Gutachten

Bearbeitet von Ulrich Wolf Gero Frhr. v. Ulmenstein, Greifswald*

Hausarbeit in der Übung Strafrecht für Fortgeschrittene

Sachverhalt

Während einer Klassenfahrt begibt sich die 17jährige Schülerin Sibylle (S) – ein entsprechendes Verbot der Aufsichtspersonen und eine Warntafel missachtend – auf die Eisfläche eines zugefrorenen Sees und bricht ein. Ihre Freundin Olga (O), die sie beim Spaziergang begleitet hatte, aber am Ufer geblieben war, versucht, ihr zu Hilfe zu eilen, erleidet dabei aber das gleiche Schicksal und bricht ebenfalls ein. Erst einige Zeit später werden Mitschüler sowie die beiden Aufsichtspersonen, die Lehrerin Ludmilla (L) und Viktor (V), der Vater eines weiteren an der Fahrt teilnehmenden Schülers, auf die Situation aufmerksam. Mit der Feuerwehr trifft auch der am nahegelegenen städtischen Krankenhaus als beamteter Arzt tätige Notarzt Norbert (N) am See ein. Er verschafft sich einen ersten Überblick und stellt hierbei fest, dass sich beide inzwischen bewusstlosen Schülerinnen angesichts der massiven Unterkühlungen in einem (aus medizinischer Sicht vergleichbar schweren) lebensbedrohlichen Zustand befinden. Er schickt sich gerade an, sich um S zu kümmern, als L ihn darauf hinweist, dass S mit ihrem Verhalten den Anlass für das Unglück gegeben hat. Noch bevor er konkrete Maßnahmen zur Rettung der S ergriffen hat, revidiert N daraufhin seinen Entschluss und beginnt, die O an eine Herz-Lungen-Maschine anzuschließen. In einem unbeobachteten Augenblick tritt V an N heran und bietet ihm 10.000 Euro, wenn er die Rettung der O abbricht und die S rettet. V hat nämlich ein intimes Verhältnis mit der Mutter (M) der S und weiß nicht, wie er ihr jemals wieder unter die Augen treten soll, wenn S bei der Klassenfahrt den Tod findet. N lässt sich von dem Angebot allerdings nicht beeindrucken und sagt dem V, er solle sein Geld behalten. So bleibt O weiterhin die primär behandelte Patientin, die mit dem von N alarmierten Rettungshubschrauber in die nächste Klinik geflogen wird, während S mit dem Krankenwagen die zeitlich längere Fahrt ins Krankenhaus antritt. Gleichwohl will das Schicksal es anders: Die medizinisch besser versorgte O stirbt, während das Leben der S mit Glück gerettet werden kann.

Frage

Wie haben sich L, N, S und V strafbar gemacht?

Gutachten

Abschnitt 1: Strafbarkeit der S

A. § 222 StGB zu Lasten der O

S könnte sich einer fahrlässigen Tötung der O gem. § 222 StGB strafbar gemacht haben, als sie sich auf die Eisfläche begab und damit die Gefahr eröffnete, durch die Eisdecke zu brechen und damit einen Rettungsversuch der O veranlasste.

I. Tatbestand

Dafür hätte S den Tod eines Menschen durch eine Handlung verursachen müssen. O ist im Verlauf des Sachverhaltes zu Tode gekommen. Ein tatbestandlicher Erfolg wird durch jede Handlung verursacht, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Form entfällt (*conditio sine qua non* – sog. Äquivalenztheorie).[1] Wäre S nicht aktiv und bewusst – also mit Handlungswillen[2], weshalb eine Handlung in dem Betreten des Sees und nicht im Einbrechen vorliegt – auf den zugefrorenen See gegangen, so wäre sie nicht eingebrochen, O wäre ihr nicht zur Hilfe geeilt, wäre nicht ebenfalls eingebrochen und aufgrund der Unterkühlung gestorben. Das Betreten des Eises war kausal für den Tod der O.

1. Objektive Zurechenbarkeit

Fraglich ist jedoch, ob der Tod der O dem Handeln von S auch objektiv zugerechnet werden kann. Objektiv zurechenbar ist nur der tatbestandsmäßige Erfolg, in dessen konkreter Form sich eine durch die Handlung geschaffene rechtlich relevante Gefahr verwirklicht.[3] Nach dieser Feststellung muss sich der Erfolg gerade als Werk des Täters – hier also der S – darstellen.[4] S hat das Eis des

* Der Autor studiert im 7. Semester Rechtswissenschaften an der Universität Greifswald. Die Hausarbeit wurde im Rahmen der Übung für Fortgeschritten im Wintersemester 2014/15 vom Lehrstuhl für Strafrecht und Strafverfahrensrecht (Prof. Dr. *Christoph Sowada*) gestellt und mit 13 Punkten bewertet. Die durchschnittliche Bewertung betrug 4,86 Punkte. 40,6% der Hausarbeiten wurden mit mangelhaft, 34,4% mit ausreichend, 12,5% mit befriedigend, 10,9% mit vollbefriedigend und 1,6% mit gut bewertet. Die kursiv gedruckten Korrekturanmerkungen wurden nachträglich von der *GreifRecht*-Redaktion (wiss. Mit. *Stephan Schumann* und *Christoph Thiele)* hinzugefügt.

1 Vgl. *Kühl*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 4 Rn. 7 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 43. Aufl. 2014, Rn. 156; BGHSt 1, 332 (333).

2 Vgl. *Kühl*, StR AT (Fn. 1), § 2, Rn. 4 ff.; vgl. *Roxin*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Bd. 1, § 8 Rn. 44; *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 93.

3 Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 179; *Kühl*, StR AT (Fn. 1), § 4 Rn. 43; vgl. *Frisch*, Objektive Zurechnung des Erfolgs, JuS 2011, 116; *Otto*, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, NJW 1980, 417 (421); BGHSt 11, 1 (7); i.E. auch 33, 61 (63 f.).

4 Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 176.

Sees entgegen eines Verbots der L, des V und der Warntafel am See betreten. Dadurch eröffnete sich für S die Gefahr, durch das Eis zu brechen. Diese Gefahr ist wegen der Verbote und der Warnung auch rechtlich relevant. Die Gefahr für O ergab sich jedoch nicht aus dem Betreten der Eisfläche selbst, sondern erst aus dem Moment, da S durch das Eis brach. Da hier keine Handlung vorlag, müsste eine Zurechnung scheitern. Fraglich ist, ob ein Zusammenhang zwischen beiden Gefahren vorliegt. Dieser ergibt sich aus dem Verhalten der O, die der S zur Hilfe eilte. In dieser Konstellation ist aber fraglich, ob sich der daraus ursächliche Erfolg noch als Werk der S darstellt, oder ob nicht eher eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung vorliegt.

2. Eigenverantwortliche Selbstgefährdung

[*Anm. der Red.: Die Problematik der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ist – wie richtig erkannt wurde – genau genommen in der objektiven Zurechenbarkeit zu prüfen. In Anbetracht der Tatsache, dass hier ein Hauptproblem des Falles liegt, kann sich eine Ausgliederung zur genaueren Differenzierung der Kernargumente allerdings auch anbieten.*]

Eine Zurechnung des Erfolges entfällt – basierend auf dem Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit –[5] in diesen Fällen, wenn das Opfer sich selbst in die rechtlich relevante Gefahr gebracht hat.

a) Selbstgefährdung

Eine Selbstgefährdung wird angenommen, wenn die sich gefährdende Person gewissermaßen zum Täter gegen sich selbst wird,[6] also wenn nach den Kriterien für die strafrechtliche Täterschaft nur der sich Gefährdende (hier O) und nicht der ursprüngliche Verursacher der Gefahr (hier S) einen Täterwillen bzw. Tatherrschaft hat.[7]

Ein Wille zur Täterschaft (als das Wollen der Tat als eigenes Werk, sog. *animus auctoris*)[8] ist bei S nicht zu erkennen. Tatherrschaft liegt vor, wenn der Tatverlauf in den Händen des fraglichen Täters liegt, sodass diese Person das Geschehen nach ihrem Willen vorantreiben oder stoppen kann.[9] Das Geschehen lag ab dem Unglück der S nicht mehr in deren Händen, sondern in denen der O, sodass diese das Geschehen nach ihrem Willen lenken konnte. Ob es an S lag, dass O auf das Eis ging und einen Einbruch riskierte, ist unerheblich, da durch das Unglück der S noch kein unmittelbarer Einfluss auf O entstand. Diese hätte sich auch dagegen entscheiden können S zur Hilfe zu kommen. Das konnte S nicht kontrollieren. Eine Rettungsprovokation durch das Betreten des Eises ist nicht erkennbar. Eine Tatherrschaft der S liegt nicht vor. Es liegt eine Selbstgefährdung der O vor.

b) Eigenverantwortlichkeit

Diese Selbstgefährdung müsste zudem eigenverantwortlich sein. Wann Eigenverantwortlichkeit vorliegt wird unterschiedlich beurteilt:[10] Zum einen wird, da es sich bei dem sich selbst Gefährdenden um eine Art Täter gegen sich selbst handelt, der Tatvorsatz und die Schuldfähigkeit als entscheidend angesehen (§§ 20, 35 I StGB, § 3 JGG).[11] Zum anderen wird, da es um die Preisgabe von Rechtsgütern durch den sich selbst Gefährdenden geht, auf die Einwilligungsdogmatik verwiesen.[12]

Es liegen keine Informationen über etwaige geistige Mängel der O zur Zeit der Tat vor. Ein Schuldausschluss nach § 20 StGB findet im Sachverhalt somit keine Stütze. Für einen Schuldausschluss nach § 35 I StGB käme hier das Merkmal der Abwendung einer Gefahr von einer nahestehenden Person in Betracht, da S und O Freundinnen waren. Dieses Merkmal umfasst solche Beziehungen, die eine persönliche auf Dauer angelegte Verbundenheit aufweisen (z.B. Haus- oder Lebensgemeinschaft).[13] Darunter können auch Freundschaften fallen. Diese müssen aber eine vergleichbare Nähe wie die zwischen Angehörigen aufweisen.[14] Eine solch nahe Freundschaft ist nicht ersichtlich. Ebenso ist über Os Alter nichts bekannt. Es liegt nahe, dass sie etwa genauso alt war, wie ihre Freundin, da sie in dieselbe Schulklasse gingen. Zwingend ist dies jedoch nicht und kann daher nicht angenommen werden, weshalb auch § 3 JGG nicht eingreift.

---

5 Vgl. *Roxin*, StR AT/I (Fn. 2), § 11 Rn. 137 f.; vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 185 ff.; *Satzger*, Die sog. „Retterfälle" als Problem der objektiven Zurechnung, Jura 2014, 695 (699); generell dazu *Lasson*, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, ZJS 2009, 359 (360 ff.); vgl. BGHSt 32, 262 (264); BGH, NStZ 1985, 25; BGH Beschl. vom 16.01.2014 – 1 StR 389/13.

6 *Satzger* (Fn. 5), Jura 2014, 695 (699); vgl. *Rengier*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2012, § 13 Rn. 81.

7 Vgl. *Krawczyk/Neubauer*, Zur Abgrenzung zwischen straftloser Teilnahme an der Selbstverletzung und strafbarer Fremdverletzung anhand des Beispiels des „Wetttrinkens", JA 2011, 264 (265 f.); *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 186 f., 190.

8 Vgl. dazu mit Berücksichtigung der Tatherrschaft RGSt 2, 160 (163); extrem 74, 84 (85 f.); BGHSt 37, 289 (291); i.E. auch 49, 166; BGH NStZ-RR 2010, 445 (447 f.); vgl. zur weiteren Rspr. *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 19 ff.

9 Vgl. *Krawczyk/Neubauer* (Fn. 7), JA 2011, 264 (266); *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl. 2013, Vor. §§ 25-31 Rn. 32 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 512 ff.; *Lasson* (Fn. 5), ZJS 2009, 359 (363); *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 107 ff.

10 Für einen Überblick siehe *Lasson* (Fn. 5), ZJS 2009, 359 (362).

11 Vgl. *Lasson* (Fn. 5), ZJS 2009, 359 (362 f.); vgl. *Schünemann*, Über die objektive Zurechnung, GA 146 (1999), 207 (222); so auch *Otto* (Fn. 3), NJW 1980, 417 (422); ähnlich aber vermittelnd *Amelung*, Zum Verantwortungsmaßstab bei der mittelbaren Täterschaft durch Beherrschung eines nicht verantwortlichen Selbstschädigers in: Schünemann/de Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, 247 (252).

12 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 189; *Satzger* (Fn. 5), Jura 2014, 695 (700); *Frisch* (Fn. 3), JuS 2011, 116 (119 f.); Vgl. *Sowada*, Zur strafrechtlichen Zurechenbarkeit von durch einen Primärtäter ausgelösten Retterunfällen, JZ 1994, 663; *Amelung*, Zur Verantwortlichkeit Drogenabhängiger für Selbstschädigungen durch den Gebrauch von Suchtstoffen, NJW 1996, 2393 (2395).

