

Entscheidungsanmerkung

Die Begehung der gemeinschaftlichen gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch 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 des Beschlusses des 2. Strafsenats)**

**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 des Urteils des 6. Strafsenats)**

StGB §§ 224, 13

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

Es kommt nicht oft vor, dass zwei Strafsenate des BGH innerhalb eines halben Jahres – zumindest auf den ersten Blick – diametral entgegengesetzte Entscheidungen treffen, ohne die Streitfrage dem Großen Senat für Strafsachen vorzulegen. Die scheinbar divergierenden Entscheidungen resultieren aus dem Umstand, dass der Beschluss des 2. Strafsenats des BGH vom 17.1.2023 am 17.5.2023 noch nicht veröffentlicht war. Aus diesem Grund hat der 6. Strafsenat seine Vorlagepflicht nach § 132 Abs. 2 GVG damit nicht verletzt.³

Doch nicht nur vor diesem Hintergrund verdienen die beiden Entscheidungen zu § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB eine nähere Betrachtung. So beziehen gleich zwei Senate zu der bislang höchstrichterlich noch nicht geklärten Streitfrage Stellung, ob eine gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung auch durch bloßes Unterlassen begangen werden kann.

I. Der Beschluss des BGH vom 17.1.2023 – 2 StR 459/21

1. Sachverhalt (gekürzt)

Bei I handelte es sich um die etwa einjährige gemeinsame Tochter der Angeklagten A und F. Bei der Untersuchung U5⁴

¹ NJW 2023, 2209 = NStZ 2023, 605. Die Entscheidung ist zum Abdruck in der Entscheidungssammlung des Gerichts (BGHSt) vorgesehen.

² NJW 2023, 2060 = NStZ 2023, 607. Die Entscheidung ist zum Abdruck in der Entscheidungssammlung des Gerichts (BGHSt) vorgesehen.

³ Siehe hierzu *Bosch*, JURA 2023, 1226; *Krehl*, NStZ 2023, 609 (611 f.).

⁴ Dabei handelt es sich um die Kindervorsorgeuntersuchung zwischen dem sechsten und siebten Lebensmonat, vgl.

wurde bei I leichtes Untergewicht festgestellt. Die Angeklagten wurden von der Kinderärztin hierauf hingewiesen und auch über die erforderliche Ernährung aufgeklärt. Dennoch sparten die Angeklagten an der Ernährung für I und vernachlässigten ihre Tochter. Dabei bemerkten sie, dass das Körpergewicht der I weiter abnahm, versuchten dies aber gegenüber anderen Personen zu verbergen.

Anfang Mai 2019 befand sich I in einem lebensbedrohlichen Zustand. Nachdem die Angeklagten das Kind reglos im Kinderzimmer vorfanden, fuhren sie zu einer Rettungswache des Roten Kreuzes. Zu diesem Zeitpunkt war I bereits klinisch tot, konnte aber reanimiert werden. In der Klinik konnte später ein „Hungerdarm“ festgestellt werden, der auf eine Mangelernährung über einen längeren Zeitraum zurückzuführen war.

2. Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH

Nachdem das Landgericht Darmstadt die Angeklagten noch wegen schwerer Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 224 Abs. 1 Nr. 4, 225 Abs. 1 Nrn. 1 und 2, Abs. 3 Nr. 1, 13, 25 Abs. 2 StGB verurteilt hatte, hob der BGH die Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen auf, da kein Fall des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB vorliege.

Dies gründet der BGH auf die Erwägung, dass es für eine gemeinschaftliche Begehung in diesem Sinne nicht ausreiche, dass bloß ein weiterer Garant untätig bleibe. Dies folge schon aus seiner Rechtsprechung zur Begehung der gemeinschaftlichen gefährlichen Körperverletzung durch aktives Tun. Danach genüge es für den § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ebenfalls nicht, wenn sich am Tatort nur eine weitere Person aufhalte, die rein passiv bleibt.⁵ Daraus könne im Wege eines Erstrecht-Schlusses gefolgert werden, dass ein Untätigbleiben eines weiteren Garanten ebenfalls nicht ausreichen könne. Denn in diesem Fall fehle es an der besonderen Gefährlichkeit für das Opfer, auf welche die erhöhte Strafandrohung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB gründe, und damit entspreche das Unterlassen nicht der Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes durch ein Tun, sodass die Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 StGB nicht erfüllt sei.⁶

II. Das Urteil des 6. Strafsenats des BGH vom 17.5.2023 – 6 StR 275/22

1. Sachverhalt (gekürzt)

Der Angeklagte A war Zuhälter der psychisch schwer erkrankten 19-jährigen Geschädigten. Die Mitangeklagten K und H unterstützten ihn dabei ohne finanzielle Beteiligung. Die Geschädigte hatte sich nie mit der Erbringung sexueller Dienstleistungen einverstanden erklärt. Dennoch boten die drei Angeklagten die Leistungen der Geschädigten auf einer Internetplattform an und brachten die Geschädigte mit Frei-

[https://de.wikipedia.org/wiki/Kindervorsorgeuntersuchung_\(Deutschland\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Kindervorsorgeuntersuchung_(Deutschland)) (11.11.2023).

