

1. Sachverhalt¹

Die Freunde A und B fahren in getrennten Fahrzeugen hintereinander durch eine schmale Straße. An einer Kreuzung übersieht der vorausfahrende A den vorfahrtsberechtigten Fahrradfahrer C, den er mit seinem Fahrzeug erfasst. C erleidet durch den Zusammenstoß schwerwiegende Verletzungen. Der hinterherfahrende B passiert die Unfallstelle und erkennt, dass A den C erfasst und schwer verletzt hat. Dennoch setzt B seine Fahrt fort. A steigt am Unfallort aus seinem Fahrzeug aus und begibt sich zu C. Er hält es für möglich, dass C noch lebt und gerettet werden kann. Dennoch beschließt er, ohne mögliche Rettungsmaßnahmen einzuleiten, vom Unfallort zu flüchten, da er befürchtet, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden. Das Versterben des C nimmt A dabei billigend in Kauf. Da es ihm nicht gelingt mit seinem Fahrzeug wegzufahren, ruft A seinen Freund B auf dem Mobiltelefon an und bittet ihn um Abschlepphilfe. Dem kommt B nach. B ist hierbei bewusst, dass A keine Rettungsmaßnahmen einleiten will, um nicht bestraft zu werden. Auch B geht davon aus, dass das Unfallopfer möglicherweise noch gerettet werden kann, nimmt aber dessen Versterben ebenfalls billigend in Kauf. C verstirbt daraufhin mangels eingeleiteter Rettungsmaßnahmen noch am Unfallort.

September 2021

Garant(iert) besonders persönliche-Fall

Besondere persönliche Merkmale / tat- und täterbezogene Merkmale / Garantstellung aus Ingerenz

§§ 28 Abs. 1, 13 StGB

famos-Leitsätze:

1. Die Garantstellung aus Ingerenz stellt ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB dar.
2. Sie ist in der Person des Garanten verankert und kennzeichnet somit die Persönlichkeit des Unterlassungstäters.

BGH, Beschluss vom 24. März 2021 – 4 StR 416/20; veröffentlicht in NJW 2021, 1767.

Das LG verurteilt B wegen Beihilfe zum Mord durch Unterlassen gem. §§ 211, 13 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB². Gegen den Beschluss legt B Revision zum BGH ein. Er rügt, dass das LG eine Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 mangels Vorliegens des besonderen persönlichen Merkmals der Garantstellung aus Ingerenz nicht in Betracht gezogen hat.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Kernfrage des dargestellten Falles ist, ob bei dem von A begangenen Mord³ durch Unterlassen die Garantstellung aus Ingerenz ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 darstellt. Dieser Frage kommt eine relevante Bedeutung zu, da die Garantstellung aus Ingerenz beim

¹ Der Sachverhalt wurde verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

² Normen ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

³ Zu den weiteren Straftatbeständen vgl. *Kudlich*, JA 2021, 606.

Haupttäter A durch das Anfahren des C und der daraus resultierenden Todesgefahr vorliegt und beim Teilnehmer B fehlt. Sofern es sich bei dieser Garantenstellung um ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal handelt, käme B gem. § 28 Abs. 1 in den Genuss einer obligatorischen Strafmilderung nach Maßgabe des § 49 Abs. 1.⁴

Die Garantenstellung i.S.d. § 13 Abs. 1 beschreibt die Pflicht einer Person, gegen Rechtsgutsgefährdungen einzuschreiten.⁵ Sie besteht in der Sicherung einer Gefahrenquelle, sog. Überwachungsgarant, oder Hütung eines Rechtsguts, sog. Beschützergarant.⁶ Die Überwachungsgarantenstellung aus Ingerenz ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter durch sein Handeln die nahe Gefahr für den Eintritt schädlicher Erfolge geschaffen hat und deswegen verpflichtet ist, drohende Schäden zu verhindern.⁷