13 Vgl. *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), § 35 Rn. 4; *Müssig*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 35 Rn. 19.

14 Vgl. *Müssig*, in: MüKo StGB (Fn. 13), § 35 Rn. 19; OLG Koblenz, NJW 1988, 2316 (2317).

Die Einwilligungslösung vorausgesetzt erweist sich O als Trägerin der betroffenen Rechte und Interessen,[15] weshalb sie die Verfügungsberechtigte ist. Das Leben ist zwar vor dem Hintergrund der Strafbarkeit kein dispositives Rechtsgut und somit einer Einwilligung entzogen.[16] Allerdings geht es bei der Einwilligungslösung nicht um eine unmittelbare Anwendung einer Einwilligung. Ansonsten müsste auch eine vor der Tat erfolgte Einwilligungserklärung vorliegen.[17] Darum geht es indes nicht, sondern um die Frage, ob der sich Gefährdende im Moment, in dem er seine Rechtsgüter einer Gefahr aussetzte, frei von Mängeln war, welche die Einsichtsfähigkeit oder das Urteilsvermögen bei der Willensbildung ausschließen würden.[18] Dafür finden sich im Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

Beide Ansichten kommen somit zum gleichen Ergebnis: O hat eigenverantwortlich gehandelt. S ist der Tod der O nicht objektiv zurechenbar.

c) Zurechenbarkeit von Retter-Schäden

Hier ergibt sich aber die Besonderheit, dass O der S zur Hilfe eilt, also als Retterin auftritt, die im Versuch der Rettung zu Schaden kommt. Inwieweit solche Retter sich tatsächlich eigenverantwortlich selbst gefährden ist umstritten.

Die Frage der Freiverantwortlichkeit ist jedenfalls dann unstrittig, wenn eine Rechtspflicht zur Rettung besteht.[19] Diese ist etwa in einer Garantenstellung des Retters,[20] ggf. auch aus einer sonst eingreifenden Strafbarkeit nach § 323c StGB[21] oder bei betroffenen Rechtsgütern des Retters oder ihm nahestehender Personen über § 35 I StGB gegeben.[22]

In dem Moment, da S durch die Eisdecke bricht, sind keine Rechtsgüter der O betroffen und S ist, wie oben schon gezeigt, keine der O gebührend nahestehende Person. O könnte aber Beschützergarantin aus einer Lebens- und Gefahrengemeinschaft gewesen sein. Die Grundlage der Rechtspflicht folgt dabei aus dem Zweck des begründeten Vertrauensverhältnisses, der eine Gewähr zur Hilfe bei sozialtypischen Gefahren eben dieses Vertrauensverhältnisses beinhaltet.[23] Diese Grundlage wird im Bereich von eheähnlichen Partnerschaften[24] oder bei hausgemeinschaftlichen Beziehungen[25] angenommen. Die Freundschaft zwischen S und O überschreitet diese Grenze offensichtlich nicht. Eine Garantenstellung aus einer Gefahrengemeinschaft wird etwa bei gemeinsamen Expeditionen oder Ausflügen wie Wanderungen oder Klettertouren angenommen.[26] Dabei wird insbesondere berücksichtigt, dass sich die Beteiligten an solchen typischerweise gefährlichen Vorhaben gerade auf gegenseitige Hilfe und Unterstützung verlassen.[27] Hier ergeben sich aber keine Hinweise darauf, dass S und O sich bewusst darauf verständigten, dass, falls S einbräche, O ihr helfen solle. Die Tatsachen, dass O sich in unmittelbarer Nähe zum Geschehen befand und als augenscheinlich Einzige unmittelbar in der Lage war der S zur Hilfe zu eilen, genügt für die Annahme einer solchen Verständigung nicht.[28] Auch unter Berücksichtigung der erteilten Verbote und der entsprechenden Warntafel am See erweist es sich als fraglich, ob sich aus diesem Spaziergang eine Garantenstellung herleiten lässt.[29] Für eine Strafbarkeit nach § 323c StGB müsste die Hilfeleistung auch zumutbar gewesen sein: Die Hilfe dürfte nicht eine „erhebliche eigene Gefahr" für den eventuell zur Hilfeleistung Verpflichteten verursachen.[30] Hier bedeutet die Hilfeleistung jedoch gerade eine Gefahr für Leib und Leben für die O, da sie selbst durch das Eis brechen könnte, was ein erhebliches Verletzungsrisiko darstellt und somit unzumutbar ist.[31]

15 Zum Maßstab vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 371 ff.

16 U.a. deswegen die Einwilligungslösung ablehnend *Schünemann* (Fn. 11), GA 146 (1999), 207 (222 f.); *Roxin*, StR AT/I (Fn. 2), § 11 Rn. 109; BGHSt 4, 88 (93).

17 Zum Merkmal vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 378.

18 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 376; vgl. *Krawczyk/Neubauer* (Fn. 7), JA 2011, 264 (265 f.); sehr deutlich und anschaulich *Radtke/Hoffmann*, Die Verantwortungsbereiche von Schädiger und Geschädigtem bei sog. „Retterschäden", GA 154 (2007), 201 (213 ff.); vgl. i.E. auch *Amelung* (Fn. 12), NJW 1996, 2393 (2395) der jedoch letztlich eine eher vermittelnde Lösung vertritt, vgl. *ders.*, Zurechenbarkeit einer fahrlässigen Tötung bei Brandstiftung, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 08.09.1993 – 3 StR 341/93, NStZ 1994, 338; vgl. *Sowada* (Fn. 12), JZ 1994, 663; auch schon früher *Rudolphi*, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969, 549 (557).

19 *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), Vor § 13 Rn. 157; *Satzger* (Fn. 5), Jura 2014, 695 (702 f.); vgl. *Sowada* (Fn. 12), JZ 1994, 663 (665); *Schünemann*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte (Teil 1), JA 1975, 185 (191); a.A. *Roxin*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, in: Lackner/Leferenz/Schmidt/Welp/Wolff (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, 241 (247); dagegen wieder *Sowada*, a.a.O.

20 Vgl. *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), Vor § 13 Rn. 157; a.A. *Roxin*, StR AT/I (Fn. 2), § 11 Rn. 111.

21 Vgl. *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), Vor § 13 Rn. 156.

22 Vgl. *Furukawa*, Tödlicher Unfall bei Feuerwehreinsatz nach Brandstiftung – Bespr. von OLG Stuttgart, Beschl. 20.02.2008, GA 157 (2010), 169 (171 f.); BGHSt 39, 322 (325); OLG Stuttgart, NJW 2008, 1971 (1971 f.).

23 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 719; *Kretschmer*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in ihren strafrechtlichen und strafprozessualen Problemen, JR 2008, 51 (52); vgl. *Roxin*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 51.

24 Umfassend dazu *Kretschmer* (Fn. 23), JR 2008, 51 (51 f.).

25 *Rudolphi/Stein*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 8. Aufl. 2014, § 13 Rn. 56 f.

26 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 719; *Rudolphi/Stein*, in: SK StGB (Fn. 25), § 13 Rn. 55.

27 Und zwar vor der Manifestierung solcher Gefahren *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986, S. 174 f.

28 Vgl. dazu *Brammsen* (Fn. 27), S. 175; ebenso *Rudolphi/Stein*, in: SK StGB (Fn. 25), § 13 Rn. 55.

29 Ähnlich dazu *Brammsen* (Fn. 27), S. 177; auch *Rudolphi/Stein*, in: SK StGB (Fn. 25), § 13 Rn. 57.

30 *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), § 323c Rn. 16; *Beulke*, „Pflichtenkollision" bei § 323c StGB?, in: Hettinger/Zopfs/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2008, 1 (5).

31 Vgl. *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), § 323 c Rn. 16

Demnach liegt hier eine sog. überobligatorische Rettungshandlung[32] seitens der O vor. Sie ging ein größeres Risiko ein, als es ihr rechtlich auferlegt war. Ob solche Rettungshandlungen zurechenbar sind, ist nicht vollends geklärt.

d) Zurechenbarkeit überobligatorischer Rettungshandlungen

Unter Hinweis auf den Schutzbereich der Norm wird hierbei auf eine Abwägung zwischen den Rettungschancen, dem Grad der eigenen Gefährdung und dem Grad des zu rettenden Rechtsguts abgestellt.[33] Das OLG Stuttgart zog dabei die Grenze für die Zurechnung überobligatorischer Retterschäden bei der Sinnhaftigkeit des Rettungsversuches.[34] Vor diesem Hintergrund ist zunächst fraglich, ob das Rettungsverhalten von Anfang an sinnlos war. O setzte bei dem Rettungsversuch ihre körperliche Unversehrtheit und ihr Leben aufs Spiel, um das Leben sowie die körperliche Unversehrtheit der S zu wahren. Die Gefahren, die dabei für O bestanden, waren die Gleichen, die sich bereits für S eröffnet hatten. Die Chance einer Rettung ist aus dem Sachverhalt nicht voll ersichtlich, ist aber wohl nicht gänzlich auszuschließen. Somit liegt das Rettungsverhalten der O nicht im nicht mehr zurechenbaren Bereich. Also stellt sich die Frage welche Kriterien in diesem verbleibenden Bereich das zurechenbare vom unzurechenbaren Verhalten trennen.

Eine ausschließliche Abwägungsüberlegung zwischen Rettungserfolg, Rechtsgütern und Gefahr kritisierte *Schünemann* dadurch, dass so die leichtere Gefahr mit einer schärferen Haftung versehen sei, denn nur in dieser Situation würde sich der Retter nach vernünftiger Abwägung zurechenbar in die leichte Gefahr begeben.[35] Um diesem Umstand zu entgehen wäre der Veranlasser gehalten eine möglichst tödliche Gefahr zu schaffen, auf dass niemand sich vernünftig in diese begebe.

Für den eröffneten Raum zwischen Zurechnung bei pflichtgemäßen Rettungsmaßnahmen und dem Punkt sinnloser Rettungsmaßnahmen wird etwa von *Furukawa* die Voraussehbarkeit durch den Gefahrverursacher als entscheidend angesehen, dass seine Gefahr zum konkreten Selbstgefährdungserfolg führt.[36] *Sowada* stellt auf die Berücksichtigung des Gedankens der pflichtwidrigen Veranlassung (und damit der Schutzwürdigkeit der sozial erwünschten überobligatorischen Rettungsaktion) oder den Gedanken der fahrlässigen Überschreitung der Obliegenheitsgrenzen des Retters ab,[37] aber ohne eines von beiden als zwingend vorzuziehen.[38] *Roxin* verneint hingegen in solchen und weiteren Fällen eine strafrechtliche Haftung des Verursachers mit Verweis auf den Schutzzweck der Norm, da diesem sonst ohne weitere Einflussmöglichkeit die Realisierung der Gefahren der Rettungsaktion für den Retter aufgebürdet würden.[39] Zudem sei es gerade der Gesetzgeber, der einem Verpflichteten die Rettungspflicht abverlange, aber seinerseits nicht zur Verantwortung gezogen werde. So könne dies *e contrario* erst recht nicht bei fehlender Rechtspflicht für den Gefahrenveranlasser der Fall sein.[40]

Was *Roxin* im ersten Punkt anspricht ist aber bereits unter dem Aspekt der rechtlichen Relevanz der Gefahr zu berücksichtigen: Ein Aufbürden strafrechtlicher Haftungsrisiken erscheint nämlich nur dann gegeben, wenn das Risiko, welches durch den Erstverursacher gesetzt wird, keine rechtliche Relevanz aufweist – so etwa bei dem von *Roxin* erwähnten[41] in Bergnot Geratenen, bei dem keine eindeutige rechtliche Verantwortung des Erstverursachers erkennbar ist. Zudem kommt so dem Gedanken der pflichtwidrigen Veranlassung keine gebührende Rechnung mehr zu.[42] Auch rechtspolitisch erweist es sich als schwierig, demjenigen, der sozial erwünschte Rettungshandlungen vollzieht, den Schutz der Rechtsordnung zu entziehen.[43] Dagegen wendet *Roxin*, dass auch der Retter durch die Überlegung belastet sei, dass er dem Verursacher in eine schärfere strafrechtliche Haftung führen würde.[44] Überzeugend ist das indes nicht, da der Retter in der Drucksituation eher über seine strafrechtlichen Belastungen nachdenkt.

