

MARKUS WAGNER

Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB

Jus Poenale

26

Mohr Siebeck

JUS POENALE
Beiträge zum Strafrecht

Band 26



Markus Wagner

Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB

Zugleich Vorarbeiten zu einer grundlegenden
Rekonstruktion der Dogmatik der Unterlassungsdelikte

Mohr Siebeck

Markus Wagner, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Augsburg; Wissenschaftlicher Mitarbeiter und später Akademischer Rat auf Zeit an der Justus-Liebig-Universität Gießen; 2014–16 Juristischer Vorbereitungsdienst und Zweite Juristische Staatsprüfung in Hessen; 2015 Promotion (Gießen); 2022 Habilitation (Gießen); Sommersemester 2022 Lehrstuhlvertretung an der Philipps-Universität Marburg; seit Oktober 2022 Inhaber der Professur für Straf- und Strafprozessrecht an der an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.
orcid.org/0009-0002-6001-3228

Gefördert mit einem Druckkostenzuschuss der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung

ISBN 978-3-16-163404-8 / eISBN 978-3-16-163405-5

DOI 10.1628/978-3-16-163405-5

ISSN 2198-6975 / eISSN 2568-8499 (Jus Poenale)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Minion gesetzt, von Stückle Druck in Ettenheim auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die ursprüngliche Fassung dieser Untersuchung wurde im Mai 2021 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen vorgelegt und im November 2021 als Habilitationsschrift angenommen. Für die Drucklegung wurden Rechtsänderungen und Neuauflagen sowie einzelne ausgewählte zwischenzeitlich ergangene Entscheidungen und erschienene Literaturbeiträge bis September 2023 berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt zuallererst meinem akademischen Lehrer Herrn Prof. *Dr. Thomas Rotsch*, der mich vom ersten Tag meines Studiums an für das Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft begeistert und mich während meiner langjährigen Tätigkeit an seinen Professuren in Augsburg und Gießen stets in jeder erdenklichen Weise gefördert hat. Auch für die Verbundenheit über die Habilitation hinaus bin ich sehr dankbar und freue mich über und auf die weitere Zusammenarbeit im Rahmen unserer gemeinsamen Projekte.

Frau Prof. *Dr. Britta Bannenberg* danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens im Rahmen des Habilitationsverfahrens.

Danken möchte ich ferner den Kolleginnen und Kollegen des Gießener Fachbereichs für die angenehme und reibungslose Zusammenarbeit über die Jahre, gerade auch während meiner Habilitationsphase. Dies gilt ganz besonders für meine unmittelbaren Kolleginnen und Kollegen an der Professur, die mich auf meinem Weg begleitet haben, mir stets als Diskussionspartner zur Verfügung standen und mich auch sonst auf verschiedenste Art und Weise unterstützt haben. Die gemeinsame Zeit wird mir stets in bester Erinnerung bleiben.

Für wertvolle Unterstützung bei der Vorbereitung dieser Druckfassung danke ich den Mitarbeiterinnen meiner Bonner Professur Frau *Ellen Hofmann*, Frau *Jannika Hofmann*, Frau *Sophia Schulte* und Frau *Lissy zum Winkel*. Ferner danke ich dem Verlag Mohr Siebeck für die Aufnahme in die Schriftenreihe Jus Poenale, insbesondere Frau *Dr. Julia Caroline Scherpe-Blessing*, LL.M. (Cantab) und Frau *Dominika Zgolik* für die angenehme und unkomplizierte Betreuung sowie Frau *Hannah Hüsken* und Herrn *Klaus Hermannstädter* für das gründliche Lektorat. Der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung danke ich für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Von Herzen danke ich schließlich meiner Familie und meiner Lebensgefährtin dafür, dass sie mich immerzu in meinem Schaffen bestärkt und auf jede nur erdenkliche Art und Weise unterstützt haben. Ohne ihren bedingungslosen Rückhalt wäre diese Untersuchung nicht möglich gewesen.

Friedberg, November 2023

Markus Wagner

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
1. Kapitel: Einführung	1
I. Problemaufriss: Die Fragestellung	1
II. Gang der Untersuchung	4
III. Terminologische Vorfragen	5
2. Kapitel: Das handlungsgleiche Unterlassen im deutschen Strafrecht	8
I. Die Entstehungsgeschichte des heutigen § 13 StGB	8
II. Der Stand der Diskussion um die Entsprechungsklausel im deutschen Strafrecht	51
3. Kapitel: Das handlungsgleiche Unterlassen im ausländischen Strafrecht	114
I. Rechtsordnungen mit vergleichbaren Regelungen	114
II. Rechtsordnungen mit Regelungen im Allgemeinen Teil ohne explizite Entsprechungsklausel	121
III. Rechtsordnungen ohne Regelungen im Allgemeinen Teil	122
IV. Zwischenergebnis	123
4. Kapitel: Das handlungsgleiche Unterlassen im Völkerstrafrecht	124
I. Unterlassungsstrafbarkeit im Völkerstrafrecht bis zum Rom-Statut	125
II. Unterlassungsstrafbarkeit im Rom-Statut	126
III. Völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs und der Literatur	130
IV. Zwischenergebnis	134

5. Kapitel: Entwicklung einer eigenen Auffassung	135
I. Die Stellung des § 13 StGB im System des Strafrechts	137
II. Die Entsprechungsklausel im System des (handlungsgleichen) Unterlassungsdelikts	197
III. Die Fallgruppen der objektiven Zurechnung und ihre Übertragbarkeit auf Unterlassenskonstellationen	228
IV. Standort der Entsprechungsklausel im Deliktsaufbau	250
V. Die Anwendung der Entsprechungsklausel bei besonderen Deliktsarten und Teilnahme	259
VI. Exkurs: Die Milderungsmöglichkeit gem. § 13 Abs. 2 StGB	279
 6. Kapitel: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	 284
 Literaturverzeichnis	 289
Register	325

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
1. Kapitel: Einführung	1
<i>I. Problemaufriss: Die Fragestellung</i>	1
<i>II. Gang der Untersuchung</i>	4
<i>III. Terminologische Vorfragen</i>	5
1. Verhalten vs. Begehen vs. Handlung vs. Unterlassen vs. Untätigkeit	5
2. Klassifizierung der Unterlassungsdelikte: echt vs. unecht vs. handlungsgleich	6
3. Verursachungsdelikte vs. verhaltensgebundene Delikte	7
2. Kapitel: Das handlungsgleiche Unterlassen im deutschen Strafrecht	8
<i>I. Die Entstehungsgeschichte des heutigen § 13 StGB</i>	8
1. Unterlassungsdelikte vor dem 18. Jahrhundert	8
2. Umdenken in der Literatur um 1800	8
3. Gesetzgeberische Reformen im 19. Jahrhundert	11
4. Reformdiskussion um 1900	15
a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	16
b) Der Streitstand in der Literatur	17
c) Gesetzesentwürfe von 1909 bis 1933	21
5. Unterlassungsdelikte im Nationalsozialismus	23
6. Entwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg, insb. Große Strafrechtsreform	32
7. Zusammenfassung und vorläufige Bewertung	48
<i>II. Der Stand der Diskussion um die Entsprechungsklausel im deutschen Strafrecht</i>	51
1. Abstrakte Konzepte zur Entsprechungsklausel	52
a) Rechtsprechung und herrschende Lehre: Modalitätenäquivalenz beschränkt auf verhaltensgebundene Delikte	53