⁵ BGH StV 2017, 387; BGH StraFo 2015, 478.

⁶ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 16 f.

ern zusammen. Spätestens seit dem 7.4.2020 befand sich die inzwischen schwer psychotisch Geschädigte im Wohnhaus von A und H. Um dem A die „Einnahmequelle“ zu erhalten, beschlossen die Angeklagten gemeinsam, keine dringend erforderliche fachärztliche Hilfe für die Geschädigte zu holen, sondern sich selbst um die Geschädigte zu kümmern. Eine Verlängerung ihres Leidens nahmen sie dabei in Kauf. Im späteren Verlauf verstarb die Geschädigte.

2. Entscheidung des 6. Strafsenats des BGH

Für die vorliegende Betrachtung interessieren nur die Ausführungen des BGH im Hinblick auf § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Insoweit bejaht der BGH einen Fall der §§ 224 Abs. 1 Nr. 4, 13 StGB.

In Divergenz zum Beschluss des 2. Strafsenats des BGH sieht der 6. Strafsenat des BGH die Möglichkeit, „dass auch einer Tatbeteiligung durch Unterlassen – nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls – die erhöhte Gefahr erheblicher Verletzungen bzw. die Einschränkung von Verteidigungsmöglichkeiten innewohnen kann.“⁷ Eine bloße Nebentäterschaft mehrerer Garanten reiche insoweit nicht aus. Anders stelle es sich jedoch dar, „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 die getroffene Vereinbarung und die damit einhergehende Verbundenheit verstärken wechselseitig den jeweiligen Tatentschluss, die gebotene Hilfe zu unterlassen, was zusätzlich zu dem gefahrsteigernden gruppenspezifischen Effekt die Wahrscheinlichkeit verringert, dass einer der Garanten der an ihn gestellten Verpflichtung gerecht wird.“⁸

III. Die gemeinschaftlich begangene gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

Zur Einordnung und Bewertung der Entscheidung des BGH muss der Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB hinsichtlich seiner Reichweite näher betrachtet werden. Hierfür stellen sich mehrere Fragen, auf die im Wege der Gesetzesauslegung eine Antwort zu suchen ist.

1. Welche Formen der Beteiligung sind erfasst?

Überwiegend einig ist man sich noch dahingehend, dass zumindest ein weiterer Beteiligter am Tatort anwesend sein muss.⁹ Darüber hinaus stellt sich jedoch die Frage, welche

Formen der Beteiligung von § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfasst sind. Geht man vom Wortlaut der Norm aus, so ist dem BGH darin zuzustimmen, dass dieser keine Rückschlüsse darauf zulässt, welche Art der Beteiligung erfasst ist, denn „einerseits setzt sie [die Bestimmung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB] eine ‚gemeinschaftlich‘ begangene Tat voraus, was auf eine Voraussetzung einer mittäterschaftlichen Begehung hinweisen könne; andererseits verlangt sie die Mitwirkung eines weiteren ‚Beteiligten‘, worunter sowohl Täter als auch Teilnehmer (§ 28 Abs. 2 StGB) in beliebiger Konstellation, also grundsätzlich auch durch Unterlassen, verstanden werden können“.¹⁰ Der Gesetzeswortlaut gibt damit keine bestimmte Lösung vor.¹¹ Wie der BGH zutreffend feststellt,¹² ergeben sich auch aus den Gesetzesmaterialien keine Hinweise hinsichtlich der Auslegung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB.¹³

Weiterhin sind die Gesetzessystematik und das Telos der Norm zu betrachten. § 224 StGB stellt in seinen Tatbestandsvarianten typischerweise besonders gefährliche Begehungsarten der Körperverletzung unter Strafe.¹⁴ Bei § 224 StGB handelt es sich um eine Handlungsqualifikation, da weder eine qualifizierte Rechtsgutsverletzung noch der Eintritt einer konkreten Gefahr erforderlich ist.¹⁵ Somit handelt es sich weder um ein Erfolgsdelikt noch um ein konkretes Gefährdungsdelikt. Doch es liegt auch kein abstraktes Gefährdungsdelikt, bzw. nach treffenderem Duktus abstraktes Gefährlichkeitsdelikt,¹⁶ vor. Denn mit der Normierung des § 224 StGB bezweckte der Gesetzgeber, besonders gefährliche Begehungsvarianten der Körperverletzung mit einem erhöhten

Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 25; Zieschang, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2022, Rn. 329; anders jedoch Hardtung, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 37; siehe zu diesem Erfordernis auch Grünewald, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 30.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 13; ebenso BGH, Urt. v. 17.5.2023 – 6 StR 275/22 = NJW 2023, 2060; Küper, GA 2003, 363 (374); daher auch das Fazit von Paeffgen/Böse/Eidam (Fn. 9), § 224 Rn. 24: Der Wortlaut sei „in Wirklichkeit selbstwidersprüchlich“.

