Examensklausur 5: Dachbrand und ängstlicher Vater

Schwerpunkte

- Delikte gegen die Person
- gemeingefährliche Straftaten
- Unterlassungsdelikte
- objektive Zurechnung
- Vorsatz
- Rechtfertigung und Entschuldigung

Sachverhalt

In einer Dachgeschoßwohnung war zu nächtlicher Stunde aus ungeklärten Gründen ein Brand ausgebrochen, der dem anwesenden Vater (V) mit seinen beiden Kindern, dem vierjährigen Sohn (S) und der sechs Monate alten Tochter (T), den Fluchtweg nach unten durch das Treppenhaus abschnitt. Unter dem 6,30 m über dem Erdboden gelegenen Fenster, aus dem man noch ins Freie gelangen konnte, hatten sich auf der unbeleuchteten, asphaltierten und bis an das Haus heranreichenden Straße drei kräftige junge Männer mit auffangbereiten Armen aufgestellt. Sie riefen dem V, der bei Ausbruch des Brandes voll angekleidet war und mit dem Knaben auf dem Arm am Fenster um Hilfe schrie, immer wieder zu, ihnen doch den Jungen herabzuwerfen. Obwohl der in den Flammen Eingeschlossene erkannte, dass in der Wohnung der sichere Feuertod drohte, konnte er sich nicht zu der allein noch in Betracht kommenden Rettungshandlung entschließen, weil er fürchtete, seine Kinder durch das Hinabfallenlassen zu verletzen oder sogar ungünstigstenfalls ihren Tod herbeizuführen. Diese Befürchtung hegte V insbesondere in Bezug auf den deutlich schwereren S. In Bezug auf die kleine T hatte er diese Befürchtung zwar weniger, doch hätte er, um zum Zimmer der T zu gelangen, einen Teil des eigentlichen Brandherdes, die Küche, durchqueren müssen. Die damit für ihn verbundene erhebliche Leibes- und Lebensgefahr einzugehen, fehlte ihm der Mut. Trotz des Zurufens der Männer blieb er daher untätig. Als die Flammen bald bis ans Fenster schlugen und S infolge des Rauches bereits bewusstlos geworden war, ließ sich der V, während die unten stehenden Personen zur Seite sprangen, in Todesangst allein auf die Straße fallen, wo er verletzt und bewusstlos liegenblieb. Die in diesem Augenblick eintreffende Feuerwehr konnte zwar noch über eine Hebebühne die T aus einem anderen Fenster retten; für S kam die Hilfe jedoch zu spät, er starb an den Folgen der erlittenen Rauchvergiftung.

Strafbarkeit des V? – Dabei ist davon auszugehen, dass S (nach den Feststellungen des Tatrichters) mit hoher Wahrscheinlichkeit am Leben geblieben wäre, wenn V ihn unter Beachtung der nötigen Sorgfalt in die Arme der Helfer hätte fallen lassen; allerdings ließ sich auch nicht ausschließen, dass das Hinabfallen unter (nicht mehr weiter aufklärbaren) ungünstigen Umständen zum Tod des S hätte führen können.

Lösung

Teil 1: Verhalten gegenüber dem S

I. Totschlag durch Unterlassen, §§ 212, 13

1. Objektiver Tatbestand

1 **a)** Der tatbestandsmäßige **Erfolg** ist eingetreten: S ist gestorben. V hat die denkbare Rettungshandlung (Hinabfallenlassen des S in die Arme der Retter) nicht vorgenommen.

b) Dafür, dass er diese Handlungen physisch nicht vornehmen konnte (Fehlen der individuellen **Handlungsfähigkeit**), enthält der Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Eher denkbar erscheint nach dem Sachverhalt eine psychische Sperre. Ob und inwieweit für die individuelle Handlungsfähigkeit nur auf die physische, objektive Handlungsmöglichkeit abzustellen oder ob insoweit auch eine sog. »psychische Sperre« zu berücksichtigen ist, wenn von dieser eine faktische Zwangswirkung ausgeht, ist nicht völlig geklärt.[1] Die Frage kann hier jedoch offenbleiben. Denn für eine derart gesteigerte psychische Zwangslage weist der Sachverhalt (der nur von Bedenken und Ängsten des V spricht) keine hinreichenden Anhaltspunkte auf; V war also handlungsfähig.

c) Garantenstellung und Garantenpflicht

2 Als Vater des S war V dessen **Beschützergarant**[2] und als solcher prinzipiell dazu **verpflichtet**, die (ihm möglichen, → Rn. 1) Handlungen vorzunehmen, die geeignet und erforderlich waren, um die dem S im weiteren Verlauf des Geschehens drohende Gefahr des Todes (durch Verbrennen, Vergiftung oder Ersticken) abzuwenden – jedenfalls soweit diese Handlungen ihm zumutbar waren.

aa) Das Hinabwerfen des S in die Arme der Retter war ein Handeln, das bei rechtzeitiger Vornahme **geeignet** war, den S vor dem Tod durch Verbrennen oder durch eine Rauchvergiftung zu **retten**. Da in dem Zeitpunkt, in dem die Handlungen zur einigermaßen sicheren Abwendung der Gefahr eines Todes durch Verbrennen oder Rauchvergiftung vorgenommen werden mussten, eine alternative Rettungsmöglichkeit nicht erkennbar war (mit dem rechtzeitigen Eintreffen der Feuerwehr und der Rettung des S durch diese konnte zu diesem Zeitpunkt nicht gerechnet werden), war diese Rettungshandlung auch **erforderlich**. Wäre die Rettungshandlung nicht selbst mit erheblichen Gefahren für S verbunden gewesen, so wäre V als Garant daher zu ihrer Vornahme auch in concreto eindeutig verpflichtet gewesen, zumal in diesem Fall gegen eine entsprechende Verpflichtung des V unter dem Aspekt der generellen Zumutbarkeit der Vornahme eines solchen Handelns keine Bedenken geltend gemacht werden könnten.

