

Strafgesetzbuch

Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch — StGB, BGBl 1974/60) idF:

BGBl 1982/205; BGBl 1984/295; BGBl 1987/605; BGBl 1988/398 (DFB, Druckfehlerberichtigung); BGBl 1988/599; BGBl 1989/242; BGBl 1989/243; BGBl 1991/30a; BGBl 1991/628; BGBl 1993/527; BGBl 1993/570; BGBl 1994/622; BGBl 1996/762; BGBl I 1997/12; BGBl I 1997/105; BGBl I 1997/112; BGBl I 1997/131; BGBl I 1998/153; BGBl I 2000/34; BGBl I 2000/58; BGBl I 2001/19; BGBl I 2001/130; BGBl I 2002/62; BGBl I 2002/101; BGBl I 2002/134; BGBl I 2004/15; BGBl I 2004/136; BGBl I 2004/152; BGBl I 2005/68; BGBl I 2006/56; BGBl I 2007/93; BGBl I 2007/109; BGBl I 2007/112; BGBl I 2009/40; BGBl I 2009/52; BGBl I 2009/98; BGBl I 2009/135; BGBl I 2009/142; BGBl I 2010/38; BGBl I 2010/58; BGBl I 2010/108; BGBl I 2010/111; BGBl I 2011/66; BGBl I 2011/103; BGBl I 2011/130; BGBl I 2012/12; BGBl I 2012/61; BGBl I 2012/111; BGBl I 2012/120; BGBl I 2013/25 (VfGH); BGBl I 2013/116; BGBl I 2013/134; BGBl I 2014/101; BGBl I 2014/106; BGBl I 2015/112; BGBl I 2015/113; BGBl I 2015/154; BGBl I 2017/117.

ALLGEMEINER TEIL

Erster Abschnitt

Allgemeine Bestimmungen

Keine Strafe ohne Gesetz

§ 1. (1) Eine Strafe oder eine vorbeugende Maßnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die unter eine ausdrückliche gesetzliche Strafdrohung fällt und schon zur Zeit ihrer Begehung mit Strafe bedroht war.

(2) Eine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe darf nicht verhängt werden. Eine vorbeugende Maßnahme darf nur angeordnet werden, wenn zur Zeit der Begehung diese vorbeugende Maßnahme oder eine der Art nach vergleichbare Strafe oder vorbeugende Maßnahme vorgesehen war. Durch die Anordnung einer bloß der Art nach vergleichbaren vorbeugenden Maßnahme darf

der Täter keiner ungünstigeren Behandlung unterworfen werden, als sie nach dem zur Zeit der Tat geltenden Gesetz zulässig war.

(BGBl 1974/60)

Literatur: *Bydlinski* Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005); *Durl* Zur Verjährung und zum Dogma der Unbeachtlichkeit von Zwischengesetzen im Strafrecht, RZ 2005, 242, 270; *ders* Bemerkungen zum Rückwirkungsverbot im Strafrecht, ÖJZ 2005, 499; *ders* Strafaufhebungsgrund – aber kein Rückwirkungsverbot?, AnwBl 2009, 314; *ders* Keine Rückwirkung günstigeren Verjährungsrechts bei „rechtzeitiger“ Hemmung der Verjährung?, JBl 2011, 91; *Friedrich* Zum Legalitätsprinzip im StGB und seinem Niederschlag in der Rechtsprechung, ÖJZ 1980, 57; *Höpfel* Zu Sinn und Reichweite des sogenannten Analogieverbots, JBl 1979, 505, 575; *Lewisch* Verfassung und Strafrecht (1993); *Marschall* Die Strafrechtsauslegung im wissenschaftlichen Meinungsstreit von Theorie und Praxis, ÖJZ 1977, 9; *Reindl* Ist § 91 UrhG ausreichend bestimmt?, ÖJZ 2007/14; *Rosbaud* Ist die Missachtung einer nachträglichen Entflechtungsmaßnahme nach § 142 KartG strafbar? Zur Zulässigkeit der „berichtigenden Auslegung“ im Strafrecht, JBl 2005, 158; *Sautner* Ordre public aus der Perspektive des Strafrechts, RZ 2012, 222; *Schick* Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, in: *Walter-FS* (1991), 625; *Schmidt* Authentische Interpretation und Verfassung, ÖJZ 1987, 428; *R Seiler* Die zeitliche Geltung von Strafgesetzen, *Platzgummer-FS* (1995), 39.