Entscheidend für die Anwendbarkeit von § 28 Abs. 1 ist zunächst die Frage, ob es sich bei der Garantenstellung aus Ingerenz um ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 handelt. § 28 Abs. 1 verweist auf § 14 Abs. 1, der eine Legaldefinition der besonderen persönlichen Merkmale beinhaltet. Dies sollen hiernach „besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände“ sein. Der Verweis ist jedoch missverständlich. Nach h.M. sollen von § 14 Abs. 1 nur den Täter objektiv kennzeichnende besondere persönliche Merkmale erfasst sein.⁸ Daher scheiden alle subjektiven besonderen persönlichen Merkmale aus, die jedoch auch in den Anwendungsbereich des § 28 Abs. 1 fallen.⁹ Somit kann für die Frage, was besondere

persönliche Merkmale i.S.d. § 28 Abs. 1 sind nicht einfach auf § 14 Abs. 1 rekurriert werden, da sie weiter als die besonderen persönlichen Merkmale i.S.d. § 14 Abs. 1 zu verstehen sind.

Um den Anwendungsbereich des § 28 zu erfassen, sind nach h.M. die täterbezogenen persönlichen Merkmalen, die als besondere persönliche Merkmale in den Anwendungsbereich des § 28 fallen können, von den tatbezogenen persönlichen Merkmalen, auf welche die Vorschrift keine Anwendung findet, abzugrenzen.¹⁰ Die Abgrenzung hängt nach st.Rspr. davon ab, ob das betreffende Merkmal hauptsächlich die Persönlichkeit des Täters oder die Tat kennzeichnet.¹¹ Um **tatbezogene persönliche Merkmale** handelt es sich, wenn diese der Charakterisierung der Tat dienen, indem sie eine besondere Gefährlichkeit des Täterverhaltens kennzeichnen,¹² oder die Ausführung des Delikts beschreiben.¹³ **Täterbezogene persönliche Merkmale** sind hingegen besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände, die in der Person des Täters oder in einer besonderen, an seine Person gebundenen Inpflichtnahme liegen und das Unrecht, die Schuld oder die Strafbarkeit mitbestimmen.¹⁴ Demzufolge gilt, dass besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28 immer täterbezogene persönliche Merkmale sein müssen. Nicht entschieden ist jedoch, ob täterbezogene persönliche Merkmale immer auch besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28 darstellen. So ist beispielsweise die Zueignungsabsicht des § 242 Abs. 1 ein täterbezogenes persönliches Merkmal, ob sie jedoch

⁴ Heine/Weißer, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 28 Rn. 24.

⁵ Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 13 Rn. 7.

⁶ Gaede, in NK, StGB, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 32.

⁷ Bosch, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 13 Rn. 32.

⁸ Kühl, in Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 14 Rn. 9 ff.; Perron/Eisele, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 14 Rn. 8.

⁹ Perron/Eisele, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 14 Rn. 8.

¹⁰ BGHSt 39, 326, 327 f.; 41, 1; 63, 282; Joecks/Scheinfeld, in MüKo, StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 28 Rn. 16.

¹¹ BGHSt 39, 326, 328; 41,1; 58, 115; 63, 282.

¹² BGHSt 8, 70, 72.

¹³ BGHSt 23, 103, 105; BGH NJW 1994, 271, 272.

¹⁴ Kudlich, in BeckOK, StGB, 49. Ed., Stand: 01.02.2021, § 28 Rn. 8.

ein besonderes persönliches Merkmal ist, ist fraglich.¹⁵

Für die Anwendbarkeit von § 28 Abs. 1 ist weiter entscheidend, ob das besondere persönliche Merkmal strafbegründend ist. Innerhalb der besonderen persönlichen Merkmale ist zwischen strafbegründenden Merkmalen gem. § 28 Abs. 1 und strafmodifizierenden Merkmalen gem. § 28 Abs. 2 zu unterscheiden. Ein Merkmal ist dann strafbegründend, wenn ohne dieses Merkmal der betroffene eigenständige Straftatbestand nicht mehr erfüllt wäre.¹⁶ Strafmodifizierend hingegen wirkt ein Merkmal dann, wenn auch ohne das Vorliegen dieses Merkmals ein Tatbestand erfüllt ist und sein Hinzutreten lediglich bewirkt, dass die Strafe nicht mehr dem für diesen ursprünglichen Straftatbestand gültigen Strafrahmen, sondern einem anderen entnommen werden soll.¹⁷ Die Garantenstellung ist der Kern des Tatbestandes von § 13 Abs. 1, ohne die eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassens nicht in Betracht kommt.¹⁸ Somit würde es sich bei der Garantenstellung um ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 handeln, sofern anzunehmen ist, dass sie überhaupt ein besonderes persönliches Merkmal darstellt.