aa) Variation der herrschenden Auffassung (1): Beschränkung auf handlungstäterbezogene Qualifikationsmerkmale – weite Lösung (Roxin)	54
bb) Variation der herrschenden Auffassung (2): Beschränkung auf Merkmale, die das subjektive Unrecht näher charakterisieren (T. Weigend)	56
cc) Variation der herrschenden Auffassung (3): Beschränkung auf handlungstäterbezogene Qualifikationsmerkmale – differenziert nach Garantentypen (Gropp/Sinn, N. Bosch)	56
dd) Variation der herrschenden Auffassung (4): Keine Unterlassungsstrafbarkeit bei Absichtsmerkmalen, Frage des Besonderen Teils im Übrigen (Schmidhäuser)	57
b) Doppelfunktion	57
aa) Gesamtbewertung	58
bb) Differenzierung nach graduell unterschiedlich „starken“ Garantenstellungen (Arzt u. a.)	60
cc) Differenzierung nach unterschiedlichen Begehungstypen der Handlungsdelikte (Schünemann, Berster)	61
dd) Gleichwertigkeit hinsichtlich des Anerkennungswerts (Vogel)	63
ee) Verschlechterungsmoment der objektiven Zurechnung (Kahlo)	64
ff) Gleichstellung in Bezug auf den objektiven und subjektiven Verhaltensunwert (Rauber)	65
c) Funktionslosigkeit bzw. Verfassungswidrigkeit der Entsprechungsklausel	65
2. Die Behandlung der Entsprechungsklausel bei einzelnen Delikten	68
a) Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a StGB)	68
b) Geldfälschung (§ 146 StGB)	69
c) Aussagedelikte (§§ 153 ff. StGB), Beleidigungsdelikte (§§ 185 ff. StGB)	69
d) Zuhälterei (§ 181a StGB)	70
e) Straftaten gegen das Leben	70
aa) Mord (§ 211 StGB)	70
(1) Verdeckungsabsicht	70
(2) Habgier	72
(3) Heimtücke	73
(4) Grausamkeit	73
(5) Mit gemeingefährlichen Mitteln	75
(6) Mordlust	77
(7) Befriedigung des Geschlechtstriebes	78
(8) Ermöglichungsabsicht	78
bb) Totschlag (§ 212 StGB)	79
cc) Schwangerschaftsabbruch (§ 218 StGB)	80
dd) Fahrlässige Tötung (§ 222 StGB)	80

f) Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit	81
aa) Gefährliche Körperverletzung (§ 224 StGB)	81
bb) Misshandlung Schutzbefohlener (§ 225 StGB)	83
cc) Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB)	84
dd) Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 StGB)	90
g) Straftaten gegen die persönliche Freiheit	90
aa) Entziehung Minderjähriger (§ 235 StGB)	90
bb) Nötigung (§ 240 StGB)	91
h) Raub (§ 249 StGB)	92
i) Geldwäsche (§ 261 StGB)	94
j) Betrug (§ 263 StGB)	94
k) Erschleichen von Leistungen (§ 265a StGB)	100
l) Untreue (§ 266 StGB)	101
m) Fälschung technischer Aufzeichnungen (§ 268 StGB)	102
n) Bankrott (§ 283 StGB)	103
o) Gemeingefährliche Vergiftung (§ 314 StGB)	103
p) Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB)	103
q) Rechtsbeugung (§ 339 StGB)	105
r) Mißbräuchliche Verwendung menschlicher Embryonen (§ 2 ESchG) . .	105
s) Inverkehrbringen zum Verzehr nicht geeigneter Lebensmittel (§ 52 Abs. 1 Nr. 9 LMBG a. F.)	106
t) Steuerhinterziehung (§ 370 AO)	106
u) Unrichtige Darstellung (§ 331 HGB)	107
v) Tierquälerei (§ 17 TierSchG)	108
w) Marktmanipulation (§ 119 Abs. 1 WpHG)	108
x) Ordnungswidrigkeitenrecht	111
3. Vorläufige Stellungnahme	112
3. Kapitel: Das handlungsgleiche Unterlassen im ausländischen Strafrecht	114
<i>I. Rechtsordnungen mit vergleichbaren Regelungen</i>	114
1. Österreich	114
2. Schweiz	116
3. Peru	117
4. Kroatien	118
5. Bosnien und Herzegowina	119
6. Slowenien	119
7. Spanien	120
<i>II. Rechtsordnungen mit Regelungen im Allgemeinen Teil ohne explizite Entsprechungsklausel</i>	121

<i>III. Rechtsordnungen ohne Regelungen im Allgemeinen Teil</i>	122
<i>IV. Zwischenergebnis</i>	123
4. Kapitel: Das handlungsgleiche Unterlassen im Völkerstrafrecht .	124
<i>I. Unterlassungsstrafbarkeit im Völkerstrafrecht bis zum Rom-Statut</i>	125
<i>II. Unterlassungsstrafbarkeit im Rom-Statut</i>	126
<i>III. Völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs und der Literatur</i>	130
<i>IV. Zwischenergebnis</i>	134
5. Kapitel: Entwicklung einer eigenen Auffassung	135
<i>I. Die Stellung des § 13 StGB im System des Strafrechts</i>	137
1. Die prinzipielle Bedeutung des § 13 StGB – konstitutiv oder deklaratorisch?	139
2. Die Verfassungskonformität oder -widrigkeit des § 13 StGB	141
a) Das Meinungsspektrum in der Literatur	141
b) Die Rechtsprechung insbesondere des Bundesverfassungsgerichts	143
c) Eigene Stellungnahme	144
3. Die Funktionsweise des § 13 Abs. 1 StGB	146
4. Der Anwendungsbereich des § 13 StGB	151
a) Der Unterlassensbegriff des § 13 StGB	151
aa) Normentheoretische Einordnung des § 13 StGB	151
bb) Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen	156
(1) Klassifizierung der Sachverhaltsqualität	156
(2) Hintergründe einer rechtlichen Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen	157
(a) Philosophische und ökonomische Aspekte	157
(b) Psychologische Aspekte	158
(c) Staatsrechtliche Aspekte	162
(3) Annäherung an die Differenzierung	163
(a) Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Unterlassensbegriff?	163
(b) Die Abgrenzung zwischen Gebot und Verbot	164
(c) Die Struktur der inhaltlichen Ausgestaltung des Gebots	168
b) Der Erfolgsbegriff des § 13 StGB	172
aa) Zum Diskussionsstand	172
bb) Historische Aspekte des Erfolgsbegriffs	173
cc) Teleologische Konkretisierung des Erfolgsbegriffs	174
(1) Zur Relevanz von „Erfolgen“ im Strafrecht allgemein	175

(2) Konsequenzen für den Erfolgsbegriff des § 13 Abs. 1 StGB	178
dd) Einzelfragen	180
(1) Abstrakter Typus oder Erfolg „in seiner konkreten Gestalt“? . .	180
(2) Die sog. „objektiven Bedingungen der Strafbarkeit“ als „Erfolg“ i. S. d. § 13 Abs. 1 StGB?	183
(3) Anwendbarkeit des § 13 StGB auf die sog. schlichten Unterlassungsdelikte?	184
c) Die möglichen strafrechtsdogmatischen Begrenzungen des Anwendungsbereichs des § 13 StGB	185
aa) „Explizite“ Unterlassungsdeliktstatbestände	186
(1) Ausschließliche Unterlassungstatbestände	186
(2) „Doppelfunktionale“ Beschreibungen tatbestandsmäßigen Verhaltens	190
(3) Im Sinne des herkömmlichen Verständnisses „echte“ Unterlassungsdelikte	190
bb) Unterlassungsvarianten als abschließende Sonderregelungen	191
cc) Eigenhändige Delikte	191
dd) Versuch	193
ee) Fahrlässigkeitstatbestände	193
ff) Beteiligungsfragen	195
5. Übertragbarkeit auf § 8 OWiG	196
 <i>II. Die Entsprechungsklausel im System des (handlungsgleichen)</i>	
<i>Unterlassungsdelikts</i>	197
1. Die übrigen Bestandteile des handlungsgleichen Unterlassungsdelikts . .	199
a) Einstandspflicht	199
b) Handlungsmöglichkeit	206
c) Art und Weise der Pflichterfüllung bei verschiedenen Handlungsoptionen	208
d) Zumutbarkeit	209
e) Täterschaft und Teilnahme	210
2. Das tertium comparationis der Entsprechungsklausel	211
a) Terminologische Vorfragen	212
b) Anwendung des Begriffssystems auf das Unterlassungsdelikt	216
c) Erfolgszurechnung als tertium comparationis der Entsprechungsklausel	217
 <i>III. Die Fallgruppen der objektiven Zurechnung und ihre Übertragbarkeit</i>	
<i>auf Unterlassenskonstellationen</i>	228
1. Eigenverantwortliche Selbstgefährdung	228
2. (Erst-)Gefahrschaffung durch Dritte	231
3. Dazwischentreten Dritter	232
a) Behindern des Garanten beim Rettungsversuch	232