I. Gesetzssystematik

- 1 Das StGB hat den materiellen Teil des Strafrechts zum Inhalt. Es ist unterteilt in einen Allgemeinen Teil (§§ 1 – 74) und einen Besonderen Teil (§§ 75 – 321).

II. Gesetzlichkeitsprinzip

- 2 Das Strafrecht basiert auf dem Prinzip, dass nur jenes Verhalten strafbar ist, welches vom Strafgesetz ausdrücklich unter gerichtliche Sanktion gestellt wurde. Darin dokumentiert sich der Grundsatz „nullum crimen sine lege“, welcher in § 1 ausdrücklich verankert ist. Für Fälle, die den im Gesetz geregelten nur ähnlich sind, besteht keine gesetzlich normierte Strafbarkeit. Das Gesetzlichkeitsprinzip verbietet eine analoge Anwendung von Strafbestimmungen (**Analogieverbot**). Dieser Grundsatz ist auch in **Art 7 EMRK** verankert¹. Damit ist die Herrschaft der *lex scripta* klargestellt und jede Bildung von Straftatbeständen durch Gewohnheitsrecht oder Rechtsüberzeugung ausgeschlossen.

¹ Dazu *Höpfel* WK-StGB² § 1 Rz 3; *E.Steiner* SbgK § 1 Rz 9.

Zulässig ist eine **Analogie zu Gunsten des Beschuldigten** („in bonam partem“)². Grundvoraussetzung für eine analoge Gesetzesanwendung ist immer eine unbeabsichtigte Lücke im Gesetz³. Wird im Gesetz eine Ausnahme normiert, gilt der Grundsatz, dass eine solche **Ausnahme eng auszulegen** ist⁴. Auch privilegierende Normen verlangen eine restriktive Auslegung⁵.

Das StGB geht von einem **Tatstrafrecht** aus. Es werden nur bestimmte Verhaltensweisen für strafbar erklärt, nicht aber eine möglicherweise ablehnungswürdige Gesinnung. Die Handlung oder das Unterlassen eines Menschen ist das auslösende Moment für eine Bestrafung. Ein **vertraglicher Ausschluss** oder eine **Übertragung strafgesetzlicher Verantwortung** ist **nicht möglich**⁶.

III. Rückwirkungsverbot

Der Grundsatz „nullum crimen sine lege“ bedarf einer Ergänzung. Dem Gesetzgeber muss es untersagt sein, eine Verhaltensweise nachträglich unter Strafsanktion zu stellen, weil er sie mittlerweile für strafwürdig hält (Anlassgesetzgebung). Damit würde die für den Täter wichtige Garantiefunktion des Gesetzes ausgeschaltet werden.

§ 1 Abs 1 betont daher, dass eine **Strafe** oder Maßnahme **nur wegen einer Tat** verhängt werden darf, die **schon zum Tatzeitpunkt mit Strafe bedroht war**. Dieses Rückwirkungsverbot bedeutet, dass niemand für eine Verhaltensweise bestraft werden darf, welche im Zeitpunkt der Begehung noch straffrei war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit ihrer Begehung angedrohte Strafe verhängt werden (§ 1 Abs 2).

§ 1 Abs 1 bezieht sich nur auf den Zeitpunkt des Schuldspruchs. Nach Rechtskraft des Schuldspruchs sind spätere Gesetzesänderungen selbst dann irrelevant, wenn das Gesetz zu Gunsten des Verurteilten geändert wurde⁷. Wenn eine Strafbestimmung aufgehoben wird, müssen daher nicht alle bis dahin rechtskräftig nach dieser Bestimmung Verurteilten im Zuge einer Wiederaufnahme nachträglich freigesprochen werden⁸.

² OGH 12 Os 169/77 EvBl 1978/71; OGH 10 Os 155/80 JBl 1981, 492; OGH 11 Os 97/98 SSt 63/32; *Fabrizy* StGB¹² § 1 Rz 6.