---

1 Vgl. hierzu *Ulsenheimer* JuS 1972, 252 f.; *Jescheck/Weigend* StrafR AT 617; MüKoStGB/*Freund* Vor § 13 Rn. 136, 139 f.; NK-StGB/*Gaede* § 13 Rn. 12: auch psychische Unfähigkeit schließt Handlungsfähigkeit aus; *Roxin* StrafR AT II § 31 Rn. 15 aE.

2 Vgl. BGHSt 7, 268 (272) = NJW 1955, 1038; BGH bei *Dallinger* MDR 1971, 361; BGH NStZ 2004, 94 (95); wN → § 8 Rn. 135 f.

bb) Dies könnte sich im vorliegenden Fall freilich dadurch ändern, dass die **Handlung**, die geeignet und erforderlich war, um den S vor dem ohne ihre Vornahme mit hoher Wahrscheinlichkeit drohenden »Feuertod« zu retten, ihrerseits selbst **nicht ungefährlich** war – nämlich mit der nicht ganz fernliegenden Möglichkeit einer erheblichen Verletzung des S, vielleicht sogar unter ungünstigen Umständen einer tödlichen Verletzung, verbunden war. 3

(1) Soweit diese Gefährlichkeit der Rettungshandlung nur zugleich beinhaltete, dass dadurch die **Chance**, durch ihre Vornahme das Leben des S überhaupt zu erhalten, **reduziert** war, steht das der Pflicht zur Vornahme freilich noch nicht entgegen. Denn eine Pflicht zur Vornahme von zur Lebenserhaltung etwa geeigneten Handlungen besteht nicht nur, wenn diese mit Sicherheit den Erfolg gewährleisten, sondern schon dann, wenn sie eine Chance zur Erhaltung des vom Garanten zu schützenden bedrohten Rechtsguts bieten.[3] Erst die sicher voraussehbare Erfolglosigkeit eines Rettungsbemühens lässt eine Handlungspflicht entfallen[4] – wie dann, wenn das Hinabfallenlassen des S wegen der Höhe (zB 20. Stockwerk) den sicheren Tod bedeutet hätte; denn eine Pflicht, den sicheren Flammentod durch eine andere Todesart zu ersetzen, ist zur Erhaltung des Rechtsguts ungeeignet.[5] Im vorliegenden Fall bestand eine erhebliche Chance der Rettung des Lebens des S durch das Hinabfallenlassens in die Arme der auffangbereiten Helfer, weil das Hinabfallenlassen den sicheren Feuertod abwendete und selbst nur mit einem weitaus geringeren Todesrisiko behaftet war.

(2) Die Gefährlichkeit der Rettungshandlung stellt freilich nicht nur eine Reduzierung der Chance der Lebenserhaltung überhaupt dar. Sie könnte auch zur Folge haben, dass die Vornahme der entsprechenden Handlung gar nicht in Betracht kam, weil die Handlung **wegen ihrer Gefährlichkeit verboten** war. Sollte das (abschließend) der Fall sein, so ist V sicher nicht zu ihrer Vornahme verpflichtet. Gegenstand der Rettungspflicht könnte sie vielmehr nur sein, wenn sie trotz dieser Gefährlichkeit erlaubt war. Entscheidend ist somit, ob die Rettungshandlung hier verboten oder trotz ihres lebensgefährdenden Charakters erlaubt (und letzterenfalls damit auch Gegenstand der Rettungspflicht) war. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass die mit der Handlung verbundene Gefahrschaffung als solche, dh wenn eine entsprechende Handlung ohne den Hintergrund des konkreten Falles vorgenommen würde, eindeutig missbilligt und verboten wäre. Erlaubt könnte sie allenfalls deshalb sein, weil sie (zugleich) das einzige Mittel war, um das Leben des S angesichts des drohenden Feuertodes zu erhalten, und dies bei der Gesamtbewertung der Handlung den Ausschlag gibt. 4

- Zur näheren Begründung dessen erwägenswert erscheint dabei zunächst (insbesondere bei Ausschluss eines eigenen Anwendungsbereichs einer Figur des »erlaubten Risikos«[6]) eine Heranziehung des rechtfertigenden **Notstands** nach **§ 34**. Der eigentliche Anwendungsbereich von § 34 betrifft zwar die Kollision von Rechtsgütern verschiedener Gutsträger, um die es hier nicht geht; hier handelt es 5

3 BGHSt 48, 77 (92) = NJW 2003, 522; Schönke/Schröder/*Bosch* Vor §§ 13 ff. Rn. 149; ebenso *Jakobs* StrafR AT Abschn. 29 Rn. 20; MüKoStGB/*Freund* § 13 Rn. 252 f.; *Roxin* StrafR AT II § 31 Rn. 47; *Stratenwerth/Kuhlen* StrafR AT § 13 Rn. 52 ff.; → § 8 Rn. 39, 46.

4 BGH NStZ 2000, 414 (415); BGH NJW 2003, 522 (526); Schönke/Schröder/*Bosch* Vor §§ 13 ff. Rn. 149.

5 Zutreffend *Wessels/Beulke/Satzger* StrafR AT Rn. 1173 (noch deutlicher in der 37. Aufl. 2007, Rn. 712); *Freund/Rostalski* StrafR AT § 6 Rn. 143, 145; SSW-StGB/*Kudlich* § 13 Rn. 12.

6 So zB LK/*Hirsch*, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 33; s. auch LK/*Rönnau* Vor §§ 32 ff. Rn. 58.

sich vielmehr um eine sog. interne Interessenkollision: Die Vermeidung des dem S drohenden Feuertodes ist nur um den Preis einer gewissen Gefährdung des S beim Hinabwerfen möglich. § 34 ist jedoch seinem Grundgedanken nach auch auf die Kollision von Rechtsgütern und verschiedenen Interessen *einer* Person anwendbar,[7] sofern dabei nicht die Autonomie des Gutsträgers oder der für ihn Verantwortlichen überspielt wird[8] – was bei einer Handlung des für S verantwortlichen V nicht der Fall wäre. Da die Chance des S zu überleben durch die Vornahme der Rettungshandlung wesentlich erhöht worden wäre, wäre deren Vornahme damit nach (dem Grundgedanken des) § 34 gerechtfertigt gewesen.[9]

6 • Zu demselben Ergebnis kann man auch gelangen, wenn man eine Rechtfertigung nach den Grundsätzen des **»erlaubten Risikos«**[10] zulässt. Danach kann nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses auch eine an sich gefährliche Handlung erlaubt sein. Maßgebend hierfür ist eine Abwägung der beteiligten Rechtsgüter und der ihnen drohenden Gefahren; sie muss ein überwiegendes Interesse an der Durchführung der gefährlichen Rettungshandlung ergeben. Das ist hier aus den schon zuvor erwähnten Gründen der Fall: Beim Hinabwerfen des S überwiegt die Rettungschance trotz gewisser Gefahren deutlich, weil die Alternative der sonst sehr wahrscheinliche Feuertod war – auch bei Zugrundelegung dieses Lösungsansatzes wäre das Hinabwerfen des S somit gerechtfertigt gewesen.

7 **cc)** War das Hinabwerfen (Hinabfallenlassen) des S dem V damit nicht verboten und war es zugleich die einzige Möglichkeit, um das Leben des S mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erhalten, so bedeutet das für den V als Garanten zugleich, dass die Vornahme dieser Handlung für ihn in concreto **zur Pflicht wurde**.[11] Ihm das aufzuerlegen, was das in der konkreten Situation allein Vernünftige war (ist), erscheint auch unter dem Aspekt der allgemeinen **Zumutbarkeit** (genauer: der Begrenzung [schon] der Pflicht durch den Gedanken der Zumutbarkeit; → § 8 Rn. 31 ff., 68, 72) sachgerecht: Die Rechtsordnung muss dem Garanten auf der Ebene der richtigen Bestimmung des Inhalts der Pflichten das zumuten, was unter dem Aspekt des Wohles der von ihm zu schützenden Person das allein Vernünftige ist (und von vielen schon deshalb auch vorgenommen würde). Schwierigkeiten eines Garanten, diesem Gebot nachzukommen, kann sie erst im Bereich der Schuld Rechnung tragen.

V hat nach allem jene Handlung, zu deren Vornahme er als Garant verpflichtet und zu der er auch fähig war, unterlassen.

8 **d)** Für die Annahme eines *vollendeten* Tötungsdelikts durch Unterlassen müsste V freilich auch der im Anschluss an sein Unterlassen eingetretene **Tod des S zugerechnet** werden können. Ob das im vorliegenden Fall möglich ist, erscheint deshalb zweifelhaft, weil es zum Eintritt des Todes – wenn auch nicht durch Verbrennen, Vergiftung

7 Schönke/Schröder/*Perron* § 34 Rn. 8a; s. auch *Kühl* StrafR AT § 8 Rn. 34; *Jakobs* StrafR AT Abschn. 13 R. 30; LK/*Hirsch*, 11. Aufl. 2003, § 34 Rn. 59; abw. Stimmen bei Lackner/Kühl/*Kühl* § 34 Rn. 4.

8 Vorrang der Einwilligung bzw. mutmaßlichen Einwilligung, s. *Roxin/Greco* StrafR AT I § 16 Rn. 101; Schönke/Schröder/*Perron* § 34 Rn. 8a; → § 4 Rn. 294 f.

9 Ebenso BGH bei *Dallinger* MDR 1971, 361 (362); LK/*Hirsch*, 11. Aufl. 2003, § 34 Rn. 59; *Roxin/Greco* StrafR AT I § 16 Rn. 102; Schönke/Schröder/*Perron* § 34 Rn. 8a.

10 Vgl. Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben* Vor §§ 32 ff. Rn. 100 ff.

11 So auch BGH bei *Dallinger* MDR 1971, 361 (362); anders mit beachtlichen Bedenken – der Rechtfertigungsgrund des § 34 dürfe nicht zulasten des V in eine Handlungspflicht umschlagen – *Ulsenheimer* JuS 1972, 252 (255 f.).

oder Ersticken, sondern durch denkbare Verletzungen beim Hinabwerfen – möglicherweise auch bei Vornahme der gebotenen Rettungshandlung gekommen wäre. Ob bei einer solchen Sachlage der eingetretene Tod zugerechnet werden kann, ist umstritten.

aa) Nach der hM bestimmt sich die Zurechnung des Erfolges (oder die **Quasikausalität** des Unterlassens) beim Unterlassungsdelikt nach der Formel von der »hypothetischen Kausalität«.[12] Sie ist zu bejahen, wenn bei Vornahme der Handlung der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre.[13] Vorliegend wäre zwar der Feuertod sicher vermieden worden, aber andererseits war der Tod des S bei einem Hinabfallenlassen durch V durchaus nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen. Nach hM wäre die Zurechnung demnach zu verneinen.

bb) Zu einem anderen Ergebnis führt die **Risikoerhöhungslehre**: Nach ihr ist die Zurechnung des Erfolges beim Unterlassungsdelikt zu bejahen, wenn das geforderte Verhalten die Bedrohung des Rechtsguts signifikant vermindert hätte.[14] Die Risikoerhöhungslehre bezweckt mit dieser weiten Zurechnung – unter anderem – den strafrechtlichen Schutz durch Pönalisierung auch bei Nichtausnutzung einer bloßen Rettungschance: Wenn die Strafbarkeit und der strafrechtliche Schutz von einem zurechenbaren Erfolg abhängen (wie beim Fahrlässigkeitsdelikt allgemein), soll durch die Ausweitung des Zurechnungszusammenhangs vermieden werden, dass trotz effektiver Chancen für die Erhaltung des Rechtsguts bei rechtlich richtigem Verhalten gewisse verbleibende Unsicherheiten zur Straflosigkeit selbst grob fehlerhaften (Unterlassungs-)Verhaltens führen.[15] 9

Durch Hinabwerfen des S wäre dessen Überlebenschance, gemessen an dem sonst sehr wahrscheinlichen Feuertod, trotz gewisser mit dem Hinabwerfen verbundener Gefahren deutlich erhöht worden. Nach der Risikoerhöhungslehre wäre V der Tod des S also zuzurechnen.

cc) Stellungnahme

(1) Gegen die Risikoerhöhungslehre wird – zT im Zusammenhang mit dem Begehungsverhalten – vielfach eingewandt, sie verstoße gegen den Grundsatz »in dubio pro reo«[16] und sie wandle Erfolgsdelikte in Gefährdungsdelikte um.[17] 10

12 Vgl. BGHSt 6, 1 (2) = NJW 1954, 931; BGHSt 37, 106 (126) = NJW 1990, 2560; BGH NStZ 2011, 31; Schönke/Schröder/*Bosch* § 13 Rn. 61 mwN; → § 8 Rn. 45 ff.

13 RGSt 75, 49 (50) f.; BGHSt 37, 106 (127) = NJW 1990, 2560; BGH NStZ 2011, 31 mwN; *Mitsch* in Baumann/Weber/Mitsch/Eisele StrafR AT § 21 Rn. 25; Schönke/Schröder/*Bosch* § 13 Rn. 61; *Schünemann* JA 1975, 647 (654 f.).

14 *Roxin* StrafR AT II § 31 Rn. 46 ff., 49, 54 ff.; SK-StGB/*Rudolphi*, 7. Aufl. 2000, Vor § 13 Rn. 16 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen* StrafR AT § 13 Rn. 54 f.

15 S. für diese Argumentation zB *Otto* StrafR AT § 9 Rn. 99 ff.: Vermeidung von Strafbarkeitslücken; *Stratenwerth/Kuhlen* StrafR AT § 13 Rn. 55; *Schünemann* JA 1975, 647 (648 ff.), der freilich für den Bereich der Unterlassungsdelikte aus dogmatischen Gründen anders entscheidet; JA 1975, 655.

16 *Eisele* in Bauman/Weber/Mitsch/Eisele StrafR AT § 10 Rn. 90; *Freund/Rostalski* StrafR AT § 6 Rn. 148 f.; *Jakobs* StrafR AT Abschn. 7 Rn. 100, 103 und Abschn. 29 Rn. 20; Schönke/Schröder/*Bosch* § 13 Rn. 61.

17 LK/*Schroeder*, 11. Aufl. 2003, § 16 Rn. 190; *Jakobs* StrafR AT Abschn. 29 Rn. 20 (S. 791); Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben/Schuster* § 15 Rn. 179.

(2) Diese Argumente greifen jedoch nicht durch (eingehende Erörterung → § 2 Rn. 179 ff. bei den Begehungsdelikten und → § 8 Rn. 47, 83): Dass die Risikoerhöhungslehre in gewissen Fällen zur Zurechnung gelangt, in denen die Zurechnung nach hM zu verneinen ist, hat mit einer anderen *Auslegung* des Zusammenhangserfordernisses zu tun. Für die Frage der (richtigen) Auslegung gilt der »in-dubio-Satz« aber anerkanntermaßen überhaupt nicht, insoweit sind vielmehr bestimmte normative Erwägungen maßgebend (→ § 10 Rn. 4). In Bezug auf den von ihr selbst aus normativen Erwägungen geforderten Zusammenhang beachtet die Risikoerhöhungslehre den Satz »in dubio pro reo« im Übrigen durchaus: Sofern bei der Feststellung, ob ein Risiko signifikant erhöht wurde oder – bei Unterlassen – vermindert worden wäre, Zweifel bleiben, ist »in dubio pro reo« auch nach der Risikoerhöhungslehre das Gegebensein des erforderlichen Zurechnungszusammenhangs zu verneinen.[18] Gegen den zweiten Einwand aber ist zu sagen, dass für die Bestrafung aus einem Erfolgsdelikt auch nach der Risikoerhöhungslehre der Erfolgseintritt (anders als bei Gefährdungsdelikten) durchaus Voraussetzung ist – die Lockerung des Zusammenhangs zwischen Handlung und Erfolg im Sinne einer (insoweit ausreichenden) Gefahrerhöhung (ex post) macht die so erweiterten Deliktstatbestände noch nicht zu Gefährdungsdelikten.[19]

(3) Gegen die Risikoerhöhungslehre spricht allerdings, dass sie es ermöglicht, dem Täter als spezifische Folge seines Fehlverhaltens einen Erfolg zuzurechnen und auf dieser Basis vorzuwerfen, den dieser uU gar nicht gerade durch sein pflichtwidriges Verhalten herbeigeführt hat und den er möglicherweise auch durch das gebotene Verhalten nicht hätte verhindern können. Dies ist nicht nur ungerecht (was der Sache nach wohl auch mit dem Hinweis auf den gerechtigkeitsorientierten in-dubio-pro-reo-Grundsatz gemeint ist). Es wird damit auch etwas als Erfolgs*unrecht* ausgegeben, was möglicherweise gar nicht die spezifische Folge unrechten Handelns (und damit Erfolgs*unrecht*) ist.[20]

Außerdem ist das Argument, eine Zurechnung sei zur Gewährleistung strafrechtlichen Schutzes notwendig, im Bereich der Vorsatzdelikte (um den es hier geht) wenig tragfähig – denn insoweit besteht prinzipiell die Möglichkeit der Bestrafung wegen Versuchs (falls dessen Voraussetzungen erfüllt sind). Die Risikoerhöhungslehre ist somit abzulehnen, was vorliegend dazu führt, dass V der Eintritt des Todes von S nicht zuzurechnen ist.

2. Im **Ergebnis** ist daher eine Strafbarkeit des V wegen vollendeten Totschlags an S (§§ 212, 13) zu verneinen. In Betracht kommt unter dem Aspekt des Totschlags vielmehr allein eine Strafbarkeit wegen Versuchs.

