

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von A. Donatsch, D. Jositsch, C. Schwarzenegger,
B. Tag und W. Wohlers

Peter Grubmiller

Unterlassen im Strafrecht

Eine vergleichende Darstellung der
gesetzlichen Regelungen in
der Schweiz und in Deutschland

Inhaltsverzeichnis

VORWORT	III
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	XV
LITERATUR- UND MATERIALIENVERZEICHNIS	XIX
EINFÜHRUNG	1
A. Beschäftigung mit dem Unterlassen	1
B. Der Gang der Untersuchung	5
1. TEIL: GRUNDLAGEN ZUM TUN UND UNTERLASSEN	9
1. Kapitel: Freiheit menschlicher Handlung	9
A. Die Ausgangsfrage	9
B. Antwort der Neurowissenschaft	11
I. Das Libet- Experiment	11
II. Bewertung der Ergebnisse der Neurowissenschaft	13
C. Eine philosophische Antwort – der Kompatibilismus	16
I. Der kantianische Ansatz des Kompatibilismus	17
II. Bewertung des Ansatzes von Kant	21
III. Der kompatibilistische Ansatz Bindings	24
IV. Bewertung des philosophischen Kompatibilismus	26
D. Zusammenfassung und Fazit	27
2. Kapitel: Annäherung an die Begriffe Tun und Unterlassen	27
A. Sprache und Alltagsverständnis	28
B. Philosophische Annäherung	29
I. Tun bzw. Handeln in der Philosophie	30
II. Unterlassen in der Philosophie	32
III. Zwischenfazit	36
C. Zusammenfassung und Fazit	36
3. Kapitel: Tun und Unterlassen im Strafrecht.....	37
A. Einleitende Worte.....	37
B. Der strafrechtliche Handlungsbegriff	37

I. Die Entwicklung des Handlungsbegriffs und seine Funktion	37
II. Der Handlungsbegriff als funktionaler Oberbegriff.....	41
1. Funktion als Oberbegriff	41
2. Funktion als Verbindungselement	41
3. Funktion als Abgrenzungselement	42
4. Anknüpfungsfunktion	42
5. Zwischenfazit	42
III. Die Arten von Handlungsbegriffen	43
1. Naturalistisch-kausaler Handlungsbegriff	44
a) Umschreibung	44
b) Kritik	45
2. Finaler Handlungsbegriff.....	46
a) Umschreibung.....	46
b) Kritik	47
3. Sozialer Handlungsbegriff.....	48
a) Umschreibung.....	48
b) Kritik	49
4. Negativer Handlungsbegriff	50
a) Umschreibung.....	50
b) Kritik	51
5. Personaler Handlungsbegriff	51
a) Umschreibung.....	51
b) Kritik	52
IV. Handlungsbegriff als Definitionsgrundlage des Unterlassens	53
C. Das Tun	54
I. Zum Begriff Tun	54
II. Das strafrechtliche Tun – das Begehungsdelikt	55
D. Unterlassen	55
I. Ein Unterlassensbegriff für das Strafrecht	55
1. Beschaffenheit eines strafrechtlichen Unterlassensbegriffs.....	55
2. Bedingte Definition des Unterlassens.....	56
3. Zulässigkeit einer bedingten Definition des Unterlassens	57
4. Zwischenfazit	58

