

1. Sachverhalt¹

A ist verzweifelt, weil B sich von ihm getrennt hat. Um sich zu vergiften, öffnet er die Gasleitung in seiner Wohnung, die sich in einem Mehrfamilienhaus befindet. Dabei hat er nur die Gefahren im Blick, die unmittelbar von dem ausströmenden Gas ausgehen. Er trägt den Käfig mit seinem Chinchilla in den Flur und dichtet die Tür dahin mit einem Tuch ab, damit das Tier überlebt. Nach etwa 15 Minuten verschließt er den Gashahn und führt ein Telefongespräch mit einer Freundin, in dessen Verlauf er sich etwas beruhigt. Unerwartet klingelt B, die ihre restlichen Sachen abholen will. A lässt sie in die Wohnung. Es kommt zu einem Gespräch. Dabei zieht B eine Zigarettenschachtel und ein Feuerzeug aus der Tasche. Nunmehr erkennt A, dass es beim Anzünden einer Zigarette zu einer Explosion des Luft-Gas-Gemisches in der Wohnung mit tödlichen Folgen für ihn, für B und für andere Hausbewohner kommen kann. Gleichwohl greift er nicht ein, weil er diese Folgen in Kauf nimmt. Mit dem Entzünden des Feuerzeugs löst B eine Explosion aus, die das gesamte Haus einstürzen lässt. Sie und A erleiden schwere Verletzungen. C, der Mitbewohner des Hauses, wird von den Trümmern erschlagen.

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht verändert, um die Probleme des Falles möglichst deutlich hervortreten zu lassen.

Oktober 2009 Chinchilla-Fall

Mord / gemeingefährliche Mittel / Unterlassen / Entsprechungsklausel

§§ 211, 13 StGB

Leitsatz der Verf.:

Da das Mordmerkmal „mit gemeingefährlichen Mitteln“ voraussetzt, dass der Täter ein solches Mittel zur Tötung einsetzt, scheidet eine Anwendung aus, wenn er lediglich eine bereits vorhandene gemeingefährliche Situation nutzt, sei sie zufällig entstanden, durch dritte Personen geschaffen oder von ihm selbst ohne Tötungsvorsatz herbeigeführt.

BGH, Urteil vom 7. Juli 2009 – 3 StR 204/09; veröffentlicht bei juris

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Vorrangig soll eine Strafbarkeit des A wegen vorsätzlicher Tötungs- und Körperverletzungsdelikte geprüft werden. Auf die auch noch in Betracht kommende Strafbarkeit wegen Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion gem. § 308 StGB werden wir später eingehen.

Als tatsächlicher Anknüpfungspunkt für vorsätzliche Tötungs- und Körperverletzungstaten scheidet das Öffnen der Gasleitung aus. Denn zu diesem Zeitpunkt war A sich der Gefährlichkeit seines Tuns noch nicht in vollem Umfang bewusst. Die Schutzmaßnahmen für sein Haustier zeigen, dass er nur an die Vergiftungsgefahr, nicht aber an die Explosionsgefahr dachte. Als er diese Gefahr und damit das Risiko für andere erkannte, nahm er keine Handlung mehr vor. Zu prüfen ist also eine Strafbarkeit wegen Unterlassens.

Unschwer lässt sich feststellen, dass A sich gegenüber B wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 224 Abs. 1 Nr. 5, 223, 13

StGB und wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23, 13 StGB sowie gegenüber C wegen vollendeten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht hat. Seine Garantenstellung beruht auf Ingerenz. Auf Grund seines pflichtwidrigen gefährdenden Vorverhaltens hätte er das Entzünden des Feuerzeugs verhindern müssen.

Als problematisch erweist sich der Fall, wenn man für den versuchten und den vollendeten Totschlag **Mordmerkmale** in Betracht zieht.

Zu denken ist einmal an **Heimtücke**. Allerdings ist dafür erforderlich, dass der Täter bewusst die Arg- und Wehrlosigkeit der Opfer ausgenutzt hat.² Die durch Verzweiflung geprägte psychische Verfassung des A lässt daran zweifeln.

