

Entscheidungsanmerkung

Deliktscharakter und Strafraumen bei Aussetzung mit Todesfolge nach § 221 Abs. 1, Abs. 3 StGB

Aussetzung durch Im-Stich-Lassen ist stets ein Unterlassungsdelikt; eine Strafraumenmilderung gem. § 13 Abs. 2 StGB ist nicht möglich, auch nicht, wenn der Täter durch die Tat den Tod des Opfers verursacht (§ 221 Abs. 3 StGB).

StGB §§ 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3; 13 Abs. 2

BGH, Beschl. v. 19.10.2011 – 1 StR 233/11¹

I. Einleitung

Der Sachverhalt der zu besprechenden Entscheidung des BGH könnte Gegenstand einer Übungs- oder Examensklausur sein, da er Anlass gibt, den in Grundsatz- wie Detailfragen problematischen Straftatbestand der Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 Abs. 1, Abs. 3 StGB) zu beleuchten. Obwohl sie als (konkretes) Gefährdungsdelikt hinter Verletzungsdelikte zurücktritt, ist die regelmäßig übersehene Vorschrift in bestimmten Tötungskonstellationen anzusprechen.² Eigenständige Bedeutung kann sie unter anderem dann erlangen, wenn die Annahme von Eventualtötungsvorsatz ausscheidet. Genau über eine solche Konstellation hatte der BGH zu befinden, wobei im Zentrum seines Beschlusses die Ausführungen zur Rechtsnatur des § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB stehen, der letztlich als echtes Unterlassungsdelikt eingestuft wird.

II. Sachverhalt

Der Angeklagte lebte mit einer sieben Jahre jüngeren Frau (dem späteren Tatopfer) zusammen, für die er „Verantwortung übernommen hatte“. Er unterstützte etwa ihr Bemühen, einen Schulabschluss nachzuholen. Nachdem die Frau bei einem Gaststättenbesuch über Schwindelanfälle geklagt hatte, begaben sich beide nach Hause, wo es zu einem Streit kam, weil der Angeklagte im Zimmer eines anderen Mitbewohners einen ihrer Slips gefunden hatte. Sie wollte den Streit beenden und ging in das Schlafzimmer. Aus nicht aufklärbaren Gründen kippte die Frau gegen 2.35 Uhr in der Nacht über ein 84 cm hohes Balkongeländer und hing dann von außen mit den Beinen zur gut 12 m tiefer gelegenen Straße, konnte sich zunächst aber noch festhalten. Sie schrie laut um Hilfe und flehte dabei unmittelbar den Angeklagten an, der auf dieses Flehen hin lachte. Obgleich er die Situation erkannte und helfen konnte, griff er nicht ein, sondern verließ die Wohnung. In unmittelbarer zeitlicher Nähe hierzu konnte sich das Tatopfer nicht länger festhalten, stürzte ab und war sofort tot. Ob der Angeklagte die Wohnung kurz vor dem Sturz, während des Sturzes oder kurz danach verließ, war im Nachhinein nicht zu klären. Das erstinstanzlich entscheidende

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2012, 546.

² Zu Aufbaufragen siehe Jäger, JA 2012, 154. Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 13. Aufl. 2012, § 10 Rn. 3.

Gericht verurteilte den Angeklagten nach § 221 Abs. 1, Abs. 3 StGB.