b) Zweiter Angriff auf den Schützling	236
aa) Zweite Gefahr verdrängt die erste	237
bb) Parallele Gefahren	237
cc) Aufeinander aufbauende Gefahren	237
c) Zweiter Angriff auf das Opfer neben dem untätigem Überwachergaranten	239
4. Risikoverringerung	239
5. (Unterlassene) Risikoersetzung	240
6. Atypischer Kausalverlauf	240
7. Pflichtwidrigkeitszusammenhang	244
<i>IV. Standort der Entsprechungsklausel im Deliktsaufbau</i>	<i>250</i>
1. Dogmatische Einordnung der Entsprechungsklausel	251
2. Die Entsprechungsklausel als Vorsatzgegenstand?	252
a) Der Umfang der Erstreckung des Vorsatzes auf die objektive Zurechnung	252
b) Übertragbarkeit der Ergebnisse auf die Entsprechungsklausel	256
3. Konsequenzen	257
a) Vollendetes vorsätzliches Unterlassungsdelikt	258
b) Versuchtes Unterlassungsdelikt	258
c) Fahrlässiges Unterlassungsdelikt	258
<i>V. Die Anwendung der Entsprechungsklausel bei besonderen Deliktsarten und Teilnahme</i>	<i>259</i>
1. Erfolgsqualifizierte Delikte	259
2. Mehraktige Delikte	268
3. Delikte mit objektiver Bedingung der Strafbarkeit	271
4. Teilnahme	272
a) Anstiftung	272
b) Beihilfe	276
<i>VI. Exkurs: Die Milderungsmöglichkeit gem. § 13 Abs. 2 StGB</i>	<i>279</i>
1. Das Verhältnis der Milderungsmöglichkeit zur Entsprechungsklausel	280
2. Zur generellen Legitimität der Milderungsmöglichkeit	281
3. Der Anwendungsbereich der fakultativen Strafmilderung	281
4. Zulässige Kriterien für die Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB	282
 6. Kapitel: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	 284
 Literaturverzeichnis	 289
Register	325

1. Kapitel

Einführung

I. Problemaufriss: Die Fragestellung

Der heutige § 13 StGB¹ wurde durch das 2. Strafrechtsreformgesetz², das am 1.1.1975 in Kraft getreten ist,³ im Rahmen der Neufassung des StGB⁴ eingefügt. Er regelt das „Begehen [einer (Straf-)Tat] durch Unterlassen“ und lautet:

„(1) Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.

(2) Die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.“

Eine – soweit ersichtlich – in der deutschen und internationalen Rechtsgeschichte zuvor unbekannte Neuheit ist dabei der Passus „und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“. Inhalt und Bedeutung dieser als „Entsprechungsklausel“⁵, „Entsprechensklausel“⁶ oder „Gleichstellungsklausel“⁷ bezeichneten Wendung sind Jahrzehnte nach ihrer Einführung „äußerst umstritten“⁸, „wenig geklärt“⁹, „eher dunkel“¹⁰ oder sogar „bislang nicht geklärt“¹¹. Bereits im Jahre 1989 konstatierte *Nitze* in seiner Dissertation über die Entsprechungsklausel: „Der Strafrechtswissenschaft ist es seither nicht gelungen, der Entsprechensklausel eine Bedeutung abzugewinnen.“¹² Daran hat sich bis heute

¹ Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung v. 13.11.1998 (BGBl. I 1998, S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 26. Juli 2023 (BGBl. I 2023, Nr. 203) geändert worden ist.

² Art. 1 Nr. 1 Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG) v. 4.7.1969 = BGBl. I 1969, S. 717 (Nr. 56 v. 10.7.1969).

³ Art. 7 des 2. StrRG sah ursprünglich den 1.10.1973 als Zeitpunkt des Inkrafttretens vor; er wurde jedoch durch § 1 Gesetz über das Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts v. 30.7.1973 = BGBl. I 1973, S. 909 (Nr. 63 v. 2.8.1973) dahingehend geändert.

⁴ Neufassung des Strafgesetzbuches (StGB) v. 2.1.1975 = BGBl. I 1975, S. 1 (Nr. 1 v. 7.1.1975).

⁵ Exemplarisch Schönke/Schröder-*N. Bosch*, § 13 Rn. 4; NK/StGB-*Gaede*, § 13 Rn. 19.

⁶ So etwa *Nitze*, Bedeutung der Entsprechensklausel, passim; *Ingelfinger*, GA 1997, 573; *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 13 Rn. 16; *MK/StGB-Freund*, § 13 Rn. 202 ff.

⁷ Etwa *Dölling/Duttge/Rössner/König-Tag*, StGB § 13 Rn. 23 f.

⁸ *Nitze*, Bedeutung der Entsprechensklausel, S. 16.

⁹ *Roxin*, AT II, § 32 Rn. 218.

¹⁰ *Ransiek*, JuS 2010, 490 (493).

¹¹ *Krey/Hellmann/M. Heinrich-Hellmann*, BT II, Rn. 583.

¹² *Nitze*, Bedeutung der Entsprechensklausel, S. 189.

nichts geändert. Die Entsprechungsklausel ist bis heute „schwer durchschaubar[]“¹³ und „ein ‚Buch mit sieben Siegeln‘“¹⁴ geblieben. Etwa *Satzger* resigniert zutreffend¹⁵, dass selbst die Ausbildungsliteratur sich teilweise „geradezu kapitulierend“ dazu hinreißen lässt, den Studierenden zu empfehlen, „die Entsprechungsklausel im Regelfall floskelhaft und ohne nähere Ausführungen zu bejahen“,¹⁶ was „[a]ngesichts der sonst eingeforderten Sorgfalt im Umgang mit expliziten gesetzlichen Merkmalen [...] durchaus verwunderlich [ist]“¹⁷.

Angesichts der Einigkeit darüber, dass der Inhalt der Entsprechungsklausel ungeklärt ist, ist es ebenso verwunderlich, mit welchem dezidiertem Vokabular ihre Bedeutung bewertet wird. Während noch im Gesetzgebungsverfahren vereinzelt geäußert wurde, man solle „keinesfalls auf sie verzichten“¹⁸ und sich in der Kommentarliteratur einzelne Stimmen finden, die der Auffassung sind, die Entsprechungsklausel habe „ihre Berechtigung“¹⁹, wird sie anderenorts als „inhaltsleer“²⁰ oder „bloße Floskel“²¹ abgetan oder resigniert, „[a]lle Suche nach einer Bedeutung [müsse] scheitern“²². Weiterhin wird ihr sogar ein Missbrauchspotenzial attestiert, weil sie die Gerichte dazu verführen könnte, „die Garantstellungen bedenkenlos auszudehnen, weil sich die Strafbarkeit im Einzelfall immer noch durch Verneinung des Entsprechungsverhältnisses abwenden lasse.“²³ Außerdem öffne die unbestimmte Gesetzesfassung bzw. ihre Auslegung durch Wissenschaft und Rechtsprechung „Tür

¹³ *Rengier*, JuS 1989, 802 (808).

¹⁴ So *Satzger*, Jura 2011, 749.

¹⁵ Vgl. etwa *Rengier*, AT, § 49 Rn. 31: „Wer daher in der Fallbearbeitung in solchen Fällen die Klausel nicht erwähnt, wird dafür kaum getadelt werden. Wer auf Perfektion Wert legt, fügt den kurzen Satz an, dass die Nichtabwendung eines tatbestandlichen Erfolges durch einen Garant stets der aktiven Erfolgsherbeiführung entspricht.“ (Hervorhebung entfernt); *Kühl*, AT, § 18 Rn. 124: „Handelt es sich um ein nicht verhaltensgebundenes Delikt, so reicht die Bejahung der sog. Bewirkensäquivalenz durch Feststellung einer Garantstellung für die Gleichstellung des Unterlassens mit einem Tun aus. Geht es also etwa um die Prüfung eines Totschlags gem. § 212 oder einer Körperverletzung gem. § 223, so reicht in Fallbearbeitungen die Feststellung, dass die Entsprechungsklausel nicht heranzuziehen ist, weil schon das Vorliegen einer Garantstellung die ausreichende Bewirkensäquivalenz herstellt.“ (Hervorhebung und Fußnoten entfernt).