¹¹ Bosch, JURA 2023, 1226; Wolters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 9. Aufl. 2017, § 224 Rn. 28.

¹² BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 14.

¹³ Zur Gesetzeshistorie vgl. die ausführliche Darstellung bei Grünewald (Fn. 9), § 224 Entstehungsgeschichte; Paeffgen/Böse/Eidam (Fn. 9), § 224 Rn. 1.

¹⁴ Hardtung, JuS 2008, 960 (962).

¹⁵ Siehe auch Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 218; Wolters (Fn. 11), § 224 Rn. 3.

¹⁶ Denn in Wahrheit liegt ja keine tatsächliche Gefährdung von Rechtsgütern vor, vgl. auch Wohlers, Deliktstypen, 2000, S. 305 f.; Zieschang, Gefährdungsdelikte, 1998, S. 349 ff.

⁷ BGH NJW 2023, 2060 (2060 Rn. 42).

⁸ BGH NJW 2023, 2060 (2060 Rn. 42).

⁹ BGH NStZ 2006, 572 (573); Dölling, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, § 224 Rn. 5; Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 12; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 70. Aufl. 2023, § 224 Rn. 23; Joecks/Jäger, Studienkommentar StGB, 13. Aufl. 2021, § 224 Rn. 41; Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1, 11. Aufl. 2019, § 9 Rn. 17; Paeffgen/Böse/Eidam, in: Kindhäuser/Neumann/

Strafmaß zu sanktionieren.¹⁷ Betrachtet man diese, so wird deutlich, dass es hier nicht um die Erfassung abstrakt gefährlicher Verhaltensweisen, sondern um die konkrete Gefährlichkeit des Verhaltens im Einzelfall geht. Der Intention des Gesetzgebers wird man daher nur gerecht, wenn die entsprechende Begehungsvariante auch tatsächlich bezogen auf den Einzelfall konkret gefährlich war. Damit kommt dem § 224 StGB in Gänze der Charakter eines konkreten Gefährlichkeitsdelikts zu.¹⁸

Dies spricht dafür, dass bei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB die konkrete Gefährlichkeit der gemeinschaftlichen Begehung erforderlich, aber auch ausreichend ist. Es sind jedoch Beihilfehandlungen vorstellbar, die ebenso gefährlich sind wie solche eines Mittäters. Dies ist gerade auch vor dem Hintergrund der Fall, dass die Abgrenzung zwischen Beihilfe und Mittäterschaft von der herrschenden Lehre insbesondere anhand des Kriteriums der Tatherrschaft vorgenommen wird.¹⁹ Reicht die weitere am Tatort anwesende Person aber dem Täter das Messer, mit dem dieser danach auf das Opfer einsticht, so hat es auf die konkrete Gefährlichkeit des Zusammenwirkens keinen Einfluss, ob die andere Person mit dem Haupttäter als Mittäter oder Gehilfe zusammenwirkt.²⁰ Die systematische sowie die teleologische Betrachtung sprechen damit dafür, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht auf die mittäterschaftliche Tatbegehung zu begrenzen.

Anders könnte sich dies jedoch darstellen, wenn es sich bei dem Beteiligten um einen Anstifter handelt. Teilweise wird insoweit vertreten, der Anstifter könne kein Beteiligter i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB sein, da sich die Tatsache, dass der Täter zu einer Körperverletzung bestimmt wurde, auf die Intensität der Begehung auch dann nicht auswirke, wenn der Anstifter am Tatort anwesend ist.²¹ Im Ergebnis ist dem zuzustimmen. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass auch die bloße Tatortpräsenz des Anstifters psychische Auswirkungen auf das Opfer haben kann. Allerdings fehlt insoweit der innere Zusammenhang mit der Anstiftungshandlung selbst, 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 vermag als ein anwesender Nichtbeteiligter.²²

¹⁷ *Grünwald* (Fn. 9), § 224 Rn. 1.

¹⁸ Vgl. hierzu *Zieschang* (Fn. 16), S. 288 ff., wobei dieser lediglich die Nrn. 1, 2 und 5 betrachtet; siehe auch *Küper*, GA 2003, 363 (368), der allerdings beim Duktus des „abstrakten Gefährlichkeitsdelikts“ bleibt; ebenso *Grünwald* (Fn. 9), § 224 Rn. 3.

¹⁹ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 27 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 53. Aufl. 2023, Rn. 819 ff.; *Zieschang*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2023, Rn. 654.

²⁰ Ebenso *Kretschmer*, JURA 2008, 916 (920).

²¹ *Jäger*, JuS 2000, 31 (36); *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2022, Rn. 25.

