

## Entscheidungsanmerkung

### Täterschaft und Teilnahme durch passives Verhalten

**1. Allein der Umstand, dass der bzw. die womöglich passiv gebliebene Angeklagte das Vorgehen des anderen beobachtete, innerlich billigte und hiergegen nichts unternahm, lässt keinen rechtlich tragfähigen Rückschluss auf einen in diesem Zeitpunkt konkludent gefassten gemeinsamen Tatentschluss und damit auf (sukzessive) Mittäterschaft zu.**

**2. Eine nach dem Sachverhalt grundsätzlich denkbare „psychische“ Beihilfe durch den unter Umständen „passiven“ Angeklagten würde voraussetzen, dass dieser die Tat objektiv gefördert oder erleichtert hat und dies dem Gehilfen bewusst war; zum Beleg bedürfte es genauer Feststellungen, insbesondere zur objektiv fördernden Funktion der Handlung sowie zur entsprechenden Willensrichtung des Gehilfen.**

(Leitsätze der Verf.)

StGB §§ 13 Abs. 1, 27 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1

BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19<sup>1</sup>

### I. Sachverhalt

A und B wollen den vierjährigen, an einer Behinderung leidenden Sohn der A in der Duschwanne der gemeinsamen Wohnung baden. Einer der beiden steckt den Stöpsel in den Abfluss und lässt mindestens einige Zentimeter sehr heißes Wasser ein. A oder B ergreift das Kind unter den Armen und Kniekehlen, so dass das Gesäß des Kindes nach unten durchhängt und taucht es dann mit dem Gesäß zuerst in das mindestens 50 °C heiße Wasser. Obwohl das Kind sofort schreit, wird es mit Billigung des jeweils anderen weiter abgesenkt. Hierdurch erleidet das Kind schwere Verbrühungen am Gesäß, den Oberschenkeln und im Bereich des unteren Rückens. Am Nachmittag des Folgetages bringt B das Kind wegen eines geschwollenen Handgelenks ins Krankenhaus. Die Verbrühungen offenbart er dabei nicht. Diese werden erst bei der weiteren Untersuchung des Kindes entdeckt. Das Kind muss aufgrund der Verbrühungen mehrere Wochen lang stationär behandelt werden. Nachträglich ist nicht feststellbar, ob A oder B das Kind in das heiße Wasser setzte, wie lange sich das Kind darin befand und wie heiß genau das Wasser war.

### II. Einführung in die Problematik

Der hiesige, vordergründig unscheinbar daher kommende Beschluss birgt bei genauerem Hinsehen eine Vielzahl examensrelevanter Probleme.

Ziel des Strafverfahrens ist es, eine auf der Wahrheit beruhende gerechte gerichtliche Entscheidung herbeizuführen.<sup>2</sup> Dadurch sollen der staatliche Strafanspruch verwirklicht und der Rechtsfrieden erhalten werden.<sup>3</sup> In der Praxis – wie auch in der vorliegenden Konstellation – ist die zweifelsfreie Feststellung des Tathergangs aber nicht immer möglich. In diesem Fall ist die für den Täter unter strafrechtlichen Gesichtspunkten jeweils günstigste Sachverhaltskonstellation zugrunde zu legen.<sup>4</sup> Das bedeutet für die vorliegende Entscheidung, dass für jeden Angeklagten anzunehmen ist, dass der jeweils andere das Kind in die Badewanne gesetzt hat. Daher geht es hier nur noch um die Frage, wie das rein passive Verhalten strafrechtlich zu bewerten ist. Denn jedenfalls dieses passive Verhalten kann für jeden der beiden Angeklagten angenommen werden. Strafrechtlich könnte das passive Verhalten ein mittäterschaftliches Verhalten, ein strafbares Unterlassen oder eine psychische Beihilfe darstellen.

#### 1. Mittäterschaft

Das rein passive Verhalten könnte eine mittäterschaftliche Begehung nach § 25 Abs. 2 StGB in Form der sukzessiven Mittäterschaft begründen. Mittäterschaft zeichnet sich dadurch aus, dass mehrere Täter aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses arbeitsteilige zusammenwirken.<sup>5</sup> Daraus ergibt sich folgendes Aufbauschema:

- I. Tatbestand
  - 1. Objektiver Tatbestand
    - a) Erfolg
    - b) Kausalität und objektive Zurechnung
    - c) Täterschaft
      - aa) Gemeinsamer Tatplan
      - bb) Wesentlicher Tatbeitrag
  - 2. Subjektiver Tatbestand
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

Die Rechtsprechung grenzt seit jeher Täterschaft und Teilnahme nach subjektiven Kriterien ab. Bereits das RG stellte auf den Täterwillen einer Person ab. Danach war Täter, wer die Tat als eigene und nicht nur als fremde wolle.<sup>6</sup> Dabei hat der BGH über Jahrzehnte an der vom RG etablierten „Animus-Theorie“ festgehalten.<sup>7</sup> Allerdings bedient sich der BGH

<sup>2</sup> BVerfG NStZ 1987, 419; Rüping/Dornseifer, JZ 1977, 417; Weigend, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 177.

<sup>3</sup> Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 62. Aufl. 2019, Einl. Rn. 4.

<sup>4</sup> Kudlich, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, Einl. Rn. 202.

