

## ■ Praktische Rechtstheorie: Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen und das fahrlässige Unterlassungsdelikt

Prof. Dr. Klaus F. Röhl, Bochum

### I. Echte und unechte Unterlassungsdelikte ■■■

Normen sind als Gebote oder Verbote formuliert.<sup>1</sup> Die Verletzung eines Verbots besteht in einem positiven Tun, die Verletzung eines Gebots in einer Unterlassung. Jedes Verbot einer Handlung entspricht dem

Gebot einer Unterlassung. Umgekehrt ist jedes Gebot aktiven Handelns das Verbot aller seiner Unterlassungen. Ob eine Verhaltensnorm als Gebot oder Ver-

<sup>1</sup> Ausführlich Röhl JA 1999, 600; ders Allgemeine Rechtslehre, 1995, S 191 ff

bot formuliert wird, ist eine reine *Zweckmäßigkeit*-frage. Sie hängt davon ab, wie umfangreich der Kreis der freigestellten Verhaltensalternativen ist. Gibt es in einer Situation viele zulässige Verhaltensalternativen, so ist es zweckmäßig, die Norm als Verbot zu erlassen. Das Verbot sagt: *Du darfst alles mögliche tun, nur dieses eine nicht!*

Scheidet rechtmäßiges Alternativverhalten aus, so ist ein Gebot angezeigt. Das Gebot lautet: *Dir bleibt keine Wahl. Du mußt dieses eine tun!*

Die meisten Strafgesetze sind Verbote, weil die Möglichkeiten rechtmäßigen Alternativverhaltens zahllos sind. Was kann man alles tun, wenn man einem anderen Menschen begegnet? Man kann ihn ignorieren oder ihn begrüßen, man kann mit ihm reden oder schweigen, man kann ihm helfen oder ihn bei seiner Arbeit stören. Vergleichsweise wenige Tätigkeiten sind nicht freigestellt. Man darf den anderen nicht töten, verletzen oder beleidigen. Deshalb sind die §§ 211 ff, §§ 223 ff und § 185 StGB (und die meisten anderen Strafgesetze) als Verbote formuliert. *Aus Verboten folgen Begehungsdelikte.*

Es gibt aber Situationen, in denen der Kreis der freigestellten Handlungen auf eine zusammenschumpft. Dann ist es zweckmäßig, die einzig freigestellte Handlung zu gebieten. So gebietet § 323 c StGB bei Unglücksfällen Hilfeleistung. Das Gebot der Hilfeleistung besagt: *In dieser Situation bleibt dir keine andere Wahl; du mußt helfen!* Das Gebot begründet ein echtes Unterlassungsdelikt.

Wenn das Strafgesetz als Verbot einer bestimmten Tätigkeit formuliert ist, so daß alle alternativen Verhaltensweisen freigestellt zu sein scheinen, so gilt das doch nur für den Regelfall. Es können Situationen eintreten, in denen die Zahl der freigestellten Tätigkeiten gegen eins tendiert mit der Folge, daß im Ergebnis eine bestimmte Tätigkeit geboten ist. Das ist der Fall, wenn der Zweck des Verbots nur noch durch diese Tätigkeit erreicht werden kann und der Handelnde einen besonderen Anlaß zum Tätigwerden hat. Dann liegt ein *unechtes Unterlassungsdelikt* vor, das nach § 13 StGB strafbar ist.

*Schwimmbadfall: Bengel B steht arglos am Rande des Schwimmbeckens, als von hinten Flegel F angerannt kommt und ihn hineinstößt. B stürzt ins Becken genau auf den Schwimmer S. S ist von dem Zusammenprall so benommen, daß er untergeht und nach einiger Zeit ertrinkt. Bademeister M, der den Vorfall beobachtet hat, entfernt sich schnell, denn er befürchtet, sonst nicht rechtzeitig zu einer Verabredung zu kommen. Sonnenanbeter Z ist dankbar für die ihm gebotene Unterhaltung und schaut mit Spannung zu, wie sich die Dinge entwickeln.*

Es ist die Aufgabe des Bademeisters, bei Zwischenfällen im Schwimmbad einzugreifen. Wenn ein Notfall vorliegt, dann ist außer der Hilfeleistung kein Verhal-

ten mehr freigestellt. Hilfe ist geboten, ihre Unterlassung verboten. Auch F, der die Gefahr verursacht hat, muß eingreifen. Dagegen trifft Z nur die allgemeine Hilfeleistungspflicht aus § 323 c StGB.

