

## B u c h r e z e n s i o n

**Jorge F. Perdomo-Torres**, Garantienpflichten aus Vertraulichkeit, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2006, 254 S., € 76,-

Für Delikte, die nach ihrer gesetzlichen Tatbestandsfassung nicht ohnehin nur durch eine Unterlassung verwirklicht werden können, trifft § 13 Abs. 1 StGB eine doppelte Regelung: Zum einen wird ausdrücklich klargestellt, dass auch solche Tatbestände, die ihrer Formulierung nach lediglich Begehungsdelikte zu betreffen scheinen, die Handlungsform schlichten Unterlassens mit zu umfassen vermögen. Die phänomenologische Differenz von Energieaufwand (aktives Tun) und Unterlassen bleibt dann für die *Bewertung* des fraglichen Sachverhalts grundsätzlich irrelevant. Zum anderen wird diese Gleichstellung jedoch auch an einige einschränkende Bedingungen geknüpft. Insbesondere muss der etwas Unterlassende „rechtlich dafür einzustehen“ haben, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt. Unter welchen Voraussetzungen aber nun jemand „rechtlich“ – genauer noch: strafrechtlich – das Ausbleiben eines tatbestandlichen Erfolges zu garantieren hat, lässt das Gesetz bekanntlich offen; die Entwicklung dogmatisch überzeugender und zugleich praktikabler Kriterien liegt damit in den Händen von Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft.

Die dort entwickelte Unterscheidung zwischen Überwachungs- und Schutzpflichten liefert zunächst nicht mehr als eine äußere Systematisierung von Fallgruppen, in denen Garantienverhältnisse im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB grundsätzlich anerkannt sind. Ob zu Recht und aus welchem Grunde, bleibt unbeantwortet.<sup>1</sup> Auf *Günther Jakobs* geht der Versuch einer gleichsam zweispurigen *materialen* Garantientheorie zurück: Neben die – gewissermaßen allgemeine – Zuständigkeit für den eigenen Organisationskreis treten besondere Verantwortlichkeiten aus bestimmten (scil. rechtlich anerkannten) „Institutionen“<sup>2</sup>. Die erstgenannte Zuständigkeit stellt schlicht die Kehrseite rechtlich zuerkannter Handlungs- und Organisationsfreiheit dar: Wer davon Gebrauch macht, muss dann eben auch zusehen, dass andere dadurch keinen Schaden erleiden. Diesem Verbot, den anderen in dem Seinen zu verletzen, entsprechen – das ist sozusagen die normentheoretische Pointe jener Theorie – auf der Ebene der strafrechtlichen Deliktsformen sowohl die *Verbote* hinter den Begehungsstatbeständen, als auch die *Gebote*, deren Missachtung die Handlungsform der (unechten) Unterlassungsdelikte darstellt.<sup>3</sup> Wer sich einen bissigen Hund hält, darf ihn nicht von der Leine lassen, wenn sich Passanten nähern; läuft das Tier bereits frei herum, muss er es wieder einfangen. Der technisch bedingte Unterschied in der jeweils geforderten Handlungsform ändert nichts am gemeinsamen Haftungs-

grund des Verletzungsverbots. Ebenso indifferent gegenüber der konkret geforderten Handlungsform ist auch die zweite Säule der *Jakobs'schen* Garantienlehre, die strafrechtliche Haftung wegen besonderer „institutioneller“ Verantwortlichkeit. Sie zielt nicht lediglich auf ein negativum („Nicht-Verletzen“), sondern verlangt dem Betreffenden eine positive Leistung ab: die Übernahme einer spezifischen Rolle (jenseits der Allerweltsrolle des „Nichtverletzers“), die Entfaltung von Fürsorge und Schutz. Strafrechtlich sanktioniert wird in diesen Fällen nicht das allgemeine „neminem laedere“ als Grundprinzip rechtlich geordneten Miteinanders, sondern jeweils eine darüber hinausgehende Sonderverpflichtung von freilich gleichem Rang. Solche besonderen Zuständigkeiten können sich aus bestimmten familiären Beziehungen, aber auch aus gewissen öffentlichen Ämtern ergeben; denkbar ist aber auch, dass jemand eine solche Zuständigkeit *freiwillig* übernommen hat und sie – das ist sozusagen der *clou* dabei – auch nicht mehr ohne weiteres wieder ablegen kann, weil er das von ihm mit der Übernahme beanspruchte „besondere Vertrauen“ auf Schutz und Hilfe eben auch einlösen muss.

All dies vorausgeschickt, lässt sich die bei *Günther Jakobs* entstandene Bonner Dissertation von *Jorge F. Perdomo-Torres* über „Garantienpflichten aus Vertraulichkeit“ leicht einordnen: Es handelt sich um nichts anderes als um eine (freilich theoretisch aufwändige und anspruchsvolle) Explikation der Institution „Vertraulichkeit“, die bei *Jakobs* noch „besonderes Vertrauen“ heißt.

