

Neues aus der Strafrechtswissenschaft: Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB, 2024*

Von Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn**

Zum Geleit: Die (Straf-)Rechtswissenschaft ist ein stetig wachsendes Feld. Zum einen werden in einer immer komplexer werdenden Welt etwa durch gesetzgeberische und technische Entwicklungen stetig neue Forschungsgegenstände erschlossen, die auch strafrechtlicher Betrachtung bedürfen. Damit geht zum anderen aber auch einher, dass die Zahl der Personen, die sich diesen Fragestellungen widmen, beständig ansteigt.

Aus dieser Entwicklung ergibt sich ein Dilemma: Zwar entsteht einerseits eine Vielzahl wichtiger Untersuchungen – gedacht ist dabei insbesondere an Dissertationen und Habilitationsschriften –, die die strafrechtswissenschaftliche Forschung entscheidend voranbringen können. Andererseits werden viele solcher Arbeiten leider nicht im gebührenden Maße wahrgenommen, weil sie in der großen Menge der Publikationen untergehen und kaum noch jemand über die zeitlichen Ressourcen verfügt, Monographien aus bloßem Interesse heraus zu lesen.

Die Rubrik „Neues aus der Strafrechtswissenschaft“ will einen Beitrag dazu leisten, dieser Entwicklung gegenzusteuern. Sie bietet jungen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern aus der ganzen Welt die Möglichkeit, die zentralen Thesen ihrer Qualifikationsschrift in einem kompakten Aufsatz der internationalen Fachöffentlichkeit in deutscher, englischer oder spanischer Sprache vorzustellen. Auf diese Art und Weise haben interessierte Leserinnen und Leser die Möglichkeit, sich in zeiteffizienter Weise über den Inhalt und die Kernthesen des jeweiligen Buches zu informieren und auf dieser Grundlage entscheiden zu können, ob sie sich näher mit dem Werk beschäftigen mögen. So wird die Sichtbarkeit von herausragenden Arbeiten erhöht und der – insbesondere auch internationale – wissenschaftliche Austausch gefördert.

Herausgeber und Redaktion der ZfIStw

I. Einleitung

Das Rechtssystem eines Landes ist in vielerlei Hinsicht Bestandteil und Ausdruck der jeweiligen Kultur. Das gilt vor allem für das Strafrecht, in dem oftmals in besonderem Maße nationale Wertvorstellungen zum Ausdruck kommen, etwa in Form der Priorisierung und Gewichtung bestimmter Güter und Interessen.

* Zusammenfassung der wesentlichen Thesen der Habilitationsschrift: M. Wagner, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB, Zugleich Vorarbeiten zu einer grundlegenden Rekonstruktion der Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Mohr Siebeck 2024, im open access abrufbar unter <https://www.mohrsiebeck.com/buch/die-entsprechungsklausel-in-13-abs-1-stgb-9783161634055/> (23.11.2024).

** Der Autor ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Einer der Faktoren, dem insoweit eine hohe Aussagekraft zukommt, ist die Unterlassungsdogmatik, also wie und in welchem Umfang die betreffende Rechtsordnung Gebote aufstellt und mit Strafe bewehrt. Je kollektivistischer eine Gesellschaft organisiert ist, desto mehr aktive Beiträge fordert sie von ihren Mitgliedern und desto eher wird die Verletzung von Geboten als gleichermaßen schwerwiegend erachtet wie das aktive Übertreten von Verboten. In individualistisch geprägten Gesellschaften hingegen wird die Verpflichtung des Einzelnen, aktiv zum Schutz von fremden Gütern tätig zu werden, in erster Linie als rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Freiheit des Verpflichteten verstanden, weshalb Gebote tendenziell schwerer zu legitimieren sind und Unterlassungsstrafbarkeit typischerweise die Ausnahme darstellt.¹

Auf der Linie zwischen diesen beiden Polen steht Deutschland der letztgenannten Gruppe deutlich näher. Des Weiteren stellt das deutsche Verfassungsrecht – zumindest auf dem Papier – hohe Anforderungen an die Bestimmtheit von Strafbarkeit (Art. 103 Abs. 2 GG).

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass die gesetzlichen Regelungen zur Unterlassungsstrafbarkeit im deutschen Strafrecht sehr überschaubar sind. Zum einen finden sich vereinzelt Delikte im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs und im Nebenstrafrecht, deren tatbestandsmäßiges Verhalten so formuliert ist, dass unter Zugrundelegung eines alltagssprachlichen Vorverständnisses ein Unterlassen erfasst wird, so z.B. die Unterlassene Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB („Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet [...]“), die Nichtanzeige geplanter Straftaten gem. § 138 Abs. 1 StGB („Wer [...] es unterläßt, der Behörde oder dem Bedrohten rechtzeitig Anzeige zu machen [...]“) oder die Insolvenzverschleppung gem. § 15a Abs. 4 Nr. 1 Var. 1 InsO („[...] wer [...] einen Eröffnungsantrag [...] nicht [...] stellt [...]“). Anders als etwa im französischen Strafrecht existiert neben diesen speziellen Delikten im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, der gem. Art. 1 Abs. 1 EGStGB auch für das Nebenstrafrecht gilt, die Vorschrift des § 13 StGB. Sie lautet:

§ 13 Begehen durch Unterlassen

(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.

¹ Vgl. zu kulturellen Unterschieden bei der moralischen Gewichtung von Tun und Unterlassen bspw. Miller/Bersoff/Harwood, Journal of Personality and Social Psychology 58 (1990), 33; Abarbanell/Hausser, Cognition 115 (2010), 207.

Durch diese extrem offen formulierte Regelung wird es ermöglicht,² dass prinzipiell jedes Delikt unter bestimmten Voraussetzungen auch durch Unterlassen begangen werden kann. Mit Blick auf das zu Art. 103 Abs. 2 GG Gesagte muss es verwundern, dass diese Regelung erst seit 1975 in Kraft ist,³ die Rechtsprechung aber bereits zuvor eine Unterlassungsstrafbarkeit kraft freier Rechtsschöpfung zuließ.⁴

§ 13 Abs. 1 StGB stellt im Wesentlichen drei Voraussetzungen auf:

- Das Unterlassen, einen strafatbestandsmäßigen Erfolg abzuwenden
- Die Einstandspflicht für das Ausbleiben des Erfolgs
- Das Entsprechen von Unterlassen und Tatbestandsverwirklichung durch Tun

Der Beitrag beschäftigt sich mit dem letztgenannten Erfordernis, der sog.⁵ Entsprechungsklausel. Sie ist in dreierlei Hinsicht erstaunlich: *Erstens* ist sie, wie noch zu zeigen sein wird, – verkürzt gesagt – der Grund, weshalb § 13 StGB in seiner heutigen Form überhaupt existiert. *Zweitens* ist, obwohl es sich um eine explizite gesetzliche Strafbarkeitsvoraussetzung handelt, völlig unklar, was damit gemeint ist, weshalb sie von Rechtsprechung und Wissenschaft schlichtweg weitgehend ignoriert wird. *Drittens* haben verschiedene andere Rechtsordnungen (wie etwa das österreichische⁶, schweizerische⁷ und peruanische⁸ Strafrecht) die Formulie-

² Andere Stimmen in der Literatur schreiben § 13 StGB hingegen nur eine deklaratorische Bedeutung zu, vgl. insb. *Freund*, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), *Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 225 (241); *ders./Rostalski*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 13 Rn. 14 f.; insoweit zustimmend *Bosch*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 5/6; vgl. auch *Gimbernat Ordeig*, *ZStW* 111 (1999), 307 (314 f.). Dazu noch unter III.