¹⁶ *Satzger*, Jura 2011, 749.

¹⁷ *Satzger*, Jura 2011, 749 f.

¹⁸ So *Baldus* in der 117. Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 11.3.1959, vgl.: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12: Zweite Lesung des Entwurfs – Allgemeiner Teil, 1959, S. 99.

¹⁹ So etwa *Dölling/Duttge/Rössner/König-Tag*, StGB § 13 Rn. 23 (wenn auch im Sinne der herrschenden Auffassung begrenzt auf die sog. verhaltensgebundenen Delikte).

²⁰ *Krey/Hellmann/M. Heinrich-Hellmann*, BT II, Rn. 583.

²¹ So etwa *Baumann*, AT (7. Aufl.), § 18 II. 2. b) (S. 249).

²² So etwa *Nitze*, Bedeutung der Entsprechungsklausel, S. 189; vgl. auch S. 111, 151, 163 f. Ähnlich fatalistisch *Krey/Hellmann/M. Heinrich-Hellmann*, BT II, Rn. 583: „nicht überzeugend konkretisierbare Generalklausel“.

²³ So *Roxin*, ZStW 78 (1966), 214 (246); *ders.*, JuS 1973, 197 (198 f.); *Roxin/Stree/Zipf/Jung-ders.*, S. 1 (4f. – hier wörtliches Zitat) unter Verweis auf die ähnlichen Äußerungen bei *Baumann*, AT (6. Aufl.), § 18 II. 2. b) (S. 251 f.; so auch später in der 7. Aufl. auf S. 249); *Busch*, in: FS v. Weber, S. 192 (203); *Rudolphi*, Gleichstellungsproblematik, S. 61 ff.

und Tor“ für Strafbarkeitsausdehnung im Sinne „von § 13 Abs. 1 StGB scheinbar gedeckter Analogien“.²⁴

Die mittlerweile ganz herrschende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur gesteht der Entsprechungsklausel nur einen geringen Anwendungsbereich zu.²⁵ Während sie bei den sog. Verursachungsdelikten keine Rolle spielen soll, entfalte sie Wirkung (nur) bei den sog. verhaltensgebundenen Delikten. Welche Kriterien insoweit darüber entscheiden, ob das Unterlassen der Begehung des jeweiligen Tatbestandes im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB „entspricht“, sei wiederum deliktsabhängig²⁶ und die Feststellung des Vorliegens des Entsprechenserfordernisses eine Frage des Einzelfalls.²⁷

Durch das EGStGB²⁸ wurde auch im Ordnungswidrigkeitenrecht die Parallelvorschrift § 8 OWiG²⁹ eingeführt. Sie lautet:

„Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand einer Bußgeldvorschrift gehört, handelt nach dieser Vorschrift nur dann ordnungswidrig, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.“

Die Literatur schließt insoweit an die (kriminal-)strafrechtliche Diskussion an, weshalb auch in Bezug auf § 8 OWiG resignierend festgestellt wird, die Bedeutung der Entsprechungsklausel sei ungeklärt.³⁰ Im Übrigen wird die im (Kriminal-)Strafrecht herrschende Auffassung, die Entsprechungsklausel habe nur bei den sog. verhaltensgebundenen Delikten eine Bedeutung, auf das Ordnungswidrigkeitenrecht übertragen.³¹ Solche Delikte seien dort aber kaum³² vorhanden,³³ weshalb die Regelung letzt-

²⁴ Berster, ZIS 2011, 255 (257).

²⁵ Dazu noch ausführlich 2. Kap. II. 1. a) auf S. 53 ff.

²⁶ So etwa Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 13 Rn. 66; vgl. auch SK/StGB-Stein, § 13 Rn. 10: „Es handelt sich also immer um eine Interpretation bestimmter einzelner Merkmale, ohne dass Absatz 1 inhaltliche Kriterien angeben würde oder dass die Möglichkeit ersichtlich wäre, allgemeine, übergreifende Regeln zu entwickeln. Letztlich muss daher auf die Interpretation der einzelnen Tatbestandsmerkmale verwiesen werden.“ (Fußnote entfernt). Diese These ist durchaus verwunderlich, werden doch auch alle sonstigen Merkmale des Allgemeinen Teil (z.B. Definition von „Vorsatz“, „Hilfeleisten“) gerade deliktsunabhängig bestimmt und diese – abstrakten – Kriterien schließlich auf ein – konkretes – Delikt angewandt. Dies entspricht gerade dem Sinn und Zweck der „Klammerwirkung“ des Allgemeinen Teils.

²⁷ So etwa SSW/StGB-Kudlich, § 13 Rn. 36; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Mitsch, § 21 Rn. 90.

²⁸ Art. 29 Nr. 2 Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB) v. 2.3.1974 = BGBl. I 1974, S. 469 (Nr. 22 v. 9.3.1974).

²⁹ Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung v. 19.2.1987 (BGBl. I 1987, S. 602), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes v. 14.3.2023 (BGBl. I 2023, Nr. 73) geändert worden ist.

³⁰ So etwa KK/OWiG-Rengier, § 8 Rn. 56.

³¹ Vgl. etwa KK/OWiG-Rengier, § 8 Rn. 56.

³² Zu den diskutierten Vorschriften noch 2. Kap., II. 2. x) auf S. 111 f.

³³ So etwa Göhler-Gürtler/Thoma, § 8 Rn. 4; KK/OWiG-Rengier, § 8 Rn. 56; Dölling/Duttge/Rössner/König-Tag, StGB § 13 Rn. 24; BeckOK/OWiG-Valerius, § 8 Rn. 26.

lich keine praktische Bedeutung habe;³⁴ sogar die Streichung des Passus‘ wird gefordert³⁵.

Angesichts dieser durchaus unbefriedigenden Situation im deutschen Recht erstaunt es, dass teilweise andere Rechtsordnungen die deutsche Rechtslage zum Vorbild genommen haben, um vergleichbare Regelungen einzuführen oder in der jeweiligen wissenschaftlichen Literatur gefordert wird, die deutschen Grundsätze im Wege der Auslegung in die eigene Rechtsordnung zu übertragen;³⁶ selbst im Völkerstrafrecht findet sich vereinzelt die Forderung, eine Entsprechungsklausel nach deutschem Vorbild zu etablieren.³⁷

Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund ist es die Aufgabe der Strafrechtswissenschaft, die Bedeutung der Entsprechungsklausel im System der Unterlassungsdelikte zu entschlüsseln und der Praxis eine Wegweisung an die Hand zu geben, nach welchen Grundsätzen sie im konkreten Einzelfall anzuwenden ist. Hierzu möchte die nachfolgende Untersuchung einen Beitrag leisten. Denn die Dogmatik der Unterlassungsdelikte „ist keineswegs so ausgereift, wie es zunächst den Anschein haben mag“.³⁸

II. Gang der Untersuchung

Im Folgenden werden daher zunächst die Entwicklungsgeschichte des § 13 StGB und der Stand der Diskussion über die Entsprechungsklausel in der deutschen Rechtsprechung und Wissenschaft dargestellt (Kap. 2). Anschließend verlagert der Blick der Untersuchung sich auf die Rechtslage im ausländischen (Kap. 3) sowie im Völkerstrafrecht (Kap. 4). In diesen Abschnitten werden zunächst induktiv Auslegungsmöglichkeiten und Argumentationsmuster im Überblick dargestellt, um diese anschließend mit Blick auf ihre Prämissen, Aussagegehalt und innere Konsistenz beurteilen zu können. Dieser destruktiven Methode schließt sich die deduktive Entwicklung der eigenen Auffassung (Kap. 5) an, die § 13 StGB und seiner Auslegung einer generellen Revision unterzieht und aus einem Gesamtverständnis der Vorschrift heraus Funktion und Inhalt der Entsprechungsklausel ableitet. Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung knapp resümiert werden (Kap. 6).