Zu positivem Tun ist verpflichtet, wer sich in einer sog *Garantenstellung* befindet, dh in einer Stellung, die ihn zur Erhaltung des durch das Verbot geschützten Rechtsguts verpflichtet. Die »besonderen Anlässe« zum Tätigwerden sind nicht gesetzlich geregelt, sondern von Lehre und Rechtsprechung entwickelt worden. BGHSt 16, 155 bezeichnet die Umstände, die eine Garantenstellung begründen, treffend als *ungeschriebene Tatbestandsmerkmale* des unechten Unterlassungsdelikts.

Eine Garantenstellung kann sich ergeben:

(1) Aus der *Ehe- oder der Familiengemeinschaft*. Manche Autoren meinen, hier folge die Garantenstellung unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich aus §§ 1353 I, 1626 I BGB.

(2) Aus *engen Lebens- und Gefahrgemeinschaften* (zB nichtehelicher Lebensgemeinschaft, Bergsteigergruppe, Expeditionsmannschaft) folgt die Pflicht zur gegenseitigen Hilfe und Fürsorge.

(3) Aus *Vertrag und tatsächlicher Übernahme* von Schutz- und Beistandspflichten, zB als Bergführer, Babysitter usw. Hierher gehören auch die aus spezifischen Berufsstellungen folgenden Gefahrabwendungspflichten zB von Ärzten, Feuerwehrleuten oder Bademeistern.

(4) Aus der *Verantwortlichkeit für bestimmte Gefahrenquellen*, zB des Bauunternehmers für die Absperrung der Baugrube. Wichtig wird diese Verantwortung insbesondere im Zivilrecht als Verkehrssicherungspflicht. Die Verkehrssicherungs- oder neuerdings bloß die Verkehrspflicht ist zum Zauberkasten der Rechtsprechung geworden, aus dem beliebig neue Verhaltenspflichten hervorgezogen werden können.

(5) Aus *gefährdendem Vorverhalten* (sog Ingerenz); zB: Der Kraftfahrer, der seine Ladung nachlässig befestigt, so daß ein Teil auf die Straße fällt, darf die verlorene Ladung nicht einfach liegen lassen. Streitig ist, ob das Vorverhalten auch pflichtwidrig sein muß.

(6) Aus *besonderen Vorschriften*, zB einer Ortssatzung, die den Hauseigentümern das Schneefegen und Streuen vorschreibt.

Auf die Einzelheiten kommt es hier nicht an.<sup>2</sup> Bemerkenswert ist nur, daß sich bei der Begründung der Garantenstellung Zivilrecht und Strafrecht noch kaum auseinander entwickelt haben. Die Regeln über die Garantenstellung gehören, ähnlich wie die Rechtfertigungsgründe, zum *allgemeinen Teil des Rechts* überhaupt, nicht nur des Strafrechts. Sie verändern

<sup>2</sup> Dazu die Kommentare zu § 13 StGB

den Tatbestand aller Verbotsnormen, indem sie für bestimmte Situationen den Kreis der freigestellten Handlungen soweit verengen, daß sich ein Gebot ergibt.

## II. Erfolgsdelikte und Tätigkeitsdelikte

Die Unterscheidung von positivem Tun und Unterlassen wird besonders interessant, wenn ein Erfolgsdelikt in Betracht kommt. Ein Erfolgsdelikt unterscheidet sich von einem schlichten Tätigkeitsdelikt dadurch, daß der Tatbestand, der die Rechtsfolge auslöst, nicht bloß eine Tätigkeit beschreibt, die geboten oder verboten sein soll, sondern einen davon räumlich und zeitlich getrennten<sup>3</sup> Erfolg iS einer Veränderung der Außenwelt. Wegen Hausfriedensbruchs wird nach § 123 StGB bestraft, wer in die Wohnung eines anderen eindringt; die bloße Tätigkeit genügt. Wegen Körperverletzung nach § 223 StGB ist dagegen nur strafbar, wer bei einem anderen mehr oder weniger bleibende Schmerzen oder Verletzungen verursacht.

Bei einem Erfolgsdelikt muß zwischen der Tätigkeit und dem Erfolg jene Beziehung bestehen, die wir als Kausalität bezeichnen. Eine Unterlassung ist nicht von dieser Welt. Sie kann daher keine realen Folgen haben, also nicht kausal werden. Wird dem Täter eine Unterlassung vorgeworfen, so bezieht sich die Kausalitätsprüfung immer auf einen bloß gedachten, alternativen Kausalverlauf. Wir sprechen deshalb von hypothetischer Kausalität.

