

Die Unterscheidung von positivem Tun und Unterlassen

Bemerkungen und Aufbauhinweise

Literatur (Auswahl):

Spendel, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Festschrift f. Eb. Schmidt, 1961, S. 183; *Ranft*, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, JuS 1963, 340; *Bertel*, Begehungs- oder Unterlassungsdelikt, JZ 1965, 53; *Meyer-Bahlburg*, Unterlassen durch Begehen, GA 1968, 49; *Roxin*, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, Festschrift f. Engisch, 1969, S. 380; *Engisch*, Tun und Unterlassen, Festschrift f. Gallas, 1973, S. 163; *Samson*, Begehung und Unterlassung, Festschrift f. Welzel, 1974, S. 579; *Seelmann*, Probleme der Unterscheidung von Handeln und Unterlassen, JuS 1987, L 33; *Volk*, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, Festschrift f. Tröndle, 1989, S. 219; *Stoffers*, Die Formel „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen, 1992; *ders.*, „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ und die Abgrenzung von Tun und Unterlassen, JuS 1993, 23; *Struensee*, Handeln und Unterlassen, Begehungs- und Unterlassungsdelikt, Festschrift f. Stree und Wesels, 1993, S. 133; *Baier*, Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs- oder Schuldfähigkeit – zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der *omissio libera in causa*, GA 1999, 272; *Kargl*, Zur kognitiven Differenz zwischen Tun und Unterlassen, GA 1999, 459; *Stein*, Garantenpflichten aufgrund vorsätzlich-pflichtwidriger Ingerenz, JR 1999, 265; *Roxin*, Die Abgrenzung von Begehung und Unterlassung, Festschrift f. Spinellis, Bd. I, 2001, S. 945; *Brammsen*, Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensform, GA 2002, 193; *Herzberg*, Die Differenz zwischen Unterlassen und Handeln im Strafrecht, Festschrift f. Röhl, 2003, S. 270.

I. Ausgangslage

Die Unterscheidung von (positivem) Tun und Unterlassen, von Begehungs- und Unterlassungsdelikten bietet im allgemeinen keine Probleme. Die Frage, wie der Sachverhalt aufzufassen ist, läßt sich in der Regel nach dem natürlichem Verständnis der Dinge leicht beantworten (vgl. *Jescheck/Weigend AT*⁵, 1996, § 58 II 2). Auf die Abgrenzung ist in diesem Falle nicht einzugehen. Der Bearbeiter wird die gutachtliche Prüfung sofort auf den (dann allein) in Betracht kommenden Tatbestand richten (vgl. *Haft, StrafR AT*⁸, 1998, S. 175).

II. Die problematischen Fallgruppen

Es gibt allerdings Fälle, in denen eine eindeutige Zuordnung des Verhaltens zu einem Begehungs- oder Unterlassungsdelikt Schwierigkeiten bereitet, weil das Gesamtgeschehen Elemente sowohl positiven Tuns als auch Elemente des Unterlassens enthält (**mehrdeutige Verhaltensweisen**). Denkbar ist dies bei **Gleichzeitigkeit von Tun und Unterlassen**, aber auch bei einem **Nacheinander von Tun und Unterlassen (Sukzession der Verhaltensformen)**.

