

F A M O S

(Der **F**all des **M**onats im **S**trafrecht)

Januar 2004

**Klinik - Fall**

*Fahrlässige Erfolgsdelikte / Pflichtwidrigkeitszusammenhang / Ermittlung des hypothetischen Kausalverlaufs für den Fall verkehrsgerechten Verhaltens*

§ 222 StGB

**Leitsatz der Verf.:**

**Zur Ermittlung des Zusammenhanges zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem Erfolg bei fahrlässigen Erfolgsdelikten ist allein der dem Täter vorwerfbare Tatumstand hinwegzudenken und durch das korrespondierende sorgfaltsgemäße Verhalten zu ersetzen; darüber hinaus darf von der konkreten Tatsituation nichts weggelassen, ihr nichts hinzugedacht und an ihr nichts verändert werden.**

BGH 5 StR 327/03 – Urt. v. 13. 11. 2003; abgedruckt in NJW 2004, 237

**1. Sachverhalt<sup>1</sup>**

A hat wegen mehrerer schwerer Sexualstraftaten langjährige Freiheitsstrafen verbüßt. Zur Behandlung seiner Persönlichkeitsstörung wird er in eine psychiatrische Klinik eingewiesen. Als ihm nach einiger Zeit Ausgang gewährt wird, nutzt er ihn zur Begehung von Straftaten, darunter auch Sexualstraftaten. Weiterer Ausgang wird ihm daher verweigert. Daraufhin flieht er zweimal aus der Klinik, indem er Gitterstäbe, die sich vor den Fenstern befinden und lediglich in morschem Holz verankert sind, auseinander drückt. Wiederum begeht er Straftaten. Jeweils wird er nach erfolgreicher Fahndung zurückgebracht. Nach einiger Zeit gewährt der leitende Arzt B dem A wieder Ausgang, obwohl er die Vorgeschichte kennt und selbst die Überweisung in eine andere Anstalt wegen fehlender Therapiefähigkeit angeregt hat und obwohl er von der Stationsärztin auf mögliche Fluchtabsichten des A hingewiesen worden ist. Zum Zeitpunkt der Gewährung des Ausgangs sind die Sicherheitsvorkehrungen der Klinik weiterhin unzulänglich. Unverändert befinden sich vor den Fenstern die ungenügend verankerten Gitterstäbe. A begeht während des Ausgangs mehrere Morde. – Strafbarkeit des B?

**2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand**

Immer wieder kommt es zu heftigen Diskussionen in der Öffentlichkeit und in Fachkreisen über die Verantwortlichkeit von Klinikärzten, die psychiatrisch behandelten Straftätern Ausgang mit fatalen Folgen gewährt haben. Im Mittelpunkt steht die Fra-

<sup>1</sup> Der Sachverhalt wurde auf das für die Problembehandlung Wesentliche verkürzt.

ge: Wo liegt die Grenze zwischen noch vertretbarer Ungefährlichkeitsprognose und pflichtwidriger Fehleinschätzung des Risikos?<sup>2</sup>

Eine Antwort darauf meinte das erstinstanzliche Gericht im vorliegenden Fall nicht geben zu müssen. Nach seiner Ansicht entfällt der Vorwurf der fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB, ohne dass es auf die spezifische Problematik ärztlicher Pflichtwidrigkeit ankommt.<sup>3</sup> Herangezogen wird ein generelles Merkmal fahrlässiger Erfolgshaftung, und es wird der Umstand verwertet, dass A wegen der Sicherheitsmängel ohnehin hätte fliehen können. Es fehle deswegen an dem erforderlichen Zusammenhang zwischen einer (etwaigen) Pflichtwidrigkeit durch Gewährung des Ausgangs und dem Tod der Opfer des A. Die Reaktion des BGH darauf verdient Aufmerksamkeit als **Beitrag zur Klärung eines Kernproblems der Dogmatik fahrlässiger Erfolgsdelikte**.

Einigkeit besteht darin, dass der Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikten seinen Grund gerade in der Pflichtwidrigkeit haben muss. Im Erfolg muss sich das Gefährliche des fahrlässigen Verhaltens realisieren. Daraus folgt, dass die Strafbarkeit entfällt, wenn ein pflichtgemäßes Verhalten gleichermaßen gefährlich gewesen wäre und zum gleichen Erfolg geführt hätte. Damit kommt in den Prüfungsgang eine hypothetische Komponente. Es muss ermittelt werden, welche Folge ein pflichtgemäßes Verhalten gehabt hätte.

