

Unterlassungsdelikte

I. Grundlagen

Ausgangspunkt jeder strafrechtlichen Prüfung ist die Handlung des Täters iS eines sozialerheblichen menschlichen Verhaltens. Neben dem positiven Tun gilt das Unterlassen als zweite Grundform einer strafrechtlich relevanten Handlung. Zwar ist umstr., ob ein Unterlassen sachlogisch überhaupt als Handlung verstanden werden kann, doch kann dies dahinstehen, weil auch das Nichteingreifen in einen Kausalverlauf trotz der Möglichkeit dazu aufgrund des einem positiven Tun (Eingriff in die Außenwelt) vergleichbaren sozialen Sinngehalts in gleicher Weise strafrechtlicher Bewertung zugänglich ist (*Lackner/Kühl* § 13 Rn. 2).

II. Echte und unechte Unterlassungsdelikte

Zu unterscheiden sind echte und unechte Unterlassungsdelikte. **Echte Unterlassungsdelikte** statuieren im gesetzlichen Tatbestand ein Unterlassen als Tathandlung; sie erschöpfen sich häufig (zB §§ 138, 323c I) in der Verletzung eines Handlungsgebots; ein über das Nichthandeln hinausgehender Erfolg wird bei ihnen tatbestandlich zumeist nicht vorausgesetzt. Allerdings enthalten auch einige Erfolgsdelikte echte Unterlassungsalternativen (zB § 123 I Alt. 2).

Unechte Unterlassungsdelikte bestehen darin, dass der Täter einen Erfolg nicht abwendet, der zum Tatbestand einer Strafnorm gehört und für dessen Nichteintritt er als Garant nach § 13 I StGB rechtlich einzustehen hat (*Ebert* AT S. 175). Hierfür kommt jedes Erfolgsdelikt in Betracht, bei dem das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch positives Tun entspricht (§ 13 I aE; zB Tötung durch Verhungernlassen [=Unterlassen], §§ 212, 13 I), aber auch im Grundsatz jedes Gefährdungsdelikt (so *BGHSt* 38, 325 für § 326 I). Elemente eines echten wie eines unechten Unterlassungsdelikts weist § 221 I Nr.2 auf, dessen Tathandlung (Imstichlassen) durch Tun wie Unterlassen verwirklicht werden kann und der mit der darin genannten Beistandspflicht die in § 13 für unechte Unterlassungsdelikte vorausgesetzte Garantienpflicht enthält.

Hinweis: Nicht selten ist in einem Fall sowohl eine Anknüpfung an positives Tun als auch an ein Unterlassen denkbar (zB Arzt A tötet Patient P, indem er den Schalter an der lebenserhaltenden Maschine ausschaltet); da aber das Begehungs- stets vor dem Unterlassungsdelikt geprüft werden muss, ist mit der „normalen“ Prüfung des Begehungsdelikts zu beginnen, innerhalb von dessen obj. Tb. Ist dann die Frage nach der strafrechtlichen Maßgeblichkeit eines positiven Tuns zu erörtern und – sofern diese verneint wird – das entsprechende Unterlassungsdelikt zu prüfen. Eine Vorprüfung, ob der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auf einem Tun oder Unterlassen liegt, ist daher unzulässig (und unnötig!).

Aufbauhinweis: Soweit ein Unterlassen als unechtes oder echtes Unterlassungsdelikt strafbar sein kann, wiegt regelmäßig das unechte Unterlassungsdelikt schwerer (vgl. die Strafrahmen z.B. von §§ 212, 223 einerseits und § 323c I andererseits). Schon deshalb ist es unbedingt geboten, eine denkbare Strafbarkeit wegen z. B. (ggf. auch nur versuchten) Totschlags durch Unterlassen (§§ 212, 13 bzw. §§ 212, 22, 13) vor der Unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c I) zu prüfen; wird das unechte Unterlassungsdelikt bejaht, tritt § 323c I mit Blick auf das gleiche Unterlassen als

subsidiär zurück und sollte deshalb – zB nach Bejahung von §§ 212, 13 – überhaupt nicht mehr erwähnt bzw. angeprüft werden!

III. § 323c I als Prototyp eines echten Unterlassungsdelikts

1. § 323c I-Aufbau (vgl. *Eisele*, BT I, Rn. 954 ff.)

a) Tatbestand

aa) obj.:

- Unglücksfall, gemeine Gefahr oder gemeine Not (= Notsituation)
- Keine Hilfeleistung (Tathandlung in Form einer Unterlassung)
- Hilfeleistung wäre gewesen
 - möglich
 - erforderlich und
 - zumutbar

bb) subj.: Mind. bed. Vorsatz bzgl. aller obj. Merkmale

b) RW

c) Schuld

2. Einzelheiten:

Zumeist geht es um die strafrechtliche Erfassung der Nichthilfeleistung eines Nichtgaranten (ansonsten z.B. §§ 212, 13) angesichts eines **Unglücksfalls**, d.h. – ex post betrachtet – eines plötzlich eintretenden Ereignisses, das eine erhebliche Gefahr für Menschen oder bedeutende Sachwerte mit sich bringt oder zu bringen droht (BGHSt 6, 147, 152). Realisiert der untätig bleibende Täter nicht, dass ein Unglücksfall vorliegt, fehlt ihm der für § 323c I erforderliche mind. bed. **Vorsatz**.

