

Universität Bern  
Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Institut für Strafrecht und Kriminologie  
Prof. Dr. Christopher Geth  
Frühlingssemester 2017

# Seminararbeit im Strafrecht

Strafbarkeit durch Unterlassen  
Täterschaft und Teilnahme

---

Eingereicht am 3. Juni 2017

Alain Sommer  
Baumgartenstrasse 4  
4900 Langenthal  
4. Semester  
15-120-173  
alain.sommer@gmail.com

# I. Inhaltsverzeichnis

II.	Literaturverzeichnis .....	II
III.	Abkürzungsverzeichnis .....	IV
1	Einleitung.....	1
2	Beteiligung am Unterlassungsdelikt .....	1
2.1	Täterschaft am Unterlassungsdelikt .....	1
2.1.1	Mittäterschaft .....	1
2.1.2	Mittelbare Täterschaft .....	2
2.2	Teilnahme am Unterlassungsdelikt.....	2
2.2.1	Anstiftung.....	2
2.2.2	Gehilfenschaft.....	3
3	Beteiligung durch Unterlassen.....	4
3.1	Täterschaft durch Unterlassen .....	4
3.1.1	Mittelbare Täterschaft .....	4
3.2	Teilnahme durch Unterlassen.....	5
3.2.1	Anstiftung.....	5
3.2.2	Gehilfenschaft.....	5
4	Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme.....	7
4.1	Annahme regelmässiger Täterschaft.....	7
4.2	Annahme regelmässiger Gehilfenschaft.....	8
4.3	Differenzierung nach Tatherrschaftskriterien .....	9
4.4	Trennung nach Garantenstellung .....	9
4.5	Unterscheidung mit Hilfe der Entsprechensklausel .....	11
5	Strafbarkeit .....	12
6	Fazit.....	13
IV.	Selbständigkeitserklärung.....	V

## II. Literaturverzeichnis

ABO YOUSSEF OMAR, Mittäterschaft bei Verkehrsdelikten, insbesondere durch Unterlassen, Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2014, Bern 2014.

CASSANI URSULA, Art. 11 StGB, in: Roth Robert/Moreillon Laurent (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal I – Art. 1-110 StGB, Basel 2009.

DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8. Aufl., Zürich 2006.

HEINE GÜNTER/WEISSER BETTINA, in: Schönke Adolf/Schröder Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., München 2014.

JESCHECK HANS-HEINRICH/WEIGEND THOMAS, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.

KAUFMANN ARMIN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. Aufl., Göttingen 1988.

KÜHL KRISTIAN, in: Lackner Karl/Kühl Kristian, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2014.

RIKLIN FRANZ, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verbrechenslehre, 3. Aufl., Freiburg 2007.

RUDOLPHI HANS-JOACHIM, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, Göttingen 1966.

SCHWAB HANS-JÖRG, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, Diss., Frankfurt am Main 1996.

SEELMANN KURT, Art. 11 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I – Art. 1-110 StGB, 3. Aufl., Basel 2013.

SEELMANN KURT/GETH CHRISTOPHER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016.

STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011.

TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. Aufl., Zürich 2004.

### III. Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
§§	Paragraphen
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BSK	Basler Kommentar
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (Etat le 1 <sup>er</sup> janvier 2017, RS 311.0)
CR	Commentaire romand
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
f.	folgende/r (Singular)
ff.	folgende (Plural)
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.V.m.	in Verbindung mit
N	Note, Randnote
RS	Recueil systématique du droit fédéral
S.	Seite
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Januar 2017, SR 311.0)
Vgl.	Vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
Ziff.	Ziffer

# 1 Einleitung

Diese Seminararbeit befasst sich mit dem Thema Strafbarkeit durch Unterlassen in Bezug auf Täterschaft und Teilnahme. Zu Beginn wird auf die beiden denkbaren Konstellationen – Beteiligung am Unterlassungsdelikt und Beteiligung durch Unterlassen<sup>1</sup> – genauer eingegangen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf dem zweitgenannten und umstrittenen Bereich der Deliktsbeteiligung durch Unterlassen, wobei die Diskussion bezüglich der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme eine entscheidende Rolle spielt. Es stellt sich also abschliessend die Frage, ob und inwiefern sich eine Person strafbar macht, wenn sie sich durch Unterlassen an einem Delikt beteiligt.

Solange nur ein Unterlassender als Täter zur Diskussion steht, stellen sich, wie auch beim Begehungsdelikt, keine Probleme bezüglich der Strafbarkeit. Solche entstehen erst, wenn der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolges auf dem Verhalten mehrerer Personen beruht. Hier stellt sich die Frage nach der Abgrenzung der verschiedenen Beteiligungsrollen.<sup>2</sup>

## 2 Beteiligung am Unterlassungsdelikt

### 2.1 Täterschaft am Unterlassungsdelikt

#### 2.1.1 Mittäterschaft

Bei der Form der Mittäterschaft am Unterlassungsdelikt sind zwei Sachlagen denkbar.<sup>3</sup>

Zum einen besteht die Möglichkeit, dass mehrere Personen durch eine Garantstellung verpflichtet sind, einen Taterfolg abzuwenden. In diesem Fall scheint es aber überflüssig, eine Mittäterschaft anzunehmen, da sich sowieso jede Person selbst bereits als alleiniger Unterlassungstäter verantworten muss.<sup>4</sup> Eine Unterlassung in Mittäterschaft ist demzufolge nur dann möglich, wenn bloss gemeinschaftliches Handeln einen Erfolg abwenden kann. Dies

---

<sup>1</sup> SCHWAB, Diss., 51 ff.; BSK StGB-SEELMANN, Art. 11, N 69; SEELMANN/GETH, 164, N 448.

