

Methodik StR

Hausarbeit

Wiss. Mit. Florian Walter

»Schwammerl am Wilden Kaiser«*

Florian Walter: Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Petra Wittig an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

SACHVERHALT

Die beiden bayerischen Kletterer Toni (T) und Schorsch (S) sind erbitterte Konkurrenten. Zufällig treffen sie sich eines Wochenendes am Kletter-Hotspot »Totenkirchl« (ein steiler Klettergipfel) am Wilden Kaiser in Österreich und beschließen, ein für alle Mal zu klären, wer der bessere Kletterer von ihnen sei. Dazu wollen sie den ersten Abschnitt einer Steilwand »free solo« (im Alleingang unter Verzicht auf technische Hilfs- und Sicherungsmittel) gegeneinander klettern. Damit sich der wahre Könnler zeigt, schlägt T dem S vor, dass beide vorher »Magic Mushrooms« (diese enthalten die Stoffe Psilocybin und Psilocin und wirken ähnlich, aber kürzer wie die Droge LSD) zu sich nehmen. T hat regelmäßige Erfahrung damit, S hat diese Pilze aber auch schon probiert und kennt ungefähr ihre Wirkung. S ist zwar unsicher, will aber auch nicht »kneifen«. T reicht ihm ein Tütchen Magic Mushrooms, dessen Inhalt für eine erheblich berauschende Wirkung ausreicht. Dann greift T zu einer zweiten, gleich aussehenden Tüte und isst deren Inhalt. Dem S erzählt er, dass sich darin dieselben Pilze befänden. Tatsächlich enthält die zweite Tüte aber harmlose Speisepilze. T möchte auf jeden Fall gegen S gewinnen; er geht davon aus, dass es S unter dem Einfluss der Pilze schwerer fallen wird, zügig zu klettern; mit Verletzungen des S rechnet T nicht.

Als S nach Einnahme der Magic Mushrooms in die Wand einsteigt, zeigen diese kaum Wirkung. Im Laufe des Aufstiegs entfalten die Pilze dann aber ihre Wirkung: Seine optische Wahrnehmung verändert sich und seine Körperkoordination wird immer schwieriger; ihm ist schwindelig,

er hat beschleunigten Herzschlag und Schüttelfrost. Zugleich wird er risikofreudiger und klettert wie entfesselt, weswegen er als erster den vereinbarten Absatz erreicht. Mit letzterem hat T – im Gegensatz zu den anderen Wirkungen der Droge – nicht gerechnet.

Dadurch gedemütigt schlägt T dem S – in Abweichung vom ursprünglichen Plan – vor, noch einen technisch schwierigeren Absatz zu klettern. Dabei geht er davon aus, dass die Wirkung der Pilze bei S nun so stark sei, dass dieser unmöglich den nächsten Absatz meistern könne. T rechnet damit und nimmt es billigend in Kauf, dass S abstürzt, wobei er weiter davon ausgeht, dass S auf den ersten Metern abstürzen und dann lediglich auf den großen Absatz fallen wird, auf dem sie sich gerade befinden, und sich dabei allenfalls einen leichten Bruch, aber keine lebensbedrohlichen Verletzungen zuziehen wird.

T stachelt S immer mehr an weiterzuklettern. S hat zwar Bedenken, ist wegen der Drogen aber sehr euphorisch und denkt sich: »Wenn T das kann, kann ich das erst recht!« Zudem schätzt er die Höhe völlig falsch ein. Er ist in seinem Zustand nicht mehr in der Lage, die Risiken seines Handelns abzuschätzen, zutreffend zu bewerten und entsprechend dieser Einsicht zu handeln, was T weiß. Schließlich lässt sich S wegen Ts unaufhörlichem Zureden auf den weiteren Wettstreit ein. Etwa zehn Meter über dem Absatz greift S infolge einer optischen Wahrnehmungsstörung ins Leere und stürzt ab. Dabei fällt er so unglücklich, dass er zwar auf dem ersten Absatz kurz aufschlägt, sich dort – wie von T erwartet – einen Bruch des Schienbeins zuzieht, dann aber noch ca. 50 Meter weiter bis zum Wandfuß hinunterfällt.

Dort liegt S nun bewusstlos mit schweren inneren Verletzungen und einer Wirbelsäulenfraktur. Wieder unten angekommen stellt T fest, dass S lebensgefährlich verletzt ist. Er geht aber davon aus, dass S gerettet werden könnte, wenn er jetzt sofort mit seinem Handy den Notarzt rufen würde. Gleichwohl denkt er sich, dass er den Konkurrenten gerne los wäre, weil er weiß, dass S der bessere Kletterer ist und ihn bald überflügeln wird. Auch geht er davon aus, dass sein Verhalten zuvor rechtlich nicht ganz einwandfrei war und dass es auch unter diesem Aspekt gut wäre, wenn S sterben würde und kein Zeuge da wäre, der

* Die Hausarbeit wurde im Grundkurs Strafrecht im WiSe 2012/13 gestellt.

ihm Ärger mit der Polizei bereiten könnte. Deswegen beschließt er, nichts zu tun.

In diesem Moment kommt Ts alter bayerischer Weggefährte Anderl (A) vorbei. T erzählt A kurz, dass er und S gegeneinander geklettert seien und S dann abgestürzt sei. A denkt sich, dass es kein Zufall sein könne, dass ausgerechnet Ts größter Konkurrent abstürzt. Er hält es für möglich, dass T nachgeholfen und etwas zu verbergen hat. T erzählt ihm weiter, dass S wohl ohne Hilfe sterben werde, er sich aber auch nicht in Schwierigkeiten bringen wolle. Deswegen wisse er nicht so recht, was er tun solle. Tatsächlich denkt er nicht im Traum daran, von seinem zuvor gefassten Entschluss, nichts zu tun, abzurücken. Er weiß, dass ihm A aus alter Freundschaft nicht die Polizei auf den Hals hetzen wird. A ist sich umgekehrt nicht sicher, ob T den S sterben lassen will. Er glaubt aber, T zur Hilfeleistung bewegen zu können. Doch A selbst kommt der Sturz des S ebenfalls nicht ungelegen: Er schuldet S noch 10.000€ Reisekosten für eine frühere gemeinsame Expedition. Diese Schulden wäre er dann los. Deswegen will er das »Zünglein an der Waage« spielen und T dazu bringen, S sterben zu lassen. Er rät T, S liegen zu lassen. In dem Wissen, dass S bald sterben wird, ziehen die beiden von dannen. S stirbt in der Folge. Auch eine sofortige medizinische Versorgung hätte den Tod nicht hinauszögern können.

Wie haben sich die Beteiligten nach dem StGB strafbar gemacht?

Dabei ist davon auszugehen, dass die relevanten Verhaltensweisen auch in Österreich mit Strafe bedroht sind. Gegebenfalls erforderliche Strafanträge sind gestellt.

LÖSUNG

Tatkomplex 1:

Klettern des ersten Absatzes

A. Strafbarkeit des T gem.

§ 223 I StGB¹

T könnte sich, indem er S die Magic Mushrooms gegeben hat, wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB strafbar gemacht haben.

¹ Es könnte auch die Konstruktion einer mittelbaren Täterschaft mit S als Tatmittler gegen sich selbst gewählt werden, die aber nicht notwendig ist und zu Fehlern verleitet. Zur Begründung der mittelbaren Täterschaft müsste auf die Ausführungen zurückgegriffen wer-

I. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

Prinzipiell ist das StGB nach dem *Territorialitätsprinzip*² nur auf Inlandstaten anwendbar, § 3 StGB. Die relevanten Handlungen des T wurden in Österreich begangen und der (mögliche) Taterfolg trat ebenfalls in Österreich ein, sodass die Tat gem. § 9 I StGB dort begangen ist. Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts folgt aber aus § 7 I StGB (*passives Personalitätsprinzip*³: Schutz der eigenen Staatsbürger), denn die in Frage stehende Tat wurde unmittelbar gegen das Individualrechtsgut der körperlichen Unversehrtheit des aus Bayern stammenden S, der damit Deutscher iSd Art. 116 I GG ist, begangen. Zudem ist sie am Tatort, in Österreich, und zur Tatzeit (§ 8 StGB) mit Strafe bedroht. Der Schutzbereich des deutschen Straftatbestandes ist bei Individualrechtsgütern jedenfalls eröffnet⁴. Deutsches Strafrecht ist gem. § 7 I StGB anwendbar.

II. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) S, eine andere Person, müsste körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt worden sein. *Gesundheitsschädigung* meint das Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden krankhaften Zustandes körperlicher oder seelischer Art⁵.

Die Herbeiführung von Trunkenheit oder die Verabreichung von Betäubungsmitteln, die einen Rauschzustand herbeiführen, können eine Gesundheitsschädigung darstellen, wenn sie die Erheblichkeitsschwelle überschreiten⁶. S erleidet während des Aufstiegs Schwindel, erhöhte Herzfrequenz und Schüttelfrost. In der Summe ist die Erheblichkeit jedenfalls zu bejahen.

Körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden des Opfers mehr als nur unerheblich beeinträchtigt⁷. Hier wird das körperliche Wohlbefinden durch die Rauschsymptome

den, die hier unter A II 1c zur objektiven Zurechnung erfolgen; vgl zu dieser Konstellation Münchner Kommentar zum StGB (MK)/Joeks, 2. Aufl 2012, § 25 Rn 115ff.

² Vgl dazu Satzger *JURA* 2010, 108 (112ff.).

³ Dazu und zu seiner Auslegung Satzger *JURA* 2010, 190 (191).