Gewöhnlich wird dieser Zusammenhang mit Beispielen aus dem Strafrecht erläutert. Dennoch handelt es sich bei der Unterscheidung von positivem Tun und Unterlassen um ein allgemeineres Problem, das für alle Rechtsgebiete mehr oder weniger Bedeutung hat. Die Strukturgleichheit der Grundprobleme wird deutlich, wenn wir uns daran erinnern, daß man auch im Zivilrecht für die Fälle der unerlaubten Handlung nach §§ 823 ff BGB von »Delikten« spricht. Alle zivilrechtlichen Delikte sind von vornherein Erfolgsdelikte, denn Haftungsvoraussetzung ist stets der Eintritt eines Schadens.

Manchmal werden bestimmte Handlungen ohne Rücksicht auf einen weitergehenden Erfolg geboten oder verboten, weil sie ungeachtet etwaiger Folgen unseren Wertvorstellungen widersprechen und deshalb als solche unerwünscht sind. So ist es verboten, das Horst-Wessel-Lied zu singen oder mit Kindern Unzucht zu treiben. Die meisten Handlungen werden jedoch nicht wegen ihres Handlungsunwerts geboten oder verboten, sondern nur deshalb, weil sie als Mittel zu einem darüber hinausgehenden Erfolg geeignet sind. Manchmal sind solche Handlungen dennoch schlechthin verboten. Im Strafrecht sprechen wir dann von einem abstrakten Gefährdungsdelikt. *Beispiel:* Trunkenheit im Verkehr nach § 316 StGB.

Manche Handlungen werden nur bestraft, wenn der unerwünschte Erfolg in größere Nähe rückt. Dann ist von konkreten Gefährdungsdelikten die Rede. Wegen Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315 c StGB ist nur strafbar, wer Leib und Leben eines anderen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert in Gefahr bringt.

In anderen Fällen haben Handlungen, die an sich geeignet wären, einen unerwünschten Erfolg herbeizuführen, nur dann Rechtsfolgen, wenn der Erfolg tatsächlich eintritt. Das sind die schon erwähnten Erfolgsdelikte.

Nicht ganz selten sind für »gefährliche« Verhaltensweisen aber auch unterschiedliche Rechtsfolgen vorgesehen, je nachdem, ob der unerwünschte Erfolg eintritt oder nicht. Wer eine Geschwindigkeitsbeschränkung übertritt, muß ein Bußgeld zahlen, auch wenn nichts passiert. Verursacht er dadurch aber einen Unfall, so muß er außerdem den Schaden ersetzen und wird ggf auch wegen (fahrlässiger) Körperverletzung bestraft.

Zahlreicher sind aber wohl die Fälle, in denen ein an sich fahrlässiges Verhalten, das tatsächlich folgenlos bleibt, überhaupt keine rechtlichen Sanktionen nach sich zieht. Wer fehlerhafte Produkte in Verkehr bringt, Gift in eine Bierflasche füllt oder eine Waffe ungesichert herumliegen läßt, handelt bodenlos leichtsinnig. Aber er wird nicht bestraft, solange nichts passiert.

Man muß also unterscheiden, ob ein bestimmtes Verhalten verboten oder die Verhinderung eines bestimmten Erfolges geboten ist. Diese Differenzierung ist notwendig, weil die Unterscheidung von Handlung und Unterlassung nur im Hinblick auf eine bestimmte Norm erfolgen kann, der die Sanktion entnommen werden soll.

## III. Die Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen

In manchen Fällen scheint es für die Entscheidung über die Strafbarkeit oder Haftung auf die Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen anzukommen.

*Lastzugfall: Der Fahrer eines Lastzuges hatte auf einer geraden, 6 m breiten Straße einen stark angetrunkenen Radfahrer in einem Abstand von 75 cm überholt, so daß dieser verunsichert wurde, stürzte und vom Anhänger des Lastzuges tödlich überfahren wurde. Auch bei Einhaltung des an sich nach den Verkehrsregeln erforderlichen Abstands von 1 m bis 1,5 m hätte sich der Unfall »mit hoher Wahrscheinlichkeit« ereignet.<sup>4</sup>*

<sup>3</sup> Claus Roxin *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd 1, 2. Aufl, 1994, S 266

<sup>4</sup> BGHSt 11, 1 = JZ 1958, 280 mit Anm Mezger; ähnlich der Ziegenhaarfall RGSt 63, 211