III. Rechtliche Würdigung

1. Tötung durch Unterlassen (§§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB)

Nach der Sachverhaltsschilderung lag eine Strafbarkeit nach § 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB durchaus nahe: Das offensichtlich an Schwindelanfällen leidende Opfer hing von außen an einem 84 cm hohen Balkongeländer, unter ihm tat sich ein Abgrund von 12 m auf. Dennoch lehnte die Vorinstanz Eventualvorsatz ab, da der Angeklagte die Todesgefahr zwar erkannte, aber darauf vertraut habe, am Ende werde nichts passieren.³ Der BGH sieht die Ablehnung des voluntativen Vorsatzelements mit einem gewissen Stirnrunzeln, wenn er ausführt, dass eine solche Annahme „nicht näher begründet ist und sich nicht ohne Weiteres aufdrängt“.⁴ Immerhin fügt sich die restriktive Linie der Vorinstanz in die Rechtsprechung des BGH ein, nach der aus der erkannten objektiven Gefährlichkeit nicht vorschnell auf eine billigende Inkaufnahme des Todeserfolges geschlossen werden solle, weil dem Tötungsvorsatz eine hohe Hemmschwelle vorgelagert sei.⁵ Für den Bereich der Unterlassungsdelikte hatte der BGH in der Vergangenheit aber eine Relativierung vorgenommen und die Höhe jener Hemmschwelle anders beurteilt, wenn der Täter nicht aktiv auf einen Erfolg hinsteuert, sondern dem Geschehen nur seinen Lauf lässt.⁶ Allerdings ist mit Blick auf jede Tatsacheninstanz nicht zu verkennen, dass Vorsatz im eigentlichen Sinne nicht „festgestellt“ werden kann. Weil die Psyche eines Menschen für Außenstehende letztlich unzugänglich ist, bleibt Gerichten wenig anderes als der Rückgriff auf objektive Gegebenheiten als Indizien, was der Sache nach auf eine Zuschreibung – und eben nicht: Feststellung – des Vorsatzes hinausläuft. Wenn das erstinstanzliche Gericht trotz gewichtiger objektiver Umstände Eventualvorsatz ablehnte, mögen daher vermutlich in eine andere Richtung weisende Indizien vorgelegen haben, die aber hätten explizit benannt werden sollen.

2. Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 Abs. 1, Abs. 3 StGB)

a) Deliktstypus, geschütztes Rechtsgut und Struktur

Im Mittelpunkt des Beschlusses stehen die Ausführungen zum konkreten Gefährdungsdelikt der Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 Abs. 1, Abs. 3 StGB),⁷ das neben dem Leben

³ BGH NJW 2012, 546. Vgl. ferner Jäger, JA 2012, 154.

⁴ BGH NJW 2012, 546 (546). Kritisch Jäger, JA 2012, 154 (155). Grundsätzlich zum Zusammenhang mit Tötungsdelikten Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 2009, § 36 Rn. 3.

⁵ BGHSt 36, 1 (15); BGH NSTz 1983, 407. Vgl. hierzu auch Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2008, § 3 Rn. 51; Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 212 Rn. 5; Rengier (Fn. 2), § 3 Rn. 13.

⁶ BGH NJW 1992, 583 (584). Vgl. ferner Eser (Fn. 5), § 212 Rn. 5.

⁷ Historischer Ausgangspunkt des Aussetzungstatbestandes sind Kindesweglegungsfälle, siehe hierzu Hilgendorf (Fn. 4),

auch die körperliche Unversehrtheit schützt, wie das Merkmal der Gefahr einer „schweren Gesundheitsschädigung“ deutlich macht.⁸ Während § 221 Abs. 1 StGB den Grundtatbestand enthält, sind in Abs. 2 Nr. 1 eine Qualifikation und in Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Erfolgsqualifikationen normiert. Das Grunddelikt setzt in beiden Tatvarianten eine „hilflose Lage“ und damit eine Situation voraus, in der das Opfer außerstande ist, sich aus eigener Kraft oder mit Hilfe schutzbereiter Dritter vor drohenden – abstrakten – Lebens- oder schweren Gesundheitsgefahren zu schützen.⁹ Aus der hilflosen Lage muss im Gefährdungsteil die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung resultieren, so dass der Tatbestand eine zweistufige Struktur aufweist. Allerdings kann die Abgrenzung zwischen hilfloser Lage und Todes- bzw. Gesundheitsschädigungsgefahr Schwierigkeiten bereiten, die aber letztlich zu bewältigen sind, da beide Merkmale trotz fließender Übergänge nicht deckungsgleich sind:¹⁰ Der Täter kann eine konkrete Gefahr für eine nicht hilflose Person schaffen, umgekehrt kann trotz Hilflosigkeit eine konkrete Gefahr ausbleiben.¹¹

b) Strafbarkeit nach § 221 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StGB

Eine Strafbarkeit nach dem Allgemeindelikt des §§ 221 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StGB scheidet von vornherein aus. Denn ein Versetzen – für das keine Ortsveränderung erforderlich ist¹² – kann zwar auch in Form garantenpflichtwidrigen Unterlassens begangen werden (vgl. § 13 Abs. 1 StGB), wenn etwa ein Vater anlässlich eines Bootsausfluges sehenden Auges sein Kind über die Reling klettern lässt und es nicht schwimmen kann.¹³ Jedoch kommt es darauf an, dass der

§ 36 Rn. 3; *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 221 Rn. 1 ff.