<sup>2</sup> STRATENWERTH, § 15, N 6.

<sup>3</sup> JESCHECK/WEIGEND, 681 f.; SCHWAB, Diss., 51 ff.; STRATENWERTH, § 15, N 9.

<sup>4</sup> RIKLIN, § 19, N 37; TRECHSEL/NOLL, 263; anders in DONATSCH/TAG, 318.

wäre beispielsweise dann der Fall, wenn ein zur Rettung des Kindes notwendiges Boot nur von dessen Vater und Mutter gemeinsam zu Wasser gebracht werden könnte. In einer solchen Konstellation scheint es also sinnvoll, von einem mittäterschaftlich begangenen Unterlassungsdelikt auszugehen.<sup>5</sup>

Zum anderen ist eine Mittäterschaft denkbar, bei welcher der eine Beteiligte handelt und der andere pflichtwidrig untätig bleibt. Doch auch diese Sachlage erscheint belanglos, da zum Schluss beide Beteiligten als alleinige oder Nebentäter zu bestrafen sind.<sup>6</sup>

Vom Bundesgericht wurde eine solche Konstellation der Mittäterschaft jedoch in einem Entscheid aus dem Jahr 1970 bejaht. Es machte im erwähnten Urteil keinen Unterschied zwischen dem Nichtverhindern und dem Ausführen der Straftat.<sup>7</sup>

### 2.1.2 Mittelbare Täterschaft

Fraglich ist, inwieweit es möglich ist, einen Vordermann als Werkzeug, sei es durch Zwang oder Täuschung, zum Unterlassen einer geforderten Handlung zu verleiten. Dies ist nach den gemeinen Grundsätzen der Beteiligungsdelikte möglich, da für den Hintermann in der hier ausgeführten Konstellation keine Garantenstellung verlangt wird und er für ein aktives Tun zu bestrafen ist. Er verursacht also den Erfolg, indem er einen in diesem Moment grundsätzlich zum Eingriff fähigen Garanten an der Erfolgsabwendung hindert.<sup>8</sup>

## 2.2 Teilnahme am Unterlassungsdelikt

Eine Teilnahme am Unterlassungsdelikt ist gemäss h.L. nach den normalen Beteiligungsgrundsätzen möglich.<sup>9</sup>

### 2.2.1 Anstiftung

Der Anstifter macht sich wegen aktiven Tuns strafbar, braucht also im Gegensatz zum Täter keine Garantenstellung innezuhaben.<sup>10</sup> Daraus schliesst sich,

---

<sup>5</sup> JESCHECK/WEIGEND, 682; abgelehnt in KAUFMANN, 189 f.; STRATENWERTH, §15, N 10.

<sup>6</sup> Weitere Ausführungen in STRATENWERTH, § 15, N 11.

<sup>7</sup> ABO YOUSSEF, 197; BGE 96 IV 155 E. 7 S. 169.

<sup>8</sup> SCHWAB, Diss., 55; anders in TRECHSEL/NOLL, 263.

<sup>9</sup> DONATSCH/TAG, 318; RIKLIN, § 19, N 37; SCHWAB, Diss., 55 ff.; TRECHSEL/NOLL, 263.

<sup>10</sup> DONATSCH/TAG, 318; TRECHSEL/NOLL, 263.

dass die Regeln der Begehungsdelikte und nicht diejenigen der Unterlassungsdelikte Anwendung finden.<sup>11</sup> Wenn also eine Person ohne Garantenstellung die Mutter eines Kindes überzeugt, dieses verhungern zu lassen, macht sie sich der Tötung durch Unterlassen gemäss Art. 111 StGB i.V.m. Art. 24 StGB strafbar.

Eine andere Ansicht führt aus, dass durch den fehlenden Unterlassungsvorsatz das Wesensmerkmal der Anstiftung gar nicht erfüllt werden kann und somit eine Anstiftung zur Unterlassungsstraftat unmöglich erscheint.<sup>12</sup> Diese Mindermeinung stellt sich aber als dogmatisch sehr komplex dar und wird in dieser Arbeit nicht weiter ausgeführt.<sup>13</sup>

### 2.2.2 Gehilfenschaft

Bei der Teilnahmeform der Gehilfenschaft ist zwischen der physischen und der psychischen Hilfeleistung zu unterscheiden, wobei die Zweitgenannte nach den allgemeinen Grundsätzen, wie auch die Anstiftung, durch aktives Tun möglich ist.<sup>14</sup>

Probleme stellen sich bei der physischen Gehilfenschaft, da die kausale Förderungsleistung in Bezug zur Tat wohl kaum bewiesen werden kann.<sup>15</sup> So ist in der h.L. auch oft rein die Rede von einem Unterstützen oder Bestärken, was deutlich auf eine psychische Hilfeleistung hinweist.<sup>16</sup> Errichtet also beispielsweise jemand im Garten einer Familie einen Pool, indem später die Mutter ihr Kind ertrinken lässt, wird die Kausalität der Förderungsleistung nicht bewiesen werden können, da die Frau den Tod ihres Kindes, falls der Pool nie gebaut worden wäre, auch auf irgend eine andere Art hätte verursachen können.