Wenn man annimmt, dem LKW-Fahrer sei positives Tun zur Last zu legen, weil er mit seinem LKW den Radfahrer überholt hat, dann ist die Kausalität seines Verhaltens für die Tötung des Radfahrers nicht zweifelhaft, denn hätte er nicht überholt, lebte der Radfahrer noch. Der LKW-Fahrer wäre nach § 222 StGB wegen fahrlässiger Tötung zu verurteilen. Geht man jedoch davon aus, der LKW-Fahrer habe es unterlassen, beim Überholen den Sicherheitsabstand einzuhalten, so stellt sich die Kausalitätsfrage dahin, ob der Unfall vermieden worden wäre, wenn der Fahrer sich richtig verhalten, wenn er also den vorgeschriebenen Sicherheitsabstand eingehalten hätte. Das war nach Lage des Falles – der Radfahrer war betrunken – zwar nicht sehr wahrscheinlich, ließ sich aber nicht ausschließen. So gelangt man nach dem Grundsatz in dubio pro reo zum Freispruch.<sup>5</sup>

*Bootsfall: X ist ins Meer hinausgeschwommen, eine Strömung treibt ihn ab, und er droht zu ertrinken. A will ihn mit dem Boot des B retten. B, der eine Beschädigung seines Bootes fürchtet, verbietet A, das Boot zu benutzen. A läßt deshalb davon ab. X ertrinkt. Mit Hilfe des Bootes hätte A ihn retten können.*

Auch hier scheint es darauf anzukommen, ob dem Täter – Bootsbesitzer B – positives Tun oder Unterlassen vorzuwerfen ist. Entscheidet man sich für positives Tun, weil B den A aktiv von der Benutzung des Bootes abgehalten hat, so gelangt man, jedenfalls wenn B den Tod des S billigend in Kauf nahm, zur Verurteilung wegen Totschlags nach § 212 StGB. Nimmt man dagegen an, B habe es lediglich unterlassen, sein Boot für die Rettung des Schwimmers zur Verfügung zu stellen, so fehlt es an einer Garantstellung des B, die seine Rechtspflicht zum Handeln hätte begründen können.

Die Schwierigkeit liegt aber gar nicht darin, positives Tun und Unterlassen zu unterscheiden. Das ist kein Problem. Unterlassen hat der Täter alles, was er anderes hätte machen können.<sup>6</sup> Im *Lastzugfall* wird niemand bezweifeln, daß der Fahrer insoweit positiv gehandelt hat, als er den Radfahrer überholte. Ebenso ist es klar, daß er es zugleich unterließ, den notwendigen Sicherheitsabstand einzuhalten. Im *Bootsfall* kann man nicht ernsthaft darüber streiten, daß B insoweit aktiv gehandelt hat, als er A, und sei es auch nur mit Worten, von der Benutzung des Bootes abhielt (und dadurch letztlich den Tod des S verursachte), und daß er es zugleich unterließ, dem B das Boot zur Benutzung anzubieten.

Es ist deshalb falsch zu fragen, ob positives Tun oder Unterlassen »vorliegt«. Jedes Verhalten ist zugleich positives Tun und Unterlassen, denn es schließt neben dem Tun alle Unterlassungen ein, die im Verhaltensraum des Handelnden liegen. Stets liegt also beides vor. Die – wenn man so will – vorrechtlich-on-

tologische – Unterscheidung von Handlung und Unterlassung ist überhaupt kein Problem, denn, wie gesagt, die Unterlassung ist nicht von dieser Welt.

Es ist deshalb auch ungenau zu sagen, viele Verhaltensweisen seien »zweideutig«, »komplex« oder »ambivalent«; sie hätten zugleich Aspekte des Tuns und des Unterlassens. Wie könnte es anders sein, wo doch die Unterlassung immer in der Vornahme einer (alternativen) Handlung besteht? Und es ist schließlich mindestens verwirrend, wenn gesagt wird, es könne oft zweifelhaft sein, ob der Unrechtsgehalt in einem Tun oder in der Unterlassung einer gebotenen Handlung liege.<sup>7</sup> Der Unrechtsgehalt einer Tat besteht nämlich nicht an sich, sondern er ergibt sich immer nur aus einer bestimmten Norm, der die Sanktion entnommen werden soll. Der Verurteilung wegen einer Handlung liegt stets ein Verbot zugrunde, die Verurteilung wegen einer Unterlassung setzt ein Gebot voraus. Wenn der Täter durch seine Handlung nicht schon ohne weiteres einen gesetzlichen Verbotsbestand erfüllt, dann geht es allein um die Frage, ob sich dem Gesetz ein Gebot entnehmen läßt, nach dem der Täter wegen einer mit seiner Handlung korrespondierenden Unterlassung zur Rechenschaft gezogen werden kann.

