

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Zur Begehung eines Mordes durch Unterlassen aufgrund der Mordmerkmale „mit gemeingefährlichen Mitteln“ und „Heimtücke“

1. Eine mit gemeingefährlichen Mitteln begangene Tötung durch Unterlassen ist grundsätzlich nicht möglich, wenn der Täter nur eine bereits vorhandene gemeingefährliche Situation zur Tat ausnutzt, unabhängig davon, ob die Gefahr zufällig entstanden, von einer dritten Person verursacht oder vom Täter selbst ohne Tötungsvorsatz herbeigeführt worden ist.
2. Eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen kommt nur dann in Betracht, wenn der Täter bei der Gefahrsetzung mit Tötungsvorsatz handelte.
3. Eine heimtückische Tötung kann auch durch Unterlassen begangen werden. (Leitsätze des Verf.)

StGB §§ 211 Abs. 2, 13 Abs. 1

BGH, Beschl. v. 7.7.2009 – 3 StR 204/09 (LG Mönchengladbach)¹

Aus den Gründen:

Nach den Feststellungen ging der Angeklagte davon aus, dass seine Lebensgefährtin die Beziehung zu ihm beendet hatte, und war hierüber verzweifelt. Er beschloss deshalb, aus dem Leben zu scheiden, und öffnete die Gasleitung in seiner in einem Mehrfamilienhaus befindlichen Wohnung, um sich zu vergiften. Nachdem das Erdgas 10 bis 15 Minuten ausgeströmt war, verschloss er den Gashahn wieder und führte ein Telefongespräch mit einer Freundin, in dessen Verlauf er sich beruhigte. Dieses beendete er, als seine Lebensgefährtin klingelte, um ihre Sachen abzuholen. Er öffnete ihr die Tür. Sodann ließ er es geschehen, dass seine Lebensgefährtin sich eine Zigarette anzündete. Die Flamme des Feuerzeugs entzündete das in dem Raum befindliche Luft-Gas-Gemisch; die hierdurch verursachte Explosion brachte das gesamte Haus zum Einsturz. Von den Trümmern wurde ein Mitbewohner des Hauses erschlagen. Der Angeklagte und seine Lebensgefährtin erlitten schwere Verletzungen.

Durch diese Feststellungen wird die allein auf die Verwirklichung des Mordmerkmals „mit gemeingefährlichen Mitteln“ gestützte Verurteilung des Angeklagten wegen Mordes zum Nachteil des getöteten Nachbarn I. nicht belegt. Der Generalbundesanwalt hat hierzu in seiner Antragschrift u.a. ausgeführt:

„Die Kammer hat übersehen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sowie der herrschenden Meinung in der Literatur eine mit gemeingefährlichen Mitteln begangene Tötung durch Unterlassen grundsätzlich nicht

möglich ist [...]. Danach muss der Täter das gemeingefährliche Mittel einsetzen, es reicht nicht, wenn er eine bereits vorhandene gemeingefährliche Situation nutzt, unabhängig davon, ob die Gefahr zufällig entstanden, von einer dritten Person verursacht oder von ihm selbst ohne Tötungsvorsatz herbeigeführt worden ist (vgl. BGHSt 34, 13 [14]). Es kommt somit eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassung dann in Betracht, wenn der Täter bei der Gefahrsetzung mit Tötungsvorsatz handelt, die Feststellungen vermögen hier einen solchen Vorsatz zur Zeit der Öffnung des Gashahns jedoch nicht zu belegen. [...]. Damit scheidet [...] die Anwendbarkeit des Mordmerkmals mit gemeingefährlichen Mitteln² aus.“

Dem schließt sich der *Senat* an. Er ist sich zwar der durchaus bemerkenswerten Einwände gegen die zitierte Rechtsprechung bewusst, sieht aber dennoch keinen Anlass, hier von ihr abzuweichen.

[...] Sollte der Tötungsvorsatz des Angeklagten erneut festgestellt werden, wird die neu berufene Strafkammer das Mordmerkmal der Heimtücke auch bezüglich der Tötung des Nachbarn I in den Blick zu nehmen haben.

Anmerkung:

Die Hauptbedeutung des Beschlusses liegt in seinem unscheinbaren Schlussatz verborgen, in welchem der BGH indirekt die Auffassung bekundet, die Verwirklichung eines Heimtückemordes durch Unterlassen für rechtlich möglich zu halten. Dabei dürfte es sich um die erste Stellungnahme des BGH zu dieser Problematik handeln. Sie soll im zweiten Teil dieses Beitrages näher beleuchtet werden.

Weniger neu und weniger glücklich sind dagegen die Ausführungen zur Frage der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen. Hier tritt der 3. *Strafsenat* der bereits im Jahre 1986 vom 5. *Strafsenat*³ vertretenen Auffassung bei. Er verzichtet jedoch darauf, im Rahmen seines Zitats aus der Vorentscheidung auch deren tragenden Gedanken offen zu legen. Der 5. *Strafsenat* hatte seinerzeit als Grund des Qualifikationsmerkmals die besondere Rücksichtslosigkeit desjenigen Täters identifiziert, der sein Ziel durch die Schaffung unberechenbarer Gefahren für andere durchzusetzen sucht. Da es an einer solchen fehle, wenn der Täter eine bereits vorgefundene Situation lediglich zur Tat ausnutze, könne eine Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln nicht durch Unterlassen verwirklicht werden.⁴

Diese Sichtweise setzt sich gewichtigen Bedenken aus, und umso unverständlicher erscheint es, dass sich nunmehr ein weiterer *Strafsenat* (sowie der Generalbundesanwalt) zu ihr bekannt hat. Kritikwürdig erscheint bereits, dass der BGH die Frage der Gleichstellung von Tun und Unterlassen beim Mordmerkmal der gemeingefährlichen Mittel sogleich der Sphäre der Entsprechungsprüfung (der sog. Modalitätenäquivalenz) zuschlägt, ohne auf die vorgelagerte Frage des Ein-

¹ Im Internet abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=4ac94d012b077593d15d052a1b869ddc&nr=48807&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>.