⁴ Satzger *JURA* 2010, 190 (195).

⁵ *Wessels/Hettinger* Strafrecht BT/1, 37. Aufl 2013, Rn 257.

⁶ *Fischer*, 60. Aufl 2013, § 223 Rn 6a; MK/Joeks § 223 Rn 28.

⁷ Schönke/Schröder (Sch/Sch)/Eser/Sternberg-Lieben, 28. Aufl 2010, § 223 Rn 3.

mehr als nur unerheblich beeinträchtigt⁸; ebenso kann man in einem in einen Rausch Versetzen eine üble, unangemessene Behandlung sehen.

b) Das Überlassen der Magic Mushrooms müsste auch *kausal* sein. Kausal ist ein Verhalten, wenn es nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der tatbestandliche Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel⁹. Hätte T dem S die Pilze nicht unter der Vorspiegelung, selbst auch die Pilze zu nehmen, gegeben, hätte S die Pilze nicht genommen und wäre von ihnen nicht berauscht worden.

c) Weiter müsste die Körperverletzung T *objektiv zurechenbar* sein. Objektiv zurechenbar ist der Erfolg, wenn eine rechtlich relevante Gefahr für das geschützte Rechtsgut geschaffen wurde und diese sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert hat¹⁰. Hier könnte die objektive Zurechnung wegen freiverantwortlicher Selbstschädigung ausgeschlossen sein. Nach dem *Prinzip der Eigenverantwortlichkeit* ist jeder prinzipiell nur für sein eigenes Verhalten verantwortlich, nicht aber für das des Opfers¹¹.

aa) Die *Abgrenzung von Selbst- und Fremdschädigung* erfolgt nach hM entsprechend den Grundsätzen der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme¹², also nach hL nach dem Kriterium der Tatherrschaft¹³. Damit geht es zunächst darum, wer den unmittelbar zum Taterfolg führenden Akt tatsächlich in Händen gehalten hat und die Tat nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann¹⁴.

S nahm die Pilze selbst ein und es stand ihm bis zuletzt frei, ob er sie nimmt. Die Rspr. nimmt aber auch dann eine Fremdverletzung an, wenn der Täter aufgrund eines überlegenen Sachwissens die Risiken der Handlung besser erfasst als der sich selbst Gefährdende¹⁵.

T hat zwar mehr Erfahrung mit der Droge als S, aber dieser hat auch schon Magic Mushrooms konsumiert, kann also den Rauschzustand abschätzen¹⁶.

bb) Die Selbstschädigung müsste *eigenverantwortlich* erfolgt sein. Fraglich ist, nach welchen Kriterien die Eigenverantwortlichkeit zu bestimmen ist. Eine Ansicht stellt auf die *Exkulpationsregeln* der §§ 3 JGG, 19, 20, 35 StGB ab¹⁷. Danach hätte S eigenverantwortlich gehandelt, weil er bei Einnahme der Pilze schuldfähig war.

Die aA¹⁸ wendet die *Einwilligungsregeln* entsprechend an und fragt, ob das Opfer hätte wirksam einwilligen können. Dabei ist fraglich, ob der *Irrtum*, T werde eine gleiche Dosis der Droge nehmen, die Wirksamkeit der Einwilligung berührt. Es ist str., ob eine durch Täuschung erwirkte Einwilligung unwirksam ist¹⁹.

Nach einer Ansicht soll *jede durch Täuschung erwirkte Einwilligung* unwirksam sein, da Rechtsgüter um der freien Entfaltung des Einzelnen willen geschützt seien und der Schutz daher auch die Entscheidungs- und Dispositionsfreiheit erfasse²⁰. Teilw. wird innerhalb dieser Ansicht restriktiv ein wesentlicher Irrtum gefordert²¹. Danach würde die Täuschung des T die Einwilligung unwirksam machen, denn der Irrtum des S war wesentlich für seine Entscheidung, die Pilze als Bestandteil des Wettkampfes einzunehmen.

Nach aA soll die Einwilligung unwirksam sein, wenn die Täuschung zu einer *rechtsgutsbezogenen Fehlvorstellung* führt²². Das ist der Fall, wenn sich der Täter über Art, Umfang und Gefährlichkeit der Rechtsgutsverletzung irrt. Danach wäre die Einwilligung wirksam, weil der Motivirrtum des S keinen direkten Rechtsgutsbezug hat. S erkennt, dass er einen erheblichen Rauschzustand erleiden wird.

Nach einer dritten Ansicht soll eine Täuschung nur erheblich sein, wenn sie eine *selbstbestimmte (autonome) Entscheidung* des Rechtsgutsträgers über Preisgabe oder Verletzung des Rechtsguts ausschließt²³, was insb. bei notstandsähnlichen Zwangslagen oder altruistischem Handeln in Frage komme. Danach läge hier kein für die Wirksamkeit der Einwilligung relevanter Irrtum vor.

⁸ So genügen auch körperliche Funktionsbeeinträchtigungen oder psycho-vegetative Störungen durch Lärm, vgl Nomos Kommentar zum StGB (NK)/Paeffgen, 4. Aufl 2013, § 223 Rn 8.

⁹ Wessels/Beulke/Satzger Strafrecht AT, 43. Aufl 2013, Rn 156.

¹⁰ Wessels/Beulke/Satzger Rn 179.

¹¹ Kühl Strafrecht AT, 7. Aufl 2012, § 4 Rn 84; Wessels/Beulke/Satzger Rn 185.

¹² Rengier Strafrecht AT, 5. Aufl 2013, § 13 Rn 81; Krawczyk/Neugebauer JA 2011, 264 (265f.).

¹³ Zur Entwicklung vgl Roxin Täterschaft und Teilnahme, 8. Aufl 2006, S 60ff.; zur inhaltlichen Bestimmung dieses Kriteriums s ebd S 307ff.

¹⁴ Wessels/Beulke/Satzger Rn 190; Krawczyk/Neugebauer JA 2011, 264 (266); BGHSt 53, 55 (61).

¹⁵ BGHSt 32, 262 (265); 46, 279 (289).

¹⁶ Dabei geht es nur um den Drogenrausch an sich und nicht um die Gefahren bzgl des Kletterns.

¹⁷ Roxin FS Dreher, 1977, 331 (346f.); Dannecker/Stoffers StV 1993, 642 (644); Dölling GA 1984, 71 (78f.).

¹⁸ Kühl § 4 Rn 88; Wessels/Beulke/Satzger Rn 189; Murmann Grundkurs Strafrecht, 2. Aufl 2013, § 23 Rn 80.

¹⁹ Ausf Hillenkamp 32 Probleme aus dem Strafrecht. Allgemeiner Teil, 14. Aufl 2012, 7. Problem, S 53ff.

²⁰ Leipziger Kommentar zum StGB (LK)/Rönnau, 12. Aufl 2006, Vor § 32 Rn 206; Heinrich Strafrecht AT, 3. Aufl 2012, Rn 469.

²¹ Etwa Rengier AT, § 23 Rn 33.

²² Murmann § 25 Rn 129; Wessels/Beulke/Satzger Rn 376f.; Satzger/Schmitt/Widmaier StGB (SSW)/Rosenau, 2009, Vor §§ 32ff. Rn 40.

²³ Roxin Strafrecht AT I, 4. Aufl 2006, § 13 Rn 99; nun auch Kühl § 9 Rn 39.

S kann autonom entscheiden, ob er die Pilze einnimmt oder nicht.

Für die erste Ansicht spricht, dass sie die schwierige Abgrenzung, wann ein Irrtum relevant ist, umgeht. Manche wollen aber völlig unbedeutende Motivirrtümer ausnehmen, sodass sich erneut die Frage stellt, wann ein Irrtum unbedeutend ist²⁴. Gegen diese Ansicht spricht, dass Strafrecht ultima ratio sein soll; wäre eine Einwilligung wegen jedes Motivirrtums unwirksam, würde dies strafbarkeitserweiternd wirken. Der Strafrechtsschutz würde sich zu sehr vom einzelnen geschützten Rechtsgut lösen und allgemein die Dispositionsfreiheit schützen. Ein so weitgehender Schutz der Dispositionsfreiheit ist durch das Strafrecht nicht gewünscht und geht weit über den durch den Betrug gesteckten Rahmen hinaus²⁵. Da die erste Ansicht abzulehnen ist und die beiden anderen Meinungen zum gleichen Ergebnis führen, ist ein weiterer Streitentscheid entbehrlich. Weiter kann auch offen bleiben, ob den Exkulpations- oder Einwilligungsregeln zu folgen ist, da beide Ansichten hier zu einer Freiverantwortlichkeit kommen. Somit ist die objektive Zurechnung zu verneinen.

2. *Zwischenergebnis*: T hat sich nicht gem. § 223 I StGB strafbar gemacht²⁶.

B. Ergebnis für Tatkomplex 1

T hat sich nicht strafbar gemacht.

Tatkomplex 2: Das Weiterklettern

A. Anwendbarkeit deutschen Strafrechts

Deutsches Strafrecht ist jeweils gem. § 7 I StGB anwendbar.

B. Strafbarkeit des T gem. § 212 I StGB

Eine Strafbarkeit aus § 212 StGB scheidet aus, weil T keinen *Tötungsvorsatz* hat. Er weiß zwar, dass S abstürzen könn-

te, geht aber nicht davon aus, dass S lebensbedrohliche Verletzungen erleidet.