Viele Gerichte und Autoren folgen *Mezger* in der Ansicht, »daß die Unterscheidung von Begehungs- und Unterlassungstat nicht von rein äußerlichen Anhaltspunkten her gewonnen werden kann, daß sie keine Tatsachen-, sondern eine Wertungsfrage ist. Es kommt darauf an, wogegen sich der rechtliche Vorwurf richtet.«<sup>8</sup> Für diese Wertung hat *Mezger* die *Schwerpunktformel* entwickelt, nach der es für die Abgrenzung auf den »Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit« ankommen soll. Doch auch *Mezgers* Fragestellung ist noch ungenau. Zunächst geht es nicht darum, aktives Tun und Unterlassung zu »unterscheiden«. Es geht vielmehr um die Frage nach dem Inhalt der strafrechtlichen Normen und um ihre Anwendung auf bestimmte Sachverhalte. Notwendig sind also Auslegung und Subsumtion. Dabei wird oft eine Wertung erforderlich sein. Aber Auslegung und Subsumtion sind nicht von vornherein nur Wertung. Vor allem aber: Der »Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit« bestimmt sich nicht nach irgendwelchen allgemeinen

5 Anders urteilt die von *Roxin* ZStW 74, 411 vorgeschlagene Risikoerhöhungslehre. Sie will auch dann bestrafen, wenn das rechtmäßige Alternativverhalten den Erfolg nur möglicherweise verhindert hätte, solange nur das Verhalten die Gefahr des Erfolges in rechtlich relevanter Weise erhöht hat. Für diese Lehre spricht, daß die (subjektive) Schuld letztlich nicht von dem Erfolgseintritt abhängig ist. Dennoch hat sie sich mit gutem Grund nicht durchgesetzt, denn sie beseitigt die Grenze zwischen Erfolgs- und Gefährdungsdelikt. In letzter Konsequenz gäbe es nicht einmal mehr einen Grund, die Bestrafung auch nur von einer Gefährdung abhängig zu machen.

6 Ausführlich *Röhl* JA 1999, 600, 603

7 So zB *Otfried Ranft* JuS 1963, 340, 341

8 *Edmund Mezger* JZ 1958, 281

oder gar moralischen Kriterien, sondern allein aus der Norm, der die Rechtsfolge entnommen werden soll.

Am Beispiel des *Lastzugsfalls*: Geht es um die Verkehrsordnungswidrigkeit nach § 5 IV 2 StVO, dann handelt es sich um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt. Man kann § 5 IV 2 StVO auf verschiedene Weise lesen; liest man: »Du darfst nicht überholen, es sei denn unter Einhaltung eines ausreichenden Sicherheitsabstands«, so handelt es sich um ein Verbot. Liest man dagegen: »Beim Überholen mußt du einen ausreichenden Sicherheitsabstand einhalten«, so wäre ein Gebot gegeben. Aber es kommt gar nicht darauf an, ob Handlung oder Unterlassung anzunehmen ist. In jedem Fall hätte der Täter gegen die Vorschrift verstoßen. Geht es aber um die Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung, so genügt falsches Überholen nicht zur Erfüllung des Tatbestandes. Wegen falschen Überholens wird niemand aus § 222 StGB bestraft. § 222 StGB gebietet, die fahrlässige Tötung zu vermeiden. Der »Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit« liegt deshalb bei der Nichtabwendung des Todeserfolgs, also im Verstoß gegen ein Gebot und somit in einem Unterlassen. Die Folge ist, daß es »hypothetisch« darauf ankommt, ob der Radfahrer auch dann getötet worden wäre, wenn der Lastzugfahrer mit größerem Abstand überholt hätte.

Ein Verhalten darf nicht entweder nur als positives Tun oder nur als Unterlassung beurteilt werden. Vielmehr sind sowohl das positive Tun wie jede der korrespondierenden Unterlassungen unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Für jede in Betracht gezogene Norm ist gesondert zu fragen, ob sie ein Gebot oder ein Verbot enthält. Danach entscheidet sich, ob wegen einer Handlung oder wegen einer Unterlassung zu verurteilen ist.

Die erste Frage lautet stets, ob der Täter durch aktives Tun ein Verbot verletzt hat. Im *Schwimmbadfall* ist die Antwort für den Bademeister negativ, denn M verletzt das Tötungsverbot nicht dadurch, daß er am Rande des Schwimmbekens steht und den Ertrinkenden beobachtet; diese Aktivität wird für den Tod des Schwimmers nicht kausal.