II. Versuchter Totschlag durch Unterlassen, §§ 212, 13, 22, 23

1. Tatentschluss

11 **a)** V sah, dass es bei weiterer Untätigkeit zum Tod des S in den Flammen kommen würde. Dies allein genügt aber nicht zur Annahme von Vorsatz: Vorsatz in Bezug auf

18 *Roxin* StrafR AT II § 31 Rn. 55, 59 ff.; SK-StGB/*Rudolphi*, 7. Aufl. 2000, Vor § 1 Rn. 69.
19 SK-StGB/*Rudolphi*, 6. Aufl. 1997, Vor § 1 Rn. 70.
20 Dazu eingehend *Freund/Rostalski* StrafR AT § 2 Rn. 55 ff., 86 f., § 6 Rn. 148 f.; *Freund* Unterlassen 130 f.; *Frisch* GA 2018, 553 (570); *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten 525 f.

den Tötungscharakter seines Unterlassens hatte V vielmehr nur, wenn er davon ausging, dass es bei Vornahme des Handelns, das von ihm gefordert wird, nicht zum Todeseintritt bei S kommen würde – sodass es also gerade wegen seines Unterlassens zum Todeseintritt zu kommen drohte. Ganz unproblematisch ist der Tatentschluss dabei auch nur dann, wenn V Letzteres als sicher angesehen haben sollte.

b) Tatsächlich sah V es jedoch als durchaus **möglich** an, dass es auch bei Vornahme der **Rettungshandlung** (bzw. sogar durch diese selbst) **zum Tod des S** kommen könnte. Er ging also nur von der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der Rettung und damit vom möglichen (wahrscheinlichen) Eintritt des Todes gerade als Folge seines Unterlassens aus. Begründet dies den Tatentschluss, wenn V sich angesichts dieser Vorstellung entschließt, die Rettung zu unterlassen?

aa) Nach Ansicht des BGH (in einer früheren Entscheidung zu einem vergleichbaren Fall) soll dies nicht reichen: Auch für bedingten Vorsatz sei das Bewusstsein des Unterlassungstäters erforderlich, dass die von ihm erwartete Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den tatbestandsmäßigen Erfolg verhindern wird.[21] Da V fürchtete, S könnte durchaus auch infolge des Hinabwerfens sterben, fehlt es bei V bei Zugrundelegung dieser Auffassung somit am Vorsatz. **12**

bb) Anders entscheidet insoweit ein anderer Teil der Judikatur[22] und die überwiegende Auffassung in der Literatur: Beim unechten Unterlassungsdelikt genügt es danach für den **bedingten Vorsatz**, dass der Täter die Tatbestandsverwirklichung gerade als Folge seines Unterlassens für möglich hält.[23] Dies sei der Fall, wenn der Täter es ernsthaft für möglich hält, durch sein Unterlassen eine konkrete Rettungschance zu vergeben, die bei einem bestimmten Handeln (hier dem Hinabfallenlassen) besteht.[24] **13**

cc) Vorzugswürdig erscheint die zuletzt genannte Auffassung; die in → Rn. 12 zitierte Rechtsprechung setzt sich mit ihrer Ansicht in Widerspruch zu ihrer eigenen, zum Begehungsdelikt vertretenen Vorsatzlehre. Danach[25] ist ein unerwünschter Erfolg auch vom Vorsatz umfasst, wenn der Täter ihn als Folge seines Handelns für möglich hält und sich damit abfindet (→ § 7 Rn. 38 und → § 8 Rn. 173). Die Parallele dazu im Bereich des Unterlassens ist die Erfassung dessen, dass es gerade wegen des Unterlassens möglicherweise zum Tod kommt. Dies ist vorliegend der Fall: V hat erfasst, dass nur das Hinabwerfen des S eine effektive Rettungschance gegenüber den Feuertod begründete, es also möglicherweise gerade wegen seines Unterlassens zum Tod des S kommt. Daher ist bedingter Vorsatz und damit der Tatentschluss des V zu bejahen, für den nach hM grundsätzlich auch der dolus eventualis genügt (→ § 8 Rn. 173).

---

21 BGH MDR bei *Dallinger*, 1971, 361 (362); missverständlich in diese Richtung auch noch BGH NStZ 2007, 469 und zuletzt BGHSt 62, 223 (242 f.) = NStZ 2017, 701 (705 ff.) und *Kühl* StrafR AT § 18 Rn. 126; gegen den dahinter stehenden verfehlten Bezug des Vorsatzes auf die Zurechnungsvoraussetzung der Sicherheit des Nichteintritts des Erfolgs zuletzt zutreffend *Greco* GA 2018, 539 ff. und *Hoven* NStZ 2017, 707 (708).

22 ZB BGH NStZ 2016, 664 (665); wN bei *Hoven* NStZ 2017, 708 und → § 8 Rn. 50 aE.

23 Lackner/Kühl/*Kühl* § 15 Rn. 23; *Roxin* StrafR AT II § 31 Rn. 48, 185 f.; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben/Schuster* § 15 Rn. 94; *Kudlich/Hoven* FS Rogall, 2018, 209 (220); *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben* JuS 2012, 884 (885); gegen BGH MDR 1971, 361 schon *Herzberg* MDR 1971, 881; *Spendel* JZ 1973, 137 (141) und *Ulsenheimer* JuS 1972, 252 (253 f.).