Als Unglücksfall gilt auch eine Straftat zum Nachteil des Opfers, selbst wenn der Handelnde sich auf Notwehr berufen kann (BGHSt 23, 327, 328); dann ist er zwar wegen § 32 nicht für die Verletzung (z.B. § 223) strafbar und unterliegt auch keiner Garantenstellung (weil § 13 für Ingerenz rechtswidriges Vorverhalten fordert, woran es angesichts der Rechtfertigung durch § 32 ja fehlt), so dass auch eine §§ 212, 13-Strafbarkeit für das Sterbenlassen des verletzten Opfers ausscheiden muss, doch bleibt eine Strafbarkeit wegen § 323c I.

Ein Unglücksfall liegt nach der h.M. auch vor bei einer freiverantwortlichen Selbsttötung, doch ist die Hilfeleistung in Fällen eines sog. Bilanzselbstmordes oder bei entgegenstehender Patientenverfügung für den Täter (z.B. Arzt, Angehörigen) entweder nicht erforderlich (weil der Hilfsbedürftige wirksam auf Hilfe verzichtet hat) oder zumindest nicht zumutbar.

Die Hilfeleistung muss – ex ante betrachtet! – **erforderlich** sein, d.h. zum Zeitpunkt der unterlassenen Hilfeleistung muss prognostisch gesehen der Schadenseintritt abgewendet, begrenzt oder zumindest abgemildert werden können. Stellt sich ex post (!) heraus, dass dies doch nicht möglich war, ändert das nichts an der bereits mit dem Untätigbleiben eingetretenen § 323c I-Strafbarkeit. Eingesetzt werden muss die ex ante gesehen wirksamste, dem Täter mögliche Hilfe (d.h. der Arzt kann mehr als ein Laie), doch entfällt die Erforderlichkeit, wenn bereits Dritte geeignete Hilfsmaßnahmen ergriffen haben oder wenn der Hilfsbedürftige auf Hilfe verzichtet.

Bereits auf Tatbestandsebene zu prüfen ist bei § 323c I (nicht bei den unechten Unterlassungsdelikten – dort erst auf Schuldebene!) die **Zumutbarkeit** der Hilfeleistung, die insbesondere (aber nicht nur!) entfällt bei eigener erheblicher Gefahr oder bei der Verletzung anderer wichtiger Pflichten (nicht unzumutbar ist das anonyme Rufen von Hilfe). Regelmäßig nicht ausreichend ist die Gefahr eine Strafverfolgung, wenn der Täter dem Opfer hilft.

IV. Aufbau des vorsätzlichen vollendeten unechten Unterlassungsdelikts

1. Tatbestand:

a) Objektiver Tatbestand:

- (1) **Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges**
- (2) **Unterlassung:** Der Täter muss die zur Erfolgsabwendung **objektiv gebotene**, d. h. geeignete und erforderliche, **Handlung** unterlassen haben. Ob ein Tun oder Unterlassen vorliegt, bestimmt die Rspr. nach dem „**Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit**“, die wohl hM in der Literatur hingegen danach, ob es an einem Energieeinsatz in eine bestimmte Richtung fehlt.
- (3) **Physisch-reale Handlungsmöglichkeit:** Diese gebotene Rettungshandlung muss dem Täter tatsächlich möglich gewesen sein; daran fehlt es bei zu großer Entfernung oder bei fehlenden Fähigkeiten bzw. Hilfsmitteln, jedoch kann zB auch das Herbeirufen eines Arztes als die für den medizinischen Laien gebotene Rettungshandlung gegenüber einem Verletzten unterlassen werden.
- (4) **Hypothetische Kausalität** (auch *Quasi-Kausalität* genannt): **Die erforderliche Handlung darf nicht hinzugedacht werden können, ohne dass der konkrete Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel** (nicht bloß „mit einiger Wahrscheinlichkeit“, BGH NStZ-RR 2002, 303). Im Unterschied zu der naturwissenschaftlichen Arg. bei der der csqn-Formel beim Begehungsdelikt, für die keinerlei normative Wertung erforderlich ist, ist das Ergebnis eines Hinzu-denkens nie ganz sicher; daher bedarf es bei der Kausalität beim Unterlassungsdelikt einer normativen Beschränkung auf das Entfallen eines Erfolgs „nur“ mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit.
- (5) **Garantenstellung:** Nach § 13 I ist nur derjenige wegen eines unechten Unterlassungsdelikts strafbar, der „**rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt**“. Diese Einstehenspflicht kann auf verschiedenen Gründen fußen. Nach heute hL (**Funktionenlehre**) ist zu unterscheiden,
 - ob jemand eine Schutzfunktion für ein Rechtsgut hat (**Beschützergarant**) oder
 - ob ihm die Überwachung einer bestimmten Gefahrquelle obliegt (**Überwachungsgarant**).Nach den **Entstehungsgründen** werden Garantenpflichten unterteilt in solche:
 - aus **Gesetz** (zB Ehe, Kindschaftsverhältnis; nicht schon aus §§ 138, 323c I StGB; es bedarf vielmehr besonderer gesetzlicher Schutz- und Überwachungspflichten),
 - aus **tatsächlicher Übernahme** der Gewähr für die Unversehrtheit eines Rechtsguts oder für die Beherrschung einer Gefahrenquelle,
 - aus vorangegangenem gefahr begründendem pflichtwidrigem Verhalten (**Ingerenz**; nach hM genügt dafür nicht durch § 32 gerechtfertigtes Handeln),
 - aus **enger Lebens- oder Gefahrengemeinschaft** (nicht: Zufallsgemeinschaften); die reine Geschwistereigenschaft begründet angesichts des gesellschaftlich-familiären Wandels keine Garantenstellung. Entscheidend ist, ob zwischen den Geschwistern ein tatsächliches Obhutsverhältnis besteht, das die Garanten bewusst begründen können (LG Kiel NStZ 2004, 157).
 - aus der **Verantwortung für** bestimmte, in den eigenen Zuständigkeitsbereich fallende **Gefahrenquellen** (zB als Eigentümer oder Besitzer gefährlicher Sachen [Verkehrssicherungspflichten]; als Erziehungsberechtigter oder Lehrer; ob auch als Wohnungsinhaber ist sehr umstr. – mE idR zu

verneinen, es sei denn, Wohnung stellt als solche eine spezifische Gefahrquelle dar).