³⁴ Etwa Göhler-Gürtler/Thoma, § 8 Rn. 4; Dölling/Duttge/Rössner/König-Tag, StGB § 13 Rn. 24.

³⁵ Lemke/Mosbacher-Lemke, OWiG, § 8 Rn. 10.

³⁶ Dazu noch 3. Kap. auf S. 114 ff.

³⁷ Dazu noch 4. Kap. auf S. 130 ff.

³⁸ So zutreffend Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 43; zust. Gimbernat Ordeig, ZStW 111 (1999), 307 m. w. N.

III. Terminologische Vorfragen

Die Unterlassungsdogmatik zeichnet sich in besonderem Maße dadurch aus, dass sie von einer gesetzesfernen Metaterminologie beherrscht wird, die mit großer Selbstverständlichkeit verwendet wird, obwohl sich hinter den jeweiligen Begriffen oftmals unausgesprochen ein anderes inhaltliches Verständnis verbirgt.³⁹ Dieser Umstand ist Ursache für zahlreiche Missverständnisse und unfruchtbare Diskussionen. Um das Risiko für derlei Verständnisschwierigkeiten in dieser Untersuchung im Rahmen des Möglichen zu verringern, stellen die nachfolgenden Ausführungen klar, wie einige der zentralen Begrifflichkeiten im weiteren Fortgang der Untersuchung verstanden werden sollen, sofern sie nicht im Kontext der Wiedergabe einer fremden Auffassung verwendet werden. Teilweise werden diese Begrifflichkeiten im Laufe der weiteren Darstellung näher konturiert, verworfen oder ersetzt.

1. Verhalten vs. Begehen vs. Handlung vs. Unterlassen vs. Untätigkeit

Der umstrittene „strafrechtliche Handlungsbegriff“⁴⁰ hat in erster Linie eine negative Funktion: nämlich Verhaltensweisen von Tieren und nicht gewillkürte menschliche Verhaltensweisen von vornherein aus der Betrachtung auszuschließen.⁴¹ Diese Funktion kann aber der Begriff des „Verhaltens“ ebenso erfüllen und ermöglicht ein Begriffssystem, das ohne Äquivokationen und Neologismen auskommt: Der Begriff der „Handlung“ meint im Folgenden in einem *ontischen* Sinne ein aktives Tun, also eine Körperbewegung. Der Gegenbegriff hierzu ist derjenige der „Untätigkeit“. „Unterlassen“ meint hingegen nicht etwa zwingend (absolute) Untätigkeit, sondern ist in einem *normativen* Sinne als Nicht-Vornahme einer *bestimmten* Handlung (im genannten Sinne) zu verstehen, was auch dann der Fall ist, wenn im betreffenden Zeitpunkt stattdessen eine *andere* Handlung vorgenommen wird. Oberbegriff für Handlung und Untätigkeit (und damit auch Unterlassen) ist derjenige des „Verhaltens“. Delikte, die durch ein aktives Tun begangen werden, werden als „Handlungsdelikte“ bezeichnet, da der Begriff des „Begehungsdelikts“ mit Blick auf die Terminologie des Gesetzes unpräzise ist, weil eine Tat gem. § 13 StGB gerade auch durch Unterlassen „begangen“ werden kann.⁴²

³⁹ Vgl. in diesem Sinne auch bspw. die Beiträge von Schmidhäuser, in: GS Armin Kaufmann, S. 131 ff.; ders., in: FS Müller-Dietz, S. 761 ff.

⁴⁰ Dazu im Überblick Schönke/Schröder-Eisele, Vor §§ 13 ff. Rn. 23/24 ff. m. w. N.

⁴¹ Klarstellend bspw. auch Volk, in: FS Tröndle, S. 219 (220 f.) m. w. N.

⁴² Zutreffend zu dieser Terminologie Beckschäfer, Die Strafrahmenermilderung beim Begehen durch Unterlassen, S. 21; Herzberg, in: FS Röhl, S. 270 (270); Schmidhäuser, in: FS Müller-Dietz, S. 761 (779).

2. Klassifizierung der Unterlassungsdelikte: echt vs. unecht vs. handlungsgleich

Allgemein wird davon ausgegangen, dass es verschiedene Arten von Unterlassungsdelikten gibt: „echte“ und „unechte“. Wodurch diese beiden Kategorien sich unterscheiden sollen, wird dabei nicht einheitlich beantwortet: So versteht die wohl überwiegende Auffassung unter „echten“ Unterlassungsdelikten solche, bei denen sich bereits unmittelbar aus der Formulierung der jeweiligen Vorschrift im Besonderen Teil des StGB (bzw. des Nebenstrafrechts) ergibt, dass der Tatbestand (ausschließlich oder auch) durch Unterlassen verwirklicht werden kann,⁴³ während eine andere Strömung davon ausgeht, „echte“ Unterlassungsdelikte setzen nicht den Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges voraus, was hingegen bei den „unechten“ Unterlassungsdelikten der Fall sei.^{44,45} Diese Abgrenzungsfrage ist einerseits misslich, weil das Gesetz beide Begrifflichkeiten nicht kennt, andererseits unnötig, sofern es sich dabei nur um eine wissenschaftliche Systematisierung handelt, die keine dogmatischen Konsequenzen zeitigt.⁴⁶ Dies wäre nur der Fall, wenn die Klassifizierung als „unecht“ gleichzeitig bedeutete, dass der Anwendungsbereich des § 13 StGB eröffnet ist, was aber nach beiden Auffassungen nicht einheitlich der Fall ist. Eine Aufgabe dieser Untersuchung wird es sein, herauszuarbeiten, ob bzw. welcher Zusammenhang zwischen dem Anwendungsbereich des § 13 StGB einerseits und der Formulierung des in Betracht kommenden Deliktstatbestands andererseits besteht.

Zur Vermeidung von Missverständnissen wird daher im Rahmen dieser Untersuchung folgende differenzierte Terminologie verwendet: Es wird von „echten“ Unterlassungsdelikten bei solchen Deliktstatbeständen gesprochen, die bereits so formuliert sind, dass ihnen ohne Rückgriff auf ergänzende dogmatische Grundsätze ein Unterlassen subsumiert werden kann, während dies bei den „unechten“ Unterlassungsdelikten – tatsächlich oder vermeintlich – erforderlich ist. Von den in diesem Sinne „echten“ Unterlassungsdelikten werden gleichermaßen solche Deliktstatbestände⁴⁷ erfasst, die ausschließlich als Unterlassungstatbestände formuliert sind sowie – insoweit – diejenigen, die „verhaltensneutral“ formuliert⁴⁸ sind.⁴⁹ Ergänzend

⁴³ Bspw. Schönke/Schröder-N. Bosch, Vor §§ 13 ff. Rn. 137 m. w. N.

⁴⁴ Bspw. Lackner/Kühl/Heger-Heger, § 13 Rn. 4 m. w. N.

⁴⁵ Näher zum Streitstand Schönke/Schröder-N. Bosch, Vor §§ 13 ff. Rn. 137 m. w. N.

⁴⁶ Klarstellend bspw. Hübschmann/Hepp/Spitaler-Peters, AO § 370 Rn. 137 (253. Lfg., Stand: Juli 2019); Kohlmann-Ransiek, AO § 370 Rn. 272 (67. Lfg., Stand: August 2020).

⁴⁷ Gemeint ist nicht der gesamte „Paragraph“ oder Absatz, sondern die konkrete Tatbestandsvariante, sofern mehrere vorgesehen sind.

⁴⁸ Z. B. § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB: eine „Pflicht“ kann sowohl durch Tun wie durch Unterlassen „verletzt“ werden; das hängt gerade davon ab, worin die Pflicht in concreto besteht, weshalb der Wortsinn der Vorschrift implizit gleichermaßen als Handlungs- wie als Unterlassungsdelikt fungieren kann.

