxin/Greco* AT I § 16 Rn. 18; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 99; *ders.* LK § 34 Rn. 68; *ders.* NK § 315 Rn. 37; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 462. In Situationen, in denen eine besondere Expertise nicht erforderlich ist, kann auch ein sonstiger verständiger Beobachter genügen, vgl. etwa *Hirsch* aaO, *Roxin/Greco* aaO, *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 99 m. Fn. 164.

⁴⁷²⁶ Vgl. für den rechtfertigenden Notstand *Hirsch* LK¹¹ § 34 Rn. 30.

⁴⁷²⁷ *Blei* AT § 44 III 3; *Matt/Renzikowski/Engländer* § 34 Rn. 12; *Erb* MK § 34 Rn. 80; *Sch/Sch²⁷/Lenck-ner/Perron* § 34 Rn. 14; *Sch/Sch/Perron* § 34 Rn. 14; *Schröder* ZStW 81 (1969) 7, 9: bestmöglicher Beur-teiler; siehe auch *Zieschang* LK § 34 Rn. 68: dies erscheine sinnvoll, ist jedoch nur theoretisch denkbar; für einen verständigen Beobachter aus dem Verkehrskreis des Notstandstäters etwa *Rudolphi* GS Arm. Kaufmann S. 371, 383 f.; *Schaffstein* FS Bruns S. 89, 98 ff.; *Maurach/Zipf* AT 1 § 27 Rn. 15.

⁴⁷²⁸ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 98.

⁴⁷²⁹ *Hirsch* FS Arth. Kaufmann S. 545, 553 f.; *ders.* LK¹¹ § 34 Rn. 30; *Roxin/Greco* AT I § 16 Rn. 18; *Ru-dolphi* GS Arm. Kaufmann S. 371, 383; *Schaffstein* FS Bruns S. 89, 98, 101; *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 98; *ders.* LK § 34 Rn. 68; siehe auch *Rotsch* FS Neumann S. 1009, 1017: Das gesamte Menschheitswis-sen sei eine Fiktion.

⁴⁷³⁰ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 98 f.; *ders.* LK § 34 Rn. 68; *ders.* NK § 315 Rn. 37; zustimmend *Erb* MK § 34 Rn. 80. – Auf der anderen Seite ist jedoch zu betonen, dass ein Sachverständiger nicht bloß auf sein stets „auswendig verfügbares“ nomologisches Wissen zurückgreifen kann, sondern ihm vielmehr mit-tels weiterer Recherche der Zugriff auf den gesamten aktuellen Stand der Forschung offensteht.

b) Erforderlicher Wahrscheinlichkeitsgrad

Es geht bei der Gefahr um eine Prognoseentscheidung über die *naheliegende* Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts.⁴⁷³¹ Das Problem ist allerdings gerade, wann eine Schädigungsmöglichkeit keine bloß theoretisch denkbare,⁴⁷³² sondern eben eine naheliegende ist.⁴⁷³³ Hinsichtlich des Wahrscheinlichkeitsgrades lässt sich keine bestimmte Prozentzahl angeben.⁴⁷³⁴ Es kommt hier auf eine *Entscheidung* des Rechtsanwenders über die *Wesentlichkeit* der Wahrscheinlichkeitsdifferenz an.⁴⁷³⁵ Wenn man dabei stehen bliebe, bloß „ganz unwahrscheinliche“ Verläufe auszuklammern, würde der Begriff der Gefahr erheblich ausgedehnt. Denn, dass es nicht völlig unwahrscheinlich ist, dass einem Rechtsgut etwas zustößt, ist „ein Allgemeinzustand des Soziallebens, nicht aber schon eine davon abgehobene Notlage“.⁴⁷³⁶ Zutreffenderweise ist daher für einen konkret gefährlichen Zustand zu verlangen, dass der Eintritt eines Schadens bei ungestörtem Fortlauf naheliegt, sodass mit diesem *ernsthaft* zu rechnen ist,⁴⁷³⁷ also eine Wahrscheinlichkeit vorliegt, bei der „man sich vernünftigerweise auf die Möglichkeit des schädigenden Ereignisses einzustellen pflegt“.⁴⁷³⁸ Es muss nach Abschluss des Täterhandelns eine Situation vorliegen, die sich auf geschützte Rechtsgüter „zubewegt“,⁴⁷³⁹ das Gut muss in eine „Krise“ geraten sein.⁴⁷⁴⁰ Hieran anzuknüpfen erscheint auch für die Garantenstellung aus Ingerenz sinnvoll: Nur wenn der Zustand bei Abschluss der Handlung bereits eine

⁴⁷³¹ Zieschang LK § 34 Rn. 64. Vgl. auch Baumann/Weber/Mitsch/Eisele AT § 15 Rn. 71; Maurach/Zipf AT I § 27 Rn. 15.

⁴⁷³² Von der Wahrscheinlichkeit einer Verletzung kann hier nicht mehr die Rede sein, vielmehr ist der Schadenseintritt im Gegenteil äußerst unwahrscheinlich, Zieschang Gefährdungsdelikte S. 75; siehe zur Adäquanz Engisch Kausalität S. 46: „nicht schlechthin unwahrscheinlich“; Hilgendorf Jura 1995, 514, 521; für das konkrete Gefährungsdelikte Lackner Gefährungsdelikte S. 19; für § 34: Dimitratos Begriffsmerkmal S. 116; Matt/Renzikowski/Engländer § 34 Rn. 11: nicht völlig abstrakt; Hirsch FS Arth. Kaufmann S. 545, 554; Jakobs AT 13/12: „nicht unwahrscheinlich“; Kühl AT § 8 Rn. 40; Sch/Sch/Perron § 34 Rn. 15; Rosenau SSW § 34 Rn. 8; Roxin/Greco AT I § 16 Rn. 14. Weitergehend für die „gegenwärtige Gefahr“ Lenckner Notstand S. 82: höchstwahrscheinlich; Eser/Burkhardt Strafrecht I 12 A 26.

⁴⁷³³ Vgl. Küpper Grenzen S. 129: Es gibt kaum eine Handlung, die sich nicht als Ursache einer Rechtsverletzung denken lässt; siehe auch Lackner Gefährungsdelikte S. 20 f.

⁴⁷³⁴ RGSt 10, 173, 176; BGHSt 18, 271, 272; Erb MK § 34 Rn. 84; Hirsch LK¹¹ § 34 Rn. 32; Küpper Grenzen S. 129; Lackner Gefährungsdelikte S. 20; Sch/Sch/Perron § 34 Rn. 15; Rotsch FS Neumann S. 1009, 1018; Schönemann JA 1975, 787, 794 f.; Stratenwerth/Kuhlen AT § 8 Rn. 23; Zieschang LK § 34 Rn. 59.

⁴⁷³⁵ Schönemann JA 1975, 787, 794 f.; Stratenwerth/Kuhlen AT § 8 Rn. 23 (zur Adäquanz). Ähnlich zur Beschreibung des tatbestandlichen Erfolges Hilgendorf GA 1995, 515, 532: „Der Rechtsanwender muß hier mit Blick auf den konkreten Einzelfall entscheiden, welchen Grad der Erfolgsmodifikation er für wesentlich hält“.

⁴⁷³⁶ Für § 34 StGB Hirsch FS Arth. Kaufmann S. 545, 554.

⁴⁷³⁷ Zieschang Gefährungsdelikte S. 75 f., siehe auch dort Fn. 89, S. 85, wobei das „Naheliegen“ nicht zeitlich-räumlich (so aber Küpper Grenzen S. 134) verstanden werden darf; für § 34 auch ders. LK § 34 Rn. 59; sowie BGHSt 18, 271, 272; Bockelmann/Volk AT § 15 II 3; H.-L. Günther SK⁷ § 34 Rn. 18; Hirsch LK¹¹ § 34 Rn. 32: begründete Besorgnis; Neumann NK § 34 Rn. 39; Sch/Sch/Perron § 34 Rn. 15; Rosenau SSW § 34 Rn. 8; Rotsch FS Neumann S. 1009, 1019: ernstzunehmende Möglichkeit; Roxin/Greco AT I § 16 Rn. 18: der Beobachter müsse „ernsthaft die Möglichkeit eines Schadens in Rechnung ziehen“.

⁴⁷³⁸ Sch/Sch/Perron § 34 Rn. 15.

⁴⁷³⁹ Vgl. Zieschang Gefährungsdelikte S. 78.

⁴⁷⁴⁰ Gallas FS Heinitz S. 171, 176; zustimmend Kühl AT § 8 Rn. 38.

„Krise“ für das Gut bedeutet, weil sich das Geschehen auf eine Verletzung zubewegt, steht zur Debatte, dass der Verlaufs von dem Urheber der Handlung weiterhin als Garant kontrolliert werden muss.⁴⁷⁴¹

Auch die Anhänger der Risikoerhöhungslehre stellen auf eine *ex post* Betrachtung ab: „Nur die wirkliche Verschlechterung der Lage des betroffenen Rechtsgutes kann den Täter für dessen Untergang verantwortlich machen“.⁴⁷⁴² Erforderlich sei eine feststellbare bzw. „erhebliche“ Risikoerhöhung im Vergleich zum pflichtgemäßen Alternativverhalten.⁴⁷⁴³ Auf diese Maßstäbe kann es im vorliegenden Kontext nicht direkt ankommen, denn es geht hier für die Ingerenzbegründung gerade um Sachverhalte, in denen ein Pflichtverstoß *nicht* feststellbar ist. Zu fragen ist daher nicht, ob sich die *ex ante* bestehende Norm auf Grundlage des *ex post* Wissens als sinnvoll erweist,⁴⁷⁴⁴ sondern ob das Bestehen einer Norm *ex post* sinnvoll gewesen wäre, also ob auf Grundlage des Wissens *ex post* ein Geschehensunwert vorliegt. Daher kommt es nicht auf einen Risikovergleich mit der Lage nach erlaubter Vorhandlung an, vielmehr ist die Frage dahingehend zu stellen, ob das Risiko im Vergleich zum zuvor ohne die Handlung bestehenden Niveau erhöht wurde.⁴⁷⁴⁵ Allerdings kann insoweit an diese Autoren angeschlossen werden, dass mit der Handlung eine *erhebliche, feststellbare, ernstzunehmende* Gefahrenerhöhung einhergehen muss.

⁴⁷⁴¹ Wenn hingegen der Rechtsgutsinhaber auch bei hypothetisch optimaler Situationskenntnis keine Selbstschutzmaßnahmen ergreifen würden, erscheint es erst recht nicht gerechtfertigt, eine andere Person als Garant auf Posten zu stellen.

⁴⁷⁴² So *Stratenwerth* FS Gallas S. 227, 236; *ders./Kuhlen* AT § 8 Rn. 35 f.; vgl. auch *Roxin* ZStW 78 (1966) 214, 221; *ders.* FS Honig S. 133, 138 m. Fn. 18; *ders./Greco* AT I § 11 Rn. 94; *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 Rn. 69; *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 142, 209; *Gimbernat* ZStW 111 (1999) 307, 316 ff.; *Jescheck/Weigend* AT § 55 II 2 b aa; *Kahlo* Pflichtwidrigkeitszusammenhang S. 340; *Kaspar* JuS 2012, 112, 115; *Küper* FS Lackner S. 247, 284 ff.; *Lackner/Kühl* § 15 Rn. 44; *Puppe* ZStW 95 (1983) 297, 308; *dies.* NK Vor § 13 Rn. 142 f.; *Schünemann* JA 1975, 647, 649; *Wolter* Straftatsystem S. 37, 335. Insgesamt wird darauf hingewiesen, dass es für die Erfolgszurechnung auf die *ex post* Perspektive ankomme, *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 519 f.; *ders.* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 180, 195; *ders.* GA 2003, 719, 734 m. Fn. 73; *Kudlich* in: Gefahr S. 113, 122. – Der Lehre von der objektiven Zurechnung wird daher teilweise ein unzulässiger Wechsel von der *ex ante* zur *ex post* Beurteilung vorgeworfen, etwa von *Koriath* Zurechnung S. 491 f.; zutreffend **dagegen** jedoch *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 94 f.; *Schünemann* GA 1999, 207, 215 f.; siehe auch *Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 28; *Wolter* 140 Jahre GA S. 269, 296. Dies erscheint – falls man dieser Lehre denn folgt – überzeugend: Während der Inhalt einer Verhaltensnorm *ex ante* konkretisiert werden muss, kann diese Möglichkeit hinsichtlich der Verantwortlichkeit für den Erfolgseintritt nicht genügen, vgl. *Stratenwerth* FS Gallas S. 227, 235

⁴⁷⁴³ So für die Risikoerhöhungslehre *Stratenwerth* FS Gallas S. 227, 234 f.; *Roxin* ZStW 74 (1962) 411, 433: messbare Erhöhung; *ders.* FS Honig S. 135, 139: die Toleranzgrenze wesentlich überschritten; *ders./Greco* AT I § 11 Rn. 94, 96; *Burgstaller* Fahrlässigkeitsdelikt S. 143; *Jescheck/Weigend* AT § 55 II 2b; *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 Rn. 67: „erheblich“, 69.

⁴⁷⁴⁴ So für die Risikoerhöhungslehre *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 94; *Schünemann* JA 1975, 647, 652; *Wolter* Straftatsystem S. 336 ff.

⁴⁷⁴⁵ Vgl. dazu auch *Börgers* Gefahrurteil S. 86.

c) Feststellung des Gefahrensachverhalts

Prinzipiell feststellbare Umstände können nicht durch ein Wahrscheinlichkeitsurteil ersetzt werden, wenn sie aus situativen Gründen im Nachhinein nicht aufklärbar sind.⁴⁷⁴⁶ Was hingegen prinzipiell nicht aufklärbar ist, sind „bestimmte Beschaffenheiten der Situation, die das komplexe Zusammenwirken einer Vielzahl von Faktoren betreffen“⁴⁷⁴⁷. Insofern genügt materiell rechtlich die Wahrscheinlichkeit eines Schadens. Sowohl die Feststellung des Basissachverhalts als auch des notwendigen Wahrscheinlichkeitsgrads sind prozessuale Tatsachenfragen, die dem Beweis zugänglich sind. Der Richter muss von ihrem Vorliegen prozessual voll überzeugt sein, § 261 StPO. Im Zweifel greift der Grundsatz *in dubio pro reo*.⁴⁷⁴⁸

6. „Allgemeine Lebensrisiken“ und „Sonderrisiken“?

Regelmäßig wird darauf hingewiesen, dass die Schaffung eines allgemeinen Lebensrisikos nicht zu einer Garantstellung aus Ingerenz führen könne.⁴⁷⁴⁹ Dies erscheint im Ansatzpunkt zutreffend: Der Begünstigte der Ingerenzgarantenstellung wird grundsätzlich als selbstbestimmte Person angesehen, welche mit Normalzuständen des Alltags zurecht kommen muss. Diese Überlegungen sind jedoch für die Rechtsanwendung zu unbestimmt: Wann ist ein Lebensrisiko „allgemein“ und was unterscheidet es von „nicht-allgemeinen“ Lebensrisiken?⁴⁷⁵⁰ Erster entscheidender Anhaltspunkt zur Abgrenzung allgemeiner Lebensrisiken und rechtlich relevanter Gefahren muss daher die *Wahrscheinlichkeit* des Erfolgseintritts sein.⁴⁷⁵¹ Wenn mit der Objektivierung der Handlung eine Schädigung *naheliegt*, also *ernsthaft* zu erwarten ist, erscheint es gerechtfertigt, dem Handelnden weiterhin die Kontrollherrschaft über das Geschehen zuzusprechen. Wenn eine Schädigung im Gegenteil unwahrscheinlich ist, also nicht über die ohnehin jederzeit theoretisch denkbare Schadensmöglichkeit hinausgeht, besteht kein Anlass, der Situation einen Überwachungsgaranten zur Seite zu stellen. Es kommt also auf die Stärke des probabilistischen Zusammenhangs an. Dem könnte man zwar entgegen, dass sich die Komplexität von Normen „nicht in Risikoquantitäten auflösen“ lässt.⁴⁷⁵² Dies gilt jedoch erstens für ein dem *Rechtsgüterschutz* dienendes Strafrecht weniger als für ein solches, das die normative Identität der Gesellschaft bestätigen soll. Denn aus der Perspektive des Rechtsguts kommt es zentral – wenn auch nicht allein – darauf an, mit welcher Wahrscheinlichkeit

⁴⁷⁴⁶ Vgl. zum Ganzen *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 97 m. Fn. 158, S. 120 f. sowie dort Fn. 244; *Stein* FS Küper S. 607, 622 f.: Falls etwa eine Messung nicht nachholbar ist, kann diese für den Basissachverhalt erforderliche Tatsache nicht durch ein Wahrscheinlichkeitsurteil ersetzt werden, vielmehr kommt *in dubio pro reo* zur Anwendung.

⁴⁷⁴⁷ *Stein* FS Küper S. 607, 623, „[...] insbesondere der Umstand, dass die die Situation ausmachenden Einzelfaktoren in ihrer Gesamtheit eine hinreichende Bedingung dafür sind“, dass ein bestimmter Schaden eintritt.

⁴⁷⁴⁸ *Zieschang* Gefährdungsdelikte S. 120 f.

⁴⁷⁴⁹ Siehe bereits oben → Kapitel 3 § 2 H 1 c).

⁴⁷⁵⁰ *Hilgendorf* FS Sancinetti S. 451, 462.

⁴⁷⁵¹ *Hilgendorf* FS Sancinetti S. 451, 462.

⁴⁷⁵² *Jakobs* FS Hirsch S. 45, 50; sowie *Murmann* NStZ 2012, 387, 388. Ähnlich schon *Arm. Kaufmann* ZfRV 1964, 41, 49: „Es ist a priori ausgeschlossen, axiologische Erwägungen bruchlos in intellektuelle Tatsachenprognosen zu transferieren“; zustimmend *Struensee* JZ 1987, 53, 58.

eine Handlung zu seiner Beeinträchtigung führt. Die Bestimmung des Wahrscheinlichkeitsgrades ist Angelpunkt der normativen Frage, ob diese Wahrscheinlichkeit rechtlich hingenommen werden kann. Gerade die Orientierung an Wahrscheinlichkeitsquanten macht die Bewertung nachvollziehbar und schafft eine Kohärenz mit dem Alltagsverständnis.⁴⁷⁵³ Inwiefern die Risiken gesellschaftlich toleriert sind, kann erst im zweiten Schritt bei der rechtlichen Bewertung der Gefahr – als einer von mehreren Gesichtspunkten – eine Rolle spielen.

Damit ist festzuhalten, dass nur das Opfer, welches sich einer messbaren, aus fremder Handlungsherrschaft herrührenden Gefahr gegenübersteht, von der Entscheidung über die Integrität seiner Rechtsgüter teilweise ausgeschlossen ist.⁴⁷⁵⁴ Handlungen, die eine reale Erhöhung der Gefahr für Rechtsgüter bedeuten, widersprechen grundsätzlich der tatbestandlichen Gewährleistung des Rechtsguts. Der Ansicht des BGH, dass der Ingerent eine nahe Gefahr geschaffen haben muss, ist daher zuzustimmen, allerdings mit der Modifikation, dass das Gefahrurteil zu verobjektivieren ist. Die Prognose ist nicht künstlich auf in der Handlungssituation erkennbare Tatsachen zu verkürzen, vielmehr sind die bei Abschluss der Handlung objektiv feststehenden Tatsachen zu berücksichtigen.⁴⁷⁵⁵ Die Überlegungen entsprechen damit in weiten Teilen der Ansicht, die ein *gesteigert* riskantes Verhalten bzw. die Schaffung eines *Sonderrisikos* verlangt. *Kuhlen* etwa meint für die Produkthaftung, es komme nicht darauf an, ob die unangemessene Gefährlichkeit eines Produktes schon beim Inverkehrbringen erkennbar war oder nicht.⁴⁷⁵⁶ Die Gefahr wird hier also *objektiv* beurteilt. Es geht jedoch in teilweiser Abweichung zu diesen Autoren nicht um die generelle gesellschaftliche Beurteilung des Risikos, ob etwa „Sonderrechte“ in Anspruch genommen werden oder eine Gefährdungshaftung besteht, sondern zunächst – vorbehaltlich rechtlicher Gegeninteressen – um die Stärke des probabilistischen Zusammenhangs unter Zugrundelegung aller feststehenden Umstände des individuellen Falls.

7. Zwischenergebnis

Ähnlich wie bei § 34 StGB, den konkreten/potentiellen Gefährdungsdelikten sowie im Rahmen der z.T. vertretenen Risikoerhöhungslehre ist es auch für die Begründung der

⁴⁷⁵³ Dabei darf nicht übersehen werden, dass auch dieses Vorgehen Probleme mit sich bringt. Insbesondere ist weder sicher, wie Wahrscheinlichkeiten überhaupt festgestellt werden können, noch, welcher Grad an Wahrscheinlichkeit erforderlich ist, vgl. *Hilgendorf* Jura 1995, 514, 520 f.; *ders.* FS Sancinetti S. 451, 467 f.

⁴⁷⁵⁴ Gleichzeitig trifft derjenige, der mit seiner Handlung eine ernstzunehmende Gefahr begründet, eine objektiv maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung. – „Die Haftung für die Rechtsgutsverletzung, so kann man abgekürzt sagen, ist immer vermittelt durch die Haftung für die Gefahr, auf der sie beruht“, *Stratenwerth* FS Gallas S. 227, 238; *ders./Kuhlen* AT § 8 Rn. 34; siehe auch *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 Rn. 70; *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 93; *Wolter* Straftatsystem S. 36 f., 118.

⁴⁷⁵⁵ Um ein Beispiel *Roxins* (FS Trechsel S. 551, 558) aufzugreifen: „Wer jemanden motiviert, statt, wie geplant, ins Theater lieber mit ihm ins Kino zu gehen, ist nicht Garant, wenn der Begleiter auf dem Wege ins Kino Opfer eines Verkehrsunfalles wird. Denn das Verkehrsrisiko wäre bei einem Besuch des Theaters gleich groß gewesen.“ – Dies gilt aber auch bei einer objektivierten Betrachtung.

⁴⁷⁵⁶ *Kuhlen* NSTZ 1990, 566, 568. Vgl. auch *Jakobs* in: *El sistema* S. 133, 138: „wer sich nicht riskanter verhält, als es im täglichen Leben mindestens der Fall sein muß, hat keinen Grund gegeben, ihm einen schädigenden Fortgang anzulasten“; *Pawlik* FS Roxin (2011) 931, 941.

Garantenstellung aus Ingerenz nicht geboten, das Gefahrurteil ohne sachlichen Grund zu subjektivieren.⁴⁷⁵⁷ Geht es um den Blickwinkel des Rechtsgutsobjekts, ist es verfehlt, auf die Perspektive des Täters – sei es dessen Wissen oder das einer durchschnittlichen Maßstabsperson – abzustellen. Vielmehr muss unter Zugrundelegung eines Maximums an Wahrheitsgarantie, d.h. aufgrund aller im Zeitpunkt des Handlungsabschlusses feststehenden Umstände und sämtlichen einem Sachverständigen zugänglichen Erfahrungssätze, prognostiziert werden, ob die Handlung des Betreffenden zu einer *ernstzunehmenden* Gefahr geführt hat. Dann liegt objektiv ein Geschehen vor, welches – vorbehaltlich überwiegender Gegeninteressen – nach den Maßstäben der Schutznorm⁴⁷⁵⁸ *nicht sein soll* und damit der tatbestandlichen Gewährleistung des Rechtsguts zuwiderläuft. Der Schutzanspruch des Opfers besteht insoweit fort; das Geschehen ist weiterhin durch den ehemaligen Inhaber der Handlungsherrschaft als Ingerenzgarant zu kontrollieren.

8. Unwahrscheinliche Verläufe

Wenn die Lage mit Handlungsabschluss eine Gefahr darstellt, bleibt problematisch, ob auch noch ein späterer Gefahrenzustand an der zu überwachenden Schädigungsmöglichkeit teilhat. Die herrschende objektive Zurechnungslehre fragt, ob sich die von dem Täter geschaffene Gefahr im tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht hat.⁴⁷⁵⁹ *Roxin/Greco* meinen insoweit, der tatsächlich eingetretene Verlauf sei an einem zweiten Gefahrurteil nach Abschluss der Täterhandlung zu messen. „Dabei ist derselbe Maßstab anzuwenden wie beim ersten Gefahrurteil.“⁴⁷⁶⁰ Allerdings erscheint es überzeugender, auf die zuerst genannte Wertungsformel der „Gefahrrealisierung“⁴⁷⁶¹ zu verzichten und sich auf die zweite Formulierung zu beschränken: Wie bei der Frage nach dem grundsätzlichen Bestehen eines Gefahrenzustandes ist entsprechend demselben Maßstab nach der Stärke des probabilistischen Zusammenhangs zu fragen. Nur ist insoweit konkreter zu untersuchen, ob der im Zeitpunkt des Handlungsabschlusses bestehende Zustand *gerade im Hinblick auf* die im Unterlassungszeitpunkt abzuwendende Gefahr⁴⁷⁶² gefährlich⁴⁷⁶³ war. Beispielsweise wird der von A durch einen Messerstich verletzte O auf dem Weg ins Krankenhaus dadurch schwer verletzt, dass ein Sportflugzeug direkt vor dem Krankenwagen abstürzt

⁴⁷⁵⁷ Vgl. für den rechtfertigenden Notstand *Erb* MK § 34 Rn. 78: „Keine Beschränkung der Tatsachenbasis“; *Zieschang* LK § 34 Rn. 68: keine Subjektivierung ohne sachlichen Grund; für die Gefährdungsdelikte *Schünemann* JA 1975, 787, 794.

⁴⁷⁵⁸ Ähnlich zum hier Gesagten legen manchen Autoren für die Feststellung des objektiven Handlungs- bzw. Geschehensunrechts den gesamten im Zeitpunkt der Handlung vorliegenden Sachverhalt zugrunde, um zu fragen, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Erfolgseintritt nach allgemeinen Erfahrungssätzen zu erwarten ist. Vgl. etwa *Börger*s Gefahrurteil S. 86; *Burkhardt* in: *Straftat*, Strafzumessung S. 99, 103 ff., 117, 133; *Frister* AT 10/36; *Schmidhäuser* AT 5/42 ff.; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 90. – Auch, wenn dieses Vorgehen für die Verhaltensnorm nicht überzeugen kann, da diese Richtschnur für das Verhalten des Adressaten sein muss, kann für die Bestimmung des Geschehens- bzw. Erfolg sunrechts auf die Ausführungen dieser Autoren zurückgegriffen werden.

⁴⁷⁵⁹ *Roxin/Greco* AT § 11 Rn. 69; zuerst *Engisch* Kausalität S. 67 ff.; *Welzel* Strafrecht S. 136.

⁴⁷⁶⁰ *Roxin/Greco* AT § 11 Rn. 69.

⁴⁷⁶¹ **Kritisch** auch *Hilgendorf*/FS Sancinetti S. 451, 462 f.; *Puppe* ZIS 2020, 143, 145.

⁴⁷⁶² Siehe auch *Murmann* NSTZ 2012, 387: Gerade im Hinblick auf den tatsächlich eingetretenen Erfolg.

⁴⁷⁶³ Genauer, aber sprachlich weniger schön: „eine Gefahr“ im Hinblick auf die spätere Gefahr.

und dieser bei einem Ausweichmanöver verunfallt.⁴⁷⁶⁴ A ist zufällig am Unfallort anwesend und hätte die Möglichkeit, das Leben des O durch Maßnahmen erster Hilfe zu retten. Es bestand dann von vornherein keine ernstzunehmende Wahrscheinlichkeit, dass sich das Geschehen auf diese Weise entwickeln würde. Daher hatte A bereits mit Abschluss seiner Stichhandlung nur für diejenigen Gefahren einzustehen, die mit der Stichwunde einhergehen, nicht hingegen für die völlig unwahrscheinliche Entwicklung. Derartig unwahrscheinliche Verläufe bezwecken die Straftatbestände im Ergebnis – also nicht bloß in der beschränkten Perspektive *ex ante* – nicht zu verhindern.

V. Strafrechtliche Unrechtswertung

1. Allgemeines

Im zweiten Schritt kommt es dann – wie bei der Bestimmung von Verhaltensnormen – auf eine Interessenabwägung zwischen der Handlungsfreiheit des Handelnden sowie den Schutzinteressen des Gefährdeten an.⁴⁷⁶⁵ Der Interessenschutz des Strafrechts kann nie „absolut“ sein. Der Schutz des Rechtsgut kann in bestimmten Konfliktlagen widerstrebender Interessen zurücktreten.⁴⁷⁶⁶ Das Recht muss in einer Konfliktsituation angeben, welcher der Beteiligten im Recht ist, ansonsten entstünde eine Pattsituation, in der das Recht des Stärkeren gilt.⁴⁷⁶⁷ Entscheidend ist, dass im Rahmen des Erfolgsunrechts die für die Abwägung maßgeblichen Interessen nicht bloß generalisiert, sondern dass auf Opferseite insbesondere die Interessen des *konkreten Opfers* eine Rolle spielen. Maßgeblich ist, dass der rechtlich garantierte Schutz der Opferinteressen nicht unsachgemäß – also nicht aufgrund bloßer Unwägbarkeiten zum Zeitpunkt des Handlungsvollzugs – verkürzt wird.⁴⁷⁶⁸ Die Frage ist, ob das Opfer – wenngleich eine Verhaltensnorm zum Zeitpunkt

⁴⁷⁶⁴ Fall nach *Hilgendorf* FS Sancinetti S. 451, 462 f., wo aber das Opfer durch das herabstürzende Flugzeug getötet wird: Hier lässt sich aufgrund der extremen Unwahrscheinlichkeit der Ereignisabfolge kein sinnvolles Kausalgesetz formulieren. Gleiches gilt für diejenigen Fälle, die unter dem Gesichtspunkt „Schutzzweck der Norm“ diskutiert werden: A überschreitet in der einen Stadt die zulässige Geschwindigkeit und überfährt in einer anderen Stadt den O. Ohne die Geschwindigkeitsüberschreitung wäre A erst später angekommen und O wäre nicht mehr vor Ort gewesen. Auch hier lässt sich wieder kein sinnvolles Kausalgesetz formulieren, das die Geschwindigkeitsüberschreitung und den Verkehrsunfall verknüpft: „Eine entsprechende Erfahrungsregel ist nicht belegbar, eine statistische Erfassung würde allenfalls minimale Wahrscheinlichkeiten offenbaren“ (S. 464).

⁴⁷⁶⁵ Dabei ist insbesondere zu beachten, dass es sich um die Begründung *strafrechtlich* relevanten Unrechts handelt, *Kuhlen* Produkthaftung S. 94.

⁴⁷⁶⁶ *Maihofer* FS Rittler S. 141, 150.

⁴⁷⁶⁷ Vgl. *Küper* JZ 1983, 88, 95; siehe auch *Frister* AT 14/10.

⁴⁷⁶⁸ So wird für das Erfolgsunrecht ausgeführt, dass dieses entfalle, wenn es sich um einen atypischen Kausalverlauf handle oder die Verletzung nicht in den Verantwortungsbereich des Täters falle (*Kudlich* Handbuch Bd. 2 § 29 Rn. 22: Dann könne der Kausalverlauf nicht als „Werk“ des Täters angesehen werden). Dies erscheint prinzipiell plausibel, denn diese Aspekte sind nicht bloß relevant für die Verhaltensnorm, die in einer ungewissen Entscheidungssituation Freiheit verteilt, sie sind also nicht bloß aus dieser Situation der Ungewissheit geboren.

der Handlung *ex ante* nicht begründbar war – weiterhin einen strafrechtlichen „Schutzanspruch“ gegen den Handelnden hat, vor den Folgen der Handlung verschont zu bleiben.⁴⁷⁶⁹

2. Trennung von Objektivem und Subjektivem?

Problematisch ist, ob es für diese objektive Interessenabwägung i.R.d. Erfolgsunrechts nur auf das äußere Geschehen ankommt oder ob auch die Kenntnisse und Erkenntnismöglichkeiten der Beteiligten maßgeblich sind. Etwa *Dencker*, der die Ingerenz als „objektiv tatbestandsmäßige Handlung“ ansieht,⁴⁷⁷⁰ erkennt durchaus das Problem der exakten Trennbarkeit der – eigentlich gemeinsam verantwortlichsbegründenden – objektiven und subjektiven Elemente an.⁴⁷⁷¹ Dieser will den Konflikt jedoch bereits auf objektiver Ebene auflösen: Es gehe jeweils um die Zurechnung eines Ereignisses zu einer Person nach Maßgabe eines bestimmten „Übergewichts an Zurechnungselementen“, eines „Gefälles“, welches in objektiven Umständen begründet sein könne oder in subjektiven.⁴⁷⁷² Den Überlegungen *Denckers* ist im Ausgangspunkt zuzustimmen, auch wenn es nicht erforderlich scheint, subjektive Elemente zu „objektiven Zurechnungselementen“ umzudeklarieren. Etwa die Frage, ob ein Opfer sich eigenverantwortlich selbst gefährdet, kann nicht unabhängig von dem Wissensstand von Täter und Opfer beantwortet werden. Die Relevanz subjektiver Merkmale für die *Bewertung* des „objektiven“ Gefahrenzustandes widerspricht nicht der oben getroffenen Feststellung, dass Erfolge auf einer möglichst objektivierten Tatsachenbasis zu beurteilen sind. Denn zutreffenderweise muss alles Subjektive außer Betracht bleiben, soweit der objektive Sachverhalt hierdurch *ingeschränkt* und gewisse nicht erkannte oder nicht erkennbare Tatsachen aus dem Gefahrurteil oder der Interessenabwägung *ausgeschlossen* würden.⁴⁷⁷³ – Das Unrechtsurteil wird jedoch gerade *nicht* auf eine beschränkte Tatsachenbasis gestellt, wenn in die Interessenabwägung *neben* dem objektiven Gefahrenzustand auch bestimmte subjektive Umstände einfließen. Vielmehr *entspricht* es gerade der Forderung nach einem Maximum an Wahrheitsgarantie, dass *sämtliche* zum Zeitpunkt des Handlungsabschlusses *feststehenden* (objektiven und subjektiven) Umstände Berücksichtigung finden. Die Forderung nach einer „objektiven“ Tatsachenbasis meint eine „objektivierte“ (im Gegensatz zu: „beschränkte“, „unvollständige), stellt jedoch keine Einschränkung auf „objektive“ im Gegenteil zu „subjektiven“ Gegebenheiten auf.

⁴⁷⁶⁹ Anders als hinsichtlich der Verhaltensnorm geht es bei der Gewährleistungsnorm um die (für das Strafrecht) *endgültige* Abgrenzung der Freiheitssphären der Beteiligten.

⁴⁷⁷⁰ Zu ihm → Kapitel 3 § 2 H II.

⁴⁷⁷¹ *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 176 ff.

⁴⁷⁷² *Dencker* FS Stree/Wessels S. 159, 177 f. Subjektive Elemente könnten so ein „rein objektiv“ nicht bestehendes Gefälle etablieren.

⁴⁷⁷³ Siehe etwa zum Problem des Sonderwissens *Frisch* in: Straftat, Strafzumessung S. 135, 183: „Nicht das Subjektive oder das Individuelle selbst wird Teil der Urteilsbasis. Teil der Urteilsbasis werden vielmehr eindeutig objektive Umstände, die nur ein zusätzliches Kriterium erfüllen – nämlich vom Täter gewußt werden oder für ihn erfahrbar waren. Das Subjektive oder Individuelle ist mit anderen Worten nicht selbst Teil der Urteilsbasis, sondern nur Auswahlkriterium dafür, welche Segmente der Wirklichkeit (noch) in die Urteilsbasis eingestellt werden“; ähnlich *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 57.

3. Anerkannte Rechtfertigungsgründe

Da die Verneinung des Erfolgsunrechts bei Erfolgsdelikten mit einer Verkürzung des strafrechtlichen Schutzes der Rechtsgüter einhergeht, ist dieser Garantieverlust begründungsbedürftig. Oben wurde dargelegt, dass aufgrund von Rechtfertigungsgründen ausnahmsweise in rechtlich geschützte Interessen eingegriffen werden *darf* und der Eingriffsadressat diesen Eingriff zu dulden hat.⁴⁷⁷⁴ Der vom Opfer hinzunehmende Zustand ist konsequenterweise auch nicht durch einen strafrechtlichen Garanten zu überwa- chen.⁴⁷⁷⁵

4. Eingriffsrecht in anderen Fällen?

Problematisch ist, ob auch in anderen Bereichen als den gesetzlich normierten und gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgründen ein Eingriffsrecht in fremde Rechtsgüter bestehen kann. Dies scheidet zunächst für das Tötungsverbot aus, welches selbst nach dem gesetzlich normierten Rechtfertigungsgrund § 34 StGB nicht relativierbar ist.⁴⁷⁷⁶ Abseits des Rechtsguts „Leben“ sind die tatbestandlichen Garantien jedoch grundsätzlich einer Abwägung zugänglich.⁴⁷⁷⁷ *Kindhäuser* meint etwa, der Interessenabwägung, die § 34 StGB vorsehe, komme „Modellcharakter für die Auslegung einschlägiger Tatbestandsmerkmale“ zu.⁴⁷⁷⁸ Es müsse sich also um „auf rechtlichen Prinzipien und Wertungen beruhende Gründe“ handeln, die die Qualität haben, den *Eingriff* in das geschützte Interesse zu rechtfertigen.⁴⁷⁷⁹

Zu betonen ist, dass es bei der Garantenstellung aus Ingerenz nicht auf die formelle Rechtfertigung formeller Tatbestandserfüllungen geht.⁴⁷⁸⁰ Indem es bei der Ingerenz um die Schaffung eines materiellen Unrechtszustandes geht, der eben noch nicht das formelle

⁴⁷⁷⁴ Zu betonen ist, dass die Rechtfertigung, welche den Konflikt für die gesamte Rechtsordnung auflöst (siehe nur *Paeffgen/Zabel* NK Vor § 32 Rn. 8; *Roxin/Greco* AT I § 14 Rn 31 f.; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 148), weiter geht, als es für die Kompensation der speziell strafrechtlichen Sozialschädlichkeit notwendig wäre. Es wird nicht nur der qualifizierte Unwert kompensiert, sodass eine „im Sinne der allgemeinen Rechtslehre unerlaubte, aber nicht mehr die strafrechtliche Höhenmarke aufweisende Handlung übrig bleibt“ (*Schünemann* in: Bausteine S. 149, 175).

⁴⁷⁷⁵ Vgl. oben → C.

⁴⁷⁷⁶ *Kindhäuser* FS Rengier S. 49, 55: „Das Tötungsverbot untersagt die Tötung eines anderen Menschen ohne Wenn und Aber“.

⁴⁷⁷⁷ *Kindhäuser* FS Rengier S. 49, 54 ff.: Dies sei etwa für § 185 StGB anerkannt, wo aufgrund verfassungsrechtlicher Wertungen etwa Äußerungen im engsten Familienkreis straflos sein können; es handle sich der Sache nach um eine „verkappte“ Erlaubnis.

⁴⁷⁷⁸ *Kindhäuser* FS Rengier S. 49, 55 f.

⁴⁷⁷⁹ Entscheidend sei also, ob sich die Einschränkung auch in Gestalt eines Rechtfertigungsgrundes formulieren ließe, *Kindhäuser* FS Rengier S. 49, 57; hierfür kommt es, wie *Kindhäuser* zutreffend (→ A IV 1 d) ausführt, nicht allein darauf an, ob die Handlung üblich, sondern ob sie *nach den Wertungen der Rechtsordnung* zulässig ist (S. 55 ff.); vgl. auch *ders.* GA 1994, 197, 215: „Ein Verhalten, das wahrscheinlich eine Tatbestandsverwirklichung bedingt, ist nie als solches, sondern allenfalls unter den spezifischen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erlaubt“.

⁴⁷⁸⁰ Für diese wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass „die materielle Betrachtungsweise nur in dem ihr durch den formellen Begriff gezogenen Rahmen zu rechtserheblichen Ergebnissen führen kann“, *Gallas* FS Bockelmann S. 155, 168. Vgl. dazu oben → C II 7.

Unrecht des Begehungstatbestandes erfüllt, ist auch für das Bestehen eines Eingriffsrechts nicht zu verlangen, dass zwingend die Voraussetzungen eines gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Erlaubnistatbestandes erfüllt sind. Anders als bei einer direkten Anwendung von § 34 StGB kommen für ein ungeschriebenes Eingriffsrecht aufgrund überwiegenden Interesses insbesondere solche Konstellationen in Betracht, in denen sowohl auf Erhaltungs- als auch auf Eingriffsseite die Gefahrenlage deutlich im Vorfeld einer Verletzung liegen. Maßgebliche Abwägungsgesichtspunkte sind die Bedeutung der Rechtsgüter des Opfers, der Grad der geschaffenen Gefahr, die Freiheitsinteressen des potentiellen Ingerenten, das Interesse der Allgemeinheit an reibungsloser sozialer Interaktion, ausdrückliche gesetzliche Wertungen, die Eigenverantwortlichkeit Dritter, die soziale Üblichkeit, etc. Es geht in der Sache darum, ob das Strafrecht angesichts der mit Handlungsabschluss geschaffenen Gefahr rückblickend die Handlung hätte verbieten müssen oder ob der Zustand nach den Wertungen der Rechtsordnung gebilligt ist und auch im Ergebnis nicht vermieden werden musste.⁴⁷⁸¹

Diese Erwägungen können etwa bei Beeinträchtigungen des Rechtsguts Eigentum eine Rolle spielen. Nach einem Beispiel von *Jakobs*: Die Bewässerungsanlage des A sorgt dafür, dass stets auch ein wenig Wasser über den Zaun auf ein Blumenbeet des B fällt. A schaltet nun im Hochsommer die Bewässerungsanlage aus. Es leuchtet ein, dass A nicht verpflichtet ist, die Anlage am nächsten Tag wieder anzuschalten, wenn er erkennt, dass die Blumen des B zu vertrocknen drohen. Denn A, der dem B seine Ressourcen nicht zur Verfügung stellen muss, *darf* den Wasserhahn abdrehen, auch wenn hierdurch mit Sicherheit feststeht, dass das Rechtsgut Eigentum bei B beeinträchtigt wird.⁴⁷⁸²

5. Der Gedanke der Eigenverantwortlichkeit

Dass der Gesichtspunkt der Eigenverantwortlichkeit des Opfers die Garantenstellung aus Ingerenz bzw. Rettungspflichten aus Gefahrenquellenverantwortlichkeit ausschließt,

⁴⁷⁸¹ Bezüglich der rechtlichen Bewertung der geschaffenen Gefahren kann sich etwa an den Darstellungen der Lehrbücher von *Frister*, aber auch *Kindhäuser* orientiert werden, die die tatbestandliche Handlung als objektiven Sachverhalt behandeln. *Frister* stellt insoweit darauf ab, dass die Rechtsordnung angeben müsse, zugunsten welcher der Personen ein hinzukommender Polizist einzugreifen hätte, welcher der Beteiligten also die Rechtsgutsbeeinträchtigung zu dulden habe, *Frister* AT 14/10; zustimmend *Börger's* Gefahrurteil S. 84; auch *Jakobs* hat die Sozialadäquanz bildlich damit beschrieben, dass eine Handlung „unter den Augen“ der Polizei erfolgen könnte, FS R. Merkel S. 639, 647.

⁴⁷⁸² Es geht insoweit nicht um „Sonderverantwortlichkeit“ oder „Zuständigkeit“, sondern um die Gestattung des Eingriffs. Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn nicht das Rechtsgut Eigentum, sondern das Rechtsgut Leben betroffen ist. Vgl. zutreffend *Kuhlen* FS Puppe S. 669, 672 f. gegen das Beispiel (hier verkürzt) von *R. Merkel* FS Herzberg S. 193 ff. Ein betrunkenen Obdachloser O schläft in einer Winternacht auf dem Gitter eines Schachtes, aus dem die Heizungsabluft eines Geschäftsgebäudes abgeführt wird. Der Chef C des in dem Gebäude ansässigen Unternehmens stellt aus Ärger über den Anblick, der Kunden verschrecken könne, die Heizung ab. Hinsichtlich des Rechtsguts Leben ist kein Eingriffsrecht des C begründbar. Dieses Ergebnis lässt sich nicht dadurch umgehen, dass man wertend ein Unterlassen annimmt oder die „Zuständigkeit“ oder „Sonderverantwortlichkeit“ verneint. C darf nicht, nur weil er die Heizung abstellen darf, den O töten. Vielmehr ist es umgekehrt: C darf die Heizung nicht abstellen, weil er den O nicht töten darf.

wird in der Literatur fast einhellig⁴⁷⁸³ betont.⁴⁷⁸⁴ Die Rechtsprechung hingegen hat dies, wie dargelegt, in mehreren Urteilen für die Selbstgefährdung⁴⁷⁸⁵ (nicht aber die Selbstschädigung⁴⁷⁸⁶) anders gesehen, und findet in ihrer Argumentation Unterstützung bei *Freund*.⁴⁷⁸⁷

Richtigerweise darf jedoch die Strafflosigkeit der aktiven Förderung der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung – wie schon zur Rechtsprechung des BGH betont⁴⁷⁸⁸ – nicht über eine Ingerenzkonstruktion unterlaufen werden.⁴⁷⁸⁹ Daher ist es entscheidend, dass die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers *nicht bloß* die Unterlassungs- oder Handlungspflicht in der jeweils *konkreten Situation* entfallen lässt,⁴⁷⁹⁰ sondern richtigerweise bereits der *grundsätzlichen* Überwachungsgarantenstellung entgegensteht. Denn Rechtsgüter werden nicht unbedingt in ihrem „ungeminderten Bestand“ geschützt, viel-

⁴⁷⁸³ *Walther* Eigenverantwortlichkeit S. 213 spricht von „überraschende[r] Einhelligkeit“.

⁴⁷⁸⁴ Vgl. nur *Fünfsinn* StV 1985, 57, 58; *Herbertz* JR 2016, 548, 549 ff.; *Herzberg* JZ 1986, 986, 990; *Kretschmer medstra* 2016, 167, 169; *Kubiciel* NJW 2019, 3033, 3035; *Kugler* Ingerenz S. 300 ff.; *Kühl* JuS 2007, 497, 503; *ders.* AT § 18 Rn. 105; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* § 21 Rn. 77; *Murmann* NStZ 2012, 387, 388 f.; *ders.* GK § 29 Rn. 69; *Oğlakcioğlu* NStZ-RR 2012, 246, 247; *Puppe* ZIS 2013, 46, 49; *Roxin* NStZ 1984, 411, 412; *ders.* NStZ 1985, 320, 321; *ders.* FS Trechsel S. 551, 562 f.; *ders.* StV 2016, 428 f.; *ders./Greco* AT I § 11 Rn. 112 ff.; *Rudolphi* SK⁷ § 13 Rn. 43; *Schiemann* NJW 2017, 178; *Schrägle* Unterlassungsdelikt S. 301; *Sowada* Jura 2003, 236, 243 ff.; *Stein* SK § 13 Rn. 59; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 13 Rn. 36; *Stree* JuS 1985, 179, 183 f.; *Walther* Eigenverantwortlichkeit S. 217 ff., 223; *Weigend* LK § 13 Rn. 45; auf „vorrangige Opferzuständigkeit“ abstellend *Jakobs* Unterlassen S. 22 f.; *ders.* System S. 31.

⁴⁷⁸⁵ Insbesondere BGHSt 62, 21 ff.