²² Ebenso *Dölling* (Fn. 9), § 224 Rn. 5; *Hardtung* (Fn. 9), § 224 Rn. 38; *Jäger*, JuS 2000, 31 (36); *Küper*, GA 2003, 363 (378 f.); *Engländer* (Fn. 9), § 224 Rn. 13; anders würde

Damit ist festzuhalten, dass für den § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB sowohl Mittäterschaft als auch Beihilfe genügen.²³

2. Welche Formen der Beihilfe sind erfasst?

Vor dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen liegt es auf der Hand, dass die physische Beihilfe, also ein Hilfeleisten beispielsweise durch Verschaffung eines Tatwerkzeugs oder ein Festhalten des Opfers, für die Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ausreicht.²⁴ Teilweise wird hier eingewendet, dass es keinen Unterschied mache, ob der Gehilfe dem Täter das Tatwerkzeug vor oder während der Tatausführung reiche, und solche Konstellationen in Ermangelung der Beeinflussung der Verteidigungslage des Opfers keine gemeinschaftliche gefährliche Körperverletzung darstellen könnten.²⁵ Dabei wird jedoch verkannt, dass für § 224 StGB gerade kein Gefährerfolg erforderlich ist, also eine tatsächliche Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers nicht eintreten muss. Eine erhöhte Gefährlichkeit besteht jedoch auch dann, wenn der Gehilfe für den Täter Waffen oder Werkzeuge mit sich führt und diese dem Täter am Tatort übergibt. Denn ohne die Anwesenheit des Gehilfen hätte der Täter keinen Zugriff darauf. Dass der Gehilfe dem Täter die Tatwaffe oder das Tatwerkzeug auch hätte früher übergeben können, stellt demgegenüber nur einen hypothetischen und den Täter damit grundsätzlich nicht entlastenden Umstand dar.²⁶

Problematisch ist jedoch, ob auch psychische Beihilfehandlungen, also insbesondere das Anfeuern des Täters, genügen. Insoweit findet sich oftmals die Aussage, das bloße Stärken des Tatentschlusses könne nicht ausreichen.²⁷ Dies erscheint in dieser Absolutheit jedoch zweifelhaft.

Grundsätzlich genügt für eine psychische Beihilfe nach § 27 StGB auch eine Handlung, durch die lediglich der Tatentschluss gestärkt wird. Dies ergibt sich schon daraus, dass auch ein bloßes Bestärken des Täters für die durch die Haupttat bedrohten Rechtsgüter erhöht gefährlich ist.²⁸

Auch im Kontext des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB kann die Frage, welche Anforderungen an die Unterstützungshandlung

es sich freilich darstellen, wenn der Anstifter am Tatort zugleich als Gehilfe beispielsweise durch die Übergabe von Tatwerkzeugen auftreten würde, so auch *Fischer* (Fn. 9), § 224 Rn. 24; *Grünwald* (Fn. 9), § 224 Rn. 31, oder wenn die Anstiftungshandlung erst am Tatort erfolgte.

²³ Ebenso *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 2021, § 3 Rn. 48; *Kindhäuser/Schramm*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 11. Aufl. 2023, § 9 Rn. 20.

²⁴ *Küper*, GA 2003, 363 (380).

²⁵ *Hardtung* (Fn. 9), § 224 Rn. 38; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 224 Rn. 11b.

²⁶ Ebenso *Grünwald* (Fn. 9), § 224 Rn. 31; zur Frage der (Un-)Beachtlichkeit hypothetischer Kausalverläufe, vgl. auch *Petersen*, Die „neutrale Handlung“ im Strafrecht, 2023, S. 267 ff.

²⁷ *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, S. 105; *Engländer* (Fn. 9), § 224 Rn. 13; *Jäger*, JuS 2000, 31 (36).

²⁸ Siehe hierzu auch *Petersen* (Fn. 26), S. 58 ff.

zu stellen sind, nur vor dem Hintergrund des Normzweckes beantwortet werden. Wie bereits dargelegt, hat der Gesetzgeber mit der gemeinschaftlichen Begehungsvariante der gefährlichen Körperverletzung der besonderen Gefährlichkeit des Zusammenwirkens von zwei oder mehr Personen auf Täterseite begegnen wollen. Den Grund für die Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB sieht der BGH „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, ferner in der Gefahr der Verursachung erheblicher Verletzungen infolge der Beteiligung mehrerer Personen an der Körperverletzung.“²⁹ Eine solche ist aber auch bei der Stärkung des Tatentschlusses gegeben, welche sich ja klassischerweise auch als Anfeuern des Haupttäters darstellen wird. Denn in diesem Fall besteht aus Sicht des Opfers schon in psychischer Hinsicht eine Übermachtsituation. Ebenfalls ist es nicht unwahrscheinlich, dass sich der Täter durch Anfeuerungen dazu motiviert sieht, beispielsweise stärker zuzuschlagen als er das sonst getan hätte, womit das Risiko erheblicher Verletzungen gesteigert wird. Auch vom Wortlaut her kann ein solches Bestärken in Gestalt eines Anfeuerns oder „Gut-Zuredens“ unproblematisch unter den § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB subsumiert werden.³⁰ Vor diesem Hintergrund liegt auch beim sogenannten „Happy Slapping“, bei dem die Körperverletzung beispielsweise mit einem Handy aufgenommen wird, um das Opfer anschließend durch Veröffentlichung der Aufnahmen zu erniedrigen, ein Fall des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB vor, wenn der weitere Beteiligte lediglich filmt. Denn in dieser Konstellation führt der Täter die Tat ja nur wegen der Videoaufnahme durch, sodass die Beihilfehandlung die konkrete Gefährlichkeit der Körperverletzungshandlung erhöht.³¹

