

abhänge, ob die vormerkungswidrige Verfügung in einer Belastung oder in einer Veräußerung besteht. Im letzten Fall kann der Vormerkungsberechtigte erst eingetragen werden, nachdem der Dritte den Anspruch aus § 888 I BGB erfüllt hat. Dann, meint der BGH,<sup>6</sup> kann es auch im ersten Fall nicht darauf ankommen, ob der Vormerkungsberechtigte bereits eingetragen ist. Aber denkbar wäre es, dass § 888 I BGB unterschiedlich weit geht, je nach Inhalt der vormerkungswidrigen Verfügung. Überzeugend ist aber, dass der Vormerkungsberechtigte stets gegen seinen Schuldner (den Veräußerer) und den Dritten parallel vorgehen können muss, denn nur durch beider Zusammenwirken kann sein Anspruch erfüllt werden. Es gibt keinen Grund, weshalb der Dritte den Vormerkungsberechtigten sollte darauf verweisen können, er müsse sich erst die Buchposition des Eigentümers verschaffen.<sup>7</sup>

Diese Lösung wirft aber ein Folgeproblem auf: Was, wenn der Vormerkungsberechtigte gar nicht Eigentü-

mer des Grundstücks wird, etwa weil er die geschuldete Gegenleistung nicht erbringt, der Veräußerer daher vom Vertrag zurücktritt und der gesicherte Anspruch damit erlischt? Wegen ihrer Akzessorietät (vgl. § 883 I 1 BGB: „zur Sicherung des Anspruchs“) erlischt dann auch die Vormerkung. In diesem Fall erweist sich, dass dem Dritten das bis dahin vormerkungswidrige Recht uneingeschränkt zusteht. Der BGH trägt dieser Komplikation auf der Ebene des Anspruchsinhalts Rechnung: Der Dritte schuldet Zustimmung nicht zur Löschung schlechthin, sondern nur zur Löschung im Zuge der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer.<sup>8</sup> Das ergebe sich aus dem Inhalt des gesicherten Anspruchs. Mit anderen Worten: Die Löschung ist nur bei Eigentumserwerb des Vormerkungsberechtigten erforderlich, um wie es § 888 I BGB verlangt, den gesicherten Anspruch zu verwirklichen, und nur mit diesem Inhalt kann die Zustimmung zur ihr verlangt werden.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> BGH vom 02.07.2010, NJW 2010, 3367 (3368, Rn. 10).

<sup>9</sup> Kritisch *Christian Kessler*, Das Missverständnis um die Rechtsnatur der Zustimmung nach § 888 I BGB, in: NJW 2010, S. 3341 (3341 f.). Auf ein weiteres Folgeproblem, das hier nicht besprochen werden kann, macht *Maximilian Zimmer* aufmerksam, in: JZ 2010, S. 1015 (1017).

<sup>6</sup> BGH vom 02.07.2010, NJW 2010, 3367 (3367 f., Rn. 7).

<sup>7</sup> BGH vom 02.07.2010, NJW 2010, 3367 (3368, Rn. 15).

Olaf Muthorst\*

## Rücktritt des Unterlassungs-Nebentäters

**StGB § 24** Für den Rücktritt des Nebentäters durch Unterlassen ist § 24 I StGB maßgebend.

Wer an einer Tat als Nebentäter durch Unterlassen beteiligt ist, kann vom Versuch nach § 24 I StGB zurücktreten, wenn der Versuch nicht fehlgeschlagen ist. Für den Rücktritt genügt daher beim unbeendeten Versuch Aufgeben der Tatausführung (Alt. 1).

BGH, Urteil vom 19.05.2010 – 2 StR 278/09, NStZ 2010, 690

### Zum Sachverhalt

A und B wollten dem O eine Lektion erteilen. Nachdem sie sich der Mithilfe von C und D versichert hatten, lockten sie den O zum Tatort und zwangen ihn, sich auszuziehen. A und B fesselten den O, übergossen ihn mit Benzin und zündeten ihn an. C und D sahen zu. O gelang es, sich zu befreien und den größten Teil der Flammen zu löschen. Nun sprangen C und D hinzu und löschten die letzten Flammen. O zog sich auf Geheiß des A wieder an,

\* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

man fuhr in die Stadt zurück und A verlangte von O die Zusicherung, von nun an 400 € pro Woche als Schutzgeld zu zahlen. Für seine Rettung könne sich O bei C und D bedanken, er – A – hätte ihn brennen lassen. O bleibt durch die Verbrennungsnarben dauerhaft entstellt.