Diese Einordnung ist jedoch umstritten. Der BGH hat bis dato die Frage, ob die Garantenstellung ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 ist, ausdrücklich offengelassen. Dennoch betont er, dass der Garant eines unechten Unterlassungsdelikts die Verantwortung zur Erfolgsabwendung trage und seine Haftung auf einer „vorstrafrechtlichen Sonderpflicht mit einem starken

persönlichen Einschlag beruhe“.¹⁹ Dies könnte als Tendenz dahingehend verstanden werden, dass es sich bei der Garantenstellung um eine ausschließlich der Person des Garanten anhaftende Pflicht handelt, die den Täter und weniger die Tat kennzeichnet und somit ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 darstellen kann.

Eine in der Lit. vertretene Ansicht hält die Garantenstellung i.S.d. § 13 Abs. 1 generell – und somit auch die aus Ingerenz – **für ein besonderes persönliches Merkmal** i.S.v. § 28 Abs. 1.²⁰ Als Begründung wird angeführt, dass die garantenspezifische Handlungspflicht eine besondere persönliche Pflichtenstellung im Hinblick auf die Erfolgsabwendung am gefährdeten Rechtsgut beschreibe, die in der Person des Täters verankert sei.²¹ Demnach wäre auch in unserem Fall die Garantenstellung aus Ingerenz des A ein besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 Abs. 1, welches bei B nicht vorliegt und somit seine Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern.

Eine andere in der Lit. vertretene Ansicht **lehnt hingegen die Anwendung des § 28 Abs. 1 auf die Garantenstellung ab**.²² Die Garantenstellung trete danach bei unechten Unterlassungsdelikten alternativ neben die Tatherrschaft durch aktives Tun und diene lediglich der Gleichstellung von positivem Tun und Unterlassen.²³ Weiter wird angeführt, dass das Gesetz den Teilnehmer – konkreter den Anstifter – an einer durch positives Tun begangenen Tat haupttättergleich bestraft und es daher unbillig erscheine den Anstifter zu einer Unterlassungstat nicht identisch zu bestrafen, weil man § 28 Abs. 1 anwendet.²⁴

¹⁵ Joecks/Scheinfeld, in MüKo (Fn. 10), § 28 Rn. 16.

¹⁶ Joecks/Scheinfeld, in MüKo (Fn. 10), § 28 Rn. 52.

¹⁷ Joecks/Scheinfeld, in MüKo (Fn. 10), § 28 Rn. 52.

¹⁸ Heger, in Lackner/Kühl (Fn. 8), § 13 Rn. 6.

¹⁹ BGHSt 41, 1.

²⁰ Heine/Weißer, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 28 Rn. 19; Hoyer, in SK, StGB, Bd. 1, 9. Aufl.

2017, § 28 Rn. 32 ff.; Rengier, Strafrecht AT, 12. Aufl. 2020, § 51 Rn. 9.

²¹ Heine/Weißer, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 28 Rn. 19.

²² Freund, in MüKo (Fn. 10), § 13 Rn. 263.

²³ Vgl. Freund, in MüKo (Fn. 10), § 13 Rn. 261 ff.; Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 8), § 28 Rn. 6; Schünemann, in LK, StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 28 Rn. 58.

²⁴ Freund, in MüKo (Fn. 10), § 13 Rn. 263.