⁴⁷⁸⁶ BGHSt 64, 121, 132.

⁴⁷⁸⁷ Zuletzt können diejenigen Autoren (etwa *Puppe*), die die Rechtswidrigkeit verhaltens-, nicht tatbestandsbezogen bestimmen, bei Verstößen gegen das BtMG bzw. das Arzneimittelgesetz zu einer Garantienstellung gelangen; dazu, dass dies nicht überzeugt, vgl. oben → Kapitel 2 § 5 B II.

⁴⁷⁸⁸ Siehe oben → Kapitel 2 § 5 B II.

⁴⁷⁸⁹ Vgl. *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 112.

⁴⁷⁹⁰ Es ist daher zu betonen, dass nicht alle Argumente, die für die Strafflosigkeit der aktiven Beteiligung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung sprechen, zwingend auch für den Ausschluss der Ingerenzgarantenstellung streiten. Beispielsweise wird im Allgemeinen – insoweit zutreffend – vorgebracht, kriminalpolitisch sei es weder möglich noch sinnvoll, Rechtsgüter gegen die freiverantwortliche Entscheidung ihres Trägers zu schützen (*Schünemann* GA 1999, 207, 222; *Neumann* in: Personale Rechtsgutslehre S. 85, 93; siehe auch *Hoven* GS Tröndle S. 575, 593; *Sowada* Jura 2003, 236, 244). – Diese Argumente betreffen allein den Zeitpunkt des tatbestandsmäßigen Verhaltens, können jedoch, indem sie eine bestimmte Abwendungssituation betreffen, nicht den Ausschluss der Überwachungsgarantenstellung rechtfertigen, sondern suspendieren lediglich die Unterlassungs- oder die Garantienpflicht in einer bestimmten Situation. Wenn es nur um den Gesichtspunkt ginge, dass das Opfer nicht gegen seinen Willen geschützt wird, könnte man mit dem BGH in der GBL-Entscheidung zu dem Ergebnis kommen, dass sich das Opfer zu dem Zeitpunkt, in dem sich die Lebensgefahr zuspitzt, gerade nicht mehr freiverantwortlich gefährden oder schädigen will, sodass die Eigenverantwortlichkeit einer Garantienpflicht nicht mehr entstehe, BGHSt 61, 25 ff. Zwar möchte der eigenverantwortlich Konsumierende im GBL-Fall nicht *an dem Konsum gehindert* werden, es kann aber durchaus *seiner* Logik entsprechen, *nachträglicher Hilfe* zu bedürfen. Aus der Opferperspektive besteht insoweit kein Interesse an der „Sicherung“ der Gefahrenquelle, aber möglicherweise an „Rettung“. – Das *rechtlche* Einstehenmüssen für eine Gefahr kann jedoch (anders als die bloße Garantienpflicht bei *bestehender* Garantienstellung) nicht nur durch faktische Veränderungen der Lage entstehen.

mehr handelt es sich um Funktionsbedingungen der Freiheitsentfaltung, welche dem Einzelnen zu seiner selbstbestimmten Entfaltung garantiert sind.⁴⁷⁹¹ Auf Grund dessen ist strafrechtliches Unrecht stets durch die „Missachtung fremder Selbstbestimmung“⁴⁷⁹² gekennzeichnet. Der strafrechtliche *Schutz* des Opfers ist *prinzipiell* ausgeschlossen, soweit es seine Rechtsgüter in *selbstbestimmter* Entscheidung Gefahren aussetzt. Die Schutzlosigkeit ist insofern Kehrseite der freien Entscheidung.⁴⁷⁹³ Allein das *Faktum* der tatsächlichen Progression des Geschehens, die dadurch eintretende Hilfsbedürftigkeit des Opfers sowie seine *nachträgliche* Willensänderung vermögen das Geschehen nicht nachträglich rechtswidrig und kontrollbedürftig werden zu lassen. Vielmehr fordert die auf eigenverantwortlicher EntschlieÙung beruhende Lage höchstens Solidarität heraus.⁴⁷⁹⁴ Die Begehungstatbestände des Besonderen Teils bezwecken es – auch im Ergebnis – nicht, die Folgen eigenverantwortlichen Handelns zu verhindern.⁴⁷⁹⁵

6. Gleichwertige Einflussmöglichkeiten des Opfers

Verwandt damit sind diejenigen Fälle, in denen zwar weder Täter noch Opfer die Gefährdungslage überschauen, das Opfer jedoch *objektiv* die selbstgefährdende Handlung vornimmt. *Weigend* hat das Beispiel gebildet, dass die „Privatperson A ihrem Bekannten B ein im Laden gekaufte Erfrischungsgetränk anbietet, das unerkennbar verdorben ist und gesundheitliche Gefahren hervorruft“. Hier werde A nicht zur Garantin für die Abwendung von Gesundheitsschäden.⁴⁷⁹⁶ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Entsprechend der oben ausgeführten Richtlinie, dass der Ingerent die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung getroffen haben muss, sodass das Opfer von der maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung ausgeschlossen ist, erscheint es zutreffend, die durch pflichtgemäßes Verhalten geschaffene Lage dann nicht strafrechtlich zu missbilligen, wenn das Opfer

⁴⁷⁹¹ → § 1 A I 2, § 2 B II 2; deutlich auch *Frister* AT 3/19; *Kindhäuser* in: Madrid-Symposium S. 125, 128.

⁴⁷⁹² *Stratenwerth* ZStW 68 (1956) 41, 45; *Lenckner* Notstand S. 112; *Neumann* NK § 34 Rn. 7; *Zieschang* LK § 34 Rn. 8. Siehe auch *Roxin* StV 2016, 428, 429; *ders./Greco* AT I § 2 Rn. 32: „Was mit dem Willen des Geschädigten geschieht, ist keine Rechtsgutsverletzung, sondern Selbstverwirklichung und geht den Staat nichts an“; *Hoven* GS Tröndle S. 575, 593: Dispositionsbefugnis des Einzelnen über seine Rechte als „Kern individueller Freiheitsausübung“.

⁴⁷⁹³ Vgl. allgemein *Neumann* ZStW 116 (2004) 751: Eigenverantwortlichkeit als Kehrseite von Freiheit; *ders.* JA 1987, 244, 247 f.: „zumindest trifft in einer liberalen, nicht-paternalistischen Rechtsordnung den Inhaber eines Rechtsguts eine *primäre Zuständigkeit* für dessen Bewahrung. Verletzt der einzelne seine Rechtsgüter aufgrund eines freiverantwortlichen Entschlusses selbst, so entfällt für einen Dritten jeder Anlaß, seinerseits diese preisgegebenen Rechtsgüter zu respektieren“; *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 107.

⁴⁷⁹⁴ Die Zuspitzung des Geschehens, auf dessen Ausbleiben das Opfer gehofft hatte, kann also allein dazu führen, dass nun *einer Jedermannpflicht nach § 323c I StGB* nicht mehr die Eigenverantwortlichkeit des Gefährdeten entgegensteht.

⁴⁷⁹⁵ Handlungen können dabei gleichzeitig rechtmäßige und rechtswidrige Risiken begründen. Treffend ist etwa das Beispiel von *Vogel*, dem gemäß „das Abstellen kochender Seifenlauge in der Nähe eines Kindes ein unerlaubtes Risiko [ist], was nicht gilt, wenn die Seifenlauge in der Nähe eines (hinreichend aufmerksamen) Erwachsenen abgestellt wird“, *Vogel* Norm und Pflicht S. 362.

⁴⁷⁹⁶ *Weigend* LK § 13 Rn. 46 mit Verweis auf das allgemeine Lebensrisiko.

sich zwar nicht eigenverantwortlich selbst gefährdet,⁴⁷⁹⁷ jedoch selbst jedenfalls *gleichwertigen Einfluss* auf die Entstehung des Geschehens hatte und daher objektiv die selbstgefährdende Entscheidung trifft. Es ist erschiene vor dem Hintergrund des negativen Freiheitsverständnisses der Rechtsgutslehre nicht überzeugend, dem Opfer in solchen Fällen einen *strafrechtlichen*⁴⁷⁹⁸ Schutzanspruch zuzuerkennen.

Entscheidend ist daher die objektive Unterscheidung zwischen Selbstgefährdung und Fremdgefährdung, die auch bei Abgrenzung von eigenverantwortlicher Selbstgefährdung und der sog. einvernehmlichen Fremdgefährdung⁴⁷⁹⁹ im ersten Schritt – vor der Frage nach der Eigenverantwortlichkeit⁴⁸⁰⁰ – maßgeblich ist. Die Differenzierung ist deshalb erheblich und kann nicht ohne weiteres normativ nivelliert werden, weil derjenige, der sich gefährden lässt, dem Geschehen mehr *ausgeliefert* ist als der sich selbst Gefährdende.⁴⁸⁰¹ Dieses Argument leuchtet sinngemäß auch bei der Ingerenzbegründung ein: Etwa der angefahrene Fußgänger hatte eine geringere Vermeidemacht als der Unfallver-

⁴⁷⁹⁷ In dem zitierten Beispiel kann gerade nicht von *eigenverantwortlicher* Selbstgefährdung oder Fremdgefährdung gesprochen werden kann, da das Opfer die Gefahren weder überblickt noch dem Handeln des anderen faktisch zustimmt. Vgl. zu diesen Erfordernissen *Walter* NStZ 2013, 673; siehe auch *Roxin* GA 2012, 655 f.

⁴⁷⁹⁸ Dies bedeutet allerdings nicht, dass hier für die ganze Rechtsordnung ein Eingriffsrecht bestünde, wodurch auch ein Anspruch aus § 1004 BGB auf Beseitigung der Lage zwingend ausgeschlossen wäre. Dies ist den unterschiedlichen Zwecksetzungen von Straf- und Zivilrecht geschuldet: Während der zivilrechtliche Beseitigungsanspruch (auch) dazu dient, die wirtschaftlichen Kosten der Lage dem Störer aufzuerlegen, geht es dem Strafrecht allein darum, dem Einzelnen seine Rechtsgüter zu gewährleisten, also diejenigen Bedingungen zu gewährleisten, die für seine freie Entfaltung notwendig sind. Es sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen zwar nicht für die ganze Rechtsordnung ein Eingriffsrecht besteht, die *strafrechtliche*, tatbestandliche Gewährleistungsnorm jedoch keinen Schutz vor der Verhaltensweise gewährleistet; vgl. im Allgemeinen zur Besonderheit strafrechtlichen Unrechts *Amelung* in: Grundfragen S. 85, 87, 89, 94; *Böse* in: Rechtsgutstheorie S. 89, 93; *Gallas* in: Beiträge S. 1, 7; *ders.* ZStW 67 (1955) 1, 23; *H.-L. Günther* Strafrechtswidrigkeit S. 83 ff., 133, 235 f. *et passim*; *Roxin/Greco* AT I § 7 Rn. 61 ff., § 14 Rn. 33 ff.; *Schlehofer* MK Vor § 32 Rn. 3 ff.

⁴⁷⁹⁹ Letztere Konstellation wird in der Literatur zum Teil generell (*Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 87 ff., 149, 169 ff., 182), zum Teil unter engen Voraussetzungen (*Roxin* will die Fremdgefährdung der Selbstgefährdung gleichstellen, wenn der Gefährdete eine gleichrangige Verantwortlichkeit trägt, weil er insbesondere das in allen relevanten Aspekten überblickte Risiko aus freiem eigenen Entschluss übernommen hat, *Roxin* FS Gallas S. 241, 252 f.; *ders.* JZ 2009, 399, 403; *ders.* GA 2012, 655, 664; *ders.* GA 2018, 250, 258; *ders./Greco* AT I § 11 Rn. 124; nahestehend *Rönnau* LK Vor § 32 Rn. 169; *Sch/Sch/Sternberg-Lieben* Vor § 32 Rn. 106; gegen dieses Kriterium *Hirsch* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 94; *T. Walter* NStZ 2013, 673, 678 f.) der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung gleichgestellt. Die h.M. hingegen schließt nur bei eigenverantwortlicher Selbstgefährdung den Tatbestand aus und fragt bei Fremdgefährdungen, ob eine rechtfertigende Einwilligung vorliegt (*Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 101; *Hirsch* FS Lampe S. 515, 533 f.; *ders.* LK¹¹ Vor § 32 Rn. 94; *Kühl* AT § 17 Rn. 82 f.; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 122). Auf die Einzelheiten kann es im vorliegenden Kontext nicht ankommen.

⁴⁸⁰⁰ *T. Walter* NStZ 2013, 673, 675 f.

⁴⁸⁰¹ *Roxin* FS Gallas S. 241, 250; *ders.* JZ 2009, 399, siehe auch 402 f.; *ders.* GA 2012, 655, 657, 664, *ders.* GA 2018, 250 ff.; *ders./Greco* AT I § 11 Rn. 124; ähnlich *Dölling* JR 1994, 520; *Duttge* NStZ 2009, 690, 692; *Sternberg-Lieben* Vor § 32 Rn. 107; *T. Walter* NStZ 2013, 673, 676; ferner *Zaczyk* Selbstverantwortung S. 35 f. – Damit ist die Unterscheidung entgegen *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 169 ff. nicht bloß „naturalistisch“ oder „phänomenologisch“ und „normativ unerheblich“.

ursacher, er konnte weder dessen Fähigkeiten sicher beurteilen noch hatte er vergleichbare Möglichkeiten, in das Geschehen einzugreifen.⁴⁸⁰² Er ist diesem damit „mehr oder weniger ausgeliefert“.⁴⁸⁰³

Hinsichtlich der Unterscheidung von Fremdgefährdung und Selbstgefährdung wird regelmäßig auf Herrschaftsgesichtspunkte abgestellt: Es komme darauf an, wer die Herrschaft über das Gefährdungsgeschehen innehat.⁴⁸⁰⁴ Bei gleichrangiger Herrschaft müsse Straflöslichkeit eintreten.⁴⁸⁰⁵ Dagegen spricht bereits bei den Fällen bewusst gefährlichen Zusammenwirkens, dass, wenn es zum Erfolg kommt, ja gerade niemand die Situation beherrscht hat.⁴⁸⁰⁶ In der hier in Frage stehenden Konstellation der Ingerenz nach pflichtgemäßem Vorverhalten tritt diese Problematik erst recht zutage. *Roxin* fragt stattdessen, von wem die Gefährdung ausgehe, die unmittelbar in den Erfolg münde⁴⁸⁰⁷ und *T. Walter* stellt darauf ab, wer die letzte Handlung vornimmt.⁴⁸⁰⁸

Hieran ist auch für den strafrechtlichen Schutzanspruch und damit die Garantenstellung aus Ingerenz anzuknüpfen: Es ist zu verlangen, dass der Handelnde im Vergleich zu dem Gefährdeten *überlegene* Gestaltungsmöglichkeiten hatte.⁴⁸⁰⁹ Umgekehrt ist ein strafrechtlicher Schutzanspruch dann zu verneinen, wenn das Opfer gleichwertige Möglichkeiten hat, die Gefährdung und -entwicklung zu überblicken und zu beeinflussen. Hierfür kommt es zunächst darauf an, wer die unmittelbar gefährdende (regelmäßig die letzte) Handlung vornimmt. Wenn das Opfer diese selbst vollzieht, scheidet eine Garantenstellung des Anderen aus.⁴⁸¹⁰ Denn das Opfer ist in diesem Fall dem Geschehen nicht „mehr oder weniger ausgeliefert“. In *Weigends* Beispiel trifft B die letzte und damit die *maßgebliche* Entscheidung, die im Ergebnis die Gefahr für seine Gesundheit schafft. Der Fall kann nicht anders beurteilt werden, ob A nun das Getränk kauft und B übergibt oder

⁴⁸⁰² In Anlehnung an *Roxin* GA 2012, 655, 664.

⁴⁸⁰³ In Anlehnung an *Roxin* JZ 2009, 399.

⁴⁸⁰⁴ Etwa BGHSt 54, 55, 60 f.; BGH NJW 2003, 2326, 2327; *Kühl* AT § 4 Rn. 89 m.w.N.; *Rudolphi* SK⁷ Vor § 1 Rn. 81a; *Sternberg-Lieben* Vor § 32 Rn. 107; *Zieschang* AT Rn. 105.

⁴⁸⁰⁵ *Eschelbach* in: *Gefahr* S. 145, 155.

⁴⁸⁰⁶ *Roxin* GA 2012, 655, 660.

⁴⁸⁰⁷ *Roxin* GA 2012, 655, 659; siehe auch *Eschelbach* in: *Gefahr* S. 145, 155.

⁴⁸⁰⁸ *T. Walter* NSTZ 2013, 673, 675, 681 f.; *ders.* LK Vor § 13 Rn. 130 ff.: Wenn das Opfer bis zum „point of no return“ selbstverantwortlich handle, könne es das Geschehen noch abbrechen. – Für *Grünwald* ist entscheidend, ob während des Risikogeschehens das Opfer eine überlegene faktische oder normative Position einnehme (GA 2012, 364, 370 f.), und damit vorrangige Gestaltungsmöglichkeiten habe. Dabei komme es auch darauf an, ob der sich selbst Gefährdende zurechnungsfähig und frei von Entscheidungsmängeln sei. – Hierauf kann, wenn es etwa um ein minderjähriges Opfer geht, ergänzend abgestellt werden.

⁴⁸⁰⁹ Es geht um den Zeitpunkt des Handlungsabschlusses, nicht den der unterlassenen Erfolgsabwendung! Gegen die Berücksichtigung der Abwendungsmöglichkeiten schon → Kapitel 1 § 3 B VI 4 b). Für das Begehungsdelikt hat schon *Hirsch* ZStW 74 (1962) 78, 98 darauf hingewiesen, dass der Täter ohne „ausreichende gestaltende Einwirkungsmöglichkeit auf den Eintritt des konkreten Erfolges“ die Tat nicht beherrschen kann.

⁴⁸¹⁰ Insoweit erscheint es plausibel – in Anlehnung an *Roxin* – auch diejenigen Fälle gleichzustellen, in denen den Gefährdeten gleichwertige Verantwortlichkeit für das Geschehen trifft, weil er den „dominierenden Einfluss bei Zustandekommen“ der gefährlichen Situation hatte (*Roxin* GA 2012, 655, 669; dazu schon *ders.* FS Gallas S. 241, 252 f.).

B das Getränk selbst kauft. Man könnte mit *Dencker* auch formulieren, dass es hier kein „Gefälle“ zwischen den Beteiligten gibt.⁴⁸¹¹ Durch die Übergabe des Getränks schließt A den B nicht von der Entscheidung über die Integrität seiner Rechtsgüter aus, sondern ermöglicht ihm gerade, diese selbst zu treffen. Seine Möglichkeiten, die Situation zu beherrschen, sind dadurch, dass er selbst die unmittelbar schädigende Handlung vornimmt, im Verhältnis zu A sogar überlegen. In diesen Fällen trifft das Opfer selbst die *rechtlich maßgebliche Entscheidung*, welchen Gefahren es seine Rechtsgüter aussetzt – die Interessenabwägung spricht daher gegen einen strafrechtlichen Schutzanspruch gegenüber dem Anderen.

Dennoch kann in denjenigen Fällen, in denen die Schädigung eine Mitwirkungshandlung des Opfers verlangt, ein „Gefälle“ zwischen den Einwirkungsmöglichkeiten des Handelnden und des Opfers bestehen. Dies muss nicht zwingend in einem Fehlverhalten des Ingerenten begründet sein, sondern kann auch aus seiner sonst überlegenen Stellung resultieren,⁴⁸¹² insbesondere, wenn er erhöhtes Vertrauen in Anspruch nimmt. Dann liegt mit der Handlung nämlich die ernstzunehmende Gefahr vor, dass das Opfer bei Vornahme der Handlung Maßnahmen zum Selbstschutz unterlässt. In Anlehnung an ein Beispiel von *Herbertz*:⁴⁸¹³ A sammelt Pilze (darunter versehentlich einen giftigen) und stellt den Korb dann in die Küche. B, der im gleichen Hausstand wohnt, bereitet sich daraus ein Pilzgericht zu und droht an der Vergiftung zu versterben. Hier kommt es entscheidend auf die Umstände des Sachverhaltes, insbesondere die Beziehung der Beteiligten an. Wenn es für die Beteiligten üblich ist, die Lebensmittel des Anderen zu verzehren, stellt es eine ernstzunehmende Gefahr dar, wenn A den Korb in die Küche stellt. Zwar muss B die Pilze noch selbst zubereiten und verzehren, allerdings nimmt A hier durch das Sammeln und In-die-Küche-Bringen der Pilze erhöhtes Vertrauen aufgrund (scheinbar) überlegener Sachkunde in Anspruch. Es erscheint daher zutreffend, den A weiterhin zur Überwachung dieser Gefahr auf Posten zu stellen.⁴⁸¹⁴

⁴⁸¹¹ Vgl. oben → 2.

⁴⁸¹² **Anders** *Weigend* LK § 13 Rn. 46, der in Fällen, „in denen weder der Gefahrverursacher noch das Opfer falsch gehandelt“ haben eine Garantenstellung ausscheiden lassen will, da es sich hier um ein „allgemeines Lebensrisiko“ handle. – Gleichzeitig meint *Weigend* jedoch zur Ledersprayentscheidung, hier liege eine Garantenstellung aufgrund von Sachherrschaft vor, Rn. 53. Weshalb sollte das Argument der „Gestaltung des Herstellungsprozesses und Ausschlusses Dritter“ bloß für gefährliche Sachen und nicht für flüchtige Gefahren gelten?

⁴⁸¹³ *Herbertz* Ingerenz S. 15 mit Lösung S. 316 f.; siehe einen ähnlichen Fall bei *Schmidhäuser* AT 12/29.

⁴⁸¹⁴ *Anders* wäre es, wenn jemand Pilze sammelt und seiner Familie gegenüber betont, er kenne sich hiermit nicht aus und jeder von ihnen müsse sich selbst davon vergewissern, ob die Pilze essbar sind. Mit dieser Information ausgestattet, treffen diejenigen, die sich dann ein Pilzgericht zubereiten, selbst die Entscheidung über die Integrität ihrer Rechtsgüter. *Anders* wäre es auch, wenn A einen Korb mit Pilzen sammelt und der O den vor dem Haus des A stehenden Korb stiehlt. O wurde hier nicht durch A von der Entscheidung über die Gefahren, die er einzugehen bereit ist, ausgeschlossen. Vielmehr hat A die Gefahr (Korb mit giftigen Pilzen) objektiv hinreichend abgeschirmt, wenn er sie auf seinem Grundstück lagert. Vgl. zu diesen sog. „trespasser“-Fällen auch *Vogel* Norm und Pflicht S. 268: keine Rettungspflicht hinsichtlich einer Person, die ein abgesperrtes Gelände unbefugt betritt; *Vogel* weist dabei jedoch darauf hin, dass u.U. Sicherungspflichten bestehen können, S. 274.

Auch im Lederspray- und allen anderen Produkthaftungsfällen trifft der Produzent die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung: Während er beim Produktionsprozess prinzipiell die Möglichkeit hat, auf die Gefahren des Produkts Einfluss zu nehmen, sind potentielle Benutzer des Produkts von der Einflussnahme auf den Produktionsprozess ausgeschlossen. Die maßgeblichen Sachgesichtspunkte sind also die der „freien Gestaltung des Herstellungsprozesses und des Ausschlusses Dritter von der Qualitätskontrolle“.⁴⁸¹⁵ Die Endverbraucher haben insoweit ein relevantes Wissensdefizit.⁴⁸¹⁶ Das Ausliefern eines gefahrenträchtigen Produkts stellt dahingehend ein Unrechtsgeschehen dar. Daran ändert sich nichts aufgrund der bloßen Tatsache, dass eine Mitwirkungshandlung durch den Verbraucher (Verwendung des Ledersprays) erforderlich ist. Denn das Ausliefern des Produktes führt zwar nicht stets, jedoch in aller Regel zur Verwendung des Produktes, sodass bereits zu diesem Zeitpunkt das Risiko von Gesundheitsschäden deutlich erhöht ist.⁴⁸¹⁷ Noch deutlicher als in dem Pilzgerichtsfall erweckt zudem die Auslieferung eines Produktes den objektiven Anschein seiner Unbedenklichkeit.⁴⁸¹⁸

In den „Verkehrsunfall“-Konstellationen, in denen weder Unfallverursacher noch Unfallopfer fehlerhaft handeln – etwa aufgrund eines technischen Defekts oder unvorhersehbarer Straßenglätte⁴⁸¹⁹ –, erscheint es überzeugend, dem Unfallverursacher eine Garantstellung aufzuerlegen. Indem der Fahrer A das Fahrzeug lenkt,⁴⁸²⁰ schafft er eine ernstzunehmende Gefahr für den anderen Verkehrsteilnehmer B. Dieser ist von der Einflussnahme auf den sich durch das Fahrzeug ergebenden Gefahrenpegel ausgeschlossen, während dem A selbst die Einwirkung prinzipiell möglich ist. Wenn die Steuerung zu einer Verletzung des B führt, stellt das Geschehen daher Unrecht dar. Anders wäre die Lage etwa zu beurteilen, wenn der B bewusst oder erkennbar die Gefahr für seine eigenen

⁴⁸¹⁵ So *Weigend* LK § 13 Rn. 53, der das Argument jedoch nicht allgemein auf die Ingerenz überträgt (vgl. dort auch Fn. 210).

⁴⁸¹⁶ So *Vogel* Norm und Pflicht S. 268.

⁴⁸¹⁷ *Hilgendorf* FS Weber S. 33, 42. In der Ledersprayentscheidung war zwar die genaue Wirkungsweise, mit der das Lederspray zu Atembeschwerden geführt hat, nicht erklärbar. Jedoch erschien es aufgrund der bekannten Sachlage sowie des allgemeinen Erfahrungswissens unwahrscheinlich, dass die Beschwerden allein aufgrund anderer Ursachen aufgetreten sind, vgl. *Erb* JuS 1994, 449, 452.

⁴⁸¹⁸ Der Fall ähnelt insofern der Übernahme, als sich das Opfer einem Sachverhalt aussetzt, auf den es selbst keinen Einfluss besitzt. Bei den klassischen Übernahmefällen geschieht dies aufgrund des Versprechens des Garanten, gegebenenfalls einzugreifen, vgl. insoweit das Beispiel von *Gallas* Studien S. 78 ff. In den Fällen der Produkthaftung hingegen ist nicht ein Versprechen, Gefahren abzuwenden, maßgeblich, sondern das konkludente Versprechen der Gefährlosigkeit des Produktes, welches zu dessen Anwendung durch den Verbraucher führt. – Kennt hingegen der Produzent eine Gefahr des Produkts und weist auf diese hin („leicht entflammbar“, o.ä.), trifft der Verbraucher, der das Produkt anwendet, wieder selbst die maßgebliche Entscheidung.

⁴⁸¹⁹ Vgl. zu diesem Fall etwa *Mitsch* JuS 2018, 1161, 1165: Hier liege regelmäßig ein „erlaubtes Risiko“ vor.

⁴⁸²⁰ Hinzu kommt hier kumulativ die Sachherrschaft.

Rechtsgüter steigert, insbesondere durch eigenes Fehlverhalten im Straßenverkehr.⁴⁸²¹ Dann trifft er selbst die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung.

7. Dazwischentreten eines Dritten

Besonders problematisch ist die Fallgruppe des Dazwischentreten eines Dritten, die bereits im Rahmen der Begehungsdelikte völlig umstritten ist.⁴⁸²²

a) Lösungsvorschläge

Die Diskussion verhält sich hinsichtlich der Ingerenzbegründung recht parallel zur Diskussion im Rahmen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit.⁴⁸²³ Dort wird eine breite Palette an Lösungen angeboten. Nach dem früher vertretenen Regressverbot sollte bei eigenverantwortlichem Dazwischentreten eines Dritten die Kausalität entfallen.⁴⁸²⁴ *Welzel* meint, die alte Lehre vom Regressverbot habe bei der Ingerenzbegründung noch eine praktische Bedeutung.⁴⁸²⁵ Zum Teil wird für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in der neueren Literatur zwar das Regressverbot abgelehnt, im Rahmen der „Zurechnung“ aber eine Abgrenzung der Verantwortungsbereiche vorgenommen.⁴⁸²⁶ Parallel dazu wird auch die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz unter Verweis auf die Verantwortlichkeit des dazwischentretenden Dritten abgelehnt.⁴⁸²⁷ Die entscheidende Frage sei, „bis zu welcher Grenze der Gesichtspunkt der Eigenverantwortlichkeit des verantwortlich handelnden Vorsatztäters die Zurechnung des Erfolgs zu dem unvorsätzlich handelnden Hintermann

⁴⁸²¹ Im Ergebnis ebenso *Jakobs* AT 29/39; *Otto* NJW 1974, 528, 535; *Vogel* Norm und Pflicht S. 270 f., 363 stellt darauf ab, ob das Opfer die Gefahr hätte intentional vermeiden können.

⁴⁸²² Eingehend zu diesen Fällen *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 230 ff., 244 ff., 263 ff., 280 ff., 308 ff.; zur verwandten Konstellation der „neutralen Beihilfe“ *Roxin* AT II § 26 Rn. 221 ff.; *Kudlich* Unterstützung *passim*.

⁴⁸²³ Vgl. *Neumann* JR 1993, 161.

⁴⁸²⁴ *Frank* StGB § 1 Anm. III 2a; als Zurechnungslehre auch *Larenz* NJW 1955, 1009, 1012; *H. Mayer* AT § 19 A IV; *Naucke* ZStW 76 (1964), 409 ff.; *Otto* FS Maurach S. 91 ff.; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 274 ff., 299 ff., 314 f.; **dagegen** zu Recht *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 11 Rn. 45 f.; *Roxin* FS Tröndle S. 177, 180 ff.; *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 Rn. 72; *Schünemann* GA 1999, 207, 223 f.; siehe auch *Hilgendorf* Jura 1995, 514, 520: Die modernen Sozialwissenschaften zeigen, dass sich auch menschliches Verhalten in gesetzmäßigen Zusammenhängen abspielt.

⁴⁸²⁵ *Welzel* Strafrecht S. 217; ähnlich *Renzikowski* Täterbegriff S. 142. Parallelen sieht auch *Sowada* Jura 2003, 236, 245.

⁴⁸²⁶ Vgl. dazu *Lenckner* FS Engisch S. 490, 506; *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 100 ff.; *Kühl* AT § 4 Rn. 83 ff.; *Otto* AT § 6 Rn. 43 ff., 49 ff.; *ders.* FS Maurach S. 91, 92 ff. aufgrund eines normativ verstandenen Steuerbarkeitsprinzips; *Roxin/Greco* AT I § 11 Rn. 137 ff.; *H. Schumann* Handlungsunrecht S. 1 ff., 6 ff.; *Stratenwerth* FS Eb. Schmidt S. 383, 390 ff.; siehe auch *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 230 ff., 351: die These vom Regressverbot habe sich weitestgehend bestätigt; *ders.* in: Jahrtausendwende S. 159, 193: Verantwortungsprinzip als „berechtigter Kern“ des Regressverbots; ferner *Kienapfel* Das erlaubte Risiko S. 25 f. auf Grundlage des sozialen Handlungsbegriffs.

⁴⁸²⁷ OLG Karlsruhe MDR 1993, 266; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 39 (pflichtwidriges Vorverhalten soll aber vorliegen, wenn die Verletzungsabsicht des Dritten erkannt wurde); *Freund* Erfolgsdelikt S. 200; *Kugler* Ingerenz S. 319 ff.; *Kühl* AT § 18 Rn. 104; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* § 21 Rn. 78; *Neumann* JR 1991, 161 ff.; *Otto* JK 92 StGB § 13/18; *ders.* JK 93 StGB § 13/23; *ders.* JK 98 StGB § 13/27; *Renzikowski* Täterbegriff S. 141 f.; *Sowada* Jura 2003, 236, 245; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 274 ff., 286 ff.; siehe auch *Schräggle* Unterlassungsdelikt S. 301, 303: „ausschließliche Drittzuständigkeit“.

blockiert“.⁴⁸²⁸ Zum Teil wird angenommen, dass es in derartigen Fällen an der Schaffung eines Sonderrisikos fehle.⁴⁸²⁹

Der BGH und ein Teil der Literatur stellen für die Garantenstellung aus Ingerenz (z.T. kumulativ zum Pflichtwidrigkeitskriterium) darauf ab, dass der Handelnde überhaupt die *ex ante* „nahe“ oder „unmittelbare“ Gefahr geschaffen haben müsse, dass der Dritte die letztlich zu der Weiterung führende Handlung vornimmt.⁴⁸³⁰ Er habe nur für solche Gefährdungen einzustehen, die das spezifische Risiko der Handlung darstellen.⁴⁸³¹ Dies sei nur der Fall, wenn das Handeln des Dritten bereits vorhersehbar war.⁴⁸³² Auf Grundlage des Pflichtwidrigkeitskriteriums lässt sich die Verneinung einer Ingerenzgarantenstellung einerseits durch die Begrenzung der Sorgfaltswidrigkeit (aufgrund des Vertrauensgrundsatzes⁴⁸³³) oder aber aufgrund der fehlenden Zurechenbarkeit i.R.d. Pflichtwidrigkeits- oder Schutzzweckzusammenhangs begründen.⁴⁸³⁴

Auch die Beurteilung der einzelnen Fallgestaltungen ist strittig. Während jedenfalls in der Literatur Einigkeit zu bestehen scheint, dass die Schaffung einer Versuchung für

⁴⁸²⁸ Neumann JR 1993, 161, 162. Otto meint etwa, die Eigenverantwortung des Handelnden setze der strafrechtlichen Haftung anderer eine Grenze, indem das Geschehen bei einer normativen Betrachtung nicht mehr steuerbar sei, Otto NJW 1974, 528, 532; ders. JK 85 StGB § 13/7. Kühl schreibt, wenn jemand bloß einem anderen eine Tatgelegenheit schaffe, so treffe die Verantwortlichkeit nur den diese Gelegenheit eigenverantwortlich ausnutzenden Dritten, Kühl AT § 18 Rn. 104. Ferner H. Schumann Handlungsunrecht S. 52 m. Fn. 35: Der die Tat Erleichternde solidarisiere sich nicht mit der provozierten Tat, sodass er sich auf den Standpunkt zurückziehen könne, es sei Sache des anderen, wie er auf die Versuchung reagiere.

⁴⁸²⁹ Jakobs AT 29/45; Freund Erfolgsdelikt S. 226 ff.; ders. MK § 13 Rn. 142. Siehe auch Frisch Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 362.

⁴⁸³⁰ BGH NJW 1992, 1246; Geppert JK 86 StGB § 13/8; Granderath Rechtspflicht S. 156 ff.; Otto/Brammsen Jura 1985, 646, 648, 651; ders. JK 92 StGB § 13/18; Rudolphi SK⁷ § 13 Rn. 42; Sowada Jura 2003, 236, 245; Stein SK § 13 Rn. 56 f.; Walther Eigenverantwortlichkeit S. 219, 222 f.; Weigend LK § 13 Rn. 42 f.: „(auch zeitlich) nahe Gefahr“.

⁴⁸³¹ Stree FS Klug II S. 395, 403. Vgl. auch in „lose[r] Parallele“ zum gefahrsspezifischen Zusammenhang bei den Erfolgsqualifikationen Herbertz Ingerenz S. 370: innerer Zusammenhang; ähnlich Granderath Rechtspflicht S. 159. Dabei handelt es sich jedoch bloß um eine das Problem umschreibende Wertungsformel. Gleiches gilt für die Formulierung von Walther Eigenverantwortlichkeit S. 220, dass eine Sache nicht bloß „abstraktes Gefährdungspotential“ haben dürfe. Ein ähnliches Problem tritt regelmäßig auch als Frage des Besonderen Teils auf: Eine Sache kann aus ihrer „Art“ heraus gefährlich sein, oder aber erst aus der Verwendung durch Personen (T. Fischer in: Gefahr S. 127, 134 ff.). Problematisch ist dies insbesondere bei den Diebstahls- und Raubqualifikationen, wo es kaum möglich erscheint, die Gefährlichkeit der mitgeführten Sache abstrakt zu bestimmen (vgl. S. 137 ff.).

⁴⁸³² Roxin AT II § 32 Rn. 161 ff.; Stein SK § 13 Rn. 56 f.; Granderath Rechtspflicht S. 157 f.; Herbertz Ingerenz S. 368 f.; Paradissis Unterlassungsstrafbarkeit S. 200 ff.; im Allgemeinen kritisch zu diesem Kriterium Frisch Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 231 ff.

⁴⁸³³ Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 167 f.; ders. SK⁷ § 13 Rn. 44.

⁴⁸³⁴ Sch/Sch/Bosch § 13 Rn. 39; Gaede NK § 13 Rn. 44; Herbertz Ingerenz S. 364 ff., die auch auf die Probleme der Schutzzweckbetrachtung hinweist; Küper JZ 1981, 568, 573 f.; Roxin AT II § 32 Rn. 161 ff.; ders. FS Trechsel S. 551, 561 f.; Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 132 ff., 167 ff.; ders. SK⁷ § 13 Rn. 42; Stein SK § 13 Rn. 56 f.; Stratenwerth/Kuhlen AT § 13 Rn. 36; Stree FS Klug II S. 395, 403 f.; Weigend LK § 13 Rn. 43.

Dritte⁴⁸³⁵ nicht ingerenzbegründend sei, ist unklar, ob das Schaffen einer hilflosen Lage beim Opfer hierfür genügt.⁴⁸³⁶

b) Bewertung

Zum Regressverbot ist festzuhalten, dass jedenfalls die Ursächlichkeit einer Handlung durch das vorsätzliche Dazwischentreten eines Dritten nicht gehindert wird.⁴⁸³⁷ Diese Lehre wird im Rahmen des Fahrlässigkeitstatbestands heute von der ganz herrschenden Ansicht als zu unflexibel und formal abgelehnt.⁴⁸³⁸ Ein Regressverbot ist daher auch im Rahmen der Ingerenzbegründung abzulehnen.⁴⁸³⁹ Ein zurechnungsausschließendes Verantwortungsprinzip kann ebenfalls nicht pauschal bejaht werden.⁴⁸⁴⁰ Denn das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit darf nicht überfordert werden. Kurz gesagt: „Die Situation zwischen mehreren Tätern ist symmetrisch, die zwischen Drittem und Opfer asymmetrisch.“⁴⁸⁴¹ Zwingend ist bloß, dass der sich eigenverantwortlich selbst Gefährdende oder Schädigende nicht *Opfer* einer fremden Fahrlässigkeitstat sein kann.⁴⁸⁴² Die Verantwortlichkeit einer *dritten* Person hingegen ist als solche kein Grund, den Täter zu entlasten.⁴⁸⁴³

⁴⁸³⁵ „In Wahrheit steht es so, daß die bloße Versuchung eines anderen noch keine Rechtsgutsgefährdung ist“, *Bockelmann* in: Untersuchungen S. 126, 134; vgl. auch *Neumann* JR 1993, 161; *H. Schumann* Handlungsunrecht S. 52 m. Fn. 35; *Welp* Vorangegangenes Tun S. 310; **and**ers BGH NJW 1992, 1246; darauf abstellend, ob die Selbstverantwortung des anderen durch die Handlung „essentiell tangiert“ wird, *Kugler* Ingerenz S. 396.

⁴⁸³⁶ Dafür BGH NSTZ 1985, 24; *Jakobs* AT 29/45; *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 202 ff.; nach dem Schutzzweckzusammenhang fragend *Küper* JZ 1981, 568, 573 f.; **dagegen** *Stree* FS Klug II S. 399, 403; offen *Herbertz* Ingerenz S. 370: indizielle Bedeutung.

⁴⁸³⁷ *Roxin/Greco* AT I § 24 Rn. 27; *Zieschang* in: Rechtsvergleich S. 223, 229 f.

⁴⁸³⁸ *Duttge* MK § 15 Rn. 148; *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 233; *ders.* in: Jahrtausendwende S. 159, 193: „zu grob“; *Krey/Esser* AT Rn. 1363b; *Kuhlen* Produkthaftung S. 133 f.; *Murmann* GK § 23 Rn. 60; *Otto* NJW 1974, 528, 532; *Rengier* AT § 13 Rn. 88; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 132 ff.; *ders.* SK⁶ Vor § 1 Rn. 72; *Roxin* FS Gallas S. 241, 244; *ders.* FS Tröndle S. 177, 180 ff.; *Schünemann* GA 1999, 207, 223 f.; siehe auch *Neumann* ZStW 99 (1987) S. 567, 570: „Notbehelf“.

⁴⁸³⁹ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 132 ff.; *ders.* SK⁷ § 13 Rn. 42; *Herzberg* Garantenprinzip S. 306 ff.

⁴⁸⁴⁰ Es beruht auf einer unbesehenen Übernahme der für die vorsätzlichen Delikte geltenden Regeln für die Fahrlässigkeitsstraftaten, *Roxin* FS Gallas S. 241, 244; kritisch auch *Zieschang* AT Rn. 443. – Zum Teil wird konsequenterweise im Rahmen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ein restriktiver Täterbegriff vertreten, vgl. *Renzikowski* Täterbegriff S. 261 ff.; 300 ff.; **gegen** diese und ähnliche Konzeptionen aber zu Recht *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 178 ff.; *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 240.

⁴⁸⁴¹ *Neumann* JA 1987, 244, 248. – Es erscheint daher unzutreffend, wenn *Otto* (JK 92 StGB § 13/18) meint, der BGH gehe, wenn er die Selbstverantwortung des Dritten nicht beachte, „strafrechtsdogmatisch weit hinter jede Anerkennung des Prinzips der Eigenverantwortung zurück, die dieses in BGHSt 32, 262 fand“. Denn dieses Urteil betrifft die Eigenverantwortlichkeit des Rechtsgutsinhabers, die den Täter stets entlastet. Inwieweit dies für die Eigenverantwortlichkeit eines Dritten gilt, der ja gerade nicht als Inhaber das Rechtsgut freigibt, steht auf einem anderen Blatt.

⁴⁸⁴² *Roxin* FS Tröndle S. 177, 180; siehe bereits *ders.* FS Gallas S. 241, 243 ff.

⁴⁸⁴³ *Frister* AT 10/14; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 11 Rn. 45, überdies ist auch rollengemäßes Verhalten kein Rechtfertigungsgrund; *Kuhlen* Produkthaftung S. 130; *Roxin* FS Gallas S. 241, 245; *ders./Greco* AT I § 24 Rn. 27. Gerade menschliche Willensentschlüsse können besonders gefährlich sein, indem sie unberechenbar sind, vgl. *Roxin* FS Tröndle S. 177, 180; dazu auch *Neumann* JA 1987, 244, 247: Das Weniger an Verantwortung werde durch ein Mehr an Gefährlichkeit kompensiert; zu § 25 II StGB bereits *Gallas* DRZ 1950, 67: „Was dem Tatbeitrag hier an Eigengewicht fehlt, wächst ihm als Kollektivleistung zu [...]“.

Es würde den Opferschutz konterkarieren, könnte sich jeder zur Entlastung auf Fehlverhalten Dritter berufen.⁴⁸⁴⁴ Der Zweck der Gewährleistungsnorm würde vereitelt, gäbe diese das Rechtsgut frei, sobald ihm von dritter Seite eine rechtswidrige Verletzung droht.⁴⁸⁴⁵ Die wertungsmäßige Besonderheit „menschlicher“ Kausalfaktoren ist zutreffenderweise innerhalb der Bestimmung der Sorgfaltspflicht durch den Vertrauensgrundsatz zu berücksichtigen: Niemand muss bei Fehlen konkreter Anhaltspunkte⁴⁸⁴⁶ in Rechnung stellen, dass sich andere sorgfaltswidrig verhalten,⁴⁸⁴⁷ da ansonsten viele reguläre Prozesse sozialer Interaktion unmöglich oder unverhältnismäßig erschwert wären.⁴⁸⁴⁸ Neben diesen berechtigten Erwägungen handelt es sich beim „Verantwortungsprinzip“ um einen völlig vagen Aspekt, der unnötige Unsicherheiten ins Spiel bringt.⁴⁸⁴⁹

c) Lösung der Fälle

Überzeugenderweise muss es darauf ankommen, ob *bereits die Objektivierung der Handlung überwachungspflichtig* war. Im Ansatz zutreffend meint *Otto*, gefährlich im Sinne der Ingerenz sei nur ein Verhalten, das die Chancen dafür erhöhe, „dass sich aus der geschaffenen Situation *als solcher* bereits eine Rechtsgutsgefährdung entwickelt“. ⁴⁸⁵⁰ Denn zu überwachen ist *nicht* das Verhalten des freiverantwortlich handelnden Dritten, sondern der aus dem *eigenen* Handeln resultierende gefährliche Zustand.⁴⁸⁵¹ Es erschiene jedoch unzutreffend, hieraus zu folgern, dass sich die geschaffene Situation nicht auch über einen Dritten zu einer Rechtsgutsverletzung entwickeln kann. Gegen derartige Erwägungen

⁴⁸⁴⁴ *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 11 Rn. 45.

⁴⁸⁴⁵ *Kühl* AT § 17 Rn. 67.

⁴⁸⁴⁶ Die Berufung auf den Vertrauensgrundsatz ist jedoch verwehrt, wenn konkrete Hinweise bestehen, dass ein anderer seine Pflicht verletzt, vgl. *Duttge* MK § 15 Rn. 150; *Puppe* GA 2015, 203, 206; *Roxin* FS Tröndle S. 177, 187 ff.; *ders./Greco* AT I § 24 Rn. 28 f.: erkennbare Tatgeneigtheit des anderen; *Welzel* Fahrlässigkeit S. 18. Im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte gibt es zudem zahlreiche Sorgfaltspflichten, die eine „Doppelsicherung“ bezwecken. So sollen etwa Straftaten Dritter durch Sorgfaltnormen zur sicheren Verwahrung von Schusswaffen oder der Überwachung und Beaufsichtigung anderer Personen verhütet werden, vgl. *Frister* AT 10/14-16; *Jäger* SK Vor § 1 Rn. 132; *Kuhlen* Produkthaftung S. 133 f.; *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 163 ff., 241; *Roxin* FS Gallas S. 241, 244 f.; *Schünemann* GA 1999, 207, 223 f.

⁴⁸⁴⁷ Siehe dazu *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 162 ff.; *dies.* ZIS 2020, 143, 149 f.; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 15 Rn. 63.

⁴⁸⁴⁸ *Kuhlen* Produkthaftung S. 133 f.; *Roxin/Greco* AT I § 24 Rn. 26 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 15 Rn. 65; siehe auch *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 189 f.; näher S. 240 ff.; siehe auch *ders.* in: *Rechtsgutstheorie* S. 215, 226: Prinzip der Vermeidung unnützer Freiheitsbeschränkungen.

⁴⁸⁴⁹ *Zieschang* in: *Rechtsvergleich* S. 223, 231. Insbesondere ist zu betonen, dass der Vertrauensgrundsatz nur der näheren Bestimmung der Sorgfaltspflichten der Beteiligten dient (um die Handlungsfreiheit im Zusammenwirken mit anderen aufrechtzuerhalten), nicht hingegen dazu, die Verantwortlichkeit für ein Geschehen bei feststehender Sorgfaltspflichtverletzung auszuschließen, *Puppe* NK Vor § 13 Rn. 165, 243.

⁴⁸⁵⁰ *Otto* AT § 9 Rn. 78. Hervorhebung nicht im Original.