² Der in der Antragschrift des Generalbundesanwalts an dieser Stelle versehentlich verwendete Begriff der „Heimtücke“ wird im Beschluss des *Senats* entsprechend korrigiert.

³ BGHSt 34, 13.

⁴ BGHSt 34, 13 (14).

stehenmüssens (der Garantenstellung des Unterlassenden) einzugehen. Dies ist schon insoweit bedenklich, als die Frage der Modalitätenäquivalenz von der Rechtsprechung chronisch gemieden⁵ wird und auch deshalb mit großen Unsicherheiten belastet ist, wohingegen sich die Feststellung von Garantpflichten auf dem Boden einer vergleichsweise sicheren Kasuistik bewegt. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre also vorweg zu überprüfen gewesen, ob bestimmte Konstellationen der gemeingefährlichen Tötung durch Unterlassen auf der sichereren Ebene der Garantpflichten von vornherein ausgesondert werden können. Die eigentliche Schwäche der Entscheidungen jedoch liegt in der mangelhaften Entsprechungsprüfung. In Gestalt der besonderen „Rücksichtslosigkeit“ des Täters erhebt der BGH hier zumindest faktisch die Gesinnung des Täters zum entscheidenden Abgrenzungskriterium zwischen Mord und Totschlag und konterkariert hierdurch das verfassungsrechtlich gebotene Bemühen des Gesetzgebers, Gesinnungsmerkmale aus dem StGB zu entfernen.⁶ Hinzu kommt, dass eine rücksichtslose Gesinnung des Täters der Schuld zuzurechnen wäre. Zur Klärung der im Rahmen des § 13 Abs. 1 StGB interessierenden Frage, ob das spezifische Unrecht eines Begehungstatbestandes in der Unterlassung eine Entsprechung findet, kann sie daher von vornherein nichts beitragen. Und schließlich lässt sich den denkbar knappen Entscheidungsbegründungen des 3. und 5. *Strafsenats* kein einziges Argument dafür entnehmen, warum die Nichtabwendung der gemeinen Gefahr durch den die Gefahrenquelle beherrschenden Garanten weniger unrecht, strafwürdig oder „rücksichtslos“ sein sollte als die aktive Herbeiführung einer solchen Gefahr durch den Begehungstäter.⁷ Insgesamt muss es daher scheinen, als habe sich der BGH einer durch nicht greifbare Strafwürdigkeitsempfindungen motivierten, sachlich unbegründbaren ad-hoc-Hypothese bedient.

Vorzugswürdig wäre es gewesen, eine erste Weichenstellung bereits bei der Frage vorzunehmen, ob der Unterlassende (als Obhutsgarant) nur für das Schutzgut Leben des Opfers oder (als Sicherungsgarant) auch für die Einhegung der gemeinen Gefahr rechtlich einzustehen hat.⁸ Im ersteren Fall scheidet ein Mord durch Unterlassen bereits am fehlenden Einstehenmüssen für den zur Tötung strafschärfend hinzutretenden Gefährdungserfolg, sodass es auf die Frage einer wei-

tergehenden Entsprechung von Tun und Unterlassen nicht mehr ankommt.⁹ Anders liegt es bei der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen in Fällen, in denen der Täter als Garant für die Kontrolle der gemeinen Gefahr rechtlich einzustehen hat. Als garantiebegründender Umstand kommt im vorliegenden Fall neben der dogmatisch höchst zweifelhaften¹⁰ Ingerenz auch die Herrschaft des Wohnungsinhabers über die von der Wohnung ausgehenden Gefahren in Betracht. Eine solche Garantenstellung setzt nach der kürzlich bestätigten Rechtsprechung des BGH unter anderem voraus, dass die Wohnung „infolge ihrer Lage oder Beschaffenheit eine besondere Gefahrenquelle“ darstellen muss.¹¹ Dieses bisweilen als schwer abgrenzbar kritisierte¹² Kriterium erweist sich auch vorliegend als problematisch, da man das seiner Natur nach flüchtige Gas nur schwerlich als Beschaffenheitsmerkmal der Wohnung wird ansehen können. Andererseits dürfte die Beherrschung einer mit Gas gefüllten Wohnung kaum anders einzuordnen sein, als die Kontrolle über jeden anderen mit Explosivmaterial gefüllten Druckkörper. Im Ergebnis können daher an einer Sicherungsgarantenpflicht des Angeklagten ebenso wenig Zweifel bestehen, wie an derjenigen eines herkömmlichen Bombenbauers.

