

# Fortgeschrittenenhausarbeit: Eiskalt

Von Prof. Dr. Christoph Sowada, Greifswald

Der vorliegende Fall wurde im Wintersemester 2014/2015 als Hausarbeit in der strafrechtlichen Fortgeschrittenenübung ausgegeben. Den hauptsächlich Problemschwerpunkt – neben der objektiven Zurechnung in Retterfällen – bildet die rechtfertigende Pflichtenkollision in einer sog. Triage-Situation. Diese Thematik ist gegenwärtig vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie Gegenstand intensiver strafrechtsdogmatischer Diskussionen.<sup>1</sup> Die Durchfallquote lag bei 40,6 %.

## I. Sachverhalt

Während einer Klassenfahrt begibt sich die 17-jährige 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, die die beiden Schülerinnen aus dem Eis rettet, 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.

<sup>1</sup> Vgl. Engländer/Zimmermann, NJW 2020, 1398 ff.; Gaede/Kubicel/Saliger/Tsambikakis, medstra 2020, 129 ff.; Hoven, JZ 2020, 449 ff.; Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151 ff.; Merkel/Augsberg, JZ 2020, 704 ff.; Rönau/Wegner, JuS 2020, 403 ff.; siehe auch Taupitz, MedR 2020, 440 ff. und Sowada, NStZ 2020, 452 ff.

## Frage

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

## Lösungsvorschlag

### A. Strafbarkeit der S

*Hinweis:* Da N der O die optimale medizinische Versorgung zuwendet, scheidet sein Verhalten als möglicher Zurechnungsausschlussgrund aus. Deshalb ist die Prüfung mit S als Tatnächster zu beginnen.

### I. Strafbarkeit gemäß § 222 StGB

*Hinweis:* Da ein Tötungsvorsatz evident fehlt, ist eine (bei ganz knapper Darstellung zu tolerierende) Verneinung des § 212 StGB entbehrlich.

S könnte sich wegen fahrlässiger Tötung nach § 222 StGB strafbar gemacht haben, indem sie das Eis betrat.

#### 1. Tatbestand

##### a) Kausalität

Das Betreten der Eisfläche kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass die O ihrerseits das Eis betreten hätte, eingebrochen wäre und sich hierdurch die tödlichen Unterkühlungen zugezogen hätte. Da im Strafrecht auch psychisch vermittelte Kausalverläufe anzuerkennen sind,<sup>2</sup> ist die Handlung der S für den eingetretenen Tod der O kausal.

##### b) Sorgfaltspflichtverletzung

S müsste auch eine Sorgfaltspflicht verletzt haben. Hierfür ist auf die Anforderungen abzustellen, die in Ansehung der konkreten Situation bei einer Ex-ante-Betrachtung der Gefahrenlage an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen aus dem Verkehrskreis des Täters zu stellen sind.<sup>3</sup> Eine Eisfläche unter Missachtung von Warnschildern und Verboten zu betreten, stellt eine klare Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dar. S hat mithin objektiv sorgfaltswidrig gehandelt.

<sup>2</sup> Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 9; Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 31 f.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, Rn. 230; krit. Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 125 ff. Speziell zu Retterfällen (etc.) Strasser, Die Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgungsfällen im Strafrecht, 2008, S. 42 f., 173 ff.

<sup>3</sup> Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2019, § 52 Rn. 15.

c) Objektive Zurechnung

Ferner müsste der eingetretene Erfolg der S objektiv zuzurechnen sein. Allgemein bedarf es hierfür grundsätzlich der Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos, das sich im konkreten Erfolg realisiert hat.<sup>4</sup> Ob der S der Tod der O objektiv zugerechnet werden kann, erscheint unter dem Gesichtspunkt der sog. Retter(un)fälle<sup>5</sup> fraglich. Hiernach könnte eine Zurechenbarkeit des Todes zu verneinen sein, wenn er Ausdruck einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung der O wäre.

aa) Retterschäden bei rechtlicher Hilfespflicht

An einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung könnte es fehlen, wenn O rechtlich verpflichtet gewesen wäre, sich ihrerseits auf das Eis zu begeben, um der S zu helfen.<sup>6</sup> Das Näheverhältnis zwischen Mitschüler(inne)n begründet keine gegenseitige Garantenstellung; das gilt – wie der vergleichende Blick auf Zweck-Wohngemeinschaften zeigt<sup>7</sup> – auch bei gemeinsamen Klassenfahrten. Obwohl O im Sachverhalt nicht lediglich als Klassenkameradin, sondern als „Freundin“ der S bezeichnet wird, genügt auch diese nicht näher spezifizierte Angabe nicht für die Annahme einer Garantenstellung.<sup>8</sup> Mangels hinreichender Gefahrintensität (Spaziergang am See) scheidet der Aspekt einer Gefahrengemeinschaft als Entstehungsgrund für eine Garantenstellung ebenfalls aus.<sup>9</sup> Eine Garantenpflicht der O zur Rettung der S ist mithin zu verneinen.

Allerdings könnte sich eine Rettungspflicht der O aus § 323c StGB ergeben. Ein Unglücksfall im Sinne eines plötzlich eintretenden Ereignisses, das erhebliche Gefahren für

Personen mit sich bringt,<sup>10</sup> liegt bei der ins Eis eingebrochenen S vor. Da sich die Erforderlichkeit der Hilfeleistung aus einer Ex-ante-Perspektive bemisst, steht der Tatbestandsmäßigkeit nicht entgegen, dass sich der Eintritt der befürchteten Folge aus der Rückschau als unvermeidbar erweist.<sup>11</sup>

*Hinweis:* Immerhin erscheint auch eine Verneinung der Erforderlichkeit mit dem Argument als (zweifelhaft, aber noch) vertretbar, es sei (in dubio pro reo) anzunehmen, dass der O keine ex ante erfolgsgerechte Rettungshandlung zur Verfügung stand.<sup>12</sup>

Allerdings müsste die Rettungshandlung auch zumutbar gewesen sein.

*Hinweis:* Nach h.M. ist die Zumutbarkeit im Rahmen des § 323c StGB als Tatbestandsmerkmal einzuordnen.<sup>13</sup> Wollte man mit der Gegenansicht ein Schuldmerkmal annehmen und hieraus das Bestehen einer Hilfespflicht ableiten, würde dies (erst recht) zur Bejahung der objektiven Zurechnung führen.

Die hiermit gezogene normative Belastungsgrenze ist insbesondere dann erreicht, wenn der potentielle Helfer den einem Verunglückten drohenden Schaden nur auf Kosten eines mit gleicher Wahrscheinlichkeit drohenden entsprechenden eigenen Schadens vermeiden kann.<sup>14</sup> Das brüchige Eis hat die S nicht getragen; gerade schon gebrochenes Eis trägt nur bedingt an den Rändern. Ohne Ausrüstung kann O kaum direkte Hilfe leisten. Einzig denkbar ist das Nutzen von Kleidungsstücken oder langen Ästen zur Hilfe der S. Dazu ergibt sich aber nichts aus dem Sachverhalt, möglicherweise hat gerade diese Hilfe O einbrechen lassen. O musste sich in jedem Fall ganz erheblichen eigenen Risiken aussetzen. Die Zumutbarkeit ist somit zu verneinen. Eine Pflicht gemäß § 323c StGB zur Rettung ist damit nicht gegeben.

bb) Retterschäden bei freiwilligem Rettungshandeln

Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen die Retterschäden auch bei einer freiwilligen Rettung zugerechnet werden können, ist umstritten. Überwiegend rechnet man die beim Retter entstandenen Folgen zu, wenn ein „einsichtiges Motiv zu gefährlichen Rettungshandlungen“ gesetzt wurde, nicht hingegen, „wenn es sich um einen von vornherein sinnlosen und unverhältnismäßig riskanten Rettungsversuch handelt“.<sup>15</sup>

<sup>4</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 25; Rengier (Fn. 3), § 13 Rn. 46.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988 (Reprint 2012), S. 472 ff.; Kühl (Fn. 2), § 4 Rn. 96 (m.w.N.); Satzger, Jura 2014, 695 ff.; Walter, in: Cirenner u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 116 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Jäger, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 145; Rengier (Fn. 3), § 52 Rn. 49; Roxin, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 909 (912); Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 15 Rn. 168.