Für die verbleibenden Meinungen bleibt damit ein Raum, der eine Abwägung im Einzelfall erfordert, bei der die Leitfrage ist, ob die Rechtsordnung das Rettungsverhalten positiv bewertet.[45]

Besonders relevant sind in diesen Fällen die sich über den Rahmen einer spezifischen Rettungspflicht hinaus

32 Vgl. *Furukawa* (Fn. 22), GA 157 (2010), 169 (172); OLG Stuttgart, NJW 2008, 1971 (1972).

33 Ähnlich *Amelung* (Fn. 12), NJW 1996, 2393 (2396); i.ü. vgl. *Schünemann* (Fn. 19), JA 1975, 185 (191); *Rudolphi* (Fn. 18), JuS 1969, 549 (557); zivilrechtlich schon von *Deutsch* vertreten, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 02.03.1967 – VII ZR 215/64, JZ 1967, 642 (643).

34 OLG Stuttgart, NJW 2008, 1971 (1972), Grund für eine Zurechnung an sich sei, dass auch der Vorteil der erfolgreichen Rettung – nämlich das Ausbleiben eines Tatbestandserfolges – dem Gefahrenverursacher zugutekommt. Dieses Argument trägt in diesem Fall indes nicht, da S keinen rechtlichen Vorteil von einer erfolgreichen Rettung durch O erfahren hätte.

35 *Schünemann* (Fn. 11), GA 146 (1999), 207 (223); *ders.*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte (Teil 4), JA 1975, 715 (721 f.); ebenso *Roxin*, StR AT/I (Fn. 2), § 11 Rn. 139.

36 *Furukawa* (Fn. 22), GA 157 (2010), 169 (177 ff.); ähnlich *Satzger* (Fn. 5), Jura 2014, 695 (704 ff.); im Ansatz aber auch schon *Schünemann* (Fn. 11), GA 146 (1999), 207 (222); *Schröder* in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 59 Rn. 202.

37 Vgl. *Sowada* (Fn. 12), JZ 1994, 663 (667).

38 *Sowada* (Fn. 12), JZ 1994, 663 (666).

39 Vgl. *Roxin*, StR AT/I (Fn. 2), § 11 Rn. 115 ff.; *ders.*, in: FS Gallas (Fn. 19), 241 (246 f.); auch wenn *Roxin* diese Erwägung als zivilrechtlichen Ersatzanspruch akzeptiert, vgl. *ders.*, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1972, S. 134 f.; i.E. ähnlich *Schünemann* (Fn. 35), JA 1975, 715 (721 f.); ebenso *Otto* (Fn. 3), NJW 1980, 417 (422).

40 Vgl. *Roxin* (Fn. 39), S. 135.

41 Vgl. *Roxin*, StR AT/I (Fn. 2), § 11 Rn. 115.

42 *Radtke/Hoffmann* (Fn. 18), GA 154 (2007), 201 (211); *Sowada* (Fn. 12), JZ 1994, 663 (665).

43 Darstellend *Radtke/Hoffmann* (Fn. 18), GA 154 (2007), 201 (206).

44 Vgl. *Roxin*, StR AT/I (Fn. 2), § 11 Rn. 115.

45 *Radtke/Hoffmann* (Fn. 18), GA 154 (2007), 201 (206).

ergebenden Drucksituationen.[46] Dabei bewirkt gerade die Nähe zu einer grundsätzlich eröffneten, aber in der konkreten Situation etwa wegen Unzumutbarkeit ausgeschlossenen Rettungspflicht, einen besonderen und nachvollziehbaren Druck auf den Retter.[47] Zu beachten ist aber, dass eine spezifische Rettungspflicht, wie die von Berufsrettern oder Garanten, als Kriterium für einen weiteren Schluss auf ein nachvollziehbares Rettungsmotiv über den Rahmen der Rettungspflicht hinaus anwendbar ist. Das erfasst auch den von *Furukawa* geforderten Rahmen der Vorhersehbarkeit, denn nachvollziehbare Motive können genauso vorhergesehen werden, besonders bei übereifrigen Verwandten oder enthusiastischen Rettungsschwimmern. Die Gefährdung-Chancen-Abwägung hält sich in etwa die Waage. Die Drucksituation ergibt sich hier aus der unmittelbaren Nähe zum Unfall, der Freundschaft zu S und der Begleitung dieser auf dem Spaziergang. Diese Faktoren sind aber nicht in der Lage eine Rechtspflicht zu eröffnen: schon generell keine Garantenpflicht und konkret auch keine aus § 323c StGB. Da hier nur eine Nähe zur allgemeine Rechtspflicht des § 323c StGB besteht, steht so auch nur ein eingeschränkterer Raum an nachvollziehbaren Rettungsmotiven offen. Sicher lag aus den oben genannten Sachverhaltsaspekten ein gewisser Druck vor. Allerdings ist zu fragen, ob es nicht ein nachvollziehbareres alternatives Rettungsverhalten für O gab. Als solches ist zu bemerken, dass O und S auf einer Klassenfahrt waren, bei der es für die Sicherheit der Schüler verantwortliche Personen (L und V) gab, die mehr Erfahrungen mit solchen Situationen hatten. Es lag wohl auch nicht fern zunächst L oder V zu verständigen, damit diese ein gesichertes Rettungsverfahren hätten in Gang setzen können. Nach dieser Betrachtung ist das Rettungsmotiv der O nicht nachvollziehbar und kann S nicht als vorhersehbar in Rechnung gestellt werden. [*Anm. der Red.: Der Streitstand ist gut und umfassend bearbeitet. Der Überblick über die Literatur ist beeindruckend. Wünschenswert wäre eine klarere Struktur und die deutliche Ansage, welcher Meinung der Bearbeiter folgt. Der Absatz liest sich eher wie ein (guter) Aufsatz.*]

II. Zwischenergebnis

Aufgrund der von O vollzogenen eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bei ihrer Rettungsaktion kann S das Verhalten der O nicht objektiv zugerechnet werden. Damit ist der Tatbestand des § 222 StGB nicht erfüllt und S hat sich nicht einer fahrlässigen Tötung der O strafbar gemacht.

Abschnitt 2: Strafbarkeit des N

A. §§ 212 I, 13 I, 22, 23 I, 12 I StGB zu Lasten der S

N könnte sich einer versuchten Tötung durch Unterlassen an S strafbar gemacht haben. S starb nicht. Der Versuch eines Totschlages ist gem. §§ 22, 23 I, 12 I StGB strafbar. Zur Verwirklichung des Tatbestandes müsste N mit Tatentschluss unmittelbar zur Tatverwirklichung angesetzt haben.

I. Tatentschluss

Der Tatentschluss umfasst alle Merkmale des subjektiven Tatbestandes des Erfolgsdelikts. Dies ist grundsätzlich die bewusste und gewollte Verwirklichung des Tatbestandes (regelmäßig mit *dolus eventualis*)[48].[49] Bei unechten Unterlassungstaten erfordert diese Formel aber eine sinngemäße Übertragung.[50] Somit muss der Täter sich Umstände vorstellen, bei denen er eine Garantenstellung innehat. Er muss jedenfalls bedingt gewollt untätig geblieben sein in der Vorstellung, dass seine Untätigkeit quasi kausal für die Herbeiführung des Erfolges sei.[51]

1. Tatbestandlicher Erfolg

Zunächst hätte N es für möglich halten müssen, dass S sterben könnte. Laut Sachverhalt war N von der Lebensgefahr, in der sich S befand, überzeugt. Insofern hat er Gewissheit (*dolus directus II*)[52] darüber, dass S ohne ärztliches Eingreifen sterben würde. Dass S doch nicht verstarb ist unerheblich, da nicht erkennbar ist, dass N auf diesen Tatsachenverlauf gehofft hatte. N hat also direkten Vorsatz bezüglich des Todes der S. [*Anm. d. Red.: An dieser Stelle der Bearbeitung hätte einer vertiefte Auseinandersetzung mit der Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit anhand der bekannten Abgrenzungstheorien erfolgen sollen. Einschlägig ist hier der dolus eventualis.*]

2. Untätig bleiben

Weiter müsste N Vorsatz bezüglich seiner Untätigkeit gehabt haben. Hier hat N sein anfängliches Vorhaben aktiv umgestaltet und sich von der Behandlung der S abgewandt.

46 Vgl. *Radtke/Hoffmann* (Fn. 18), GA 154 (2007), 201 (217 f.).

47 Beispiel: Mutter, die ihr Leben gefährdet, um ihr Kind zu schützen vgl. *Radtke/Hoffmann* (Fn. 18), GA 154 (2007), 201 (218); zum maßgeblichen Druck vgl. *Amelung* (Fn. 18), NStZ 1994, 338.

48 *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), § 15 Rn. 19, 26; § 212 Rn. 4; *Kudlich*, Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, JuS 2008, 601 (602).

49 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 203; *Kühl*, StR AT (Fn. 1), § 5 Rn. 7; BGHSt 19, 295 (298); *Küper*, Vorsatz und Risiko – Zur Monographie von Wolfgang Frisch, GA 134 (1987), 479 (503).

50 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 732.

51 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 732; zum Aufbau *Kudlich* (Fn. 48), JuS 2008, 601 (602).

52 Vgl. *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), § 15 Rn. 24; BGHSt 18, 246 (248); 21, 283 (284 f.).

a) Tun oder Unterlassen

Bei mehrdeutigen Sachverhalten (wie beim Abbruch von eigenen Rettungshandlungen durch den Täter)[53] ist zu beurteilen, ob sich (beim Versuch) das vorgestellte Geschehen als Tun oder als Unterlassen darstellt. So ist hier zu klären, ob das Nicht-Behandeln der S (Unterlassen) oder das bewusste Entscheiden gegen die Behandlung der S (aktives Tun) aus der Sicht des N[54] als ursächlich für den naheliegenden Tod der S anzusehen ist. Zur Beurteilung finden sich zwei Ansätzen, die naturalistischen und die normativen.[55]

b) Naturalistische Ansätze

Die Körperbewegungslehre bewertet ein gewolltes Untätigbleiben wegen der körperlichen Inaktivität als Unterlassen.[56] Wenn gerade diese gewollte Inaktivität zu einer Rechtsgutsbeeinträchtigung führt, dann sei ein Unterlassen anzunehmen.[57] Diese Ansicht sieht ein Tun als gegeben, wenn eigene rettende Kausalverläufe aktiv zurückgenommen werden.[58] Hier wird aber der rettende Kausalverlauf nicht körperlich aktiv von N zurückgenommen[59], sondern gedanklich revidiert. N befindet sich im Zustand körperlicher Ruhe. Somit ist nach der Körperbewegungslehre ein Unterlassen des N anzunehmen.

Ähnlich setzt das sog. Energiekriterium auf die Freisetzung oder Nichtfreisetzung von Energie in eine Richtung.[60] Auch diese Meinung sieht im Falle des Einstellens noch nicht tauglicher Rettungsmaßnahmen ein Unterlassen gegeben, da der Abbruch einer Rettungshandlung in diesem Stadium das übrige Geschehen und die Gefahr für ein Rechtsgut unverändert lässt.[61]

Nach dem Kausalitätskriterium ist Unterlassen anzunehmen, wenn der Täter mit seinem Willen zum Nicht-Eintreten nicht Kausal für den tatbestandlichen Erfolg wird,[62] wobei auch das Nicht-Verbessern der Rechtsgutslage des Tatopfers genüge.[63] Die Frage sei dann, ob der nicht aktiv Werdende weggedacht werden kann, ohne dass sich dabei an dem Geschehen etwas ändert.[64] S Überleben war ein zufälliges Ereignis. N hatte keinen Einfluss darauf. Wäre er nicht anwesend gewesen, hätte S auch so erst im Krankenhaus eine volle Behandlung bekommen und hätte überlebt. Nach dem Kausalitätskriterium liegt damit ein Unterlassen vor.[65]

c) Normative Ansätze

Das Kriterium des sozialen Sinns (welches sich aus der sozialen Handlungslehre ableitet)[66] unterscheidet anhand der sozialen Bewertung, quasi der Natur[67] des Geschehens zwischen Tun und Unterlassen.[68] Unter diesem Kriterium wurde auch das Abbrechen aktiver rettender Kausalverläufe als Unterlassen gewertet.[69] Darum muss hier erst recht ein Unterlassen angenommen werden, da

53 Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 702.

54 Vgl. zum Kriterium *Bloy*, Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 1978, 609 (622 f.); auch *Kudlich* (Fn. 48), JuS 2008, 601 (602).

55 Umfassend und deutlich mit ausgiebiger Kritik *Brammsen*, Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensform, GA 149 (2002), 193 (194 ff.).

56 Vgl. *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 1989, § 45 Rn. 25; *Gössel*, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW 96 (1984), 321 (326 f.).

57 Vgl. *Maurach/Gössel/Zipf*, StR AT/II (Fn. 56), § 45 Rn. 43, *e contrario* 45 ff.; dies muss logisch auch dann gelten, wenn die bloß hinweisende Ausrichtung der Inaktivität in diese Rechtsgutsbeeinträchtigung genügt, da andernfalls das Phänomen des Versuchs durch Unterlassen nicht erfasst ist.