5. Unterlassen im engeren Sinn	58
II. Das strafbare Unterlassen – ein Unterlassen im weiteren Sinn.....	61
1. Ausgangslage.....	61
2. Die rechtlich gebotene Handlung	62
3. Problemfelder	62
E. Unterlassen und Tun – Abgrenzung	63
I. Tun und Unterlassen – Theorien zur Abgrenzung	64
1. Annäherung an die Unterscheidung.....	64
a) Grundsätzliches.....	64
b) Ontologischer oder normativer Blick auf das Unterlassen	64
c) Zwischenfazit.....	69
2. Das Körperbewegungskriterium	70
3. Der Lebenssprachgebrauch.....	70
4. Das Kausalitätskriterium	71
5. Die soziale Sinnhaftigkeit.....	74
6. Die Schwerpunkttheorie	74
7. Der Ranggesichtspunkt – Subsidiaritätstheorie	77
8. Der Energiegesichtspunkt.....	80
9. Kriterienkombination und andere bzw. modifizierte Theorien.....	83
10. Schlussbetrachtung	85
II. Die moralische Diskrepanz in der Bewertung	86
F. Fazit	88
2. TEIL: UNTERLASSENSSTRAFBARKEIT NACH ART. 11 UND § 13 STGB.....	91
1. Kapitel: Ausgangssituation	91
A. Rechtstradition als Bindeglied	91
B. Status quo	92
2. Kapitel: Entstehungsgeschichte der Bestimmungen	93
A. Einleitung.....	93
B. Zur Geschichte des Art. 11 StGB	94
I. Die Zeit bis zur Helvetik 1798	94
II. Helvetische Republik – 1798 bis 1803	97

III. Mediation – 1803 bis 1813	97
IV. Restauration und Regeneration – 1814 bis 1848	97
V. Die Zeit des Bundesstaates ab 1848	98
VI. Zwischenfazit	103
C. Zur Geschichte des § 13 StGB	104
I. Das mittelalterliche Deutschland	105
II. Der Absolutismus und die grossen Kodifikationen	106
III. Die Weimarer Republik – 1918/1919 bis 1933	107
IV. Der Nationalsozialismus – 1933 bis 1945	110
V. Die Zeit nach 1945	111
VI. Zwischenfazit	112
D. Fazit	113
3. Kapitel: Gesetzeswortlaut und Elemente der Bestimmungen.....	113
A. Einleitung	113
B. Gesetzeswortlaut des Art. 11 und § 13 StGB	113
C. Die explizit genannten Elemente der Bestimmungen	114
I. Art. 11 StGB	114
II. § 13 StGB	114
III. Der Ansatz der Rechtsprechung des BGer bis 2007	115
IV. Zusammenfassung	115
1. Gemeinsamkeiten des Art. 11 und § 13 StGB	115
2. Unterschiede des Art. 11 und § 13 StGB	116
4. Kapitel: Die rechtlich gebotene Handlung.....	117
A. Vorbemerkungen	117
I. Orientierung im Verbrechensaufbau	117
II. Eine kurze Analyse der Ausgangslage	118
B. Vorfrage – die Unterscheidung von Tun und Unterlassen	119
I. Fehlende gesetzliche Vorgabe zur Unterscheidung	119
II. Unterscheidung durch Lehre und Rechtsprechung	120
C. Die Pflichtwidrigkeit – Zurechnung im weiteren Sinn	120
I. Der einschlägige Gesetzeswortlaut	120
II. Vorbemerkungen zur Garantenstellung	121

III. Historischer Abriss zur Entwicklung der Garantenstellung	123
1. Die Garantenstellung im dogmatischen Zusammenhang	123
a) Gleichstellungsproblem als Kernproblem.....	123
b) Kausalitätstheorien zur Lösung des Gleichstellungsproblems.....	123
c) Rechtswidrigkeitslehre zur Lösung des Gleichstellungsproblems.....	125
d) Tätertypenlehre zur Lösung des Gleichstellungsproblems	125
e) Lösung des Gleichstellungsproblems auf Tatbestandsebene	126
f) Zwischenfazit	126
2. Die Garantenstellung als eigener Terminus.....	128
IV. Systematisierungsbemühungen	129
1. Vorbemerkungen	129
2. Einteilungsmodelle der Garantenstellung.....	130
3. Wahl des Gesetzgebers in Art. 11 bzw. § 13 StGB	133
V. Die Garantenstellung nach Art. 11 Abs. 2 und § 13 Abs. 1 StGB	134
1. Die formelle Einteilung der Garantenstellungen nach Art. 11 Abs. 2 StGB	134
a) Begriffliches	134
b) Garantenstellung aus Gesetz.....	135
c) Freiwillige tatsächliche Übernahme	136
ca) Vorbemerkungen.....	136
cb) Garantenstellung aus Vertrag.....	136
cc) Garantenstellung aufgrund freiwillig eingegangener Gefahrgemeinschaft	137
cd) Garantenstellung aufgrund Schaffung einer Gefahr – Ingerenz.....	137
d) Weitere Entstehungsgründe für Garantenstellungen – Rechtsstellung und namentlich	138
e) Fazit zur formellen Einteilung der Garantenstellungen	138
2. Die funktionelle Einteilung der Garantenstellung im Rahmen von Art. 11 Abs. 2 und § 13 StGB	140
a) Begriffliches	140
b) Vorbemerkungen	140
c) Der (gefahrquellenbezogene) Überwachergarant – Sicherungsgarantenstellung.....	142
ca) Gesetz.....	142
cb) Vertrag	144
cc) Ingerenz – Schaffung einer Gefahr	144
cd) Sicherungspflichten aufgrund Autoritätsstellung bzw. Geschäftsherrenhaftung ..	147