### Problemaufriss

Auf der Hand liegt, dass sich die Angeklagten wegen schwerer Körperverletzung in Tateinheit mit Nötigung und Freiheitsberaubung schuldig gemacht haben. Klar ist auch, dass A und B mit zumindest bedingtem Tötungsvorsatz handelten, als sie O anzündeten. Denn A und B wollten, dass O in Brand geriet, hielten seinen Tod für möglich und nahmen ihn billigend in Kauf. Sie gingen dabei über den ursprünglichen Plan hinaus: Mit C und D war nur abgesprochen worden, dass dem O „ein Denkkzettel“ erteilt werden sollte. Deshalb waren C und D nicht als Mittäter (§ 25 II StGB) zu bestrafen, sondern jeweils als Nebentäter. Darunter versteht man Täter, die unabhängig vom Haupttäter dasselbe Rechtsgut angrei-

fen.<sup>1</sup> Während nämlich A und B durch das Anzünden zur Tötung des O ansetzten (also die Tötung versuchen, § 22 I StGB), unterließen C und D es, das Leben des O durch Eingreifen zu retten. Dazu wären sie aber verpflichtet gewesen, weil sie den O mit in den Wald gelockt und ihn damit A und B ausgeliefert hatten: Sie waren Garanten aus rechtswidrigem Vorverhalten (Ingerenz)<sup>2</sup> und begingen deshalb eine versuchte Tötung durch Unterlassen (§ 13 StGB), als sie beim Anzünden zusahen.

Die Frage war aber, ob A, B, C und D vom Versuch strafbefreiend zurückgetreten sind, als C und D die Flammen löschten und man den O in die Stadt zurückbrachte. Das richtet sich nach § 24 StGB. Gemäß § 24 I 1 StGB wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt (Alt. 1) oder deren Vollendung verhindert (Alt. 2). Das Gesetz honoriert die Umkehrleistung von Täter/innen – aus Gründen des Opferschutzes, der Strafzwecke oder der minderen Gefährlichkeit dieser Täter/innen.<sup>3</sup> An einer solchen Umkehrleistung fehlt es freilich, wenn der/die Täter/in den Versuch im Moment des Rücktritts (Rücktrittshorizont, im Unterschied zum ursprünglichen Tatplan) für derart fehlgeschlagen hält, dass ihm/ihr die Tatbestandsverwirklichung nicht mehr oder jedenfalls nicht ohne wesentliche Zäsur möglich erscheint. Der/die Täter/in müsste sich erst zu einem ganz neuen Anlauf entschließen, um den Tatbestand noch zu verwirklichen.<sup>4</sup> Hält der/die Täter/in hingegen den Versuch nicht für fehlgeschlagen, den tatbestandlichen Erfolg also noch für erreichbar, tritt grundsätzlich Strafflosigkeit ein bei freiwilligem Nicht-weiter-Ausführen der Tat (§ 24 I 1 Alt. 1 StGB). Dazu muss freilich überhaupt noch etwas auszuführen sein (sogenannter unbeendeter Versuch). Ist nach der Vorstellung des/der Täters/in bereits alles Erforderliche getan, um den Tatbestand zu verwirklichen (sogenannter beendeter Versuch)<sup>5</sup>, liegt im Nichts-weiter-Tun keine aner kennenswerte Umkehrleistung. Der/die Täter/in muss jetzt vielmehr die Vollendung verhindern (§ 24 I 1 Alt. 2 StGB), also zu Gegenmaßnahmen greifen. Bloßes Nicht-weiter-Ausführen genügt grundsätzlich auch dann nicht, wenn an einer Tat mehrere beteiligt sind (§ 24 II StGB). Denn jede/r Einzelne trägt Verantwortung nicht nur für den eigenen Tatbeitrag, sondern für die Tat als Ganze. Deshalb genügt es nicht, wenn der Tatbeitrag zwar zurückgenommen, aber nicht zugleich

die Vollendung der Tat verhindert oder sich darum zumindest ernsthaft bemüht wird.<sup>6</sup>