Objektiv tatbestandlich nicht erforderlich ist, dass der Haupttäter die Einwirkung durch den Gehilfen auch tatsächlich wahrnimmt.³² Denn entgegen der herrschenden Lehre erfordert die Beihilfe gerade keinen Kausalitätszusammenhang zwischen Beihilfehandlung und Haupttat, vielmehr genügt die konkrete Gefährlichkeit der Beihilfehandlung für die durch die Haupttat bedrohten Rechtsgüter.³³ Diese ist aber unabhängig von der Wahrnehmung des Gehilfenbeitrags durch den Haupttäter, da § 27 StGB gerade keinen Beihilferfolg voraussetzt. In diesen Fällen fehlt dem Haupttäter dann aber der erforderliche Vorsatz bezüglich der gemeinschaftlichen Tatbegehung.³⁴

Nicht zweckdienlich erscheint dagegen der Vorschlag, die psychische Beihilfe nur dann für § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

ausreichen zu lassen, wenn der Gehilfe „seine Bereitschaft erkennen lässt, in das Geschehen zugunsten des bisherigen Einzeltäters *aktiv einzugreifen*.“³⁵ Neben den bereits angesprochenen Aspekten, die auch andere Formen der psychischen Beihilfe als für das Opfer gefährlich erscheinen lassen, würden sich hiermit auch erhebliche Abgrenzungsprobleme ergeben. Denn wann liegt eine solche erkennbare Bereitschaft vor? Vor diesem Hintergrund erscheint die vorgeschlagene Differenzierung nicht praktikabel.³⁶

Erst recht ist damit den Stimmen in der Literatur eine Absage zu erteilen, die verlangen, dass das Opfer den anderen Beteiligten überhaupt wahrnimmt.³⁷ Sofern diese damit argumentieren, dass die Verteidigungsbereitschaft des Opfers dann erheblich beeinträchtigt wird, wenn es sich mehreren Angreifern gegenüber sieht,³⁸ wird übersehen, dass es bei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB nur auf die konkrete Gefährlichkeit der Körperverletzungshandlung ankommt und sich diese Gefahr nicht tatsächlich verwirklicht haben muss. Von der Normstruktur her muss es daher genügen, dass die Verteidigungsbereitschaft bzw. -möglichkeit des Opfers gesenkt werden könnte, nicht aber zwingend tatsächlich gesenkt wurde.³⁹

Anders stellt es sich dar, wenn der Gehilfe rein passiv bleibt und dem Haupttäter nur durch seine Anwesenheit „Mut macht“.⁴⁰ Zwar besteht auch in einer solchen Konstellation eine erhöhte Gefährlichkeit im Gegensatz zu der Situation, in der der Täter allein am Tatort anwesend ist. Insoweit sind die Ausführungen des BGH nicht umfassend, da dieser nur die physische und psychische Auswirkung auf das Opfer berücksichtigt. Die Anwesenheit weiterer Personen auf Täterseite hat aber auch oftmals eine psychische Wirkung auf den Täter selbst. Denn hierdurch kann die Hemmschwelle erhöht werden, die Tat komplett aufzugeben oder sie zumindest abzugeben. Auch kann sich der Täter dem Druck ausgesetzt fühlen, dem anderen Beteiligten „etwas beweisen“ zu müs-

³⁵ Küper, GA 2003, 363 (381 f. – *Hervorhebung im Original*); ebenso Kretschmer, JURA 2008, 916 (921); Murmann (Fn. 21), Rn. 25; Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 224 Rn. 11b; Wessels/Hettinger/Engländer (Fn. 15), Rn. 237.

³⁶ Dies wird auch an dem Beispiel bei Moslehi, HRRS 2023, 267 (269) deutlich: „Steht eine weitere Person neben dem Aktivtäter und verschränkt mit böser Miene seine Arme, liegt der Qualifikationstatbestand nicht mehr weit.“ Lässt man dies freilich ausreichen, kann man auf das Kriterium auch verzichten.

³⁷ So aber Kretschmer, JURA 2008, 916 (921); Paeffgen/Böse/Eidam (Fn. 9), § 224 Rn. 25a; Wolters (Fn. 11), § 224 Rn. 31.

³⁸ Paeffgen/Böse/Eidam (Fn. 9), § 224 Rn. 25a.

³⁹ Ebenso BGH NStZ 2006, 572 (573): „Der Grad der Gefährlichkeit der Körperverletzung hängt jedoch von der konkreten Tatsituation, nicht aber von der Kenntnis des Tatopfers ab.“ Siehe auch Grünwald (Fn. 9), § 224 Rn. 32; Joecks/Jäger (Fn. 9), § 224 Rn. 46; Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen (Fn. 9), § 9 Rn. 17.

