

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21¹; BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22²

Gefährliche Körperverletzung beim gemeinsamen Unterlassen

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB setzt voraus, dass der Täter mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich die Körperverletzung begeht. Das ist bei einem Unterlassen durch zwei Garanten nicht der Fall.

(Amtlicher Leitsatz BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21)

Der Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB kann auch durch Unterlassen verwirklicht werden. Die hierfür erforderliche höhere Gefährlichkeit ist regelmäßig gegeben, wenn sich die zur Hilfeleistung verpflichteten Garanten ausdrücklich oder konkludent zu einem Nichtstun verabreden und mindestens zwei von ihnen zumindest zeitweilig am Tatort anwesend sind.

(Amtlicher Leitsatz BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22)

StGB §§ 13, 224 Abs. 1 Nr. 4

Prof. Dr. Markus Wagner, Bonn*

I. Einführung und Prüfungsrelevanz

Strafrechtliche Prüfungsaufgaben orientieren sich oftmals an höchstrichterlichen Entscheidungen – gerade in den Staatsprüfungen. Entgegen einer nach wie vor verbreiteten Auffassung unter Studierenden ist es nicht erforderlich, die betreffende(n) Entscheidung(en) zu kennen und den Fall entsprechend zu lösen. Entscheidend ist vielmehr die eigene stringente und vertretbare Argumentation. Oftmals wird es aber den „Weg des geringsten Widerstandes“ bedeuten, – bewusst oder unbewusst – der Linie der betreffenden Entscheidung zu folgen und die Klausur darauf aufbauend zu lösen.

Vertiefung: Eigentlich geht es in juristischen Prüfungsarbeiten darum, die rechtliche Argumentationsfähigkeit abzuprüfen. Idealerweise sollte es daher so sein, dass man eine erfolgreiche Klausur oder Hausarbeit abliefern kann, wenn man jedes sich stellende Problem als solches auf vertretbare Art und

* Der Verf. ist Inhaber der Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Er dankt Frau Ellen Hofmann, Frau Jannika Hofmann, Frau Sophia Schulte und Frau Lissy zum Winkel für wertvolle Anmerkungen.

¹ Die Entscheidung ist u.a. veröffentlicht in BeckRS 2023, 15360 und NJW 2023, 2209 sowie abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2958836b13504d508d8f54fe376a5bc7&nr=133967&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>; dazu Eisele, JuS 2023, 881; Lichtenthäler, FD-StrafR 2023, 458302; Moslehi, HRRS 2023, 267; Petersen (erscheint in ZfIStw 6/2023).

² Die Entscheidung ist u.a. veröffentlicht in BeckRS 2023, 12852 und NJW 2023, 2060 sowie abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=007e63c3fbcf39c3d4aa079fead85922&nr=133834&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf>; dazu Eisele, JuS 2023, 883; Kudlich, JA 2023, 694; Krehl, NStZ 2023, 609; Moslehi, HRRS 2023, 267; Petersen (erscheint in ZfIStw 6/2023).

Weise löst. Die Korrekturrealität sieht freilich – auch in den Staatsexamina – leider häufig anders aus:³ Idealerweise sollte eine Klausur so konzipiert sein, dass man an allen Stellen jeder vertretbaren Auffassung folgen kann, ohne sich damit Probleme „abzuschneiden“. Letzteres wird sich aber oftmals nicht gänzlich vermeiden lassen. In einem solchen Fall sollte die Lösungsskizze idealerweise alle denkbaren Lösungswege darstellen. Auch wenn dies nicht der Fall ist, sollte von den Korrekturkräften eigentlich erwartet werden können, dass sie eigenständig die Vertretbarkeit der präsentierten Lösung recherchieren. Das geschieht aber zuweilen nicht (etwa deswegen, weil nur ein enges Zeitfenster für die Korrektur zur Verfügung steht). Daher ist ein „klausurtaktisches“ Vorgehen ratsam: Wenn die Aufgabenstellung offenkundig darauf angelegt ist, dass ein bestimmtes Problem zu behandeln ist, sollte man bei einer vorgelagerten Frage keine Auffassung vertreten, die zur Folge hat, dass dieses Problem wegfällt.⁴

Vor diesem Hintergrund ist es für Prüflinge gleichermaßen verunsichernd und befreiend, wenn keine klare Rechtsprechungslinie existiert. Dadurch ist die Verlockung beseitigt, ohne größeres Nachdenken im Ergebnis die Auffassung des Gerichts zu vertreten. „Gefährlich“ ist das insbesondere dann, wenn man in Wahrheit die Argumentation nicht kennt, weil man z.B. nur den Leitsatz gelesen hat. Punkte bekommt man nicht für das „richtige“ Ergebnis, sondern für eine überzeugende Argumentation. Die Prognose, welche Argumentation sich in der Lösungsskizze findet (und daher auch den eiligen Korrektor überzeugen wird), wird dadurch aber erschwert. Das gilt insbesondere dann, wenn es nicht etwa an Rechtsprechung zur betreffenden Rechtsfrage fehlt, sondern vielmehr gegenläufige Entscheidungen vorliegen.

Um eine solche Konstellation soll es im Folgenden gehen: Nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB begeht nicht nur eine „einfache“, sondern eine gefährliche Körperverletzung, wer diese „mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich [...] begeht“. Die Frage, ob die Qualifikation auch dann einschlägig ist, wenn die Körperverletzung durch Unterlassen begangen wird und dabei noch eine andere Person anwesend ist, die ebenfalls einer (Garanten-)Hilfspflicht nicht nachkommt und dadurch den Tatbestand der Körperverletzung durch Unterlassen verwirklicht, war bislang in der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht entschieden worden. Nun haben sich innerhalb kurzer Zeit zwei verschiedene Strafsenate des BGH mit ihr befasst und sie im Ergebnis gegenläufig beantwortet.

Sowohl die Unterlassungsdogmatik wie auch die gefährliche Körperverletzung gehören zum Kernbereich des Prüfungsstoffs. Daher ist die Thematik hochgradig prüfungs- und examensrelevant.

II. Die beiden Fälle und die beiden Entscheidungen

1. BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21

Die Entscheidung des 2. Strafsenats betrifft einen Fall von Kindesmisshandlung. Nach den vom Senat mitgeteilten⁵ Feststellungen der erstinstanzlich zuständigen Kammer des LG Darmstadt⁶ kam die spätere Geschädigte im Mai 2018 gesund zur Welt. Die angeklagten Eltern des Kindes widmeten sich jedoch weiterhin in erster Linie ihren eigenen Interessen, insb. Reisen und Ausflügen. Im ersten halben Jahr war die Entwicklung des Kindes noch unauffällig; anschließend wurde es zunehmend ver-

³ Vgl. bspw. die Anekdote bei Volk, ZIS 2012, 214 (214 Fn. 2).

⁴ Vgl. dazu etwa Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, Teil 1 Kap. 1 Rn. 32, 108, 192, 202.

⁵ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 3 ff.

