

# Zeitpunkt des „unmittelbaren Ansetzens“ beim Unterlassungsdelikt

## Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung:

Vater V bemerkt, dass sein 6-jähriger Sohn S (Nichtschwimmer) beim Baden im See zu weit vom Ufer abgekommen ist, um Hilfe schreit und zu ertrinken droht. Obwohl es ihm als gutem Schwimmer möglich wäre, den S zu retten, unternimmt er zunächst nichts, da ihm der Tod des S gerade recht kommt. Erst als einige Minuten später sein Bekannter B vorbeikommt und ihn unter Androhung einer Anzeige zum Tätigwerden zwingt, rettet V den S, der inzwischen Wasser in die Lunge bekommen hat und längere Zeit im Krankenhaus zubringen muss.

Neben der hier unzweifelhaft vorliegenden Körperverletzung durch Unterlassen (V ist als Vater Garant!) ist hier auch versuchter Totschlag durch Unterlassen zu prüfen. Eine diesbezügliche Strafbarkeit hängt davon ab, ob V zur Tatbestandsverwirklichung bereits „unmittelbar angesetzt“ hat. Ein eventueller Rücktritt nach § 24 StGB scheidet hier mangels Freiwilligkeit aus. Man kann hinsichtlich des Zeitpunktes des unmittelbaren Ansetzens im Wesentlichen drei Theorien unterscheiden.

## 1. Theorie des letztmöglichen Eingriffs

**Vertreter:** AK-*Seelmann*, § 13 Rn. 84; *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte (1959), S. 210 ff.; *Welzel*, § 28 A IV.

**Inhalt:** Das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung liegt (erst) in dem Zeitpunkt vor, indem der Garant die nach seiner Vorstellung letzte Rettungsmöglichkeit verstreichen lässt.

**Argument:** Die Rechtsordnung verlangt nur, dass der tatbestandsmäßige Erfolg abgewendet wird. Sofern aber die Erfolgsabwendung noch möglich ist, muss es dem Handlungspflichtigen überlassen bleiben, zu welchem Zeitpunkt er einschreiten will. Ansonsten würde das Strafrecht – entgegen den Grundsätzen bei den Begehungsdelikten – die sich nicht manifestierende verbrecherische Gesinnung sanktionieren.

**Konsequenz:** Es kann immer nur einen beendeten Versuch, nie einen unbeendeten Unterlassungsversuch geben, da Beginn und Ende des Versuchs notwendigerweise zusammenfallen (sonst wäre es nicht die „letztmögliche“ Rettungsmöglichkeit). Möglich ist daher in der Regel nur ein fehlgeschlagener oder ein untauglicher Versuch. Auch ein Rücktritt vom Versuch ist nach dieser Theorie kaum mehr möglich.

**Kritik:** Wer irrig weitere, in Wirklichkeit nicht vorliegende Rettungsmöglichkeiten annimmt, würde sich in einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum befinden. Bei den Begehungsdelikten entspricht dieser Irrtum hingegen einem unbeachtlichen Irrtum über den Kausalverlauf. – Die Theorie setzt, insbesondere bei sich über einen längeren Zeitraum erstreckendem Unterlassen im Interesse eines wirksamen Rechtsgüterschutzes zu spät ein. Denn Garantpflichten verlangen nicht nur die bloße Erfolgsabwendung, sondern bereits die Abwendung einer Gefährdung. Auch widerspricht es der gesetzlichen Regelung, wenn für den gesamten Unterlassungsbereich der Rücktritt vom Versuch schon begrifflich nicht mehr möglich ist.

## 2. Theorie des erstmöglichen Eingriffs

**Vertreter:** *Herzberg*, MDR 1973, 96; *Kleszczewski*, Rn. 489; *Lönnies*, NJW 1962, 1950; *Maihofer*, GA 1958, 297; *Schröder*, JuS 1962, 81 (86); vgl. auch aus der Rechtsprechung: RGSt 61, 361 f.; OGHSt 1, 359 ff.; wohl auch BGHSt 40, 271.

**Inhalt:** Das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung liegt bereits in dem Zeitpunkt vor, in dem der Garant die nach seiner Vorstellung erste Rettungsmöglichkeit verstreichen lässt.

**Argument:** Im Interesse des gefährdeten Rechtsgutes muss ein möglichst rasches Einschreiten gefordert werden.

**Konsequenz:** Die Strafbarkeit wird auf einen sehr frühen Zeitpunkt vorverlegt. Bei später doch noch vorgenommener Handlung kommt dann sehr häufig ein Rücktritt vom Versuch in Betracht.

**Kritik:** Die Vorverlagerung des Versuchsbeginns führt dazu, dass ein Verhalten, welches mangels Rechtsgutsgefährdung weder erforderlich noch geboten ist, bereits ein strafrechtlich relevantes Unterlassen darstellt. Durch die zu weite Vorverlagerung der Strafbarkeit gerät diese Theorie daher in die Nähe des Gesinnungsstrafrechts.

## 3. Theorie der unmittelbaren Rechtsgutsgefährdung (h.M.)

**Vertreter:** *Baumann/Weber/Mitsch*, § 26 Rn. 57; *Blei*, § 86 III 2; *Dölling/Duttge/Rössner-Tag*, § 13 Rn. 321; *Fischer*, § 22 Rn. 31 ff.; *Heinrich*, Rn. 755; *Jäger*, Rn. 303; *Hoffmann-Holland*, Rn. 650; *Jescheck/Weigend*, § 60 II 2; *Kindhäuser*, § 36 Rn. 41; *Kühl*, § 18 Rn. 148; *Krey/Esser*, Rn. 1245; *Lackner/Kühl*, § 22 Rn. 17; *LK-Weigend*, 12. Aufl., § 13 Rn. 80; *MüKo-Herzberg/Hoffmann-Holland*, 2. Aufl., § 22 Rn. 115; *NK-Wohlens*, § 13 Rn. 23; *Puppe*, AT, § 32 Rn. 6 f., 30; *Schönke/Schröder-Eser*, § 22 Rn. 50 f.; *SK-Rudolphi/Stein*, Vorb. § 13 Rn. 66; *SSW-Kudlich/Suhr*, § 22 Rn. 68; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 14 Rn. 4; *Wessels/Beulke*, Rn. 741 f.; vgl. aber auch BGHSt 38, 360; BGHSt 40, 270 f.

**Inhalt:** Das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung liegt in dem Zeitpunkt vor, in dem der Garant nach seiner Vorstellung entweder durch weitere Verzögerung der Rettungshandlung eine unmittelbare Gefahr für das Rechtsgut schafft oder aber den Kausalverlauf aus der Hand gibt.

**Argument:** Sinn und Zweck der Handlungspflicht ist es, dass das betroffene Rechtsgut nicht gefährdet wird. Nur eine solche Gefährdung kann pflichtwidrig sein. Vor diesem Zeitpunkt ist eine Rettungshandlung weder erforderlich noch geboten. Auf der anderen Seite ist der Garant nicht nur zur bloßen Schadensabwendung, sondern auch bereits zur Vermeidung der Gefahr für das bedrohte Rechtsgut verpflichtet.

**Konsequenz:** Die Rechtsgutsgefährdung muss konkret festgestellt werden.

**Kritik:** Wer irrig annimmt, eine Rechtsgutsgefährdung liege noch nicht vor, befindet sich nach dieser Theorie in einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum. Bei den Begehungsdelikten entspricht dies aber lediglich einem unbeachtlichen Irrtum über den Kausalverlauf.