<sup>5</sup> Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 ff. Rn. 77; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 20 Rn. 99; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 189; Seher, JuS 2009, 304; Rönnau, JuS 2014, 109 (111).

<sup>6</sup> RGSt 74, 84 (85).

<sup>7</sup> Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 25 Rn. 20.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abgedruckt in NStZ-RR 2019, 271, veröffentlicht in BeckRS 2019, 14981 und abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=8a63084f088a8836b48579eb8599d9fb&nr=97607&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> (27.9.2019).

heute zur Bestimmung der Mittäterschaft nicht mehr nur subjektiver, sondern auch objektiver Kriterien und verwendet eine „normative Kombinationstheorie“<sup>8</sup>. Dabei muss jeder Täter seinen eigenen Tatbeitrag als Teil der Tätigkeit des jeweils anderen verstehen und umgekehrt die Tätigkeit des anderen als Ergänzung des eigenen Tatanteils wollen. Entscheidend seien die Umstände des Einzelfalls sowie der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft.<sup>9</sup>

Mit dem Rückgriff auf den Willen zur Tatherrschaft rückt der BGH näher an die von der h.L. vertretene „Tatherrschaftslehre“ heran. Den Ausgangspunkt dafür bildete bereits *Lobe*<sup>10</sup>, der neben dem Willen, die Tat als eigene zu begehen, forderte, dass die Tat unter der Herrschaft dieses Willens ausgeführt werde und der Täter auf diese Weise die zur Verwirklichung der Tat dienliche Ausführungshandlung beherrsche und lenke. Daran anknüpfend bestimmt sich nach *Roxin*<sup>11</sup> die Tatherrschaft des Mittäters nach seiner Funktion bei der Ausführung der Tat. Grundsätzlich übernimmt der Mittäter eine Aufgabe, die für die Verwirklichung des Tatplans wesentlich ist und ihm dadurch die Beherrschung des Gesamtgeschehens ermöglicht. Allerdings muss der Mittäter, in Abgrenzung zur Alleintäterschaft, nicht die letzte Entscheidung bezüglich aller Tatbestandsmerkmale fällen.<sup>12</sup> Voraussetzung für die Mittäterschaft ist, dass ein gemeinsamer Tatplan gegeben ist und jeder Mittäter einen wesentlichen Tatbeitrag leistet.

#### a) Gemeinsamer Tatplan

§ 25 Abs. 2 StGB fordert, dass die Tat „gemeinschaftlich“ begangen wird, was eine Willensübereinstimmung der Mittäter voraussetzt. Der gemeinsame Tatplan erfordert nach h.M. das gegenseitige, auf gemeinsamen Willen beruhende Einverständnis, eine bestimmte Tat als gleichberechtigte Partner durch gemeinsames, arbeitsteiliges Handeln zu begehen.<sup>13</sup> Auch kann die Einigung zwischen den Mittätern erst bei oder nach Tatbeginn erfolgen.<sup>14</sup> Es bedarf überdies keiner aus-

drücklichen Vereinbarung, vielmehr genügt ein konkludentes Einigsein.<sup>15</sup>

#### b) Wesentlicher Tatbeitrag

Weiterhin muss der Mittäter einen wesentlichen Tatbeitrag geleistet haben.<sup>16</sup> Diese „Wesentlichkeit“ ist gegeben, wenn ein Beitrag den Tatablauf beeinflusst und dadurch eine durchgängige Abhängigkeit der Beteiligten untereinander begründet. Dies ist grundsätzlich der Fall, wenn dem Beitrag aufgrund des Tatplanes eine so bedeutsame Funktion zukommt, dass mit seinem Wegfall die Gesamttat nicht durchführbar oder wenigstens gefährdet ist.<sup>17</sup> Ob der Tatbeitrag wesentlich ist, wird nicht aus einer ex-post-Perspektive beurteilt. Entscheidend ist vielmehr, ob der Tatbeitrag aus der ex-ante-Sicht der Tatplanung einen wesentlichen Beitrag darstellte.<sup>18</sup> Da die Einigung zwischen den Mittätern auch noch nach Versuchsbeginn erfolgen und konkludent getroffen werden kann, ist eine *sukzessive Mittäterschaft*, in Form des nachträglichen Eintritts in die durch einen anderen bereits begonnene Delikttausführung, möglich.<sup>19</sup> Nach ständiger Rechtsprechung muss dem Hinzutretenden jedoch die Förderung der Tat noch möglich sein. Ausreichend ist demnach ein Tatbeitrag im Beendigungsstadium.<sup>20</sup> Kann der Hinzutretende die Tat aber gar nicht mehr fördern, da der Andere bereits alles getan hat, um den tatbestandsmäßigen Erfolg selbst herbeizuführen und hat sein Tun keinen Einfluss mehr auf das Gesamtgeschehen, kommt eine Mittäterschaft des Hinzutretenden trotz Kenntnis, Billigung und Ausnutzung der durch den Anderen geschaffenen Lage nicht in Betracht.<sup>21</sup>

#### 2. Unterlassen

Das passive Verhalten könnte aber auch eine Strafbarkeit durch Unterlassen nach § 13 Abs. 1 StGB begründen.<sup>22</sup>

#### a) Nichtvornahme der Rettungshandlung trotz Handlungsfähigkeit

Der objektive Tatbestand verlangt zunächst den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges eines im Besonderen Teil kodifizierten Tatbestandes. Daran anschließend ist nach einer

<sup>8</sup> *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 6; *Joecks* (Fn. 7), § 25 Rn. 24.