³ OGH 11 Os 97/98 RZ 1999/33.

⁴ OGH 10 Os 47/77 SSt 48/35; OGH 10 Os 8/80, 74/81 EvBl 1981/228; OGH 12 Os 169/84 JBl 1985, 564; OGH 15 Os 161/95 EvBl 1996/68.

⁵ OGH 13 Os 133, 134/84 SSt 55/63.

⁶ OGH 12 Os 69/88 SSt 59/72.

⁷ OGH verst Senat 11 Os 95/02 EvBl 2003/182.

⁸ OGH verst Senat 11 Os 95/02 RZ 2004/12.

- 8 Mit § 1 korrespondiert § 61, wonach ein Strafgesetz nur auf Taten Anwendung finden darf, welche nach Inkrafttreten des Gesetzes begangen worden sind. **Maßgebend** ist jener **Zeitpunkt**, zu dem der **Täter handelte oder es unterließ**, seiner Handlungspflicht nachzukommen. Es kommt **nicht** darauf an, wann der **Erfolg** eintrat. Bei der Wahl eines bestimmten Verhaltens kann für den Täter nämlich nur jene Norm relevant sein, die zum Zeitpunkt in Geltung ist, zu dem er sich für ein bestimmtes Tun oder Unterlassen entschließt. Bei **Dauerdelikten** kommt es darauf an, ob das Verhalten des Täters in den Zeitraum der Geltung der Verbotsnorm hineinreicht. Auch eine objektive Bedingung der Strafbarkeit muss im Zeitpunkt der Tat vorliegen⁹.
- 9 Das **Rückwirkungsverbot** gilt **nicht** in Bezug auf die **Rechtsprechung**¹⁰. Das Vertrauen in eine einhellige Judikatur ist nicht geschützt. Bei einer Änderung der herrschenden Rsp wird jedoch zumindest das Vorliegen eines entschuldbaren Rechtsirrtums zu prüfen sein (§ 9 Abs 2).
- 10 § 1 steht **nicht im Verfassungsrang**, sondern auf einfachgesetzlicher Ebene. Allerdings kommt **Art 7 Abs 1 EMRK** Verfassungsrang zu, der ebenfalls betont, dass jemand nur wegen einer Handlung verurteilt werden darf, die zur Zeit ihrer Begehung nach inländischem oder internationalem Recht strafbar erklärt war und dass auch für die Höhe der Strafe der Tatzeitpunkt maßgebend ist.
- 11 **Art 7 Abs 2 EMRK** nimmt jedoch eine grundlegende Einschränkung des oben genannten Prinzips vor: Danach soll die Verurteilung von Personen zulässig sein, die zwar zur Tatzeit nicht gegen eine positive Verbotsnorm des inländischen Strafgesetzes verstießen, sich aber einer Tat schuldig gemacht haben, welche bereits im Zeitpunkt ihrer Begehung nach den von den **zivilisierten Völkern** allgemein **anerkannten Rechtsgrundsätzen** als strafbar angesehen wurde. In solchen Fälle dürfte eine später geschaffene inländische Verbotsnorm doch belastend zurückwirken. Diese Regelung der EMRK wurde angesichts der Erfahrungen aus dem Zweiten Weltkrieg statuiert¹¹.

IV. Günstigkeitsvergleich

- 12 Ein neues Gesetz darf dann zurückwirken, wenn die Rechtslage nach dem zur Tatzeit geltenden alten Recht für den Täter insgesamt nicht

⁹ OGH 14 Os 5/89 JBl 1989, 596.

¹⁰ OGH 1 Ob 212/97a JBl 1998, 241.

¹¹ Nürnberg-Klausel, *Fuchs* AT I⁹ Kap 4 Rz 39.

günstiger war (§ 61). Diese Einschränkung konnte getroffen werden, weil das Rückwirkungsverbot des § 1 als Schutz für den Täter zu verstehen ist. Ist das neue Recht milder oder ist es nur nicht strenger, hat es auch auf Taten Anwendung zu finden, welche zur Zeit der Geltung des alten Rechts begangen wurden¹². Welches Gesetz günstiger ist, muss nach seiner Anwendung im konkreten Fall beurteilt werden. § 61 stellt auf die **Gesamtauswirkung** eines Gesetzes ab¹³.