C. Strafbarkeit des T gem. § 222 StGB

T könnte sich, indem er S überredet hat, weiterzuklettern, gem. § 222 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Der tatbestandsmäßige *Erfolg* ist eingetreten, da S tot ist.

2. Dieser Erfolg wurde *äquivalent-kausal* durch das Verhalten des T verursacht. Hätte T den S nicht überredet, weiterzuklettern, wäre S nicht abgestürzt und gestorben.

3. *Objektiv sorgfaltswidrig* handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Diese richtet sich nach den Anforderungen, die bei einer ex ante-Betrachtung der Gefahrenlage an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen aus dem Verkehrskreis des Täters und in dessen konkreter Lage zu stellen sind²⁷. *Objektiv vorhersehbar* ist, was ein umsichtig handelnder Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters unter den gegebenen Umständen aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung in Rechnung stellen würde²⁸. Ein solcher Mensch hätte S nicht zum Weiterklettern ermuntert, weil dieser von den Pilzen schwer berauscht war und damit eine hohe Gefahr bestand, dass er sich zu einem gefährlichen Verhalten überreden lässt und dann in seinem berauschten Zustand abstürzt und sich tödliche Verletzungen zuzieht. Dass S in seinem Drogenrausch abstürzt und sich tödlich verletzt, war auch objektiv vorhersehbar.

4. Fraglich ist, ob T der Tod des S *objektiv zurechenbar* ist. In Betracht kommt ein Ausschluss der objektiven Zurechnung wegen *freiverantwortlicher Selbstgefährdung*²⁹. Wirkt der Täter an einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung des Opfers mit, durch die später tatsächlich ein Verletzungserfolg eintritt, macht er sich nicht strafbar, denn wenn schon die vorsätzliche Teilnahme an einer Selbstverletzung oder -tötung straffrei ist, muss das erst recht für die fahrlässige Förderung der Selbstverletzung oder -tötung gelten.

²⁷ Rengier AT, § 52 Rn 15.

²⁸ Wessels/Beulke/Satzger Rn 667a.

²⁹ Dabei meint Gefährdung Fälle, in denen sich das Opfer gewollt lediglich einer Gefährdung aussetzt, ohne dass es selbst von einer tatsächlichen Verletzung ausgeht, wie z.B. bei Wettfahrten, vgl. Krawczyk/Neugebauer JA 2011, 264 (265).

²⁴ Roxin AT I, § 13 Rn 97: »...deren Abgrenzung von den beachtlichen Irrtümern aber stets dunkel geblieben ist.«

²⁵ Roxin AT I, § 13 Rn 99.

²⁶ Wer eine eigenverantwortliche Selbstschädigung verneint und § 223 StGB bejaht, muss nun noch § 224 I Nr 1 StGB (Gift) prüfen.

tung gelten und nochmals erst recht für die fahrlässige Förderung einer Selbstgefährdung³⁰.

a) Die *Abgrenzung zwischen Selbst- und Fremdgefährdung* erfolgt wiederum entsprechend der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme³¹, wobei man hier von einer »Gefährdungsherrschaft«³² sprechen kann. Die *Handlungsherrschaft* liegt bei S, da er klettert. Die Rspr³³ betont allerdings, dass die Strafbarkeit desjenigen, der einen Akt der Selbstgefährdung veranlasst oder fördert, beginnt, wenn er erkennt, dass das Opfer die Tragweite seines Entschlusses nicht überblickt; dies kann der Fall sein, wenn das Opfer einem Irrtum über die Gefährlichkeit seines Handelns unterliegt oder wenn es etwa aufgrund von Trunkenheit nicht mehr in der Lage ist, die Risiken seines Handelns hinreichend abzuschätzen und abzuwägen. Die Lit. würde diese Konstellationen als mittelbare Täterschaft kraft Irrtums bzw. bei der Benutzung Schuldunfähiger als eine Mischung von mittelbarer Täterschaft kraft Nötigung und Irrtums erfassen³⁴. Diese Regelungen sollen für die Mitwirkung an Selbstschädigungen entsprechend gelten: Wer z. B. an einen Schuldunfähigen tödlich oder gesundheitsschädlich wirkende Substanzen abgibt und damit dessen Selbsttötung oder -verletzung veranlasst oder fördert, sei bei entsprechendem Vorsatz mittelbarer Täter eines Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts³⁵. Somit könnte man für den Bereich der objektiven Zurechnung von einer *mittelbaren Gefährdungsherrschaft* sprechen.

Fraglich ist, ob allein der *Irrtum* des S darüber, dass T eine gleiche Dosis Pilze genommen hat, geeignet ist, Tatherrschaft zu begründen. Wie oben könnte man sagen, dass dieser Irrtum ohne Relevanz für das gefährdete Rechtsgut ist. Dass die Kletterei gefährlich ist, gilt unabhängig davon, ob T ebenfalls die Droge genommen hat. Hier kann man aber wie im Obst-Schnaps-Fall des BGH³⁶ argumentieren, dass S den erfahreneren T als Bezugspunkt für die Einschätzung des Risikos nutzt. Er hielt sich für einen besseren Kletterer und meinte deshalb, den nächsten Absatz gefahrlos klettern zu können, wenn selbst T dies könne. S trifft also eine falsche Risikobewertung, die auf Ts Täuschung beruht.

³⁰ Roxin AT I, § 11 Rn 107; BGH NSTz 1985, 25 (26).

³¹ Roxin AT I, § 11 Rn 105ff.; Krawczyk/Neugebauer JA 2011, 264 (265f.); BGHSt 53, 55 (60).

³² Beck'scher Onlinekommentar StGB (BeckOK)/Eschelbach, Ed 22, Stand: 8. 3. 2013, § 222 Rn 26 unter Bezugnahme auf BGH NJW 2003, 2326 (2327).

³³ BGH NSTz 1986, 266.

³⁴ Roxin Strafrecht AT II, 2003, § 25 Rn 45.

³⁵ Roxin AT II, § 25 Rn 144

³⁶ BGH NSTz 1986, 266.

In jedem Fall ist eine Gefährdungsherrschaft des T anzunehmen, weil S sich zum Zeitpunkt des Weiterkletterns im Zustand der *Schuldunfähigkeit* gem. § 20 StGB befand. Er war aufgrund seines Drogenrausches³⁷ nicht mehr in der Lage, die Tragweite seines Handelns einzuschätzen und nach dieser Einsicht zu handeln³⁸. Diesen Umstand hat T ausgenutzt. Auf dieses Risiko hat sich S auch nicht nüchtern am Wandfuß eingelassen, denn das Weiterklettern war ursprünglich nicht geplant.

b) Darüber hinaus müsste man – unabhängig davon, welcher Ansicht man folgt – die *Eigenverantwortlichkeit* der Gefährdung verneinen, weil S weder einwilligungs- noch schuldfähig war.

5. Zwischenergebnis: Die objektive Zurechnung ist gegeben, der Tatbestand des § 222 StGB ist erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit

Hier könnte es sich aus Sicht des T bzgl. des Rechtsguts Leben um eine *einverständliche Fremdgefährdung*³⁹ handeln, bei der das Opfer eine rechtfertigende Einwilligung in die Lebensgefährdung⁴⁰ erteilt, sodass eine Rechtfertigung auch eintreten könnte, wenn sich die Gefahr später tatsächlich realisiert. S war aber schon gar nicht einwilligungsfähig, was T auch wusste.

³⁷ Unabhängig davon, ob man diesen der krankhaften seelischen Störung oder der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung zuordnet (dazu Fischer § 20 Rn 11).

³⁸ Hier muss die Einsichtsfähigkeit auf die Tragweite des Handelns für die eigene Person bezogen sein, Roxin AT II, § 25 Rn 152.

³⁹ Roxin AT I, § 11 Rn 121ff will die einverständliche Fremdgefährdung unter bestimmten Voraussetzungen gleich der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung behandeln und dann auch bei Fremdgefährdung bereits den Tatbestand ausschließen.

⁴⁰ Es ist umstr., ob in eine Lebensgefährdung überhaupt eingewilligt werden kann. Die ältere Rspr (z. B. BGHSt 4, 88 [93]; 7, 112 [114]) hat dies abgelehnt, weil die Verletzung des Lebens eines Menschen auch in § 222 StGB zum Schutz der Allgemeinheit mit Strafe bedroht sei. Mittlerweile geht die Rspr davon aus, dass bei Vorschriften, die dem Schutz von Individualrechtsgütern dienen (wie §§ 222, 229 StGB), grds. eine Einwilligung in riskante Verhaltensweisen möglich ist; die Einwilligung verliere ihre rechtfertigende Wirkung aber dort, wo die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten sei, also bei konkreter Todesgefahr, unabhängig von der tatsächlich eingetretenen Rechtsgutsverletzung (BGHSt 53, 55 [62f]). Hier wäre von einer konkreten Todesgefahr und damit von Sittenwidrigkeit auszugehen.

III. Schuld

Zu prüfen bleibt, ob T auch *subjektiv sorgfaltspflichtwidrig* gehandelt hat und der Erfolg *subjektiv vorhersehbar* war. Es geht also darum, ob der Täter nach seinen persönlichen Fähigkeiten und dem Maß seines individuellen Könnens im Stande war, die objektive Sorgfaltspflicht zu erkennen und die sich daraus ergebenden Sorgfaltsanforderungen zu erfüllen⁴¹. T rechnete sogar mit einem Absturz. Dabei wäre es für ihn auch subjektiv erkennbar gewesen, dass ein solcher Absturz nicht nur zu leichten Verletzungen, sondern zum Tod führen kann.