(6) **Objektive Zurechenbarkeit**

(7) **Gleichwertigkeit des Unterlassens mit positivem Tun:** (Nur) bei verhaltensgebundenen Tatbeständen (zB § 211; nicht: bei reinen Erfolgsdelikten wie zB § 212) ist gem. § 13 I aE weiterhin erforderlich, dass das Unterlassen in Beziehung nicht nur zum Erfolgseintritt selbst, sondern auch zu der tatbestandsmäßigen Art und Weise seiner Herbeiführung steht (*Ebert AT*³ S. 181).

b) Subjektiver Tatbestand:

Der Vorsatz des Täters muss sich auf alle Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes beziehen. Der Täter muss daher um den drohenden Erfolgseintritt, die gebotene Rettungshandlung und die Möglichkeit ihrer Vornahme wissen; außerdem muss er die **Umstände kennen, die seine Garantenstellung begründen** (*Ebert AT* S. 181); dass aus diesen Umständen eine Garantenstellung und damit auch eine Garantenpflicht folgt, muss ihm nicht bewusst sein. Bei einem **Irrtum über eine Handlungspflicht** (der Täter weiß um die Umstände seiner Garantenstellung, hält sich aber trotzdem nicht zum Eingreifen für verpflichtet) kommt nur ein Verbotsirrtum (§ 17; zu prüfen auf Schuldebene!) in Form eines *Gebotsirrtums* in Betracht, der zumeist vermeidbar sein wird.

2. Rechtswidrigkeit:

Neben den sonstigen anerkannten Rechtfertigungsgründen kommt hier insbesondere die **rechtfertigende Pflichtenkollision** in Betracht. Jedenfalls gerechtfertigt handelt danach der Täter, der eine geringer wertige zugunsten einer höherwertigen Pflicht verletzt, wenn beide einander ausschließen (zB Täter kann nur eine Person aus dem See retten; erfüllt er seine Garantenpflicht und rettet seinen Sohn ist die gleichzeitige Missachtung seiner allgemeinen Hilfspflicht gegenüber einem fremden Kind gerechtfertigt!). Umgekehrt kommt bei Beachtung der geringer wertigen Pflicht zu Lasten der höherwertigen eine Rechtfertigung nicht in Betracht. Str. ist, ob die Beachtung von nur einer von zwei gleichwertigen Pflichten die Verletzung der anderen rechtfertigt (zB ein Arzt kann gleichzeitig nur einen von zwei genauso Verletzten versorgen). Die hM bejaht dies mit guten Gründen, weil das Recht als Verhaltensordnung anderenfalls vom Täter etwas Unmögliches verlangen würde (aM: nur Entschuldigungsgrund).

3. Schuld:

a) Schuldfähigkeit, § 20

Hat der Täter seine Schuldfähigkeit zur Tatzeit durch vorwerfbares Vorverhalten ausgeschlossen, ist nach hM eine Strafbarkeit wegen eines Unterlassungsdelikts nach dem Grundsatz der **omissio libera in causa** möglich, obwohl zum eigentlich relevanten Zeitpunkt des Untätigbleibens der Täter keine Handlungsmöglichkeit mehr hat.

b) Entschuldigungsgründe

Grundsätzlich sind auch auf Unterlassungsdelikte alle anerkannten Entschuldigungsgründe anwendbar (zB § 35 I, wenn Vater beim Versuch der Rettung seines Kindes selbst in Lebensgefahr geraten würde).

Nach wohl hM ist bei unechten Unterlassungsdelikten – anders als bei § 323c StGB, in dessen Tatbestand nur dem Täter zumutbare Hilfe gefordert wird – die **Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens** nur ein Entschuldigungsgrund und wirkt daher nicht tatbestandsausschließend, wie dies von einer aM (mit beachtlichen Gründen)

vertreten wird. Solche Unzumutbarkeit kann ausnahmsweise vorliegen, wenn der Garant sich der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen würde; ebenso in Fällen echter Gewissensnot (Art. 4 I GG). Darunter können auch Fälle einer nicht gerechtfertigten Pflichtenkollision (weil der Täter einer geringer wertigen Rechtspflicht in einer notstandsähnlichen Konfliktlage nachkommt; vgl. Bsp. von *Kühl* AT 18/140: Rettung der Freundin auf Kosten des Bruders im Hinblick auf Möglichkeit späterer Heirat entschuldigt [Begründung mE nicht unproblematisch]) zu subsumieren sein. – Bedeutung hat der Meinungsstreit ähnlich wie beim Streit um die Behandlung des Erlaubnistatumstandsirrtums vor allem für einen *Teilnehmer*, denn §§ 26, 27 setzen jeweils eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Haupttat voraus (Grundsatz der limitierten Akzessorietät), so dass eine bloße Entschuldigung – und damit Straffreiheit – des Haupttäters wegen Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens auf eine Strafbarkeit des Anstifters oder Gehilfen zu dieser Haupttat ohne Einfluss bleibt.