- Beispiel 1: Ein Fabrikant läßt chinesische Ziegenhaare ohne Desinfektion verarbeiten. Mehrere Arbeiterinnen sterben daraufhin an einer Milzbrandinfektion (RGSt 63, 211).
- Beispiel 2: Der Weichenwärter betrinkt sich sinnlos, um später die Weiche nicht stellen zu können. Es kommt zu einem Zugunglück, bei dem mehrere Personen getötet werden (sog. *omissio libera in causa*; s. dazu *Baier GA 1999, 272 ff.*).
- Beispiel 3: Der Arzt *A* schaltet bei dem hoffnungslos kranken Patienten *P* (mit dessen zumindest mutmaßlicher Einwilligung) den Reanimator ab; *P* stirbt.
(1. Abwandlung: Die Ehefrau *F* stellt das Gerät ohne Wissen des ärztlichen Personals ab, um dem *P* weitere Leiden zu ersparen oder [2. Abwandlung] den Erbfall frühzeitig herbeizuführen).
- Beispiel 4: *X* wirft dem ertrinkenden *E* einen an einer Leine befestigten Rettungsring zu. Bevor der Ring den *E* erreicht hat, erkennt *X* in ihm seinen Feind und zieht den Ring zurück. *E* ertrinkt (sog. Rücktritt vom Gebotserfüllungsversuch).
- Beispiel 5: *A* verletzt den *B* in Notwehr. Obwohl *A* erkennt, daß *B* zu verbluten droht, entfernt er sich, ohne Hilfe zu holen.
- Beispiel 6: *A* stößt *B* aus Unachtsamkeit ins Wasser. *B*, der nicht schwimmen kann, ruft laut um Hilfe. *A*, dem der Tod des *B* jetzt recht ist, unternimmt nichts zu seiner Rettung. *B* ertrinkt.
- Beispiel 7: *A* stößt seine Verlobte *V*, die nicht schwimmen kann, ins Wasser, um sie zu töten. *V* ruft laut um Hilfe. *A* entfernt sich eilends vom Tatort. *V* ertrinkt (*Otto, Grundkurs AT*⁷, 2004, Rdn. 9/108 – Musterfall 2 –).

Weitere Beispiele bei *Kienapfel ÖJZ 1976, 281 ff.*; *Herzberg, Röhl-Festschrift, 2003, S. 270 ff.*; *Roxin, Spinellis-Festschrift, Bd. I, 2001, S. 945 ff.*

In allen diesen Fällen stellt sich die (Vor-) Frage, ob die Handlungs- oder Unterlassungskomponente des Verhaltens oder gar beide Ansatzpunkte der strafrechtlichen Prüfung sind.

III. Die Abgrenzung im einzelnen – Streitstand und Stellungnahme

Das Gesetz regelt diese auch praktisch bedeutsame Frage nicht ausdrücklich. Die Verweisung auf die Regeln der Konkurrenzlehre (§§ 52 ff. StGB) hilft nicht weiter, da ihre Regeln erst angewendet werden können, wenn feststeht, daß mehrere Gesetze verletzt sind. Das ist hier aber gerade die Frage.

Über die Art der nach alledem unverzichtbaren Abgrenzungskriterien besteht in Rechtsprechung und Lehre Streit, wobei man sich jedoch darüber im klaren sein muß, daß die Ergebnisse vielfach dieselben sind. Die Abgrenzungsbemühungen folgen dabei entweder bestimmten **normativen Wertungsgesichtspunkten** oder legen bestimmte **vorrechtliche (seinsmäßige) Strukturen von Tun und Unterlassen** zugrunde (vgl. dazu *Maurach/Gössel/Zipf*, StrafR AT/2⁷, § 45 Rdn. 2 ff.).

1. Abgrenzung nach Wertgesichtspunkten

Folgende Kriterien werden als maßgeblich betrachtet (näher dazu *Roxin*, Spinellis-Festschrift, Bd. I, 2001, S. 947 ff.; *ders.*, StrafR AT II, 2003, § 31 Rdn. 69 ff.):

- *Richtung des rechtlichen Vorwurfs* (*Blei*, StrafR AT¹⁸, S. 310 ff.)
- *Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit* (BGHSt 6, 46, 59) bzw. des strafrechtlich relevanten Verhaltens unter Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns (vgl. *Mezger*, StrafR AT⁹, 1960, 76; *Schönke/Schröder/Stree*²⁶, Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 158 *Wessels/Beulke*, StrafR AT³⁴, 2004, Rdn. 700; *Krey*, Dt. StrafR AT, Bd. 2, 2002, Rdn. 322; *Ebert*, StrafR AT³, S. 173).
- *Entscheidung nach dem sozialen Sinn des Geschehens* (*Eb. Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S. 57 ff.; *LK⁹-Heimann-Trosien*, Einl. Rdn. 135).
- *Im Zweifel Annahme positiven Tuns* (*Spendel*, *Eb. Schmidt-Festschrift*, 1961, S. 183, 194; *Jescheck/Weigend*, § 58 II 2; wohl auch *Haft aaO.*, S. 175; *Gropp*, StrafR AT, 1997, § 11 Rdn. 59 ff.).
- *Entscheidung nach der Art des vom Rechtsgut ausgehenden Achtungsanspruchs* (Leistungsverlangen, Eingriffsverbot: *Schmidhäuser AT*², Rdn. 16/105).