<sup>9</sup> BGH StV 1981, 275 (276); BGH NStZ 2003, 253 (254); BGH wistra 2003, 426 (428); BGH NStZ-RR 2009, 10; BGH StraFo 2012, 194 (195).

<sup>10</sup> *Lobe*, in: Ebermayer/Lobe/Rosenberg, Reichs-Strafgesetzbuch nach seinen Abänderungen durch die neueste Gesetzgebung, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 1933, Einführung, S. 123.

<sup>11</sup> *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 188.

<sup>12</sup> *Hoyer* (Fn. 8), Vor § 25 Rn. 13.

<sup>13</sup> RGSt 58, 279; BGHSt 6, 248 (249); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 25 Rn. 33; *Schild*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 25 Rn. 128.

<sup>14</sup> *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 192.

<sup>15</sup> BGHSt 37, 289 (292); BGH NStZ-RR 2011, 200.

<sup>16</sup> BGH NStZ-RR 2002, 74 (75); BGH NStZ 2008, 273 (275).

<sup>17</sup> *Hoyer* (Fn. 8), Vor § 25 Rn. 109; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 156; *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 188.

<sup>18</sup> *Joecks* (Fn. 7), § 25 Rn. 223; *Roxin* (Fn. 5), § 25 Rn. 212.

<sup>19</sup> BGHSt 2, 344 (345); BGH GA 1969, 214; 1989, 229; kritisch zu den Voraussetzungen der sukzessiven Beihilfe *Murmann*, ZJS 2008, 456.

<sup>20</sup> BGHSt 2, 344 (345); 3, 40 (43f.); BGH NStZ-RR 1997, 319; kritisch *Kühl* (Fn. 5), § 20 Rn. 127; *Schünemann* (Fn. 17), § 27 Rn. 42; *Brüning*, NStZ 2006, 253 (254).

<sup>21</sup> BGHSt 2, 344 (346); BGH NStZ 1998, 565 (565 f.); BGH BeckRS 2014, 16935; BGH StV 2017, 443.

<sup>22</sup> Zum Aufbau des Unterlassungsdelikts bereits *Brüning*, ZJS 2012, 691.

Handlung zu suchen, die diesen Erfolg verhindert hätte. Dabei ist zu prüfen, ob dem Täter die Vornahme dieser Handlung auch möglich war.<sup>23</sup> Die faktische Unmöglichkeit der Vornahme der gebotenen Rettungshandlung steht dabei der rechtlichen Unmöglichkeit gleich.<sup>24</sup> War der Täter nicht in der Lage, die gebotene Rettungshandlung zu realisieren, so ist nach einer anderen Handlungsmöglichkeit zu suchen, die der Täter hätte vornehmen können, aber gleichwohl nicht vorgenommen hat. Die Handlungsmöglichkeit bestimmt sich dabei nach der physisch-realen Lage, in der sich der Täter ex ante bei Nichtvornahme der gebotenen Handlung befindet.<sup>25</sup> Die Handlungspflicht wird hierbei durch die individuellen Fähigkeiten und Möglichkeiten des Täters begrenzt.<sup>26</sup>

#### b) Garantenpflicht

Das Unterlassen einer Erfolgsabwendung hat nur dann die gleiche Unrechtsqualität wie das aktive Verursachen eines Erfolges, wenn der Täter im Sinne des § 13 StGB „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt“. Das bedeutet, der Täter muss eine Garantenstellung innehaben, aus der eine Rettungspflicht, d.h. eine Garantenpflicht, resultiert. Der Umfang der Rettungspflicht kann bei den unterschiedlichen Garantenstellungen divergieren.<sup>27</sup> Im vorliegenden Fall könnte eine Beschützergarantenstellung aus familiärer Verbundenheit vorliegen.<sup>28</sup> Eine Garantenstellung steht für den leiblichen Elternteil, in dessen Obhut das Kind sich befindet, außer Frage.<sup>29</sup> Ist allerdings nur ein Elternteil berechtigt, die elterliche Sorge auszuüben, so ist auch nur dieser Elternteil Garant.<sup>30</sup> Für den nichtsorgeberechtigten Teil, wie den Lebensgefährten der Mutter bzw. der Lebensgefährtin des Vaters, kann sich eine solche Beschützergarantenstellung hingegen nur aus dem Gedanken der gegenseitigen Hilfszusage innerhalb der Lebensgemeinschaft ergeben.<sup>31</sup>

Hierbei handelt es sich um den Sonderfall der Verantwortlichkeit kraft Übernahme, wobei der Täter den Schutz bestimmter Rechtsgüter gegenüber dem Gefährdeten oder gegenüber einem Dritten zugunsten des Gefährdeten übernimmt.<sup>32</sup> Die gegenseitige Hilfszusage kann je nach Zuschnitt des Zusammenschlusses der Personen auch stillschweigend

angenommen werden.<sup>33</sup> Allerdings muss sich in diesem Fall die Zusage, bei Gefahr einander Beistand zu leisten, aus dem Gesamtverhalten der Beteiligten ableiten lassen.<sup>34</sup>

#### c) Unterlassen neben Begehungstäterschaft

Fraglich ist darüber hinaus, wie der Umstand zu bewerten ist, dass neben dem unterlassenden Täter eine weitere Person die Tat als Begehungstäter verwirklicht hat.