---

<sup>11</sup> DONATSCH/TAG, 318; SCHWAB, Diss., 55 f.; TRECHSEL/NOLL, 263.

<sup>12</sup> KAUFMANN, 191; SCHWAB, Diss., 56.

<sup>13</sup> KAUFMANN, 191 ff.; SCHWAB, Diss., 56 ff.

<sup>14</sup> SCHWAB, Diss., 61; BSK StGB-SEELMANN, Art. 11 StGB, N 70; TRECHSEL/NOLL, 263.

<sup>15</sup> BSK StGB-SEELMANN, Art. 11 StGB, N 70.

<sup>16</sup> Schönke/Schröder-HEINE/WEISSER, Vorbem. §§ 25 ff., N 87; RIKLIN, § 19, N 37; SCHWAB, Diss., 61; TRECHSEL/NOLL, 263.

## 3 Beteiligung durch Unterlassen

### 3.1 Täterschaft durch Unterlassen

#### 3.1.1 Mittelbare Täterschaft

Die Möglichkeit, durch Unterlassen zum mittelbaren Täter zu werden, wird von grossen Teilen der Lehre verneint, da die unmittelbare Eingriffsmöglichkeit eines Handlungspflichtigen diesen bei pflichtwidrigem Untätigbleiben automatisch zum Unterlassungstäter werden lässt. Dabei spielt es auch keine Rolle, ob die abzuwendende Gefahr durch Naturereignisse oder durch Handlungen anderer Personen ausgelöst wird.<sup>17</sup>

Des Weiteren wird diese Unmöglichkeit darin begründet, dass zum Bestehen einer unmittelbaren Täterschaft ein Anstoss in der Art eines physischen Einwirkens existieren muss. Genau ein solches Anstossen ist durch reines Unterlassen jedoch undenkbar.<sup>18</sup>

Ein schwimmunfähiger Vater, welcher weiss, dass sein Kind dem Ertrinken nahe ist, aber die Mutter des Kindes, welche schwimmen könnte und in unmittelbarer Nähe wäre, in Unwissenheit belässt, macht sich nach einem Teil der Lehre der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen strafbar.<sup>19</sup> Dieser Ansicht ist aber kaum Folge zu leisten, da in einem solchen Fall die unmittelbare Eingriffsmöglichkeit zur Rettung des Kindes folglich nicht aus der selbst ausgeführten Rettungsleistung, sondern aus dem Mitteilen der Situation an die Mutter oder einer anderen in diesem Moment eingriffsfähigen Person besteht. Somit ist eine Anwendung der Konstellation der mittelbaren Täterschaft nicht notwendig, da der Vater sich hier als unmittelbarer Täter strafbar macht.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> SCHWAB, Diss., 54; STRATENWERTH, § 15, N 8.

<sup>18</sup> KAUFMANN, 291; SCHWAB, Diss., 54.

<sup>19</sup> TRECHSEL/NOLL, 263.

<sup>20</sup> KAUFMANN, 190; SCHWAB, Diss., 54; STRATENWERTH, § 15, N 8.

## 3.2 Teilnahme durch Unterlassen

### 3.2.1 Anstiftung

Gemäss h.L. ist auch eine Anstiftung durch Unterlassen nicht möglich.<sup>21</sup>

Um eine solche positiv begründen zu können, wäre eine psychische Beeinflussung durch Unterlassen, welche einen Tatentschluss hervorrufen würde, nötig. Es müsste also durch Unterlassen ein Täter zu einer Handlung bestimmt werden können. Durch reines Nichts tun ist aber ein solcher Anstoss zur Tat, der bei der Anstiftung verlangt wird, nicht denkbar.<sup>22</sup> Vielmehr stellt jede vorstellbare Anstosshandlung automatisch eine Begehungstat dar.<sup>23</sup>

### 3.2.2 Gehilfenschaft

Ob eine Gehilfenschaft durch Unterlassen möglich ist, stellt sich als eine in der Lehre sehr strittige Frage dar; dies aus dem Grund der Komplexität der Abgrenzung zwischen Teilnahme und Täterschaft.<sup>24</sup> Dabei bejaht aber die überwiegende Meinung die Existenz einer solchen Konstellation meist mit der gleichen Begründung.

Eine solche gehilfenschaftliche Strafbarkeit erfordert demnach vom Gesetz zusätzlich verlangte subjektive Sondereigenschaften, sprich zusätzliche Anforderungen, welche über die unterlassene Erfolgsabwendung hinausgehen.<sup>25</sup> Beim Diebstahl gemäss Art. 139 StGB werden beispielsweise ein Aneignungswille und eine Bereicherungsabsicht vorausgesetzt. Wenn nun ein Ladendetektiv einen Kunden beim Diebstahl gewähren lässt, kann dieser somit kein Täter sein, da ihm die genannten subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen fehlen. Folglich kann er sich hier nur der durch Unterlassen begangenen Beihilfe zum Diebstahl gemäss Art. 139 i.V.m. Art. 11 und Art. 25 StGB strafbar machen.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> DONATSCH/TAG, 318; RIKLIN, § 19, N 37; SEELMANN/GETH, 165, N 452; TRECHSEL/NOLL, 263.