2. Abgrenzung nach vorrechtlichen Seinsstrukturen

Hier werden folgende Gesichtspunkte genannt:

- *Aufwenden von Energie in bestimmter Richtung* = Tun; Nichteinsetzen von Energie in bestimmter Richtung = Unterlassen (*Engisch*, *Gallas-Festschrift*, 1973, S. 163 ff., 170 ff.; *SK/StGB-Rudolphi*, Vor § 13 Rdn. 6 ff.; *Armin Kaufmann*, v. *Weber-Festschrift*, 1963, S. 207, 219 Anm. 29; *Herzberg*, *Röhl-Festschrift* 2003, S. 282; ähnlich *Maurach/Gössel/Zipf*, § 45 Rdn. 30 ff.).

- *Entscheidung nach Kausalität oder Nichtkausalität des Verhaltens*; bei Kausalität Annahme positiven Tuns (Welzel, Dt. StrafR¹¹, 1969, S. 203; Jescheck/Weigend, § 58 II 2; Samson, Welzel-Festschrift, 1974, S. 579, 589 ff.; Roxin ZStW 74 [1962], 411, 415 ff.; für eine Kombination mit dem Kriterium des Energieeinsatzes Roxin, Spinellis-Festschrift, Bd. I, 2001, S. 949, 953).
- *Entscheidung nach der nächsten selbständigen Ursache des Erfolges* (vgl. Baumann, StrafR AT⁸, § 16 II 4 d (differenzierend jetzt Baumann/Weber/Mitsch, StrafR AT¹¹, 2004, § 15 Rdn. 25 ff.); ähnlich Schlüchter JuS 1976, 793, 797 Fußn. 56).
- *Entscheidung nach Gefahrkriterien*: Hat der Täter die Gefahr, die in den Erfolg umgeschlagen ist, herbeigeführt oder gesteigert = Tun; hat er die Gefahr nicht vermindert = Unterlassen (Stratenwerth/Kuhlen, StrafR AT I⁵, 2004, Rdn. 13/3).

3. Stellungnahme

Die neuere Diskussion um die Abgrenzung von Tun und Unterlassen hat noch nicht in allen Fallgruppen zu befriedigenden Ergebnissen geführt. Mit Recht wird in der neueren Lehre allerdings darauf hingewiesen, daß die normativ orientierten Lösungsansätze erhebliche Unschärfen aufweisen (Roxin aaO., S. 418; Welp, Vorangegangenes Tun, 1968, S. 108; SK/StGB-Rudolphi, Vor § 13 Rdn. 6: irrationales Gefühlsurteil). Es ist jedoch noch nicht hinreichend geklärt, ob in allen problematischen Fallgestaltungen eine Abgrenzung völlig ohne Rückgriff auf normative Kriterien möglich ist. Im Beispielfall 2 wird z.B. deutlich auf Erwägungen zum Schutzzweck der Norm abgestellt (vgl. SK/StGB-Rudolphi, Vor § 13 Rdn. 46 m.w.N.). Normative Erwägungen beherrschen im übrigen auch die Beispielfälle 3 (Roxin, Engisch-Festschrift, 1969, S. 380 ff., 395 ff.; ders., NStZ 1987, 345 ff., 349: phänomenologische Aktivität ..., die normativ die Struktur der Unterlassung aufweist; Hirsch, Lackner-Festschrift, 1987, S. 597 ff., 605 f.) und 4 (Bertel JZ 1965, 53 ff.; Roxin aaO.; SK/StGB-Rudolphi, Vor § 13 Rdn. 47 m.w.N.). Vieles scheint dafür zu sprechen, daß jedenfalls in noch näher zu bestimmenden Fällen doppelrelevanten Verhaltens (Seelmann JuS 1987, L 33 ff., 34 f.) auf eine normative Kontrolle der phänomenologischen Befunde nicht ganz verzichtet werden kann (vgl. dazu auch Kühl, StrafR AT⁴, 2002, Rdn. 18/13 ff., 16).