58 Vgl. *Maurach/Gössel/Zipf*, StR AT/II (Fn. 56), § 45 Rn. 50 gerichtet gegen *Roxin*, An den Grenzen von Begehung und Unterlassung, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, 380 (381 ff.).

59 Im Vergleich auch der Fall bei *Gössel* (Fn. 56), ZStW 96 (1984), 321 (333 f.).

60 Mit Rechtsgutsbezug modifizierend, da etwa aus der Strafwürdigkeit des untauglichen Versuchs gerade die Störung des Vertrauens auf eine Rechtsgutsbeziehung sich als entscheidender Strafgrund ergebe, *Brammsen* (Fn. 55), GA 149 (2002), 193 (206 ff.); *Engisch*, Konflikte, Aporien und Paradoxien bei der rechtlichen Beurteilung der ärztlichen Sterbehilfe, in: Jescheck/Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, 1977, 309 (325) m.w.N.; *Roxin*, in: FS Engisch (Fn. 58), 380 (380 f.); *ders.*, StR AT/II (Fn. 23), § 31 Rn. 70, 78; wobei *Roxin* diese Formel nur im Grundsatz verwendet und im Übrigen auf Abgrenzungsfallgruppen zurückgreift, Rn. 99 ff., zur Darstellung und Kritik vgl. *Merkel*, Die Abgrenzung von Handlungs- und Unterlassungsdelikt – Altes, Neues, Ungelöstes, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag, 2008, 193 (199).

61 Vgl. *Brammsen* (Fn. 55), GA 149 (2002), 193 (211) m.w.N.; ersichtlich auch *Roxin*, in: FS Engisch (Fn. 58), 380 (386 f.), und *ders.*, StR AT/II (Fn. 23), § 31 Rn. 109 ff., wobei *Roxin* darauf abstellen will, dass die Rettungshandlung noch nicht vom Versuchs- in ein Vollendungsstadium übergegangen ist.

62 Grundlegend *Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 58 ff.; *Malitz*, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, 1998, S. 106, eher normativ, S. 107; *Stoffers*, Die vorrechtlich-ontologische Unterscheidung der Verhaltensformen positives Tun und Unterlassen, GA 140 (1993), 262 (264 f.); *ders.*, Die Formel „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?, 1992, S. 280 f.

63 Vgl. *Stoffers* (Fn. 62), GA 140 (1993), 262 (268); da es beim Versuch keinen tatbestandlichen Erfolg gibt, wird diese Ansicht für den Fall des Versuchs durch Unterlassen für ungeeignet gehalten, *Brammsen* (Fn. 55), GA 149 (2002), 193 (204 ff.); ebenso *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), § 13 Rn. 71.

64 *Kaufmann* (Fn. 62), S. 61; *Herzberg*, Die Differenzierung zwischen Unterlassen und Tun im Strafrecht, in: Machura/Ulbrich (Hrsg.), Recht-Gesellschaft-Kommunikation – Festschrift für Klaus F. Röhl, 2003, 270 (174); *Stoffers* (Fn. 62), GA 140 (1993), 262 (266); auch *Samson*, Begehung und Unterlassen, in: Stratenwerth et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, 579 (594 f.).

65 In ähnlichen Fällen zum selben Ergebnis kommend *Stoffers* (Fn. 62), S. 311.

66 Zur sozialen Handlungslehre siehe *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 93.

67 *Schmidt*, Soziale Handlungslehre, in: Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, 339 (346).

68 Mit Anlehnung an die Schwerpunkttheorie auch *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 700; *Bloy* (Fn. 54), ZStW 90 (1978), 609 (615 ff.); *Schmidt*, in: FS Engisch (Fn. 67), 339 (346 ff.).

69 Vgl. *Küper*, Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung, JuS 1971, 474 (476 f.).

hier ein nur potenziell rettender Kausalverlauf abgebrochen wird.[70]

Andere nehmen grundsätzlich immer ein aktives Tun an, da die Mehrzahl an Tätigkeitsstraftatbeständen für einen Vorrang und für die erhöhte Verwerflichkeit der aktiv-kausal hervorgerufenen Tatbestandserfolge sprechen.[71] Diese Ansicht wählt jedoch auch beim abgebrochenen eigenen noch unbeendeten Rettungsverhalten eine Ausnahme hin zum Unterlassungsdelikt,[72] da die Rechtsforderung, den Tatbestandserfolg zu verhindern, sich noch erfüllen lässt.[73]

Die sog. „Schwerpunkttheorie" unterscheidet anhand des Schwerpunktes der Vorwerfbarkeit im Tathergang zwischen Tun und Unterlassen.[74] Das maßgebliche Verhalten, gegen das sich der Vorwurf und die rechtliche Wertung richtet, ist hier nicht das Umentscheiden, sondern das Nichtbehandeln, da nach dieser Ansicht der abgebrochene rettende Kausalverlauf das Opfer noch nicht erreichte.[75]

Nach dem Organisationskreis-Kriterium wird gefragt, ob das betreffende Verhalten rechtlich in den Verantwortungsbereich des Opfers oder des Täters zuzuordnen ist.[76] Im Rahmen von Rettungsverhalten wird etwa gefragt, ob ein notstandsrechtlicher Anspruch auf das Rettungsverhalten besteht.[77] Dies ist nicht gegeben, da neben S O ebenfalls einen nach der akuten Gefahrenlage gleichrangigen Rettungsanspruch hat, womit das Verhalten des N auch noch nicht den Organisationsbereich des N verlassen hat.[78]

Im Ergebnis kommen somit alle Ansichten zu dem Schluss, dass es sich bei dem Verhalten des N um ein Unterlassen handelt. Da N dieses Verhalten aktiv und bewusst vollzog, hatte er auch Vorsatz bezüglich dieses Unterlassens. [*Anm. d. Red.: Bezug zum Sachverhalt herstellen. Welches ist das relevante Verhalten? Anschließen an die Herz-Lungen-Maschine.*]

3. Quasi-Kausalität

Zur Verbindung vom vorgestellten Taterfolg und der Untätigkeit müsste N sich vorgestellt haben, dass seine Rettungsbemühungen den potenziellen tatbestandlichen Erfolg hätten verhindern können, also ob der Erfolg nach der Vorstellung des Täters entfallen wäre, wenn man das unterlassene Handeln hinzugedacht hätte (sog. Quasi-Kausalität)[79]. Umstritten ist dabei, ob *dolus eventualis* genügt oder ob unter dem Kriterium der „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit"[80] der Rettungschance *dolus directus II* zu fordern sei.[81]

Für N stand fest, dass S in Lebensgefahr schwebte. Er hat sicher erkannt, dass sie zur Rettung einer Versorgung mit einer Herz-Lungen-Maschine bedurfte. Diese gibt es in einem Notarztwagen i.d.R. nur einmal,[82] so dass mit ihrer Verwendung für O für den N sicher erkennbar war, dass diese Ausrüstung nicht mehr für S verwendet werden konnte. Nach seiner Vorstellung blieb der S somit die Behandlung verwehrt, die den vorgestellten Erfolg (Tod der S) sicher hätte verhindern können. N hatte *dolus directus II* bzgl. der Kausalität seines Unterlassens. Der Streit über den erforderlichen Grad des Vorsatzes bedarf keiner Klärung.[83]

4. Garantenstellung

Eine Garantenstellung ergibt sich aus einer Beschützerpflicht zu bestimmten Rechtsgütern (sog. Beschützergarant) oder aus der Überwachungspflicht bestimmter Gefahrenquellen (sog. Überwachergarant). Da hier keine besondere Gefahrenquelle gegeben ist, kommt für N nur eine Beschützergarantenstellung in Betracht. Möglich wäre eine Garantenpflicht aus aktiver Übernahme einer Schutz- und Bestandspflicht und aus einem öffentlichen Amt.

a) Übernahme von Schutzpflichten

Eine Garantenstellung aus der Übernahme einer Beistands- und Schutzpflicht kommt insbesondere bei einer ärztlichen Behandlung in Betracht.[84] Dafür ist entschei-

70 Nicht für diesen Fall *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 702.

71 Das leite sich aus § 13 II StGB ab, siehe auch BT Drs. V/4095, S. 8; zum Vergleich im österreichischen Recht *Kienapfel/Höpfel*, Grundriss des österreichischen Strafrechts: Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2001, Z 28 Rn. 25; Deutsch mit Hinwendung auch zum Kausalitätskriterium *Gropp*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 11 Rn. 62 f.

72 Mit Anlehnung an die Lehre vom sozialen Handlungssinn *Kienapfel/Höpfel*, öster. StR AT (Fn. 71), Z 28 Rn. 28 f.; *Gropp*, StR AT (Fn. 71), § 11 Rn. 65 ff., der in dieser Situation auf das Kausalitätskriterium abstellt.

73 Im Falle der Ingerenz wäre das selten so, vgl. *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), § 13 Rn. 73 ff.

74 BGHSt 6, 46 (59); 40, 257 (266); BGH, NStZ 1999, 607; i.Ü. dargestellt in *Stoffers*, „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" und die Abgrenzung von Tun und Unterlassen, JuS 1993, 23 (24 ff.); mit Anknüpfung an die Lehre vom sozialen Handlungssinn *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 700; dagegen wieder kritisch gewandt *Stoffers*, a.a.O. (27).

75 Vgl. zum Kriterium in diesen Fällen bloß *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 702.

76 *Merkel*, in: FS *Herzberg* (Fn. 60), 193 (206 ff.); *Jakobs*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 7. Abschn. Rn. 61 ff.; *ders.*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 34 ff.

77 In diesem Fall läge ein aktives Begehen vor vgl. *Merkel*, in: FS Herzberg (Fn. 60), 193 (209 f.).

78 Darin zeigt sich aber, dass rechtfertigende Aspekte mit der Ebene des Tatbestandes vermengt werden, vgl. *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), § 13 Rn. 72; grundl. *Otto*, Anstiftung zum Suizid, Tötung in mittelbarer Täterschaft durch das Opfer als Werkzeug oder Tötung durch Unterlassen, Jura 2003, 100 (101).

79 Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 711 f.; *Engländer*, Kausalitätsprobleme beim unechten Unterlassungsdelikt – BGH, NStZ 2000, 414, JuS 2001, 958 (960).

80 BGH, JZ 1973, 173 (173) (Fensterwurffall).

81 Vgl. *Engländer* (Fn. 79), JuS 2001, 958 (959 f.), der dies dann auch auf S. 961 bejaht; ebenso *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rn. 732; BGH, StV 1985, 229 m. Anm. *Schünemann*.

82 Vgl. Tabelle 11 und 14 in DIN EN 1789, Spalte „C".

83 Vgl. *Engländer* (Fn. 79), JuS 2001, 958 (960); auch *Otto*, Wahrscheinlichkeitsgrad des Erfolgseintritts und Erfolgszurechnung, Jura 2001, 275 (277); BGHSt 37, 106 (127).

84 Vgl. *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), § 13 Rn. 62 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 720.

dend, dass die Behandlung bereits übernommen wurde.[85] N hatte noch nicht mit der Behandlung der S begonnen, als er sich entschloss zuerst O zu behandeln. N ist nicht aus der Übernahme von Schutzpflichten Garant der S.

b) Übernahme durch Antritt des Notdienstes

Zwei Gründe sprechen aber dafür, warum dennoch eine Garantenstellung eröffnet sein könnte. Zum ersten ist N als beamteter Krankenhausarzt tätig. Bei Amtsgaranten wird vertreten, dass auch dann eine Garantenpflicht vorliegt, wenn der Grund für den Handlungsbefehl durch die Schwere der erwarteten Rechtsgutsverletzung in die Amtspflicht fortwirkt.[86] Hier liegt der Fall sogar noch näher, denn es geht nicht um eine private Kenntniserlangung, sondern dass N hier als Notarzt tätig wird.[87] Darin liegt zugleich der zweite Punkt: Aufgrund der spezifischen Qualifikation, die ein Notarzt erlernen muss[88] und des Bereitschaftssystems, nach dem Notärzte bei entsprechenden Indikationen von der Rettungsleitungsstelle zum Notfallort zu rufen sind,[89] besteht ein typisches Vertrauensverhältnis zum Arzt.[90] Dieses wird nicht erst durch eine Übernahme der Behandlung (die hier nicht erfolgt), sondern durch den Dienstantritt des Arztes in einem System der medizinischen Notfallrettung begründet.[91] Zur Verdeutlichung: Wäre das Unfallopfer bei Bewusstsein, so würde es schon durch die bloße Anwesenheit eines Notarztes am Unfallort darauf vertrauen, dass dieser die Gefährlichkeit der Verletzungen korrekt einschätzt und entsprechend zu einer angemessenen Behandlung übergeht. Dieses Vertrauen stellt sich nicht erst ein, wenn der Arzt auch wirklich mit einer Behandlung beginnt.