⁴⁹ *Beckschäfer* (Die Strafraumenmilderung beim Begehen durch Unterlassen, S. 57) differenziert diese beiden Typen terminologisch, indem er die ersteren als „formelle“ und die letzteren als „materielle“ Unterlassungsdelikte bezeichnet.

werden mit „handlungsgleich“ solche Unterlassungsdelikte bezeichnet, auf die § 13 StGB Anwendung findet.⁵⁰

3. Verursachungsdelikte vs. verhaltensgebundene Delikte

Als Untergruppen derjenigen Delikte, die den Eintritt eines tatbestandsmäßigen Erfolges voraussetzen, bezeichnen im Folgenden „Verursachungsdelikte“ oder „reine Erfolgsdelikte“ solche, bei denen die tatbestandliche Beschreibung sich in der (zurechenbaren) Erfolgsherbeiführung erschöpft,⁵¹ während die sog. „verhaltensgebundenen“ Delikte voraussetzen, dass der Erfolg durch bestimmte Tatmodalitäten verursacht wird⁵²

⁵⁰ In Anlehnung an den Begriff „begehungsgleich“, der maßgeblich von *Freund* verwendet, aber in anderem Sinne verstanden wird, vgl. *MK/StGB-ders.*, § 13 Rn. 2, 60 m. w. N. Noch treffender wäre sicherlich der Begriff des „handlungsdeliktsgleichen“ Unterlassungsdelikts, der aber aus Gründen der besseren Lesbarkeit nicht verwendet werden soll.

⁵¹ *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 1. Teil 2. Kap. Rn. 8.

⁵² *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 1. Teil 2. Kap. Rn. 15.

2. Kapitel

Das handlungsgleiche Unterlassen im deutschen Strafrecht

I. Die Entstehungsgeschichte des heutigen § 13 StGB

Will man sich der Bedeutung des heutigen § 13 StGB nähern, so ist es unumgänglich, die Entstehung der Vorschrift in einen größeren historischen Kontext zu setzen.

1. Unterlassungsdelikte vor dem 18. Jahrhundert

Unterlassungsdelikte im Allgemeinen sind keine Erscheinung des modernen Strafrechts. Bereits das römische Strafrecht kannte vereinzelt strafrechtliche Unterlassungsdelikte, wie etwa Fälle der unterlassenen Verbrechensanzeige.¹ Darüber hinaus gab es verschiedene zivilrechtliche Zurechnungsregelungen, die auf das Strafrecht übertragen werden konnten und faktisch eine Unterlassungsverantwortlichkeit zur Folge hatten, wie etwa die Verantwortlichkeit des Herrn für durch seine Sklaven herbeigeführte Verletzungen.² Dabei handelte es sich aber um singuläre Regelungen, die nicht Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes waren.³ Auf diese Weise setzte die Entwicklung sich über das Mittelalter hinweg fort, nur vereinzelt fanden sich grundlegendere Überlegungen.⁴

2. Umdenken in der Literatur um 1800

Die Erkenntnis, dass eine Unterlassungsstrafbarkeit nicht nur bei einzelnen Delikten möglich sein kann, sondern allgemein eine Begehung von Straftaten durch Unterlassen konstruktiv denkbar ist, dringt erst Ende des 18. und Anfang des 19. Jahrhunderts durch.⁵ Der Kommentar *v. Böhmers* zur *Constitutio Criminalis Carolina* enthält im Rahmen der Kommentierung zu Art. 131 (Kindstötung) die – auf einige

¹ Vgl. etwa *Rein*, Kriminalrecht der Römer, S. 120 m. w. N.

² Vgl. *Glaser*, Abhandlungen, S. 331 f.

³ Vgl. *Glaser*, Abhandlungen, S. 334 ff.; *v. Hippel*, Deutsches Strafrecht II, § 14 III. 1. (S. 154 f.).

⁴ Eingehend *Berster*, Das unechte Unterlassungsdelikt, S. 10 ff. m. w. N.

⁵ So auch *Glaser*, Abhandlungen, S. 370 f.; *Clemens*, Unterlassungsdelikte, S. 8; *v. Hippel*, Deutsches Strafrecht II, § 14 III. 1. (S. 155).

wenige Delikte anwendbare⁶ – Aussage, dass das Unterlassen der Handlung gleichzustellen sei, sofern ein Zurechnungszusammenhang bestehe.⁷

Im 1785 erschienenen Lehrbuch von *Westphal* findet sich ein Abschnitt zur „Strafbarkeit der Omission“. Er führt darin aus:

„Es giebt Verbrechen die *commitendo*, aber auch solche, die *omittendo* begangen werden. Man mag auf eine oder die andere Art handeln, so ist es immer strafbar, wann dadurch obhabende Pflichten verletzt werden. Die Omissionen setzen nämlich allemal besondere Pflichten voraus, die der Strafbare auf sich hatt, das, was erfolgt ist, abzuwenden. Wo dergleichen besondere Pflichten nicht sind, da ist die *Commissio* kein Verbrechen. Wann sie aber auch gestraft wird, so beurtheilt man sie dennoch immer gelinder, als *Commissio*nen unter eben den Umständen.“⁸

Auch die gerichtliche Praxis wandte sich dem zu: Das preußische Allgemeine Landrecht stellte zwar klar, dass auch Unterlassungen grundsätzlich strafbar sein konnten,⁹ aber nur dort, wo das Gesetz es explizit vorsah.¹⁰ Als explizites Unterlassungsdelikt nannte es etwa den Kindsmord in § 967¹¹ des 20. Titels des II. Theils; bei den übrigen Tötungsdelikten fand das Unterlassen keine Erwähnung. Trotzdem verurteilte das Kammergericht eine Frau, die ihre vierjährige Tochter allein auf einem Feld zurückgelassen hatte, wo diese – wie beabsichtigt – verstarb, wegen Mordes gem. § 826¹² des 20. Titels des II. Theils, der an den „Todschlags“-Tatbestand gem. § 806¹³ anknüpft, in dem ausschließlich von „Handlungen“ die Rede ist. Das Gericht führte hierzu aus:

„Es leidet keinen Zweifel, daß ein Mord, so wie jedes andere Verbrechen, auch durch seine Unterlassung dessen, was die Gesetze von Jemanden fordern, begangen werden kann.“¹⁴

⁶ Vgl. *Boldt*, von *Böhmer*, S. 294 f.

⁷ Siehe v. *Böhmer*, *Meditationes*, Art. 131 § 13 (S. 563): „*Committendo*, an *omittendo* consummatum fuerit, nil refert, dummodo factum vel omissio causa proxima et immediata caedis fuerit, quo nominem omissam deligationem umbilici verum infanticidium, cuelo coërencendum, constituere, docui ad [...]“. Als ein solcher Zurechnungszusammenhang ist auch ein „moralischer“ Kausalzusammenhang ausreichend (vgl. v. *Böhmer*, *Meditationes*, Art. 177 § 2 [S. 838]); dazu *Boldt*, von *Böhmer*, S. 291 ff.

⁸ *Westphal*, *Criminalrecht*, Siebente Anmerkung (S. 13).

⁹ Theil II Titel 20 § 8: „Auch durch freye Unterlassung dessen, was die Gesetze von jemanden fordern, begehet derselbe ein Verbrechen.“

¹⁰ Theil II Titel 20 § 9: „Handlungen und Unterlassungen, welche nicht in den Gesetzen verboten sind, können als eigentliche Verbrechen nicht angesehen werden, wenn gleich Einem oder dem Andern daraus ein wirklicher Nachtheil entstanden seyn sollte.“

¹¹ „Wenn eine Wöchnerin ihr Kind durch unterlassene Verbindung der Nabelschnur vorsätzlich verbluten läßt; oder demselben die nöthige Pflege und Wartung vorsätzlich entzieht: so wird sie als die Mörderin desselben angesehen.“

¹² „Derjenige, welcher mit vorher überlegtem Vorsatze zu tödten einen Todschlag wirklich verübt, soll als ein Mörder mit der Strafe des Rades von oben herab belegt werden.“

¹³ „Wer in der feindseligen Absicht, einen Andern zu beschädigen, solche Handlungen unternimmt, woraus, nach dem gewöhnlichen allgemein, oder ihm besonders bekannten Laufe der Dinge, der Tod desselben erfolgen mußte, und ihn dadurch wirklich tödtet; der hat als ein Todschläger die Strafe des Schwerdtes verwirkt.“

¹⁴ Kammergericht, in: *Magazin der Rechtsgelehrsamkeit in den preußischen Staaten* 1 (1801), 101 (117).