Als Ausgangsfall dient *Perdomo-Torres* die bekannte Entscheidung BGHSt 48, 301 aus dem Jahre 2003: Die Angeklagte hatte es unterlassen, ihren Ehemann vor einem nach ihrer Kenntnis bevorstehenden körperlichen Angriff eines Dritten zu warnen bzw. diesen von seinem Vorhaben abzuhalten. In der Tat wurde der Ehemann hierauf von ihm „bis an die Grenze der Bewusstlosigkeit“ gewürgt und mit der Faust in den Magen geschlagen. Eine strafbare Beteiligung<sup>4</sup> der Ehefrau hieran setzt voraus, dass sie als Garantin für die Gesundheit und körperliche Unversehrtheit ihres Gatten zum Einschreiten verpflichtet war. Zweifelhaft war dies in casu aber deshalb, weil die hier üblicherweise als Garantienverhältnis angeführte eheliche Lebensgemeinschaft in tatsächlicher Hinsicht nicht mehr bestand; die Frau hatte sich nämlich etwa vier Wochen vor der Tat „von ihrem Ehemann getrennt und einem anderen Mann zugewandt“. Im Hinblick darauf hat sich der 3. *Strafsenat* des BGH gegen eine unmittelbare Verknüpfung der strafrechtlichen Einstandspflicht mit dem formalen Bestand einer Ehe (ggf. bis zum Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils) ausgesprochen und auf zahlreiche denkbare Lebensgestaltungen hingewiesen, in denen gleichwohl „keiner der beiden Ehegatten tatsächlich darauf *vertraute* oder auch nur Anlass hätte, darauf zu *vertrauen*, der andere Teil würde ihm zum Schutz seiner Rechtsgüter beistehen“<sup>5</sup>. Erkennt das Gericht hier anstelle der Ehe als solcher die mit ihr regelmäßig – aber eben nicht immer und auch

<sup>1</sup> Vgl. nur *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 22; *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 22.

<sup>2</sup> *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 29/26 ff.

<sup>3</sup> Instruktiv dazu *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 67 ff., 89 ff.

<sup>4</sup> Der BGH hält eine „Beihilfe durch Unterlassen“ – hier: zur gefährlichen Körperverletzung – grundsätzlich für möglich.

<sup>5</sup> BGHSt 48, 301 (305) – Hervorhebung A. P.

nicht gerade nur mit ihr – einhergehende besondere Vertrauensbeziehung als entscheidend für § 13 Abs. 1 StGB an?

Nachdem *Perdomo-Torres* zunächst das verschiedentliche Aufblitzen des „Vertrauensgedankens“ in der bisherigen Diskussion noch einmal zusammengefasst hat (S. 20 ff.), verschafft er seiner Untersuchung ein breit angelegtes Fundament, in dem sich neben verschiedenen systemtheoretischen und institutionentheoretischen Elementen vor allem die Rechts- und Staatsphilosophie *Hegels* verarbeitet findet (S. 67-136). Die damit erreichte Abstraktionshöhe erscheint angesichts der konkret zur Entscheidung anstehenden Sachprobleme bemerkenswert, rechtfertigt sich aber aus *Perdomo-Torres*' Anliegen, einer sich gleichsam von Fall zu Fall handelnden Kasuistik ein theoretisch geschlossenes Konzept entgegenzusetzen, das, wie gesagt, im wesentlichen auf den Fundamenten der *Jakobs*'schen Garantenlehre mit ihren beiden Pfeilern „Organisation“ und „Institution“ ruht. Wie vor dem schon *Jakobs*<sup>6</sup> lehnt es auch *Perdomo-Torres* ausdrücklich ab, der heutigen bürgerlich-rechtlichen Ehe den Charakter einer „Institution“ im eingangs referierten Sinne zuzuerkennen (S. 101 ff.), weil ihre Beendigung durch Scheidung – „wie von *Hegel* befürchtet“ – inzwischen nur allzu leicht möglich geworden sei; auch stelle die rechtliche Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Beziehungen (scil.: durch das LPartG) „das Vertrauen auf die Ehe per se in Frage“ (S. 102; weshalb dies so sein soll, bleibt allerdings unklar). Stattdessen sollen all diese Lebensgemeinschaften unabhängig von ihrem familienrechtlichen Status auf eine *andere* „Institution“ gestützt werden (die freilich – angesichts der schon von *Jakobs* notierten „individualistisch-hedonistischen“ Tendenzen – in ihrem Bestand nicht minder gefährdet sein dürfte als eine Ehe): eben die in diesen Gemeinschaften bestehende „Vertrautheit“, die die Beteiligten nicht nur in kognitiver, sondern auch in normativer Hinsicht zu der Erwartung berechtigt, der jeweils andere Teil werde die Gemeinschaft auch in schlechten Zeiten – nämlich dann, wenn den Rechtsgütern des einen Gefahr droht – Wirklichkeit werden lassen und sich zu ihrem Schutz bereit finden. Ihre spezifisch *rechtliche* Wurzel hat diese Erwartung im (als Rechtsprinzip allgemein anerkannten) Verbot, sich in Widerspruch zu seinem bisherigen Verhalten zu setzen (*venire contra factum proprium*).<sup>7</sup> Freilich kettet „Vertrautheit“ in diesem normativen Sinne die Beteiligten nicht für alle Ewigkeit als Garanten aneinander, sondern nur so lange, wie sie tatsächlich besteht und gelebt wird, und deshalb erscheint die Lösung des BGH im Ausgangsfall wohl auch aus Sicht der von *Perdomo-Torres* entfalteten Konzeption als im Ergebnis zutreffend. Auch in weiteren Fallgruppen – neben dem Eltern-Kind-Verhältnis und anderen familiären Beziehungen etwa auch besondere Gefahrengemeinschaften – liegen die Lösungen meist nicht allzu weit entfernt von denen der schon bisher herrschenden Auffassung. Abweichende Ergebnisse waren für den Wert (strafrechts-) wissenschaftlicher Beiträge frei-

lich noch nie ausschlaggebend. Die neue Sicht auf ein altbekanntes Problemfeld, die *Perdomo-Torres*' Monographie hier liefert, lohnt die Lektüre jedenfalls gewiss nicht nur für Rechtsphilosophen (seien sie nun, was auch immer das heißen mag, „Hegelianer“ oder nicht), sondern auch und gerade für Strafrechtsdogmatiker.

*Privatdozent Dr. Andreas Popp, M.A., Passau*

<sup>6</sup> *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 34.

<sup>7</sup> *Jakobs* (Fn. 6), S. 34 ff.