In seinem Bewusstsein als Notarzt wurde N hier tätig, so dass er sich seiner Garantenstellung gegenüber S sicher sein konnte. [*Anm. d. Red.: Der Anknüpfungspunkt für die Bejahung der Garantenstellung wird korrekt gewählt. Allerdings hätte eine präzisere Abgrenzung vom Notarzt und Bereitschaftsarzt erfolgen müssen. Beim Notarzt besteht ein besonderes Vertrauensverhältnis eher nicht.*]

5. Objektive Zurechenbarkeit

Der vorgestellte Erfolg muss sich aus Tätersicht zudem gerade aus der im Unterlassen erfolgenden Rechtspflichtsverletzung ergeben (sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang).[92] Zur Ermittlung dieses Zusammenhangs wird zum einen gefordert, dass ein Einhalten der Rettungspflicht die Rechtsgutsgefährdung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte (Vermeidbarkeitslehre).[93] Zum anderen wird vertreten, dass die bloß mögliche und nicht erfolgte Minderung der Gefahr für das Rechtsgut diesen Zusammenhang stiftet (Risikoverminderungstheorie).[94] Mit dem Argument, dass nur die sichere Erfolgslosigkeit eines Rettungsversuches die Pflicht zu diesem entfallen ließe, nimmt die erste Lehre allerdings im Versuchsdelikt den gleichen Standpunkt ein, wie die Risikoverminderungstheorie.[95] Nach der Vorstellung des N stellt sich das Geschehen als ein gefestigter Kausalverlauf[96] dar. Nach seiner Vorstellung hätte das pflichtgemäße Verhalten (Behandlung der S mit der Herz-Lungen-Maschine) diese auch tatsächlich gerettet. Das Außerachtlassen dieser Pflicht war dem N wegen des tatsächlichen Vollzugs bekannt.

6. Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen

Zur Frage der sog. Modaläquivalenz gem. § 13 I 2. HS StGB ergeben sich hier keine Probleme, da § 212 StGB keine spezifischen Handlungsmodalitäten aufweist. Insofern ist das Unterlassen des N einem aktiven Tun unproblematisch gleichwertig.

II. Unmittelbares Ansetzen

Wann bei einem versuchten Unterlassungsdelikt unmittelbares Ansetzten vorliegt, ist umstritten. Zum einen wird vertreten, dass das Verstreichenlassen der ersten Rettungsmöglichkeit maßgeblich sei.[97] Andererseits wird vertreten, dass erst ab dem letztmöglichen Rettungsmoment der Täter unmittelbar zur Tatbestandsver-

85 Siehe bereits *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 19; *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 720; *Rudolphi/Stein*, in: SK StGB (Fn. 25), § 13 Rn. 62; und auch *Duttge*, Der Arzt als Unterlassungstäter, in: Dölling/Götting/Meier/Verrel (Hrsg.), Verbrechen – Strafe – Resozialisierung, Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag, 2010, 599 (600 Fn. 9); BGHSt 7, 211 (212).

86 Vgl. nur der Kasuistik folgend *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 721; *Ruhmannseder*, in: von Heintschel-Henegg, Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, 25. Edn. 2014, § 258a Rn. 6; BGH, NStZ 1993, 383 (384) m. abw. Anm. *Mitsch*, Außerdienstliche Kenntnis von Prostitution, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 29.10.1992 – 4 StR 358/92, NStZ 1993, 383 (384 f.); außerdem BGHSt 38, 388 (389 f.) m. einschränkender Anm. *Bergmann*, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 29.10.1992 – 4 StR 358/92, StV 1993, 517 (518 f.); *Brammsen* (Fn. 27), S. 190 ff.

87 Somit verfängt auch die Kritik von *Mitsch* nicht.

88 Vgl. §§ 5, 4 III 1, 2, IV 1 der (Muster)Weiterbildungsordnung der Bundesärztekammer (BÄK) vom 28.06.2013 und S. 178 derselben.

89 Siehe den Indikationskatalog für den Notarzteinsatz vom 22.02.2013 der BÄK.

90 Vgl. dazu *Brammsen* (Fn. 27), S. 207 ff.

91 Vgl. *Brammsen* (Fn. 27), S. 212; vgl. *Jakobs*, StR AT (Fn. 76), 29. Abschn. Rn. 70, 73; siehe auch *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, § 1 Rn. 34; a.A. *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 352.

92 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 713.

93 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 713; *Jakobs*, StR AT (Fn. 76), 29. Abschn. Rn. 20; BGHSt 6, 1 (2); 37, 106 (126 f.).

94 *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2004, § 13 Rn. 54 ff.; *Otto* (Fn. 83), Jura 2001, 275 (276 f.); *Greco*, Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten, ZIS 2011, 674 (681); vgl. *Kahlo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin, 1990, S. 320 f.

95 Aufgezeigt bei *Stratenwerth/Kuhlen*, StR AT/I (Fn. 94), § 13 Rn. 55; *Jakobs*, StR AT (Fn. 76), 29. Abschn. Rn. 20; BGH, NStZ 2000, 414 (415).

96 Vgl. *Kahlo* (Fn. 94), S. 320 f.

97 Vgl. *Herzberg*, Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 1973, 89 (91 ff., 93); *Schröder*, Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, JuS 1962, 81 (86); *Maihofer*, Der Versuch der Unterlassung, GA 95 (1958), 289 (297 f.).

wirklichung ansetzt.[98] Vermittelnd wird vertreten, dass der Unterlassungstäter dann unmittelbar ansetzt, wenn nach seiner Vorstellung eine bestehende Gefahr für das Rechtsgut durch sein Untätigbleiben signifikant fortgeschritten ist.[99]

Der Streit darf offen bleiben, da N in dem Verwenden der einzig verfügbaren Herz-Lungen-Maschine für O gleichzeitig die letzte Möglichkeit verstreichen ließ, der S diese Behandlung ebenfalls zukommen zu lassen. Mit dem Beginn der Behandlung der O bestand für den N keine Möglichkeit mehr diese Behandlung auf S umzulegen, ohne sich gegenüber O einer (eventuell sogar aktiven) Tötung schuldig zu machen. N setzte unmittelbar zur Tat an. [*Anm. d. Red.: Die Lösungsskizze macht ein größeres Problem aus dem unmittelbaren Ansetzen beim unechten Unterlassungsdelikt und kommt mit dogmatischer Begründung zu demselben Ergebnis. Unter Verweis auf Fn. 82 überzeugt die hier gewählte Lösung durch Stringenz.*]

III. Rechtswidrigkeit

Weiter müsste das Unterlassen rechtswidrig gewesen sein. Das ist es nicht, wenn Rechtfertigungstatbestände verwirklicht wurden.

1. § 32 StGB

Für eine Rechtfertigung durch Notwehr bedarf es einer Notwehrlage, also eines gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriffs (§ 32 II StGB). Ein Angriff ist eine von einem Menschen drohende Rechtsgutsverletzung.[100] Hier ist das Leben und die Gesundheit der O allerdings durch die Unterkühlungen bedroht, die sie sich selbst und nicht etwa der S zurechenbar zugezogen hat. Somit liegt kein Angriff und damit keine Notwehrlage vor. [*Anm. d. Red.: Die Prüfung von § 32 StGB ist hier eher fernliegend. Auf sie kann auch verzichtet werden.*]

2. § 34 StGB

Für eine Rechtfertigung § 34 StGB bedarf es einer Notstandslage also einer gegenwärtigen Gefahr[101] für ein in § 34 I StGB aufgeführtes Rechtsgut. Hier lag durch Unterkühlung unzweifelhaft eine Gefahr für das Leben der O vor. Allerdings müsste auch die Notstandshandlung angemessen und erforderlich gewesen sein. Dies ist abzulehnen, da hier andernfalls eine Abwägung zwischen zwei Leben (das der O und das der S) vorläge, was sich aufgrund des absoluten Lebensschutzes verbietet.[102] Eine andere Ansicht kommt in den Extremfällen absoluter Ausweglosigkeit zu dem Ergebnis einer Rechtfertigung.[103] Diese Annahme wird aber mitunter darauf gestützt, dass der im Defensivnotstand Befindliche eine ausweglose Gefahr für sein Leben nicht hinzunehmen braucht, da jedenfalls der Tod, der aus der Gefahr folgt, als Grenze der Angemessenheit gelten sollen.[104] Hier liegt aber keine Abwehr des Gefahrenverursachers durch den Gefährdeten vor. N steht eher vermittelnd dazwischen. Anzunehmen, dass dieser Dritte zur Verteidigung der Rechtsgüter eines Dritten in Extremfällen[105] ebenso gegen den Grundsatz des absoluten Lebensschutzes verstoßen darf, ist zweifelhaft, da sich der Druck auswegloser Extremsituationen für diesen nicht vergleichbar eröffnet, wie für einen selbst Gefährdeten.[106] Vor dieser fehlenden Gleichwertigkeit der Situationen ist eine Zulassung eines Notstandes hier abzulehnen.

3. Pflichtenkollision

N könnte über eine Pflichtenkollision gerechtfertigt sein. Der unproblematische Ansatz der Pflichtenkollision, dass bei Aufeinandertreffen zweier Handlungspflichten die ranghöhere Pflicht zu erfüllen sei,[107] ist hier nicht relevant, da die Garantenstellung des N aus seiner Notarztstellung sich gleichermaßen zu Gunsten der O und der S ergibt und in der Lebensgefahr für beide kein pflichtrelevanter Unterschied erkennbar ist. Auch die Frage der Relevanz der Gefahrenverursachung bei der Beurteilung, wem von zwei gleichermaßen Gefährdeten zuerst zu helfen ist,[108] kann offen bleiben, da N nicht die Gefahrenverursacherin S, sondern O behandelte. Umstritten ist, wie sich die Kollision gleichrangiger Pflichten auswirkt. Zum einen wird eine rechtfertigende Wirkung vertreten, solange der Verpflichtete überhaupt rettend tätig wird, so dass dieser ein Wahlrecht hat.[109] Dagegen will eine andere Ansicht keine der beiden Pflichten im Wege der Rechtfertigung zurücktreten lassen, sondern die Schuld ausschließen.[110] Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass dies zu einer erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit führen würde (etwa auf die Beihilfeleistenden (§ 26 StGB) Rettungsassistenten und -sanitäter). Dies läuft

98 *Kaufmann* (Fn. 62), S. 210 ff., 216; a.A. *Kudlich* (Fn. 48), JuS 2008, 601 (603), da hier das zum Begehungsdelikt äquivalente Maß des Tatansatzes überschritten werde.

99 *Kudlich* (Fn. 48), JuS 2008, 601 (603); *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 741 f.; *Bosch*, Unmittelbares Ansetzen zum Versuch, Jura 2011, 909 (914).

100 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 325.

101 Vgl. dazu *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), § 34 Rn. 18 f.

102 Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 316 f.; i.E. auch *Satzger*, Die rechtfertigende Pflichtenkollision, Jura 2010, 753 (754); *Beulke*, in: FS *Küper* (Fn. 30), 1 (3); *Küper* (Fn. 69), JuS 1981, 785 (792 f.).

103 Vgl. *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, S. 265 ff.

104 So *Renzikowski* (Fn. 103), S. 265 f.

105 Kennzeichnend sei für diese, dass der sich im Notstand Befindende nicht sein Leben für das des Gefahrenverursachers hingeben müsse, vgl. die Beispielfälle bei *Renzikowski* (Fn. 103), S. 265 f.

106 I.E. ähnlich *Otto*, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 1965, S. 79 f., 105 f.

107 Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 736; *Stratenwerth/Kuhlen*, StR AT/I (Fn. 94), § 9 Rn. 120 ff.; auch *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 33 V 1 a); *Satzger* (Fn. 102), Jura 2010, 753 (753).

108 Vgl. dazu *Roxin*, StR AT/I (Fn. 2), § 16 Rn. 123 m.w.N.

109 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 736; *Stratenwerth/Kuhlen*, StR AT/I (Fn. 94), § 9 Rn. 123; *Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, S. 18 ff., 27 ff.; *ders.* (Fn. 69), JuS 1971, 474 (475); *Satzger* (Fn. 102), Jura 2010, 753 (754).

110 *Jescheck/Weigend*, StR AT (Fn. 107), § 33 V. 1. b), c), 2.; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Kommentar), 61. Aufl. 2014, Vor § 32 Rn. 11a.

auch nach Ansicht *Küpers* dem eigentlichen Schutzbestreben dieser Meinung entgegen, denn die Ausweitung von Strafe bewirkt nur, dass es – wie auch immer sich der Retter verhält – als rechtswidrig betrachten wird, womit letztlich kein erweiterter Schutz der beiden Rechtsgüter, sondern eben gar kein Schutz mehr gegeben ist.[111] Genauso könnte ein Dritter N unter Anwendung von Gewalt dazu nötigen, statt der O die S zu behandeln – und wäre gerechtfertigt.[112] Auf dieser Ebene läge dann eine Rechtfertigung des eigentlichen Unterlassens des N vor, womit sich zeigt, dass diese Meinung dazu führt, dass im Effekt die Nichtrettung dessen gerechtfertigt ist, für den nicht zuerst Partei ergriffen wird. Diesen Effekt hat auch die erste Meinung, da das Wahlrecht des Verpflichteten nichts anderes ist, als dieses erste Parteiergreifen. Wenn aber das Ergebnis gleich ist, was nützt dann der Weg der entschuldigenden Pflichtenkollision?