⁶ LG Darmstadt, Urt. v. 22.6.2021 – 200 Js 22164/19 10 Kls (nicht veröffentlicht).

nachlässigt und verlor an Gewicht. Die Angeklagten bemerkten den sich verschlechternden Zustand ihrer Tochter, lenkten jedoch – auch auf entsprechenden Hinweis der Kinderärztin hin – nicht ein. Vielmehr nahmen sie einen Kontrolltermin, den die Ärztin ihnen ans Herz gelegt hatte, nicht wahr und schotteten das Kind auch sonst von anderen Personen (wie z.B. den Großeltern) ab, wodurch verhindert werden sollte, dass Dritte den Verfall des Mädchens bemerkten. Trotz angespannter finanzieller Situation unternahmen die Angeklagten weiter Reisen und sparten stattdessen an Baby-nahrung. In der Folge befand das Kind sich im Mai 2019 in einem lebensbedrohlichen Zustand und wog nur noch⁷ 4 kg. Als der Angeklagte das Kind reglos vorfand, brachten die beiden Angeklagten es zur Rettungswache. Es musste mehrfach reanimiert werden, überlebte aber letztlich. Als Folge der Vernachlässigung leidet es an einer globalen Entwicklungsstörung und wird voraussichtlich kognitive Beeinträchtigungen davontragen.

Das Landgericht verurteilte die Angeklagten wegen schwerer Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen zu Freiheitsstrafen von sechs Jahren und fünf Jahren und neun Monaten. Auf die Revision der Angeklagten hin änderte der 2. Strafsenat des BGH den Schuldspruch dahingehend ab, dass die tateinheitliche Verwirklichung einer gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen gestrichen wurde, ließ den Strausausspruch aber im Ergebnis bestehen.

Prozessualer Exkurs: Dieses Vorgehen verwundert auf den ersten Blick: § 354 Abs. 1 StPO sieht zwar die Möglichkeit einer Änderung des Schuldspruchs durch das Revisionsgericht selbst nicht unmittelbar vor; dies entspricht aber – trotz Bedenken hinsichtlich der Methodik – der gängigen Praxis (und ist zumindest teilweise aus ökonomischen Gründen auch sinnvoll).⁸ Verwirklicht waren auch §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 5, 13 StGB, die jedoch hinter § 225 Abs. 3 Nr. 1 StGB zurücktreten⁹, weshalb der Schuldspruch ausschließlich auf Misshandlung von Schutzbefohlenen lauten musste.¹⁰ Jedenfalls ist eine solche eigene Entscheidung des Revisionsgerichts nur dann möglich, wenn dadurch keine Neubewertung der Strafzumessung erforderlich wird, die dem Tatgericht vorbehalten ist. Dass ein solcher Fall hier gegeben sein soll, ist aber keineswegs selbstverständlich. Bei Tateinheit ist gem. § 52 Abs. 2 S. 1 StGB der Strafraum grundsätzlich (nur) dem schwereren Delikt zu entnehmen (Ausnahme: Satz 2), hier also der qualifizierten Misshandlung von Schutzbefohlenen gem. § 225 Abs. 1 Var. 3, Abs. 3 Nr. 1 StGB. Gleichwohl ist das tateinheitlich verwirklichte Delikt bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Fällt dieses weg, so liegt die Vermutung nahe, dass die ursprünglich gebildete Einheitsstrafe (§ 52 Abs. 1 StGB) zu hoch angesetzt war und daher der Rechtsfolgenausspruch zur neuen Verhandlung und Entscheidung an einen anderen Spruchkörper des Ausgangsgerichts zurückverwiesen werden muss. Dies wird in der Regel der Fall sein.¹¹ Gleichwohl ist das Gericht im Rahmen der allgemeinen Strafzumessungserwägungen (§ 46 StGB) nicht verpflichtet, die Strafe wegen des tateinheitlich verwirklichten Delikts zu schärfen; vielmehr kommt es darauf an, ob das Unrecht hierdurch gesteigert wird.¹²

⁷ Bei einem Mädchen dieses Alters und Geburtsgewichts wären ca. 8,5 kg normal gewesen.

⁸ Vgl. zum Ganzen *Knauer/Kudlich*, in: MüKo-StPO, Bd. 3/1, 2019, § 354 Rn. 48 ff. m.w.N.

⁹ BGH, Beschl. v. 5.2.2009 – 4 StR 624/08 = BeckRS 2009, 6128; BGH, Beschl. v. 14.6.2016 – 3 StR 22/16 = NStZ 2016, 673 f.; BGH, Beschl. v. 7.8.2018 – 4 StR 89/18 = BeckRS 2018, 18639; *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 225 Rn. 40 m.w.N.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 20 f.

¹¹ Klarstellend bspw. *Gericke*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 354 Rn. 18.

¹² Vgl. bspw. v. *Heintschel-Heinegg*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 52 Rn. 124 f. m.w.N.

Daraus, dass die Kammer im Rahmen der Begründung der Strafzumessung offenbar nicht darauf eingegangen ist, dass tateinheitlich auch der Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen verwirklicht war, schließt der *Senat*, dass dieser offenbar nicht strafscharfend berücksichtigt worden sein kann und daher die Schuldpruchberichtigung nicht die Notwendigkeit nach sich zieht, auch den Rechtsfolgenausspruch aufzuheben.¹³

§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB könne nicht durch Unterlassen verwirklicht werden. Da es nach der bisherigen Rechtsprechung bereits nicht den Tatbestand erfülle, wenn der andere lediglich passiv am Tatort anwesend sei,¹⁴ könne die bloße Anwesenheit eines weiteren untätigen Garanten erst recht nicht für eine gemeinschaftliche Tatbegehung i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ausreichen.¹⁵ Dies ergebe sich aus dem Telos der Regelung: Der Grund der Strafschärfung liege zum einen „in der besonderen Gefahr für das Opfer, dass es bei der Konfrontation mit einer Übermacht psychisch oder physisch in seinen Abwehr- oder Fluchtmöglichkeiten beeinträchtigt wird“, und zum anderen „in der Gefahr der Verursachung erheblicher Verletzungen infolge der Beteiligung mehrerer Personen an der Körperverletzung“.¹⁶ Da eine solche Gefahr nur bei aktiven Tatbeiträgen bestehe, scheide § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB beim gleichzeitigen Unterlassen mehrerer Garanten aus.¹⁷ Das Unterlassen entspreche „nicht einer Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes durch ein Tun (§ 13 Abs. 1 StGB)“.¹⁸

2. BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22

Der Fall, über den der 6. *Strafsenat* zu entscheiden hatte, betrifft eine Konstellation der Zwangsprostitution.¹⁹ Die 19-jährige Geschädigte litt an paranoider Schizophrenie und ging der Prostitution nach. Eines Tages nahm der Angeklagte K die Dienste der Geschädigten in Anspruch und „übernahm“ sie anschließend von ihrem bisherigen Zuhälter. Dabei hatte er Kenntnis von ihrem Alter und ihrem Gesundheitszustand. Der Angeklagte Kr und die Angeklagte H unterstützten ihn ohne eigenes finanzielles Interesse dabei, die Geschädigte Freiern für sexuelle Dienstleistungen anzubieten.

