

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 4

**Zur Struktur der Garantieverhältnisse
bei den unechten Unterlassungsdelikten**

Von

Richard Bärwinkel



Duncker & Humblot · Berlin

RICHARD BÄRWINKEL

**Zur Struktur der Garantieverhältnisse
bei den unechten Unterlassungsdelikten**

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser

ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 4

Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten

Von

Dr. Richard Bärwinkel



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Aufgenommen von Professor Dr. Eberhard Schmidhäuser, Hamburg

**Alle Rechte vorbehalten
© 1968 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1968 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany**

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

A. Problemstellung und Terminologie	13
I. Die Problemstellung	13
II. Die Terminologie	15
B. Das Verständnis des Straftatbestandes als gemeinsamer Regelung des Begehungsdelikts und des unechten Unterlassungsdelikts	16
I. Die Begriffe des Auslegungs- und des Kodifikationstatbestandes	16
II. Der Stand der heutigen Lehre und Rechtsprechung zum Verhältnis von Kodifikationstatbestand und unechter Unterlassung ..	19
1. Die Lehre, die annimmt, das unechte Unterlassungsdelikt sei im kodifizierten Begehungstatbestand mitgeregelt	22
2. Die Lehre von den ungeschriebenen Tatbeständen der unechten Unterlassung	24
a) Das Kausalitätsargument	24
b) Das Argument von der Zusätzlichkeit der Garantenstellung	25
c) Das „normlogische“ Argument	26
d) Zusammenfassung und weitere Stellungnahme	29
III. Die komplexe Natur der Kodifikationstatbestände	30
1. Die Bedeutung des Begriffs „Verhalten“ beim Verständnis der komplexen Natur der Kodifikationstatbestände	31
a) Handlung und Unterlassung in der Wirklichkeit (Welt der äußeren Erscheinungen)	31
b) Handlung und Unterlassung im Bereich der Möglichkeit ..	35
c) Handlung und Unterlassung im Bereich der Werte	41
d) Zusammenfassung	48
2. Die gesetzgeberischen Möglichkeiten bei der Beschreibung der Tatbestände von Handlung und Unterlassung	48
3. Die Natur der kodifizierten Tatbestände im Hinblick auf die unechten Unterlassungsdelikte	52
IV. Die Methodik der Rechtsfindung in den unbestimmten Rechtsbegriffen der Verhaltensmerkmale	53

C. Die rechtliche Struktur der Garantieverhältnisse	57
I. Die bisherige Behandlung des Problems	58
1. Die Sammelgruppenlehre	58
2. Die Lehren, die von einem obersten Grundsatz der materiellen Rechtswidrigkeit ausgehen	61
3. Die Lehre vom Tätertyp	68
4. Die Lehre von der sozialen Nähe	72
5. Die Garantienlehre	77
6. Die Lehre von den bestimmten Vorrechten entsprechenden Pflichten	85
7. Die Lehre vom Tatbild	88
II. Ergebnis und Hinweis für die weitere Untersuchung	90
III. Die Garantieverhältnisse der unechten Unterlassungsdelikte in einem wertteleologischen Unrechtssystem	91
1. Die sozialetische Grundlage des Unrechts	92
2. Das Gemeinwohl	96
3. Das Gemeinwohlelement „Rechtsgut“	99
4. Das Gemeinwohlelement „sozial-funktionelle Stellung“ und die dazugehörige „soziale Rolle“	104
5. Die Beziehungen von Rechtsgut und sozialer Rolle im Garantie- verhältnis	114
6. Die objektiven Bewertungsmerkmale des Gemeinwohls im Garantieverhältnis	118
7. Die Beziehungen von Rechtsgut, sozialer Rolle und objektiven Bewertungsmerkmalen im Garantieverhältnis unter metho- dischen Aspekten	125
8. Anhang: Die pflichtenspezialisierende Bedeutung des Rollen- begriffs im Garantieverhältnis	128
D. Die Absichtung einzelner Garantieverhältnisse voneinander	134
I. Garantieverhältnisse aus den Beziehungen zwischen Ehegatten ..	134
1. Die Leibes- und Lebensfürsorge	134
a) Das Garantieverhältnis aus der Ehe	134
b) Das Garantieverhältnis aus „enger Lebensgemeinschaft“ ..	137
c) Das Garantieverhältnis aus dem sozialen Herrschaftsbereich der Wohnung	139

2. Die Vermögensfürsorge	146
a) Das Garantieverhältnis aus der Ehe	146
b) Das Garantieverhältnis aus dem sozialen Herrschaftsbereich der Wohnung	149
3. Die Verhinderung strafbarer Handlungen des Ehegatten	153
a) Das Garantieverhältnis aus der Ehe	154
b) Das Garantieverhältnis aus dem sozialen Herrschaftsbereich der Wohnung	159
II. Die Beziehungen zwischen Verwandten	163
1. Die Trennung der Garantieverhältnisse aus Verwandtschaft, aus enger Lebensgemeinschaft, aus dem räumlichen sozialen Herrschaftsbereich der Wohnung und aus dem persönlichen sozialen Herrschaftsbereich der Eltern über ihre minderjährigen Kinder	163
2. Die Systematisierung der Garantieverhältnisse aus Verwandt- schaftsbeziehungen	166
a) Garantieverhältnisse aus der Rolle der Eltern gegenüber ihren Kindern	167
b) Garantieverhältnisse aus sonstigen engeren Verwandt- schaftsbeziehungen	170
c) Die weiten, für die unechten Unterlassungsdelikte irrelevanten Verwandtschaftsbeziehungen	174
III. Garantieverhältnisse aus Verlobung und Garantieverhältnisse aus enger Lebensgemeinschaft	176
IV. Ergebnis	183
Literaturverzeichnis	185

Abkürzungsverzeichnis

AlStRL	Allgemeine Strafrechtslehre
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
A.T.	Allgemeiner Teil
BayrObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH(BGHSt)	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGH(GS)	Entscheidungen des Großen Senats des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
B.T.	Besonderer Teil
DAR	Deutsches Autorecht
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DR	Deutsches Recht
DStR	Deutsches Strafrecht
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GewO	Gewerbeordnung
GG	Bonner Grundgesetz
GS	Der Gerichtssaal
HannRpfl.	Hannoversche Rechtspflege
HEST	Höchstrichterliche Entscheidungen in Strafsachen
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
I.K.V.	Internationale Kriminalistische Vereinigung
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
Lb.	Lehrbuch
LK	Leipziger Kommentar
LM	Lindenmaier/Möhring. Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MoKrimbiol	Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform

MoKrimpsych	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
MshrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH(OGHS)	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone in Strafsachen
RG(RGSt)	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
Stub.	Studienbuch
VRS	Verkehrsrechtssammlung
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Anmerkung zur Zitierweise:

Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des Strafgesetzbuches.

A. Problemstellung und Terminologie

I. Die Problemstellung

Auf die Kardinalfrage der unechten Unterlassungsdelikte, welche Qualitäten die Handlungspflicht aufweisen muß, um die volle Haftung für den strafrechtlichen Erfolg zu begründen¹, haben Rechtsprechung und Wissenschaft zumeist Antworten zu geben versucht, die ganz überwiegend auf die dogmatische Einordnung der Rechtspflicht zum Handeln und die Aufstellung inhaltlicher Kriterien hinausliefen. Auf welchem Wege man zu den ganz konkreten Kriterien gelangt ist, wird in den seltensten Fällen ausgeführt. Die Frage nach den Wertungszusammenhängen, deren Beantwortung allein auch die immer wieder auftauchende Frage nach dem Warum und Wieso der gefundenen Kriterien klärt, ist bisher offen geblieben. Jedenfalls ist man bisher über unverbindliche Andeutungen nicht hinausgekommen. Dem Struktur- und Methodenproblem bei der inhaltlichen Ermittlung praktikabler Wertungsmaßstäbe soll die folgende Untersuchung gewidmet sein.

Damit hebt sie sich deutlich ab von methodologischen Überlegungen unter gesetzgeberischen Aspekten, die durch die Arbeiten zum Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches angeregt wurden. Sie wird also die Frage, ob die unechten Unterlassungsdelikte nur im Besonderen Teil² eines Strafgesetzbuches oder nur im Allgemeinen Teil³ oder gar in beiden⁴ geregelt werden können, nicht zu ihrem zentralen Gegenstand machen. Das Methodenproblem der unechten Unterlassungsdelikte stellt sich dem Gesetzgeber demnach unter ganz anderen Aspekten dar als das hier interessierende Problem. Hier geht es darum, die Methode zu erforschen, die es ermöglicht, die vorgegebene Rechtsmaterie der Garantieverhältnisse inhaltlich zu erschließen. Diese Methode wird von den Wertstrukturen, die den Rechtsstoff durchziehen, bestimmt, d. h. die Ermittlung der konkreten inhaltlichen

¹ Wie sie ähnlich *Vogt*, ZStW 63, S. 394 einmal formuliert hat.

² *Grünwald*, ZStW 70, S. 424 ff.; *Armin Kaufmann*, JuS 1961, S. 175; *Busch*, v. Weber-Festschrift, S. 203 ff.; vgl. auch bereits zu *Dohna*, DStR 1939, S. 147; *Schaffstein*, Gleispach-Festschrift, S. 110, 114.

³ *Henkel*, MschrKrim 1961, S. 178 ff., 189; *Meyer-Bahlburg*, MschrKrim 1965, S. 251 f.

⁴ *Androulakis*, S. 223 ff., 227 ff. (230); *Rudolphi*, S. 57 ff. (64 f.).

Kriterien hängt von den Zusammenhängen der einzelnen Wertungssachverhalte innerhalb der zu erschließenden Materie der Garantieverhältnisse ab.

Bevor jedoch diese Problematik untersucht wird, muß zuerst noch ein anderer, vorgelagerter Problembereich durchleuchtet werden. Für das Strafrecht wird unter dem Zwang des nulla-poena-sine-lege-Satzes in Art. 103 Abs. 2 GG nur die rechtliche Materie relevant, die irgendwie⁵ von einer gesetzlichen Regelung erfaßt wird. Daher ist das Strafgesetzbuch daraufhin zu untersuchen, ob und in welchem Umfang es die unechten Unterlassungsdelikte auch in den Tatbeständen, die herkömmlicherweise als Begehungstatbestände bezeichnet werden, mitgeregelt hat. Die Erörterung dieser Problematik wird sich dabei nicht mit der Aufzählung der hinreichend bekannten Argumente der Auslegung für eine Mitregelung der unechten Unterlassungsdelikte befassen (z. B. der Gesetzgeber unseres StGB habe die unechte Unterlassung als Form der Begehung aufgefaßt; er habe nicht jede Unterlassung, sondern nur die eines besonders zur Erfolgsabwendung Verpflichteten unter Strafe gestellt, da das Sozialleben empfindlich gestört werde, wenn jeder seinen Platz verliesse, um zu helfen; schon die in der Statuierung von Erfolgsabwendungspflichten liegende größere Beschränkung der Handlungsfreiheit erfordere eine Begrenzung des Kreises der Personen, die verpflichtet werden sollten; usw.). Die Arbeit wird vielmehr die prinzipielle Frage untersuchen, inwieweit überhaupt Handlung und Unterlassung in einem gemeinsamen Tatbestand geregelt werden können, nimmt doch eine neuere Lehre an, die Tatbestände der unechten Unterlassungsdelikte seien wegen der Wesensverschiedenheit von Handlung und Unterlassung ungeschrieben, und wird doch allenthalben angeführt, die herkömmliche und herrschende Lehre arbeite bei den unechten Unterlassungsdelikten mit einem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der Garantenstellung. Sollten diese Behauptungen, die davon ausgehen, daß die Mehrzahl der gesetzlichen Tatbestände ausschließlich *Begehungstatbestände* seien, zutreffen, so wäre eine Ermittlung von Garantieverhältnissen bei den unechten Unterlassungsdelikten durch Gesetzesauslegung unmöglich, da eben keine Gesetzesbestimmungen existierten.

Somit ergeben sich für die Arbeit zwei Problemkreise: Zuerst geht es um die Aufschlüsselung des geltenden Strafgesetzes zum Zwecke der Feststellung, ob und in welchem Umfang seine Tatbestände jeweils auch eine Regelung der unechten Unterlassungsdelikte enthalten können (unter B). — Sodann ist die Methodik der Ermittlung konkreter

⁵ Welche Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 II GG im Hinblick auf die unechten Unterlassungen an die Straftatbestände im einzelnen zu richten sind, interessiert im Rahmen dieser Arbeit nicht.

Kriterien zur inhaltlichen Festlegung der Garantieverhältnisse anhand der Wertstrukturen, die diese durchziehen, aufzuzeigen (siehe unter C).

II. Die Terminologie

In Literatur und Rechtsprechung sind bisher für die bei den unechten Unterlassungsdelikten erforderlichen besonderen Pflichtenbindungen unterschiedliche Bezeichnungen verwendet worden. Man spricht von Rechtspflicht zum Handeln, Erfolgsabwendungspflicht, Garantenpflicht, Garantenstellung, Garantieverhältnis. Seit dem Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofs in Bd. 16, S. 155, scheint sich mehr und mehr die Unterscheidung von „Garantenstellung“ und „Garantenpflicht“ entsprechend dem Vordringen der „Spaltungstheorie“ durchzusetzen, wobei unter Garantenstellung die Summe aller tatbestandlichen Voraussetzungen gemeint ist, aus deren Vorliegen sich die Garantenpflicht zur Erfolgsabwendung ergibt. Die vorliegende Arbeit folgt dieser Theorie ebenfalls, benutzt jedoch statt des Terminus Garantenstellung den Ausdruck Garantieverhältnis, weil er am besten auf die Struktur der zu erforschenden Rechtsposition des Unterlassenden hinweist⁶. Bei der Darlegung der Ansichten anderer Autoren und der Rechtsprechung werden die dort verwendeten Bezeichnungen benutzt.

⁶ Vgl. die Begründung unten S. 125. — Der Terminus „Garantieverhältnis“ ist wohl zum ersten Mal von Armin Kaufmann, Dogmatik, S. 285 statt des Begriffs „Garantenstellung“ verwendet worden.