V. Das versuchte vorsätzliche Unterlassungsdelikt

(0.) Vorprüfung: Wie beim versuchten Begehungsdelikt sind hier kurz zu prüfen:

- Nichtvollendung der Tat und
- Strafbarkeit des Versuchs (§§ 23, 12)

1. Tatbestand

a) Tatentschluss: entspricht dem o. g. Tatvorsatz; daher ist u. a. auch der Vorsatz hinsichtlich der Umstände, die eine Garantenstellung begründen – und damit implizit die Voraussetzungen einer solchen –, zu prüfen.

b) unmittelbares Ansetzen: Umstritten ist der Zeitpunkt, ab wann die Nichtvornahme der gebotenen Handlung i. S. d. § 22 als unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung anzusehen sein soll. Hierzu werden drei Theorien vertreten:

- Verstreichenlassen der ersten Rettungsmöglichkeit
- Verstreichenlassen der letzten Rettungsmöglichkeit
- Zeitpunkt, in dem für das geschützte Rechtsgut eine unmittelbare Gefahr besteht (so mit Blick auf das grundsätzliche Ziel des Rechtsgüterschutzes überzeugend die ganz hM): Dieser kann je nach konkreter Fallkonstellation mit dem Verstreichenlassen bereits der ersten oder auch erst der letzten Rettungsmöglichkeit, aber auch zu einem dazwischen liegenden Zeitpunkt anzunehmen sein; aus Sicht des Täters muss das bedrohte Rechtsgut unmittelbar gefährdet sein (vgl. *Kühl* AT 18/149).

Da nach § 22 die Vorstellung des Täters über den Versuchsbeginn entscheidet, reicht die irriige Annahme einer unmittelbaren Gefahr durch den Täter für die Begründung von Versuchsunrecht aus; strafbar ist daher nach ganz hM auch der untaugliche Unterlassungsversuch (vgl. *Kühl* AT 18/151), etwa wenn ein Garant irrig annahm, er hätte den Erfolg (zB Tod) noch abwenden können, obwohl das Opfer – wie sich später zeigt – bereits tödlich verletzt war.

2. Rechtswidrigkeit und 3. Schuld entsprechen dem vollendeten Delikt.

4. Rücktritt vom Versuch

Grundsätzlich gilt auch für Unterlassungsdelikte § 24; rücktrittsunfähig ist daher auch hier der fehlgeschlagene Versuch (dazu *BGH* NJW 2003, 1057). Speziell für die Unterlassungsdelikte stellen sich zwei Fragen.

a) Gibt es einen unbeendeten Versuch des Unterlassungsdelikts?

Da der Versuchstäter beim Unterlassungsdelikt stets aktiv werden muss, um über § 24 Straflosigkeit zu erlangen, vertreten einige, dass eine Unterscheidung von beendetem und unbeendetem Versuch entbehrlich ist (sog. „Einheitstheorie“). Weil bloßes Untätigbleiben hier – anders als beim Begehungsdelikt – nicht zu einer Straflosigkeit führen kann, könne ein Rücktritt nicht aufgrund von § 24 I 1 Alt. 1, sondern nur aufgrund von Alt. 2 strafbefreiend wirken, so dass der Täter den Erfolg verhindern müsse (so auch die Rspr.: *BGH NStZ* 1997, 485).

Nach anderer Ansicht soll auch beim Unterlassungsdelikt eine Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch möglich sein. Zwar müsse in der Tat der Täter stets aktiv werden, doch sei diese Unterscheidung relevant für das Erfolgsabwendungsrisiko, denn nur beim beendeten Versuch trage der Täter das Risiko, das trotz seiner Gegenaktivität der Erfolg eintritt; beim unbeendeten Versuch habe er dieses Risiko nicht zu tragen. Unbeendet ist dann ein Unterlassungsversuch, wenn der Täter davon ausgeht, durch schlichte Nachholung der unterlassenen Rettungshandlung den Erfolgseintritt verhindern zu können; beendet ist er, wenn der Erfolgseintritt nach der Vorstellung des Täters nur noch durch den Einsatz riskanterer Gegenmittel verhindert werden kann (*Kühl AT* 18/153 ff.).

Bedeutung hat dieser Streit v. a., wenn der Erfolgseintritt dem Täter trotz seines vorausgegangenen Unterlassens nicht zuzurechnen ist, so dass – trotz Erfolgseintritts – „nur“ eine Versuchsstrafbarkeit begründet ist; hat der Täter noch vor Erfolgseintritt die ursprünglich gebotene Handlung nachgeholt und geht (irrig) davon aus, dass es deswegen nicht zum Erfolg kommen wird, wäre er nach dieser Ansicht gem. § 24 I 1 Alt. 1 strafbefreiend vom Unterlassungsversuch zurückgetreten.

b) Muss der Täter das beste Erfolgsabwendungsmittel wählen?

Soweit der Rücktritt vom beendeten Unterlassungsversuch in Rede steht – d. h. nach der „Einheitstheorie“ immer – könnte man vom Zurücktretenden verlangen, dass er nunmehr die bestmögliche Erfolgsverhinderungshandlung an den Tag legt; die Rspr. lässt aber auch hier – wie beim beendeten Versuch eines Begehungsdelikts – genügen, dass der Täter irgendwie den Erfolg verhindert hat, und sei es auch nicht mit der optimalen Möglichkeit (*BGHSt* 48, 147), zB wenn der Täter das Opfer in der Nähe eines Krankenhauses absetzt und nicht ins Krankenhaus begleitet, es aber gleichwohl durch Krankenhausärzte gerettet wird.