⁸ *Eisele* (Fn. 5), § 9 Rn. 222; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 221 Rn. 1; *Gössel/Dölling*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, § 7 Rn. 1; *Hilgendorf* (Fn. 4), § 36 Rn. 1; *Kindhäuser*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2009, § 5 Rn. 1; *Neumann* (Fn. 7), § 221 Rn. 3; *Rengier* (Fn. 2), § 10 Rn. 1.

⁹ *Rengier* (Fn. 2), § 10 Rn. 5. Siehe ferner *Eisele* (Fn. 5), § 9 Rn. 224 f.; *Gössel/Dölling* (Fn. 8), § 7 Rn. 5.

¹⁰ *Eser* (Fn. 5), § 221 Rn. 9 m.w.N. Ähnlich *Neumann* (Fn. 7), § 221 Rn. 7; *Rengier* (Fn. 2), § 10 Rn. 13 ff. Vgl. aber *Fischer* (Fn. 8), § 221 Rn. 9, 16; *Struensee*, in: *Denker/Nelles/Stein/Struensee* (Hrsg.), *Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz*, 1998, Rn. 26 ff.

¹¹ *Eser* (Fn. 5), § 221 Rn. 9. Kritisch *Fischer* (Fn. 8), § 221 Rn. 9, 16; *Struensee* (Fn. 10), S. 36.

¹² Beispiele hierzu bei *Rengier* (Fn. 2), § 10 Rn. 7b. Siehe ferner *Eisele* (Fn. 5), § 9 Rn. 222; *Gössel/Dölling* (Fn. 8), § 7 Rn. 14 ff.

¹³ Weitere Beispiele bei *Rengier* (Fn. 2), § 10 Rn. 8. Vgl. ferner *Eser* (Fn. 5), § 221 Rn. 5; *Fischer* (Fn. 8), § 221 Rn. 8; *Gössel/Dölling* (Fn. 8), § 7 Rn. 12 f.; *Jäger*, *Examens-Repetitorium, Strafrecht Besonderer Teil*, 4. Aufl. 2011, § 1 B. VI. 2. Rn. 66 ff.; *Joecks*, *Strafgesetzbuch, Studienkommentar*, 9. Aufl. 2010, § 221 Rn. 7.

Täter in eigener Person die hilflose Lage entweder herbeiführt oder ein bereits hilfloses Opfer in eine andere beziehungsweise gesteigerte hilflose Lage bringt.¹⁴ Im Gegensatz hierzu trat die hilflose Lage des Opfers in dem der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Sachverhalt ohne jedes Zutun des Angeklagten ein und im Nachhinein ließ sich nicht einmal ermitteln, weshalb das Opfer über das Balkongeländer gekippt war.¹⁵

c) Strafbarkeit nach § 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB

aa) Das Grunddelikt des § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Allerdings kam eine Strafbarkeit nach §§ 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB in Frage, da die Vorschrift erst zur Anwendung kommt, wenn sich das Opfer bereits in einer hilflosen Lage befindet. Der Wortlaut verlangt, dass der Täter das Opfer „in seiner Obhut hat oder ihm sonst beizustehen verpflichtet ist“. Es handelt sich deshalb um ein Sonderdelikt, wobei mit Blick auf den Täterkreis der Begriff der Obhut auf Beschützergaranten und der Begriff der sonstigen Beistandspflicht auf Überwachergaranten (etwa aus Ingerenz) verweist.¹⁶ Woraus sich in dem der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Sachverhalt eine Garantenstellung ergeben konnte, ist nicht unmittelbar ersichtlich. Dass Auslöser des Streites zwischen dem Angeklagten und dem Opfer das Auffinden eines Slips im Zimmer eines anderen Mitbewohners war, mag auf eine intime Beziehung hindeuten, aus der sich eine Beschützergarantenstellung qua enger persönlicher Verbundenheit ergeben könnte.¹⁷ Nur: War diese Beziehung wirklich derart gefestigt, dass hieraus sogar eine Garantenstellung abzuleiten ist? Auch das tatsächliche Zusammenleben in einer Wohngemeinschaft vermag für sich genommen keine Garantenstellung begründen, da es angesichts der Vielfalt derartiger Lebensformen zu einer unüberschaubaren und unvertretbaren Ausdehnung des Kreises der Handlungspflichten kommen würde.¹⁸ Weiter führt der Hinweis, der Angeklagte habe für das sieben Jahre jüngere Tatopfer „die Verantwortung übernommen“.¹⁹ Dieses Faktum könnte auf eine tatsächliche Übernahme von Schutzpflichten hinauslaufen und damit entweder als zur häuslichen