Schließlich kam es zu einer akuten Psychose der Geschädigten. Die drei Angeklagten erkannten, dass die Geschädigte sich in einem gefährlichen Zustand befand und ärztlicher Hilfe bedurfte. Um jedoch die „Einnahmequelle“ des K nicht zu gefährden, beschlossen sie, sich selbst um die Geschädigte zu kümmern. Dadurch wurde der kritische Zustand aufrechterhalten oder sogar verschlimmert; psychosebedingt kam es unter anderem zu Krämpfen und Erbrechen. Dies hätte durch die Gabe entsprechender Medikamente verhindert werden können. Schließlich starb die Geschädigte durch aktive Einwirkung, die im Einzelnen nicht aufgeklärt werden konnte.

Neben zahlreichen anderen Delikten verurteilte das Landgericht Verden in Bezug auf den hier interessierenden Sachverhaltsteil die Angeklagten jeweils wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen.²⁰ Hiergegen legten die Angeklagten, die Staatsanwaltschaft und der Nebenkläger jeweils Revision ein; die (auch) von der Staatsanwaltschaft erhobene allgemeine Sachrüge machte

¹³ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 22; zum gleichen Vorgehen vgl. bspw. BGH, Beschl. v. 5.2.2009 – 4 StR 624/08 = BeckRS 2009, 6128.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 21.7.2015 – 3 StR 261/15 = BeckRS 2015, 14860.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 12.

¹⁶ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 16.

¹⁷ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 16.

¹⁸ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 17.

¹⁹ Zum Sachverhalt BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 4 ff.

²⁰ LG Verden, Urt. v. 21.10.2021 – 1 Ks 147 Js 20912/20 (113/20) – unveröffentlicht.

eine vollumfängliche materiell-rechtliche Überprüfung des Urteils erforderlich. Der *Senat* änderte teilweise den Schuldspruch, hob teilweise die Strafaussprüche auf und verwies die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine allgemeine Strafkammer des Landgerichts zurück. Die Verurteilungen wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen bestätigte er hingegen. Indem sie keine ärztliche Hilfe herbeiholten, hätten die Angeklagten als Mittäter den Tatbestand der §§ 224 Abs. 1 Nr. 4, 13 StGB verwirklicht.²¹ Auch der 6. *Strafsenat* argumentiert mit Sinn und Zweck des Qualifikationstatbestandes: Eine gemeinschaftliche Tatbegehung i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB liege dann vor, wenn die Beteiligung der anderen Person die abstrakte Gefährlichkeit der Körperverletzung für das Opfer steigere.²² Dies sei unter anderem dann der Fall, „wenn die Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers durch die Anwesenheit mehrerer Beteiligter tatsächlich oder vermeintlich eingeschränkt sind [...] oder wenn der die Körperverletzung unmittelbar ausführende Täter durch einen weiteren Beteiligten in seinem Willen hierzu bestärkt wird [...]“.²³ Je nach Einzelfall sei dies grundsätzlich auch bei einem Unterlassen möglich.²⁴ Allerdings reiche die bloße passive Anwesenheit eines anderen nicht aus, und zwar weder beim aktiven noch beim Unterlassungs(neben)täter.²⁵ Anders lägen die Dinge hingegen, „wenn sich die zur Hilfeleistung verpflichteten Garanten ausdrücklich oder konkludent zu einem Nichtstun verabreden [...] und mindestens zwei handlungspflichtige Garanten zumindest zeitweilig am Tatort präsent sind.“ Denn dadurch werde wechselseitig der jeweilige Entschluss zum Unterlassen verstärkt, was – „zusätzlich zu dem gefahrsteigernden gruppenspezifischen Effekt“ – die Wahrscheinlichkeit senke, dass einer der Garanten seiner Hilfspflicht nachkommt.²⁶ So lägen die Dinge im entscheidungserheblichen Sachverhalt: Nach den Feststellungen der Kammer haben die Angeklagten ausdrücklich vereinbart, keine ärztliche Hilfe herbeizuholen. Der von dieser Vereinbarung ausgehende Druck zeige sich deutlich darin, dass unter anderem die Angeklagte H zunächst darauf hingewiesen hatte, dass die Geschädigte professionelle Hilfe benötige, aber dann gleichwohl nichts unternahm.²⁷

III. Kritische Würdigung

1. Prozessuales

In prozessualer Hinsicht ist die offenkundige Divergenz²⁸ zwischen beiden Entscheidungen erstaunlich: Eigentlich ist es gerade eine Aufgabe der Revisionsgerichte – zumindest des BGH –, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung sicherzustellen.²⁹ Daher muss ein (Straf-)Senat des BGH, der in entscheidungserheblicher Art und Weise von der Rechtsprechung eines anderen Senats abweichen will, gem. § 132 Abs. 3 S. 1 GVG diesem die Frage vorlegen, ob er an seiner bisherigen Linie festhalten möchte. Gibt der angefragte Senat daraufhin seine Auffassung auf, steht der Entscheidung des anfragenden Senats nichts im Wege. Hält der angefragte Senat jedoch an seiner Rechtsansicht fest, muss der

²¹ BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 39 ff.

²² BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 40.

²³ BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 40.

²⁴ BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

²⁵ BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

²⁶ BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

²⁷ BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 43.

²⁸ A.A. aber die Einschätzung von Petersen (erscheint in ZfIStw 6/2023).

²⁹ Vgl. etwa Gericke, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, Vor §§ 333–358 Rn. 2; T. Zimmermann/Bales, JuS 2019, 1137 (1141); diff. C. Knauer, NSTZ 2016, 1 (7).

anfragende Senat entweder dieser entsprechend entscheiden oder die Frage dem *Großen Senat für Strafsachen* vorlegen und abwarten, welche Linie dieser vorgibt (§ 132 Abs. 2 GVG).

Da dieses Verfahren sehr aufwendig ist, wollen die Senate es in der Regel vermeiden. Daher finden sich oftmals Begründungen, dass der Fall bzw. die Rechtsfrage in irgendeiner Weise anders gelagert und daher eine Divergenzvorlage nicht erforderlich sei; alternativ wird das gewünschte Ergebnis im Rahmen eines anderen Prüfungsschritts erreicht, sodass die bevorzugte Rechtsauffassung nicht entscheidungserheblich ist und lediglich obiter dictum klargestellt wird.