Erst jetzt stellt sich die Frage, ob auch „das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“ (§ 13 Abs. 1 StGB a.E.). Funktion und Auslegung jener „Entsprechungsklausel“ bereiten erhebliche Probleme.¹³ Die Literatur geht heute wohl überwiegend davon aus, dass die Garantpflicht als Erfolgsabwendungspflicht lediglich in der Lage sei, das Erfolgsunrecht eines Tatbestands zu erfassen, und daher als alleiniges Gleichstel-

⁵ Ein einsames Beispiel bildet etwa BGHSt 28, 300 (307) zu der Frage, ob die Nichtbehebung einer Störung des Fahrten-schreibers seiner aktiven Fertigung einer unechten technischen Aufzeichnung durch störende Einwirkung (§ 268 Abs. 3 StGB) gleichzustellen ist.

⁶ Vgl. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 78.

⁷ Kritisch auch *Bachmann/Goeck*, NStZ 2010, 510.

⁸ So wohl auch *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 211 Rn. 61, wonach es nicht um ein „Ausnutzen“ gemeingefährlicher Lagen „zur Tat“, sondern um eine Tötung durch garantenpflichtwidriges Unterlassen der Abwendung einer vom Täter als unkontrollierbar erkannten Gefahr gehe.

⁹ Im Rahmen der vom BGH gebildeten Kategorien lässt sich diese Konstellation am ehesten in die Fälle hineinlesen, in denen „die Gefahr zufällig entstanden oder von einer an dem Tötungsverbrechen unbeteiligten Person verursacht“ worden ist. Diese Konstellation dürfte recht selten auftreten, jedoch angesichts vermehrt auftretender gemeiner Gefahren aufgrund von Wetterextremen oder im Rahmen von Kampfeinsätzen der Bundeswehr durchaus einen Anwendungsbereich haben. Beispielhaft seien die Fälle genannt, dass ein Soldat einen missliebigen, hilflos verwundeten Kameraden trotz drohenden Feindbeschusses nicht aus der Gefahrenzone holt, oder dass ein Vater sein hilfloses Kind nach einem Deichbruch mit Tötungsvorsatz nicht vor der drohenden Überflutung des Hauses in Sicherheit bringt.

¹⁰ Vgl. *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 316; *Schünemann*, GA 1974, 231 (235 f.); *Brammsen* (Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantpflichten, 1986, S. 418 ff.) begreift die Ingerenz als eine Form der Begehungshaftung.

¹¹ BGH JA 2010, 306. Diese Rechtsprechung betrifft allerdings bislang nur den Spezialfall, dass eine Wohnung von Dritten zur Begehung von Straftaten genutzt werden soll.

¹² *Bosch*, JA 2010, 306 (307 f.).

¹³ Vgl. zur Entstehungsgeschichte und Auslegung dieses Merkmals *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 32 Rn. 218 ff.

lungskriterium zu kurz greife, wenn der gesetzliche Tatbestand (auch) die sozialwidrige Art und Weise des Handlungsvollzugs pönalisieren – also auch Handlungsunrecht enthalte.¹⁴ Folglich könne die Garantenstellung als alleiniges Kriterium nur bei reinen Erfolgsdelikten die Begehungsgleichwertigkeit der Unterlassung herstellen. Bei den sog. verhaltensgebundenen Delikten müsse dagegen als zweite Gleichstellungsvoraussetzung hinzutreten, dass das Unterlassen in gleichwertiger Weise die besonderen Handlungsmodalitäten der Begehung verwirkliche (Modalitätenäquivalenz).¹⁵ Dies soll einer ebenso unbestimmten, wie verbreiteten Formel zufolge dann der Fall sein, wenn das Unterlassen eine „dem Tun vergleichbare Prägung“ besitzt und damit im „sozialen Sinngehalt“ mit der Tatbestandshandlung des Begehungsdelikts übereinstimmt,¹⁶ bzw. wenn es im konkreten Fall dem Unrechtsgehalt aktiver Tatbestandsverwirklichung so nahe kommt, dass es sich dem Unrechtstypus des Tatbestands einfügt.¹⁷

Hier freilich entzündet sich ein gravierendes Problem. Dadurch, dass sich die herrschende Doktrin im Rahmen der Entsprechungsklausel derart unbestimmter Begriffe bedient, bewirkt sie unter dem Deckmantel der Begrenzung der Unterlassungshaftung in Wahrheit eine Ausdehnung der Strafbarkeit oder schafft zumindest die Grundlage hierfür. Das Risiko, bei der Anwendung so unscharfer Vorgaben die Wortlautgrenze der Begehungstatbestände zu überschreiten und einer missbräuchlichen Ausdehnung der Deliktstatbestände im Wege terminologisch verbrämter und von § 13 Abs. 1 StGB scheinbar gedeckter Analogien Tür und Tor zu öffnen, ist mit Händen zu greifen. Und in der Tat finden sich in der Literatur Tendenzen, auf den unbestimmten Rechtsbegriff der „Entsprechung“ zurückzugreifen, um die präzisen tatbestandlichen Vorgaben durch in ihren Konturen höchst schattenhafte Entsprechungsmerkmale zu ersetzen und der als strafwürdig empfundenen Unterlassung den passenden Tatbestand zu schmieden.¹⁸ Der Terminus der einer dem Tun entsprechen-

den Unterlassung würde hier der Sache nach im Sinne einer „entsprechenden (analogen) Anwendung“ der Begehungsmerkmale gedeutet, was in flagrantem Widerspruch zum strafrechtlichen Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG stünde. Eine verfassungskonforme Anwendung des § 13 Abs. 1 StGB gebietet somit zwingend die kritische Prüfung, ob die Wortlautgrenzen des aktivisch oder neutral formulierten Tatbestandes auch das Unterlassen (noch) einschließt. Erst dann ist im Wege systematischer, historischer und teleologischer Auslegung zur ermitteln, ob die Unterlassung auch dem „sozialen Sinngehalt“ der Vorschrift entspricht oder ob der Tatbestand weiter mit der Folge zu reduzieren ist, dass seine Erfüllung durch Unterlassen ausscheidet.