ce) Sicherungspflichten aufgrund verantwortlicher Stellung in Räumlichkeiten	149
d) Der (rechtsgutbezogene) Beschützergarant – Obhutsgarantenstellung.....	149
da) Gesetz	150
db) Vertrag.....	154
dc) Freiwillig eingegangene Fahrgemeinschaft	156
e) Sonstige Pflichten – Rechtspflicht und namentlich	158
f) Fazit zur funktionalen Einteilung der Garantenstellungen	158
3. Kombinerender Ansatz	160
VI. Neuere Tendenzen in der Entwicklung zur Garantenstellung	161
D. Unterlassen im engeren Sinn	163
I. Der relevante Wortlaut des Gesetzes	163
II. Zur Definition des Unterlassens im engeren Sinn	163
E. Die Handlung – als Teil der Zurechnung.....	163
I. Vorbemerkungen.....	163
II. Die objektiv erforderliche Handlung – als tatsächlich objektives Element erster Wertungsebene	165
1. Geeignetheit.....	165
2. Alternative Handlungen.....	166
3. Generelle Handlungsmöglichkeit	166
III. Die gebotene Handlung – konkretisiert auf die Situation und den Erfolg – Zweite Wertungsebene	166
1. Geeignetheit.....	166
2. Erforderlichkeit.....	166
3. Hypothetische Kausalität zwischen Unterlassung und Erfolg	167
a) Begriffliches	167
b) Die Lehre	167
ba) Conditio-sine-qua-non Formel.....	167
bb) Conditio-sine-qua-non Formel und Unterlassen	168
bc) Andere Lösungsansätze	170
bd) Kausalität und objektive Zurechnung	171
c) Die Rechtsprechung.....	172
d) Fazit.....	173
4. Objektive Zurechnung	174
a) Begriffliches	174

b) Vorbemerkung	174
c) Lehre und Rechtsprechung	174
ca) Vermeidbarkeitstheorie oder Risikoerhöhungstheorie	174
cb) Entscheidung der Lehre und Rechtsprechung	177
d) Fazit	179
IV. Die gebotene Handlung konkretisiert auf den Täter – Zweite Wertungsebene	180
1. Physisch-reale Möglichkeit zu handeln	180
a) Begriffliches	180
b) Inhaltliches	180
2. Zumutbarkeit	183
F. Der Eintritt des tatbestandlichen Erfolges nach Art. 11 StGB und § 13 StGB	186
I. Wortlaut des Gesetzes	186
II. Die Definition des Erfolges	186
III. Das Merkmal Erfolg in § 13 StGB	187
1. Weiter oder enger Erfolgsbegriff	187
2. Argumente für einen weiten Erfolgsbegriff	188
3. Argumente für einen engen Erfolgsbegriff	189
4. Vermittelnde Lösung	190
IV. Das Merkmal Erfolg in Art. 11 StGB	190
V. Fazit – Erfolg als Ausschlusskriterium?	191
G. Zusammenfassung – rechtlich gebotene Handlung	192
5. Kapitel: Entsprechungsklausel	193
A. Begriffliches	193
B. Der einschlägige Wortlaut des Gesetzes	193
C. Einleitung	193
D. Die Umschreibung im Gesetz	196
E. Inhaltliche Definition der Entsprechungsklausel	196
F. Theorien zum Entsprechungserfordernis	198
I. Entsprechungserfordernis als Modalitätenäquivalenz	198
II. Entsprechungserfordernis bei Gesamtbetrachtung der Straftat	201
III. Entsprechungserfordernis als Einschränkung der Garantenstellung	201
IV. Ablehnung des Entsprechungserfordernisses	202
G. Fazit zur Entsprechungsklausel	202