Trotz des offensichtlichen Widerspruchs zwischen beiden Entscheidungen unternahm der 6. *Strafsenat* keinerlei Bemühungen in diese Richtung. Angesichts des vergleichsweise geringen zeitlichen Abstands zwischen beiden Entscheidungen ist allerdings davon auszugehen, dass es sich hier nicht um eine bewusste Missachtung der Vorlagepflicht handelt, sondern der 6. *Strafsenat* im Zeitpunkt der Entscheidung schlichtweg noch keine Kenntnis von der Entscheidung des 2. *Strafsenats* (und damit seiner Vorlagepflicht) hatte.³⁰

2. Zur Möglichkeit der Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen

Die entscheidende Frage lautet nun, ob der Qualifikationstatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB auch dann einschlägig sein kann, wenn zum einen die grunddeliktische Körperverletzung (§ 223 Abs. 1 StGB) durch Unterlassen (§ 13 StGB) begangen wurde und auch der/die andere/-n Beteiligte/-n („nur“) eine Körperverletzung durch Unterlassen verwirklicht bzw. verwirklichen.

a) Grundsätzliche Möglichkeit der Verwirklichung einer gefährlichen Körperverletzung durch Unterlassen

Klarzustellen ist zunächst, dass der Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 StGB) prinzipiell durch Unterlassen verwirklicht werden kann. Diese Möglichkeit eröffnet § 13 Abs. 1 StGB, mittels dessen grundsätzlich jeder Deliktstatbestand des Besonderen Teils³¹ in einen Unterlassungstatbestand transformiert werden kann. An die Stelle der (aktiven) Tathandlung tritt dann das Nicht-Erfüllen einer Handlungspflicht, obwohl dies physisch-real möglich wäre.³² Allerdings genügt nicht jede Verletzung einer Handlungspflicht für ein strafbares Unterlassen; erforderlich ist gem. § 13 Abs. 1 StGB vielmehr, dass der Beteiligte „rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt“ (sog. Garantenpflicht).³³ An die Stelle der Kausalität zwischen Tathandlung und -erfolg tritt die häufig sog. „Quasi-Kausalität“; erforderlich ist also, dass die Vornahme der rechtlich geforderten Handlung den Erfolgseintritt verhindert hätte.³⁴ Hinzu kommen muss außerdem gem. § 13 Abs. 1 StGB, dass „das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“ (vgl. dazu noch unten unter c)).

b) Speziell: § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Die Kernfrage der Entscheidung ist nun, ob speziell für die Qualifikationsvariante des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB etwas anderes gilt (methodisch: ob § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB eine *lex specialis* gegenüber

³⁰ So auch die Einschätzung bei *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2023, 458302; *Krehl*, NStZ 2023, 609 (611).

³¹ Und des Nebenstrafrechts, vgl. Art. 1 Abs. 1 EGStGB.

³² Dazu bspw. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 27 ff. m.w.N.

³³ Dazu bspw. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 41 ff. m.w.N.

³⁴ Dazu bspw. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 35 ff. m.w.N.

§ 13 StGB ist).

aa) Tatbegehung

Die Möglichkeit einer Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen wird jedenfalls nicht dadurch ausgeschlossen, dass § 224 Abs. 1 StGB davon spricht „[w]er die Körperverletzung [...] *begeht*“. Denn „Begehen“ ist kein Synonym des Gesetzes für aktives Tun (auch wenn in der Literatur der Begriff des „Begehungsdelikts“ oftmals missverständlich als Gegenbegriff zum Unterlassungsdelikt verwendet wird³⁵), sondern ausweislich der amtlichen Überschrift des § 13 StGB („Begehen *durch* Unterlassen“) ein Oberbegriff für alle Formen der Tatbestandsverwirklichung.

bb) Mit einem anderen Beteiligten

Als nächstes ist zu klären, ob der andere Garant ein „Beteiligter“ ist, mit dem eine Körperverletzung durch Unterlassen begangen werden kann. Wie der Begriff zu verstehen ist, ist bekanntermaßen umstritten.³⁶ Einerseits ist der Begriff des „Beteiligten“ in § 28 Abs. 2 StGB legaldefiniert und soll gerade gleichermaßen Täter und Teilnehmer umfassen; andererseits scheint die Verwendung des Begriffs „gemeinschaftlich“ auf § 25 Abs. 2 StGB zu weisen und damit nahezu legen, dass ein anderer „Beteiligter“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB nur ein *Mittäter* sein kann.³⁷

Historischer Exkurs: In der Vorgängervorschrift § 223a Abs. 1 StGB a.F. lautete die Tatvariante noch geringfügig anders: „Ist die Körperverletzung [...] von Mehreren gemeinschaftlich [...] begangen [...].“ Bereits unter dieser Gesetzesfassung war umstritten, ob die „gemeinschaftliche“ Tatbegehung Mittäterschaft voraussetzt.³⁸ Daher wird teilweise vorgetragen, gerade die Umformulierung³⁹ hin zur Verwendung des legaldefinierten Begriffs des „Beteiligten“ sei ein Zeichen dafür, dass der Gesetzgeber diesen Streit zugunsten einer weiten Lesart, die auch Teilnehmer umfasst, habe beseitigen wollen.⁴⁰ Allerdings handelte es sich hierbei nicht um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers – zumindest schweigen die Gesetzgebungsmaterialien sich hierzu aus.⁴¹ Möglicherweise handelt es sich nur um einen unbeabsichtigten Nebeneffekt der Umformulierung von einer Passivkonstruktion in die aktivische Formulierung.⁴²

Einigkeit besteht jedoch dahingehend, dass jedenfalls Mittäter „andere Beteiligte“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB sind; auf den Streit kommt es daher nicht an, wenn Mittäterschaft vorliegt. Für die hier interessierenden Fallkonstellationen, in denen mehrere Garantens entsprechend einer vorherigen Verabredung jeweils ihrer Hilfeleistungspflicht nicht nachkommen, nimmt die ganz überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur Mittäterschaft zwischen den Garantens an.⁴³

³⁵ Exemplarisch Rengier, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 10 Rn. 17.

³⁶ Überblick: Hillenkamp/Cornelius, 40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil, 13. Aufl. 2020, 6. Problem.

³⁷ BGH, Urt. v. 3.9.2002 – 5 StR 210/02 = BGHSt 47, 383 (386): „etwas mißverständlich[]“; D. Bock, NStZ 2017, 641 (641) „perplex“; Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 24: „selbstwidersprüchlich“.

³⁸ Nachw. bei Küper, GA 1997 301 (307 ff.).

³⁹ Der heutige § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB gilt seit 1.4.1998 und wurde eingeführt durch Art. 1 Nr. 38 des Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) v. 26.1.1998 = BGBl. I 1998, S. 164 (175) – Nr. 6 v. 30.1.1998.

⁴⁰ So insb. BGH, Urt. v. 3.9.2002 – 5 StR 210/02 = BGHSt 47, 383 (386).

⁴¹ Klarstellend bspw. Küper, GA 2003, 363 (372 f.); Wolters, in: SK-StGB, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 224 Rn. 28.

⁴² Wolters, in: SK-StGB, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 224 Rn. 28.

