

*Abhandlungen*

Kurt Seelmann, Basel

# Nichtstun als Straftat – Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte

## Inhaltsübersicht

### I. Die wachsende Bedeutung unechter Unterlassungsdelikte

### II. Der Ausbau der Garantenpflichten

- A. Ausgangspunkt
- B. Ausweitungen der Garantenpflichten
- C. Einwände

### III. Zurechnungsschwierigkeiten

- A. Fehlende Evidenz
- B. Zuschreibung nach Zweckmässigkeit

### IV. Parallelen?

- A. Die Sanktionendebatte
- B. Absprachen im Strafprozess

### V. Konvergenz der Teilrechtsgebiete?

Der neue Allgemeine Teil enthält – zum ersten Mal im Schweizer Strafrecht – in [Art. 11 StGB](#) eine ausdrückliche Regelung der «unechten» Unterlassungsdelikte, wobei im Zentrum eine beispielhafte Aufzählung der Quellen möglicher «Garantenpflichten» steht<sup>1</sup>. Grund genug, einmal etwas grundsätzlicher zu fragen, welche Bedeutung derlei Delikten im modernen Strafrecht zukommt.

Natürlich gab es die Strafbarkeit eines Unterlassens, wenn jemand von Rechts wegen etwas hätte tun sollen, schon nach bisherigem Recht – weitgehend unangefochten etwa bei sog. «echten» Unterlassungsdelikten wie der unterlassenen Nothilfe in [Art. 128 StGB](#)<sup>2</sup>. Auch dass jemand aus einem auf Handlungen abstellenden Tatbestand bestraft wurde, wenn er entgegen einer ihn speziell betreffenden Pflicht

den tatbestandlichen Erfolg nicht abwandte, war schon vorher – trotz gewisser Bedenken wegen [Art. 1 StGB](#)<sup>3</sup> – selbstverständlich<sup>4</sup>. Man sprach dann eben von einem unechten, weil nicht im gesetzlichen Tatbestand

ausdrücklich erfassten, Unterlassungstatbestand. Sogar die theoretische Durchdringung von derlei Tatbeständen beginnt schon (oder sollte man sagen: erst?) bei *Feuerbach* und *Luden* im frühen 19. Jahrhundert<sup>5</sup>. Und dennoch haben für Praxis und Rechtswissenschaft solche Straftaten lange Zeit eine eher periphere Rolle gespielt. Vielleicht auch deshalb gehören sie zu jenen Bereichen des Strafrechts, die mit besonders vielen ungelösten Problemen aufwarten.

Die Aufnahme einer Norm zur Regelung des unechten Unterlassungsdelikts in den neuen Allgemeinen Teil<sup>6</sup> könnte ein Indiz dafür sein, dass sich derzeit die Wahrnehmung des Problemfeldes ändert. Offenbar gibt es verschiedene Umstände, die zu einer heute wachsenden Bedeutung des «Nichtstuns als Straftat» beitragen. Auf diese Hintergründe wird zuerst einzugehen sein (I). Vermutlich ist diese wachsende praktische Bedeutung der Unterlassungsdelikte ein Grund dafür, dass Rechtsprechung und Literatur bei der Auswahl der Kriterien für das Entstehen von Handlungspflichten – entgegen einer traditionellen liberal motivierten Zurückhaltung – eher grosszügig geworden sind (II). Diese Grosszügigkeit kontrastiert aber erheblich mit einer nunmehr eher schärferen Wahrnehmung der Zurechnungsschwierigkeiten beim Unterlassen (III). Nicht zuletzt diese Zurechnungsschwierigkeiten machen unerschwellige Zusammenhänge der Unterlassungsstrafbarkeit mit der Debatte um die Zukunft der strafrechtlichen Sanktionen und mit Entwicklungen im Strafprozessrecht deutlich (IV) und weisen auf gewisse Konvergenzen der Teilrechtsgebiete hin (V).

## I. Die wachsende Bedeutung unechter Unterlassungsdelikte

Es gibt mehrere Gründe, die vermuten lassen, dass die praktische Relevanz<sup>7</sup> der Strafbarkeit des Unterlassens im Steigen begriffen ist:

---

ZStrR 3/2007 | S. 262–279 264 | ↑

---

Ein *erster* Grund: Staatliche Leistungstätigkeit wird auch und gerade in Zeiten knappen Geldes immer komplexer, ihr Legitimationsbedarf steigt, und das Kontrollbedürfnis nimmt deshalb zu. Der öffentliche ebenso wie der private Dienstleistungssektor expandiert im Zeichen zunehmender sozialer Arbeitsteilung<sup>8</sup>. Die langfristige Daseinsvorsorge wird z.B. zunehmend auf staatliche Versorgungseinrichtungen sowie auf Versicherungen («Lebensversicherung», «Ausbildungsversicherung») ausgelagert. Werden dann auch noch im öffentlichen wie im privaten Bereich die Verfahrensabläufe immer mehr automatisiert, so entstehen geradezu unvermeidlich vielfältige neuartige Informationspflichten des Bürgers gegenüber dem Staat und privaten Dienstleistern. So ist z.B. die Kinderzulagen entrichtende Stelle zu informieren, wenn die Ausbildung endet, oder der Versicherung ist eine Erhöhung des Risikos mitzuteilen. Handelt man nicht, kann man sich strafbar machen.

*Zweitens* haben auch diejenigen, die in Zeiten verstärkter Arbeitsteilung Betreuungsaufgaben übernehmen, strafrechtlich bewehrte Handlungspflichten zu beachten. Wo mit der allgemeinen Veränderung der Sozialstruktur Familien und dörfliche Gemeinschaften sich zunehmend aus der Pflege und Betreuung ihrer Mitglieder zurückziehen und professionelle Organisationen in diesem Bereich tätig werden, nicht selten mit einer Atomisierung der einzelnen Aufgabenbereiche, vervielfältigen sich auch Garanten, die gegen Handlungspflichten verstossen können. Wachsende Interdependenz in der Gesellschaft führt dazu, «dass die Unversehrtheit der Rechtsgüter des Einzelnen in immer grösserem Umfang vom erfolgreich Risiken kontrollierenden Verhalten Dritter abhängt»<sup>9</sup>.

Aber, dies ist ein *dritter* Grund, auch die staatliche ebenso wie die private Gefahrenabwehr hat sich verändert, hat sozialplanerische bzw. vorsorgliche Züge angenommen. Polizeiliche Infiltration von Gefahrenquellen, etwa beim V-Mann-Einsatz, kann Handlungspflichten von Polizeiführern zur Verhinderung von Straftaten nach sich ziehen<sup>10</sup>; Amtsträger der Umweltverwaltung können durch Gewährenlassen bei illegalen

Das Dokument "Nichtstun als Straftat - Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 01.03.2024 auf der Website zstrr.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024

Umweltverschmutzungen ihrerseits gegen eine Handlungspflicht verstossen. Aber auch Unternehmer, die möglicherweise gefährliche Produkte nicht rechtzeitig zurückrufen, verletzen eine Handlungspflicht und können sich dadurch strafbar machen. Und je mehr generell gefahrenträchtige Anlagen zugelassen werden, desto mehr ist dies für einzelne Personen mit Pflichten zur Gefahrenabwehr verbunden.