IV. Zwischenergebnis

T hat sich gem. § 222 StGB strafbar gemacht.

D. Strafbarkeit des T gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 5 StGB

T könnte sich, indem er den S überredet hat, weiterzuklettern, gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 5 StGB strafbar gemacht haben⁴².

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Objektiver Tatbestand

a) S ist abgestürzt und hat sich beim Aufschlagen auf den ersten Absatz einen Schienbeinbruch, beim weiteren Sturz Wirbelsäulenfrakturen und innere Verletzungen zugezogen, was einen pathologischen Zustand darstellt. Auch ist es eine üble unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt, wenn man einen ersichtlich berauschten Menschen eine Wand hinauftreibt, aus der er dann abstürzt.

b) Die Einflussnahme des T kann auch nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Absturz und damit seine Verletzungen entfielen.

c) Die *objektive Zurechnung* ist wie bei § 222 StGB nicht wegen einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ausgeschlossen. Objektiv unterfallen auch die durch den Sturz

an den Wandfuß verursachten Verletzungen dem Tatbestand, weil man bei dem weiteren Absturz von keinem völlig außerhalb der Lebenserfahrung liegenden atypischen Kausalverlauf⁴³ sprechen kann.

d) Für das *Qualifikationsmerkmal des § 224 I Nr. 5 StGB* kommt es auf die Gefährlichkeit der Behandlung an, nicht auf die des Körperverletzungserfolges⁴⁴. Es ist sicher *abstrakt* lebensgefährlich, einen Menschen im akuten Drogenrausch mit Wahrnehmungs- und Koordinationsstörungen etliche Meter über dem Abgrund klettern zu lassen; hier war es sogar *konkret* lebensgefährlich, sodass der Streit, ob die Behandlung abstrakt-generell oder konkret lebensgefährdend sein muss, dahinstehen kann⁴⁵. Allerdings muss die Körperverletzung »mittels« dieser Behandlung begangen worden sein⁴⁶. Erforderlich ist, dass die Verletzung durch ein unmittelbar gegen den Körper gerichtetes gefährliches Vorgehen ausgelöst wird⁴⁷. Hier ist das Überreden zum Weiterklettern keine unmittelbare Einwirkung auf den Körper des S, die Verletzungsrichtung ist aber gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichtet. Wenn man bei der objektiven Zurechnung eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung ausschließt, kann man hier kaum umgekehrt argumentieren, dass erst ein nachfolgendes Verhalten des S die Lebensgefahr herbeigeführt hätte⁴⁸.

e) Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

a) T müsste mit Wissen und Willen hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung des *Grunddelikts* gehandelt haben. T war bewusst und er nahm es billigend in Kauf, dass S abstürzen und sich dabei Verletzungen zuziehen könnte. Er rechnete aber nur mit einem Absturz auf den ersten Absatz und leichteren Verletzungen. Die Verlet-

⁴³ Dazu etwa *Wessels/Beulke/Satzger* Rn 196.

⁴⁴ *Fischer* § 224 Rn 12.

⁴⁵ Insb die Rspr lässt abstrakte Gefährlichkeit genügen, vgl z. B. BGH NSTZ 2013, 345; ebenso z. B. *Wessels/Hettinger* Rn 282; aA etwa NK/*Paeffgen* § 224 Rn 28 m. w. N.

⁴⁶ BGH NSTZ 2007, 34; die Entscheidung betraf aber den Fall, dass eine Taxifahrerin zu Boden gestoßen wurde, mit dem Kopf auf die rechte Spur der Autobahn fiel und die Lebensgefährdung erst durch einen möglichen Unfall, nicht aber durch die Verletzungshandlung an sich herbeigeführt wurde.

⁴⁷ Sch/Sch/*Stree/Sternberg-Lieben* § 224 Rn 12.

⁴⁸ BGH NSTZ 2013, 345 (346) stellt maßgeblich auf die individuelle Schädlichkeit ab, also auch auf individuelle Besonderheiten beim Tatopfer, welche das Gefahrenpotential der Handlung im Vergleich zu einer »einfachen« Körperverletzung deutlich erhöhen. Dann könnte man auch argumentieren, dass ein beraushtes Opfer besonders anfällig ist.

⁴¹ *Wessels/Beulke/Satzger* Rn 692.

⁴² Hier wäre wieder die Annahme mittelbarer Täterschaft mit S als Tatmittler gegen sich selbst ebenso vertretbar.

zungen, die sich S durch den weiteren Absturz bis zum Wandfuß zuzieht, sind nicht von seinem Vorsatz umfasst⁴⁹. Somit hatte T nur bzgl. des Schienbeinbruchs *dolus eventualis*. Weiter wusste er auch um den Irrtum und die Schuldunfähigkeit des S, sodass er die tatsächlichen Umstände, welche die objektive Zurechnung ermöglichen, erfasst hat.

b) Fraglich ist, ob T auch *Vorsatz bzgl. § 224 I Nr. 5 StGB* hatte, denn T ging gerade nicht von einer Lebensgefahr für S aus. Nach der Rspr. soll es genügen, dass der Täter um die Umstände, aus denen sich die allgemeine Gefährlichkeit des Tuns ergibt, weiß, auch wenn er sie nicht als lebensgefährdend erkennt⁵⁰. Es ist aber unverständlich, warum von den allgemeinen Vorsatzanforderungen abgewichen werden sollte und der Täter hier nicht auch die Lebensgefahr erkannt haben muss⁵¹. Wenn man zudem objektiv eine abstrakte Lebensgefährdung ausreichen lässt, wird der Anwendungsbereich der Norm stark ausgeweitet und dem Täter ein Handlungsunrecht unterstellt, das er gar nicht verwirklichen wollte. Er wollte gerade nicht das Leben des Opfers gefährden, wenn er dieses Risiko gar nicht erkannt hat. Damit ist der Vorsatz des T bzgl. § 224 I Nr. 5 StGB abzulehnen⁵².

II. Rechtswidrigkeit

Fraglich könnte allein das Vorliegen einer *einverständlichen Fremdgefährdung* sein. Allerdings ist S *einwilligungsunfähig*, was T auch wusste. Zudem würde die Einwilligung die Tat wegen § 228 StGB nicht rechtfertigen, weil die Tat aufgrund der konkreten Todesgefahr trotzdem gegen die guten Sitten verstoßen würde⁵³.

III. T handelte schuldhaft.

IV. Ergebnis: T hat sich gem. § 223 I StGB strafbar gemacht. Der nach § 230 I 1 StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

⁴⁹ Insofern kann man auch keine unwesentliche Abweichung vom Kausalverlauf annehmen, weil dies nur Fälle erfasst, in denen der Täter den Vorsatz hat, einen bestimmten Erfolg zu verursachen, der Erfolg aber in anderer Weise eintritt als vorgestellt (LK/Vogel § 16 Rn 55). Hier irrt sich T zwar auch über das Sturzgeschehen, aber er rechnet eben nicht mit derart schwerwiegenden Verletzungen; sa RGSt 73, 257.

⁵⁰ BGHSt 2, 163; 19, 352; 36, 15; BGH NJW 1990, 3156.

⁵¹ NK/Paeffgen § 224 Rn 35; Wessels/Hettinger Rn 284.

⁵² AA bestens vertretbar.

⁵³ Zur Sittenwidrigkeit bei konkreter Todesgefahr s BGHSt 49, 34 (40); 53, 55 (63f.).

E. Strafbarkeit des T gem. § 227 I StGB

T könnte sich durch dieselbe Handlung gem. § 227 I StGB wegen Körperverletzung mit Todesfolge strafbar gemacht haben.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1. Vorsätzliche Verwirklichung des Grunddeliktes

T hat den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 223 I StGB verwirklicht. Da sich der Vorsatz auf die konkrete Körperverletzung richten muss, ist Anknüpfungspunkt nur die Körperverletzung in Form des Sturzes auf den ersten Absatz.

2. Herbeiführung der schweren Folge

a) S ist tot, die *schwere Folge* des § 227 StGB ist eingetreten und wurde auch *kausal* durch Ts Zureden herbeigeführt.

b) Hinsichtlich des Eintritts der schweren Folge muss dem Täter zumindest *Fahrlässigkeit* zur Last fallen, § 18 StGB. Dabei liegt die *objektive Sorgfaltspflichtverletzung* in der Verwirklichung des vorsätzlichen Grunddelikts⁵⁴. Fraglich ist allein die *Vorhersehbarkeit* des Eintritts der schweren Folge und des wesentlichen Kausalverlaufs. Dabei reicht nach der Rspr. die Vorhersehbarkeit des Erfolges im Allgemeinen; die konkreten Einzelheiten brauchen nicht vorhersehbar zu sein⁵⁵.

Für einen besonnenen Menschen ist erkennbar und vorhersehbar, dass sich ein berauschter Mitkonkurrent leicht anstacheln lassen wird, weiterzuklettern, wobei er dann abstürzen und sich tödliche Verletzungen zuziehen kann. T hat objektiv sorgfaltspflichtwidrig gehandelt.

3. Spezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang

Wegen des im Vergleich zu den §§ 223, 222, 52 StGB deutlich erhöhten Strafrahmens verlangen Rspr. und Lit. darüber hinaus einen sog. spezifischen Gefahrverwirklichungszusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge. Es muss sich im Tod unmittelbar die eigentümliche

⁵⁴ Lackner/Kühl, 27. Aufl 2011, § 18 Rn 7; BGHSt 24, 213; 48, 34 (39).

⁵⁵ BGHSt 48, 34 (39); Fischer § 227 Rn 7a.