⁴³ Vgl. nur etwa BGH, Urt. v. 26.6.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106 (129) – Lederspray; Gaede, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 27; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023,

Vertiefung: Das ist aber nicht so unproblematisch, wie es auf den ersten Blick aussieht: Wer alle Tatbestandsmerkmale des (Unterlassungs-)Delikts in eigener Person erfüllt, ist nach allgemeinen Grundsätzen *unmittelbarer* Täter gem. § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB („wer die Straftat selbst [...] begeht“). Es begeht also jeder Garant seine *eigene Tat*, die *unabhängig* von der des anderen ist.⁴⁴ Dies wird oftmals als „Nebentäterschaft“ bezeichnet, wobei es sich nicht um eine dogmatische Kategorie mit eigenständiger Bedeutung, sondern lediglich um eine phänomenologische Beschreibung handelt.⁴⁵ Sieht man aber die Garanten als Unterlassungsnebtäter, so begehen sie nicht mehr *dieselbe* Tat, weshalb § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB von vornherein nicht einschlägig sein kann.⁴⁶

Oftmals wird die Frage, ob – auf Grundlage einer Verabredung – gleichzeitig untätig bleibende Garant Mit- oder „Neben“-Täter sind, für irrelevant erklärt,⁴⁷ weil es im Normalfall keinen Unterschied macht: Jedenfalls sind beide (Unterlassungs-)Täter; rechtliche Unterschiede (z.B. hinsichtlich des Strafrahmens) ergeben sich nicht, auch im Urteilstenor wird die Täterschaftsform nicht angegeben⁴⁸. Hier ist der Streit ausnahmsweise von Bedeutung.

Die Minderheitsmeinung, die mittäterschaftliches Unterlassen grundsätzlich ablehnt,⁴⁹ hat dabei gute Gründe auf ihrer Seite: § 25 Abs. 2 StGB kommt eigentlich die Funktion zu, einzelne Tatbeiträge wechselseitig zuzurechnen, wenn der betreffende Mittäter gerade nicht alle Tatbestandsmerkmale selbst erfüllt. Beim Garantunterlassen besteht für eine solche Zurechnung aber gerade kein Bedarf.⁵⁰ Eine vermittelnde Auffassung teilt im Ausgangspunkt die vorstehende Kritik, will jedoch mittäterschaftliches Unterlassen nicht kategorisch ausschließen, sondern auf solche Fälle beschränken, in denen die Garanten ihre jeweilige Handlungspflicht nur gemeinsam erfüllen können.⁵¹ So einleuchtend diese Ausnahme auf den ersten Blick scheint, ist sie gleichwohl inkonsequent: Denn wenn beide Garanten zusammenwirken müssen, bleibt es dabei, dass jeder Garant allein die Rettung durch Untätigkeit verhindern kann und somit alle Merkmale des Unterlassungsdelikts selbst erfüllt. Die Behauptung, dass in diesen Fällen beide Garanten stattdessen straflos sind, weil ihnen die (alleinige) Erfolgsverhinderung gerade *unmöglich* ist,⁵² trägt hingegen nicht: Ein Unterlassen liegt nicht deswegen vor, weil der Garant – ex post – den Erfolgseintritt nicht verhindert hat, sondern weil er zu

§ 25 Rn. 11a; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 29/102; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 682; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 286; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 38 Rn. 65; *Kudlich*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 13 Rn. 48; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 268; *Ransiek*, JuS 2010, 678 (678 f.); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 172 ff.; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 237; *Weigend*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 82.

⁴⁴ So BGH, Urt. v. 6.11.2002 – 5 StR 281/01 = BGHSt 48, 77 (95); *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 25 Rn. 150.

⁴⁵ Klarstellend bspw. *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 2, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 302 ff.; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 246 ff.; a.A. wohl nur *Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, Ein Beitrag zu einer personalen Täterschaftslehre, 1993.

⁴⁶ Darauf weisen zutreffend *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 224 Rn. 39, und *Hardtung*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 35, hin.

⁴⁷ Exemplarisch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 173; *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 237; *Weigend*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 82.

⁴⁸ Vgl. bspw. *Maier*, in: MüKo-StPO, Bd. 2, 2016, § 260 Rn. 259.

⁴⁹ U.a. *Kreuzberg*, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, 2019, S. 651 ff.; *Mosenheuer*, Unterlassen und Beteiligung, 2009, S. 135 ff.

⁵⁰ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 6.11.2002 – 5 StR 281/01 = BGHSt 48, 77 (95); *Weigend*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 82; insoweit auch zutreffend etwa *Mosenheuer*, Unterlassen und Beteiligung, 2009, S. 135 ff.

⁵¹ Bspw. *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 27; *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 202 ff.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 268; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 51 Rn. 3.

⁵² So aber *Mosenheuer*, Unterlassen und Beteiligung, 2009, S. 137 f.

einer Zeit, in der der Erfolgseintritt noch hätte verhindert werden können, nicht die von ihm geforderten Handlungen vorgenommen hat, um den Erfolg abzuwenden. Er muss daher jedenfalls seinen Teil erbringen und versuchen, auf den anderen dahingehend einzuwirken, dass dieser ebenfalls seinen Beitrag leistet. Tut er dies nicht, sondern trägt mit der Verabredung sogar noch dazu bei, dass der andere seiner Handlungspflicht nicht nachkommt, kann ihn dies nicht entlasten.⁵³

Die beiden *Senate* setzen sich nicht näher mit der Täterschaftsform auseinander. Der 6. *Strafsenat* geht ganz explizit von Mittäterschaft aus.⁵⁴ Der 2. *Strafsenat* äußert sich insoweit nicht; er teilt lediglich mit, dass die erstinstanzliche Kammer von Mittäterschaft ausgegangen ist, wie sich aus der Paragraphenkette ergibt.⁵⁵

cc) Gemeinschaftlich

Die Kernfrage der beiden Entscheidungen ist, ob die Garanten „gemeinschaftlich“ unterlassen.

(1) Grundsätzliche Möglichkeit der Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen

Der Wortlaut ist insoweit offen und schließt eine Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen nicht von vornherein aus.⁵⁶

Der Blick auf die (unmittelbare) Entstehungsgeschichte ist ebenfalls wenig aussagekräftig. Wie der 2. *Strafsenat* zutreffend betont⁵⁷, hat der Gesetzgeber des 6. Strafrechtsreformgesetzes, mit dem § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB zum letzten Mal verändert wurde (siehe oben), sich dazu nicht nennenswert geäußert. Der 6. *Strafsenat* weist darauf hin,⁵⁸ dass der Gesetzgeber eine „Aufwertung des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit“ im Sinn hatte, die insbesondere durch die Anhebung der Strafraumen zum Ausdruck kommen sollte⁵⁹. Der abstrakte Hinweis auf einen „effektiven Rechtsgüterschutz[]“⁶⁰ allein vermag jedoch keine pauschal weite und damit punitive Auslegung zu rechtfertigen.