Es könnte ihm aber die **Verwendung gemeingefährlicher Mittel** anzulasten sein. Für das Merkmal der Gemeingefährlichkeit existiert eine anerkannte Definition. Als gemeingefährlich gelten solche Mittel, „deren Wirkung auf Leib oder Leben einer Mehrzahl anderer Menschen der Täter nach den konkreten Umständen nicht in der Hand hat“³. Eine Anwendung auf das Luft-Gas-Gemisch bereitet keine Probleme, weil davon eine unkontrollierbare Explosionsgefahr ausging.

Den Schlüssel zur Erfassung der Fallproblematik bietet die sprachliche Einkleidung des Merkmals der Gemeingefährlichkeit: Der Täter muss *mit* gemeingefährlichen *Mitteln* getötet haben. Dieser Wortlaut legt ein Verständnis nahe, das auf den Zweckbezug abstellt. Erfasst sein könnten (nur) solche Mittel, die der Täter gezielt zur Tötung eingesetzt hat. Das bloße Ausnutzen einer anderweitig entstandenen gemeingefährlichen Lage würde nicht darunter fallen. Ausgeschlossen wäre damit die

Anwendbarkeit des Merkmals auf Unterlassungsfälle.

Diesen Standpunkt hat der Bundesgerichtshof in einer früheren Entscheidung vertreten.⁴ Für eine nähere Begründung hat er auf den Grund für die Strafschärfung abgestellt. Dieser liege „in der besonderen Rücksichtslosigkeit des Täters, der sein Ziel durch die Schaffung unberechenbarer Gefahren für andere durchzusetzen sucht“⁵. Daran fehle es im Falle des bloßen Ausnutzens einer bereits vorhandenen gemeingefährlichen Situation.

Dieser Ansicht wird zum Teil in der Literatur widersprochen. Im Wesentlichen werden zwei Argumente vorgebracht. Zum einen wird der Grund für die erhöhte Strafbarkeit anders bestimmt. Maßgeblich sei der Umstand, dass weitere Menschen gefährdet worden seien, nicht aber die Art und Weise, in der es zu dieser Gefährdung gekommen sei.⁶ Zum anderen wird dem Bundesgerichtshof vorgeworfen, dass er die Struktur des Tatgeschehens nicht richtig erfasse, wenn er von einem bloßen Ausnutzen einer gemeingefährlichen Situation zur Tat spreche. Als Tat sei dem Täter eine Tötung durch ein garantenpflichtiges Unterlassen der Abwendung einer von ihm als unkontrollierbar erkannten Gefahr anzulasten. „Es ist in diesem Fall nicht erkennbar, warum bei Vorliegen von Tötungsvorsatz für den Garanten nicht § 211 gelten oder warum etwa eine Anstiftung durch einen Nichtgaranten nicht möglich sein sollte.“⁷

Eine andere Literaturansicht stimmt dem Bundesgerichtshof im Ergebnis zu, wählt aber eine andere Begründung. Sie stützt die Verneinung einer Unterlassungsstrafbarkeit auf die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB. Das Unterlassen sei der Tötung mit gemein-

² Vgl. zum Merkmal der Heimtücke Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 211 Rn. 6.

³ Lackner/Kühl (Fn. 2), § 211 Rn. 11.

⁴ BGHSt 34, 13.

⁵ BGHSt 34, 13, 14.

⁶ Jähnke in: LK, StGB, 11. Aufl., § 211 Rn. 58.

⁷ Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, § 211 Rn. 61.

gefährlichen Mitteln durch Tun nicht gleichwertig.⁸

Der vorliegende Fall bot dem Bundesgerichtshof Gelegenheit, auf das Literaturecho zu reagieren, das seine frühere Entscheidung ausgelöst hat.