³ 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); beachte insoweit auch § 1 des Gesetzes 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).

⁴ Dazu noch unten unter II.

⁵ Nachweise zu anderen Begrifflichkeiten bei *M. Wagner*, *Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB*, 2024, S. 1.

⁶ § 2 öStGB (Begehung durch Unterlassung):

„Bedroht das Gesetz die Herbeiführung eines Erfolges mit Strafe, so ist auch strafbar, wer es unterläßt, ihn abzuwenden, obwohl er zufolge einer ihn im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung dazu verhalten ist und die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein Tun gleichzuhalten ist.“

⁷ Art. 11 Abs. 3 chStGB:

„Die Unterlassung eines Verbrechens ist strafbar, wenn der Täter durch sein Verhalten die Verwirklichung des Verbrechens durch ein Tun gleichzuhalten ist.“

rung des § 13 StGB trotz dieser Unsicherheiten zum Vorbild genommen und in ihren jeweiligen Strafgesetzen Regelungen eingeführt, die diesem ähneln und auch eine Art Entsprechungsklausel enthalten.

Zunächst ist die Entstehungsgeschichte der Entsprechungsklausel zu beleuchten (II.). Anschließend wird ein grober Überblick über die Rechtsprechung und Literatur hierzu vermittelt (III.), bevor ein eigenes Modell präsentiert wird (IV.).

II. Historie

In früheren Zeiten gab es nur vereinzelte Unterlassungsdelikte.⁹ So kannte etwa das römische Strafrecht Regelungen zur Verantwortlichkeit des Herrn für Handlungen seiner Sklaven.¹⁰ Ein allgemeines Unterlassungskonzept existierte jedoch nicht.

Erst um das Jahr 1800 herum entwickelte sich in der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung der Gedanke, dass konstruktiv eine Unterlassungsverantwortlichkeit grundsätzlich bei allen Delikten möglich ist.¹¹ Den wohl wichtigsten Beitrag leistete insoweit *Feuerbach*, der in der zweiten Auflage seines Lehrbuchs eine grundlegende Wende vollzog. Er führt aus:

„So ferne ein anderes Subject ein Recht auf wirkliche Auesserung 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.“¹²

„Wer pflichtwidrig untätig bleibt, ist gestützt auf den entsprechenden Tatbestand nur dann strafbar, wenn ihm nach den Umständen der Tat derselbe Vorwurf gemacht werden kann, wie wenn er die Tat durch ein aktives Tun begangen hätte.“

⁸ Art. 13 Código Penal (Omisión impropia):

„El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.“

Dazu etwa *Caro John*, *La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú – Anuario de Derecho Penal* 2009, 83 (90 ff.).

⁹ Dazu näher *Berster*, *Das unechte Unterlassungsdelikt, Der gordische Knoten des Allgemeinen Teils*, 2014, S. 10 ff. m.w.N.

¹⁰ Bspw. *Glaser*, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, 1858 (Nachdruck 1978), S. 331 f.

¹¹ *M. Wagner* (Fn. 5), S. 8 ff. m.w.N.

¹² *Feuerbach*, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 2. Aufl. 1803, § 24 (S. 24 f.).

Hierin liegt der Beginn der heutigen deutschen Unterlassungsdogmatik.

Die literarische Diskussion wandte sich in der Folge der Frage zu, welche Garantienpflichten es gibt¹³ und ob ein Unterlassen für den Erfolgseintritt kausal werden kann¹⁴. Diese Entwicklung nahmen die Partikulargesetzgeber vielerorts zum Anlass, klarstellende Regelungen einzuführen, die zu- meist nur zum Inhalt hatten, dass Delikte auch durch Unterlassen begangen werden können.¹⁵ In Preußen aber führte ein Missverständnis im Staatsrat dazu, dass eine entsprechende Regelung aus dem ursprünglichen Gesetzentwurf gestrichen wurde.¹⁶ Dieser Mangel wurde auch im preußischen Strafgesetzbuch von 1851 nicht behoben, weshalb auch im Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund und im Reichsstrafgesetzbuch keine allgemeine Regelung zur Unterlassungsstrafbarkeit enthalten war. Die Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals¹⁷ und des Reichsgerichts¹⁸ entwickelte daher eine Unterlassungsdogmatik extra legem, während die rechtswissenschaftliche Literatur sich mit dem philosophischen Streit über die Unterlassungskausalität beschäftigte – in den Worten *Franz von Liszt* und *Eberhard Schmidt* „einer der unfruchtbarsten“, den „die strafrechtliche Wissenschaft je geführt hat“.¹⁹

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wuchs die Unzufriedenheit mit der Situation und es gab zahlreiche Bemühungen, die allgemeinen Anforderungen an die Unterlassungsstrafbarkeit gesetzlich zu normieren, die aber allesamt scheiterten.²⁰ Auch die Nationalsozialisten, für die Unterlassungsstrafbarkeit auf Grundlage des „völkischen“ Rechtsdenkens eine besondere Rolle spielte,²¹ konnten sich nicht auf eine Formulierung einigen, bevor die Reformtätigkeit im Zuge des Zweiten Weltkriegs eingestellt wurde.²²

Nach Gründung der Bundesrepublik wurden Zweifel laut, ob die bisherige Praxis ohne gesetzliche Regelung mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar sei.²³ Daraufhin wurde im Zuge der Großen Strafrechtsreform das Bemühen um eine allgemeine Unterlassungsregelung wieder aufgegriffen.²⁴ In der Großen Strafrechtskommission drohte das Projekt aber alsbald zu scheitern, weil man einerseits davon ausging, dass es unmöglich sei, die in Frage kommenden Garantienpflichten abschließend gesetzlich aufzulisten, andererseits aber eine allgemeine Floskel, wie sie sich im heutigen § 13 Abs. 1 StGB findet, nichtssagend wäre und somit de facto die Rechtsprechung weiterhin zur freien Rechtsschöpfung ermächtigte. Daher wurde es von einigen Mitgliedern der Kommission als sinnvoller angesehen, doch keine gesetzliche Regelung zu schaffen.²⁵ Erst die Ergänzung des Entwurfs um die von *Wilhelm Gallas* vorgeschlagene Gleichstellungs-Klausel führte dazu, dass die Kommission sich auf einen Kompromiss einigen konnte.²⁶ Sie lautete:

„Wer es unterläßt, einen zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehörenden Erfolg abzuwenden, wird nur dann als Täter oder Teilnehmer bestraft, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintreten werde, und sein Verhalten auch nach den besonderen Umständen der Tat und unter Berücksichtigung der Handlungsmerkmale des gesetzlichen Tatbestandes dem Begehen durch ein Tun gleichwertig ist.“²⁷

¹³ Vgl. etwa *Spangenberg*, Neues Archiv des Criminalrechts 4 (1821), 527 (531, 535 ff.); *Stübel*, Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, Ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und zur Berichtigung der in den Criminalgerichten geltenden Grundsätze, 1828, § 37 (S. 61).

¹⁴ *Luden*, Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht, Bd. 1, 1836 (Nachdruck 1997), S. 469 ff.

¹⁵ *M. Wagner* (Fn. 5), S. 11 ff. m.w.N.