Während nach § 1 Abs 2 keine schwerere Strafe als die zur Tatzeit angeordnete verhängt werden darf, wird bei vorbeugenden Maßnahmen, die erst durch eine neue Rechtslage eingeführt wurden, danach differenziert, ob die neu eingeführte **Maßnahme** ihrer Art nach mit einer Strafe oder Maßnahme des alten Rechts vergleichbar ist oder nicht. Nur im ersten Fall darf die neue Maßnahme verhängt werden, jedoch darf der Täter dabei keiner ungünstigeren Behandlung unterzogen werden, als dies nach dem alten Recht der Fall gewesen wäre. War die Anlasstat zum Tatzeitpunkt gar nicht strafbar, darf auch keine vorbeugende Maßnahme nach dem neuen Recht für das nunmehr strafbar erklärte Verhalten verhängt werden. Eine Ausdehnung des Rückwirkungsverbots auf vorbeugende Maßnahmen war notwendig, da vorbeugende Maßnahmen in ihrer freiheitsbeschränkenden Wirkung große Ähnlichkeit mit einer Strafe aufweisen. Durch die zum Teil unbestimmte Dauer eines Maßnahmenvollzuges kann diese sogar viel schwerer wiegen als eine zeitlich begrenzte Freiheitsstrafe.

V. Bestimmtheitsgrundsatz

Die Forderung, dass strafrechtliche Verbote nur dem geschriebenen Recht zu entnehmen sind, bietet noch keine hinreichende Rechtssicherheit. **Rechtssicherheit** hängt insbesondere von der **Art der Gesetzesfassung** ab. Eine positive Norm, welche für die Beschreibung eines als verboten erklärten Verhaltens nur vage Formulierungen enthält, ist der Rechtssicherheit abträglich. Daher hat neben die Forderung nach einem geschriebenen Verbot auch noch die Forderung nach Bestimmtheit des Verbots zu treten. Wengleich der Bestimmtheitsgrundsatz **nicht ausdrücklich** in § 1 gesetzlich festgelegt ist, wird er von Art 7 MRK eingeschlossen¹⁴. Die Bestimmtheit und damit die Rechtssicherheit hängen

¹² OGH 11 Os 83/75 EvBl 1976/122.

¹³ OGH 14 Os 127/89 RZ 1990/95; *E.Steiner* SbgK § 1 Rz 15; vgl Ausführungen zu § 61 Rz 7ff.

¹⁴ VfGH 13.12.1991, G 280, 281/91, G 325/91 JBl 1992, 372.

vom Grad der Genauigkeit ab, mit dem das Gesetz zum Ausdruck bringt, was verboten ist. Ein Tatbestand muss immer sämtliche den Unrechtsgehalt einer Deliktsart mitbestimmende Merkmale enthalten und kann mithin nur „geschlossen“ gedacht werden¹⁵.

- 15 Ein Korrektiv für Fälle, in denen es am Bestimmtheitserfordernis mangelt, findet die Rechtspraxis in der Irrtumsregelung des § 9. Damit kann jedoch bloß der Beschuldigte vor Schaden bewahrt werden. Die Bedenken gegen die davon betroffene Bestimmung bleiben bestehen.