<sup>7</sup> BGH NSZ 1983, 117; BGH NJW 1987, 850; Kühl (Fn. 4), § 18 Rn. 64; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 2), Rn. 1182.

<sup>8</sup> Vgl. Kühl (Fn. 2), § 18 Rn. 63; Ransiek, JuS 2010, 585 (588); Rengier (Fn. 3), § 50 Rn. 25; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 60.

<sup>9</sup> Vgl. Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 13 Rn. 24; Kühl (Fn. 2), § 18 Rn. 67; Rengier (Fn. 3), § 50 Rn. 26.

<sup>10</sup> Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 323c Rn. 5; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 323c Rn. 2.

<sup>11</sup> BGH NSTz 2016, 153; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 21. Aufl. 2020, § 42 Rn. 9.

<sup>12</sup> Vgl. Hecker (Fn. 10), § 323c Rn. 17.

<sup>13</sup> Vgl. Kühl (Fn. 10), § 323c Rn. 7 (m.w.N.).

<sup>14</sup> Freund, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 323c Rn. 94; Hecker (Fn. 10), § 323c Rn. 19.

<sup>15</sup> BGHSt 39, 322 (325 f.); OLG Stuttgart NSTz 2009, 331 (332) m. Anm. Puppe; Freund, in: Joecks/Miebach (Hrsg.),

Ein „einsichtiges Motiv“ ist unter anderem die Gefährdung nahestehender Personen.<sup>16</sup> Aber auch die Lebensgefährdung der Freundin lässt sich hierunter insbesondere dann noch fassen, wenn man auch den bloß moralisch wirkenden Motivationsdruck als ausreichend ansieht.<sup>17</sup> Der Umstand, dass die Rechtsordnung den Rettungsversuch von der O angesichts der für sie damit verbundenen eigenen Gefahren nicht verlangt, macht ihr insoweit überobligatorisches Handeln weder sinnlos, noch handelt es sich allein deshalb um einen per se unverhältnismäßig riskanten Rettungsversuch.<sup>18</sup>

Andere Stimmen beschränken die Zurechenbarkeit auf rettungspflichtige Opfer, verneinen sie hingegen in Bezug auf Schäden, die ein Retter infolge eines überobligationsmäßigen Einsatzes erleidet.<sup>19</sup> Nur die Folgen eines von der Rechtsordnung erwarteten Verhaltens dürften zur Zurechnung führen.<sup>20</sup> Dieser strikten Grenzziehung ist jedoch entgegenzuhalten, dass auch nicht erzwungene Rettungshandlungen sozial erwünscht sein können;<sup>21</sup> dies rechtfertigt die normative Inanspruchnahme des für die Herbeiführung der Gefahrenlage Verantwortlichen zugunsten des schutzwürdigen altruistischen Retters, dem der Entscheidungskonflikt aufgezwungen wurde.<sup>22</sup>

*Hinweis:* Die gegenteilige Auffassung ist ebenfalls vertretbar.

#### cc) Selbstgefährdung als Auslöser des Rettungshandelns

Die hier zu beurteilende Fallkonstellation weist die Besonderheit auf, dass die Aktivität der Retterin (O) nicht durch ein strafbares Verhalten der S gegenüber einem Dritten (z.B. durch eine Brandstiftung), sondern durch einen Akt der Selbstgefährdung ausgelöst wurde. Vor diesem Hintergrund ließe sich gegen eine Zurechnung anführen, der selbstverletzenden Handlung der S fehle die tatbestandliche Missbilligung.<sup>23</sup> Dies ändert freilich nichts an dem psychologischen Motivati-

onsdruck.<sup>24</sup> Ferner käme ein Rettungserfolg hier der „Vortäterin“ S unmittelbar zugute; dann erscheint es im Gegenzug auch angemessen, ihr (bis zur Grenze grober Unvernunft der O) auch die strafrechtliche Haftung für hierdurch ausgelösten Schäden aufzubürden.<sup>25</sup>

*Hinweis:* Die hier erörterte Besonderheit des selbstgefährdenden Vorverhaltens kann auch schon an früherer Stelle (ggf. sogar im Rahmen der Sorgfaltspflichtverletzung) angesprochen werden. Weil aber auch dieser Gesichtspunkt keine eindeutige Lösung erzwingt, spricht vieles dafür, die allgemeine Retterproblematik nicht vollständig auszublenken. Angesichts der herkömmlichen Unterscheidung zwischen tatbestandsloser Selbst- und einverständlicher Fremdgefährdung<sup>26</sup> wäre es weniger überzeugend, die Problematik unter dem Gesichtspunkt der Einwilligung abzuhandeln. Im Ergebnis ist eine Verneinung der objektiven Zurechnung bei entsprechender Begründung ebenfalls vertretbar.

#### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Das Verhalten der S war angesichts des Fehlens eines Rechtfertigungsgrundes rechtswidrig. Als 17-Jährige ist S nach § 3 JGG strafrechtlich grundsätzlich verantwortlich. Mangels konkreter Anhaltspunkte im Sachverhalt bestehen bezüglich des individuellen Reifegrads keine Bedenken. Vielmehr ist davon auszugehen, dass S (als „normale“ 17-Jährige) in der Lage war, das Unrecht des die Rettungsgefahren auslösenden Verhaltens zu erkennen und dementsprechend auf das Betreten des Eises zu verzichten. Damit ist auch die individuelle Vorwerfbarkeit als subjektives Fahrlässigkeitselement<sup>27</sup> zu bejahen.

#### II. Ergebnis

S hat sich der fahrlässigen Tötung der O gemäß § 222 StGB strafbar gemacht.

#### B. Strafbarkeit des N

*Hinweis:* Als nächstes sollte N geprüft werden, da für V und L in erster Linie eine Teilnahme strafbarkeit in Frage kommt. Wichtig ist, die beiden Betroffenen S und O sorgfältig auseinanderzuhalten: Die besser behandelte O stirbt, während die S trotz schlechterer Chancen überlebt. Die Prüfung gegenüber O dürfte fehlen; sie ist jedenfalls kurz zu halten. Gleiches gilt bezüglich der Untätigkeit gegenüber dem Ansinnen des V (s. zu IV.).

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 425; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 6), § 15 Rn. 168. Ähnlich *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 292; siehe auch *Sowada*, JZ 1994, 663 (665 f.).

<sup>16</sup> *Duttge*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 15), § 15 Rn. 158; *Rengier* (Fn. 3), § 52 Rn. 49.

<sup>17</sup> Vgl. *Freund* (Fn. 14), Vor § 13 Rn. 425; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 89 f.; *Puppe* (Fn. 2), Vor § 13 Rn. 186 (Einbeziehung „vernünftigen Heldentums“); *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 6), § 15 Rn. 168.

<sup>18</sup> Vgl. allerdings auch den Hinweis zu Fn. 12.

<sup>19</sup> So *Beckemper*, in: *Schünemann u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Strafrecht als Scientia Universalis, 2011, S. 397 ff. (409); *Roxin* (Fn. 6), S. 912 f., 914 ff.; *Strasser* (Fn. 2), S. 158 ff., 228 ff.

<sup>20</sup> *Strasser* (Fn. 2), S. 238, 245.

<sup>21</sup> *Frisch* (Fn. 5), S. 484.

<sup>22</sup> *Murmann* (Fn. 17), § 23 Rn. 89; *Satzger*, Jura 2014, 695 (705); *Sowada*, JZ 1994, 663 (665 f.); *Walter* (Fn. 5), Vor § 13 Rn. 117.

<sup>23</sup> *Strasser* (Fn. 2), S. 224; s.a. *Duttge* (Fn. 16), § 15 Rn. 158.

<sup>24</sup> *Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 6), Vor § 13 Rn. 101 f.; *Satzger*, Jura 2014, 695 (705 f.).

<sup>25</sup> Vgl. BGHSt 39, 322 (325 f.); *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 292.

<sup>26</sup> Allgemein hierzu *Eisele*, JuS 2012, 577 ff.