*Viertens* schliesslich stellen sich neuartige Unterlassungsprobleme durch die zunehmende technische Austauschbarkeit<sup>11</sup> von Handeln und Unterlassen. Ein Schleusenwärter, der sich früher strafbar machen konnte, wenn er mit lebensgefährlichen Folgen die Schleuse öffnete, muss jetzt vielleicht bei bevorstehender automatischer Schleusenöffnung die Menschen warnen oder die Öffnung verhindern – es ist ihm eine Handlungspflicht zugewachsen. Auch im umgekehrten Fall bleibt es aber beim Unterlassen: Wo der Arzt früher eine intensivmedizinische Behandlung bei Vergeblichkeit schlicht aufgeben konnte, muss er zu demselben Zweck heute Geräte abschalten. Da dies seinem sozialen Sinngehalt nach weiterhin als Unterlassen gilt<sup>12</sup>, erweitert die moderne Technik auch auf diese Weise den Bereich der Unterlassungsdogmatik.

Nach alledem ist es kein Wunder, dass es gerade an den inhaltlich besonders neuralgischen und kontrovers diskutierten Punkten in der Strafrechtsentwicklung der letzten Jahre um Unterlassen geht: bei Bankpersonal, das die Identität von Kunden nicht hinreichend feststellt und so Geldwäscherei zulässt; bei korrupten Amtsträgern, die sich durch etwas Geld dazu bringen lassen, wegzuschauen, wo sie handeln müssten; bei Geschäftsherren in Betrieben, die ihre Überwachungspflichten nicht hinreichend wahrnehmen oder in ihrem Sicherheitsdispositiv versagen, und schliesslich bei ganzen Unternehmen, die sich neuerdings sogar als solche durch fehlerhafte Organisation strafbar machen können – der Sache nach ist dies ein fahrlässiges Unterlassen<sup>13</sup>.

Die Beispiele mögen belegen, dass die rechtspolitische Bedeutung des strafbaren Unterlassens in vielen Lebensbereichen zunimmt. Das Medieninteresse markiert denselben Trend: Ob Bühle oder Von Roll, ob Mannesmann, VW oder Swissair – was heute neben den klassischen Formen von Abenteuerkriminalität oder von organisierter Kriminalität das Publikum ebenso, wenn nicht noch mehr, anspricht, das ist die Kriminalität des sozial bestens integrierten Täters, dem man vorwirft, zumindest bestimmte Kontroll- oder Organisationspflichten nicht hinreichend wahrgenommen oder Vermögensbetreuungspflichten nicht im nötigen Umfang erfüllt zu haben<sup>14</sup>. Kriminalität verändert auch in der öffentlichen Wahrnehmung ihr Gesicht – neben die Tat tritt die unterlassene Tat.

Die Entwicklung weckt aber auch Besorgnisse. Sie lässt manche Autoren befürchten, dass nicht nur unser Bild von der Kriminalität sich ändert, sondern weit darüber hinaus unsere kulturellen Verhaltensmuster in eine letztlich ungewollte Richtung gedrängt werden. Das moderne, am Unterlassen orientierte Strafrecht, so *Wolfgang Naucke*, erzeugt «einen Zwang zum Handeln zugunsten des Mitmenschen», «bestraft das Zurückbleiben hinter den Solidaritätsansprüchen und den Solidaritätserwartungen der Mitglieder der Gesellschaft»; mit den Unterlassungsdelikten zeige sich «das Strafrecht als in hohem Masse moralisierendes Instrument»<sup>15</sup>. Zusammenfassend konstatiert er: «Die Trennung von Recht und Moral fällt.»<sup>16</sup> *Hermann Lübke* befürchtet gar, angesichts einer Zunahme der Möglichkeiten, andere über soziale Kausalprozesse durch Unterlassen zu beeinflussen, werde sich die moderne Gesellschaft bei entsprechender Strafbewehrung «schlechterdings zumauern»<sup>17</sup>. In der späten Moderne eingeklagte Teilhabe *rechte* erhalten so nach diesem Verständnis ihre «bête noire», entlassen aus sich als ihren ständigen Schatten *Anpassungspflichten*, die das

Strafrecht durchzusetzen hat.

## II. Der Ausbau der Garantenpflichten

Aber: Warum der vorwurfsvolle Ton? Was stört uns eigentlich an dieser Entwicklung? Störend wirkt aus traditioneller Sicht der mit einer Zunahme der Unterlassungsstrafbarkeit verbundene Verlust jener Liberalität, die aus der politischen Philosophie der Aufklärung herrührt und als eines ihrer wichtigsten Instrumente die Unterscheidung von Recht und Moral entwickelt hat.

### A. Ausgangspunkt

In dieser auf so unterschiedliche Autoren wie *Immanuel Kant* und *John Steward Mill* zurückgehenden neueren europäischen Tradition der Ethik werden Handlungspflichten als Rechtspflichten weitgehend sogar ganz prinzipiell abgelehnt. Das Recht darf danach zwar Verletzungen verbieten, also es darf verbieten, andere zu töten, zu bestehlen, zu betrügen etc. Aber es darf nicht eine positive Zuwendung anderen gegenüber gebieten. Es würde sonst nach diesem klassisch-liberalen Grundverständnis ungebührlich in die individuelle Freiheit eingreifen und bloss moralische Pflichten erzwingen<sup>18</sup>.

---

ZStrR 3/2007 | S. 262–279 267 | ↑

---

Die einzige Ausnahme, die gleichfalls traditionell von diesem Einwand gemacht wird, betrifft den Fall, dass man durch eigenes Vorverhalten die Verantwortung für andere übernommen hat. Wer also andere bereits in Gefahr gebracht oder gar verletzt hat, muss selbstverständlich auch aus traditioneller Sicht aktiv werden, um weiteres daraus resultierendes Unheil zu verhindern. Wer sich vertraglich zu einer Handlung verpflichtet hat, muss selbstverständlich auch traditionell diese Verpflichtung erfüllen. Hier geht es um unumstrittene Pflichten aus Handlungsverantwortung, also aus vorher durch eigenes Handeln eingegangener Verantwortung, nicht aus Solidarität. Reine Solidaritätspflichten werden in dieser Tradition als Rechtspflichten überhaupt nicht akzeptiert, sonstige Handlungspflichten ausschliesslich unter der Voraussetzung eigener vorausgehender deliktischer oder vertraglicher Bindung.

### B. Ausweitungen der Garantenpflichten

Was ist aus solchen Einschränkungen heute geworden?

Bei der Statuierung von speziellen Handlungspflichten – also der Garantenpflichten – ist man in den letzten Jahrzehnten eher etwas grosszügiger geworden. Solche Pflichten liessen sich, wie erwähnt, mit einem klassisch-liberalen Konzept von Pflichtenbegründung vereinbaren, wenn sie durch eigenes Vorverhalten des Unterlassenden übernommen worden waren<sup>19</sup>. Heute postuliert man, dies ist der vorläufige Endpunkt der Entwicklung, dass jeder die Pflicht habe, seinen Organisationskreis in einem gefahrlosen Zustand zu halten. Aus der *organisatorischen Zuständigkeit* für Gefahren oder der *Organisation* einer *Schutzminderung* ergebe sich eine Sonderpflicht des nunmehr Unterlassenden<sup>20</sup>. Und der Verstoss gegen diese Pflicht hat, anders als der gegen die Jedermannspflicht zur Nothilfe etwa in [Art. 128 StGB](#), abgesehen von der fakultativen Strafmilderung des [Art. 11 Abs. 4 StGB](#), dieselbe Strafe zur Folge, wie wenn man den jeweiligen Taterfolg *handeIn*d herbeigeführt hätte. Die soziale Bedeutung der Garantenpflichten übersteigt deshalb auch wegen der Härte der Sanktionen bei weitem die des echten Unterlassungsdelikts der unterlassenen Nothilfe.