¹⁴ *Rengier* (Fn. 2), § 10 Rn. 4, 6; Siehe auch *Küper*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 7. Aufl. 2008, S. 214; *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 35. Aufl. 2011, Rn. 199.

¹⁵ BGH NJW 2012, 546. Vgl. auch *Eisele* (Fn. 5), § 9 Rn. 222, 230; *Fischer* (Fn. 8), § 221 Rn. 11; *Horn/Wolters*, in: *Rudolphi u.a.* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 54. Lfg., Stand: März 2002, § 221 Rn. 7.

¹⁶ *Eisele* (Fn. 5), § 9 Rn. 222; *Fischer* (Fn. 8), § 221 Rn. 5; *Gössel/Dölling* (Fn. 8), § 7 Rn. 24; *Jäger* (Fn. 13), § 1 B. VI. 2. Rn. 67; *Kindhäuser*, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxis-Kommentar*, 4. Aufl. 2010, § 221 Rn. 12; *Neumann* (Fn. 7), § 221 Rn. 26; *Rengier* (Fn. 2), § 10 Rn. 4, 9.

¹⁷ Zur Garantenstellung aus enger persönlicher Verbundenheit siehe *Stree/Bosch* (Fn. 5), § 13 Rn. 17. Vgl. auch *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 60.

¹⁸ BGH NStZ 1984, 163 f. m. Anm. *Rudolphi*, NStZ 1984, 149.

¹⁹ BGH NJW 2012, 546.

Gemeinschaft hinzutretender Vertrauenstatbestand fungieren oder für sich allein eine Garantenstellung begründen.²⁰ Allerdings: Von wem der Angeklagte die Pflichten übernahm und welchen konkreten Inhalt sie hatten, bleibt im Dunkeln. In soweit wird nur darauf verwiesen, dass er das Bemühen der Frau unterstützte, einen Schulabschluss nachzuholen.²¹

Tathandlung ist das Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage, was typischerweise ein Verlassen des Opfers durch den Täter voraussetzt, indem dieser sich räumlich entfernt.²² Daneben können unter das Merkmal Konstellationen subsumiert werden, in denen der Garant seine Beistandspflicht ohne räumliches Verlassen nicht erfüllt (Beispiel: Während einer einige Tage andauernden berufsbedingten Abwesenheit der Mutter bleibt der Vater bei dem Kleinkind, ohne es zu versorgen) oder sich zunächst in strafloser Weise entfernt und dann aufgrund eigenen Entschlusses nicht zurückkehrt oder sonstige Rettungsaktivitäten unterlässt (Beispiel: Am ersten Tag der Abwesenheit begibt sich der Vater zu einem nahe gelegenen Kiosk, um Zigaretten zu kaufen, trifft dort auf einige Freunde, mit denen er dann unmittelbar eine mehrtägige Zechtour unternimmt).²³ Vor diesem Hintergrund war es unerheblich, ob der Angeklagte die Wohnung kurz vor dem Absturz, zum Zeitpunkt des Absturzes oder kurz danach verließ.²⁴ Ein Im-Stich-Lassen wäre unabhängig von der konkreten Sachverhaltsvariante in jedem Falle gegeben.

Das Grunddelikt verlangt im Gefährdungsteil die sich aus dem Im-Stich-Lassen und der hilflosen Lage zurechenbar ergebende Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung, die jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn sich die in § 226 StGB umschriebenen oder ihnen im Schweregrad gleich stehenden Folgen aufdrängen.²⁵ Die für die Abgrenzung von hilfloser Lage und konkreter Gefahr auszumachenden Schwierigkeiten stellen sich hier freilich nicht in voller Schärfe,²⁶ weil sich am Ende sogar die Todesgefahr realisiert hatte und damit die das Delikt auszeichnende Gefahreneskulation zweifellos gegeben war.

