

§§ 13, 22, 23, 24, 212 StGB

Fehlschlag des Versuchs des Aktivtäters durch Rücktritt vom Versuch des Unterlassungs-Nebentäters

BGH, Urt. v. 19.05.2010 – 2 StR 278/09

Fall (Sachverhalt vereinfacht)

V wollte S aus Verärgerung einen „Denkzettel verpassen“. Hierüber informierte er K. Dieser sicherte seine Unterstützung zu, weil S ihm zuvor seine Freundin „ausgespannt“ hatte. V besorgte eine Motorrad-Abdeckplane, Seile sowie einen gefüllten Benzinkanister und brachte S unter einem Vorwand mit seinem Pkw in ein Waldstück. Dort wartete K bereits. Er ging davon aus, dass S nun eingeschüchtert werden sollte.

V und K zwangen S unter Drohungen, sich nackt auszuziehen und auf die Plane zu legen. Anschließend schlugen sie die Plane über seinen Körper und banden diese zusammen. V übergoss sodann die Plane mit Benzin, legte eine Benzinspur und setzte sie in Brand. V und K waren sich darüber klar, dass S in Brand geraten und sterben könnte. K nahm dies wie V billigend in Kauf, da er hoffte, nach dem Tod des S wieder eine Beziehung zu seiner ehemaligen Freundin aufbauen zu können. Daher sah er auch davon ab, den ihm körperlich unterlegenen V am Anzünden zu hindern.

S geriet sofort in Brand. In Panik befreite er sich aus der Plane und wälzte sich auf dem Boden. Hierdurch gelang es ihm, den größten Teil der Flammen zu löschen. K wollte den S nun retten, sprang hinzu und löschte die letzten Flammen. S stand auf und zog sich wieder an. V und K fuhren ihn anschließend zurück in die Stadt. Hierbei schrie V den S an, er könne sich bei K für sein Überleben bedanken. S durfte in der Nähe eines Kiosks aussteigen. Ein dort wartender Freund brachte ihn sofort in ein Krankenhaus. Sein Leben konnte nur durch mehrere Notoperationen gerettet werden.

Strafbarkeit von V und K wegen versuchten Totschlags?

Entscheidung

I. V könnte sich wegen versuchten Totschlags gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Benzinspur anzündete.

1. Die Tat ist **nicht vollendet**, weil S überlebt hat. Die **Strafbarkeit des Versuchs** folgt aus § 23 Abs. 1 StGB.

2. Beim Anzünden der Benzinspur hielt V es für möglich, dass der tatbestandsmäßige Erfolg – der Tod des S – hierdurch eintrat. Dies nahm er billigend in Kauf. Der erforderliche **Tatentschluss** des V liegt somit vor. V hat mit dem Anzünden der Benzinspur auch subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht es los“ der Tat überschritten, das Leben des F nach seinem Vorstellungsbild in eine konkrete nahe Gefahr gebracht und hierdurch i.S.v. **§ 22 StGB unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt**. V handelte auch **rechtswidrig und schuldhaft**.

3. Fraglich ist jedoch, ob er **gemäß § 24 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB strafbefreiend zurückgetreten** ist, indem nach dem Löschen der Flammen auf weitere Tötungsversuche verzichtete und S zurück in die Stadt fuhr.

Leitsätze

1. Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung erkennt, dass er den von seinem Vorsatz umfassten Tatbestand überhaupt nicht, nur mit einer zeitlichen Verzögerung oder nur mit einer grundlegenden Änderung des ursprünglichen Tatplans vollenden kann.

2. Eine derartig grundlegende Änderung des Tatplans wird aus Tätersicht erforderlich, wenn er nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung erkennt, dass die ursprünglich zur Tatbestandsverwirklichung eingeplante Unterstützungshandlung einer anderen Person nicht erbracht wird und er stattdessen den Widerstand dieser Person überwinden muss.

3. Beim Rücktritt vom Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts ist wie bei der Begehungstat zwischen unbeendetem und beendetem Versuch zu unterscheiden.

(Leitsätze des Bearbeiters)

Aufbau: Untersucht man den Rücktritt des **Tatnächsten**, ist i.d.R. unklar, ob die anderen Personen tatbeteiligt sind und deshalb für die Rücktrittsprüfung § 24 Abs. 1 StGB (Rücktritt des Alleintäters) oder § 24 Abs. 2 StGB (Rücktritt von Mittätern, Anstiftern oder Gehilfen) anzuwenden ist. Das Problem lässt sich dadurch entschärfen, dass zunächst offengelassen wird, welcher dieser Absätze für den Tatnächsten einschlägig ist. Dieser Aufbau ist zulässig, weil diese Voraussetzungen im Ergebnis identisch sind (vgl. AS-Skript Strafrecht AT 2 [2010], Rdnr. 190).