24 Lackner/Kühl/*Kühl* § 15 Rn. 23; *Roxin* StrafR AT II § 31 Rn. 48; *Ulsenheimer* JuS 1972, 252 (253 f.).

25 Vgl. statt vieler BGHSt 7, 363 (369) = NJW 1955, 1688; BGHSt 36, 1 (9 f.) = NJW 1989, 781.

2. Unmittelbares Ansetzen

14 **a)** Der Zeitpunkt des Versuchsbeginns beim unechten Unterlassungsdelikt ist zwar umstritten:[26] Teils wird auf das Verstreichenlassen der ersten Abwendungsmöglichkeit abgestellt;[27] teils auf das Verstreichenlassen der letzten Rettungschance;[28] die hM nimmt an, dass der Versuch beginnt, wenn der Täter trotz akuter (sich steigernder) Gefahr nicht handelt[29] – eine Grenze, die sich nach hM aus dem Sinn der Garantenpflichten, aus Erwägungen des Rechtsgüterschutzes und vor allem aus der Parallele zu den Begehungsdelikten ergibt (das Unterlassen des Einschreitens bei steigender Gefahr entspricht der Schaffung oder Steigerung einer Gefahr durch positives Tun).

b) Im vorliegenden Fall kann dieser Streit aber letztlich dahinstehen, denn V hat hier selbst die letzte Handlungsmöglichkeit nicht genutzt. V hat hier somit nach allen Auffassungen unmittelbar angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit

15 **a)** Eine Rechtfertigung des V nach den Grundsätzen der rechtfertigenden Pflichtenkollision (→ § 8 Rn. 163 ff.) scheidet aus. V musste vorliegend zwar sowohl T als auch S retten. Aber nach dem Sachverhalt war es V möglich, zunächst den S hinabfallen zu lassen und dann die T zu retten. Demnach bestand keine Kollisionslage.

b) Auch eine Rechtfertigung wegen eigener Gefährdung (→ § 8 Rn. 68) ist abzulehnen. Denn dem V war es sogar im Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens (bzw. vor der Vergabe der letzten Möglichkeit, den S zu retten, durch seinen eigenen Sprung) noch ohne massive Eigengefährdung möglich, zunächst den S und erst dann sich selbst zu retten.

4. Schuld

16 **a)** Eine **Entschuldigung** nach **§ 35** ist mangels Eigengefährdung gerade durch die geforderte Rettung des S nicht begründbar.

b) In Betracht kommt damit allein noch eine **Entschuldigung** wegen **Unzumutbarkeit**, den S der Lebensgefahr durch den Sturz auszusetzen. Anders als beim positiven Tun (→ § 5 Rn. 199) ist die (individuelle) Unzumutbarkeit rechtskonformen Verhaltens im Bereich des Unterlassens auch als möglicher Entschuldigungsgrund anerkannt (→ § 8 Rn. 72 ff.). Sicher ist es auch richtig, dass V das rechtlich gebotene Verhalten im vorliegenden Fall wegen der mit diesem verbundenen Gefährdung des S

26 Eingehend dazu → Rn. 174 f. und *Gössel* in Maurach/Gössel/Zipf StrafR AT II § 40 Rn. 143 ff.

27 *Schröder* JuS 1962, 81 (86); *Herzberg* MDR 1973, 89 (94); in der Sache auch die Auffassung, die darauf abstellen will, ob die Person, die durch »längeres Unterlassen der gebotenen Handlung« eine Rechtsgutsbeeinträchtigung herbeiführen will, dazu mit dem Beginn ihrer Untätigkeit bereits unmittelbar ansetzt, so BGHSt 40, 257 (271) = NJW 1995, 204; *Gössel* in Maurach/Gössel/Zipf StrafR AT II § 40 Rn. 147 f.; krit. LK/*Hillenkamp* § 22 Rn. 143.

28 *Armin Kaufmann* Unterlassungsdelikte 210 ff.

29 SK-StGB/*Rudolphi*, 7. Aufl. 2000, Vor § 13 Rn. 51; BGHSt 38, 356 (360) = NJW 1992, 3309 = NStZ 1993, 32.

außerordentlich schwerfallen musste. Eine Entschuldigung wegen individueller Unzumutbarkeit erscheint daher nicht ausgeschlossen.[30] Doch handelt es sich hier um eine Tatfrage, die abschließend nur auf der Basis weiterer Einzelheiten des seelischen Zustands des V im Tatzeitpunkt beantwortet werden kann. Näher dürfte es liegen, die Zumutbarkeit des rechtlich gebotenen Handelns bei V ebenso anzunehmen wie dessen Fähigkeit, sich dem Recht entsprechend zu steuern, und auf dieser Grundlage nur zu einer Strafmilderung zu gelangen.

5. Ergebnis: Soweit nicht ausnahmsweise eine Entschuldigung wegen Unzumutbarkeit anzunehmen ist, hat V sich nach den §§ 212, 13, 22, 23 wegen eines versuchten Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht. Naheliegend ist jedoch im Hinblick auf die Besonderheiten des Falles und die psychische Ausnahmesituation des V ein ungeschriebener »minder schwerer Fall« nach § 213; uU (bei Doppelmilderung [nach § 23 II und nach § 213]) kommt wegen der dann möglichen Freiheitsstrafe von weniger als einem Jahr sogar ein Absehen von Strafe nach § 60 in Betracht. **17**

III. Aussetzung, § 221

1. Tatbestandsmäßigkeit

V, der gegenüber S iSd § 221 I Nr. 2 **obhutspflichtig** ist, hat Abs. 1 Nr. 2 (**Im-Stich-Lassen**) schon durch sein vorsätzliches Nichtstun verwirklicht (nach der Änderung durch das 6. StrRG ist der Streit um das Merkmal »verlässt« nicht mehr relevant[31]), jedenfalls aber, indem er selbst aus dem Fenster springt und dadurch seine Hilfsmöglichkeit aufhebt. Dadurch, dh wegen der Aufhebung dieser Hilfsmöglichkeit, steigerte V auch die Todesgefahr für den sich in hilfloser Lage befindenden S. V handelte dabei (wie im Rahmen der §§ 212, 22, 13) auch vorsätzlich, rechtswidrig und (vorbehaltlich der Annahme einer Unzumutbarkeit) schuldhaft. **18**

2. Qualifikationen

Die Qualifikation des Abs. 2 Nr. 1 ist erfüllt. Im Rahmen des Abs. 3 (Aussetzung mit Todesfolge) bemisst sich die Zurechenbarkeit nach denselben Kriterien wie beim unechten Unterlassungsdelikt; dementsprechend ist eine Zurechnung auch hier zu verneinen, → Rn. 8 ff.