Soweit ist man sich, wie gesagt, einig.<sup>4</sup> Eine erste Differenz gibt es **in begrifflicher und systematischer Hinsicht**. Die Rechtsprechung bezieht die hypothetische Komponente in die Kausalitätsprüfung ein. Der üblichen Prüfung am Maßstab der Bedingungstheorie wird die Prüfung hinzugefügt, ob der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Kausalität wird erst dann angenommen, wenn dieser zusätzliche Prüfungsschritt ein negatives Ergebnis hat. Die Kausalitätsprüfung erstreckt sich somit nicht nur auf die Handlung, sondern auch auf den Pflichtverstoß.<sup>5</sup> Dagegen wendet sich die Literatur.<sup>6</sup> Ihr liegt daran, die Kausalitätsprüfung von hypothetischen und wertenden Erwägungen frei zu halten. Es wird also getrennt zwischen einer reinen Kausalitätsprüfung nach der Bedingungstheorie und einer gesonderten Prüfung des Zusammenhangs zwischen der Pflichtwidrigkeit und dem Erfolg. Für die Bezeichnung des zweiten Schrittes wird teils der allgemeine Begriff der objektiven Zurechenbarkeit und teils der spezielle Begriff des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges verwendet.

Die zweite Differenz betrifft die **Stärke des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges**. Soll es für die Annahme dieses Zusammenhanges ausreichen, dass die Pflichtwidrigkeit das Tatobjekt in erhöhte Gefahr gebracht hat, ohne dass sicher gesagt werden kann, der Erfolg wäre bei pflichtgemäßem Verhalten ausgeblieben?<sup>7</sup> Ja, meint die Risikoerhöhungslehre. Rechtsprechung und h. M. sehen das anders. Sie wenden auch insoweit den Grundsatz „in dubio pro reo“ an und gelangen schon dann zum

<sup>2</sup> Vgl. dazu z. B. *Pollähne*, NStZ 1999, 53.

<sup>3</sup> LG Potsdam Ur. v. 18.10.2002 (23 Kls 1/02); Darstellung und Kritik der Entscheidung bei *Schatz* NStZ 2003, 581.

<sup>4</sup> Zusammenfassende Darstellungen des Grundkonsenses und der im Folgenden wiedergegebenen Meinungsdivergenzen bei *Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 17 Rn. 45 ff.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 33. Aufl. 2003, Rn. 673 ff.; Darstellung an Fällen: *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, 2003, S. 35 ff.

<sup>5</sup> So etwa im klassischen Lastwagen-Radfahrer-Fall BGHSt 11,1.

<sup>6</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 4), § 17 Rn. 46 m. w. N.

<sup>7</sup> Näher zu diesem Problemkreis *Roxin*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1997, § 11 Rn. 76 ff.

Freispruch, wenn die Einhaltung der Sorgfaltsanforderungen den Erfolg nur möglicherweise verhindert hätte.

Die dritte Differenz (besser gesagt: Unklarheit) hat praktische **Fragen der Hypothesenbildung**<sup>8</sup> zum Gegenstand. Dort liegt auch das Kernproblem unseres Falles.

Die gedankliche Operation ist schwierig. Sie hat Ähnlichkeit mit einer filmischen Inszenierung, in der sich reale und fiktive Anteile vermischen. Es muss zugleich hinweggedacht und hinzugedacht werden. Rechtsanwendung wird gewissermaßen zum Kino im Kopf. Hinwegzudenken ist das tatsächliche fahrlässige Verhalten. Hinzugedacht werden muss ein gleiches, nun aber sorgfaltspflichtgemäßes Verhalten. Auf dieser Basis muss jetzt eine Vorstellung davon entwickelt werden, wie das weitere Geschehen abgelaufen wäre und ob sich auch dann der Erfolg eingestellt hätte.

In zweierlei Hinsicht ergeben sich **besondere Probleme**. Zum einen ist zu bedenken, dass menschliches Handeln zumeist in engem Zusammenhang mit dem Umfeld, insbesondere auch mit dem Verhalten anderer Menschen, steht. Daher fällt eine randscharfe Isolierung des zu ersetzenden Verhaltens schwer. Es ist ja durchaus denkbar oder sogar zwingend, dass sich auch das Verhalten anderer ändert, wenn ein anderes Täterverhalten angenommen wird. Darf das potenzielle Verhalten Dritter berücksichtigt werden? Und darf es auch dann berücksichtigt werden, wenn es pflichtwidrig wäre? Ferner muss die Orientierung am tatsächlich eingetretenen Erfolg in der hypothetischen Alternative gelockert werden. Dann käme es wohl kaum einmal zur Verneinung des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges, wenn gefordert würde, dass bei pflichtgemäßem Verhalten exakt dieser Erfolg zum völlig identischen Zeitpunkt mit genau denselben Beeinträchtigungen eingetreten wäre. Doch wie großzügig darf man insoweit sein?

Recht großzügig verfuhr das erstinstanzliche Gericht in der vorliegenden Sache in beiderlei Hinsicht. Es nahm an, dass, falls B den Ausgang verweigert hätte, A die zuvor schon erprobte Fluchtmöglichkeit genutzt und die Freiheit gleichermaßen zur Begehung der Morde genutzt hätte. Es fehle somit am Zusammenhang zwischen einer (etwaigen) Pflichtwidrigkeit und dem Erfolg.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Damit ist der BGH nicht einverstanden. Er formuliert in Anlehnung an frühere Rechtsprechung ein **fahrlässigkeitsdogmatisches Reinheitsgebot**: „Hinwegzudenken und durch das korrespondierende sorgfaltsgemäße Verhalten zu ersetzen ist ... nur der dem Täter vorwerfbare Tatumstand; darüber hinaus darf von der konkreten Tat-situation nichts weggelassen, ihr nichts hinzugedacht und an ihr nichts verändert werden.“<sup>9</sup> Für die praktische Umsetzung verweist er auf seine Rechtsprechung zu Vorgängen im Straßenverkehr. So wie dort auf die „kritische Verkehrslage“ abgestellt werde, müsse die Prüfung mit dem Eintritt der konkreten Tatsituation einsetzen. Dazu seien nur solche Bedingungen zu zählen, „deren Grund in diesem Tatgeschehen selbst unmittelbar angelegt“ sei, „wie etwa das eigene Verhalten von Verkehrso-pfern“.<sup>10</sup> Welches Verhalten pflichtgemäß gewesen wäre, sei im Hinblick auf den Pflichtverstoß festzulegen, der als unmittelbare Schadensursache in Betracht komme. Im Übrigen sei allein noch das tatsächliche Geschehen zugrunde zu legen.

Was bedeuten diese recht abstrakten Sätze praktisch? Nach Ansicht des BGH das Folgende: Für den hypothetischen Fall einer pflichtgemäßen Ausgangsverweige-

<sup>8</sup> Vgl. dazu *Kühl* (Fn. 4), § 17 Rn. 62 ff.

<sup>9</sup> BGH NJW 2004, 237, 238.

<sup>10</sup> BGH NJW 2004, 237, 238.

rung darf nicht – gewissermaßen als Anschlusshypothese – ein Ausbruch des A angenommen werden. Das sei aus mehreren Gründen unzulässig. Es bestehe kein Zusammenhang mehr mit dem tatsächlichen Geschehen. Ferner werde damit eine nicht berücksichtigungsfähige autonome Willensentscheidung des A einbezogen, für die es im Übrigen auch keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte gegeben habe. Schließlich sei die Möglichkeit eines Ausbruchs auch deswegen ungeeignet, den Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg zu beseitigen, weil die dafür maßgeblichen Sicherheitsmängel von anderen<sup>11</sup> zu verantworten seien. Deren Pflichtwidrigkeit, die im Falle einer tatsächlichen Flucht strafrechtliche Konsequenzen gehabt hätte, könne nicht die Kausalität des von B zu verantwortenden Ausgangs beseitigen.

Wegen dieses Rechtsfehlers musste die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben werden. Der BGH verlangt vom neuen Tatgericht, dass es sich festlegt, ob B pflichtwidrig gehandelt hat. Zu den schwierigen Fragen der Gefährlichkeitsprognose im Zusammenhang mit Entscheidungen über die Lockerung einer Unterbringung werden noch einige Hinweise gegeben. Hervorzuheben ist, dass den Ärzten ein nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum eingeräumt wird. Danach ist eine im Ergebnis falsche Prognose nur dann pflichtwidrig, wenn „auf relevant unvollständiger Tatsachengrundlage oder unter unrichtiger Bewertung der festgestellten Tatsachen“ die Missbrauchsgefahr verneint worden ist.<sup>12</sup>

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wenn die Entscheidung auch keine neuen Wege beschreitet, so hat sie doch eine für die Ausbildung und Praxis wichtige **problemverdeutlichende Funktion**. Der Gegenstandsbereich, den der Begriff des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs am besten kennzeichnet,<sup>13</sup> ist nach wie vor wenig gesichert.

Was seinen **strafsystematischen Standort** betrifft, so empfiehlt es sich für den Bereich der Ausbildung, den aktuellen Lehrbüchern zu folgen und dafür jenseits der Kausalität und nach der Untersuchung der objektiven Fahrlässigkeit einen eigenständigen Prüfungspunkt zu reservieren. Die Prüfung selbst ist negativ angelegt. Denn im Normalfall ist der Pflichtwidrigkeitszusammenhang nicht zweifelhaft. Es bedarf also eines besonderen Anlasses, um die Frage nach einem etwaigen Fehlen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs aufzuwerfen. Wissen muss man noch, dass sich insoweit mehrere Fallgruppen herauskristallisiert haben, die üblicherweise schlagwortartig gekennzeichnet werden.<sup>14</sup> Der vorliegende Fall gehört zur Gruppe des pflichtgemäßen Alternativverhaltens, deren Kerngehalt man sich mit einer saloppen Formulierung merken kann: Ob der Täter sich pflichtgemäß verhält oder nicht, ist gehupft wie gesprungen. Weitere Gruppen sind: Schutzzweck der Norm, eigenver-

<sup>11</sup> Der BGH zieht insoweit auch eine Pflichtwidrigkeit des B selbst wegen seiner Leitungsfunktion in Betracht.

<sup>12</sup> BGH NJW 2004, 237, 239.

<sup>13</sup> Die Begriffsverwendung ist uneinheitlich. Das gilt gleichermaßen für die Benennung der im Folgenden anzusprechenden Fallgruppen. Insbesondere die Begriffe „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ und „Schutzzweck der Norm“ oder „Schutzzweckzusammenhang“ werden unterschiedlich gebraucht. Vielfach wird in diesem Zusammenhang auch mit dem allgemeineren Begriff der „objektiven Zurechnung“ operiert. Das sollte in Fallprüfungen bedacht werden. Das übliche „name-dropping“ zur Bezeichnung dogmatischer Probleme reicht hier nicht. Es muss schon – unabhängig vom verwendeten Begriff – die Sache selbst dargestellt werden.

<sup>14</sup> Vgl. die Darstellung bei *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 167 i. V. m. S. 47 – 52; zur Begriffsverwendung s. o. Fn. 13.

antwortliche Selbstgefährdung und Dazwischentreten Dritter. Für jede Gruppe gibt es eine klassische Leitentscheidung.

Abgeschlossen sind diese Fallgruppenbildung und die Entwicklung der Dogmatik in diesem Bereich noch keineswegs. Gleichwohl wagen wir es, ein Prüfungsschema am Beispiel des § 222 StGB anzubieten:<sup>15</sup>

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Handlung
2. Erfolg
3. Kausalität
4. Objektive Fahrlässigkeit
  - a) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung
  - b) Objektive Vorhersehbarkeit
5. Pflichtwidrigkeitszusammenhang
  - pflichtgemäßes Alternativverhalten<sup>16</sup>
  - Schutzzweck der Norm<sup>17</sup>
  - Eigenverantwortliche Selbstgefährdung<sup>18</sup>
  - Dazwischentreten Dritter<sup>19</sup>

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

1. Schuldfähigkeit
2. Subjektive Fahrlässigkeit
  - a) Subjektive Sorgfaltspflichtverletzung
  - b) Subjektive Vorhersehbarkeit
3. Potenzielles Unrechtsbewusstsein
4. Entschuldigungsgründe (auch: Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens)

Die Zugehörigkeit des vorliegenden Falles zur Fallgruppe des pflichtgemäßen Alternativverhaltens nutzt der BGH, um eine Verbindung mit zwei wichtigen Entscheidungen aus dieser Fallgruppe herzustellen. Sie enthalten gewissermaßen **Rückausnahmen zum Ausnahmefall des fehlenden Zusammenhangs**. Einmal bedient er sich des Höchstgeschwindigkeits-Falles, in dem klargestellt wird, dass der Erfolgsbezug des verkehrsgerechten Alternativverhaltens (hier der Einhaltung von Geschwindigkeitsvorschriften) nur im Hinblick auf das unmittelbar vorgelagerte Verkehrsgeschehen zu prüfen ist.<sup>20</sup> Zum anderen zieht er den Massenkarambolagen-Fall heran, der eine hypothetische Erfolgsherbeiführung durch die Pflichtwidrigkeit eines Dritten von der Prüfung ausschließt.<sup>21</sup> Die Verknüpfung wird allerdings nicht argumentativ entwickelt. Vielmehr begnügt sich der BGH mit einem Plausibilitätsappell. So wie bei der Beschränkung auf die verkehrskritische Lage müsse sich die Hypothesenbildung auf die konkrete Tatsituation beschränken (und dürfe nicht um ein herbeiphantasiertes Fluchtgeschehen erweitert werden). Auch könne das pflichtwidrige Unterlassen von Sicherungsvorkehrungen durch Dritte den Täter nicht von seiner Verantwortung für die Gewährung des

<sup>15</sup> Vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 4), Rn. 875.