(tatbestandsspezifische) Gefahr des Grunddelikts realisiert haben⁵⁶.

a) Gerade beim *Sich-Einschalten des Opfers* fehlt dieser Zusammenhang regelmäßig, weil sich dabei meist eine andere als die vom Täter geschaffene Gefahr verwirklicht⁵⁷. Allerdings führt der BGH im Fenstersturz-Fall⁵⁸ aus, dass der Unmittelbarkeitszusammenhang bestehen bleibe, wenn kein *eigenverantwortliches* Handeln des Verletzten als selbstständige Ursache für die Todesfolge dazwischentrete. Hier hat S gerade nicht eigenverantwortlich gehandelt⁵⁹.

b) Weiter kommt es darauf an, ob sich in der Todesfolge die spezifische Gefahr des *Körperverletzungserfolges* realisieren muss oder ob es genügt, dass der Tod aus der spezifischen Gefährlichkeit der *Körperverletzungshandlung* resultiert, denn im vorliegenden Fall ist S nicht am gebrochenen Schienbein, sondern erst am weiteren, nicht mehr vom Vorsatz umfassten Absturz gestorben.

Nach der *Rspr.* genügt es, wenn sich im Tod die spezifische Gefahr der Handlung realisiert⁶⁰. Nach der *Letalitäts-theorie* muss die Gefahr des tödlichen Ausgangs aus der Verletzung selbst, dh aus der konkreten Art der Wunde resultieren⁶¹. Dafür spricht eine höhere Rechtssicherheit, da man unter »Körperverletzung« typischerweise den Verletzungserfolg versteht. Zudem spricht § 227 I StGB vom Tod »des Verletzten«, dh eines bereits verletzten Opfers. Die Bestrafung von Handlungen, die lebensgefährlich sind, kann man systematisch in § 224 I Nr. 5 StGB geregelt sehen und wegen dieser Vorschrift bedarf es auch rechtspolitisch keiner weitergehenden Auslegung des § 227 StGB⁶².

Dagegen spricht, dass § 227 I StGB auf die §§ 223–226 StGB Bezug nimmt, also auch die gefährlichen Begehungsweisen des § 224 I StGB und die Versuchsregelungen umfasst⁶³. Körperverletzung ist damit der Oberbegriff für etliche Tatbestände des siebzehnten Abschnitts des StGB. Zudem wird in § 223 I StGB nicht nur die Gesundheitsschä-

digung, sondern auch die körperliche Misshandlung, also eine Handlungsmodalität, als gleichberechtigte Alternative genannt⁶⁴. Die *Rspr.* ist auch insofern vorzugswürdig, als die Handlung genauso gefährlich sein kann wie der Erfolg⁶⁵. Es ist daher auch die spezifische Gefährlichkeit der Körperverletzungshandlung ausreichend⁶⁶.

Danach besteht der Unmittelbarkeitszusammenhang, da dem Überreden eines erheblich Berauschten zum Klettern etliche Meter über dem Boden die spezifische Gefahr eines tödlichen Ausgangs anhaftet.

II. T handelte auch rechtswidrig, insb. scheidet eine rechtfertigende Einwilligung aus.

III. Schuld

T müsste bzgl. der Herbeiführung der schweren Folge *subjektiv fahrlässig* gehandelt haben. Hierbei ist wieder nur die subjektive Vorhersehbarkeit fraglich, weil die Begehung einer vorsätzlichen Körperverletzung immer eine subjektive Sorgfaltspflichtverletzung darstellt. Für T war es ohne weiteres erkennbar, dass das Weiterklettern für S eine erhebliche Lebensgefahr darstellte. Er rechnete sogar mit einem – wenn auch nicht tödlichen – Absturz. Dabei wäre es für ihn erkennbar gewesen, dass ein solcher Absturz potentiell tödlich ist.

IV. Zwischenergebnis

T hat sich gem. § 227 I StGB strafbar gemacht.

F. Strafbarkeit des T gem. § 221 I Nr. 1 StGB

Eine Strafbarkeit des T gem. § 221 I Nr. 1 StGB scheitert am subjektiven Tatbestand, da T zu diesem Zeitpunkt nur Körperverletzungsvorsatz hat, aber keinen Vorsatz bzgl. der konkreten Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung⁶⁷.

⁵⁶ Fischer § 227 Rn 3.

⁵⁷ Kühl § 17a Rn 24.

⁵⁸ BGH NJW 1992, 1708.

⁵⁹ Vgl oben C I 4.

⁶⁰ BGHSt 14, 110; 48, 34 (37 f.); BGH NStZ 2008, 278.

⁶¹ BeckOK/Eschelbach § 227 Rn 6; Sch/Sch/Stree/Sternberg-Lieben § 227 Rn 5.

⁶² Zusf zu den Argumenten BeckOK/Eschelbach § 227 Rn 6.

⁶³ BGHSt 48, 34 (38); Rengier Strafrecht BT II, 14. Aufl 2013, § 16 Rn 12; Wessels/Hettinger Rn 299 erkennt dies grds auch an, will aber die Gefährlichkeit der Handlung nur ausreichen lassen, wenn sie objektiv und subjektiv den Tatbestand des § 224 I Nr 5 StGB erfüllt; ebenso Matt/Renzikowski/Engländer Strafgesetzbuch, 2013, § 227 Rn 5.

⁶⁴ Wolter JA 2008, 605 (610).

⁶⁵ Rengier BT II, § 16 Rn 11.

⁶⁶ AA genauso gut vertretbar.

⁶⁷ Sch/Sch/Eser § 221 Rn 12; aA in Anwendung der *Rspr.* zu § 224 I Nr 5 StGB vertretbar, wonach der Täter nicht den konkreten Schluss auf die Gefährlichkeit gezogen haben muss.

G. Ergebnis für Tatkomplex 2

T hat sich gem. § 227 StGB strafbar gemacht; §§ 222, 223 StGB werden im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt (lex specialis)⁶⁸.

Tatkomplex 3: Nach dem Absturz

A. Strafbarkeit des T

I. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

Deutsches Strafrecht ist jeweils gem. § 7 I StGB anwendbar.

II. Strafbarkeit des T gem. §§ 211, 212 I, 22, 23 I, III, 13 StGB

T könnte sich durch das Liegenlassen des S gem. §§ 211, 212 I, 22, 23 I, III, 13 StGB strafbar gemacht haben.

1. Vorprüfung

a) Der Mord wurde aus rechtlichen Gründen *nicht vollendet*, da Ts Unterlassen nicht quasi-kausal für den Tod werden konnte, weil S weder gerettet noch der Tod hinausgezögert werden konnte.

b) Die *Strafbarkeit* des Mordversuchs ergibt sich aus § 23 I i. V. m. § 12 I StGB.

c) Da S ohnehin verloren war, handelt es sich um einen *untauglichen Versuch*. Dies steht einer Strafbarkeit nicht entgegen, denn § 23 III StGB zeigt, dass selbst der grob unverständige Versuch strafbar ist. Teilw. wird zwar bei unechten Unterlassungsdelikten eine Strafbarkeit des untauglichen Versuchs abgelehnt⁶⁹, die hM hält ihn aber zu Recht für strafbar⁷⁰, da das Verhaltensunrecht voll ausgeprägt ist.

2. Tatbestandsmäßigkeit

a) Tatentschluss

Der Tatentschluss erfasst als subjektives Unrechtselement des Versuchs den auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale gerichteten Vorsatz und die sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale⁷¹.

aa) T müsste Tatentschluss bzgl. eines *Unterlassens* gehabt haben. Hier besteht das tatbestandsrelevante Verhalten nach allen gängigen Theorien⁷² in einem Unterlassen, weil T den Dingen ihren Lauf lassen will, keine Energie aufwendet und auch der Schwerpunkt des vorwerfbaren Verhaltens auf dem Nichtstun liegt.

bb) Dem T kommt es nach seiner Vorstellung gerade darauf an, dass S *stirbt*.

cc) T unterlässt nach seiner Vorstellung die in der konkreten Gefahrenlage *erforderliche Rettungshandlung trotz physisch-realer Abwehrmöglichkeit*: Er könnte mit seinem Handy Hilfe rufen, was nach seiner Vorstellung den Tod des S verhindern könnte.

dd) Nach Ts Vorstellung kann das Herbeirufen von einem Notarzt nicht hinzugedacht werden, ohne dass der Tod des S mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel, da T davon ausgeht, dass S noch gerettet werden könnte. Zudem beruht der Tod nach Ts Vorstellung gerade auf der Gefahr, die er durch sein pflichtwidriges Unterlassen für das Leben des S aufrechterhält, sodass auch die *objektive Zurechnung* zu bejahen ist.

ee) Weiter müsste sich T eine *Garantenstellung* vorstellen. In Frage kommt eine Garantenstellung aus *Gefahrengemeinschaft*. Eine solche kann auch bei Bergsteigern vorliegen, allerdings muss sie nach der zweckgerichteten Art ihrer Entstehung und des dadurch begründeten Vertrauensverhältnisses die Gewähr für gegenseitige Hilfe und Fürsorge einschließen, also eine Übernahme von Schutzpflichten beinhalten⁷³. Hier wollen S und T aber gerade nicht füreinander eintreten, vielmehr treten sie als Konkurrenten gegeneinander an. Allerdings hat T nach seiner Vorstellung eine Garantenstellung aus *Ingerenz*. Danach ist jeder, der durch ein objektiv pflichtwidriges Verhalten die nahe Gefahr eines Schadenseintritts geschaffen hat, zur Abwendung des drohenden Schadens und entsprechenden Rettungsbemühungen verpflichtet⁷⁴. Das Vorverhalten des

⁶⁸ NK/Paeffgen § 227 Rn 35.