Der von der früheren Rspr. zur Bestimmung der Versuchsgrenzen herangezogene **ursprüngliche Tatplan** ist auch nach der aktuellen **Gesamtbetrachtungslehre**, die auf den **Rücktrittshorizont** abstellt, nicht bedeutungslos. Denn eine vom Täter zu diesem Zeitpunkt erkannte Notwendigkeit, **den zuvor geplanten Tatablauf grundlegend zu ändern**, kann hiernach ein **gewichtiges Indiz** für einen Fehlschlag darstellen (so bereits BGH, Beschl. v. 09.07.2009 – 3 StR 257/09, RÜ 2009, 641). Eine derartige grundlegende Änderung bejaht der BGH vorliegend, weil der Täter erkannt hat, dass die **ursprünglich zur Tatbestandverwirklichung eingeplante Unterstützungshandlung** einer anderen Person **nicht erbracht** wird und er stattdessen **den Widerstand dieser Person überwinden muss**.

Die Gesamtbetrachtungslehre ist umstritten. So hält ein Teil des Schrifttums bereits die Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs für **überflüssig**, da sämtliche Rücktrittsvoraussetzungen gesetzlich geregelt seien (vgl. Schröder NSTz 2009, 9). Nach der **Einzelakttheorie** beurteilt sich die Rücktrittssituation wiederum nicht anhand einer Gesamtbetrachtung. Vielmehr bilde jede subjektiv **erfolgsgeeignete Handlung** einen **selbständigen Versuch** (vgl. Backmann JuS 1981, 340 f.) Dieser sei fehlgeschlagen, sobald der Täter erkenne, dass **diese einzelne Handlung** den Erfolg nicht herbeiführen kann. Der BGH hat beide Ansätze vorliegend nicht thematisiert (vgl. hierzu AS-Skript Strafrecht AT 2 [2010], Rdnr. 164 ff.).

Eine Strafbarkeit des K wegen **des Versuchs eines mittäterschaftlichen Totschlags** scheidet offensichtlich aus und musste daher nicht erörtert werden. Hierzu hätte K sich eines **gemeinsamen Tatplans mit V** bewusst sein müssen. Dies ist nicht der Fall. Obschon er das Anzünden der Benzinspur innerlich billigte, wurden hierüber keine irgendwie gearbeteten (konkludenten) Absprachen getroffen.

Dies setzt voraus, dass zu diesem Zeitpunkt ein Aufgeben der weiteren Tatausführung oder die Tatverhinderung noch möglich war. Nach h.L. und Rspr. setzen sämtliche Rücktrittsalternativen des § 24 StGB begriffsnotwendig voraus, dass der Versuch **nicht fehlgeschlagen** ist (vgl. BGHSt 35, 90, 94, Sch/Sch/Eser, StGB, 27. Aufl. 2006, § 24 Rdnr. 6 ff.).

Ein Fehlschlag liegt auf Grundlage der herrschenden **Gesamtbetrachtungslehre** vor, wenn der Täter **nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung** erkennt oder annimmt, dass er den von seinem Vorsatz umfassten Tatbestand entweder **überhaupt nicht, nur mit einer zeitlichen Verzögerung (Zäsur) oder nur mit einer grundlegenden Änderung des ursprünglichen Tatplans vollenden kann** (vgl. BGH NSTz 2007, S. 91; NSTz 2008 S. 393). Auf dieser Grundlage bejaht der BGH hier einen Fehlschlag:

„[22] Auf der Grundlage der rechtsfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts war hier hinsichtlich (...) V ein Fehlschlag des Versuchs gegeben. Ein Tatvorsatz war jedenfalls in dem Moment gegeben, als (...) V (...) dazu ansetzte, die Benzinspur (...) in Brand zu setzen. Denn als in diesem Moment (...) K darauf [verzichtete], dem Handeln (...) entgegen zu treten, konnte V zu Recht davon ausgehen, dass eine konkludente Billigung dieser Handlung und ihrer möglichen Folgen vorlag. [23] Dies änderte sich aber, nachdem der Geschädigte tatsächlich in Brand geraten war. Auch wenn (...) K nur ‚die letzten Flammen‘ [löschte], nachdem der Geschädigte (...) sich auf dem Boden wälzte, war doch für alle Beteiligten offensichtlich, dass ein zuvor durch Stillhalten zum Ausdruck gebrachtes Einverständnis (...) mit der möglichen Tötung (...) nicht mehr fortbestand. Dass er dies zutreffend erkannte, brachte auch die spätere Äußerung (...) zum Ausdruck, [S] könne sich bei (...) K (für sein Überleben) bedanken. (...) V [konnte] daher, wenn [er] mit der Tötung des Geschädigten hätte fortfahren wollen, **auf die Unterstützung [des K] nicht mehr rechnen**, [er] hätte daher, um den Erfolg – etwa durch Einsatz anderer Tatmittel – noch herbeizuführen, **einen ganz neuen, abweichenden Tatplan entwickeln und umsetzen müssen**, wobei [er] unter Umständen mit Widerstand von Seiten [des] Mitangeklagten [hätte] rechnen müssen.“

V hat sich folglich **wegen versuchten Totschlags gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB** strafbar gemacht.

II. K könnte sich als **(Neben-)Täter des durch V versuchten Totschlags durch Unterlassen gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB** strafbar gemacht haben, indem er V bei Anzünden der Benzinspur gewähren ließ.

1. K müsste hierzu zunächst **Tatentschluss hinsichtlich einer nebetäterschaftlichen Tötung des S durch Unterlassen** gefasst haben.

a) Vor dem Anzünden der Benzinspur hat K den S gemeinsam mit V bewusst und willentlich bedroht sowie in die Pläne gebunden. Er handelte damit vorsätzlich hinsichtlich seines **pflichtwidrigen und gefahrerhöhenden Vorverhaltens (Ingerenz)**, das seine **Überwachungsgarantenstellung i.S.v. § 13 StGB** begründete. Des Weiteren wusste K, dass er durch Vornahme der ihm **tatsächlich möglichen und objektiv gebotenen Handlung** – Überwältigen des ihm körperlich unterlegenen V – das Anzünden des S mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätte verhindern können.

b) Fraglich ist jedoch, ob auf Grundlage des Vorstellungsbilds des K überhaupt eine (Unterlassungs-)Nebetäterschaft angenommen werden kann. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen der **nicht handelnde Garant neben dem Begehungstäter als Nebetäter strafrechtlich verantwortlich** ist und sich sein Handeln zurechnen lassen muss, wird unterschiedlich beantwortet.

aa) Zum Teil wird vertreten, dass ein **unterlassender Garant** neben einem vorsätzlichen Begehungstäter mangels Tatherrschaft **grundsätzlich nur Ge-**

hilfe sein (Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 27 Rdnr. 5). Hiernach scheidet eine nebetäterschaftliche Verantwortlichkeit des K aus.

bb) Dem wird entgegengehalten, dass Unterlassungsdelikte **Pflichtdelikte** seien. Daher sei derjenige **automatisch Täter, der die ihm obliegende Garantspflicht verletze** (vgl. Roxin, StGB AT II, 1. Aufl. 2003, S. 140 ff.). Nach dieser Auffassung richtete sich der Tatentschluss des K auf einen nebetäterschaftlichen Tötungsversuch.

cc) Nach einer differenzierenden Auffassung sind nicht handelnde **Beschützergaranten** bei Nichthindern deliktischer Angriffe **Unterlassungstäter**, da sie für den Bestand des jeweiligen Rechtsguts einzustehen haben. Hingegen können **Überwachungsgaranten** wie K neben vorsätzlichen Begehungstätern hiernach nur wegen **Beihilfe durch Unterlassen** strafrechtlich verantwortlich gemacht werden (vgl. Sch/Sch/Cramer/Heine a.a.O., vor § 25 Rdnr. 101 ff.).

dd) Der BGH stellt darauf ab, ob der Unterlassende **Täter- oder Teilnehmerwillen** hatte (BGHSt 13, 162, 166; 43, 381, 396). Seine **innere Willensrichtung** muss hiernach so beschaffen sein, dass sie – in Abgrenzung zum Gehilfen nach § 27 StGB – seinen **Tatbeitrag nicht bloß als Förderung fremden Tuns, sondern als einen eigenen Tatbeitrag erscheinen lässt**. Wesentliche Anhaltspunkte für diese Beurteilung sind der Grad des eigenen Interesses am abzuwendenden Erfolg und der Umfang der Tatbeteiligung (BGH NStZ-RR 2005, 71, st.Rspr.). K handelte mit Täterwillen und war folglich auch nach dieser Auffassung Nebentäter, da er sich vom Tod des S eine Wiederaufnahme der Beziehung zu seiner Freundin erhoffte und damit ein hinreichendes Eigeninteresse hatte.

ee) Gegen die zuerst dargestellte Auffassung spricht, dass sie den untätigen Garanten bei Rechtsgutangriffen von Menschen ohne sachlichen Grund besser stellt als bei Nichteinschreiten gegen Naturkausalverläufe. Auch der differenzierenden Auffassung ist wegen der mit der begrifflichen Trennung zwischen Überwachungs- und Beschützergaranten einhergehenden Rechtsunsicherheit (vgl. BGH RÜ 2009, 636, 640) nicht zu folgen. Da die zweite Auffassung und die Konzeption des BGH zu identischen Ergebnissen führen, bedarf es insoweit keiner Stellungnahme.