VI. Gesetzesauslegung

- 16 **Wortlautinterpretation:** Im Vordergrund steht immer die Wortlautinterpretation. Sie geht rein von der Sprache, der Bedeutung der einzelnen Worte und ihrem Zusammenhang aus und will so die Reichweite und Bedeutung einer Gesetzesbestimmung einzig aufgrund ihres Wortlauts bestimmen. Der Wortsinn bildet immer die **äußerste Grenze der zulässigen Interpretation einer Strafbestimmung**¹⁶.
- 17 Es lässt sich natürlich kaum verhindern, dass die Begriffe, die ein Gesetz verwendet, regelmäßig in größerem oder geringerem Ausmaß mehrdeutig sind. Dies gilt in erster Linie für normative Begriffe, aber auch für deskriptive Begriffe. Dennoch wird jede sprachlich mögliche Interpretation einer Strafbestimmung als zulässige Auslegung anzusehen sein. Nur eine extensive Auslegung, die über den allgemeinen Sprachgebrauch hinausgeht, ist unzulässig. Der Anwendungsbereich einer Strafbestimmung darf nicht im Wege der Interpretation über den reinen Wortlaut hinaus ausgedehnt werden. Verhaltensweisen, die unter den Wortlaut einer Strafbestimmung nicht subsumierbar sind, sondern nur Ähnlichkeiten mit den vom Tatbestand erfassten Verhaltensweisen aufweisen, sind nicht strafbar. Eine analoge Anwendung von Strafbestimmungen auch auf ähnliche Fälle würde gegen das Gesetzlichkeitsprinzip des § 1 verstoßen (**Analogieverbot**).
- 18 **Systematische Interpretation:** Die Wortlautinterpretation kann eine Unterstützung in der systematischen Interpretationsmethode finden. Dabei wird versucht, den Bedeutungsgehalt einer Norm auch aus ihrer Stellung im Gesetz und im Zusammenhang mit anderen Normen zu eruieren (zB Verfassungsnormen, gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen)¹⁷.

¹⁵ OGH 11 Os 109/96 JBl 1998, 328.

¹⁶ OGH 15 Os 71/90 RZ 1991/4; *Steininger* AT I² Kap 3 Rz 10.

¹⁷ *Höpfel* WK-StGB² § 1 Rz 47.

Historische Interpretation: Wertvolle Dienste bei der Beurteilung des Bedeutungsgehalts einer Norm leistet die historische Interpretationsmethode, welche auf die Entstehung des Gesetzes bzw einzelner Bestimmungen zurückblickt. Dabei werden Gesetzesentwürfe, Erläuterungen zu Regierungsvorlagen, Berichte von Ausschussberatungen (zB Justizausschussbericht) für die Interpretation herangezogen. Diese sog Gesetzesmaterialien leisten wertvolle Dienste, wenn die verwendete Ausdrucksweise einer Gesetzesbestimmung Zweifel aufwirft. Gerade bei neuen Tatbeständen wird die Bedeutung, welche der Gesetzgeber einer Norm geben wollte, besonders relevant sein. **Gesetzesmaterialien** sind jedoch **nicht** als Rechtsquellen oder als **authentische Interpretation** anzusehen¹⁸. Sie leisten nur Unterstützung bei der Interpretation des Wortlauts. Die Gesetzesmaterialien verlieren ihre eigenständige Bedeutung als Interpretationsmittel, wenn sich der Sinn einer Gesetzesbestimmung bereits aus ihrem Wortlaut klar ergibt¹⁹.

Bei älteren Gesetzen bringt diese Vorgangsweise das Problem mit sich, dass sie zu einer Versteinerung der Auslegung einer Bestimmung führt, da der Wille des Gesetzgebers herangezogen wird, wie er sich im Zeitpunkt der Entstehung des Gesetzes dargestellt hatte. Auf diese Weise ist es nicht möglich, im Wege der Interpretation einer Norm auf gesellschaftliche oder sonstige Entwicklungen Rücksicht zu nehmen. **20**

Die äußerste Interpretationsgrenze bildet jedoch auch hierbei immer der Gesetzeswortlaut. Selbst wenn sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, dass der Gesetzgeber einer Norm eigentlich eine andere oder wesentlich weiter reichende Bedeutung zuschreiben wollte, als sich aus dem reinen Wortlaut erkennen lässt, ist allein der Gesetzeswortlaut maßgebend. **21**

Teleologische Interpretation: Bei unklarem Gesetzeswortlaut kommt vor allem der teleologischen Interpretationsmethode besondere Bedeutung zu. Der Blickwinkel richtet sich dabei auf den Zweck der Norm. Eine teleologische Interpretation kann zu einer Einschränkung des Anwendungsbereichs eines Tatbestands führen, wenn sonst Fälle eine Strafbarkeit nach sich ziehen würden, die nicht strafwürdig erscheinen²⁰. Der Zweck einer Norm ist nicht nur nach den Gesichtspunkten zu prüfen, welche im Zeitpunkt des Entstehens der Bestimmung maßgebend waren, sondern auch danach, welche Ziele der Gesetzgeber mit dieser Norm zum jetzigen Zeitpunkt verbunden hätte. Doch auch bei dieser In- **22**

¹⁸ OLG Wien 16 Bs 416/75 EvBl 1976/130.