Vor diesen Argumenten ist eine rechtfertigende Wirkung der Pflichtenkollision anzunehmen. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass N letztlich seine Entscheidung auf die pädagogischen Gerechtigkeitserwägungen der L stützt, da eine Gewissensprüfung des Pflichtverhaltens den rechtlichen Appell unter die Leitung gewissensprägender Ethik setzen würde.[113] [*Anm. d. Red.: Vor allem, dass der Streit über die systematische Einordnung der Pflichtenkollision gesehen wurde, ist positiv hervorzuheben. Ein weiteres Indiz für die gute Literaturarbeit des Bearbeiters.*]

IV. Zwischenergebnis

N ist durch eine Kollision gleichwertiger Pflichten gerechtfertigt, da er jedenfalls das Leben der O zu retten versuchte. Er hat sich nicht eines versuchten Totschlages durch Unterlassen strafbar gemacht.

B. § 323c StGB zu Lasten der S

N könnte sich zudem der Unterlassenen Hilfeleistung gem. § 323c StGB strafbar gemacht haben, als er davon absah, die S zu behandeln. Dabei sind hier die Varianten der gemeinen Gefahr oder Not unbeachtlich, da sich diese auf eine Gefährdung der Allgemeinheit oder unbestimmbarer Personenkreise bezieht.[114] Hier sind nur S bzw. O gefährdet.

I. Tatbestand

Ein Unglücksfall zeichnet sich durch das plötzliche Eintreten eines Risikos der Beeinträchtigung von Menschen oder Sachen unabhängig davon ab, ob dieses durch den Gefährdeten selbst verursacht wurde.[115] S und O sind durch das unerwartete Einbrechen in den See in den Zustand einer lebensbedrohlichen Unterkühlung geraten. Ein Unglücksfall liegt vor.

II. Zumutbarkeit – Pflichtenkollision

Bei der Frage der Zumutbarkeit der Hilfeleistung ergibt sich aus den selben Erwägungen wie bei der Pflichtenkollision beim unechten Unterlassungsdelikt, dass im Rahmen von § 323c StGB bereits die Verwirklichung des Tatbestandes verneint werden muss.[116]

III. Zwischenergebnis

N hat sich nicht einer Unterlassenen Hilfeleistung strafbar gemacht.

Abschnitt 3: Strafbarkeit der L

A. §§ 222, 13 I StGB zu Lasten der O

Fraglich könnte sein, ob sich L einer fahrlässigen Tötung der O durch Unterlassen strafbar gemacht hat, als sie O und S nicht beaufsichtigte, als diese sich von der Gruppe entfernten. [*Anm. d. Red.: Obersatz unglücklich formuliert.*]

I. Tatbestand

O ist gestorben. Hätte L S und O beaufsichtigt, wäre sie schon beim Betreten des Eises durch S eingeschritten und hätte dadurch den Vorfall verhindert. Dieses Beaufsichtigen hat L indes offensichtlich nicht vollzogen. Eine solche Aufsichtspflicht von Lehrern ergibt sich aber zugleich aus schul- und dienstrechtlichen Vorschriften aus den jeweiligen Landesbeamtengesetzen, woraus sich eine Garantenstellung für Lehrer gegenüber ihren Schülern ergibt,[117] also auch für L gegenüber O.

Allerdings muss L auch die zur Erfolgsverhinderung notwendige Handlung zumutbar gewesen sein. Zumutbar sind einem Lehrer nur die ihm objektiv in der konkreten Situation möglichen, also normalen Reaktionen.[118]

111 *Küper* (Fn. 109), S. 24, der die rechtfertigende Wirkung der Pflichtenkollision in dem fehlenden Grund sieht, den Grundsatz *ultra posse nemo tenetur* durch eine entschuldigende Wirkung zu durchbrechen.

112 Vgl. nicht nach diesem Fall *Küper* (Fn. 109), S. 24; *Satzger* (Fn. 102), Jura 2010, 753 (754).

113 Vgl. *Küper* (Fn. 109), S. 28 f.

114 *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), § 323c Rn. 11 f.

115 Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 718; *Kindhäuser*, LPK StGB (Fn. 9), § 323c Rn. 4; *Zuck*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 71 Rn. 4.

116 *Freund*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 323c Rn. 105; wohl auch *Duttge*, in: FS Schöch (Fn. 85), 599 (612 f.); ebenso *Beulke*, in: FS Küper (Fn. 30), 1 (6), der mit seinen Ausführungen zeigt, dass die besondere Garantenpflicht (des N gegenüber O) sich gegen die allgemeine Hilfspflicht aus § 323c StGB (des N gegenüber S *neben* seiner Garantenpflicht gegenüber S) durchsetzt.

117 Vgl. *Bott*, Die Garantenstellung der Lehrkräfte, RdJB 2005, 506 (507 f.); insbes. für Klassenfahrt-Situationen vgl. OLG Köln, NJW 1986, 1947 (1948).

118 *Bott* (Fn. 117), RdJB 2005, 506 (509); OLG Köln, NJW 1986, 1947 (1948).

Das umfasst auch keine vollumfängliche Überwachung der Schüler, denn auch ein Lehrer darf von der Befolgung ausdrücklicher Verbote durch die Schüler, auch unter Berücksichtigung des Alters Letzterer ausgehen, wenn diese kurze Zeit unbeaufsichtigt sind.[119]

Hier haben O und S ein ausdrückliches Verbot zur Betretung der Eisfläche erhalten. Auch ist O wohl in einem ähnlichen Alter wie S und darum auch in der Lage ein solches Verbot zu verstehen. [*Anm. d. Red.: Es liegt aus diesem Grund schon keine Sorgfaltspflichtverletzung seitens L vor.*]

II. Zwischenergebnis

L hat sich keiner fahrlässigen Tötung durch Unterlassen strafbar gemacht.

B. §§ 226 I, 13 I StGB zu Lasten der S

Zur Frage einer Strafbarkeit der L wegen einer fahrlässigen Körperverletzung an S durch Unterlassen kann auf die Erwägungen zur Zumutbarkeit im Punkt A, II des zweiten Abschnitts verwiesen werden.

C. §§ 212 I, 13 I, 22, 23 I, 12 I, 25 I 2. Alt StGB zu Lasten der S

Fraglich ist, ob L sich eines versuchten Totschlages durch Unterlassen in mittelbarer Täterschaft an S strafbar gemacht hat, als sie N mitteilte, dass S das Unglück verursacht hätte. Die versuchte Verursachung des nicht eingetretenen Todes eines Menschen ist strafbar (s.o.).

I. Tatentschluss

L hat auch nach ihrer Vorstellung nicht zur eventuellen Verwirklichung des Tatbestandes beigetragen. Diese Verwirklichung erfolgte, wie von L erkennbar, durch N, der jedoch durch eine Pflichtenkollision gerechtfertigt war.

Fraglich ist hier, ob L Vorsatz bezüglich einer mittelbaren Begehung der Tat hatte. Dafür müsste L nach ihrer Vorstellung die eigentlichen Täterin gewesen sein. Eine mittelbare Täterschaft kommt in Betracht, wenn sich der Hintermann eines Menschen als Werkzeug für seine eigene Tatbegehung bedient in der Form, dass er etwa eine Rechtfertigung des Vordermannes bewusst ausnutzt.[120] Maßgeblich ist die dabei vorliegende überlagernde Willensherrschaft des Hintermannes.[121] Allerdings ist die Tatherrschaftslehre bei Pflichtdelikten (also auch beim unechten Unterlassungsdelikt[122]) nicht unmittelbar anwendbar, da ein Unterlassen den Kausalverlauf nicht steuern kann. Es kann ihn nur nach seiner eigenen Gesetzmäßigkeit unverändert ablaufen lassen.[123] *Roxin* stellt darum zur Abgrenzung auf das Vorliegen einer Garantenstellung beim Täter ab.[124] Zwar kann für L auch eine Garantenstellung aus ihren Dienstpflichten und Aufsichtspflichten für ihre Schüler, vor allem während einer Klassenfahrt, festgestellt werden, doch ist dabei zweierlei zu beachten: Zum einen bewegt sich N mit seiner eigenen Garantenstellung nicht jenseits der Pflichtenposition, die hier die Täterschaft begründet.[125] Zum anderen muss der mittelbare Täter die rechtfertigenden Umstände, die die Strafbarkeit des Tatmittlers entfallen lassen, gekannt und genutzt haben.[126] Das ist hier nicht ersichtlich, da die Vergleichbarkeit der Lebensgefahr zwischen S und O nur aus medizinischer und nicht aus laienhafter Perspektive erkennbar war.

II. Zwischenergebnis

L hat sich nicht einer versuchten Tötung durch Unterlassen in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht.

D. §§ 212 I, 13 I, 22, 23 I, 12 I, 26 StGB zu Lasten der S

Fraglich ist, ob L sich der Anstiftung des N zu einem versuchten Totschlag durch Unterlassen strafbar gemacht hat, als sie N sagte, dass S eigentliche Verursacherin des Unglücks gewesen sei. Für eine Strafbarkeit wegen Anstiftung bedürfte es einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat.[127] Eine solche liegt hier gerade nicht vor, da N aufgrund der Pflichtenkollision gerechtfertigt ist.

Abschnitt 4: Strafbarkeit des V

A. §§ 222, 13 I StGB zu Lasten der O

Bezüglich einer Strafbarkeit des V wegen fahrlässiger Tötung der O durch Unterlassen wegen Verletzung seiner Aufsichtspflicht kann auf das bei L zu diesem Punkt verfasste verwiesen werden. Eine Garantenstellung ergibt sich für ihn auch über diese zu seinem eigenen an der Klassenfahrt beteiligten Kind für die übrigen Kinder aus der Übernahme der Funktion einer Aufsichtsperson an der Klassenfahrt, denn schon in dieser Position begründet sich ein konkretisierbares Vertrauen auf seinen Beistand.

119 Vgl. OLG Köln, NJW 1986, 1947 (1948).

120 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 537; *Roxin* (Fn. 23), StR AT/II, § 25 Rn. 45 ff.; *Gropp*, StR AT (Fn. 71), § 10 Rn. 46; BGHSt 3, 4 (5 f.).

121 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 537.

122 Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 522a.

123 Vgl. *Roxin* (Fn. 9), S. 462 f.

124 Vgl. *Roxin* (Fn. 9), S. 464; ebenfalls *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 522a; siehe auch *Schünemann*, in LK StGB (Fn. 8), § 25 Rn. 162 ff.

125 Vgl. zu diesem Kriterium *Roxin* (Fn. 9), S. 360 f.

126 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 538.

127 *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 551.

B. §§ 212 I, 211, 12 I, 30 I StGB zu Lasten der O

Fraglich ist, ob sich V zu einer versuchten Anstiftung zum Mord (durch Unterlassen) strafbar gemacht hat.

I. Vorprüfung

Zunächst müsste dafür eine vollendete Anstiftung ausgeblieben sein.[128] Dies kann regelmäßig durch eine Ablehnung des angedachten (präsumtiven) Haupttäters geschehen.[129] Gerade das liegt hier vor.

Weiter muss sich die angedachte Haupttat als Verbrechen (§ 12 I StGB) erweisen.[130] Dabei ist umstritten, ob sich die Haupttat aus der Sicht des Anzustiftenden (hier N) oder des Anstifters (hier V) als Verbrechen erweist.[131] Ob dieser Streit entschieden werden muss hängt davon ab, ob sich für den Anstifter oder für den Anzustiftenden die präsumtive Haupttat als Vergehen, für den jeweils anderen als Verbrechen dartut.[132]

1. Präsumtive Haupttat:

Fraglich ist, ob die sich von V angedachte Haupttat des N als ein Verbrechen darstellt. [*Anm. d. Red.: Tatentschluss bzgl. der von N intendierten Haupttat? Hier ist eine Inzidentprüfung erforderlich.*]

a) Tatbestand

Hier könnte als Tatbestand ein Mord an der O vorliegen. In der präsumtiven Haupttat wäre O beim Abbruch einer Behandlung auch gestorben, womit ein Mensch gestorben wäre.

aa) Behandlungsabbruch – Tun oder Unterlassen

Fraglich ist, ob es sich bei der präsumtiven Handlung um ein Tun oder ein Unterlassen handelt, genauer, ob es ein sog. Unterlassen durch Tun[133] gibt. Prägend war hier das Urteil des BGH über den Behandlungsabbruch im Fall *Putz*.[134] Hier geht es aber nicht um die Frage der Rechtfertigung des Behandlungsabbruches durch den Willen des Patienten anhand von § 1901a BGB (also nicht um die originäre Frage des BGH).[135] Insofern kann die dort entwickelte Dogmatik hier nur begrenzt fruchtbar gemacht werden. Relevant ist aber die Feststellung, dass es sich beim Abbruch der Behandlung auch beim Arzt nicht (wie früher regelmäßig so gesehen)[136] um ein (sog. normatives)[137] Unterlassen des Arztes handeln soll. An die Stelle der üblichen Abgrenzung trat der (als Sammelbegriff anmutende) sog. „Behandlungsabbruch".[138]

Darin wurde ausdrücklich die Figur des Unterlassens durch Tun als Kunstgriff aufgegeben.[139] Damit ist der Ansicht, die unter normativen Gesichtspunkten ein ontologisches Tun in ein Unterlassen umdeutet, die Unterstützung der Rechtsprechung entzogen, womit die Schwerpunktformel[140] zum Ergebnis aktiven Tuns kommt dürfte. Auch die Lehre vom sozialen Sinn teilt dieses Ergebnis.[141]

Für die Vertreter einer Konkurrenzlösung kommt es darauf an, ob ein beendeter Rettungsversuch vorliegt,[142] also ob der ursprüngliche Retter alles ihm Mögliche getan hat um einen Rettungserfolg herbeizuführen.[143] Hier hatte N die O an einer Herz-Lungen-Maschine angeschlossen. Einen Rettungshubschrauber für O war angefordert. Mehr konnte N nicht tun. Der weitere Rettungserfolg hing vom Hubschrauber und den Ärzten, die O stationär behandelt haben, ab. Damit läge ein beendeter Rettungsversuch vor, dessen eigenhändiges Abbrechen somit auch nach der Konkurrenzlösung ein Tun darstellt.

Nach dem Organisationskreiskriterium käme es auf die Zuordnung des rettenden Kausalverlaufs zum Organisationskreis des Opfers anhand der Pflicht zu seiner Vornahme an, um ein aktives Tun anzunehmen.[144] Diese besteht zweifelsfrei. Zu diesem Ergebnis kommen zudem die Lehren, die auf eine Körperbewegung, einen Energieeinsatz in eine bestimmte Richtung und auf die Kausalität abstellen.[145] Somit liegt hier einstimmig ein präsumtives, aktives Tun seitens des N vor.

128 Vgl. *Hinderer*, Versuch der Beteiligung, § 30 StGB, JuS 2011, 1072 (1073).

129 Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 564.

130 *Joecks*, in: MüKo StGB (Fn. 13), § 30 Rn. 14.

131 *Hinderer* (Fn. 128), JuS 2011, 1072 (1073); siehe auch BGH, JR 2010, 357 (359 ff.) m. Anm. *Mitsch*; *Dehne-Niehmann*, Die Auswirkung strafschärfender besonderer persönlicher Merkmale (§ 28 Abs. 2 StGB) auf den Verbrechenscharakter der Haupttat bei § 30 StGB, Jura 2009, 695 (695 ff.); *Geppert*, Die versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB), Jura 1997, 546 (548).

132 Vgl. *Hinderer*, a.a.O.; *Joecks*, in: MüKo StGB (Fn. 13), § 30 Rn. 14.

133 Vgl. *Rosenau*, Die Neuausrichtung der passiven Sterbehilfe, in: Bernsmann/Fischer (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag, 2011, 547 (555 f.); vertiefend *Schneider*, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1997, S. 83 ff.

134 BGH, NJW 2010, 2963 (2963 ff.).

135 Siehe zur Verdeutlichung der Frage im Fall *Putz*: *Dolling*, Gerechtfertigter Behandlungsabbruch und Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ZIS 2011, 345 (346 f.); deutlicher *Eidam*, Wider die Bevormundung eines selbstbestimmten Sterbens, GA 158 (2011), 232 (239 f.); *Rosenau*, in: FS Rissing-van Saan (Fn. 133), 587 (557).

136 Dargestellt in *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht (Fn. 91), Rn. 280 ff.; ebenso *Schneider* (Fn. 133), S. 84 f., 169 f., vertretend 175 f.; unter Anwendung der „Schwerpunkt-Formel" BGHSt, 40, 257 (265 ff.).

137 Vgl. *Uhlig/Joerden*, Die Systematik der Sterbehilfe, Ad Legendum 2011, 369 (373).

138 *Eidam* (Fn. 135), GA 158 (2011), 232 (240); *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 705; BGH, NJW 2010, 2963 (2967).

139 BGH, NJW 2010, 2963 (2966 f.).

140 Die nicht etwa dadurch aufgegeben wurde, was an BGHSt 56, 277 (286), zu erkennen ist.

141 Siehe *Wessels/Beulke/Satzger*, StR AT (Fn. 1), Rn. 702.

142 Vgl. exemplarisch *Gropp*, StR AT (Fn. 71), § 11 Rn. 65 ff.

143 Vgl. *Samson*, in: FS Welzel (Fn. 64), 579 (598).

144 Vgl. *Jakobs*, StR AT (Fn. 76), 7. Abschn. Rn. 61 ff., 64; zum anderen Ergebnis kommt *Merkel*, in: FS Herzberg (Fn. 60), 177 (222 f.), für den es auf ein Geltendmachen der aus diesen Pflichten fließenden Rechte ankommt (vgl. 221 f.); ähnlich *Bockelmann* (Fn. 85), S. 112, 124 (Anm. 45).

145 Vgl. nur *Schneider* (Fn. 133), S. 166 f.

bb) Kausalität und objektive Zurechenbarkeit

Das Abschalten der Herz-Lungen-Maschine wäre zudem zweifelsfrei kausal, da es nicht weggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten Form entfiele.

Die aus einer Abkapselung der O von der Maschine entstehende Gefahr ist schon aufgrund der Pflicht zur Behandlung rechtlich relevant. Diese Gefahr liegt in der geringeren Überlebenschance der O von der, aufgrund der lebensbedrohlichen Lage, auszugehen ist. Diese Gefahr hätte sich im konkreten Erfolg realisiert.

cc) Heimtücke

Fraglich ist, ob N auch ein Mordmerkmal verwirklicht hat. In Betracht kommt hier zunächst das Merkmal der Heimtücke. Heimtücke ist (jedenfalls) das bewusste Ausnutzen der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit des Opfers.[146] Schon das konstitutive Merkmal der Arglosigkeit ist hier ein Problem: Arglos ist, wer sich zum konkreten Tatzeitpunkt keines Angriffes auf sein Leben oder seine körperliche Unversehrtheit versieht.[147] O ist jedoch bewusstlos, so dass sich Zweifel ergeben, ob sich überhaupt eine Fähigkeit zum Argwohn vermerken lässt. Im Fall von im Schlaf Getöteten wurde vom BGH vertreten, dass diese ihre Arglosigkeit oder den Argwohn mit in den Schlaf genommen hätten.[148] Für den Fall der Bewusstlosigkeit wurde das indes nicht angenommen.[149] In der Literatur wird oft eine Gleichbehandlung in die eine oder andere Richtung gefordert.[150] Entscheidend sei dabei, ob im konkreten Zeitpunkt ein positives Bewusstsein über vermeintliche Sicherheit bestehen muss oder ob schlicht das Fehlen von aktuellem Argwohn relevant sei.[151] Ein positives Gefühl der Arglosigkeit wird sonst nicht verlangt.[152] Im Bewusstsein Schlafender oder Bewusstloser ist es nur durch Fiktion erkennbar und ihr Fehlen beruht somit nicht etwa auf dem Fehlen von Argwohn, sondern von der konstitutiven Fähigkeit zum Argwohn.[153] Vor diesem Hintergrund kann für O keine Fähigkeit zum Argwohn festgestellt werden. Heimtücke scheidet aus.

dd) Vorsatz

Auch direkter Vorsatz wäre anzunehmen, hätte N das Geld genommen und daraufhin die Behandlung der O abgebrochen. Der Eintritt des Todes wäre aus medizinischer Sicht mehr als wahrscheinlich gewesen.

ee) Habgier

N könnte zudem das subjektive Mordmerkmal der Habgier erfüllt haben. Habgier ist ein besonders verwerfliches Streben nach wirtschaftlichen Vorteilen, bei dem der Täter aus eigensüchtigem Streben nach materiellen Gütern buchstäblich über Leichen geht.[154] Regelmäßig wird dieses angenommen, wenn sich jemand für die Tötung eines Menschen bezahlen lässt.[155] N hätte sich das angebotene Geld von V geben lassen. Die Tötung der O wäre auf Bezahlung erfolgt. N würde damit aus Habgier töten.

b) Rechtswidrigkeit

Rechtfertigende Umstände kämen nicht mehr in Betracht. [*Anm. d. Red.: Die Bearbeitung zeigt überwiegend das richtige Problembewusstsein. Der Aufbau gelingt indes nicht optimal. Eine Vorprüfung bietet sich hier eher nicht an. Stattdessen müsste der Tatentschluss des V hinsichtlich eines vorsätzlichen rechtswidrigen Verbrechens seitens des N geprüft werden. Im Rahmen einer solchen Inzidentprüfung wäre der Bearbeiter auf ein Hauptproblem des Falles gestoßen, nämlich auf die Frage, ob N sich hätte entscheiden dürfen, die Behandlung der O abzubrechen, um stattdessen die S zu retten.*]

c) Schuld

Die Schuld ausschließende Umstände wären nicht ersichtlich.

2. Zwischenergebnis

N hätte sich präsumtiv eines Mordes aus Habgier strafbar gemacht. Nach seiner Sicht erweist sich die Haupttat damit als Verbrechen.

II. Tatentschluss

Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass V den N direkt darum bat, die Behandlung der O abzubrechen. Ihm war damit das aktive Vorgehen bewusst. Auch, dass sich durch das Abbrechen einer als lebensnotwendig erkannten Behandlung die Überlebenschancen der O erheblich verringern, ist ein lebensnaher Schluss und muss von V erkannt werden, womit er den Tod der O als sichere Folge seines und des erhofften Handelns des N erkannt hat. Ein Vorsatz bezüglich der Anstiftungshandlung, also den Willen zum Hervorrufen des Tatentschlusses,[156] lässt sich schon in dem bewussten und gewollten Angebot des Geldes erkennen. Auch die Habgier des N ist von der Absicht

146 Vgl. noch erweitert *Geppert*, Zum Begriff der „heimtückischen" Tötung in § 211 StGB, Jura 2007, 270 (272 ff.).

147 Vgl. *Geppert* (Fn. 146), Jura 2007, 270 (272 f.); vgl. BGHSt 33, 363 (364 ff.).

148 BGHSt 23, 119 (120).

149 BGH, NJW 1966, 1823 (1824).

150 Für eine Argwohnfähigkeit *Geppert* (Fn. 146), Jura 2007, 270 (273); a.A. *Küper*, „Heimtücke" als Mordmerkmal – Probleme und Strukturen, JuS 2000, 740 (745).

151 *Geppert* (Fn. 146), Jura 2007, 270 (273); *Küper* (Fn. 150), JuS 2000, 740 (745); *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 211 Rn. 173.

152 So auch *Schneider*, in: MüKo StGB (Fn. 151), § 211 Rn. 173 mit dem Hinweis auf damit verbundene Beweisschwierigkeiten.

153 Vgl. insgesamt so *Küper* (Fn. 150), JuS 2000, 740 (745); i.E. auch *Schneider*, in: MüKo StGB (Fn. 151), § 211 Rn. 168.

154 BGH, NJW 1981, 932 (932 f.).

155 Vgl. insgesamt dazu *Kühl*, Die drei speziellen niederen Beweggründe, des § 211 II StGB, JA 2009, 566 (570 f.); *Schneider*, in: MüKo StGB (Fn. 151), § 211 Rn. 63; siehe auch für ein anderes Ergebnis BGH, NJW 1981, 932 (933); vgl. BGH, NStZ 2006, 34 (35).

156 *Joecks*, in: MüKo StGB (Fn. 13), § 25 Rn. 74.

des V erfasst, da er diesem ganz bewusst und gewollt das Geld für den Abbruch der Behandlung der O anbot.

Fraglich ist nun, ob V selbst ein Mordmerkmal verwirklicht hat. Ein Mord aus Habgier ist wegen eines fehlenden Gewinnstrebens des V nicht ersichtlich.

1. Sonstige niedere Beweggründe

V tat dies aber, um sich die intime Gunst der Mutter der S durch deren Rettung zu erhalten. Fraglich ist, ob V damit das Merkmal der sonstigen niederen Beweggründe verwirklicht hat. Diese sind auf sittlich niedrigster Stufe stehende Motive, die sich durch eine hohe Verwerflichkeit kennzeichnen.[157] Dabei ist eine Gesamtwürdigung aller für die Tat relevanten Faktoren (Tätersituation und -persönlichkeit, Umstände der Tat) notwendig.[158] Stellt sich aus dieser Abwägung heraus, dass das Verhalten des Täters, sein verfolgter Zweck und das dafür verwendete Mittel (Tötung eines Menschen) nicht mehr nachvollziehbar ist, so ist das Merkmal erfüllt.[159]

Hier handelt V primär um die intime Beziehung zu M aufrecht zu erhalten. Als Zwischenziel hat V dabei aber auch die Rettung der S im Blick. Um sein Ziel zu erreichen bedarf es für den V nicht unbedingt den Tod der O. Dieser ist für V keine notwendige, sondern eine hingenommene Nebenbedingung. Sein eigentliches Mittel wäre damit die rettende Behandlung der S. Das ist ein nachvollziehbares Motiv, da eine Abwägung zweier Leben, die V hier praktisch vornimmt, zwar von Staat und Rechtsordnung nicht hingenommen werden kann, aber auf einer deontologischen Haltung beruhen. Dass sich V eher der M und ihrer Tochter S verpflichtet fühlt und sich für sie einsetzt, ist nachvollziehbar und somit nicht als auf sittlich niedrigster Stufe stehend verwerflich. V hat nicht aus sonstigen niederen Beweggründen gehandelt.

2. Akzessorietät

In der präsumtiven Haupttat liegt ein Mord, ein Verbrechen i.S.v. § 12 I StGB vor. Fraglich ist, ob eine teilnahmebedingte Zurechnung des Mordes zu V, konkret des besonderen persönlichen Merkmales der Habgier (als täterbezogenes Merkmal)[160], möglich ist, was die Frage der Grenzen der Akzessorietät der Teilnahme aufwirft.[161] Diese liegen in § 28 StGB. Für die Anwendung von § 28 StGB ist zu klären, ob es sich bei § 211 StGB um eine Qualifikation handelt oder ob § 211 StGB ein eigenständiger Straftatbestand ist.[162] Die Rechtsprechung nimmt Letzteres an und sieht die Merkmale als strafbegründend an (§ 28 I StGB).[163] Die Literatur sieht § 211 StGB hingegen als Qualifikation und die Merkmale als strafmodifizierende, besondere persönliche Merkmale (§ 28 II StGB).[164] Fraglich ist also, ob und wenn ja, welche Mordmerkmale V verwirklicht hätte.

V hat keine besonderen persönlichen Merkmale verwirklicht. Er wäre nach der Rechtsprechung wegen versuchter Anstiftung zum Mord strafbar. Seine Strafe müsste zweifach gemildert werden: wegen der gemilderten Akzessorietät (§ 28 I StGB) und des Versuchs der Anstiftung (§ 30 I 2 StGB). Es wäre nach § 49 I Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3 2. Alt StGB ein Strafrahmen von sechs Monaten bis zu acht Jahren und fünf Monaten anzuerkennen. Nach der Literatur wäre er wegen versuchter Anstiftung zum Totschlag zu verurteilen. Die Strafe wäre wegen § 30 I 2 StGB nach § 49 I Nr. 1 StGB einmal auf einen Strafrahmen von zwei bis elf Jahren und drei Monaten zu mildern. Da sowohl bei N als auch bei V (nach allen Ansichten) ein Verbrechen vorläge, kommt es auf den Streit um die relevante Sicht, nach der die präsumtive Haupttat ein Verbrechen sein muss, nicht an.

3. Streitentscheid

Die Streitfrage nach der limitierten Akzessorietät stellt sich dennoch. Hier sprechen die besseren Gründe für die Ansicht der Literatur: Die Rechtsprechung führt zwar für ihren Standpunkt den systematischen Platz des § 211 StGB vor § 212 StGB im Gesetz an.[165] Diese Position lässt sich aber auch aus der Symbolik des § 211 StGB heraus erklären.[166] Auch das angeführte Wortlaut-Argument, nachdem der Begriff des „Mörders“ für eine Eigenständigkeit der Norm spricht,[167] erweist sich als unzutreffend, da die dahinter stehende Tätertypenlehre nicht mehr vertreten wird.[168] Zudem sind die Ergebnisse, die durch die Lehrmeinung erzielt werden, deutlich überzeugender, wie etwa die Fälle der sog. „gekreuzten Mordmerkmale“ zeigen.[169] Aber auch das hiesige Ergebnis kann nicht überzeugen: Eine versuchte Anstiftung zum verwerflichen Mord wird milder bestraft, als die versuchte Anstiftung zum weniger verwerflichen Totschlag.[170] Der BGH möchte diesem Wertungswiderspruch mit einer Sperrwirkung bei der Konkurrenz entgegentreten, die sich aus dem Unrechtsgehalt des

157 BGHSt 47, 128 (130).

158 BGHSt 35, 116 (127).

159 Vgl. *Kühl*, Die sonst niederen Beweggründe des § 211 II StGB, JuS 2010, 1041 (1042 f.) m.w.N.

160 *Engländer*, Die Teilnahme an Mord und Totschlag, JA 2004, 410 (410); *Geppert/Schneider*, Mordmerkmale und Akzessorietät der Teilnahme (§ 28 StGB), Jura 1986, 106 (107).

161 Vgl. dazu *Geppert/Schneider* (Fn. 160), Jura 1986, 106 (107).

162 *Kaspa/Broichmann*, Grundprobleme der Tötungsdelikte – Teil 1, ZJS 2013, 249 (250); vgl. *Engländer* (Fn. 160), JA 2004, 410 (410 ff.); *Geppert/Schneider* (Fn. 160), Jura 1986, 106 (108).

163 Exemplarisch BGH, NStZ 2006, 288 (290); BGH, NStZ 1981, 299 (299).

164 *Kaspa/Broichmann* (Fn. 162), ZJS 2013, 249 (249); *Engländer* (Fn. 160), JA 2004, 410 darstellend (411) befürwortend (412); *Geppert/Schneider* (Fn. 160), Jura 1986, 106 (108).

165 Darstellend *Sinn*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 8. Aufl. 2012, § 211 Rn. 2.

166 *Kaspa/Broichmann* (Fn. 162), ZJS 2013, 249 (249)

167 BGHSt 1, 368 (370 f.); BGHSt 36, 231 (233).

168 *Kaspa/Broichmann*, a.a.O.; vgl. *Geppert/Schneider* (Fn. 160), Jura 1986, 106 (108).

169 Vgl. *Kaspa/Broichmann* (Fn. 162), ZJS 2013, 249 (251); *Geppert/Schneider* (Fn. 160), Jura 1986, 106 (109).

170 So *Puppe*, „Sperrwirkung“ für Mindeststrafe bei versuchter Anstiftung zum Mord – Anmerkung zu BGH, Urteil v. 24. 11. 2005 – 4 StR 243/05, NStZ 2006, 288 (290).

Totschlages ergibt, welche im Mord enthalten sei.[171] Damit erkennt der BGH aber gewissermaßen an, dass der Mord eine Qualifikation des Totschlages ist; denn das Konkurrenzinstitut der Sperrwirkung ist eben für Fälle gedacht, in denen dem Täter die Verwirklichung eines Qualifikationsmerkmales vom Strafmaß her zugutekäme.[172]

Der Literatur ist zuzustimmen. Die Mordmerkmale sind Qualifikationsmerkmale. Die Akzessorietät zur präsumtiven Haupttat wird nach § 28 II StGB unterbrochen.

II. Unmittelbares Ansetzen

Der Streit, ob ein unmittelbares Ansetzen schon mit dem ersten Kommunikationsakt des Anstifters oder erst mit dem ersten Verstehen des Anzustiftenden vorliegt,[173] bedarf hier keine Entscheidung, da in dem Ablehnen des N klar erkennbar ist, dass er das Angebot des V verstanden hat und somit beide Ansichten zum selben Ergebnis gelangen.

III. Rechtswidrigkeit und Schuld

Gegen die Rechtswidrigkeit und Schuld des V sprechende Gründe sind nicht ersichtlich.

IV. Zwischenergebnis

V hat sich einer versuchten Anstiftung des N zum Totschlag gegen O schuldig gemacht.

C. §§ 333 I, 334 I 1, 335 I Nr. 1 b), II Nr. 1 StGB

V könnte sich zudem eines besonders schweren Falls der Bestechung strafbar gemacht haben, als er dem N für den Abbruch der Behandlung der O 10.000 € anbot.

I. Tatbestand

Zunächst müsste N ein tauglicher Begünstigter i.S.v § 333 I StGB gewesen sein. Dieser kommt bei beamteten Krankenhausärzten regelmäßig gem. § 11 I Nr. 2 a) StGB in Betracht.[174] N ist ein solcher Arzt.

Als Tathandlung kommt hier das Anbieten eines Vorteils in Betracht.[175] Der Streit zum Anbieten eines Vorteils, ob der Zugang oder die Kenntnisnahme des Vorteilszuempfangenden entscheidend sein soll,[176] kann hier vor dem Hintergrund dahinstehen, dass N das Angebot des V als solches einer Vorteilsgewährung abgelehnt, folglich zur Kenntnis genommen hat, womit beide Ansichten erfüllt sind.

Das angebotene Geld des V kann unproblematisch als Vorteil angesehen werden, da es sich dabei um eine wirtschaftlich besser stellende Leistung handelt, auf die aber kein rechtlicher Anspruch besteht.[177]

Auch handelt es sich bei der von V erwünschten Handlung um eine Dienstausübung des N: Die Notfallversorgung liegt zweifelsfrei im Bereich der typischen Diensttätigkeit eines Notarztes.[178] Ebenso zeigen sich ob der Direktheit des V in seinem Angebot (Geld=Vorteil gegen Rettung der S=Dienstausübung) keine Zweifel an einem Beziehungsverhältnis zwischen beiden.[179]

Allerdings hätte V auch Vorsatz bezüglich der Amtsträgerstellung des N haben müssen.[180] Dieser kann hier auch nicht bedingt angenommen werden. Für den V eröffnen sich keine ersichtlichen Hinweise für die beamtete Tätigkeit am nahen städtischen Klinikum (Nummernschild des Notarztwagens oder persönliche Bekanntschaft). In einer Unfallsituation ist jedoch nicht anzunehmen, dass die Beteiligten am Unfallort erkennen, von welchem Krankenhaus oder sonstigen Einrichtung das Rettungspersonal kommt. Zumal nicht jeder Arzt an einem Klinikum zwangsläufig verbeamtet sein muss.[181] Ein bedingter Vorsatz des V bezüglich der Amtsträgerstellung des N lässt sich damit nicht erkennen. [*Anm. der Red.: Die Lösungsskizze bejaht den § 334 StGB, ohne auf das hier aufgeworfene Problem des Vorsatzes hinsichtlich der Amtsträgerschaft einzugehen. Die hier vertretene Lösung ist allerdings ebenfalls gut vertretbar.*]

II. Zwischenergebnis

V hat sich nicht der Vorteilsgewährung und damit auch nicht den Qualifikationen strafbar gemacht.

Endergebnis

V hat sich einer versuchten Anstiftung zum Totschlag gem. §§ 212 I, 12 I, 30 I StGB strafbar gemacht.

171 BGH, NStZ 2006, 288 (290).

172 *Puppe* (Fn. 170), NStZ 2006, 288 (290).

173 Vgl. *Joecks*, in: MüKo StGB (Fn. 13), § 30 Rn. 35 ff.; *Hinderer* (Fn. 128), JuS 2011, 1072 (1073 f.).

174 Siehe *Sowada*, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, § 331 Rn. 12; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht (Fn. 91), § 13 Rn. 5; vgl. auch BGHSt 57, 202 (208); OLG Hamburg, StV 2001, 277 (278).

175 Zum Versprechen oder Gewähren vgl. *Sowada*, in: LK StGB (Fn. 174), § 333 Rn. 8 f. m.w.N.

176 Vgl. *Sowada*, in: LK StGB (Fn. 174), § 333 Rn. 5 ff. m.w.N.

177 BGHSt 31, 264 (279 f.); BGH, NStZ 2008, 216 (217).

178 Vgl. *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht (Fn. 91), § 13 Rn. 17; OLG Karlsruhe, NJW 1983, 352 (352 f.), in dem es um die Amtsdienste eines Chefarztes ging. Hier geht es gerade nicht um solche organisatorisch/leitende Tätigkeiten im Krankenhaus, sondern um die unmittelbare Patientenbehandlung, die durch einen einfachen Fach- und Notarzt wie N vorzunehmen ist.

179 Vgl. zum Kriterium *Sowada*, in: LK StGB (Fn. 174), § 333 Rn. 14 ff.

180 Zum Erfordernis vgl. *Joecks*, Studienkommentar StGB, 10. Aufl. 2012, § 334 Rn. 5; *Sowada*, in: LK StGB (Fn. 174), § 333 Rn. 19.

181 Vgl. *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht (Fn. 91), § 13 Rn. 6 ff.