⁴⁰ Dies erachtet aber wohl Wolters (Fn. 11), § 224 Rn. 32, als ausreichend.

²⁹ BGH, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 StR 459/21, Rn. 16; siehe auch Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 224 Rn. 11.

³⁰ So auch Kretschmer, JURA 2008, 916 (921).

³¹ Anders dagegen Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 224 Rn. 11b, da das Filmen eine körperverletzungsfremde Handlung darstellt.

³² So aber BGH NStZ-RR 2016, 136 (137); Beukelmann, NJW 2016, 248; Joecks/Jäger (Fn. 9), § 224 Rn. 43.

³³ Dazu im Detail Petersen (Fn. 26), S. 41 ff., 52 f.

³⁴ Ebenso Grünwald (Fn. 9), § 224 Rn. 32; siehe auch Joecks/Jäger (Fn. 9), § 224 Rn. 44.

sen. Diese Wirkung lässt sich insbesondere auch bei Mutproben Jugendlicher oder Kinder beobachten. Allerdings lässt der Wortlaut des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB, der ja eine mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftliche Begehung fordert, eine solche Auslegung nicht zu. Von einer solchen Begehung kann nämlich nur die Rede sein, wenn mehr zur Tat beigetragen wird als nur die Anwesenheit am Tatort. Denn eine Begehung durch Unterlassen kommt nur in den Fällen des § 13 StGB in Betracht, wenn also den Unterlassenden eine Garantenpflicht trifft. Da der Wortlaut einer Norm die Grenze der Gesetzesauslegung bildet, kommt eine Einbeziehung passiver Beteiligter folglich nicht in Betracht.⁴¹

Anders könnte ein reines Passivbleiben, also Unterlassen, aber dann zu beurteilen sein, wenn den Unterlassungstäter eine besondere Handlungspflicht i.S.v. § 13 StGB trifft, worauf nun einzugehen ist.

3. Kann § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen verwirklicht werden?

Damit ist sich nun der Frage zuzuwenden, mit welcher sich der BGH in den beiden aktuellen Entscheidungen auseinandergesetzt und die er dabei unterschiedlich beantwortet hat.

Die Konstellation, in der sowohl der Täter als auch der Beteiligte „nur“ unterlässt, hatte der BGH in den beiden Entscheidungen zu beurteilen.

Der Wortlaut des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB lässt, wie bereits ausgeführt, keine weiteren Rückschlüsse darauf zu, welche Formen der Beteiligung erfasst sind. Auch die Systematik bietet keine Anhaltspunkte, da in den anderen Begehungsvarianten die Mitwirkung eines weiteren Beteiligten nicht erforderlich ist.

Übrig bleibt damit die teleologische Auslegung. Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB um ein konkretes Gefährlichkeitsdelikt.⁴² Damit ist die konkrete Gefährlichkeit der gemeinschaftlichen Tatbegehung maßgeblich. Somit stellt sich die Frage, ob die Gefährlichkeit einer Körperverletzung, bei der sowohl der Täter als auch sein Mittäter bzw. Gehilfe nicht aktiv handeln, sondern die gebotene Handlung „nur“ unterlassen, von einer vergleichbaren Gefährlichkeit wie eine durch aktives Tun begangene gemeinschaftliche Körperverletzung ist.

Bei dieser Frage gehen die Auffassungen des 2. und 6. Strafsenats des BGH auseinander. Der 6. Strafsenat, der § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB auch in dieser Konstellation bejaht, argumentiert mit einer wechselseitigen Stärkung des Tatenschlusses und dem Vorliegen eines gefahrsteigernden gruppodynamischen Effekts. Dagegen bleibt der 2. Strafsenat in der Begründung seiner Ablehnung eher knapp, indem er schlagwortmäßig feststellt, die für die Strafschärfung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erforderliche Gefährlichkeit bestehe nur bei aktiven Tatbeiträgen der am Tatort anwesenden Beteiligten, und ferner die Erfüllung der Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 StGB negiert.

⁴¹ Hilgendorf, in: Kindhäuser/Hilgendorf, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 224 Rn. 15; Kretschmer, JURA 2008, 916 (921).

⁴² Siehe hierzu bereits oben unter III. 1.

Auch die wohl herrschende Auffassung in der Literatur verneint § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB bei einem bloßen Unterlassen mehrerer Garanten und begründet dies mit der fehlenden erhöhten Gefahrschaffung.⁴³