¹⁹ OLG Linz 9 Bs 325/79 RZ 1980/51.

²⁰ OGH 10 Os 139/85 SSt 56/97.

interpretationsmethode gilt der Grundsatz, dass bei Strafbestimmungen dadurch nicht der Anwendungsbereich über den reinen Wortlaut hinaus ausgedehnt werden darf. Eine Interpretation darf nie im Widerspruch zum eigentlichen Gesetzeswortlaut stehen, selbst wenn man glaubt, damit einem vermeintlichen Gesetzeszweck gerecht zu werden.

Begehung durch Unterlassung

§ 2. Bedroht das Gesetz die Herbeiführung eines Erfolges mit Strafe, so ist auch strafbar, wer es unterläßt, ihn abzuwenden, obwohl er zufolge einer ihm im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung dazu verhalten ist und die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein Tun gleichzuhalten ist.

(BGBl 1974/60)

Literatur: *Bertel* Die Haftung des Beamten aus strafrechtlicher Sicht, ZfV 1986, 141; *Hinterhofer* Strafbarkeit infolge Nichteinhaltung wohnrechtlicher Verkehrssicherheitspflichten, immolex 2010, 109; *ders* Der untätige Compliance Officer: Strafbarer Beitrag durch Unterlassen? Zugleich Anmerkung zu BGH-Urteil 17.7.2009, 5 StR 394/08, ZfR 2010/62; *Huber* Die Haftung des Rektors einer Universität im Verwaltungsstrafrecht (mit Exkursen zum gerichtlichen Strafrecht und zum Zivilrecht), zfhr 2013, 106; *Karollus* Gedanken zur Stellung und zur straf- und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Sicherheitstechnikers (§ 21 ANSchG), ZAS 1989, 158; *Kienapfel* Die Garantenpflichten (§ 2 StGB): System, Voraussetzungen und Grenzen, JBl 1975, 13, 80; *ders* Zur Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, 197; *ders* Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, 281; *Medigovic* Unterlassung der Anzeige nach § 84 StPO – Amtsmissbrauch?, JBl 1992, 420; *Proske* Zur Gleichstellungsproblematik beim unechten Unterlassungsdelikt, in: *Wilburg-FS* (1975), 203; *Seist* Abschlußprüfer und Anzeigepflicht, RdW 1992, 72; *Wessely* Zur Anzeigepflicht der Gemeindeaufsichtsbehörden nach § 84 StPO, ZfV 1996, 815.

I. Allgemeines

- 1 Grundsätzlich kann sich niemand mit einem rein passiven Verhalten strafbar machen, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich das Nichthandeln als eigenes (echtes) Unterlassungsdelikt unter Strafe stellt. Das bloße Unterlassen einer Tätigkeit, welches einen unerwünschten Erfolg nach sich zieht, wird nur in Ausnahmefällen als rechtswidriges, strafbares Verhalten angesehen. Ein Untätigbleiben ist in diesem Fall einzig dann

strafbar, wenn den Täter eine spezielle Pflicht zur Abwendung dieses Erfolgs getroffen hat (Garantenstellung). Diese spezielle Pflicht muss sich aus § 2 ergeben. Erst in **Kombination mit § 2** werden die im StGB genannten **Erfolgsdelikte zu sog unechten Unterlassungsdelikten**. § 2 nimmt somit eine Ausdehnung der „Begehungs-Erfolgsdelikte“ auf Unterlassungen vor¹. Dem klaren Wortlaut nach ist § 2 nur auf Erfolgsdelikte anwendbar².