Würde man dieser Ansicht folgen, so wäre die Garantenstellung aus Ingerenz des A kein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1, welches bei B fehlen könnte. Demnach würde die Strafe des B nicht nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

Eine weitere differenzierende Ansicht in der Lit. **unterscheidet zwischen der Stellung als Überwachungs- und Beschützergarant.**²⁵ Zumindest die Garantenstellung aus Ingerenz sei kein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1.²⁶ Die Überwachungspflicht des Garanten rühre lediglich aus dem gefahrschaffenden Vorverhalten des Täters, sie sei jedoch von seiner Person als solcher gänzlich losgelöst.²⁷ Die Garantenstellung aus Ingerenz könne bei jedermann kurz vor der Tat durch situative Umstände entstehen.²⁸ Sie sei nicht durch ein bestehendes Vertrauensverhältnis, wie die dauerhaft bestehende Garantenstellung des Beschützergaranten gekennzeichnet, die lediglich durch eine Gefahrensituation aktualisiert werde und ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 darstelle.²⁹ Nach dieser Ansicht würde die Garantenstellung aus Ingerenz des A kein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 darstellen. B würde somit wegen Beihilfe gleich wie der Täter A bestraft werden und ihm käme keine Strafmilderung gem. § 28 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 zugute.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH kommt zu der Erkenntnis, dass das LG die Strafe nach § 28 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 hätte mildern müssen und hebt infolgedessen den Strafausspruch auf.

Die Garantenstellung aus Ingerenz stelle ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 dar. Der Garant sei aufgrund

seines pflichtwidrigen Vorverhaltens zur Erfolgsabwendung verpflichtet. Diese Verpflichtung ist nach Ansicht des BGH eine Sonderpflicht mit persönlichem Einschlag. Die Pflicht bestehe also nicht bei jedermann, sondern nur bei demjenigen, der im Voraus bereits pflichtwidrig gehandelt und somit die Gefahr geschaffen hat. Folglich trage nur dieser die persönliche Verantwortung zur Abwendung des tatbestandlichen Erfolges. Deshalb sei die Garantenstellung aus Ingerenz ausschließlich in der Person des Garanten verankert und kennzeichne somit die Persönlichkeit des Unterlassungstäters. Der BGH bestätigt hiermit die unter 2. genannte Ansicht der Lit., nach der die Garantenstellung aus Ingerenz ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB ist.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Probleme des § 28 sind regelmäßig, insbesondere im Zusammenhang mit der Teilnahme an Tötungsdelikten, Gegenstand von Klausuren. Wie in diesem Fall, gibt es häufig die Konstellation, dass der Täter ein täterbezogenes Mordmerkmal und damit ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 aufweist und dieses beim Teilnehmer fehlt. In unserem Fall handelte der Täter A mit Verdeckungsabsicht, während diese beim Teilnehmer B fehlte. Bevor man sich mit der Frage beschäftigt, welche Auswirkungen § 28 auf eine solche Fallkonstellation hat, sollte man sich zunächst mit dem Grundgedanken sowie der Systematik dieser Vorschrift vertraut machen. § 28 lockert die streng akzessorische Bestrafung des Teilnehmers gegenüber dem Täter, indem die Rechtsfolgen der §§ 26, 27 eingeschränkt werden. Ziel dieser Lockerung ist es, eine individuell gerechtere Ahndung der Tat

²⁵ Herzberg, GA 1991, 146, 161 ff.; Otto, Gössel-FS, 2003, S. 99, 109 ff.

²⁶ Herzberg, GA 1991, 146, 161 ff.; vgl. eingehender dazu Otto, Gössel-FS, 2003, S. 99, 109 ff.; Renzikowski, in Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT, Teilbd. 2, 8. Aufl. 2014, § 53 Rn. 74;

Valerius, Jura 2013, 15, 19, auch str. bzgl. Beschützergarant.

²⁷ Valerius, Jura 2013, 15, 19.

²⁸ Vgl. Valerius, Jura 2013, 15, 19.

²⁹ Herzberg, GA 1991, 146, 161 ff.; Otto, Jura 2004, 469, 473.

herbeizuführen, indem bei jedem Beteiligten nur der eigene Unrechtsgehalt berücksichtigt wird, der in der Verwirklichung eines besonderen persönlichen Merkmals liegt.³⁰ Zu unterscheiden sind dabei die Strafrahmenverschiebung nach § 28 Abs. 1 und die Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2. Abs. 1 greift, wenn beim Teilnehmer besondere persönliche Merkmale, welche die Strafbarkeit des Täters begründen, fehlen. Er gilt somit nur für strafbegründende Merkmale und den Teilnehmer, nicht aber für den Täter. Abs. 2 regelt hingegen den Fall, dass beim Teilnehmer oder dem Täter (Abs. 2 lässt sich also sowohl auf Teilnehmer als auch Täter anwenden) besondere persönliche Merkmale vorliegen, welche „die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen“. Hierzu zählen insbesondere persönliche Qualifikationsmerkmale.³¹