<sup>27</sup> Vgl. *Rengier* (Fn. 3), § 52 Rn. 83 ff.

**I. Strafbarkeit des N gegenüber O**

Die O ist zwar gestorben, ein Tötungsvorsatz (zu § 212 StGB) oder ein Fehlverhalten des N ihr gegenüber (zu § 222 StGB) sind aber offensichtlich zu verneinen. Der Sachverhalt enthält auch keine Anhaltspunkte dafür, dass N weitere erfolgversprechende Behandlungsmaßnahmen hätte ergreifen können.

**II. Strafbarkeit des N gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23, 13 StGB gegenüber S**

N könnte sich wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen gemäß §§ 212 Abs. 1, 22, 23, 13 StGB strafbar gemacht haben, indem er die (gleichwohl überlebende) S nicht behandelte.

*1. Tatbestand**a) Tatentschluss*

N müsste Tatentschluss, also Vorsatz bezüglich aller Merkmale des objektiven Tatbestandes des Totschlags, gehabt haben.

*aa) Tötungsvorsatz*

Indem N trotz erkannter Lebensgefahr von der an sich gebotenen Behandlung abgesehen hat, kommt ein bedingter Tötungsvorsatz des N in Betracht. Nach der insbesondere von der Rechtsprechung vertretenen Billigungstheorie muss der Täter hierfür in Abgrenzung zur (bewussten) Fahrlässigkeit den als nicht ganz fernliegend angesehenen Erfolgseintritt billigend in Kauf nehmen. Diesbezüglich wird auch ein „Billigen im Rechtssinne“ als hinreichend angesehen, bei welchem sich der Täter um des erstrebten Zieles willen mit dem ihm möglicherweise an sich unerwünschten Erfolg abfindet.<sup>28</sup> Dies entspricht in der Sache<sup>29</sup> der im Schrifttum überwiegend vertretenen Ernstnahmetheorie, nach welcher bedingt vorsätzlich handelt, wer den Erfolgseintritt ernsthaft für möglich hält und sich mit seinem Eintreten abfindet.<sup>30</sup> N hat den lebensbedrohlichen Zustand der S wahrgenommen und notfalls sogar ihren Tod hingenommen, um das von ihm verfolgte Ziel (vorrangige Behandlung der O) erreichen zu können. Er handelte somit nach beiden dargestellten Ansichten (und ebenso nach den weiteren Abgrenzungstheorien)<sup>31</sup> mit bedingtem Tötungsvorsatz.

Die Vorstellung des N bezog sich auf das Unterlassen einer ihm grundsätzlich möglichen und von ihm für erforderlich gehaltenen Rettungshandlung.

*Hinweis:* Dass S tatsächlich auch ohne Maschine überlebt hat, ist nicht von Belang; wichtig ist nur die Vorstellung des N.

Angesichts des medizinisch vergleichbaren Zustands beider Schülerinnen ging N davon aus, durch einen Einsatz der Herz-Lungen-Maschine zugunsten der S deren Leben (ebenso wie alternativ jenes der O) retten zu können. Daher umfasste der Vorsatz des N auch auf die Quasi-Kausalität seines Unterlassens.<sup>32</sup>

*bb) Vorsatz bezüglich der Garantenstellung*

Der Vorsatz des N müsste sich auch auf eine Garantenstellung bezogen haben. Hierfür kommen unterschiedliche Anknüpfungspunkte in Betracht.

Zum einen ist an die tatsächliche Übernahme einer Schutzpflicht durch Behandlung<sup>33</sup> der S zu denken. Fraglich ist, ob N bereits mit einer Behandlung der S begonnen hat. Zwar wird man im Allgemeinen auch die einer Behandlung vorgelagerte Diagnostik schon zur Behandlung zählen können. Hier besteht aber die Besonderheit, dass die erste Sichtung gerade der Einschätzung dienen sollte, *wer* (und nicht lediglich *wie*) behandelt werden sollte. Insoweit verhält es sich ähnlich wie bei der informatorischen Befragung durch Polizeibeamte, die noch nicht als Vernehmung angesehen wird.<sup>34</sup> Deshalb dürften die besseren Argumente dafür sprechen, eine Garantenstellung aus tatsächlicher Übernahme im Hinblick auf eine begonnene Behandlung zu verneinen.<sup>35</sup>

Als weiterer Anknüpfungspunkt für eine – entweder ebenfalls auf dem Gedanken der tatsächlichen Übernahme oder aber einer garantenpflichtbegründenden Amtspflicht basierenden – Garantenstellung kommt die Stellung des N als (beamteter) Notarzt in Betracht. So wird für den Bereitschaftsarzt während der von ihm übernommenen Dienstzeit eine Garantenstellung überwiegend bejaht.<sup>36</sup> Er hat einen Posten übernommen, auf den die Bevölkerung vertraut und vertrauen darf. Diese Pflicht beginnt in einer konkretisierten Form, sobald Personen sich (oder auch stellvertretend durch einen von Dritten abgesetzten Notruf) von ihm ärztliche Hilfe

<sup>32</sup> In seiner (insoweit vereinzelt) Entscheidung zum Göttinger Organallokationsskandal (BGHSt 62, 223 [242 f.]) verlangt der BGH, dass der Unterlassungstäter den Rettungserfolg der von ihm unterbliebenen Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorhersehen muss. Hiergegen (weil dadurch der *dolus eventualis* im Unterlassungsbereich ausgehebelt würde) Sowada, in: Dünkel u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks, 2018, S. 163 (166 ff.).

<sup>33</sup> Bosch (Fn. 11), § 13 Rn. 28a; Kraatz, Arztstrafrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 143; Roxin (Fn. 8), § 32 Rn. 70.

<sup>34</sup> BGHSt 38, 214 (227 f.); Kölbl, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, § 163a Rn. 9 ff. S.a. (krit.) Beulke/Swoboda, Strafprozessordnung, 14. Aufl. 2018, Rn. 113, 118.

<sup>35</sup> Vgl. Brech, Triage und Recht, 2008, S. 340 f.

<sup>36</sup> BGHSt 7, 211 (212); Bosch (Fn. 9), § 13 Rn. 28a; Freund (Fn. 14), § 13 Rn. 173; Kühl (Fn. 2), § 18 Rn. 73 f.; Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2015, Rn. 138.

<sup>28</sup> BGHSt 7, 363 (369); 36, 1 (9).

<sup>29</sup> Murmann (Fn. 17), § 24 Rn. 25; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 2), Rn. 343.

<sup>30</sup> Kühl (Fn. 10), § 15 Rn. 24 (m.w.N.); Rengier (Fn. 3), § 14 Rn. 26; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 2), Rn. 341.

<sup>31</sup> Vgl. Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2020, Rn. 298 ff.; Hillenkamp/Cornelius, 32 Probleme aus dem Strafrecht – Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2017, 1. Problem (= S. 1 ff.).

erbitten. Diese Überlegungen gelten ebenso oder sogar erst recht

*Hinweis:* Denn hier entfällt die bezüglich des Bereitschaftsdienstes teilweise vorgenommene Beschränkung der Garantenstellung auf Patienten, die sich bereits zuvor in der Behandlung eines vertretenen Kollegen befunden haben.<sup>37</sup>

bezüglich des Notarzt- und Rettungsdienstes,<sup>38</sup> sodass der Tatentschluss des N im Ergebnis (auch bezüglich seiner Garantenstellung) zu bejahen ist.