Der Gesetzgeber hat durch die Schaffung des § 13 StGB zum Ausdruck gebracht, dass er das Unterlassen bei Garanten grundsätzlich als gleichwertig mit der Tatbegehung durch positives Tun erachtet. Die Gleichwertigkeit zwischen Tun und Unterlassen besteht jedoch dann nicht, wenn die Entsprechungsklausel nicht erfüllt ist, womit der 2. Strafsenat auch argumentiert. Der Entsprechungsklausel kommt nur bei verhaltensgebundenen Delikten, die eine besondere Handlungsweise voraussetzen, also beispielsweise der Heimtücke in § 211 Abs. 2 Gr. 2 Var. 1 StGB oder der Gewalt in § 240 Abs. 1 StGB, eine eigene Bedeutung zu, nicht dagegen bei Straftatbeständen, die lediglich die Verursachung eines bestimmten Erfolgs voraussetzen, wie z.B. der Totschlag nach § 212 Abs. 1 StGB.⁴⁴ Bei den verhaltensgebundenen Delikten ist entscheidend, ob der soziale Sinngehalt mit der Tatbestandshandlung des Begehungsdelikts übereinstimmt, also an Intensität und Gefährlichkeit vergleichbar ist.⁴⁵ Damit ist auch für die Erfüllung der Entsprechungsklausel entscheidend, ob bei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ein Unterlassen sowohl des Täters als auch des Beteiligten in seiner Gefährlichkeit der Situation gleichkommt, in der beide aktiv handeln.⁴⁶

Bei der einfachen Körperverletzung als bloßem Erfolgsdelikt ist die Antwort schnell gefunden. Hier macht es offensichtlich keinen Unterschied in der Gefährlichkeit, ob die körperliche Misshandlung und/oder Gesundheitsschädigung durch ein positives Tun oder ein Unterlassen eines Garanten hervorgerufen werden. Damit stellt sich nur die Frage, ob die besondere Gefährlichkeit der gemeinsamen Begehung auch bei einem Unterlassen beider Beteiligten vorliegt.

Dem Gesetzgeber schwebte bei der Schaffung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB zweifellos die Konstellation vor, in der der Haupttäter aktiv Körperverletzungshandlungen am Opfer vornimmt, während der weitere Beteiligte das Opfer beispielsweise festhält. Das schließt jedoch noch nicht aus, dass die Qualifikation auch durch Unterlassen verwirklicht werden kann, da sich der Gesetzgeber nie sämtliche nur denkbaren Begehungskonstellationen eines Straftatbestands bei der Gesetzesschaffung vergegenwärtigen kann und es gerade auf

⁴³ Bosch, JURA 2023, 1226; Grünwald (Fn. 9), § 224 Rn. 33; Hardtung (Fn. 9), § 224 Rn. 38; Jäger, JuS 2000, 31 (37); Sternberg-Lieben (Fn. 25), § 224 Rn. 11b; Wengenroth, JA 2014, 428 (430 f.); Wolters (Fn. 11), § 224 Rn. 35; anders dagegen Eisele, JuS 2023, 881 (882), für die Fälle, in denen das Opfer befürchten muss, „dass die untätigen Garanten ggf. zu einem aktiven Tun übergehen“. Dagegen spricht jedoch wiederum der Charakter des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB als konkretes Gefährlichkeitsdelikt.

⁴⁴ Fischer, Die Garantenstellung aus Ingerenz, 2022, S. 79 (m.w.N. S. 72); Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 25), § 13 Rn. 4; Zieschang (Fn. 19), Rn. 619.

⁴⁵ Bosch (Fn. 44), § 13 Rn. 4.

⁴⁶ Zutreffend Wagner, ZJS 2023, 1014 (1025): Die Entsprechungsklausel dient nicht als eigenständiges Argument.

die abstrakten Umschreibungen in den Tatbeständen ankommt, mit denen der Gesetzgeber seinen Willen niederlegt.

Betrachtet man nun den den BGH-Entscheidungen zugrundeliegenden Fall, dass zwei Garanten am Tatort anwesend sind und dem Opfer nicht zu Hilfe kommen, so muss dem 2. *Strafsenat* darin zugestimmt werden, dass hier grundsätzlich durch die Anwesenheit des anderen Beteiligten am Tatort die Situation des Opfers nicht verschlimmert wird. Es macht keinen Unterschied für das Opfer, ob am Tatort nur ein einzelner untätiger Garant anwesend ist oder aber mehrere.⁴⁷ Damit ist dem 2. *Senat* insoweit recht zu geben, als die Anwesenheit eines weiteren unterlassenden Garanten an sich nicht zur Strafbarkeit nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB führt. Allerdings ist zu bedenken, dass sich die Garanten wechselseitig durch ihre Untätigkeit konkludent in ihrem Tatentschluss bestärken können.⁴⁸ Das Unterlassen ist in diesem Fall also kein bloßes Nichtstun, sondern ihm kommt ein darüber hinausgehender kommunikativer Sinngehalt zu. Dabei handelt es sich dann um eine psychische Beihilfe durch positives Tun zur jeweiligen Unterlassungstat des anderen.⁴⁹ Vor dem Hintergrund des Charakters des § 224 StGB als konkretes Gefährlichkeitsdelikt reicht es insoweit aus, wenn objektiv möglich erscheint, dass der Täter in seinem Tatentschluss wankt. Denn das Unterlassen des einen macht es unwahrscheinlicher, dass der andere eingreift und ist so konkret gefährlich für das Rechtsgut. Umgekehrt bedeutet das, dass die konkludente psychische Beihilfe nur dann ausscheidet, wenn es objektiv ausgeschlossen ist, dass der jeweils andere in seinem Tatentschluss wankt. Dies wirkt sich zwar auf das „Ob“ der Tatbegehung und nicht auf die Intensität der Körperverletzung aus. An den möglichen Auswirkungen auf das Opfer, die bei § 224 Abs. 1 StGB gerade im Vordergrund stehen, ändert dies aber gerade nichts.⁵⁰ Zwar sind diese Beihilfehandlungen subsidiär gegenüber der jeweiligen Unterlassungstäterschaft, gleichwohl sind sie bei dem jeweils anderen Täter i.R.d. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB zu berücksichtigen. Dies führt auch nicht dazu, dass man bei einem nicht am Tatort anwesenden Anstifter ebenfalls § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB bejahen müsste.⁵¹ Denn die Einwirkung auf den Tatentschluss zum Zeitpunkt des unmittelbaren Ansatzens ist wegen des zeitlichen Zusammenhangs mit der Tatbegehung für die Rechtsgüter des Opfers gefährlicher als eine weiter zurückliegende Anstiftungshandlung.⁵²