¹⁶ Dazu näher *Clemens*, Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch, 1912, S. 36 ff.

¹⁷ Vgl. die Nachweise bei *Landsberg*, Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht, 1890, S. 232 ff.

¹⁸ Exemplarisch RG (I. Strafsenat), Urt. v. 14.2.1884 – 215/84 = RGSt 10, 100; RG (I. Strafsenat), Urt. v. 19.10.1911 – I 628/11 = RGSt 45, 210; RG (II. Strafsenat), Urt. v. 20.1.1930 – II 230/29 = RGSt 63, 392.

¹⁹ v. *Liszt/E. Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927, § 30 II. (S. 164).

²⁰ *M. Wagner* (Fn. 5), S. 15 ff. m.w.N.

²¹ *Hartl*, Das nationalsozialistische Willensstrafrecht, 2000, S. 140.

²² *M. Wagner* (Fn. 5), S. 23 ff. m.w.N.

²³ Insb. *H. Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 119 ff.

²⁴ Zum Folgenden *M. Wagner* (Fn. 5), S. 33 ff. m.w.N.

²⁵ Insb. *Bockelmann*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12: Zweite Lesung des Entwurfs – Allgemeiner Teil, 1959, Anhang Nr. 23 (= Umdruck II R 5), S. 475; *Welzel*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12: Zweite Lesung des Entwurfs – Allgemeiner Teil, 1959, Anhang Nr. 3 (= Umdruck II R 2), S. 418; *Mezger*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12: Zweite Lesung des Entwurfs – Allgemeiner Teil, 1959, Anhang Nr. 9 (= Umdruck II R 10), S. 447.

²⁶ Bspw. *Welzel*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12: Zweite Lesung des Entwurfs – Allgemeiner Teil, 1959, 117. Sitzung vom 11.3.1959, S. 94; vgl. auch *Mezger*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12: Zweite Lesung des Entwurfs – Allgemeiner Teil, 1959, 117. Sitzung vom 11.3.1959, S. 91 unter Bezugnahme auf *E. Schmidt*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12: Zweite Lesung des Entwurfs – Allgemeiner Teil, 1959, 117. Sitzung vom 11.3.1959, S. 89.

²⁷ Vgl. Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12: Zweite Lesung des Entwurfs – Allgemeiner Teil, 1959, Anhang Nr. 26 (= Umdruck II K 2), S. 481 (*Hervorhebung* durch den *Verf.*).

Dieser Entwurf wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens geringfügig verändert und die Gleichwertigkeitsformulierung durch die heutige Entsprechungsklausel ersetzt.²⁸

Der Zweck dieser Umformulierung hin zum Entsprechenserfordernis – eine ähnliche Formulierung hatte zuvor der AE 1966 enthalten²⁹ – ist unklar: So wurde einerseits vorgetragen, es bestehe kein inhaltlicher Unterschied, andererseits stehe die Gleichwertigkeits-Formulierung inhaltlich im Widerspruch mit der fakultativen Strafmilderung.³⁰ Dieses Argumentation ist widersprüchlich, da, wenn beide Begriffe bedeutungsidentisch wären, auch beide (oder keiner von beiden) einen Widerspruch zur Milderungsmöglichkeit darstellen müssten.³¹ Auch der Gegeneinwand, beim Entsprechen komme es „weniger auf die Gleichwertigkeit des Unrechts im allgemeinen als vielmehr auf die tatbestandsmäßige Gleichwertigkeit des Unterlassens mit dem Tun an“ und „daß das Unterlassen dem tatbestandsmäßig vertypen Unrecht gleichkommen müsse“³², vermag nicht zu überzeugen. Dies zeigt, dass es sich bei der Formulierung lediglich um eine leere Worthülse handelt. Ziel der Entsprechungsklausel sollte es sein, das Tor für eine Gesamtbewertung der Tat durch die Rechtsprechung zu öffnen, sodass unerwünschte Ergebnisse im Einzelfall korrigiert werden können.³³ Daher kritisierte etwa *Roxin* die Entsprechungsklausel, weil sie erhebliches Potenzial für Missbrauch biete.³⁴

²⁸ Zum Folgenden *M. Wagner* (Fn. 5), S. 45 ff. m.w.N.

²⁹ *Baumann u.a.*, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 1966, S. 9:

„§ 12 Begehen durch Unterlassen

Wer es unterläßt, den zum Tatbestand gehörenden Erfolg abzuwenden, obwohl er

1. auf Grund einer gesetzlichen oder freiwillig übernommenen Rechtspflicht gegenüber der Allgemeinheit oder dem Geschädigten dafür zu sorgen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, oder

2. eine nahe Gefahr für den Eintritt des Erfolges geschaffen hat,

ist nach dem betreffenden Tatbestand nur dann strafbar, wenn das Unrecht seines Verhaltens nach den Umständen der Tat dem Unrecht der Begehung durch Tun entspricht.“

³⁰ *Dreher*, in: Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Bd. 5/2: V. Wahlperiode (1965). Sitzungsberichte Nr. 51–100, 92. Sitzung vom 18.1.1968, S. 1868. So auch die spätere offizielle Gesetzesbegründung: BT-Drs. V/4095, S. 8.

³¹ So auch bereits *Schlee*, in: Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Bd. 5/2: V. Wahlperiode (1965). Sitzungsberichte Nr. 51–100, 92. Sitzung vom 18.1.1968, S. 1868.

³² *Sturm*, in: Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Bd. 5/2: V. Wahlperiode (1965). Sitzungsberichte Nr. 51–100, 92. Sitzung vom 18.1.1968, S. 1868.

³³ Vgl. nur etwa BT-Drs. 2150, S. 118.

³⁴ So *Roxin*, ZStW 78 (1966), 214 (246); *ders.*, JuS 1973, 197 (198 f.); *ders.*, in: *ders./Stree/Zipf/Jung*, Einführung in das neue Strafrecht, 2. Aufl. 1975, S. 1 (4 f.).

II. Rechtsprechung und Literatur

Wie eingangs bereits angedeutet, hat diese Befürchtung in Bezug auf die Rechtsprechung sich nicht bewahrheitet. Es ist keineswegs so, dass die Rechtsprechung die Entsprechungsklausel beliebig heranzieht, um unerwünschte Ergebnisse im Einzelfall zu vermeiden. Vielmehr geht sie zumeist überhaupt nicht darauf ein.³⁵ Das dürfte – jedenfalls auch – darauf zurückzuführen sein, dass die Literatur bisher keine geeigneten Konzepte entwickelt hat, um die Entsprechungsklausel handhabbar zu machen, sondern ihrerseits die Entsprechungsklausel zumeist schlichtweg ausblendet.

Die einzelnen vertretenen Modelle mit ihren feinen Verästelungen können in diesem Rahmen nicht vollumfänglich dargestellt werden.³⁶ Im Folgenden werden lediglich die wichtigsten Strömungen vorgestellt:

Die ganz herrschende Auffassung in Rechtsprechung³⁷ und Literatur³⁸ legt die Entsprechungsklausel von vornherein so aus, dass ihr nur ein überschaubarer Anwendungsbereich zukommt. Danach soll die Entsprechungsklausel keine Bedeutung bei reinen Verursachungsdelikten haben, bei denen die Herbeiführung eines tatbestandsmäßigen Erfolgs mit Strafe bedroht ist, der Tatbestand aber keine speziellen Anforderungen an die Art und Weise der Tatbegehung stellt.