Am Vorliegen des subjektiven Tatbestandes besteht kein Zweifel, da der Angeklagte den auf das Grunddelikt des § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB bezogenen Vorsatz zunächst im Hinblick auf das Im-Stich-Lassen sowie die seine Obhutstellung begründenden Umstände aufwies (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB). Darüber hinaus war ihm klar, dass hieraus eine Ge-

fahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung resultierte, weshalb insbesondere ein Gefährdungsvorsatz anzunehmen war, der gerade keine auf Verletzung gerichtete Vorstellung beinhaltet.²⁷ An diesem Punkt besteht kein Widerspruch zur Ablehnung des Tötungsvorsatzes,²⁸ da es einen Unterschied macht, ob der Täter ein Rechtsgut nur (konkret) gefährden oder aber verletzen will.

bb) Die Erfolgsqualifikation des § 221 Abs. 3 StGB

Im Hinblick auf die schwere Folge in Gestalt des Todes des Opfers handelte der Angeklagte „wenigstens fahrlässig“ (vgl. § 18 StGB). Obwohl sich ein auf eine Tötung gerichteter Eventualvorsatz des Angeklagten nicht nachweisen ließ,²⁹ wird man das Verhalten des Angeklagten jedenfalls im Bereich der Leichtfertigkeit anzusiedeln haben, auch wenn für die erhöhte Strafdrohung des § 221 Abs. 3 StGB einfache Fahrlässigkeit genügt. Die ursächlich auf das Im-Stich-Lassen rückführbare schwere Folge genügt auch den Anforderungen, die an den spezifischen Gefahrverwirklichungszusammenhang zwischen Grunddelikt und Todeserfolg zu stellen sind, da sich in dem Tod des Opfers die dem Grunddelikt eigentümliche tatbestandsspezifische Gefahr niederschlägt: Dem Im-Stich-Lassen einer Person in hilfloser Lage wohnt stets die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung inne und diese Gefahr hat sich hier realisiert. Das konkrete Geschehen entspricht deshalb den Konstellationen, die der Gesetzgeber vor Augen hatte, als er dem Grunddelikt die deutlich schärfer zu bestrafende Erfolgsqualifikation des § 221 Abs. 3 StGB beifügte.³⁰

cc) Die Strafzumessung

War somit gegen den Schuldspruch nichts zu erinnern, könnte allenfalls der Strafausspruch fehlerhaft gewesen sein, da das erstinstanzlich entscheidende Gericht keine fakultative Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB erwogen hatte. Hierin wäre jedoch nur dann eine Gesetzesverletzung zu sehen (vgl. § 337 StPO), wenn § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB ein unechtes Unterlassungsdelikt darstellt, weil § 13 Abs. 2 StGB weder auf Begehungs- noch auf echte Unterlassungsdelikte Anwendung findet. Über die Rechtsnatur der zweiten Tatmodalität besteht jedoch Uneinigkeit.

Teilweise wird die Vorschrift als gleichermaßen durch Tun wie Unterlassen begehbare Delikt angesehen.³¹ Eine solche Einordnung erscheint zweifelhaft, da ein Im-Stich-Lassen bei genauerer Betrachtung nicht durch aktives Tun verwirklicht werden kann. Unabhängig davon, ob der Täter handelt oder unterlässt, tritt der Erfolg zwingend aufgrund

²⁰ Vgl. insoweit Jäger, JA 2012, 154 (155). Zur Garantenstellung aus einer Übernahme von Schutzpflichten siehe Fischer (Fn. 8), § 13 Rn. 9; Roxin (Fn. 17), § 32 Rn. 52 ff. Vgl. ferner BGHSt 52, 153 (158).

²¹ BGH NJW 2012, 546.

²² Eser (Fn. 5), § 221 Rn. 6; Fischer (Fn. 8), § 221 Rn. 12; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 221 Rn. 4; Rengier (Fn. 2), § 10 Rn. 9.

²³ Eisele (Fn. 5), § 9 Rn. 232 f.; Eser (Fn. 5), § 221 Rn. 6 f.; Jäger (Fn. 13), § 1 B. VI. 2. Rn. 67; Lackner/Kühl (Fn. 22), § 221 Rn. 4; Rengier (Fn. 2), § 10 Rn. 10.

²⁴ BGH NJW 2012, 546.