Entscheidend ist daher die teleologische Auslegung: Nach ganz überwiegender Auffassung ist Strafgrund der Qualifikation, dass die in § 224 Abs. 1 StGB beschriebenen Verhaltensweisen ihrer Art nach besonders gefährlich erscheinen.⁶¹ Dies ist beispielsweise bei Nr. 2 der Fall: Der Stich mit einem Messer birgt typischerweise die Gefahr, schwerere Verletzungen herbeizuführen als ein bloßer Faustschlag. Mit Blick auf dieses Telos wird gegen die Entscheidung des 6. *Strafsenats* eingewandt, dass zwar durch eine Verabredung zwischen mehreren Garanten die Gefahr gesteigert werde, dass auch die anderen Garanten ihrer Pflicht nicht nachkommen; dadurch komme es jedoch nicht zu einer *qualitativen Intensivierung* der dem Opfer drohenden Verletzung.⁶² Vielmehr könne eine solche Gefährlichkeitssteigerung nur vorliegen, wenn der Anwesenheit des (anderen) untätigen Garanten die

⁵³ Zutreffend Haas, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 13 Rn. 134 (allerdings unter missverständlicher Bezugnahme auf *Mosenheuer*); Kreuzberg, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, 2019, S. 651 ff.; Weigend, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 13 Rn. 82.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 39.

⁵⁵ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 7.

⁵⁶ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 13; BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 14.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

⁵⁹ BT-Drs. 13/8587, S. 19.

⁶⁰ BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

⁶¹ Vgl. exemplarisch BGH, Urt. v. 23.6.1964 – 5 StR 182/64 = BGHSt 19, 352 (353).

⁶² Kudlich, JA 2023, 694 (696); Eisele, JuS 2023, 884.

Gefahr innewohne, dass dieser jederzeit aktiv werden und z.B. zu direkten Körperverletzungshandlungen übergehen und/oder Rettungsbemühungen Dritter verhindern könne.⁶³

Allerdings geht es bei § 224 Abs. 1 StGB (im Allgemeinen und bei Nr. 4 im Speziellen) gerade nicht nur um eine Steigerung der potenziell drohenden Verletzungsintensität, sondern auch und vor allem um die Einschränkung oder Beseitigung von Verteidigungsmöglichkeiten.⁶⁴ Deutlich wird dies insbesondere an Nr. 3: Das Messer wird nicht dadurch schärfer oder spitzer, weil man es nicht kommen sieht; die gesteigerte Gefährlichkeit erwächst erst aus dem Überraschungseffekt. Ähnlich ist es bei Nr. 4: Es besteht Einigkeit dahingehend, dass der andere Beteiligte keine aktiven Körperverletzungshandlungen vornehmen muss, weshalb es insoweit zu keiner Gefahrintensivierung kommen muss; gleichwohl führt die Mitwirkung des Dritten (z.B. „Anfeuern“) dazu, dass das Opfer sich einer „Übermacht“ gegenüber sieht (insbesondere, wenn es damit rechnet, dass der Dritte selbst noch aktiv werden könnte⁶⁵) und daher in seinen Abwehrmöglichkeiten beeinträchtigt ist.⁶⁶

So eine „Übermacht“ besteht aber auch in der Situation mehrerer verabredetermaßen untätiger Garanten. Denn der Garant ist gerade ein Verteidigungsmechanismus, den die Rechtsordnung dem Opfer zur Seite stellt. Trifft also ein Garant mit einem anderen eine Untätigkeitsvereinbarung, baut diese eine gewisse psychologische Hemmschwelle auf und hat somit das Potenzial, die anderen Garanten als Verteidigungsmittel „auszuschalten“.⁶⁷

Exkurs: Dieser Gedanke ist aus anderem Zusammenhang bekannt: Das Merkmal der heimtückischen Begehungsweise beim Mord (§ 211 Abs. 2, 2. Gruppe, Var. 1 StGB) wird allgemein verstanden als das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers.⁶⁸ Arglosigkeit setzt dabei die Fähigkeit zum Argwohn voraus. Diese ist aber etwa nicht gegeben z.B. bei Kleinstkindern, weshalb diese grundsätzlich nicht heimtückisch getötet werden können.⁶⁹ Etwas anderes soll aber gelten, wenn schutzbereite Dritte zur Verfügung standen, diese aber gezielt ausgeschaltet wurden.⁷⁰

Dafür sprechen auch psychologische Erkenntnisse: Bekannt ist der sog. Zuschauer-Effekt (*bystander effect*).⁷¹ Danach tendieren Menschen, die eine Notsituation wahrnehmen, dazu, nicht zu helfen, wenn auch andere Personen anwesend sind, die ebenfalls nicht eingreifen. Dahinter können verschiedene gedankliche Mechanismen stecken: So neigen Menschen beispielsweise eher dazu, ihr Verhalten an das anderer anzupassen, um möglichst nicht aufzufallen. In Unterlassensfällen kommt der Gedanke der sog. Verantwortungsdiffusion hinzu; plastisch gesprochen: „Wer ist eigentlich zuständig? – Es wird sich schon jemand anderes darum kümmern.“ Derartige Denkstrukturen könnten beispiels-

⁶³ Eisele, JuS 2023, 881 (882); ders., JuS 2023, 883 (884).

⁶⁴ Vgl. bspw. BGH, Urt. v. 3.9.2002 – 5 StR 210/02 = BGHSt 47, 384 (387); Momsen/Momsen-Pflanz, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 224 Rn. 24; Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 2 m.w.N.

⁶⁵ So bspw. BGH, Urt. v. 3.9.2002 – 5 StR 210/02 = BGHSt 47, 384 (387).

⁶⁶ Bspw. Hardtung, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 37; Momsen/Momsen-Pflanz, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 224 Rn. 25; Paeffgen/Böse/Eidam, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 25; jeweils m.w.N.

⁶⁷ In diesem Sinne auch Lichtenthäler, FD-StrafR 2023, 458302.

⁶⁸ Vgl. nur exemplarisch BGH, Beschl. v. 10.1.2006 – 5 StR 341/05 = NJW 2006, 1008 (1010).

⁶⁹ Bspw. BGH, Urt. v. 10.3.2006 – 2 StR 561/05 = NSTZ 2006, 338 (339); Saliger, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 54 m.w.N.

⁷⁰ Etwa BGH, Urt. v. 18.10.2007 – 3 StR 226/07 = NSTZ 2008, 93; Saliger, in: NK-StGB, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 211 Rn. 59 m.w.N.

⁷¹ Grundlegend Darley/Latané, Journal of Personality and Social Psychology 8 (1968), 377 ff.; Meta-Analyse der zahlreichen Nachfolgestudien bei Fischer u.a., Psychological Bulletin 137 (2011), 517 ff.; Einführung in deutscher Sprache bei Gazzaniga/Heatheron/Halpern, Psychologie, 2017, S. 696 ff.

weise dem Fall des 2. *Strafsenats* zugrunde gelegen haben. In dem Sachverhalt, über den der 6. *Strafsenat* zu entscheiden hatte, mag die Nutzen-Risiko-Abwägung – ein weiterer Faktor des Zuschauer-Effekts – hinzugekommen sein: Angesichts der angespannten Situation konnten vermutlich alle Angeklagten damit rechnen, gewaltsam von den anderen an Rettungsmaßnahmen gehindert zu werden.