Zutreffende Ergebnisse lassen sich jedoch im Regelfall erzielen, wenn man die dem Sachverhalt zu entnehmenden Verhaltensformen einer **Kausalitätsprüfung** unterzieht. Denn Handlung und Unterlassung unterscheiden sich wesensmäßig darin, daß der Handelnde durch positiven Energieeinsatz einen Kausalverlauf initiiert und steuert, während es für den Unterlassenden kennzeichnend ist, daß er von einer Einwirkung auf das Kausalgeschehen Abstand nimmt.

Mit Recht sagt deshalb *Roxin* (ZStW 74 [1962], 415):

„Es ist festzustellen, ob ein positives Tun für den Erfolg kausal ist (und ob es vorsätzlich oder fahrlässig vollzogen wurde). Ist das der Fall, so ist es ausgeschlossen, die strafrechtliche Haftung dadurch zu umgehen, daß man die Tat ihrem sozialen Handlungssinn nach als Unterlassungsdelikt versteht. Wenn dagegen das positive Tun nicht kausal oder nicht (vorsätzlich oder) fahrlässig ist, so hat man immer noch zu prüfen, ob die Handelnde ein anderes, rechtlich gebotenes Verhalten, das den Erfolg abgewendet hätte, unterlassen hat.“

Es ist also in jedem Falle die Prüfung notwendig, ob **alle** in Betracht kommenden Verhaltenskomponenten volle Deliktsqualität aufweisen (*Welp* aaO., S. 116). Erst wenn diese Frage zu bejahen ist, darf auf die Konkurrenzlehre eingegangen werden, da diese eine Mehrheit **voll-deliktischer Betätigungen** voraussetzt (*Welp*, S. 116 sowie oben S. 2).

4. Praktische Konsequenzen

- a) Bei **Gleichzeitigkeit von Tun und Unterlassen** besteht Einigkeit darüber, daß von positivem Tun auszugehen ist, wenn sich der Anteil des Unterlassens auf das Unterlassen der gebotenen Sorgfalt, also auf die Unterlassungskomponente einer jeden fahrlässigen Handlung beschränkt (*Seelmann* JuS 1987, L 35). Im Beispielsfall 1 handelt es sich folglich um ein Begehungsdelikt. Deutlich wird dies, wenn man hypothetisch davon ausgeht, daß eine Desinfektion unmöglich ist. Die Ausgabe der Haare hätte auch dann nicht erfolgen dürfen (vgl. dazu *Schmidhäuser* AT², Rdn. 16/106).
- b) Bei einem **Nacheinander von Tun und Unterlassen** (regelmäßig bei einer zeitlich gestreckten Tatbestandsverwirklichung) ist wie folgt zu verfahren: Schließt sich ein Unterlassen an ein (vorangegangenes) Tun an, so hat nur das Tun strafrechtliche Relevanz, wenn beide Verhaltenskomponenten auf **denselben** Erfolg bezogen sind und **denselben Unrechts- und Schuldgehalt** aufweisen (vgl. hierzu vor allem *Welp*, Vorangegangenes Tun, S. 322 ff.). Dogmatisch läßt sich dieses Ergebnis mit Hilfe des **§ 24 I StGB** legitimieren. Den Täter trifft bei Eintritt des Erfolges Vollendungsstrafe (aus dem Begehungsdelikt), gleichviel ob er überhaupt keine Rücktrittsbemühungen entfaltet oder ob ein allfälliger Rücktrittsversuch fehlschlägt. Das **strukturell der Begehung gleichgerichtete Unterlassen begründet deshalb keine eigene strafrechtliche Verantwortlichkeit**, sondern führt nur zur Nichtanwendbarkeit des § 24 StGB und damit zur Begehungsstrafbarkeit (s. dazu auch BGHSt 36, 255, 258).