Für eine vollständige Falllösung bedarf es, wie eingangs erwähnt, noch eines Blicks auf den Tatbestand des **Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion gem. § 308 StGB**. Als Tat handlung kann sowohl ein Tun (Öffnen der Gasleitung) als auch ein Unterlassen (Untätigkeit beim Anzünden der Zigarette durch B) in Betracht gezogen werden. Maßgeblich ist nach vorherrschender Ansicht, was den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit ausmacht.⁹ Ihn wird man im Unterlassen sehen müssen, weil sich zu diesem Zeitpunkt die Gefahrenlage dramatisch verschärft hatte und A sich dessen bewusst war. Erfüllt sind demnach die Voraussetzungen eines vorsätzlichen Herbeiführens einer Sprengstoffexplosion gem. §§ 308 Abs. 1, 13 StGB. Da A die Todesfolge billigend in Kauf genommen hat, greift auch die Erfolgsqualifikation in § 308 Abs. 3 StGB ein, die eine „wenigstens“ leichtfertige Verursachung des Todes voraussetzt.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Bundesgerichtshof hatte auf die Revision des A dessen Verurteilung zu überprüfen. Das Landgericht hatte ihn u. a. des vollendeten und versuchten Mordes in der Variante der Verwendung gemeingefährlicher Mittel durch Unterlassen schuldig gesprochen.

Die Erwartung, dass der Senat sich noch einmal mit dem Fallproblem auseinandersetzen würde, wird enttäuscht. Das Gericht belässt es bei einer knappen Bestätigung des Standpunktes, den es in der früheren Entscheidung vertre-

ten hat, und hebt dementsprechend das Urteil auf.

Lediglich ein knapper Satz im Schlussteil der Entscheidung geht auf die Kritik in der Literatur ein. Danach ist sich der Senat der „durchaus bedenkenswerten Einwände ... bewusst, sieht aber dennoch keinen Anlass, hier von ihr abzuweichen“.¹⁰

Im Übrigen weist er das Tatgericht, das sich mit der Sache erneut befassen muss, an, das Mordmerkmal der Heimtücke näher zu prüfen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Der Fall wird die Diskussion darüber wiederbeleben, ob das Mordmerkmal der Verwendung gemeingefährlicher Mittel auch durch Unterlassen verwirklicht werden kann. Das wird wiederum ein Echo in Prüfungszusammenhängen auslösen. Darauf wollen wir mit einigen ergänzenden Hinweisen zur Sache und zur formellen Einordnung des Problems vorbereiten.

Es liegt nahe, in der Auseinandersetzung mit dem Problem auf dasjenige Argument zurückzugreifen, das so häufig passt, wenn es um die Auslegung von Mordmerkmalen geht: Die **Schwere der angedrohten Strafe** gebe Anlass für eine restriktive Auslegung.¹¹ Das Argument ist zwar auch hier verwendbar. Jedoch wird sein Gewicht dadurch etwas gemindert, dass die Absolutheit der Strafandrohung in § 211 StGB durch § 13 Abs. 2 StGB aufgehoben wird. Im Falle des Unterlassens kann die Strafe gemildert werden.¹²

⁸ Horn in: SK, StGB, § 211 Rn. 53.

⁹ Vgl. Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 18 Rn. 14; Marxen, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 245.

¹⁰ BGH Beschl. v. 7. 7. 2009 – 3 StR 204/09, Rn. 6, juris.

¹¹ Dieses Argument kommt insbesondere bei den Merkmalen der Heimtücke und der Verdeckungsabsicht zur Anwendung. Die Grundlage dafür bildet die zentrale Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe: BVerfGE 45, 187.

¹² Macht das Gericht von dieser Mildierungsmöglichkeit Gebrauch, dann tritt

Die **Einordnung des Problems in den straftatsystematischen Prüfungsaufbau** ist nicht besonders schwierig, soweit es darum geht, den geeigneten Ort für die Diskussion der Grundsatzfrage zu bestimmen, ob denn überhaupt eine Unterlassungsstrafbarkeit im Zusammenhang mit dem Mordmerkmal der Verwendung gemeingefährlicher Mittel möglich ist. Diese Frage sollte unmittelbar im Anschluss an die Formulierung eines entsprechenden Prüfungsansatzes erörtert werden. Wird sie in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verneint, dann ist diese Prüfung auch bereits beendet.