Betrachten wir diese Pflichten aus organisatorischer Zuständigkeit näher. Vorausgesetzt werden dort in der

Das Dokument "Nichtstun als Straftat - Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 01.03.2024 auf der Website [zstrr.recht.ch](http://zstrr.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024

Regel alternativ zwei Elemente: Gefahrzuständigkeit oder durch Vertrauenserweckung bedingte Schutzpflicht. Was die Gefahrzuständigkeit angeht, so stützt man sich im Strafrecht de facto weitgehend auf den sog. Gefahrsatz – mitunter spricht man auch von «Verkehrs(sicherungs)plichten» –

---

ZStrR 3/2007 | S. 262–279 268 | ↑

---

des Zivilrechts<sup>21</sup>. Und im Fall der durch Schaffung von Vertrauen bedingten Schutzpflicht orientiert sich das moderne Strafrecht gleichfalls an einem zivilrechtlichen Prinzip, dem des «venire contra factum proprium», d.h. einer am Erwecken von Vertrauen orientierten Selbstbindung auch ohne Vertrag, an der Vertrauenshaftung<sup>22</sup>. Was bedeutet dies praktisch?

Jeder, der für eine Gefahr die Verantwortung trägt, hat nach den Prinzipien der zivilrechtlichen Verkehrspflichten Vorkehrungen zur Vermeidung von Schädigungen Dritter zu treffen, soweit diese Gefahr das normale Lebensrisiko übersteigt. Unter solche Verkehrspflichten fällt z.B. die sog. «Ingerenz» ([Art. 11 Abs. 2 lit. d StGB](#)), das Gefahr begründende eigene Vorverhalten, z.B. das Betreiben einer Bergbahn<sup>23</sup> oder Erdarbeiten<sup>24</sup>, aber auch das Inverkehrbringen von Waren, selbst wenn sich ihre Gefährlichkeit erst hinterher herausstellt<sup>25</sup>. Wer solche Gefahren schafft, muss alles tun, damit andere nicht verletzt werden. Daneben sind, auch im Strafrecht, die Fälle der Zustandshaftung für gefährliche Zustände wie baufällige Häuser oder unebene Skipisten oder für gefährliche Personen wie die eigenen Kinder gemeint. Der für die Gefahr Zuständige muss zur Vermeidung von Strafe alles tun, um eine Verletzung anderer zu verhindern. Das Bundesgericht lässt sogar die Aufnahme von Gästen durch den Wirt dafür ausreichen, ihn zur Verhinderung verbotenen Glücksspiels bei Strafe zu verpflichten<sup>26</sup>. Und der Geschäftsherr soll – wieder nach dem Bundesgericht – für die in seinem Betrieb begangenen Straftaten haften, wenn er von ihnen erfährt und nicht für Abhilfe sorgt<sup>27</sup>, ja, er hat auch ein Sicherheitsdispositiv zur Verhinderung von Unfällen zu schaffen<sup>28</sup>. Wer auch nur Kontakte zwischen Sportveranstaltern und potenziellen Kunden vermittelt, muss sich um die

---

ZStrR 3/2007 | S. 262–279 269 | ↑

---

amtliche Bewilligung des Veranstalters kümmern<sup>29</sup>. Auch statuiert das Bundesgericht inzwischen eine strafrechtliche Organisationshaftung des Konzernchefs für ein unternehmerisches Sicherheitsdispositiv, wenn seine Angestellten – ohne sein Wissen – Straftaten begehen<sup>30</sup>.

Das Prinzip der vertrauensbedingten Schutzpflicht hat gleichfalls vom Zivilrecht auf das Strafrecht übergegriffen und wirkt sich u.a. bei der Garantspflicht aus dem gemeinsamen Eingehen einer Gefahr ([Art. 11 Abs. 2 lit. c StGB](#)), bei einer Vertrauen begründenden Übernahme der Verantwortlichkeit, selbst wenn es nicht zu einem Vertragsschluss gekommen ist, oder beim Gedanken einer Verpflichtung aus einer engen Lebensgemeinschaft aus. Das neuere Zivilrecht kennt nämlich über vertragliche Bindungen hinaus eine rechtliche Selbstbindung beim Erwecken sog. «legitimer Erwartungen»<sup>31</sup>. Es hat daraus auch Kriterien entwickelt, welche die Legitimität einer Erwartung bestimmen lassen sollen. Dazu gehört die Erkennbarkeit des Vertrauen begründenden Verhaltens durch den Adressaten ebenso wie sog. Vertrauensinvestitionen, welche, so hat man dies ins Strafrecht übernommen, auch negativ darin bestehen können, dass man aufgrund des Vertrauens eigene Schutz- und Überwachungsmaßnahmen unterlässt<sup>32</sup>. Das Bundesgericht lässt insoweit schon früh gemeinsames Bergsteigen als pflichtbegründend ausreichen<sup>33</sup>.

## C. Einwände

Das Dokument "Nichtstun als Straftat - Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 01.03.2024 auf der Website [zstrr.recht.ch](http://zstrr.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024

Diese Entwicklungen bei den Garantenpflichten bedeuten für das Strafrecht, nimmt man dessen frühere klassisch-liberale Prämissen zum Massstab, geradezu eine Umwertung der Werte<sup>34</sup>.

Starke Bedenken bestehen, aus der Sicht des traditionellen Strafrechts, gegen die Garantenpflichtbegründung aus organisatorischer Zuständigkeit. Hier geht es nicht mehr entfernt um die Verantwortlichkeit für eigenes Handeln, sondern um vielfältige andere Haftung begründende Erwägungen. Bei der Schaffung von Verkehrspflichten nach dem Gefahrensatz erfolgt eine Haftungsbegründung bei demje-

---

ZStrR 3/2007 | S. 262–279 270 | ↑

---

nigen, der aus der Gefahr ideellen oder wirtschaftlichen Nutzen zieht oder der sich gegen die Gefahr am besten versichern kann. Ganz ähnlich steht es um die quasivertragliche Verpflichtung. Gerade im Interesse des Vertrauensschutzes soll dort eine willens- und konsensunabhängige vertragsähnliche Haftung begründet werden, etwa für enge Lebensgemeinschaften oder auch nur punktuelle Gefahrengemeinschaften. In beiden Bereichen sind es also vielfache Gerechtigkeitserwägungen, die im Hintergrund solcher Haftungsbegründungen stehen<sup>35</sup>. Man orientiert sich an der Leistungsfähigkeit der Haftenden, an der Schutzbedürftigkeit des Opfers, am adäquaten Interessenausgleich, an der sachgemässen Risikozuweisung und an der gesamtgesellschaftlich ökonomisch optimalen Verteilung der Haftung.