K hat folglich den erforderlichen Tatentschluss für eine nebetäterschaftlichen Tötung des S durch Unterlassen gefasst.

2. Mit dem Gewährenlassen des V beim Anzünden der Benzinspur hat K zeitgleich mit V **unmittelbar zur Tötung des S angesetzt, § 22 StGB**. K handelte auch **rechtswidrig** und **schuldhaft**.

3. Fraglich ist jedoch, ob er vom Versuch des Totschlags **gemäß § 24 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. StGB strafbefreiend zurückgetreten** ist, indem er die Flammen löschte und S in die Stadt fuhr.

a) Der Versuch des K war **nicht fehlgeschlagen**:

„[26] Für (...) K lag nach dem Löschen des Brandes kein Fehlschlag des Versuchs vor. (...) Nach dem Erstickten des Brandes bestand (...) kein ersichtlicher Grund anzunehmen, [er könnte] den ursprünglich in Kauf genommenen Taterfolg nicht mehr – im Zusammenwirken mit [dem] anderen Angeklagten – herbeiführen.“

b) Fraglich ist jedoch, ob nach dem Rücktrittshorizont des K ein **unbeendeter Versuch i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. StGB** vorlag. Voraussetzung hierfür ist, dass der Täter nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung noch nicht alles getan hat, was nach seiner Vorstellung zur Tatbestandsvollendung erforderlich ist (vgl. Fischer, StGB, 57. Aufl. 2010, § 24 Rdnr. 14). Ob diese Situation beim Versuch des unechten Unterlassungsdelikts überhaupt entstehen kann, ist umstritten.

Der BGH hat sich in der vorliegenden Entscheidung (Rdnr. 25) auf die Feststellung der Nebetäterschaft des K beschränkt und den Streitstand nicht weiter problematisiert.

Nach der hier vertretenen Ansicht muss K sich das unmittelbare Ansetzen des V **wegen seiner Stellung als Nebentäter** zurechnen lassen. Das Standardproblem, auf welchen Zeitpunkt für den Versuchsbeginn beim unechten Unterlassungsdelikt abzustellen ist (vgl. AS-Skript Strafrecht AT 2 [2010], Rdnr. 146) bedurfte daher keiner Erörterung.

Die vorliegende Entscheidung zeigt exemplarisch, dass **dieselbe objektive Lage** auf Grundlage des maßgeblichen **subjektiven Rücktrittshorizonts** für den einen Fehlschlag und für den anderen ein noch rücktrittsfähiger Versuch sein kann: Anders als aus der Sicht des V war nach dem Vorstellungsbild des K zur Tatbestandsverwirklichung insbesondere **keine grundlegende Änderung seines ursprünglichen Tatplans** erforderlich, da **für ihn** keine ursprünglich eingeplante Unterstützungshandlung einer anderen Person weggefallen war.

Auch die Auffassung, welche die Möglichkeit eines unbeendeten Versuchs eines Unterlassungsdelikts bejaht, verlangt für einen strafbefreienden Rücktritt gemäß § 24 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. StGB durch „freiwillige Aufgabe der Tat“ die **aktive Vornahme** der aus Tätersicht gebotenen Handlung. Die bloße Untätigkeit im Vertrauen auf einen guten Ausgang kann also auch nach diesem Ansatz keinen strafbefreienden Rücktritt vom unbeendeten Versuch begründen (vgl. LK-Lilie/Albrecht a.a.O., § 24 Rdnr. 471).

Relevanz haben die unterschiedlichen Auffassungen (lediglich) in Fällen, in denen der Garant die nach seinem Vorstellungsbild zur Erfolgsabwendung geeignete Handlung zwar nachholt, diese aber **nicht kausal für eine Verhinderung des Erfolges** wird:

- Bejaht man die Möglichkeit eines unbeendeten Versuchs, ist in diesen Konstellationen ein Rücktritt nach § 24 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. StGB möglich. Auch wenn der Garant also keine optimalen Rettungsbemühungen i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 2 StGB vorgenommen hat, kann er **trotz fehlender Verhinderungskausalität** strafbefreiend zurücktreten (vgl. LK-Lilie/Albrecht a.a.O., § 24 Rdnr. 472; Sch/Sch/Eser a.a.O., § 24 Rdnr. 28, 30).
- Verneint man die Möglichkeit eines unbeendeten Versuchs, setzt der Rücktritt entweder Verhinderungskausalität (§ 24 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. StGB) oder optimale Rettungshandlungen (§ 24 Abs. 1 S. 2 StGB) des Garanten voraus.

Nach h.M. setzt eine Tatverhinderung i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. StGB keine optimalen Rettungsbemühungen voraus. Objektiv genügt bereits die **Mitursächlichkeit** für die Erfolgsabwendung vgl. AS-Skript Strafrecht AT 2 [2010], Rdnr. 178).

aa) Teile des Schrifttums **unterscheiden auch beim unechten Unterlassungsdelikt zwischen unbeendetem und beendetem Versuch** (vgl. LK-Lilie/Albrecht, StGB, 12. Aufl. 2006, § 24 Rdnr. 467 ff.). Ein unbeendeter Versuch sei solange anzunehmen, wie der Garant nach seiner Vorstellung die ursprünglich gebotene Handlung noch vornehmen und damit den Erfolgseintritt verhindern könne. Beendet sei der Versuch erst dann, wenn nach der Vorstellung des Täters die Nachholung der ursprünglich gebotenen Handlung für sich genommen nicht mehr ausreiche, um den tatbestandlichen Erfolg abzuwenden. Erst dann habe er nach seinem Vorstellungsbild wirklich alles unterlassen, damit der Erfolg eintreten könne.

Der BGH folgt diesem Ansatz nunmehr:

„[30] (...) aus Sicht [des] Angeklagten K [war] ein unbeendeter Versuch gegeben. [29] Hier sprach etwa der Umstand, dass der Geschädigte nach dem Löschen der Flammen aufstand, sich selbst anzog (...) und mit den Tätern in die Stadt zurückfuhr, ersichtlich gegen die Annahme, er werde infolge der Verbrennungen alsbald sterben. (...) [30] Schließlich war die Tatsache, dass V von dem Geschädigten verlangte, dieser solle sich bei (...) K bedanken, denn er – V – hätte ihn brennen lassen (...) ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Angeklagten (...) nicht mehr von der Möglichkeit des Todes ausgingen (...).“

Da K nach dem Anzünden des S somit davon ausging, er könne dessen Tod durch das Löschen der Flammen und den anschließenden Rücktransport noch selbst verhindern, ist er nach dieser Auffassung freiwillig – weil aus autonomen Motiven – i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. StGB durch die Vornahme dieser Handlungen strafbefreiend zurückgetreten.

bb) Die bisherige Rspr. ging mit Teilen der Lit. hingegen davon aus, dass es **keinen unbeendeten Versuch des unechten Unterlassungsdelikts gebe**. Ein Versuch des Unterlassungsdelikts setze voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges für möglich halte und sich mit ihm abfinde. Der Rücktrittshorizont eines solchen Täters stimme daher stets mit demjenigen eines beendeten Versuchs der Begehungstat überein. In beiden Konstellationen bleibe das geschützte Rechtsgut nach der Vorstellung des Täters gefährdet und die Gefahr könne jederzeit in den tatbestandsmäßigen Erfolg umschlagen (vgl. BGHSt 48, 147, 149; Fischer a.a.O., § 24 Rdnr. 14 a).

Fraglich ist nach dieser Auffassung somit, ob K nach den für den unbeendeten Versuch maßgeblichen Voraussetzungen des **§ 24 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. StGB** strafbefreiend zurückgetreten ist. Durch das Löschen der Flammen und den Rücktransport des S hat er Handlungen vorgenommen, die jedenfalls mitursächlich für dessen Rettung waren. Hiermit hat er die Vollendung der Tat i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. StGB verhindert. Da er des Weiteren zu diesem Zeitpunkt seinen Vollendungsvorsatz vollständig aufgegeben hatte, seine Handlungen zur Erfolgsabwendung subjektiv geeignet waren und er ferner freiwillig handelte, ist er auch nach dieser Auffassung strafbefreiend zurückgetreten (vgl. BGHSt 48, 147, 149 f.).

K hat sich somit nach sämtlichen Auffassung nicht als (Neben-)Täter des durch V versuchten Totschlags durch Unterlassen gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 13 Abs. 1 strafbar gemacht.

Dr. Hans-Wilhelm Oymann