VI. Fahrlässiges Unterlassungsdelikt (vgl. *Kühl AT* § 19; zum Aufbau *Wesels/Beulke/Satzger AT* Rn. 877)

VII. Beihilfe durch Unterlassen?

Während allg. anerkannt ist, dass auch zu einem Unterlassungsdelikt aktiv angestiftet oder Beihilfe geleistet werden kann (wobei der Teilnehmer keine Garantenstellung haben muss, sondern nur Kenntnis von den Umständen, die die Garantenstellung des untätig bleibenden Haupttäters begründen), scheidet mangels kommunikativer Beeinflussung des Haupttäters eine Anstiftung durch Unterlassen aus. Dagegen hält die Rspr. und hM eine strafbare Beihilfe (§ 27) durch Unterlassen grundsätzlich für möglich, wenn der passiv bleibende Gehilfe eine Garantenstellung hat. Im Schrifttum werden dazu folgende Theorien vertreten (vgl. *Kühl AT* 20/229 ff. mwN):

- Der unterlassende Garant ist grundsätzlich (Mit-)Täter und nur bei Delikten, die eine besondere Täterqualität erfordern, Gehilfe („Tätertheorie“).
- Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme richtet sich auch bei einem aktiven Täter zum passiv bleibenden Garanten nach den all-

gemeinen Regeln, d. h. entweder nach der Tatherrschaftslehre (so die hM im Schrifttum) oder nach der subj. Theorie (Rspr. und Teile im Schrifttum).

- Während der bloße Überwachungsgarant nur Gehilfe ist, ist der Beschützergarant (Mit-)Täter (Differenzierende Theorie).

VIII. Fälle

Fall 1: A ist in den Brunnen gefallen und droht zu ertrinken. B steht am Rand und hat ein Seil. Er lässt dieses Seil langsam in den Brunnenschacht. Bevor es bei A ist, überlegt er es sich anders und wirft das Seil in den Brunnen. Strafbarkeit des A wegen § 212? – Ändert sich etwas, wenn A das Seil – was B auch bemerkt hat – bereits ergriffen und daran hochgeklettert ist? – Wie wäre C zu bestrafen, wenn er den B durch Festhalten daran hindert, das Seil in den Brunnenschacht hinunterzulassen? – Und wie wäre C zu bestrafen, wenn er B trotz dessen Aufforderung nicht beim Herausziehen des A hilft, so dass dieser – weil es B nicht allein schafft – letztlich doch ertrinkt?

Fall 2: *Sterbehilfe* – BGHSt 40, 257: A behandelte seit längerer Zeit die über 70-jährige, inzwischen irreversibel hirngeschädigte, nicht mehr ansprechbare O. A wandte sich nach einigen Jahren an deren Sohn S, dem er vorschlug, die Sondenernährung auf Tee umzustellen, so dass O in zwei bis drei Wochen sterbe. Dies sei – so A – rechtlich abgesichert. S glaubte ihm und willigte ein, weil O acht bis zehn Jahre vorher während einer Fernsehsendung über ähnlich Behinderte gesagt hatte, so wolle sie nicht enden. A und S wiesen schriftlich das Pflegepersonal an, O nur noch Tee zu verabreichen; sie gingen davon aus, dieses würde sich daran halten. In Wirklichkeit wandte sich der Pflegedienstleiter an das Vormundschaftsgericht, das eine weitere Sondenernährung anordnete. Strafbarkeit von A und S wegen §§ 212, 22 bzw. §§ 212, 22, 13?

Fall 3: *Behandlungsabbruch* – BGHSt 55, 191: Die K lag seit Oktober 2002 wegen einer Hirnblutung im Wachkoma ohne Aussicht auf irgendeine gesundheitliche Besserung. Sie hatte noch im September 2002 gegenüber ihrer Tochter G deutlich gemacht, dass sie in einem solchen Falle nicht künstlich ernährt werden wolle, dies aber nicht schriftlich fixiert. Trotzdem wurde ihr eine Magensonde gelegt, mittels derer sie bis 2007 künstlich ernährt worden ist. Beraten von Rechtsanwalt R forderte dann die G von der Heimleitung, dass die Sondenernährung beendet werde; nachdem dies die Heimleitung abgelehnt hatte, durchtrennte G auf Anraten des R die Sonde so, dass sie nicht weiter benutzt werden konnte. Der K wurde daraufhin entgegen dem Willen der G eine neue Sonde gelegt. Strafbarkeit von G und R?

Fall 4: *Hepatitis B* – BGH NStZ 2003, 657 (dazu Duttge JR 2004, 34; Nepomuck, StraFo 2004, 9; Geppert JK § 13/38). Chefarzt und Herzchirurg A hat sich unbemerkt mit Hepatitis B angesteckt, ohne dass er Krankheitssymptome an sich feststellen konnte. Während das angestellte Krankenhauspersonal regelmäßig auf Hepatitis B untersucht wurde, traf bereits verbeamtete Ärzte keine Untersuchungspflicht. Sein – wie A – verbeamteter Oberarzt ließ sich allerdings regelmäßig freiwillig auf Infektionen untersuchen; A verzichtete darauf, obwohl ihm das Risiko einer Ansteckung von Patienten insbes. bei Operationen bekannt war, und nahm mehrere Herzoperationen vor, bei denen insges. 12 Patienten mit Hepatitis B angesteckt wurden. Strafbarkeit von A wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Tun (OP) oder „nur“ durch Unterlassen (einer Untersuchung auf Hepatitis B)?