Spricht man im modernen Strafrecht von der Organisationszuständigkeit<sup>36</sup> als Grundlage einer Handlungspflicht, so verbirgt sich dahinter genau dies. Ob jemand «zuständig» ist, wird normativ festgelegt – nach ausserstrafrechtlichen Gesichtspunkten. In einfachen Gesellschaften und in trivialen Situationen mag der Organisationskreis einer Person zusammenfallen mit jenem sozialen Mikrokosmos, den man sich selbst eingerichtet hat. Hier, und nur hier, mag Organisationszuständigkeit mit Handlungsverantwortung und somit klassischen Zurechnungsvoraussetzungen zusammenfallen. Wer, so *Jakobs*, durch die Bewegung seines Körpers ein Kind zu erdrücken droht, muss aus Gründen des Freiheitsschutzes dies handelnd verhindern<sup>37</sup>. Schon das Beispiel gibt einen Eindruck davon, wie lange man nach solch einfachen Fällen suchen muss, die dann trotzdem noch entsprechend gesucht wirken. Je komplexer aber die Gesellschaft sich entwickelt, je fortgeschrittener die Automatisierung von geschäftlichen Abläufen wird, desto mehr ist jeder mit seinem Organisationskreis in die Organisationskreise anderer eingebunden, gibt es fast nichts mehr, wofür er nicht im Sinne eines Aktiv-sich-anpassen-Müssens *zuständig* wäre. Wollte man nun, wie im klassischen Strafrecht, in alter liberaler Tradition, Garantenpflichten nur zulassen, wo sie sich aus Verboten übersetzen lassen, so wären dies unter den veränderten Bedingungen keine an Personen gerichtete Verbote mehr, sondern solche an einander überlappende Organisationskreise. Konkret: Wer den Einzelnen für *strafrechtlich* dafür verantwortlich hält, seiner Versicherung eine Erhöhung des Risikos mitzuteilen, dehnt den Organisationskreis des Einzelnen noch auf das Handeln der Versicherung aus, mit der er in der Regel nur über Formulare Umgang hatte. Das mag gute Gründe haben. Denn es mag der Schutzbedürftigkeit der Versicherungsgemeinschaft und der gesamtgesellschaftlich optimalen Verteilung der Haftung dienen.

---

ZStrR 3/2007 | S. 262–279 271 | ↑

---

Demgegenüber war das Strafrecht des klassisch-liberalen Paradigmas immer an der individuellen Verantwortung von Tätern interessiert. Vergleicht man aber nunmehr diese traditionellen strafrechtlichen Zurechnungsvoraussetzungen mit denen aus organisatorischer Zuständigkeit, so fällt der Unterschied ins Auge: Auf der einen Seite, im traditionellen Strafrecht, geht es um individuelle Verantwortung und Schuld, gekoppelt mit einem sozialem Vorwurf, auf der anderen Seite, bei organisatorischer Zuständigkeit, primär um eine

Das Dokument "Nichtstun als Straftat - Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 01.03.2024 auf der Website zstrr.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024



Optimierung der Verteilung von Haftung. Man versuche nicht, diese Flexibilisierung als die unproblematische Kehrseite der zunehmend Beifall findenden modernen Lehre von der «objektiven Zurechnung» auszugeben. Unter «objektiver Zurechnung» verstehen wir, dass die Vermeidung eines Taterfolgs auch objektiv in den Aufgabenkreis einer Person und nicht dritter Personen oder des Opfers fallen muss, damit diese Person bestraft werden kann. Da zieht die Organisationszuständigkeit der Haftung Grenzen und begründet sie nicht. Ein staatlicher Eingriff in die Rechte von Bürgern bedarf aber allemal einer intensiveren Begründung als dessen Beschränkung.

### III. Zurechnungsschwierigkeiten

Gibt nun, über die organisatorische Zuständigkeit, das moderne Zivilrecht auch dem Strafrecht seine Massstäbe der Haftungsbegründung vor, so tut sich im Bereich der Handlungspflichten eine Kluft auf zwischen den klassischen Prämissen des Strafrechts und seinen neuen Entwicklungstendenzen. Man könnte diese Kluft einfach dadurch zu überbrücken suchen, dass man die störenden klassischen Prämissen des Strafrechts verabschiedet. Bloss nostalgisches Festhalten an überkommenen Konzeptionen von Strafrecht und ein Klagen über die «Versklavung des Strafrechts durch zivilistisches Denken» (wie *Schünemann* es in einem anderen Zusammenhang anstimmt<sup>38</sup>) entfalten nicht schon per se eine grosse Überzeugungskraft. Es gibt aber einen anderen Grund, der zu einer differenzierteren Einschätzung der geschilderten Entwicklungstendenzen zwingt. Die Zunahme von Handlungspflichten aus privatrechtlichen Haftungsgründen schafft nämlich im Strafrecht Zurechnungsschwierigkeiten. Sie schafft Zurechnungsschwierigkeiten, die hinzutreten zu denjenigen, mit denen die Strafbarkeit des Unterlassens von jeher schon zu kämpfen hatte.

#### A. Fehlende Evidenz

Bereits die traditionelle Garantenpflichtdogmatik seit dem 19. Jahrhundert tut sich ganz prinzipiell schwer mit der Zurechnung von Unterlassen. Dabei spielt – ein in der weiteren Entwicklung mitunter belächeltes Problem – die Kategorie der Kausalität eine zentrale Rolle. Wer einen Menschen erschlägt oder verwundet, handelt evidentermassen kausal für den jeweiligen Taterfolg. Es fällt unseren Alltagsintuitionen nicht besonders schwer, ihn als ganz isoliert Verantwortlichen für das zu betrachten, was er angerichtet hat. Aber wer als Mutter oder Vater einen Säugling verhungern lässt, handelt der auch kausal für den Todeseintritt? Nein, sagen wir heute, aber das ist auch gar nicht nötig – wir rechnen eine vorsätzliche Tötung hier deshalb zu, weil jemand die rechtliche Pflicht zum Füttern hatte. Dass man im 19. Jahrhundert auch hier noch Kausalitäten konstruieren wollte – etwa das Stricken der Mutter während der Fütterungszeit als Ursache des Todeseintritts beim Säugling – ein solches Zu-Tode-Stricken erscheint uns heute als leicht antiquierte Vorstellung<sup>39</sup>. Und doch stand hinter dieser Kausalitätsdebatte eine verständliche Suche nach Zurechnungsevidenzen, die verloren gehen, wenn der Grund für die Zurechnung nicht ein kausales Handeln, sondern nur eine *Pflicht* zum Handeln ist – eben etwas, das sich gar nicht beim Täter, sondern zunächst einmal nur bei anderen, eben bei der Pflichten schaffenden Rechtsgemeinschaft, lokalisieren lässt. Dieses Fehlen von Evidenz kann man sich praktisch sehr schnell klarmachen, wenn man danach fragt, ob denn auch die im Haus anwesende Grossmutter des Kindes, die anwesende Freundin der Mutter, die Hausangestellte oder der Vater am Arbeitsplatz, der von den Absichten der Mutter weiss, ob sie alle auch für den Tod des Kindes wegen vorsätzlicher Tötung strafbar sind: Hier verlassen uns jedenfalls unsere eindeutigen Intuitionen von der Zurechnung, Evidenzerlebnisse schwinden, die Antwort wird kompliziert.

Das aber heisst: Die Zurechnung beim Unterlassungsdelikt ist schon prinzipiell schwieriger und deshalb für

symbolische Darstellung normativen Erwartens weniger brauchbar als die beim Handlungsdelikt. Denn mangels Kausalität und angesichts einer Handlungspflicht als Zurechnungsvoraussetzung hebt beim Unterlassungsdelikt deutlicher als beim Handlungsdelikt ein Akt sozialer *Zuschreibung* der Verantwortlichkeit erst den Täter aus dem Kreis der Konfliktbeteiligten heraus. Die isolierte Konfliktverantwortlichkeit, Grundlage unserer Zurechnungsevidenzen, lässt sich also nicht so deutlich stilisieren wie beim Handelnden. Die Suche nach dem «Bösewicht» wird auch für den, der alle Fakten kennt, zu einer nicht einfachen Aufgabe.

---

ZStrR 3/2007 | S. 262–279 273 | ↑

---

Beim Unterlassen kann also sozialpsychologisch der Konflikt eher am Unterlassenden vorbei erklärt werden als bei der aktiven kausalen Handlung am Handelnden vorbei. Der Normbruch erschüttert nämlich in einem geringeren Masse die allgemeine Orientierungssicherheit, wenn die Norm vorher schon nicht eindeutig war und erkennbar soziales Konstrukt ist. Die generelle fakultative Strafmilderung bei unechten Unterlassungsdelikten in [Art. 11 Abs. 4 StGB](#)<sup>40</sup>, und das Erfordernis der Vorwurfsidentität (zum korrespondierenden Handlungsdelikt) in Abs. 3 derselben Vorschrift, spiegeln diese offensichtliche Problematik auch im neuen Gesetz. Diese Schwierigkeit bei der Zurechnung gälte selbst dann, wenn sich durch genaueres Nachdenken jeweils sagen liesse, wann es unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung von gleicher Freiheit der Beteiligten angezeigt sein kann, ein bestimmtes Unterlassen metaphorisch als ein Bewirken im Sinne eines Ausnutzens sich verschlechternder Kausalentwicklungen zu verstehen – wann also die Rechtspflicht ein solches Gewicht annimmt, dass jeder Verständige sie wollen muss<sup>41</sup>.

## B. Zuschreibung nach Zweckmässigkeit

Zu dieser generellen Zurechnungsproblematik beim Unterlassen tritt nun aber eine weitere Zurechnungsschwierigkeit hinzu, wenn man die Handlungspflichten ihrerseits von vorausgehender Handlungsverantwortung und damit von den klassischen Verantwortungsprämissen des Strafrechts abkoppelt: Folgt man der vorgestellten modernen Strafrechtsdogmatik mit ihrer Anknüpfung an weit ausgedehnte zivilrechtliche Haftungskriterien, dann wird der Unterlassende zur Verantwortung gezogen unter Rekurs auf die Bedürfnisse anderer. Es ist erst diese explizit so erfolgende Zuschreibung unter Gesichtspunkten der Zweckmässigkeit, die den Täter aus dem Kreis der Konfliktbeteiligten herausheben soll. Zugeschrieben wird somit aber, für jeden erkennbar, nach Kriterien, die aufgrund anderer und vielleicht nicht minder einleuchtender Zweckmässigkeitserwägungen auch anders hätten ausfallen können. Dieser Mangel an Zurechnungsevidenz, die man für einen sozialetischen Tadel immer vorausgesetzt hat, schafft also noch zusätzliche Zurechnungsprobleme.

Wenn Teile der modernen analytischen Ethik<sup>42</sup> ebenso wie der im Strafrecht rezipierten Systemtheorie<sup>43</sup> eine ethische und rechtliche Unterscheidbarkeit von

---

ZStrR 3/2007 | S. 262–279 274 | ↑

---

Handeln und Unterlassen bei Zuständigkeit für einen Organisationskreis sogar im Grundsatz bestreiten, so müssen sie diese hier angesprochene sozialpsychologische Zurechnungsdimension gänzlich ausblenden. Sie sehen dann genau von dem ab, was das Juristische an der Zurechnung bildet, vom sozialen Prozess der Zurechnung. Dieser soziale Prozess der Zurechnung aber bestimmt mit seinen Evidenzerlebnissen das Gelingen von Zurechnung.

Das Dokument "Nichtstun als Straftat - Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 01.03.2024 auf der Website [zstrr.recht.ch](http://zstrr.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024



## IV. Parallelen?

### A. Die Sanktionendebatte

Fehlt aber die Zurechnungsevidenz, so erscheint auch zunehmend der für das Strafrecht charakteristische sozialetische Tadel als Konsequenz von Zurechnung problematisch. Die einen solchen Tadel aussprechenden klassischen strafrechtlichen Sanktionen, insbesondere die Freiheitsstrafe, wirken dann zunehmend unangemessen. Solche Rechtsfolgen mit massivem Eingriffscharakter passen für ein Zurechnungssystem, das an der individuellen Verantwortung des Handelnden ansetzt. Wenn man aber, aus gesamtgesellschaftlich vielleicht sehr vernünftigen Gründen, den Anschluss an Gebote der Minimalsolidarität oder an privatrechtliche Haftungsvoraussetzungen sucht, muss man die Nähe zu diesen anderen rechtlichen Kategorien, also zum Rechtsgebiet des Privatrechts, auch bei den Rechtsfolgen berücksichtigen.

Es verdient deshalb Aufmerksamkeit, dass zeitgleich mit einer Zunahme der sozialen Bedeutung von Handlungspflichten im Strafrecht auch die traditionellen strafrechtlichen Sanktionen in Frage gestellt werden: insbesondere die entsozialisierende Freiheitsstrafe<sup>44</sup>. Man denkt über neuartige Sanktionen nach, und einige dieser neuartigen Sanktionen weisen Anklänge an das Privatrecht auf. Es geht in der Entwicklung der letzten Zeit insbesondere um eine Ausweitung der Einziehung von Gewinnen<sup>45</sup> aus Straftaten und um die Wiedergutmachung innerhalb des Strafrechts<sup>46</sup>, also, in die Sprache des Zivilrechts übersetzt, um die Gedanken der ungerechtfertigten Bereicherung und des Schadenersatzes.

Kannte das StGB in seiner ursprünglichen Fassung nur die Einziehung gefährlicher Gegenstände, so wurde bereits 1974 die Möglichkeit geschaffen, auch unrechtmässige Vermögensvorteile einzuziehen, was dann 1994 auch noch auf Sur

---

ZStrR 3/2007 | S. 262–279 275 | ↑

---

ro-gate ausgedehnt wurde<sup>47</sup>. Die jüngste, 2007 in Kraft getretene Reform hat dann noch die Verjährung für die Einziehung auf sieben Jahre erhöht ([Art. 70 Abs. 3 StGB](#)). Der Gedanke einer Abschöpfung von Vermögenswerten durch das Strafrecht gewann also zunehmend an Bedeutung – offenkundig mit einem Instrumentarium, das sich wegen seines evident zivilrechtsähnlichen Charakters weder unter die Strafen noch unter die Massnahmen sinnvoll einordnen lässt<sup>48</sup>.

Der neue Allgemeine Teil des StGB sieht zudem, wenn die Voraussetzungen für die bedingte Strafe erfüllt und das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind, das Absehen von einer Strafe vor, falls der Täter den Schaden gedeckt oder dies auch nur ernsthaft versucht hat («Wiedergutmachung»). Angesichts der Erstreckung dieser Regelung, mittels einer Verweisung auf [Art. 42 StGB](#), auch auf Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren ([Art. 53 lit. a StGB](#)), erfasst die Wiedergutmachung nicht nur die Kleinkriminalität, sondern darüber hinaus den Bereich der mittleren Kriminalität. Formell handelt es sich um einen Strafaufhebungsgrund, die Vorschrift führt de facto aber eine neuartige primäre Sanktion der Schadenswiedergutmachung ein. Da schon Untersuchungsbehörden diesen Weg im Vorfeld eines gerichtlichen Verfahrens einschlagen können, ist die Strafflosigkeit bei Wiedergutmachung – und entsprechend der Anreiz zu einer Wiedergutmachung – sogar von einer Feststellung der Schuld unabhängig.

All das mag zunächst verwundern und die Frage provozieren, ob das Strafrecht damit seine eigenständige Funktion nicht gänzlich preisgibt. Worin besteht diese eigenständige Funktion? Der Straftat und der Strafe wird, zumindest seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts, ausdrücklich eine symbolische Bedeutung beigemessen<sup>49</sup>. Die Straftat steht für mehr als das, was sie im zivilrechtlichen Sinne als in Geld bezifferbaren Schaden verursacht hat.

Das Dokument "Nichtstun als Straftat - Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte" wurde von Zentralbibliothek Zürich, Zürich am 01.03.2024 auf der Website [zstrr.recht.ch](http://zstrr.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2024

Deshalb auch kennen wir seit dieser Zeit eine immer wieder aufflammende Diskussion über die entscheidenden Unterschiede zwischen Zivilrecht und Strafrecht. Was das spezifisch Strafrechtsrelevante an einer Tat ausmachen soll, wird zumeist in der *sozialen* Bedeutung der Tat gesehen: Der Straftäter stelle nicht nur eine bestimmte Rechtsposition, sondern das Recht als Recht in Frage, er verweigere dem Opfer die Anerkennung als Rechtssubjekt, bewirke auf diese Weise einen über das Materielle hinausgehenden «ideellen» oder «intellektuellen» Schaden. Das lässt sich übrigens auch annähernd in neuere Sprachen übersetzen: Der Straftäter verweigert, in der Sprache des symbolischen Interaktionismus, die Perspektiveübernahme, oder er stellt, in der Sprache der Systemtheorie,

kongruent generalisierte normative Verhaltenserwartungen in einem das allgemeine Sicherheitsbedürfnis tangierenden Ausmass in Frage. Das Strafrecht geht also gewissermassen eine Symbolisierungsstufe über das Zivilrecht hinaus, die Straftat steht für etwas Weiteres, Ideelles, das in ihrer zivilrechtlichen Erfassung noch nicht notwendig mitgedacht wird. So wie in dieser Tradition die Straftat als Symbol für etwas gilt, so auch die Reaktion auf die Straftat, die Strafe. Auch die Strafe soll ihre Bedeutung deutlich jenseits der Restitution des materiellen Schadens haben: als Wiederherstellung des Rechts, als Restitution eines Anerkennungsverhältnisses, als Ausgleich eines ideellen Schadens, als Demonstration der Notwendigkeit von Perspektiveübernahme oder als Bekräftigung der enttäuschten Erwartung.

Vor dem Hintergrund dieser Gedanken kann man in der Tat sagen: Wenn in der Diskussion um adäquate Sanktionen die Wiedergutmachung und die Einziehung in den Vordergrund rücken, so wird die symbolische Bedeutung von Straftat und Strafe, soweit sie über das im Zivilrecht bereits Erfasste hinausgeht, insoweit ein Stück zurückgenommen. Wer für bestimmte Bereiche des Strafrechts auf zivilrechtsähnliche Sanktionen setzt, geht von der Vermutung aus, der finanzielle Ersatz des materiellen oder individuell-ideellen Schadens gegenüber dem Opfer werde von der Gemeinschaft auch als hinreichendes Symbol an *ihre* Adresse toleriert. Aber wenn und soweit das Strafrecht sich zivilrechtlichen Haftungskriterien annähert, sind derlei Annäherungen auch auf Rechtsfolgenseite eigentlich nur konsequent.

Dass solchen eher wertneutralen Sanktionen, die den «sozialethischen Tadel» nicht auf der Stirne tragen, in Zukunft eine wachsende Bedeutung im Strafrecht zukommen wird, zeigt als parallele Entwicklung auch die in vielen Ländern schon existente und in anderen geplante oder diskutierte Verbandsstrafbarkeit. Die Notwendigkeit alternativer Sanktionen stellt sich bei der Verbandsstrafe in erhöhtem Masse. Sie hängt dort noch zusätzlich damit zusammen, dass sich gegen Verbände als solche mangels Schuldfähigkeit, ja schon mangels Vorsatz oder Vorhersehbarkeit, jedenfalls im traditionellen Sinn kein «sozialethischer Tadel» erheben lässt und dass ausserdem eine Freiheitsstrafe als Sanktion absurd wäre. Die Entdramatisierung auch der Sanktionen liegt deshalb nahe. Wo, wie nicht selten, das Handeln des Verbands und das organisatorische Unterlassen des Geschäftsherrn austauschbare Vorwürfe sind, addieren sich die Gründe für diese Reduktion des moralischen Pathos: Es fehlt die Zurechnungsevidenz beim Geschäftsherrn, und es fehlen die materiellen Zurechnungsvoraussetzungen beim Verband.

## B. Absprachen im Strafprozess

Die Zurechnungsschwierigkeiten bei der Auferlegung weitreichender Handlungspflichten treffen allerdings nicht nur mit einem Umdenken bei den Strafsanktionen zusammen, sondern auch mit Neuorientierungen im Strafprozessrecht.

Richtet sich, wie zu sehen war, die Zurechnung nach sozialen Standards wie Zumutbarkeit, Zuständigkeit oder Vertrauen, so entstehen auch bei Ermittlungsbehörden und Gerichten ungewöhnlich grosse Entscheidungsspielräume. Solche Entscheidungsspielräume sind, in den hier ganz besonders einschlägigen Wirtschafts- und Umweltstrafverfahren, häufig gekoppelt mit äusserst komplizierten Sachverhaltsaufklärungen und deshalb mit Beweisschwierigkeiten. Grosse Entscheidungsspielräume, gepaart mit Beweisschwierigkeiten und auch noch beim sozial integrierten Täter, das ist der typische Nährboden für Absprachen im Strafprozess, für den «Deal» zwischen dem Beschuldigten und der Justiz<sup>50</sup>. In vielen Ländern heute schon Verfahrensalltag, in der eidgenössischen StPO künftig vorgesehen, u.a. im Kanton BL in einer eher vorsichtigen Variante bereits in Kraft<sup>51</sup>, könnte sich mit solchen Absprachen, mit dieser Konsensorientierung, ein schleichender Paradigmawechsel auch im Strafprozess ergeben. Das klassische «Oben» und «Unten» im Strafprozess – hier die Justiz, dort der Beschuldigte – wird ergänzt durch Elemente eines runden Tisches, an dem man natürlich bei fortbestehendem Machtgefälle gleichwohl unter allseitigem Nachgeben die Strafsanktion aushandelt – eingedenk dessen, dass auch der Mächtige mitunter durch Kooperation mehr erreicht als durch Befehl.

Man mag auch dies als Erosion des klassischen Strafrechtsprogrammes beklagen<sup>52</sup> – verhindern lässt es sich, wie die Erfahrung gezeigt hat, nicht. Vielleicht wäre es deshalb auch insoweit sinnvoller, sich einzugestehen, dass sogar im Prozessrecht die vormals dicht erscheinende Grenze zum Zivilrecht durchlässig wird.

## V. Konvergenz der Teilrechtsgebiete?

Somit lassen sich heute im Strafrecht nicht nur bei den hier im Vordergrund stehenden Unterlassungsdelikten neue Zurechnungskriterien beobachten, sondern daneben auch neue Sanktionen und neuartige Verfahrenselemente, denen allen eine Tendenz zur Annäherung an das Zivilrecht gemeinsam ist. Hat sich also das Strafrecht in seiner uns bisher bekannten Form überlebt, wird es immer mehr zivilrechtliche Züge annehmen und schliesslich im Zivilrecht aufgehen?

Eine solche Interpretation der aufgezeigten Phänomene würde deren Komplexität doch bei weitem nicht hinreichend erfassen. Eine Reprivatisierung des

Strafrechts, gar eine «Versklavung des Strafrechts durch das zivilistische Denken»<sup>53</sup>, steht nur in einem sehr beschränkten Masse zur Debatte. Diese Einschätzung würde selbst dann gelten, wenn sich die Garantienpflichten noch mehr den zivilistischen Haftungskriterien annähern sollten, wenn sich auch die Schadenswiedergutmachung als primäre strafrechtliche Sanktion noch weiter durchsetzen, wenn sich Möglichkeiten der Einziehung erweitern sollten und wenn der «Deal» im Verfahren noch einen Ausbau erfahren würde.

Aufgrund zivilrechtlicher Haftungskriterien würden weiterhin jedenfalls *auch strafrechtliche Sanktionen* für Unterlassungsdelikte verhängt werden. Der Umfang der Wiedergutmachungspflicht ebenso wie die Einziehung würden sich auch weiterhin noch an den Interessen der Allgemeinheit orientieren – was sich gerade auch darin zeigt, dass in ersterem Fall, anders als im Zivilrecht, bei fehlenden materiellen Mitteln allein schon ein ernsthaftes Bemühen um den Ausgleich des Unrechts für die Straflosigkeit ausreichen kann. Weiter werden die staatliche Abnahme des Prozessrisikos und die traditionelle Strafe als Auffangposition bei Verweigerung der Wiedergutmachung auch künftig bestehen. Und auch an den für das Strafverfahren typischen staatlichen

Eingriffsbefugnissen würde selbst bei gesetzlich klarer Verankerung des «Deals» im Prinzip nicht gerüttelt werden.

Wir haben es also eher mit einer mehrschichtigen «Konvergenz des Rechtsdenkens in verschiedenen Teilrechtsgebieten»<sup>54</sup> zu tun, die dogmatisch durchaus reizvoll und anregend sein kann. Sie hat allerdings auch einen Nachteil: dass, in der Regel wohl ungewollt, die bereichsspezifischen rechtlichen Garantien durch eine solche Amalgamierung aufgeweicht werden können. Im Fall der Wiedergutmachung baut das Strafrecht einen Druck zu freiwilligen Leistungen auf, bei der Vermögenseinziehung kümmert sich das Strafrecht um kriminogene Potenziale zivilrechtlicher Güterverteilung und beim «Deal» dürfte praktisch gesehen ein Geständniszwang auch gegenüber dem Unschuldigen, der nur so Schlimmeres verhindern kann, nicht selten nötigungsähnliche Züge annehmen.

Entsprechend produziert die Annäherung an das Zivilrecht auch bei den Unterlassungsdelikten praktisch eine Verstärkung staatlichen Zwangs: Die Gemeinschaftsbezogenheit des Strafrechts nimmt bei einer Vermehrung von strafbewehrten Handlungspflichten im Bereich der Unterlassungsdelikte trotz, ja wegen umfassenderer zivilrechtlicher Haftungskriterien, nicht ab, sondern zu. Während *Verbote*, also klassische Straftatbestände, nur den Zwang schaffen, den bestehenden Zustand unangetastet zu lassen, schaffen *Gebote* den Zwang zur Verbesserung der sozialen Umgebung. Anpassungspflichten charakterisieren so gerade einen eindeutig öffentlich-rechtlichen Zusammenhang. Der Staat, der leistet und teilhaben lässt, schafft

die diesen Rechten komplementären Pflichten. Er muss deshalb das Strafrecht, das zunächst wie das klassische zivilistische Deliktsrecht am individuellen Verschulden als Kriterium der Austauschgerechtigkeit ansetzte, auf eine sozialstaatlich orchestrierte austeilende Gerechtigkeit umstellen. Darin besteht die Parallele zum modernen Zivilrecht, das seinerseits mit Kriterien wie Leistungsfähigkeit und optimaler Streuung der Haftung die willens- und verschuldensbezogenen Haftungskriterien ergänzt und teilweise ersetzt, und eben daher rührt auch der offenbare Vorbildcharakter des modernen Zivilrechts für das moderne Strafrecht. Es ist paradoxerweise ein schon dem öffentlich-rechtlichen Denken angenähertes Zivilrecht, das man im Strafrecht mitunter rezipiert. Beide, Zivilrecht wie Strafrecht, dokumentieren gerade darin, neben bilateralen Beeinflussungen und Neuvermessungen, zugleich auch eine öffentlich-rechtliche Umorientierung.

«Nichtstun als Straftat» markiert so eine dogmatische Schnittfläche von Zurechnung, Sanktion und Verfahren, zugleich aber auch von Strafrecht, Zivilrecht und öffentlichem Recht. Diese binnenjuristische Interdisziplinarität wird vielleicht sogar derzeit in keinem anderen Gebiet des Strafrechts so augenfällig wie bei den unechten Unterlassungsdelikten, deren Dogmatik zugleich die Ambivalenz der Entwicklung des modernen Strafrechts wie ein Brennglas bündelt.

---

<sup>1</sup> Auf diese – angesichts der Entwicklung der Dogmatik der letzten Jahrzehnte nicht unanfechtbare – Liste kann hier nicht eingegangen werden. Näher dazu *K. Seelmann*, Strafrecht, Allg. Teil, 3. Aufl., Basel 2007, 102 f. Vgl. auch den Hinweis bei *G. Heine*, Die Totalrevision des Schweizerischen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches – Entwicklung und Schwerpunkte im Vergleich, in: *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser, hrsg. von *J. Arnold* u.a., München 2005, 493 ff., 503: «Diese Fallgruppen sind aber, zumindest in ihrer Trennschärfe, ihrerseits umstritten, so dass Abgrenzungsstreitigkeiten programmiert sind.»

<sup>2</sup> Ob es sich bei einer solchen Vorschrift um unzulässige Bestrafung bloss unmoralischen Verhaltens handelt, wurde, anders als in Deutschland, in der Schweiz nicht thematisiert. Zur Geschichte der Debatte in Deutschland vgl. *K. Seelmann*, Unterlassene Hilfeleistung oder: Was darf das Strafrecht? *JuS* 35 (1995) 281 ff.

<sup>3</sup> *G. Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil I, 3. Aufl., Bern 2005, § 14 N 9.

