

Examinatorium Strafrecht / AT / Unterlassung 2 / Beteiligung – Arbeitsblatt Nr. 29

Möglichkeit der Beteiligung eines Nichtgaranten an einem fremden Unterlassungsdelikt

Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung: Vater V geht mit seinem 8-jährigen Sohn S spazieren und trifft auf dem Weg seinen Freund F, mit dem er ins Gespräch kommt. S erkundet derweil die Gegend und macht sich am Hundezwinger des Bauern B zu schaffen, obwohl ihm V mehrmals zurief, er solle dies unterlassen. Als S schließlich in den Hundezwinger eindringt, fallen die beiden Hunde des B über ihn her. Als V und F dies bemerken, schickt sich V an, den S aus den Klauen der Hunde zu befreien, der F meint jedoch zu V, er solle ruhig noch eine Weile warten, dies geschehe dem ungehorsamen S recht gut. V lässt sich von F überzeugen und befreit S erst 10 Minuten später. S hat in dieser Zeit erhebliche Bisswunden erlitten und muss im Krankenhaus behandelt werden.

V hat sich hier wegen einer Körperverletzung durch Unterlassen gemäß §§ 223, 13 StGB strafbar gemacht. Als Vater hat er eine Garantenstellung gegenüber seinem Sohn. Fraglich ist, ob F wegen Anstiftung zu dieser Tat des V strafbar ist. Es stellt sich hier zunächst die grundsätzliche Frage, ob die Anstiftung (ebenso wie die Beihilfe) zu einem Unterlassungsdelikt überhaupt strafbar ist.

1. Begehungsdeliktstheorie

Vertreter: *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 190 ff.; *Welzel*, § 27 V 2, 3.

Inhalt: Anstiftung und Beihilfe zu einem Unterlassungsdelikt sind nicht möglich.

Argument: Es gibt keinen „Unterlassungsvorsatz“ und somit auch keinen Tatentschluss. Dieser kann somit weder gefördert noch geweckt werden. Da es beim Unterlassen auch keine „Tathandlung“ gibt, kann auch diese nicht gefördert werden. Ein Anstiften zum Unterlassen ist aber eine aktive Verhinderung der Gebotserfüllung eines anderen und daher als positives Tun zu werten.

Konsequenz: Die aktive Teilnahme an einem Unterlassungsdelikt ist eine Begehungstat.

Kritik: Wer beim Täter den Unterlassungsvorsatz zwar leugnet, aber dennoch wegen eines Vorsatzdeliktes verurteilt, muss dies auch für den Teilnehmer gelten lassen. Ferner treten hier Strafbarkeitslücken insbesondere bei Sonderdelikten oder bei anderen Delikten auf, die eine besondere Täterqualifikation verlangen. Auf der anderen Seite wird bereits eine geringfügige psychische Beihilfe als Täterschaft angesehen, was die gesetzgeberische Wertung auf den Kopf stellt.

2. Teilnahmetheorie (ganz h.M.)

Vertreter: **Rechtsprechung:** RGSt 27, 157 (158); RGSt 48, 18 (21); RGSt 51, 39 (41); RGSt 77, 268 (269); BGHSt 14, 280 (282); BGH NSTZ 1998, 83 (84).

Aus der Literatur: *Arzt* JA 1980, 553 (557); *Bachmann/Eichinger*, JA 2011, 509 (510); *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele*, § 26 Rn. 110; *Blei*, § 86 IV 2 a; *Fischer*, § 13 Rn. 97 f.; *Heinrich*, Rn. 880; *Jakobs*, 29/108; *Jescheck/Weigend*, § 60 III 1; *Kindhäuser*, LPK, Vor §§ 25 – 31 Rn. 50; *Köhler*, S. 537 ff.; *Kühl*, § 20 Rn. 271; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 26 Rn. 3; *LK-Roxin*, 11. Aufl., § 26 Rn. 102; *LK-Weigend*, 13. Aufl., § 13 Rn. 86; *MüKo-Freund*, 4. Aufl., § 13 Rn. 260; *NK-Gaede*, § 13 Rn. 28; *Otto*, § 22 Rn. 60 f.; *Rengier*, § 51 Rn. 7 ff.; *Schönke/Schröder-Heine/Weißer*, Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 88; *SK-Stein*, 9. Aufl., Vor § 13 Rn. 62; *Sowada*, JURA 1986, 399; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 14 Rn. 20 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 1213.

Inhalt: Anstiftung und Beihilfe zu einem Unterlassungsdelikt sind nach den allgemeinen Regeln möglich.

Argument: Jede Teilnahme muss sich nach dem Unwertgehalt der Haupttat richten, so dass es trotz gleicher Handlung des Teilnehmers zu vertreten ist, ein unterschiedliches Strafmaß zu haben, je nachdem, ob der Haupttäter Garant ist oder nicht. Dem Teilnehmer fehlt ferner regelmäßig die Tatherrschaft, da es allein Sache des Täters ist, ob er einschreitet oder nicht. Dieser Umstand spricht gegen das Vorliegen einer Begehungstat.

Konsequenz: Die aktive Beteiligung an einem Unterlassungsdelikt ist regelmäßig eine Anstiftung oder Beihilfe zu diesem. Es stellt sich dann weiter die Frage, ob die Garantenstellung ein „besonderes persönliches Merkmal“ i.S.d. § 28 I StGB ist.

- ja (h.M.: *SK-Hoyer*, 9. Aufl., § 28 Rn. 33 ff.; *LK-Weigend*, 13. Aufl., § 13 Rn. 87): Garantenpflicht ist eine persönliche, ein Vertrauen auf der Opferseite auslösende Pflichtenstellung.
- nein (*Schönke/Schröder-Heine/Weißer*, § 28 Rn. 19): Garantenpflicht ist nur der die Gleichstellung (mit dem positiven Tun) besorgende tatbestandsbezogene Umstand.

Kritik: Eine aktive Teilnahme übersteigt den Unwertgehalt einer Unterlassungstat und darf daher nicht in den Genuss der dafür vorgesehenen - wenn auch nur fakultativen - Strafmilderung kommen. Ferner ist nicht einzusehen, dass es zu Unterschieden im Strafmaß des einen Rettungswilligen Abhaltenden kommt, je nachdem, ob der Abgehaltene Garant ist oder nicht.