<sup>22</sup> JESCHECK/WEIGEND, 691; anders in Lackner/Kühl-KÜHL, § 26, N 3.

<sup>23</sup> SCHWAB, Diss., 60 f.

<sup>24</sup> Weitere Ausführungen unter Punkt 3.3 dieser Arbeit.

<sup>25</sup> DONATSCH/TAG, 318; RIKLIN, § 19, N 37; BSK StGB-SEELMANN, Art. 11 StGB, N 73; STRATENWERTH, § 15, N 16.

<sup>26</sup> Vgl. BGE 118 IV 309 E. 1 S. 312.

Ein weiterer Teil der Lehre hält die Gehilfenschaft durch Unterlassen für denkbar, falls ein Garant, welcher im Zeitpunkt der geforderten Handlung die Möglichkeit der Abwendung des Erfolgs nicht hat, es unterlässt, einen Dritten zur Erfüllung seiner Handlungspflicht anzuhalten.<sup>27</sup> Dieser Begründung ist kaum Folge zu leisten, so scheint es doch sehr undifferenziert, sollte ein durch Garantstellung Verpflichteter, nur weil ihm im entscheidenden Moment die Möglichkeit einer eigenhändigen Erfolgsabwendung fehlt, milder bestraft werden als einer, der diese hat. Dieses Argument wird noch verstärkt, indem ein reines Mitteilen der Gefahrensituation an einen Dritten in den meisten Fällen im Vergleich zu einer selbst verübten erfolgsabwendenden Handlung als weniger aufwändig erscheint.<sup>28</sup> Diese Sicht ist jedenfalls solange zu vertreten, wie der Garant die Chance hätte, einen Dritten zur gebotenen Erfolgsabwendung zu bewegen oder es zumindest zu versuchen.

Anders entschied das Bundesgericht jedoch im Jahre 2013. Es verurteilte eine Mutter wegen Gehilfenschaft zu mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern durch Unterlassen. Trotz Kenntnis sexueller Handlungen ihres Lebenspartners mit ihren noch nicht 16 Jahre alten Töchtern, verhinderte sie diese nicht, noch ging sie ihnen nach. Sowohl die Garantstellung als auch ein pflichtwidriges Untätigbleiben der Mutter wurden hier vom Bundesgericht bejaht. Zu erwähnen ist jedoch, dass das Gericht im vorliegenden Fall das Verhalten als Gehilfenschaft durch Unterlassen qualifiziert, ohne weiter auf die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme einzugehen.<sup>29</sup>

Ein kleinerer Teil der Lehre verneint eine Gehilfenschaft durch Unterlassen ausnahmslos.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Schönke/Schröder-HEINE/WEISSER, Vorbem. § 25 ff., N 88; TRECHSEL/NOLL, 263.

<sup>28</sup> Vgl. Ausführungen unter Punkt 3.1.1 dieser Arbeit.

<sup>29</sup> Urteil des Bundesgerichts 6B\_489/2012 vom 10. Juli 2013, E. 3.1; vgl. Ausführungen unter Punkt 4 dieser Arbeit.

<sup>30</sup> KAUFMANN, 290 ff.; Lackner/Kühl-KÜHL, § 27, N 5.

## 4 Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme

Um die in der Einleitung gestellte Frage nach der Strafbarkeit eines Beteiligten durch Unterlassen klären zu können, ist eine Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme unumgänglich.<sup>31</sup> Da eine Anstiftung durch Unterlassen als nicht möglich erachtet wird<sup>32</sup>, ist eine Grenze zwischen der Gehilfenschaft durch Unterlassen und der Unterlassungstäterschaft zu ziehen. So kann abschliessend auch über die Frage des Strafmasses entschieden werden. Dementsprechend klärt sich also, ob und inwiefern die Strafmilderung von Art. 25 StGB Anwendung findet.<sup>33</sup>

Im Folgenden werden die wichtigsten Lösungsvorschläge zur Beurteilung dieses Abgrenzungsproblems erläutert.

### 4.1 Annahme regelmässiger Täterschaft

Diese Ansicht vertritt, wenn auch mit teils unterschiedlichen Begründungen die Meinung, dass bei unterlassenden Beteiligten regelmässig Täterschaft anzunehmen ist.

Mit dieser Begründung können jegliche Schwierigkeiten bezüglich der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme vermieden werden. Dadurch wird auch die angenommene Unmöglichkeit der Differenzierung umgangen.<sup>34</sup> Es wird aber somit die in Art. 11 Abs. 3 StGB erwähnte Entsprechensklausel in gewisser Hinsicht umgangen. Bei dieser handelt es sich um ein gesetzliches Merkmal, welches bei jedem unechten Unterlassungsdelikt gegeben sein muss. Gemäss der genannten Gesetzesstelle ist ein pflichtwidriges Untätigbleiben nur dann strafbar, wenn ein aktives Tun zum gleichen Vorwurf führen würde.<sup>35</sup> Beim Begehungsdelikt kommen grundsätzlich die beiden Beteiligungsformen parallel vor, wobei der Teilnahme zwar eine sekundäre, aber trotzdem eigenständige Funktion zukommt. Etwa so greift sie immer dann ein, wenn für einen Beteiligten jegliche Formen der Täterschaft ausgeschlossen sind, ihm also die

---

<sup>31</sup> SCHWAB, Diss., 61; BSK StGB-SEELMANN, Art. 11 StGB, N 72; STRATENWERTH, § 15, N 17.

