



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

4 StR 200/21

vom  
9. März 2022  
in der Strafsache  
gegen

wegen versuchten Mordes u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 9. März 2022 beschlossen:

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:

Bei einem durch Unterlassen verwirklichten versuchten Tötungsdelikt setzt der Tatentschluss in Bezug auf die hypothetische Kausalität in kognitiver Hinsicht lediglich voraus, dass der Täter den Eintritt eines Rettungserfolgs für möglich hält.

2. Der Senat fragt beim 5. Strafsenat an, ob an der im Urteil vom 28. Juni 2017 – 5 StR 20/16 (BGHSt 62, 223) niedergelegten entgegenstehenden Rechtsauffassung festgehalten wird.

Gründe:

I.

- 1 1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

- 2 a) Der Angeklagte fuhr aus Unachtsamkeit mit seinem Kraftfahrzeug bei Dunkelheit auf einer unbeleuchteten Landstraße mit einer Geschwindigkeit von 70 km/h in eine Gruppe von vier Personen, die am äußersten rechten Fahrbahnrand bzw. auf dem Seitenstreifen entlanglief. Eine Person wurde durch einen Streifstoß umgerissen und nicht lebensgefährlich verletzt. Eine weitere Person wurde nach einem Teilanstoß seitlich vom Kraftfahrzeug des Angeklagten abgewiesen, gegen einen Metallzaun geschleudert und so schwer verletzt, dass der

Tod innerhalb weniger Minuten noch an der Unfallstelle eintrat; eine – geringe – Überlebenschance hätte bestanden, wenn unmittelbar nach dem Unfall sofort ärztliche Hilfe vor Ort gewesen wäre. Die beiden weiteren Personen wurden leicht verletzt.

3 Der Angeklagte, der die Kollisionen wahrgenommen hatte, setzte seine Fahrt fort. Dabei rechnete er mit der Möglichkeit, dass die von ihm angefahrenen Fußgänger an den durch den Unfall erlittenen Verletzungen versterben könnten; für diesen Fall hielt er für möglich, dass er ihren Tod durch eine sofortige Verständigung eines Notarztes noch abwenden könnte, und nahm den Todeseintritt billigend in Kauf. Zugleich hielt er auch für möglich, dass die beiden Geschädigten bereits verstorben oder nicht mehr zu retten waren. Dass er den Unfall durch seine Unachtsamkeit verursacht hatte und deshalb verpflichtet war, einen möglichen Todeseintritt abzuwenden, war ihm bewusst. Das Ziel des Angeklagten war es, seine Beteiligung an dem Unfall zu verdecken.

4 b) Das Landgericht hat den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung in Tateinheit mit fahrlässiger Körperverletzung in drei tateinheitlichen Fällen sowie wegen versuchten Mordes in zwei tateinheitlichen Fällen in Tateinheit mit unerlaubtem Entfernen vom Unfallort zu Freiheitsstrafe verurteilt und eine Maßregelanordnung getroffen.

5 2. Die mit der Sachrüge geführte Revision des Angeklagten wendet sich insbesondere gegen den Schuldspruch wegen tateinheitlich in zwei Fällen begangenen Mordversuchs durch Unterlassen. Sie macht unter Hinweis auf das Urteil des 5. Strafsenats vom 28. Juni 2017 – 5 StR 20/16 (BGHSt 62, 223) – geltend, dass der Schuldspruch wegen versuchten (Verdeckungs-)Mordes auf der

Grundlage der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Anforderungen an das kognitive Element bedingten Tötungsvorsatzes nicht bestehen bleiben könne. Danach erfordere ein Tatentschluss bei einem durch Unterlassen begangenen versuchten Tötungsdelikt, dass der Täter in kognitiver Hinsicht die rechtlich gebotene Handlung in dem Bewusstsein unterlasse, der Rettungserfolg werde mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten. Dies sei nicht festgestellt. Das Bewusstsein des Angeklagten, den Todeseintritt durch Rettungsmaßnahmen möglicherweise abwenden zu können, genüge für die Annahme bedingten Tötungsvorsatzes nicht.