Wer sich anders entscheidet, muss nun einen sachgerechten Aufbau für die Prüfung eines mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen begangenen Mordes entwickeln. Die Literatur ist in dieser Hinsicht nicht besonders hilfreich, weil sich die Aufbauvorschläge zum unechten Unterlassen in der Regel an der Struktur des reinen Erfolgsdeliktes orientieren, bei dem es nicht darauf ankommt, wie der Erfolg herbeigeführt wurde. Ein in diesem Sinne reines Erfolgsdelikt ist etwa der Totschlag gem. § 212 Abs. 1 StGB. Im vorliegenden Fall müssen sich aber die Unterlassungsmerkmale auch auf eine bestimmte Art der Erfolgsherbeiführung beziehen, nämlich auf die Tötung mit gemeingefährlichen Mitteln. Dieses Mordmerkmal muss in den Aufbau der Unterlassungstat integriert werden. Nur so ist z. B. gewährleistet, dass die Entsprechungsklausel in § 13 Abs. 1 StGB zur Anwendung kommt. Denn sie ist – jedenfalls nach ganz überwiegender Meinung – nur bei so genannten verhaltensgebundenen Straftaten relevant,

gem. §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 38 Abs. 2 StGB an die Stelle der lebenslangen Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe von drei bis 15 Jahren. Im vorliegenden Fall hatte das Landgericht von einer Milderung abgesehen und A zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.

nicht aber bei reinen Erfolgsdelikten.¹³ Es sei daher folgender Aufbau der Prüfung des objektiven Tatbestandes empfohlen:

- Eintritt des tatbestandlichen Erfolges
- Nichtvornahme der zur Abwendung des Erfolges gebotenen Handlung
- Physisch-reale Möglichkeit zur Vornahme dieser Handlung
- Ursächlichkeit des Unterlassens für den Erfolgseintritt
- Verwendung eines gemeingefährlichen Mittels
- Garantenstellung
- Entsprechungsklausel
- Unzumutbarkeit der Vornahme der gebotenen Handlung¹⁴

In die inhaltliche Ausfüllung der drei zuletzt genannten Merkmale ist also einzubeziehen, dass dem Täter auch angelastet wird, die Gefährdung weiterer Personen nicht abgewendet zu haben.

Anzuraten ist ferner eine Erweiterung des Blickfeldes. Es gibt ein weiteres Mordmerkmal, dessen Anwendbarkeit auf Unterlassungsfälle umstritten ist. Gemeint ist die **Verdeckungsabsicht**. Die Problematik wird regelmäßig an Fällen erörtert, in denen der Täter durch eine Straftat einen anderen verletzt hat und, statt ihn vor dem drohenden Tod zu bewahren, flieht, weil er andernfalls mit seiner Entdeckung und mit strafrechtlichen Folgen rechnen muss.¹⁵

¹³ Vgl. *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 39. Aufl. 2009, Rn. 730.

¹⁴ Dieses Merkmal wird teilweise der Schuldprüfung zugeordnet, so z. B. *Wessels/Beulke* (Fn. 13), Rn. 730. Wie hier z. B. *B. Heinrich*, Strafrecht AT II, 2005, Rn. 904.

¹⁵ Häufig ist das Problem der Unterlassungsstrafbarkeit mit der Frage verknüpft, ob Verdeckungsabsicht auch im Falle eines nur bedingten Tötungsvorsatzes angenommen werden kann; vgl. dazu *Küper*, Strafrecht BT, 7. Aufl. 2008, S. 352 f.