Den zentralen Umbruch im rechtswissenschaftlichen Denken markiert die Entwicklung des Lehrbuchs von *Feuerbach*. Bereits in der ersten Auflage 1801 führt er aus:

„Ein Strafgesetz kann eine positive Handlung, eine wirkliche Aeussierung der Thätigkeit des Menschen; es kann aber auch eine negative Handlung, eine bestimmte Nichtäussierung der Thätigkeit, mit Strafe bedrohen. Jene positiven Handlungen heissen dann Begehungsverbrechen (del. commissionis); diese negativen, Unterlassungsverbrechen (del. omissionis).“¹⁵

Im Rahmen seiner Ausführungen zur „Beihilfe“ stellt er klar, dass „negativer Gehülfe“ sei, wer „durch pflichtwidrige Unterlassung die That des andern befördert oder möglich macht“.¹⁶ Insoweit stellt er bereits darauf ab, dass die strafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit die Verletzung einer Pflicht voraussetzt.¹⁷ Auf diese mögliche Beihilfestrafbarkeit nimmt er im Rahmen seiner Ausführungen zum Hochverrat („Beihilfe, zu welcher hier auch Verschweigung und unterlassene Verhinderung des Verbrechens gehören“¹⁸) und zur Münzfälschung („Nach besonderer Disposition der Gesetze wird man Theilnehmer, wenn man von dem Verbrechen Wissenschaft hat und es der Obrigkeit nicht anzeigt“¹⁹) Bezug. Weiterhin setzen nach *Feuerbach* die Tötung durch Unterlassen eine „Verbindlichkeit zu einer positiven Handlung“²⁰, die Beleidigung durch Unterlassen die „Unterlassung derjenigen Handlungen, welche der Andere als Zeichen seiner vorzüglichen Ehre zu fodern berechtigt ist“²¹ und die Kuppelei durch Unterlassen die „Verbindlichkeit voraus, über die Tugend des Andern zu wachen“²². Allerdings nimmt er im Rahmen dieser Abschnitte keinen Bezug auf seine Ausführungen zur Beihilfe, weshalb davon auszugehen ist, dass er die genannten Delikte als Ausnahmen und nicht als Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes wahrnimmt; weiterhin benennt er keine möglichen Quellen für die zu verletzen Pflichten oder „Verbindlichkeiten“.²³

Mit der im Jahre 1803 erschienenen zweiten Auflage seines Lehrbuchs vollzieht *Feuerbach* eine Wende. Er führt aus:

„So ferne ein anderes Subject ein Recht auf wirkliche Aeussierung unsrer Thätigkeit hat, in so ferne giebt es Unterlassungsverbrechen [...]. Weil aber die ursprüngliche Verbindlichkeit des Bürgers nur auf Unterlassungen geht, setzt ein Unterlassungsverbrechen immer einen besondern Rechtsgrund (Gesetz oder Vertrag) voraus, durch welchen die Verbindlichkeit zur *Begehung* begründet wird. Ohne diesen wird man durch Unterlassung kein Verbrecher.“²⁴

¹⁵ *Feuerbach*, Lehrbuch (1. Aufl.), § 29 (S. 23 f.).

¹⁶ *Feuerbach*, Lehrbuch (1. Aufl.), § 54 (S. 42).

¹⁷ Vgl. *Clemens*, Unterlassungsdelikte, S. 9.

¹⁸ *Feuerbach*, Lehrbuch (1. Aufl.), § 204 (S. 156).

¹⁹ *Feuerbach*, Lehrbuch (1. Aufl.), § 215 (S. 167).

²⁰ *Feuerbach*, Lehrbuch (1. Aufl.), § 244 (S. 192).

²¹ *Feuerbach*, Lehrbuch (1. Aufl.), § 320 (S. 248 f.).

²² *Feuerbach*, Lehrbuch (1. Aufl.), § 504 (S. 409).

²³ Zutreffend *Clemens*, Unterlassungsdelikte, S. 10.

²⁴ *Feuerbach*, Lehrbuch (2. Aufl.), § 24 (S. 24 f.).

Register

- § 8 OWiG *siehe* Ordnungswidrigkeitenrecht
- § 13 StGB
 - Anwendungsbereich 151–196
 - Bedeutung 139–141
 - Entsprechungsklausel *siehe* Entsprechungsklausel
 - Erfolgsbegriff 172–185
 - Funktionsweise 146–151
 - Stellung im System des Strafrechts 137
 - Strafmilderung *siehe* Milderungsmöglichkeit
 - Unterlassungsbegriff 151–172
 - Verfassungskonformität 141–146, 151
- Anstiftung durch Unterlassen 195–196, 201–211, 272–276
- Argentinisches Strafrecht 123
- Atypischer Kausalverlauf 234, 240–244
- Aussagedelikte 54, 69–70, 192
- Ausschließliches Unterlassungsdelikt 186–190
- Aussetzung 186–189, 282
- Bankrott 103, 184, 271–272
- Begehungsgleiches Unterlassungsdelikt 7
 - Fn. 50, 200
- Beihilfe durch Unterlassen 195–196, 201–211, 276–279
- Beleidigungsdelikte 69–70, 184
- Beteiligung an einer Schlägerei 90, 184, 271
- Beteiligung am Unterlassungsdelikt 195–196, 201–211, 272–279
- Betrug 94–100, 268–269
- Bosnisches Strafrecht 119
- Chinesisches Strafrecht 123
- Common law 123
- Dazwischentreten Dritter 232–239
- Doppelfunktionales Delikt *siehe* Verhaltensneutrales Delikt
- Echtes Unterlassungsdelikt *siehe* Schlichtes Unterlassungsdelikt
 - Anwendbarkeit des § 13 StGB 190–191
 - Begriff 6
- Eigenhändige Delikte 54, 55, 63, 69, 104, 191–192, 198
- Eigenverantwortliche Selbstgefährdung 228–231
- Einstandspflicht 199–205
- Embryonenschutzgesetz 105–106
- Entsprechungsklausel
 - Anwendungsbereich 53
 - Begriff 1
 - Diskussionsstand 51–68, 68–111
 - Funktionslosigkeit 65
 - Historie 8, 48–51
 - Missbrauchspotenzial 2, 51, 113
 - Ordnungswidrigkeitenrecht *siehe* Ordnungswidrigkeitenrecht
 - Prüfungsstandort 193, 250–258
 - Tertium comparationis 211–228
 - Verfassungswidrigkeit 65
 - Vorsatz 193, 250–258
- Entziehung Minderjähriger 90–91
- Erfolg
 - Begriff 172–185
 - in seiner konkreten Gestalt 180–183, 203, 205, 233, 246, 263
 - im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB 178–185
 - Teilnahme 272
 - Unrecht *siehe* Erfolgsunrecht
 - Unwert *siehe* Erfolgsunwert
- Erfolgsabwendungspflicht 164, *siehe* Einstandspflicht
- Erfolgsqualifiziertes Delikt 259–268
- Erfolgsunrecht 76, 113, 132, 207, 211–216