Fall 5: *Zechkumpane* – BGHSt 32, 327 (vgl. auch BGH NStZ 2000, 414 mit Anm. Engländer, JuS 2001, 958; Schröder, JA 2001, 191): A tötete seinen Zechkumpan Z bei einem Streit in Notwehr durch einen Stich ins Herz. Z war nicht mehr zu helfen; A erkannte dies nicht und ging davon aus, dass er dem Z zB durch das Rufen eines Arztes noch helfen könnte. Trotzdem blieb er untätig und nahm dabei billigend in Kauf, dass Z mangels Hilfe sterben könnte. Strafbarkeit wegen §§ 212, 22, 13 oder „nur“ § 323c oder Freispruch?

Fall 6: *Heimfahrt* – BGH NJW 1993, 2628 (krit. dazu Hoyer, NStZ 1994, 85; Jung, JuS 1994, 262; Mitsch, JuS 1994, 555): A sah bei seiner nächtlichen Nachhausefahrt von einem Diskothekenbesuch das ihm gut bekannte Mädchen M an der Straße und nahm sie in seinem Pkw mit. Beim Einsteigen bemerkte A, dass M stark berauscht – A dachte, wegen Alkohol – war. A beschloss daher, um M Schwierigkeiten mit ihren Eltern zu ersparen, sie – wie schon manchmal – zu sich mitzunehmen. Bei seiner Wohnung angelangt, vermochte es A aber nicht, die eingeschlafene M zu wecken. Er ließ sie daher im Pkw weiter schlafen, obwohl ihm bewusst war, dass dieser bei der herrschenden Kälte schnell auskühlen und die Kälte für die nur mit einem T-Shirt und einer Jeans bekleidete M gefährlich werden würde. Er bedeckte sie mit einer Wolldecke und ließ sie im Pkw zurück. Am Morgen war M tot. Die genaue Todesursache konnte nicht geklärt werden. M hatte erhebliche Mengen Heroin konsumiert; möglicherweise war die Unterkühlung aber für den Tod zumindest (mit-)ursächlich. Strafbarkeit von A wegen § 221 I, III?

Fall 7: *Garantenstellung des Wohnungsinhabers* – BGHSt 30, 391 (vgl. auch BGH StraFO 2003, 181 u. dazu Otto, JK 12/03, StGB § 13/3, sowie KG NJW 1998, 3791: erst recht keine Garantenstellung bei untervermieteten Räumen): B hatte S in das Haus von Ü und F – das nach Lage und Beschaffenheit keine besondere Gefahrquelle bildete – entführt, um sie dort zu vergewaltigen. Als er S zu misshandeln beginnt, ruft diese Ü und F zu Hilfe, die aber nicht eingreifen, weil für diesen Fall sie B mit dem Tode bedroht und außerdem einen schweren Gegenstand nach F geworfen hatte. Ü wie F verließen darauf das Haus, trauten sich aber zunächst nicht, die Polizei zu informieren. Beiden war klar, dass B die S weiter quälen und mit ihr geschlechtlich verkehren würde. Dazu kam es schließlich auch. Strafbarkeit von Ü und F wegen §§ 177, 13 (vgl. auch BGH NJW 1993, 76)?

Fall 8: *Ehepartner* – BGHSt 48, 301 (vgl. dazu Geppert, JK 2/04, StGB § 13/37; Rönnau JR 04, 158; Ingelfinger, NStZ 04, 409): S, die sich vor vier Wochen von ihrem Ehemann E getrennt hatte, erfuhr, dass M einen Überfall auf E plante, weil dieser den M wegen eines Diebstahls bei der Polizei angezeigt hatte. S sagte E nichts davon, obwohl sie wusste, dass sich E nur so effektiv hätte schützen können, und verhinderte auch sonst nicht den Angriff des M, der E bis zur Besinnungslosigkeit würgte. Strafbarkeit der S wegen Beihilfe zur Körperverletzung durch Unterlassen (bzw. besteht die Garantenpflicht trotz Trennung nach Maßgabe der §§ 1353 II, 1565 I BGB fort)?

Fall 9: *Strafbares Vorverhalten* – BGH NStZ-RR 1996, 131 (mit abl. Bspr. Stein, JR 1999, 265; vgl. aber auch BGH NStZ 2002, 139 u. dazu Geppert, JK 2002, StGB § 27/16: Psychische Beihilfe, welche die mit der Tatausführung verbundene Gefahr für das Leben des Opfers zumindest erhöht, begründet eine Garantenstellung aus Ingenrenz): C misshandelte den N mit bed. Tötungsvorsatz so schwer, dass er später daran verstarb; die M hat sich zeitweilig an den Misshandlungen beteiligt, wobei sie

zwar die Möglichkeit eines Todeseintritts erkannt hatte, sich aber nicht ausschließen lässt, dass sie den Tod nicht im Rechtssinne gebilligt hatte. Auch am nächsten Morgen, als C und M den N in hilfloser Lage verließen, hatte M keinen Tötungsvorsatz. Strafbarkeit der M wegen § 227 und § 221 I Nr. 2?