3. Ergebnis: V ist damit (vorbehaltlich einer Entschuldigung wegen Unzumutbarkeit) nach § 221 I Nr. 2, II Nr. 1 strafbar.

IV. §§ 223 ff. (Körperverletzung) durch Unterlassen (§ 13)

Das Unterlassen des V beinhaltete bei S auch die Gefahr des Eintritts von Gesundheitsbeschädigungen fortschreitenden Ausmaßes (zB Rauchvergiftung als Durchgangsstufe zum Todeseintritt), die bei Vornahme der gebotenen Handlung wahr- **19**

30 Vgl. auch *Ulsenheimer* JuS 1972, 252 (256).
31 Vgl. BGHSt 57, 28 (30) = StV 2013, 24; *Rengier* StrafR BT II § 10 Rn. 18 f.

scheinlich vermeidbar gewesen wären. Die Garantenstellung und die Garantenpflicht sind wie bei den §§ 212, 22, 23 zu bejahen. Problematisch ist freilich auch hier die Zurechenbarkeit der Folgen, da es durchaus möglich ist, dass es auch bei Vornahme der Rettungshandlung zu vergleichbaren körperlichen Beeinträchtigungen gekommen wäre. Das Verhalten des V ist deshalb auch hier nur als versuchte Körperverletzung erfassbar (insbesondere iSd § 224 I Nr. 1, 5 – uU auch des § 226).

V. Unterlassene Hilfeleistung, § 323c

20 Ein Unglücksfall, nämlich ein plötzliches Ereignis mit drohender Gefahr für ein Individualrechtsgut,[32] hier in Gestalt der Lebensgefahr für S, liegt vor, ebenso ist die Erforderlichkeit der Hilfeleistung zu bejahen. Bejaht man auch die Zumutbarkeit der Hilfeleistung (→ Rn. 16; für Unzumutbarkeit im vorliegenden Fall aber *Ulsenheimer* JuS 1972, 252 [256]), so ist damit § 323c erfüllt.

VI. Konkurrenzen

21 Etwaige (versuchte) Körperverletzungsdelikte werden im Wege der Subsidiarität von den §§ 212, 13, 22, 23 verdrängt.[33] Die unterlassene Hilfeleistung, § 323c, tritt hinter § 221 zurück.[34] § 221 wiederum ist als Gefährdungsdelikt subsidiär gegenüber den §§ 212, 13, 22, 23.[35]

Teil 2: Verhalten gegenüber der T

I. Versuchter Totschlag durch Unterlassen, §§ 212, 13, 22, 23

22 Eine Vollendung des § 212 entfällt mangels Eintritts des tatbestandsmäßigen Erfolgs. Doch könnte V sich aufgrund seiner Untätigkeit wegen Versuchs strafbar gemacht haben. Der Versuch des § 212 ist strafbedroht.

1. Tatentschluss

V wusste um die Todesgefahr für T und um seine Möglichkeit, die T zu retten. Er war sich auch seiner Garantenstellung bewusst und rechnete für den Fall seines als möglich angesehenen Vordringens zu T und der Vornahme des dieser gegenüber gebotenen Handelns mit der Rettung der T. Zugleich rechnete er ernsthaft damit, dass die T bei Nichtvornahme der ihm möglichen Rettungshandlung sterben würde. Wenn

32 Vgl. zur Definition des Begriffs BGHSt 3, 65 (66) = NJW 1952, 1062; BGHSt 6, 147 (152) = NJW 1954, 1049; *Fischer* § 323c Rn. 3 mwN.

33 BGHSt 16, 122 = NJW 1961, 1779; BGHSt 41, 10 (14) = NStZ 1995, 282; Schönke/Schröder/*Eser/Sternberg-Lieben* § 212 Rn. 17 f., 22.

34 *Fischer* § 323c Rn. 23; Schönke/Schröder/*Eser/Sternberg-Lieben* § 221 Rn. 18.

35 BGHSt 4, 113 (116) = NJW 1953, 1070; BGHSt 57, 28 (31) = StV 2013, 24; *Fischer* § 221 Rn. 28.

er in dieser Vorstellung untätig blieb, nahm er den Tod der T als mögliche Folge gerade seines Unterlassens in Kauf. Ein Tatentschluss iSd §§ 212, 13, 22, 23 liegt daher insoweit (s. freilich noch 3. mit Anmerkungen) vor.

2. Auch das **unmittelbare Ansetzen** ist gegeben, denn V ließ spätestens durch den Sprung aus dem Fenster sogar die letzte Rettungschance verstreichen.

3. Rechtswidrigkeit

Zweifelhaft erscheint jedoch, ob das Unterlassen des V gegenüber T auch rechtswidrig war. **23**

a) Die Pflicht zur Vornahme der zur Rettung der T geeigneten Handlung entfiel zwar nicht wegen einer **Kollision** dieser Pflicht mit der Rettungspflicht zugunsten des S. Denn die Gefahr des Todes von S wäre bei sofortigem Handeln zugunsten des S abwendbar gewesen und hätte keine maßgebliche Reduzierung der Rettungschancen für T zur Folge gehabt.

b) Der Pflicht zur Rettung der T, die bei Ungefährlichkeit der Rettungshandlung des V für ihn selbst sicher bestanden hätte, könnte jedoch entgegenstehen, dass die Vornahme der allein möglichen Rettungshandlung für V selbst mit **nicht unerheblicher Lebensgefahr** verbunden war (→ § 8 Rn. 68). Sachlich stellt sich damit die Frage, wie weit die Rettungspflicht aus einem Obhutsverhältnis geht, insbesondere ob sie auch zwingt, uU das eigene Leben zu opfern?[36]

Dies ist richtigerweise zu verneinen:[37] Das Gesetz müsste das Leben des Retters ja geradezu geringer veranschlagen, wenn es ihm befehlen wollte, sein Leben aufs Spiel zu setzen, um das gefährdete Leben eines Dritten zu retten.[38] Angesichts eigener Lebensgefahr (deren Vorliegen nach dem Sachverhalt anzunehmen ist) fehlt es damit schon an einem rechtswidrigen Unterlassen des V gegenüber der T (auch eine schuldhafte Herbeiführung der Lage, die im Rahmen der Abwägung eine Rolle spielen könnte, liegt hier nicht vor).