Zeichnet sich ein Tatverhalten durch eine Mischung von aktiven und passiven Verhaltensweisen aus, ist vorrangig von der aktiven Herbeiführung des Erfolges auszugehen („Primat des Tuns“)³. Dieser Grundsatz gilt natürlich nur unter der Voraussetzung, dass das Tun eine Gefahr herbeigeführt oder vergrößert hat, welche (mit)ursächlich für den Erfolg war. Das Tun muss den Unwert des Gesamtverhaltens vollständig erfassen⁴. In Fällen, in denen das aktive Tun für sich alleine betrachtet strafrechtlich nicht relevant wäre, könnte eine strafrechtliche Haftung nur auf das Unterlassen der Erfolgsabwendung gestützt werden. Dazu bedarf es dann des Nachweises einer Garantenstellung des Täters zur Erfolgsabwendung⁵. Das bloße Untätigbleiben indiziert in diesen Fällen noch nicht die Rechtswidrigkeit. Es müssen erst noch die zusätzlichen Kriterien des § 2 erfüllt sein, damit die Rechtswidrigkeit des Unterlassens angenommen werden kann.

II. Kausalität bei Unterlassungsdelikten

Hinsichtlich Kausalitätsfrage ist die „conditio sine qua non“-Formel zu modifizieren. Bei dieser Deliktsgruppe muss von einer Kausalität im rechtlichen Sinn zwischen dem Nichthandeln und einem Erfolg ausgegangen werden. Es ist zu prüfen, welche Auswirkungen es auf den Erfolg gehabt hätte, wenn jene **Handlung hinzugedacht würde**, welche man vom Unterlassenden zur Erfolgsabwendung erwartet hätte. In einem Strafverfahren muss mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit festgestellt werden können, dass der Erfolg bei Tätigwerden des Unterlassungstäters nicht eingetreten wäre⁶. Bleiben in diesem

¹ *Hilf*WK-StGB² § 2 Rz 38.

² OGH 17 Os 47/14m EvBl 2015/71.

³ OGH 15 Os 69/06w EvBl 2007/77.

⁴ OGH 14 Os 89/15t JBl 2016, 739 mA *Tipold*.

⁵ OGH 13 Os 109/85 SSt 57/1; OGH 15 Os 69/06w EvBl 2007/77; OGH 14 Os 89/15t JBl 2016, 739 mA *Tipold*.

⁶ OGH 10 Os 106/84 SSt 55/46; *Hilf*WK-StGB² § 2 Rz 56f; *E.Steiner*g SbgK § 2 Rz 20.

Punkt Zweifel bestehen, hat nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ ein Freispruch zu erfolgen. Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wird daher nur eintreten können, wenn eine denkbare und dem Garanten zumutbare Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Erfolg verhindert hätte.

- 4 Grundvoraussetzung für eine Strafbarkeit wegen Unterlassens ist immer, dass der Unterlassende eine tatsächliche Handlungsmöglichkeit besessen hat. Diese Beurteilung hat objektiv aus der Perspektive des Unterlassenden zu erfolgen. Dieser muss im Hinblick auf die konkreten Umstände nach seinen individuellen psychischen und physischen Fähigkeiten zum erforderlichen Handeln in der Lage gewesen sein⁷.

III. Garantenstellung

- 5 Bei einem unechten Unterlassungsdelikt kommt als (Unterlassungs)täter nur in Frage, wer als Garant verpflichtet ist, einen deliktsrelevanten Erfolg abzuwenden. Für die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges durch Unterlassen kann nur verantwortlich gemacht werden, wen aufgrund seiner Garantenstellung eine Garantenpflicht trifft.
- 6 Die Garantenstellung ist ein objektives Tatbestandsmerkmal⁸. Für die Annahme eines vorsätzlichen Unterlassens muss sich der Unterlassungstäter seiner Garantenstellung bewusst sein. Der **Vorsatz** des Täters muss sich auf die tatbestandsmäßige Situation und die sich daraus ergebende **Garantenstellung** erstrecken. Darüber hinaus muss der Täter bei vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikten mit dem Bewusstsein iSd § 5 untätig bleiben, dass die Möglichkeit bestünde, durch eine Handlung den Erfolg abzuwenden⁹. Erkennt der Unterlassende nicht, dass eine Rettungsmöglichkeit bestünde, kann ihm kein Unterlassungsvorsatz unterstellt werden¹⁰.
- 7 Die Frage, ob sich aus einer konkreten Situation auch eine Garantenpflicht ableitet, betrifft hingegen die Rechtswidrigkeit. Ein Irrtum in diesem Punkt ist nach § 9 zu beurteilen. § 2 spricht ganz allgemein davon, dass sich die **Garantenpflicht** „aus der **Rechtsordnung**“ ergeben muss. Bezugspunkt ist die gesamte Rechtsordnung¹¹. Mit dieser allge-

⁷ *Hilf*WK-StGB² § 2 Rz 46f; *E.Steining*er SbgK § 2 Rz 26.