Vor diesem Hintergrund können die beiden Entscheidungen des BGH vom Ergebnis her nach hier vertretener Auffassung nebeneinander bestehen bleiben. Denn im Fall des

2. *Senats* fehlt es an Feststellungen, ob es hier objektiv als möglich erschien, dass einer der Angeklagten in seinem Tatentschluss wankte. Mangels dieser Feststellungen konnte der BGH daher einen unverbrüchlichen Tatentschluss nicht ausschließen, sodass die Schuldspruchänderung auch bei Zugrundelegung der hiesigen Auffassung folgerichtig war.⁵³ Auch gab es keine Erkenntnisse zu einer (auch konkludenten) Absprache zwischen den Beteiligten, sodass schon fraglich ist, ob hier überhaupt eine taugliche Beihilfehandlung vorlag.

Anders stellt es sich dagegen im Fall des 6. *Strafsenats* dar. Hier stellten die Richter fest, dass zwischen den Beteiligten eine ausdrückliche Vereinbarung, keine Hilfe zu holen, bestand, an welche sich diese auch gebunden fühlten. Zwar führt der *Senat* nicht explizit aus, dass hier gleichzeitig auch eine psychische Beihilfe vorliegt, allerdings gehen seine Ausführungen in dem Beschluss in diese Richtung, wenn davon die Rede ist, „dass die getroffene Vereinbarung und die damit einhergehende Verbundenheit [...] wechselseitig den jeweiligen Tatentschluss, die gebotene Hilfe zu unterlassen“, verstärken.⁵⁴

Gleiches gilt, wenn nur bei dem Beteiligten ein Unterlassen vorliegt, also beispielsweise der Haupttäter das Opfer verprügelt und der Beschützergarant nicht eingreift. Auch in diesem Fall ist auf den kommunikativen Sinngehalt des Unterlassens und eine mögliche subsidiäre psychische Beihilfe durch aktives Tun abzustellen.⁵⁵

IV. Fazit

Die beiden Entscheidungen sind also beim richtigen Verständnis des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB als konkretes Gefährlichkeitsdelikt durchaus miteinander in Einklang zu bringen. Dennoch bleibt abzuwarten, wie sich der BGH künftig positioniert. Sollte der 2. *Strafsenat* tatsächlich auf einem grundsätzlichen Ausschluss des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB beharren, so wird eine Anrufung des *Großen Senats für Strafsachen* unumgänglich sein.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Johannes Petersen, Würzburg*

⁴⁷ So auch *Kudlich*, JA 2023, 694 (696).

⁴⁸ In diesem Sinne BGH NJW 1998, 465 (466); *Moslehi*, HRRS 2023, 267 (270); *Wagner*, ZJS 2023, 1014 (1023); hierzu auch *Lichtenthäler*, FD-StrafR 2023, 458302.

⁴⁹ So auch *Wolters* (Fn. 11), § 224 Rn. 35; ablehnend *Krehl*, NSTZ 2023, 609 (611).

⁵⁰ Anders jedoch *Kudlich*, JA 2023, 694 (696).

⁵¹ So aber *Kudlich*, JA 2023, 694 (696).

⁵² Daher geht auch die Kritik von *Wagner*, ZJS 2023, 1014 (1026) fehl, da die Einwirkung durch den Anstifter zum Zeitpunkt des Versuchsbeginns bereits abgeschlossen ist.

⁵³ Im Ergebnis nimmt auch *Krehl*, NSTZ 2023, 609 (611), in diesem Punkt keinen Widerspruch zwischen den beiden Entscheidungen an.

⁵⁴ BGH NJW 2023, 2060 (2060 Rn. 42).

⁵⁵ Anders dagegen *Wengenroth*, JA 2014, 428 (431), der beim Unterlassen des anderen Beteiligten neben dem aktiv handelnden Täter stets § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB verneint.

* Der *Autor* ist Rechtsreferendar und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht (Prof. Dr. Frank Zieschang) an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.