Dass der Wortlaut des Begehungstatbestandes auch für das begehungsgleiche Unterlassen eine absolute Grenze bildet bedeutet hingegen nicht, dass deshalb Tatbestände verhaltensgebundener Delikte, also solche, die ein aktives menschliches Verhalten erfordern, der Unterlassungsverantwortlichkeit von vornherein entzogen wären. Eine dahingehende kriminalpolitische Befürchtung, die wohl den eigentlichen Grund für die gängige unscharfe Handhabung des Entsprechungsmerkmals bildet, lässt sich nämlich auf Grundlage der sog. Kontrollherrschaftslehre zumindest teilweise entschärfen. Diese Auffassung begreift alle Garantenpflichten als spezielle Ausprägungen einer akuten Beherrschung bzw. Kontrolle des erfolgsverursachenden Geschehens und als das Pendant zur Tatherrschaft bei der Begehung.¹⁹ Beide Zurechnungsformen, Tatherrschaft und Kontrollherrschaft, gehen in einem über den Handlungsmodi Tun und Unterlassen stehenden täterschaftlichen Zurechnungsprinzip auf, das sich als die „Herrschaft über den Grund des Erfolges“ bezeichnen lässt.²⁰ Da nun im Falle aktiver Begehung angesichts der Beteiligungstypen der mittelbaren Täterschaft und Mittäterschaft völlig unbestreitbar ist, dass der Täter nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale in eigener Person verwirklichen muss, sondern die Tatbestandsanteile eines Dritten – des Mittäters oder Tatmittlers – zugerechnet bekommt, kann angesichts des gemeinsamen Grundes von Kontrollherrschaft und Tatherrschaft im Unterlassungsfall nichts anderes gelten.²¹

¹⁴ So zuerst *Gallas* anlässlich der zweiten Lesung des E 1959 eines Allgemeinen Teils (zit. *Roxin* [Fn. 13], § 32 Rn. 219 ff.); BGHSt 28, 300 (307); *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 11 Rn. 79 ff.; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 29/7; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 629 f.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 18 Rn. 122 ff.; *Bloy*, JA 1987, 490 (493); *Schünemann* (Fn. 10), S. 279, 371, jeweils m.w.N.

¹⁵ *Schünemann* (Fn. 10), S. 279.

¹⁶ *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 13 Rn. 4.

¹⁷ *Fischer* (Fn. 8), § 13 Rn. 46.

¹⁸ Beispielhaft sei hier die Auffassung von *Schwab* (Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, 1996, S. 189) genannt, der die Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe bei Unterlassungen danach vornehmen möchte, ob das Unterlassen einer Begehungstäterschaft oder einer Begehungsbeihilfe „entspricht“. Davon abgesehen, dass die Entsprechungsklausel des § 13 StGB sich nicht auf die Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe bezieht (insoweit kritisch *Roxin* [Fn. 13],

§ 31 Rn. 166 f.), werden mit dieser Vorgehensweise die Grenzen des Wortlautes des § 27 StGB verwischt, dessen Formulierung „Hilfe leisten“ auf positive Handlungen zugeschnitten erscheint und bei Unterlassungen keine Parallele findet (vgl. *Heine*, in: Schönke/Schröder [Fn. 16], Vor §§ 25 ff., Rn. 102; *Roxin* [Fn. 13], § 31 Rn. 141).

¹⁹ *Schünemann* (Fn. 10), S. 229 ff.; *Roxin* (Fn. 13), § 32 Rn. 17 ff.

²⁰ Vgl. *Schünemann*, in: Gimbernat/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, S. 81. Danach ermögliche das Herrschaftskonzept eine „systematische Vereinheitlichung der Täterlehre, als deren oberstes Prinzip die Herrschaft über den Grund des Erfolges fungiert“.

²¹ Einzelheiten zum bislang kaum erkannten Charakter der Garantenstellung als Zurechnungstatbestand müssen freilich einer Spezialuntersuchung vorbehalten bleiben. Wenn hingegen die h.M. gleichwohl die Forderung aufstellt, dass sich

Mit Blick auf das Töten „mit gemeingefährlichen Mitteln“ hingegen dürfte sich eine Verwirklichung durch Unterlassen bereits begründen lassen, ohne die Eigenschaft der Garantenstellung als Zurechnungstatbestand zu bemühen, da sowohl der Wortlaut des Qualifikationsmerkmals als auch das von ihm verkörperte spezifische Unrecht entgegen der Auffassung des BGH ohne größere Probleme von der Unterlassung erfasst werden. Innerhalb des Wortlauts könnte allenfalls das in der Wendung „mit gemeingefährlichen Mitteln“ doppelt zutage tretende Kausal- und Finalelement Probleme bereiten, sofern man Unterlassungen mangels tatsächlicher „Wirkkraft“ die Fähigkeit absprechen wollte, Ursachen im strafrechtlichen Sinne zu bilden. Nach langem fruchtlosen Streit²² erfreut sich jedoch heute die Auffassung großer Verbreitung, dass der Begriff der Ursache (und damit hier: des Mittels) eines Erfolges auch das Nichtvorhandensein erfolgsverhindernder Faktoren als „negative Ursachen“ beinhalte.²³ Zudem stellt der Gesetzgeber in § 13 Abs. 1 StGB die Nichtverhinderung jeglichen „Erfolges, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“, seiner aktiven Verursachung gleich, was auch die in Qualifikationsmerkmalen umschriebenen zusätzlichen Erfolge einschließt. Auch ein ohne Zutun des Täters entstandener, von ihm beherrschter gemeingefährlicher Kausalverlauf kann also ein „Mittel“ im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB sein.