<sup>32</sup> Vgl. Ausführungen unter Punkt 3.2.1 dieser Arbeit.

<sup>33</sup> STRATENWERTH, § 15, N 17.

<sup>34</sup> STRATENWERTH, § 15, N 15.

<sup>35</sup> DONATSCH/TAG, 314 f.; SCHWAB, Diss., 169; TRECHSEL/NOLL, 261 f.

Tatherrschaft fehlt. Genau an diesem Punkt entspricht also gemäss der in diesem Abschnitt erläuterten Meinung das Unterlassen nicht mehr dem aktiven Tun, da der Teilnahme nur noch eine Lückenbüsserfunktion zukommt. Die in Art. 11 Abs. 3 StGB verlangte Gleichwertigkeit findet hier also keine exakte Anwendung mehr.<sup>36</sup>

Daraus ergibt sich, dass Beihilfe gemäss dieser Ansicht im Falle des Vorliegens gesetzlich vorgesehener besonderer subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen trotzdem möglich sein muss.<sup>37</sup>

Zudem wird argumentiert, dass durch die regelmässige Annahme einer Täterschaft, mit Ausnahme der oben erwähnten Spezialfälle, eine Schlechterstellung des Unterlassenden gegenüber dem Begehungstäter erfolge.<sup>38</sup>

## 4.2 Annahme regelmässiger Gehilfenschaft

Eine weitere vertretene Ansicht sieht eine Beteiligung durch Unterlassen grundsätzlich als Beihilfe an. Diese Auffassung vertritt die Meinung, dass eine unterlassende Person i.d.R. nur Randfigur eines Tatgeschehens ist. Um Täterschaft begründen zu können, muss ein Tatbeitrag so wesentlich sein, dass ein Delikt mit ihm steht oder fällt. Für eine Nebenrolle in der Art einer Randfigur ist diese Anforderung somit nicht erfüllt.<sup>39</sup> Das Erfordernis einer Garantenstellung für den Gehilfen bleibt dabei allemal bestehen.<sup>40</sup>

Doch auch hier kann kritisiert werden, es fände eine Ungleichstellung zwischen dem Unterlassungs- und dem Begehungstäter statt.<sup>41</sup> So wird in einer solchen Beurteilung der Unterlassende gegenüber dem Handelnden regelmässig privilegiert.<sup>42</sup>

---

<sup>36</sup> SCHWAB, Diss., 168 f., 191.

<sup>37</sup> DONATSCH/TAG, 318; RIKLIN, § 19, N 37; BSK StGB-SEELMANN, Art. 11 StGB, N 73; STRATENWERTH, § 15, N 16; vgl. Ausführungen unter Punkt 3.2.2 dieser Arbeit.

<sup>38</sup> ABO YOUSSEF, 224 f.; BSK StGB-SEELMANN, Art. 11 StGB, N 73; SEELMANN/GETH, 165, N 453.

<sup>39</sup> Lackner/Kühl-KÜHL, § 27, N 5; SCHWAB, Diss., 136 ff.; BSK StGB-SEELMANN, Art. 11 StGB, N 74; SEELMANN/GETH, 165, N 453.

<sup>40</sup> JESCHECK/WEIGEND, 696; Lackner/Kühl-KÜHL, § 27, N 5.

<sup>41</sup> Vgl. Ausführungen unter Punkt 4.1 dieser Arbeit.

<sup>42</sup> ABO YOUSSEF, 225; Schönke/Schröder-HEINE/WEISSER, Vorbem. §§ 25 ff., N 91; RUDOLPHI, 138 ff.; BSK StGB-SEELMANN, Art. 11 StGB, N 74; SEELMANN/GETH, 165, N 453.

### 4.3 Differenzierung nach Tatherrschaftskriterien

Bei Unterlassungsdelikten gibt es, im Gegensatz zu Begehungsdelikten, eine eigentliche Tatherrschaft nicht.<sup>43</sup> Als Tatherrschaft bei Unterlassungsdelikten wird vielmehr die potentielle Möglichkeit, eine Rechtsgutsgefährdung abzuwenden, sprich potentielle Tatherrschaft, verstanden. Hier kann aber die potentielle Tatherrschaft nicht als taugliches Abgrenzungskriterium gesehen werden, da eine solche Handlungsmöglichkeit nicht wegzudenkende Voraussetzung jeder Unterlassungsstrafbarkeit ist.<sup>44</sup>

Gemäss Günter Heine und Bettina Weisser ist genau eine solche Abgrenzung aber möglich. Im Wege einer Einzelfallentscheidung sei es problemlos möglich, eine Abstufung anhand von verschiedenen stark zu gewichtenden Eingriffsmöglichkeiten vorzunehmen. Ein Lehrer, der kleine Kinder von einer Schlägerei abhalten muss, kann eine Erfolgsabwendung wohl bereits mit Worten erreichen. Im Falle eines Untätigbleibens wäre dieser also als Täter zu bestrafen. Ein Ehegatte jedoch, der bei einem Raubüberfall einen Rechtsgutangriff auf seine Partnerin verhindern soll, dies aber mit entsprechendem Vorsatz nicht tut, wäre also nur als Gehilfe zu bestrafen, da ein Eingriff als schwieriger durchführbar angesehen werden muss.<sup>45</sup>