⁶⁹ NK/Zaczyk § 22 Rn 60 m. w. N.

⁷⁰ BGH NStZ-RR 2006, 10 (11); LK/Hillenkamp Vor § 22 Rn 106 m. w. N.

⁷¹ Wessels/Beulke/Satzger Rn 598.

⁷² Überbl bei Jäger Examens-Repetitorium Strafrecht AT, 6. Aufl 2013, Rn 333.

⁷³ Wessels/Beulke/Satzger Rn 719; Lackner/Kühl § 13 Rn 10.

⁷⁴ Wessels/Beulke/Satzger Rn 725; Roxin AT II, § 32 Rn 143.

T stellt sogar – auch nach Ts Vorstellung – eine vorsätzliche Körperverletzung dar⁷⁵.

ff) Zuletzt weiß T auch, dass sein *Unterlassen einem Tun entspricht*, § 13 I StGB.

gg) T könnte das subjektive *Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht* verwirklicht haben. Diese Absicht muss nicht die einzige Triebfeder für den Tötungsentschluss sein, sondern kann neben andere Beweggründe treten⁷⁶. Verdeckungsabsicht hat, wer tötet, um dadurch eine vorangegangene Straftat als solche oder Spuren zu verdecken, die bei näherer Untersuchung Aufschluss über bedeutsame Umstände der Tat geben könnten⁷⁷. Die zu verdeckende Tat muss nach der Vorstellung des Täters⁷⁸ ein Vergehen oder Verbrechen iSd § 11 I Nr. 5 StGB sein⁷⁹.

T hat zutreffend erfasst, dass sein Verhalten in strafrechtlicher Hinsicht nicht einwandfrei war. Er will sich eines Zeugen entledigen, der ihn identifizieren könnte. Es kommt nicht darauf an, ob T sein Verhalten konkret unter § 223 StGB subsumiert, es genügt, dass er davon ausgeht, sich überhaupt strafbar gemacht zu haben. Dabei ist es unschädlich, dass sich die Tötung nah an die vorangegangene Körperverletzung anschließt: Auch eine vorangegangene Körperverletzung, an die sich unmittelbar die Tötung anschließt, kann eine andere zu verdeckende Tat sein⁸⁰, weil es keines reflektierten Überlegens bedarf und auch ein spontaner Tötungsentschluss genügt⁸¹.

Fraglich ist, ob ein *Verdeckungsmord durch Unterlassen* begangen werden kann. Die frühere Rspr. und ein Teil der Lit. verneinen dies, weil es der Täter nur unterlasse, seine Täterschaft aufzudecken; der Täter setze den Tod des Opfers nicht gezielt als Mittel zur Verdeckung ein, sondern nehme ihn nur als Folge der Flucht in Kauf⁸². Insoweit gebe es auch Bedenken im Hinblick auf die Entsprechungsklausel des § 13 I StGB⁸³ und den nemo tenetur-Grundsatz⁸⁴. Dagegen geht die neuere Rspr. mit der hM davon aus, dass ein Verdeckungsmord durch Unterlassen möglich ist⁸⁵. Dass die Selbstbegünstigungstendenz strafschärfend wirke, gelte für die aktive Begehungsweise ge-

nauso, sei aber der erklärte Wille des Gesetzgebers⁸⁶. Unproblematisch seien zumindest die Fallgestaltungen, in denen durch das Unterlassen der Tod des Opfers herbeigeführt werden solle, damit gerade dieses die Tat nicht aufdecken könne⁸⁷. Dem ist zuzustimmen: Der Täter will hier – anders als wenn es ihm primär um die Ermöglichung der Flucht geht – ebenso wie in den Fällen aktiver Tötung einen Zeugen gezielt beseitigen, ein wesentlicher Unrechtsunterschied ist nicht zu sehen. Für den vorliegenden Fall ist Verdeckungsabsicht daher zu bejahen.

hh) Weiter könnte T das subjektive Mordmerkmal der *sonstigen niedrigen Beweggründe* verwirklicht haben. Das sind all die Motive und Tatantriebe, die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen, durch hemmungslose Eigensucht bestimmt und deshalb besonders verachtenswert sind⁸⁸. Dies beurteilt sich nach einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt, mithin alle inneren und äußeren Faktoren, die für die Handlungsantriebe des Täters maßgebend waren⁸⁹. Bei dieser Wertung ist auch das Verhältnis zwischen Anlass der Tat und ihren Folgen bedeutsam⁹⁰.

Hier handelt T auch, weil er sich eines Konkurrenten entledigen möchte. Einen Konkurrenten aus persönlicher Eitelkeit zu töten, ist ein nichtiger Tatanlass, der in keinem Verhältnis zur Opferung eines Menschenlebens steht. Dies ist hemmungslos eigensüchtig und nach allgemeiner sittlicher Wertung besonders verachtenswert.

T hat das Mordmerkmal erfüllt. Daran ändert auch das Vorliegen von Verdeckungsabsicht nichts, denn diese Absicht muss nicht die einzige Triebfeder für die Tötung sein, sondern kann neben andere Beweggründe treten⁹¹.

ii) *Zwischenergebnis*: T hatte Tatentschluss zur Begehung eines Mordes.

b) Unmittelbares Ansetzen

Grds. setzt der Täter iSd § 22 StGB unmittelbar an, wenn er subjektiv die Schwelle zum »Jetzt-gehts-los« überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Handlung ansetzt⁹².

75 Da T bei dem pflichtwidrigen Vorverhalten noch keinen Tötungsvorsatz hatte, ist sie auch nicht aus diesem Grund ausgeschlossen; dazu BGH StV 96, 131.

76 BGH NSTZ 2003, 261.

77 BGHSt 50, 11; 56, 239.

78 BGHSt 11, 226; SSW/Momsen § 211 Rn 73.

79 Joecks Studienkommentar StGB, 10. Aufl 2012, § 211 Rn 55.

80 Rengier BT II, § 4 Rn 65.

81 BGHSt 56, 239 (245); anders noch BGHSt 27, 346 (348).

82 BGHSt 7, 287 (289f.).

83 Theile JuS 2006, 110 (112); Joecks § 211 Rn 76.

84 Zusammenfassung der Argumente bei MK/Schneider § 211 Rn 242.

85 BGHSt 38, 356; Fischer § 211 Rn 62; MK/Schneider § 211 Rn 243.

86 LK/Jähne § 211 Rn 20.

87 Vgl. NK/Neumann § 211 Rn 104; SSW/Momsen § 211 Rn 68, die in Fallgestaltungen, in denen der Täter keine Hilfe ruft, um nicht von Dritten identifiziert zu werden, eine Gleichwertigkeit iSd § 13 I StGB ablehnen; ebenso Satzger JURA 2011, 749 (755).

88 Wessels/Hettinger Rn 95; BGHSt 42, 226; 47, 128.

89 BGHSt 35, 116 (127).

90 BGH NSTZ 2006, 284.

91 BGH NSTZ 2003, 261.

92 Wessels/Beulke/Satzger Rn 601.

Der Streit, wann der Täter beim Unterlassungsdelikt unmittelbar ansetzt⁹³, kann vorliegend dahinstehen, da T nach seiner Vorstellung sogar die *letztmögliche Rettungschance* hat verstreichen lassen als er den Tatort endgültig verlässt, also auch nach der engsten Ansicht bereits unmittelbar angesetzt hat.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben.
4. Anhaltspunkte für einen Rücktritt sind nicht ersichtlich.

5. Zwischenergebnis:

T hat sich gem. §§ 211, 212 I, 13, 22, 23 I, III StGB strafbar gemacht. Der versuchte Totschlag wird im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt (*lex specialis*)⁹⁴.

III. Strafbarkeit des T gem. § 221 I Nr. 2 StGB durch Liegenlassen am Wandfuß

Als S schwer verletzt im Schnee liegt, hat T zwar Tötungsvorsatz, der auch den für § 221 StGB notwendigen Gefährdungsvorsatz enthält⁹⁵; allerdings muss der Täter bei § 221 I Nr. 2 StGB gerade durch das Im-Stich-Lassen eine Verschlechterung der gegenwärtigen physischen Opfersituation bewirkt haben, was ausscheidet, wenn die Lage des Opfers nicht mehr verbessert werden kann⁹⁶. Hier wurde S unmittelbar durch den Sturz und nicht erst durch das Liegenlassen am Boden in die konkrete Todesgefahr gebracht. Seine Lage konnte nicht mehr weiter verschlechtert werden.

IV. Strafbarkeit des T gem. §§ 221 I Nr. 2, III, 22, 23 I StGB

Man könnte entsprechend der Vorstellung des T an eine versuchte Aussetzung mit Todesfolge denken, denn für den Versuch der Erfolgsqualifikation genügt es, wenn das Grunddelikt im Versuchsstadium stecken bleibt und die schwere Folge angestrebt wird, die Ausführung des Tatentschlusses die schwere Folge aber nicht herbeiführt⁹⁷. Es ist überwiegend anerkannt, dass der Versuch hier strafbar

ist: Selbst wenn der Versuch des Grunddelikts nicht strafbar sei, sei wegen des erhöhten Handlungsunrechts die Überschreitung der Strafbarkeitsschwelle gerechtfertigt⁹⁸. Dies scheint im Hinblick darauf, dass so das Anstreben der schweren Folge strafbegründend statt -schärfend wirken würde, nicht unproblematisch⁹⁹. Die Frage kann aber dahinstehen, weil der Versuch der Erfolgsqualifikation bei bestehendem Tötungsvorsatz bereits auf Tatbestandsebene¹⁰⁰, spätestens aber auf Konkurrenzebene¹⁰¹ im Wege der Subsidiarität verdrängt würde.