Die Rechtsprechung ist der Ansicht, dass die Abgrenzung wie bei der aktiven Begehung und daher nach dem Vorliegen von Täter- oder Teilnehmerwillen zu treffen ist. Wer die Tat als eigene will, ist Täter, wer sie als fremde will, ist Teilnehmer.<sup>35</sup>

Das Schrifttum bemüht unterschiedliche Aspekte. Teilweise wird auf Kriterien der Tatherrschaftslehre zurückgegriffen. Hat der Garant selbst die Macht, den Erfolg abzuwenden, ist er Täter.<sup>36</sup>

Einige wollen den Unterlassenden, der an einem Begehungsdelikt teilnimmt, immer als Gehilfen einordnen,<sup>37</sup> andere wegen der ihm obliegenden Garantenpflicht immer als Täter ansehen.<sup>38</sup>

Schließlich wird nach der Art der Garantenstellung differenziert.<sup>39</sup> Der Beschützergarant sei stets Täter, da er das Rechtsgut vor jedem Schaden bewahren müsse, der Überwachungsgarant hingegen nur Teilnehmer, weil er lediglich für bestimmte Gefahrenquellen verantwortlich sei.<sup>40</sup>

#### 3. Psychische Beihilfe

Das passive Verhalten könnte allerdings auch eine – psychische – Beihilfe nach § 27 Abs. 1 StGB zur gefährlichen Körperverletzung darstellen.<sup>41</sup> Als Tathandlung verlangt § 27 StGB ein einfaches „Hilfeleisten“. Hierbei besteht Einigkeit darüber, dass keine besonderen Anforderungen an die Beihilfehandlung zu stellen sind.<sup>42</sup>

<sup>23</sup> Gaede, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 13), § 13 Rn. 12.

<sup>24</sup> Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 11 Rn. 103; a.A. Roxin (Fn. 5), § 31 Rn. 14.

<sup>25</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 59 II. 2.

<sup>26</sup> BGHSt 4, 20 (24); Weigend, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 17), § 13 Rn. 65.

<sup>27</sup> Vgl. dazu etwa Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 13 Rn. 7 ff.; Weigend (Fn. 26), § 13 Rn. 24; Brüning, ZJS 2012, 691 (693).

<sup>28</sup> Ausführlich bereits Brüning, ZJS 2012, 691 (693).

<sup>29</sup> BGHSt 7, 268 (272); BGH NSTZ 1983, 454; BGH NSTZ 1999, 607; BGH NSTZ 2004, 94 (95).

<sup>30</sup> Weigend (Fn. 26), § 13 Rn. 26.

<sup>31</sup> Roxin (Fn. 5), § 32 Rn. 55 f.; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 29/70.

<sup>32</sup> Bosch (Fn. 27), § 13 Rn. 26; Joecks (Fn. 7), § 13 Rn. 173.

<sup>33</sup> Freund, in: Joecks/Miebach (Fn. 7), § 13 Rn. 174.

<sup>34</sup> Weigend (Fn. 26), § 13 Rn. 38.

<sup>35</sup> BGHSt 2, 150 (151); 4, 20 (21); 13, 162 (166); 48, 77 (91); BGH StV 1986, 59 (60); BGH NJW 1992, 1247; BGH NSTZ 2009, 321 (322).

<sup>36</sup> Joecks/Jäger, Studienkommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 84; Weigend (Fn. 26), § 13 Rn. 94; Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 1214.

<sup>37</sup> Kühl (Fn. 5), § 27 Rn. 5; Jescheck/Weigend (Fn. 25), § 64 III. 5.

<sup>38</sup> Hoyer (Fn. 8), Vor § 25 Rn. 149; Roxin (Fn. 5), § 31 Rn. 140; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 14 Rn. 13.

<sup>39</sup> Heine/Weißer (Fn. 5), Vor §§ 25 ff. Rn. 95 ff.; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 82 ff.

<sup>40</sup> Heine/Weißer (Fn. 5), Vor §§ 25 ff. Rn. 95 ff.

<sup>41</sup> Zum Aufbau der Beihilfe bereits Brüning, ZJS 2018, 285 (288).

<sup>42</sup> Heine/Weißer (Fn. 5), § 27 Rn. 1; Schünemann (Fn. 17), § 27 Rn. 1.

### a) Hilfeleisten

In Bezug auf die in Betracht kommenden Mittel der Hilfeleistung wird zwischen physischer und psychischer Beihilfe unterschieden.<sup>43</sup> Unter *physischer Beihilfe* wird die *Beihilfe durch Tat* verstanden, d.h. hierbei handelt es sich um Mittel, die sich unmittelbar auf den äußeren Ablauf der Tat auswirken.<sup>44</sup> Die zweite Form der Beihilfehandlung – die *psychische Beihilfe* – zeichnet sich dadurch aus, dass sie nur über die Psyche des Haupttäters wirksam wird. Innerhalb der psychisch vermittelten Tatbeiträge ist wiederum zwischen der kognitiven Beihilfe durch technischen Rat und der voluntativen Beihilfe durch Bestärkung des Tatentschlusses zu unterscheiden.<sup>45</sup> Im Rahmen dieser voluntativen Beihilfe genügt es, wenn der Gehilfe lediglich bestärkend auf den bereits unbedingt zur Haupttat entschlossenen Täter einwirkt.<sup>46</sup> Allerdings besteht Einigkeit darüber, dass die bloße Anwesenheit am Tatort in Kenntnis und Billigung einer Straftat selbst nicht ausreicht, um eine Beihilfe im Sinne eines aktiven Tuns zu begründen.<sup>47</sup>

### b) Verknüpfung zwischen Hilfeleistung und Haupttat

Über die Frage, welche Anforderungen an die Verknüpfung zwischen Beihilfehandlung und Haupttat zu stellen sind, wird in Rechtsprechung und Literatur gestritten.

