

# **Strafrecht: Rücktritt bei erfolgreicher, aber nicht „bestmöglicher“ Vollendungsverhinderung**

*Relevante Normen: §§ 211, 22, 24 StGB<sup>1</sup>*

*Copyright by Rolf Schmidt – März 2003*

Jüngst hat der 2. *Strafsenat* des BGH (2 StR 251/02 - NStZ 2003, 28 f.) über die Frage zu entscheiden gehabt, ob ein Unterlassungstäter, der zwar den Eintritt des Taterfolges verhindert, dabei jedoch nicht das „bestmögliche“ ihm zur Verfügung stehende Mittel nutzt, überhaupt strafbefreiend vom Versuch zurücktreten kann. Der folgende Beitrag stellt das versuchte Unterlassungsdelikt in seiner Gesamtheit dar und berücksichtigt dabei die genannte Rechtsprechung des BGH.

## **Das versuchte Unterlassungsdelikt**

Bei einer Gesetzesanalyse der **echten Unterlassungsdelikte** stellt sich heraus, daß es sich in allen Fällen ausschließlich um Vergehen handelt. Da aber gemäß § 23 I der Versuch eines *Vergehens* nur dann strafbar ist, wenn das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt und das bei den echten Unterlassungsdelikten auch nur bei § 283 III i.V.m. § 283 I Nr. 5 in der 1. Alt und Nr. 7b der Fall ist, folgt daraus, daß der Versuch aller übrigen echten Unterlassungsdelikte straflos ist.

Bei den **unechten Unterlassungsdelikten** ist das Verhältnis umgekehrt: Da der Versuch der meisten Begehungsdelikte (insbesondere der Erfolgsdelikte) strafbar ist und die unechten Unterlassungsdelikte das Gegenstück zu den Erfolgsdelikten darstellen, ist auch der Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts in den meisten Fällen strafbar. Der Versuchsaufbau folgt grundsätzlich dem des versuchten Begehungsdelikts. Es ist also zunächst die Nichtvollendung und die Strafbarkeit des Versuchs festzustellen. Sodann ist auf die subjektive Seite des Täters und auf das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung einzugehen. Schließlich ist der Rücktritt vom Versuch denkbar. Somit bietet sich folgender Aufbau an:

### **Das versuchte unechte Unterlassungsdelikt**

#### **O. Vorprüfung**

1. Fehlen der Vollendung (keine Besonderheiten)
2. Strafbarkeit des Versuchs (keine Besonderheiten)

#### **I. Tatbestandsmäßigkeit**

1. Subjektiver Tatbestand: Tatentschluß
  - a. Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale einer bestimmten Unterlassungsstraftat
  - b. Vorliegen aller besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale
2. Objektiver Tatbestand
  - a. Unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung (Problem der Abgrenzung Vorbereitungshandlung - Unterlassungshandlung)
  - b. Evtl. besondere täterschaftliche Merkmale des Handelnden

#### **II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

⇒ keine Besonderheiten

#### **III. Persönlicher Strafaufhebungsgrund: Rücktritt**

<sup>1</sup> Soweit nicht anders gekennzeichnet, beziehen sich alle Gesetzesangaben auf das StGB.

## I. Tatentschluß

Im Vergleich zum versuchten Begehungsdelikt weist der Tatentschluß keine Besonderheiten auf. Der Täter muß den allgemeinen Vorsatz gehabt haben, durch sein Unterlassen einen bestimmten Straftatbestand und dessen Voraussetzungen zu erfüllen. Auch muß er erkannt haben, daß die Abwendung des drohenden Erfolgs zumindest möglich ist. Zusätzlich gehört zum Vorsatz die Kenntnis der Umstände, welche die Garantstellung begründen. Weiß der Täter nicht, daß er Garant ist, fehlt ihm eine bestimmte Tatumstandskenntnis. Es handelt sich dann um einen Irrtum, der nach den Regeln des § 16 I S. 1 zum Vorsatzausschluß führt.

## II. Unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung

Beim versuchten Unterlassungsdelikt muß der Täter durch sein Untätigbleiben unmittelbar zur Verwirklichung der Unterlassungstat angesetzt haben. Gerade dieses Untätigbleiben macht es aber besonders schwierig, den maßgeblichen **Zeitpunkt** für das unmittelbare Ansetzen zu bestimmen. Es geht mithin um die Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitungshandlung und strafbarer Unterlassungshandlung.