Gegen eine Strafbarkeit wegen Mordes wird mangelnde Gleichwertigkeit im Sinne der Entsprechungsklausel gem. § 13 Abs. 1 StGB ins Feld geführt.¹⁶ Das Verbot der Verdeckungs-tötung bedeute für den Täter im Falle des positiven Tuns, dass er von der Möglichkeit Abstand nehmen solle, durch die Tötung seine Entdeckung abzuwenden. Das entspreche nicht der Anforderung an den Unterlassungstäter, dem mehr abverlangt werde, nämlich durch die Verhinderung des Todes eines anderen zugleich die eigene Straftat aufzudecken. Ferner wird angeführt, dass der damit verbundene Zwang zur Selbstbelastung gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz verstoße.¹⁷

Die Gegenmeinung sieht keinen Grund, Unterlassungsfälle von einer Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes auszuschließen. Maßgeblich sei die Tötungshandlung, hier also die Unterlassung. Sie und nicht etwa der Tötungserfolg müsse das Mittel der Verdeckung sein. Das Mordmerkmal sei erfüllt, wenn die „Tötungsunterlassungshandlung“ mit der Intention verknüpft sei, durch Verzicht auf Rettungsmaßnahmen zu vermeiden, dass andere, von denen strafverfolgungsrelevante Aktivitäten zu befürchten seien, Kenntnis von der Vortat erhielten.¹⁸ Im Übrigen sei die Entsprechungsklausel nicht anwendbar, weil der Verdeckungsmord wegen der rein subjektiven Natur des qualifizierenden Merkmals kein verhaltensgebundenes Delikt sei.¹⁹ Auch sei der Nemo-tenetur-Grundsatz nicht betroffen. Dem Täter werde nur abverlangt, Leben zu retten; er müsse sich nicht selbst gegenüber den Strafverfolgungsbehörden offenbaren.²⁰

Die **Praxis** sollte aufmerksam registrieren, dass der Bundesgerichtshof die Möglichkeit einer Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung angedeutet hat. Zwar ist offen geblieben, welche Fälle dafür in Betracht kommen. Das ändert jedoch nichts daran, dass den Tatgerichten damit ein Entscheidungsspielraum eröffnet worden ist. Darauf sollten sich Strafverteidiger einstellen. Sie können nicht mehr sicher sein, dass in Unterlassungsfällen eine Bestrafung wegen Mordes mit gemeingefährlichen Mitteln ausscheidet.

5. Kritik

Zustimmen können wir nur dem Ergebnis der Entscheidung. Die Verneinung eines Mordes mit gemeingefährlichen Mitteln in Unterlassungsfällen trägt zu der verfassungsrechtlich gebotenen²¹ Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 211 StGB bei.

Kritik verdient die Begründung in zweifacher Hinsicht. Sie verschließt sich dem juristischen Diskurs, indem sie schlicht auf eine frühere Entscheidung verweist, die ihrerseits auch nur sehr knapp begründet ist. Dagegen erhobene Einwände werden nicht inhaltlich aufgegriffen. Außerdem verbreitet sie Rechtsunsicherheit durch die Andeutung, dass die Einwände berechtigt sein könnten. Offenbar soll nur noch grundsätzlich, aber nicht mehr ausnahmslos gelten, dass eine Bestrafung wegen Mordes mit gemeingefährlichen Mitteln in Unterlassungsfällen ausscheidet. Ungesagt bleibt jedoch, an welche Ausnahmefälle gedacht ist. Mit dem Bestimmtheitsgebot im Strafrecht, das auch für die Rechtsprechung Geltung beansprucht,²² ist dieses Vorgehen nicht zu vereinbaren.

(Prof. Dr. Klaus Marxen / Christin Göhle)

¹⁶ *Küpper*, Strafrecht BT 1, 3. Aufl. 2007, Rn. 54 b; *Marxen* (Fn. 9), S. 226.

¹⁷ *Freund/Schaumann*, JuS 1995, 801, 805.

¹⁸ *Rengier*, Strafrecht BT II, 10. Aufl. 2009, § 4 Rn. 63.

¹⁹ *Schneider* in: MK, StGB, § 211 Rn. 196.

²⁰ *Schneider* (Fn. 19), § 211 Rn. 196.

²¹ Vgl. BVerfGE 45, 187.

²² Vgl. BVerfGE 92, 1 zum Gewaltbegriff der strafrechtlichen Rechtsprechung.