### Zur Entscheidung

Zu entscheiden war also zunächst: War der Versuch nach der Vorstellung der Täter fehlgeschlagen, als C und D die Flammen löschten und man O in die Stadt zurückbrachte? Der BGH gibt darauf eine differenzierte Antwort: Aus der Sicht von C und D lag keineswegs ein Fehlschlag vor, als sie die letzten Flammen löschten. Es habe für sie keinen Grund zu der Annahme gegeben, der ursprünglich in Kauf genommene Taterfolg sei nicht mehr – im Zusammenwirken mit A und B – erreichbar: Man hätte ohne Zäsur den O erneut fesseln und anzünden können.<sup>7</sup> Dass das für das eigentliche Ziel von C und D – ein „Denkzettel“ für O – nicht nötig war, ändert daran nichts.<sup>8</sup> Anders war hingegen bei A und B zu entscheiden: Aus ihrer Sicht war der Versuch, O zu töten, mit dem Dazwischentreten von C und D fehlgeschlagen. Mit neuen Tatmitteln hätten sie einen ganz neuen Tatplan entwickeln und umsetzen und unter Umständen mit Widerstand von C und D rechnen müssen.<sup>9</sup>

Damit ist ein strafbefreiender Rücktritt von A und B abgelehnt. Hinsichtlich C und D war weiter zu prüfen, ob die Anforderungen an das Rücktrittsverhalten nach § 24 I oder II StGB zu bestimmen waren. Der BGH wendet § 24 I StGB an, da C und D jeweils Nebentäter seien.<sup>10</sup> Das ist im Ergebnis konsequent, bedarf aber einer näheren Erklärung. Schließlich sind C und D jeweils nicht allein, sondern mit A und B am Tatort. Sie handeln aber rechtlich gesehen nicht mit A und B zusammen (sonst wären sie nicht Neben-, sondern Mittäter), sondern ihr jeweiliger Angriff auf das Rechtsgut ist von dem des A und B unabhängig. Zwar mag es richtig sein, dass O in der Hand von zwei Mit- und zwei Nebentätern ebenso in Gefahr ist, wie er es bei vier Mittätern wäre.<sup>11</sup> Diese Gefahr ist aber, da es zur Mittäterschaft nicht kam, nicht real geworden, sondern eine theoretische Möglichkeit geblieben. Auf sie können keine nach § 24 II StGB erschwerten Rücktrittsvoraussetzungen gestützt werden.

Mithin ist § 24 I StGB maßgebend, so dass nur noch zu entscheiden war, ob es sich aus Sicht von C und D um einen beendeten oder einen unbeendeten Versuch gehandelt hatte, als sie die letzten Flammen löschten. Der BGH

1 BGH vom 22.01.1953, BGHZ 4, 20 (21); *Kristian Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 25 Rn. 8; *Wolfgang Joecks*, in: Studienkommentar StGB, 9. Aufl. 2010, § 25 Rn. 1; *Uwe Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993, S. 183.

2 Vgl. *Kristian Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 13 Rn. 13; *Christoph Sowada*, Die Garantstellung aus vorangegangenen Tun (Ingerenz), in: Jura 2003, S. 236 ff.

3 *Kristian Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 24 Rn. 2.

4 BGH vom 22.08.1985, BGHSt 33, 295 (296 f.); BGH vom 19.05.1993, BGHSt 39, 221 (227 f.); *Kristian Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 24 Rn. 10.

5 *Kristian Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 24 Rn. 3 ff.

6 *Kristian Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl. 2011, § 24 Rn. 26; *Rainer Zaczyk*, in: NK-StGB, 3. Aufl. 2010, § 24 Rn. 94.

7 Vgl. BGH vom 07.02.1986, NSTZ 1986, 264 (265) – *Benzinguss-Fall*.

8 Vgl. zu den hoch umstrittenen „Denkzettel“-Fällen BGH vom 19.05.1993, BGHSt 39, 221 (227 f.); *Ingo Bott*, Die sogenannten „Denkzettelkonstellationen“: Der Rücktritt vom Versuch trotz des Erreichens eines außertatbestandlichen Ziels, in: Jura 2008, S. 753 (755 f.).

9 BGH vom 19.05.2010, NSTZ 2010, 690 (691, Rn. 4).

10 BGH vom 19.05.2010, NSTZ 2010, 690 (691, Rn. 6).

11 Vgl. *Matthias Jahn*, Anm. zu BGH vom 19.05.2010, in: JuS 2011, S. 78 (79).

nimmt einen unbeendeten Versuch an und argumentiert, nach dem Löschen der Flammen und bei der Rückfahrt in die Stadt habe es für C und D nicht so ausgesehen, als würde O infolge der Verbrennungen bald sterben. Diese Begründung erscheint nicht tragfähig. Abgestellt werden müsste schließlich auf den Zeitpunkt *vor* dem Löschen der Flammen. Zu diesem Zeitpunkt war es nach ihrer Vorstellung ebenso wenig wie zuvor notwendig, tätig zu werden, um den tatbestandlichen Erfolg zu erzielen. Vielmehr gingen C und D offenbar davon aus, ohne ihr Eingreifen werde O an den von A und B zugefügten Verbrennungen sterben. Von einem solchen Versuch

durch Unterlassen kann der Täter deshalb nur dadurch zurücktreten, dass er die Vollendung der Tat verhindert. Der Versuch des Unterlassungsdelikts ist also stets wie ein beendeter Versuch zu behandeln.<sup>12</sup> Deshalb stützt sich der BGH zu Recht hilfsweise darauf, die Rückfahrt in die Stadt habe zur Erfolgsverhinderung beigetragen, so dass auch bei Annahme eines beendeten Versuchs ein strafbefreiender Rücktritt vorliege.