Vgl. dazu *Schmidhäuser* AT², Rdn. 16/109:

„Stößt A den Nichtschwimmer X mit dem Bewußtsein ins Wasser, daß dieser ertrinken könnte, dann ist von vornherein ein vorsätzliches Tötungsdelikt gegeben, und ein nachfolgendes Unterlassen der noch möglichen Rettung hat keinerlei selbständige Bedeutung mehr“ (vgl. auch Beispielsfall 7).

Vgl. auch BGH StV 1996, 131, 132:

„Geht man hinsichtlich der Aussetzung davon aus, daß sie (scil.: die Täterin) den später Verstorbenen mit bedingtem Tötungsvorsatz mißhandelte, traf sie keine Garantenstellung, den von ihr billigend in Kauf genommenen Tod des *N* abzuwenden; denn der Täter, der vorsätzlich oder bedingt vorsätzlich einen Erfolg anstrebt oder billigend in Kauf nimmt, ist nicht zugleich verpflichtet, ihn abzuwenden“ (ebenso jetzt BGH JR 1999, 294, 295; abl. dazu jedoch *Stein* JR 1999, 265 ff., der auf Strafbarkeitslücken verweist, die insbesondere bei der Teilnahme einträten, wenn die nachfolgende Untätigkeit des Handelnden nicht tatbestandsmäßig wäre. Die „Abstiftung“ des Handelnden von Rücktrittsbemühungen ist jedoch sachlich ein [abgesehen von den hier nicht einschlägigen §§ 257, 258 StGB] strafloses *auxilium post delictum*).

Teilweise wird in der Lehre (vgl. etwa *SK/StGB-Samson/Günther*, Vor § 52 Rdn. 94; *Schönke/Schröder/Stree*²⁶, Vorbem. §§ 52 Rdn. 107; *Rudolphi*, *Jescheck-Festschrift* Bd. I, 1985, S. 539, 566) **ohne vorgängige Erörterung der tatbestandlichen Abgrenzungproblematik** eine Lösung im **sofortigen Durchgriff auf die Konkurrenzebene** versucht. Das Unterlassen, das dem Tun nachfolgt, soll bei Identität des deliktischen Sachverhalts nur subsidiäre Bedeutung haben. Wer dem folgt, sollte aber gleichwohl **nicht** in die gutachtliche Prüfung des Unterlassungsdelikts einsteigen.

Vgl. dazu *Seelmann* JuS 1987, L 35:

„Sind in solchen Fällen (scil.: zeitliches Aufeinanderfolgen von Handeln und Unterlassen bezogen auf denselben Taterfolg) Handeln **und** Unterlassen fahrlässig oder vorsätzlich, käme niemand auf den Gedanken, ein Unterlassen überhaupt zu prüfen – das Unterlassen tritt dann ganz selbstverständlich als subsidiär hinter das Handeln zurück (*A* verletzt *B* mit Tötungsvorsatz und läßt den Verletzten der demnächst seinen Verletzungen erliegt, liegen).“

Das Unterlassen hat demgegenüber stets selbständige Bedeutung und bedarf eigener Prüfung im Gutachten, wenn und soweit es um die Beurteilung **unterschiedlicher strafrechtlich relevanter Erfolge** geht **oder** die einander folgenden Verhaltensweisen **unterschiedliche Deliktsqualität** haben. Der Fall ist dies etwa,

- wenn der Täter rechtmäßig (z.B. in Notwehr) gehandelt hat,
- wenn der Täter schuldlos gehandelt hat,
- wenn der Täter fahrlässig gehandelt hat und später die mögliche Erfolgsabwendung vorsätzlich unterläßt (Beispielsfälle 5 und 6). Vgl. zu diesen Fallgruppen *Kienapfel*, *StrafR AT*⁵, S. 476, *Jescheck/Weigend*, § 58 II 2.

Die vorstehenden Regeln finden auch dann Anwendung, wenn die **actio praecedens** in der **(aktiven) Teilnahme an einem Begehungsdelikt** besteht, denn sonst müßte jede Beihilfe Unterlassungstäterschaft qua Ingerenz begründen, so daß die gesetzliche Teilnahmeregelung

(§§ 26, 27 StGB) illusorisch würde (*Gallas* JZ 1960, 686; s. auch *Grünwald* GA 1959, 110, 113 f.); *Lampe* ZStW 72 [1960], 93 ff., 105 f.; *Welp*, S. 331 ff.). **Der Typus der aktiven Teilnahme umgreift somit immer auch den Unwert der Nichthinderung der Tatwirkungen** (vgl. dazu *Welp*, S. 333). Dies gilt grundsätzlich auch für den Fall, daß der Gehilfe/Anstifter) zugleich Beschützergarant ist. Freilich stellt sich in solchen Fällen (Beispiel 1: Die Mutter leistet Beihilfe zur Tötung ihres Kindes durch Lieferung des Tatmittels und verhindert alsdann die Tötung nicht) oder ähnlichen Fällen (Beispiel 2: Der Unterlassungstäter beteiligt sich arglistig als Gehilfe an dem Begehungsdelikt, **um** in den Genuß der obligatorischen Strafmilderung nach § 27 II S. 2 StGB zu gelangen, s. dazu *Schönke/Schröder/Stree*²⁶, § 13 Rdn. 64, Vorbem. §§ 52 Rdn. 107; *Schönke/Schröder/Cramer/Heine*²⁶, Vorbem. §§ 25 Rdn. 90) die Frage, ob nicht Mittäterschaft vorliegt (Beispiel 1; vgl. auch BGH BGHR StGB § 13 Abs. 1 – Tun 1 – [Anwesenheit am Tatort]) oder ein Unterfall der *omissio libera in causa* (Beispiel 2) gegeben ist. Teilweise (z.B. bei der Problematik der Beteiligung an einem Selbstmord) stößt man auch auf besondere Konstellationen, die eine eigene Darstellung – die hier nicht geleistet werden kann – erfordern.

IV. Schlußbemerkung

Grundsätzlich ist vor einer allzu schnellen Flucht in Unterlassungskonstruktionen und vor der Gefahr einer unzutreffenden Umdeutung des Tuns in ein Unterlassen nachdrücklich zu warnen (vgl. hierzu *Bockelmann*, NdSchr. XII/85 – hiergegen allerdings auf der Grundlage eines negativen Handlungsbegriffs *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip, 1972, S. 284):

„In meinen Vorlesungen verwende ich eine gute halbe Stunde auf Beschwörungen, man möge der Versuchung zu vorzeitigen Unterlassungskonstruktionen nicht erliegen; von der völligen Vergeblichkeit dieser Bemühungen muß ich allerdings überzeugt sein. Ich muß es bereits als einen besonderen pädagogischen Erfolg buchen, wenn etwa in dem Fall: A schießt mit Tötungsvorsatz auf B und läßt den tödlich Verwundeten liegen, der nach drei Stunden stirbt, wenigstens 51 Prozent der Studenten wirklich eine Tötung, begangen durch Tun, annehmen, 49 Prozent behandeln einen solchen Fall mit Sicherheit als Tötung durch Unterlassen. ...“

Diese Einschätzung ist allzu treffend. Die geschilderten Gefahren lassen sich weitgehend vermeiden, wenn der Bearbeiter auf der Grundlage der obigen Bemerkungen ein Gespür für den Handlungssinn und das Verhältnis von Tun und Unterlassen entwickelt.