Positivrechtlich (zusätzlich) **fundieren** und präzisieren lässt sich diese Lösung durch einen Blick auf **§ 34** (→ § 8 Rn. 68). Aus dieser Vorschrift ergibt sich nicht nur eine Eingriffsbefugnis (die hier als eine solche des V nicht interessiert). Aus ihr ergibt sich auch, wann und inwieweit die Rechtsordnung es Personen zumutet, eigene Güter aufzuopfern, wenn dies notwendig ist, damit Gefahren von den Gütern Dritter ab- **24**

36 **Hinweis:** Die Frage, die im obigen Text als Problem der Rechtfertigung (Rechtfertigung des Unterlassens) thematisiert ist, kann man freilich auch schon im Tatbestandsbereich unter dem Aspekt der Grenzen der sich aus der Garantenstellung ergebenden Pflicht (allg. Zumutbarkeitsgrenzen der Handlungspflicht) erörtern; s. MüKoStGB/*Freund* § 13 Rn. 195 ff. und auch Schönke/Schröder/*Bosch* Vor §§ 13 ff. Rn. 155; dem obigen Aufbau entsprechend dagegen *Frister* StrafR AT Kap. 22 Rn. 57 f.; SK-StGB/*Stein* Vor § 13 Rn. 42. Würde man die Frage schon im Tatbestandsbereich ansiedeln, so ließe sich bei einer Orientierung des Tatentschlusses an dieser Sicht des Tatbestands auch schon ein Tatentschluss verneinen.

37 BGH NStZ 1994, 29; *Frister* StrafR AT Kap. 22 Rn. 58; MüKoStGB/*Freund* § 13 Rn. 196; Schönke/Schröder/*Bosch* Vor §§ 13 ff. Rn. 156; SK-StGB/*Stein* Vor § 13 Rn. 42; eingehend *Küper* ZStW 131 (2019), 1 (21 ff., 29).

38 Zutreffend MüKoStGB/*Freund* § 13 Rn. 196.

gewendet werden können.[39] Das Gesetz bringt klar zum Ausdruck, dass eine solche Aufopferungspflicht nur besteht, soweit die Interessen des bedrohten Gutes jene Interessen, die zur Abwehr der Gefahr geopfert werden sollen, wesentlich überwiegen.[40] Von einem solchen wesentlichen Überwiegen der Interessen der gefährdeten Person gegenüber den Interessen der Person, deren Güter zur Gefahrenabwehr in Anspruch genommen werden müssten, kann keine Rede sein, wenn ein in Anspruch genommener Retter (wie V) sich zur Abwendung von Lebensgefahr für die bedrohte Person (hier T) selbst in Lebensgefahr begeben müsste.[41] Das gilt umso mehr, wenn – wie hier – die für den Retter bestehende Lebensgefahr zugleich eine erhebliche Minderung der Rettungschance für T bedeutet (zur Abwägungsrelevanz auch der reduzierten Rettungschancen BGH NStZ 1994, 29).

4. Schuld

25 (Nur erörterungsbedürftig, sofern die Rechtswidrigkeit entgegen der hier vertretenen Ansicht bejaht wurde). Die Voraussetzungen des § 35 sind hier erfüllt, denn das Unterlassen war erforderlich, um Gefahren für das eigene Leben oder die eigene körperliche Integrität zu vermeiden. Absatz 1 S. 2 ist nicht einschlägig, er meint nur Fälle einer besonderen Garantenstellung (→ § 5 Rn. 165; nicht das Verhältnis Eltern/Kind). V hatte die Notlage auch nicht verursacht.

5. Ergebnis

V hat sich daher wegen der unterlassenen Rettung der T nicht nach den §§ 212, 13, 22, 23 strafbar gemacht.

II. Aussetzung, § 221

26 Eine Aussetzung in Gestalt des **Im-Stich-Lassens** der T kommt in Betracht; W ist auch als Garant **Obhutspflichtiger** iSd § 221 I Nr. 2 gegenüber der T. Da die Obhutspflicht aber den V nicht dazu verpflichtet, sich selbst in Lebensgefahr zu bringen, um der begünstigten Person beizustehen (→ Rn. 23 f.), entfällt auch hier eine für das tatbestandliche Unrecht erforderliche Pflichtverletzung.

III. Unterlassene Hilfeleistung, § 323c

27 V hat zwar gegenüber der T in einem Unglücksfall iSd § 323c nicht die erforderliche Hilfe geleistet. Diese Hilfeleistung war ihm nach dem unter → Rn. 23 f. und 26 Gesagten aber angesichts ihrer Verbundenheit mit der Gefährdung des eigenen Lebens

39 Zu dieser Bedeutung des § 34 zB SK-StGB/*Stein* Vor § 13 Rn. 42 und grdl. *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, 92 ff.

40 Vgl. SK-StGB/*Stein* Vor § 13 Rn. 42; *Küper* Grund- und Grenzfragen 100 ff.

41 *Frister* StrafR AT Kap. 22 Rn. 58; *Küper* Grund- und Grenzfragen 100 ff.; SK-StGB/*Stein* Vor § 13 Rn. 42.

nicht zumutbar – womit es nach hM (→ § 8 Rn. 33) bereits an einem tatbestandserfüllenden Unterlassen iSd § 323c fehlt.

Hinweis: Der vorstehende Examensfall ist an die Entscheidungen BGH MDR 1971, 361 (362) und BGH JZ 1973, 173 angelehnt. Zur weiteren Vertiefung empfehlenswert ist die Lektüre der Besprechungen von *Blei* JA 1972, 39 f., 435; *Herzberg* MDR 1971, 881; *Spendel* JZ 1973, 137 und *Ulsenheimer* JuS 1972, 252.