Was nun den spezifischen Handlungs- und Erfolgsunwert einer aktiven Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln anbelangt, so findet auch er in der Unterlassung eine Entsprechung. Für die Qualifikation entscheidend ist die zum individuellen Todeserfolg hinzutretende Lebens- und Leibesgefahr für eine Vielzahl unbestimmter Dritter. Auf welche Art und Weise diese Gefahr geschaffen wird, gehört jedoch nicht zur tatbestandlichen Unrechtsbeschreibung. Folglich setzt das Merkmal auch keinen Handlungsunwert voraus, der über die zurechenbare Verursachung der gemeinen Gefahr hinausginge. Die Verursachung aber findet ihr hinreichendes Unterlassungsäquivalent in der Quasi-Verursachung, d.h. der Nicht-

auch hier durch Auslegung des Tatbestands Handlungsmodalitäten wie Gewalt, Drohung oder Täuschung im konkreten Fall in die Passivität des Unterlassenden hineinlesen lassen können müssten, so klingt die Vorstellung an, dass sich das gesamte tatbestandliche Verhalten im Unterlassen selbst wieder finden lassen muss (siehe statt vieler *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 730 m.w.N.). Die Vertreter dieser Auffassung scheinen demnach bei der Unterlassung einem Denken verhaftet zu sein, das der „formal-objektiven Tätertheorie“ bei der Begehung entspricht. Diese Theorie wollte nur die Verwirklichung des gesamten Tatbestandes in eigener Person als Täterschaft gelten lassen, ist jedoch mit § 25 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 StGB unvereinbar und wird daher zu Recht nicht mehr vertreten.

²² Vgl. den Überblick bei *Roxin* (Fn. 13), § 31 Rn. 37 f.

²³ *Engisch*, in: *Welzel u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, 1963, S. 247 (S. 264 f.); *Puppe*, *ZStW* 92 (1980), 895; *Wessels/Beulke* (Fn. 21), Rn. 711 f.; mit Einschränkung *Roxin* (Fn. 13), § 31 Rn. 42.

abwendung der gemeinen Gefahr durch den Garanten, sodass der spezifische Handlungsunwert des Qualifikationsmerkmals sich vollauf im Unterlassen wieder findet. Gleiches gilt unproblematisch auch für den Erfolgsunwert, da der Gefährdungserfolg im Unterlassungs- und Begehungsfall vollkommen identisch ist. Zur Bestätigung dieses Befundes lässt sich auch die Parallele zur grausamen Tötung anführen, bei der das qualifizierende Element ebenfalls allein in einem zusätzlichen, neben den Tötungserfolg tretenden Erfolg liegt – nämlich der Erregung von Schmerzen und Qualen, die das für die Tötung erforderliche Maß überschreiten. Hier geht die Rechtsprechung auch richtig davon aus, dass das Mordmerkmal der Grausamkeit einer Verwirklichung durch Unterlassen zugänglich ist.²⁴ Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass einer Strafbarkeit des Mordes mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen keine durchgreifenden Bedenken entgegenstehen.²⁵

Abschließend sei noch Stellung genommen zu der bei unbefangener Betrachtung kurios anmutenden Feststellung des BGH, dass ausnahmsweise dann Raum für einen Mord durch Unterlassen bestehe, wenn der Täter die gemeine Gefahr mit Tötungsvorsatz selbst heraufbeschworen hat. An dieser Feststellung überrascht weniger die Bejahung der Strafbarkeit als ihre Begründung. Der GBA hatte hier ausweislich seiner Antragsschrift die „Öffnung des Gashahns“, also eine Gefahrschaffung durch Tun vor Augen. Wer jedoch eine gemeine Gefahr mit Tötungsvorsatz schafft, ist in Bezug auf die tatsächlich (in zurechenbarer Weise) erfolgenden Tötungen unproblematisch Begehungstäter. Dieser Befund schließt zwar eine neben die Begehungstäterschaft tretende, subsidiäre Unterlassungstäterschaft nicht kategorisch aus, jedoch könnte diese nur eigenständige Bedeutung für etwaige Teilnehmer erlangen, die nach der begehungstäterschaftlichen Handlung, aber vor Erfolgseintritt hinzutreten und etwa zur Unterlassung der Erfolgsverhinderung anstiften. Eine solche Konstellation jedoch war in keinem der beiden vom BGH entschiedenen Fälle gegeben.

Nunmehr soll auf die vom BGH bekundete Auffassung eingegangen werden, dass ein Heimtückemord auch durch Unterlassen begangen werden könne. Der glückliche Umstand, dass der BGH sich zuvor nicht mit ihm auseinanderzusetzen hatte, findet sein unglückliches Echo in einer bislang stiefmütterlichen Behandlung dieser Frage durch das Schrifttum.²⁶ Gleichwohl deutet sich bei den literaturseitig vorhandenen, oftmals rudimentären Äußerungen zu diesem Thema eine bemerkenswerte Meinungsvielfalt an: Während einige Stimmen eine heimtückische Tötung durch Unterlassen ohne Weiteres für möglich halten²⁷, wird andernorts eine Differen-

²⁴ Vgl. *Fischer* (Fn. 8), § 211 Rn. 57 m.w.N.