³⁵ Vgl. die Nachweise bei *M. Wagner* (Fn. 5), S. 51 f.

³⁶ Eingehende Darstellung bei *M. Wagner* (Fn. 5), S. 52 ff.

³⁷ Exemplarisch OLG Karlsruhe, Urt. v. 9.8.1988 – 2 Ss 83/88 = JR 1989, 210 (212 – insoweit in NStZ 1988, 503 nicht abgedruckt); LG Bad Kreuznach, Urt. v. 4.9.1990 – 101 Js 37779/89 = LMRR 1990, 28; LG Gießen, Urt. v. 27.3.2009 – 5 Ks 501 Js 30050/08 = BeckRS 2009, 09249; BGH, Urt. v. 4.8.2015 – 1 StR 624/14 = NJW 2015, 3047 (3048 f.); BGH, Urt. v. 22.11.2016 – 1 StR 354/16, Rn. 21 = BGHSt 61, 318 (324); BGH, Beschl. v. 8.3.2017 – 1 StR 466/16, Rn. 32 = NJW 2017, 2052 (2055).

³⁸ Exemplarisch *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, S. 585; *Bosch* (Fn. 2), § 13 Rn. 4; *Burchard*, in: *Leitner/Rosenau* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2022, StGB § 13 Rn. 39; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, Kap. 22 Rn. 3; *Gaede*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 19; *B. Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 907 ff.; *Hellmann*, in: *Krey/Hellmann/M. Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2: Vermögensdelikte, 18. Aufl. 2021, Rn. 520; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 29/2, 29/78 ff.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 59 V. (S. 629); *Kaspar*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Eine Einführung, 4. Aufl. 2023, § 10 Rn. 74 f.; *Kudlich*, in: *Satzger/Schluckebier/Werner* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 13 Rn. 35 f.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 122 ff.; *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 21 Rn. 87 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 49 Rn. 30 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 13 Rn. 63 ff.

Relevant werden soll sie ausschließlich bei den sog. verhaltensgebundenen Delikten, die besondere Tatmodalitäten voraussetzen. Daher wird auch von Modalitätenäquivalenz gesprochen. Diese Auffassung geht letztlich auf *Wilhelm Gallas* zurück, dem bei der Formulierung seiner Gleichstellungsklausel in den Diskussionen der Großen Strafrechtskommission unter anderem dieser Anwendungsbereich vor Augen stand.³⁹ Damit ist aber noch nicht geklärt, unter welchen Voraussetzungen eine solche Modalitätenäquivalenz gegeben sein soll. Insoweit soll es darauf ankommen, ob der „soziale Sinngehalt“ des Unterlassens mit demjenigen der Tathandlung einer aktiven Tat übereinstimmt.⁴⁰ Was das im Einzelfall bedeutet, hänge immer vom jeweiligen Delikt ab.⁴¹ Damit ist freilich für eine einheitliche und vorhersehbare Normanwendung wenig gewonnen.

Eine andere Strömung lehnt zwar einerseits eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Entsprechungsklausel auf die verhaltensgebundenen Delikte ab, weil der Wortlaut dafür keine Grundlage bietet.⁴² Innerhalb dieser Auffassung ist aber ebenfalls unklar, worin der Vergleichsmaßstab des Entsprechens besteht. Teilweise wird schlicht eine Gesamtabwägung der Tatumstände vorgenommen.⁴³ Andere Stimmen formulieren mehr oder weniger ausdifferenzierte Kriterien,⁴⁴ die aber letztlich alle auf unbestimmte Wertungsbegriffe hinauslaufen.

Schließlich hält ein Teil der Literatur die Entsprechungsklausel für gänzlich „nichtssagend“⁴⁵ und „inhaltsleer“⁴⁶ und damit letztlich für bedeutungslos.⁴⁷ Teilweise wird aufgrund der mangelnden Bestimmbarkeit ihres Inhalts § 13 StGB wegen eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG für verfas-

sungswidrig gehalten.⁴⁸

Die beschriebene Unsicherheit im Umgang mit der Entsprechungsklausel setzt sich fort, wenn man sich ihre Anwendung bei konkreten einzelnen Delikten ansieht.⁴⁹ Hier zeigt sich vielfach, dass die Entsprechungsklausel oftmals ohne unterlassungsdogmatisches Konzept lediglich als „Aufhänger“ für bestimmte Argumente verwendet wird. Besonders plastisch wird diese Funktion als argumentatives Vehikel in zwei verschiedenen Formen:

Zum einen wird die Entsprechungsklausel mit alten Argumenten ausgefüllt. So ist beispielsweise seit langem umstritten, ob eine Tötung durch Unterlassen einen Mord in Verdeckungsabsicht darstellen kann, wenn der Täter seiner Handlungspflicht nicht nachkommt, um sich nicht selbst der Strafverfolgung wegen einer vorangegangenen Tat auszusetzen, etwa der fahrlässigen Verletzung des Opfers.⁵⁰ Seit der Einführung des § 13 StGB im Jahr 1975 werden dieselben Argumente, die bereits zuvor für und wider eine Strafbarkeit wegen Mordes angeführt wurden, nun teilweise als Bestandteil der Entsprechungsprüfung „verkauft“.⁵¹ Das zeigt aber, dass der Entsprechungsklausel in der Sache gar keine eigenständige Funktion beigemessen wird.⁵²

Zum anderen zeigt die Offenheit der Entsprechungsklausel sich daran, dass sie ambivalent verwendet wird. Beispielsweise ist umstritten, ob ein Täter, der eine andere Person fesselt und erst anschließend den Entschluss fasst, sich die Hilflosigkeit des Opfers für einen Diebstahl zunutze zu machen, wegen Raubes durch Unterlassen strafbar ist.⁵³ Die Entsprechungsklausel wird insoweit gleichermaßen von Vertretern als Argument verwendet, die eine Strafbarkeit wegen Raubes durch Unterlassen ablehnen⁵⁴, wie auch von denjenigen, die sie befürworten⁵⁵.

³⁹ *Gallas*, in: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 12: Zweite Lesung des Entwurfs – Allgemeiner Teil, 1959, Anhang Nr. 24 (= Umdruck II R 9), S. 478 (479); vgl. auch *ders.*, in: a.a.O., 116. Sitzung vom 10.3.1959, S. 82.

⁴⁰ Bspw. *Bosch* (Fn. 2), § 13 Rn. 4.

⁴¹ So auch etwa *Jakobs* (Fn. 38), 29/81; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 38), § 13 Rn. 66.

⁴² Etwa *Herzberg*, Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb, 1984, S. 226 f.; *Rauber*, Mord durch Unterlassen?, 2008, S. 29 f.; *Schünemann*, GA 1985, 341 (378).

⁴³ Etwa *Kargl*, ZStW 119 (2007), 250 (278); *Seelmann*, in: Wassermann (Hrsg.), Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 1990, § 13 Rn. 70; wohl auch *Herzberg* (Fn. 42), S. 227 f.

⁴⁴ Exemplarisch *Arzt*, JA 1980, 553 (555); *ders.*, JA 1980, 712 (717); *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 141 ff.; zuletzt monographisch *Berster*, Das unechte Unterlassungsdelikt, Der gordische Knoten des Allgemeinen Teils, 2014, passim.

⁴⁵ Bspw. *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 9 Rn. 38.

⁴⁶ Bspw. *Hellmann* (Fn. 38), Rn. 521.

⁴⁷ V.a. *Nitze*, Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989, passim.

⁴⁸ Insb. *Schürmann*, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, passim.

⁴⁹ Näher *M. Wagner* (Fn. 5), S. 68 ff.

⁵⁰ Vgl. zunächst BGH, Urt. v. 31.3.1955 – 4 StR 51/55 = BGHSt 7, 287 = NJW 1955, 876; anders aber nun die ständige Rechtsprechung seit BGH, Beschl. v. 23.7.1965 – 4 StR 250/65 bei *Dallinger*, MDR 1966, 22 (24).

⁵¹ Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 10.3.2000 – 1 StR 675/99 = NJW 2000, 1730 (1732); *Mitsch*, JuS 1996, 213 (219); *Rudolphi*, Fälle zum Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2000, S. 188 (Fälle 15); *Samson*, Strafrecht I, 7. Aufl. 1988, S. 42 (Fall 8); *Theile*, JuS 2006, 110 (111 f.); *Tiedemann*, Die Anfängerübung im Strafrecht, 4. Aufl. 1999, S. 167 f.

⁵² So etwa *Freund*, NSTZ 2004, 123 (126), der § 13 StGB keine konstitutive Wirkung beimisst und daher offenlässt, ob es sich um eine Frage der Auslegung des § 211 StGB oder des § 13 StGB handelt.

⁵³ Dazu grundlegend BGH, Urt. v. 15.10.2003 – 2 StR 283/03 = BGHSt 48, 365 = NJW 2004, 528; *Eser*, NJW 1965, 377.

⁵⁴ Etwa *Küper*, JZ 1981, 568 (572); *Ingelfinger*, in: Hettinger/Zopfs/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 197 (205 f.); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 7 Rn. 32.

⁵⁵ Etwa *Gössel*, JR 2004, 254 (255); *Sander*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 249 Rn. 33.

In anderen Rechtsordnungen, die dem § 13 StGB vergleichbare Vorschriften samt Entsprechungsklausel eingeführt haben, stellt die Situation sich ähnlich dar.⁵⁶ So nimmt etwa die österreichische Rechtsprechung mit Blick auf § 2 öStGB lediglich eine allgemeine Gesamtabwägung vor;⁵⁷ eine tiefgehende dogmatische Durchdringung fehlt, zumeist werden nur die unklaren Ergebnisse des deutschen Diskurses rezipiert.⁵⁸ Auch die Entsprechungsklausel in Art. 11 Abs. 3 des schweizerischen Strafgesetzbuchs findet kaum Beachtung;⁵⁹ schließlich sind auch die Diskussionen beispielsweise im spanischen⁶⁰ Recht in erster Linie vom deutschen Meinungsspektrum beeinflusst.⁶¹ Trotz der praktischen Schwierigkeiten im Umgang mit der Entsprechungsklausel wird in Rechtsordnungen, die keine Regelung zur Unterlassungsstrafbarkeit im Allgemeinen Teil kennen (wie z.B. Japan), teilweise gefordert, dass ein derartiger Prüfungsschritt erforderlich sei.⁶² Auch in Bezug auf das Römische Statut des

Internationalen Strafgerichtshofs haben verschiedene Literaturstimmen Regelungsentwürfe zur Unterlassungsverantwortlichkeit *de lege ferenda* vorgelegt, die der Entsprechungsklausel vergleichbare Merkmale enthalten.⁶³

III. Eigenes Modell

Um eine für die Praxis handhabbare Auslegung der Entsprechungsklausel zu entwickeln, ist es zunächst notwendig, sich die Bedeutung und Funktion des § 13 StGB insgesamt zu vergegenwärtigen:⁶⁴

1. § 13 StGB

a) Funktionsweise

Als erstes ist die Funktionsweise des § 13 StGB näher zu beleuchten. Dabei ist es zunächst zutreffend, wenn beispielsweise *Freund* und *Rostalski* betonen, dass es durchaus möglich ist, Begriffe wie z.B. „tötet“ (§ 212 Abs. 1 StGB) unter Einhaltung der Grenzen des Art. 103 Abs. 2 GG so auszulegen, dass auch eine Tatbegehung durch Unterlassen davon erfasst wird.⁶⁵ Allerdings bringt der Gesetzgeber mit § 13 StGB zum Ausdruck, dass eine Unterlassungsstrafbarkeit grundsätzlich nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich sein soll.⁶⁶ § 13 StGB modifiziert daher die Sanktionsnormen des Besonderen Teils, sodass insgesamt eine neue Sanktionsnorm mit eigenständigen Voraussetzungen gebildet wird.

Es stellt sich aber die Frage, wie dieser Prozess methodisch vonstattgeht. Insoweit bestehen zwei verschiedene Möglichkeiten, die Formulierung „nach diesem Gesetz“ zu lesen.⁶⁷ Es handelt sich entweder um eine Rechtsgrundverweisung oder eine Rechtsfolgenverweisung.⁶⁸ Bei einer Rechtsgrundverweisung müssen die Voraussetzungen der in Bezug genommenen Vorschrift hinzukommen, bei einer Rechtsfolgenverweisung reichen die Tatbestandsvoraussetzungen der verweisenden Norm aus und lediglich die Rechtsfolge wird der Norm entnommen, auf die verwiesen wird. Vor diesem Hintergrund kann es sich bei § 13 StGB nur um eine Rechtsgrundverweisung handeln; anderenfalls wären die Voraussetzungen einer Unterlassungsstrafbarkeit viel zu unbestimmt.⁶⁹

Die Modifikation des Deliktstatbestandes erfolgt daher dergestalt, dass im objektiven Tatbestand die Vornahme der Handlung bei der Begehung der Tat durch aktives Tun durch

⁵⁶ Näher *M. Wagner* (Fn. 5), S. 114 ff. m.w.N.

⁵⁷ Bspw. OGH, Entsch. v. 14.12.1999 – 14 Os 149/99 = EvBl. 2000, Nr. 101 (= ÖJZ 2000, 430 f.).

⁵⁸ Vgl. etwa *Platzgummer*, Juristische Blätter 1971, 236 (237); *Proske*, in: Posch (Red.), Wertung und Interessenausgleich im Recht, Walter Wilburg zum 30. September 1975 gewidmet von Assistenten der Grazer rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät, 1975, S. 203 (211 ff.); *Steininger*, ÖJZ 1981, 365 (371 f.); *Stricker*, in: Leukauf/Steininger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 33; *Zerbes*, in: Sieber/Cornils (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Bd. 3, 2008, S. 561 (564).

⁵⁹ Bspw. *Grubmiller*, Unterlassen im Strafrecht, Eine vergleichende Darstellung der gesetzlichen Regelungen in der Schweiz und in Deutschland, 2011, S. 193 ff. m.w.N.

⁶⁰ Artículo 11 Código Penal:

„Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.“

Vgl. dazu etwa *Bacigalupo*, Delitos improprios de omisión, S. 229 f.; *Silva Sánchez*, La Ley v. 15.10.1996, 1. Eine Ausnahme bildet hingegen der differenzierende Ansatz von *Luzón Peña* (auf Deutsch in GA 2016, 275), der dem hiesigen Ansatz im Ergebnis sehr nahe kommt und (wohl) auch inzwischen in der spanischen Rechtsprechung rezipiert wird; vgl. Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal), Sentencia del 13.12.2010 – 1058/2010.

⁶¹ Vgl. nur *Bacigalupo*, Delitos improprios de omisión, 2005, S. 229 f.

⁶² Für das japanische Strafrecht bspw. *Ida* (井田), Strafrecht Allgemeiner Teil (講義刑法学 – 総論), 2008, S. 145 f.; zustimmend *Shintani*, in: Sieber/Forster/Jarvers (Hrsg.), Natio-

nal Criminal Law in a Comparative Legal Context, Bd. 3.1, 2011, S. 209 (213).

⁶³ Etwa *Weltz*, Die Unterlassungshaftung im Völkerstrafrecht, 2004, S. 301; *Grimminger*, Die allgemeine Unterlassungshaftung im Völkerstrafrecht, 2009, S. 369; dazu *M. Wagner* (Fn. 5), S. 124 ff.

⁶⁴ Dazu *M. Wagner* (Fn. 5), S. 137 ff.

⁶⁵ *Freund* (Fn. 2), S. 241; *ders./Rostalski* (Fn. 2), § 13 Rn. 14 f.

⁶⁶ *M. Wagner* (Fn. 5), S. 141.

⁶⁷ *M. Wagner* (Fn. 5), S. 146 ff.

⁶⁸ Zur Unterscheidung im Überblick: *Wörten/Leinhas*, JA 2006, 22.

⁶⁹ *M. Wagner* (Fn. 5), S. 150 f.

die Nichtvornahme der von der Garantenpflicht geforderten Handlung ersetzt wird. Hinzu kommt das Entsprechenserfordernis; an welcher Stelle im Prüfungsaufbau es zu verorten ist, hängt von seinem Inhalt ab und kann daher erst später geklärt werden. Im Übrigen bleibt der Prüfungsaufbau – mit einem wesentlichen Unterschied, wie noch an späterer Stelle zu zeigen sein wird (2. d) – mit demjenigen des aktiven Delikts identisch. Insbesondere müssen besondere unwertprägende Merkmale unabhängig von den Voraussetzungen des § 13 StGB nach allgemeinen Grundsätzen erfüllt sein.

b) Anwendungsbereich

Nicht eindeutig ist der Anwendungsbereich des § 13 StGB. Er ist in zweierlei Hinsicht zu konkretisieren:⁷⁰

Zum einen macht der Wortlaut des § 13 StGB deutlich, dass er nur auf solche „Strafgesetze“ Anwendung finden kann, die einen „Erfolg“ aufweisen. Der Erfolgsbegriff ist aber freilich alles andere als klar konturiert.⁷¹ In der allgemeinen Strafrechtsdogmatik wird typischerweise zwischen Erfolgsdelikten und den sog. schlichten Tätigkeitsdelikten unterschieden.⁷² Im Unterlassungsbereich werden diesen (Handlungs-)Deliktstypen regelmäßig die sog. „unechten“ und „echten“ Unterlassungsdelikte gegenübergestellt, wobei die Terminologie sehr uneinheitlich ist.⁷³

Richtigerweise ist die Unterscheidung zwischen Erfolgsdelikten und anderen Deliktstypen aber bereits in Grundsatz nicht überzeugend.⁷⁴ Letztlich enthalten alle Delikte ein Erfolgsmoment, auch die vermeintlich „echten“ bzw. „schlichten“ Unterlassungsdelikte, bei denen allein die bloße Nichtvornahme einer Handlung bereits strafbar sein soll.⁷⁵ Damit schränkt das Erfolgserfordernis den Anwendungsbereich des § 13 StGB nicht weiter ein.

Zum anderen stellt sich die Frage, ob § 13 StGB auch dann anwendbar ist, wenn – bei sog. „alltagssprachlicher“ Betrachtung – der jeweilige Deliktstatbestand bereits so formuliert ist, dass er (auch oder ausschließlich) Unterlassungen

erfasst.⁷⁶ Beispiele hierfür sind etwa § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB („Wer einen Menschen [...] in einer hilflosen Lage im Stich läßt, obwohl er ihn in seiner Obhut hat oder ihm sonst beizustehen verpflichtet ist“), § 225 Abs. 1 Var. 3 StGB („wer durch böswillige Vernachlässigung seiner Pflicht, für [die schutzbefohlene Person] zu sorgen, sie an der Gesundheit schädigt“) oder auch der Untreuetatbestand, bei dem die Pflichtverletzung sowohl in einem Tun wie einem Unterlassen bestehen kann.

Wie bereits erwähnt, gibt es aber ein solches „alltags-sprachliches“ Verständnis nicht bzw. ist ein solches nicht maßgeblich;⁷⁷ die Rechtssprache lässt es zu, jedes Delikt als Handlungs- oder als Unterlassungsdelikt zu verstehen. Die bloße sprachliche Formulierung des jeweiligen Deliktstatbestandes kann daher der Anwendbarkeit des § 13 StGB nicht per se entgegenstehen. Vielmehr geht es um die Frage, ob der Deliktstatbestand eine *lex specialis* gegenüber § 13 StGB darstellt. Dies ist aber nicht so zu verstehen, dass es um ein „Ganz-oder-gar-nicht“ der Anwendbarkeit des § 13 StGB ginge; vielmehr werden typischerweise nur einzelne Merkmale des § 13 StGB verdrängt oder präzisiert. So ist beispielsweise die Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) in der Unterlassungsvariante nichts anderes als eine spezielle Ausprägungsform der Garantenpflicht. Wenn umgekehrt der Gesetzgeber bei der Wahl des Strafrahmens eines Deliktstatbestandes von vornherein nur Unterlassungsfälle vor Augen hatte, so wird die Milderungsmöglichkeit gem. § 13 Abs. 2 StGB vom jeweiligen Strafrahmen verdrängt, weil die Begehungsform sonst doppelt verwertet würde.⁷⁸

2. Die Entsprechungsklausel

Von diesen allgemeinen Überlegungen zu § 13 StGB ausgehend kann die Entsprechungsklausel konkretisiert werden.⁷⁹

a) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der Entsprechungsklausel entspricht demjenigen des § 13 StGB insgesamt und ist damit nach dem bisher Gesagten denkbar weit. Weder der Wortsinn der Vorschrift noch strafrechtsdogmatische Erwägungen haben nennenswerte Einschränkungen zur Folge. Demnach muss eine Auslegung für die Entsprechungsklausel gefunden werden, die auf alle Deliktstatbestände gleichermaßen angewendet werden kann, gleichgültig, ob es sich um Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsdelikte, täterschaftliche Verwirklichung oder Teil-

⁷⁰ M. Wagner (Fn. 5), S. 151 ff.

⁷¹ M. Wagner (Fn. 5), S. 172 ff.

⁷² Exemplarisch Baur, ZJS 2017, 655 (659).

⁷³ Bspw. Bosch (Fn. 2), Vor §§ 13 ff. Rn. 137 m.w.N. einerseits; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 13 Rn. 4 m.w.N. andererseits.

⁷⁴ Dazu Arzt, ZStrR 107 (1990), 168 ff.; Bock, ZIS 2021, 193 (195 f.); Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S. 5 mit dortiger Fn. 25; Hölzel, Gibt es „Tätigkeitsdelikte“?, 2016, passim; Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 432 ff.; ders., ZIS 2014, 579 (583 ff.); ders., in: Gropp u.a. (Hrsg.), Strafrecht als ultima ratio, Gießener Gedächtnisschrift für Günter Heine, 2016, S. 309 (316 ff.); Walter, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 16 ff.; ders., in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 327 ff.; ders., in: Cirenner/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor §§ 13 ff. Rn. 63; M. Wagner (Fn. 5), S. 179 f.

⁷⁵ Dazu näher M. Wagner (Fn. 5), S. 184 f.

⁷⁶ Zum Folgenden M. Wagner (Fn. 5), S. 186 ff.

⁷⁷ Grundlegend gegen eine derartige Grenze Kuntz, AcP 215 (2015), 387.

⁷⁸ So etwa beim Unterlassungstatbestand des § 225 Abs. 1 Var. 3 StGB (wer eine schutzbefohlene Person „durch böswillige Vernachlässigung seiner Pflicht, für sie zu sorgen, sie an der Gesundheit schädigt“), so etwa klarstellend Paeffgen/Böse/Eidam, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 225 Rn. 18.

⁷⁹ M. Wagner (Fn. 5), S. 197 ff.

nahme, versuchte oder vollendete Delikte, Delikte mit oder ohne spezieller Verhaltensbeschreibung handelt.

b) Das tertium comparationis

Die entscheidende Frage ist, bezogen worauf Handlungs- und Unterlassungsdelikt sich entsprechen müssen. Gesucht wird folglich nach dem tertium comparationis.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Ausprägung des Gesetzlichkeitsprinzips gem. Art. 103 Abs. 2 GG das sog. Verschleifungsverbot.⁸⁰ Danach darf grundsätzlich kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal so ausgelegt werden, dass es vollständig in einem anderem aufgeht. Anderenfalls würde die Gewaltenteilung zwischen Gesetzgeber und Judikative aufgehoben, wenn das Gericht sich auf diese Weise über einzelne Tatbestandsmerkmale hinwegsetzen könnte.

In diesem Sinne kann der Inhalt der Entsprechungsklausel in einer Art „Ausschlussverfahren“ ermittelt werden:⁸¹ Ihr kommt dann die erforderliche eigenständige Bedeutung zu, wenn ihr eine Funktion beigemessen wird, die nicht bereits von anderen Merkmalen erfüllt wird.

In Literatur und Rechtsprechung werden insoweit vielfach die Begriffe „Unrecht“ und „Unwert“ verwendet, ohne diese näher zu präzisieren oder zu erläutern. Gemeint ist dabei eine quantifizierbare Schwere bestimmter Deliktselemente, die eine Vergleichbarkeit im Sinne der Entsprechungsklausel ermöglichen soll. Um Missverständnisse zu vermeiden, wird im Folgenden mit einem differenzierenden Begriffssystem⁸² gearbeitet.⁸³

Die Frage der Rechtswidrigkeit bezieht sich ausschließlich auf die (außerstrafrechtliche) Gebots- oder Verbotsnorm, die dem Strafrecht denklogisch vorgelagert ist. Auf der Ebene der Sanktionsnorm hingegen ist vor allem die Tatbestandsmäßigkeit entscheidend, die mit dem Begriff „Unwert“ skaliert wird. Abgesehen von dieser Differenzierung ist zwischen Verhaltens- und Erfolgsbezug zu unterscheiden.

Für das Unterlassungsdelikt bedeutet dies:⁸⁴

In Bezug auf die Rechtswidrigkeit ist für eine Gleichstellung mit dem Handlungsdelikt die Entsprechungsklausel nicht erforderlich. Diese Aufgabe erfüllt das Erfordernis einer vorgelagerten, außerstrafrechtlichen Gebotsnorm. Auch für einen dem aktiven Tun gleichwertigen Verhaltensunwert wird die Entsprechungsklausel nicht benötigt. Dies ergibt sich aus der Charakterisierung als Rechtsgrundverweisung. Der Handlungscharakter wird durch die Verletzung der Garantenpflicht substituiert; alle darüberhinausgehenden speziellen Merkmale, die das tatbestandsmäßige Verhalten näher

charakterisieren, müssen unabhängig von § 13 StGB vorliegen.

Damit bleibt als tertium comparationis für die Entsprechungsklausel (nur) der Erfolgsunwert übrig.⁸⁵ Dieser besteht nicht nur aus dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges selbst, sondern erfordert darüber hinaus auch die Zurechenbarkeit dieses Erfolges. Damit erfüllt die Entsprechungsklausel beim Unterlassungsdelikt dieselbe Funktion wie die Lehre von der objektiven Zurechnung beim Handlungsdelikt.

Dieses Ergebnis widerspricht auch nicht der Feststellung, dass es sich bei § 13 StGB um eine Rechtsgrundverweisung handelt.⁸⁶ Denn bei der Transformation des Deliktstatbestandes durch § 13 StGB, wobei die Handlung durch die Garantenpflichtverletzung ersetzt wird, kann der übliche Zurechnungszusammenhang des Handlungsdelikts nicht ohne Weiteres auf das Unterlassungsdelikt übertragen werden. Dies zeigt sich bereits darin, dass üblicherweise die Kausalität im Sinne der *condicio-sine-qua-non*-Formel beim Unterlassen in eine Quasi-Kausalität abgeändert wird.⁸⁷ Insoweit besteht ein erheblicher struktureller Unterschied zwischen Handlungs- und Unterlassungsdelikten.⁸⁸ Handlungen werden vom Gesetzgeber deshalb verboten, weil seiner Auffassung nach die begründete Vermutung besteht, dass das betreffende Verhalten gefährlich ist. Die Bestimmung des Verhaltens erfolgt dabei abstrakt-typisiert – plastisch: Das Überfahren einer Kreuzung bei roter Ampel ist auch dann verboten, wenn gerade kein Querverkehr kommt.

Anders liegen die Dinge beim Unterlassungsdelikt: Insoweit ergibt sich immer erst aus der konkreten einzelnen Situation, welche Rettungsmaßnahmen ergriffen werden können und müssen. Gem. § 13 Abs. 1 StGB kann derjenige sich wegen Unterlassens strafbar machen, der einen tatbestandsmäßigen Erfolg nicht abwendet. Während beim Handlungsdelikt der Erfolg erst zugerechnet werden muss, um eine Verbindung zur Handlung des Beschuldigten herstellen zu können, so ist beim Unterlassungsdelikt bei Erfolgseintritt klar, dass die betreffende Person den Erfolg nicht abgewendet hat, wenn sie eine entsprechende Garantenpflicht verletzt hat. Denn eine Handlungspflicht besteht nur insoweit, als – ex ante betrachtet – die betreffende Handlung überhaupt geeignet ist, den Erfolgseintritt abzuwenden. Dennoch bedarf es – wie beim Handlungsdelikt – eines normativen Korrektivs. Aufgrund der strukturellen Unterschiede zwischen Handlungs- und Unterlassungsdelikt kann die Lehre von der objektiven Zurechnung nicht einfach unverändert übertragen werden.⁸⁹ So scheidet beispielsweise die Strafbarkeit desjenigen, der nicht gegen eine eigenverantwortliche Selbstverletzung seines Schützlings einschreitet, nicht an der Entsprechungsklausel aufgrund der fehlenden Zurechenbarkeit des Erfolges, vielmehr besteht in einem solchen Fall bereits keine Pflicht

⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 78 f. = BVerfGE 126, 170 (197 f.).