Fall 10: *Kraftfahrergarantenstellung* – BGHSt 34, 82: A fuhr mit seinem Pkw nachts mit einer Geschwindigkeit von 120 km/h den auf einem Moped in die gleiche Richtung fahrenden O an und schleuderte ihn zur Seite. Zugunsten von A ist davon auszugehen, dass O sich z. Z. der Wahrnehmung durch A am rechten Fahrbahnrand befunden hatte und dann max. 2 m nach links in die Fahrbahn eingeschert ist. Nach dem Unfall fuhr A ohne anzuhalten weiter. Kurz darauf kehrte er an den Unfallort zurück, sah O schwer verletzt dort liegen und stieg wieder ein, um nach Hause zu fahren. O verstarb zwei Stunden später an den Verletzungen. Bei sofortiger Hilfe durch einen Arzt wäre ein Überleben nicht ausgeschlossen gewesen. Ein Sachverständiger stellt später fest, dass der Unfall sich auch ereignet hätte, wenn A mit der zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h unterwegs gewesen wäre. Strafbarkeit von A wegen §§ 221, 222 oder §§ 212, 22, 13 (vgl. auch BGHSt 25, 218 [keine Garantenstellung aus Ingerenz bei rechtmäßigem, d.h. den Verkehrsregeln gemäßem Verhalten]; BGH NStZ 1992, 125)?

Fall 11: *Bahngleise* – BGHSt 38, 356: A und B schlugen nach einer Zechtour in der Nähe des Bahnhofes den N brutal zusammen und traten ihn, als er blutend auf dem Boden lag, in den Bauch. Danach entfernten sie sich. Auf der Bahnhofstreppe sagte A zu B: „Der muss weg!“ B verstand und war einverstanden, dass A den N als möglichen Zeugen beseitigen würde. A warf ihn daraufhin auf die Bahngleise und legte ihn so hin, dass er überfahren werden würde. A und B dachten, in den nächsten Minuten käme ein Zug. Der nächste ankommende Zug hielt allerdings plangemäß vor der Stelle, an der N, der zwischenzeitlich durch eine andere Person gerettet worden war, von A hingelegt worden war. Strafbarkeit von B wegen §§ 211, 212, 22, 13 (zum Streit um die Möglichkeit eines Verdeckungsmordes durch Unterlassen angesichts der Entsprechungsklausel des § 13 I a. E. vgl. auch die Lösungsskizze in JA 2008, 859 ff.)?

Fall 12: *Wuppertaler Schwebbahn* – BGHSt 47, 224 (dazu Freund, NStZ 2002, 424; Kudlich, JR 2002, 468; Otto, JK § 13/33): A und B sollen an der Wuppertaler Schwebbahn noch befindliche Bauteile entfernen; während der Arbeiten kommen C und D hinzu, um ihnen dabei zu helfen. Daraufhin teilen sich die Arbeiter auf. Während A und B ein Bauteil entfernen, arbeiten C und D auf der anderen Seite. A und B gehen davon aus, dass auch C und D „ihr“ Bauteil entfernt haben, als kurz nach Abschluss der Arbeiten C oder D (es lässt sich nicht klären, wer von beiden) zu A und B stößt (der andere – C oder D – verbleibt noch an seiner Stelle). Daraufhin beenden A, B, C und D die Bauarbeiten; das in Wirklichkeit nicht abgebaute Bauteil bewirkt einen Absturz der Schwebbahn, bei dem 7 Menschen zu Tode kommen. Das LG spricht A und B vom Vorwurf einer fahrlässigen Tötung durch Unterlassen frei, weil diese nach dem Vertrauensgrundsatz auf die ordnungsgemäße Arbeit von C und D vertraut hätten. C und D spricht es in dubio pro reo frei, weil ein Schuldvorwurf nur dem letzten bei der Bauarbeit an dem verbleibenden Teil Mitwirkenden zu machen sei und nicht aufklärbar sei, ob dies C oder D war. Zu Recht?

Fall 13: *Opel Kapitän* – BGHSt 14, 213 (=Kühl HRR-BT Nr. 87): A verursachte nach Einbruch der Dunkelheit mit seinem Opel Kapitän einen Verkehrsunfall, indem er beim Überholen eines anderen Pkw den am linken Fahrbahnrand stehenden Fußgänger F anfuhr, der dadurch nach links auf einen Acker geschleudert wurde und am nächsten Tag verstarb. A bemerkte den Aufprall und kümmerte sich kurz um den Verletzten, verließ diesen jedoch nach kurzer Zeit, angeblich um bei der nächsten Tankstelle fernmündliche Hilfe herbeizurufen. Tatsächlich fuhr er an der 450 m entfernten erleuchteten Tankstelle vorbei und wendete in einer Fabrikeinfahrt; obwohl auch dort noch Licht brannte, machte er keinen Versuch zu telefonieren, sondern entfernte nur Glassplitter von seinem Scheinwerfer. Danach fuhr er zur Unfallstelle zurück und bemühte sich mit anderen Personen um F; als schließlich die Polizei kam, meldete er sich als Unfallzeuge und behauptete wahrheitswidrig, ein anderen Pkw habe F erfasst. Strafbarkeit des A wegen § 323c? – Würde sich etwas ändern, wenn A den F nach dem Aufprall für bereits tot gehalten hätte?