- 6            3. Der Senat möchte die Revision des Angeklagten – dem Antrag des Generalbundesanwalts folgend – verwerfen. Der Schuldspruch wegen tateinheitlich in zwei Fällen begangenen Mordversuchs durch Unterlassen wird von den auf tragfähigen Beweiserwägungen beruhenden Feststellungen getragen und begegnet auf der Grundlage der gefestigten Rechtsprechung des Senats zu den Voraussetzungen eines durch Unterlassen begangenen untauglichen Mordversuchs keinen rechtlichen Bedenken. Er sieht sich hieran jedoch durch das Urteil des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 28. Juni 2017 – 5 StR 20/16 (BGHSt 62, 223) gehindert.

## II.

- 7            Der Senat beabsichtigt, an seiner eigenen und – soweit ersichtlich – mit der Rechtsprechung der anderen Strafsenate des Bundesgerichtshofs in Einklang stehenden Rechtsprechung festzuhalten. Danach kommt der Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts bereits dann in Betracht, wenn der Täter zum

Zeitpunkt seines Tatentschlusses für möglich hält, den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges durch ihm mögliche und zumutbare Maßnahmen zu verhindern.

8 Er fragt daher beim 5. Strafsenat an, ob an den im Urteil vom 28. Juni 2017 – 5 StR 20/16 (BGHSt 62, 223 mit abl. Anmerkung Rissing-van Saan/Verrel, NStZ 2018, 57; Hoven, NStZ 2017, 701, 707; Kudlich, NJW 2017, 3255, 3256; Kudlich/Hoven, Festschrift für Klaus Rogall (2018), S. 209; Puppe, ZIS 2018, 484, 492; D. Sternberg-Lieben/I. Sternberg-Lieben, JZ 2018, 32; Sowada, Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks (2018), S. 163, 166; Ast, HRRS 2017, 500, 501; vgl. auch Fischer, StGB, 69. Aufl., § 22 Rn. 31a; Schönke/Schröder/Bosch, StGB, 30. Aufl., § 13 Rn. 61; Greco, GA 2018, 539, 545; Haas, HRRS 2016, 384, 395: differenzierend Jäger, GA 2021, 272, 276; zustimmend Kraatz, NStZ-RR 2017, 329, 333; Rosenau/Lorenz, JR 2018, 168, 179) – allgemein für den Versuch des Unterlassungserfolgsdelikts formulierten Anforderungen an die kognitive Seite bedingten Tötungsvorsatzes festgehalten werden soll.

9 Im Einzelnen:

10 1. Der Tatbestand eines versuchten Delikts verlangt in subjektiver Hinsicht (Tatentschluss) das Vorliegen einer vorsatzgleichen Vorstellung, die sich auf alle Umstände des äußeren Tatbestands bezieht (vgl. BGH, Urteil vom 10. September 2015 – 4 StR 151/15, NJW 2015, 3732 Rn. 13). Bei einem durch Unterlassen verwirklichten Tötungsdelikt müssen daher neben der Garantenpflicht, der Untätigkeit, der physisch-realen Handlungsmöglichkeit und dem zumindest möglichen Eintritt des Todeserfolges auch diejenigen Umstände Gegenstand dieser Vorstellung sein, die die Annahme einer hypothetischen Kausalität möglicher Rettungshandlungen und die objektive Zurechnung des Erfolges begründen. Hinsichtlich der hypothetischen Kausalität genügt bedingter Vorsatz; er liegt vor, wenn der

Täter mit der Möglichkeit rechnet, sein Eingreifen könne den tatbestandlichen Erfolg abwenden (vgl. BGH, Urteil vom 29. September 2021 – 2 StR 491/20 Rn. 22; Urteil vom 4. August 2021 – 2 StR 178/20 Rn. 21; Urteil vom 19. August 2020 – 1 StR 474/19, NJW 2021, 326 Rn. 16; Urteil vom 29. Juni 2016 – 2 StR 588/15 Rn. 23; vgl. auch BGH, Urteil vom 13. Januar 2005 – 4 StR 469/04, juris Rn. 16; Urteil vom 4. Juli 1984 – 3 StR 96/84, BGHSt 32, 367, 370).