²⁵ Ebenso *Rauber*, *Mord durch Unterlassen?*, 2008, S. 195.

²⁶ Die bislang einzige systematische Betrachtung dieser Frage bietet *Rauber* (Fn. 25), S. 42 ff.

²⁷ *Jähnke*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 5, 11. Aufl. 2005, § 211 Rn. 51; *Busse*, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, 1974, S. 49.

zierung nach der Art der verletzten Garantenpflicht befürwortet.²⁸ Wieder andere halten einen Heimtückemord durch Unterlassen nur in der Konstellation eines Drei-Personen-Verhältnisses für denkbar, bei dem ein Garant zusehe, wie sein ahnungsloser Schützling von einem Dritten in eine wohl vorbereitete Falle gelockt werde.²⁹ Von einem nicht unerheblichen Teil der Literatur schließlich wird die Möglichkeit eines Heimtückemordes durch Unterlassen generell verworfen.³⁰ Hierfür werden im Wesentlichen zwei unterschiedliche Begründungen angeboten:

Zum Teil wird vertreten, dass die für die Heimtücke definitionsgemäß benötigte Arglosigkeit des Opfers, d.h. die Unkenntnis eines Angriffs, im Unterlassungsfall gespiegelt werden müsse in die Erwartung des Opfers, der Garant werde rettend eingreifen.³¹ Folglich müsse im Unterlassungsfall auch die Wehrlosigkeit des Opfers gerade auf seiner Erwartung der Rettungshandlung des Garanten beruhen. Dieser Kausalzusammenhang könne jedoch im Rahmen eines Unterlassungsdelikts nicht vorliegen, weil die Wehrlosigkeit hier niemals aus der enttäuschten Handlungserwartung, sondern aus der Unfähigkeit des Opfers resultiere, sich der Gefahr aus eigener Kraft zu erwehren.³² Somit könne mangels Kausalität zwischen Arg- und Wehrlosigkeit das Heimtückemerkmal nicht erfüllt werden.³³

Diese Sichtweise setzt sich erheblichen Bedenken aus. Zweifel an ihr sind schon deshalb geboten, weil sie eine nachvollziehbare Erklärung für die Spiegelung der Arglosigkeit in eine Eingriffserwartung schuldig bleibt. Einzig *Rauber* führt als Ansatz einer Begründung an, dass auf diese Weise ein allzu großes Abweichen von der für den Begehungsfall

entwickelten Heimtückedefinition ermöglicht werde.³⁴ Sachlich ist dies jedoch schwerlich nachzuvollziehen, da doch erst die Spiegelung selbst eine kaum mit dem Entsprechungsdogma des § 13 Abs. 1 StGB zu vereinbarende Ersetzung des Arglosigkeitsbegriffs nach sich zieht, wohingegen sich die hergebrachte Definition der Arglosigkeit (die Unkenntnis von einem Angriff) ohne Weiteres auf den Unterlassungsfall anwenden lässt – vorausgesetzt, man hält (wie *Rauber*) einen Angriff durch Unterlassen richtigerweise für begrifflich möglich.³⁵

Am ehesten lässt sich die vorgeschlagene Spiegelung wohl noch als Zerrbild des streng finalistischen „Umkehrprinzips“ *Armin Kaufmanns*³⁶ deuten. Diese Lehre folgerte aus dem Umstand, dass der Begehungstäter einen konkreten Energieeinsatz erbringt, der Unterlassungstäter hingegen nicht, dass sich die Unterlassungsdogmatik insgesamt als Umkehr der Begehungsdogmatik, d.h. wie A und non-A darstelle.³⁷ Dabei übersah sie, dass eine Vielzahl von Deliktsmerkmalen (wie Vorsatz, Rechtswidrigkeit, Sorgfaltpflichtwidrigkeit, Schuld) gerade nicht durch ontologische Gegensätzlichkeit geprägt ist und mithin unverändert auf Tun wie Unterlassen Anwendung finden muss.³⁸ Dies gilt auch für auf Opferseite erforderliche Kenntnisse,³⁹ sodass sich schon deshalb eine „Spiegelung“ des Merkmals Arglosigkeit (d.h. der Unkenntnis vom Angriff) im Unterlassungsfall verbietet. Jedoch selbst wenn man dessen ungeachtet das Umkehrprinzip zur Anwendung bringen wollte, so läge der Gegensatz zur Unkenntnis des Opfers im Übrigen freilich nicht in der Erwartung, sondern in der Kenntnis der vom Garanten geleisteten Rettungshandlung. Schließlich bleibt diese Auffassung aber selbst dann inkonsistent, wenn man die Ersetzung des herkömmlichen Arglosigkeitsbegriffs durch ein gespiegeltes Merkmal als richtig unterstellt. Denn der apodiktische Satz, dass die Wehrlosigkeit nie aus dem Vertrauen auf eine Gefahrenabwehr durch den Garanten resultiere (und es mithin stets an dem erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen Arg- und Wehrlosigkeit mangle), trifft jedenfalls in seiner Pauschalität nicht zu. Dies mag an dem idealtypischen Garantenfall der Seilschaft im Gebirge verdeutlicht werden: Verpasst der in eine Gletscherspalte gestürzte Tourengänger das entscheidende Zeitfenster, innerhalb dessen er noch über Kräfte verfügt und sich selbst retten könnte, weil er fälschlich

²⁸ *Horn*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Lfg., Stand: Oktober 2006, § 211 Rn. 39: „Jedenfalls für den Beschützerгарanten“ sei eine Bestrafung wegen heimtückischen Mordes nicht von vornherein ausgeschlossen.