²⁵ Rengier (Fn. 2), § 10 Rn. 16. Vgl. ferner Hohmann/Sander, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 5 Rn. 14.

²⁶ Siehe III. 2.

²⁷ Vgl. Eisele (Fn. 5), § 9 Rn. 243; Eser (Fn. 5), § 221 Rn. 12; Fischer (Fn. 8), § 221 Rn. 19; Rengier (Fn. 2), § 10 Rn. 18.

²⁸ Siehe III. 1.

²⁹ Siehe III. 1.

³⁰ Siehe hierzu Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2011, § 55 Rn. 4; ders. (Fn. 2), § 10 Rn. 20 ff., § 16 Rn. 2 ff. (zu § 227 StGB).

³¹ Eser (Fn. 5), § 221 Rn. 10; Fischer (Fn. 8), § 221 Rn. 12; Gössel/Dölling (Fn. 8), § 7 Rn. 5; Lackner/Kühl (Fn. 22), § 221 Rn. 4.

eines Verstoßes gegen das den Garanten treffende Handlungsgebot und folglich aufgrund einer Unterlassung ein. Dies zeigt sich gerade in dem der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Sachverhalt: Zwar stellt das Verlassen der Wohnung faktisch ein aktives Tun dar, jedoch wäre die Steigerung der Gefahr für das Opfer gleichermaßen eingetreten, wenn der Angeklagte in der Wohnung verblieben wäre, weshalb der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit im Unterlassen einer an sich gebotenen Rettungshandlung besteht.³² Das Verlassen des Opfers bildet demnach – wie der BGH zu Recht darlegt – allenfalls einen faktischen Anwendungs-, aber keinen gesetzlichen Unterfall des Im-Stich-Lassens.³³

Andere verstehen die zweite Tatmodalität als ausnahmsweise normierten Fall eines unechten Unterlassungsdelikts zu § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB,³⁴ was in der Konsequenz zur Anwendung von § 13 Abs. 2 StGB führt. Obwohl das Erfordernis der Garantenstellung in diese Richtung deutet, überzeugt eine solche Interpretation schon deswegen nicht, weil die erste Tatmodalität unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 StGB in Form unechter Unterlassung begehbar ist.³⁵ Dann aber besteht gar keine Notwendigkeit, in § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB einen ausnahmsweise geregelten unechten Unterlassungstatbestand zu sehen. Überdies läuft eine solche Auffassung auf eine Nivellierung der beiden Tatmodalitäten hinaus, die sich nach dem Gesetzeswortlaut deutlich darin unterscheiden, dass die hilflose Lage im Rahmen von Nr. 1 Folge des Versetzens ist, während der Täter im Rahmen von Nr. 2 das Opfer in einer längst eingetretenen hilflosen Lage im Stich lässt.

Vor diesem Hintergrund ist es überzeugend, in § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB ein echtes Unterlassungsdelikt zu identifizieren,³⁶ obschon die Kombination aus echtem Unterlassungs- und Sonderdelikt eine Ausnahme darstellt, denn echte Unterlassungsdelikte sind im Regelfall Allgemeindelikte (vgl. etwa § 123 Abs. 1 Alt. 2, 138, 323c StGB). Das vom BGH hervorgehobene Argument besteht darin, dass echte Unterlassungsdelikte keinen Taterfolg im Sinne einer Rechtsgutsverletzung, sondern allenfalls eine Rechtsgutsgefährdung aufweisen, um die es auch bei dem für die Beurteilung des Deliktstypus maßgeblichen Grunddelikt des § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB geht.³⁷ Vor allem aber stellt das Gesetz in § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB selbst die Gebotsnorm auf, indem es denjenigen in die Pflicht nimmt, der die hilflose Person „in sei-

ner Obhut hat oder ihr sonst beizustehen verpflichtet ist“.³⁸ Daher ist die strafbare Passivität aus sich heraus verständlich und ein Rückgriff auf § 13 Abs. 1 StGB nicht erforderlich.