⁴⁸⁵¹ Derjenige, der einem Anderen eine Sache zur Verfügung stellt, darf nicht generell zum Schutz von Rechtsgütern (oder zur Überwachung des Anderen) auf Posten gestellt werden, sondern nur zur Überwachung der besonderen selbstgeschaffenen Gefahren. – Der autonom handelnde Mensch ist eben nicht per se eine Gefahrenquelle“, *Hefendehl* GA 2019, 704, 711; siehe auch *Roxin* AT II § 32 Rn. 125 ff.

spricht, dass sich auch menschliches Handeln in gesetzmäßigen Zusammenhängen abspielt⁴⁸⁵² – schon im sozialen Lebensalltag setzen wir eine Unzahl an Regelmäßigkeiten voraus⁴⁸⁵³ – und diese gesetzmäßigen Zusammenhänge im Zeitpunkt des Handelns berücksichtigt werden müssen. Es ist daher auch hier zu begründen, ob das Opfer gegenüber dem Handelnden einen strafrechtlichen Schutzanspruch hat, vor den Folgen der fördernden Handlung bewahrt zu bleiben. Zu beachten ist dabei insbesondere, dass es nicht darum geht, ob der geschaffene Zustand für die gesamte Rechtsordnung „erlaubt“ wäre. Die Frage lautet vielmehr spezieller, ob besonderes, *strafrechtliches* Unrecht geschaffen wurde. Die „Rechtswidrigkeit“ der Folgen kann nicht genügen, vielmehr bedarf es eines „gesteigerten Unrechtsgrades“.⁴⁸⁵⁴ Auch hier kann, soweit das Vorverhalten gerade im Hinblick auf das Dazwischentreten des Dritten sorgfaltswidrig war, der Betreffende also auf Handlungsunrecht beruhendes Erfolgsunrecht verwirklicht, von einer besonderen Begründung abgesehen werden. In denjenigen Fällen, in denen pflichtwidriges Verhalten sowie der notwendige Pflichtwidrigkeitszusammenhang vorliegen, kann also wieder auf diese Kriterien abgestellt werden.⁴⁸⁵⁵ Problematisch ist, ob *darüberhinausgehend* ein strafrechtlicher Schutzanspruch begründbar ist.

Wenn man nicht direkt auf offene Wertungsformeln zurückgreifen will, muss es im Ausgangspunkt entsprechend der allgemeinen Richtlinie darum gehen, ob mit dem Dazwischentreten des Dritten zum Zeitpunkt des Handlungsabschlusses ernsthaft zu rechnen war.⁴⁸⁵⁶ Es muss also bei Zugrundelegung des vollständigen Tatsachenmaterials eine feststellbare Gefahrerhöhung vorliegen.⁴⁸⁵⁷ War in der Situation das Eingreifen des Dritten völlig unwahrscheinlich, so fehlt es bereits an einer relevanten Gefahr für die Rechtsgüter des Opfers. Es geht also erneut um die Stärke oder Schwäche des probabilistischen Zusammenhangs.⁴⁸⁵⁸ Wo die Übergabe bestimmter Gegenstände üblich ist, liegt regelmäßig der Gebrauch deutlich näher als der Missbrauch, sodass es regelmäßig auch, wenn ein Maximum an Wahrheitsgarantie angelegt wird, an einer *ernstzunehmenden* Gefahr fehlt.⁴⁸⁵⁹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass Rechtsnormen bei im Wesentlichen rechts-

⁴⁸⁵² Hilgendorf Jura 1995, 514, 520; Stratenwerth FS Eb. Schmidt S. 383, 391, wengleich die Entscheidungen verantwortlicher Personen anderen Regeln folgen als naturwissenschaftliche Kausalgesetze.

⁴⁸⁵³ Hilgendorf Jura 1995, 514, 518.

⁴⁸⁵⁴ Für die strafrechtliche Verhaltensmissbilligung H.-L. Günther Strafrechtswidrigkeit S. 235; siehe auch Schlehofer MK Vor § 32 Rn. 3, 11, 14.

⁴⁸⁵⁵ Siehe oben → I.

⁴⁸⁵⁶ Dabei ist im Grundsatz davon auszugehen, dass, wenn keine besonderen Anhaltspunkte bestehen, nicht mit einem deliktischen Dazwischentreten von Dritten zu rechnen ist, Zieschang AT Rn. 108.

⁴⁸⁵⁷ Es ist darauf hinzuweisen, dass

⁴⁸⁵⁸ So für die Tatbestandsmäßigkeit Hilgendorf FS Sancinetti S. 451, 465; das Verhalten von Menschen kann bloß nach probabilistischen sozialwissenschaftlichen, nicht hingegen nach streng deterministisch-naturwissenschaftlichen Gesetzen bestimmt werden kann, ders. Jura 1995, 514, 517 ff., 518; Roxin/Greco AT I § 11 Rn. 15e.

⁴⁸⁵⁹ Wenn ein Hilfskoch dem anderen in der Großküche ein Messer leiht, stellt es keine relevante Möglichkeit dar, dass dieser, anstatt Gemüse zu schneiden, den Chefkoch absticht. Wenn jemand seinem Nachbarn

treuen Adressaten Verhaltensregularitäten verursachen, die wiederum bei der Bestimmung der Wahrscheinlichkeit berücksichtigt werden können.⁴⁸⁶⁰ Daher ist – sofern keine abweichenden Anhaltspunkte vorliegen – rechtstreues Verhalten des Dritten in die Prognose einzustellen. Nun ist jedoch zu betonen, dass – wenn die Prognose mit einem „Maximum an Wahrheitsgarantie“ versehen wird – grundsätzlich auch subjektive Einstellungen des Dritten einbezogen werden müssten, jedenfalls, wenn diese bereits manifest wurden. Beispielsweise ist B an einer heftigen Kneipenschlägerei zwischen verfeindeten Fangruppen beteiligt und entfernt sich zwischenzeitlich von dem Geschehen, um sich zu „bewaffnen“. Hierzu geht er in das benachbarte Metallwarengeschäft des A und kauft sich ein Messer (1).⁴⁸⁶¹ A hat bereits mit Übergabe des Messers eine ernstzunehmende Gefahr für Leib und Leben der übrigen Teilnehmer der Schlägerei geschaffen. Andererseits fehlt es in dem Vergleichsfall, dass B zunächst das Messer für seine Küche kauft und dann spontan die Kneipe besucht (2), bereits an der Schaffung einer ernsthaften Gefahr durch A. Dazwischen ist noch der Fall konstruierbar, dass B das Messer mit dem inneren Vorbehalt kauft, es später in der Kneipe einzusetzen (3). Auch hier könnte man bereits zum Zeitpunkt der Übergabe eine ernstzunehmende Gefahr bejahen. Die Rechtsgüter Leib und Leben der Menschen in der Kneipe geraten bereits zu diesem Zeitpunkt in eine Krise. Die drei Varianten des Falles zeigen jedoch, dass es für die Bewertung nicht allein auf die Wahrscheinlichkeit des Verlaufs zum Zeitpunkt der Handlung des A ankommen kann. Insbesondere der Vergleich der Varianten (2) und (3) illustriert, dass die bloß *innere* Entschlossenheit eines Dritten (!) für sich niemals geeignet sein kann, dem Opfer einen tatbestandlichen „Schutzanspruch“ gegen den potentiellen Ingerenten zu geben.⁴⁸⁶² Sonst könnte der Dritte A aufgrund seiner bloßen Gesinnung den sich sozial völlig unauffällig Verhaltenden in eine Garantenstellung zwingen, denn „nahezu alles kann zweckvoller Baustein irgendeines Deliktsplanes werden“.⁴⁸⁶³ Aber auch in der Variante (1) besteht keine unabhängig von dem bösen Willen des B vorliegende Gefahr.⁴⁸⁶⁴ Das alltägliche Miteinander wäre unmöglich oder unverhältnismäßig erschwert, wenn man sich zum Zeitpunkt des Handelns stets auf jedes erdenkliche Fehlverhalten anderer einstellen müsste – aber auch, wenn man auf jedes erdenkliche Fehlverhalten anderer reagieren müsste, das zum eigenen Tun in irgendeinem kausalen Zusammenhang steht. Es erscheint nicht gerechtfertigt, dass die Handlungsfreiheit *allein* durch die Entschlossenheit anderer

eine Axt zum Holzspalten leiht, erscheint es – selbst wenn dieser in heftigem Streit zu einem dritten Nachbarn liegt –, in aller Regel bedeutend näherliegend, dass er damit eben Holz spaltet. Eine Gefahr für den Nachbarn durch die Axt hingegen erscheint äußerst fernliegend. Die soziale Üblichkeit bedingt also regelmäßig schon das prognostische Fernliegen der Gefahr.

⁴⁸⁶⁰ Hilgendorf Jura 1995, 514, 519.

⁴⁸⁶¹ Angelehnt an Herzberg Garantenprinzip S. 315.

⁴⁸⁶² Dabei käme man zu dem unsinnigen Ergebnis, dass es hierfür auf den Zeitpunkt ankäme, in dem der Dritte seinen Willen bildet. Es macht weder aus der Perspektive des Opfers noch des potentiellen Ingerenten einen Unterschied, ob der Dritte von vornherein unerkannt tatentschlossen war oder sich erst später hierzu entschieden hat.

⁴⁸⁶³ Vgl. im Kontext der Aufstellung von Verhaltensanforderungen Jakobs ZStW 89 (1977) 1, 20; sowie Frisch Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 240; Freund MK § 13 Rn. 142.

⁴⁸⁶⁴ Formulierung angelehnt an Neumann JR 1993, 161, 162.

beschränkt wird⁴⁸⁶⁵ – sei es, indem die Person eine Handlung von vornherein unterlassen müsste,⁴⁸⁶⁶ sei es, dass sie strafrechtlich zum Eingreifen aufgerufen wäre, weil sie von vornherein das Ausbleiben des Verlaufs zu gewährleisten hätte. Auf diese Weise entstünde „eine die Freiheit gefährdende Abhängigkeit von den zufälligen fremden Zwecksetzungen“⁴⁸⁶⁷, die sich nicht ohne Rückgriff auf Solidaritätserwägungen begründen ließe. In den Drei-Personen-Konstellationen geht es also nicht bloß wie im Zwei-Personen-Verhältnis darum, die Rechtsgüter des Opfers gegenüber der Gefahrerhöhung durch die Förderungshandlung des potentiellen Ingerenten zu schützen. Vielmehr muss hier auch der potentielle Ingerent davor bewahrt werden, *allein* durch die Zwecksetzungen des Dritten einem strafrechtlichen Schutzanspruch und damit einer Garantenstellung ausgesetzt zu sein. Vor dem Hintergrund, dass der Dritte *allein* die Gefahrentwicklung beherrscht und somit die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung trifft, erscheint die Einschränkung der Handlungsfreiheit des *nur objektiv* Fördernden nicht legitimierbar. Während oben grundsätzlich betont wurde, dass die allein in der konkreten Situation begründete Erkennbarkeit und Beeinflussbarkeit des Geschehens nicht über den Schutzanspruch des Rechtsgutes entscheiden kann, geht es bei den Entscheidungen verantwortlicher Dritter um Entwicklungen, die der potentielle Ingerent nicht bloß situationsbedingt, sondern *generell nicht beeinflussen kann*. Hier entfällt die Legitimation der Garantenstellung gegenüber dem Adressaten.⁴⁸⁶⁸

Für die Ingerenz ist daher zwischen der Gefahr einer „direkten“ Schadensentwicklung und der über das verantwortliche Handeln eines Dritten verlaufenden zu differenzieren: Das Opfer hat *grundsätzlich* einen strafrechtlichen Schutzanspruch, dass der Ingerent keine („unmittelbare“) *ernstzunehmende Gefahr* für seine Rechtsgüter schafft.⁴⁸⁶⁹ Dagegen muss ein solcher Schutzanspruch des Opfers *besonders* begründet werden, wenn die geschaffene Gefahr im selbstverantwortlichen Handeln eines Dritten besteht, denn dort kann der potentielle Ingerent grundsätzlich ebenfalls nicht beeinflussen, ob das Ergebnis seiner Handlung eine Gefahr darstellt. Denn man kann die Angemessenheit der Einschränkung von Handlungsfreiheit im Interesse des Rechtsgüterschutzes nicht vor dem Hintergrund einer Welt nichtverantwortlicher Individuen konstruieren, in die man den

⁴⁸⁶⁵ So im Rahmen der Begehung *Samson* ZStW 99 (1987) 617, 632 f., der dann meint, die Grenze liege dort, wo die Ersthandlung durch das Ziel der Zweithandlung erst ihren Sinn bekomme.

⁴⁸⁶⁶ Vgl. insbesondere *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 240 ff.: „weitreichende Knebelung des Einzelnen“.

⁴⁸⁶⁷ So – allerdings gegen strafrechtliche Solidaritätspflichten argumentierend – *Seelmann* in: *Recht und Moral* S. 295, 299, im Anschluss an *Kant* MdS Rechtslehre § B, AB 32 f., Werke VIII S. 337.

⁴⁸⁶⁸ Siehe allgemein oben → § 1 B III.

⁴⁸⁶⁹ Das Opfer, das anders als der Ingerent auf das *Ergebnis* der Handlung keinen Einfluss hatte, ist von der maßgeblichen rechtsgutsbezogenen Entscheidung ausgeschlossen, sodass der Handelnde weiterhin die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung zu treffen hat (Kontrollherrschaft).

Dritten wie ein Stück Natur in die Abwägung einsetzt.⁴⁸⁷⁰ *Insoweit* spielt also der normative Aspekt des „Verantwortungsprinzips“ eine Rolle: Die Verantwortungsbereiche sind „nicht einfach fertige Gebilde“, sondern die Antwort auf die Frage, inwieweit zum Schutz der Güter von Personen die strafweise Einschränkung der Handlungsfreiheit anderer erforderlich und angemessen erscheint, wenn der Eintritt des Schadens vom Handeln dritter, verantwortlicher Individuen abhängt.⁴⁸⁷¹ Diese Erwägungen gelten auch für den strafrechtlichen Schutzanspruch des Opfers vor den Folgen der Handlung und damit die Begründung einer Ingerenzgarantenstellung: Es wäre bereits eine unverhältnismäßige Einschränkung der Handlungsfreiheit⁴⁸⁷² einer Person, wenn der bloße Missbrauch eines von ihr übergebenen Gegenstandes durch einen Dritten dazu führte, dass sie diese Folgen als Garant zu kontrollieren hätte. Die Gewährleistungsnorm erhält in diesen Fällen (ebenso wie die Verhaltensnorm) keinen Schutz gegen die Folgen der Handlung aufrecht, sodass auch keine Garantenstellung aus Ingerenz entsteht.⁴⁸⁷³

Es muss dabei als *zusätzlicher Grund* aufgezeigt werden, dass der Handelnde dennoch eine maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung trifft und damit seine Handlungsfreiheit durch einen *strafrechtlichen* Schutzanspruch einschränkbar ist. Dies erscheint insbesondere plausibel, wenn der potentielle Ingerent die Gefahr des Missbrauchs erkennen kann, insbesondere weil der Dritte „*erkennbar tatgeneigt ist*“.⁴⁸⁷⁴ Dann droht der Ingerent

⁴⁸⁷⁰ *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 241; *ders.* JuS 2011, 116, 121; *Stratenwerth* FS Eb. Schmidt S. 383, 390 ff.: Dass menschliches Verhalten nicht einem in der Sachwelt ablaufenden rechtsgutsverletzenden Kausalprozess gleichstehe, „sollte keiner besonderen Betonung bedürfen“.

⁴⁸⁷¹ *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 89; ähnlich *Frister* AT 10/13; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 15 Rn. 65.

⁴⁸⁷² *Herzberg* Garantenprinzip S. 307 stellt für solche Fälle auf die Sozialadäquanz ab: Es sei sozial üblich, Kriminalromane zu verleihen, auch wenn hierdurch der Entleiher auf Mordgedanken kommen könne. Die soziale Üblichkeit allein vermag jedoch noch nicht den Grund anzugeben, weshalb die Garantenstellung ausgeschlossen ist. In manchen sozialen Kreisen ist etwa auch das Verleihen von Springmessern und Einbruchwerkzeug üblich. Entscheidend ist jedoch der zweite von *Herzberg* angedeutete Gesichtspunkt: Das Risiko, dass durch eine Handlung *bestimmte* Dritte zu Straftaten versucht werden, „muß die Rechtsordnung um der allgemeinen Betätigungsfreiheit willen hinnehmen“.

⁴⁸⁷³ Es geht nicht darum, mit dem Schlagwort des „Verantwortungsbereichs“ *des Dritten*, also einer außenstehenden Person, das *vom Handelnden* verwirklichte und vom *Opfer* erlittene Unrecht zu leugnen. Vielmehr ist bei der Abwägung der Freiheitssphären von *Handelndem* und *Opfer* in der *konkreten Situation* (Maximum an Wahrheitsgarantie) zu fragen, ob die Wahrscheinlichkeit, dass es, vermittelt durch das verantwortliche Handeln des Dritten, zu einem Schaden kommt, es rechtfertigt, dem Opfer *strafrechtlichen Schutz* (i.S.d. Gewährleistungsnorm) gegen die Folgen der Handlung zukommen zu lassen.

⁴⁸⁷⁴ Für die Ingerenz *Roxin* AT II § 32 Rn. 162 f. Im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte *ders.* FS Tröndle S. 177, 190 ff.; siehe auch *ders./Greco* AT I § 24 Rn. 28; nahestehend *Duttge* MK § 15 Rn. 149 f.: triftige Anhaltspunkte; *Frister* AT 10/15; *Kühl* AT § 4 Rn. 49, 85; *Rengier* AT § 52 Rn. 65; *Puppe* AT § 5 Rn. 3; *Wolter* Straftatsystem S. 348 f.; **weiter** *Rudolphi* SK⁶ Vor § 1 Rn. 72: konkrete Anhaltspunkte; insoweit ist jedoch anzumerken, dass viele Anhaltspunkte auch harmlos deutbar sind, vgl. *Roxin* FS Tröndle S. 177, 188 f.; *ders./Greco* AT § 24 Rn. 31; *Duttge* MK § 15 Rn. 150; *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 267; **kritisch** zum Kriterium der erkennbaren Tatgeneigtheit *Sch/Sch/Eisele* Vor § 13 Rn. 101j; *Jäger* SK Vor § 1 Rn. 132; *T. Walter* LK Vor § 13 Rn. 108. – Allerdings führt die erkennbare Tatgeneigtheit nicht stets zum Unrechtsurteil. Nach einem Beispiel *Roxins*: Wenn jemand einen Mord androhe, falls ein Gerichtsprozess stattfinde („willentliche Bedingungsverknüpfung“), könne die Prozessführung des Richters nach ihrem objektiven Sinn nicht als Förderung der Tatgeneigtheit verstanden werden. Gleiches gelte für

nicht, von den fremden Zwecksetzungen des Dritten abhängig zu werden, sondern wird nur Garant für die Folgen seiner eigenen Entscheidung. In diesen Fällen wird das Verhalten jedoch in aller Regel fahrlässig sein.⁴⁸⁷⁵ Ein strafrechtlicher Schutzanspruch erscheint zudem in denjenigen Fällen begründbar, in denen dem Dritten die Tat derart erleichtert oder ermöglicht wird, dass Schutzvorkehrungen des Opfers abgebaut werden, es also in eine hilflose Lage versetzt wird, in der es sich Angriffen nicht mehr selbst selbstständig erwehren kann.⁴⁸⁷⁶ Der erkennbaren Tatgeneigtheit des Dritten ist insoweit die mit der Handlung einhergehende „erkennbare Tatanfälligkeit“ des Opfers gleichzusetzen.

Es zeigt sich, dass die tatbestandliche Gewährleistungsnorm in Zwei-Personen-Konstellationen den Schutz des Opfers auch in vielen Fällen aufrechterhält, in denen aus der Entscheidungsperspektive des Täters keine *Verhaltenspflicht* begründbar ist. Dagegen ist in Drei-Personen-Konstellationen der tatbestandliche Schutzanspruch regelmäßig nur unter erschwerten Voraussetzungen begründbar.⁴⁸⁷⁷

Nähere Ausführungen zur Unrechtsbegründung im Drei-Personen-Verhältnis würden den Rahmen der vorliegenden Untersuchung *bei Weitem* sprengen. Die Verortung der Problematik im Rahmen der tatbestandlichen Schutznorm schafft jedoch eine Anschlussfähigkeit der hier vorgeschlagenen Lösung für jede Unrechtskonzeption, die ein *Maximum an Wahrheitsgarantie* zugrunde legt. Auf dieses wird auch im Drei-Personen-Verhältnis nicht verzichtet: Gerade bei einer *objektiven* Betrachtung der Sachlage wäre ein Schutzanspruch ohne die erkennbare Tatgeneigtheit nicht legitimierbar. Es handelt sich nicht um einen die Tatsachenbasis *einschränkenden* Gesichtspunkt, sondern einen solchen, der bei *vollständiger* Tatsachenbasis die Waagschale bei der Abwägung der Freiheitsrechte zugunsten des Handelnden zu kippen vermag.⁴⁸⁷⁸ Gleichzeitig ist zu beachten, dass das In-

das deliktsermöglichende Weggehen oder sonstige Erpressungsfälle (Roxin FS Tröndle S. 177, 191; ders./Greco AT I § 24 Rn. 30 (Zitat); auf dieses Erfordernis des „deliktischen Sinnbezugs“ soll es insbesondere im Rahmen der Beihilfe ankommen, ders. AT II § 26 Rn. 221 ff.

⁴⁸⁷⁵ Es ist grundsätzlich sorgfaltswidrig, gefährliche Gegenstände erkennbar Tatgeneigten zu überlassen. Zu erwägen ist dies möglicherweise noch für die Weitergabe generell sicherungspflichtiger Gegenstände, etwa genehmigungspflichtiger Waffen; so etwa Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 168 f. Dass das Problem der Drei-Personen-Konstellationen regelmäßig sachgerecht mit dem Maßstab der objektiven Sorgfalt bewältigt werden kann, meint auch Herzberg Garantenprinzip S. 315.

⁴⁸⁷⁶ Vgl. dazu Neumann JR 1993, 161, 162; Otto FS Geppert S. 441, 455, der allerdings wenig überzeugend eine Beschützergarantenstellung konstruiert; Paradissis Unterlassungsstrafbarkeit S. 205 ff.; für die Verhaltensnorm Frisch Tatbestandsmäßiges Verhalten S. 331 ff.

⁴⁸⁷⁷ Ähnlich wie hier Herzberg JZ 1986, 986, 991, zwischen „Pflichtwidrigkeit“ und „Vermeideverantwortlichkeit“ unterscheidend. In den Fällen „handfest-unmittelbarer Einwirkungen“ sei der Täter regelmäßig unabhängig von der konkreten Vorhersehbarkeit eines Schadens vermeideverantwortlich, während in Drei-Personen-Konstellationen erst die Erkennbarkeit des Dazwischentretens die Vermeideverantwortlichkeit begründe; auf die erkennbare Tatgeneigtheit stellt auch Paradissis Unterlassungsstrafbarkeit S. 201 ab.

⁴⁸⁷⁸ Im Einklang mit der hier vertretenen Richtlinie mag man auch formulieren, dass der Handelnde eine *maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung* bei einer unmittelbaren naturkausalen Schädigung bereits durch die objektive Schaffung einer ernstzunehmenden Gefahr trifft. Wer bloß die *objektive* Gefahr einer

tegritätsinteresse des Rechtsguts tendenziell weniger schützenswert ist, solange die Eigenverantwortung des Dritten *normativ* (wenn auch nicht mehr zwingend prognostisch) Gewähr bietet,⁴⁸⁷⁹ dass es nicht zu Rechtsgutsbeeinträchtigungen kommt. Oder anders formuliert: Es versteht sich von selbst, dass die *endgültige Abgrenzung der Freiheitsphären* von Täter und Opfer *anders* zu ziehen ist, wenn der Konflikt der Freiheitsbereiche erst durch die freiverantwortliche Entscheidung eines Dritten vermittelt ist.

d) Differenzierung zwischen den Beteiligungsformen

Kommt man zu dem Ergebnis, dass die Handlung objektiv die schutznormwidrige Gefahr begründet, dass der Dritte diese zum Anlass nimmt, das Opfer zu gefährden, so ist zur Vermeidung von Widersprüchen zu den Beteiligungsregeln zu differenzieren. Wertungswidersprüche kann es insbesondere nach der Rechtsprechung des BGH geben, der im Unterlassungsbereich die Beteiligungsformen noch immer nach der inneren Haltung der Betroffenen unterscheidet.⁴⁸⁸⁰ Die austarierten Regelungen zur Verteilung strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei der aktiven Begehung dürfen jedoch nicht nach Handlungsabschluss durch die bloß normative Begründung von Überwachungsgarantenpositionen überspielt werden.⁴⁸⁸¹ Es darf nicht zu einer „Aufrollung“ der Beteiligungslehre vom Unterlassungsdelikt her kommen.⁴⁸⁸² Die Beteiligungsregeln sind insoweit vorrangige Sonderregeln.⁴⁸⁸³ Daher muss das Prinzip der Tatherrschaft für die Entstehung der Garantstellung aus Ingerenz jedenfalls insofern Relevanz aufweisen, als es um eine täterschaftliche Ingerenz-Unterlassung geht.

Früh wurde auf die Notwendigkeit hingewiesen, die Beteiligungssystematik im Kontext der unterlassenen Verhinderung eines zuvor unterstützten Selbstmordes⁴⁸⁸⁴ zu berücksichtigen. Die Entscheidung des Gesetzgebers, die Suizidbeihilfe grundsätzlich straffrei zu stellen, dürfe nicht dadurch unterlaufen werden, dass man im Anschluss eine Strafbarkeit aufgrund unechtem Unterlassungsdelikt annimmt.⁴⁸⁸⁵ Es ist widersprüchlich, wenn

über freies menschliches Verhalten kausierten Schädigung schafft, trifft hingegen noch keine *maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung*.

⁴⁸⁷⁹ Hierzu *Frisch* JuS 2011, 116, 121; *Geilen* JZ 1965, 469, 474.

⁴⁸⁸⁰ Vgl. etwa BGH NSTZ 2009, 321, 322; BGH BeckRS 2018, 13259.

⁴⁸⁸¹ Die Ingerenzgarantenstellung soll ja gerade aus diesen tatbestandlichen Wertungen begründet werden.

⁴⁸⁸² Dies betont für die Ingerenz zu Recht *Sowada* Jura 2003, 236, 245; siehe auch *Neumann* JR 1993, 161 ff.; *Fischer* § 13 Rn. 58.

⁴⁸⁸³ *Sowada* Jura 2003, 236, 245. *Otto* meint, im Hinblick auf das vorangegangene gefährliche Tun müsse auf die den Täterschafts- und Teilnahmeregeln zugrundeliegenden sozialen Strukturen durchgegriffen werden. Die Regeln zu Täterschaft und Teilnahme seien daher entsprechend anwendbar. Die Teilnahme an der Vortat, also die bloße Veranlassung, Ermöglichung oder Förderung der Gefährdung, könne nicht zur Verwirklichung des anschließenden Unterlassungsdelikts als Täter führen, *Otto* FS Gössel S. 99, 114; *ders.* AT § 9 Rn. 82; bereits *ders.* NJW 1974, 528, 533; *ders.* JK 91 StGB § 13/16; ähnlich *Geilen* JK 82 StGB § 13/2; siehe auch *Jakobs* GA 1996, 253, 259 m. Fn. 13; *Renzikowski* Täterbegriff S. 139 ff.

⁴⁸⁸⁴ Vgl. dazu insbesondere BGHSt 2, 150, BGHSt 7, 268 und BGH 13, 162, die allerdings jeweils die Garantstellung des Ehegatten betrafen.

⁴⁸⁸⁵ Vgl. bereits *Gallas* JZ 1952, 371, 372; *ders.* JZ 1960, 686; *Grünwald* GA 1959, 110, 113, 120 f.; *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 146 ff.

der *Teilnehmer* an der Selbsttötung als solcher straflos ist, zugleich aber als Ingerenzgarant *Täter* der Nichtverhinderung des Erfolgsintritts.⁴⁸⁸⁶ Diese Konstellationen sind jedoch hinreichend diskutiert und überdies durch die h.M. problemlos mit dem Pflichtwidrigkeitskriterium lösbar.⁴⁸⁸⁷ Richtigerweise hindert die Eigenverantwortlichkeit des Suizidenten das Entstehen einer Garantenstellung. Denn hierdurch ist nicht allein der Schutz durch die Verhaltens-, sondern auch der durch die Gewährleistungsnorm zurückgenommen.

Aufschlussreich erscheinen diejenigen Fallgestaltungen,⁴⁸⁸⁸ bei denen die Alternativen nicht Strafbarkeit – Straflosigkeit heißen, sondern zwischen einer Strafbarkeit wegen Täterschaft und einer Strafbarkeit wegen Teilnahme unterschieden werden muss. So hatte der BGH, wie oben beschrieben, einige Konstellationen zu entscheiden, bei denen ein Mittäter die gemeinschaftliche Tatbegehung als Anlass nahm, das Opfer über den Tatplan hinausgehend zu verletzen.⁴⁸⁸⁹ Wenn man hier die anderen Mittäter als Garanten zur Verhinderung des Exzesses bzw. zur Abwendung von dessen Folgen betrachtete, unterliefe man die gesetzliche Wertung, den Mittäterexzess nicht nach § 25 II StGB zuzurechnen.⁴⁸⁹⁰

Gleiches gilt in Fällen des Zusammenwirkens von einem Täter und einem Gehilfen. Wenn A etwa für den B „Schmiere steht“, während dieser den C tötet, so ist B die Zentralgestalt, die das Geschehen in den Händen hält, während A bloß als Randgestalt einen unterstützenden Beitrag leistet. A wäre somit nur nach §§ 212 I, 27 StGB zu bestrafen.

⁴⁸⁸⁶ Gallas JZ 1960, 686.

⁴⁸⁸⁷ Vgl. Rudolphi Gleichstellungsproblematik S. 138, 147 ff., 163 ff.

⁴⁸⁸⁸ Vor dieser Konsequenz warnt im Rahmen der Tatherrschaftslehre auch *Roxin*: „Denn der aktiv Helfende, der wegen seiner fehlenden Tatherrschaft nur nach § 49 StGB [a.F.; heute § 27] bestraft werden kann, hätte dann soweit er die Erfolgsabwendung unterläßt, gleichwohl die Tatherrschaft. Daß dies ein begrifflich und sachlich widersinniges Ergebnis wäre, liegt auf der Hand. [...] Das von der Tatherrschaftslehre erstrebte Ziel einer Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme würde also gerade verfehlt werden.“ *Roxin* geht es dabei insbesondere darum, aufzuzeigen, dass sich eine Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassenden nicht nach Tatherrschafts Gesichtspunkten durchführen lasse, *Roxin* TuT S. 517. Siehe auch *Lampe* ZStW 72 (1960) 93, 106, der davor warnt, dass die Strafmilderung der Beihilfe hinfällig würde.

⁴⁸⁸⁹ Vgl. oben → Kapitel 2 A; etwa BGH StV 1982, 218; BGH NJW 1992, 1246; BGH NStZ-RR 1997, 292; BGH NStZ 1998, 83; BGH NJW 1999, 69.

⁴⁸⁹⁰ Wenn also A und B den C gemeinsam durch Faustschläge misshandeln, wobei A dem C die Hände hinter dem Rücken zusammenhält und B die Schläge ausführt, so sind diese Handlungen dem A entsprechend § 25 II StGB zuzurechnen. Wenn hingegen B im Exzess dem C ein Messer in den Bauch sticht, so geschieht dies außerhalb des Tatplans. A ist für diesen Exzess nicht als Mittäter verantwortlich, zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen hat A für diese Gefahr auch im Rahmen der Ingerenzbegründung nicht (als Täter) einzustehen. Die Wertung, den A nicht nach §§ 212 I, 25 II StGB zu bestrafen, würde hinfällig, wenn man ihn sogleich als Garanten auf Posten stellte, das von B lebensgefährlich verletzte Opfer unter der Strafantrohung von §§ 212 I, 13 I StGB zu retten. – Daher ist es zutreffend, wenn im Rahmen der Ingerenzbegründung darauf hingewiesen wird, dass Exzesstaten nicht zugerechnet werden, vgl. *Gaede* NK § 13 Rn. 45; *Geppert* JK 86 StGB § 13/8; *ders.* JK 99 StGB § 212/4; *Herbertz* Ingerenz S. 366, 378; *Kühl* AT § 18 Rn. 104; *Roxin* AT II § 32 Rn. 163; *Wohlers* NK³ § 13 Rn. 44.

Erachtete man den A jedoch wegen seiner pflichtwidrigen Gefahrschaffung bzw. -erhöhung für das Leben des C als Garanten, so könnte sich A nach Abschluss der aktiven Handlung des B als Totschläger durch Unterlassen, §§ 212 I, 13 I StGB strafbar machen, falls der Tod des C noch abwendbar ist. Dies kann nicht überzeugen. Die Bewertung, dass die aktive Förderungshandlung nur als aktive Beihilfe (und nicht als täterschaftliche Begehung) bestraft werden kann, darf im Unterlassungsbereich nicht dadurch unterlaufen werden, dass man den A als Garanten verpflichtete, den C vor der Todesgefahr zu retten, und für den Fall der Unterlassung die Strafe eines Unterlassungstäters androhte.⁴⁸⁹¹ So ist die Argumentation *Gallas*‘ zur Suizidbeihilfe auch hier gültig: Aus dem Bestehen besonderer Teilnahmevorschriften, „die sonst ihren Sinn verlören“, ergibt sich zwingend, dass „die Verletzung einer aus der Teilnahmehandlung als solcher etwa herzuleitenden Erfolgsabwendungspflicht niemals eine Verantwortlichkeit als Täter zu begründen vermag“. Sonst würde die zwingende Strafmilderung nach § 27 II 2 StGB illusorisch.⁴⁸⁹² Die Garantenstellung aus Ingerenz ist aus den Wertungen der Begehungstäterschaft abgeleitet, sie ist in ihrer Reichweite allein von der Vorhandlung abhängig. Das strafrechtliche Einsteigmüssen des Ingerenten *als Täter* kann zur Zeit der Unterlassung nicht weitergehen als zur Zeit der Vorhandlung.⁴⁸⁹³

Entscheidend ist in diesen Fällen, dass A nicht „Mittäter“ der durch B bewirkten Gefahrschaffung ist.⁴⁸⁹⁴ Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen sind die Regeln der Mittäterschaft sinngemäß anzuwenden. Es kommt darauf an, ob die Gefahrschaffung Teil des Tatplans war und der A einen nicht unwesentlichen Beitrag hierzu leistete.⁴⁸⁹⁵ Bei der Mittäterschaft ist erforderlich, dass jedem Einzelnen die Mitbeherrschung über die Tatbestandsverwirklichung zufällt, sodass er diese nach seinem Willen ablaufen lassen oder hemmen kann.⁴⁸⁹⁶ Wartet etwa ein Beteiligter A eines Raubes plangemäß hundert Meter vom Tatort entfernt, um die Ausführenden samt Beute nach Abschluss des Raubs in Sicherheit zu bringen, kann es sich nicht um einen Mittäter handeln, da er auf das Ob und

⁴⁸⁹¹ Dies gilt erst recht, wenn die Förderungshandlung ohne entsprechenden Vorsatz erfolgte, A etwa glaubte, dass B den C bloß misshandeln will.

⁴⁸⁹² *Gallas* JZ 1960, 686; zustimmend *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 146 f.; insoweit abweichend *Grünwald* GA 1959, 109, 115, der die Strafmilderung der Beihilfe auch auf die Unterlassung anwendet. Anders wieder *Gallas* JZ 1960, 686 m. Fn. 56.

⁴⁸⁹³ Anders und hier die Möglichkeit einer täterschaftlichen Ingerenzunterlassung bejahend etwa *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 36; *Stein* SK § 13 Rn. 57, der nur meint, das Vorverhalten müsse *pflichtwidrig* im Hinblick auf die Tat gewesen sein; *Weigend* LK § 13 Rn. 43.

⁴⁸⁹⁴ Vgl. auch *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 36 Rn. 64. BayOblGSt 1990, 67, 68 f. sah jeden der beiden Angeklagten, die übereinstimmend Kerzen anzünden wollten, verpflichtet, diese wieder zu löschen, „ohne Rücksicht darauf, ob er die Kerzen aufgestellt hat oder nicht“; zustimmend *Otto* JK 91 StGB § 13/16: Rückgriff auf die der Täter- und Teilnehmerlehre zugrunde liegende soziale Zuordnung.

⁴⁸⁹⁵ In der Entscheidung BGH 4 – StR 742/83 (die betreffende Stelle ist nicht abgedruckt in NSTZ 1984, 328 und StV 1984, 190) führt der BGH zur Rettung eines in Todesgefahr schwebenden Opfers aus, es komme nicht darauf an, ob die Gefahr durch die eigene Handlung oder die eines Mittäters geschaffen wurde.

⁴⁸⁹⁶ *Zieschang* ZStW 107 (1995) 361, 373 f.

Wie der Tatbegehung keinen Einfluss nehmen kann.⁴⁸⁹⁷ Dies muss sinngemäß gelten, wenn durch die Gewaltanwendung nun eine Gefahr für das Leben des Raubopfers geschaffen wird. Selbst wenn A Tötungsvorsatz hätte, könnte er aufgrund der untergeordneten Bedeutung seines Beitrages nicht als Begehungstäter bestraft werden. Dies gilt erst recht, wenn er die Lebensgefährdung unvorsätzlich fördert.⁴⁸⁹⁸ Er kann daher ebenfalls nicht als Unterlassungstäter bestraft werden, wenn er erkennt, dass das Opfer in Lebensgefahr schwebt, und dieses nicht rettet.⁴⁸⁹⁹

Abseits von Fällen der Mittäterschaft ziehen die Regeln der mittelbaren Täterschaft⁴⁹⁰⁰ der Verantwortung des Ingerenzgaranten eine Grenze: Handelt der Dritte volldeliktisch, so *konnte* der Hintermann nie Tatherrschaft aufweisen. Richtig ist zwar mit *Roxin*, dass es für die Täterschaft nicht allein auf die Eigenverantwortlichkeit des Vordermanns, sondern maßgeblich auf die Steuerung durch den Hintermann ankommt.⁴⁹⁰¹ Der Tatherr ist nach *seiner* Position zum Rechtsgut zu bestimmen.⁴⁹⁰² Um Täter zu sein, muss man die Tat jedoch überhaupt beherrschen *können*.⁴⁹⁰³ Der Begriff der Herrschaft ist, indem er sich auf die *Tatbestandserfüllung* bezieht, stets auch normativ, sodass die Unfreiheit des Vordermanns durchaus in den Begriff aufgenommen werden kann.⁴⁹⁰⁴ Der Verantwortungsgrundsatz⁴⁹⁰⁵ ist dabei kein normatives Begründungsprinzip, sondern „sekundäres Maß- und Abgrenzungsprinzip, das dem zweckrationalen Herrschaftsfundament seine ‚rechtliche Form‘ gibt.“⁴⁹⁰⁶ Freiverantwortliches Handeln des Vordermanns versperrt dem Hintermann die Herrschaft über die *Tatbestandserfüllung* und setzt so seiner Möglichkeit zur Tatherrschaft eine objektive Grenze.⁴⁹⁰⁷ Sein Beitrag kann überhaupt objektiv

⁴⁸⁹⁷ Vgl. auch *Zieschang* FS Otto S. 505, 514 zu einem Wohnungseinbruchdiebstahl.

⁴⁸⁹⁸ Vgl. schon *Gallas* JZ 1960, 686 m. Fn. 56, 687.

⁴⁸⁹⁹ Dies auch, nachdem die Täter des Raubes nicht mehr anwesend sind.

⁴⁹⁰⁰ Vgl. auch *Zieschang* AT Rn. 108.

⁴⁹⁰¹ *Roxin* LK¹¹ § 25 Rn. 59 f.; *ders.* AT II § 25 Rn. 177; siehe auch *Neumann* GA 1985, 474, 476; *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 84; **and**ers *Murmann* Selbstverantwortung S. 335, der meint, dass es nicht zentral auf die instrumentale Steuerung ankomme, da die Herrschaft über ein Geschehen nur eingeordnet in einen normativen Zusammenhang Bedeutung erhalte.

⁴⁹⁰² *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 84.

⁴⁹⁰³ *Zieschang* FS Otto S. 505, 514.

⁴⁹⁰⁴ Vgl. auch *Küper* JZ 1986, 219, 221; außerdem *ders.* JZ 1989, 935 ff. Dazu, dass die Tatherrschaft ein normativer Begriff ist, indem sie sich stets auf den jeweiligen Tatbestand bezieht, bereits *Gallas* Gutachten S. 121, 132 ff.; *ders.* ZStW-Sonderheft Athen (1957) S. 3, 13; siehe auch *Welzel* Strafrecht S. 99; *Maurach* AT § 47 III B 2 b); *Rudolphi* FS Bockelmann S. 369 ff.; *Murmann* Nebentäterschaft S. 181; *Roxin* GA 2012, 395, 400; *Zieschang* GA 2020, 57, 61; daher erscheint es unzutreffend, wenn *Grünwald* GA 2012, 364, 369 der „herkömmlichen Anschauung“ ein „rein faktisches Verständnis von Tatherrschaft“ unterstellt.

⁴⁹⁰⁵ Soweit zum Teil auf die „Autonomie“ des Vordermanns abgestellt wird (*M.-K. Meyer* Autonomie S. 132 ff.; *Renzikowski* Täterbegriff S. 72 ff., 81 ff.; *Grünwald* GA 2012, 364, 369; *Köhler* AT S. 488, 505 ff.), handelt es sich hingegen um einen schillernden und unbestimmten Gesichtspunkt, dem mitunter „ein Moment des Unverbindlichen, des rhetorischen“ anhängt (wörtl. Zitat *Neumann* GA 1985, 474, 476 f.; siehe außerdem die Kritik bei *Küper* JZ 1986, 219 ff., 229; *Roxin* LK¹¹ § 25 Rn. 59; *Schünemann/Greco* LK § 25 Rn. 91 ff.; *Zieschang* FS Otto S. 505, 522).

⁴⁹⁰⁶ *Küper* JZ 1989, 935, 948.

⁴⁹⁰⁷ Vgl. zutreffend *Zieschang* FS Otto S. 505, 515 ff., 519 ff.; *ders.* AT Rn. 670 ff. Im Ergebnis auch auf Grundlage des Autonomieprinzips *Renzikowski* Täterbegriff S. 74; aufgrund der Selbstverantwortung des

nur ein Teilnehmerhandeln sein und daher auch nicht im Anschluss unter Ingerenzgesichtspunkten eine Unterlassungsstrafbarkeit als Täter bedingen.

Eine solche Differenzierung zwischen den Beteiligungsformen erscheint sachgerechter als eine „Alles-oder-nichts-Lösung“. Wenn etwa A und B den O misshandeln, um diesen zu berauben, und dann B dazu übergeht, ihn zu töten, so hat A durch seine Misshandlung die ernsthafte Gefahr geschaffen, dass B weiteren Angriffen, gegen sein Leben etc., wehrlos ausgesetzt ist. Daher ist es sachgerecht, dass A Garant für die selbst geschaffene Gefahr ist. Er muss alle in der Situation offenen Möglichkeiten ergreifen, um solche Verläufe abzuwenden, die aufgrund der Hilf- und Wehrlosigkeit des O ernsthaft zu befürchten sind. Ernsthaft zu befürchten können indes, da sich menschliches Verhalten in gesetzmäßigen Zusammenhängen abspielt, auch Angriffe Dritter oder Exzesse von Mittätern sein. Nutzt B die hilflose Lage des O zu einer solchen Exzesstat, muss A daher die Abwendung des Erfolgs fördern, anderenfalls macht er sich nach §§ 212 I, 13 I, 27 I StGB strafbar. Insoweit ähnlich meint *Renzikowski* hier, derjenige, der ein Geschehen durch einen Gehilfenbeitrag fördere, sei allenfalls verpflichtet, seinen Teilnehmerbeitrag rückgängig zu machen.⁴⁹⁰⁸ Doch das erscheint recht naturalistisch gedacht: Der Gehilfe wird bestraft, weil er sich objektiv für das Rechtsgut gefährlich verhält,⁴⁹⁰⁹ nicht weil er bestimmte, einzeln umschriebene, Handlungen vornimmt. Entsprechend muss sich auch derjenige, der durch Unterlassen Hilfe leistet, mit seiner Untätigkeit gefährlich verhalten, was sich im Hinblick auf den abzuwendenden Gefahrensachverhalt bestimmt.⁴⁹¹⁰ Überdies ist völlig unklar, was genau geleistet werden müsste, um den Teilnahmebeitrag „rückgängig“ zu machen. Dieser besteht ja nicht isoliert fort⁴⁹¹¹ und ist damit auch nicht isoliert abwendbar. Der Ingerent muss vielmehr das Erforderliche tun, um die Gesamtfahr zu neutralisieren. Was die Strafbarkeit angeht, ist jedoch die Täterstrafe, § 25 StGB, zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen gesperrt.⁴⁹¹²

Kurz gesagt: Wenn das vorausgegangene gefährliche Tun in der vorsätzlichen oder unvorsätzlichen Förderung einer von einem Dritten begangenen vorsätzlichen Straftat besteht, kann die Verletzung der *hieraus* entstehenden Garantspflicht nur eine Strafbarkeit wegen Beihilfe begründen.⁴⁹¹³ Dies bedeutet, dass die Strafe jedenfalls entsprechend § 27

Vordermanns *H. Schumann* Handlungsunrecht S. 69 ff., 73 ff.; *Zaczyk* Selbstverantwortung S. 40, 43, 45, 61 f.; außerdem *Goeckenjan* Revision S. 183.

⁴⁹⁰⁸ *Renzikowski* Täterbegriff S. 141 f. Da *Renzikowski* pflichtwidriges Vorverhalten verlangt, hält er die Verletzung dieser Pflicht für subsidiär.

⁴⁹⁰⁹ Vgl. *Zieschang* FS Küper S. 733, 743 ff.

⁴⁹¹⁰ Parallel zu § 323c I StGB *Zieschang* FS Küper S. 733, 739: Berücksichtigung der Gesamtsituation, insbesondere der konkreten Lage des Unglücksopfers.

⁴⁹¹¹ Im Allgemeinen *Stratenwerth* FS Gallas S. 227, 238: „Das vom Täter [sowie vom Teilnehmer; JF] zu verantwortende Quantum an Gefahr geht unabgrenzbar ein in das gesamte Gefährdungspotential, aus dem der Erfolg erwächst“.

⁴⁹¹² Ähnlich wie hier bereits *Gallas* JZ 1960, 686 m. Fn. 56, 687; *Lüderssen* Strafgrund S. 182, 184; vgl. auch *Herbertz* Ingerenz S. 373 f.