Im *Lastzugfall* hat der LKW-Fahrer gehandelt, indem er den Radfahrer ohne Sicherheitsabstand überholte. Aber darauf kommt es nicht an. Denn das verkehrswidrige Überholen wird zwar nach § 49 Nr 5 StVO als Ordnungswidrigkeit geahndet, aber nicht als fahrlässige Tötung nach § 222 StGB.

Im *Bootsfall* hat B durch positives Tun den Tod des S verursacht. Wie gering auch immer die Aktivitäten des Bootsbesitzers waren, mit denen er A von der Benutzung des Bootes abhielt, es handelt sich um positives Tun. Die Strafbarkeit nach § 212 StGB hängt allein vom Tötungsvorsatz ab.<sup>9</sup>

Wenn schon positives Tun zur Strafbarkeit führt, braucht nicht mehr nach einer strafbaren Unterlassung gefragt zu werden, denn sie wäre von der Straf-

barkeit der aktiven Seite des Verhaltens »konsumiert«. Führt die Betrachtung des zum Verhaltensraum gehörenden aktiven Tuns aber nicht zur Strafbarkeit, dann muß sich die Frage anschließen, ob der Täter durch eine Unterlassung ein Gebot zu aktivem Tun verletzt hat.

Für die Antwort benötigt man ein Gesetz, das ein Gebot enthält. Nur echte Unterlassungsdelikte sind sogleich als Gebote formuliert. Im *Schwimmbadfall* sind M und der Zuschauer Z, im Fall des Bootsbesitzers ist B wegen unterlassener Hilfeleistung nach § 323 c StGB strafbar. Interessanter ist aber die Frage, ob auch ein Totschlag nach § 212 StGB in Betracht kommt (mit der Folge, daß eine Bestrafung aus § 323 c StGB wegen Subsidiarität entfiel). Es könnte sich dabei nur um ein unechtes Unterlassungsdelikt handeln, weil § 212 StGB ein Verbot formuliert und damit ein Begehungsdelikt begründet.

Kommt ein unechtes Unterlassungsdelikt in Betracht, muß das Strafgesetz zunächst in ein Gebot umformuliert werden. Aus dem Verbot wird ein Gebot, wenn keine alternative Verhaltensweise freigestellt ist.

Zum *Schwimmbadfall*: Gewöhnlich ist es strafrechtlich irrelevant, wenn der Bademeister am Beckenrand steht, um die Schwimmer zu beobachten und es dabei unterläßt, zu singen, zu rauchen oder Schwimmunterricht zu erteilen. Alles das und noch viel mehr ist ihm freigestellt. Wenn ein Notfall eintritt, dann entfallen alle anderen sonst erlaubten Alternativen. Es bleibt nur noch eine zulässige Handlungsweise. Der Bademeister muß zur Hilfe eilen. Das gilt jedoch nicht, jedenfalls nicht unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 212 StGB, für den Zuschauer Z.

Etwas anders ist die Situation für Bootsbesitzer B. Gewöhnlich steht es ihm frei, sein Boot selbst zu nutzen, es anderen zu überlassen oder andere von der Benutzung abzuhalten. Wenn aber ein Dritter das Boot benutzen will, um einen Menschen zu retten, so liegt ein Notstand vor. Dem Eigentümer ist nach § 904 S 1 BGB verboten, die Einwirkung des Dritten auf seine Sache zu untersagen. Er kann sich, soweit sein Ver-

<sup>9</sup> Ranft (Fn 7) hält das Ergebnis für fragwürdig. Ihm scheint die Aktivität des B zu schwach, um sie als Totschlag durch positives Tun einzustufen. Er wandelt den Fall noch einmal dahin ab, daß A, weil starker Seegang herrscht, den Bootseigentümer B fragt, ob das Boot auch seetüchtig sei. B will die Benutzung des Bootes verhindern und nimmt um diesen Preis den Tod des in Seenot befindlichen X in Kauf. Er verhält sich deshalb schweigend und hofft, daß A mißtrauisch wird und den Rettungsversuch abbricht, was auch geschieht. Ranft meint, hier sei ganz klar, daß nur eine Unterlassung in Betracht komme. Ich sehe den Fall anders: Auch konkludentes Schweigen als Kommunikation ist eine Aktivität. Wenn B gezielt geschwiegen hat, um A von der Benutzung des Bootes abzuhalten, und dabei den Tod des X in Kauf nahm, hat er durch positives Tun einen Totschlag begangen. Schwierigkeiten bereitet allenfalls die Beweislage.

halten nach § 212 StGB zu beurteilen ist, nicht auf sein Eigentum berufen. Damit verbleibt es für B bei dem Verbot, den Tod des S zu verursachen, und zwar auch nicht dadurch, daß er die zur Rettung bereits in Gang gesetzte Kausalkette unterbricht.