Die überwiegende Ansicht im Schrifttum verlangt, dass zwischen Gehilfenhandlung und Haupttat Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie vorliegt. Ausreichend sei dabei eine Mitursächlichkeit dergestalt, dass der Tatbeitrag des Gehilfen die in der Haupttat liegende Rechtsgutsverletzung ermöglicht oder verstärkt hat. Man spricht von sog. Zufluss- oder Verstärkungskausalität.<sup>48</sup>

Die Rechtsprechung verlangt hingegen, dass die Beihilfehandlung die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert, ohne dass sie für den Erfolg selbst ursächlich sein muss.<sup>49</sup>

Es ließe sich die These vertreten, dass sich die Ansichten faktisch nicht unterscheiden.<sup>50</sup> Denn wenn die Rechtsprechung eine Förderung verlangt, so setzt dies notwendigerweise eine Mitursächlichkeit des Gehilfenbeitrags voraus.<sup>51</sup>

<sup>43</sup> Schild (Fn. 13), § 27 Rn. 9; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 45 Rn. 84; Heinrich (Fn. 36), Rn. 1322.

<sup>44</sup> Joecks (Fn. 7), § 27 Rn. 6; Kühl (Fn. 5), § 20 Rn. 224.

<sup>45</sup> Hoyer (Fn. 8), § 27 Rn. 11.

<sup>46</sup> Schild (Fn. 13), § 27 Rn. 9; Roxin (Fn. 5), § 26 Rn. 197.

<sup>47</sup> BGH NStZ 1996, 563 (564); BGH NStZ 1998, 622; BGH NStZ 2002, 139; OLG Düsseldorf NStZ-RR 2005, 336; Joecks (Fn. 7), § 27 Rn. 12.

<sup>48</sup> Claß, in: Spendel (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966, 1966, S. 115 (125 f.); Roxin (Fn. 5), § 26 Rn. 185.

<sup>49</sup> RGSt 6, 169 (170); BGH NStZ 1983, 462; BGH NStZ 2007, 230 (232).

<sup>50</sup> Geppert, Jura 1999, 266 (268); Fischer (Fn. 13), § 27 Rn. 14b.

<sup>51</sup> Fischer (Fn. 13), § 27 Rn. 14a; Roxin (Fn. 5), § 26 Rn. 187.

Wird auf die Feststellung der Kausalität verzichtet, so würde man die Kausalität durch ein Risikourteil ersetzen und die Beihilfe faktisch zum Gefährdungsdelikt degradiert und die Strafbarkeit zu weit ausgedehnt. Letztlich kreist der Streit um die Frage, wie stark die Anforderungen an die Kausalität zu stellen sind.<sup>52</sup>

### III. Die Entscheidung

Das Landgericht hat die Angeklagten (A und B) jeweils wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Die Revisionen der Angeklagten haben mit der Sachrüge Erfolg.

Zunächst befasst sich das Gericht mit den tatsächlichen Problemen des Falls.<sup>53</sup> Die Vorinstanz vermochte nicht festzustellen, welcher der beiden Angeklagten (A oder B) das Kind in das heiße Wasser setzte, wie lange sich das Kind darin befand und wie heiß genau das Wasser war. Zugunsten der Angeklagten (A und B) geht das Gericht davon aus, dass die Temperatur des Wassers zuvor nicht geprüft worden war. Ohne dies ausdrücklich zu erwähnen, geht der BGH davon aus, dass der bzw. die jeweils andere Person das Kind aktiv in das Badewasser gehalten hat.

Sodann widerspricht der BGH der von der Vorinstanz getroffenen Entscheidung für den untätig gebliebenen Angeklagten (A oder B) und verneint eine Strafbarkeit für ein mit-täterschaftliches Handeln, da für diesen bzw. diese weder ein vorab gefasster gemeinsamer Tatentschluss noch ein konkreter Tatbeitrag festgestellt worden sei. Da das LG die (gefährliche) Körperverletzung durch den handelnden Angeklagten mangels Überprüfung der Wassertemperatur erst im Zeitpunkt des Schreiens des Kindes als verwirklicht ansieht, kann nach Ansicht des Gerichts auch für den passiv gebliebenen Angeklagte nur auf diesen Zeitpunkt abgestellt werden. Der BGH verweist in diesem Zusammenhang für den passiven Angeklagten auf die Grundsätze der (sukzessiven) Mittäterschaft<sup>54</sup> und bezieht sich auf den Zeitpunkt, als der aktive Angeklagte das Kind trotz Schreiens weiter in das heiße Wasser absenkte. Eine sukzessive Mittäterschaft lehnt das Gericht im Ergebnis mit der Begründung ab, sie setze voraus, dass ein mindestens konkludent gefasster gemeinsamer Tatentschluss festgestellt werden müsse, der nicht allein daraus geschlussfolgert werden könne, dass der passive Angeklagte das Vorgehen des jeweils anderen beobachtet, innerlich gebilligt und hiergegen nichts unternommen habe.<sup>55</sup>

Zu einer in Betracht kommenden Strafbarkeit des passiven Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen sei der Entscheidung der Vorinstanz nichts zu entnehmen. Dem passiven Angeklagten muss hier ein Einschreiten zumindest möglich gewesen sein. Diese Möglichkeit des Einschreitens verstehe sich dabei nicht von selbst.