#### b) Unmittelbares Ansetzen

Gewisse Schwierigkeiten ergeben sich ferner bezüglich des Versuchsbeginns bei unechten Unterlassungsdelikten.<sup>39</sup> Während insoweit vereinzelt das Verstreichenlassen der ersten<sup>40</sup> oder der letzten Rettungsmöglichkeit<sup>41</sup> als maßgeblich angesehen wird, stellt die zwischen diesen beiden Extrempunkten angesiedelte, heute ganz überwiegend vertretene Ansicht darauf ab, ob nach der Vorstellung des Täters das Opfer durch eine weitere Verzögerung der Rettungshandlung in eine unmittelbare Gefahr gerät<sup>42</sup> oder der Täter das Geschehen aus seinem Herrschaftsbereich entlässt.<sup>43</sup> Hier erkennt der N durchaus, dass S (ebenso wie O) aufgrund der erlittenen Unterkühlungen der sofortigen Versorgung mittels des Herzkreislauf-Apparates bedarf. Dass er von der optimalen Hilfe zugunsten der S absieht, um der O zu helfen, ist im Rahmen der Pflichtenkollision zu erörtern (dazu sogleich). Das bedeutet aber nicht, dass N sich vorgestellt hätte, er könne die zur Rettung der S erforderlichen Maßnahmen noch aufschieben. Überdies begegnet die auf die letzte Eingriffsmöglichkeit rekurrierende Ansicht durchgreifenden dogmatischen Bedenken, weil sie es (vom weitgehenden Ausblenden der Rück-

trittsmöglichkeit abgesehen) dem Täter gestatten würde, mit dem zu schützenden Tatobjekt *va banque* zu spielen.<sup>44</sup>

*Hinweis:* Es besteht keine Veranlassung, die vereinzelt verneinte<sup>45</sup> Frage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs des unechten Unterlassungsdelikts aufzuwerfen. Denn hier ist das Leben der S in akuter Gefahr; dass sie am Ende durch das Eingreifen Dritter gerettet werden kann, macht das Unterlassen nicht zu einem untauglichen Versuch.

#### c) Ergebnis zur Tatbestandsmäßigkeit

Mithin ist der gesamte Tatbestand gegeben.

#### d) Rechtswidrigkeit

##### aa) Rechtfertigung nach § 34 StGB

Eine Notstandslage gemäß § 34 StGB (gegenwärtige Gefahr) sowie eine Notstandshandlung (keine anderweitige Abwendbarkeit) sind in Bezug auf das Leben der O zwar gegeben. Weil aber das als Höchstwert angesehene Leben als weder unter quantitativen noch unter qualitativen Gesichtspunkten abwägar gilt,<sup>46</sup> scheidet eine Rechtfertigung des N gemäß § 34 StGB im Ergebnis daran, dass es an einem wesentlichen Überwiegen des geschützten Interesses (Leben der O) gegenüber dem beeinträchtigten Interesse (Leben der S) fehlt, ohne dass hierfür auf den Umstand zurückgegriffen werden müsste, dass S als Inhaberin des beeinträchtigten Interesses die Notstandslage schuldhaft herbeigeführt hatte.<sup>47</sup>

##### bb) Rechtfertigende Pflichtenkollision

Einschlägig ist vielmehr die gesetzlich nicht geregelte „rechtfertigende Pflichtenkollision“.<sup>48</sup> Hiernach ist beim Zusammentreffen zweier sich gegenseitig ausschließender Handlungspflichten der die höherwertige Pflicht Erfüllende bezüglich der Nichterfüllung der anderen Pflicht gerechtfertigt; hinsichtlich der Kollision gleichrangiger Pflichten ist ihm ein Wahlrecht eingeräumt, welche der konkurrierenden Pflichten

<sup>37</sup> So u.a. *Kraatz* (Fn. 33), Rn. 144; *Roxin* (Fn. 6), § 32 Rn. 75.

<sup>38</sup> *Lippert*, NJW 1982, 2089 (2091); *Scholten*, Triage – Zur Strafbarkeit ärztlicher Auswahlentscheidungen, 2011, S. 70, 71; *Ulsenheimer* (Fn. 36), Rn. 138; *Weigend*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 5), § 13 Rn. 35. Siehe auch *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (Studienausgabe) 1993, 29/73 sowie zur Garantenpflicht von Rettungsassistenten *Heuchemer/Bolsinger*, MedR 2009, 524 ff.

<sup>39</sup> Vgl. hierzu *Heinrich* (Fn. 31), Rn. 752 ff.; *Hillenkamp/Cornelius* (Fn. 31), 14. Problem (= S. 117 ff.).

<sup>40</sup> *Herzberg*, MDR 1973, 89 (96); *Schröder*, JuS 1962, 81 (86); tendenziell auch *Fischer* (Fn. 4), § 22 Rn. 33.

<sup>41</sup> *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 221.

<sup>42</sup> *Heinrich* (Fn. 31), Rn. 755 (m.w.N.); *Kühl* (Fn. 2), § 18 Rn. 148 f. Zur Rechtsprechung vgl. BGHSt 38, 356 (360); 40, 257 (270 f.).

<sup>43</sup> *Bosch*, Jura 2011, 909 (914); *Rengier* (Fn. 3), § 36 Rn. 36; *Roxin* (Fn. 8), § 29 Rn. 271 ff., 286 f.; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 1223; insoweit a.A. *Hillenkamp*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 22 Rn. 148 f.

<sup>44</sup> *Hillenkamp* (Fn. 43), § 22 Rn. 144; *Roxin* (Fn. 8), § 29 Rn. 284 f.

<sup>45</sup> *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 2), § 22 Rn. 60 (m.w.N.); bejahend i.S.d. ganz h.M. *Exner*, Jura 2010, 276 (277 f.); *Gaede*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 2), § 13 Rn. 24; *Heinrich* (Fn. 31), Rn. 875 f.; *Kühl* (Fn. 2), § 18 Rn. 151.

<sup>46</sup> *Erb*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 16), § 34 Rn. 116 ff.; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 6), § 34 Rn. 24 f.; *Rengier* (Fn. 3), § 19 Rn. 32; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 16 Rn. 33 ff. Kritisch hierzu *Hoven*, in: *Bung u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, 2020, S. 857 (871 ff.).

<sup>47</sup> Vgl. hierzu BGHSt 48, 255 (257); *Perron* (Fn. 46), § 34 Rn. 30; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 477.

<sup>48</sup> Zur systematischen Einordnung als Rechtfertigungsgrund (h.M.) vgl. *Rönnau*, JuS 2013, 113; *Satzger*, Jura 2010, 753 (754). Zu abweichenden Konstruktionsformen vgl. *Kühl* (Fn. 10), § 34 Rn. 15 m.w.N.

er erfüllt.<sup>49</sup> Die demgegenüber teilweise vertretene Gegenansicht<sup>50</sup>, die dem Täter lediglich einen Entschuldigungsgrund zubilligen möchte, vermag nicht zu überzeugen, da sie das Verhalten des handlungspflichtigen Täters rechtlich missbilligt, ohne angeben zu können, welches Verhalten rechtskonform gewesen wäre (*impossibilium nulla est obligatio*).<sup>51</sup> Die den N treffende Pflicht zur Rettung der O ist derjenigen gegenüber S mindestens gleichwertig:

*Hinweis:* Sogar ein Vorrang zugunsten der O ergäbe sich, wenn man<sup>52</sup> das Verschulden der S bezüglich der Gefahrenlage als für die Pflichtenstärke relevanten Umstand ansehen wollte.

Für beide geht es jeweils um konkrete Lebensgefahren vergleichbaren Ausmaßes und N ist beiden gegenüber als Garant zur Hilfe verpflichtet.

*Hinweis:* Auf die Frage, ob Garantenpflichten gegenüber einer allgemeinen Hilfspflicht aus § 323c StGB Vorrang beanspruchen,<sup>53</sup> kommt es somit vorliegend nicht an.

Auch das subjektive Rechtfertigungselement ist gegeben. Eine rechtfertigende Pflichtenkollision liegt somit vor.

N hat sich nicht wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht

### III. Strafbarkeit des N nach § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB und § 323c Abs. 1 StGB gegenüber S

Mit entsprechender Begründung (rechtfertigende Pflichtenkollision) entfällt auch eine Strafbarkeit wegen Aussetzung (und wegen versuchter Aussetzung mit Todesfolge gemäß §§ 221 Abs. 3, 22 StGB)<sup>54</sup> sowie wegen unterlassener Hilfeleistung (§ 323c Abs. 1 StGB).

<sup>49</sup> *Kühl* (Fn. 2), § 18 Rn. 136 f.; *Rengier* (Fn. 3), § 49 Rn. 39 ff.; *Rönnau*, in: *Cirener u.a.* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 115 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 16 Rn. 118, 122, 125; *Satzger*, *Jura* 2010, 753 (754 f.).

<sup>50</sup> So insbesondere *Fischer* (Fn. 4), Vor § 32 Rn. 11a, 15; *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 33 V (= S. 367 f.); vgl. auch *Paeffgen/Zabel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 2), Vor § 32 Rn. 174 (aus Opferperspektive pflichtwidrig).

<sup>51</sup> *Rönnau* (Fn. 49), Vor § 32 Rn. 117; *Schlehofer*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 15), Vor § 32 Rn. 246.

<sup>52</sup> Mit *Roxin/Greco* (Fn. 2), § 16 Rn. 123; *Schlehofer* (Fn. 51), Vor § 32 Rn. 247; a.A. *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 2), § 34 Rn. 131; *Rönnau* (Fn. 49), Vor § 32 Rn. 122.

<sup>53</sup> So die h.M., z.B. *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 6), Vor § 32 Rn. 75; a.A. *Stein*, in: *Wolter* (Fn. 6), Vor § 13 Rn. 47.

<sup>54</sup> Zur grundsätzlichen Strafbarkeit des Versuchs der Erfolgsqualifizierung (trotz Straflosigkeit des Versuchs des Grunddelikts gemäß § 221 Abs. 1 StGB) vgl. *Kuhli*, *JuS* 2020, 289 (294, Bsp. 3d); einschränkend (nicht bei nur versuchtem

### IV. Strafbarkeit durch Untätigkeit gegenüber dem Ansinnen des V

Die Tatsache, dass N an seiner Auswahlentscheidung auch gegenüber dem Angebot des V festhält, begründet keine Strafbarkeit.

*Hinweis:* Im Gegenteil wäre ein Wechsel der Behandlung von O zu S strafrechtlich relevant gewesen; vgl. dazu unten zur Strafbarkeit des V.

### V. Ergebnis

N hat sich nicht strafbar gemacht.

### C. Strafbarkeit der L

#### I. §§ 222 (13) StGB gegenüber O durch Verhalten vor dem Unfall

L könnte sich wegen fahrlässiger Tötung nach §§ 222 (13) StGB strafbar gemacht haben, indem sie die Schüler nur unzureichend vor den Gefahren bei Betreten des Eises warnte und/oder die Schüler nicht beaufsichtigte.

Die Frage, ob der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in einem Tun (unzureichende Belehrung über die Gefahren) oder eher in einem garantenpflichtwidrigen Unterlassen (mangelnde Beaufsichtigung) – L träfe als Lehrerin (insbesondere während der Klassenfahrt) eine amtliche Garantenpflicht –<sup>55</sup> liegt, kann dahingestellt bleiben, wenn es jedenfalls an einer Sorgfaltspflichtverletzung fehlt. Von 17-Jährigen kann erwartet werden, dass sie den offensichtlichen Sinn des Verbotes, nicht das Eis zu betreten, von sich aus verstehen. Der See war zusätzlich auch mit Warnschildern ausgestattet. Demgegenüber haben sich die Schülerinnen hier in Kenntnis der Gefahr bewusst über das Verbot hinweggesetzt. Eine ständige Überwachung einer Schulklasse während einer Klassenfahrt ist praktisch nicht zu gewährleisten und bei 17-Jährigen auch nicht altersangemessen. Es sollte generell vermieden werden, unter dem Eindruck der nachträglichen Kenntnis vom tragischen Ausgang eines Geschehens die Sorgfaltsmaßstäbe so nach oben zu schrauben, dass in jedem Fall auch jemand an dem Geschehen schuld ist (sog. Rückschaufehler).<sup>56</sup>

*Hinweis:* Wer (vertretbar) eine Sorgfaltspflichtverletzung bejaht, müsste auch in Bezug auf L einen Zurechnungsausschluss aufgrund eigenverantwortlicher Selbstgefährdung erörtern.

#### II. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 StGB gegenüber S

*Hinweis:* Die Erörterung dieses Problems ist im Hinblick darauf, dass die Ablehnung einer Teilnahme am Unterlassungsdelikt gegenwärtig – soweit ersichtlich – nicht mehr

Grunddelikt, soweit diesbezüglich die Versuchsstrafbarkeit fehlt) *Heinrich* (Fn. 31), Rn. 691.

<sup>55</sup> *Bosch* (Fn. 9), § 13 Rn. 30, 31a; *Kühl* (Fn. 2), § 18 Rn. 45; *Roxin* (Fn. 8), § 32 Rn. 130.

<sup>56</sup> Allgemein hierzu *Duttge*, *RW* 2019, 153 ff.; *Fahl*, *JA* 2012, 808 ff.

vertreten wird, nur von besseren Studierenden zu erwarten.

An einen Totschlagsversuch der L gegenüber S wäre zu denken, wenn man mit einer früher teilweise vertretenen Auffassung die Möglichkeit einer Teilnahme am Unterlassungsdelikt aus Rechtsgründen für ausgeschlossen erachtet und derartige Fälle deshalb der Begehungstäterschaft zuweist.<sup>57</sup> Die heute ganz überwiegend vertretene Meinung hält die Teilnahme am Unterlassungsdelikt hingegen für möglich.<sup>58</sup> Auf dieser Grundlage ist evident, dass für die L, die keine Herrschaft auf N ausübt und ihm sein Verhalten nicht vorschreibt, sondern ihm eine Information mit aufforderndem Charakter gibt, keine Begehungstäterschaft, sondern lediglich eine Anstiftung zu einer Unterlassungstat des N in Betracht kommt.

Gegen die von den Anhängern der überholten Ansicht zugrunde gelegte (extrem finalistische) These, es gebe mangels gedanklicher Steuerung per se keinen Unterlassungsvorsatz, spricht bereits die Existenz vorsätzlicher echter Unterlassungsdelikte (§§ 138, 323c StGB). Überdies führt diese Auffassung – wie sich nicht zuletzt am vorliegenden Fall dartun lässt – zu ungereimten Ergebnissen: Wollte man die L als Begehungstäterin ansehen, so käme ihr weder die rechtfertigende Pflichtenkollision (weil bei ihr eine Handlungs- mit einer Unterlassungspflicht kollidieren würde) noch § 34 StGB (keine Abwägung Leben gegen Leben) oder § 35 StGB (kein hinreichend enges Näheverhältnis)<sup>59</sup> zugute. Die Veranlassung eines als solchen rechtmäßigen Geschehens würde zur Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags führen.

### III. §§ 212 Abs. 1, 13, 22, 26 StGB in Bezug auf S

Eine Strafbarkeit der L wegen Anstiftung zum versuchten Totschlag durch Unterlassen im Hinblick auf die Benennung der S als Unfallverursacherin scheitert angesichts der Rechtfertigung des N am Vorliegen einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat.

*Hinweis:* Bei Zugrundelegung der Entschuldigungslösung (s.o. zu Fn. 50) müsste man zur Bejahung der Strafbarkeit gelangen (vgl. zu C. II. a.E.).

Aus demselben Grund entfällt auch eine Anstiftung zu §§ 221 Abs. 3, 22 StGB.

### IV. Ergebnis

L ist straflos.

## D. Strafbarkeit des V

### I. §§ 212, 211, 30 Abs. 1 StGB

*Hinweis:* Die systematische Einordnung des Mordes als Qualifikation oder eigenständiges Delikt ist hier nicht vorzunehmen (kein Erklären des Prüfungsschemas).

V könnte sich wegen versuchter Anstiftung zum Mord nach §§ 212 Abs. 1, 211, 30 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er dem N Geld zum Behandlungsabbruch anbot. Weil N das Ansinnen zurückgewiesen hat, fehlt es an einer auch nur versuchten Haupttat. Wegen des Verbrechenscharakters der §§ 211, 212 StGB (vgl. § 12 Abs. 1 StGB) ist der Versuch der Anstiftung strafbar.

*Hinweis:* Die Prüfung des § 30 StGB ist nach Versuchsgrundsätzen aufzubauen.<sup>60</sup> Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des von V intendierten Verhaltens des N sind inzident im Rahmen des Tatentschlusses zu erörtern.