11                    2. Diese Rechtsauffassung entspricht der ständigen Rechtsprechung des anfragenden Senats insbesondere in Verkehrsstrafsachen. Verlässt der Täter nach fahrlässiger Verursachung eines Verkehrsunfalls den Unfallort ohne Einleitung von Rettungsmaßnahmen in dem Bewusstsein, ein möglicherweise lebensgefährlich verletztes Unfallopfer zurückzulassen, genügt für das Wissenselement bedingten Tötungsvorsatzes, wenn er im Zeitpunkt seines Tatentschlusses die Vorstellung hegt, durch den Unfall den Tod des Opfers nicht sofort herbeigeführt zu haben und dessen Leben möglicherweise noch retten zu können (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 7. November 1991 – 4 StR 451/91, NJW 1992, 583, 584; Beschluss vom 12. Januar 1993 – 4 StR 640/92, VRS 85, 41; jeweils inzident BGH, Beschluss vom 10. Juni 2021 – 4 StR 30/21, VRS 140, 255; Beschluss vom 24. März 2021 – 4 StR 416/20, BGHSt 66, 66 mit Anm. Renzikowski, JR 2022, 137). Die Vorstellung, den Todeseintritt durch Vornahme der rettenden Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindern zu können, ist nicht vorausgesetzt.

12                    3. Der Senat sieht keinen Anlass, von dieser Rechtsprechung abzurücken.

13                    a) Bedingter Tötungsvorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns – oder Unterlassens –

erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes eines anderen Menschen abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement). Ob dem Täter nach diesen rechtlichen Maßstäben bedingter Vorsatz zur Last fällt, ist in Bezug auf beide Elemente im Rahmen der Beweismwürdigung umfassend zu prüfen und durch tatsächliche Feststellungen zu belegen. Diese Grundsätze gelten für Begehungsdelikte und Unterlassungstaten gleichermaßen (vgl. BGH, Urteil vom 4. August 2021 – 2 StR 178/20, StV 2022, 162; Beschluss vom 23. Februar 2021 – 3 StR 488/20 Rn. 11; Urteil vom 19. August 2020 – 1 StR 474/19, NJW 2021, 326 Rn. 14; st. Rspr.; siehe auch BGH, Urteil vom 28. Juni 2017 – 5 StR 20/16 Rn. 47). Auch unechte Unterlassungsdelikte können (daher) bedingt vorsätzlich begangen werden.

14

b) Zwar beruft sich der 5. Strafsenat für seine abweichende Rechtsauffassung auf das Urteil des 1. Strafsenats vom 28. Juli 1970 (1 StR 175/70 mit abl. Anm. Herzberg, MDR 1971, 881; Spindel, JZ 1973, 137). Dort ist ausgeführt, dass der „Täter der Unterlassung“ sich bei bedingtem Vorsatz „bewusst sein“ müsse, „dass die von ihm erwartete Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den strafrechtlichen Erfolg verhindern“ werde. Dieser – soweit ersichtlich – vereinzelt gebliebenen Entscheidung liegt aber eine besondere Fallkonstellation zugrunde. Nach Auffassung des Senats hatte das Tatgericht angesichts der Gefährlichkeit der von Rechts wegen gebotenen rettenden Handlung, die eigenen Kinder durch einen Sturz aus dem Fenster vor dem Flammentod zu retten, nicht tragfähig belegt, dass es der Angeklagte im Zeitpunkt seines Tatentschlusses für möglich hielt, seine Kinder hierdurch zu retten. Weitere Ausführungen hierzu sind nicht veranlasst, denn der 1. Strafsenat hat selbst dargelegt, dass diese Entscheidung die Rechtsauffassung des 5. Strafsenats nicht stützt und die hier vertretene Rechtsauffassung bestätigt (BGH, Urteil vom

19. August 2020 – 1 StR 474/19, NJW 2021, 326 Rn. 21). Sofern dem Urteil des 1. Strafsenats vom 28. Juli 1970 – 1 StR 175/70 gleichwohl eine abweichende, die Auffassung des 5. Strafsenats stützende Rechtsansicht entnommen werden sollte, wäre diese jedenfalls aufgegeben.

15 c) Die vom 5. Strafsenat gewählte normative Umschreibung bedingten Vorsatzes vermengt Fragen des Beweises hypothetischer Kausalität mit Fragen des Vorsatzes.