V. Strafbarkeit des T gem. § 323 c StGB

T könnte sich, indem er den S liegen ließ, gem. § 323 c StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) *Unglücksfall* ist jedes plötzlich eintretende Ereignis, das erhebliche Gefahren für ein Individualrechtsgut mit sich zu bringen droht¹⁰². Der Absturz des S ist ein Unglücksfall, weil von dem Absturz und den daraus resultierenden Verletzungen erhebliche Gefahren für seine körperliche Unversehrtheit und sein Leben ausgehen.

Tathandlung ist das Unterlassen der Hilfe, die erforderlich und zumutbar ist¹⁰³. Die Pflicht entfällt nur, wenn bereits sichere Gewähr für anderweitige Hilfe besteht oder Hilfe von vornherein aussichtslos und offensichtlich nutzlos ist¹⁰⁴; dies ist aber nicht schon der Fall, wenn sich in der Rückschau ergibt, dass der Eintritt der befürchteten Folge von Anfang an unabwendbar war¹⁰⁵, zumal wenn die Hilfe Schmerzen lindern kann¹⁰⁶.

Hier bestand aus der ex ante-Sicht eines verständigen Beobachters aufgrund der ihm bekannten Tatsachen¹⁰⁷ noch die Möglichkeit, den S zu retten, jedenfalls aber seine Schmerzen zu lindern.

⁹³ Ausf u mwN *Hillenkamp* AT, 14. Problem, S. 107 ff.

⁹⁴ LK/*Jähnke* § 212 Rn 39.

⁹⁵ MK/*Hardtung* § 221 Rn 25.

⁹⁶ *Rengier* BT II, § 10 Rn 13; Sch/Sch/*Eser* § 221 Rn 8.

⁹⁷ *Kühl* § 17 a Rn 33.

⁹⁸ *Kühl* § 17 a Rn 37; *Rengier* BT II, § 10 Rn 21;

⁹⁹ Daher abl *Wessels/Beulke/Satzger* Rn 617; *Heinrich* Rn 691; NK/*Paeffgen* § 18 Rn 113.

¹⁰⁰ Für § 227 StGB *Roxin* AT II, § 29 Rn 319; Systematischer Kommentar zum StGB (SK)/*Horn/Wolters*, 136. Lfg, Oktober 2012, § 227 Rn 18.

¹⁰¹ LK/*Hillenkamp* Vor § 22 Rn 116; *Kühl* § 17 a Rn 34.

¹⁰² BGH NSTz 1985, 409 (410); *Fischer* § 323 c Rn 3.

¹⁰³ *Wessels/Hettinger* Rn 1045.

¹⁰⁴ *Fischer* § 323 c Rn 12.

¹⁰⁵ BGH NSTz 1985, 501.

¹⁰⁶ *Wessels/Hettinger* Rn 1046.

¹⁰⁷ Sch/Sch/*Sternberg-Lieben/Hecker* § 323 c Rn 2.

Als weiteres Tatbestandsmerkmal muss die Hilfeleistung für den Täter individuell zumutbar sein. Die Gefahr von Strafverfolgung bei möglicher schuldhafter Verursachung des Unglücksfalls befreit aber grds nicht von der Hilfeleistungspflicht¹⁰⁸. Danach wäre es dem T zumutbar gewesen, einen Notarzt zu rufen.

b) T hatte auch *Vorsatz* bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.

3. Zwischenergebnis: T hat sich gem. § 323c StGB strafbar gemacht.

VI. Ergebnis für T

T hat sich gem. §§ 211, 212 I, 22, 23 I, III, 13 StGB strafbar gemacht. § 323c StGB tritt dahinter als subsidiär zurück¹⁰⁹.

B. Strafbarkeit des A

I. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

Auch wenn die mögliche Teilnahme gem. § 9 II StGB in Österreich begangen ist, ist deutsches Strafrecht gem. § 7 I StGB anwendbar.

II. Strafbarkeit des A gem. §§ 212 I, 211, 22, 23 I, 13 StGB

Eine Strafbarkeit wegen (mit-) täterschaftlichen Mordes durch Unterlassen scheidet aus, weil keine Garantienstellung des A ersichtlich ist¹¹⁰.

¹⁰⁸ BGHSt 39, 164 (166); Fischer § 323c Rn 16.

¹⁰⁹ SSW/Schöch § 323c Rn 24.

¹¹⁰ Auch eine Begehungstäterschaft durch den Rat muss ausscheiden, denn sonst würde auch der Anstifter zu § 323c StGB zu einem Begehungstäter eines Tötungsdelikts (s dazu auch 3.), vgl Roxin AT II, § 26 Rn 171. Eine solche wäre allenfalls in Nötigungskonstellationen anzudenken, aber nicht, wenn sich der Dritte darauf beschränkt, dem Garanten die Rettungsbemühungen auszureden, s MK/Joelck § 26 Rn 91.

III. Strafbarkeit des A gem. §§ 212 I, 211, 22, 23 I, 13, 26 StGB

A könnte sich, indem er dem T rät, S liegen zu lassen, gem. §§ 212 I, 211, 22, 23 I, 13, 26 StGB wegen Anstiftung zum versuchten Mord durch Unterlassen strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Der (untaugliche) Mordversuch des T stellt eine *vorsätzliche, rechtswidrige Tat* und damit eine teilnahmefähige Haupttat dar. Die sog. Begehungsdeliktttheorie¹¹¹, die eine Teilnahme am Unterlassungsdelikt ablehnt, weil es keinen Unterlassungsvorsatz gebe und man diesen damit auch nicht hervorrufen könne, ist abzulehnen. Es würde die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme unterlaufen und jede psychische Beihilfe zur Täterschaft aufwerten. Auch das Gesetz geht in § 9 II StGB von einer möglichen Teilnahme am Unterlassen aus¹¹².

b) *Bestimmen* meint das Hervorrufen des Tatentschlusses¹¹³. Tatsächlich ist T aber schon vor dem Gespräch mit A fest dazu entschlossen, den S liegen zu lassen. Er ist damit *omnimodo facturus*. Hier ist eine Anstiftung nicht möglich, weil der Beitrag des vermeintlichen Anstifters nicht mehr kausal werden kann¹¹⁴.

2. Zwischenergebnis

Eine Strafbarkeit wegen vollendeter Anstiftung scheidet aus.

IV. Strafbarkeit des A gem. §§ 212 I, 211, 22, 23 I, 13, 27 StGB

A könnte sich durch dieselbe Handlung gem. §§ 212 I, 211, 22, 23 I, 13, 27 StGB wegen Beihilfe zum versuchten Mord durch Unterlassen strafbar gemacht haben.

¹¹¹ Kaufmann Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 190 ff.; Welzel Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl 1969, § 27 V 2, 3.

¹¹² Ausf zur Teilnahmetheorie Hillenkamp AT, 30. Problem, S. 225 ff.

¹¹³ Wessels/Beulke/Satzger Rn 568.

¹¹⁴ Kühl § 20 Rn 177; Wessels/Beulke/Satzger Rn 569.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Eine *vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat* liegt vor.
 b) *Hilfeleisten* meint jeden Tatbeitrag, der die Haupttat ermöglicht oder erleichtert, wobei nach der Rspr. keine Kausalität der Hilfeleistung erforderlich ist¹¹⁵. Erfasst ist auch die sog. psychische Beihilfe, die durch Bestärkung des Tatentschlusses geleistet wird¹¹⁶. Dazu genügt es, dass der Gehilfe letzte Zweifel und Hemmungen des Täters beseitigt oder dem Täter zusätzliche Motive liefert¹¹⁷. Allerdings scheidet Beihilfe aus, wenn der Täter seinen Tatentschluss schon »felsenfest« gefasst hat¹¹⁸, weil dann von keiner Förderung mehr gesprochen werden kann bzw. keine nachweisbare psychische Beeinflussung durch Stabilisierung oder Mitgestaltung des Tatentschlusses vorliegt¹¹⁹; wird der Tatentschluss in seiner Festigkeit und Intensität nicht mehr beeinflusst, sondern der Täter durch die Solidarität nur erfreut, scheidet psychische Beihilfe aus¹²⁰.

Hier denkt T »nicht im Traum daran«, von seinem Entschluss, den S sterben zu lassen, abzurücken. Weder stabilisiert A den Tatentschluss, noch kann man davon sprechen, dass er »ein Gefühl der Sicherheit«¹²¹ schafft, weil T ohnehin davon ausgeht, dass A ihn nicht bei der Polizei melden werde.

2. Zwischenergebnis

A hat sich nicht wegen Beihilfe strafbar gemacht.

V. Strafbarkeit des A gem. §§ 211, 212, 13 i. V. m. § 30 I StGB

A könnte sich durch dieselbe Handlung gem. §§ 211, 212, 13 i. V. m. § 30 I StGB wegen versuchter Anstiftung zum Mord durch Unterlassen strafbar gemacht haben.

¹¹⁵ Vgl. BGHSt 2, 130; 46, 107 (109); zust. *Wessels/Beulke/Satzger* Rn 582.

¹¹⁶ HM, z. B. *Rengier* AT, § 45 Rn 88; abl. *Hruschka* JR 1983, 177 f.