²⁹ *Jähnke* (Fn. 27), § 211 Rn. 51. In dieser Auffassung tritt eine gewisse Nähe zu dem oben skizzierten Verständnis von Garantenstellungen als Zurechnungstatbeständen zutage.

³⁰ *Rauber* (Fn. 24), 81; *Bachmann/Goeck*, NStZ 2010, 510 (511); *Sinn*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 28), 125. Lfg., Stand: Oktober 2010, § 211 Rn. 51; *Roxin* (Fn. 13), § 32 Rn. 239 f.; zweifelnd, jedoch ohne Begründung *Lüderssen*, JuS 1989, 867 (869).

³¹ *Arzt*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 855 (S. 859); ihm folgend: *Rauber* (Fn. 25), S. 81; *Sinn* (Fn. 30), § 211 Rn. 51; *Bachmann/Goeck*, NStZ 2010, 510 (511).

³² *Rauber* (Fn. 25), S. 90 f. Danach komme es im Unterlassungsfall genau genommen zu einer Umkehrung des erforderlichen Kausalverlaufs, da es nun die Wehrlosigkeit des Tatopfers sei, die zur Handlungserwartung des Opfers, d.h. zu seiner Arglosigkeit führe.

³³ *Rauber* (Fn. 25), S. 90, 103; *Bachmann/Goeck*, NStZ 2010, 510 (511).

³⁴ *Rauber* (Fn. 25), S. 81. Gänzlich ohne Begründung dagegen *Arzt* ([Fn. 31], S. 855 [S. 859]) und *Bachmann/Goeck* (NStZ 2010, 510 [511]).

³⁵ *Rauber* (Fn. 25), S. 74 ff.

³⁶ *Kaufmann*, Die Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, 1959, S. 87 ff.

³⁷ Ob allerdings *Arzt* seinen Vorschlag von der „gespiegelten“ Arglosigkeit tatsächlich als Ausfluss des Umkehrprinzips verstanden haben wollte, muss zumindest insofern bezweifelt werden, als er sich in JA 1980, 553 (554 f.) gegen die Lehre *Kaufmanns* ausgesprochen hatte.

³⁸ Näher *Haffke*, ZStW 87 (1975), 44; *Roxin* (Fn. 13), § 31 Rn. 2 f.

³⁹ Zur Verfehltheit des Umkehrprinzips bei subjektiven Merkmalen vgl. *Haffke*, ZStW 87 (1975), 44 (72).

darauf vertraut, dass ihn seine Seilschaftskameraden herausziehen werden, so beruht seine spätere Wehrlosigkeit erkennbar auf der vormaligen Arglosigkeit.

Ernstere Bedenken gegen die Heimtücke durch Unterlassen könnten sich aus der Erfolgsneutralität des Heimtückemerkmals ergeben. Ausgehend von der bereits angesprochenen Anschauung, wonach die Garantenpflicht als Erfolgsabwendungspflicht nur das Erfolgsunrecht eines Tatbestands reflektieren könne, folgert ein Teil der Literatur, dass erfolgsneutrale Qualifikationsmerkmale – also solche, die das Erfolgsunrecht des Grunddelikts nicht steigern – einer Verwirklichung durch Unterlassen entzogen seien. Als Beispiel führt *Roxin* neben dem hinterlistigen Überfall gem. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB die heimtückische Tötung an.⁴⁰ Ein Garant, der es unterlasse, die heimtückische Tötung einer seinem Schutz unterstehenden Person zu verhindern, sei daher nur des Totschlags schuldig, nicht aber eines Mordes durch Unterlassen.⁴¹

Diese dem ersten Anschein nach einleuchtende Auffassung ist jedoch mit zwei Fehlern behaftet. Zum einen kann aus der Neutralität eines Qualifikationsmerkmals im Hinblick auf den Erfolg des Grunddelikts nicht gefolgert werden, dass es nur Handlungs- und kein Erfolgsunrecht enthalte. Denn das qualifizierende Unrecht kann auch in einem zusätzlichen, neben die Tötung tretenden Erfolg liegen, wie etwa besondere Qualen des Opfers bei der grausamen Tötung oder die Gefährdung Dritter bei der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln. Solche Merkmale jedoch können, wie oben ausgeführt, unproblematisch durch Unterlassen verwirklicht werden, sofern der Täter auch zur Abwendung des Nebenerfolges garantenpflichtig ist.