<sup>52</sup> Fischer (Fn. 13), § 27 Rn. 14b.

<sup>53</sup> BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19, Rn. 6 = BeckRS 2019, 14981.

<sup>54</sup> BGH StV 2017, 443.

<sup>55</sup> BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19, Rn. 8 = BeckRS 2019, 14981.

Hierzu müsse auf die Wassertemperatur und Einwirkdauer eingegangen werden, wobei nicht auszuschließen sei, dass die Tat so schnell erfolgt sei, dass der passive Angeklagte sie objektiv nicht hätte verhindern können.<sup>56</sup>

Der BGH verweist das Urteil zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück an die Vorinstanz.<sup>57</sup> Für die neue Verhandlung weist der BGH darauf hin, dass für den passiven Angeklagten prinzipiell eine „psychische“ Beihilfe in Betracht komme, wenn dieser die Tat des aktiv Handelnden objektiv gefördert oder erleichtert hat und dies dem Gehilfen bewusst war.<sup>58</sup> Ferner fordert der BGH Feststellungen „zur entsprechenden Willensrichtung des Gehilfen“.

Darüber hinaus sei vom neuen Tatgericht zu prüfen, ob sich die Angeklagten nicht einer zumindest versuchten Körperverletzung durch Unterlassen strafbar gemacht haben, weil sie nicht unverzüglich nach der Verbrühung des Kindes für dessen ärztliche Behandlung sorgten. Mit in den Blick zu nehmen sei dafür die Tatsache, dass der Angeklagte B dem Krankenhauspersonal die schweren Verbrühungen des Kindes nicht offenbarte.<sup>59</sup>

#### IV. Bewertung der Entscheidung

Zu Recht wird die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben und zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

##### 1. Mittäterschaft

Eine Strafbarkeit wegen gefährlicher Körperverletzung in Mittäterschaft gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1 und 4, 25 Abs. 2 StGB lässt sich jedenfalls dann nicht begründen, wenn man davon ausgeht, dass das Wasser eine Temperatur von 60 °C aufwies und das Kind nur ganz kurz ins Wasser gehalten wurde. In dem Moment, in dem das Kind im Anschluss an das nur sekundlich dauernde Eintauchen in das Wasser wieder aus der Badewanne herausgenommen wurde, wäre die Tat beendet gewesen. Daher geht der BGH zu Recht davon aus, dass eine Mittäterschaft, auch eine sukzessive Mittäterschaft, ausscheidet, weil diese nach Beendigung der Tat nicht mehr möglich ist.

Über eine Strafbarkeit wegen einer (aktiv begangenen) gefährlichen Körperverletzung in Mittäterschaft könnte man nur dann nachdenken, wenn man davon ausginge, dass das schreiende Kind länger als eine Sekunde in dem heißen Wasser gebadet wurde. Denn ein gemeinsamer Tatentschluss muss gerade nicht „vorab“ gefasst werden. Ausreichend ist auch ein konkludentes Einigsein nach Beginn der Tatausführungen.

Auf der Grundlage der Ausführungen ist aber – anders als der BGH offenbar meint – ein solches konkludentes Einig-

sein nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Zustimmung verdient zwar die Annahme, dass man aus einer rein innerlich gebliebenen Billigung keinen rechtlich tragfähigen Rückschluss auf einen in diesem Zeitpunkt konkludent gefassten gemeinsamen Tatentschluss führen kann. Der BGH hält aber in seinen abschließenden Ausführungen eine psychische Beihilfe für denkbar. Eine psychische Beihilfe verlangt aber auch mehr als das bloße Einverständnis mit Gewalthandlungen und die Billigung einer bereits verwirklichten Tat. Dann aber schließt der BGH gerade nicht aus, dass mehr vorliegt, als eine rein innerlich gebliebene Billigung, so dass auch die Annahme eines Tatentschlusses nicht völlig ausgeschlossen erscheint. Dies aber ist eine Tatfrage, die das neue Tatgericht wird klären müssen.

Selbst wenn man aber einen gemeinsamen Tatentschluss annehmen könnte, stellte sich die Frage, ob ein reines passives „Danebenstehen“ oder ggf. aktives Bestärken des Verhaltens ausreicht, um die zweite Voraussetzung der Mittäterschaft, das Vorliegen eines wesentlichen Tatbeitrages, zu begründen. Auch dies ist letztlich eine Tatfrage. Es erscheint aber nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ein wie auch immer gelagerter – vom BGH aber auch nicht ausgeschlossener – fördernder Tatbeitrag das heiße Baden dergestalt verlängert hat, dass dieser aus der ex-ante-Sicht der Tatplanung einen wesentlichen Beitrag darstellte.