⁴⁹¹³ *Gallas* JZ 1960, 686, 687. Überdies meint *Gallas*, verbleibe neben dem die Tatherrschaft ausübenden Begehungstäter dem Garant *generell* nur die Rolle eines Gehilfen. Mit dem aktiven Eingreifen eines

II 2 StGB gemildert werden muss.⁴⁹¹⁴ Die Bedenken hinsichtlich dieser Wertungswidersprüche hat hingegen jüngst *Paradissis* weggewischt, wenn er vorbringt, derartige Fälle seien grundsätzlich als Unterlassungstäterschaft einzustufen.⁴⁹¹⁵ Hier entstehe auch keine Kollision mit den Beteiligungsvorschriften, da die Strafbarkeit durch „restriktive“ Regeln (die der „allgemeinen“ objektiven Zurechnung/Fahrlässigkeitszurechnung) begrenzt sei. Wie hier die *allgemeinen* Zurechnungsregeln, die nicht zwischen Täterschaft und Teilnahme differenzieren, eine Kollision mit den speziellen Teilnahmevorschriften verhindern sollen, bleibt jedoch völlig offen. Gleichwohl, meint *Paradissis*, sehe § 13 II StGB eine Milderungsmöglichkeit vor, sodass nicht auf § 27 II 2 StGB zurückgegriffen werden müsse. Diese sei für die Ingerenz stets – nicht bloß für die Fälle des Dazwischentretens Dritter – obligatorisch anzuwenden.⁴⁹¹⁶ Wenn aber die Milderung nach § 13 II StGB bei der Ingerenz bereits *ohnehin* im Allgemeinen geboten erscheint, fragt sich, wie diese außerdem noch Wertungswidersprüche durch den Wegfall der (obligatorischen!) Milderung nach § 27 II 2 StGB kompensieren soll.⁴⁹¹⁷

8. Zwischenergebnis

Die hier unterbreiteten Vorschläge können den Begriff der tatbestandlichen Schutznorm selbstverständlich nicht abschließend konkretisieren. Das wäre Aufgabe der allgemeinen Unrechtslehre,⁴⁹¹⁸ nicht der Garantenlehre. Für die Reichweite des strafrechtlichen Schutzanspruchs kommt es zunächst auf die gesetzlichen Wertungen an. Wo es keine gesetzlichen oder dogmatischen Erkenntnisse zur Reichweite eines isolierten Erfolgsunrechts gibt, entscheidet die materielle Überlegung, ob der Tatbestand eine entsprechende Handlung im Ergebnis zu verhindern bezweckt.

vorsätzlich handelnden Dritten verstelle dieser dem untätig bleibenden Garanten den unmittelbaren „Zugang“ zum Erfolg (Ausnahmen erwägend aber S. 687 m. Fn. 69; siehe auch schon *ders.* JZ 1952, 371, 372); im Ergebnis ähnlich *Schultz* JuS 1985, 270, 275. – Außerhalb der genannten Ingerenzfälle ist dies jedoch zweifelhaft. Denn dort ergibt sich die Garantenstellung nicht bloß als „Annex“ aus den Wertungen des Begehungstatbestandes (konkret: bloß des Beihilfetatbestandes), sondern aus einer eigenständigen rechtlich-sozialen Position; gegen *Gallas* schon *Roxin* TuT S. 553 ff.

⁴⁹¹⁴ Grundsätzlich ist aus dem Tatbestand des § 27 StGB zu bestrafen, solange eine limitiert akzessorische (Unterlassungs-) Tat des Dritten vorliegt. Die Verantwortung der Beteiligten bestimmt sich damit entsprechend ihrer Rolle während der aktiven Phase. Sobald es an einer limitiert akzessorischen Haupttat des Dritten fehlt (weil dieser etwa keinen Vorsatz mehr hat), wird der unterlassende Ingerent Zentralgestalt des Geschehens und kann sich wegen eines täterschaftlichen Unterlassungsdelikts strafbar machen. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ist ihm jedoch weiterhin die zwingende Strafmilderung analog § 27 II 2 StGB zuzuerkennen.

⁴⁹¹⁵ Für die Beihilfe bleibe bloß der schmale Anwendungsbereich der Delikte mit besonderen Täter Voraussetzungen, *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 215.

⁴⁹¹⁶ *Paradissis* Unterlassungsstrafbarkeit S. 216; so auch schon *Ha. Schneider* NSStZ 2004, 91, 93; **and**ers zu Recht *Herbertz* Ingerenz S. 366.

⁴⁹¹⁷ Dass hier dem Gehilfen (neben der fakultativen, § 13 II StGB) die obligatorische Milderung des § 27 II 2 StGB erhalten bleiben muss, betonen zu Recht *Sowada* Jura 2003, 236, 245; *Herbertz* Ingerenz S. 373 f.

⁴⁹¹⁸ Kompatibel mit der hier vertretenen Lösung wäre etwa der Begriff des Geschehensunrechts bei *Frister* AT 8/13 f., 10/1 ff., welcher dem vorliegenden Verständnis der Schutznorm nahekommt.

VI. Sonderkonstellationen

Zuletzt soll die Bedeutung der Ingerenzgarantenstellung anhand von zwei Sonderkonstellationen veranschaulicht werden: Betrug durch Unterlassen und Tötung auf Verlangen durch Unterlassen. Hiermit ist nochmals aufzuzeigen, dass es stets darauf ankommt, welche Schädigungsmöglichkeiten durch den jeweiligen Tatbestand verhindert werden sollen. Beide Fälle zeigen insbesondere, dass die bloße *Pflichtwidrigkeit nicht zwingend* zu einer Garantenstellung aus Ingerenz führt. Es handelt sich vielmehr um eine Frage des jeweiligen tatbestandlichen *materiellen Unrechts*.⁴⁹¹⁹ Vor allem erstere Konstellation wirft zudem nochmals einen Blick auf die umstrittene Entsprechungsklausel, deren Bedeutung für verhaltensgebundene Delikte oben weitgehend offengelassen wurde.⁴⁹²⁰

1. Ingerenz beim Betrug?

a) Allgemeines

Auf die einzelnen Verästelungen der Betrugsdogmatik kann hier nicht eingegangen werden. Die Möglichkeit, § 263 I StGB durch Unterlassen zu begehen, wird von der ganz h.M. bejaht.⁴⁹²¹ Die in der Literatur zum Teil vertretene Einschränkung auf Unterlassungen mit Erklärungswert⁴⁹²² kann nicht überzeugen. Zu betonen ist bereits, dass in diesen Fällen in aller Regel eine Strafbarkeit wegen aktiver Begehung des § 263 StGB durch

⁴⁹¹⁹ Siehe schon oben → Kapitel 1 § 3 B IV 3 e).

⁴⁹²⁰ Siehe schon oben → Kapitel 1 § 2 D IV 3.

⁴⁹²¹ Vgl. nur BGHSt 46, 196, 203; BGHSt 54, 44, 49 f.; BGHSt 62, 72, 75 ff.; BGH NJW 2000, 3013, 3014; OLG Stuttgart NStZ 2005, 554, 555; BayObLG NJW 1987, 1654; OLG Saarbrücken NJW 2007, 2868, 2869; *Becker* NStZ 2017, 535; *Gaede* AnwK § 263 Rn. 40; *Hefendehl* MK § 263 Rn. 179 ff., 244 ff.; *Hoyer* SK § 263 Rn. 53 ff.; *Kindhäuser* NK § 263 Rn. 144 ff., 155 ff., 166 ff.; *ders./Hilgendorf* LPK § 263 Rn. 87 ff.; *ders./Böse* BT II § 27 Rn. 25 ff.; *Krey/Hellmann/Heinrich* BT 2 Rn. 569 ff.; *Lackner/Kühl* § 263 Rn. 12 ff.; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen* BT 1 § 41 Rn. 37, 50 ff.; *Mitsch* BT 2/1 § 7 Rn. 27 ff.; *Otto* BT § 51 Rn. 18 ff.; *Matt/Renzikowski/Saliger* § 263 Rn. 64 ff.; *Satzger* SSW § 263 Rn. 84 ff.; *Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 18; *Rengier* BT I § 13 Rn. 27 ff.; *Hillenkamp* JR 1988, 301 ff.; *Rengier* JuS 1989, 802, 807; *Tiedemann* LK § 263 Rn. 51 ff.; monographisch *Maaß* Betrug; *Seibert* Garantienpflichten; *anders* *H. Mayer* AT S. 152; *Naucke* Betrug S. 106 ff., 214; *Grünwald* FS H. Mayer S. 281, 290 f., der die Möglichkeit einer Täuschungsabsicht leugnet; mit ihm *Dencker* FS Grünwald S. 75, 91 f.; (**dagegen** aber zu Recht *Kindhäuser* NK § 263 Rn. 144: Es geht um einen zielgerichteten Grund, kein finales Verhalten); zutreffend wenden im Allgemeinen z.B. *Kindhäuser* aaO und *Saliger* aaO gegen die ablehnenden Stimmen ein, dass der Gesetzgeber mit der allgemeinen Regel des § 13 I StGB grundsätzlich alle Delikte des BT in Bezug nimmt.

⁴⁹²² Mit Unterschieden im Einzelnen *Herzberg* Garantienprinzip S. 74 ff., 81 f. (der allgemein meint, bei verhaltensgebundenen Delikten *ersetze* das Entsprechen die Garantenstellung, S. 68 ff.); *Freund* MK § 13 Rn. 207; *Gauger* Dogmatik S. 239; *Jakobs* AT 29/80 (es könne aber Beihilfe vorliegen); *Kargl* ZStW 119 (2007) 250, 281 ff., 282: „wenn dem Täter ein irrtumserregender Vorgang als seine vorsätzliche Falscherklärung objektiv und subjektiv zugerechnet werden kann“, 287; nahestehend auch *Frisch* FS Herzberg S. 729, 744 ff., 761: bedeutungshaltiges Verhalten; **dagegen** statt vieler *Hoyer* SK § 263 Rn. 55: Wann liegt überhaupt Erklärungswert vor?; *Pawlik* Betrug S. 109 ff.; *Samson* Strafrecht II S. 145 ff.; *Tiedemann* LK § 263 Rn. 51.

konkludente Täuschung vorliegt.⁴⁹²³ Insbesondere aber ist § 263 I StGB gerade kein Äußerungsdelikt, sondern Kommunikationsdelikt.⁴⁹²⁴ Hierfür muss keine aktive „Lüge“ erfolgen, es kann auch genügen, dass die rechtlich gebotene Kommunikation unterlassen wurde.⁴⁹²⁵ Entscheidend ist insoweit stets, dass durch die Unterlassung der vermögensrelevante Irrtum als nach § 263 I StGB maßgeblicher Zwischenerfolg geschaffen oder unterhalten wurde.⁴⁹²⁶

Dennoch wird der Anwendungsbereich des Betrugs durch Unterlassen – neben dem durch konkludentes aktives Tun – für eher gering gehalten, regelmäßig verbunden mit der Forderungen einer restriktiven Handhabung.⁴⁹²⁷ Dies liegt letztlich schon daran, dass jeder selbst das Risiko trägt, einem vermögensrelevanten Irrtum zu unterliegen.⁴⁹²⁸ Zum Teil wird daher für die Strafbarkeit verlangt, dass den Betreffenden eine Garantenstellung trifft, die der Abwendung des Erfolgs der *Vermögensbeschädigung* dient.⁴⁹²⁹ Dies kann jedoch nicht genügen: Die Garantenstellung bezieht sich weder auf die isolierte Verhinderung des Irrtums noch die isolierte Verhinderung des Vermögensschadens,⁴⁹³⁰ sondern muss dem Schutz von Opfern vor *vermögensschädigenden Fehlvorstellungen* dienen.⁴⁹³¹ Zur restriktiven Handhabung der Unterlassungsstrafbarkeit im Rahmen des § 263 I StGB (insbes. in Einschränkung des formellen Ausgangspunktes) wird weiterhin vielfach das

⁴⁹²³ Statt vieler *Lackner* LK¹⁰ § 263 Rn. 69; *Hefendehl* MK § 263 Rn. 179, 245; *Kindhäuser* NK § 263 Rn. 157; *Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 18; *Satzger* SSW § 263 Rn. 117; *Tiedemann* LK § 263 Rn. 52, 68, 74; letztlich auch *Herzberg* Garantenprinzip S. 81.

⁴⁹²⁴ Siehe zu dieser Einordnung etwa *Hefendehl* MK § 263 Rn. 26, 244; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 263 Rn. 63; *Lackner* LK¹⁰ § 263 Rn. 19, 69.

⁴⁹²⁵ *Matt/Renzikowski/Saliger* § 263 Rn. 68; *Tiedemann* LK § 263 Rn. 51.

⁴⁹²⁶ *Tiedemann* LK § 263 Rn. 51. **Abweichend** *Bockelmann* FS Eb. Schmidt S. 437, 441, 447: Es sei erforderlich, dass der Garant bereits die Irrtumsentstehung nicht gehindert habe. Dagegen wurde zu Recht vorgebracht, dass es bei § 263 I StGB um die Verhinderung von Vermögensschäden, nicht die der Irrtumsentstehung geht, vgl. etwa *Kindhäuser* NK § 263 Rn. 147 ff.

⁴⁹²⁷ Vgl. nur *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen* BT 1 § 41 Rn. 50; *Otto* BT § 51 Rn. 18 ff.; *Matt/Renzikowski/Saliger* § 263 Rn. 69.

⁴⁹²⁸ Das sog. „Orientierungsrisiko“. Vgl. nur *Ellmer* Betrug S. 109 f., 280 f.; *Matt/Renzikowski/Saliger* § 263 Rn. 64, 69; *Satzger* SSW § 263 Rn. 89; sowie BGHSt 39, 392, 398.

⁴⁹²⁹ OLG Saarbrücken NJW 2007, 2868, 2869; *Matt/Renzikowski/Saliger* § 263 Rn. 67; *Tiedemann* LK § 263 Rn. 51.

⁴⁹³⁰ *Kindhäuser* NK § 263 Rn. 148 f. Damit kann eine globale Vermögensbetreuungspflicht nach § 266 ebenso wenig genügen wie eine prozessuale Wahrheitspflicht; siehe auch *Satzger* SSW § 263 Rn. 87. **Anders** z.B. *Rengier* BT I § 13 Rn. 28 f.; wohl auch *Hoyer* SK § 263 Rn. 56.

⁴⁹³¹ So zu Recht *Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 19; oder umgekehrt gesprochen: der Verhinderung einer „irrtumsbedingt unfreien Vermögensminderung“ (*Kindhäuser* NK § 263 Rn. 148 f., 166; *ders./Böse* BT II § 27 Rn. 25; ähnlich schon *Lackner* LK¹⁰ § 263 Rn. 62, 68; vgl. auch *Frisch* Strafrecht § 8 Rn. 64); dies wird regelmäßig mit „Aufklärungspflicht“ umschrieben. Siehe dazu auch BGHSt 39, 392, 398: „Einstandspflicht gerade für die vermögensrechtliche Entscheidungsfreiheit“; BGHSt 62, 72, 76 f.; OLG Saarbrücken NJW 2007, 2868, 2869; *Fischer* § 263 Rn. 39; *Gaede* AnwK § 263 Rn. 41, der dies mit der Entsprechungsklausel begründet; *Hilgendorf/Valerius* BT II § 7 Rn. 37; *Lackner* LK¹⁰ § 263 Rn. 59 ff.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 231; *Matt/Renzikowski/Saliger* § 263 Rn. 64, 67; *Satzger* SSW § 263 Rn. 87.

Bestehen eines besonderen Vertrauensverhältnisses verlangt.⁴⁹³² Eine Ansicht fordert zudem für § 263 StGB als verhaltensgebundenes Delikt⁴⁹³³ eine besondere Feststellung der Modalitätenäquivalenz.⁴⁹³⁴ Zum Teil wird die besondere Entsprechungsprüfung allein oder jedenfalls besonders bei der Ingerenz für erforderlich gehalten.⁴⁹³⁵ Die Gegenauffassung und im Ergebnis auch die Rechtsprechung lassen für die Gleichstellung regelmäßig das Bestehen einer Garantenstellung genügen.⁴⁹³⁶

Hinsichtlich der Garantenstellung aus *Ingerenz* nimmt die h.M. an, das Vorverhalten müsse objektiv Täuschungscharakter haben⁴⁹³⁷ bzw. der Irrtum müsse jedenfalls auf den Ingerenten als Informationsquelle zurückzuführen sein.⁴⁹³⁸ Dies wird regelmäßig auf die

⁴⁹³² Vgl. *Lackner* LK¹⁰ § 263 Rn. 63; *Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 19; siehe auch BGHSt 46, 196, 203; BGHSt 54, 44, 49 f.; BGHSt 62, 72, 75 ff.; BGH NJW 2000, 3013, 3014; OLG Stuttgart NStZ 2005, 554, 555; *Ellmer* Betrug S. 109 f., 280; *Gaede* AnwK § 263 Rn. 41: „besondere vertrauensbegründende Umstände von Gewicht“; *Hefendehl* MK § 263 Rn. 182 ff., 194 ff.; *Maaß* Betrug S. 32 ff., 40; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen* BT 1 § 41 Rn. 52; *Otto* BT § 51 Rn. 18, den Ausnahmecharakter betonend; *Rengier* BT I § 13 Rn. 29 ff.; *Matt/Renzikowski/Saliger* § 263 Rn. 83; *Satzger* SSW § 263 Rn. 105, 117.

⁴⁹³³ *Becker* NStZ 2017, 535, 536; *Sch/Sch/Bosch* § 13 Rn. 4; *Frisch* FS Herzberg S. 729, 758; *Jakobs* AT 29/7, 80; *Gaede* AnwK § 263 Rn. 52 m. Fn. 353; *Hefendehl* MK § 263 Rn. 8, 244; *Herzberg* Garantenprinzip S. 81; *Roxin* JuS 1973, 197, 199; *Schwerdtfeger* NZG 2017, 799, 800; *Tiedemann* LK § 263 Rn. 3, 74; nunmehr **anders** *Roxin* AT II § 32 Rn. 230.

⁴⁹³⁴ *Freund* MK § 13 Rn. 207; *Frisch* FS Herzberg S. 729, 758; *Jakobs* AT 29/80; *Gössel* BT 2 § 21 Rn. 69; *Lackner* LK¹⁰ § 263 Rn. 70; *Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 19; *Satzger* SSW § 263 Rn. 105; *Tiedemann* LK § 263 Rn. 51, 73 f.; siehe auch *Hefendehl* MK § 263 Rn. 244; außerdem *Ellmer* Betrug S. 114, der zwischen der „Vermögensfürsorgepflicht“ (Garantenpflicht) und der „Wahrheitspflicht“ (Entsprechen) unterscheidet; ähnlich *Seibert* Garantenpflichten S. 267 ff., 361 ff.: Garantenpflicht für das Opfervermögen (Eintretenmüssen) und Aufklärungspflicht (Entsprechen). – Dies liegt letztlich daran, dass die Garantenstellung bloß auf das Rechtsgut Vermögen bezogen wird (S. 267). Die Frage, ob jemand als Garant einer *vermögensbezogenen Fehlvorstellung* entgegenzutreten hat, wird damit unnötig aufgespalten zwischen der strafrechtlichen Garantenstellung und der außerstrafrechtlichen Aufklärungspflicht.

⁴⁹³⁵ *Lackner* LK¹⁰ § 263 Rn. 67, 70; *Lackner/Kühl* § 263 Rn. 15; *Hefendehl* MK § 263 Rn. 247, der diese Fallgruppe jedoch insgesamt kritisch sieht; *Satzger* SSW § 263 Rn. 117; siehe auch *Becker* NStZ 2017, 535 f.

⁴⁹³⁶ Das Erfordernis der Entsprechungsklausel wird in der Rechtsprechung regelmäßig aufgezählt, ohne dass ihm eine begrenzende Funktion zukäme, vgl. BGHSt 39, 392, 398; BGHSt 46, 196, 203; BGHSt 54, 44, 49 f.; BGHSt 62, 72, 83 f.; BGH NJW 2000, 3013, 3014; BayObIG NJW 1987, 1654 ff.; OLG Stuttgart NStZ 2005, 554, 555; OLG Hamm NStZ-RR 2006, 13, 14; *Fischer* § 263 Rn. 52; *Kindhäuser* NK § 263 Rn. 166; *Krey/Hellmann/Heinrich* BT 2 Rn. 569 ff.; *Roxin* AT II § 32 Rn. 230 ff.; mit Ausnahme der Ingerenz *Lackner* LK¹⁰ § 263 Rn. 69 f.; *Gaede* AnwK § 263 Rn. 42, 52; *Hefendehl* MK § 263 Rn. 246 f.; *Satzger* SSW § 263 Rn. 117.

⁴⁹³⁷ *G. Dannecker/C. Dannecker* JZ 2010, 981, 985; *Frisch* FS Herzberg S. 729, 751 f.: Weiterwirkenlassen einer dem Täter zurechenbaren Äußerung; *Gaede* AnwK § 263 Rn. 52; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 263 Rn. 90: irreführendes Vorverhalten; *Lackner* LK¹⁰ § 263 Rn. 70; *Maaß* Betrug S. 46 ff., 52; *Mitsch* BT 2/1 § 7 Rn. 31; *Matt/Renzikowski/Saliger* § 263 Rn. 83: dies bewahre den Rechtsgutsbezug; *Satzger* SSW § 263 Rn. 103, 105, 117; im Ergebnis der Restriktion zustimmend *Hefendehl* MK § 263 Rn. 184, 246 f.; siehe auch *Gössel* BT 2 § 21 Rn. 69; **anders** etwa OLG Hamm NStZ-RR 2006, 13, 14, das es genügen lässt, dass durch die Vorhandlung eine vermögensschützende Pflicht verletzt wird.

⁴⁹³⁸ *Lackner* LK¹⁰ § 263 Rn. 70: Rückführbarkeit auf den Täter als falsche Informationsquelle; *Kindhäuser* NK § 263 Rn. 166; *Matt/Renzikowski/Saliger* § 263 Rn. 83; *Tiedemann* LK § 263 Rn. 74.

Entsprechungsklausel gestützt.⁴⁹³⁹ Damit kommt zunächst die Konstellation in Betracht, dass jemand unvorsätzlich einen Irrtum erregt⁴⁹⁴⁰ oder dass jemand vorsätzlich täuscht, jedoch noch keine Schädigungsabsicht aufweist.⁴⁹⁴¹ Die h.M. stellt sich insoweit auf den Standpunkt, dass eine *pflichtwidrig*, aber gutgläubig abgegebene Erklärung bei nachträglicher Erkenntnis der Unrichtigkeit zur Richtigstellung verpflichtet.⁴⁹⁴² Nach dem BGH soll es daneben genügen, dass der Täter innerhalb einer Geschäftsbeziehung tatsächliche Umstände gezielt verändert. Es müsse sich insoweit um vermögensrelevante Umstände handeln, deren Fortbestehen Grundlage weiterer Vermögensverfügungen des Anderen sei.⁴⁹⁴³

⁴⁹³⁹ Lackner LK¹⁰ § 263 Rn. 70; Becker NSTZ 2017, 535, 536; Gaede AnwK § 263 Rn. 52; Hefendehl MK § 263 Rn. 247; Matt/Renzikowski/Saliger § 263 Rn. 67, 83; Satzger SSW § 263 Rn. 117.

⁴⁹⁴⁰ OLG Saarbrücken NJW 2007, 2868, 2869; Gaede AnwK § 263 Rn. 52; Gössel BT 2 § 21 Rn. 68; Hilgendorf/Valerius BT II § 7 Rn. 38; Kindhäuser NK § 263 Rn. 155; ders./Hilgendorf LPK § 263 Rn. 91; ders./Böse BT II § 27 Rn. 26; Otto BT § 51 Rn. 19; Sch/Sch/Perron § 263 Rn. 20; Rengier BT I § 13 Rn. 28; Matt/Renzikowski/Saliger § 263 Rn. 82; Satzger SSW § 263 Rn. 104; Tiedemann LK § 263 Rn. 68. Anders Kargl ZStW 119 (2007) 250, 283. Restriktiver auch Hefendehl MK § 263 Rn. 184, der der Ingerenz beim Betrug nur im Rahmen eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses Bedeutung zumisst. Ein pflichtwidriges Vorverhalten setze das Wirken von Pflichten voraus, die sich allerdings nur aus Vertrag ergeben könnten.

⁴⁹⁴¹ Gaede AnwK § 263 Rn. 52; Gössel BT 2 § 21 Rn. 68; Kindhäuser NK § 263 Rn. 155; ders./Hilgendorf LPK § 263 Rn. 91; Lackner LK¹⁰ § 263 Rn. 67; Maaß Betrug S. 51; Sch/Sch/Perron § 263 Rn. 20; Matt/Renzikowski/Saliger § 263 Rn. 82; Satzger SSW § 263 Rn. 104; Tiedemann LK § 263 Rn. 70. Dies entspricht letztlich der h.M., die zu Recht vorsätzliches als pflichtwidriges Verhalten versteht.

⁴⁹⁴² BGHSt 54, 44, 47 (im Ergebnis verneinend); OLG Köln NJW 1984, 1979, 1980; OLG Saarbrücken NJW 2007, 2868, 2870; Becker NSTZ 2017, 535; Krey/Hellmann/Heinrich BT 2 Rn. 572: sorgfaltswidrige Irrtumserregung; Rn. 519, 524, 526; Mitsch BT 2/1 § 7 Rn. 31; Maaß Betrug S. 38 ff.; Gaede AnwK § 263 Rn. 52; Matt/Renzikowski/Saliger § 263 Rn. 82; Satzger SSW § 263 Rn. 103; Seibert Garantenpflichten S. 362; Tiedemann LK § 263 Rn. 68; Lackner LK¹⁰ § 263 Rn. 67; auf die Nähe der Gefahr abstellend Hilgendorf/Valerius BT II § 7 Rn. 38; siehe auch Sch/Sch/Perron § 263 Rn. 20: „objektiv eine rechtswidrige Täuschung“; auf das Erfordernis fahrlässiger Falschangaben abstellend Rengier BT I § 13 Rn. 28; anders noch ders. JuS 1989, 802, 807; gegen das Erfordernis Frisch FS Herzberg S. 729, 751: weder erforderlich noch ausreichend.

⁴⁹⁴³ BGHSt 62, 72, 75 ff.; Sch/Sch/Perron § 263 Rn. 20: Würde der Täter mittels eines kommunikativen Akts auf diese Umstände Bezug nehmen, läge eine konkludente Täuschung vor, weshalb die Manipulation im Rahmen eines Vertragsverhältnisses eine Ingerenzgarantenstellung begründe; Krey/Hellmann/Heinrich BT 2 Rn. 572, anders aber Rn. 576; Satzger SSW § 263 Rn. 103, siehe aber Rn. 117 hinsichtlich des Entsprechens; Seibert Garantenpflichten S. 254 f. (der allerdings meint, regelmäßig liege eine konkludente Täuschung vor); Tiedemann LK § 263 Rn. 68, wenn eine Sache, die verkauft werden soll, manipuliert werde, sodass Mängel nicht erkennbar sind (dazu schon RGSt 20, 144: Verdecken von Schwammschäden eines Hauses ohne bewusste Beziehung auf einen späteren Verkauf). Dagegen meint Pawlik Betrug S. 186 (ebenso Seibert Garantenpflichten S. 254), dass es niemandem verboten sei, auf eigene Sachen einzuwirken. Hiergegen schreibt zu Recht aber wiederum Tiedemann aaO, dass sich die Pflichtwidrigkeit aus dem inneren Zusammenhang mit dem Verkauf ergeben könne. Das ist zutreffend, da zwar die Einwirkung auf das eigene Eigentum erlaubt ist, möglicherweise aber nicht die Auswirkungen auf das Vermögen des Anderen. Die Rechtswidrigkeit ist insoweit *tatbestandsbezogen* zu bestimmen. Problematisch bleibt jedoch, ob eine der Tatbestandsstruktur des § 263 I StGB entsprechende Gefährdung geschaffen wurde; dazu so gleich im Text.

b) Die Entscheidung BGHSt 62, 72: Untreuetaten als Ingerenzvorhandlung für §§ 263 I, 13 I StGB?

Die letztgenannte Konstellation war Gegenstand einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2017.⁴⁹⁴⁴ Die Angeklagten hatten Untreuetaten zu Lasten von durch sie betreuten Fondsgesellschaften und deren Anteilseignern begangen. Die an diesen Gesellschaften beteiligten Privatanleger erbrachten noch nach der Vermögensentnahme durch die Angeklagten ratenweise Zahlungen an das Gesellschaftsvermögen. Nach den durch den BGH unbeanstandeten Feststellungen des Landgerichts hatten sie sich deswegen nach § 266 StGB strafbar gemacht. Zusätzlich hielten das LG und der BGH die Angeklagten aufgrund dieser Untreuetaten als Ingerenzgaranten für verpflichtet, die Fondsanleger über die eingetretenen Vermögensnachteile zu informieren. Weil sie dies unterlassen hätten, machten sie sich wegen Betrugs durch Unterlassen strafbar.⁴⁹⁴⁵ Der BGH lehnt ausdrücklich die Literaturansicht ab, die meint, es müsse durch ein Verhalten mit Erklärungsgehalt („objektive Täuschung“) eine Irrtumsgefahr geschaffen worden sein. Diese Ansicht sei zu eng, da sie dem zugunsten eines Vermögensinhabers streitenden Vertrauensgedanken nicht ausreichend Rechnung trage. Die für die Anlageentscheidung maßgeblichen Umstände könnten nicht allein durch vorausgehendes objektiv täuschendes Verhalten, sondern auch eine Veränderung der Tatsachenbasis beeinflusst werden.⁴⁹⁴⁶ Erfolge die Täuschung nicht bereits vor der Anlageentscheidung, sondern werde der Zweck der Anlageform erst nachträglich verändert, „stellt sich für die betroffenen Anleger jedenfalls dann keine andere Situation als vor der ursprünglichen Anlageentscheidung dar, wenn sie durch die ratenweise Erbringung immer wieder auf der Grundlage vermeintlich unveränderter, für das Verbleiben in der Anlage relevanter Umstände Vermögensverfügungen treffen.“ Dies sei jedenfalls der Fall, wenn die Betroffenen die Veränderung „in ihnen zurechenbarer Weise herbeigeführt“ hätten.⁴⁹⁴⁷ Das Entsprechen begründete der BGH knapp, da sich die Informationspflicht gerade auf solche für die Anlageentscheidung bedeutsame Umstände beziehe.⁴⁹⁴⁸ Diese Entscheidung hat in der Literatur zu Recht erhebliche Kritik nach sich gezogen.⁴⁹⁴⁹

Die Aussage des BGH, die Gegenansicht trage dem „Vertrauensgedanken“ nicht hinreichend Rechnung, zeigt nur die *Zirkularität* dieses Gesichtspunkts: Ob der Anleger darauf vertrauen durfte, aufgeklärt zu werden, ist gerade die zu beantwortende Frage. Ein solches

⁴⁹⁴⁴ BGHSt 62, 72 ff. Vgl. dazu *Schwerdtfeger* NZG 2017, 799: Der BGH habe „mit einem Federstrich das Normverständnis des Betrugs erheblich durcheinandergewirbelt“.

⁴⁹⁴⁵ BGHSt 62, 72 ff.

⁴⁹⁴⁶ BGHSt 62, 72, 81 f.

⁴⁹⁴⁷ BGHSt 62, 72, 83. Dann entspreche die Situation wertungsgemäß derjenigen nach objektiv täuschendem Vorverhalten.

⁴⁹⁴⁸ BGHSt 62, 72, 83 f.

⁴⁹⁴⁹ **Kritisch** *Becker* NSTZ 2017, 535 f.; *Gaede* AnwK § 263 Rn. 52 m. Fn. 353: Das Täuschungsunrecht des § 263 StGB liege nicht vor; *Hefendehl* MK § 263 Rn. 184: „weitgehende und konturlose Ingerenzgarantenpflicht“; *Matt/Renzikowski/Saliger* § 263 Rn. 66, 83; *Schwerdtfeger* NZG 2017, 799 f.; **zustimmend** aber *Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 20; *Rengier* BT I § 13 Rn. 29; siehe auch *Brand* NJW 2017, 2056: Absage an die objektive Täuschungseignung nicht unplausibel.

Vertrauen könnte sich hier höchstens aus der laufenden Vertragsbeziehung ergeben,⁴⁹⁵⁰ nicht jedoch aus einem Vorverhalten: Die ursprünglich wahre Erklärung, die die Anleger zur Beteiligung an dem Fonds veranlasste, hatte zwar objektiven Erklärungscharakter, allerdings schaffen *wahre* Aussagen überhaupt keine relevante Gefahr,⁴⁹⁵¹ dass bei anderen vermögensrelevante *Fehlvorstellungen* entstehen. Das ursprüngliche Verhalten der Fondsmanager bei Beitritt der Anleger mag zwar (empirisches und berechtigtes) Vertrauen in den Fortbestand der entscheidungsrelevanten Umstände geschaffen haben, es war jedoch weder pflichtwidrig noch gefahrschaffend.⁴⁹⁵² Die *heimliche* Vermögensentnahme durch die Angeklagten scheidet als Vertrauenstatbestand ohnehin aus. Der Bundesgerichtshof konstruiert die Ingerenzgarantenstellung aus einem rechtmäßigen vertrauensstiftenden Verhalten in *einem* und einem pflichtwidrigen Verhalten in einem *anderen* Zeitpunkt.⁴⁹⁵³ Letztlich lässt es der BGH in diesem zweiten Zeitpunkt genügen, dass der Ingerent „irgendwie“ pflichtwidrig gehandelt hat (§ 266 StGB), ohne sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Vermögensentnahme *gerade im Hinblick auf* vermögensrelevante *Fehlvorstellungen* des Opfers verboten ist.⁴⁹⁵⁴ Nach der herrschenden Lehre muss man hier bezweifeln, ob der Schutzzweckzusammenhang gegeben ist: Die Pflicht nach § 266 StGB bezweckt nicht, vermögensbezogene Fehlvorstellungen i.S.d. § 263 I StGB zu verhindern. Es droht eine Haftung nach dem Prinzip der *versari in re illicita*. Die potentiell ingerenzbegründende Handlung darf daher allein an den Unrechtswertungen des § 263 I StGB gemessen werden, nicht denen einer anderen Norm. Nach dem hier vertretenen Standpunkt ist es – insoweit in Einklang mit der h.M.⁴⁹⁵⁵ – erforderlich, dass der potentielle Ingerent eine Gefahr schafft, die der Tatbestand des § 263 I StGB zu verhindern bezweckt. Wenn der BGH bloß betont, die „Veränderung“ sei „in zurechenbarer

⁴⁹⁵⁰ Dazu, dass möglicherweise andere Garantenstellungen einschlägig sein könnten, *Hefendehl* MK § 263 Rn. 184.

⁴⁹⁵¹ Zutreffend *Satzger* SSW § 263 Rn. 106; dazu, dass in solchen Fällen die Pflichtwidrigkeit fehle OLG Saarbrücken NJW 2007, 2868, 2870; vgl. auch *Mitsch* BT 2/1 § 7, 31 f. Siehe aber ein Urteil des OLG Hamm NJW 1987, 2245, wo jemand einem blinden Empfänger zweimal bei der Beantragung der Leistungen hilft und nach dessen Tod die Leistungen weiterbezieht; hier habe das pflichtgemäße Verhalten ein Vertrauensverhältnis geschaffen; zu Recht dagegen *Gössel* BT 2 § 21 Rn. 68.

⁴⁹⁵² Hier könnte *höchstens* durch Übernahme Vertrauen begründet worden sein, nicht jedoch eine Ingerenzgarantenstellung.

⁴⁹⁵³ Dass, wenn von vornherein die Untreuetaten geplant gewesen *wären*, eine Betrugsstrafbarkeit unproblematisch gegeben *wäre*, kann entgegen dem BGH die Entscheidung nicht tragen. Darauf weist zu Recht *Brand* NJW 2017, 2056 hin, der insoweit den Fall vergleicht, in dem der Gast einmal von vornherein zahlungsunwillig ist, ein anderes Mal erst später wird; zustimmend *Matt/Renzikowski/Saliger* § 263 Rn. 83. Konsequenz zu Ende gedacht, könnten auf diesem Wege sämtliche verbotenen, vermögensrelevanten Manipulationen ohne Erklärungswert (jede Vertragsverletzung im Dauerschuldverhältnis oder jede Veränderung vor Leistungsaustausch) über den Umweg des Betrugs durch Unterlassen bestraft werden, sodass § 263 I StGB entgegen der Konzeption des Gesetzes letztlich einen Rundumschutz des Rechtsgutes Vermögen leistete.

⁴⁹⁵⁴ Der BGH beurteilt die Verbotenheit also verhaltensbezogen, nicht tatbestandsbezogen.

⁴⁹⁵⁵ Die Handlung muss immer eine nach § 263 StGB *tatbestandlich relevante Gefahr* des Schadenseintritts geschaffen haben, vgl. *Hefendehl* MK § 263 Rn. 184; *Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 20; *Matt/Renzikowski/Saliger* § 263 Rn. 83.

Weise“ herbeigeführt worden, zeigt dies nur wieder die Floskelhaftigkeit derartiger Kriterien: Wie erfolgt diese Zurechnung und wie muss die zugerechnete Veränderung beschaffen sein? Der BGH bezieht die „Zurechenbarkeit“ auf die Veränderung der für die Vermögensverfügung relevanten Umstände – es ist aber doch gerade zweifelhaft, ob der Tatbestand des § 263 I StGB vor jeder vermögensrelevanten Umstandsveränderung schützen will. Nun könnte man sich natürlich auf den (unzutreffenden) Standpunkt stellen, dass zunächst alle vermögensrelevanten Irrtümer vermieden werden sollen und ein solcher Irrtum als „Fehlvorstellung über Tatsachen“ eben dadurch hervorgerufen werden könne, dass man entweder auf die Vorstellung oder die Tatsachen einwirke. Allerdings ließe sich diese Überlegung *ad absurdum* führen: Bereits wer als Fondsmanager die Veruntreuungen nur *plant*, verändert bei den Anlegern eine für die Anlageentscheidung *wesentliche innere* Tatsache.⁴⁹⁵⁶ Es dürfte jedoch keiner weiteren Begründung bedürfen, dass bloße *Gedanken* keine strafrechtliche Garantenstellung begründen können. Bereits diese Überlegung, dass die Vorstellung eines Anderen durch die Änderung der inneren Einstellung des Einen ebenso gut falsch werden kann wie durch die Einwirkung auf äußere Tatsachen, zeigt also, dass es auf das bloße „Falschwerden“ der Opfervorstellung nicht ankommen darf. Dies würde sich auch nicht in die Deliktsstruktur des § 263 I StGB einfügen. Es geht beim Betrug darum, dass durch Kommunikation ein Irrtum „erregt“ wird,⁴⁹⁵⁷ also eine Fehlvorstellung hervorgerufen, nicht hingegen darum, dass eine bestehende, unveränderte Vorstellung durch Entziehen der Tatsachenbasis unwahr gemacht und so ein Irrtum „erzeugt“ wird.⁴⁹⁵⁸ § 263 I StGB bezweckt es nicht, die Verursachung aller Irrtümer zu vermeiden, sondern allein solche, die aus der Konfrontation des Opfers mit unwahren Kommunikationsinhalten, der irreführenden Einwirkung auf sein Vorstellungsbild herrühren.⁴⁹⁵⁹ Die tatbestandlich erfasste Gefährdung ist im Rahmen des § 263 StGB nur eine solche durch eine „Kommunikationsleistung“,⁴⁹⁶⁰ nicht hingegen durch sonstige Manipulationen.⁴⁹⁶¹ Hinzu kommt Folgendes: Zwischen den Merkmalen des

⁴⁹⁵⁶ Das zeigt schon der Vergleichsfall bei der aktiven Täuschung: Eine solche kann bei fehlender Zahlungsbereitschaft ebenso vorliegen wie bei fehlender Zahlungsfähigkeit, bzw. im konkreten Fall bereits bei dem *Vorhaben* der Veruntreuung im Zeitpunkt der kommunikativen Einwirkung (ausdrücklich BGHSt 62, 72, 82 f.). Ebenso lässt sich der Vergleich für die Unterlassung ziehen: Der Unterschied zwischen der unterlassenen Aufklärung nach geplanter Untreue und vorgenommener Untreue kann ebenso wenig den Strafbarkeitsunterschied ausmachen wie bei der konkludenten aktiven Täuschung.

⁴⁹⁵⁷ Dass das Erregen oder Unterhalten des Irrtums ein Verhalten mit Erklärungswert voraussetzt, betonen etwa *Hefendehl* MK § 263 Rn. 101, 291; *Kindhäuser* NK § 263 Rn. 183.

⁴⁹⁵⁸ Ansonsten würde der Irrtum gerade seiner spezifischen Funktion als Scharnier zwischen irreführendem Kommunikationsinhalt und Vermögensverfügung beraubt (vgl. nur *Kindhäuser* NK § 263 Rn. 173).

⁴⁹⁵⁹ Dies entspricht der Einordnung als Kommunikationsdelikt: „Durch den Betrugstatbestand wird nicht das Vertrauen in die richtige Wahrnehmung der Realität, sondern das Vertrauen in eine durch Kommunikation vorgenommene Informationsleistung über diese Realität geschützt“, vgl. *Hefendehl* MK § 263 Rn. 26; ähnl. *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 263 Rn. 63.

⁴⁹⁶⁰ *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 263 Rn. 63.

⁴⁹⁶¹ Außer, diese werden konkludent in die Erklärung mit einbezogen, vgl. *Hefendehl* MK § 263 Rn. 26; *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 263 Rn. 63.

§ 263 I StGB muss ein durchlaufender kausaler Zusammenhang bestehen.⁴⁹⁶² Dementsprechend muss auch die durch den Ingerenten geschaffene Gefahr darin bestehen, dass die entsprechende Abfolge eintritt, woran es jedoch in dem durch den BGH entschiedenen Fall fehlt. Die Vermögensentnahme schafft zwar die Gefahr einer Vermögensschädigung bei den Anlegern, allerdings nicht die Gefahr des notwendigen Zwischenschritts einer *irrtumsbedingten Vermögensverfügung*. Denkt man die Vermögensentnahme hinweg, wäre es trotzdem zu den Vermögensverfügungen gekommen,⁴⁹⁶³ nur läge dann eine ausreichende Kompensation dieser Vermögensverfügung vor, sodass es an einem Vermögensschaden fehlte. Diese Kompensation wird *fremdschädigend* zunichtegemacht. Wertungsmäßig vergleichbar ist insoweit eher die Abwandlung, in der die Betroffenen das Vermögen erst *nach* Zahlung der letzten Rate veruntreuen (und sich so bloß nach § 266 StGB strafbar machen). Die Entnahme der Gelder erfolgt „nur“ untreuetypisch von innen.⁴⁹⁶⁴

Zutreffenderweise liegt damit in diesem Fall das Problem – mit der wohl h.L., aber entgegen der Argumentation des BGH – darin, dass das Vorverhalten nicht den Charakter einer objektiven Täuschung hatte.⁴⁹⁶⁵ Nur auf diese Weise kann die Ingerenzgarantenstellung lückenlos aus den Wertungen des Begehungstatbestandes begründet werden. Die Garantenstellung aus Ingerenz bezweckt es, den Schutz des Opfers vor Handlungsfolgen aufrechtzuerhalten, auch wenn dem Ingerenten in der Handlungssituation aufgrund fehlenden Wissens (oder Wissenkönnens) kein strafrechtliches Verbot ausgesprochen werden konnte. In der durch den BGH thematisierten Konstellation hingegen fehlt es hinsichtlich der Vorhandlung nicht an einem situationsbezogenen subjektiven Merkmal beim Täter, sondern an einem *objektiven* Tatbestandsmerkmal des § 263 I StGB. Es kann aus den Wertungen des Betrugstatbestandes keine Garantenstellung für die Folgen einer Handlung abgeleitet werden, die nicht nach *diesem* Tatbestand von Beginn an verhindert werden mussten. Wenn das Opfer von vornherein keinen tatbestandlichen Schutzanspruch gegen die Handlung hatte, kann ein solcher auch nicht dadurch entstehen, dass der

⁴⁹⁶² Vgl. Rengier BT I § 13 Rn. 1.

⁴⁹⁶³ Auch für die einzelnen Stufen liegt die Kausalität *nur scheinbar* vor: „Denkt man die Vermögensentnahme hinweg, würden die Anleger nicht irren, denkt man den Irrtum hinweg, hätten die Anleger die Zahlungen nicht vorgenommen“. – Diese Anwendung der *condicio sine qua non* Formel wäre irreführend: Man kann die Fehlvorstellung *nicht einfach hinwegdenken*, sondern müsste sich eine *hypothetische* richtige Vorstellung *hinzudenken*. Das bloße Unwahrwerden der gleichbleibenden Opfervorstellung führt nicht zur Vermögensverfügung, sondern erzeugt nur ein Motiv, aus dem das Opfer seine bisherige Vorstellung korrigieren und damit von der Vermögensverfügung Abstand nehmen *könnte*. Hinweggedacht werden darf richtigerweise bloß eine durch Kommunikation hervorgerufene *Veränderung* in der Vorstellung des Opfers. Der Irrtum ist Kausalfaktor als durch Kommunikation „erregter“, nicht bloß durch Tatsachenmanipulation verursachter, Irrtum. An einer solchen Veränderung in der Vorstellung des Opfers fehlt es hier gerade.

⁴⁹⁶⁴ Hefendehl MK § 263 Rn. 184. Siehe auch Matt/Renzikowski/Saliger § 263 Rn. 83: unnötige Verschleifung von § 263 und § 266.

⁴⁹⁶⁵ Zu Recht Gaede AnwK § 263 Rn. 52; Matt/Renzikowski/Saliger § 263 Rn. 83. Bloßen Objektveränderungen fehlt diese Qualität, es sei denn, sie werden konkludent in Bezug genommen, Kindhäuser NK § 263 Rn. 155; ders./Hilgendorf LPK § 263 Rn 91; siehe auch Becker NSTZ 2017, 535, 536; Gaede aaO.

Täter eine *andere* Norm verletzt.⁴⁹⁶⁶ Die Frage ist schlicht, was gemäß der Wertung des Tatbestandes von vornherein hätte vermieden werden müssen, wovon das Opfer also vom Zeitpunkt der Handlung an zu schützen war:⁴⁹⁶⁷ Das kann für § 263 I StGB dahingehend beantwortet werden, dass das Opfer mit Handlungsabschluss mit einer objektiv unwahren kommunikativen Einwirkung konfrontiert ist, die den betrugsspezifischen Kausalverlauf (irreführende Einwirkung – Irrtum – Vermögensverfügung – Vermögensschaden) auszulösen droht und daher bereits zu diesem Zeitpunkt nach den Wertungen des § 263 I StGB zu missbilligen ist.

Zum Teil wird vertreten, dass in den Fällen fehlenden objektiven Täuschungscharakters des Vorverhaltens die Entsprechung zwischen Tun und Unterlassen ausscheide. Daher wird dem BGH vorgeworfen, dieses Kriterium nicht hinreichend thematisiert zu haben.⁴⁹⁶⁸ Eine Begründung mithilfe der Entsprechungsklausel ist jedoch entbehrlich,⁴⁹⁶⁹ denn es fehlt bereits eine Ingerenzgarantenbeziehung zu der *tatbestandlichen Schädigungsmöglichkeit*: Diese ist nicht erst die beim Opfer entstandene Fehlvorstellung, sondern der objektiv falsche Erklärungsinhalt, mit dem das Opfer konfrontiert wird. Es handelt sich damit zutreffenderweise bei den zum Betrug durch Unterlassen notwendigen Restriktionen nicht um eine Frage der völlig unbestimmten Entsprechungsklausel,⁴⁹⁷⁰ sondern eine der sachgemäßen Eingrenzung der Garantstellung.⁴⁹⁷¹

c) Bedeutung der Entsprechungsklausel

Damit kann die Frage nach der Entsprechungsklausel nochmals kurz allgemein aufgeworfen werden. Für die Unterlassungsstrafbarkeit ist die Auslegung der Tatbestände des Besonderen Teils entscheidend.⁴⁹⁷² Nach der hier vertretenen Auffassung geht es jedoch bereits bei den Garantstellungen und gerade der aus vorangegangenen Tun nicht bloß um eine Frage des Allgemeinen⁴⁹⁷³ Teils. Denn die Garantstellungen beziehen sich,

⁴⁹⁶⁶ Es ist unverständlich, wie aus der Wertung, eine Schädigungsmöglichkeit habe nach § 266 StGB zu unterbleiben, die Wertung abgeleitet werden soll, dass diese nun nach § 263 I StGB zu überwachen ist.