Folglich ist für die Entscheidung, welcher Absatz bei dem Nichtvorhandensein von täterbezogenen Mordmerkmalen beim Teilnehmer einschlägig ist, der Meinungsstreit, ob es sich beim Mord um eine Qualifikation des Totschlags (Ansicht der Lit.)³² oder um ein eigenständiges Delikt (Ansicht des BGH)³³ handelt, von besonderer Relevanz.³⁴ Folgt man dem BGH und sieht den Mord als eigenständiges Delikt an, sind die täterbezogenen Mordmerkmale strafbegründend. Somit wendet man § 28 Abs. 1 an. Folgt man der Ansicht der Lit. und sieht den Mord als Qualifikation des Totschlags an, sind die täterbezogenen Mordmerkmale strafmodifizierend. Somit wird beim Nichtvorliegen von täterbezogenen Mordmerkmalen beim Teilnehmer dieser gem. § 28 Abs. 2 nur wegen Beteiligung an einem Totschlag bestraft.

Die Besonderheit des hier besprochenen Falles liegt nun darin, dass der Täter nicht nur das täterbezogene Mordmerkmal der

Verdeckungsabsicht aufwies, das beim Teilnehmer nicht vorlag, sondern zusätzlich eine Garantenstellung aus Ingerenz innehatte, die beim Teilnehmer fehlte. Der BGH hat entschieden, dass es sich bei der Garantenstellung aus Ingerenz um ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 handelt. Mit der unter 2. aufgeführten Begründung ließe sich dieses Ergebnis auch auf weitere Garantenstellungen übertragen. Es stellt sich daher die Frage, welche Auswirkungen die dargestellten Ansichten auf einen Unterlassungsmord haben, bei dem beim Teilnehmer das täterbezogene Mordmerkmal und die Garantenstellung fehlen.

Nach Ansicht der Lit. findet zunächst eine Tatbestandsverschiebung aufgrund des fehlenden Mordmerkmals nach § 28 Abs. 2 vom Mord zum Totschlag statt. Sodann muss wegen der fehlenden Garantenstellung die Strafe nach § 28 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 gemildert werden. Folgt man hingegen der Ansicht des BGH ist die Strafe zunächst wegen des Fehlens eines täterbezogenen Mordmerkmals beim Teilnehmer nach § 28 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 zu mildern. Eigentlich würde man vermuten, dass die Strafe wegen des Fehlens der Garantenstellung noch einmal nach § 28 Abs. 1 zu mildern sei. Hierzu führt der BGH jedoch in dem besprochenen Beschluss aus, dass **keine doppelte Strafmilderung** nach § 28 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 1 in Betracht kommt. Dies sei aus Gerechtigkeitsgründen nicht erforderlich. Das Fehlen mehrerer besonderer persönlicher Merkmale könne allerdings i.R.d. konkreten Strafzumessung des Teilnehmers berücksichtigt werden. Bei Anwendung der Literaturansicht steht der Teilnehmer daher deutlich besser da, wohingegen er nach der Lösung des BGH nur in den Genuss einer Strafmilderung kommt und somit die fehlende

³⁰ Valerius, Jura 2013, 15, 17.

³¹ Heine/Weiser, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 28 Rn. 23.

³² Schünemann, in LK (Fn. 23), § 28 Rn. 65; Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder (Fn. 4), vor § 211 Rn. 5.

³³ BGHSt 1, 368; 22, 375; 23, 39; 25, 287.

³⁴ Zur näheren Darstellung des Streits siehe: Beer, ZJS 2017, 536; [Marxen/Reschke, famos 04/2005, S. 5.](#)

Garantenstellung oder das fehlende Mordmerkmal nicht beachtet werden kann.