<sup>12</sup> BGH vom 20.12.2002, BGHSt 48, 147 (149); *Kristian Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2011, § 24 Rn. 22a; *Rainer Zaczyk*, in: *NK-StGB*, 3. Aufl. 2010, § 24 Rn. 47.

Ulrike Lembke\*

## Gerechtfertigte Sterbehilfe durch aktiven Behandlungsabbruch

**StGB §§ 212, 216** Unter Berücksichtigung von §§ 1901 a, 1901 b BGB kann auch die Sterbehilfe durch aktiven Behandlungsabbruch durch Einwilligung gerechtfertigt sein.

**1. Sterbehilfe durch Unterlassen, Begrenzen oder Beenden einer begonnenen medizinischen Behandlung (Behandlungsabbruch) ist gerechtfertigt, wenn dies dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Patientenwillen entspricht (§ 1901 a BGB) und dazu dient, einem ohne Behandlung zum Tode führenden Krankheitsprozess seinen Lauf zu lassen.**

**2. Ein gerechtfertigter Behandlungsabbruch kann sowohl durch Unterlassen als auch durch aktives Handeln vorgenommen werden.**

**3. Gezielte Eingriffe in das Leben eines Menschen, die nicht in einem Zusammenhang mit dem Abbruch einer medizinischen Behandlung stehen, können nicht durch Einwilligung gerechtfertigt werden.**

*BGH, Urteil vom 25.06.2010 – 2 StR 454/09, NJW 2010, 2963–2968.*

### Der Sachverhalt

Der Angeklagte, ein Fachanwalt für Medizinrecht (insbesondere Palliativmedizin) beriet eine Mandantin, welche die künstliche Ernährung ihrer seit fünf Jahren ohne Aussicht auf Besserung im Wachkoma liegenden Mutter beenden wollte. Die Mutter war nicht mehr ansprechbar und auf vierzig Kilogramm abgemagert. Ihr

linker Arm hatte amputiert werden müssen und sie wurde in einem Heim gepflegt. Vor ihrer Erkrankung hatte sie klargestellt, dass sie keine künstliche Ernährung oder Beatmung wünsche, sie wolle nicht an „Schläuche“ angeschlossen werden. Nachdem die Mandantin zur Betreuerin ihrer Mutter bestellt worden war, bemühte sie sich zwei Jahre lang um die Einstellung der künstlichen Ernährung, die vom Heimpersonal jedoch – selbst bei ärztlicher Anweisung – verweigert wurde. Eine mit der Heimleitung gefundene einverständliche Lösung wurde von der Geschäftsführung des Gesamtunternehmens überraschend widerrufen und die schon abgebrochene künstliche Ernährung wieder aufgenommen. Daraufhin riet der Angeklagte seiner Mandantin, den Schlauch der PEG-Sonde durchzuschneiden, mit der die künstliche Ernährung erfolgte. Die Mandantin folgte diesem Rat. Die künstliche Ernährung wurde nach Einlieferung in ein Krankenhaus wieder aufgenommen.

### Die Entscheidung

In einem Grundsatzurteil<sup>1</sup> hob der BGH die Verurteilung wegen versuchten Totschlags auf und entschied, dass auch eine Sterbehilfe durch aktiven Behandlungsabbruch gerechtfertigt sein kann, wenn sie dem Patientenwillen entspricht und einem tödlichen Krankheits-

<sup>1</sup> Vgl. die Besprechungen von *Karsten Gaede*, Durchbruch ohne Dammbruch, in: *NJW* 2010, S. 2925–2928; *Gudrun Doering-Striening*, Das Negativtatest bei Behandlungsabbruch i. S. d. § 1904 II BGB, in: *FamFR* 2010, S. 341–343; *Michael Kubiciel*, Zur Strafbarkeit der passiven Sterbehilfe, in: *ZJS* 2010, S. 656–661.

\* Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies an der Universität Hamburg.