Daher spricht mit dem 6. *Strafsenat* (und entgegen dem 2. *Strafsenat*) die Teleologie des Tatbestandes dafür, dass § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB auch dann einschlägig sein kann, wenn mehrere Garanten gleichzeitig die Vornahme von Rettungshandlungen unterlassen.

(2) Nähere Konkretisierung

In einem zweiten Schritt ist daher auszuloten, unter welchen Voraussetzungen mehrere untätige Garanten „gemeinschaftlich“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB handeln.

Die Anforderungen an die Vereinbarung zwischen mehreren Garanten, den Erfolg nicht abzuwenden, dürfen nicht strenger sein als diejenigen, die an den Tatentschluss für die Mittäterschaft gestellt werden. Sie muss daher nicht explizit ausgesprochen werden, sondern die stillschweigende Übereinkunft reicht aus.⁷² Auch ist es möglich, dass der eine Garant erst nach Beginn der Untätigkeit durch den anderen dazustößt (Bsp.: Ein Elternteil lässt das gemeinsame Kind hungern, während der andere auf Geschäftsreise ist; nach dessen Rückkehr erfasst dieser die Situation und beide werden sich darüber einig, das Kind auch weiterhin nicht zu versorgen). Nicht ausreichend ist es hingegen, wenn ein Garant die Untätigkeit des Garanten bemerkt und sich entschließt, ebenfalls nicht zu handeln, ohne dass der andere Garant davon weiß.

Praxishinweis: Gerade, wenn die Tatbeiträge in einem Unterlassen bestehen, stellen sich in der Praxis freilich erhebliche Beweisschwierigkeiten, ob wirklich eine – irgendwie geartete – wechselseitige Kommunikation zwischen den Garanten dahingehend stattgefunden hat, dass sie sich darauf verständigen, jeweils ihrer Pflicht nicht nachzukommen.⁷³ Im Zweifelsfall muss das Gericht davon ausgehen, dass keine Abstimmung zwischen den Garanten stattgefunden hat und sie jeweils „nur“ als unmittelbare („Neben“-)Täter zu bestrafen sind; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB findet dann keine Anwendung (weshalb dieses Ergebnis für die Angeklagten rechtlich günstiger und daher in dubio pro reo zu unterstellen ist).

Auf einen anderen Aspekt weist *Lichtenthäler* zutreffend hin:⁷⁴ Bei aktiven Körperverletzungen verlangt die ganz herrschende Auffassung für ein „gemeinschaftliches“ Handeln i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB, dass auch der andere Beteiligte am Tatort (i.S.d. § 9 StGB) körperlich anwesend sein muss und dort seinen jeweiligen Beitrag erbringt.⁷⁵ Hintergrund dieser Lesart ist der Gedanke, dass nur dann die „Übermacht“-Wirkung der Personenmehrheit zum Tragen kommt. Diese Überlegung überträgt der 6. *Strafsenat* auf die hiesigen Unterlassungskonstellationen, wenn er beiläufig fordert, dass „min-

⁷² Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 StR 191/02 = NStZ 2003, 85; näher *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 195 m.w.N.

⁷³ Dazu bspw. *Puppe*, ZIS 2007, 234 (238).

⁷⁴ *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2023, 458302.

⁷⁵ Exemplarisch BGH, Urt. v. 22.12.2005 – 4 StR 347/05 = NStZ 2006, 572 (573); BGH, Beschl. v. 25.7.2017 – 3 StR 113/17 = NStZ 2017, 640 (640) m. Anm. *D. Bock; Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 12 f.; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 224 Rn. 7.

destens zwei handlungspflichtige Garanten zumindest zeitweilig am Tatort präsent sind“.⁷⁶ Für die Konstellationen verabredeten Unterlassens ist sie freilich nicht zwingend. Zwar ist es zutreffend, dass der wechselseitige Druck, der von der Verabredung ausgeht, am größten sein dürfte, wenn beide Garanten gleichzeitig anwesend sind und sich gegenseitig „im Auge haben“.⁷⁷ Da hier aber der Grund der Strafschärfung ist, dass der andere Garant als potenzielle Verteidigungsmöglichkeit des Opfers ausgeschaltet wird, ist die durch die Verabredung geschaffene Gefahr umgekehrt dann am größten, wenn der andere Garant aufgrund der Verabredung *gerade nicht anwesend* ist und daher auch nicht unmittelbar selbst eingreifen kann.

c) Entsprechungsklausel, § 13 Abs. 1 StGB

Gem. § 13 Abs. 1 StGB setzt eine Unterlassungsstrafbarkeit außerdem voraus, dass „das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“. Was sich hinter diesem Merkmal verbirgt, ist bislang ungeklärt. Nach ganz herrschender Auffassung entfaltet es nur bei den sog. verhaltensgebundenen Delikten (also solchen, die – wie etwa § 224 Abs. 1 StGB – nicht lediglich die Verursachung eines bestimmten Erfolges auf beliebige Weise voraussetzen, sondern das tatbestandsmäßige Verhalten näher umschreiben⁷⁸) strafbarkeitseinschränkende Wirkung; insoweit sei die sog. Modalitätenäquivalenz erforderlich.⁷⁹ Was damit gemeint ist, bleibt unklar. Rechtsprechung und Literatur verwenden die Entsprechungsklausel daher regelmäßig als argumentativen „Aufhänger“ ohne eigenständigen Inhalt.⁸⁰ Daher verwundert es nicht, wenn der 2. Strafsenat⁸¹ und manche Literaturstimmen⁸² die Entsprechungsklausel als „Unterstreichungs“ für ihre teleologische Argumentation verwenden. Ein eigenständiges Argument liegt darin aber nicht.

Hinweis für Klausuren und Hausarbeiten: Für Studierende in Prüfungssituationen ist es undankbar, dass Inhalt und Bedeutung der Entsprechungsklausel ungeklärt sind. Daher stellt sich die Frage, wie souverän mit diesem Befund umzugehen ist.⁸³

Keinesfalls sollte die Entsprechungsklausel schlicht ignoriert werden; es handelt sich um eine explizite Strafbarkeitsvoraussetzung, die das Gesetz aufstellt.⁸⁴ Zugleich sollte hierfür aber auch nicht zu viel Zeit investiert werden. Bei reinen Verursachungsdelikten (wie z.B. § 212 Abs. 1 StGB) genügt daher die kurze Klarstellung, dass bei solchen das Nichtabwenden des tatbestandsmäßigen Erfolgs stets der aktiven Tatbegehung entspricht.⁸⁵ Bei verhaltensgebundenen Delikten wird es in aller Regel

⁷⁶ BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22, Rn. 42.

⁷⁷ Zutreffend *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2023, 458302.

⁷⁸ Bspw. *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 4. Aufl. 2022, 1. Teil 2. Kap Rn. 15.

⁷⁹ Exemplarisch BGH, Urt. v. 4.8.2015 – 1 StR 624/14 = NJW 2015, 3047 (3048 f.); BGH, Urt. v. 22.11.2016 – 1 StR 354/16, Rn. 21 = BGHSt 61, 318 (324); BGH, Beschl. v. 8.3.2017 – 1 StR 466/16, Rn. 32 = NJW 2017, 2052 (2055); *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 4; *Gaede*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 13 Rn. 19; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 123; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 49 Rn. 33; jeweils m.w.N.