Auch Hans-Heinrich Jescheck und Thomas Weigend sehen es anders. Laut ihnen bereitet die Abgrenzung keine Probleme. Demgemäss argumentieren sie, die Tatherrschaft gehe erst dann auf den Unterlassenden über, wenn der Handelnde den Tatablauf nicht mehr beherrscht.<sup>46</sup> Somit kombiniert ihre Sicht die grundsätzliche Annahme der Helferschaft mit einer Differenzierung nach Tatherrschaftskriterien.<sup>47</sup>

### 4.4 Trennung nach Garantenstellung

Eine der Möglichkeiten, anhand einer Trennung nach Garantenstellung zwischen Täterschaft und Teilnahme zu unterscheiden, findet ihre Grundlage in

---

<sup>43</sup> ABO YOUSSEF, 225; DONATSCH/TAG, 318; TRECHSEL/NOLL, 263.

<sup>44</sup> ABO YOUSSEF, 225; BSK StGB-SEELMANN, Art. 11 StGB, N 75; SEELMANN/GETH, 165 f., N 453.

<sup>45</sup> Schönke/Schröder-HEINE/WEISSER, Vorbem. §§ 25 ff., N 102.

<sup>46</sup> JESCHECK/WEIGEND, 696.

<sup>47</sup> Vgl. Ausführungen unter Punkt 4.2 dieser Arbeit.

einer Differenzierung nach Qualität und Inhalt der Garantenpflicht.<sup>48</sup>

Dies darf aber nicht dahingehend verstanden werden, als dass ein Obhutsgarant immer Täter und ein Sicherungsgarant stets nur Gehilfe ist. Bereits die Unterscheidung zwischen Obhuts- und Sicherungsgarant kann nicht nach klaren Kriterien handhabbar gemacht werden. So kann eine Person gleichzeitig Obhuts- und Sicherungsgarant sein oder durch besondere Umstände von der einen in die andere Rolle wechseln. Deutlich wird dieser Umstand anhand von Beispielen. Wenn eine Person einen aggressiven Sohn und eine gefährliche Kreissäge besitzt, kann er, je nachdem, ob sich nun eine Gefahr für oder durch das Kind verwirklicht, Obhuts- oder Sicherungsgarant sein. Zudem kann beispielsweise auch nicht unterschieden werden, ob ein Bademeister gegenüber den Gästen des in seiner Verantwortung liegenden Beckens, Sicherungs- oder Obhutsgarant ist. Es ist also nicht klar, ob er hier als Obhutsgarant Beschützer der Gäste vor allfälligen Gefahren des Beckens oder Überwacher dieser Gefahr, also Sicherungsgarant, ist.

Des Weiteren wird diese Undurchführbarkeit einer Unterscheidung dadurch verdeutlicht, dass ein Sicherungsgarant, welcher seinen Schutzbefohlenen nicht vor Naturgewalten schützt, auch Täter sein muss.<sup>49</sup> Dies beweist unmissverständlich die Möglichkeit des Vorliegens einer Doppelfunktion bei ein und demselben Garanten. Ein Garant kann folglich durchaus gleichzeitig die Funktion eines Obhuts- und eines Sicherungsgaranten einnehmen.<sup>50</sup>

In Anbetracht der erwähnten Einwände kann dementsprechend eine Differenzierung nach Qualität und Inhalt der Garantenstellung auch nicht auf Täterschaft und Teilnahme überschlagen.<sup>51</sup>

Eine denkbare Unterscheidung stellt jedoch eine unterschiedliche Gewichtung der Garantenpflichten dar.<sup>52</sup> Das von Kurt Seelmann und Christopher Geth aufgeführte Beispiel beruht auf dem Verhältnis zwischen den Eltern bzw. dem Babysitter und einem Kind.<sup>53</sup>

---

<sup>48</sup> RUDOLPHI, 138 ff.

<sup>49</sup> BSK StGB-SEELMANN, Art. 11 StGB, N 76; SEELMANN/GETH, 165 f., N 453.

<sup>50</sup> Weitere Beispiele in SCHWAB, Diss., 107 ff.

<sup>51</sup> ABO YOUSSEF, 225 f.; Schönke/Schröder-HEINE/WEISSER, Vorbem. §§ 25 ff., N 95 ff.; SCHWAB, Diss., 106 ff.

<sup>52</sup> CR CP-CASSANI, Art. 11 StGB, N 65; BSK StGB-SEELMANN, Art. 11 StGB, N 77; SEELMANN/GETH, 166, N 454.

<sup>53</sup> SEELMANN/GETH, 166, N 454.