16 Ein Unterlassen ist objektiv nur dann quasi-„ursächlich“ für den Erfolg, wenn die unterbliebene Handlung seinen Eintritt verhindert hätte (vgl. BGH, Urteil vom 4. März 1954 – 3 StR 281/53, BGHSt 6, 1, 2; Beschluss vom 3. Mai 1984 – 4 StR 266/84, StV 1985, 229). Fehlt es hieran, liegt keine vollendete Tat vor; möglich bleibt aber eine Verurteilung wegen Versuchs (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 1960 – 4 StR 117/60, BGHSt 14, 282, 284; Beschluss vom 3. Mai 1984 – 4 StR 266/84, StV 1985, 229). Die Feststellung eines Unterlassens als „quasi-ursächlich“ erfordert, dass sich das Gericht auf der Grundlage hypothetischer Erwägungen die sichere Überzeugung (§ 261 StPO) verschafft, dass die gebotene Handlung den Erfolg verhindert hätte (vgl. BGH, Urteil vom 4. September 2014 – 4 StR 473/13, BGHSt 59, 292, 301; Urteil vom 6. November 2002 – 5 StR 281/01, BGHSt 48, 77, 93).

17 aa) Die in einzelnen Entscheidungen des BGH gewählte Formulierung, eine Strafbarkeit wegen eines vollendeten unechten Unterlassungsdelikts setze die Feststellung voraus, dass die unterbliebene Handlung den Erfolgseintritt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 1997 – 5 StR 569/96, BGHSt 43, 381, 397), trägt den beste-



henden Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung hypothetischer Kausalzusammenhänge Rechnung. Auch in Ansehung dieser Beweisschwierigkeiten ist das Tatgericht verpflichtet, sich auf der Grundlage hypothetischer Erwägungen eine sichere Überzeugung vom Vorliegen der Quasi-Kausalität zu bilden (vgl. BGH, Urteil vom 4. September 2014 – 4 StR 473/13, BGHSt 59, 292, 301 f.; zutreffend Puppe, ZIS 2018, 484, 492). Bei der Beantwortung dieser auf der Ebene des Beweises angesiedelten Frage ist der Grundsatz in dubio pro reo zu beachten. Der Annahme hypothetischer Kausalität steht nicht entgegen, dass die bloße gedankliche Möglichkeit besteht, der Erfolg könne auch bei Vornahme der gebotenen Handlung eintreten. Vielmehr muss sich diese Möglichkeit aufgrund bestimmter Tatsachen so verdichten, dass die Überzeugung vom Gegenteil mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vernünftigerweise ausgeschlossen ist (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2010 – 1 StR 272/09, NJW 2010, 1087 Rn. 63). Ein pflichtwidriges Unterlassen kann dem Täter daher als vollendete Tat grundsätzlich nur angelastet werden, wenn der strafrechtlich relevante Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754, 2757; Urteil vom 2. August 1995 – 2 StR 221/94, BGHSt 41, 206, 214; vgl. Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., S. 125 Rn. 40).

- 18           bb) Für die Prüfung der subjektiven Tatseite in Unterlassungsfällen gelten jedoch keine Besonderheiten. Die Ausführungen des 5. Strafsenats finden ihre Rechtfertigung auch nicht im Erfordernis einer „Kongruenz“ zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand (so aber Rosenau/Lorenz, JR 2018, 168, 179). Denn es handelt sich bei der Formulierung, dass die Quasi-Kausalität die Feststellung voraussetze, der tatbestandliche Erfolg werde bei Vornahme der rechtlich gebotenen Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausbleiben, um

eine Frage des Beweismaßes und nicht um eine solche des objektiven Tatbestands. Wird in subjektiver Hinsicht gefordert, dass dem Täter bewusst sein müsse, die Vornahme der rechtlich gebotenen Handlung werde den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindern, scheidet bedingter Vorsatz praktisch aus. Die Rechtsauffassung des 5. Strafsenats würde dazu führen, dass der Vorsatz in Fällen des Unterlassens auf dolus directus 2. Grades verengt und insbesondere Fälle bedingten Vorsatzes straflos gestellt würden.

- 19           d) Soweit vereinzelt die Auffassung vertreten wird, der 5. Strafsenat habe sich an keiner Stelle zu den Vorsatzanforderungen beim Unterlassungsdelikt geäußert, sondern besondere Anforderungen an die subjektive Tatseite beim „Abbruch rettender Kausalverläufe“ durch aktives Tun aufgestellt (vgl. Rosenau/

Lorenz, JR 2018, 168, 180), erscheint dies vor dem Hintergrund der Ausführungen des Senats nicht nachvollziehbar.

Quentin

RiBGH Bender ist wegen Eintritts in den Ruhestand an der Unterschriftsleistung gehindert.

Bartel

Quentin

Sturm

Rommel

Vorinstanz:

Landgericht Heilbronn, 04.01.2021 - 1 Ks 27 Js 14881/19