⁸ OGH 11 Os 122, 123/89 EvBl 1990/106; *Hilf*WK-StGB² § 2 Rz 68; *E.Steining*er SbgK § 2 Rz 28.

⁹ OGH 11 Os 23/83 JBl 1983, 494.

¹⁰ *Hilf*WK-StGB² § 2 Rz 136.

¹¹ *E.Steining*er SbgK § 2 Rz 30.

mein gehaltenen Formulierung werden nicht nur ausdrückliche gesetzliche Rechtspflichten erfasst, sondern auch Pflichten, die sich aus Gesetzes- oder Rechtsanalogie ergeben¹². Eine Garantenstellung und die daraus abgeleitete Garantenpflicht kann durch **Gesetz, Vertrag** oder ein **vorangegangenes Tun, welches eine Gefahr für den Erfolgseintritt geschaffen hat (Ingerenz)** begründet werden. Sittliche oder moralische Verpflichtungen allein begründen noch keine Garantenpflicht und sind daher nicht von strafrechtlicher Relevanz¹³.

A. Gesetz

Ausdrückliche gesetzliche Garantenpflichten ergeben sich ua aus den Bestimmungen des Familienrechts: Ein Vater besitzt in Bezug auf seine minderjährige Tochter eine Garantenstellung (§ 137 ABGB). Die Garantenstellung geht auch mit der Volljährigkeit der Kinder nicht verloren, doch beschränken sich die Garantenpflichten dann nur mehr noch auf die Abwehr von existenziellen Gefährdungen¹⁴. Eine außereheliche, noch nicht festgestellte und auch nicht anerkannte Vaterschaft vermag keine Garantenstellung zu begründen. Die bloße biologische Vaterschaft und die damit gegebene enge natürliche Verbundenheit statuiert noch keine eigenständige Garantenpflicht¹⁵. Zwischen **Geschwistern** und **Lebensgefährten** besteht ebenfalls **keine gegenseitige gesetzliche Garantenstellung**¹⁶.

Ehegatten kommt hingegen gegenseitige Garantenstellung zu (§§ 44, 90 ABGB). Die aus dem bürgerlichen Recht resultierende Pflicht eines Ehegatten zur Hilfeleistung, um eine drohende Lebensgefahr vom Ehepartner abzuwenden, wird auch durch ein ehewidriges Verhalten des bedrohten Ehepartners nicht aufgehoben¹⁷. Die Beistandspflicht als Ehegatte begründet jedoch keine Verpflichtung, die Ehefrau vor einer im Rahmen ihrer dienstlichen Tätigkeit (eigenverantwortlich) übernommenen Gefahrensituation zu bewahren¹⁸.

Auch ein **Dienstgeber** hat die Pflicht, alle erforderlichen Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit eines jugendlichen Ferialpraktikanten zu treffen (§ 23 Abs 1a des Kinder- und

¹² *Fabrizy* StGB¹² § 2 Rz 2.

¹³ OGH 15 Os 69/06w EvBl 2007/77.

¹⁴ *Hilf*WK-StGB² § 2 Rz 86; *E.Steiningner* SbgK § 2 Rz 47.

¹⁵ OGH 15 Os 69/06w EvBl 2007/77; *Hilf*WK-StGB² § 2 Rz 71f.

¹⁶ *Fuchs* AT I⁹ Kap 37 Rz 48; *E.Steiningner* SbgK § 2 Rz 34.

¹⁷ OGH 12 Os 97/79 JBl 1980, 162.

¹⁸ VwGH 2010/03/0072 JusGuide 2011/18/2027.