Doch diese Art der Abgrenzung wirft Fragen auf. So begründet die engere Beziehung der Eltern gegenüber dem Kind noch nicht automatisch eine stärker zu gewichtende rechtliche Pflicht. Jedoch ist die Intensität einer solchen Bindung i.d.R. wohl gerade der Grund für die existierenden gesetzlichen Rechtspflichten. Demnach könnte man grundsätzlich annehmen, dass ein näheres Verhältnis auch eine weitergehende Garantenpflicht beschreibt.<sup>54</sup>

Um nun zum Schluss zu kommen, dass Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten anhand der unterschiedlichen Gewichtung der Garantenpflichten gesondert werden können, müsste also das oben erwähnte differenzierbare Näheverhältnis dazu dienen. Dieses als alleiniges Kriterium zu betrachten scheint allerdings zu undifferenziert. Denn so würde, im hier erwähnten Beispiel ein Babysitter, trotz der im Moment der Verantwortung grundsätzlich gleichen Erfolgsabwendungspflicht, milder bestraft als die Eltern eines Kindes.

Ferner bedürfte es im Einzelfall einer Einschätzung des Gewichts verschiedenster denkbarer Garantenpflichten, was in der Praxis nach einem exakten Massstab naturgemäss nicht möglich wäre.<sup>55</sup>

Eine Pflicht kann demnach nur bestehen oder nicht. Um aber mit Hilfe unterschiedlicher Gewichtung der Garantenpflichten zwischen Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten entscheiden zu können, müsste eine Pflicht «mehr oder weniger» bestehen können. Genau das kann sie aber gemäss obigen Ausführungen nicht.<sup>56</sup>

#### 4.5 Unterscheidung mit Hilfe der Entsprechensklausel

Die von Hans-Jörg Schwab erarbeitete und vertretene Lösung beruht auf einer Abgrenzung anhand der Entsprechensklausel.<sup>57</sup>

Gemäss seiner Theorie soll dieser Prozess auf zwei Stufen erfolgen. Auf der ersten Stufe muss der Sachverhalt unter den jeweiligen Tatbestand des unechten Unterlassungsdelikttes subsumiert werden.<sup>58</sup> Sobald also dem Täter

---

<sup>54</sup> ABO YOUSSEF, 226.

<sup>55</sup> Anders in ABO YOUSSEF, 226 f.

<sup>56</sup> SCHWAB, Diss., 111.

<sup>57</sup> SCHWAB, Diss., 189 ff.; vgl. zur Entsprechensklausel Ausführungen unter Punkt 4.1 dieser Arbeit.

<sup>58</sup> SCHWAB, Diss., 195 ff.

durch sein pflichtwidriges Untätigbleiben derselbe Vorwurf gemacht werden kann, wie wenn er die Tat durch ein aktives Tun begangen hätte,<sup>59</sup> kann zur zweiten Stufe übergegangen werden.

Hier muss nun anhand eines wertenden Vergleichs festgestellt werden, ob das Unterlassen einer Täterschaft oder einer Teilnahme entspricht.<sup>60</sup> Es muss also abgewogen werden, ob der unterlassene Tatbeitrag anstelle eines aktiven Tuns als Täterschaft oder als Teilnahme gewertet würde. Dies wird i.d.R. zum Ergebnis führen, dass beim Zusammentreffen eines Aktivtäters mit einem Unterlassenden dem Zweitgenannten nur die Rolle einer Randfigur zukommt.<sup>61</sup>

Jedoch sind durchaus auch Sachlagen denkbar, in denen nach einer Abwägung zwischen Täterschaft und Teilnahme Ersteres vorliegen muss. So verhält es sich beispielsweise, wenn ein Leibwächter zur Verhinderung der Tötung einer von ihm zu schützenden Person das Panzerglasfenster hochdrehen müsste, dies aber trotz Kenntnis eines auf den Schutzbedürftigen angesetzten Scharfschützen nicht tut. Wird in einem solchen Fall das Unterlassen mit einem aktiven Tun gleichgesetzt, müsste also der Leibwächter das Fenster runterdrehen, damit der Erfolg eintreten würde, wäre er klarerweise als Täter zu bestrafen, da ohne ihn der Erfolg ausgeblieben wäre.

Mit einer solchen Begründung entstehen aber erhebliche Unsicherheiten in der Abgrenzung zwischen einer rein kausalen Förderungshandlung und einem massgeblichen Tatbeitrag. Denn es muss abgeklärt werden, ob die Tatbeiträge im Rahmen einer Begehung als Täterschaft oder als Teilnahme zu qualifizieren wären. Eine solche Differenzierung ist nur mit Hilfe von Hypothesen denkbar und erweist sich dementsprechend eher als unklar.

## 5 Strafbarkeit

Art. 25 StGB sieht vor, den Gehilfen eines Verbrechens oder Vergehens milder zu bestrafen, als den Täter selbst. Um also klären zu können, ob eine Strafmilderung im Sinne dieses Artikels in Betracht kommt oder nicht, ist zu bestimmen, ob der an einer Straftat Beteiligte Gehilfe oder Täter ist. Art. 11 Abs. 1

---

<sup>59</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 3 StGB.

<sup>60</sup> SCHWAB, Diss., 197 ff.

<sup>61</sup> SCHWAB, Diss., 227.

StGB besagt, dass ein Verbrechen oder Vergehen auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben begangen werden kann. Dementsprechend müssen zur Bestimmung des Strafmasses auch Beteiligungsregeln bezüglich Unterlassungsstraftaten miteinbezogen werden. Es stellt sich also zur Lösung des Strafbarkeitsproblems die Frage nach der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme.