Wenn eine Kausalkette in Gang gesetzt ist, die zu einem Erfolg führen würde, den das Strafgesetz gerade verhindern soll, so ist es für jeden, der die Möglichkeit dazu hat und sich in einer Garantenstellung befindet, geboten einzugreifen. Im *Schwimmbadfall* begründet der Anstellungsvertrag verbunden mit der tatsächlichen Übernahme der Bademeistertätigkeit eine Garantenstellung. Daraus folgt das Gebot zum Einschreiten bei Gefahr.

Bei Fahrlässigkeitstaten tritt an die Stelle der Garantenpflicht das pflichtmäßige Verhalten. Mit *Jescheck* kann man formulieren, »daß Garantenpflicht und objektive Sorgfalt zusammenfallen«. <sup>10</sup> Nur Verhaltensalternativen, die die gebotene Sorgfalt einhalten, sind erlaubt, alle anderen verboten.

Sorgfaltspflichten müssen immer vorsorglich erfüllt werden; es gibt kein freigestelltes Alternativverhalten. Sorgfaltspflichten begründen daher Handlungsgebote. Da pflichtgemäßes Handeln geboten ist, stellt jede Fahrlässigkeit eine Unterlassung pflichtmäßigen Handelns dar. Genau genommen kann man bei fahrlässigen Erfolgsdelikten gar nicht nach einer Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun fragen. Man kann nur feststellen, daß ein bestimmtes aktives Tun nicht den Sorgfaltsanforderungen entsprach und danach hypothetisch prüfen, ob bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt der rechtswidrige Erfolg ausgeblieben wäre. Die (hypothetische) Kausalität zwischen der fahrlässigen Verletzung einer Sorgfaltspflicht und dem inkriminierten Erfolg wird deshalb ganz zutreffend auch Pflichtwidrigkeitszusammenhang genannt. <sup>11</sup> Alle Normen, die Fahrlässigkeit begründen, finden sich im Katalog der Garantenpflichten wieder. Teils sind die Sorgfaltspflichten besonders normiert, wie zB die Sicherungsvorkehrungen an Tischlereimaschinen durch die Berufsgenossenschaft; teils ergeben sie sich aus den sog Verkehrs- oder Verkehrssicherungspflichten.

Das bedeutet im *Lastzugfall*, daß die Kausalitätsfrage falsch gestellt ist, wenn man von einer Begehung ausgeht. Fahrlässiges Verhalten ist immer Unterlassung des pflichtmäßigen Verhaltens. Daher darf man nicht einfach das positive Tun hinwegdenken, sondern man muß fragen, ob pflichtgemäßes Verhalten den Erfolg verhindert hätte, konkret, ob bei Einhaltung des Sicherheitsabstandes der Erfolg vermieden worden wäre. Dann kommt man zu demselben Ergebnis, als wenn man sogleich von der Unterlassungsalternative ausgegangen wäre: die Kausalität des Verhaltens bleibt zweifelhaft. So hat auch der BGH den *Lastzugfall* entschieden. <sup>12</sup>

*Jakobs*<sup>13</sup> beurteilt *Lastzug-* und *Ziegenhaarfall* anders. Zwar sieht auch *Jakobs* in der Unterscheidung

von Handlung und Unterlassung kein Problem. Er zieht daraus aber eine falsche Konsequenz. Wer nicht desinfizierte Materialien an seine Arbeiter ausgibt, die danach an einer Infektion erkranken – so *Jakobs* –, der handle; die Ausgabe sei verboten, nicht etwa sei die Desinfektion geboten, wenn nicht ausnahmsweise eine rechtliche Pflicht zur Verarbeitung der Materialien bestehe. Richtig ist daran nur, daß die Ausgabe fahrlässig ist. Aber daran knüpft keine Rechtsfolge, wenn nichts passiert. Deshalb ist die Ausgabe nicht verboten, jedenfalls nicht nach § 229 StGB. Nach § 229 StGB wird man nicht bestraft, weil man unvorsichtig war, sondern weil man eine Körperverletzung verursacht hat. Die Vorschrift sanktioniert das Gebot, eine Körperverletzung durch unsorgfältiges Verhalten zu vermeiden; und der Verstoß gegen ein Gebot ist immer eine Unterlassung.