⁴⁹⁶⁷ So wohl auch *Frisch* FS Herzberg S. 729, 751 f. (m. Fn. 75), wenn er darauf abstellt, ob im Rechtsverhältnis zum Opfer (von Anfang an) eine Wahrheitspflicht bestanden habe, das Opfer also ein Recht hatte, nicht durch die Erklärung des Anderen irreführt zu werden. *Frisch* wendet sich jedoch gerade gegen eine Verortung der Frage bei der Garantspflicht.

⁴⁹⁶⁸ *Becker* NSTZ 2017, 535 f.; *Schwerdtfeger* NZG 2017, 799, 800.

⁴⁹⁶⁹ So auch *Fischer* § 263 Rn. 52: Die Literaturmeinung, die hier Entsprechen fordert, betrifft nur Fälle, in denen bereits die Aufklärungspflicht zweifelhaft ist.

⁴⁹⁷⁰ **Anders** *Becker* NSTZ 2017, 535, 536.

⁴⁹⁷¹ Allgemein *Roxin* AT II § 32 Rn. 235: In den Fällen, für die in der Literatur die Entsprechungsklausel in Anspruch genommen wird, fehlt es durchweg an einer Garantstellung. Auch *Hefendehl* MK § 263 Rn. 247 und *Satzger* SSW § 263 Rn. 117 sprechen der Entsprechungsklausel grundsätzlich die Bedeutung ab, da die vorgebrachten Gesichtspunkte bereits bei der Einschränkung der Garantstellung relevant seien. Unverständlich ist dann allerdings, warum dies für die Ingerenz ausnahmsweise nicht gelten und der Täuschungscharakter der Vorhandlung eine Frage der Entsprechungsklausel sein soll.

⁴⁹⁷² *Roxin* JuS 1973, 197, 199; *Schünemann* ZStW 96 (1984) 287, 295 m. Fn. 28; zustimmend *Hefendehl* MK § 263 Rn. 247.

⁴⁹⁷³ So aber wohl noch *Roxin* JuS 1973, 197, 199, der meint, dass mit den „Garantstellungen des Allgemeinen“ Teils die Erfüllung der Besonderen Tatbestände noch nicht bejaht ist; **andere** nun aber zu Recht

wie gesehen, stets auf bestimmte tatbestandliche Schädigungsmöglichkeiten. Bei der Garantenstellung aus Ingerenz handelt es sich um die Verlängerung des Einstehenmüssens aus dem Begehungstatbestand. Wenn der Garant für die Irrtumsbefangenheit der Vermögensverfügung einzustehen hat, ist das Tun dem Unterlassen gleichwertig.⁴⁹⁷⁴ Falls etwa ein Kassierer aufgrund eines eigenen Fehlers zu viel Geld auszahlt und der dies erkennende Kunde schweigend den Betrag entgegennimmt, beruht die Strafflosigkeit nicht auf fehlender Entsprechung, sondern darauf, dass die Vermögensgefahr aus der Sphäre des Geschädigten stammt.⁴⁹⁷⁵

Es kommt stets auf die Struktur des jeweiligen Tatbestandes an.⁴⁹⁷⁶ Was ist die spezifische tatbestandlich missbilligte Schädigungsmöglichkeit und kann diese auch durch Unterlassen „in Dienst genommen werden“?⁴⁹⁷⁷ Besteht im konkreten Fall gerade diese spezifische Gefahr, ist der Betreffende als Garant für sie verantwortlich und unterlässt er es, sie zu bekämpfen? Da der Unterlassende nur vor der Möglichkeit steht, einen bereits in Gang befindlichen Verlauf abzuwenden oder eben nicht, besteht – wenn man richtigerweise das abzuwendende Geschehen bereits in die Definition des Einstehenmüssens einbezieht – überhaupt keine Grundlage mehr, auf der das Entsprechen festgestellt werden könnte. Für jeden einzelnen Fall wertend zu fragen, ob das Unterlassen der Begehung durch aktives Tun entspreche, begünstigt daher im Ergebnis eine kaum nachvollziehbare Gesamtbewertung nach dem Rechtsgefühl.⁴⁹⁷⁸ Wenn man hingegen fragt, *welche Schädigungsmöglichkeit* im Ergebnis durch den jeweiligen Tatbestand des Besonderen Teils zu verhindern ist, schafft man eine enge Anbindung an die Begehungstatbestände (strafrechtliche Gleichstellung). Diesen Gedanken mag man in der Entsprechungsklausel bestätigt sehen. Eine Prüfung des Entsprechens im Einzelfall ist jedoch neben der Begründung des Einstehenmüssens weder erforderlich noch hilfreich.

d) Spätere Unwahrheit der Erklärung?

Diskutiert wurde die Betrugsstrafbarkeit unter Ingerenzgesichtspunkten im Anschluss an ein Urteil des BayOblG in dem Fall, in dem der Vermieter zunächst wegen Eigenbedarf

ders. AT II § 32 Rn. 230 ff.; *Hefendehl* MK § 263 Rn. 180: „die im Rahmen des § 13 ermittelten Garantenstellungen sind natürlich im Kontext eines jeden Straftatbestandes zu präzisieren“.

⁴⁹⁷⁴ Zutreffend *Kindhäuser/Hilgendorf* LPK § 263 Rn. 88; *Kindhäuser/Böse* BT II § 27 Rn. 25.

⁴⁹⁷⁵ *Roxin* AT II § 32 Rn. 233; ähnlich auch BGHSt 39, 392, 398; BGHSt 46, 196, 202 f. (für eine Fehlbuchung); *Hefendehl* MK § 263 Rn. 224.

⁴⁹⁷⁶ *Roxin* ist auch darin zuzustimmen, dass bei § 185 StGB regelmäßig konkludentes Tun vorliegt, AT II § 32 Rn. 237. Darüber hinaus wird man auch das Zur-Post-Gelangen-Lassen eines beleidigenden Briefs unter §§ 185, 13 I StGB fassen. Entscheidend ist hierfür nicht die Entsprechungsklausel, sondern, dass es bei § 185 StGB nicht auf das Aufschreiben, sondern Kundgeben der Missachtung ankommt, sodass die Schädigungsmöglichkeit „ehrverletzende Äußerung“ auch durch das Nicht-Zurückholen eines Briefes durch einen Garanten „in Dienst genommen“ werden kann.

⁴⁹⁷⁷ Zu Tatbeständen, die insoweit ausscheiden sollen (insbesondere eigenhändige Delikte), sodass Unterlassungsbeihilfe verbleibe, *Roxin* AT II § 32 Rn. 238; zur beschränkten Bedeutung der Entsprechungsklausel bei begehungstäterbezogenen Qualifikationsmerkmalen aber Rn. 239 ff.

⁴⁹⁷⁸ So ganz zutreffend *Roxin* AT II § 32 Rn. 236: „Eine solche garantenpflichtbezogene Begründung ist sehr viel rationaler als ein davon gelöstes vages Urteil über Entsprechung und Nichtentsprechung“. Siehe außerdem schon oben → Kapitel 1 § 2 D V 3; vgl. auch *Krey/Esser* AT Rn. 1130.

kündigt, jedoch nach Wegfall des Grundes den Mieter nicht aufklärt.⁴⁹⁷⁹ Selbst wenn man hier ein strafrechtliches Schutzbedürfnis bejaht, bleibt die dogmatische Begründung der strafrechtlichen Garantenstellung problematisch. *Hillenkamp* nimmt hier eine Garantenstellung aus Ingerenz an. Die Kündigung sei zwar bei *ex ante* berechtigter Eigenbedarfsprognose nicht pflichtwidrig, allerdings schlage die rechtmäßig geschaffene Gefahr – ähnlich wie bei der Schaffung eines Dauerzustandes – in eine unrechtmäßige um, sodass der Vermieter nun als Garant zur Aufklärung verpflichtet sei.⁴⁹⁸⁰ Ein solches – nicht mit menschlichem Verhalten in Zusammenhang stehendes „Umschlagen“ kann jedoch nach dem oben Gesagten nicht überzeugen.⁴⁹⁸¹ *Rengier* hingegen lehnt in seiner Besprechung des Urteils das Erfordernis der Rechtswidrigkeit ab und stellt auf die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen ab: Die gesetzlichen Mieterschutzvorschriften brächten deutlich zum Ausdruck, dass der Vermieter bezüglich der Auswirkung seiner Prognosekündigung in Verantwortung bleiben solle.⁴⁹⁸² Dagegen spricht jedoch, dass es sich bei der Aufteilung von Verantwortungsbereichen um einen äußerst dehnbaren Begriff handelt. Überdies scheint hier die Garantenstellung nicht lückenlos aus den Wertungen *des Begehungstatbestandes* und den Handlungen des Vermieters begründet, sondern aus den Wertungen *des Mietrechts*.

Nach dem Gesagten kann es für die Garantenstellung aus *Ingerenz* allein darauf ankommen, ob bereits die durch die Anmeldung des Eigenbedarfs geschaffene Gefahr für das Vermögen des Mieters rechtswidrig war, weil der Eigenbedarf *von vornherein* – egal ob erkannt oder erkennbar – unberechtigt war.⁴⁹⁸³ Nur in diesem Fall war die *kommunikative Einwirkung von vornherein* zu verhindern. Die wahre Tatsachenbehauptung hingegen schafft keine vermögensbezogene Irrtumsgefahr⁴⁹⁸⁴ und damit auch keine Garantenstellung. Der Erklärende hat grundsätzlich nur dafür einzustehen, dass seine Informationen wahr sind, nicht dafür, dass sie wahr bleiben.⁴⁹⁸⁵ Möglicherweise ist die einschlägige Garantenstellung jedoch nicht allein die Ingerenz. Wenn *Hillenkamp* anführt, „Herr“ darüber, ob es zu einem rechtswidrigen Umschlag in den Schaden kommt, sei aufgrund des Wissensmonopols der Vermieter,⁴⁹⁸⁶ und *Rengier* auf die speziellen Wertungen des Miet-

⁴⁹⁷⁹ Auf Treu und Glauben abstellend BayOblG NJW 1987, 1654; **dagegen** zu Recht *Hillenkamp* JR 1988, 301 ff.

⁴⁹⁸⁰ *Hillenkamp* JR 1988, 301, 303; ähnlich *Hoyer* SK § 263 Rn. 59; *Kühl* AT § 18 Rn. 97 f.; *Seier* NJW 1988, 1617, 1624; siehe auch *Gössel* BT 2 § 21 Rn. 49: zusätzlich aus Ingerenz; **ablehnend** *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen* BT 1 § 41 Rn. 55; *Seibert* Garantenpflichten S. 252 f.

⁴⁹⁸¹ Vgl. oben → C II 6.

⁴⁹⁸² *Rengier* JuS 1989, 802, 807.

⁴⁹⁸³ Allgemein *Lackner* LK¹⁰ § 263 Rn. 70: „etwas objektiv Falsches erklärt“.

⁴⁹⁸⁴ Vgl. auch *Sch/Sch/Perron* § 263 Rn. 20.

⁴⁹⁸⁵ *Kindhäuser* NK § 263 Rn. 155; *ders./Hilgendorf* LPK § 263 Rn 91; *ders./Böse* BT II § 27 Rn. 26; siehe auch OLG Köln NJW 1984, 1979, 1980; *Gaede* AnwK § 263 Rn. 52; *Mitsch* BT 2/1 § 7, 31; *Matt/Renzikowski/Saliger* § 263 Rn. 83; *Satzger* SSW § 263 Rn. 106; *Seibert* Garantenpflichten S. 253, 362; **anderns** wohl *Fischer* § 263 Rn. 50; *Hillenkamp* JR 1988, 301, 303; *Hoyer* SK § 263 Rn. 59; *Kühl* AT § 18 Rn. 97 f.; *Rengier* JuS 1989, 802, 807; *Seier* NJW 1988, 1617, 1624; siehe auch *Gössel* BT 2 § 21 Rn. 49.

⁴⁹⁸⁶ *Hillenkamp* JR 1988, 301, 303.

rechts abstellt, so geht dies in die richtige Richtung. Zwar könnte ein zufälliges Abwendungsmonopol den Vermieter nie zum Garanten machen. Zu beachten ist jedoch, dass der Vermieter, indem er die Eigenbedarfskündigung ausspricht, *insoweit* bewusst eine (aktuelle) Herrschaftsposition über Vermögensinteressen des Mieters ergreift und sich gezielt in diese (durch das Mietrecht begünstigte) Monopolstellung begibt, aufgrund derer er auch weiterhin die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung zu treffen hat. Es ist also jedenfalls zu erwägen, die Garantenposition außerhalb der Ingerenz zu suchen und auf Herrschaftsgesichtspunkte (i.V.m. den gesetzlichen Wertungen) zu stützen.⁴⁹⁸⁷ Im Übrigen wird regelmäßig in der Geltendmachung des Räumungsverlangens ohnehin eine konkludente Bezugnahme auf die zwischenzeitlich unwahr gewordene frühere Behauptung liegen, sodass insoweit eine aktive Täuschung vorliegt.⁴⁹⁸⁸

e) Weitere Eckpunkte

Für die Garantenstellung aus Ingerenz kommt es darauf an, ob das objektive Täuschungsverhalten des Betreffenden rechtswidrig ist. Dies ist jedenfalls in denjenigen Fällen anzunehmen, in denen der Ingerent bewusst, jedoch ohne Bereicherungsabsicht täuscht. Problematisch sind die Fälle der gutgläubigen Täuschung. Zu beachten ist, dass im Geschäftsverkehr in der Regel jeder das Risiko seines eigenen Irrtums trägt.⁴⁹⁸⁹ Grundsätzlich haben der Erklärende und das Opfer gleichwertige Möglichkeiten, sich von der Wahrheit der Information zu vergewissern.⁴⁹⁹⁰ Das Opfer muss die Aussagen Anderer grundsätzlich hinterfragen und sich selbst um Aufklärung bemühen.⁴⁹⁹¹ Abweichend wird dies zu beurteilen sein, wenn der Erklärende, anders als das Opfer, die Unwahrheit der Aussage kennen musste⁴⁹⁹² oder besonderes Vertrauen für seine Aussage in Anspruch nimmt, indem er dem Empfänger etwa suggeriert, dieser könne sich auf die Aussage verlassen und müsse diese nicht näher hinterfragen. In diesen Fällen führt nämlich gerade die Erklärung des Täters dazu, dass das Opfer seinen Obliegenheiten im Geschäftsverkehr nicht nachkommen muss. Zu fordern ist also stets eine *überlegene* Position⁴⁹⁹³ des objektiv Täuschenden zum Zeitpunkt der kommunikativen Einwirkung. Diese Fälle stehen letztlich aber denen der freiwilligen Übernahme innerhalb vertraglicher Beziehungen nahe

⁴⁹⁸⁷ Vgl. *Tiedemann* LK § 263 Rn. 68: Nach Zugang der wahren Erklärung habe der Betreffende „kraft Beherrschung der Informationsquelle bei *qualifizierten* Erklärungen“ ebenfalls dafür zu sorgen, dass seine Erklärung wahr bleibe; Hervorhebung im Original; ähnlich *Kindhäuser* NK § 263 Rn. 155: Der Täter müsse sich für gebunden erklären; *ders./Böse* BT II § 27 Rn. 26. Wie hier im Ergebnis auch *Seibert* Garantenpflichten S. 253, der allerdings insoweit auf Übernahme durch „schlüssiges Handeln“ abstellt.

⁴⁹⁸⁸ *Kindhäuser* NK § 263 Rn. 157; **anders** aber wohl *Otto* BT § 51 Rn. 20.

⁴⁹⁸⁹ *Gaede* AnwK § 263 Rn. 41; *Satzger* SSW § 263 Rn. 89.

⁴⁹⁹⁰ Zweifelhaft erscheint daher entgegen *Roxin* AT II § 32 Rn. 232 die Strafbarkeit in der Konstellation, dass jemand aus Versehen bei einer Zahlung einen Fünzfinger als Fünfhunderter präsentiert und nach Erkenntnis des Irrtums das weit überhöhte Wechselgeld einsteckt.

⁴⁹⁹¹ Vgl. *Mitsch* BT 2/1 § 7 Rn. 27.

⁴⁹⁹² Auf die „Pflichtwidrigkeit“ des Vorverhaltens i.S.v. Fahrlässigkeit kann es nicht unmittelbar ankommen, da das Strafrecht in § 263 I StGB nur die vorsätzliche Täuschung strafrechtlich verbietet, also nur insoweit eine Pflicht besteht.

⁴⁹⁹³ Vgl. schon → Kapitel V 6.

(man denke nur daran, dass sich jemand dem besonderen Sachverstand des anderen anvertraut⁴⁹⁹⁴), sodass es hier zu weiten Überschneidungen kommen wird.

2. Maßgeblichkeit der materiellen Unrechtswertung: Unterlassene Lebensrettung nach privilegierter (§ 216 StGB) Lebensgefährdung

Zur Verdeutlichung, dass es nicht auf die formale Verbotswidrigkeit, sondern nur die Wertungen des jeweiligen Tatbestands ankommen kann, erscheint auch folgendes Beispiel aufschlussreich:⁴⁹⁹⁵ Der schwerkranke O bittet den A ernstlich um die Verabreichung eines tödlichen Medikaments. A kommt diesem Verlangen nach. Nach kurzer Zeit kommen dem O jedoch Zweifel. Er fordert den A auf, ihm ein Gegenmittel zu spritzen. Der A, dem dies ein Leichtes wäre, kommt dem Wunsch des O nicht nach, sodass dieser verstirbt.

Hier hat sich A in der aktiven Phase wegen Tötung auf Verlangen strafbar gemacht. Problematisch ist jedoch die Unterlassungsstrafbarkeit des A nach §§ 211, 212, 13 I StGB. Die herrschende Ansicht könnte hier unter Anwendung des Pflichtwidrigkeitskriteriums zu dem Ergebnis gelangen, dass A als Ingerent für den Nichteintritt des Todes einzustehen habe. Dabei würde jedoch nicht hinreichend berücksichtigt, dass das Vorverhalten – obgleich es durch den das Geschehen beherrschenden A ausgeführt wurde – von O eigenverantwortlich veranlasst wurde. Grundsätzlich schließt die wirksame Einwilligung des Opfers das Unrecht der Tat aus – sei es bereits auf Tatbestandsebene oder als Rechtfertigungsgrund. Weil dem drohenden Schaden der Unrechtscharakter genommen ist, kann auch keine Garantenposition entstehen.⁴⁹⁹⁶ Wenn nun bei § 216 StGB die Einwilligung das Unrecht nicht ausschließt, so liegt das nicht an der Qualität der eigenverantwortlichen Entscheidung des Opfers, sondern an der gesetzgeberischen Wertentscheidung, das Unrecht *dennoch* nicht entfallen zu lassen. Zum Teil wird daher § 216 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt eingeordnet.⁴⁹⁹⁷ Das Verhalten sei „mit Rücksicht auf das Risiko einer defizitären Opferentscheidung“ verboten.⁴⁹⁹⁸ Ob die Qualifikation als „abstraktes Gefährdungsdelikt“ überzeugt, kann hier dahinstehen. Auch kann man die Regelung des § 216 StGB in ihrer jetzigen Form mit guten Gründen als paternalistisch kritisieren.⁴⁹⁹⁹ Sie ist

⁴⁹⁹⁴ Siehe dazu *Tiedemann* LK § 263 Rn 62 m.w.N.; zu weiteren Vertrauensbeziehungen Rn. 63.

⁴⁹⁹⁵ Siehe zu derartigen Konstellationen *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 90.

⁴⁹⁹⁶ *Rudolphi* Gleichstellungsproblematik S. 119.

⁴⁹⁹⁷ „Es handelt sich beim Unrecht der Tötung auf Verlangen also nicht um ein Unrecht an der ihren Tod verlangenden Person; denn diese Person wird wegen ihres Verlangens nun einmal nicht überwältigt“. Das Gesetz verbiete die Lebensbeendigung abstrakt, ohne Hinblick auf das frei einwilligende Subjekt im konkreten Fall, *Jakobs* Rechtsgüterschutz? S. 35; ähnlich auch *Kaspar* Verhältnismäßigkeit S. 474 f. (in der Sache für ein konkretes Gefährlichkeitsdelikt): die Strafbarkeit dürfe dann nicht eintreten, wenn Autonomiedefizite *ex ante* nicht möglich erscheinen und *ex post* auch nicht vorliegen.

⁴⁹⁹⁸ *Murmann* Selbstverantwortung S. 536; siehe auch *Kaspar* Verhältnismäßigkeit S. 474 f.; *Roxin* FS Jakobs S. 571, 573; *ders./Greco* AT I § 2 Rn. 33: Nach Ansicht des Gesetzgebers manifestiere sich nur bei der Eigenhändigkeit des Suizids der Selbsttötungswille mit hinreichender Klarheit.

⁴⁹⁹⁹ Vgl. etwa *Kühl* FS Kühne S. 15, 27; begrüßenswert erscheint insoweit die Betonung des Selbstbestimmungsrechts in der Entscheidung BVerfGE 153, 182 (zur Verfassungswidrigkeit von § 217 StGB).

de lege lata hinzunehmen, dennoch sollte man aus dieser Not keine Tugend machen⁵⁰⁰⁰ und den Sterbehelfer (etwa mit *Freund/Rostalski*) über den Hebel der Ingerenz zum Mörder heraufstufen.⁵⁰⁰¹ Dies wäre „symptomatisch für die normentheoretische Blickverengung und Fixierung“⁵⁰⁰² auf die Trennung von Verhaltens- und Sanktionsnorm. Denn zwar ist das Verhalten nach § 216 StGB ebenso wie nach § 212 I StGB entsprechend der formalen Kategorie „Verhaltensnormwidrigkeit“ verboten.⁵⁰⁰³ Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass das nach § 216 StGB verwirklichte *materielle tatbestandliche Unrecht* im Vergleich zu dem tatbestandlichen Unrecht der §§ 211, 212 StGB ein deutlich geringeres und qualitativ anderes ist.

Dass A in der aktiven Phase kein nach § 212 I StGB (sondern nur nach § 216 StGB) missbilligtes Unrecht verwirklicht, ist nicht bloß den Umständen der Handlungssituation *ex ante*, sondern *prinzipiellen* Gründen geschuldet. Das durch A bewirkte Geschehen zeichnet sich nicht durch eine für § 212 I StGB (im Gegensatz zu § 216 StGB) kennzeichnende „Missachtung fremder Selbstbestimmung“⁵⁰⁰⁴ aus. Das Opfer hat nach § 212 I StGB nur einen Schutzanspruch gegen Gefahren, denen es sich *nicht eigenverantwortlich* aussetzt. A hingegen hatte von vornherein zwar (gemäß § 216 StGB) den äußerlichen Erfolg „Tod“ zu verhindern, nicht jedoch die Erfüllung des *Tatbestands*⁵⁰⁰⁵ § 212 I StGB.⁵⁰⁰⁶ § 216 StGB bewahrt das Opfer mit *relativ geringer* Strafandrohung vor dem Risiko eines *defizitären* Sterbeentschlusses – hieraus lässt sich gerade nicht ableiten, dass ihm mit *deutlich höherer* Strafandrohung Schutz vor der *Änderung* eines *nichtdefizitären* Entschlusses nach §§ 211, 212, 13 StGB zustünde. Ohne die Tragik eines solchen Falles

⁵⁰⁰⁰ Aus diesem Grund zu Recht gegen die Ausdehnung der Einwilligungssperre des § 216 StGB auf bloß lebensgefährliche Behandlungen *Grünwald* GA 2012, 364, 376; *Kühl* NJW 2009, 1158 f.

⁵⁰⁰¹ *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 90, die in Fn. 94 sogar einen Mord durch Unterlassen annehmen, würde der „Sterbehelfer“ im Nachhinein habgierig; siehe bereits *Freund* NSTZ 2003, 123, 125.

⁵⁰⁰² In Umkehrung einer Formulierung von *Freund/Rostalski* AT § 6 Rn. 83.

⁵⁰⁰³ Wenn man dem A aufgrund des Normverstößes gegen § 216 StGB eine Garantenstellung auferlegte, drohte eine Inanspruchnahme nach dem Grundsatz *versari in re illicita*. Die Überlegungen laufen insoweit parallel zu der Frage, ob ein isolierter Verstoß gegen das BtMG zu einer Ingerenzgarantenstellung trotz Eigenverantwortlichkeit führen könne. Ob man die Rechtswidrigkeit des Verhaltens (*ex ante*) verlangt oder das Bewirken eines rechtswidrigen Geschehens genügen lässt: Für die Begründung der Garantenstellung aus Ingerenz kann es nicht auf „isoliertes“ oder „nebenherlaufendes“ Unrecht ankommen, vgl. *Herzberg* JZ 1986, 986 f.; siehe auch *Kubiciel* NJW 2019, 3033, 3035: Die Ingerenz diene nicht dazu, den Verstoß gegen jedwede Norm über § 13 StGB zu sanktionieren. – Für das *tatbestandliche* Unrecht des § 212 I StGB ist hingegen die fehlende Eigenverantwortlichkeit des Opfers entscheidend; vgl. auch *Weigend* LK § 13 Rn. 45. Zutreffend daher auch *ders.* zum Fahrlässigkeitsdelikt (FS Gössel S. 129, 133 f.): „die Regelverletzung kann [...] für sich allein nicht begründen, daß der Täter für alle vom Normzweck umfaßten Folgen an fremden Rechtsgütern strafrechtlich in Anspruch genommen wird“.

⁵⁰⁰⁴ Vgl. *Stratenwerth* ZStW 68 (1956) 41, 45.

⁵⁰⁰⁵ Dafür, dass die Verbotenheit *tatbestandsbezogen* zu bestimmen ist, siehe oben → Kapitel 2 § 5 B II.

⁵⁰⁰⁶ Die Tatherrschaft, diesen *Tatbestand* zu verwirklichen, ist ihm also von vornherein grundsätzlich versperrt.

leugnen zu wollen, ist B für die Änderung des nichtdefizitären Schlusses selbst verantwortlich und kann dadurch nicht den A in eine Garantenstellung zwingen,⁵⁰⁰⁷ aufgrund derer er möglicherweise wegen Mordes bestraft wird.⁵⁰⁰⁸

3. Fazit

Das *strafrechtliche Unrecht* ist eine Materie des jeweiligen *Tatbestandes*.⁵⁰⁰⁹ Ausgangspunkt der Bestimmung der Garantenstellungen ist daher stets die Analyse der jeweiligen Tatbestandsstruktur. Welche Schädigungsmöglichkeiten mussten nach den Wertungen des Tatbestandes von vornherein verhindert werden, weil die Freiheitssphäre des Rechtsgutsträgers gegen sie gewährleistet war?

⁵⁰⁰⁷ Wenn das Verlangen des O *wirklich* (Maximum an Wahrheitsgarantie) ernstlich und eigenverantwortlich erfolgte, ist also richtigerweise nicht bloß die Entstehung der Garantenpflicht suspendiert, solange die Eigenverantwortung fortbesteht, sondern grundsätzlich die Entstehung einer Garantenstellung ausgeschlossen. – Es verbleibt die Strafbarkeit wegen §§ 216, 323c I StGB. Möglicherweise besteht zudem eine Garantenstellung aufgrund Übernahme (etwa des Arztes).

⁵⁰⁰⁸ Gleiches gilt im Übrigen für die Überlegung, in Fällen der Suizidbeihilfe die Garantenstellung auf das – inzwischen durch das BVerfG für verfassungswidrig erklärte (BVerfGE 153, 182) – strafbewehrte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, § 217 StGB, zu stützen. Dagegen im Ergebnis zu Recht *Hoven* GS Tröndle S. 575 ff., 584 f., 588 auf die Unterbrechung des „Zurechnungszusammenhangs“ durch das eigenverantwortliche Verhalten abstellend (offen gelassen noch *dies.* NStZ 2018, 283, 284); *Kubiciel* NJW 2019, 3033, 3035; *Rissing-van Saan/Verrel* NStZ 2020, 121, 128; tendenziell auch *Sowada* NStZ 2019, 670, weil es sich um eine abschließende Sonderregelung handle. – Hierfür muss jedoch nicht auf eine Unterbrechung des „Zurechnungszusammenhangs“ abgestellt werden, da der Betreffende von vornherein keine Gefahr schafft, die *im Hinblick auf den Tatbestand* des § 212 I StGB oder des § 216 I StGB verboten wäre. Dies gilt unabhängig davon, ob § 217 StGB nun (auch) dem Rechtsgut Leben diene (so *Hoven* NStZ 2018, 283, 284) oder maßgeblich einem diffusen gesellschaftlichen „Klimaschutz“ (vgl. nur *Kudlich* JA 2019, 867, 869). Ließe man den isolierten Verstoß gegen § 217 StGB genügen, käme es außerdem zu der absurden Konsequenz, dass das Vorliegen des Merkmals „Geschäftsmäßigkeit“ mittelbar eine Strafbarkeit wegen Unterlassungsmord begründen könnte, vgl. auch *Sch/Sch/Sternberg-Lieben* Vor § 211 Rn. 43.

⁵⁰⁰⁹ Siehe schon oben → Kapitel 1 § 3 B IV 3 e), 4.

Zusammenfassung

1. Für die Strafbarkeit der unechten Unterlassungsdelikte, § 13 I StGB, kommt es nicht darauf an, eine (formelle) Rechtspflicht aufzufinden. Vielmehr geht es um die strafrechts-spezifische – tatbestandliche – Gleichstellung.⁵⁰¹⁰ Während in den Begehungstatbeständen das rechtliche Einstehenmüssen des Handelnden für die Folgen seiner Handlungsherrschaft als selbstverständlich vorausgesetzt und daher nicht gesondert zu prüfen ist, handelt es sich bei dem rechtlichen Einstehenmüssen, also der Garantenstellung, um das zentrale Tatbestandsmerkmal der unechten Unterlassungsdelikte.⁵⁰¹¹

Die Garantenstellung beschreibt – entsprechend dem Wortlaut des § 13 I StGB sowie der rechtsgüterschützenden Aufgabe des Strafrechts – die besondere Verantwortungsbeziehung einer Person zu einer Schädigungsmöglichkeit, also einer Gefahr für Rechtsgüter. Das rechtliche Einstehenmüssen bezeichnet damit nicht bloß den Garanten als Täter des unechten Unterlassungsdelikts, sondern auch das Geschehen („Erfolg“), für dessen Nicht-eintritt er zu sorgen hat.⁵⁰¹²

Welche rechtlichen Anforderungen an den Garanten in der konkreten Situation gestellt werden, welche Abwendungsmöglichkeiten er also wahrnehmen muss, ist erst in einem zweiten Schritt zu beantworten (physisch-reale Möglichkeit, Erforderlichkeit, Erkennbarkeit, Sorgfaltswidrigkeit). Die „Garantenpflicht“ ist nicht Merkmal des Tatbestands, sondern beschreibt als Spiegelbild des tatbestandlichen Handlungsunrechts bloß die Regelungswirkung bei Vorliegen der entsprechenden Tatbestandsmerkmale.⁵⁰¹³

2. Die Unterlassungsdelikte sind ebenso wie die Begehungsdelikte primär als Rechtsgutsverletzung, nicht als Pflichtverletzung oder Rollenbruch, zu verstehen.⁵⁰¹⁴ Die Unterlassung per se ist nicht gefährlich für Rechtsgüter. Sie erhält ihre – mit der Begehung vergleichbare – qualifizierte Gefährlichkeit durch den Kausalverlauf, für den der Unterlassende einzustehen hat und den er durch sein Unterlassen „in Dienst nimmt“.⁵⁰¹⁵ Entscheidend für die Gleichstellung ist daher, ob überhaupt eine Schädigungsmöglichkeit vorliegt, der gegenüber das Opfer ein gesteigertes, mit der Begehung vergleichbares, Schutzbedürfnis aufweist, sodass sie mit den Mitteln des Strafrechts zu überwachen ist. Erst dann stellt sich die Frage, welche Person hierfür Garant ist.⁵⁰¹⁶

3. Der Ingerent befindet sich weder in einer hervorgehobenen faktischen Herrschaftsposition noch hat er eine besondere soziale Rolle inne. Die Ingerenzgarantenstellung lässt sich jedoch sekundär zu den Begehungsdelikten damit begründen, dass das selbstver-

⁵⁰¹⁰ → Kapitel 1 § 3 B II, IV 3, 4, VII, Kapitel 4 § 1 A I, § 2 D VI.

⁵⁰¹¹ → Kapitel 1 § 3 VI.

⁵⁰¹² → Kapitel 1 § 3 VI 4 a), c).

⁵⁰¹³ → Kapitel 1 § 3 III, V, VI 2, 4 b), c).

⁵⁰¹⁴ → Kapitel 3 § 2 G 2, Kapitel 4 § 1 A I 2.

⁵⁰¹⁵ → Kapitel 4 § 1 A I 4.

⁵⁰¹⁶ → Kapitel 3 § 2 E II 2 b), c), Kapitel 4 § 1 A I 4.

ständige rechtliche Einstehenmüssen des aktiv Handelnden auch nach Handlungsabschluss akzessorisch zu solchen Schädigungsmöglichkeiten, also Gefahrensituationen, fortbesteht, die er von vornherein zu verhindern hatte.⁵⁰¹⁷

4. Es kommt daher ganz entscheidend darauf an, welche Schädigungsmöglichkeit Gegenstand des selbstverständlichen Einstehenmüssens bei der Begehung und damit auch der Ingerenzunterlassung ist. Der Begehungstatbestand wird maßgeblich durch das Vorliegen von Handlungsherrschaft geprägt; bei der vorsätzlichen täterschaftlichen Begehung in ihrer stärksten Form, der Tatherrschaft. Da die Unterlassung niemals (finale) Tatherrschaft vermitteln kann, muss von diesem Erfordernis für das unechte Unterlassungsdelikt wertend abgewichen werden, denn die Möglichkeit der Gleichstellung ist von § 13 I StGB vorausgesetzt. Es ist daher möglich, dass auch vergangene Herrschaft, die nur noch kausal fortwirkt, eine Garantenstellung rechtfertigt.⁵⁰¹⁸

5. Der Vergleich mit der allgemein anerkannten Garantenstellung aufgrund Sachherrschaft zeigt, dass es für die Gleichstellung der Ingerenzgarantenstellung allein auf die rechtsgutsbezogene, kausale Seite der Handlungsherrschaft ankommen kann.⁵⁰¹⁹ Bei der Herrschaft über eine gefährliche Sache sind andere von der Einwirkung auf diese und damit insoweit von der Entscheidung über die Gefahren, denen sie ihre Rechtsgüter aussetzen wollen, ausgeschlossen. Das Opfer tritt den Sachgefahren somit in rechtlich relevanter Weise unselbstständig („abhängig“) gegenüber, weshalb der Inhaber der Sachherrschaft, der den Gefahrenpegel beeinflussen kann, die Gefahrenquelle zu überwachen hat. Die qualifizierte Gefährlichkeit seines Unterlassens ergibt sich aus der besonderen Schutzlosigkeit des Opfers.⁵⁰²⁰

Ein solches Verhältnis liegt auch bei der Handlungsherrschaft vor: Andere sind von der Einflussnahme auf das Ergebnis der Entscheidung des Handelnden und damit auf die Gefahren, die ihren Rechtsgütern drohen, ausgeschlossen. Diese „negative Abhängigkeit“ des Opfers vom Ausbleiben aktiver Schädigungen, die dem negativen Freiheitsverständnis der Rechtsgutslehre entspricht, ist bei den aktiven Begehungen stets mitzudenken. Der Gesetzgeber trägt ihr durch die Begehungstatbestände des Besonderen Teils Rechnung.⁵⁰²¹

Die Abhängigkeit, also rechtlich relevante Unselbstständigkeit des Rechtsgutsträgers gegenüber bestimmten Gefahren, ist das strafrechtlich bedeutsame Telos, im Hinblick auf das die Gleichstellung der unechten Unterlassungsdelikte erfolgt.⁵⁰²² Nur wenn das Opfer dem schädlichen Kausalverlauf in rechtlich relevanter Weise unselbstständig gegenübertritt, liegt überhaupt ein mit der Begehungsvariante vergleichbares strafrechtliches

⁵⁰¹⁷ → Kapitel 3 § 2 B II 4, Kapitel 4 § 1, A I 1, 5, B III.

⁵⁰¹⁸ → Kapitel 3 § 2 F I 2 a), II 2 a), Kapitel 4 § 1 A II; siehe dazu, dass das Herrschaftsprinzip der Begründung der Ingerenzgarantenstellung nicht entgegensteht, schon → Kapitel 2 § 1 E II, F II, G II.

⁵⁰¹⁹ → Kapitel 4 § 1 A III 6.

⁵⁰²⁰ → Kapitel 4 § 1 A III 3; sowie bereits → Kapitel 3 § 2 E I 2, II 2 b), F I 2 a).

⁵⁰²¹ → Kapitel 4 § 1 A III 4.

⁵⁰²² → Kapitel 4 § 1 A III 3, 4, 5; in Anknüpfung insbesondere an *Gallas, E. A. Wolff, Rudolphi und Welp.*

Schutzbedürfnis des Rechtsguts und damit eine vergleichbare qualifizierte Gefährlichkeit der Unterlassung vor. Die Abhängigkeit kann gegenüber sämtlichen Gefahren bestehen (etwa bei Kindern) oder nur gegenüber bestimmten Schädigungsmöglichkeiten. Sie kann sich etwa auch dadurch ergeben, dass sich das Opfer in Gefahr begibt oder zumutbare Selbstschutzmaßnahmen unterlässt, weil ein anderer die Gefahrabwendung freiwillig übernommen hat. Andere herkömmlich angenommene Garantenstellungen, z.B. diejenige der Ehegatten oder aufgrund enger persönlicher Verbundenheit, sind vor diesem Hintergrund kritisch zu hinterfragen.⁵⁰²³

6. Entgegen manchen Autoren⁵⁰²⁴ erfordert die Gleichstellung keine aktuelle Handlungs- oder Sachherrschaft. Die Abhängigkeit des Opfers gegenüber der Gefahrensituation endet nicht mit dem Herrschaftsverlust des anderen, sondern wirkt fort, wenn es mit einem Kausalverlauf konfrontiert ist, auf dessen Entstehung und Entwicklung es nicht einwirken konnte.⁵⁰²⁵ Dies rechtfertigt es, die zur Kompensation dieser Abhängigkeit begründete Überwachungsgarantenposition fortbestehen zu lassen. Weil der Handlungs- oder Sachherr die maßgebliche rechtsgutsbezogene Entscheidung getroffen hat, hat er diese auch weiterhin als (Ingerenz-)Garant zu treffen.⁵⁰²⁶

Besonders deutlich lässt sich diese Argumentation anhand der Gefahrenquellenverantwortlichkeit illustrieren, die ein einheitliches Gefahrbekämpfungsgebot nach sich zieht. Es wäre teleologisch widersprüchlich, hier eine künstliche Zäsur einzuziehen, indem man den Sachherrn bloß aufgrund der tatsächlichen Progression des Geschehens von seiner Garantenverantwortlichkeit befreite.⁵⁰²⁷ Hierdurch käme es zu einem nicht erklärbaren Strafbarkeitsunterschied. Der Sachherr hat die Gefahrenquelle nicht als Selbstzweck zu sichern, sondern weil er dafür einzustehen hat, dass hieraus keine Gefahren für Rechtsgüter entstehen. Er darf nicht aus seiner Garantenposition entlassen werden, wenn sich die Gefahr für das Rechtsgut verdichtet und so gerade die Entwicklung eintritt, zu deren Verhinderung er von vornherein Garant war.⁵⁰²⁸ Das gleiche gilt a fortiori für die klassischen Ingerenzfälle.⁵⁰²⁹

⁵⁰²³ → Kapitel 4 § 1 A III 5.

⁵⁰²⁴ Insbesondere *Schünemann* → Kapitel 3 § 1 E; sowie im Anschluss daran *Sangenstedt* und *Berster* → Kapitel 3 § 1 F bzw. G.

⁵⁰²⁵ → Kapitel 3 § 1 F II 3 c), Kapitel 4 § 1 B I 2, 5. Soweit hingegen nicht auf die Gefahr, sondern die Möglichkeit, auf die *Sache* selbst Einfluss zu nehmen, abgestellt wird, handelt es sich um einen teleologisch nicht bedeutsamen Gesichtspunkt.

⁵⁰²⁶ Mit *Roxin* kann man insoweit von „Kontrollherrschaft“ sprechen.

⁵⁰²⁷ Gerade der Herrschaftsverlust kann für die Rechtsgüter des Opfers eine besonders gefährliche Eskalation des Geschehens darstellen, → Kapitel 4 § 1 B 1.

⁵⁰²⁸ → Kapitel 4 § 1 B 4.

⁵⁰²⁹ → Kapitel 4 § 1 B 4 c). Die Verantwortlichkeit bei der abgeleiteten Fallgruppe (Sachherrschaft) kann nicht weiter gehen als bei dem von den Begehungstatbeständen vorgesehenen Regelfall (Handlungsherrschaft).

7. Die Ingerenzgarantenstellung lässt sich somit im Hinblick auf das Telos der (negativen) Abhängigkeit des Opfers aufgrund (vergangener) Handlungsherrschaft des Ingerenten begründen. Bei der aktiven Begehung ist jedoch das rechtliche Einstehenmüssen für die Handlungsfolgen ebenso wie die rechtlich relevante Abhängigkeit des Opfers gegenüber bestimmten Handlungsfolgen nicht gesondert zu prüfen, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt und hat in den Wertungen des jeweiligen Straftatbestands seinen Ausdruck gefunden. Für die Ingerenz als sekundäre Garantenstellung muss daher an diejenigen tatbestandlichen Wertungen angeknüpft werden, in denen die negative Abhängigkeit des anderen Rechtsgutsträgers gegenüber den kausalen Folgen der Handlungsherrschaft ihren Niederschlag gefunden hat.⁵⁰³⁰

8. Die für die Ingerenzbegründung maßgebliche tatbestandliche Wertung ist nicht die *ex ante* zu bestimmende Pflichtwidrigkeit der Handlung.⁵⁰³¹ Die Verkürzung der Tatsachenbasis auf die durch eine Maßstabsperson in der Entscheidungssituation erkennbaren Umstände lässt sich für den Zweck der Ingerenzbegründung nicht rechtfertigen.⁵⁰³² Die Sachgründe, die für die Verhaltensnormbegründung zu der Beschränkung der Tatsachenbasis führen, kommen für die Ingerenzgarantenstellung nicht zum Tragen.⁵⁰³³ Die *ex ante* getroffene Wertung der Pflichtwidrigkeit/Pflichtmäßigkeit ist nur relativ, für den unsicheren Entscheidungszeitpunkt, gültig. Sie kann den Garanten daher auch nur in diesem Zeitpunkt von der Pflicht entbinden, nicht hingegen von seiner grundsätzlichen Aufgabe zur Überwachung des gefährlichen Kausalverlaufs.⁵⁰³⁴

Unmaßgeblich sind für die Ingerenzbegründung auch die *ex ante* zu bestimmende Gefährlichkeit der Vorhandlung bzw. die Vorhersehbarkeit (Adäquanz) eines Schadens. Zwar finden insoweit bloß situativ in der Handlungssituation vorliegende Gegeninteressen („erlaubtes Risiko“/Sorgfaltsmäßigkeit) keine Berücksichtigung. Dennoch wird auch hier die Wertung, welche Tatsachen in die Urteilsbasis einzustellen sind und welcher Wahrscheinlichkeitsgrad zu fordern ist, bereits im Hinblick darauf getroffen, dass die Prognose Teilstück der Verhaltensnorm ist.⁵⁰³⁵

9. Erforderlich ist vielmehr eine objektive Unrechtswertung, der ein „Maximum an Wahrheitsgarantie“ zugrunde liegt.⁵⁰³⁶ Eine solche treffen die strafrechtlichen Tatbestände in

⁵⁰³⁰ → Kapitel 4 § 1 B II, § 2. Während für die übrigen Garantenstellungen die Gleichstellung im Hinblick auf das Telos der Abhängigkeit erforderlich ist.

⁵⁰³¹ → Kapitel 4 § 2 A III, IV.

⁵⁰³² → Kapitel 4 § 2 A IV 3, 6.

⁵⁰³³ → Kapitel 4 § 2 A IV 2, 4. Telos ist für die Verhaltensnormbegründung insoweit insbesondere die effektive Verhaltenssteuerung bei gleichzeitiger Maximierung der Handlungsfreiheit in der Entscheidungssituation sowie das Schuldprinzip, das die Bestrafung nicht einmal fahrlässigen Verhaltens verbietet, → Kapitel 4 § 2 A IV 1.

⁵⁰³⁴ → Kapitel 4 § 2 A IV 5 a). Zudem beruht die Bewertung des Verhaltens als sorgfaltsgemäß auf einer Globalabwägung mit den Interessen *potentieller* Opfer, die von den Interessen in der *konkreten* Situation verletzten Person abstrahiert, → Kapitel 4 § 2 A IV 5 b).

⁵⁰³⁵ → Kapitel 4 § 2 A V.

⁵⁰³⁶ → Kapitel 4 § 2 A IV 6, VI, B.

den Schutz- und Gewährleistungsnormen, deren Verletzung das tatbestandliche Erfolgsunrecht begründet. Hierdurch werden die Freiheitsbereiche der Beteiligten endgültig – nicht bloß für die unsichere Entscheidungssituation – abgegrenzt.⁵⁰³⁷ Das Handeln des Täters wird als kausales Geschehen, als „Nicht-Sein-Sollen“, betrachtet, dem ein „Nicht-Dulden-Müssen“ des durch die Gewährleistungsnorm geschützten Opfers entspricht. Wenn das Opfer insoweit von vornherein einen strafrechtlichen Anspruch hatte, von den Folgen der Handlung verschont zu bleiben, ist der andere nach Handlungsabschluss als Ingerenzgarant weiterhin zu deren Überwachung auf Posten gestellt. Hatte der Betroffene die Folgen hingegen von vornherein zu dulden, besteht nach den Wertungen des Strafrechts keine überwachungsbedürftige Situation, für die der Handelnde weiterhin strafrechtlich einzustehen hätte.⁵⁰³⁸

Insoweit kommt es auf die Struktur des jeweils in Frage stehenden Tatbestands an. Beispielsweise genügt im Rahmen des § 263 I StGB nicht jedes pflichtwidrige Vorverhalten, etwa aufgrund eines Verstoßes gegen § 266 StGB. Vielmehr ist erforderlich, dass der Ingerent die nach dem Tatbestand des § 263 I StGB maßgebliche Gefahr einer irrtumsbedingten Vermögensschädigung infolge kommunikativer Einwirkung schafft.⁵⁰³⁹

10. Rechtfertigungsgründe, die dem Handelnden ein Eingriffsrecht zugestehen und dem Opfer eine Duldungspflicht auferlegen, schließen, anders als die bloße Einhaltung der Sorgfalt (das „erlaubte Risiko“), auch eine Ingerenzgarantenstellung aus.⁵⁰⁴⁰ Dies gilt für Notwehr⁵⁰⁴¹ und rechtfertigenden Notstand⁵⁰⁴² gleichermaßen. Der Handelnde hat diejenigen Gefahren, die er schaffen *darf*, auch nicht als Garant zu kontrollieren. Dagegen widerspricht es der gesetzlichen Konzeption, wenn in der Literatur die rechtfertigende Wirkung der Rechtfertigungsgründe zum Teil ignoriert wird, um stattdessen auf eine vermeintlich zugrundeliegende Verantwortungsverteilung abzustellen oder die Rechtfertigungsgründe als „Zurechnungsgründe“ zu interpretieren.⁵⁰⁴³

Unter Ingerenzgesichtspunkten kann auch keine Ausnahme für die Fälle des Aggressivnotstands sowie die Schaffung von Dauerzuständen gemacht werden.⁵⁰⁴⁴ Dies schließt jedoch nicht die Möglichkeit aus, dass in diesen Fällen andere Garantstellungen, insbesondere aufgrund Übernahme- oder Herrschaftsgesichtspunkten, zum Tragen kommen.⁵⁰⁴⁵

⁵⁰³⁷ → Kapitel 4 § 2 B II.