##### 2. Unterlassen

Die in der vorliegenden Entscheidung ausgeführten Gesichtspunkte zur Strafbarkeit durch Unterlassen sind hingegen nachvollziehbar.

Zunächst ist davon auszugehen, dass beide Tatbeteiligte eine Beschützergarantenstellung innehatten: die Mutter aufgrund familiärer Verbundenheit, der Lebensgefährte der Mutter kraft Übernahme.

Geht man von der für die Tatbeteiligten „günstigsten“ Sachverhaltskonstellation aus, und zwar, dass die Verbrennungen des Kindes nur durch das sekundliche Halten in das 60 °C heiße Wasser entstanden sind, so ist dem Gericht zuzustimmen, dass es in diesem Fall nicht möglich gewesen wäre, die Verbrennungen durch das heiße Wasser zu verhindern.

Zu Recht weist das Gericht jedoch darauf hin, dass zu prüfen ist, ob sich die Angeklagten aber einer – zumindest versuchten – gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1 und 4, 22, 23 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, weil sie nicht unverzüglich nach der Verletzung des Kindes für dessen ärztliche Behandlung gesorgt haben.

Zum allgemein gesicherten Erfahrungswissen zählt, dass schwere Verbrennungen starke Schmerzen verursachen und dass sie die Haut so sehr in Mitleidenschaft ziehen, dass diese unwiderruflich geschädigt wird.

Unabhängig davon, ob ein schnelles Eingreifen des passiven Tatbeteiligten das Ausmaß der Verletzungen an der Haut reduziert hätte, darf als gesichert angenommen werden, dass jede Art von eingeleiteten Hilfsmaßnahmen jedenfalls die Schmerzen des Kindes gelindert hätte. Nimmt man weiter an, dass auch die Aufrechterhaltung erheblicher Schmerzen eine körperliche Misshandlung im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB

<sup>56</sup> BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19, Rn. 9 = BeckRS 2019, 14981.

<sup>57</sup> BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19, Rn. 10 = BeckRS 2019, 14981.

<sup>58</sup> BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19, Rn. 12 = BeckRS 2019, 14981.

<sup>59</sup> BGH, Beschl. v. 5.6.2019 – 5 StR 181/19, Rn. 13 = BeckRS 2019, 14981.

begründet,<sup>60</sup> ist das unverzügliche Herbeirufen ärztlicher Hilfe die Handlung, die möglich und erforderlich gewesen wäre, um die Schmerzen zu lindern. Ferner ist anzunehmen, dass eine derart gravierende Wunde, deren Heilung einen mehrwöchigen stationären Krankenhausaufenthalt erforderte, besser und schneller verheilt wäre, wenn sie frühzeitig ärztlich versorgt worden wäre.

Spätestens als B das Kind ins Krankenhaus brachte, hätte er auf die Wunden hinweisen müssen, um eine schmerzlindernde und wundheilende Behandlung zu ermöglichen.

Nimmt man hingegen an, dass das Kind länger in das heiße Wasser gehalten wurde, hätte der passive Tatbeteiligte bereits die Möglichkeit gehabt, schwerere Verbrennungen zu verhindern, indem er oder sie das Kind aus dem Wasser genommen bzw. insoweit auf den aktiv handelnden Täter eingewirkt hätte. In diesem Fall hätte sich auch der passive Teil einer vollendeten gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1 und 4, 13 Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Ob diese Möglichkeit bestand, ist eine Tatfrage und muss ggf. geklärt werden. In diesem Fall ginge es um das Verhindern weiterer Verbrühungen.

Dann müsste allerdings die Frage beantwortet werden, wie der Umstand zu bewerten ist, dass neben dem unterlassenden Täter eine weitere Person die Tat als Begehungstäter verwirklicht hat. Die von der Rechtsprechung vertretene subjektive Theorie geht davon aus, dass alle Ursachen eines Taterfolges, d.h. alle Tatbeiträge der Beteiligten, gleichwertig seien und demnach die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme nur im subjektiven Bereich festgestellt werden könne. Dabei ist aber nach neuerer Rechtsprechung der Wille zur Tatherrschaft ein Indiz für den Täterwillen.<sup>61</sup> Wenn die Rechtsprechung aber annimmt, dass es einen Willen zur Tatherrschaft gibt, dann setzt dies voraus, dass es eine Tatherrschaft gibt, die wiederum objektiv festgestellt werden muss. Damit ist aber der Ausgangspunkt der subjektiven Theorie bereits verschlossen, wonach im objektiven Bereich keine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme getroffen werden kann.

Folglich stellt sich die Frage, welche der in der Literatur vertretenen Ansichten am überzeugendsten ist. Weder der Wortlaut des § 13 StGB noch der des § 25 StGB kann dabei Aufschluss geben. Anders hingegen § 8 S. 1 StGB, wonach eine Tat zu der Zeit begangen ist, zu welcher der Täter oder der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen. Daraus ergibt sich, dass das StGB die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme auch beim Unterlassungsdelikt zumindest vorgesehen hat. Dies spricht jedenfalls gegen die Ansichten, die Beteiligung durch Unterlassen pauschal immer als Täter bzw. als Teilnehmer einordnen wollen.<sup>62</sup>