Hält man § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB für ein echtes Unterlassungsdelikt, hat dies die Unanwendbarkeit des § 13 Abs. 2 StGB zur Folge, es sei denn, man wendet die fakultative Milderungsvorschrift in täterbegünstigender und damit zulässiger Weise analog an (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB).³⁹ In diesem Sinne argumentiert *Jäger*, nur bei einer solchen Analogie sei ein Gleichlauf der Rechtsfolgen im Rahmen von § 221 Abs. 1 StGB gewährleistet: Werde § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Form eines unechten Unterlassungsdelikts verwirklicht, fände § 13 Abs. 2 StGB unstreitig Anwendung, während dies bei § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht der Fall wäre.⁴⁰ Obwohl diese Argumentation zweifellos bedenkenwert ist, kann ihr entgegengehalten werden, dass sich an einen unterschiedlichen Deliktsscharakter unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen, die durch eine solche Analogie nivelliert werden. Die Analogie lässt sich auch nicht über einen Erst-recht-Schluss legitimieren, weil dem Im-Stich-Lassen im Vergleich zum Versetzen eine geringere kriminelle Energie innewohnt.⁴¹ Abgesehen davon, dass der Begriff der „kriminellen Energie“ ausgesprochen unscharf und von subjektiven Wertungen abhängig ist, zeigt gerade der vorliegende Fall, dass ein Im-Stich-Lassen Ausdruck erheblicher krimineller Energie sein kann: Wer hätte in einer solchen Situation schon gelacht und die Wohnung verlassen?

Stattdessen verweist der BGH für die Strafzumessung auf die Möglichkeit einer Sperrwirkung des §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB i.V.m. 13 Abs. 2 StGB gegenüber § 221 Abs. 1, Abs. 3 StGB.⁴² Denn bei Vorsatz im Hinblick auf die Todesfolge träte die Aussetzung mit Todesfolge hinter dem Totschlag durch Unterlassen zurück, für den unstreitig die fakultative Milderung des § 13 Abs. 2 StGB in Betracht zu ziehen wäre. Dies hätte zur Folge, dass die Mindeststrafe bei Fahrlässigkeit hinsichtlich der Todesfolge (§ 221 Abs. 1, Abs. 3 StGB: Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren) höher ausfallen würde als bei Vorsatz (§ 212 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB: Freiheitsstrafe von zwei Jahren). Es handelt sich hierbei um einen allgemeinen Grundsatz des Inhalts, dass die Mindeststrafe eines auf Konkurrenzebene hinter einem anderen Delikt zurücktretenden Delikts zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen eine Sperrwirkung entfaltet.⁴³

³² BGH NJW 2012, 546; *Jäger*, JA 2012, 154 (155).

³³ BGH NJW 2012, 546. Vgl. auch *Neumann* (Fn. 7), § 221 Rn. 19.

³⁴ *Roxin* (Rn. 17), § 31 Rn. 18.

³⁵ Siehe III. 2. b). Kritisch hierzu auch *Jäger*, JA 2012, 154 (156).

³⁶ *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 221 Rn. 2; *Horn/Wolters* (Fn. 15), § 221 Rn. 6; *Jäger*, JA 2012, 154 (156); *Joecks* (Fn. 13), § 221 Rn. 10; *Kindhäuser* (Fn. 8), Rn. 18; *ders.* (Fn. 16), § 221 Rn. 13; *Neumann* (Fn. 7), § 221 Rn. 4, 18 ff.

³⁷ BGH NJW 2012, 546 f. Vgl. *Küper*, ZStW 111 (1999), 30 (58 f.).

³⁸ *Rengier* (Fn. 2), § 10 Rn. 4.

³⁹ In diesem Sinne *Jäger*, JA 2012, 154 (156).

⁴⁰ *Jäger*, JA 2012, 154 (156).

⁴¹ *Jäger*, JA 2012, 154 (156).

⁴² BGH NJW 2012, 546 (547). Kritisch *Jäger*, JA 2012, 154 (156).

⁴³ BGH NJW 2012, 546 (547). Ferner BGH NStZ 2006, 288 m. Anm. *Puppe*, NStZ 2006, 290 f. Vgl. auch *Fischer* (Fn. 8), Vor § 52 Rn. 45.

3. Fahrlässige Tötung durch Unterlassen (§§ 222, 13 Abs. 1 StGB) und unterlassene Hilfeleistung (§ 323c StGB)

Die §§ 222, 13 Abs. 1 StGB und § 323c StGB treten im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück.⁴⁴

Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Konstanz

⁴⁴ In diesem Sinne auch *Jäger*, JA 2012, 154 (156).