⁵⁰³⁸ → Kapitel 4 § 2 B II 3.

⁵⁰³⁹ → Kapitel 4 § 2 D VI 1. Vgl. auch die Beispiele §§ 164, 306 ff., 348 StGB → Kapitel 4 § 2 B III 2, 3; sowie § 216 StGB → Kapitel 4 § 2 D VI 1.

⁵⁰⁴⁰ → Kapitel 4 § 2 C II 1. Wie hier insbesondere *Maiwald, Kindhäuser, Kudlich* und *E. A. Wolff*.

⁵⁰⁴¹ → Kapitel 4 § 2 C II 3.

⁵⁰⁴² → Kapitel 4 § 2 C II 4.

⁵⁰⁴³ → Kapitel 4 § 2 C II 1, 2.

⁵⁰⁴⁴ → Kapitel 4 § 2 C II 4 a) - c), 6.

⁵⁰⁴⁵ → Kapitel 4 § 2 C II 4 e), 6.

11. Im Übrigen kann pragmatisch zwischen pflichtwidrigem und pflichtgemäßem Verhalten unterschieden werden. Ist das Verhalten ohnehin sorgfaltswidrig, ist es zweckmäßig, entsprechend allgemeinen Grundsätzen zu fragen, ob aufgrund des Vorliegens des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs ebenfalls Erfolgsunrecht vorliegt.⁵⁰⁴⁶ Ist das Verhalten hingegen sorgfaltsgemäß, muss selbstständig begründet werden, ob die Handlungsfolgen möglicherweise dennoch rechtswidrig sind, weil sie der tatbestandlichen Schutz- und Gewährleistungsnorm widersprechen. Diese hält die Integritätsgarantie des Rechtsgutes auch dort noch aufrecht, wo das Handeln nicht verhaltensnormwidrig ist, mithin kein Handlungsunrecht vorliegt.

Die vorgeschlagene Lösung ist offen für Konkretisierungen durch abweichende Modelle des Erfolgsunrechts, des „Geschehensunrechts“⁵⁰⁴⁷ oder objektiv bestimmten Handlungsunrechts⁵⁰⁴⁸. Auch bietet sie für Konzeptionen, die für die Ingerenzbegründung auf Kriterien wie die „Vermeideverantwortlichkeit“⁵⁰⁴⁹ oder die Schaffung eines Sonderrisikos⁵⁰⁵⁰ abstellen, einen dogmatischen Anknüpfungspunkt in der Unrechtsstruktur der Begehungstatbestände.

12. Da das rechtliche Einstehenmüssen akzessorisch zu der zu kontrollierenden Schädigungsmöglichkeit fortbesteht, muss zwischen der Handlung als kausalem Vorgang und der in der Unterlassungssituation abzuwendenden Gefahr eine ununterbrochene Kette von Unrechtszuständen bestehen.⁵⁰⁵¹ Daher muss bereits die Handlungsobjektivierung rechtswidrig sein. Erforderlich ist hierfür, dass die Handlung als objektiver, kausaler Vorgang eine Gefahr darstellt.⁵⁰⁵² Dabei kann an andere Gefahrbegriffe des StGB angeknüpft werden, namentlich an den des rechtfertigenden Notstands und denjenigen der potentiellen Gefährdungsdelikte. Jeweils ist ein Maximum an Wahrheitsgarantie anzulegen.⁵⁰⁵³ Hinsichtlich des Basissachverhalts können sämtliche in der Hauptverhandlung bekannten Umstände herangezogen werden, die zum Zeitpunkt der Handlung feststanden, mögen sie auch noch nicht erkennbar oder feststellbar gewesen sein.⁵⁰⁵⁴ Aufgrund des festgestellten Basissachverhalts musste eine Schädigung nach sachverständigem Urteil ernsthaft zu erwarten sein.⁵⁰⁵⁵

⁵⁰⁴⁶ → Kapitel 4 § 2 D I.

⁵⁰⁴⁷ Vgl. etwa die Konzeption *Fristers* → Kapitel 4 § 2 B I.

⁵⁰⁴⁸ Vgl. etwa die Konzeption *Kindhäusers* und *Vogels* → Kapitel 3 § 2 G III 2, Kapitel 4 § 2 B IV 2.

⁵⁰⁴⁹ Vgl. etwa die Konzeption *Herzbergs* → Kapitel 3 § 2 G I.

⁵⁰⁵⁰ → Kapitel 4 § 2 B II 3; sowie zu den einzelnen Autoren → Kapitel 3 § 2 D IV 1 b), 2 c) (*Otto*: Überschreitung des „jedermann eingeräumten Handlungsspielraums“), → Kapitel 3 § 2 G II 1 b), 2 c) (*Jakobs*: Usurpation fremder Freiheit), → Kapitel 3 § 2 IV 1 b), 2 d) (*Freund*: Auswirkungen des Freiheitspotentials, die „nicht sein sollen“), zu weiteren Autoren → Kapitel 3 § 2 H 2 b).

⁵⁰⁵¹ → Kapitel 4 § 2 D III.

⁵⁰⁵² → Kapitel 4 § 2 D II, III 1, IV.

⁵⁰⁵³ → Kapitel 4 § 2 D IV 2, 3.

⁵⁰⁵⁴ → Kapitel 4 § 2 D IV 2, 3, 4.

⁵⁰⁵⁵ → Kapitel 4 § 2 D IV 5.

13. Grundsätzlich ist in Zwei-Personen-Konstellationen davon auszugehen, dass die in der Handlung liegende objektive, ernstzunehmende Gefahr des Erfolgseintritts Unrecht im Sinne der tatbestandlichen Gewährleistungsnorm darstellt.⁵⁰⁵⁶ Das Opfer hat prinzipiell, vorbehaltlich etwaiger Gegeninteressen des Handelnden, einen strafrechtlichen Schutzanspruch, vor diesen Gefahren verschont zu bleiben, und der Handelnde hat nach Handlungsabschluss dafür einzustehen, dass sich diese Gefahren nicht zum Erfolgseintritt weiterentwickeln.

In einem zweiten Schritt kommt es auf eine Abwägung der Interessen des Handelnden sowie der Interessen des konkret gefährdeten Opfers an.⁵⁰⁵⁷ Geschriebene und ungeschriebene Eingriffsrechte schließen das Erfolgsunrecht aus.⁵⁰⁵⁸ Auch die eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers führt zur Rechtmäßigkeit der Handlungsfolgen.⁵⁰⁵⁹ Im Übrigen ist eine Verletzung der Gewährleistungsnorm und damit eine Ingerenzgarantenstellung zu verneinen, wenn das Opfer zum Zeitpunkt der Handlung objektiv gleichwertige Gestaltungsmöglichkeiten hatte, also *objektiv* eine Selbstgefährdung vorlag. Eine *strafrechtliche* Überwachungsposition des anderen ist nicht zu rechtfertigen, wenn das Opfer gleichwertigen Einfluss auf das Geschehen ausgeübt hat.⁵⁰⁶⁰

In Drei-Personen-Konstellationen ist ein starres Regressverbot oder ein pauschaler Ausschluss der Garantenstellung des Ersthandelnden aufgrund des Prinzips der Selbstverantwortung abzulehnen.⁵⁰⁶¹ Dennoch können die für die Zwei-Personen-Konstellationen entwickelten Grundsätze nicht uneingeschränkt gelten, wenn die Gefahr durch das eigenverantwortliche unmittelbare Handeln eines Dritten vermittelt ist. Während die tatbestandliche Gewährleistungsnorm in Zwei-Personen-Konstellationen den Schutz des Opfers in der Regel auch dann aufrechterhält, wenn aus der Entscheidungsperspektive des Handelnden keine Verhaltenspflicht begründbar ist, lässt sich in Drei-Personen-Konstellationen ein tatbestandlicher Schutzanspruch regelmäßig nur unter erschwerten Voraussetzungen rechtfertigen. Hier ist erforderlich, dass entweder ein Dritter erkennbar tatgeneigt ist oder das Opfer durch die Handlung erkennbar gegenüber Taten Dritter schutzlos wird.⁵⁰⁶² Überdies ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zu den Teilnahmeregeln zu differenzieren: Derjenige, der mit seiner aktiven Handlung aufgrund deren objektiven Gewichts nur Teilnehmer sein konnte, darf nicht in der anschließenden Unterlassungs-

⁵⁰⁵⁶ → Kapitel 4 § 2 D III 1, V 1.

⁵⁰⁵⁷ → Kapitel 4 § 2 D V 1.

⁵⁰⁵⁸ → Kapitel 4 § 2 C, D V 3, 4.

⁵⁰⁵⁹ → Kapitel 4 § 2 D V 5.

⁵⁰⁶⁰ → Kapitel 4 § 2 D V 6. Das Opfer ist dann im Hinblick auf das Geschehen nicht aufgrund der Herrschaft des anderen abhängig; die hilflose Lage beruht vielmehr objektiv auf seiner eigenen Entscheidung.

⁵⁰⁶¹ → Kapitel 4 § 2 D V 7 b).

⁵⁰⁶² → Kapitel 4 § 2 D V 7 c).

phase als Täter bestraft werden. Da sich das Einstehenmüssen des Ingerenten allein sekundär aus der Verantwortlichkeit während der aktiven Phase begründet, kann der Ingerent auch in der passiven Phase nur Gehilfe durch Unterlassen sein.⁵⁰⁶³

14. In den reinen Ingerenzfällen, in denen kein aktuelles Herrschaftsverhältnis besteht, ist dem Unterlassenden die Strafmilderung des § 13 II StGB stets zu gewähren, um der geringeren Evidenz des Einstehenmüssens sowie der höheren Belastung für die Handlungsfreiheit Rechnung zu tragen.⁵⁰⁶⁴ Wenn das Vorverhalten nur das objektive Gewicht einer Beihilfe aufweist, kommen dem Ingerenten kumulativ §§ 13 II, 27 II 2 StGB zugute.⁵⁰⁶⁵

15. Im Ergebnis gilt also: In einem rechtsgüterschützenden Strafrecht hat jeder Handelnde (oder Inhaber einer sonstigen Gefahrenquelle) nicht nur für seine aktuelle Handlungsherrschaft (bzw. die aktuell beherrschte Gefahrenquelle) rechtlich einzustehen, sondern für diejenigen Auswirkungen auf Rechtsgüter anderer Personen, mit denen diese nach den Wertungen des (Straf-)Rechts nicht selbstständig zurechtkommen müssen. Das als selbstverständlich vorausgesetzte rechtliche Einstehenmüssen des aktiv Handelnden darf daher nicht abreißen, wenn die Handlung Gefahren bedingt, die die Person nach den Wertungen des jeweiligen Straftatbestandes von vornherein zu verhindern hatte.

Die Garantenstellung aus Ingerenz knüpft insoweit nicht an *ex ante* pflichtwidrige Handlungen, sondern an *objektiv* rechtswidrige Handlungsfolgen im Sinne der tatbestandlichen Schutz- und Gewährleistungsnorm („Erfolgsunrecht“). Sorgfaltsgemäßes Verhalten entbindet nur von der Unterlassungspflicht oder Sicherungspflicht in einer konkreten Situation, nicht hingegen von dem rechtlichen Einstehenmüssen für die geschaffene Schädigungsmöglichkeit. Wenn dagegen dem Handelnden ein Eingriffsrecht zusteht, hat er auch keine Garantenstellung bezüglich der durch das Opfer zu duldenen Folgen. Er hat dann *strafrechtlich* nicht dafür einzustehen, dass der *Erfolg* nicht eintritt, § 13 I StGB.

⁵⁰⁶³ → Kapitel 4 § 2 D V 7 d).

⁵⁰⁶⁴ → Kapitel 1 § 2 D V 3, Kapitel 4 § 1 A III 3, B IV.

⁵⁰⁶⁵ → Kapitel 4 § 2 D V 7 d).

Literaturverzeichnis

Achenwall, Gottfried/ Pütter, Johann Stephan Anfangsgründe des Naturrechts (elementa iuris naturae, 1750), Hrsg. u. übersetzt von Jan Schröder, 1. Auflage 1995, zitiert als: Anfangsgründe.

Albrecht, Dietlinde Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, 1998, zitiert als: Begründung.

Aldosser, Carl Inwieferne können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden? 1882, zitiert als: Unterlassungen.

Ambos, Kai Nationalsozialistisches Strafrecht, Kontinuität und Radikalisierung, 2019, zitiert als: Nationalsozialistisches Strafrecht.

Amelung, Knut Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“, 1972, zitiert als: Rechtsgüterschutz.

ders. Strafrechtswissenschaft und Strafrechtsgesetzgebung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 92 (1980) 19.

ders. Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems (Hrsg.: Schönemann), 1984, S. 85, zitiert als: Grundfragen.

ders. Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit, in: Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung (Hrsg.: Jung/Müller-Dietz/Neumann), 1991, S. 269, zitiert als: Recht und Moral.

ders. Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? (Hrsg.: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens), 1. Auflage 2003, S. 155, zitiert als: Rechtsgutstheorie.

ders. Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen in der strafrechtsdogmatischen Argumentation, Festschrift Eser, 2005, S. 3.

Androulakis, Nikolaos Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963, zitiert als: Studien.

AnwaltKommentar StGB (Hrsg.: Leipold/Tsambikakis/Zöllner), 3. Auflage 2020, zitiert als: AnwK.

Appel, Ivo Verfassung und Strafe, Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, 1998, zitiert als: Verfassung.

Arzt, Gunther Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (1. Teil), Juristische Arbeitsblätter 1980, 553.

ders. Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (2. Teil), Juristische Arbeitsblätter 1980, 647.

ders. Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (2. Teil, 2. Hälfte), Juristische Arbeitsblätter 1980, 713.

ders. Beweisnot als Motor materiell-rechtlicher Innovation, Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band IV, 2000, S. 755.

ders. Mord durch Unterlassen, Festschrift Roxin, 2001, S. 855.

ders./Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric Strafrecht Besonderer Teil, Lehrbuch, 3. Auflage 2015, zitiert als: BT³.

dies. Strafrecht Besonderer Teil, Lehrbuch, 4. Auflage 2021, zitiert als: BT⁴.

Ast, Stephan Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt, 2010, zitiert als: Normentheorie.

von Bar, Carl Ludwig Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871, zitiert als: Causalzusammenhang.

ders. Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform. Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze, 1907, zitiert als: Gesetz und Schuld II.

von Bar, Christian Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrssicherungspflichten, Juristische Schulung 1988, 169.

Bärwinkel, Richard, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968, zitiert als: Garantieverhältnisse.

Bassenge, Peter Der allgemeine strafrechtliche Gefahrbegriff und seine Anwendung im zweiten Teil des Strafgesetzbuches und in den strafrechtlichen Nebengesetzen, 1961, zitiert als: Gefahrbegriff.

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 12. Auflage 2016, zitiert als: AT¹².

dies. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 13. Auflage 2021, zitiert als: AT.

Beck, Tobias Die Auswirkungen der Großen Strafrechtsreform auf die Gesetzgebung im Kernstrafrecht seit 1975. Fortführung oder Aufgabe der Reformgrundsätze? 2016, zitiert als: Strafrechtsreform.

beck-online.GROSSKOMMENTAR (Gesamtherausgeber für das Zivilrecht: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann), Stand: 01.09.2021, zitiert als: BeckOGK.

BeckOK StGB (Hrsg.: v. Heintschel-Heinegg), Stand: 01.05.2021, zitiert als: BeckOK.

Becker, Christian Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 08.03.2017 – 1 StR 466/16, BGHSt 62, 72, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2017, 535.

Beckschäfer, Sebastian Die Strafrahmengmilderung beim Begehen durch Unterlassen, Zur Auslegung des § 13 Absatz 2 StGB, 2012, zitiert als: Strafrahmengmilderung.

Beling, Ernst Die Lehre vom Verbrechen, 1906, zitiert als: Verbrechen.

ders. Grundzüge des Strafrechts, 11. Auflage 1930, zitiert als: Grundzüge.

Berendt, Hans-Joachim Die Unterlassung im Strafrecht, Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage, 1979, zitiert als: Unterlassung.

ders. Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht, Festschrift Jescheck, 1985, S. 303.

ders. Zur Synchronisation von strafrechtlicher Handlungs-, Unrechts-, und Zurechnungslehre, Goldammer's Archiv 1993, 67.

Berndt, Markus Strafrechtliche Garantenpflicht eines »Compliance-Officers«, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.07.2009 – 5 StR 394/08, NJW 2009, 3173, Strafverteidiger 2009, 689.

Berner, Albert Friedrich Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 18. Auflage 1898, zitiert als: Lehrbuch.

Berster, Lars Das unechte Unterlassungsdelikt, Der gordische Knoten des Allgemeinen Teils, 2014, zitiert als: Unterlassungsdelikt.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22.11.2016 – 1 StR 354/16, BGHSt 61, 318, Neue juristische Wochenschrift 2017, 420.

Beulke, Werner Klausurenkurs im Strafrecht III, Ein Fall- und Repetitionsbuch für Examenkandidaten, 5. Auflage 2018, zitiert als: KK III.

ders./Bachmann, Gregor Die „Lederspray-Entscheidung“ – BGH 37, 106, Juristische Schulung 1992, 737.

Binding, Karl Die Normen und ihre Übertretung, Band 1, Normen und Strafgesetze, 4. Auflage 1922, zitiert als: Normen I.

ders. Die Normen und ihre Übertretung, Band 2, Schuld und Vorsatz, Hälfte 1: Zurechnungsfähigkeit und Schuld, 2. Auflage 1914, zitiert als: Normen II 1.

ders. Die Normen und ihre Übertretung, Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Band 4, Die Fahrlässigkeit, 1919, zitiert als: Normen IV.

Blassl, Johannes Sebastian Zur Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten, Zugleich ein systematisierender Beitrag zu rechtssichernden Organisationspflichten und zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, 2017, zitiert als: Garantenpflicht.

Blei, Hermann Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen, Festschrift Hellmuth Mayer, 1966, S. 119.

ders. Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Auflage 1983, zitiert als: AT.

Bloy, René Finaler und sozialer Handlungsbegriff, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 90 (1978) 609.

ders. Die strafrechtliche Produkthaftung auf dem Prüfstand der Dogmatik, Festschrift Maiwald, 2010, S. 35.

Bock, Michael Ideen und Schimären im Strafrecht, Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 103 (1991) 636.

Bockelmann, Paul Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949, zitiert als: Täterschaft.

ders. Zum Problem der Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, in: Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 126, zitiert als: Untersuchungen.

ders. Betrug verübt durch Schweigen, Festschrift Eberhard Schmidt, 1961, S. 437.

ders./Volk, Klaus Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage 1987, zitiert als: AT.

Bode, Thomas Das Providerprivileg aus §§ 7, 10 TMG als gesetzliche Regelung der Beihilfe durch „neutrale“ Handlungen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 127 (2015) 937.

Böhm, Alexander Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1957, zitiert als: Rechtspflicht.

ders. Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, Koferat, Juristische Schulung 1961, 177.

Böhm, Sonja Garantenpflichten aus familiären Beziehungen, Zur Deutung des § 13 Abs. 1 StGB als Blankettvorschrift, 2006, zitiert als: Garantenpflichten.

Bohnert, Joachim Die Verletzung der Fürsorgepflicht und die Garantie der Sozialarbeiter, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 117 (2005) 290, 302.

Börger, Niclas Studien zum Gefahurteil im Strafrecht, Ein Abschied vom objektiven Dritten, 2008, zitiert als: Gefahurteil.

Bosch, Nikolaus Folter eines Mitgefangenen – Mittäterschaft und Beihilfe bei Unterlassen, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 12.2.2009 – 4 StR 488/08, NStZ 2009, 321, Juristische Arbeitsblätter 2009, 655.

ders. Der Einfluss des Gesetzes sowie materieller Kriterien auf die Entstehung von Garantienpflichten, Juristische Ausbildung 2019, 1239.

Böse, Martin Grundrechte und Strafrecht als „Zwangsrecht“, in: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? (Hrsg.: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers), 1. Auflage 2003, S. 89, zitiert als: Rechtsgutstheorie.

Bottke, Wilfried Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, 1992, zitiert als: Gestaltungsherrschaft.

ders. Die Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems, in: Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin (Hrsg.: Schönemann/de Figueiredo Dias), 1995, S. 235, zitiert als: Bausteine.

ders. Das Straftaterfordernis der Rechtsgutsverletzung, Festschrift Lampe, 2003, S. 463.

ders. Herrschaftsprinzip vs. Gestaltungsherrschaft? – Zur Anwendung der §§ 13, 25 auf mittelbare Unterlassungstäter –, in: Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schönemann zum 60. Geburtstag (Hrsg.: Hefendehl), 2005, S. 191, zitiert als: Empirische Fundamente.

Brammsen, Joerg Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantienpflichten, 1986, zitiert als: Entstehungsvoraussetzungen.

ders. Strafrechtliche Rückrufpflichten bei fehlerhaften Produkten, Goltdammer's Archiv 1993, 97.

ders. Unterlassungshaftung in formalen Organisationen, in: Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft (Hrsg.: Amelung), 2002, S. 105, zitiert als: Individuelle Verantwortung.

ders. Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen, Goltdammer's Archiv 2002, 193.

Brandt, Christian Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 08.03.2017 – 1 StR 466/16, BGHSt 62, 72, Neue juristische Wochenschrift 2017, 2056.

Brodowski, Dominik Fortgeschrittenenklausur – Strafrecht: Garantienstellung – Notwehr gegen Forderungsentziehung durch Unfallflucht, Juristische Schulung 2015, 430.

Brüning, Janique Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22.11.2016 – 1 StR 354/16, BGHSt 61, 21, Zeitschrift für das juristische Studium 2019, 727.

Bruns, Hans-Jürgen Anmerkung zu BGH, Urteil vom 3.11.1981 – 1 StR 501/81 (NJW 1982, 393), Juristische Rundschau 1982, 465.

- ders.* Das Recht der Strafzumessung, 2. Auflage 1985, zitiert als: Strafzumessung.
- ders.* Zur Auslegung des § 13 II StGB, Festschrift Tröndle, 1989, S. 125.
- Bruns, Hermann* Kritik der Lehre vom Tatbestand, Preisschrift der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn 1931, 1932, zitiert als: Tatbestand.
- Bülte, Jens* Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht, 2015, zitiert als: Vorgesetztenverantwortlichkeit.
- Bung, Jochen* Sichtbare und unsichtbare Handlungen, Moralphilosophische und strafrechtliche Überlegungen zum Problem des Unterlassens, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 120 (2008) 526.
- von Buri, Maximilian* Ueber die Begehung der Verbrechen durch Unterlassungen, Gerichtssaal 21 (1869) 189.
- ders.* Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873, zitiert als: Ueber Causalität.
- ders.* Ueber die Begehung von Verbrechen durch Unterlassungen, Gerichtssaal 27 (1875) 25.
- ders.* Über die Kausalität der Unterlassung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1 (1881), 400.
- ders.* Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen, 1885, zitiert als: Die Causalität.
- Burgstaller, Manfred* Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, 1974, zitiert als: Fahrlässigkeitsdelikt.
- Burkhardt, Björn* Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die „Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem „Objektiven“ –, in: Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem (Hrsg.: Wolter/Freund), 1996, S. 99, zitiert als: Straftat, Strafzumessung.
- ders.* Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik, in: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick, Dokumentation einer Tagung vom 3. – 6. Oktober 1999 in der Berlin- Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.: Eser/Hassemer/ Burkhardt), 2000, S. 111, zitiert als: Jahrtausendwende.
- Busch, Richard* Zur gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlassens, Festschrift Hellmuth von Weber, 1963, S. 192.
- von Caemmerer, Ernst* Wandlungen des Deliktsrechts, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Band 2, 1960, S. 49, zitiert als: FS DJT Bd. 2.

Canaris, Claus-Wilhelm Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage 1983, zitiert als: Lücken.

Ceffinato, Tobias Legitimation und Grenzen der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach § 14 StGB, 2012, zitiert als: Legitimation.

ders. Vollendungsumkehr und Wiedergutmachung, 2017, zitiert als: Vollendungsumkehr.

ders. Die Beendigung von Garantstellungen, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2021, 65.

Chen, Jyh-Huei Das Garantsonderdelikt, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte und der Sonderdelikte, 2006, zitiert als: Garantsonderdelikt.

Cicero, Marcus Tullius *De officiis*, With an English translation by Walter Miller, (Loeb classical library 30, Havard University Press), 1913, zitiert als: *De officiis*.

Class, Wilhelm Generalklauseln im Strafrecht, *Festschrift Eberhard Schmidt*, 1961, S. 122.

Clemens, Otto Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch, 1912, zitiert als: Unterlassungsdelikte.

v. Coelln, Sibylle Das „rechtliche Einstehenmüssen“ beim unechten Unterlassungsdelikt, Die Emanzipation der Garantstellung von einzelnen Fallgruppen, 2008, zitiert als: Unterlassungsdelikt.

Dannecker, Gerhard Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts, *Festschrift Otto*, 2007, S. 25.

ders./Dannecker, Christoph Die „Verteilung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen, Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers und (leitender) Angestellter bei der Übernahme unternehmensbezogener Aufgaben – zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 17. 7. 2009 – 5 StR 394/08, *Juristenzeitung* 2010, 981.

Dehne-Niemann, Jan Sorgfaltswidrigkeit und Risikoerhöhung, Zur normtheoretischen Reformulierung der „Risikoerhöhungstheorie“, *Goltdammer's Archiv* 2012, 89.

Deichmann, Marco Grenzfälle der Sonderstrafat, Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere persönliche Merkmale bei den Aussage- und Verkehrsdelikten, 1994, zitiert als: Grenzfälle.

Demko, Daniela Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen, 2002, zitiert als: Relativität.

Demuth, Heinrich Der normative Gefahrbegriff, Ein Beitrag zur Dogmatik der konkreten Gefährdungsdelikte, 1980, zitiert als: Gefahrbegriff.

Dencker, Friedrich Besprechung von Aufsätzen und Anmerkungen zum Straf- und Straßprozeßrecht – Auswahl wichtiger Beiträge aus dem 1. Halbjahr 1982 – Neue Zeitschrift für Strafrecht 1983, 398.

ders. Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung, Festschrift Stree/Wessels, 1993, S. 159.

ders. Kausalität und Gesamttat, 1996, zitiert als: Kausalität.

ders. Zum subjektiven Tatbestand des Betruges, Festschrift Grünwald, 1999, S. 75.

Dießner, Annika Die Unterlassungsstrafbarkeit der Kinder- und Jugendhilfe bei familiärer Kindeswohlgefährdung, 2008, zitiert als: Unterlassungsstrafbarkeit.

Dimitratos, Nikolaos Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen, 1989, zitiert als: Begriffsmerkmal.

Diurni, Amalia Schädigende Nothilfe – Haftungszurechnung im Europäischen Privatrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2006, 583.

zu Dohna, Alexander Graf Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage 1950, zitiert als: Aufbau.

Dölling, Dieter Anmerkung zu OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14. 05. 1993 – 1 Ss 90/93, JR 1994, 518, Juristische Rundschau 1994, 520.

Donner, David Die Zumutbarkeitsgrenzen der vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikte, 2007, zitiert als: Zumutbarkeitsgrenzen.

Dornseifer, Gerhard Unrechtsqualifizierung durch den Erfolg – Ein Relikt der Verdachtsstrafe? Gedächtnisschrift Armin Kaufmann, 1989, 427.

Dreier, Horst Kants Republik, Juristenzeitung 2004, 745.

Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 9. Auflage 2019, zitiert als: Duden.

Duttge, Gunnar Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20. 11. 2008 - 4 StR 328/08, BGHSt 53, 55, Neue Zeitschrift für Strafrecht S. 2009, 690.

ders. „Erlaubtes Risiko“ in einer personalen Unrechtslehre, Festschrift Maiwald, 2010, S. 133.

Ebert, Udo Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage 2001, zitiert als: AT.

ders./Kühl, Kristian Kausalität und objektive Zurechnung, Juristische Ausbildung 1979, 561.

Eisele, Jörg Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 5.8.2015 – 1 StR 328/15, BGHSt 61, 21, Juristische Schulung 2016, 278.

ders. Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.11.2016 – 1 StR 354/16, BGHSt 61, 318, Juristisch Schulung 2017, 561.

ders. Strafrecht – Besonderer Teil I, Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 5. Auflage 2019, zitiert als: BT I.

ders./Heinrich, Bernd Strafrecht Allgemeiner Teil für Studienanfänger, 1. Auflage 2017, zitiert als: AT.

Ellmer, Manfred Betrug und Opfermitverantwortung, 1986, zitiert als: Betrug.

Engisch, Karl Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, zitiert als: Untersuchungen.

ders. Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, zitiert als: Kausalität.

ders. Notstand und Putativnotstand, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 23 (1932) 420.

ders. Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, zitiert als: Einheit.

ders. Der Arzt im Strafrecht, Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform 30 (1939) 414.

ders. Der finale Handlungsbegriff, Festschrift Kohlrausch, 1944, S. 141.

ders. Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von subjektiven Tatbestands- und Unrechtsmerkmalen, Festschrift Rittler, 1957, S. 165.

ders. Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Band 1, 1960, S. 401, zitiert als: FS DJT Bd. 1.

ders. Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 2. Auflage 1960, zitiert als: Logische Studien.

ders. Zur „Natur der Sache“ im Strafrecht, Ein Diskussionsbeitrag, Festschrift Eberhard Schmidt, 1961, S. 91.

ders. Vom Weltbild des Juristen, 2. Auflage 1965, zitiert als: Weltbild.

ders. Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Auflage 1968, zitiert als: Konkretisierung.

ders. Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, Hauptthemen der Rechtsphilosophie, 1971, zitiert als: Gerechtigkeit.

ders. Tun und Unterlassen, Festschrift Gallas 1973, S. 163.

ders. Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe, Festschrift Dreher, 1977, S. 309.

ders. Einführung in das juristische Denken, 12. Auflage 2018, zitiert als: Einführung.

Engländer, Armin Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre im Verfassungsrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 127 (2015) 616.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteile vom 03.07.2019, 5 StR 132/18 und 5 StR 393/18, BGHSt 64, 121 und BGHSt 64, 135, Juristenzeitung 2019, 1049.

Erb, Volker Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, Eine systematische Darstellung unter Berücksichtigung der entsprechenden zivilrechtlichen Fragestellungen, 1991, zitiert als: Alternativverhalten.

ders. Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht, Juristische Schulung 1994, 449.

Eschelbach, Ralf Gefährliche Handlungen, in: Gefahr (Hrsg.: Fischer/Hilgendorf), 2020, S. 145.

Eser, Albin Zum Verhältnis von Gewaltanwendung und Wegnahme beim Raub, Neue juristische Wochenschrift 1965, 377.

ders. Verhaltensregeln und Behandlungsnormen, Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht, Festschrift Lenckner, 1998, S. 25.

ders. „Sozialadäquanz“: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? – Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen –, Festschrift Roxin (2001), S. 199.

ders./Burkhardt, Björn Strafrecht I, Schwerpunkt, Allgemeine Verbrechenslehre, 4. Auflage 1992, zitiert als: Strafrecht I.

Esser, Josef Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts, 2. Auflage 1969, zitiert als: Gefährdungshaftung.

ders. Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, 1970, zitiert als: Vorverständnis.

Feuerbach, Paul Johann Anselm Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn, 1797, Nachdruck 1967, zitiert als: Anti-Hobbes.

ders. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 2. Auflage 1803, zitiert als: Lehrbuch.

Fischer, Hans Albrecht Die Rechtswidrigkeit, mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911, zitiert als: Rechtswidrigkeit.

Fischer, Thomas Gefährliche Sachen, in: Gefahr (Hrsg.: Fischer/Hilgendorf), 2020, S. 127.

ders. Strafgesetzbuch, mit Nebengesetzen, 68. Auflage 2021.

Finger, August Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht, Festgabe Frank, Band I, 1931, 230.

Frank, Reinhard Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, 18. Auflage 1931, zitiert als: Strafgesetzbuch.

Freund, Georg Erfolgsdelikt und Unterlassen, Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe, 1992, zitiert als: Erfolgsdelikt.

ders. Richtiges Entscheiden – am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht, Zugleich ein Beitrag zur Relativität objektiver Daten, *Goltdammer's Archiv* 1991, 387.

ders. Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem, in: Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem (Hrsg.: Wolter/Freund), 1996, S. 43, zitiert als: Straftat, Strafzumessung.

ders. Verdeckungsmord durch Unterlassen? Zugleich eine Besprechung von BGH, Urt. v. 12. 12. 2002 - 4 StR 297/02 (LG Rostock), *NStZ* 2003, 312 f., *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2004, 123.

ders. Tatbestandsverwirklichung durch Tun und Unterlassen, Zur gesetzlichen Regelung begehungsgleichen Unterlassens und anderer Fälle der Tatbestandsverwirklichung im Allgemeinen Teil des StGB, *Festschrift Herzberg*, 2008, S. 225.

ders. Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 2. Auflage 2009, zitiert als: AT².

ders. Das Spezifikum der vollendeten Vorsatztat, *Festschrift Maiwald*, 2010, S. 211.

ders. Jakobs und die Unterlassungsdelikte, Von der Verhaltensform zur Qualität der Verhaltensnorm, in: *Strafrecht und Gesellschaft, Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs* (Hrsg.: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg), 2019, S. 379, zitiert als: *Strafrecht und Gesellschaft*.

ders./Rostalski, Frauke Normkonkretisierung und Normbefolgung, *Goltdammer's Archiv* 2018, 264.

dies. Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 3. Auflage 2019, zitiert als AT.

dies. Warum Normentheorie? Zur selbstständigen Bedeutung vorstrafrechtlich legitimierter Verhaltensnormen, auch und gerade im strafrechtlichen Kontext, *Goltdammer's Archiv* 2020, 617.

Fries, Jakob Friedrich Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung mit Beleuchtung der gewöhnlichen Fehler in der Bearbeitung des Naturrechts, 1803, zitiert als: *Philosophische Rechtslehre*.

Frisch, Wolfgang Vorsatz und Risiko, 1983, zitiert als: *Vorsatz*.

ders. Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafrechtsdogmatik, Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil I), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 99 (1987) 349.

ders. Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafrechtsdogmatik, Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil II), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 99 (1987) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 99 (1987) 751.

ders. Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, zitiert als: Tatbestandsmäßiges Verhalten.

ders. An den Grenzen des Strafrechts, Festschrift Stree/Wessels, 1993, S. 69.

ders. Straftatsystem und Strafzumessung, Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung, 140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz, 1993, S. 1, zitiert als: 140 Jahre GA.

ders. Straftat und Straftatsystem, in: Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem (Hrsg.: Wolter/Freund), 1996, S. 135, zitiert als: Straftat, Strafzumessung.

ders. Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik (Kommentar), in: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick, Dokumentation einer Tagung vom 3. – 6. Oktober 1999 in der Berlin- Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.: Eser/Hassemer/Burkhardt), 2000, S. 159, zitiert als: Jahrtausendwende.

ders. Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches an der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs, Festschrift Roxin, 2001, S. 213.

ders. Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, in: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? (Hrsg.: Hefendehl/v. Hirsch/ Wohlers), 1. Auflage 2003, S. 215, zitiert als: Rechtsgutstheorie.

ders. Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre, Goltdammer's Archiv 2003, 719.

ders. Grundfragen der Täuschung und des Irrtums beim Betrug, Zum so genannten Recht auf Wahrheit, Festschrift Herzberg, 2008, S. 729.

ders. Objektive Zurechnung des Erfolgs, Entwicklung, Grundlinien und offene Fragen der Lehre von der Erfolgzurechnung, Juristische Schulung 2011, 19.

ders. Objektive Zurechnung des Erfolgs, Entwicklung, Grundlinien und offene Fragen der Lehre von der Erfolgzurechnung, Juristische Schulung 2011, 116.

ders. Objektive Zurechnung des Erfolgs, Entwicklung, Grundlinien und offene Fragen der Lehre von der Erfolgsszurechnung, Juristische Schulung 2011, 205.

ders. Zum Zweck der Strafandrohung, Ein Beitrag zur Theorie von der positiven Generalprävention, Festschrift Schünemann, 2014, S. 55.

ders. Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2016, 16.

ders. Strafrecht, Verbrechensbegriff und Straftatsystem im Umbruch, Goltdammer's Archiv 2019, 185.

ders. Zum Begründungshintergrund von Übel und Tadel in der Theorie der Strafe, Grundlinien einer kommunikativen Strafrechtstheorie, Goltdammer's Archiv 2019, 537.

ders. Strafrecht, Examenswissen, Examenstraining, 2022, zitiert als: Strafrecht.

Frister, Helmut Die Notwehr im System der Notrechte, Goltdammer's Archiv 1988, 291.

ders. Die Struktur des „voluntativen Schuldlements“, Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention, 1993, zitiert als: Schuldlement.

ders. Gibt es keine unechten oder keine reinen Amtsdelikte? Zugleich ein Beitrag zur „Ehrenrettung“ des § 28 StGB, Festschrift Puppe, 2011, S. 451.

ders. Strafrecht Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 9. Auflage 2020, zitiert als: AT.

Fuhrmann, Hans Der Irrtum über die Garantenpflichten bei den unechten Unterlassungsdelikten, Goltdammer's Archiv 1962, 161.

Fünfsinn, Helmut Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht, 1985, zitiert als: Aufbau.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.06. 1984 – 3 StR 144/84, NStZ 1984, 452, Strafverteidiger 1985, 57.

Gallas, Wilhelm Anmerkung zu OGH BZ, Urteil vom 15.3.1949 – StS 37/49, Deutsche Rechts-Zeitschrift 1950, 67.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12.2.1952 – 1 StR 59/50, BGHSt 2, 150, Juristenzeitung 1952, 371.

ders. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 67 (1955) 1.

ders. Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, Juristenzeitung 1960, 649.

ders. Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung (Fortsetzung), Juristenzeitung 1960, 686.

ders. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten, unter besonderer Berücksichtigung des „verantwortlichen Bauleiters“, 1964, zitiert als: Bau.

ders. Der Dogmatische Teil des Alternativentwurfs, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 80 (1968) 1.

ders. Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, Gedanken zum Begriff des Verbrechens, in: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 1, zitiert als: Beiträge.

ders. Täterschaft und Teilnahme, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Band 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, zitiert als: Gutachten.

ders. Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, in: Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen vom 26. September bis 2. Oktober 1957 (Hrsg.: Mezger/Jescheck/Lange), 1957, S. 3, zitiert als: ZStW-Sonderheft Athen (1957).

ders. Abstrakte und konkrete Gefährdung, Festschrift Heinitz, 1972, S. 171.

ders. Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, Festschrift Bockelmann, 1979, S. 155.

ders. Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989, zitiert als: Studien.

Gärditz, Klaus Ferdinand Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der Staat 49 (2010) 331.

ders. Demokrazität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz, Juristenzeitung 2016, 641.

Gauger, Michael Die Dogmatik der konkludenten Täuschung, Zugleich eine Abhandlung über die Täuschungshandlung des Betrugstatbestands, 2001, zitiert als: Dogmatik.

Geilen, Gerd Zur Mitverantwortung des Gastwirts bei Trunkenheit am Steuer, Juristenzeitung 1965, 469.

ders. Mittäterschaft bei Fahrlässigkeit; Garantenhaftung für Fahrlässigkeit eines Diebeskomplizen? Jurakartei 1982, StGB § 13/2.

ders. Zur Garantenpflicht des Mittäters, Jurakartei 1982, StGB § 13/4.

van Gelder, Alfons Die Entwicklung der Lehre von der sog. Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenem Tun im Schrifttum des 19. Jahrhunderts, 1967, zitiert als: Entwicklung.

Geppert, Klaus Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.10.1984 – 4 StR 567/84, NStZ 1985, 263, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1985, 264.

ders. Ingerenzprobleme bei Mittäterschaftsexzess; Täterschaft – Teilnahme durch Unterlassen, Jurakartei 1986, StGB § 13/8.

ders. Jetzt auch der BGH: Tateinheit zwischen versuchter Tötung und vollendeter Körperverletzung, Jurakartei 1999, StGB § 212/4.

ders. Zu einigen immer wiederkehrenden Fragen der Garantenstellung aus Ingerenz, Jurakartei 2001, StGB § 13/31.

Gesamtes Strafrecht, Handkommentar (Hrsg.: Dölling/Duttge/König/Rössner), 4. Auflage 2017, zitiert als: HK-GS.

Geyer, August Rezension zu: C. Aldosser. Inwiefern können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 24 (1882) 237.

Gimbernat Ordeig, Enrique Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 82 (1970) 379.

ders. Handlung, Unterlassung und Verhalten, Gedächtnisschrift Armin Kaufmann, 1989, S. 159.

ders. Das unechte Unterlassungsdelikt, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 111 (1999) 307.

Glaser, Julius Abhandlungen aus dem Oesterreichischen Strafrecht, Erster Band, 1858, zitiert als: Abhandlungen I.

Gössel, Karl-Heinz Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, Straftaten gegen materielle Rechtsgüter des Individuums, 1996, zitiert als: BT 2.

ders. Rezension zu Volker Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, Goltdammer's Archiv 2004, 371.

ders. Widerrede zum Feindstrafrecht, Über Menschen, Individuen und Rechtspersonen, Festschrift Schroeder, 2006, S. 33.

ders. Probleme einer rein normativen Begriffs- und Systembildung, insbesondere in ihrem Verhältnis zum Naturalismus in der Handlungslehre, Festschrift Küper, 2007, S. 83.

ders. Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt, Festschrift Kühl, 2014, S. 225.

ders. Objektive Zurechnung und Kausalität, Goltdammer's Archiv 2015, 18.

Granderath, Reinhard Die Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus einem vorangegangenen gefährdenden Verhalten bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1961, zitiert als: Rechtspflicht.

Greco, Luis Das Subjektive an der objektiven Zurechnung, Zum „Problem“ des Sonderwissens, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 117 (2005) 519.

ders. Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion, 2009, zitiert als: Lebendiges.

ders. Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld, *Goltdammer's Archiv* 2009, 636.

ders. Strafrechtsdogmatik, *Strafrechtswissenschaft, rescriptum* 2014, 139.

ders. Die Befreiung des Strafrechts vom Pflichtverletzungsdenken – Zur Kritik der (nicht nur asymmetrischen) Akzessorietät, *Goltdammer's Archiv* 2019, 684.

ders. Strafe als Bürgerpflicht? Reflexionen zur Straftheorie von Michael Pawlik, *Festschrift Sancinetti*, 2020, S. 105.

Grünwald, Anette Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht? 2001, zitiert als: Garantenpflichten.

dies. Selbstgefährdung und einverständlich Fremdgefährdung, *Goltdammer's Archiv* 2012, 364.

Grünhut, Max Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, *Festgabe Frank*, Band I, 1930, S. 1.

Grünwald, Gerald Das unechte Unterlassungsdelikt, seine Abweichungen vom Handlungsdelikt, 1956, zitiert als: Unterlassungsdelikt.

ders. Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 70 (1958) 412.

ders. Die Beteiligung durch Unterlassen, *Goltdammer's Archiv* 1959, 110.

ders. Bedeutung und Begründung des Satzes „nulla poena sine lege“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 76 (1964) 1.

ders. Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, *Festschrift Hellmuth Mayer*, 1966, S. 280.

Gunia, Susanne Christine Strafrechtliche Garantenstellungen von Wachpersonen des privaten Sicherheitsgewerbes, Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch die Polizei und das private Sicherheitsgewerbe, 2001, zitiert als: Garantenstellungen.

Güntge, Georg-Friedrich Begehen durch Unterlassen, Der gesetzliche Anwendungsbereich des § 13 StGB, 1995, zitiert als: Begehen.

Günther, Hans-Ludwig Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1983, zitiert als: Strafrechtswidrigkeit.

ders. Das viktimodogmatische Prinzip aus anderer Perspektive: Opferschutz statt Entkriminalisierung, *Festschrift Lenckner*, 1998, S. 68.

Günther, Klaus Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein „Paradigmawechsel“ im Strafrecht? in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts (Hrsg.: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M.), 1995, S. 445, zitiert als: Zustand des Strafrechts.

ders. Freiheit und Schuld in den Theorien der positiven Generalprävention, Ein Beitrag zur normativen Kritik, in: Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, Uppsala-Symposium 1996 (Hrsg.: Schönemann/v. Hirsch/Jareborg), 1998, S. 153, zitiert als: Positive Generalprävention.

Haas, Volker Kausalität und Rechtsverletzung, Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, 2002, zitiert als: Kausalität.

ders. Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – eine Grundsatzkritik, in: Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung (Hrsg.: M. Kaufmann/Renzikowski), 2004, S. 193.

ders. Kritik der Tatherrschaftslehre, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 119 (2007) 519.

ders. Die objektive Zurechnung beim unechten Unterlassungsdelikt, Festschrift Kindhäuser, 2017, S. 177.

Habermas, Jürgen Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 4. Auflage 1994, zitiert als: Faktizität.

Haffke, Bernhard Die Bedeutung der Differenz von Verhaltens- und Sanktionsnorm für die strafrechtliche Zurechnung, in: Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin (Hrsg.: Schönemann/de Figueiredo Dias), 1995, S. 89, zitiert als: Bausteine.

Haft, Fritjof Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage 2004, zitiert als: AT.

Hälschner, Hugo Das gemeine deutsche Strafrecht, Erster Band. Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren, 1881, zitiert als: Strafrecht.

Handbuch des Strafrechts, Band 1, Strafrecht Allgemeiner Teil I (Hrsg.: Hilgendorf/Kudlich/Valerius), 2019, zitiert als: Handbuch Bd. 1.

Handbuch des Strafrechts, Band 2, Strafrecht Allgemeiner Teil I (Hrsg.: Hilgendorf/Kudlich/Valerius), 2020, zitiert als: Handbuch Bd. 2.

Handel, Timo Die straf- und bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit der Diensteanbieter sozialer Netzwerke im Internet, 2021, zitiert als: Verantwortlichkeit.

Hardtung, Bernhard Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11. 04. 2000 - 1 StR 638/99, NStZ 2001, 205, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2001, 206.

ders./Putzke, Holm Examinatorium Strafrecht AT, 2016, zitiert als: AT.

Hardwig, Werner Die Zurechnung, Ein Zentralproblem des Strafrechts, 1957, zitiert als: Zurechnung.

Hare, Richard Mervyn Die Sprache der Moral, 1972.

Hartmann, Arthur Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales“ Verhalten? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 116 (2004) 585.