#### 1. Tatbestand

##### a) Tatentschluss

##### aa) Vorsatz bezüglich eines vorsätzlichen rechtswidrigen Verbrechens als vorgestellter Haupttat

Zunächst müsste ein Tatentschluss des V bezüglich eines vorsätzlichen rechtswidrigen Verbrechens des N gegeben sein. N sollte die O von der Herz-Lungen-Maschine abnehmen. Es erscheint fraglich, ob dieses Verhalten des N – sofern er die Aufforderung befolgt hätte – als aktives Tun oder als Unterlassen zu beurteilen wäre.

*Hinweis:* Die Frage, ob ein bereits mittels eines Beatmungsgeräts versorgter Patient von diesem Gerät abgenommen werden darf, um es zugunsten eines nachrückenden Patienten mit besseren Erfolgsaussichten einsetzen zu können (Stichwort: Ex-post-Triage), gehört zu den schwierigsten und umstrittensten Problemen in der durch die Corona-Pandemie ausgelösten Triage-Diskussion. Aus strafrechtsdogmatischer Sicht sind insoweit zwei Aspekte von Bedeutung: Ist das Abhängen des vorversorgten Patienten als Tun oder als Unterlassen zu bewerten? Hiervon hängt ab, ob der rechtfertigende Notstand (mit dem grundsätzlich angenommenen Abwägungsverbot) oder die (einen größeren Spielraum eröffnende) rechtfertigende Pflichtenkollision einschlägig ist. Hierauf aufbauend ist zu fragen, ob die Erstversorgung im Rahmen der Pflichtenkollision ein nachträgliches Umsteuern sperrt bzw. ob das für § 34 StGB postulierte Abwägungsverbot durchbrochen werden kann.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> Welzel (Fn. 41), S. 206; Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 190 ff. Hierzu (und hiergegen) Roxin (Fn. 10), § 26 Rn. 170 f.; ausführlich zum Problem Hillenkamp/Cornelius (Fn. 31), 30. Problem (= S. 255 ff.).

<sup>58</sup> BGHSt 14, 280 (282); BGH NStZ 1998, 83 (84); Heinrich (Fn. 31), Rn. 880 m.w.N.; Kühl (Fn. 4), § 20 Rn. 271.

<sup>59</sup> Vgl. Zieschang, in: Cirener u.a. (Fn. 49), § 35 Rn. 48.

<sup>60</sup> Vgl. Joecks/Jäger, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 12. Aufl. 2018, § 30 Rn. 6; Rengier (Fn. 3), § 47 Rn. 9.

<sup>61</sup> Vgl. hierzu die in Fn. 1 angegebenen Nachweise sowie aus ethischer Sicht die klinisch-ethischen Empfehlungen der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) und sieben weiterer Fachgesellschaften, 2. überarbeitete Fassung vom 17.4.2020, die Orientie-

Für die Einordnung als aktives Tun lässt sich auf die Fälle verweisen, in denen der Täter ein von ihm ausgelöstes Rettungsgeschehen revidiert, nachdem es die Sphäre des Opfers erreicht hat. Dennoch erscheint es vorzuzugswürdig, das Beenden einer Therapie durch Abschalten eines medizinischen Geräts durch den behandelnden Arzt nach seiner sozialen Bedeutung schwerpunktmäßig als Nicht-weiter-Behandeln und somit als Unterlassen zu qualifizieren.<sup>62</sup> In beiden Varianten wäre ein Tatentschluss des V bezüglich einer vorsätzlichen Tatbestandsverwirklichung gemäß § 212 StGB seitens des N zu bejahen: entweder stellt sich V mit bedingtem Vorsatz vor, der aktive Abbruch werde möglicherweise den Tod der O herbeiführen, oder seine Vorstellung wäre darauf gerichtet, dass N als Garant durch das Fortführen der Behandlung den drohenden Tod der O hätte abwenden können (Quasi-Kausalität des Unterlassens).

Wäre N auf den Vorschlag des V eingegangen, wäre sein das Leben der O (möglicherweise) beendendes Verhalten durch das Streben nach der Erlangung materieller Vorteile motiviert gewesen. Daher richtete sich der Tatentschluss des V auf einen Habgier-Mord<sup>63</sup> des N (ggf. durch Unterlassen)<sup>64</sup> als präsumtive Haupttat.

Des Weiteren müsste die von V intendierte Haupttat des N rechtswidrig sein. Das hängt davon ab, ob N sich hätte entscheiden dürfen, die Behandlung der O abzubrechen, um stattdessen die S zu retten. Mehrere Autoren<sup>65</sup> bezeichnen die Frage, ob demjenigen, zu dessen Gunsten bereits Behandlungsmaßnahmen ergriffen worden sind, eine privilegierte Stellung gegenüber einem im Übrigen gleichwertigen „Konkurrenten“ zukommt, als „wenig geklärt“ (bzw. „weitgehend ungeklärt“). Im Ergebnis wird man im vorliegenden Fall einen von N vorgenommenen Patiententausch als rechtswidrig ansehen müssen; dies gilt unabhängig von der Beurteilung dieses Verhaltens als Tun oder als Unterlassen. Maßgeblich ist insoweit die (in der Lebenswirklichkeit oft fragliche, hier aber) vom Sachverhalt eindeutig vorgegebene „medizinische Parallelität“ für beide Opfer. Zusätzlich könnte sogar zugunsten der O möglicherweise noch ins Feld geführt werden, dass

---

rungshilfe der BÄK vom 5.5.2010 sowie die Ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrates vom 27.3.2020. Diese und weitere in- und ausländische Stellungnahmen sind abrufbar über die Internetseite der Akademie für Ethik in der Medizin, <https://www.aem-online.de/index.php?id=163> (6.7.2020).

<sup>62</sup> Jäger/Gründel, ZIS 2020, 151 (157); Kühl (Fn. 2), § 18 Rn. 17; Küper, JuS 1971, 474 (476 f.); Schneider, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 119.

<sup>63</sup> Zur Definition des Merkmals Habgier Schneider (Fn. 63), § 211 Rn. 59 ff.

<sup>64</sup> Die Mordmerkmale der ersten Gruppe können nach h.M. auch durch Unterlassen verwirklicht werden; vgl. Schneider (Fn. 63), § 211 Rn. 274; siehe ferner zur Habgier Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 211 Rn. 17 (a.E.); Kühl (Fn. 10), § 211 Rn. 4.

<sup>65</sup> Rönau (Fn. 49), vor § 32 Rn. 123; Neumann (Fn. 52), § 34 Rn. 130; Sternberg-Lieben (Fn. 53), Vor § 32 Rn. 74. Näher zur Problematik Satzger, Jura 2010, 753 (756).

S die Situation in vorwerfbarer Weise herbeigeführt hat.<sup>66</sup> In der Variante des aktiven Tuns würde eine Gebotspflicht („Rette die S!“) mit einer Verbotsnorm („Töte nicht die O!“) kollidieren; im Rahmen des hiernach einschlägigen rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB) ist ein wesentliches Überwiegen der Interessen der S ausgeschlossen.

*Hinweis:* Dies gälte auch dann, wenn man die in der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 14 Abs. 3 LuftSiG ausgesprochene These von der Lebenswertindifferenz kritisiert, weil sie dem Aspekt nicht hinreichend Rechnung trägt, dass das Leben der Passagiere im abzuschießenden Flugzeug in jedem Fall unrettbar verloren war.<sup>67</sup> So verhält es sich hier gerade nicht. Vielmehr hatte O – ungeachtet ihres trotz der optimalen Versorgung letztlich eintretenden Todes – sehr wohl eine realistische Rettungschance.