⁸¹ M. Wagner (Fn. 5), S. 211 ff.

⁸² Angelehnt an die Terminologie von *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 37, und *Hauck*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *AnwaltKommentar Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2020, Vor §§ 32 ff. Rn. 1 ff.

⁸³ M. Wagner (Fn. 5), S. 212 ff.

⁸⁴ M. Wagner (Fn. 5), S. 216 f.

⁸⁵ M. Wagner (Fn. 5), S. 217 ff.

⁸⁶ Zum Folgenden M. Wagner (Fn. 5), S. 217 ff.

⁸⁷ Exemplarisch *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 1176 m.w.N.

⁸⁸ Dazu M. Wagner (Fn. 5), S. 219 f.

⁸⁹ Vgl. insoweit insbesondere auch *Kölbel*, JuS 2006, 309; weitere Nachweise bei M. Wagner (Fn. 5), S. 221 ff.

zum Einschreiten und es liegt kein rechtswidriges Unterlassen vor.⁹⁰

c) Anwendungsbeispiele

In welchen Fällen ein Unterlassen auf Grundlage dieser Überlegungen nicht einer Tatbegehung durch aktives Tun entspricht, sei an ein paar Beispielen erläutert.⁹¹

Die Frage, welche Rettungsmaßnahmen zu ergreifen sind, bemisst sich nach einer objektiven Beurteilung *ex ante*.⁹² Ergreift ein Garant vermeintlich zur Verfügung stehende Rettungsmöglichkeiten nicht, so verwirklicht er Verhaltensunrecht. Hätte er aber – *ex post* betrachtet – den Erfolgseintritt dennoch nicht verhindern können, weil – objektiv nicht erkennbar – das vermeintlich geeignete Rettungsmittel tatsächlich ungeeignet gewesen wäre, entspricht sein Verhalten nur einer versuchten Tat und nicht einem vollendeten Delikt. In der Terminologie der herkömmlichen Dogmatik fehlte es insoweit an der sog. Quasi-Kausalität.

Dasselbe gilt, wenn ein zunächst zögerlicher Garant, der absichtlich die ersten Rettungschancen verstreichen lässt, sich zwar doch noch zur Rettung anschickt, daran aber letztlich überraschend von einem Dritten gehindert wird.⁹³ Insoweit fehlte es nach herkömmlicher Dogmatik nicht an der Quasi-Kausalität, wenn bereits das Ergreifen der ersten Rettungsmöglichkeit den Erfolgseintritt gehindert hätte. Dennoch entspricht das Verhalten des Garanten keiner vollendeten Tat, sondern der Erfolgseintritt wird (vollständig) dem aktiv handelnden Dritten zugerechnet. In der Dogmatik der Lehre von der objektiven Zurechnung fehlt es an der Realisierung des gesetzlichen Risikos, weil der Dritte eigenverantwortlich dazwischentritt.

Eine solche Zurechnungsunterbrechung durch Dritte kann auch in einem Unterlassen des Dritten bestehen, wenn der Garant zur Erfüllung seiner Rettungspflicht auf die Mitwirkung des Dritten angewiesen und dieser seinerseits verpflichtet ist, der Aufforderung des Garanten nachzukommen.⁹⁴ In solchen Fällen wird aber oftmals bereits kein Unterlassen vorliegen, wenn der Inhalt der Garantspflicht allein darin bestehen kann, externe Hilfe herbeizurufen und der Garant diese Pflicht zunächst erfüllt. Die Pflicht lebt aber mit neuem Inhalt wieder auf, wenn der Garant erkennt, dass seine ursprüngliche Maßnahme ungeeignet war; z.B., weil der Notruf nicht ernstgenommen wird oder der herbeigerufene Arzt nicht hinreichend kompetent ist, sondern ein Spezialist benötigt wird.

Aber nicht jedes Drittverhalten unterbricht den Zurechnungszusammenhang und lässt damit das Entsprechen entfallen.⁹⁵ Jedes (Garanten-)Gebot ist mit Blick auf die Frage auszulegen, ob es seinem Schutzzweck entspricht, auch eigenverantwortliches Folgeverhalten Dritter zu unterbinden.

Dies ist etwa der Fall bei den waffenrechtlichen Aufbewahrungspflichten, die gerade einen missbräuchlichen Zugriff durch Dritte verhindern sollen. Auch sind dem gefahrschaffenden Garanten solche Verletzungen zuzurechnen, die dem Gefährdeten infolge risikoverringender Rettungsmaßnahmen durch Dritte zugefügt werden.⁹⁶ Beispiel: Sichert ein LKW-Fahrer seinen Lastzug beim Parken nicht hinreichend gegen Wegrollen und wird dadurch ein Kind gefährdet, so entspricht seine Nachlässigkeit auch dann einer vollendeten fahrlässigen Körperverletzung, wenn ein Elternteil das Kind im letzten Moment aus der Fahrbahn des LKW stößt, wobei dieses beim Sturz auf den Asphalt eine Schürfwunde erleidet.

d) Verortung im Prüfungsaufbau

Abschließend ist die Frage zu beantworten, wo die Entsprechungsklausel im Prüfungsaufbau zu verorten ist.⁹⁷ Kommt ihr dieselbe Funktion zu wie der Lehre von der objektiven Zurechnung beim Begehungsdelikt, so ist sie auch dogmatisch ebenso zu behandeln. Folglich handelt es sich nicht etwa um eine objektive Bedingung der Strafbarkeit⁹⁸, sondern um ein objektives Tatbestandsmerkmal⁹⁹, auf das der Vorsatz sich beziehen muss.¹⁰⁰ Der Pflichtige muss also einerseits wissen oder für möglich halten, welche Gefahr durch seine Pflichtverletzung geschaffen bzw. aufrechterhalten wird, und die Realisierung dieser Gefahr andererseits zumindest billigend in Kauf nehmen. Auch beim Versuch muss der Tatentschluss sich auf diese Umstände erstrecken.

IV. Fazit und Ausblick

Das entwickelte Modell bedarf weiterer Diskussion, Verfeinerung und Vertiefung. Es zeigt aber, dass Anlass dazu besteht, viele Strukturen der herkömmlichen Unterlassungsdogmatik kritisch zu hinterfragen.

⁹⁰ Insoweit jüngst BGH, Urt. v. 28.6.2022 – 6 StR 68/21, Rn. 24 ff.

⁹¹ Näher *M. Wagner* (Fn. 5), S. 228 ff. m.w.N.

⁹² Zum Folgenden *M. Wagner* (Fn. 5), S. 244 f.

⁹³ Dazu *M. Wagner* (Fn. 5), S. 232 ff.

⁹⁴ Dazu *M. Wagner* (Fn. 5), S. 245 ff.

⁹⁵ Zum Folgenden *M. Wagner* (Fn. 5), S. 230 f.

⁹⁶ Dazu *M. Wagner* (Fn. 5), S. 243 f.

⁹⁷ *M. Wagner* (Fn. 5), S. 250 ff.

⁹⁸ So aber *Hertel*, Ad Legendum 2013, 68; dagegen zutreffend *Fahl*, JA 2013, 674 (674 f.).

⁹⁹ So bspw. *Hecker*, JuS 2019, 400 (400); *Kühl* (Fn. 38), § 18 Rn. 12a; *Rengier* (Fn. 38), § 49 Rn. 5.

¹⁰⁰ *M. Wagner* (Fn. 5), S. 252 ff.