Der zweite Fehler besteht in der Annahme, dass erfolgsneutrale Qualifikationsmerkmale – also richtigerweise solche, die weder den Erfolg des Grunddelikts steigern, noch einen Nebenerfolg umschreiben – stets einer Verwirklichung durch Unterlassen entzogen wären. Dies trifft nämlich nur auf Merkmale zu, die schlichte Tätigkeiten umschreiben. Daneben jedoch existiert noch eine weitere, bislang kaum beleuchtete Kategorie qualifizierender Merkmale. Um sich ihr zu nähern erscheint es zweckmäßig, zunächst die beiden möglichen Erscheinungsformen des in einer Unterlassung verkörpert Unrechts aufzuzeigen: Zum einen kann es in dem Nichtverhindern eines rechtlich missbilligten Erfolges liegen. Dann handelt es sich um begehungsgleiches („unechtes“) Unterlassen, wie etwa die Nichtabwendung der gemeinen Gefahr bei der Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln. Zum anderen kann ein Unterlassungsunrecht auch in der Nichtaufhebung eines rechtlich missbilligten Zustands bestehen. Wengleich die gewohnte Erscheinungsform solcher schlich-

ten Unterlassungen die begehungsungleichen („echten“) Unterlassungsdelikte bilden,⁴² erscheint doch jedenfalls theoretisch nicht ausgeschlossen, dass sie auch in unselbständiger Form als Qualifikationsmerkmal in Erscheinung treten könnten. Freilich mögen sich die traulich eingewohnten Bahnen strafrechtlichen Denkens der Annahme einer solchen Qualifikationskategorie zunächst widersetzen, da jedes einschlägige Beispiel in einer eigentümlichen Verquickung von Begehungs- (bzw. unechten Unterlassungs-)Grunddelikt und echtem Unterlassungsdelikt bestehen müsste. Nun – im Grundfall⁴³ der heimtückischen Tötung tritt uns just ein solches Gebilde entgegen!

Bei Licht betrachtet liegt das qualifizierende Unrecht der Heimtücke nämlich darin, dass der Täter das Opfer in seiner die Abwehrfähigkeit mindernden Unkenntnis von einem Angriff belässt. Es besteht in der Nichtunterbrechung eines das Opferrechtsgut besonders gefährdenden und deshalb rechtlich missbilligten Zustands, sprich: in einem echten Unterlassen. Dies tritt auch in der überkommenen Definition der Heimtücke als das „Ausnutzen einer auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit“ zutage. Der Terminus des „Ausnutzens“ zeigt an, dass der Täter den Zustand der Arg- und Wehrlosigkeit gerade nicht aktiv herbeigeführt haben muss, sondern den präexistenten Zustand lediglich nicht durch Offenbarung seiner Absichten unterbrochen haben darf. Teleologisch lässt sich schließlich die hinter dem Merkmal stehende, bisweilen als anachronistisch empfundene Wertung anführen, die die Heimtücke mit der längst abgeschafften, ursprünglich in den §§ 201 bis 210 StGB enthaltenen Regelung des Zweikampfes teilt. Beiden liegt der Gedanke zugrunde, dass das Unrecht der Tötung zunimmt, je weniger der Täter im Vorfeld für Kampfparität sorgt.⁴⁴ Als überraschendes Ergebnis lässt sich also festhalten, dass die Heimtücke nicht etwa ein Begehungsmerkmal ist, das auch durch Unterlassen erfüllt werden kann, sondern von vornherein ein echtes Unterlassen umschreibt. Die Frage nach der Begehbarkeit der Heimtücke durch Unterlassen erübrigt sich damit.

Ergänzend ist anzufügen, dass alternativ zu der Qualifizierung der Heimtücke als Unterlassungsmerkmal auch die oben genannte Erfassung der Garantenstellung als Zurechnungstatbestand fruchtbar gemacht und dem das Geschehen

⁴⁰ *Roxin* (Fn. 13), § 32 Rn. 239, 241.

⁴¹ So auch bereits *Kaufmann* (Fn. 36), S. 289: „Wenn beim Begehungsdelikt die Qualifizierung anknüpft an die erhöhte verbrecherische Intensität, die in der Ausgestaltung des Angriffs zutage tritt, ohne jedoch auch den Erfolg zu erschweren, immer dann ist eine Übertragung dieser Qualifikation auf das entsprechende Unterlassungsdelikt nicht möglich.“

⁴² Näher *Berster*, Die völkerstrafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit, 2008, S. 185.

⁴³ Anders liegt es in der von der Rechtsprechung entwickelten Sonderfall des Heimtückemordes, in welchem der Täter erst dann zur Tat ansetzt, nachdem er mit Tötungsvorsatz die Arglosigkeit des Opfers ausgenutzt hat, um es in eine Situation zu verbringen, in der es wehrlos war. Vgl. hierzu jüngst BGH, Urt. v. 10.02.2010 – 2 StR 503/09 (LG Gießen).

⁴⁴ Die Tötung in einem Zweikampf, der den Tod eines der Duellanten herbeiführen sollte, wurde gem. § 206 StGB a.F. mit Festungshaft nicht unter drei Jahren, die Tötung „mit Überlegung“ gem. § 211 StGB a.F. mit dem Tode und die Tötung „ohne Überlegung“ gem. § 212 StGB a.F. mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

beherrschenden Garanten das Handlungsunrecht eines heimtückisch handelnden Dritten zugerechnet werden kann.⁴⁵

Insgesamt lässt sich demnach festhalten, dass der vom BGH zu erkennen gegebene Annahme eines Heimtückemordes durch Unterlassen keine durchgreifenden Bedenken entgegenstehen.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Lars C. Berster, Köln

⁴⁵ Soweit man freilich mit der Rechtsprechung zusätzlich eine feindliche Willensrichtung, also ein nach richtiger Auffassung als spezielles Schuldmerkmal zu qualifizierendes Gesinnungsmerkmal für erforderlich hält (vgl. *Roxin* [Fn. 6], § 10 Rn. 78), müsste dies gemäß § 29 StGB beim Unterlassungstäter selbst vorhanden sein.