Die Beurteilung der Abnahme der O vom Beatmungsgerät als Unterlassen eröffnet den Anwendungsbereich der rechtfertigenden Pflichtenkollision.<sup>68</sup> Doch auch insoweit orientiert sich die Bestimmung der Pflichtenstärke an den die Interessenabwägung gemäß § 34 StGB steuernden Aspekten.<sup>69</sup> Bedenkt man, welche Beeinträchtigung das Vertrauen des konkret Betroffenen, vor allem aber auch das kollektive Systemvertrauen aller Bürgerinnen und Bürger in das Funktionieren des Gesundheitswesens erleiden würde, wenn man mit der permanenten Ungewissheit leben müsste, dass der behandelnde Arzt die von ihm eingesetzten Ressourcen jederzeit einem anderen Patienten mit besseren Erfolgsaussichten zuwenden dürfte (oder sogar müsste?), dann wird deutlich, dass die bestehende Versorgungssituation zumindest einen die Position des Begünstigten stärkenden Abwägungsfaktor bilden muss, mit dessen Hilfe medizinisch gleichwertige Mitkonkurrenten im Interesse des Vertrauensschutzes abgewehrt werden können.

*Hinweis:* Vorzugswürdig dürfte es sein, den erfolgten Ressourceneinsatz nicht nur als Abwägungsfaktor, sondern noch stärker als grundsätzliche Abwägungssperre aufzufassen.<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> Vgl. oben Fn. 52.

<sup>67</sup> Vgl. Schünemann, GA 2020, 1 (8 ff., 12 f.) sowie eingehend Zimmermann, Rettungstötungen, 2009, S. 340 ff., 401.

<sup>68</sup> Küper, JuS 1971, 474 (476).

<sup>69</sup> Zur Ableitung der Pflichten- von einer Interessenbewertung vgl. Küper, JuS 2016, 1070 (1071 ff.); Neumann (Fn. 52), § 34 Rn. 125, 127 f.; ders., in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 421 (423 ff.); Otto, Jura 2005, 470 (471); Sternberg-Lieben (Fn. 53), Vor § 32 Rn. 74.

<sup>70</sup> Näher hierzu Sowada, NSTz 2020, 452 (458 f.).

*bb) Vorsatz bezüglich des Bestimmens*

Der Vorsatz des V erstreckte sich ferner darauf, in N mittels eines kommunikativen Aktes<sup>71</sup> den Tatentschluss zur Begehung eines Mordes zu wecken.

*b) Unmittelbares Ansetzen*

Das Unterbreiten des Angebots stellt ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch des Bestimmens dar.

*c) Versuchte Anstiftung und Mordmerkmale*

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass V zwar das Vorliegen des täterbezogenen Mordmerkmals „Habgier“ beim präsumptiven Haupttäter N gekannt hat, ohne aber selbst dieses (oder ein anderes täterbezogenes)

*Hinweis:* Damit scheidet eine Anwendung der Lehre von den „gekreuzten Mordmerkmalen“<sup>72</sup> aus.

Mordmerkmal aufzuweisen. Die Problematik der Akzessorität der Mordmerkmale<sup>73</sup> stellt sich auch bei der versuchten Anstiftung.<sup>74</sup> Nach einhelliger Auffassung unterfallen die täterbezogenen Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe (mithin auch die Habgier) als besondere persönliche Merkmale dem Anwendungsbereich des § 28 StGB.<sup>75</sup> Umstritten ist jedoch, welcher Absatz dieser Norm zur Anwendung gelangt. Dies hängt davon ab, in welchem dogmatischen Verhältnis man die §§ 211 und 212 StGB zueinander sieht.<sup>76</sup> Nach Ansicht der Rechtsprechung besteht insoweit ein Exklusivitätsverhältnis mit der Folge, dass die täterbezogenen Mordmerkmale als strafbegründend angesehen werden.<sup>77</sup> Hiernach käme § 28

Abs. 1 StGB zur Anwendung; V wäre mithin der versuchten Anstiftung zum Mord schuldig; seine Strafe wäre aber (neben der Milderung aus § 30 Abs. 1 S. 2 StGB) ein weiteres Mal gemäß § 49 Abs. 1 StGB zu mildern.<sup>78</sup> Im Gegensatz hierzu sieht die im Schrifttum ganz überwiegend vertretene Auffassung in § 211 StGB einen Qualifikationstatbestand zu § 212 Abs. 1 StGB.<sup>79</sup> Das Fehlen des hiernach nur strafscharfend wirkenden besonderen persönlichen Merkmals führt zur partiellen Durchbrechung der Akzessorität gemäß § 28 Abs. 2 StGB,<sup>80</sup> sodass V wegen versuchter Anstiftung zum Totschlag zu bestrafen wäre.

*Hinweis:* Zu gleichen Resultaten führt die Einordnung der täterbezogenen Mordmerkmale als strafmodifizierende spezielle Schuldmerkmale i.S.d. § 29 StGB.<sup>81</sup> Nach a.A. wird § 28 Abs. 2 StGB als bloße Strafraumenverschiebung verstanden. Dies hätte zur Folge, dass die Verurteilung wegen versuchter Anstiftung zum Mord erfolgen wäre, zugunsten des V aber der Strafraumen des § 212 zugrunde zu legen wäre.<sup>82</sup>

Da beide Sichtweisen zu unterschiedlichen Resultaten gelangen, bedarf der Meinungsstreit vorliegend der Entscheidung. Für die Annahme eines Exklusivitätsverhältnisses lassen sich im Wesentlichen zwei formale Argumente anführen. Hierbei lässt sich der Hinweis auf die ungereimt anmutende Stellung der Normen im Gesetz (üblicherweise stehen die Grunddelikte vor der Qualifikation) durch die Erklärung abschwächen, im Bereich des strafrechtlichen Lebensschutzes solle das prominenteste Delikt an die Spitze des betreffenden Gesetzesabschnitts gestellt werden. Die ausdrückliche Gegenüberstellung zwischen „Mörder“ und „Totschläger“ im Normtext ist als Argument – wenngleich es die Begriffe „wegen Mordes“ bzw. „wegen Totschlags“ auch bereits in der ursprünglichen Fassung des StGB von 1871 gegeben hatte – mit dem Makel behaftet, dass diese 1941 eingeführte sprachliche Betonung bewusster Ausdruck der nationalsozialistischen Tätertypenlehre war.<sup>83</sup> Umgekehrt spricht die logische Struktur der beiden Normen für die Annahme einer Qualifikation; denn die Begehung eines Mordes setzt die Verwirklichung des

<sup>71</sup> Rengier (Fn. 3), § 45 Rn. 27 ff.; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 2), Rn. 882. Weiter Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2019, § 41 Rn. 5 ff.

<sup>72</sup> Vgl. hierzu BGHSt 23, 39 f.; 50, 1 (9); Vietze, Jura 2003, 394 ff.

<sup>73</sup> Allgemein hierzu Beer, ZJS 2017, 536 ff.; Geppert/Schneider, Jura 1986, 106 ff.; Rengier (Fn. 11), § 5 Rn. 1 ff. (dort auch Rn. 13 zum Prüfungsaufbau).

<sup>74</sup> Rengier (Fn. 11), § 5 Rn. 14 f.; Schönemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 43), § 28 Rn. 79. Zur Darstellung im Rahmen einer Anstiftung zum versuchten Mord vgl. Hermann, ZJS 2020, 150 (157 f.).

<sup>75</sup> Kindhäuser/Schramm, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 9. Aufl. 2019, § 2 Rn. 54, 56 ff. mit Fall 10 (auch zum Folgenden).

<sup>76</sup> Ausführlich hierzu Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht, Besonderer Teil, 12. Aufl. 2013, 1. Problem (= S. 1 ff.).

<sup>77</sup> BGHSt 1, 368 (371 f.); 22, 375 (377); 50, 1 (5); BGH NSTZ 2006, 288. Dieser Auffassung folgend Rissing-van Saan/Zimmermann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 7/1, 12. Aufl. 2019, § 211 Rn. 158 ff. Das in Richtung auf eine Ablösung von der tradierten Rechtsprechung weisende obiter dictum des 5. Strafsenats des BGH in BGH NJW 2006, 1008 (1012 f.) ist (bislang) singular geblieben.

<sup>78</sup> BGH NJW 1982, 2738; BGH NSTZ 2015, 46. Siehe auch BGHSt 2006, 288 (290) m. Anm. Puppe („Sperrwirkung“ dahingehend, dass die doppelt gemilderte Strafe zwei Jahre Freiheitsstrafe nicht unterschreiten darf).