Fall 14: *Holztreppe* – BGHSt 39, 164 (= Kühl HRR-BT Nr. 88; dazu Tag JR 1995, 133): A und B betreten das Wohnhaus, in dem sich zur Tatzeit acht bis zwölf Personen aufhielten. Einer der beiden ging in den hinteren Teil des Treppenhauses im Erdgeschoss, schob einen dort abgestellten Kinderwagen neben die hölzerne Treppe, die zum Obergeschoß führte, übergoss den Kinderwagen mitsamt der Kissenauflage mit Heizöl aus einer Plastik-Ölkanne, die in einem Abstellraum deponiert gewesen war, zündete den Kinderwagen an und warf zusätzlich noch die Ölkanne darauf. Die Textilaufgabe des Kinderwagens brannte alsbald lichterloh. Das Feuer begann auf die Holztreppe zum Obergeschoß überzugreifen und hatte sich bereits durch die PVC-Auflage der Treppenstufen durchgefressen, als es von den Hausbewohnern entdeckt und gelöscht wurde. Feste Gebäudeteile waren von dem Brand noch nicht so erfasst, dass das Feuer selbständig hätte weiter brennen können. Es lässt sich nicht klären, welcher von den beiden Angeklagten oder ob beide Angeklagte gemeinsam den Brand gelegt haben, ob der Brandstiftung ein gemeinsamer Tatentschluss zugrunde lag oder ob jeder Angeklagte zumindest in der Form an der Tat beteiligt war, dass er den jeweils anderen – unmittelbaren – Täter zu der Tat angestiftet oder ihn bei der Tat – sei es auch nur durch seine bloße Anwesenheit – unterstützt und/oder in seinem Vorhaben bestärkt hätte. Strafbarkeit von A und B wegen § 323c I?

XI. Lösungsskizze – Fall 10 Kraftfahrergarantenstellung (BGHSt 34, 82)

Strafbarkeit des A

1. Gem. § 222 [für das Anfahren]

a) Tatbestand

Der Tod des O ist kausale Folge des von A (mit-)verursachten Unfalls. A hat dabei auch eine Sorgfaltspflicht in Form einer Verbotsnorm (Geschwindigkeitsbegrenzung) verletzt. Obj. vorhersehbar war auch, dass die Handlung (das auf O Auffahren) den tödlichen Erfolg herbeiführen konnte, d. h. dieser nicht eine außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegende ungewöhnliche Folge jener Handlung war. Fraglich ist aber der obj. Zurechnungszusammenhang; die „normale“ obj. Zurechnung steht hierbei außer Frage, denn einem Anfahren mit 120 km/h wohnt das – sich hier gerade realisierte – Risiko eines tödlichen Unfalls inne. Zweifelhaft ist hingegen der Pflichtwidrigkeitszusammenhang; dieser wäre nur zu bejahen, wenn der Tod des O nicht auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten (Fahren mit 100 km/h) eingetreten wäre, was nach dem SV-Gutachten aber der Fall ist. Damit ist der Tatbestand nicht erfüllt.

b) Zwischenergebnis

A hat sich nicht wegen fahrlässiger Tötung des O strafbar gemacht.

2. Gem. §§ 212, 13 [für das Untätigbleiben nach Rückkehr an den Unfallort]

a) Tatbestand

Objektiv: Der O ist tot. A hat das ihm mögliche Herbeirufen ärztlicher Hilfe als die gebotene Hilfeleistung unterlassen. Hätte er einen Arzt gerufen, wäre O auch – in dubio pro reo – nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerettet worden, so dass die Quasi-Kausalität von Unterlassung und Erfolg obj. zu verneinen ist.

b) Ergebnis

Damit hat sich A nicht wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht.

3. Gem. §§ 212, 22, 13

Wie gezeigt war der Totschlag durch Unterlassen nicht vollendet. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich grundsätzlich aus dem Verbrechenscharakter von § 212 iVm §§ 23 I, 12I; dass der Versuch – in dubio pro reo – nur untauglich war, ändert nichts, denn auch der untaugliche Versuch ist beim unechten Unterlassungsdelikt strafbar (arg. e § 23 III; BGHSt 38, 356).

a) Tatbestand

aa) Subjektiv (Tatentschluss): Z. Z. des Unterlassens hatte A bedingten Tötungsvorsatz. Auch umfasste sein Tatentschluss – aus seiner Sicht – die Kenntnis von der Möglichkeit einer erfolgsabwendenden Handlung (Rufen des Arztes) und die Quasi-Kausalität, da er davon ausging, er könnte dem O noch helfen. Schließlich müsste A

Vorsatz bzgl. der Umstände gehabt haben, die seine Garantenstellung begründen (vgl. § 13 I). In Betracht kommt hier eine Garantenstellung aus Ingerenz; pflichtwidriges Vorverhalten könnte hier das zu schnelle Anfahren gewesen sein. Fraglich ist jedoch, ob es auch für die Frage einer Garantenstellung auf den für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit maßgeblichen Pflichtwidrigkeitszusammenhang ankommt. Die Rspr. verneint dies, weil für Ingerenz pflichtwidriges Vorverhalten genüge und es deshalb nicht auf den Pflichtwidrigkeitszusammenhang ankommen könne; wer eine Pflichtwidrigkeit begehe, habe daher soweit möglich alle daraus folgenden Gefahren abzuwenden (krit. *Kühl* AT 18/102). [Da es sich bei § 212 um ein reines Erfolgsdelikt (Tod = Erfolg) handelt, spielt die Entsprechungsklausel des § 13 I aE hier keine Rolle].

bb) Objektiv müsste A zur Tötung durch Unterlassen nach seinen Vorstellungen von der Tat iSv § 22 unmittelbar angesetzt haben. Da nach seiner Vorstellung jedenfalls bereits eine akute Gefahr für das Leben des O bestanden hat, ist dies zu bejahen.

b) Rechtswidrigkeit

Mangels Rechtfertigungsgründen handelte A auch rechtswidrig.

c) Schuld

Das Rufen des Arztes war dem A auch zumutbar. Da überdies Entschuldigungsgründe nicht ersichtlich sind, handelte er auch schuldhaft und hat sich wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht.