9.

Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte.

Von Professor Dr. W. Höpfner in Göttingen.

Das Problem der Unterlassungsdelikte ist im vorigen Jahre durch Traeger einer erneuten Untersuchung unterzogen worden. Das Ergebnis ist in folgendem Gesetzesvorschlag formuliert (§. 112):

„Der Handlung steht die Unterlassung (Nichtthinderung des Erfolgs) gleich, wenn eine besondere Rechtspflicht zum Handeln besteht, gleichviel auf welcher Rechtsquelle die Pflicht beruht. Eine besondere Rechtspflicht zum Handeln besteht auch für den, der durch schulbloßer Handlung einen gefahrdrohenden Zustand für andere herbeigeführt hat oder in dessen Herrschaftsbereich ein gefahrdrohender Zustand für andere eingetreten ist, den nur er zu beseitigen vermag.

Die Verletzung einer vom Gesetz gebotenen allgemeinen Weistandspflicht (wie z. B. in § ... angeordnet¹⁾) begründet keine Verantwortlichkeit für den nicht verhinderten rechtswidrigen Erfolg.“

Traegers Verlangen nach gesetzlicher Regelung hat Aussicht auf Erfüllung. Die Kommission zur Beratung des künftigen StGB. hat nach dem Bericht von Ebermayer (der Entwurf eines Deutschen StGB. 1914 S. 11, 98) in zweiter Lesung beschlossen, die Bestrafung der Kommissivdelikte durch Unterlassung zu regeln und „Gewohnheitsrecht und Rechtsprechung dahin kodifiziert, daß wegen Herbeiführung eines Erfolgs durch Unterlassung nur strafbar ist, wer rechtlich verpflichtet war, den Eintritt des Erfolges durch Handeln zu hindern, wobei eine solche Pflicht auch für den besteht, der durch seine Tätigkeit die Gefahr des Eintritts des Erfolges herbeigeführt hat“²⁾. Ferner hat die Kommission die Bestimmung des § 308 Z. 8 BG. (= § 360 Z. 10 StGB.) über Verletzung der Nothilfepflicht dadurch

¹⁾ Vgl. etwa § 360 Z. 10 StGB.

²⁾ Hiermit soll wohl gesagt sein, daß wegen Herbeiführung des Erfolges nicht strafbar ist, wer überhaupt nicht zum Handeln rechtlich verpflichtet war (selbstverständlich!), desgleichen, wer zwar rechtlich verpflichtet war zu handeln, aber nicht zur Hinderung des Erfolges als solchen. Gemeint ist wohl aber auch, daß derjenige, der hierzu rechtlich verpflichtet war, im Falle der Unterlassung wegen Herbeiführung des Erfolges strafbar sein soll.

erweitert, daß auch strafbar sein soll (mit Haft oder Geldstrafe), wer es vorsätzlich unterläßt, einen anderen aus einer Lebensgefahr zu retten, obwohl er ihn ohne Gefahr für Leib oder Leben retten kann. Doch soll die Tat nur strafbar sein, wenn der Gefährdete in der Gefahr das Leben verloren hat; ferner soll der Nothhilfeparagraph gegenüber der schwerere Strafbarkeit begründenden Bestimmung über das Kommissivdelikt durch Unterlassung nur subsidiär sein.

Ich kann die Beschlüsse der Kommission für glückliche nicht achten, und ebensowenig die Traegerschen Vorschläge, ohne übrigens zu verkennen, daß seine Untersuchungen im einzelnen vielfach sehr lehrreich und fördernd sind.

Eine erspriessliche Erörterung unseres Problems *de lege ferenda* hat eine Darlegung des durch die *lex lata* gegebenen Zustandes zur Voraussetzung. Doch braucht den Umständen nach letztere sich nicht auf den Nothhilfeparagraph, sondern nur auf das Kommissivdelikt durch Unterlassung zu beziehen. Auch können die vom Gesetz speziell geregelten Fälle unterlassener Erfolgshinderung (wie z. B. § 121 StGB., vgl. Traeger 79) hier außer Betracht bleiben.

I.

Das Kommissivdelikt durch Unterlassung nach der *lex lata*.

Man hat bekanntlich zahlreiche Versuche gemacht, die strafrechtliche Haftung des Unterlassenden damit zu begründen, daß man nachzuweisen unternahm, daß der Unterlassende den Erfolg wirklich verursacht habe, sei es durch sein gleichzeitiges Andershandeln, sei es durch eine vorangegangene Handlung, sei es, weil die Unterlassung Vernichtung einer abhaltenden Bedingung sei, sei es wodurch sonst immer. Alle derartigen Versuche sind meines Erachtens widerlegt, auch von Traeger (S. 27—59) widerlegt, und es soll auf sie nicht weiter eingegangen werden³⁾⁴⁾.

Hatte man sich von der Ungangbarkeit dieses Weges überzeugt, so lag es nahe zu sagen: auf die Kausalität kommt es nicht an, son-

³⁾ Verursachung im strengen Sinne des Wortes, d. h. in der Beschränkung des Begriffs auf das Naturgeschehen — ich werde mich dafür im folgenden des Ausdrucks „echte Verursachung“ bedienen — ist in den betreffenden Fällen zuweilen wohl gegeben, aber für die Konstruktion des Unterlassungsdelikts (wegen des Zeitpunktes des Schuldverfordernisses) bedeutungslos.

⁴⁾ Aber einige der in Betracht kommenden Fragen habe ich mich in meiner Schrift „Einheit und Mehrheit der Verbrechen“ 1 153, untere Hälfte geäußert.

bern auf die Rechtswidrigkeit der Unterlassung. Ist die Unterlassung rechtswidrig (d. h. aus einem bestimmten Rechtsgrunde das den Erfolg abwendende Handeln oder wenigstens die Abwendung des Erfolges als solche⁵⁾ geboten), so steht die Nichtthinderung des Erfolges seiner Verursachung hinsichtlich der Strafbarkeit gleich. Es kommt daher darauf an zu untersuchen, wann eine Rechtspflicht zum Handeln besteht.

So z. B. v. Liszt, Lehrb. (20) S. 138, Meher-Auseld, Lehrb. (7) S. 171/72 und, wie das obige Zitat ergibt, grundsätzlich auch Traeger (S. 72, Einschränkung S. 77). Auch ich war früher dieser Meinung (a. a. O. 1 154).

Die Annahme, daß die rechtswidrige Nichtthinderung des Erfolges der positiven Herbeiführung hinsichtlich der Strafbarkeit gleichstehe, teilt wohl auch das Reichsgericht (vgl. E. 10 101, 39 397). Nur faßt es die rechtswidrige relevante⁶⁾ Unterlassung als kausal auf. Unzweideutig ausgesprochen hat es diese Sätze freilich nicht⁷⁾. Jedenfalls läßt das Reichsgericht bei relevanter Unterlassung, falls eine besondere Rechtspflicht zum Handeln bestand, für den sog. strafrechtswidrigen Erfolg nach dem Strafgesetz über Verursachung desselben haften.

Die Lehre, daß die rechtswidrige Nichtthinderung des Erfolges strafrechtlich seiner Verursachung gleichstehe, ist meines Erachtens unrichtig. Es enthält nicht nur das Reichsstrafrecht nicht die leiseste Hindeutung auf diesen Satz, sondern er ist auch innerlich ungerechtfertigt. Ersteres bedarf keines Beweises; letzteres ist sogleich darzulegen (1).

⁵⁾ Ich trete Traeger 93 bei, wenn er bei Konstruktion des Unterlassungsdelikts nur auf erstere, nicht auch die letztere Rechtspflicht Wert legt.

⁶⁾ Relevant nenne ich mit Traeger 21 die Unterlassung jemandes, wenn eine zwar für ihn mögliche, aber von ihm nicht vorgenommene Handlung gewisser Art den Eintritt des Erfolges verhindert hätte.

⁷⁾ Das RG. 10 101 nennt freilich als Voraussetzung der Strafbarkeit die Rechtswidrigkeit neben der Kausalität (dem Erfordernis, daß „durch die Unterlassung ein rechtsverletzender Erfolg herbeigeführt wurde“). Dafür, daß das RG. nur die rechtswidrige relevante Unterlassung als kausal betrachtet, spricht aber doch der Umstand, daß es nach dem Grunde der Rechtspflicht (Vertrag usw.) forscht. Sätze es jede relevante Unterlassung als kausal an, so würde es die Rechtswidrigkeit jeder relevanten (und darum kausalen) Unterlassung ohne weiteres aus der Strafandrohung für Verursachung des Erfolges ableiten können und müssen. Denkbar wäre freilich auch, daß es dies ebenso übersieht, wie Frank (14) § 1 Note IV es übersieht, der tatsächlich jede im obigen Sinne relevante Unterlassung als kausal ansieht.

Es sollte keiner besonderen Betonung bedürfen, daß die Strafbarkeit eines Verhaltens (im Gegensatz zur bloßen Rechtswidrigkeit) nur aus dem Strafgesetz abgeleitet werden kann. Bedroht aber das Strafgesetz die Verursachung eines Erfolges mit Strafe (und nichts weiter), so ist auch nur verursachendes Verhalten strafbar, nicht auch rechtswidriges Verhalten, das nicht verursachend ist. Wohlverstanden: verursachend im Sinne des Gesetzes. Strafbare Begehung eines Delikts durch Unterlassung kann also nur insoweit anerkannt werden, als eine Unterlassung im Sinne des Gesetzes kausal ist. Einen anderen Weg zum strafbaren Kommissivdelikt durch Unterlassung gibt es nicht. Die Frage, auf die alles ankommt, ist nicht (die freilich auch bedeutsame Frage) „wann ist die Unterlassung rechtswidrig?“, sondern die: „wann ist sie im Sinne des (Straf) Gesetzes kausal?“ Man kann hierauf antworten: kausal im Sinne des (Straf) Gesetzes ist diejenige Nicht-Hinderung des Erfolgs, die der Verursachung gleichwertig ist. Dann spitzt sich alles zu auf die Frage „wann ist die Nicht-Hinderung der Verursachung gleichwertig?“ (2).

1.

Die Lehre, daß die rechtswidrige Nicht-Hinderung des Erfolges seiner Verursachung strafrechtlich gleichstehe, ist der salto mortale, mit dem diejenigen, die das Hauptproblem der Unterlassungsdelikte in der Frage der Rechtswidrigkeit der Unterlassung erblicken, die Kluft zwischen bloßer Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit überwinden wollen, um an das Ziel des strafbaren Unterlassungsdelikts zu gelangen. Man beweist nichts, man behauptet nur etwas!⁸⁾

Traeger allerdings hat, wie anzuerkennen ist, die Behauptung nicht nur aufgestellt, sondern auch zu begründen versucht. Er räumt ein (70), daß es nicht voll befriedigend ist, wenn die rechtswidrige Nicht-Hinderung eines Erfolges seiner Verursachung durch positive Handlung gleichstehen solle; und zwar deswegen, weil die auf den verschiedensten Gründen beruhenden Rechtspflichten einen verschiedenen Strafschutz, je nach der sozialen Bedeutung der Verhinderungspflicht, zu fordern scheinen (71, vgl. auch 87). Aber praktisch sei solche

⁸⁾ Anders liegt es natürlich, wenn das Gesetz eine Bestimmung aufstellt wie etwa die für das künftige deutsche StGB. geplante oder wie § 90 des Österr. Vorentwurfs („Was das Gesetz im allgemeinen für Handlungen des Täters bestimmt, gilt auch für Unterlassungen“). Dann hat das Gesetz eine Brücke über die Kluft geschlagen. Freilich führt diese Brücke an ein falsches Ziel.

Abstufung aussichtslos, da es unmöglich sei, die einzelnen Arten von Rechtspflichten auch nur annähernd erschöpfend aufzuführen. So bleibe für den Gesetzgeber nur der Weg grundsätzlich für sämtliche Rechtspflichten die Nichtthinderung der Verursachung des Erfolgs gleichzustellen. Der Mangel werde überdies durch die Weite unserer Strafrahmen fast völlig ausgeglichen (72). Diese Beweisführung hält indessen nicht Stich. Man könnte mit gleichem Recht folgern, da die Fälle der Nichtthinderung teils gleich schwer, teils aber auch milder liegen und zwischen den einzelnen Fällen vom Gesetz nicht unterschieden werden könne, so sei generell für Nichtthinderung mildere Strafe vorzuschreiben als für Verursachung, und es müsse in Kauf genommen werden, wenn infolgedessen die Strafe zuweilen zu milde ausfalle — dafür ließe sich noch sagen: lieber zu milde als zu hart —; und mit mehr Recht: es sei für die Fälle der Nichtthinderung die Strafe der Verursachung zu drohen, jedoch mit fakultativer Strafmilderungsbefugnis für den Richter.

Jedenfalls hat Traeger hier nicht mehr vorgebracht, als einen Gesichtspunkt, der de lege ferenda für Gleichstellung der rechtswidrigen Nichtthinderung mit der Verursachung angeführt werden kann; keineswegs aber, was bei dem Schweigen des Gesetzes erforderlich wäre, dargetan, daß das Gleichstehen selbstverständlich ist. Daß es nichts weniger als selbstverständlich ist, zeigt folgende Erwägung:

Man denke, der Gesetzgeber plane eine ausdrückliche Norm: „wer, nachdem er schuldlos einen anderen in Lebensgefahr gebracht hat, den Tod desselben abwenden kann, muß es tun“, oder eine Norm: „wer den Tod eines anderen ohne erhebliche eigene Gefahr abwenden kann, muß es tun“. Eine solche Norm könnte er offenbar als *lex imperfecta* erlassen, oder an ihre Nichtbefolgung zivilrechtliche Folgen knüpfen, oder vielleicht kraft ausdrücklicher Strafsetzung Geldstrafe oder Haftstrafe (so der Kommissionsbeschluß zu § 308 B.G.) oder Gefängnisstrafe, oder endlich, er könnte die Nichtbefolgung auch unter die gleiche Strafe stellen wie vorsätzliche Tötung. Da aber alle diese Möglichkeiten gegeben sind, so besteht die Wahl zwischen ihnen, und ist es also nicht selbstverständlich, daß die Nichtbefolgung unter die gleiche Strafe fallen müßte wie vorsätzliche Tötung.

Ist es aber nicht selbstverständlich, und weiß man auch keine Gründe anzuführen, so ist es reine Willkür, wenn man behauptet, daß die rechtswidrige Nichtthinderung der Verursachung gleich stehe.

Freilich gibt es Fälle genug, wo die rechtswidrige Nichtthinderung der Verurfschung gleich behandelt zu werden verdient. Die Mutter, die dem Säugling die Nahrung vorenthält, damit er verhungere; der Weichensteller, der die Weiche nicht stellt, damit der Zug entgleise; der Wächter, der beim Einbruch es unterläßt Lärm zu schlagen, damit der Diebstahl gelinge, womöglich, nachdem er den Posten als Wächter übernommen hat, um demnächst den Diebstahl zu ermöglichen; der Schiffer, der vertraglich verpflichtet ist, dem Leuchtturmwächter auf einsamer Insel die nötigen Lebensmittel zu bringen, und es in voller Klarheit über die Folgen unterläßt, um ein Tanzvergnügen mitzumachen: sie sind gewiß nicht um ein Haar anders, wenigstens nicht milder zu bestrafen, als die Mutter, die ihren Säugling erstickt, um ihn los zu sein; als der Weichensteller, der einen Stein auf die Geleise wälzt, damit der Zug entgleise; als der Wächter, der dem Dieb die Leiter zum Einsteigen hält; als der Schiffer, der dem Leuchtturmwächter die unentbehrlichen Lebensmittel fortnimmt, um eine Wette zu gewinnen. Aber verdient auch die Suffragette, die es vergißt, ihrem Kinde rechtzeitig die notwendige Medizin einzugeben, weil sie im Kampf für das Frauenstimmrecht die Stunde vergaß, die gleiche Strafe für fahrlässige Tötung oder Gesundheitschädigung, wie die Mutter, die, zerstreut durch die fesselnde Lektüre eines Romans, dem Kind aus einer falschen Flasche eingab? Ist der Weichensteller, der, um einen vielleicht verschuldeten, aber höchst gefährdrohenden Brand im Keime ersticken zu helfen, hierbei tätig ist und es deswegen unterläßt, die Weiche zu stellen (sei es bewußt, weil nur Materialschaden zu erwarten ist, sei es, weil er nicht daran denkt), ebenso strafwürdig wie der Weichensteller, der, um einen Materialschaden herbeizuführen, oder weil er mit einem vorbeigehenden Mädchen liebäugelt oder schwärzt, oder auch aus bloßer Zerstreutheit die Weiche falsch stellt? Nehmen wir an, das Recht verpflichte denjenigen, der einen anderen schuldlos eingesperrt hat, diesem zu öffnen, und der Verpflichtete tut es nicht unverzüglich, weil er, etwa telephonisch benachrichtigt, nicht einen weiten Weg machen will, bloß um den Eindringling möglichst rasch herauszulassen, ist dieser Mann ebenso strafbar wie der, der den Eindringling wissentlich einsperrt, etwa um ihm eine Lektion zu geben? Würde eine, von dem geltenden StGB. bis vor kurzem bei Freiheitsberaubung ausschließlich gedrohte Gefängnisstrafe hier nicht eine einfache Ungerechtigkeit sein?

Freilich, es hat mit dem Vergleichen von Einzelfällen der Unter-

lassung und der positiven Handlung auf ihre Strafwürdigkeit seinen Haften. Denn jeder Einzelfall hat zu viele Umstände, von denen das Maß der Strafwürdigkeit abhängt. Insbesondere ist es oft schwierig für den Vergleich mit einem Fall der Unterlassung einen Fall der echten Verursachung zu finden, wo für die Tätigkeit das gleiche Motiv entscheidend ist wie für die Unterlassung, und das Motiv spielt beim Strafmaß ja eine besondere Rolle. Wir könnten uns aber folgende Fälle konstruieren: Die Mutter gibt dem Kind Gift statt Medizin ein, weil sie zerstreut ist infolge intensiver Beschäftigung mit dem Gedanken, wie man am besten Propaganda für das Frauenstimmrecht machen könne; der Weichensteller leitet den Eisenbahntransport auf das falsche Geleis, weil auf dem richtigen ein kostbares Automobil steht; der zum Öffnen Verpflichtete unterläßt dies, weil er glaubt, daß ein kleiner Arrest für den unbefugten Eindringling eine gesunde Lektion sein werde. Vergleichen wir diese Fälle mit den entsprechenden obigen der Unterlassung bzw. positiven Handlung, so wird man kaum mehr behaupten dürfen, daß die genannten Unterlassungsfälle eine mildere oder wesentlich mildere Bestrafung verdienen, als die ihnen entsprechenden der positiven Handlung.

Hiernach erscheint gewiß, daß eine mildere Behandlung für die Unterlassung nicht deshalb gefordert werden kann, weil *ceteris paribus* der Fall der Unterlassung milder läge, also weil — denn das wäre dann der einzige Unterschied — die Unterlassung nur relevant und nicht im strengen Sinne kausal ist. Aber in Fällen der Unterlassung können Umstände für milde Beurteilung sprechen, die zwar auch bei der positiven Handlung bedeutsam werden können, aber bei letzterer doch nicht so oft in Betracht kommen werden, als bei der Unterlassung. Daß ein Weichensteller, um sich mit der Rettung eines außerhalb des Bahnkörpers befindlichen Gegenstandes beschäftigen zu können, die Weichenstellung unterläßt, wird wohl eher einmal vorkommen, als daß er die Weiche falsch stellt, damit ein auf dem Geleise befindliches Wertobjekt nicht zerstört wird; daß jemand, um Mühe oder Kosten zu sparen, einem Eingesperrten nicht öffnet, scheint näher liegend, als daß er aus diesem Grunde jemanden einschließt. Daß ein Vater duldet, daß sein zwanzigjähriger Sohn ein Verhältnis anknüpft, weil er auf diese Weise dem sonst nicht zu hindernden Verkehr mit Prostituierten glaubt vorbeugen zu können, wird leichter praktisch werden, als daß der Vater das Verhältnis selbst vermittelt aus diesem Grunde. Daß ein Ehemann, um im Hinblick auf die Kinder die äußere

Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses zu vermeiden, oder indem er sich sagt, daß er seine Frau doch nicht ständig bewachen könne, einen bestimmten Verkehr seiner Frau nicht zu bemerken scheint, dürfte eher vorkommen, als daß er aus dieser Erwägung heraus den unerlaubten Verkehr der Frau positiv fördert. Es drängt sich einem ohne weiteres auf, daß eine Erfolgshinderungspflicht in unendlich vielen Fällen ein Opfer von mehr oder weniger Mühe, Zeit, Geld, Gesundheit und kaum übersehbaren Interessen bedeutet, während es uns als eine Abnormität erscheint, wenn die Befolgung eines Verursachungsverbots zu derartigen Opfern nötigt. Die Unterlassung wird also in relativ vielen Fällen nur Mangel an Opferfönn, nicht rechtsfeindliche oder rechtsgleichgültige Gesinnung offenbaren. Mildernde Umstände werden also bei der Unterlassung häufiger sein, als bei der verursachenden Handlung. Wenn es bei der positiven Handlung allenfalls zu ertragen ist, daß Notstand zwar in gewissen Grenzen als Strafausschließungsgrund im weiteren Sinne, außerhalb jener Grenzen aber niemals als Strafmilderungsgrund anerkannt ist, so ist das darum nicht auch bei der Unterlassung der Fall. Hier ist die Möglichkeit einer milderen Bestrafung als nach dem Normalstrafrahmen ein dringendes Bedürfnis. Bei großer Weite der Strafrahmen kann natürlich dies Bedürfnis entfallen; aber wer garantiert, daß die Strafrahmen durchgängig so weit sind? und sind sie nicht zu weit, wenn sie auch auf alle diese Fälle passen? Und wenn bei der Unterlassung die milder liegenden Fälle häufiger sind als bei der positiven Handlung, verbunkelt man dann nicht mit der Predigt der grundsätzlichen Gleichstellung von rechtswidriger Nichtthinderung und Verursachung diesen Sachverhalt? Immerhin: vom theoretischen Standpunkt liegt in der Rücksicht auf die zu bringenden Opfer kein Grund zu differenzierender Behandlung von Handlung und Unterlassung; und auch vom praktischen Standpunkt wäre ein solcher dann nicht mehr gegeben, wenn begrifflich weit umgrenzter Notstand in weitem Umfang als allgemeiner Strafmilderungsgrund anerkannt würde.

Entscheidend aber ist meines Erachtens der auch von Traeger hervorgehobene Gesichtspunkt, daß die auf den verschiedensten Gründen beruhenden Rechtspflichten eine verschiedene Bedeutung für den Einzelnen wie die Allgemeinheit besitzen. Die minder bedeutsame Rechtspflicht erheischt *ceteris paribus* einen minder starken Strafschutz als die bedeutzamere. Die Pflicht, fremdes Eigentum nicht zu beschädigen, ist minder bedeutsam und steht unter geringerem Straf-

schutz, als die Pflicht, fremdes Leben nicht zu zerstören. Warum für Handlungspflichten in dieser Beziehung etwas anderes gelten sollte, als für Unterlassungspflichten, ist nicht einzusehen. So wird denn auch die Pflicht zur Erhaltung des Lebens tätig zu werden eines minder starken Strafschutzes bedürfen, als die Pflicht, fremdes Leben nicht zu zerstören, insoweit jene Pflicht minder bedeutsam ist, als diese. Danach ist ohne weiteres klar, daß eine allgemeine Lebensrettungspflicht, die jedem auferlegt wird, der bei fremder Lebensgefahr ohne erhebliche eigene Gefahr zu retten imstande ist, nicht unter den gleichen Strafschutz zu stellen ist, als das Tötungsverbot. Zwar kommt es für den einzelnen Fall vielleicht auf dasselbe heraus, ob die Rettung unterbleibt oder der Tod durch positive Handlung verursacht wird; aber die regelmäßige Nichterfüllung der Lebensrettungspflicht wäre bei dem nur gelegentlichen Auftauchen dieser Pflicht von viel geringerer Tragweite, als der regelmäßige Ungehorsam gegen das Todesverursachungsverbot überall da, wo die Gelegenheit zu einer Tötung besteht. Nicht anders liegt es etwa bezüglich der Hilfspflicht desjenigen, der einen anderen schuldlos überfahren hat; das Gebot, in solchen Fällen zu helfen, ist vom Standpunkte der Gesellschaft betrachtet zwar wichtig, aber nicht von gleicher Bedeutung, als das Verbot der Tötung und Körperverletzung⁹⁾. Das Gebot, eine fremde Kage, die sich in den Keller geschlichen hat und nicht heraus kann, herauszulassen, wenn es existiert, ist minder bedeutsam als das Verbot, fremde Kagen durch Tätigkeit zu töten oder zu beschädigen. Auch Traeger hat nicht verkannt, daß

⁹⁾ Es sollte nicht zweifelhaft sein, daß das Kommissiv-Delikt durch Unterlassung nur scheinbar Verbotsübertretung ist; verletzt ist vielmehr das Gebot einer Tätigkeit, deren Unterlassen relevant für den sog. Erfolg des betreffenden Delikts ist. Daß man einem „du sollst nicht tun“ (Verbot) nur durch Tun, und einem „du sollst tun“ (Gebot) nur durch nicht tun (unterlassen) zuwiderhandeln kann, ist eine einfache Lehre der Logik. Die Strafbrohung für Todesverursachung (Tötung) meint nicht nur echte Verursachung (Kommissivdelikt durch Tätigkeit), sondern auch gewisse Fälle rechtswidriger Nichtthinderung (also Tätigkeitsgebots-Mißachtungen, Kommissivdelikt durch Unterlassung). Diejenigen Fälle nämlich, wie unten ausgeführt, wo Nichtthinderung des Todes echter Verursachung strafrechtlich gleichwertig ist. Man könnte geneigt sein, aus der Drohung bezüglich letzterer Fälle zu schließen auf ein Gebot, Tod zu hindern, sofern Nichtthinderung echter Verursachung gleichwertig sein würde; also anzunehmen, daß die Strafbrohung für Tötung außer dem Tötungsverbot auch innerhalb gewisser Grenzen ein Todeshinderungsgebot involviere. Man würde dabei aber, wie unten sub 2 vor a sich zeigen wird, in einen *circulus vitiosus* geraten.

in diesen Fällen schuldhaftes Unterlassen und schuldhaftes Verursachen „nicht völlig gleich zu werten“ seien (§. 71, 112 f.). Dies trifft aber keineswegs nur auf solche Fälle zu, wo die Verpflichtung zum Handeln ohne Zutun oder wenigstens ohne Schuld des Verpflichteten entstanden ist, sondern möglicherweise auch auf solche, wo der Verpflichtete vertraglich die Verpflichtung übernommen hatte, so auf den von Traeger (53) konstruierten Fall, daß die Mutter eines tollkühnen Schwimmers den einzigen mit seinem Kahn anwesenden Schiffer angeworben hat, dem Sohn unauffällig zu folgen, um ihm nötigenfalls Beistand zu leisten, daß der Schiffer dann aber den Ermatteten, in dem er einen Nebenbuhler erkannt hat, vorsätzlich untergehen läßt. Traeger meint, daß hier nur durch eine falsche Theorie aufgezwungene Gründe für Straflosigkeit des Unterlassers sprechen könnten; mit mehr Recht scheint man mir sagen zu müssen, daß hier nur eine falsche Theorie zur Gleichstellung dieses Unterlassers mit dem echten Verursacher führen kann. Wohl drängt die dem Strafrecht leicht innewohnende moralisierende Tendenz zur Bestrafung. Aber Bestrafung gleich dem vorsätzlichen Todesverursacher? Würde der Rechtsschutz des Lebens eine namhafte Einbuße erleiden, wenn man solche Unterlasser nur geringfügig oder auch gar nicht bestrafe?

Damit dürfte hinreichend dargetan sein, daß die grundsätzliche Gleichstellung rechtswidriger Nichtthinderung eines Erfolges mit seiner rechtswidrigen Herbeiführung innerlich ungerechtfertigt ist. Da ferner das Gesetz keine Stütze für die Annahme des Gleichstehens bietet und eine Berufung auf Strafbarkeit begründendes Gewohnheitsrecht unzulässig ist, so ergibt sich als notwendiger Schluß, daß das grundsätzliche Gleichstehen nicht geltendes Recht ist.

2.

Insoweit ein Strafgesetz von Verursachung eines Erfolges redet¹⁰⁾ und dabei unter Verursachung eines Erfolges auch Nichtthinde-

¹⁰⁾ Das Wort „verursachen“ braucht das Gesetz relativ selten. Mitgemeint sind hier alle diejenigen vom Gesetz verwendeten Tätigkeitsworte, die als verursachen eines gewissen Erfolges zu definieren wären, wie z. B. töten = Tod verursachen. Es ist aber nicht zu übersehen, daß nicht alle gesetzlichen Tätigkeitsbegriffe unter diese Schablone zu zwingen sind, es also in erster Linie immer auf Auslegung der einzelnen Strafbrohung ankommt. Man denke z. B. an die Beleidigung (§ 185). Ich unterstelle, daß damit Ausdruck der Nichtachtung gemeint sei. Wir entnehmen also dem § 185 den Imperativ

zung desselben versteht, insoweit fällt Nichtthinderung desselben unter dasselbe Strafgesetz wie echte Verursachung und steht ihr also insoweit im Strafrahmen gleich. Insoweit ergibt sich diese Strafbarkeit offensichtlich aus dem Strafgesetz, das die „Verursachung“ bedroht.

„gib deiner Mißachtung nicht Ausdruck“. Was heißt das? „Ausdruck geben“ ist ähnlich farblos, wie „sich verhalten“, worunter man ja auch sowohl Tätigkeit als Untätigkeit zusammen begreift. „Gib deiner Mißachtung nicht Ausdruck“ das heißt, wenn man es ohne alles Künfteln dem gemeinen Verstande gemäß zu erläutern versucht, und die Möglichkeit etwas einschränkender Auslegung offen läßt (eine Verpflichtung zu Einladungen wird dem § 185 wohl nicht zu entnehmen sein), soviel wie „verhalte dich nicht so (sei nicht dergestalt tätig oder untätig), daß man daraus auf die bei dir vorhandene Mißachtung schließen muß“, anders ausgedrückt „tue nicht das, dessen Vornahme, und tue das, dessen Unterlassung zu dem Schluß auf deine Mißachtung nötigen würde“. Sicherlich kann man so gut, wie man u. U. seiner Zustimmung zu einer Offerte durch Schweigen Ausdruck geben kann, u. U. — es kommt ganz auf die Umstände an — seiner Nichtachtung durch eine Unterlassung (z. B. des Grußes) „Ausdruck geben“. Als Ausdruck der Nichtachtung können sicherlich nur Unterlassungen solcher Handlungen gelten, deren Vornahme kein übermäßiges Opfer für den Handelnden bedeuten würde. Aus diesem Grunde kann das Gesetz bedenkenfrei durch das „Verbot“ des Ausdrucks der Nichtachtung solche Handlungen gebieten und die Nichtbefolgung gleich positivem Ausdruck der Mißachtung unter Strafe stellen. Versteht man unter Beleidigung (§ 185) soviel wie Ausdruck der Nichtachtung, so ist § 185 grundsätzlich auf eine Linie zu stellen mit § 121 und den sonstigen Fällen, wo das Gesetz die Strafbarkeit der Unterlassung speziell geregelt hat. Die Rechtswidrigkeit des Unterlassens folgt hier (im Gegensatz zu den Regelfällen, von denen der Text redet) unmittelbar aus dem Strafgesetz, das den Ausdruck der Nichtachtung (also auch die konkludente Unterlassung) mit Strafe bedroht (und damit implizite für rechtswidrig erklärt); es ist unrichtig hier noch nach einem besonderen Grunde der Rechtspflicht zum Handeln (etwa zum Grüßen) zu suchen. (Natürlich ist, beiläufig bemerkt, auch wenn es sich um Beleidigung durch Unterlassung handelt, § 193 nicht zu übersehen.) Daß die Frage der Beleidigung durch Unterlassung ganz wesentlich anders liegt, als etwa die der Tötung durch Unterlassung, scheint mir gewiß. Im ersteren Falle handelt es sich um die Vornahme einer Handlung, deren Nichtvornahme konkludent ist, und eben diese konkludente Bedeutung des Verhaltens ist das für die Beleidigungs-Tatbestandsbefriedigung wesentliche; im zweiten Falle ist die etwaige konkludente Bedeutung der Nichtvornahme ganz gleichgültig und sind wesentlich die materiellen Wirkungen, die die Handlung als solche verursacht hätte (Ernährung des Säuglings infolge Darreichung der Flasche). Konkludent kann auch die Unterlassung sein, materielle Wirkungen verursachen (im strengen Sinne) nicht. Weil und insoweit § 185 für Nichtachtung konkludentes Verhalten bedroht, kann und muß er auch auf die Unterlassungen bezogen werden, die Mißachtung ausdrücken, während es nicht möglich ist, den § 211 grundsätzlich

Erwägt man, daß das Gesetz vernünftigerweise nur rechtlich gleichwertiges in der Behandlung gleichstellen kann, so erscheint es berechtigt zu sagen, wie oben schon geschehen: kausal im Sinne des Strafgesetzes ist diejenige Nichtthinderung des Erfolgs, die der echten Verursachung strafrechtlich gleichwertig ist. Und so müssen wir denn uns jetzt die Frage vorlegen: wann ist die Nichtthinderung der echten Verursachung strafrechtlich gleichwertig?

b. Bar (Gesetz und Schuld 2 258 ff.) hat m. E. den Nagel auf den Kopf getroffen, wenn er sagte, daß der Kausalzusammenhang bei der Unterlassung nicht als ein natürlicher existiere, wohl aber auf Grund einer unausweichlich sich aufdrängenden Anschauung des Lebens, der das Recht die Anerkennung nicht versagen könne; und es ist m. E. der Wahrheit nicht sehr fern, wenn er weiter sagte, die Annahme der Kausalität der Unterlassung beruhe auf einem ethischen Urtheile.

Jedenfalls kommen normative Gesichtspunkte bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit in Betracht. Man kann nun zwei verschiedene Ver-

auch auf die Unterlassung der Handlungen zu beziehen, deren Vornahme den Tod eines Menschen verhindert hätte. Es mag in diesem Zusammenhange aber noch auf folgendes hingewiesen werden. Sehr oft, wenn das Gesetz ein Tätigkeitswort gebraucht, meint es nicht nur die sozusagen eigenhändige Ausführung der Tat, sondern die Benutzung eines anderen Menschen zur körperlichen Ausführung ist inbegriffen. Z. B., wenn Vereinszollgesetz § 134 die Einführung von Konterbande bedroht. Man wird nun auslegen dürfen, daß, soweit Benutzung eines anderen in Frage kommt, es dem Gesetz gleich gilt, ob der andere *expressis verbis* oder durch konfludentes Verhalten zu seiner Tätigkeit bestimmt worden ist. Als konfludentes Verhalten kann hier sehr leicht Schweigen nach einem vorhergegangenen Auftrag in Betracht kommen, so m. E. in dem Falle RG. 46 337 (s. bes. 342/3). Aus dem Unterbleiben einer Mitteilung der Firma M. L. konnte hier der Expeditur P. folgern, daß unter den für M. L. eingehenden Waren keine als Konterbande anzusehenden Pferdebedärme sich befänden, sondern nur Rinderbedärme, und er durch letztere Vorstellung bestimmt werden, sie als Rinderbedärme zu deklarieren und an M. L. zu übersenden. Indem also M. L. durch ihr Schweigen den P. in den Irrtum geraten ließ, daß er Rinderbedärme an sie übersende, führte sie im Sinne des § 134 cit. Pferdebedärme in Deutschland ein; folglich verstieß ihr Schweigen wider § 134 BZG. und das ihm zugrundeliegende Einführungsverbot. Es läßt sich also hier die Rechtspflicht zur Tätigkeit, die in diesem Falle allerdings in einem inneren Zusammenhange mit früherem Tun des Verpflichteten steht, begründen, ohne daß man zu dem verfehlten allgemeinen Satz seine Zuflucht nimmt, daß eine Rechtspflicht zum Handeln bestehe, wenn durch die eigenen Handlungen des Täters eine dem Gesetz widersprechende Lage oder solche Verhältnisse geschaffen worden sind, die in ihrer Fortentwicklung den rechtsverletzenden Erfolg herbeiführen.

haltungsweisen an demselben Maßstab (derselben Norm) messen und auf diese Weise zu einem Urteil über die Gleichwertigkeit gelangen, oder an verschiedenen Maßstäben (verschiedenen Normen), dann aber müssen diese Maßstäbe noch miteinander verglichen werden, wenn man zu einem Urteil über die Gleichwertigkeit der beiden Verhaltensweisen kommen will.

Da nun echtes Verursachen nur einem Verbot, Nichthindern nur einem Gebot widerstreiten kann, so muß hier bei der Frage, wann Nichthindern dem echten Verursachen gleichwertig ist, das Verhalten an verschiedenen Maßstäben (einem Verbot einerseits, einem Gebot andererseits) gemessen werden, und es bedürfen ferner diese Maßstäbe eines Vergleichs.

Als strafrechtlich gleichwertig mit rechtswidrigem echtem Verursachen (nur rechtswidriges Verhalten kommt ja als Straftat in Betracht) kann vom Gesetz ein Nichthindern nur dann angesehen werden, wenn es rechtswidrig ist. Die Rechtswidrigkeit könnte sich an sich ergeben aus der Strafandrohung oder aus anderer Quelle. Da die Strafandrohung, die wir auslegen als Drohung für echtes Verursachen und strafrechtlich gleichwertiges Nichthindern, den Schluß auf Rechtswidrigkeit nur bei strafrechtlicher Gleichwertigkeit zuläßt, und diese wieder nur bei Rechtswidrigkeit gegeben sein kann, so muß die Rechtswidrigkeit bereits außerhalb jener Strafandrohung nachweisbar sein, wenn die Nichthinderung nach ihr strafbar sein soll. Sonach ist klar, daß die Rechtswidrigkeit des Unterlassens für uns Vorfrage für die Gleichwertigkeit ist. Sonach sind die Untersuchungen, die man über die Rechtspflicht zum Tun angestellt hat, nichts weniger als überflüssige Arbeit gewesen.

a) Auf die Frage, wann eine Rechtspflicht zum Tun bestehe, glaube ich nur insoweit eingehen zu sollen, als ich mich zur heute herrschenden Meinung im Gegensatz befinde, und es sich zugleich um eine Frage von prinzipieller Bedeutung handelt¹¹⁾. Das gilt für die Fälle, wo sich die Rechtspflicht auf ein vorangegangenes Tun gründen soll. Ich möchte die Frage aufwerfen: ist der durch die Kommissionsbeschlüsse

¹¹⁾ Also soll z. B. auch nicht weiter eingegangen werden auf die Frage, ob der Ehemann rechtlich verpflichtet ist, Unzucht der Ehefrau zu verhindern, wie das Reichsgericht annimmt. Wenn das Reichsgericht den bisher nicht erbrachten Nachweis für die Geltung dieses Rechtsatzes nachzuliefern imstande ist, weist es uns vielleicht auch noch einmal nach, daß die Ehefrau rechtlich verpflichtet ist, den Ehemann an Unzucht zu hindern.

zweiter Lesung aufgestellte Satz „wer durch seine Tätigkeit die Gefahr des Eintritts des Erfolges herbeigeführt hat, ist rechtlich verpflichtet, den Eintritt des Erfolges durch Handeln zu hindern“, geltenden Rechtes?

M. E. ist diese Frage unumwunden zu verneinen. Im geltenden Gesetz ist dieser Satz zweifellos nicht begründet; er könnte nur ein gewohnheitsrechtlicher sein. Als solchen scheint ihn die Kommission angesehen zu haben und sieht ihn jedenfalls Traeger an¹²⁾ ¹³⁾. Aber als Gewohnheitsrechtsatz kann er noch nicht dadurch erwiesen werden, daß er als einer Anzahl von gerichtlichen Entscheidungen — der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts nach RG. 46 343 — zu Grunde gelegt und von einer Anzahl Autoritäten gelehrt nachgewiesen wird¹⁴⁾. Von einer ihm entsprechenden Volksüberzeugung kann m. E. keine Rede sein. In sehr vielen Fällen, wo jemand, auch schuldlos, eine Gefahr verursacht hat, wird, trotz Fehlens einer gesetzlichen Bestimmung, es der Volksüberzeugung entsprechen, daß er zur Abwendung der Gefahr verpflichtet ist; aber es ist eine falsche Abstraktion aus so liegenden Fällen, wenn eine Anzahl Theoretiker und Gerichtsentscheidungen sich durch sie zu dem Satz verführen lassen, daß der Verursacher einer Gefahr zu ihrer Abwendung verpflichtet sei. Der Satz ist ja von verblüffender Einfachheit und mag dadurch bei Theoretikern und Praktikern Verbreitung haben; aber von einem wichtigen Rechtsatz sollte man doch nicht nur verlangen, daß er einfach, sondern auch, daß er innerlich begründet ist, daß er in den verschiedenen Situationen, in denen er sich bewähren soll, zu sachgemäßen Entscheidungen führt. Das ist aber keineswegs der Fall, wie sich zeigen wird, wenn sub II die Frage des Umfangs der Rechtspflicht zum Handeln de lege ferenda erörtert werden wird.

Mit Rücksicht auf vorangegangenes Tun ist nach geltendem Recht eine Verpflichtung zum Handeln m. E. nur gegeben¹⁵⁾, wenn das Tun

¹²⁾ Traeger 104: „So darf . . . folgende Vorschrift . . . als gewohnheitsrechtlicher Rechtsatz bezeichnet werden: Hat jemand durch schuldlose Handlung einen gefahrdrohenden Zustand herbeigeführt, so ist er verpflichtet, die notwendigen Vorkehrungen zur Abwehr schädlicher Folgen zu treffen.“

¹³⁾ Beiläufig sei bemerkt, daß der Satz bei Zugrundelegung der Theorie der *conditio sine qua non* von unübersehbarer Tragweite sein würde. Man wird indessen die Gefahrverursachung wohl als adäquate Verursachung aufzufassen haben.

¹⁴⁾ Vgl. die Aufzählung von Traeger 102 ff.

¹⁵⁾ Abgesehen ist natürlich von den Fällen, wo das vorangehende Tun die vertragliche Übernahme einer Verpflichtung zum Handeln darstellt.

schuldhaft war (vgl. RG. 46 27/8) und — bei schuldlosem Tun — in den von Adolf Merkel (Lehrb. 111 ff.) gezogenen Grenzen. Hat jemand durch schuldhaftes Tun die Gefahr verursacht, so erscheint es in der Tat wohl als selbstverständlich und daher der allgemeinen Rechtsüberzeugung entsprechend, daß er die schädlichen Folgen abzuwenden hat. Man könnte vielleicht auch ausführen, nach Analogie des § 823 BGB. müsse, wer widerrechtlich das Recht eines anderen gefährde, den hierin liegenden Schaden ersetzen; da aber nach § 249 der Schadensersatz grundsätzlich in Naturalrestitution bestehe, so müsse er den Zustand herstellen, der ohne die gefährdende Handlung bestehen würde, also einen gefahrlosen Zustand, d. h. den Schaden abwenden. — Adolf Merkel hat sehr richtig darauf hingewiesen, daß in vielen Fällen — die dem täglichen Leben angehören — ein gewisses Tun von der Rechtsordnung nur dann gestattet werden kann, wenn aus ihm sich ergebende Gefahren von dem Handelnden abgewendet werden (ganz unabhängig von der Vorhersehbarkeit der Gefahr im einzelnen Falle), deshalb, weil erfahrungsgemäß mit der betreffenden Handlung gewisse Gefahren für andere verbunden sind. Es genügt auf das Beispiel des Operateurs hinzuweisen, dessen Schneiden nur geduldet werden kann, wenn er auch verbindet¹⁶⁾, des fahrenden Chauffeurs, der stoppen muß, wenn ein Mensch auf dem Wege liegt. Da nun aber jene Handlungen von der Rechtsordnung nicht verboten sind, so müssen den so Handelnden die zur Abwendung der verursachten Gefahr erforderlichen Handlungen rechtlich geboten sein, mögen diese Gebote auch in keinem Gesetz ausgesprochen sein¹⁷⁾.

Für die Herleitung einer Rechtspflicht aus vorangegangennem Tun in weiterem Umfange sehe ich keine Handhabe.

Traeger (101) hält dies freilich für ungenügend, indem er bemerkt, nach Merckels Ansicht würde eine Haftung nicht zu begründen sein, wenn ein Rutscher auf einsamer Landstraße schuldlos einen Menschen

¹⁶⁾ Ob nach bürgerlichem Recht hier etwa auch der Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag zutrifft, wie Traeger 96 annimmt, mag auf sich beruhen.

¹⁷⁾ Dieser Gesichtspunkt dürfte auch zutreffen in dem Fall RG. 37 162. Die Unterbringung des beurlaubten Fürsorgezöglings seitens der Mutter in einen Dienst trug die Gefahr in sich, daß die Behörde ihn aus den Augen verlor; die Handlungsweise der Mutter kann daher rechtlich zulässig nur sein unter der Bedingung der Verpflichtung zur Mitteilung des Aufenthalts. RG. 38 123 ist m. E. unrichtig.

überfährt und den Hilflofen in kalter Winternacht liegen läßt. Daraus folgt aber gar nichts. Eine rechtliche Verpflichtung zur Hilfe ist hier m. E. durchaus angebracht, aber nicht deswegen, weil der Kutscher die Gefahr verursacht hat, sondern aus anderen Gründen (vgl. II). Freilich kommt es auch auf die Umstände an. Man denke sich, wenige Schritte von dem Überfahrenen befinde sich dessen Auto und Chauffeur. Der Überfahrene verkommt, wenn die anderen mit den Fahrzeugen davonfahren und ihn liegen lassen. Wer hat für ihn zu sorgen? Ich glaube, wenn man den so liegenden Fall nicht durch die Brille einer Doktrin betrachtet, so wird man nicht zweifelhaft sein, daß der Chauffeur berufen ist, für seinen Herrn zu sorgen und nicht der fremde Kutscher, der ihn schuldlos überfahren hat. Aber nach jener Doktrin ist umgekehrt zu entscheiden.

b) Die rechtswidrige Nichtthinderung des Erfolges kann als rechtswidriger Herbeiführung gleichwertig nur dann angesehen werden, wenn das mißachtete Gebot zu handeln, ebenso bedeutsam ist, wie das Verbot, jenen Erfolg durch Tätigkeit herbeizuführen.

Das ist genau allerdings nur insofern die Aussicht auf prävenierende Wirkung der Strafandrohung bei dem Gebote und Verbote die gleiche ist. Denn grundsätzlich hängt die Strafbarkeit und ihr Maß nicht nur von der Bedeutung der zu sichernden Normen, sondern auch von der Präventionsmöglichkeit ab¹⁸⁾. Die folgenden Ausführungen sind daher mit der Maßgabe zu verstehen, daß das Urteil der strafrechtlichen Gleichwertigkeit durch die Verschiedenheiten der Aussichten strafrechtlicher Prävention gegenüber Gebot und Verbot beeinflusst werden kann. Und zwar würde günstigere Präventionsaussicht bei dem Gebote geringere Strafandrohung genügen lassend erscheinen, also gegen Gleichstellung der Unterlassung mit der Verbotsverletzung sprechen; ungünstigere Präventionsaussichten bei dem Gebote höhere Strafandrohung zu erheischen scheinen, also die Annahme, daß die Unterlassung dem Tun gleichstehe, begünstigen. Dies freilich nur innerhalb der Grenzen, wo die Aussicht auf geringere Wirkung

¹⁸⁾ Daß auch die Frage, in welchem Maße die zivilrechtlichen Folgen Prävention bewirken, für die Strafbarkeit bedeutsam ist, kann hier außer Betracht bleiben, da es nicht denkbar ist, daß bei gleichem Grade der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Rechtsfolgen die zivilrechtlichen Folgen der Unterlassung gegenüber in anderem Grade prävenierend wirken, als der positiven Handlung gegenüber.

einer Strafandrohung bestimmter Größe ein Grund zur Androhung höherer Strafe ist¹⁹⁾.

Ob die generalprävenierende Bedeutung der Strafe der Gebots- und der Verbotsmißachtung gegenüber verschieden sein würde, läßt sich nur von Fall zu Fall prüfen und kann hier nicht den Gegenstand weiterer Erörterungen bieten. Wohl aber die Frage: Wovon hängt die eben betonte Gleichbedeutendheit von Gebot und Verbot ab?

Mir scheint, von der Größe der Gefahr, der es begegnet, deutlicher gesagt, davon, ob der von dem Gebote Betroffene durch die gebotswidrige Unterlassung so ziemlich ebenso leicht für den Erfolg relevant werden kann, wie er es durch verbotswidriges Tun werden könnte, oder wie wir auch sagen könnten, davon, ob die Gefahr, daß es auf dem Wege der Unterlassung zum Schaden komme, wesentlich die gleiche ist, wie die, daß dies auf dem Wege der Tätigkeit geschehe. Die Mutter oder Amme des Säuglings kann, wenn sie dessen Tod erstrebt, durch die pflichtwidrige Nichtbarreichung der Nahrung ebenso leicht für den Tod desselben relevant werden, wie durch verbotswidriges Tun; ebenso die Engelmacherin, der das Kind zur Pflege anvertraut ist. Der Schwimmlehrer, der nach dem Leben eines seiner Schwimmschüler trachtet, wird nicht wesentlich geringere Möglichkeit haben, sein Ziel durch unterlassene Hilfeleistung zu erreichen, oder — um den Schulfall durch einen eher praktischen zu ersetzen — die Gefahr, daß er durch unaufmerksame Unterlassung relevant wird für den Tod eines Schülers²⁰⁾ wird nicht geringer zu veranschlagen sein, als die, daß er durch unvorsichtige Tätigkeit es wird. Ganz ebenso liegt es beim Weichensteller, der im allgemeinen ebenso leicht durch Unterlassung der Weichenstellung Flüge zum Entgleisen bringen kann, als durch falsche Stellung; beim Operateur, bei dem das Recht mit Unterlassung medizinisch gebotener

¹⁹⁾ Von einem bestimmten Punkte ab gibt, wenn man den Gedanken der Generalprävention durch Strafandrohung folgerichtig durchdenkt (vgl. Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen I 104 ff. (Anmerkung), stärkerer Anreiz zum Verbrechen, wie etwa bei Notlage einen Grund zu geringerer Strafe, ja Straflosigkeit.

²⁰⁾ Die fahrlässige rechtswidrige Nichtthinderung spielt im Leben eine viel größere Rolle, als die vorsätzliche rechtswidrige Nichtthinderung. Die relevanten Unterlassungen aus Vergeßlichkeit sind im allgemeinen viel bedeutlicher, wie die unvorsichtigen Verursachungen und bedürfen deshalb im allgemeinen nicht geringerer strafrechtlicher Reaktion als diese. Das fahrlässige Kommissivdelikt durch Unterlassung wird daher wohl in der Praxis viel häufiger begegnen als das vorsätzliche Kommissivdelikt durch Unterlassung.

Vorsichtsmaßnahmen ebenso sehr rechnen muß, wie mit unvorsichtigen Handlungen; beim Chauffeur, bei dem rücksichtsloses Weiterfahren (also Unterlassung des Stoppens, wenn jemand ihm im Wege ist) vielleicht sogar eine größere Gefahr ist, als die, daß er seinen Wagen von vornherein auf jemanden lenke. In allen diesen Fällen also ist das Gebot, dem durch die Unterlassung zuwider gehandelt wird, ebenso bedeutsam wie das für den Adressaten jenes Gebots geltende Verbot echter Verursachung des betreffenden Erfolges²¹⁾. — Hingegen scheint mir minder bedeutsam das für die Eltern bestehende Gebot, ihre minderjährigen Kinder von Unzucht abzuhalten, als das Verbot, ihre Unzucht positiv zu fördern; ersteres ist nur dann praktisch, wenn die Kinder geneigt sind, unter den Augen der Eltern Unzucht zu treiben, letzteres auch dann, wenn überhaupt noch keine Geneigtheit der Kinder zur Unzucht besteht, sondern erst hervorgerufen werden muß²²⁾. Gesezt, es bestehe ein Gebot, wenn man einen Menschen schuldlos eingesperrt hat, ihn herauszulassen, so wäre es von viel geringerer Bedeutung, als das Verbot, einen Menschen (durch Tätigkeit) einzusperren. Jenes Gebot würde nur in einer Ausnahmesituation praktische Bedeutung haben, während dieses Verbot so oft bedeutsam wäre, als jemand aus irgend einem Grunde geneigt sein möchte, einen Menschen einzusperren. Aus gleichem Grunde sind die aus § 360 B. 10 resultierenden Gebote zu erfolgshindernder Tätigkeit minder bedeutsam als die Verbote der Herbeiführung des betreffenden Erfolges.

In dem erwähnten Falle des Leuchtturmwächters auf einsamer Insel, der verhungern muß, wenn der Kontraktlich dazu verpflichtete

²¹⁾ Es fragt sich, in welchem Maße allgemein oder speziell gefaßt man sich die in Vergleich zu setzenden Gebote und Verbote zu denken hat. Aus den Beispielen des Texts ist zu entnehmen, daß mit dem Gebot, wenn es formuliert wird für ein bestimmtes Individuum oder eine Gruppe von Personen (etwa Mütter, Ammen), das Verbot nicht in ganz allgemeiner Formulierung, sondern nur in der Beschränkung auf denselben Adressatenkreis in Vergleich zu setzen ist. Denn man sagt sich: ist bei diesen Adressaten die Gefahr, daß es auf dem Wege relevanter Unterlassung derselben zum Schaden kommt, die gleiche, wie die, daß sie durch Tätigkeit den Schaden herbeiführen, so ist ihnen gegenüber auch das gleiche Vorbeugungsmittel, also die gleiche Strafdrohung am Platze. So urteilt wenigstens, glaube ich, das Rechtsgefühl, das bei Bezeichnung einer Unterlassung als Verursachung mehr mitpricht, als eine ausgeflügelte Strafmaßtheorie.

²²⁾ Obschon die Kuppelerei durch Unterlassung in der älteren Gesetzgebung ausdrücklich anerkannt ist, so CC. 123, der seiner Fassung nach so gut auf das Nichthindern wie das Fördern bezogen werden muß.

Schiffer ihm nicht die Nahrungsmittel bringt, kommt es m. E. darauf an, ob es sich nur um eine gelegentlich eingetretene Situation handelt oder um eine dauernd gegebene Sachlage; denn, wenn die Gebotsverletzung der Verletzung eines Verbotes gleichwertig sein soll, das ihm nicht nur gelegentlich, sondern fortdauernd Schranken auferlegt, so muß auch das Gebot nicht nur von gelegentlicher, sondern dauernder Bedeutung für den Adressaten der Norm sein; im ersteren Falle ist ähnlich der von der Kommission bei Lebensgefahr beschlossenen Nothilfspflicht, seine Pflicht zum Handeln minder bedeutsam, als seine Pflicht, den Tod des Wächters nicht zu verursachen, im anderen Falle liegt der Fall schwerlich anders als bei der Amme, die vertraglich das Kind zu säugen verpflichtet ist.

Wenn oben gesagt wurde, es komme darauf an, ob die Gefahr, daß es auf dem Wege der Unterlassung zum Schaden komme, wesentlich die gleiche sei, wie die, daß dies auf dem Wege der Tätigkeit geschehe, so ist ohne weiteres klar, daß es für die Größe der Gefahr bedeutsam ist, erstens, ob unbeobachtete relevante Unterlassung leichter möglich ist, als unbeobachtete den Erfolg verursachende Tätigkeit (was oft zutreffen wird, Engelmacherin!) und zweitens, ob die Geneigtheit zu dem relevanten Unterlassen kleiner oder größer ist, als die zu dem kausalen Tun. Dieses beides steht in einem gewissen Zusammenhang, deckt sich aber nicht. Wenn Eltern Unzucht ihrer Kinder nicht hindern wollen, so wird die Unterlassung der Hinderung vielleicht weniger leicht feststellbar sein, als positive Förderung; aber da die Motive zur Nicht-hinderung vielleicht seltenere sein werden, als zur Förderung treibende Motive auf pekuniärem Gebiete, so ist es doch denkbar, daß die Geneigtheit zur positiven Förderung die Geneigtheit zur Nicht-hinderung übersteigt. Andererseits wird ein natürliches Gefühl manchmal eine größere Scheu vor positiver Förderung, als vor Nicht-hinderung des Erfolges bewirken.

Es wird sich hiernach nicht leugnen lassen, daß es ziemlich diffizile Ermägungen sind, von denen es abhängt, ob die Nichtvornahme einer Erfolg hindernden Tätigkeit der Herbeiführung desselben gleichwertig, also als Verursachung desselben im Sinne zahlreicher Strafdrohungen erscheint. Darin liegt ein Übelstand. Der Übelstand ist um so größer, als von dem Ergebnis dieser schwierigen Beurteilung nicht etwa bloß das Maß der Strafbarkeit der Unterlassung abhängig ist, sondern vielmehr ihre Strafbarkeit überhaupt. Kann bei den betreffenden Strafdrohungen die Unterlassung mangels Gleichwertigkeit mit Herbei-

führung nicht als Verursachung im strafrechtlichen Sinne angesehen werden, so fehlt es an jeder Strafandrohung für sie überhaupt, sofern sie nicht in das enge Gebiet des Nothilfeparagraphen 360 B. 10 hineinfällt. Somit entsteht eine Lücke für alle diejenigen Fälle, wo die Unterlassung (Gebotsmißachtung) strafwürdig erscheint, aber doch mit der echten Verbotsübertretung nicht gleichzustellen ist. Die Konsequenz wird sein, einerseits natürlich, daß strafwürdige Fälle straflos bleiben, (wenigstens wofern man sich von dem Grundirrtum der absoluten Gleichstellung frei hält), anderseits, daß die Praxis bei erheblicherer Strafwürdigkeit zur Gleichstellung mit echter Erfolgsverursachung gedrängt wird, wozu oft auch noch die Neigung zu ethisierender Betrachtung treiben wird. Das heißt denn aber nichts anderes, als daß die Unterlassung nur zuweilen richtig, in anderen Fällen zu milde, in anderen zu streng behandelt wird. Ein Beispiel für letzteres bietet m. E. die von der heutigen Praxis angenommene Rupperei durch Unterlassung, die Bestrafung wegen Freiheitsberaubung durch unterlassenes Öffnen im Falle RG. 24 339 (damals unbedingt Gefängnisstrafe!). Die zu strenge Behandlung, d. h. ihre Subsumierung unter einen Strafrahmen, der für sie zu streng ist, wird um so mißlicher sein, wenn im einzelnen Falle die vorzugsweise bei der Unterlassung praktisch bedeutsamen mildernden Umstände (Nötigung zu Opfern durch Gebotsbefolgung) sich geltend machen und nun vermöge des Strafrahmens nicht in gebührendem Maße Berücksichtigung finden können. Übrigens kann auch in der Schuldigsprechung des betreffenden Delikts eine große Härte liegen. Wenn Eltern der Rupperei, begangen an ihrer Tochter, schuldig gesprochen werden in einem Fall, wo sie aus einigermaßen entschuldbaren Gründen einen unehelichen Geschlechtsverkehr derselben nicht gehindert haben, so liegt schon in dieser Schuldigsprechung, die geeignet ist, falsche Vorstellungen zu erwecken, eine ungerechte Härte. Hiernach ist der geltende Rechtszustand in der Tat reformbedürftig.

II.

Das Unterlassungsdelikt *de lege ferenda*.

1. Ich stelle zunächst die Frage, wie weit die Pflicht zum Handeln, um von anderen Schaden abzuwenden, ausgedehnt werden soll.

a) Nach den diesbezüglichen neuen Kommissionsvorschlägen soll rechtlich verpflichtet sein den Eintritt des Erfolgs zu hindern, wer

durch seine Tätigkeit die Gefahr des Eintritts des Erfolges herbeigeführt hat; zur Rettung eines anderen aus Lebensgefahr soll verpflichtet sein, wer ihn ohne Gefahr für Leib oder Leben retten kann. Beide Bestimmungen kränken m. E. an dem Fehler, daß sie auf das Vorhandensein anderer Hilfsfähiger gar keine Rücksicht nehmen. Scheinbar tut das auch die bisherige Nothilfebestimmung des § 360 B. 10 nicht; aber danach tritt die Rechtspflicht zur Hilfeleistung erst infolge der Aufforderung der Polizei ein, und diese wird, wenn sie richtig funktioniert, falls mehrere Hilfsfähige vorhanden sind, denjenigen, der den Umständen nach minder berufen erscheint zur Hilfeleistung, zu ihr nicht verpflichten. Die erstere der beiden angeführten Bestimmungen wird einschränkend dahin auszulegen sein, daß die Pflicht zur Abwendung der Gefahr für den (schuldhaften oder schuldlosen) Verursacher nur dann besteht, wenn der von ihr Bedrohte die Gefahr nicht selbst abwenden kann. Aber auch dann noch geht die hier auferlegte Pflicht für viele Fälle zu weit. Kann außer dem schuldlosen Verursacher der Gefahr ebenso gut ein anderer helfen, der vielleicht auch kraft Amtspflicht oder zufolge einer verwandtschaftlichen Beziehung hierzu rechtlich verpflichtet ist, so ist es offenbar verkehrt, dem schuldlosen Verursacher der Gefahr die Hilfsverpflichtung aufzuerlegen. Ebenso ungerechtfertigt ist es, dem im Automobil Vorbeieilenden die Lebensrettungspflicht aufzuerlegen, wo genug müßiggehende Zuschauer da sind, die helfen können. — Ein weiterer Fehler der Kommissionsbeschlüsse ist m. E., daß sie keine oder zu wenig Rücksicht nehmen auf die Opfer, die zur Erfüllung der Erfolgshinderungspflicht von dem Verpflichteten wurden gebracht werden müssen. Man denke etwa, es sei jemand, vielleicht gar ein unberufener Eindringling, unvorhersehbar für den Täter in einem Geschäftslokal eingeschlossen worden; er vermag aber jenen in seiner Privatwohnung telephonisch anzurufen. Ist es gerecht, jenen zu verpflichten, einen weiten Weg zu machen, vielleicht auf seine wohlverdienten Ruhestunden zu verzichten, damit er den Eingeschlossenen möglichst bald aus seiner vielleicht verschuldeten Gefangenschaft befreie? Vielleicht wäre es möglich, wesentlich rascher als durch Aufschließen in eigener Person durch telegraphische Beauftragung eines Schlossers die Befreiung herbeizuführen, was freilich Kosten verursachen würde und die Unannehmlichkeit mit sich brächte, einen fremden Schlossergefellen im unbewachten Hause hantieren zu lassen; ist es berechtigt, das alles dem zuzumuten, der durch unglücklichen Zufall jemanden einschloß, bloß damit der andere möglichst bald

seine Freiheit wiedererlange? Der Kommissionsbeschluß scheint solche Forderung zu stellen. Wenn eine allgemeine Nothhilfspflicht in § 308 ohne weitere Voraussetzung nur zur Rettung aus Lebensgefahr dem auferlegt wird, der ohne Gefahr für Leib oder Leben retten kann, so hindert die Beschränkung der Hilfspflicht auf Fälle der Lebensgefahr auch noch nicht Unbilligkeiten. Man kann sich Fälle vorstellen, wo die Hilfeleistung durch Zeitversäumnis das Risiko eines großen Vermögensopfers bedeuten würde, wobei auf Ersatz aus tatsächlichen Gründen nicht zu rechnen wäre. Es mag moralische Pflicht sein, auch in solchen Fällen zu helfen — vielleicht auch nicht immer, man denke etwa, es handle sich um das Leben eines Tunichtguts, anderseits ständen die Mittel für eine bessere Erziehung der Kinder in Frage —, eine Rechtspflicht daraus zu machen, wäre für solche Fälle nicht zu billigen. Der Schuldspruch wegen unterlassener Lebensrettung, möchte auch die Strafe nur auf eine Mark bemessen werden, wäre eine große Härte.

Der zweite Einwand — Nichtberücksichtigung der auferlegten Opfer — gilt ferner für den über die Kommissionsbeschlüsse hinausgehenden Vorschlag Traegers (109), wonach derjenige, in dessen Herrschaftsbereich ein gefährdender Zustand, den nur er zu beseitigen vermag, entsteht, zum Handeln verpflichtet ist (mag dieser Zustand durch Zufall oder selbst durch die Schuld eines anderen entstanden sein)²³).

Wenn jemand in diebischer Absicht über meine Parkmauer zu klettern versucht, dabei stürzt und in meinem Park mit gebrochenem Fuß liegen bleibt, so soll ich zur Hilfeleistung, mindestens zur Benachrichtigung der Behörde verpflichtet sein. Ob ich dabei risikiere, daß er oder ein vielleicht verborgener Spießgeselle auf mich schießt, macht nichts; ich bin verpflichtet zu helfen. Wenn eine fremde Rake sich in meinen Keller geschlichen und dort gefangen hat, muß ich sie, selbst wenn es mich etwas kostet, heraus lassen, weil es mein Keller ist. Wenn ein Mensch in einem einsamen fremden Turm durch Zufallen der Tür

²³) Nur beiläufig sei darauf hingewiesen, daß der Ausdruck „Herrschaftsbereich“ doch wohl sehr der wünschenswerten Bestimmtheit entbehren möchte. Ist ein Grundstück im Herrschaftsbereich des Eigentümers, des dinglich Berechtigten, des Mieters, des gutgläubigen, des bösgläubigen Besitzers, oder ist Besitz nicht einmal erforderlich? Kommt es auf rechtliche oder tatsächliche Herrschaft an? Übrigens bleibt bei dem Traegerschen Vorschlag auch das Maß der Handlungspflicht ziemlich dunkel.

eingesperrt ist, so bin ich, auch wenn ich ohne das geringste Opfer öffnen kann, nicht dazu verpflichtet, weil es ein fremder Turm ist. Das sind Entscheidungen, die m. E. das Rechtsgefühl gröblich verletzen. Die Theorie, die zu ihnen führt, muß falsch sein.

b) Fragen wir uns nach inneren Gründen für die Handlungspflicht desjenigen, der schuldlos die Gefahr des Eintritts des Erfolgs herbeigeführt hat, so stehen wir vor einem vollständigen vacuum. Freilich in den Rahmen der Erfolgshaftung, die für uns leider noch immer nicht ein überwundener Standpunkt ist, paßt diese Handlungspflicht vorzüglich hinein. Denn sie ist ja nichts weiter als Verantwortlichkeit für den schuldlos verursachten Zustand. Zum Teil beruht wohl auch die Beliebtheit, deren sich die bekämpfte Anschauung erfreut, auf der Verbreitung der Erfolgshaftungstendenz. Bedeutsamer ist wohl aber, daß in manchen Fällen, wo jemand eine Gefahr schuldlos verursacht hat, er zur Hilfe fähig ist, vielleicht allein, und ein gesundes Rechtsgefühl ihn für zur Hilfe verpflichtet erachtet, und daß man nun falsch generalisiert, daß man in dem in die Augen fallenden Umstand der Kausalität des Täters für die Gefahr den Grund der Hilfsverpflichtung erblickt. Die ganze Behandlung unseres Problems leidet einerseits unter der Furcht, daß man in der Auferlegung einer Rechtspflicht zum Handeln zu weit gehe, anderseits darunter, daß man bei den aufgestellten Sätzen doch wieder nicht genug ihre Tragweite prüft; man ist zaghaft und unvorsichtig zugleich.

c) M. E. ist bei der Prüfung, wann und inwieweit eine Rechtspflicht zum Handeln, um von anderen drohenden Schaden abzuwenden, aufzuerlegen sei, von folgenden Gesichtspunkten auszugehen.

Aufgabe des Rechts ist es nicht nur, ein friedliches Zusammenleben der Menschen zu gewährleisten, sondern auch ein menschliches Zusammenwirken in Fällen, wo der Einzelne aus eigener Kraft seine Interessen nicht zu befriedigen vermag. In dieses unendlich weite Gebiet fällt es hinein, wenn die Rechtsordnung zugunsten eines Individuums, dem für eines seiner Rechtsgüter Gefahr droht, die es nicht selbst abwenden kann, ein anderes Individuum zu helfendem Eingreifen verpflichtet. Durch eine derartige Bestimmung erfüllt die Gesellschaft eine ihr dem Individuum gegenüber obliegende Aufgabe; sie benutzt das Individuum, das sie verpflichtet, als ihr Organ, und dieses mag sich über das ihm angesonnene Opfer damit trösten, daß von der Gesamtheit andere in analoger Lage auch zu seinen Gunsten durch die Rechtsordnung verpflichtet werden. Indem man

einem anderen hilft, dient man der Gesamtheit, der man ja zu manchem Dienste verpflichtet ist. Der Grundsatz: „Du brauchst für andere keinen Finger zu rühren“, wäre daher so falsch, wie der Grundsatz: „Du sollst anderen stets helfen, wenn du kannst“.

Diese allgemeinen Betrachtungen können freilich keinem anderen Zweck dienen, als einer grundsätzlichen Abneigung, jemandem Handlungspflichten im Interesse eines gefährdeten Fremden aufzuerlegen, entgegenzutreten. Für die Begrenzung der Handlungspflicht im einzelnen liefern sie keinen Maßstab. Hierfür kommt folgendes in Betracht:

a) Erste, selbstverständliche Voraussetzung der Auferlegung einer Rechtspflicht zum Helfen ist, daß der Betreffende zu helfen imstande ist. Ob das der Fall, ist Tatfrage. Trotzdem müssen wir noch bei diesem Punkte verweilen. Zwei Möglichkeiten nämlich sind hier denkbar; entweder: es ist nur ein Hilfsfähiger vorhanden, oder es sind mehrere vorhanden, die Hilfe leisten können. In beiden Fällen ist die Frage zu beantworten, ob überhaupt jemand zur Hilfe verpflichtet werden soll oder nicht. Bei Bejahung dieser Frage entsteht im letzteren Fall die weitere Frage, ob alle Hilfsfähigen zur Hilfe verpflichtet werden sollen, oder nur einer oder nur einige von ihnen. Hier wird es zuweilen angehen, einen Hilfsfähigen mit der Verpflichtung zur Hilfe zu verschonen unter Umständen, wo ihm, wenn er allein zur Hilfe imstande wäre, die Verpflichtung zu ihr würde auferlegt werden müssen.

Sind mehrere Hilfsfähige vorhanden, so wird nicht selten unserem Rechtsgefühl, das in diesem Falle wohl auf einem praktischen Instinkte beruht, einer (oder einige) von ihnen als der nächste dazu erscheinen. Der deutsche Bürger betrachtet die Polizei als Mädchen für alles, jedenfalls bestimmt RM. II 17 § 10: „Die nötigen Anstalten. . . zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei“; ist also die Polizei zur Stelle, so rechnet man darauf, daß die Polizei hilft; man sagt sich, sie ist dazu da, warum sollen sich denn andere bemühen? Ähnlich liegt es, wenn ein Hilfsfähiger aus irgendeinem anderen Grunde als Amtsstellung zur Hilfeleistung verpflichtet erscheint, etwa durch Familienbeziehung als Vater, oder durch Vertrag, z. B. als Kindermädchen, das als solches das Kind zu hüten hat. Auch in diesen Fällen werden Fremde häufig mit Grund auf die Tätigkeit dieser rechtlich Verpflichteten rechnen können, und wird deshalb kein Grund vorliegen, auch sie zur Hilfeleistung zu verpflichten; ein Gesichtspunkt

hierbei ist auch, daß von jenen Verpflichteten die Hilfsstätigkeit des Fremden leicht als Einmischung (als eine Kritik des eigenen Verhaltens involvierend) unangenehm empfunden werden könnte. Ähnlich liegt es ferner aber auch, wenn ein Hilfsfähiger in näheren persönlichen Beziehungen zu dem Hilfsbedürftigen steht, die an sich zwar keine Rechtspflicht zum Helfen begründen; sie kommen für die Nothhilfspflicht vor den fernerstehenden in Betracht, da diese im allgemeinen mit gutem Grunde annehmen können, daß der nächststehende sich des Hilfsbedürftigen annehmen wird. Nicht minder erscheint es uns als selbstverständlich, daß derjenige, der bewußt (wenn auch nicht vorwerfbar) durch Vornahme einer generell gefährlichen Handlung, z. B. einer Operation, oder Antreiben des Automobils eine Gefahr herbeiführt, selbst die Gefahr abwendet²⁴⁾ (verbindet, stoppt) und die erforderliche Tätigkeit nicht unbeteiligten Fremden überläßt. Es kann sein, daß die Hilfeleistung offenbar dem einen ein größeres Opfer auferlegt, als dem anderen (z. B. dem eiligen Geschäftsmann ein größeres, als dem müßigen Hungerer); denn ist es angemessen, daß das Recht diesen zur Hilfeleistung verpflichtet und nicht jenen²⁵⁾. Wenn man überhaupt nur schwer sich entschließen wird, jemandem im Interesse eines Fremden eine Hilfsverpflichtung aufzuerlegen, so muß man folgerichtig bei der Auswahl der Hilfsverpflichteten unter einer Mehrheit von Hilfsfähigen auch sparsam vorgehen.

Ist nur ein Hilfsfähiger vorhanden, so muß, vom Standpunkt des zu verpflichtenden Individuums betrachtet, die Rechtsordnung strenger sein. Es ist dabei an die Fälle zu denken, wo präsumtiv überhaupt nur ein Hilfsfähiger vorhanden ist oder momentan nur einer, jedoch *periculum in mora* ist.

β) Die zweite große Frage, an die die Erwägungen des Gesetzgebers anknüpfen müssen, ist die: muß denn überhaupt dem von der Gefahr bedrohten Individuum geholfen werden, oder, so wie die Dinge liegen, nicht?

Sofort ist klar, daß hier die Hilfswürdigkeit eine Rolle spielen muß. Man wird ja denjenigen, der durch ein Verschulden sein Leben

²⁴⁾ Oder dies durch seine Helfer (Assistenten) besorgen läßt.

²⁵⁾ Jedoch dürfte der schuldhaft Verursacher einer Gefahr vor anderen zur Abwendung zu verpflichten sein, selbst wenn diesem die Abwendung geringere Opfer auferlegt.

in Gefahr bringt, nicht durch grundsätzliche Verfassung jeder Nothhilfepflicht gewissermaßen mit dem Tode bestrafen wollen; aber z. B., wer aus Neugier oder gar zu unerlaubten Zwecken in ein fremdes Gebäude oder Grundstück eingedrungen ist, kann sich nicht beklagen, wenn er sein Tun mit einigen Stunden, vielleicht auch einer Nacht Gefangenschaft büßen muß; er kann nicht verlangen, daß ein anderer um seinetwillen wesentlich bemüht wird.

Sofort ist auch das zweite klar, daß für die Auferlegung einer Hilfsverpflichtung mitbestimmend sein muß das Verhältnis der drohenden Gefahr und des zu ihrer Abwendung erforderlichen Opfers. Das sicherste Mittel zu verhüten, daß ohne die triftigsten Gründe jemand zur Hilfe für Fremde verpflichtet werde, ist die Beschränkung der Nothhilfepflicht auf die Fälle der Gefährdung der wichtigsten Rechtsgüter des Einzelnen, etwa des Lebens, der Körperintegrität, der Freiheit²⁰⁾. Aber auch bei diesen Rechtsgütern kommt es immer noch auf das Opfer an, das im Einzelfall der Hilfeleistende würde bringen müssen; wobei zu beachten ist, daß die Opfer nicht nur solche sein können, die der Natur der Sache nach mit der Hilfeleistung verbunden sind, wie Bemühung, Geldaufwendung für Hilfszwecke, sondern auch nur zufällig mit ihr verbundene, wie etwa ein außergewöhnlicher durch die Zeitversäumnis entstehender Vermögensschaden, Vereitelung eines Erholungsausflugs, weil der Zug versäumt werden würde, Unmöglichkeit, eine wichtige Handlung im Interesse der eigenen Familie vorzunehmen und dergleichen. Dabei könnte der Staat in der Auferlegung der Hilfsverpflichtung weiter gehen, wenn er sich entschloße, dem Hilfeleistenden für Vermögensschaden, den die Hilfe mit sich bringt, subsidiär zu haften. Schließlich wird sich auch nicht leugnen lassen, daß es unserem Rechtsempfinden entspricht, dem einen mehr zuzumuten an Opfern, als man dem anderen in gleicher Lage zumuten würde — man wird etwa von dem Polizeibeamten, dem Vater, dem Freunde ein stärkeres Einsetzen der Person verlangen können, als von einem beliebigen Fremden —; es kann folgerichtig das Verhältnis von drohendem Schaden und Opfer kein

²⁰⁾ Ich möchte diese Beschränkung jedenfalls bei dem ersten Versuch gesetzgeberischer Regelung der Handlungspflicht empfehlen. Man kann ja den Kreis der geschützten Rechtsgüter erweitern, namentlich das Vermögen einbeziehen, wenn man Erfahrungen darüber gemacht hat, wie sich die getroffenen Bestimmungen bewähren.

konstantes sein²⁷⁾. Selbstverständlich kann die Pflicht jedermanns, in fremdem Interesse tätig zu werden, nicht schon dann auferlegt werden, wenn der drohende Schaden größer ist, als das zur Abwendung der Gefahr erforderliche Opfer, sondern es müßte der drohende Schaden schon unverhältnismäßig größer sein. Stellt man dieses Erfordernis und gleichzeitig das, daß es sich um Gefahr für Leben, Leib, Freiheit handle, auf, so wird man, glaube ich, nicht Gefahr laufen, eine Bestimmung von bedenklicher oder gar unübersehbarer Tragweite getroffen zu haben. Anderseits würde aber hiernach auch die allgemeine Nothhilfspflicht (ohne polizeiliche Aufforderung) doch hinsichtlich der geschützten Rechtsgüter weiter gezogen sein, als nach dem Kommissionsbeschuß zu § 308 B.G.

Geleitet von den vorstehenden Erwägungen, möchte ich es versuchen, die eine besondere gesetzliche Vorschrift erforderlich machende Handlungspflicht zugunsten anderer in folgender Weise, die ihr den Charakter einer allgemeinen Nothhilfspflicht geben würde²⁸⁾, zu formulieren:

„Wer zur Abwendung des einem anderen an Leben, Leib oder Freiheit drohenden, von diesem selbst nicht abwendbaren Schadens imstande ist, ist zur Abwendung desselben verpflichtet, wenn der drohende Schaden unverhältnismäßig²⁹⁾ größer ist, als die Opfer an Mühe, Zeit, Geld oder anderen Interessen, die er als mit Abwendung des Schadens nicht unwahrscheinlich verknüpft ansehen durfte.

Die Verpflichtung besteht nicht:

1. wenn die Hilfeleistung dem mutmaßlichen Willen des Gefährdeten widerspricht;
2. wenn der Gefährdete durch Leichtfertigkeit in die Gefahr geraten ist, es sei denn, daß es sich um Gefahr des Todes oder schweren Körperschadens handelt;
3. wenn ein anderer zur Hilfe Befähigter durch Vertragspflicht, Amtsstellung, Familienbeziehung, Verschuldung der Gefahr oder aus

²⁷⁾ Das Gesetz wird sich freilich wohl begnügen müssen, das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit aufzustellen und es der Praxis und der Wissenschaft überlassen müssen, den eben geäußerten Gedanken daraus zu entwideln.

²⁸⁾ Ich denke eine solche Formulierung mir als Ersatz für die beiden zu Anfang dieses Aufsatzes angeführten Kommissionsbeschlüsse.

²⁹⁾ Vgl. Note 28.

einem anderen Grunde in höherem Grade zur Tätigkeit zwecks Abwendung der Gefahr berufen erscheint³⁰⁾;

4. wenn die Tätigkeit einem anderen offenbar geringere Opfer auferlegt;

5. solange ein Aufschub der Tätigkeit nicht mit erheblichem Nachteil verbunden ist.

Die Verpflichtung zur Abwendung des Schadens, die durch auf ein Verschulden zurückführbare Verursachung der Gefahr oder aus sonstigen Gründen begründet ist, wird durch diese Bestimmungen nicht berührt.³¹⁾

2. Die Strafbarkeit der Unterlassung.

a) Die Verletzung der eben formulierten Nothilfepflicht ist unzweifelhaft, wie oben auch schon hervorgehoben, nicht unter eine schwere Strafandrohung zu stellen. Immerhin sollte m. E. das Höchstmaß doch etwas höher festgesetzt werden, als nach § 308 B.G., etwa auf 3 Monate Gefängnis. Stellt man sich in einem Fall, wo es sich um das Leben handelt, und der Tod eingetreten ist, vor, daß die Verjagung der Hilfe besonders kraß liegt — etwa der Gefährdete hat sich gefreut, die Todesangst des Gefährdeten mit anzusehen —, so würde nach dem B.G. eine Strafe zu erkennen sein, die durch ihre Niedrigkeit auf das Rechtsgefühl des Publikums vielleicht verletzender wirken würde, als gar keine Strafe. M. E. ist es aber auch bedenklich, die Bestrafung der Unterlassung von dem Erfolg eingetretener Rechts-gutsverletzung abhängig zu machen. Es mag das ja geeignet sein, die Zahl gehässiger Anzeigen und ergebnisloser Ermittlungen einzuschränken, aber gleichzeitig wird doch auch der Zweck dem Genugtuungsbedürfnis des Publikums Befriedigung zu verschaffen und die Autorität des Nothilfegebotes zu stärken, erheblich beeinträchtigt³²⁾.

³⁰⁾ In Frage könnte kommen eine Erweiterung der Nothilfepflicht durch den Zusatz „es sei denn, daß letzterer offenbar seiner Verpflichtung nicht nachkommt“.

³¹⁾ Wer die in diesem Vorschlag ausgesprochenen Verpflichtungen für zu weitgehend hält, der möge nur bedenken, daß die in Polizeiverordnungen gestellten Zumutungen viel weiter gehen (z. B. Streuen bei Glätteis, nach Schneefall)!

³²⁾ Man denke etwa an Fälle, wie v. Liszt, „Strafrechtsfälle“, Nr. 19 Z. 4 und Nr. 22.

b) Was die Verletzungen von Handlungspflichten betrifft, die anderweit als durch die Nothilfevorschrift begründet sind, so hat die Erörterung sub I ergeben, daß die rechtswidrige Nichtvornahme der erfolgabhwendenden Tätigkeit positiver Verursachung gleichwertig oder auch nicht gleichwertig sein kann. Im ersteren Fall muß natürlich auch in Zukunft gleiche Strafe wie bei der positiven Handlung eintreten; für den anderen Fall muß die Möglichkeit milderer Bestrafung geschaffen werden. Daß das Gesetz dahingehende ausdrückliche Bestimmung treffe, ist um so entschiedener zu fordern, als das Dogma, daß die rechtswidrige Nichtthinderung des Erfolges rechtswidriger Herbeiführung gleichstehe, zur Alleinherrschaft zu gelangen droht. Es kommt also darauf an, die Formulierung zu finden, die es ermöglicht, die Unterlassung gleich der positiven Handlung zu strafen, wo sie es verdient, sie milder zu bestrafen, wo mildere Bestrafung am Platze ist, sie straflos zu lassen, wo dies gerechtfertigt erscheint. Diese Formulierung kann natürlich nur eine Formulierung sein, die dem Richter ein weitgehendes Ermessen gibt. Vorentwurf und Kommissionsbeschlüsse schenken dem Richter glücklicherweise ein großes Maß von Vertrauen und geben ihm daher in zahlreichen Fällen ein weitgehendes Ermessen. Es ist m. E. kein Grund, ihm dies bei Behandlung der Unterlassung zu versagen. Ich möchte demgemäß folgende Vorschrift vorschlagen:

„Die rechtswidrige Nichtthinderung eines Erfolgs, dessen Verursachung strafbar ist, ist strafbar³³⁾. Insoweit nicht mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der rechtlichen Verpflichtung zu der den Erfolg abwendenden Tätigkeit die Nichtthinderung der Herbeiführung des Erfolgs durch Tätigkeit gleichwertig erscheint, ist die Strafe der Unterlassung nach näherer Maßgabe des §. . (der das Strafmaß bei Versuch, verminderter Zurechnungsmäßigkeit usw. behandelt; vgl. Ebermeyer S. 16) geringer, als die der den Erfolg herbeiführenden Tätigkeit³⁴⁾. Dies gilt insbesondere, wenn mit Bezug auf die Gründe der Unterlassung mindere Strafwürdigkeit gegeben erscheint.“ — —

Ich bin in vorstehenden Zeilen für die gesetzliche Regelung der Strafbarkeit eingetreten, weil ich der Meinung bin, daß ein Fortschritt,

³³⁾ Bei dieser Formulierung ist „Verursachung“ gedacht als echte Verursachung plus gleichwertiger Nichtthinderung.

³⁴⁾ Demgemäß würde „in besonders leichten Fällen“ auch Geldstrafe an Stelle von Freiheitsstrafe treten, auch von Strafe abgesehen werden können.

den man machen kann, auch gemacht werden soll. Auch wo es nur ein kleiner Schritt vorwärts ist. Von der Bedeutung der Strafbrohungen auf Unterlassung für die Abwendung der drohenden Schäden, wenigstens soweit es sich um Gefahren für die Person handelt, denke ich nicht sehr hoch. Der Mensch ist im ganzen mehr eigennützig, als bössartig, und ist deshalb meistens bereitwillig, dem an seiner Person Bedrohten zu helfen, wenn es ihn nicht große Opfer kostet — ähnlich wie auch kaum einmal jemand, der nach dem Wege gefragt wird, dem Frager die Auskunft weigert. Da aber das Gesetz bei der Nothilfe große Opfer im fremden Interesse auch nicht zumuten kann, so bleibt für die Wirkung der Strafbrohung da, wo die normale Menschenfreundlichkeit versagt, nicht eben viel Raum übrig. Wirkt die Strafbrohung aber auch im Einzelfall nicht viel, so fördert sie doch die Verbreitung sozialer Gesinnung.