- 4 Zur Debatte im Schweizer Gesetzgebungsprozess Ende des 19. Jahrhunderts vgl. *Stratenwerth* (Fn. 3), § 14 N 8.
- 5 Ausführliche Übersicht zur historischen Entwicklung bei *H.-J. Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, Göttingen 1966, 4 ff.
- 6 Zur jüngeren Gesetzgebungsgeschichte vgl. *J.-C. de Haller*, La commission par omission, in: *A. Kuhn* et al., La nouvelle partie générale du Code penal suisse, Bern 2006, 35 ff.
- 7 Dass auch die theoretische Befassung mit dem «Nichtstun als Straftat» zunimmt, belegt die Debatte in der Philosophie, in neuerer Zeit ausgehend von *D. Birnbacher*, Tun und Unterlassen, Stuttgart 1995, und *R. Stoecker*, Tun und Lassen – Überlegungen zur Ontologie menschlichen Handelns, in: *Erkenntnis* 48 (1998) 395 ff.
- 8 Zum Bedeutungszuwachs unechter Unterlassungsdelikte durch zunehmende Arbeitsteilung bereits *W. Gallas*, Studien zum Unterlassungsdelikt, Heidelberg 1989, 67 ff.
- 9 J.M. Silva *Sánchez*, Die Expansion des Strafrechts, Frankfurt a.M. 2003, 8.
- 10 Vgl. nur das Gesetz über die verdeckte Ermittlung vom 20. Juni 2003 mit Bestimmungen u.a. zum Mass der Einwirkung (Art. 10) und den Pflichten von Führungspersonen (Art. 11).
- 11 Dazu bereits *L. Philipp*, Der Handlungsspielraum, Frankfurt a.M. 1974, 140, und *J. Welp*, Vorgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, Heidelberg 1968, 114 ff.
- 12 Zu Recht kritisch gegenüber dieser h.M. jetzt *Chr. Bänziger*, Sterbehilfe für Neugeborene aus strafrechtlicher Sicht, Zürich 2006, 58 f.
- 13 Zu den zugrunde gelegten Elementen des Unterlassens und der Fahrlässigkeit *M. Pieth*, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens, ZStrR 121(2003) 353, 363.
- 14 *Silva Sánchez* (Fn. 9), 53, sieht angesichts der Erstreckung der Unterlassungsdelikte auf den Bereich der Unternehmensdelikte und der Delikte organisierter Strukturen die Gefahr einer rechtsstaatlich zweifelhaften Ausweitung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf die angelsächsische «Vicarious liability» und die französische «responsabilité du fait d'autrui».
- 15 Alle Zitate *W. Naucke*, Strafrecht – Eine Einführung, 10. Aufl., Neuwied 2002, 293.
- 16 A.a.O., 294.
- 17 Diskussionsbemerkung wiedergegeben bei *G. Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Opladen 1996, Anm. 68.
- 18 Ausführlich zu Vorzügen und Problemen dieses Verständnisses *K. Seelmann*, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., München 2007, § 3 N 27 ff.
- 19 Dazu *K. Seelmann*, Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantienpflichtdogmatik, GA 136 (1989) 241 ff.
- 20 *Jakobs* (Fn. 17), 30.
- 21 Vgl. die ausdrückliche Bezugnahme auf die Regelung von zivilrechtlichen Auskunftspflichten in BGE 129 IV 119, 123 (Vermittlung von Sportveranstaltern) sowie in BGE 130 IV 7, 9 f. (ärztliche Einholung von Informationen über die Vorgeschichte einer Verletzung). Allgemein zu Garantienpflichten aus Herrschaft über eine Gefahrenquelle vgl. *A. Donatsch/B. Tag*, Strafrecht I, 8. Aufl., Zürich 2006, § 30 2.112.
- 22 Unmittelbar in Art. 11 Abs. 2 lit. c (Gefahrengemeinschaft), aber auch bei tatsächlicher Vertrauensbegründung im Fall eines ungültigen Vertrags (dazu *St. Trechsel*, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Zürich 2004, 253) und darüber hinaus bei Garantienpflichten aus enger Lebensgemeinschaft (dazu *Stratenwerth* (Fn. 3), § 14 N 25). Ausführlich dazu *K. Seelmann*, Privatrechtlich begründete Garantienpflichten?, in: Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, hrsg. von *K. Schmidt*, Berlin 1994, 85 ff.
- 23 U.a. BGE 101 IV 400; 103 IV 289; 125 IV 9.
- 24 BGE 90 IV 246; 101 IV 31.
- 25 Zu den Problemen der Produkthaftung vgl. *Ph. Spitz*, Strafrechtliche Produkthaftung – Übertragbarkeit zivilrechtlicher Betrachtungsweisen?, Basel 2001, mit ausführlicher Übersicht über Rechtsprechung und Literatur.
- 26 BGE 81 IV 201 f.
- 27 BGE 96 IV 174 f.; 105 IV 176 f.
- 28 BGE 125 IV 9, 13.
- 29 BGE 129 IV 119, 123.
- 30 BGE 122 IV 103; dazu *Th. Koller*, Das Von-Roll-Urteil und die Organisationshaftung – Rezeption einer genuin zivilistischen Betrachtungsweise im Strafrecht?, SJZ 92 (1996) 409 ff.
- 31 Zur Entwicklung der Vertrauenshaftung im Zivilrecht vgl. *I. Schwenger*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 4. Aufl., Bern 2006, § 52; ausserdem *P. Loser*, Die Vertrauenshaftung in der Praxis, in: Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht, hrsg. von *P. Jung*, Bern 2007, 23 ff., der allerdings darauf hinweist, dass im Zivilrecht nach anfänglichen Haftungsausweitungen seit etwa 2000 eine Konsolidierungsphase eingetreten sei.

- 32 Ausführlich dazu *A. Grünewald*, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten?, Berlin 2001, 39 ff.
- 33 BGE 83 IV 13 f.; 100 IV 211.
- 34 Kritisch zu dieser Entwicklung *Grünewald* (Fn. 32), 119 ff.
- 35 Selbst im Zivilrecht wird die Gefahr gesehen, «dass die Vertrauenshaftung der Willkür Tür und Tor öffnet», vgl. *Schwenzer* (Fn. 31), § 52.04.
- 36 So *Jakobs* (Fn. 17), 19 f. Zustimmend zu einer Übertragung des zivilrechtlichen Prinzips der Organisationshaftung in das Strafrecht *Koller* (Fn. 30), 412.
- 37 *Jakobs* (Fn. 17), 20.
- 38 *B. Schünemann*, Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland, in: Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte: ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin, hrsg. von *E. Gimbernat* u.a., Heidelberg 1995, 51 ff., 68.
- 39 Zur Unterscheidung von Verknüpfungsprinzipien der Natur wie Kausalität und solchen der Freiheit wie Moral und Recht vgl. *M. Kahlo*, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, Frankfurt a.M. 2001, 181 ff.
- 40 Begründet in der Botschaft zur Änderung des Schweizer Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes), BBl 1999/1979 ff., 2002 mit der Erwägung: «Die kriminelle Energie ist bei einem Unterlassungsdelikt möglicherweise etwas geringer als bei einem Handlungsdelikt.»
- 41 Auf diese u.a. von *Kahlo* (Fn. 39) aufgeworfene Problematik kann hier nicht näher eingegangen werden.
- 42 Vgl. *Birnbacher* (Fn. 7), 231.
- 43 *Jakobs* (Fn. 17), 19 ff., 36.
- 44 Vgl. die prinzipielle Abschaffung der kurzfristigen Freiheitsstrafe zum 1.1.2007 mit dem neuen Allg. Teil des Schweizer Strafrechts, [Art. 40 StGB](#); ausserdem die Anhebung der Obergrenze für den bedingten Vollzug auf zwei Jahre, [Art. 42 Abs. 1 StGB](#)
- 45 [Art. 70 StGB](#): Einziehung von Vermögenswerten.
- 46 [Art. 53 StGB](#): Strafbefreiung bei Wiedergutmachung oder zumutbaren Anstrengungen.
- 47 Zur Geschichte *G. Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht AT II, 2. Aufl., Bern 2006, § 1 N 69 ff., § 13 N 95; vgl. auch BGE 126 IV 105.
- 48 *Stratenwerth* (Fn. 47), § 1 N 71.
- 49 Eine der ersten systematischen Beschäftigungen damit findet sich in *C.-Th. Welcker* «Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe» von 1813, vgl. dazu *T. Rückert*, Der intellektuelle Verbrechensschaden bei Carl-Theodor Welcker, Frankfurt a.M. 1998.
- 50 Nunmehr vorgesehen im Entwurf der Expertengruppe zur Schweizerischen Strafprozessordnung wie schon in VE Art. 385 ff., in bestimmten Modifikationen in einigen Kantonen jetzt schon in Kraft, vgl. dazu *R. Hauser/E. Schwenzer/K. Hartmann*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 49 N 5 ff.; zur faktischen Herausbildung des «Deals» in der Verteidigungspraxis noch vor jeder gesetzlichen Regelung vgl. *V. Landmann*, Betäubungsmitteldelikte, in: Strafverteidigung, hrsg. von *M.A. Niggli/Ph. Weissenberger*, Basel 2002, 637 ff., 676 ff.
- 51 StPO BL §§ 137 ff.
- 52 «Erhebliche rechtsstaatliche Bedenken» bei *Hauser/Schwenzer/Hartmann* (Fn. 50), § 49 N 9.
- 53 *Schünemann* (Fn. 38).
- 54 *Koller* (Fn. 30), 412.