Vielfach wird angenommen, daß jeder Fahrlässigkeit ein »Unterlassungsmoment« innewohnt. Aber das ist nicht genug. Vielmehr gilt, wie einst *Radbruch* und *Graf zu Dohna* lehrten und wie heute *Herzberg* in wünschenswerter Klarheit formuliert: »Jedes fahrlässige Delikt ist ein ungewolltes, vermeidbares und sorgfaltswidriges Nichtvermeiden in Garantenstellung.« <sup>14</sup>

Man wird einwenden, es gebe fraglos Erfolgsdelikte; die fahrlässig durch aktives Tun begangen werden könnten. Hat nicht der Tischlermeister, der die Sicherheitsvorrichtung der Kreissäge entfernt, damit sein Geselle schneller arbeiten kann, durch positives Tun eine Körperverletzung begangen, wenn der Geselle alsbald einen Finger verliert? Aber auch hier gilt: Der Meister wird aus § 229 StGB nicht bestraft, weil er die Schutzvorrichtung der Kreissäge entfernt hat, sondern weil bei pflichtgemäßem Handeln die Körperverletzung vermieden worden wäre. Fraglos war die Entfernung der Schutzvorrichtung verboten. Aber die Bestrafung wegen Körperverletzung knüpft nicht an den Verstoß gegen dieses Verbot, sondern an die Verursachung der Körperverletzung durch Verletzung der gebotenen Sorgfalt. Noch einmal: Sorgfaltspflichten müssen stets vorsorglich erfüllt werden. Es gibt kein freigestelltes Alternativverhalten. Insofern

10 Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1972. In der 4. Aufl., 1988, S 573, heißt es schwächer, »daß Garantenpflicht und objektive Sorgfalt idR zusammenfallen«. In der 5., von *Weigend* bearbeiteten Aufl von 1996 ist diese Stelle ganz entfallen (vgl S 634). Doch unter der Überschrift »Das fahrlässige Begehungsdelikt« können auch *Jescheck/Weigend* nicht vermeiden zu sagen, der Unrechtstatbestand der Fahrlässigkeit werde durch ein Handeln bestimmt, das im Blick auf eine erkennbare Gefahr »die gebotene Sorgfalt vermissen« lasse (S 565 f).

11 Und zwar auch von solchen Autoren, die fahrlässige Begehungsdelikte für möglich halten, so zB Schönke-Schröder-*Cramer* StGB § 15 Rn 162 f. Auch sie stellen die Kausalitätsfrage hypothetisch.

12 BGHSt 11, 1

13 Strafrecht Allgemeiner Teil S 775, 777 f

14 Die Unterlassung im Strafrecht, 1972, S 238

sind Sorgfaltspflichten stets Gebote, die durch Unterlassung verletzt werden.

Man mag es auf den ersten und vielleicht auch auf den zweiten Blick noch nicht glauben, daß das fahrlässige Erfolgsdelikt immer in einer Unterlassung besteht, denn man kann ohne Frage deutlich zwischen »aktiver« und bloß »passiver« Fahrlässigkeit unterscheiden. Der Meister, dem gar nicht auffiel, daß das zersprungene Sägeblatt, das den Gesellen verletzt hat, schon länger schadhaft war, oder der Autofahrer, der gar nicht bemerkte, daß er sich einer Vorfahrtsstraße näherte, und der deshalb einen Unfall verursacht, haben sich so passiv verhalten, daß die Annahme einer Unterlassungstat kaum auf Widerspruch stößt. Der Tischlermeister aber, der die Sicherheitsvorrichtung

der Kreissäge entfernt, hat zu bestimmter Zeit an bestimmtem Ort aktiv in pflichtwidriger Weise gehandelt ebenso wie der Autofahrer, der absichtlich mit überhöhter Geschwindigkeit fährt und dadurch, wenn auch unbeabsichtigt, einen Unfall verursacht. Hier fällt es schwer, von der fraglos vorliegenden pflichtwidrigen Handlung abzusehen und nur wegen einer Unterlassung zu verurteilen. Die Entfernung der Sicherheitsvorrichtung und das Fahren mit überhöhter Geschwindigkeit geschahen sogar vorsätzlich. Aber der Vorsatz erstreckte sich eben nicht auch auf den Erfolg. Die »aktive« Pflichtwidrigkeit mag ein eigenständiges Delikt bilden. Aber der Versuch eines fahrlässigen Erfolgsdelikts ist nicht strafbar. Bestraft wird erst die Nichtverhinderung des Erfolgs.