Aber auch eine Unterscheidung nach den Garantenstellungen vermag nicht zu überzeugen. Hier ist zu berücksichti-

gen, dass man auch umgekehrt argumentieren kann als diese Ansicht es tut. Gerade weil der Beschützergarant das Rechtsguts rundum vor Schaden bewahren muss und diese Pflicht wesentlich schwerer zu erfüllen ist, verwirklicht er das geringere Unrecht, und zwar das Teilnehmerunrecht, wenn er diese Pflicht nicht erfüllt.<sup>63</sup>

Damit verbleibt nur die Möglichkeit auf das Tatherrschaftskriterium abzustellen.<sup>64</sup> Insoweit ist aber auch einzuwenden, dass die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme faktisch auf positive Handlungen zugeschnitten ist und bei Unterlassungen keine Parallele findet.<sup>65</sup> Wer die Tat eines anderen nicht verhindert, „hilft“ dem anderen nicht im Sinne des § 27 StGB, sondern unterlässt nur die Abwendung des Deliktserfolgs.

Nimmt man an, dass die Tatherrschaft beim Unterlassungsdelikt immer vorliegt, wenn der Unterlassende die Tat hätte verhindern können, so wären die Voraussetzungen der Tatherrschaft immer gegeben. Denn eine Strafbarkeit nach § 13 StGB verlangt ja gerade, dass der Täter die Möglichkeit hat, den Erfolg zu verhindern.<sup>66</sup>

Dagegen kann man wiederum einwenden, dass der Unterlassende trotz seiner Garantenstellung neben einem aktiv Handelnden stets nur „Randfigur“, nicht aber Zentralgestalt des Geschehensablaufes ist. Im Vergleich zum Begehungstäter hat er damit zwar weniger Tatherrschaft, aber dies ändert nichts an der Tatsache, dass er die Tatmacht hat, den Erfolg zu verhindern. Letztlich kann es für die Strafbarkeit nach § 13 StGB nicht darauf ankommen, ob der Schaden für das Rechtsgut aktiv durch eine dritte Person oder eine Naturgewalt verursacht wird. Daher ist auf das Tatherrschaftskriterium im Sinne der Tatmacht abzustellen.<sup>67</sup> Folglich wäre in dieser Sachverhaltskonstellation der nicht helfende Tatbeteiligte Täter eines Unterlassungsdelikts.

### 3. Psychische Beihilfe

Die Überlegungen zur psychischen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nrn. 1 und 4, 27 StGB sind auf den ersten Blick zwar nachvollziehbar, vermögen aber auf den zweiten Blick deswegen nicht so recht zu überzeugen, weil die Ausführungen im Widerspruch zu den Annahmen im Rahmen der Mittäterschaft stehen. Sollte der Tatbeitrag eine objektiv fördernde Funktion gehabt haben, so ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund sich a priori ausschließen lässt, dass es am gemeinsamen Tatentschluss und wesentlichen Tatbeitrag mangelt.

Indem der BGH Feststellungen des neuen Tatgerichts „zur entsprechenden Willensrichtung des Gehilfen“ verlangt, macht der BGH beiläufig deutlich, dass er Täterschaft und Teilnahme vor allem anhand von subjektiven Kriterien ab-

<sup>63</sup> Krüger, ZIS 2011, 1 (7).

<sup>64</sup> Stein, in: Wolter (Fn. 8), Vor § 13 Rn. 54; Weigend (Fn. 26), § 13 Rn. 94; Rengier (Fn. 43), § 51 Rn. 18 ff.; Heinrich (Fn. 36), Rn. 1214.

<sup>65</sup> Stein (Fn. 64), Vor § 13 Rn. 54.

<sup>66</sup> Rengier (Fn. 43), § 51 Rn. 20.

<sup>67</sup> Joecks (Fn. 7), § 25 Rn. 280 f.; Weigend (Fn. 26), § 13 Rn. 95.

<sup>60</sup> Fischer (Fn. 13), § 223 Rn. 5.

<sup>61</sup> BGH StV 1981, 275 (276); BGH NStZ 2003, 253 (254); BGH wistra 2003, 426 (428); BGH NStZ-RR 2009, 10; BGH StraFo 2012, 194 (195).

<sup>62</sup> Mit ähnlicher Begründung Heinrich (Fn. 36), Rn. 1215.

grenzt, wobei auf die fehlende Tragfähigkeit dieses Abgrenzungskriteriums bereits unter IV. 2. hingewiesen wurde.

#### **V. Fazit und Ausblick**

Probleme der Täterschaft und Teilnahme sowie des Unterlassungsdelikts gehören zum Standardrepertoire abfragbaren Wissens in strafrechtlichen Prüfungen.

Der Fall illustriert dabei hervorragend, dass es nicht sinnvoll ist, Ergebnisse höchstrichterlicher Entscheidungen auswendig zu lernen. Sachverhaltskonstellationen können sich beliebig verändern, mit der Folge, dass ganz unterschiedliche Probleme zum Tragen kommen. Wichtig ist, die Grundstruktur von Problemen zu kennen, diese zu verstehen und zu wissen, wo man diese im Prüfungsaufbau verortet.

Schließlich bietet der Fall noch die Gelegenheit, die Voraussetzungen des § 224 Abs. 1 Nrn. 1 und 4 StGB zu wiederholen, worauf in der vorliegenden Besprechung aus Gründen des Umfangs verzichtet wurde.

*Prof. Dr. Janique Brüning, Wiss. Mitarbeiterin Marie Hädrich, Kiel*