¹¹⁷ *Roxin* AT II, § 26 Rn 200; *Kühl* § 20 Rn 227; *MK/Joelcks* § 27 Rn 40.

¹¹⁸ *Sch/Sch/Heine* § 27 Rn 12; BayObLG NJW 2002, 1663 (1664).

¹¹⁹ *MK/Joelcks* § 27 Rn 41.

¹²⁰ *LK/Schünemann* § 27 Rn 14.

¹²¹ Was die Rspr. insbes. bei BtM-Delikten als Beihilfe ausreichen lässt, vgl. BGH NSTz 1993, 233.

1. Vorprüfung

a) Es liegt *keine vollendete Anstiftung* vor, da T bereits *omnimodo facturus* war.

b) Die versuchte Anstiftung ist hier gem. § 30 I i. V. m. 12 I StGB *strafbar*, weil es sich bei Mord um ein Verbrechen handelt¹²². Selbst wenn man der Ansicht folgt, dass die in Aussicht genommene Tat in der Person des Anstiftenden ein Verbrechen darstellen muss¹²³, liegt ein Verbrechen vor. A hat zwar selbst keine Garantenstellung, dies würde aber – auch wenn man sie als besonderes persönliches Merkmal qualifizierte¹²⁴ – gem. § 28 I StGB¹²⁵ zu einer Strafmilderung, nicht jedoch zu einer Tatbestandsverschiebung führen.

2. Tatbestandsmäßigkeit

a) Der *doppelte Tatentschluss* muss sich auf die Begehung einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen vollendeten Haupttat, die ein Verbrechen sein muss, und auf das Hervorrufen des Tatentschlusses beziehen¹²⁶.

A hat nach seiner Vorstellung von der *Haupttat* Vorsatz, dass T den S sterben lässt. Er geht davon aus, dass Ts Verhalten zuvor nicht ganz einwandfrei war, erfasst also die Umstände, die eine Garantenstellung des T aus Ingerenz begründen. Auch glaubt er, dass S noch gerettet werden kann, wenn sofort Hilfe gerufen wird. Zudem kommt es darauf an, ob A Kenntnis von den Mordmerkmalen des T hat¹²⁷. A hält es für möglich, dass T etwas nachgeholfen hat, um seinen Konkurrenten loszuwerden und er deswegen etwas zu verbergen hat. Damit hat A die Umstände erfasst, welche die Verdeckungsabsicht bei T begründen.

Weiter müsste A nach seiner Vorstellung den *Tatentschluss* bei T geweckt haben. A war nicht sicher, ob T den

¹²² Daran ändert auch nichts, dass es sich um einen untauglichen Anstiftungsversuch zu einem (objektiv) untauglichen Versuch der Haupttat handelt, vgl. § 30 I 3 StGB, der auf § 23 III StGB verweist, und *SSW/Murmann* § 30 Rn 4, 15.

¹²³ So z. B. *Kühl* § 20 Rn 247; *Joelcks* § 30 Rn 9; aA *BGHSt* 53, 174 (177 f.); *Rengier* AT, § 47 Rn 15; *Hinderer* JuS 2011, 1072 (1073).

¹²⁴ So z. B. *LK/Weigend* § 13 Rn 87; *Roxin* AT II, § 27 Rn 68; aA *MK/Freund* § 13 Rn 263; *Lackner/Kühl* § 28 Rn 6; offen gelassen von *BGHSt* 41, 1 (4).

¹²⁵ § 28 StGB ist auf die versuchte Teilnahme nicht direkt, aber seinem Gedanken nach anwendbar, vgl. *BGHSt* 6, 308 (311); *LK/Schünemann* § 30 Rn 2f.

¹²⁶ *Lackner/Kühl* § 30 Rn 5.

¹²⁷ Dabei wird die Problematik des fehlenden subjektiven Mordmerkmals des T in der Person des A im Rahmen einer Tatbestandsverschiebung nach § 28 II StGB im Anschluss geprüft.

S tatsächlich sterben lassen will. Er geht aber davon aus, dass er das »Zünglein an der Waage« spielt und erst sein Zureden T dazu bringen wird, den S sterben zu lassen. Es genügt, wenn der (vermeintliche) Anstifter, einen bereits zur Tat Geneigten endgültig zur Tat bewegt¹²⁸.

b) Dass A *unmittelbar angesetzt* hat¹²⁹, ist unproblematisch, da A bereits die tatbestandsmäßige Bestimmungshandlung vorgenommen hat.

c) Fraglich ist allerdings, ob sich etwas ändert, weil es sich bei der Verdeckungsabsicht um ein besonderes persönliches Merkmal iSd § 28 StGB handelt, das A nicht in seiner Person verwirklicht.

Geht man mit der Rspr. davon aus, dass § 211 StGB gegenüber § 212 StGB ein eigenständiges Delikt ist¹³⁰, wären die subjektiven Mordmerkmale *strafbegründende* besondere persönliche Merkmale, sodass eine Strafmilderung nach §§ 28 I, 49 I StGB in Frage käme, die aber aus Wertungsgesichtspunkten versagt wird, wenn der Teilnehmer ein eigenes täterbezogenes Mordmerkmal verwirklicht¹³¹.

Die hM in der Lit. sieht dagegen zu Recht in § 211 StGB eine Qualifikation von § 212 StGB und in den subjektiven Mordmerkmalen dementsprechend *strafschärfende* besondere persönliche Merkmale, sodass § 28 II StGB anzuwenden ist¹³². Da A selbst keine Verdeckungsabsicht hat, käme es zu einer *Tatbestandsverschiebung* und A wäre nur wegen versuchter Anstiftung zum Totschlag zu verurteilen. Allerdings regelt § 28 II StGB auch den Fall, dass besondere persönliche Merkmale nur beim Teilnehmer, nicht aber beim Täter vorliegen. Insofern könnte es zu einer *umgekehrten Tatbestandsverschiebung* kommen, wenn A das subjektive Mordmerkmal der Habgier aufweisen würde. *Habgier* bedeutet ein rücksichtsloses Streben nach Vermögensvorteilen um den Preis eines Menschenlebens¹³³. Hier möchte A, dass S stirbt, damit er diesem Expeditionskosten iHv 10.000€ nicht zurückzahlen muss. Dadurch erspart A sich aber nur Ausgaben. Nach der hM genügt dieses Bestreben, weil sich auch hier bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise das Vermögen des Täters erhöht¹³⁴. Damit wäre A also nach Ansicht der hL wegen versuchter Anstiftung zum Mord zu verurteilen.

¹²⁸ Wessels/Beulke/Satzger Rn 569.

¹²⁹ Zu den einzelnen Ansätzen bei der versuchten Anstiftung vgl Kühn § 20 Rn 249 m. w. N.

¹³⁰ Bisher stRspr., z. B. BGHSt 22, 375; 50, 1 (5); Abkehr angedeutet in BGH NJW 2006, 1008 (1012f.).

¹³¹ Vgl BGH NJW 2005, 996 (997).

¹³² Vgl LK/Jähnke Vor § 211 Rn 43ff.; MK/Schneider Vor §§ 211ff. Rn 188ff. m. w. N.

¹³³ Rengier BT II § 4 Rn 13; BGH NJW 1981, 932.

¹³⁴ Wessels/Hettinger Rn 94b; BGHSt 10, 399; 29, 317.

Da Rspr. und hL zum selben Ergebnis kommen, erscheint es vertretbar, den Streit um die Anwendung von § 28 I oder II StGB dahinstehen zu lassen¹³⁵.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.

4. Für einen Rücktritt nach § 31 I Nr. 1, II StGB bestehen keine Anhaltspunkte.

5. Zwischenergebnis: A hat sich gem. §§ 211, 212, 13 i. V. m. §§ 28 II, 30 I StGB strafbar gemacht.

VI. Strafbarkeit des A gem. § 221 StGB

Eine Strafbarkeit des A aus § 221 StGB scheidet aus, weil A den S weder in eine hilflose Lage versetzt noch eine Garantspflicht hat, ihn in der vorgefundenen hilflosen Lage nicht im Stich zu lassen.

VII. Strafbarkeit des A gem. § 323 c StGB

A hat sich gem. § 323 c StGB strafbar gemacht, weil er vorsätzlich keine Hilfe leistete¹³⁶.

VIII. Ergebnis für A

A hat sich gem. §§ 211, 212, 13 i. V. m. § 30 I StGB strafbar gemacht. Dahinter tritt § 323 c StGB als subsidiär zurück¹³⁷.

GESAMTERGEBNIS

Im ersten Tatkomplex hat sich T nicht strafbar gemacht.

Im zweiten Tatkomplex hat sich T gem. § 227 StGB strafbar gemacht, im dritten Tatkomplex gem. §§ 211, 13, 22, 23 I, III StGB. Diese Delikte stehen in Tateinheit (§ 52 StGB) zueinander¹³⁸. A hat sich gem. §§ 211, 13 i. V. m. § 30 I StGB strafbar gemacht.

¹³⁵ Allein durch die Überschrift des Delikts wurde schon stillschweigend der hL gefolgt, die durch eine stimmige Gesamtkonzeption überzeugen und offene Wertungskorrekturen wie die Rspr. vermeiden kann. Unter diesem Aspekt wäre es auch gut vertretbar, den Streit nicht offenzulassen.

¹³⁶ Vgl zur inhaltlichen Prüfung oben A 5.

¹³⁷ BGHSt 39, 164 (166).

¹³⁸ Rengier BT II, § 16 Rn 28; BGH NSTZ-RR 2006, 10.