<sup>79</sup> Neumann/Saliger, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafrecht, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, Vor § 211 Rn. 154; Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 64), Vor § 211 Rn. 5 (jeweils m.w.N.).

<sup>80</sup> Fischer (Fn. 4), § 211 Rn. 94 f.; Joecks/Jäger (Fn. 61), Vor § 211 Rn. 12; Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 64), § 211 Rn. 48.

<sup>81</sup> Vgl. Kühl (Fn. 2), § 20 Rn. 155.

<sup>82</sup> In diesem Sinne Hoyer, in: Wolter (Fn. 6), § 28 Rn. 5, 45; Roxin (Fn. 8), § 27 Rn. 19 ff.; abl. Schönemann (Fn. 74), § 28 Rn. 9 (m.w.N.).

<sup>83</sup> Joecks/Jäger (Fn. 61), Vor § 211 Rn. 13. Vgl. auch Eser/Sternberg-Lieben (Fn. 64), Vor § 211 Rn. 6.

§ 212 StGB (als Grunddelikt) zwingend voraus.<sup>84</sup> Dogmatische Schwierigkeiten bereitet der Rechtsprechung zudem die Begründung einer Mittäterschaft, wenn nur einer der Tatgenossen ein täterbezogenes Mordmerkmal aufweist.<sup>85</sup> Die Annahme einer „Sperrwirkung“ nach unten zur Vermeidung einer die §§ 212, 26 StGB unterschreitenden Strafe sowie die Konstruktion der „gekreuzten Mordmerkmale“ sind Behelfslösungen, die zwar im Ergebnis zu billigen, aber dogmatisch nicht konsistent zu begründen sind.<sup>86</sup> Somit verdient die Position der herrschenden Lehre den Vorzug. Das Verhalten des V ist daher unter Berücksichtigung des § 28 Abs. 2 StGB auf eine Anstiftung zum Totschlag gerichtet.

*Hinweis:* Die gegenteilige Auffassung ist ebenfalls vertretbar.

### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld (bezüglich V)

*Hinweis:* Zuvor wurde nur die Rechtswidrigkeit des vorgestellten Handelns des N (= Haupttat) geprüft.

Eigene Rechtfertigungsgründe zugunsten des V sind nicht erkennbar. In Betracht kommt jedoch eine Entschuldigung aus entschuldigendem Notstand gemäß § 35 StGB. Dazu müsste S eine nahestehende Person des V sein. Dass S die Tochter der M ist, mit der V ein intimes Verhältnis hat, begründet keine der Beziehung von Angehörigen entsprechende<sup>87</sup> hinreichend enge Beziehung. § 35 StGB ist nicht einschlägig. Mithin handelte V rechtswidrig und schuldhaft.

*Hinweis:* Weil das Verhalten des V eindeutig als aktives Tun zu bewerten ist, ist die Frage, ob die Garantstellung als besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 Abs. 1 StGB anzuerkennen ist,<sup>88</sup> für ihn ohne Bedeutung.

### 3. Ergebnis

V hat sich einer versuchten Anstiftung zum Totschlag (§§ 30 Abs. 1 i.V.m. 212 StGB) schuldig gemacht.

## II. §§ 221 Abs. 1 und 3, 30 Abs. 1 StGB

Weil die Aussetzung mit Todesfolge (§ 221 Abs. 3 StGB) über § 12 Abs. 3 StGB der maßgebliche Bezugspunkt für den Verbrechenscharakter ist, steht der Versuch der Erfolgsqualifizierung<sup>89</sup> trotz fehlender Versuchsstrafbarkeit des Grund-

delikts unter Strafdrohung.<sup>90</sup> Das Anbieten des Geldes zur Bewirkung des Behandlungsabbruchs gegenüber O erfüllt auch die Strafbarkeitsvoraussetzungen gemäß §§ 221 Abs. 1 und 3, 30 Abs. 1 StGB.

### III. § 334 Abs. 1 und 3 Nr. 1 StGB

Schließlich kommt eine Strafbarkeit des V wegen (vollendeter) Bestechung gemäß § 334 Abs. 1 und 3 Nr. 1 StGB in Betracht, indem er dem N, der als Beamter Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB ist, 10.000 Euro für eine künftige Handlung anbot (vgl. Abs. 3). Abzustellen ist insoweit nicht auf die (für sich betrachtet rechtmäßige) Behandlung der S, sondern darauf, dass V dem N das Geld für den rechtswidrigen<sup>91</sup> Abbruch der Behandlung der O (als notwendiger Vorstufe für die Erreichung des letztlich intendierten Handlungsziels) zahlen wollte. Dass N sich bei einem entsprechenden Verhalten strafbar gemacht hätte, steht der Annahme einer pflichtwidrigen „Dienst“-Handlung nach überwiegender Ansicht nicht entgegen.<sup>92</sup> Ebenfalls unerheblich ist, dass N auf die Offerte des V nicht eingegangen ist.<sup>93</sup> V handelte vorsätzlich; sein Verhalten ist weder gerechtfertigt noch entschuldigt.

*Hinweis:* Selbst wenn Bearbeiter\*innen einen normativen Vorrang der bereits versorgten O verneinen und dem N einen Entscheidungsspielraum einräumen<sup>94</sup>, müssten sie unter Anwendung von § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB ebenfalls zur Strafbarkeit gemäß § 334 StGB gelangen. Für die Annahme, dass V von einem (objektiv fehlenden) Ermessensspielraum des N ausgegangen sei, enthält der Sachverhalt keinen Anhaltspunkt.

### E. Konkurrenzen und Ergebnis zur Strafbarkeit des V

Weil die erfolglose Anstiftung zur Aussetzung mit Todesfolge (§§ 221 Abs. 1 und 3, 30 Abs. 1 StGB) hinter jener zum vorsätzlichen Tötungsdelikt im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Subsidiarität) zurücktritt,<sup>95</sup> hat V sich wegen versuchter Anstiftung zum Totschlag gemäß §§ 212 Abs. 1, 30 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die Bestechung gemäß § 334 Abs. 1 und 3 Nr. 1 StGB steht hierzu in Tateinheit (§ 52 StGB).

<sup>84</sup> *Schneider* (Fn. 63), vor § 211 Rn. 189.

<sup>85</sup> BGHSt 36, 231 (233 f.).

<sup>86</sup> Vgl. Fn. 70 und 81 sowie zur Kritik *Neumann/Saliger* (Fn. 79), § 211 Rn. 119 („Notreparaturen“), 121; *Schneider* (Fn. 63), Vor § 211 Rn. 190, § 211 Rn. 272.

<sup>87</sup> Vgl. *Perron* (Rn. 46), § 35 Rn. 15.

<sup>88</sup> Bejahend die h.M.; vgl. *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), § 28 Rn. 19; *Rengier* (Fn. 3), § 51 Rn. 9 f.; a.A. *Valerius*, Jura 2013, 15 (18 f.).

<sup>89</sup> Vgl. demgegenüber zum (hier nicht vorliegenden) erfolgsqualifizierten Versuch des § 221 StGB *Kuhli*, JuS 2020, 289 (293 f.).

<sup>90</sup> *Frisch/Murmann*, JuS 1999, 1196 (1200); *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Fn. 63), § 221 Rn. 45; *Kuhli*, JuS 2020, 289 (294, Bsp. 3d); *Kühl* (Fn. 4), § 17a Rn. 37; *Rengier* (Fn. 11), § 10 Rn. 41 f.; a.A. *Heinrich* (Fn. 31), Rn. 691; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 2), Rn. 999.

<sup>91</sup> Siehe oben D. I. 1 a) aa).

<sup>92</sup> *Korte*, in: Joecks/Miebach (Fn. 14), § 332 Rn. 17; *Sowada*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, § 331 Rn. 57 f.

<sup>93</sup> Vgl. *Sowada* (Fn. 92), § 334 Rn. 9.

<sup>94</sup> I.d.S. wohl *Küper*, JuS 1971, 474 (476).

<sup>95</sup> Vgl. BGHSt 4, 113 (116); BGH NSStZ-RR 1996, 131 und *Schünemann* (Fn. 74), § 30 Rn. 53.