6. Kapitel: Möglichkeit der Strafmilderung	203
A. Der relevante Wortlaut des Gesetzes	203
B. Einleitung	203
C. Die Lehre und Rechtsprechung zur Strafmilderungsregel	205
I. Begründung der Strafmilderungsregel	205
II. Anwendung der Strafmilderung – Anwendungsfälle	206
1. Berücksichtigung von Strafzumessungsfaktoren	206
2. Entsprechungserfordernis	207
3. Wertende Gesamtbetrachtung	207
4. Weitere Anwendungsfälle	208
a) Gefahrensituation und Unzumutbarkeit	208
b) Fahrlässigkeit	208
III. Anwendung der Strafmilderung – Anwendungsmethode	209
D. Fazit zur Strafmilderungsregel	209
3. TEIL: ANWENDBARKEIT VON ART. 11 UND § 13 STGB	211
1. Kapitel: Die Unterscheidung echtes – unechtes Unterlassen	211
A. Einleitung	211
B. Inhalt der Unterscheidung	211
I. Formaler Ansatz	213
II. Materieller Ansatz	214
III. Weitere Ansätze	214
C. Kritik an der Unterscheidung	216
2. Kapitel: Art. 11 und § 13 StGB im Verhältnis zur Strafrechtsordnung	216
A. Vorbemerkung	216
I. Ausgangslage	216
II. Raum zur Neuauslegung durch Art. 11 StGB?	217
III. Verortung und Aufgabe	217
IV. Anwendbarkeit und Einschränkungen	217
B. Anwendbarkeit von Art. 11 und § 13 StGB	218
I. Beschränkung des Anwendungsbereichs durch Lehre und Rechtsprechung	218
II. Gliederung der Einschränkungen	218
1. Unterscheidung nach allgemeinen Kriterien	219

2. Unterscheidung nach der Einteilung als echtes und unechtes Unterlassen	220
III. Unterscheidung nach Deliktgruppen	221
1. Tätigkeitsdelikte	221
2. Eigenhändige Delikte	222
3. Absichtsdelikte	222
4. Zueignungsdelikte	222
5. Gesetzlich geregelte Unterlassungsdelikte	222
6. Auslegungsunterlassungsdelikte	223
IV. Fazit	223
3. Kapitel: Die Bestimmungen und der Grundsatz nullum crimen sine lege	223
A. Einleitung	223
B. Tangierte Bereiche des nullum crimen sine lege	224
I. Analogieverbot	224
II. Bestimmtheitsgrundsatz	225
C. Die allgemeine Problematik bezüglich nullum crimen sine lege	225
D. Die Garantienstellung und der Bestimmtheitsgrundsatz im Speziellen	227
I. Vorbemerkungen	227
II. Die Lösung nach Art. 11 Abs. 2 StGB	228
III. Weitere Voraussetzungen in Art. 11 und § 13 StGB	228
IV. Fazit	229
4. Kapitel: Sorgfaltspflichtverletzung als Pflichtwidrigkeit	230
A. Unterlassen des pflichtgemässen Verhaltens	230
I. Der wahre Kern – Tun	230
II. Der wahre Kern – Unterlassen	231
III. Schwierige Unterscheidung	231
B. Sorgfaltspflicht gleich Garantienstellung/-pflicht	232
I. Die Annäherung der Pflichten	232
II. Fazit	234
FAZIT UND AUSBLICK	235