5. Kritik

Die Entscheidung des BGH, die Garantenstellung aus Ingerenz als ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 einzuordnen, ist im Ergebnis zu begrüßen.

Gegen diese Einordnung gibt es ein nachvollziehbares, im Ergebnis jedoch abzulehnendes Argument. So kann mit der oben dargestellten differenzierenden Ansicht eingewendet werden,³⁵ dass die Garantenstellung aus Ingerenz an eine bestimmte Situation vor der Unterlassungstat anknüpft, die der Täter nicht lediglich durch sein Dasein, sondern durch sein Handeln hervorruft. Allerdings ist das Vorverhalten des Täters nur ihm persönlich vorzuwerfen, womit seine Inpflichtnahme zur Erfolgsabwendung begründet wird.³⁶ Wäre diese Pflicht nicht an die Person, sondern an jedermann gerichtet, wäre eine Inpflichtnahme des Unterlassungstäters und somit eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts nicht anzunehmen. Dass es sich dabei um eine persönliche und nicht um eine jedermann treffende Pflicht handelt, kann auch durch die Herkunft der Garantenstellung aus Ingerenz begründet werden. Diese ist eine ursprünglich zivilrechtliche Pflicht, durch welche dem Schädiger eines Rechtsgutes kraft Deliktsrechts gem. § 823 BGB eine Schadensvermeidungs- oder Schadensminderungspflicht auferlegt wird.³⁷ Diese Pflicht trifft nur den Schädiger, der im Fall eines Schadens persönlich dafür haften muss.

Die in der Lit. vertretene Ansicht, wonach die Garantenstellung generell kein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 darstellt, da sie lediglich dazu diene, dem Unterlassen und dem aktiven Tun denselben

Strafrahmen zu verleihen,³⁸ ist abzulehnen. Dasselbe Strafmaß für eine durch Unterlassen begangene Straftat wird gerade durch die Garantenstellung gem. § 13 Abs. 1 begründet und ist von ihr abhängig. So erscheint es unbillig, demjenigen Teilnehmer, der keine Garantenstellung innehat, die des Haupttäters anzuhängen und ihn nach demselben Strafrahmen zu bestrafen. Vielmehr ist es richtig, die Akzessorietät in diesem Fall gem. § 28 Abs. 1 zu lockern und bei dem Teilnehmer, der keine Garantenstellung innehat, die Strafe zu mildern.

Zu begrüßen wäre jedoch, die Garantenstellung generell als ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 einzustufen. In unserem Fall hat der BGH die Garantenstellung aus Ingerenz, die auch an situative Umstände anknüpft, die der BGH jedoch als unbeachtlich erachtet, als ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 eingeordnet. Für eine Garantenstellung beispielsweise eines Beschützergaranten, dessen Pflichten auf weitaus persönlicheren Umständen beruhen, kann daher nichts anderes gelten. So ist es überzeugend, dass die Garantenstellung generell durch eine besondere Näheposition zum geschützten Rechtsgut gekennzeichnet ist.³⁹ Ein Teilnehmer, der zu einem unechten Unterlassungsdelikt anstiftet oder ein solches fördert, ist, sofern er nicht selbst eine Garantenstellung aufweist, immer in einer entfernteren Position zu dem geschützten Rechtsgut als der Haupttäter. Dieser wäre auch ohne das Vorliegen einer Garantenstellung gar nicht wegen eines unechten Unterlassungsdelikts zu bestrafen. Somit erscheint es sachgerecht, beim Teilnehmer, der keine Garantenstellung aufweist, die Akzessorietät zu lockern und die Strafe gem. §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 zu mildern.

(Justus Breuninger/Luca Mehring)

³⁵ Vgl. Freund, in MüKo (Fn. 10), § 13 Rn. 261 ff.; Kühl, in Lackner/Kühl (Fn. 8), § 28 Rn. 6; Schünemann, in LK (Fn. 23), § 28 Rn. 58.

³⁶ Heine/Weißer, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 28 Rn. 19.

³⁷ Puppe, in NK (Fn. 6), § 29 Rn. 72.

³⁸ Freund, in MüKo (Fn. 10), § 13 Rn. 263.

³⁹ Ceffinato, NStZ 2021, 65, 69.