⁸⁰ Dazu eingehend *M. Wagner*, Die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB (erscheint demnächst).

⁸¹ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 17.

⁸² *Eisele*, JuS 2023, 881 (882); *ders.*, JuS 2023, 883 (884); *Kudlich*, JA 2023, 694 (696); beiläufig auch *Krehl*, NStZ 2023, 609 (611). *Moslehi* (HRRS 2023, 267 [269 f.]) schein in der Entsprechungsklausel den Bezugspunkt aller teleologischen Argumente zu sehen.

⁸³ Dazu bspw. *Satzger*, Jura 2011, 749.

⁸⁴ Zutreffend *Satzger*, Jura 2011, 749 (758; missverständlich aber 754).

⁸⁵ Bspw. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 124; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 49 Rn. 30 f.

ausreichend sein, darauf hinzuweisen, dass „Modalitätenäquivalenz“ erforderlich sei; anschließend sollte in ein bis zwei Sätzen unter Bezugnahme auf den Sachverhalt kurz argumentiert werden, warum hier die Konstellation wertungsmäßig derjenigen einer aktiven Tat entspreche. Eine ausführlichere Auseinandersetzung ist hingegen dann angezeigt, wenn die Aufgabenstellung einer Hausarbeit offensichtlich einer der wenigen Entscheidungen⁸⁶ nachgebildet ist, in der das Gericht sich näher mit der Entsprechungsklausel befasst hat.

IV. Ergebnis

Für die beiden Entscheidungssachverhalte bedeutet das Gesagte folgendes:

Die Anwendung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB „steht und fällt“ damit, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen man eine Mittäterschaft zwischen verabredetermaßen untätigen Garanten für konstruktiv möglich erachtet. Schließt man eine solche gänzlich aus oder nimmt sie ausschließlich in solchen Fällen an, in denen die Garanten die Pflicht nur gemeinsam erfüllen können, ist in beiden Fällen § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht erfüllt, weil die Garanten jeweils „nur“ (unmittelbare) „Neben“-Täter sind und daher nicht *dieselbe* Tat begehen. Nimmt man hingegen mit der ganz überwiegenden Auffassung an, dass bei verabredetem Nichtstun Mittäterschaft vorliegt, so ist der Anwendungsbereich des Qualifikationstatbestands grundsätzlich eröffnet.

Vertiefung: Eine dritte Lösung bietet *Petersen*⁸⁷ an. Er beschäftigt sich nicht mit der Frage der Täterschaftsform. Nach ihm liegt in der Bestärkung des anderen Garanten eine (aktive) psychische Beihilfe zu dessen Unterlassungsdelikt, die für eine „Beteiligung“ i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ausreichen soll, „wenn objektiv möglich erscheint, dass der Täter in seinem Tatentschluss wankt“. Für den den anderen Garanten psychisch unterstützenden Täter wirke dieser Umstand sich zwar nicht aus, weil die psychische Beihilfe hinter seiner Unterlassungstäterschaft zurücktrete. Beim anderen Täter sei hingegen die Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfüllt.

Dieser Ansatz vermag nicht zu überzeugen: Zum einen scheint sie der Auffassung *Petersens* zu widersprechen, dass Anstiftung nicht für § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ausreiche, da „insoweit der innere Zusammenhang mit der Anstiftungshandlung selbst [fehle], da diese zum Zeitpunkt der Tatbegehung schon abgeschlossen ist und der Anstifter durch seine bloße Anwesenheit am Tatort die Gefährlichkeit der Körperverletzung nicht mehr zu steigern verm[öge] als ein anwesender Nichtbeteiligter.“⁸⁸ Wenn es aber für § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht ausreichen soll, wenn der Anstifter direkt am Tatort beim Garanten überhaupt erst den Entschluss zum Unterlassen der Rettungshandlung hervorruft, so leuchtet nicht ein, warum es dann qualifizierend wirken soll, wenn er einen bereits tatentschlossenen Garanten lediglich in seinem Entschluss bestärkt, sofern dieser zu „wackeln“ droht. Zum anderen scheint dieser Ansatz wertungswidersprüchlich: Die Strafschärfung tritt gerade nicht bei demjenigen selbst ein, der das zusätzliche Unrecht – bestärkende Einwirkung auf den anderen – verwirklicht, sondern bei demjenigen, der infolge der geistigen Unterstützung durch den anderen lediglich an seinem bereits gefassten Plan festhält. Diesen Widerspruch vermeidet der hiesige Ansatz.

Nebenbei bemerkt ist es keineswegs selbstverständlich, dass eine psychische Beihilfe (oder erst recht eine Anstiftung) durch Einwirkung auf den anderen Garanten subsidiär zur eigenen Unterlassungstäterschaft wäre. Das ist dann zutreffend, wenn man Mittäterschaft zwischen den unterlassen-

⁸⁶ Z.B. BGH, Urt. v. 20.7.1995 – 4 StR 129/95 = NJW 1995, 3194.

⁸⁷ *Petersen* (erscheint in ZfIStw 6/2023).

⁸⁸ *Petersen* (erscheint in ZfIStw 6/2023).

den Garanten annimmt (dann kommt es aber auf *Petersens* Modell freilich nicht mehr an). Geht man hingegen von unmittelbarer Unterlassungs(neben)täterschaft aus, stellen sich die Dinge anders dar. Denn einerseits ist Täterschaft die „schwerere“ Beteiligungsform; andererseits verdrängt üblicherweise aktives Tun das Unterlassen. Aufgrund der Milderungsmöglichkeit gem. § 13 Abs. 2 StGB ist – jedenfalls im Falle der Anstiftung – sogar der Strafraum der Anstiftung zum Unterlassungsdelikt des anderen potenziell strenger als derjenige der eigenen Unterlassungstäterschaft. Zudem handelt es sich um zwei logisch voneinander unabhängige Rechtsgutsangriffe, weshalb nicht ohne weiteres ersichtlich ist, warum nicht aus Klarstellungsgründen Tateinheit anzunehmen sein sollte.

Auch wenn die Begründung den Kern nicht ganz trifft, so ist jedenfalls im Ergebnis dem 6. *Strafsenat* zuzustimmen und die restriktive Linie des 2. *Strafsenats* abzulehnen. Es ist konstruktiv möglich, den Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen zu verwirklichen. Die (abstrakt) gesteigerte Gefährlichkeit erwächst daraus, dass durch die Einwirkung auf den anderen Garanten ein Schutzmechanismus der Rechtsordnung (potenziell) außer Kraft gesetzt wird. Genauso lagen die Dinge in den beiden Entscheidungssachverhalten. Es bleibt daher abzuwarten, wie die Rechtsprechung des BGH sich entwickelt, wenn wieder einmal ein „passender“ Fall zu entscheiden ist.