Hassemer, Winfried Tatbestand und Typus, Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, 1968, zitiert als: Tatbestand und Typus.

ders. Theorie und Soziologie des Verbrechens, Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973, zitiert als: Theorie.

ders. Buchbesprechung: Amelung, Knut: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit des Verbrechens“, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 87 (1975) 146.

ders. Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, zitiert als: Produktverantwortung.

ders. Freistellung des Täters aufgrund von Drittverhalten, Festschrift Lenckner 1998, S. 97.

ders. Person, Welt und Verantwortlichkeit, Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht (1997), in: Strafen im Rechtsstaat, 2000, S. 137.

ders. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre (1989), in: Strafen im Rechtsstaat, 2000, S. 160.

ders. Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen? in: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? (Hrsg.: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers), 1. Auflage 2003, S. 57.

ders. „Sachlogische Strukturen“ – noch zeitgemäß? Festschrift Rudolphi, 2004, S. 61.

ders. Das Proprium der Strafrechtswissenschaft, Kommentar zu den Referaten von Günter Jakobs und Joachim Schulz, in: Das Proprium der Rechtswissenschaft (Hrsg.: Engel/Schön), 2007, S. 185, zitiert als: Das Proprium.

Heck, Philipp Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Archiv für die Civilistische Praxis 112 (1914) 1.

ders. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, zitiert als: Begriffsbildung.

Hecker, Bernd „Wilde“ Müllablagerungen Dritter als Problem der abfallstrafrechtlichen Unterlassungshaftung, Neue Juristische Wochenschrift 1992, 873.

ders. Strafrecht AT: Totschlag durch Unterlassen, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.12.2011 – 2 StR 295/11 = NStZ 2012, 319, Juristische Schulung 2012, 755.

ders. Strafrecht: Sterbehilfe, Beteiligung eines Arztes am freiverantwortlichen Suizid seines Patienten bleibt straflos, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 03.07.2019 – 5 StR 393/18, BGHSt 64, 125, Juristische Schulung 2020, 82.

Hefendehl, Roland Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, zitiert als: Kollektive Rechtsgüter.

ders. Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur, Goltdammer's Archiv 2002, 21.

ders. Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? (Hrsg.: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers), 1. Auflage 2003, S. 119, zitiert als: Rechtsgutstheorie.

ders. Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts, Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah, Goltdammer's Archiv 2007, 1.

ders. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, Juristische Arbeitsblätter 2011, 401.

ders. Die Erosion der Strafrechtsdogmatik in der Sicherheitsgesellschaft – Verantwortungszuschreibung in komplexen Organisationen –, Goltdammer's Archiv 2019, S. 705.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Suhrkamp Werke 7, 15. Auflage 2017, zitiert als: Grundlinien.

ders. Die Philosophie des Rechts, Die Mitschriften Wannemann (Heidelberg 1817/18) und Homeyer (Berlin 1818/19), Hrsg.: Iltng, 1. Auflage 1983, zitiert als: Philosophie des Rechts.

Hegler, August Die Merkmale des Verbrechens, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 36 (1915) 19.

Heinitz, Ernst Anmerkung zu BGH Urteil vom 25.02.1954 – 1 StR 612/53, NJW 1954, 1047, Juristische Rundschau 1954, 270.

Heinrich, Bernd Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2019, zitiert als: AT.

Heinrich, Manfred Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell? – Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas, Festschrift Roxin, 2011, S. 131.

Heller, Theodor Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, 1961, zitiert als: Logik.

Henke, Eduard Handbuch des Criminalstrafrechts und der Criminalpolitik, 1823, zitiert als: Handbuch.

Henkel, Heinrich Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 44. Jahrgang, 1961, 178.

ders. Einführung in die Rechtsphilosophie, Grundlagen des Rechts, 2. Auflage 1977, zitiert als: Rechtsphilosophie.

Herbertz, Lara Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 5.8.2015 – 1 StR 328/15 = BGHSt 61, 21, Juristische Rundschau 2016, 548.

dies. Die Ingerenz, Eine Garantenpflicht aus Gefährdungsunrecht, 2020, zitiert als: Ingerenz.

Herzberg, Rolf Dietrich Garantenpflichten aufgrund gerechtfertigtem Vorverhaltens – BGH, NJW 1970, 2252, Juristische Schulung 1971, 74.

ders. Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, zitiert als: Garantenprinzip.

ders. Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984, zitiert als: Arbeitsschutz.

ders. Zur Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, Juristenzeitung 1986, 986.

ders. Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 99 (1987) 49.

ders. Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch. – Von der Strafzwecklehre zur Schuldverfüllungstheorie, Festschrift Lackner, 1987, S. 325.

ders. Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten – Teil 1, Juristenzeitung 1988, 573.

ders. Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1991, 145.

ders. Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff und zur „vortatbestandlichen“ Deliktsverneinung, Goltdammer's Archiv 1996, 1.

ders. Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt, Juristische Schulung 1996, 377.

ders. Die Differenz zwischen Unterlassen und Handeln im Strafrecht, Festschrift Röhl, 2003, S. 270.

ders. Grundprobleme der deliktischen Fahrlässigkeit im Spiegel des Münchener Kommentars zum Strafgesetzbuch, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2004, 593.

ders. Wann ist die Strafbarkeit „gesetzlich bestimmt“ (Art. 103 Abs. 2 GG), in: Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd

Schünemann zum 60. Geburtstag (Hrsg.: Hefendehl), 2005, S. 31, zitiert als: Empirische Fundamente.

ders. Straftat und Verhaltensnormverstoß, *Goltdammer's Archiv* 2016, 737.

ders. Verhaltensnorm, Sanktionsnorm und Tatbegriff – eine kritische Betrachtung, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2021, 420.

ders./Hardtung, Bernhard Grundfälle zur Abgrenzung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, *Juristische Schulung* 1999, 1073.

Hilgendorf, Eric Argumentation in der Jurisprudenz, Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz, 1991, zitiert als: Argumentation.

ders. Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, 1992, zitiert als: Produzentenhaftung.

ders. Der „gesetzmäßige Zusammenhang“ im Sinne der modernen Kausallehre, *Juristische Ausbildung* 1995, 514.

ders. Zur Lehre vom „Erfolg in seiner konkreten Gestalt“, *Goltdammer's Archiv* 1995, 515.

ders. Wozu brauchen wir die „Objektive Zurechnung“? Skeptische Überlegungen am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung, *Festschrift Weber*, 2004, S. 33.

ders. Einleitung zu Eberhard Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe, Nachdruck der 2. Auflage 1971, Herausgegeben und mit einer neuen Einleitung versehen von Eric Hilgendorf, 2004, zitiert als: Sinn der Strafe.

ders. Autonome Systeme, Künstliche Intelligenz und Roboter, *Festschrift Fischer*, 2018, S. 99.

ders. Automatisiertes Fahren und Recht – ein Überblick, *Juristische Ausbildung* 2018, 801.

ders. Unrechtshandlung und kausale Zurechnung, Ein Vorschlag zur Fortentwicklung der Lehre von der objektiven Zurechnung, *Festschrift Sancinetti*, 2020, S. 451.

ders. Gefahr und Risiko im (Straf-)Recht. Klärungsvorschläge aus interdisziplinärer Perspektive, in: *Gefahr* (Hrsg.: Fischer/Hilgendorf), 2020, S. 9.

ders./Valerius, Brian Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage 2015, zitiert als: AT.

dies. Strafrecht Besonderer Teil II, 2017, zitiert als: BT II.

Hillenkamp, Thomas Anmerkung zu Urteil des BayObLG vom 05.02.1987 – Rreg. 3 St 174/86, *NJW* 1987, 1654, *Juristische Rundschau* 1988, 301.

ders. Garantienpflichtwidriges Unterlassen nach vorsätzlichem Tatbeginn, Festschrift Otto, 2007, S. 287.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteile vom 03.07.2019, 5 StR 132/18 und 5 StR 393/18, BGHSt 64, 121 und BGHSt 64, 135, Juristenzeitung 2019, 1053.

ders./Cornelius, Kai 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Auflage, 2017, zitiert als: AT.

Hinderer, Patrick Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 24.3.2021 – 4 StR 416/20, NJW 2021, 1767, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2022, 223.

von Hippel, Robert Deutsches Strafrecht, Erster Band, Allgemeine Grundlagen, 1925, zitiert als: Strafrecht I.

ders. Deutsches Strafrecht, Zweiter Band, Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, 1930, zitiert als: Strafrecht II.

Hirsch, Hans Joachim Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, 1960, zitiert als: Negative Tatbestandsmerkmale.

ders. Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 74 (1962) 78.

ders. Literaturbericht, Strafrecht – Besonderer Teil (I. Teil), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 81 (1969) 917.

ders. Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, Festschrift Engisch, 1969, 304.

ders. Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs, Festschrift Dreher, 1977, S. 211.

ders. Strafrecht und rechtsfreier Raum, Festschrift Bockelmann, 1979, S. 89.

ders. Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 93 (1981) 831.

ders. Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 94 (1982) 239.

ders. Literaturbericht Strafrecht — Allgemeiner Teil (I. Teil), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 95 (1983) 643.

ders. Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, S. 399, zitiert als: FS Universität Köln.

ders. Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht, in: Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland (Hrsg.: Hirsch/Weigend), 1989, S. 65, zitiert als: Strafrecht und Kriminalpolitik.

ders. Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 102 (1990) 534.

ders. Gefahr und Gefährlichkeit, Festschrift Arthur Kaufmann, 1993, S. 545.

ders. Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 106 (1994) 746.

ders. Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen, in: Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich (Hrsg.: Kühne/Miyazawa), 1995, S. 11, zitiert als: Strafrechtsentwicklungen.

ders. Zur Lehre von der objektiven Zurechnung, Festschrift Lenckner, 1998, S. 119.

ders. Konkrete und abstrakte „Gefährungsdelikte“, in: Strafrechtliche Probleme, Schriften aus drei Jahrzehnten (Hrsg.: Kohlmann), 1999, S. 623 (= Festschrift Buchala, 1994, S. 151), zitiert als: Probleme I.

ders. Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, Festschrift Roxin, 2001, S. 711.

ders. Handlungs-, Sachverhalts- und Erfolgswert, Gedächtnisschrift Meurer, 2002, S. 3.

ders. Tatstrafrecht – ein hinreichend beachtetes Grundprinzip? Festschrift Lüderssen, 2002, S. 253.

ders. Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, Festschrift Lampe, 2003, S. 515.

ders. Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 116 (2004) 1.

ders. Systematik und Grenzen der Gefährdelikte, Festschrift Tiedemann, 2008, S. 145.

ders. Grundlagen, Entwicklungen und Mißdeutungen des „Finalismus“, in: Strafrechtliche Probleme, Band II, 2009, S. 53 (= Festschrift Androulakis, 2003, S. 227 ff.), zitiert als: Probleme II.

ders. Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff, in: Strafrechtliche Probleme, Band II, 2009, S. 121 (= Festschrift Spinellis, 2001, S. 425 ff.), zitiert als: Probleme II.

Höpfner, Wilhelm Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 36 (1915) 103.

Hoerster, Norbert Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral, Juristenzeitung 1989, 10.

ders. Wer macht sich Illusionen? Juristenzeitung 1989, 425.

Hoffmann-Holland, Klaus Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage 2015, zitiert als: AT.

Hold v. Ferneck, Alexander Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts, Erster Band. Der Begriff der Rechtswidrigkeit, 1903, zitiert als: Rechtswidrigkeit I.

Honig, Richard Kausalität und objektive Zurechnung, Festgabe Frank, Band I, 1930, S. 174.

ders. Die Entwicklungslinie des Unterlassungsdelikts vom römischen bis zum gemeinen Recht, Festschrift Richard Schmidt, 1932, S. 3.

Horn, Eckhard Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, zitiert als: Gefährdungsdelikte.

Hörnle, Tatjana Tatproportionale Strafzumessung, 1999, zitiert als: Strafzumessung.

dies. Das Unwerturteil und der Schuldvorwurf – Inhalte und Adressaten, in: Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag (Hrsg.: Hefendehl), 2005, S. 105, zitiert als: Empirische Fundamente.

dies. Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht, Juristenzeitung 2006, 950.

dies. Strafrecht und Rechtsphilosophie: Traditionen und Perspektiven, Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 1265, zitiert als: FS HU.

dies. Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre, 1. Auflage 2013, zitiert als: Kriminalstrafe.

dies. Günther Jakobs zum 80. Geburtstag, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 129 (2017) 593.

dies. Straftheorien, 2. Auflage 2017.

dies. Zwecke und Rechtfertigung staatlicher Strafe, Festschrift Neumann, 2017, S. 593.

dies./v. Hirsch, Andrew Positive Generalprävention und Tadel in: Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, Uppsala-Symposium 1996 (Hrsg.: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg), 1998, S. 83, zitiert als: Positive Generalprävention.

Hoven, Elisa Ingerenz und umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum, Goltdammer's Archiv 2016, 16.

dies. Anmerkung zu LG Hamburg, Urteil vom 8.11.2017 – 619 KLS 7/16, NStZ 2018, 281, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2018, 283.

dies. Suizidbegleitung als strafbare Tötung durch Unterlassen? Gedächtnisschrift Tröndle, 2019, S. 575.

Hoyer, Andreas Die Eignungsdelikte, 1987, zitiert als: Eignungsdelikte.

ders. Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung, *Goldammer's Archiv* 1996, 160.

ders. Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie, 1997, zitiert als: Strafrechtsdogmatik.

Hruschka, Joachim Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, *Festschrift Dreher*, 1977, S. 189.

ders. Rettungspflichten in Notstandssituationen, *Juristische Schulung* 1979, 385.

Hsü, Yü-hsiu Die Existenzberechtigung der Ingerenz? Vergleich mit dem erfolgsqualifizierten Delikt, *Chengchi Law Review* 50 (1994), Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen Strafrechtlichen Symposium, S. 341.

Goeckenjan, Inke Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, Eine Analyse zur rechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt, 2017, zitiert als: Revision.

Gropp, Walter/Sinn, Arndt Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage 2020, zitiert als: AT.

Ingelfinger, Ralph Zeitliche Grenzen ehelicher Garantenpflichten – Eine Besprechung von BGH, Urteil vom 24. 7. 2003 – 3 StR 153/03 –, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2004, 409.

Jäger, Christian Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, zitiert als: Zurechnung.

ders. Die notwendige Bedingung als ereignisbezogener Kausalfaktor, *Festschrift Maiwald*, 2010, S. 345.

ders. Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage 2019, zitiert als: AT.

Jakobs, Günther Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, zitiert als: Studien.

ders. Schuld und Prävention, 1976.

ders. Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 89 (1977) S. 1.

ders. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97 (1985) 751.

ders. Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 1991, zitiert als: AT.

ders. Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, zitiert als: Handlungsbegriff.

ders. Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen, Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit, Festschrift Arthur Kaufmann, 1993, S. 459.

ders. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 107 (1995) 843.

ders. Akzessorietät, Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, Goltdammer's Archiv 1996, 253.

ders. Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, zitiert als: Unterlassen.

ders. Bemerkungen zur objektiven Zurechnung, Festschrift Hirsch, 1999, S. 45.

ders. Strafrechtliche Zurechnung und Bedingung der Normgeltung, in: Verantwortung in Recht und Moral, Referate der Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 2. Bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, ARSP Beiheft 74 (Hrsg.: Neumann u.a.), 2000, S. 57, zitiert als: ARSP Beiheft.

ders. Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band IV, 2000, S. 29.

ders. Theorie und Praxis der Ingerenz, in: El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000), (Hrsg.: Jakobs/Cancio Meliá), 2000, S. 133, zitiert als: El sistema.

ders. Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person, Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils, Festschrift Roxin, 2001, S. 793.

ders. Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, zitiert als: Strafe.

ders. Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: Das Proprium der Rechtswissenschaft (Hrsg.: Engel/Schön), 2007, S. 104, zitiert als: Das Proprium.

ders. Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, 2012, zitiert als: Rechtsgüterschutz?

ders. System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, zitiert als: System.

ders. Der Organisationskreis. Versuch einer systematischen Bestimmung, Festschrift Fischer, 2018, S. 115.

ders. Garantenstellung bei tätiger Verletzung negativer Pflichten, Festschrift Reinhard Merkel, 2020, S. 639.

Jasch, Michael Übernahme von Garantenpflichten aus Ingerenz? – Zugleich eine Auseinandersetzung mit BGH NStZ 2003, 259, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2005, 8.

Jescheck, Hans-Heinrich Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 77 (1965) 109.

ders. Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, Festschrift Eberhard Schmidt, 1961, S. 139.

ders. Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte in neueren Strafgesetzentwürfen, Festschrift Tröndle, 1989, S. 795.

ders. Probleme des unechten Unterlassungsdelikts in rechtsvergleichender Sicht, 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 115, zitiert als: 140 Jahre GA.

ders./Weigend, Thomas Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage 1996, zitiert als: AT.

Joecks, Wolfgang/Jäger, Christian Strafgesetzbuch Studienkommentar, 12. Auflage 2018, zitiert als: *Joecks/Jäger*¹².

dies. Strafgesetzbuch Studienkommentar, 13. Auflage 2021.

Kahlo, Michael Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Kausalität menschlichen Handelns und deren strafrechtlichem Begriff, 1990, zitiert als: Pflichtwidrigkeitszusammenhang.

ders. Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns, 2001, zitiert als: Handlungsform.

ders. Überlegungen zum gegenwärtigen Stand der objektiven Zurechnungslehre im Strafrecht – Zugleich ein Beitrag zur Methode strafrechtlicher Begriffsbildung –, Festschrift Küper, 2007, S. 249.

Kahrs, Hans Jürgen Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, 1968, zitiert als: Vermeidbarkeitsprinzip.

Kaiser, Lothar Opferverantwortung und Täter(Sonder)Pflichten im Bereich der Vermögensdelikte, Untersuchung über den Einfluß der Täter-Opfer-Interaktion auf die Einschränkung der Strafbarkeit im Bereich der Vermögensdelikte unter besonderer Berücksichtigung der Massenkriminalität, 1991, zitiert als: Opferverantwortung.

Kamberger, Petra Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Garantenstellung im Strafrecht? 1996, zitiert als: Treu und Glauben.

Kant, Immanuel Die Metaphysik der Sitten, Suhrkamp Werke VIII (Hrsg. Weischedel), 18. Auflage 2017, zitiert als: MdS.

Kargl, Walter Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Betrug durch Schweigen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 119 (2007) 250.

Kaspar, Johannes Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte, Juristische Schulung 2012, 112.

ders. Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, zitiert als: Präventionsstrafrecht.

ders. Strafrecht – Allgemeiner Teil, Einführung, 2. Auflage 2017, zitiert als: AT.

Kaufmann, Armin Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, 1954, zitiert als: Normentheorie.

ders. Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, Juristische Schulung 1961, 173.

ders. Unterlassung und Vorsatz, Festschrift Hellmuth von Weber, 1963, S. 207.

ders. Das fahrlässige Delikt, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1964, 41.

ders. Die Reform des deutschen Strafrechts, in: Strafrecht und Strafrechtsreform (Hrsg.: Madlener/Papenfuss/Schöne), 1974, S. 7.

ders. Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift Welzel, 1974, S. 393.

ders. „Objektive Zurechnung“ beim Vorsatzdelikt? Festschrift Jescheck, 1985, S. 251.

ders. Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. Auflage 1988, zitiert als: Dogmatik.

Kaufmann, Arthur Das Schuldprinzip, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1961, zitiert als: Schuldprinzip.

ders. Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Festschrift Eberhard Schmidt, 1961, S. 200.

ders. Analogie und „Natur der Sache“, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 1. Auflage 1965, zitiert als: Analogie.

ders. Die ontologische Struktur der Handlung, Skizze einer personalen Handlungslehre, Festschrift Hellmuth Mayer, 1966, S. 79.

ders. Zum Irrtum beim unechten Unterlassungsdelikt (1963), in: Schuld und Strafe, Studien zur Strafrechtsdogmatik, 2. Auflage 1983, S. 121, zitiert als: Schuld und Strafe.

ders. Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre, Durchgesehener Neudruck der Ausgabe Mainz 1949 mit Vorwort des Verfassers zum Neudruck, 1985, zitiert als: Unrechtsbewusstsein.

ders. Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, Festschrift Jescheck, 1985, S. 273.

ders. Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, Juristische Ausbildung 1986, 225.

ders./Hassmer, Winfried Der überfallene Spaziergänger, Juristische Schulung 1964, 151.

Kelker, Brigitte Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2007, zitiert als: Legitimität.

Kelsen, Hans, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1911, zitiert als: Hauptprobleme.

ders. Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Auflage 1929.

ders. Was ist Gerechtigkeit? 1953, 2. Auflage 1975, zitiert als: Gerechtigkeit.

ders. Reine Rechtslehre, Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Auflage 1960, zitiert als: Reine Rechtslehre.

Kersting, Wolfgang Politik und Recht, Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie, 2000, zitiert als: Politik.

ders. Kant über Recht, 2004.

ders. Macht und Moral, Studien zur praktischen Philosophie der Neuzeit, 2010, zitiert als: Macht.

Khuli, Milan Cleanmagic- Reinigungsmittel, Droge oder Selbsttötungsutensil, Anmerkung zu BGH 2 StR 295/11 – Urteil vom 21. Dezember 2011, Onlinezeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht 2012, 331.

Kienapfel, Diethelm Das erlaubte Risiko im Strafrecht, Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff, 1966, zitiert als: Das erlaubte Risiko.

Kindhäuser, Urs Gefährdung als Straftat, Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, 1989, zitiert als: Gefährdung.

ders. Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit, Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung, Goltdammer's Archiv 1994, 197.

ders. Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, in: Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann (Hrsg.: Schünemann/Suárez González), 1994, S. 125, zitiert als: Madrid-Symposium.

ders. Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, in: *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip* (Hrsg.: Lüderssen/Nestler-Tremel/E. Weigend), 1990, S. 29, zitiert als: *Modernes Strafrecht*.

ders. Der subjektive Tatbestand im Verbrechenaufbau, *Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung*, *Goltdammer's Archiv* 2007, 447.

ders. Risikoerhöhung und Risikoverringerung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 120 (2008) 481.

ders. Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht, *Goltdammer's Archiv* 2010, 490.

ders. Zum sog. „unerlaubten“ Risiko, *Festschrift Maiwald*, 2010, S. 397.

ders. Welzels Konzeption sozialer Adäquanz – normtheoretisch betrachtet, *Festschrift Rengier*, 2018, S. 49.

ders./Böse, Martin Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, 11. Auflage 2021, zitiert als: *BT II*.

ders./Hilgendorf, Eric Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 8. Auflage 2020, zitiert als: *LPK*.

ders./Schramm, Edward Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, 9. Auflage 2020, zitiert als: *BT I*.

ders./Zimmermann, Tillmann Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage 2020, zitiert als: *AT*.

Kissin, Siegfried Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten, 1933, zitiert als: *Rechtspflicht*.

Kleinherne, Philipp Christoph Garantenstellung und Notwehrrecht, *Zugleich ein Beitrag zum Entstehen und Erlöschen von Garantenstellungen*, 2014, zitiert als: *Garantenstellung*.

Klug, Ulrich Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, *Festschrift Eberhard Schmidt*, 1961, S. 264.

ders. *Juristische Logik*, 3. Auflage 1966, zitiert als: *Logik*.

Kohler, Josef *Studien aus dem Strafrecht. I.*, 1890, zitiert als: *Studien I*.

Köhler, Michael Die bewußte Fahrlässigkeit, *Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 1982, zitiert als: *Fahrlässigkeit*.

ders. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, zitiert als: *AT*.

ders. Buchbesprechung: Lesch, Heiko Hartmut: Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 114 (2002) 183.

Kohlrausch, Eduard/Lange, Richard Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Auflage 1961.

Kölbl, Ralf Objektive Zurechnung beim unechten Unterlassen, Juristische Schulung 2006, 309.

Koriath, Heinz Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, zitiert als: Zurechnung.

Kraus, Oskar Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 23 (1903) 763.

Krauβ, Detlef Erfolgswert und Handlungswert im Unrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 76 (1964) 19.

Kreβ, Claus Einführung, in: Strafrecht und Gesellschaft, Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs (Hrsg.: Kindhäuser/Kreβ/Pawlik/Stuckenberg), 2019, S. 1, zitiert als: Strafrecht und Gesellschaft.

Kretschmer, Joachim Die Garantenstellung (§ 13 StGB) auf familienrechtlicher Grundlage, Juristische Ausbildung 2006, 898.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21. 12. 2011 - 2 StR 295/11, BGH NStZ 2012, 319, medstra 2016, 167.

Kreuzberg, Bastian Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre, 2019, zitiert als: Täterschaft.

Krey, Volker Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, zitiert als: Gesetzesvorbehalt.

ders. Literaturbericht, Strafrecht – Allgemeiner Teil (Rechtswidrigkeit), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 90 (1978) 173, 203.

ders./Esser, Robert Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2016, zitiert als: AT.

ders./Hellmann, Uwe/Heinrich, Manfred Strafrecht Besonderer Teil, Band 2 Vermögensdelikte, 18. Auflage 2021, zitiert als: BT 2.

Krieβ, Johannes Adolf von Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen derselben. (Erster Artikel.), Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 (1888) S. 179.

ders. Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 9 (1889) 528.

Krug, August Otto Abhandlungen aus dem Strafrechte zur Erläuterung des Strafgesetzbuchs für das Königreich Sachsen, 1855, zitiert als: Abhandlungen.

ders. Kommentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen, 1855, zitiert als: Kommentar.

Krümpelmann, Justus Die Bagatelldelikte, Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff, 1966, zitiert als: Bagatelldelikte.

ders. Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, Festschrift Bockelmann, 1979, S. 443.

ders. Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten, Festschrift Jescheck, 1985, S. 313.

Kubiciel, Michael Die strafrechtlichen Grenzen der Suizidbegleitung, Neue juristische Wochenschrift 2019, 3033.

Kudlich, Hans Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht, Juristenzeitung 2003, S. 127.

ders. Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, zitiert als: Unterstützung.

ders. Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, Juristische Ausbildung 2008, 601.

ders. Untätigkeit schützt vor Strafe nicht (oder manchmal doch?) – Grenzen der Garantenpflicht aus Ingerenz, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 18.08.2009 – 1 StR 107/09, NStZ-RR 2009, 366, Juristische Arbeitsblätter 2010, 151.

ders. Objektive und subjektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht – eine Einführung, Juristische Arbeitsblätter 2010, 681.

ders. Na denn Prost! – Tödliches Reinigungsmittel, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.12.2011 – 2 StR 295/11, NStZ 2012, 319, Juristische Arbeitsblätter 2012, 470.

ders. Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 127 (2015) 635.

ders. Stärkung der Selbstbestimmung am Lebensende, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 03.07.2019 – 5 StR 132/18, BGHSt 64, 121, Juristische Arbeitsblätter 2019, 867.

ders. Gefahrbegriffe im Strafrecht, in: Gefahr (Hrsg.: Fischer/Hilgendorf), 2020, S. 113.

ders. Fälle zum Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage 2021, zitiert als: AT.

ders./Christensen Ralph Wortlaut, Wörterbuch und Wikipedia – wo findet man die Wortlautgrenze? Juristische Rundschau 2011, S. 146.

Kugler, Klaus F. Ingerenz und Selbstverantwortung, Inhalt und Grenzen der Garantstellung aus vorangegangenem Tun, 1972, zitiert als: Ingerenz.

Kühl, Kristian Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974, zitiert als: Beendigung.

ders. Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, 3. Teil. Der Versuch, Juristische Schulung 1980, 506.

ders. Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidung von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht – ein Problemaufriß, in: Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung (Hrsg.: Jung/Müller-Dietz/Neumann), 1991, S. 139, zitiert als: Recht und Moral.

ders. Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstands, Festschrift Lenckner, 1998, S. 143.

ders. Zum Missbilligungscharakter der Strafe, Festschrift Eser, 2005, S. 149.

ders. Die Unterlassungsdelikte als Problemfall für Rechtsphilosophie, Strafrechtsdogmatik und Verfassungsrecht, Festschrift Herzberg, 2008, S. 177.

ders. Die strafrechtliche Garantstellung – Eine Einführung mit Hinweisen zur Vertiefung, Juristische Schulung 2007, 497.

ders. Fragmentarisches und subsidiäres Strafrecht, Festschrift Tiedemann, 2008, S. 29.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.11.2008 - 4 StR 328/08, BGHSt 53, 55, Neue juristische Wochenschrift 2009, 1158.

ders. Das Unrecht als Kern der Straftat, Festschrift Hans-Heiner Kühne, 2013, S. 15.

ders. Das Unterlassungsdelikt, Juristische Arbeitsblätter 2014, 507.

ders. Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage 2017.

Kuhlen, Lothar Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, zitiert als: Produkthaftung.

ders. Anmerkung zu: Urs Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, Goldammer's Archiv 1990, 477.

ders. Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.7.1990 – 2 StR 549/89 (NStZ 1990, 588), Neue Zeitschrift für Strafrecht 1990, 566.

ders. Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Betrachtung im Strafrecht und in der Moral, in: Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung (Hrsg.: Jung/Müller-Dietz/Neumann), 1991, S. 341, zitiert als: Recht und Moral.

- ders.* Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung, Juristenzeitung 1994, 1142.
- ders.* Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff? in: Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtzweck – Strafausschluß – Strafverzicht – Strafklageverzicht (Hrsg.: Wolter/Freund), 1996, S. 77, zitiert als: Straftat, Strafzumessung.
- ders.* Anmerkungen zur positiven Generalprävention, in: Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, Uppsala-Symposium 1996 (Hrsg.: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg), 1998, S. 58, zitiert als: Positive Generalprävention.
- ders.* Die Pflicht zum Rückruf in der strafrechtlichen Produkthaftung, Festschrift Eser, 2005, S. 359.
- ders.* Die Zukunft des Strafrechts, in: Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts (Hrsg.: Neumann/Prittwitz), 2005, S. 109, zitiert als: Kritik.
- ders.* Zum Verhältnis vom Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, Festschrift Otto, 2007, S. 89.
- ders.* Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Festschrift Puppe, 2011, S. 669.
- Kühne, Hans-Heiner* Geschäftstüchtigkeit oder Betrug? Wettbewerbspraktiken im Lichte des § 263 StGB; zugleich ein Beitrag zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1978, zitiert als: Geschäftstüchtigkeit.
- Küper, Wilfried* Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, zitiert als: Pflichtenkollision.
- ders.* Entwicklungstendenzen der Strafrechtswissenschaft in der Gegenwart, Die Festschrift für Paul Bockelmann, Goltdammer's Archiv 1980, 201.
- ders.* Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft – Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16.12.1980, JZ 1981, 596 –, Juristenzeitung 1981, 568.
- ders.* Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand, Zugleich ein Beitrag zur „actio illicita in causa“, 1983, zitiert als: Notstand.
- ders.* Der entschuldigende Notstand – ein Rechtfertigungsgrund? – Bemerkungen zur kriminalpolitischen „Einheitstheorie“ Gimbernat Ordeigs –, Juristenzeitung 1983, 88.
- ders.* „Autonomie“, Irrtum und Zwang bei mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, Juristenzeitung 1986, 219.
- ders.* Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt, Festschrift Lackner, 1987, S. 247.
- ders.* Vorsatz und Risiko, Zur Monographie von Wolfgang Frisch, Goltdammer's Archiv 1987, 479.

ders. Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip – Zugleich zu BGH, 15. 9. 1988 – 4 StR 352/88 („Katzenkönig“-Urteil) –, Juristenzeitung 1989, 935.

ders. Die Anwendung des rechtfertigenden Notstandes beim unechten Unterlassungsdelikt, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 131 (2019) 1.

ders./Zopfs, Jan Strafrecht Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, 10. Auflage 2018, zitiert als: BT.

Küpper, Georg Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, zitiert als: Grenzen.

ders. Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, Goltdammer's Archiv 1986, 437.

ders. Strafvereitelung und „sozialadäquate“ Handlungen, Goltdammer's Archiv 1987, 385.

ders. Zur Entwicklung der erfolgsqualifizierten Delikte, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 111 (1999) 785.

Kusche, Carsten Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber sozialer Netzwerke, Eine Bewährungsprobe (nicht nur) für die Dogmatik des Allgemeinen Teils des Strafrechts, Festschrift Sancinetti, 2020, S. 529.

Lackner, Karl Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967, zitiert als: Gefährdungsdelikt.

ders. Der Alternativentwurf und die Strafrechtspflege, Juristenzeitung 1967, 513.

ders./Kühl, Kristian Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage 2018.

Lagodny, Otto Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, 1996, zitiert als: Strafrecht.

ders. Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsmäßigkeit, in: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? (Hrsg.: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers), 1. Auflage 2003, S. 83, zitiert als: Rechtsgutstheorie.

Lampe, Ernst-Joachim Ingerenz oder dolus subsequens? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 72 (1960) 93.

ders. Das personale Unrecht, 1967, zitiert als: Unrecht.

ders. Die Problematik der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 79 (1967) S. 476.

- Langer, Winrich* Die Sonderstraftat, 2. Aufl. 2007, zitiert als: Sonderstraftat.
- ders.* Zum Begriff der „besonderen persönlichen Merkmale“, Festschrift Lange, 1976, S. 241.
- Larenz, Karl* Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der „juristischen Kausalität“, 1927, zitiert als: Zurechnungslehre.
- ders.* Tatzurechnung und „Unterbrechung des Kausalzusammenhanges“, Neue juristische Wochenschrift 1955, 1009.
- ders.* Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, Eine rechtsmethodologische Untersuchung, Festschrift Nikisch, 1958, S. 275.
- ders.* Der Rechtssatz als Bestimmungsnorm, Festschrift Engisch, 1969, S. 150.
- ders.* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991, zitiert als: Methodenlehre.
- Lege, Joachim* Drei Versuche über Demokratie — unter besonderer Berücksichtigung der Idee des Wettbewerbs, Juristenzeitung 2009, 756.
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch (Hrsg.: Nagler/Jagusch/Mezger), Band 1, 7. Auflage 1954, zitiert als: LK⁷.
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Großkommentar (Hrsg.: Jescheck/Ruß/Willms), Sechster Band, 10. Auflage 1988, zitiert als: LK¹⁰.
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Großkommentar, (Hrsg.: Jähnke/Laufhütte/Odersky), Erster Band, 11. Auflage 2003, zitiert als: LK¹¹.
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Großkommentar, (Hrsg.: Jähnke/Laufhütte/Odersky), Zweiter Band, 11. Auflage 2003, zitiert als: LK¹¹.
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Großkommentar (Hrsg.: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann), Erster Band, 12. Auflage 2007, zitiert als: LK¹².
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Großkommentar (Hrsg.: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann), Sechster Band, 12. Auflage 2010, zitiert als: LK.
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Großkommentar (Hrsg.: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann), Neunter Band, 1. Teilband, 12. Auflage 2012, zitiert als: LK.
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Großkommentar (Hrsg.: Cirener/Radke/Rissing-van Saan u.a.), Erster Band, 13. Auflage 2020, zitiert als: LK.
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Großkommentar (Hrsg.: Cirener/Radke/Rissing-van Saan u.a.), Zweiter Band, 13. Auflage 2021, zitiert als: LK.

Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Großkommentar (Hrsg.: Cirener/Radke/Rissing-van Saan u.a.), Dritter Band, 13. Auflage 2019, zitiert als: LK.

Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Großkommentar (Hrsg.: Cirener/Radke/Rissing-van Saan u.a.), Dreizehnter Band, 13. Auflage 2022, zitiert als: LK.

Leite, Alar Notstand und Strafe, Grundlinien einer Revision des Schuldbegriffs, 2019, zitiert als: Notstand.

Lenckner, Theodor Der Rechtfertigende Notstand, Zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962), 1965, zitiert als: Notstand.

ders. Wertungsausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nulla poena sine lege“, Juristische Schulung 1968, 304.

ders. Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und der Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, in: Mißlingt die Strafrechtsreform (Hrsg.: Baumann), 1969, S. 65.

ders. Technische Normen und Fahrlässigkeit, Festschrift Engisch, 1969, S. 490.

ders. Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, Goldammer's Archiv 1985, 295.

Lerman, Marcelo Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte, Goldammer's Archiv für Strafrecht 2008, 78.

Lesch, Heiko Hartmut Der Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999, zitiert als: Verbrechensbegriff.

von Liszt, Franz Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Auflage 1919, zitiert als: Lehrbuch^{21/22}.

ders./Schmidt, Eberhard Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23. Auflage 1921, zitiert als: Lehrbuch²³.

dies. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Auflage 1929, zitiert als: Lehrbuch²⁵.

dies. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band Einleitung und Allgemeiner Teil, 26. Auflage 1932, zitiert als: Lehrbuch.

Loos, Fritz Überlegungen zur strafrechtlichen Haftung für Tun und Unterlassen, Festschrift Samson, 2010, S. 81.

Lorenz, Hennig Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22.11.2016 – 1 StR 354/16, BGHSt 61, 318, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2017, 226.

Lübbe, Weyma „Erlaubtes Risiko“, Zur Legitimationsstruktur eines Zurechnungsausschließungsgrunds, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 43 (1995) 951.

Luden, Heinrich Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Erster Band, 1836, zitiert als: Abhandlungen I.

ders. Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Zweiter Band, 1840, zitiert als: Abhandlungen II.

Lüderssen, Klaus Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, zitiert als: Strafgrund.

ders. Erfolgzurechnung und ‚Kriminalisierung‘, Die Jurisprudenz vor den Toren der Soziologie – Forschungsfragen an die Adresse der Kriminologen, Festschrift Bockelmann, 1979, S. 181.

ders. Vorbemerkung, in: Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip (Hrsg.: Lüderssen/Nestler-Tremel/E. Weigend), 1990, S. 11, zitiert als: Modernes Strafrecht.

ders. Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung, Festschrift Grünwald, 1999, S. 329.

ders. Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts, Festschrift Eser, 2005, S. 163.

ders. Der „Erfolgsunwert“, Festschrift Herzberg, 2007, S. 109.

Luhmann, Niklas Rechtssoziologie, 3. Auflage 1987.

Lund, Thorsten Mehraktige Delikte, 1993.

Maaß, Wolfgang Betrug verübt durch Schweigen, 1982, zitiert als: Betrug.

Maihofer, Werner Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953, zitiert als: Handlungsbegriff.

ders. Der Unrechtsvorwurf, Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre, Festschrift Rittler, 1957, S. 141.

ders. Zur Systematik der Fahrlässigkeit, Die sog. vier Maßstäbe der Fahrlässigkeit als Grundelemente einer personalen Zurechnungslehre, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 70 (1958) 159.

ders. Der soziale Handlungsbegriff, Festschrift Eberhard Schmidt, 1961, S. 156.

Maiwald, Manfred Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, Festschrift Maurach, 1972, S. 9.

ders. Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 86 (1974) 626.

ders. Historische und dogmatische Aspekte der Einheitstäterlösung, Festschrift Bockelmann, 1979, 343.

ders. Literaturbericht Strafrecht – Besonderer Teil (Vermögensdelikte) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 91 (1979) 923.

ders. Kausalität und Strafrecht, Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz, 1980, zitiert als: Kausalität.

ders. Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, Juristische Schulung 1981, 473.

ders. Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko“ für die Strafrechtssystematik, Festschrift Jescheck, 1985, S. 405.

ders. Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung, Festschrift Miyazawa, 1995, S. 465.

Mansdörfer, Marco Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit beim Einsatz maschinell-autonomer cyberphysischer Systeme – oder: Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Cyberstrafrechts, Festschrift Fischer, 2018, S. 155.

Marx, Michael Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, Prolegomena einer materiellen Verbrechenlehre, 1972, zitiert als: Rechtsgut.

Marxen, Klaus Die „sozialethischen“ Grenzen der Notwehr, 1979, zitiert als: Notwehr.

Matt, Holger Kausalität aus Freiheit, Eine rechtsphilosophische Grundlegung zum Bewirken durch Tun und Unterlassen im (Straf-)Recht, 1994, zitiert als: Kausalität.

ders./Renzikowski, Joachim (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Auflage 2020.

Maunz/Dürig Grundgesetz (Hrsg.: Scholz/Herdegen/Klein), 94. Auflage 2021, zitiert als: Maunz/Dürig.

Maurach, Reinhard Zur neuen Judikatur über Meineidsbeihilfe durch Unterlassen, Süd-deutsche Juristen-Zeitung 1949, 541.

ders. Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage 1971, zitiert als: AT.

ders./Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 8. Auflage 2014, zitiert als: AT 2.

ders./Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 10. Auflage 2012, zitiert als: BT 2.

ders./Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred/Hoyer, Andreas/Momsen, Carsten Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 11. Auflage 2019, zitiert als: BT 1.

ders./Zipf, Heinz Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Auflage 1992, zitiert als: AT 1.

- Mayer, Hellmuth* Strafrecht Allgemeiner Teil, 1953, zitiert als: AT.
- ders.* Strafrecht Allgemeiner Teil, 1967, zitiert als: Studienbuch.
- Mayer, Max Ernst* Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Auflage 1923, zitiert als: Lehrbuch.
- Meier, Bernd-Dieter* Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der „Lederspray“-Entscheidung des BGH, Neue juristische Wochenschrift 1992, 3193.
- Merkel, Adolf* Kriminalistische Abhandlungen I. Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, 1867, zitiert als: Abhandlungen I.
- ders.* Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889, zitiert als: Lehrbuch.
- Merkel, Paul* Begehung durch Unterlassung, 1895, zitiert als: Unterlassung.
- Merkel, Reinhard* Die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikt, Altes, Neues, Ungelöstes, Festschrift Herzberg, 2007, S. 193.
- Metzen, Peter Matthias* Die Problematik und Funktion der fakultativen Strafmilderung für die Begehung durch Unterlassen (§ 13 Abs. 2 StGB 1975), 1977, zitiert als: Strafmilderungen.
- Meyer, Maria-Katharina* Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, 1984, zitiert als: Autonomie.
- Mezger, Edmund* Die subjektiven Unrechtsmerkmale, Der Gerichtssaal 89 (1924) 207.
- ders.* Strafrecht, Ein Lehrbuch, 2. Auflage 1933, zitiert als: Lehrbuch².
- ders.* Das Strafrecht als Ganzes, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 57 (1938), 675.
- ders.* Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Auflage 1949, zitiert als: Lehrbuch.
- Mikus, Rudolf Alexander* Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, 2002, zitiert als: Verhaltensnorm.
- Mir Puig, Santiago* Die „ex-ante“-Betrachtung im Strafrecht, Festschrift Jescheck, 1985, S. 337.
- Mitsch, Wolfgang* Strafrecht Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte (Kernbereich) / Teilband 1, 2. Auflage 2003, zitiert als: BT 2/1.
- ders.* Flugzeugabschüsse und Weichenstellungen, Unlösbare Strafrechtsprobleme in ausgewogenen Notstandssituationen, Goltdammer's Archiv 2006, 11.
- ders.* Das erlaubte Risiko im Strafrecht, Juristische Schulung 2018, 1161.

Mittermaier, Carl Josef Anton Verheimlichung der Schwangerschaft oder Niederkunft, und hülflose Geburt, Neues Archiv des Criminalrechts 10 (1829) 559.

Möllers, Christoph Freiheitsgrade, Elemente einer politischen Mechanik, 2. Auflage 2020, zitiert als: Freiheitsgrade.

Montesquieu, Charles-Louis De l'esprit des lois, 1748, nouvelle édition 1781.

Müller, Max Ludwig Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912, zitiert als: Kausalzusammenhang.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Hrsg.: Erb/Schäfer), Band 1, 4. Auflage 2020, zitiert als: MK.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Hrsg.: Erb/Schäfer), Band 3, 4. Auflage 2021, zitiert als: MK

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Hrsg.: Erb/Schäfer), Band 4, 4. Auflage 2021, zitiert als: MK.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Hrsg.: Joecks/Miebach), Band 5, 3. Auflage 2019, zitiert als: MK.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg.: Rebmann u.a.), Band 6, 6. Auflage 2013, zitiert als: MüKo-BGB⁶.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg.: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg), Band 8, 8. Auflage 2020, zitiert als: MüKo-BGB.

Münzberg, Wolfgang Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, zitiert als: Verhalten.

Murmann, Uwe Die Nebentäterschaft im Strafrecht, Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre, 1993, zitiert als: Nebentäterschaft.

ders. Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, zitiert als: Selbstverantwortung.

ders. Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten, und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung, Festschrift Herzberg, 2008, S. 123.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.12.2011 – 2 StR 295/11 = NStZ 2012, 319, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2012, 387.

ders. Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 5. Auflage 2019, zitiert als: GK.

Müssig, Bernd Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren, Goldammer's Archiv 1999, 119.

ders. Zurechnungsformen als gesellschaftliche Praxis, Zu den normativen Grundlagen der objektiven Zurechnung im Strafrecht, Festschrift Jakobs, 2007, 405.

Mylonopoulos, Christos Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, Eine Studie zur Entwicklung der personalen Unrechtslehre, 1980, zitiert als: Verhältnis.

Nagler, Johannes Die Teilnahme am Sonderverbrechen, Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, 1903, zitiert als: Sonderverbrechen.

ders. Die Problematik der Begehung durch Unterlassen, Der Gerichtssaal 111 (1938) 1.

Naucke, Wolfgang Zur Lehre vom strafbaren Betrug, Ein Beitrag zum Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Kriminologie, 1964, zitiert als: Betrug.

ders. Über das Regreßverbot im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 76 (1964) 409.

ders. Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht, 1973, zitiert als: Generalklauseln.

ders. Strafrecht, Eine Einführung, 10. Auflage 2002, zitiert als: Strafrecht.

Niese, Werner Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht, Juristenzeitung 1956, 457.

Neumann, Ulfrid Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung, Goltdammer's Archiv 1985, 389.

ders. Zurechnung und "Vorverschulden": Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung, 1985, zitiert als: Zurechnung.

ders. Buchbesprechung: Maria-Katharina Meyer Ausschluß der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, Goltdammer's Archiv 1985, 474.

ders. Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 99 (1987) 567.

ders. Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des „Opfers“, Juristische Ausbildung 1987, 244.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.9.1991 – 3 StR 95/91, NJW 1992, 1246, Juristische Rundschau 1993, 161.

ders. Normative Kritik der Theorie von der positiven Generalprävention – 10 Thesen –, in: Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, Uppsala-Symposium 1996 (Hrsg.: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg), 1998, S. 147, zitiert als: Positive Generalprävention.

ders. Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft? in: Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999 (Hrsg.: Prittwitz/ Manole-dakis), 1. Auflage 2000, S. 119, zitiert als: Strafrechtsprobleme.

ders. Buchbesprechung: Pawlik, Michael: Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 116 (2004) 751.

ders. Alternativen zum Strafrecht? in: Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts (Hrsg.: Neumann/Prittwitz), 2005, S. 89, zitiert als: Kritik.

ders. „Alternativen: keine“. – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre, in: „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht (Hrsg.: Neumann/Prittwitz), 2007, S. 85, zitiert als: Personale Rechtsgutslehre.

ders. Institution, Zweck und Funktion staatlicher Strafe, Festschrift Jakobs, 2007, S. 435.

ders. Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung, in: Subsumtion, Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre (Hrsg.: Gabriel/Gröschner), 2012, S. 311.

ders. Zufall, Gerechtigkeit und strafrechtliche Zurechnung, Festschrift Sancinetti, 2020, S. 119.

Nipperdey, Hans Carl Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, Neue juristische Wochenschrift 1957, 1777.

Nitze, Paul Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989, zitiert als: Entsprechensklausel.

Noll, Matthias Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance, Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, 2018, zitiert als: Compliance.

Nomos Kommentar Medienstrafrecht (Hrsg.: Schumann/Mosbacher/König), 2022, zitiert als: NK Medienstrafrecht.

Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (Gesamtredaktion: Neumann/Puppe/Schild), 1. Auflage, Stand: 25.08.2001, zitiert als: NK¹.

Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (Hrsg.: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen), 3. Auflage 2010, zitiert als: NK³.

Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (Hrsg.: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen), 5. Auflage 2017, zitiert als: NK.