<sup>16</sup> Leitentscheidung: Lastwagen-Radfahrer-Fall BGHSt 11, 1.

<sup>17</sup> Leitentscheidung: Radleuchten-Fall RGSt 63, 392.

<sup>18</sup> Leitentscheidung: Heroinspritzen-Fall BGHSt 32, 262.

<sup>19</sup> Leitentscheidung: Trennungs-Fall BGHSt 7, 268.

<sup>20</sup> BGHSt 33, 61.

<sup>21</sup> BGHSt 30, 228.

Ausgangs entlasten. Damit werden für die Hypothesenbildung zwei wichtige Grenzzlinien markiert, die man sich merken sollte.

Insbesondere für die Praxis ist noch ein Hinweis des BGH zur **Strafzumessung** von Interesse. An ihm wird sichtbar, dass der Pflichtwidrigkeitszusammenhang auch dort von erheblicher Bedeutung ist. Der BGH macht darauf aufmerksam, dass B lediglich als fahrlässiger Nebentäter neben dem vorsätzlich handelnden (Haupt-)Täter A in Betracht komme, was sich bei der Bestimmung der Strafe für ihn günstig auswirken müsse.<sup>22</sup>

Das wird man folgendermaßen interpretieren müssen. Die vorsätzlichen Tötungshandlungen des A wären schon im Rahmen der Prüfung der Strafbarkeit im Hinblick darauf diskutierbar gewesen, ob der Pflichtwidrigkeitszusammenhang wegen des vorsätzlichen Dazwischentretens eines Dritten entfällt. Darauf ist der BGH wahrscheinlich deswegen nicht eingegangen, weil es wegen der psychischen Disposition des A und der Betreuungs- und Überwachungspflichten des B von vornherein wenig plausibel ist, die Verantwortung auf A zu verlagern. Auch wenn es unter diesem Gesichtspunkt nicht zu einer Verneinung des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges kommt, so ist doch eine Abschwächung denkbar, die für die Strafzumessung relevant ist.

## 5. Kritik

Klarheit schafft die Entscheidung nur für den vorliegenden Fall. „So nicht!“ ist ihr knappes Fazit. Die Frage „Wie dann?“ bleibt weitgehend unbeantwortet. Das gilt auch für alle Folgefragen: Wie ist die konkrete Tatsituation zu definieren? Wann ist eine Bedingung in dieser Situation „unmittelbar angelegt“? Welche Spielräume gibt es für die Erfolgsbestimmung im hypothetischen Fall?

Was der BGH methodisch anbietet, erschöpft sich in der Formulierung von Grenzen des Hinzudenkens. Ungelöst bleibt das methodische Problem, wie die Operation des Hinzudenkens insgesamt auszugestalten ist. Die Hinzudenkverbote des BGH führen zu einer Szenerie mit schwarzen Löchern. Denkt man sich als pflichtgemäß die Ausgangsverweigerung hinzu, so will man natürlich wissen, wie sich unter dieser Voraussetzung A verhalten hätte. So arbeitet die menschliche Vorstellung. Doch eine Vervollständigung der Szenerie unter Einbeziehung von willentlichen Entscheidungen anderer ist offenbar nach der Ansicht des BGH unzulässig. Einen flüchtenden A darf man sich nicht hinzudenken. Andererseits ist aber auch der A obsolet geworden, der Ausgang erhalten hat. Was nun?

Wie heißt es doch so treffend bei *Brecht*: „Der Vorhang zu und alle Fragen offen“.<sup>23</sup>

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Susanne Henck zugrunde)*

<sup>22</sup> Ein weiterer Hinweis zur Strafzumessung kann als kritischer Kommentar zur derzeitigen Lage in psychiatrischen Anstalten gelesen werden: Zu Gunsten des Angeklagten sei noch zu berücksichtigen, dass die von ihm geleitete Einrichtung „mit der Einweisung von kaum oder nicht therapierbaren Schwerstkriminellen ... ganz erheblichen Anforderungen bis an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit ausgesetzt war“; BGH NJW 2004, 237, 239.

<sup>23</sup> *Shen Te*, Letzte Worte, in *Brecht*: Der gute Mensch von Sezuan.