Doch genau bezüglich der Kriterien, nach welchen abgegrenzt werden soll, bestehen in Lehre und Rechtsprechung grosse Meinungsunterschiede und demgemäss sehr voneinander abweichende Argumentationsansätze.<sup>62</sup> Eine auch nur annähernd einheitliche Lösung hat sich bisher nicht finden lassen. Hans-Jörg Schwab beschreibt dies in seinem Ergebnis der von ihm unter § 6 beurteilten Lösungsversuche so:

*«Als Ergebnis des 6. Kapitels lässt sich lediglich aufführen, dass eine unangreifbare Ansicht bisher nicht gefunden wurde – und sich wohl auch nicht finden lässt. Von einer Klärung ist der Streit so weit entfernt, wie er nur sein könnte.*

*Jede Ansicht hat Vorteile, aber grundsätzlich auch Nachteile, die ohne grosse Schwierigkeit zu ihrer Ablehnung führen können. Eine Einigkeit der verschiedenen Ansichten lässt sich nur hinsichtlich eines Punktes feststellen: Die jeweils andere Ansicht wird mit mehr oder weniger stichhaltigen Argumenten abgelehnt.»<sup>63</sup>*

Diese Textstelle bringt die Unklarheit in Bezug auf die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten und die Strafzumessung, welche daraus geschlossen werden kann, sehr präzise auf den Punkt.

## 6 Fazit

Anhand der erläuterten Unklarheiten bezüglich der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme fällt es sehr schwer, eine der Lösungen als besser oder sogar richtig zu deklarieren. Vielmehr lassen sich bei jeglichen Differenzierungsversuchen positiv und negativ begründende Argumente finden. Wie

---

<sup>62</sup> SCHWAB, Diss., 63 ff.; BSK StGB-SEELMANN, Art. 11 StGB, N 72; vgl. Ausführungen unter Punkt 4 dieser Arbeit.

<sup>63</sup> SCHWAB, Diss. 187.

auch von Hans-Jörg Schwab erwähnt, schliessen sich die verschiedenen Ansichten teilweise gegenseitig aus, was eine Entscheidung für oder gegen einen bestimmten Lösungsansatz noch weiter erschwert.<sup>64</sup> Dazu kommt, dass sich die deutschsprachige Lehre bisher mit dem Thema nicht sehr eingehend auseinandergesetzt hat. Nur wenige, mehrheitlich Autoren aus Deutschland, sind genauer auf die Abgrenzungsproblematik eingegangen. Stellvertretend dazu führen Stefan Trechsel und Peter Noll am Schluss ihres knapp einseitigen Textteils zum genannten Thema an: «*Wiederum versteigern wir uns in reichlich realitätsferne Gegenden.*»<sup>65</sup>

Auch deshalb, weil er sich sehr präzise mit der gesamten Problematik auseinandergesetzt hat, scheint Hans-Jörg Schwabs Methode zwischen Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten abzugrenzen, als am lückenlosesten.<sup>66</sup> Dies auch insofern, als dass er sich grundsätzlich direkt auf das Gesetz stützt. Zusätzlich zeigt er sehr schön auf, dass in fast allen der von ihm genauer beschriebenen Ansichten eine wertende Betrachtung in der Art, in der er sie durchführt, vorgenommen wird.

Zum Schluss ist dennoch klarzustellen, dass es sich auch bei dieser Begründung nicht um eine abschliessende Lösung des Abgrenzungsproblems und somit der Strafmassfrage handeln kann. In der Praxis werden wohl – jedenfalls solange das Gesetz nicht entsprechend ergänzt wird<sup>67</sup> – anhand von konkreten Fallkonstellationen und Beteiligungshandlungen Urteile gefunden werden müssen, welche nicht immer mit den gleichen Abgrenzungskriterien begründet werden können. Zusammenfassend scheint es dagegen nicht abwegig, bei solchen, sehr unterschiedlich vorstellbaren Situationen und Gegebenheiten, der Rechtsprechung gewisse Entscheidungsfreiheiten einzuräumen, um angemessene Beurteilungen sicher stellen zu können.

---

<sup>64</sup> SCHWAB, Diss., 187; vgl. Zitat unter Punkt 5 dieser Arbeit.

<sup>65</sup> TRECHSEL/NOLL, 263.

<sup>66</sup> SCHWAB, Diss., 189 ff.; vgl. Ausführungen unter Punkt 4.5 dieser Arbeit.

<sup>67</sup> SCHWAB, Diss., 227.

## IV. Selbständigkeitserklärung

*«Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe r des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 69 des Statuts der Universität Bern vom 7. Juni 2011 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist. Für die Zwecke der Begutachtung und der Überprüfung der Einhaltung der Selbständigkeitserklärung bzw. der Reglemente betreffend Plagiate erteile ich der Universität Bern das Recht, die dazu erforderlichen Personendaten zu bearbeiten und Nutzungshandlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftliche Arbeit zu vervielfältigen und dauerhaft in einer Datenbank zu speichern sowie diese zur Überprüfung von Arbeiten Dritter zu verwenden oder hierzu zur Verfügung zu stellen.»<sup>68</sup>*

Langenthal, 3. Juni 2017



Alain Sommer

---

<sup>68</sup> Art. 42 Abs. 2 Reglement über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 21. Juni 2007 mit Änderungen vom 14. Mai 2009 und vom 22. Mai 2014 (Studienreglement RW [RSL RW]).