Norouzi, Ali Zwischenprüfungsklausur – Strafrecht: Verdeckungsmord durch Unterlassen, Juristische Schulung 2005, 914.

Oehler, Dietrich Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959, zitiert als: Zweckmoment.

ders. Konkurrenz von echtem und unechtem Unterlassungsdelikt – BGHSt 14, 282, Juristische Schulung 1961, 154.

Oersted, Anders Sandoe Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral und Gesetzgebungs-Philosophie, Erster Band, 1818, zitiert als: Abhandlungen I.

Oğlakcioğlu, Mustafa Temmuz Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.12.2011 – 2 StR 295/11, NStZ 2012, Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungsreport 2012, 246.

Ortmann, Rudolf Ueber die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung, Der Gerichtssaal 26 (1874) 439.

ders. Ein Schlußwort über die Begehung von Verbrechen durch Unterlassung, Der Gerichtssaal 27 (1875) 209.

Ostendorf, Heribert Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts, Juristische Schulung 1982, 426.

Otto, Harro Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht, Festschrift Maurach, 1972, S. 91.

ders. Buchbesprechung: Schönemann, Bernd: Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Herzberg, Rolf Dietrich: Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 57. Jahrgang, 1974, 123.

ders. Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung, Neue juristische Wochenschrift 1974, 528.

ders. Personales Unrecht, Schuld, Strafe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 87 (1975) 539.

ders. Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit, Gedächtnisschrift Schröder, 1978, S. 53.

ders. Zur Garantenpflicht des Täters gegenüber dem Opfer einer Körperverletzung, Jurakartei 1985, StGB § 13/7.

ders. Garantenstellung durch Notwehrhandlung, Jurakartei 1987, StGB § 13/13.

ders. Mittäterschaft bei nichtrechtswidrigem gefährlichem vorangegangenen Tun, Jurakartei 1991, StGB § 13/16.

ders. Garantenpflicht aus Bestärkung des Tatentschlusses eines anderen, Jurakartei 1992, StGB § 13/18.

- ders.* Grenzen der Garantenpflicht aus Ingerenz, Jurakartei 1993, StGB § 13/23.
- ders.* Die Art der Gefährdung bei vorangegangenem gefährlichen Tun, Jurakartei 1998, StGB § 13/27.
- ders.* Die strafrechtliche Haftung für die Auslieferung gefährlicher Produkte, Festschrift Hirsch, 1999, S. 291.
- ders.* Ingerenz und Verantwortlichkeit, Festschrift Gössel, 2002, S. 99.
- ders.* Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage 2004, zitiert als: AT.
- ders.* Grundkurs Strafrecht – Die einzelnen Delikte, 7. Auflage 2005, zitiert als: BT.
- ders.* Garantenstellung aufgrund der Beteiligung an vorausgegangenen Misshandlungen oder sonstigen Gewalttätigkeiten, Festschrift Geppert, 2011, S. 441.
- ders./Brammsen, Joerg* Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens (I), Juristische Ausbildung 1985, 530.
- dies.* Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens (Schluß), Juristische Ausbildung 1985, 646.
- Paeffgen, Hans-Ullrich* Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 a StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979, zitiert als: Verrat.
- ders.* Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, Gedächtnisschrift Armin Kaufmann, 1989, S. 399.
- ders.* Strafrecht und Verfassungsrecht, Art. 103 II GG, namentlich das Bestimmtheitsgebot, und komplementäre Rechtssätze in der Entwicklung, Strafverteidiger Forum 2007, 442.
- ders.* Zur Unbilligkeit des vorgeblich „Billigen“ – oder: Höllen-Engel und das Gott-sei-bei-uns-Dogma, (Noch einmal) einige Gedanken zum Erlaubnis-Tatbestandsirrtum, Festschrift Frisch, 2013, S. 403.
- ders.* Das „Rechtsgut“ – ein obsoleter Begriff? Festschrift Wolter, 2013, S. 125.
- Paradissis, Alexander* Unterlassungsstrafbarkeit in sog. Weiterungsfällen, Zugleich ein Beitrag zu Legitimität und Grenzen der Garantenstellung aus Ingerenz, 2015, zitiert als: Unterlassungsstrafbarkeit.
- Pawlik, Michael* Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, zitiert als: Verhalten.
- ders.* Der rechtfertigende Notstand, Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, 2002, zitiert als: Notstand.
- ders.* Person, Subjekt, Bürger, Zur Legitimation von Strafe, 2004, zitiert als: Person.

ders. „Der Täter ist um der Gemeinschaft willen verpflichtet, die Strafe auf sich zu nehmen“, Überlegungen zur Strafbegründung im Anschluss an Claus Roxin, Goldammer's Archiv 2006, 345.

ders. „Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter“? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht, Festschrift Otto, 2007, 133.

ders. Strafrechtswissenschaftstheorie, Festschrift Jakobs, 2007, S. 469.

ders. „Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils“, Bemerkungen zur Lehre von den Garantenpflichten, Festschrift Roxin, 2011, S. 931.

ders. Das Unrecht des Bürgers, Grundlinien einer allgemeinen Verbrechenslehre, 2012, zitiert als: Unrecht.

Perdomo-Torres, Jorge Garantenpflichten aus Vertrautheit, 2006, zitiert als: Garantenpflichten.

ders. Das Begehen durch Unterlassen im positiven Recht, Festschrift Jakobs, 2007, S. 497.

Pfleiderer, Klaus Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, 1968, zitiert als: Garantenstellung.

Philipps, Lothar Der Handlungsspielraum, Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht, 1974, zitiert als: Handlungsspielraum.

Preuß, Wilhelm Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974, zitiert als: Untersuchungen.

Prittwitz, Cornelius Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993, zitiert als: Strafrecht und Risiko.

Pufendorf, Samuel Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur (De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo, 1673), herausgegeben und übersetzt von Klaus Luig, 1. Auflage 1994, zitiert als: Pflicht.

Puppe, Ingeborg Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 92 (1980) 863.

dies. Grundzüge der actio libera in causa, Juristische Schulung 1980, 346.

dies. Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzips, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 97 (1983) 287.

dies. Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 99 (1987) 595.

- dies.* Vom Umgang mit Definitionen in der Jurisprudenz, Kreative Definitionen oder warum sich Juristen um Begriffe streiten, Gedächtnisschrift Armin Kaufmann, 1989, S. 15.
- dies.* Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, Goltdammer's Archiv 1990, 145.
- dies.* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 06.07.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 107, Juristische Rundschau 1992, 30.
- dies.* Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik, Goltdammer's Archiv 1994, 297.
- dies.* Die Erfolgzurechnung im Strafrecht, dargestellt an Beispielsfällen der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 2000, zitiert als: Erfolgzurechnung.
- dies.* Der Aufbau des Verbrechens, Festschrift Otto, 2007, S. 389.
- dies.* Feststellen, zuschreiben, werten: semantische Überlegungen zur Begründung von Strafurteilen und deren revisionsrechtlicher Überprüfbarkeit, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2012, 409.
- dies.* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.12.2011 – 2 StR 295/11, NSStZ 2012, 319, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2013, 45.
- dies.* Beweisen oder Bewerten, Zu den Methoden der Rechtsfindung des BGH, erläutert anhand der neuen Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2014, 66.
- dies.* Das System der objektiven Zurechnung, Goltdammer's Archiv 2015, 202.
- dies.* Wertung und Begründung in der Rechtsanwendung, Festschrift Neumann, 2017, S. 323.
- dies.* Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Auflage 2019, zitiert als: Schule.
- dies.* Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Auflage 2019, zitiert als: AT.
- dies.* Vom Naturalismus zum Normativismus, von der Systematik zur Topik, Der Niedergang der deutschen Strafrechtswissenschaft vom Allgemeinen Teil, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2020, 143.
- dies.* Über den rechtswissenschaftlichen Diskurs, Oder: Was darf und was soll ein Rezensent, Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft 2021, 348.
- Puschke, Jens* Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, 2017, zitiert als: Legitimation.
- Putzke, Holm* Jagdpech, Juristische Ausbildung 2015, 95.

Radbruch, Gustav Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902, zitiert als: Verursachung.

ders. Der Handlungsbegriff in seiner Deutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, 1904, zitiert als: Handlungsbegriff.

ders. Zur Systematik der Verbrechenslehre, Festgabe Frank, Band I, 1930, S. 158.

ders. Rechtsphilosophie, 3. Auflage 1932, zitiert als: RPh.

ders. Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 12.8.1947 – Ss 92/47, SJZ 1947, 621, Süddeutsche Juristenzeitung 1947, 633.

ders. Die Natur der Sache als juristische Denkform, Festschrift Laun, 1948, S. 157.

ders. Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Auflage 1959, zitiert als: Vorschule.

Ranft, Otfried Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten – Teil 1, Juristenzeitung 1987, 859.

Ransiek, Andreas Gesetz und Lebenswirklichkeit, Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot, 1989, zitiert als: Gesetz.

ders. Unternehmensstrafrecht, Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen, 1996, zitiert als: Unternehmensstrafrecht.

ders. Das unechte Unterlassungsdelikt, Juristische Schulung 2010, 490.

ders. Das unechte Unterlassungsdelikt, Juristische Schulung 2010, 585.

Rengier, Rudolf Kündigungsbetrag des Vermieters durch Tun und Unterlassen bei vorgetäuschem Eigenbedarf – BayOblG, NJW 1987, 1654, Juristische Schulung 1989, 802.

ders. Sicherungspflichten und Rettungspflichten – zum „Cleanmagic-Fall“ BGH NSTZ 2012, 319, Festschrift Kühl, 2014, S. 383.

ders. Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Auflage 2021, zitiert als: AT.

ders. Strafrecht, Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 23. Auflage 2021, zitiert als: BT I.

ders. Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 21. Auflage 2020, zitiert als: BT II.

Renzikowski, Joachim Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, zitiert als: Täterbegriff.

ders. Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie, Festschrift Gössel, 2002, S. 3.

ders. Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, in: Juristische Grundlagenforschung, Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) vom 23. bis 25. September 2004 in Kiel, ARSP Beiheft 104 (Hrsg.: Alexy), 2005, S. 115, zitiert als: Juristische Grundlagenforschung.

ders. Pflichten und Rechte – Rechtsverhältnis und Zurechnung, Goltdammer's Archiv 2007, 561.

ders. Normen als Handlungsgründe, Festschrift Neumann, 2017, S. 335.

ders. Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 24.3.2021 – 4 StR 461/20, NJW 2021, 1767, Juristische Rundschau 2022, 140.

Rissing-van Saan, Ruth/Verrel, Thorsten Der Fall Wittig und die Verweigerung von Rechtssicherheit durch den BGH, Eine kritische Besprechung der Urteile des 5. Strafsenats des BGH vom 3.7.2019 in den Verfahren 5 StR 132/18 und 5 StR 393/18 zur Teilnahme von Ärzten an freiverantwortlichen (?) Selbsttötungen, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2020, 121.

Rödig, Jürgen Zur Problematik des Verbrechensaufbaus, Festschrift Lange, 1976, S. 39.

Rogall, Klaus Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 98 (1986) 573.

von Rohland, Woldemar Die strafbare Unterlassung, 1887, zitiert als: Unterlassung.

Rostalski, Frauke Normentheorie und Fahrlässigkeit, Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes, Goltdammer's Archiv 2016, 73.

dies. Der Tatbegriff im Strafrecht, Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs, 2019, zitiert als: Tatbegriff.

Rotering Ueber die Verbindlichkeit des Handelnden zur Abwendung eines strafrechtlichen Erfolgs aus einer selbst schuldlos erzeugten Gefahr, Der Gerichtssaal 34 (1883) 206.

Rotsch, Thomas Achtung: Gefahr! Anregungen für eine neue Diskussion über die Voraussetzungen der Notstandslage i.S.d. § 34 StGB, Festschrift Neumann, 2017, S. 1009.

Roxin, Claus Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Auflage 1970, zitiert als: Offene Tatbestände.

ders. Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 74 (1962) 411.

ders. Zur Kritik der finalen Handlungslehre, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 74 (1962) 515.

ders. Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, Juristische Schulung 1964, 393.

ders. Literaturbericht Allgemeiner Teil, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 78 (1966), 214.

ders. Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, Gedächtnisschrift Radbruch, 1968, S. 260.

ders. An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Festschrift Engisch, 1969, S. 380.

ders. Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift Honig, 1970, S. 133.

ders. Ein „neues Bild“ des Strafrechtssystems, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 83 (1971) 369, 403.

ders. Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Auflage 1973, zitiert als: Kriminalpolitik.

ders. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Festschrift Gallas, 1973, S. 241.

ders. Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, Juristische Schulung 1973, 197.

ders. Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S. 1, zitiert als: Grundlagenprobleme.

ders. Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, Festschrift Klug, Band II, 1983, S. 303.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14.02.1984 – 1 StR 808/83, BGHSt 32, 282, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1984, 411.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 09.11.1984 – 2 StR 257/84, NStZ 1985, 310, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1985, 320.

ders. Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand, Festschrift Jescheck, 1985, 457.

ders. Bemerkungen zum Regreßverbot, Festschrift Tröndle, 1989, S. 177.

ders. Finalität und objektive Zurechnung, Gedächtnisschrift Armin Kaufmann, 1989, S. 237.

ders. Die Lehre von der objektiven Zurechnung, Chengchi Law Review 50 (1994), Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen Strafrechtlichen Symposium, S. 219.

ders. Schlußbericht, in: Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich (Hrsg.: Kühne/Miyazawa), 1995, S. 407, zitiert als: Strafrechtsentwicklungen.

ders. Die Entsprechungsklausel beim unechten Unterlassen, Festschrift Lüderssen, 2002, S. 577.

ders. Ingerenz und objektive Zurechnung, Festschrift Trechsel, 2002, S. 551.

ders. Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik, Festschrift Lampe, 2003, S. 423.

ders. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, zitiert als: AT II.

ders. Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 116 (2004) 929.

ders. Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts, in: Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag (Hrsg.: Hefendehl), 2005, S. 135, zitiert als: Empirische Fundamente.

ders. Tatbestandslose Tötung auf Verlangen? Festschrift Jakobs, 2007, S. 571.

ders. Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests – Zur verfassungsrechtlichen Überprüfbarkeit materiellrechtlicher Strafvorschriften –, Strafverteidiger 2009, 547.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20. 11. 2008 - 4 StR 328/08, BGHSt 53, 55, Juristenzeitung 2009, 399.

ders. Streitfragen bei der objektiven Zurechnung, Festschrift Maiwald, 2010, S. 715.

ders. Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, Festschrift Hassemer, 2010, S. 573.

ders. Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland, Goldammer's Archiv 2011, 678.

ders. Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, Goldammer's Archiv 2012, 395.

ders. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, Goldammer's Archiv 2012, 655.

ders. Pflichtdelikte und Tatherrschaft, Festschrift Schünemann, 2014, S. 585.

ders. Prävention, Tadel und Verantwortung, Zur neuesten Strafzweckdiskussion, Goldammer's Archiv 2015, 185.

ders. Anmerkung zu BGH Beschluss vom 05.08.2015 – 1 StR 328/15, BGHSt 61, 21, Strafverteidiger 2016, 428.

ders. Die einverständliche Fremdgefährdung – eine Diskussion ohne Ende? Goldammer's Archiv 2018, 250.

- ders.* Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Auflage 2019, zitiert als: TuT.
- ders.* Zur Verfassungsmäßigkeit der unechten Unterlassung, *Goldammer's Archiv* 2021, 190.
- ders./Greco Luis* Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Auflage 2020, zitiert als: AT I.
- Rudolphi, Hans-Joachim* Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, zitiert als: Gleichstellungsproblematik.
- ders.* Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, *Juristische Schulung* 1969, 549.
- ders.* Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, *Festschrift Honig*, 1970, S. 151.
- ders.* Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, *Festschrift Maurach*, 1972, S. 51.
- ders.* Anmerkung zu BGH Urteil vom 19.07.1973 – 4 StR 284/73, *BGHSt* 25, 218, *Juristische Rundschau* 1974, 160.
- ders.* Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung, *Gedächtnisschrift Schröder*, 1978, S. 73.
- ders.* Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, *Festschrift Bockelmann*, 1979, S. 369.
- ders.* Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerunreinigungen, *Festschrift Dünnebier*, 1982, S. 561.
- ders.* Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (Hrsg.: Schünemann), 1984, S. 69, zitiert als: Grundfragen.
- ders.* Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantstellungen? *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1984, 149.
- ders.* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 6.5.1986 – 4 StR 150/86, *BGHSt* 34, 82, *Juristische Rundschau* 1987, 162.
- ders.* Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbescheid, *Festschrift Lackner*, 1987, S. 863.
- ders.* Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung, *Gedächtnisschrift Armin Kaufmann*, 1989, S. 371.
- ders.* Anmerkung zu AG Tiergarten, Beschluss vom 02.03.1990 – (255a) 52 Js 889/89 (143/89), *NStZ* 1991, 236, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1991, 237.

- ders.* Der Dienstvorgesetzte als Garant für die gesetzmäßige Bestrafung seiner Untergebenen, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1991, 361.
- ders.* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 30.4.1997 – 2 StR 670/96, *NStZ* 1997, 597, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1997, 599.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel* Rechtstheorie, mit Juristischer Methodenlehre, 11. Auflage 2020, zitiert als: *Rechtstheorie*.
- Sacher, Mariana* Systemtheorie und Strafrecht, Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 118 (2006) 574.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 9. Auflage 2021, zitiert als: *Sachs*.
- Samson, Erich* Begehung und Unterlassung, *Festschrift Welzel*, 1974, S. 579.
- ders.* Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 99 (1987) 617.
- ders.* *Strafrecht II*, 5. Auflage 1985, zitiert als: *Strafrecht II*.
- ders.* *Strafrecht I*, 7. Auflage 1988, zitiert als: *Strafrecht I*.
- ders.* Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, *Strafverteidiger* 1992, 162.
- ders.* Das Verhältnis von Erfolgswert und Handlungswert im Strafrecht, *Festschrift Grünwald*, 1999, S. 385.
- ders.* Erfolgzurechnung und Risiko – Kritische Anfragen an die Lehre von der objektiven Zurechnung –, *Festschrift Lüderssen* 2002, 587.
- Sánchez-Vera, Javier* Pflichtdelikt und Beteiligung, *Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, 1999, zitiert als: *Pflichtdelikt*.
- Sander, Günther/Hollering, Jörg* Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit automatisiertem Fahren, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2017, 193.
- Sangenstedt, Christof* Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989, zitiert als: *Garantenstellung*.
- Satzger, Helmut* Beteiligung und Unterlassen, *Juristische Ausbildung* 2015, 1055.
- Satzger/Schluckebier/Widmaier* *Strafgesetzbuch Kommentar* (Hrsg.: *Satzger/Schluckebier*), 5. Auflage 2021, zitiert als: *SSW*.
- Sauer, Wilhelm* *Grundlagen des Strafrechts, nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie*, 1921, zitiert als: *Grundlagen*.
- ders.* Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, *Festgabe Frank, Band I*, 1930, S. 202.

ders. Das Unterlassungsdelikt, Seine Stellung im Gefährdungs- und im Willensstrafrecht, Der Gerichtssaal 114 (1940) 279.

ders. Allgemeine Strafrechtslehre, eine lehrbuchmäßige Darstellung, 3. Auflage 1955, zitiert als: Strafrechtslehre.

Sax, Walter Das strafrechtliche „Analogieverbot“, Eine methodologische Untersuchung über die Grenze der Auslegung im geltenden deutschen Strafrecht, 1953, zitiert als: Analogieverbot.

Schaffstein, Friedrich Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 1935, zitiert als: Pflichtverletzung.

ders. Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts, Festschrift Gleispach, 1936, S. 70.

ders. Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Festschrift Welzel, 1974, S. 557.

ders. Der Maßstab für das Gefahurteil beim rechtfertigenden Notstand, Festschrift Bruns, 1978, S. 89.

Schild, Wolfgang Zurechnung zum Verhaltensunrecht, Festschrift Jakobs, 2007, S. 601.

Schiemann, Anja Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 5.8.2015 – 1 StR 328/15, BGHSt 61, 21, Neue juristische Wochenschrift 2016, 176.

Schiemann, Gottfried Das allgemeine Schädigungsverbot: „alterum non laedere“, Juristische Schulung 1989, 345.

Schmidhäuser, Eberhard Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Auflage 1984, zitiert als: AT.

ders. Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht, Gedächtnisschrift Armin Kaufmann, 1989, S. 133.

ders. Illusionen in der Normentheorie und das Adressatenproblem im Strafrecht, Juristenzeitung 1989, 419.

ders. Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff – Ein Wort zu Herzbergs gleichnamigem Aufsatz –, Goltdammer’s Archiv 1996, 303.

ders. Über Unterlassungsdelikte – Terminologie und Begriffe, Festschrift Müller-Dietz, 2001, S. 761.

ders. Vom Sinn der Strafe, Nachdruck der 2. Auflage 1971, Herausgegeben und mit einer neuen Einleitung versehen von Eric Hilgendorf, 2004, zitiert als: Sinn der Strafe.

Schmidt, Eberhard Der Arzt im Strafrecht, 1939.

ders. Soziale Handlungslehre, Festschrift Engisch, 1969, S. 339.

Schmitz, Roland „Wilde“ Müllablagerungen und strafrechtliche Garantenstellung des Grundstückseigentümers, Neue Juristische Wochenschrift 1993, 1167.

Schneider, Anne Die Verhaltensnorm im Internationalen Strafrecht, 2011, zitiert als: Verhaltensnorm.

Schneider, Christian Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1997, zitiert als: Tun und Unterlassen.

Schneider, Hartmut Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 11.7.2003 – 2 StR 531/02, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2004, 91.

Schneider, Hendrik Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus, 2004, zitiert als: Kritik.

Schöne, Wolfgang Unterlassene Erfolgsabwendung und Strafgesetz, 1974, zitiert als: Unterlassene Erfolgsabwendung.

Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar (Hrsg.: Schröder), 12. Auflage 1965, zitiert als: Sch/Sch¹².

Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar (Hrsg.: Lenckner/Eser/Stree u.a.), 27. Auflage 2006, zitiert als: Sch/Sch²⁷.

Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar (Hrsg.: Eser/Perron u.a.), 30. Auflage 2019, zitiert als: Sch/Sch.

Schopenhauer, Arthur Die beiden Grundprobleme der Ethik, behandelt in zwei akademischen Preisschriften, 1841, zitiert als: Grundprobleme.

ders. Die Welt als Wille und Vorstellung, Erster Band, 3. Auflage 1859, zitiert als: Welt.

Schrägle, Hannes Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt, Eine rechtsgeschichtliche, rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung und die Entwicklung eines Systems der Garantietypen, 2017, zitiert als: Unterlassungsdelikt.

Schroeder, Friedrich-Christian Der Täter hinter dem Täter, Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, 1965, zitiert als: Täter.

ders. Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung, Juristenzeitung 1989, 776.

ders. Das Strafgesetz zwischen Tatvergeltung und Verhaltensgebot, Festschrift Otto, 2007, S. 165.

ders. Der Blitz als Mordinstrument, Ein Streifzug durch 150 Jahre Strafrechtswissenschaft, 2009, zitiert als: Der Blitz.

Schröder, Horst Die sogenannte Rückkehrpflicht bei § 142 StGB, Neue juristische Wochenschrift 1965, 1001.

ders. Die Gefährungsdelikte im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 81 (1969) 7.

Schulte, Christoph Garantenstellung und Solidarpflicht, 2001, zitiert als: Garantenstellung.

Schultz, Michael Amtswalterunterlassen, 1984.

ders. Aufhebung von Garantenstellungen und Beteiligung durch Unterlassen – BGH, NJW 1984, 2639, Neue juristische Wochenschrift 1985, 270.

Schulz, Lorenz Neues zum Bestimmtheitsgrundsatz, Zur Entscheidung des BVerfG vom 23. Juni 2010, Festschrift Roxin, 2011, S. 305.

Schumann, Heribert Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, zitiert als: Handlungsunrecht.

ders./Schumann, Antje Objektive Zurechnung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre? Festschrift Küper, 2007, S. 543.

Schünemann, Bernd Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen 1971.

ders. Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, Goltdammer's Archiv 1974, 231.

ders. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte, Juristische Arbeitsblätter 1975, 435.

ders. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte, Juristische Arbeitsblätter 1975, 511.

ders. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte, Juristische Arbeitsblätter 1975, 575.

ders. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte, Juristische Arbeitsblätter 1975, 647.

ders. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte, Juristische Arbeitsblätter 1975, 787.

ders. Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrechenaufbau, Festschrift Schaffstein, 1975, S. 159.

ders. Nulla poena sine lege?, Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, 1978, zitiert als: Nulla poena.

ders. Methodische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts, Festschrift Bockelmann, 1979, S. 117.

ders. Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln 1979, zitiert als: Unternehmenskriminalität.

ders. Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 96 (1984) 287.

ders. Einführung in das Strafrechtliche Systemdenken, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystem (Hrsg.: Schönemann), 1984, S. 1, zitiert als: Grundfragen.

ders. Strafrechtssystem und Kriminalpolitik, Festschrift Rudolf Schmitt, 1992, S. 117.

ders. Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, von Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozessrecht, Festschrift Arthur Kaufmann, 1993, S. 299.

ders. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung im Bereich von Umweltschutz und technischer Sicherheit, in: Umweltschutz und technische Sicherheit, 9. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht vom 19. bis 21. September 1993, 1994, S. 137, zitiert als: Umweltschutz.

ders. Diskussion im Anschluß an den Vortrag von Prof. Dr. Hsü, Chengchi Law Review 50 (1994), Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen Strafrechtlichen Symposium, S. 365.

ders. Die Abgrenzung von Unrecht und Schuld, in: Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin (Hrsg.: Schönemann/de Figueiredo Dias), 1995, S. 149, zitiert als: Bausteine.

ders. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, Goltdammer's Archiv 1995, 201.

ders. Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland, in: Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin (Hrsg.: Gimbernat/Schönemann/Wolter), 1995, S. 49.

ders. Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie, in: Positive Generalprävention, Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, Uppsala-Symposium 1996 (Hrsg.: Schönemann/v. Hirsch/Jareborg), 1998, zitiert als: Positive Generalprävention.

ders. Über die objektive Zurechnung, Goltdammer's Archiv 1999, 207.

ders. Unternehmenskriminalität, Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band IV, 2000, S. 621.

- ders.* Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, Festschrift Roxin, 2001, S. 1.
- ders.* Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur – Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist –, Festschrift Lüderssen, 2002, S. 327.
- ders.* Zur Regelung der unechten Unterlassung in den Europadelikten, in: Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Rechtsdogmatik – Rechtsvergleich – Rechtspolitik, Freiburg-Symposium (Hrsg.: Tiedemann), 2002, S. 103, zitiert als: Freiburg-Symposium.
- ders.* Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt verfassungsrechtlicher Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? (Hrsg.: Hefendehl/v. Hirsch/Wohl-ers), 1. Auflage 2003, S. 133.
- ders.* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld, Festschrift Lampe, 2003, S. 537.
- ders.* Brennpunkte des Strafrechts in der entwickelten Industriegesellschaft – Reflexionen zu den Beiträgen des Symposiums –, in: Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag (Hrsg.: Hefendehl), 2005, S. 349, zitiert als: Empirische Fundamente.
- ders.* Strafrechtssystematisches Manifest, Goltdammer's Archiv 2006, 378.
- ders.* Aufgaben und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert, Festschrift Herzberg, 2008, S. 39.
- ders.* Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, in: Festschrift Amelung, 2009, S. 303.
- ders.* Schrumpfende Basis, wuchernder Überbau? Zum Schicksal der Tatherrschaftsdoktrin nach 50 Jahren, Festschrift Roxin, 2011, S. 799.
- ders.* Ein neues Bild des Strafrechtssystems? Zugleich Rezension von Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 126 (2014) 1.
- ders.* Die unechten Unterlassungsdelikte: Zehn Kardinalfragen, -fehler und -fixpunkte, GA 2016, 301.
- ders.* Versuch über die Begriffe von Verbrechen und Strafe, Rechtsgut und Deliktsstruktur, Festschrift Neumann, 2017, S. 701.
- ders.* Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsguts oder Pflichtverletzung als Strafgrund der Sonderdelikte, GA 2017, 678.
- Schürmann, Hannes* Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, zitiert als: Gesetzlichkeitsgrundsatz.

Schuster, Peter Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Hersteller beim automatisierten Fahren, Deutsches Autorecht 2019, 6.

Schwarz, Otto Strafgesetzbuch mit den wichtigsten Nebengesetzen des Reiches und Preußens, 1933, zitiert als: StGB.

Schwerdtfeger, Max Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 08.03.2017 – 1 StR 466/16, BGHSt 62, 72, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2017, 799.

Seebode, Manfred Zur gesetzlichen Bestimmtheit des Unterlassungsdelikts, Festschrift Spindel, 1992, S. 317.

ders. Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 29.01.1992 – 3 Ss 1128/91, NStZ 1993, 82, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1993, 83.

ders. Anmerkung zu BVerfG Beschluß v. 21.11.2002 – 2 BvR 2202/01, NJW 2003, 1030, JZ 2004, 303, Juristenzeitung 2004, 305.

Seelmann, Kurt Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantienpflichtdogmatik, Goldammer's Archiv 1989, 241.

ders. Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht, Juristenzeitung 1989, 670.

ders. Solidaritätspflichten im Strafrecht? in: Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung (Hrsg.: Jung/Müller-Dietz/Neumann), 1991, S. 295, zitiert als: Recht und Moral.

ders. Garantienpflichten eines Tatbeteiligten, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.9. 1991 – 3 StR 95/91, NJW 1992, 1246, Strafverteidiger 1992, 415.

ders. Privatrechtlich begründete Garantienpflichten? in: Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung? Hamburger Ringvorlesung (Hrsg.: K. Schmidt), 1994, S. 85, zitiert als: Vielfalt des Rechts.

Seibert, Thomas Die Garantienpflichten beim Betrug, 2007, zitiert als: Garantienpflichten.

Seier, Jürgen Kündigungsbetrug durch Verschweigen des Wegfalls von Eigenbedarf, Neue Juristische Wochenschrift 1988, 1617.

Sieber, Ulrich Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der „passiven“ Gesprächsteilnahme – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung BGH 3 StR 298/91 vom 10. 2. 1982 –, Juristenzeitung 1983, 431.

ders. Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt – Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im „Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2009, 353.

Silva Sanchez, Jesus-Maria Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, Festschrift Roxin, 2001, S. 641.

Sinn, Arndt Recht im Irrtum? Zur strafrechtlichen Rechtfertigung militärischer Gewalt bei Auslandseinsätzen deutscher Soldaten, Festschrift Roxin, 2011, S. 673.

Sowada, Christoph Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun (Ingerenz), Juristische Ausbildung 2003, 236.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 03.07.2019 – 5 StR 393/18, BGHSt 64, 121, 135, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2019, 670.

Spangenberg Ueber Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit, Neues Archiv des Criminalrechts 4 (1821) 527.

Spendel, Günter Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, Festschrift Stock, 1966, S. 89.

ders. Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, Juristenzeitung 1973, 137.

Stächelin, Gregor Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, zitiert als: Strafgesetzgebung.

Stam, Fabian Strafrechtliche Garantenpflichten aus Gesetz, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 131 (2019) 259.

Stammler, Rudolf Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, zitiert als: Theorie.

Staudinger, BGB, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 3, Sachenrecht (Redaktor: Sebastian Herrler), §§ 903-924 (Privates Nachbarrecht), Neubearbeitung 2020, zitiert als: Staudinger.

Stein, Ulrich Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, zitiert als: Beteiligungsformenlehre.

ders. Garantenpflichten aufgrund vorsätzlich-pflichtwidriger Ingerenz – Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 24. 10. 1995 – 1 StR 465/95, Juristische Rundschau 1999, 265.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 12. 12. 2002 - 4 StR 297/02, NStZ 2003, 312, Juristische Rundschau 2004, 79.

ders. Verhaltensnorm und Sanktionsnorm bei § 323c StGB, Festschrift Küper, 2007, 607.

ders. Beendeter und unbeendeter Versuch beim Begehungs- und Unterlassungsdelikt, Goldammer's Archiv 2010, 129.

Sternberg-Lieben, Detlev Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, in: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? (Hrsg.: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlens), 1. Auflage 2003, S. 65, zitiert als: Rechtsgutstheorie.

Stoffers, Kristian Die Formel „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen? 1992, zitiert als: Formel.

ders. Die vorrechtlich-ontologischer Unterscheidung der Verhaltensnormen positives Tun und Unterlassen, *Goltdammer's Archiv* 1993, 262.

Stratenwerth, Günter Prinzipien der Rechtfertigung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 68 (1956) 41.

ders. Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“, 1957, zitiert als: Natur der Sache.

ders. Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, *Festschrift Eberhard Schmidt*, 1961, S. 383.

ders. Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 79 (1963) 233.

ders. Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, *Festschrift Gallas*, 1973, 227.

ders. Unbewußte Finalität, *Festschrift Welzel*, 1974, S. 289.

ders. Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht, *Festschrift Schaffstein*, 1975, S. 177.

ders. Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabs beim Fahrlässigkeitsdelikt, *Festschrift Jescheck*, 1985, S. 285.

ders. Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? 1995, zitiert als: Lehre von den Strafzwecken.

ders. Strafrecht Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 4. Auflage 2000, zitiert als: AT⁴.

ders. „Wahres Strafrecht“, *Festschrift Lüderssen*, 2002, S. 373.

ders. Sachlogische Strukturen? *Festschrift Jakobs*, 2007, S. 663.

ders./Kuhlen, Lothar Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2011, zitiert als: AT.

Stree, Walter Garantenstellung kraft Übernahme, *Festschrift Hellmuth Mayer*, 1966, S. 145.

ders. Ingerenzprobleme, *Festschrift Klug*, Band II, 1983, S. 395.

ders. Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung – BGHSt 32, 262 und BGH NStZ 1984, 45, *Juristische Schulung* 1985, 179.

- ders.* Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten, Festschrift Lenckner, 1998, S. 393.
- Streng, Franz* „Passives Tun“ als dritte Handlungsform – nicht nur beim Betrug, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 122 (2010) 1.
- Struensee, Eberhard* Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, Juristenzeitung 1987, 53.
- ders.* Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, Goltdammer's Archiv 1987, 97.
- ders.* Handeln und Unterlassen, Begehungs- und Unterlassungsdelikt, Festschrift Stree/Wessels, 1993, S. 133.
- Stübel, Christoph Carl* Ueber den Thatbestand der Verbrechen, 1805, zitiert als: Thatbestand.
- ders.* Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, 1828, zitiert als: Theilnahme.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I (Hrsg.: Rudolphi u.a.), 6. u. 7. Auflage, Stand: April 2003, zitiert als: SK⁶/SK⁷.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I (Hrsg.: Wolter), 8. Auflage 2014, Stand: Dezember 2014, zitiert als: SK⁸.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I (Hrsg.: Wolter), 9. Auflage 2017, zitiert als: SK.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band III (Hrsg.: Wolter), 9. Auflage 2019, zitiert als: SK.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band V (Hrsg.: Wolter), 9. Auflage 2019, zitiert als: SK.
- Tag, Brigitte* Nichtanzeige geplanter Straftaten, unterlassene Hilfeleistung oder Freispruch? - Besprechungsaufsatz zum Urteil des BGH v. 23. 3.1993 - I StR 21/93 - (BGHSt. 39,164 ff. = NJW 1993, 1871), Juristische Rundschau 1993, 133.
- Temme, Jodocus Donatus Hubertus* Lehrbuch des gemeinen preußischen Strafrechts, 1853.
- ders.* Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 1876.
- Tiedemann, Klaus* Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts, 1969, zitiert als: Tatbestandsfunktionen.
- ders.* Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, zitiert als: Verfassungsrecht.

ders. Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts, Festschrift Baumann, 1992, S. 7.

ders. Wirtschaftsstrafrecht, 2017.

Timpe, Gerhard Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, Berlin 1983.

Traeger, Ludwig Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB, 1904, zitiert als: Kausalbegriff.

ders. Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht (Sonderdruck aus Festgaben der Marburger Juristischen Fakultät für Ludwig Enneccerus), 1913, zitiert als: Unterlassungsdelikte.

Utz, Maximilian Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, 2016, zitiert als: Geschäftsherrenhaftung.

Valerius, Brian Sorgfaltspflichten beim autonomen Fahren, in: Autonome Systeme und neue Mobilität, Ausgewählte Beiträge zur 3. und 4. Würzburger Tagung zum Technikrecht, 1. Auflage 2017, S. 9, zitiert als: Autonome Systeme.

ders. Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 24.3.2021 – 4 StR 461/20, NJW 2021, 1767, Neue Juristische Wochenschrift 2021, 1770.

Verrel, Thorsten Der Anstaltsleiter als Garant für die Verfolgung von Straftaten während des Strafvollzugs? Goltdammer's Archiv 2003, 595.

Vogel, Joachim Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, zitiert als: Norm und Pflicht.

ders. Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Strafverteidiger 1996, 110.

Vogler, Theo Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, Festschrift Lange, 1976, S. 265.

Vogt, Alfons Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 63 (1951) 381.

Vogt, Sabine Berufstypisches Verhalten und Grenzen der Strafbarkeit im Rahmen der Strafvereitelung, 1992, zitiert als: Berufstypisches Verhalten.

Volk, Klaus Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme, Festschrift Tröndle, 1989, S. 219

Vormbaum, Thomas Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 2016, zitiert als: Strafrechtsgeschichte.

ders./Rentrop, Kathrin (Hrsg.) Reform des Strafgesetzbuchs, Sammlung der Reformentwürfe, Band 2: 1922 bis 1939, 2008, zitiert als: Reform Bd. 2.

Walter, Stefan Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht, 2000, zitiert als: Pflichten.

Walter, Tonio Raubgewalt durch Unterlassen? Neue Zeitschrift für Strafrecht 2005, 240.

ders. Positive und negative Erfolgsdelikte – Handeln und Unterlassen, Zeitschrift für das gesamte Strafrecht 116 (2005) 555.

ders. Der Kern des Strafrechts, Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, 2006, zitiert als: Kern.

ders. Die Lehre von der „einverständlichen Fremdgefährdung“ und ihre Schwächen – eine Verteidigung der Rechtsprechung, Neue Zeitschrift für Strafrecht 2013, 673.

Walther, Susanne Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und ‚Opfer‘ bei riskantem Zusammenwirken, 1991, zitiert als: Eigenverantwortlichkeit.

dies. Notwehr – und danach? Zur Hilfspflicht des Notwehrberechtigten, Festschrift Herzberg, 2008, S. 503.

Weigend, Thomas Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 98 (1986) 44.

ders. Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre, in: Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland (Hrsg.: Hirsch/ Weigend), 1989, S. 113, zitiert als: Strafrecht und Kriminalpolitik.

ders. Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat, Festschrift Gössel, 2002, S. 129.

Weißer, Bettina Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen, 1996, zitiert als: Kollegialentscheidungen.

Welp, Jürgen Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1966, zitiert als: Vorangegangenes Tun.

ders. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.07.1970 – 2 StR 221/70, BGHSt 23, 327, Juristenzeitung 1971, 433.

Welzel, Hans Kausalität und Handlung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 51 (1931) 703.

ders. Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, 1935, zitiert als: Naturalismus.

ders. Studien zum System des Strafrechts, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 58 (1939) 491.

- ders.* Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes, Festschrift Kohlrausch, 1944, S. 101.
- ders.* Naturrecht und Rechtspositivismus, Festschrift Niedermeyer, 1953, S. 279.
- ders.* Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, Juristenzeitung 1958, 494.
- ders.* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, 1960, zitiert als: Fahrlässigkeit.
- ders.* Anmerkung zu OLG Karlsruhe Urteil vom 15.10.1959 – 1 Ss 147/59, JZ 1960, 178, Juristenzeitung 1960, 179.
- ders.* Das neue Bild des Strafrechtssystems, Eine Einführung in die finale Handlungslehre, 1961, zitiert als: Das neue Bild.
- ders.* Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage 1969, zitiert als: Strafrecht.
- ders.* Zur Dogmatik im Strafrecht, Festschrift Maurach, 1972, S. 3.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut* Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 50. Auflage 2020, zitiert als: AT.
- Westphal, Ernst Christian* Das Criminalrecht, 1785, zitiert als: Criminalrecht.
- Wilhelm, Endrik* Verdeckungsmord durch Unterlassen nach bedingt vorsätzlicher Totschlagshandlung - Besprechung von BGH, Urteil vom 12. 12. 2002 - 4 StR 297/02-, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2005, 177.
- Witteck, Lars* Der Betreiber im Umweltstrafrecht, Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Pflichtdelikten, 2004, zitiert als: Betreiber.
- Wittgenstein, Ludwig* Philosophische Untersuchungen, Teil I, in: Ludwig Wittgenstein, Schriften, 1960, S. 289.
- Wittig, Petra* Rechtsgutstheorie, „Harm Principle“ und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen, in: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? (Hrsg.: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers), 1. Auflage 2003, S. 239, zitiert als: Rechtsgutstheorie.
- dies.* Wirtschaftsstrafrecht, 5. Auflage 2020.
- Wohlers, Wolfgang* Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000, zitiert als: Deliktstypen.
- ders.* Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur, Goltdammer’s Archiv 2002, 15.
- Wohlleben, Marcus* Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996, zitiert als: Beihilfe.

Wolf, Florian Strafbarkeit des Psychiaters bei Zwischenfällen mit untergebrachten Patienten, 2008, zitiert als: Strafbarkeit.

Wolff, Ernst Amadeus Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964, zitiert als: Handlungsbegriff.

ders. Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, zitiert als: Kausalität.

ders. Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97 (1985) 786.

ders. Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: *Strafrechtspolitik, Bedingungen der Strafrechtsreform* (Hrsg.: Hassemer), 1987, S. 137.

Wolter, Jürgen Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, *Goltdammer's Archiv* 1977, 257.

ders. Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, zitiert als: Straftatsystem.

ders. Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht, Zugleich ein Beitrag zur aber-ratio ictus, in: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (Hrsg.: Schönemann), 1984, S. 103, zitiert als: Grundfragen.

ders. Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wolfgang Frisch, *Goltdammer's Archiv* 1991, 531.

ders. Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem, *Zur Strukturgleichheit von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt, 140 Jahre Goltdammer's Archiv*, 1993, S. 269, zitiert als: 140 Jahre GA.

ders. Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem, in: *Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin* (Hrsg.: Schönemann/de Figueiredo Dias), 1995, S. 3, zitiert als: Bausteine.

Zaczyk, Rainer Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, zitiert als: Unrecht.

ders. Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1992, zitiert als: Selbstverantwortung.

ders. Das Subjekt der objektiven Zurechnung und die Lehre von Günther Jakobs, *Festschrift Jakobs*, 2007, S. 785.

ders. Demokratieprinzip und Strafbegründung, Eine Erwiderung auf Klaus Ferdinand Gärditz, *Der Staat* 50 (2011) 295.

ders. Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm, *Goltdammer's Archiv* 2014, 73.

ders. Die Kausalität der Beihilfe als „Kausalität aus Freiheit“, Festschrift Kindhäuser, 2019, S. 629.

Zielinski, Diethart Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, 1973, zitiert als: Unrechtsbegriff.

Zieschang, Frank Das Sanktionensystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht, 1992, zitiert als: Sanktionensystem.

ders. Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 107 (1995) 361.

ders. Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995 in Rostock, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 107 (1995) 907.

ders. Die Gefährdungsdelikte, 1998, zitiert als: Gefährdungsdelikte.

ders. Der Einfluß der Gesamtrechtsordnung auf den Umfang des Vermögensschutzes durch den Betrugstatbestand, Festschrift Hirsch, 1999, S. 831.

ders. Anforderungen an die Vollendungsverhinderung beim beendeten Versuch gemäß § 24 I 1, 2. Alt. StGB, Goltdammer's Archiv 2003, 353.

ders. Einschränkung des Notwehrrechts bei engen persönlichen Beziehungen? Jura 2003, 527.

ders. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im französischen Recht – Modellcharakter für Deutschland? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 115 (2003) 117.

ders. Der Gefahrbegriff im Recht: Einheitlichkeit oder Vielgestaltigkeit? Goltdammer's Archiv 2006, 1.

ders. Tödliche Notwehr zur Verteidigung von Sachen und Art. 2 II a EMRK, Goltdammer's Archiv 2006, 415.

ders. Der rechtfertigende und der entschuldigende Notstand, Juristische Arbeitsblätter 2007, 679.

ders. Die deutsche Strafrechtsentwicklung zwischen 1945 und 1975 am Beispiel der Vorschriften über den Notstand, in: Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie (Hrsg.: Hilgendorf/Weitzel), 2007, S. 173, zitiert als: Strafgedanke.

ders. Gibt es den Täter hinter dem Täter? Festschrift Otto, 2007, S. 505.

ders. Das Konkurrenzverhältnis von Zustands- und Dauerdelikt, Festschrift Rissing-van Saan, 2011, 787.

ders. Überlegungen zur Fahrlässigkeit – Koreferat aus deutscher Sicht, in: Das Strafrecht im Deutsch-Türkischen Rechtsvergleich – Beiträge zur Rechtsvergleichung – Band: IV, 4. Deutsch-Türkisches Symposium „Fünf Jahre Türkisches Strafgesetzbuch“ (Hrsg.: Hilgendorf/Ünver), 2011, S. 223, zitiert als: Rechtsvergleich.

ders. Das „potentielle Gefährlichkeitsdelikt“ in der Rechtsprechung des BGH, Festschrift Wolter, 2013, 557.

ders. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit eines Host-Providers für rechtswidrige Inhalte, *Goltdammer's Archiv* 2020, 57.

ders. Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2020, zitiert als: AT.

Zipf, Heinz Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, 1970, zitiert als: Einwilligung.

Zippelius, Reinhold Erfolgsunrecht oder Handlungsunrecht? *Neue juristische Wochenschrift* 1957, 1707.

ders. Rechtsphilosophie, Ein Studienbuch, 6. Auflage 2011, zitiert als: Rechtsphilosophie.

ders. Juristische Methodenlehre, 11. Auflage 2012, zitiert als: Methodenlehre.

Das unechte Unterlassungsdelikt gilt seit langem als das „dunkelste Kapitel“ in der Dogmatik des Allgemeinen Teils des StGB. Gesetzlicher Anhaltspunkt der Strafbarkeit ist allein, dass der Unterlassende „rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt“, § 13 Abs. 1 StGB, also Garant ist. Innerhalb der herkömmlich diskutierten Garantstellungen ist die aus Ingerenz besonders umstritten.

Hat derjenige, der eine Gefahr für fremde Rechtsgüter geschaffen hat, eine Garantstellung im Hinblick auf dieses schadensträchtige Geschehen, sodass er gemäß § 13 Abs. 1 StGB für das Unterlassen der Erfolgsabwendung gleich einem Begehungstäter bestraft wird? Welche rechtlichen Anforderungen wären in diesem Fall an das die Garantstellung begründende Handeln zu stellen? Die regelmäßig diskutierten Alternativen sind, ob nur pflichtwidriges Tun eine Ingerenzgarantstellung nach sich zieht oder auch rechtmäßiges („qualifiziert riskantes“) Vorverhalten genügt.

Die vorliegende Arbeit kommt zu dem Ergebnis, dass sich das Einstehenmüssen des Ingerenten auf der Grundlage des geltenden Rechts begründen lässt. Hinsichtlich der Voraussetzungen der Garantstellung will sie aufzeigen, dass es nicht auf die aus der unsicheren Entscheidungsperspektive ex ante zu treffende Verhaltensbewertung ankommen kann. Vorgeschlagen wird stattdessen eine vermittelnde Lösung, die die Bewertungsgrundlage mit einem Maximum an Objektivität versieht.

Logos Verlag Berlin

ISBN 978-3-8325-5533-7

ISSN 1614-4260