**Beispiel<sup>2</sup>:** Die 86-jährige O ist aufgrund einer irreversiblen Hirnschädigung in höchstem Grade pflegebedürftig. Sie ist nicht ansprechbar. Auch auf Schmerzreize reagiert sie nur mit leichten Lidbewegungen. Sie muß daher mit Sondennahrung ernährt werden. Im Laufe der Wochen bilden sich zudem zahlreiche Ödeme. Der behandelnde Arzt Dr. T entschließt sich daher, O künftig nicht mehr mit Sondennahrung, sondern mit Tee zu versorgen, um sie verhungern zu lassen. Doch als das Pflegepersonal bereits am Morgen des nächsten Tages bemerkt, daß sich anstatt Sondennahrung Tee in der Apparatur befindet, stellt es Dr. T zur Rede. O wird sofort wieder Sondennahrung verabreicht. Strafbarkeit des Dr. T ?

Sieht man hier den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in einem aktiven Tun, gelten die allgemeinen Versuchsregeln. Sieht man den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit jedoch in einem Unterlassen, sind folgende Zeitpunkte für das unmittelbare Ansetzen zum Unterlassen vorstellbar<sup>3</sup>:

- ⇒ Stellt man auf die **letztmögliche Rettungs- bzw. Erfolgsabwendungsmöglichkeit** ab, vorliegend also auf den Zeitpunkt, in dem das Leben der O nur noch durch sofortige Wiederaufnahme der Sondennahrung hätte gerettet werden könnten, hätte Dr. T noch nicht unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt, da dieser Zeitpunkt nicht erreicht wurde.
- ⇒ Denkbar ist auch das Abstellen auf das **Verstreichenlassen der ersten Rettungs- bzw. Erfolgsabwendungsmöglichkeit**, vorliegend also auf den Zeitpunkt, in dem der O zum ersten Mal anstatt der Sondennahrung Tee verabreicht worden ist. Folgt man diesem Ansatz, wäre Dr. T gem. §§ 212, 213, 22, 23 I, 12 I, 13 strafbar.
- ⇒ Schließlich läßt sich auf den Zeitpunkt abstellen, in dem **nach der Vorstellung des Täters eine konkrete Gefährdung des Opfers** eintritt, vorliegend also auf den Zeitpunkt, in dem nach der Vorstellung des Dr. T die O in eine konkrete Lebensgefahr geraten wäre. Dieses kann insbesondere dann in Betracht gezo-

<sup>2</sup> In Anlehnung an BGHSt **40**, 257 ff. (Kemptener Tee-Fall).

<sup>3</sup> Zum aktuellen Meinungsstand vgl. SK-*Rudolphi*, vor § 13 Rn 51; Sch/Sch-*Eser*, § 22 Rn 50; LK-*Vogler*, § 22 Rn 115; LK-*Jescheck*, § 13 Rn 47; NK-*Seelmann*, § 13 Rn 82; *Otto*, GK, § 18 Rn 44; *Gropp*, AT, § 9 Rn 38; *Frisch/Murmann*, JuS **1999**, 1196, 1199; v. *Heintschel-Heinegg/Kudlich*, JA **2001**, 129, 134.

gen werden, wenn der Täter die **Herrschaft über das Geschehen bewußt aus der Hand** gegeben hat. Da vorliegend weder O in eine konkrete Lebensgefahr geraten ist noch Dr. T die Herrschaft über das Geschehen aus der Hand gegeben hatte, wäre Dr. T – folgt man diesem Ansatz – noch nicht in das Versuchsstadium eingetreten.

**Stellungnahme:** Das Abstellen auf den letztmöglichen Zeitpunkt würde den Unterlassungstäter, der das Opfer durch sein Unterlassen schon in eine konkrete Gefahr gebracht hat, aber noch eine Rettungschance besitzt, straflos stellen, wenn das Opfer vor Verstreichung der letztmöglichen Rettungschance von dritter Seite gerettet würde. Aus Gründen des Opferschutzes ist dieser Ansatz daher abzulehnen. Aber auch die Annahme eines unmittelbaren Ansatzens mit dem Verstreichenlassen der ersten Rettungsmöglichkeit ist einem Einwand ausgesetzt. Sie zieht nämlich den Zeitpunkt des Versuchsbeginns zu sehr in das (straflose) Vorbereitungsstadium hinein. Dadurch entsteht ein untragbarer Wertungswiderspruch zum aktiven Tun, bei dem es ja nach der Vorstellung des Täters gerade auf den Eintritt einer konkreten Gefahr ankommt. Diesen Wertungswiderspruch teilt der letztgenannte Ansatz, der auf die konkrete Gefährdung des Opfers abstellt, nicht. Ihm ist daher zu folgen.<sup>4</sup> Im vorliegenden Fall ist Dr. T daher straflos.

**Zusammenfassung:** Der Unterlassungstäter setzt zur Verwirklichung des Tatbestands der geplanten Straftat unmittelbar an, wenn er die Herrschaft über das Geschehen bewußt aus der Hand gibt oder wenn nach seiner Vorstellung eine konkrete Gefährdung des Opfers eintritt.

### III. Rücktritt vom Versuch

Mit der ganz h.M.<sup>5</sup> ist auch beim Unterlassungsversuch unter Anwendung der allgemeinen Rücktrittsregeln die Möglichkeit des strafbefreienden Rücktritts anzuerkennen. Allerdings muß der Täter hierzu auf jeden Fall **aktiv gegensteuern**. Höchst strittig ist die Frage, welche Anforderungen an das Gegensteuern zu stellen sind.

**Beispiel<sup>6</sup>:** T öffnete in Selbsttötungsabsicht zwei Gashähne in seiner im Erdgeschoß eines 12-Familien-Hauses gelegenen Wohnung. Als er auf die (tödliche) Wirkung des Gases wartete, wurde ihm bewußt, daß es durch das ausströmende Gas zu einer Explosion kommen könnte und daß hierdurch andere Hausbewohner verletzt oder getötet werden könnten. Dies nahm er zunächst billigend in Kauf, weil ihm sein Freitod wichtiger erschien. Doch dann besann er sich und rief über die Notrufnummer die Rettungsleitstelle an. Er nannte seinen Namen und seine Anschrift und bat um Rettung der Hausbewohner. Seinen Entschluß, sich selbst zu töten, gab er jedoch nicht auf. Daher ließ er das Gas auch weiterhin ausströmen, obwohl er von der Rettungsleitstelle nachdrücklich aufgefordert wurde, das Gas sofort abzdrehen. Nach seinem Anruf wurde T bewußtlos. Wenige Minuten später traf die Feuerwehr ein, evakuierte etwa 50 Personen, drehte die Gashähne zu und ließ das bereits explosionsfähige Gasmisch aus der Wohnung des T entweichen. T wurde gerettet. Hat er sich strafbar gemacht?

<sup>4</sup> Dieser Befund entspricht auch der Auffassung des BGH, vgl. BGHSt 40, 257, 271.

<sup>5</sup> BGH NStZ 2003, 28; BGH NJW 2000, 1730, 1732; Tröndle/Fischer, § 24 Rn 26; Sch/Sch-Eser, § 24 Rn 27 ff.; LK-Vogler, § 24 Rn 73 u. 142; Jescheck/Weigend, AT, § 60 II 3; Gropp, AT, § 9 Rn 72.

<sup>6</sup> Nach BGH NStZ 2003, 28 f. (Anfragebeschluß gem. § 132 II GVG, da der 2. Senat möglicherweise von der Rechtsauffassung des 1. und 4. Strafsenat abweicht).

T könnte sich wegen **versuchten Mordes** gem. §§ 212, 211 II 6. Alt., 22 (**gemeingefährliches Mittel**), strafbar gemacht haben. Die Tat ist nicht vollendet, der Versuch ist wegen des Verbrechenscharakters des Mordes strafbar (§§ 23 I, 12 I).

Ein versuchter Mord, der an das Aufdrehen der Gashähne und somit an ein aktives Tun anknüpft, kommt jedoch nicht in Betracht, weil T beim Öffnen der Gashähne noch nicht daran gedacht hatte, daß die Hausbewohner durch eine Gasexplosion getötet werden könnten. Daher war seine Vorstellung nicht auf eine Tötung durch aktives Tun gerichtet.

Möglicherweise liegt jedoch ein versuchter Mord durch **Unterlassen** (§§ 212, 211 II 6. Alt., 22, 13) vor, weil T der Aufforderung der Rettungsleitstelle, die Gashähne unverzüglich abzdrehen, nicht Folge geleistet hat.

Als T die durch sein Handeln heraufbeschworene Gefahr einer tödlichen Gasexplosion später erkannte und sich mit ihr abfand, handelte er mit **dolus eventualis** hinsichtlich des § 211 II 6. Alt. Denn zu diesem Zeitpunkt bezog sich seine Vorstellung auf einen „mit gemeingefährlichen Mitteln“ begangenen Mord, da er die Wirkung der Gasexplosion auf Leib und Leben der Hausbewohner nicht in der Hand hatte.

Indem T das Gas weiter ausströmen ließ, obwohl er wußte, daß es jederzeit zu einer für alle im Haus befindlichen Personen lebensgefährlichen Explosion kommen könnte, hat er zu deren gemeingefährlicher Tötung i.S.v. § 22 StGB auch **unmittelbar angesetzt**.

Von diesem Mordversuch könnte T gem. § 24 I S. 1 2. Alt. **strafbefreiend zurückgetreten** sein. Dazu müßte er freiwillig die Vollendung der Tat verhindert haben.

Dadurch, daß T die Feuerwehr zur Rettung der Hausbewohner aufgefordert hat, ist er mit dem Ziel tätig geworden, die Tatvollendung zu verhindern. Letztlich konnte die Explosion infolge seines Anrufs auch verhindert werden. Fraglich ist allerdings, ob er damit die Tatvollendung auch i.S.v. § 24 I S. 1 2. Alt. „verhindert“ hat. Bedenken knüpfen an den Umstand, daß er es unterlassen hat, der Aufforderung zum Abdrehen der Gashähne Folge zu leisten, und es somit jederzeit trotz seines Anrufes zur Explosion hätte kommen können. Daher ist die Frage zu beantworten, welche Anforderungen an das Gegensteuern zu stellen sind.

⇒ Mit Urteil vom 27.4.1982 hat der *1. Strafsenats* des BGH<sup>7</sup> entschieden, daß es keinen unbeendeten Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts gebe. Denn der Versuch eines Unterlassungstäters könne überhaupt nur dann vorliegen, wenn dieser den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs zumindest für möglich erachtet und sich mit ihm abgefunden habe. Von daher müßten die Rücktrittsvoraussetzungen des Unterlassungsversuchs dieselben sein wie beim Rücktritt vom beendeten Versuch eines Begehungsdelikts (⇒ also **aktive und kausale Verhinderung des Erfolgsintritts**). Allerdings dürfe sich der Täter nicht mit Maßnahmen begnügen, die, wie er erkenne, (möglicherweise) unzureichend sind, wenn ihm **bessere** (d.h. effektivere) **Mittel zur Verfügung stünden**.

⇒ In der Literatur ist diese Auffassung teilweise dahin verstanden worden, daß auch bei kausaler Verhinderung „**bestmögliche**“ Bemühungen des Täters erforderlich seien. Habe der Täter trotz der Tatsache, daß er den Erfolgsintritt kausal verhindert hat, ein besseres Verhinderungsmittel ungenutzt gelassen, sei er nicht strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten.<sup>8</sup>

Vorliegend hätte ein besseres Verhinderungsmittel darin bestanden, die Gashähne selbst und sofort nach Aufforderung durch das Rettungspersonal abzdrehen.

<sup>7</sup> BGHSt 31, 46, 49. Dem folgend der *4. Senat* NStZ-RR 1997, 193, 194.

<sup>8</sup> SK-Rudolphi, vor § 13 Rn 56; NK-Seelmann, § 13 Rn 86; Freund, AT, § 8 Rn 73; Puppe, NStZ 1984, 488, 490; Rudolphi, NStZ 1989, 508; Herzberg, NJW 1989, 867; Jakobs, ZStW 104, (1992), 89.

Nachdem T dies unterlassen hat, wäre er demzufolge nicht strafbefreiend vom Mordversuch zurückgetreten.

- ⇒ Demgegenüber unterscheidet die in der Literatur verbreitete Gegenansicht, der sich auch der *2. Strafsenat* des BGH anschließen möchte, zwischen *unbeendetem* und *beendetem* Unterlassungsversuch. Während es beim unbeendeten Unterlassungsversuch<sup>9</sup> genüge, daß auch ein Dritter den Eintritt des Taterfolgs verhindere, solange nur der Unterlassungstäter eine auf Erfolgsverhinderung gerichtete Rettungsaktivität ergreife, müsse beim beendeten Unterlassungsversuch<sup>10</sup> das aktive Gegensteuern kausal für die Erfolgsabwendung sein. Dabei komme es **nicht** darauf an, ob dem Unterlassungstäter **schnellere oder sicherere Möglichkeiten der Rettung zur Verfügung gestanden hätten**. Denn habe er die Vollendung tatsächlich verhindert, könne nicht gefordert werden, daß er noch mehr hätte tun müssen. Die Anforderungen an ein „ernsthaftes“ Bemühen“ i.S.v. § 24 I S. 2 seien daher bereits dann erfüllt, wenn **der Täter den Erfolg tatsächlich und kausal verhindert hat**.<sup>11</sup>

Da T – wie bereits festgestellt – durch das Herbeiholen der Feuerwehr eine Gasexplosion tatsächlich verhindert hat und sich diese Verhinderung auch als „sein“ Werk darstellt, konnte er – folgt man der Gegenansicht – somit strafbefreiend vom Mordversuch zurücktreten.

Da die Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist eine Streitentscheidung unerlässlich. Für die Auffassung, die auch bei kausaler Verhinderung „bestmögliche“ Bemühungen des Täters verlangt, spricht, daß es im Einzelfall letztlich vom Zufall abhängt, ob die Tat verhindert wird oder nicht. Für die Rechtsauffassung der Gegenansicht spricht indes der Wortsinn des § 24 I S. 1 2. Alt. („Vollendung verhindert“), der es von Verfassungen wegen (Art. 103 II GG) verbietet, eindeutige Fälle täterursächlicher Erfolgsabwendung mit systematischen und strafzweckorientierten Erwägungen für strafbar zu erklären. Schließt man sich dem an, konnte T strafbefreiend vom Mordversuch zurücktreten.

Aus denselben Erwägungen konnte er auch von der versuchten Herbeiführung einer **Sprengstoffexplosion** i.S.v. §§ 308 I und III, 22, 13 strafbefreiend zurücktreten.

**Zusammenfassung und Fazit:** Folgt man der Auffassung des *2. Strafsenats* des BGH, setzt gem. § 24 I S. 1 2. Alt. ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts **nicht** voraus, daß der Täter, der die **Vollendung** der Tat erfolgreich **verhindert** und dies auch anstrebt, unter mehreren Möglichkeiten der Erfolgsverhinderung die **sicherste** oder „**optimale**“ gewählt hat.

**Weiterführender Hinweis:** Da der *2. Strafsenat* im Hinblick auf die „nicht ganz eindeutige Rechtsprechung“ des *1. und 4. Strafsenats* von deren Rechtsauffassung abweichen könnte, hat er vorsorglich gem. § 132 II GVG bei den anderen Strafsenaten angefragt, ob der beabsichtigten Entscheidung dortige Rechtsprechung entgegensteht. Eine diesbezügliche Antwort steht noch aus.

<sup>9</sup> Ein Unterlassungsversuch sei noch *unbeendet* (§ 24 I S. 1 Alt. 1), solange der Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs nach der Vorstellung des Garanten noch durch Nachholung der *ursprünglich gebotenen* Handlung verhindert werden könne.

<sup>10</sup> *Beendet* (§ 24 I S. 1 Alt. 2) sei der Unterlassungsversuch, wenn der Täter nunmehr *weitere*, d.h. *andere* Maßnahmen zur Erfolgsabwendung für erforderlich halte.

<sup>11</sup> Vgl. *Gropp*, AT, § 9 Rn 72; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 743 f.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 60 II 3; *Sch/Sch-Eser*, § 24 Rn 27 ff.; *LK-Vogler*, § 24 Rn 40; BGH (*2. Senat*) NSTZ **2003**, 28 (in Anlehnung an BGH, *2. Senat*, NSTZ **1981**, 388; NSTZ-RR **1997**, 233, 234; NSTZ **1999**, 299).