- Erfolgsunwert 76, 77, 84, 103, 113, 132
Fn. 47, 211–216, 216–217, 220, 250, 271,
279, 280
- Erschleichen von Leistungen 100–101
- Explizites Unterlassungsdelikt 186–191
- Fahrlässige Tötung 80–81
- Fahrlässiges Unterlassungsdelikt 193–195,
258
- Fälschung technischer Aufzeichnungen
102–103
- Formelles Unterlassungsdelikt 6 Fn. 49
- Freiverantwortliche Selbstgefährdung *siehe*
Eigenverantwortliche Selbstgefährdung
- Garantenpflicht *siehe* Einstandspflicht
- Gebot
– Begriff 164–168
– Struktur 168–172
- Gefährliche Körperverletzung 81–83
- Geldfälschung 54, 69
- Geldwäsche 94
- Gemeingefährliche Vergiftung 103
- Große Strafrechtskommission 32–48
- Handlung
– Begriff 5
– Möglichkeit *siehe* Handlungsmöglich-
keit
– Unrecht *siehe* Handlungsunrecht
– Unwert *siehe* Handlungsunwert
- Handlungsdeliktsgleiches Unterlassungs-
delikt 7 Fn. 50
- Handlungsgleiches Unterlassungsdelikt 6–7
- Handlungsmöglichkeit 117, 164–168,
206–209, 232, 249, 277
- Handlungsunrecht 56, 74, 77, 109, 113, 132,
siehe Verhaltensunrecht
- Handlungsunwert 56, 76, 77, 78, 82, 113,
115, 214, 279, *siehe* Verhaltensunwert
- Insolvenzverschleppung 185
- Inverkehrbringen zum Verzehr nicht
geeigneter Lebensmittel 106
- Iranisches Strafrecht 123
- Italienisches Strafrecht 122
- Japanisches Strafrecht 123
- Kausalverlauf, atypischer *siehe* Atypischer
Kausalverlauf
- Kolumbianisches Strafrecht 122
- Koreanisches Strafrecht 122
- Körperverletzungsdelikte 81–90
- Körperverletzung mit Todesfolge 84–89,
263–268
- Kroatisches Strafrecht 118
- Lehre von der objektiven Zurechnung *siehe*
Objektive Zurechnung
- Marktmanipulation 108–111
- Materielles Unterlassungsdelikt 6 Fn. 49
- Mehraktiges Delikt 268–271
- Milderungsmöglichkeit 55, 60, 63, 94, 95,
107, 138, 187, 189, 190–191, 279–283
- Mißbräuchliche Verwendung menschlicher
Embryonen 105–106
- Misshandlung Schutzbefohlener 56, 83–84,
186–189, 282
- Modalitätenäquivalenz 53, 56, 67, 69, 88, 90,
108, 110, 117, 150 Fn. 68, 216, 273
- Mord 70–79
– Befriedigung des Geschlechtstriebes 78
– Ermöglichungsabsicht 78–79
– Gemeingefährliche Mittel 75–77
– Grausamkeit 56, 73–75
– Habgier 72
– Heimtücke 73
– Mordlust 77–78
– Verdeckungsabsicht 70–72
- Nationalsozialismus 23–32
- Nichtanzeige geplanter Straftaten 154,
184–185, 278 Fn. 742, 281
- Normentheorie 151–155
- Nötigung 91–92
- Objektive Bedingung der Strafbarkeit
183–184, 271–272
- Objektive Zurechnung 217–228, 228–250,
252–256
- Ordnungswidrigkeitenrecht 3–4, 111–112,
196–197
- Österreichisches Strafrecht 114–116
- Peruanisches Strafrecht 117–118

- Pflichtenkollision 167, 207
 Pflichtwidrigkeitszusammenhang 244–250
 Polnisches Strafrecht 122
 Preußisches Strafrecht 9, 13–15

 Raub 92–94, 262–263, 269–271
 Rechtsbeugung 105, 192
 Rechtsfolgenverweisung 146–151
 Rechtsgrundverweisung 146–151, 216, 218, 285–286
 Risikoersetzung 240
 Risikoverringering 239–240

 Sanktionsnorm *siehe* Erfolgswert, Normentheorie, Verhaltensunwert
 Schlichtes Unterlassungsdelikt 184–185
 Schwangerschaftsabbruch 80
 Schweizer Strafrecht 116–117
 Selbstgefährdung, eigenverantwortliche *siehe* Eigenverantwortliche Selbstgefährdung
 Slowenisches Strafrecht 119–120
 Spanisches Strafrecht 120–121
 Steuerhinterziehung 106–107, 191, 233
 Fn. 506, 282
 Strafmilderung, fakultative *siehe* Milderungsmöglichkeit
 Strafvereitelung 186–187, 204–205

 Täterschaft durch Unterlassen 195–196, 201–211, 274, 277–279
 Teilnahme durch Unterlassen 195–196, 201–211, 272–279
 Tenor bei Unterlassungsdelikten 188
 Tierquälerei 108
 Totschlag 79–80
 Trunkenheit im Verkehr 103–104, 180, 198

 Üble Nachrede 184, *siehe* Beleidigungsdelikte
 Unechtes Unterlassungsdelikt 6
 Unrecht 211–216
 – Erfolgs- *siehe* Erfolgswert
 – Handlungs- *siehe* Handlungsunrecht
 – Verhaltens- *siehe* Verhaltensunrecht
 Unrichtige Darstellung 107–108
 Untätigkeit 5

 Unterlassene Hilfeleistung 154, 163, 167, 170, 185, 189, 191, 200, 203, 236, 270, 278
 Fn. 742, 279, 281
 Unterlassung
 – Abgrenzung zum Tun 156–172
 – Begriff 5, 151–172, 206–209, *siehe* Handlungsmöglichkeit
 Unterlassungsdelikt
 – ausschließliches *siehe* Ausschließliches Unterlassungsdelikt
 – begehungsgleiches *siehe* Begehungsgleiches Unterlassungsdelikt
 – Beteiligung 195–196, 201–211, 272–279
 – echtes *siehe* Echtes Unterlassungsdelikt, Schlichtes Unterlassungsdelikt
 – explizites *siehe* Explizites Unterlassungsdelikt
 – fahrlässiges *siehe* Fahrlässiges Unterlassungsdelikt
 – formelles *siehe* Formelles Unterlassungsdelikt
 – handlungsgleiches *siehe* Handlungsgleiches Unterlassungsdelikt
 – handlungsdeliktsgleiches *siehe* Handlungsdeliktsgleiches Unterlassungsdelikt
 – materielles *siehe* Materielles Unterlassungsdelikt
 – Objektive Zurechnung 217–228, 228–250
 – schlichtes *siehe* Schlichtes Unterlassungsdelikt, Echtes Unterlassungsdelikt
 – Strafmilderungsmöglichkeit *siehe* Milderungsmöglichkeit
 – Tenor 188
 – unechtes *siehe* Unechtes Unterlassungsdelikt
 – Versuch *siehe* Versuchtes Unterlassungsdelikt
 Unterlassungstäterschaft 195–196, 274, 277–279
 Untreue 6 Fn. 48, 101–102, 190, 203, 282
 Unwert 211–216
 – Erfolgs- *siehe* Erfolgswert
 – Handlungs- *siehe* Handlungsunwert, Verhaltensunwert
 – Verhaltens- *siehe* Verhaltensunwert

 Verbot 164–168
 Verhalten

- Begriff 5
- Möglichkeit 164–168, *siehe* Handlungsmöglichkeit
- Unrecht *siehe* Handlungsunrecht, Verhaltensunrecht
- Unwert *siehe* Handlungsunwert, Verhaltensunwert
- Verhaltensgebundenes Delikt 7, 59, 71, 73–74, 84, 86, 91, 103, 105, 110, 111–112
- Begriff 7, 197–198
- Relevanz der Kategorie 198
- Verhaltensneutrales Delikt 6, 190
- Verhaltensnorm *siehe* Normentheorie, Verhaltensunrecht
- Gebot *siehe* Gebot
- Verbot *siehe* Verbot
- Verhaltensunrecht 78, 199, 211–216
- Verhaltensunwert 65, 72, 199, 211–216, 216, 259, *siehe* Handlungsunwert
- Versuchtes Unterlassungsdelikt 193, 258
- Verursachungsdelikt 7
- Völkerstrafrecht 124–134
- Vollrausch 184
- Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat 68–69
- Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen 184–185, 255
- Vorsatz hinsichtlich der Entsprechungsklausel 193, 250–258
- Waffenrecht 80–81, 230, 238
- Zeugenpflicht 204–205
- Zuhälterei 54, 70
- Zumutbarkeit 209
- Zurechnungsunterbrechung *siehe* Dazwischentreten Dritter, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung