



Kleine Zwischenprüfungshausarbeit
Strafrecht
WS 2017/18

„Blut ist kälter als Wasser“

Sachverhalt

Die leidenschaftliche Schwimmerin T hat den alleinerziehenden Vater des zehnjährigen O geheiratet und O als ihr Kind angenommen (§§ 1741 ff. BGB). Gleichwohl ist ihr die elterliche Sorge für O lästig, und sie sehnt den Tag herbei, an dem O „aus dem Haus“ sein wird. An einem Vorfrühlingstag des Jahres 2018 geht T mit O an einem normalerweise ruhigen Seitenarm des Rheins spazieren, der jedoch derzeit aufgrund von Schmelzwasser eine gefährliche Fließgeschwindigkeit hat. An einer Fußgängerbrücke stoßen sie auf einen Klassenkameraden des O, den gleichaltrigen F, der allein unterwegs ist. O und F unternehmen sogleich einen gemeinsamen Wettlauf über die Brücke, rutschen dann jedoch auf dem feuchten Laub aus und gleiten unter dem Geländer hindurch ins kalte Wasser. Sie schaffen es gerade noch, sich an einem Brückenpfeiler festzuklammern. T, die aufgrund ihrer langjährigen Schwimmerfahrung ihr Eigenrisiko zutreffend für sehr gering hält, reagiert sofort, springt in die Flut und schwimmt auf die beiden Jungen zu. Ihr ist klar, dass sie – was zutrifft – nur einen nach dem anderen ans rettende Ufer bringen kann, und dass nur für den ersten eine sichere Rettungsaussicht besteht. Blitzschnell fasst sie den Plan, sich zuerst um den F zu kümmern. Dabei rechnet sie ernstlich damit, dass O jederzeit ertrinken könnte und sich bis zu ihrer zweiten Rettungsaktion möglicherweise nicht halten können. Auf diese Weise, so hofft sie, könne sie sich des lästigen O entledigen. Mit strafrechtlichen Folgen rechnet sie dabei nicht, geht aber gleichwohl davon aus, dass die bevorzugte Rettung eines fremden Kindes „rechtlich nicht in Ordnung“ sei. Nachdem sie den F sicher ans Ufer gebracht hat und sich nach O umschaute, erkennt sie, dass dieser in der Zwischenzeit tatsächlich untergegangen und ertrunken ist. Wäre er zuerst ans Ufer gebracht worden, hätte er mit Sicherheit überlebt.

Aufgabenstellung

Bitte prüfen Sie gutachterlich, ob sich T eines Totschlags durch Unterlassen (§§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB) schuldig gemacht hat. Sollten Sie zu dem Ergebnis kommen, dass der Tatbestand nicht erfüllt wurde, setzen Sie die Prüfung bitte im Wege eines Hilfgutachtens fort.

Hinweise an die Bearbeiter

Die Hausarbeit ist anonymisiert zu verfassen. Auf dem Deckblatt Ihrer Arbeit sind daher lediglich Ihre Matrikelnummer und Prüfungsnummer (ersten fünf Ziffern der Nummer auf dem Prüfungsausweis), nicht aber Ihr Name anzugeben. Die Arbeit wird auch nicht unterschrieben. Damit Ihnen die Arbeit dennoch zugerechnet werden kann, müssen Sie diese gemeinsam mit dem ausgefüllten Erklärungsformular des Prüfungsamtes zur Hausarbeit („Erklärung zur Hausarbeit (§ 21 StudPrO)“) abgeben. Das Formular ist diesem Blatt angefügt. **Nur gemeinsam mit dem ausgefüllten Formular eingereichte Arbeiten können korrigiert und gewertet werden.**

Die Hausarbeiten müssen in **schriftlicher Form** sowie **elektronischer Form** auf einem physischen Datenträger vorgelegt werden (§ 12 Absatz 7 StudPrO). Ob Sie Ihre Arbeit auf CD, DVD, USB-Stick oder einem anderen Datenträger einreichen, bleibt Ihnen überlassen. Eine Übersendung per **E-Mail genügt nicht**. **Wichtig: Ist eine der beiden Formen nicht in der Frist eingereicht, gilt die Arbeit im Ganzen als verfristet (§ 16 Absatz 3 Satz 3 StudPrO).**

Die Arbeit muss bis einschließlich **Donnerstag, 29.3.2018** abgegeben werden. Die Abgabe erfolgt im Eingangsbereich des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht (ISS) im UG des Hauptgebäudes während der Öffnungszeiten oder postalisch mit leserlichem Poststempel vom 29.3.2018 oder früher.

Der Umfang der Arbeit darf **10 Seiten** nicht überschreiten. Hierbei sind Sachverhalt, Inhaltsübersicht und Schrifttumsverzeichnis, die mit römischen Ziffern zu nummerieren und der Arbeit voranzustellen sind, nicht mitzuzählen. Die max. 10 Bearbeitungsseiten sind einseitig in der Schriftart **Times New Roman** bei **Schriftgröße 12** und einem **anderthalbfachen Zeilenabstand** zu beschreiben. Bitte lassen Sie links jeweils $\frac{1}{3}$ (=7 cm) **Korrekturrand** frei.

Die Aufgabenstellung ist auf eine konzentrierte Bearbeitungszeit von zehn Tagen angelegt. Es wird empfohlen, den Versuch zu unternehmen, die Prüfungsleistung in etwa in diesem Zeitraum zu erbringen.

Bitte beachten Sie, dass es bei dieser Prüfungsleistung auch darum geht, die Befähigung zu wissenschaftlichem Arbeiten nicht nur in inhaltlicher, sondern auch in formaler Hinsicht zu zeigen. Bitte geben Sie sich deshalb bei den Formalien (einheitliche Zitierweise, Rechtschreibung, Interpunktion, Ausdruck etc.) Mühe.

Viel Erfolg bei der Hausarbeit und viel Freude und Erfolg in Ihrem weiteren Studium!

„Muster“-Gutachten und Korrekturhinweise

A. Hinweis zur Korrektur

Bearbeiter dieser Arbeit sollen in erster Linie zeigen, dass sie zu einer Lösung der Standardprobleme des Sachverhalts in der Lage sind. Hierzu zählen die Bewältigung der Besonderheiten eines begehungsgleichen Unterlassungsdelikts, die Prüfung der rechtfertigenden Pflichtenkollision und die Prüfung etwaiger Entschuldigungsgründe sowie des Gebotsirrtums. Bearbeiter können mit einer guten Bearbeitung dieser Probleme bereits in den (unteren) Prädikatsbereich vorstoßen.

Besonders gute Bearbeiter werden darüber hinaus zwei weitere Probleme erkennen und darstellen: Zum einen, dass der für die Erfolgskausalität erforderliche Vorsatzgrad problematisch sein könnte; zum anderen, dass der Grad der sog. „Pflichtbindung“ als Kriterium für das Rangverhältnis der kollidierenden Handlungspflichten umstritten ist.

Schließlich liegen im Sachverhalt noch zwei tiefe Probleme verborgen, deren Erkenntnis und Bewältigung auch von hervorragenden Anfängern nicht erwartet werden kann: Zum einen die Frage, ob sich der Vorsatz der T überhaupt konstituiert hatte (was eine Inzidentprüfung des Unterlassungsversuchs voraussetzt); zum anderen, ob der Pflichtbindungsgrad als Rangkriterium der kollidierenden Pflichten unbeachtlich wird, wenn sich beide Pflichten auf die Rettung von menschlichem Leben richten. Sollte eines dieser Probleme oder gar beide dennoch erkannt und ordentlich bearbeitet werden, so wäre dies ein Anzeichen für eine ganz besonders herausragende Leistung.

B. Gutachten

Strafbarkeit der T gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB

Indem die T den O nicht unmittelbar nach seinem Sturz ins Wasser an Land brachte, könnte sie sich wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a. Erfolg

Der tatbestandlich vorausgesetzte Erfolg, der Tod eines Menschen, ist mit dem Tod des O eingetreten.

b. Unterlassen trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit

T müsste zudem eine Maßnahme zur Erfolgsabwendung unterlassen haben, zu der sie physisch-real in der Lage war. Hier hätte es ihr offen gestanden, durch die sofortige Bergung des O anstelle des F eine aussichtsreiche Rettungsmaßnahme vorzunehmen, was sie jedoch versäumte. Ein Unterlassen trotz Handlungsmöglichkeit lag also vor.

c. „Quasi-Kausalität“ zwischen Unterlassen und Erfolg

Diese Unterlassung hätte auch für den Erfolg ursächlich sein müssen. Die an die Unterlassungskausalität zu stellenden Anforderungen sind umstritten.

Überwiegend wird die sog. *condicio-cum-qua-non*-Formel verwendet, eine Abwandlung der von der Äquivalenztheorie in Begehungsfällen angewandten Wegdenk-Formel. Danach sei ein unterlassenes Verhalten (quasi-)kausal für den Erfolg, wenn es nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen wäre.¹ Vorliegend wäre der Tod durch Ertrinken des O mit Sicherheit entfallen, wenn T ihn sofort aus dem Wasser geholt hätte. Ihre Unterlassung war folglich nach dieser Auffassung (quasi-)ursächlich für den Erfolg.

Eine in der Literatur vertretene Gegenauffassung hält für ausreichend, dass die Vornahme der Rettungshandlung eine reelle Rettungschance geboten und somit das objektive Risiko für das geschützte Gut verringert hätte (sog. Risikoverringerungsthese).² Da vorliegend der Tod des O sogar sicher entfallen wäre, wenn er anstelle des F sofort aus dem Wasser geholt worden wäre, hätte sich die Lebensgefahr bei Vornahme der Rettungshandlung sogar auf Null reduziert. Auch diese Auffassung gelangt daher zu dem Ergebnis, dass die Kausalität bzw. das Kausalitätssurrogat der Unterlassung gegeben war. Eine Entscheidung des Streits kann demnach offen bleiben.

d. „Einstehenmüssen“ gem. § 13 Abs. 1 StGB

T hätte zudem gemäß § 13 Abs. 1 StGB verpflichtet gewesen sein müssen, für den Nichteintritt des Erfolges einzustehen. In Betracht kommt hier in erster Linie eine Obhutsgarantenpflicht der T unter dem Gesichtspunkt ihrer natürlichen Verbundenheit mit O als Elternteil. Es ist weithin anerkannt, dass Eltern nicht nur zivilrechtlich (§§ 1618a, 1626 BGB), sondern auch strafrechtlich für das Wohlergehen jedenfalls ihrer minderjährigen Kinder einzustehen haben.

Anm.:

Nach verbreiteter Auffassung handelt es sich bei dem Eltern-Kind-Verhältnis geradezu um den Urtypus einer Einstandspflicht. Für Kant war sie offenbar von so zwingender Plausibilität, dass er für sie sein sonst streng auf negative Pflichten (Verbote) beschränktes System durchbrach und zumindest Kleinkindern gegenüber eine positive Fürsorgepflicht als Ausnahme anerkannte. Gleichwohl lässt sich die (verfassungsrechtliche – Art. 103 Abs. 2 GG) Zulässigkeit der gesamten Kategorie der Obhutsgarantenpflichten mit guten Gründen bezweifeln (Berster, Das unechte Unterlassungsdelikt (2014), S. 51 ff.). In einer Hausarbeit, zumal von Anfängern, bedürfen derartige Überlegungen jedoch selbstverständlich keiner Erwähnung.

Dies gilt für Adoptiveltern ebenso wie für die leiblichen Eltern.³ Schon aufgrund ihrer Stellung als Adoptivmutter war T also verpflichtet, die Gefahr des Todes des O abzuwehren. Ob ihr noch unter anderen Gesichtspunkten eine Garantenpflicht oblag – denkbar wären Pflichten aus Ingerenz (Verbringen des O in einen gefährlichen Uferbereich) und freiwilliger Übernahme (tatsächliche Übernahme einer Aufsichtspflicht durch das Spazierengehen mit O) – kann daher offen bleiben.

¹ BGHSt 6, 1 (2); BGHSt 37, 106 (126); *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, 47. Aufl. 2017, Rn. 1000; *Sch/Sch/Stree/Bosch*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 13 Rn. 61.

² Z.B. *Otto*, Jura 2001, S. 275 (276); *Brammsen*, MDR 1989, S. 123 (126); *Kahlo*, GA 1987, S. 66 (75, 77); *SK-Rudolphi* (17. Lfg., Stand: Oktober 1992), vor § 13 Rn. 16; *SK-Rudolphi/Stein* (119 Lfg., Stand: September 2009, vor § 13 Rn. 32). Umfassend zur Kontroverse: *Greco*, ZIS 2011, S. 674 (575 ff.) m.w.N.

³ *Rengier*, Strafrecht AT9. Aufl. 2017, § 50, Rn. 13.

e. Objektive Zurechnung

Der Erfolg müsste der T zudem auch wertungsmäßig als „ihr Werk“ zugerechnet werden können. Hierzu müsste T ein rechtlich missbilligtes Risiko geschaffen haben, das sich im Todeserfolg realisierte. T schuf durch die Verzögerung ihrer Rettungsaktion ein Risiko für das Leben des O, welches – da T hierdurch eine Garantenpflicht verletzte – unproblematisch rechtlich missbilligt war. Dieses Risiko hat sich zudem in tatbestandstypischer Weise im Tod des O durch Ertrinken realisiert. Der Risikozusammenhang ist daher ebenfalls gegeben, und der Erfolg ist der T objektiv zuzurechnen.

f. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand war demnach erfüllt.

2. subjektiver Tatbestand:

Die T müsste bei Begehung der Tat zudem vorsätzlich, d.h. mindestens mit Eventualvorsatz gehandelt haben. Nach der sog. Ernstnahmetheorie ist hierfür erforderlich, dass ein Täter das Vorliegen der Tatumstände und den Eintritt des Erfolges ernstlich für möglich hält und sich mit der Tatbestandsverwirklichung zumindest abfindet.⁴ T war hier über ihre Handlungsmöglichkeit und die garantenpflichtbegründenden Umstände orientiert, rechnete ernstlich mit der Möglichkeit, dass O aufgrund der Verzögerung ihres Rettungsversuchs umkommen werde, und erstrebte dies sogar, um ihn los zu sein. Gleichwohl könnte der Vorsatz zu verneinen sein, und zwar aus zwei Gründen.

a. Konstituierung des Vorsatzes

Fragwürdig ist zunächst, ob die vorgenannten Vorstellungen der T überhaupt „bei Begehung der Tat“ (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) vorlagen und sich damit als „Vorsatz“ qualifizieren. Zu beachten ist nämlich, dass die „Tat“ erst mit dem Übergang des Vorbereitungsstadiums in das Versuchsstadium beginnt, und sich somit auch der *Tatvorsatz* erst im Moment des Versuchsbeginns konstituiert. Vorheriges Wissen und Wollen des Täters mag man als Tatgeneigntheit, Tatplan oder Tatvorhaben bezeichnen – einen Vorsatz im technischen Sinne stellt es jedoch noch nicht dar.⁵ Um herauszufinden, ob sich das o.g. Wissen und Wollen der T überhaupt als Vorsatz qualifiziert, ist daher zunächst inzident zu prüfen, ob T bei ihrer Unterlassungshandlung bereits ins Versuchsstadium geraten war. Sie müsste also gem. § 22 StGB nach ihrer Vorstellung von der Tat unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben. Bei einem Unterlassungsversuch ist dabei zu differenzieren: So lange die Gefahr aus Tätersicht auch zu einem späteren Zeitpunkt noch sicher abgewendet werden kann, gelangt ein Garant nur dadurch ins Versuchsstadium, dass er die Möglichkeit eines rettenden Eingreifens aus der Hand gibt, das Geschehen also „aus seinem Herrschaftsbereich entlässt“.⁶ Ist die Gefahr jedoch aus Tätersicht bereits so akut, dass sie nur durch sofortiges Tätigwerden sicher abgewendet werden kann, so beginnt der Unterlassungsversuch mit dem Versäumen der sich nächstbietenden Rettungschance.⁷ Hier

⁴ BGH NStZ 2011, S. 699 (701 f.); *Kühl*, AT, 8. Aufl. 2017, § 5 Rn. 85; *Roxin*, AT I, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 29; *Stratenwerth/Kuhlen*, 6. Aufl. 2011, § 8 Rn. 117 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 214.

⁵ *Puppe* GA 2013, S. 514 (517); *dies.* GA 1984, S. 101 (116 ff.); *dies.* ZIS 2007, S. 234 (235). Zustimmung *Altenhain*, Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß (1994), S. 128 f.; *Scheinfeld* GA 2007, S. 695 (702 f.); NK-StGB/*Schild*, 4. Aufl. 2013, § 26 Rn 9.

⁶ *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 1044.

⁷ *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 1043. Für diese Lösung spricht insbesondere, dass sie präzise die Momente bezeichnet, in denen der Täter sich erkennbar gegen seine Rettungspflicht stellt und die Geltung der Handlungsnorm in Frage stellt. Sie entspricht damit am ehesten dem Strafgrund des Versuchs, der herrschend in der Erzeugung eines „rechtserschütterndernden Eindrucks“ erblickt wird (vgl. *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 843 m.w.N.).

rechnete die T damit, dass O jederzeit zu Tode kommen könnte, während sie noch damit beschäftigt war, den F ans Ufer zu bringen. Aus ihrer Sicht lag demnach eine akute Gefahr vor, und durch das Versäumen der sich nächstbietenden Rettungschance war T in das Versuchsstadium geraten. Ihr Vorsatz hatte sich also im Zeitpunkt ihrer Unterlassung bereits konstituiert.

Ann.: Bei noch genauerer Prüfung, die aber aufgrund der Seitenzahlbegrenzung zulasten wichtigerer Fragen gegangen und daher keinesfalls erforderlich gewesen wäre, hätte noch auf den Meinungsstreit zum Beginn des Unterlassungsversuchs eingegangen werden können. Etwa so:

„An welchen Kriterien der Versuchsbeginn zu bemessen ist, ist im Falle des Unterlassungsversuchs umstritten. Eine ältere Literaturauffassung will erst bei Versäumen der aus Tätersicht letzten Rettungsmöglichkeit einen Versuchsbeginn annehmen.⁸ Nach dieser Auffassung hatte die T die Grenze zum Versuch noch nicht überschritten, da sie während der zunächst unterlassenen Rettungsmaßnahme den Tod des O nur ernstlich für jederzeit möglich hielt. Denn dies impliziert, dass sie zugleich davon ausging, noch über Rettungsmöglichkeiten zu verfügen. Die ebenfalls in der älteren Literatur anzutreffende extreme Gegenposition sieht dagegen im Verstreichenlassen der aus Tätersicht ersten Gelegenheit zur Rettung den Übergang ins Versuchsstadium.⁹ Danach hätte die T bereits dadurch zum Totschlagsversuch angesetzt, dass sie zunächst den F und nicht den O ans Ufer brachte. Nach der heute ganz überwiegend vertretenen Auffassung (... – hier wären die obigen Ausführungen einzufügen). Da nicht alle Auffassungen zu demselben Ergebnis führen, bedarf der Streit der Entscheidung. Gegen die erstgenannte, auf die aus Tätersicht letzte Rettungsmöglichkeit abstellende Auffassung spricht, dass sie das kriminalpolitische Anliegen der Rücktrittsregeln weitgehend leerlaufen lässt. Der Sinn des Rücktrittsprivilegs nämlich liegt darin, durch die bereits verwirklichte Versuchsstrafbarkeit Druck auf einen Täter auszuüben und ihn durch die Inaussichtstellung wiederzugewinnender Straflosigkeit zur Schonung des angegriffenen Rechtsguts zu motivieren.¹⁰ Dieser Zweck wird verfehlt, wenn der Versuchsbeginn so weit nach hinten verlegt wird, dass in der Regel keine Rettungsmöglichkeit mehr besteht. Gegen diese Auffassung spricht zudem, dass sie der von § 13 Abs. 1 StGB geforderten Wertungsgleichheit des Unterlassungsunrechts mit dem Begehungsunrecht („Entsprechungsklausel“) widerspricht. Denn beim Begehungsdelikt ist die konkrete Gefährdung des Schutzguts aus Tätersicht ein entscheidendes Kriterium des Versuchsbeginns¹¹, und nicht der – im Regelfall ja erst nach erfolgter Verletzung eintretende – Zeitpunkt der letzten Rettungsmöglichkeit. Dann sollte für den Unterlassungsversuch nichts anderes gelten. Die erstgenannte Auffassung ist daher abzulehnen. Eine Streitentscheidung im Übrigen kann unterbleiben, da die beiden verbleibenden Meinungen zu demselben Ergebnis gelangen. T war also jedenfalls ins Versuchsstadium geraten, und ihr Vorsatz hatte sich konstituiert.“

b. Vorsatzgrad hinsichtlich der Erfolgskausalität

⁸ Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte (1959), S. 210 ff.; Welzel, Lehrbuch, 11. Aufl. 1969, § 28 A IV (S. 221); AK-Seelmann, 1990, § 13 Rn. 84.

⁹ Herzberg, MDR 1973, S. 89; Schröder, JuS 1962, S. 81. Maihofer, GA 1958, S. 297.

¹⁰ So die den Opferschutzgedanken in den Vordergrund stellende kriminalpolitische Auffassung: BGHSt (GS) 39, 221 (232); Kudlich, JuS 1999, S. 349 (354); Hauf, JA 1995, S. 776 (778); Puppe, NSTZ 1984, S. 488 (490).

¹¹ Z.B. BGHSt 30, 363 (364); BGHSt 40, 257 (268 f.).

Problematisch ist ferner, ob das Vorstellungsbild der T auch die Voraussetzungen erfüllte, die an den Vorsatz hinsichtlich der Erfolgskausalität des Unterlassens zu stellen sind. Wie bereits festgestellt wurde, werden die objektiven Anforderungen der Unterlassungskausalität unterschiedlich beurteilt. Die herrschende Meinung hält sie für gegeben, wenn die unterlassene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* entfallen wäre. Daran anknüpfend hat der BGH gelegentlich angenommen, dass auch der entsprechende Vorsatz die Vorstellung voraussetze, dass im Falle des Tätigwerdens der Erfolg *annähernd sicher* entfallen wäre. Der BGH lässt also hinsichtlich der Erfolgskausalität nicht den Eventualvorsatz genügen, sondern fordert hinsichtlich dieses Tatbestandsmerkmals direkten Vorsatz (*dolus directus* 2. Grades).¹² Vorliegend nahm T an, denjenigen der beiden Jungen sicher retten zu können, den sie zuerst ans Ufer bringen würde. Aus ihrer Sicht hätte sie also durch vorrangige Rettung des O dessen Tod sicher abwenden können. Die qualifizierten Vorsatzanforderungen des BGH waren damit erfüllt.

Die in der Literatur überwiegend vertretene Gegenauffassung verlangt auch hinsichtlich der Unterlassungskausalität lediglich Eventualvorsatz des Täters. Der Täter müsse also nur *ernstlich für möglich* gehalten haben, dass sein Einschreiten den Erfolg verhindert hätte.¹³ Da der Vorsatz der T hier sogar die qualifizierten Anforderungen des direkten Vorsatzes erfüllt, sind die Voraussetzungen des Eventualvorsatzes ebenfalls unproblematisch erfüllt.

Nach der oben genannten Gegenauffassung, der sog. Risikoverringeringsthese, hätte die T ernstlich für möglich halten müssen, dass sich im Falle sofortiger Bergung des O das objektive Risiko für dessen Leben wenigstens verringern würde. Da T hier sogar als sicher vorhersah, den O retten zu können, wenn sie ihn zuerst ans Ufer brächte, handelte sie offensichtlich zugleich mit der Vorstellung, durch ihr Einschreiten das Risiko für das Leben des O zu verringern. Auch gemessen an dieser Theorie hätte T also vorsätzlich gehandelt. Eine Entscheidung zwischen den drei Thesen kann daher unterbleiben. Der erforderliche Vorsatzgrad hinsichtlich der Erfolgskausalität war jedenfalls gegeben.

c. Zwischenergebnis

Der subjektive Tatbestand ist somit erfüllt.

3. Zwischenergebnis

T hat also den Tatbestand des Totschlags durch Unterlassen, §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB, erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit:

Sie könnte aber gerechtfertigt gewesen sein.

1. Rechtfertigende Pflichtenkollision

¹² BGH JZ 1973, S. 173 (174), zur Problematik *Hettinger*, JuS 2011, S. 910 (912). Neuerdings ähnlich BGH 5 StR 20/16 mit zutr. Kritik von *Ast*, HRRS 12/2017, S. 501.

¹³ *Herzberg*, MDR 1971, S. 818 (883); *Spendel*, JZ 1973, S. 137 (142 f.); *Ulsenheimer*, JuS 1972, S. 252 (253 ff.); *Hettinger*, JuS 2011, S. 910 (912). Für die Literatursicht spricht vor allem die „Entsprechungsklausel“ des § 13 Abs. 1 2. HS StGB, der zufolge das Unrecht des Unterlassungsdelikts dem Begehungsunrecht entsprechen muss. (*Jescheck/Weigend*, AT, 5. Aufl. 1996, S. 629) Die Annahme eines qualifizierten Vorsatzerfordernisses nur bei der Tatbestandserfüllung durch Unterlassen ist hiermit nicht vereinbar.

In Betracht kommt zunächst der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund¹⁴ der rechtfertigenden Pflichtenkollision.

Ann.: Nach z.T. vertretener Auffassung (SK-Hoyer (130. Lfg., Stand: Oktober 2011), Vor § 32 ff., Rn. 44) handelt es sich bei der Pflichtenkollision um ein (negatives) Tatbestandsmerkmal. Da es sich insoweit um eine reine Aufbaufrage handelt, braucht auf diese Verortung jedoch im Gutachten nicht eingegangen zu werden.

a. Kollision zweier Handlungspflichten

Dann müsste die T über ihre bereits festgestellte Garantienpflicht gegenüber O hinaus Adressatin einer weiteren Handlungspflicht gewesen sein. In Betracht kommt eine Hilfspflicht zugunsten des F gemäß § 323c StGB. Dann müsste zunächst ein Unglücksfall vorgelegen haben, d.h. ein plötzlich eintretendes Ereignis, das die unmittelbare Gefahr eines erheblichen Schadens für andere Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert hervorruft.¹⁵ Der Sturz des F ins kalte Wasser war unmittelbar lebensbedrohlich, da T jederzeit hätte ertrinken und bei Verweilen im Wasser zudem aufgrund Unterkühlung hätte sterben können, und stellte daher unproblematisch einen Unglücksfall dar.

Die T hätte zu dem zu einer Hilfsleistung physisch-real in der Lage gewesen sein müssen, die ihr auch zugemutet werden durfte und erforderlich gewesen sein müsste. Vorliegend verfügte die T offensichtlich über eine Hilfsmöglichkeit, da sie von ihr Gebrauch machte, den F ans Ufer brachte und hierdurch vor dem Tod durch Ertrinken oder Unterkühlung bewahrte. Ob diese Rettungstat auch zumutbar war ist aufgrund einer wertenden Betrachtung zu entscheiden, bei der der Grad der Eigengefährdung und die Beziehung des Hilfsfähigen zum Unglücksfall tragende Gesichtspunkte bilden.¹⁶ Hier war das Eigenrisiko der T aufgrund ihrer besonderen Fähigkeiten als Schwimmerin sehr gering. Zudem war sie an dem Unglücksgeschehen nicht völlig unbeteiligt, da der Sturz ins Wasser Folge eines Wettrennens war, das F mit dem unter ihrer Aufsicht stehenden O austrug. Die Hilfeleistung war der T somit auch zumutbar.

Ann.: Z.T. wird angesichts des Wortlauts des § 323c StGB („ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten“) vertreten, dass eine Hilfspflicht aus § 323c StGB mangels Zumutbarkeit der Rettungsmaßnahme gar nicht erst entsteht, wenn die Hilfsperson zugleich einem anderen gegenüber garantienpflichtig ist, so dass es zu einer Pflichtenkollision gar nicht kommt. (Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S. 107 f., Fn. 9). Diese Auffassung ist abzulehnen, soweit man sie dahingehend versteht, dass eine Garantienpflicht § 323c StGB pauschal vorgehen soll, da in Fällen, in denen z.B. leichteste Schäden der Obhutsperson, jedoch schwerste Schäden des in Not geratenen Mitmenschen drohen, der Hilfspflicht der Vorrang eingeräumt werden sollte. Soweit man sie dagegen so versteht, dass das Vorliegen einer die Hilfspflicht verdrängenden „wichtigen Pflicht“ im Wege einer Einzelfallabwägung geschehen soll, so wird die Prüfung der rechtfertigenden Pflichtenkollision lediglich in das Tatbestandsmerkmal hineinverlagert. Gegen eine Abwägung spricht freilich, dass das Gesetz hier nur den Positiv und nicht den Komparativ „wichtigeren Pflichten“ verwendet. Letztlich kann die Frage jedoch offen bleiben, da sich das Problem sich hierdurch ohnehin auf eine

¹⁵ Wessels/Hettinger/Engländer, BT I, 41. Aufl. 2017, Rn. 1152; BGHSt 3, 65.

¹⁶ Wessels/Hettinger/Engländer, BT I, Rn. 1156.

reine Aufbaufrage reduziert und keiner weiteren Erläuterung bedarf. Vgl. zum Problem Ast, JuS 9/2017, S. 872 f.

Zudem wäre sie auch erforderlich gewesen, wenn sich F nicht bereits aus eigener Kraft hätte retten können, keine ebenso wirksame Hilfe bereits durch Dritte geleistet wurde oder die Hilfe nicht völlig sinnlos gewesen wäre.¹⁷ Für keinen dieser Ausschlussfälle sind Anhaltspunkte ersichtlich, so dass die Hilfe der T auch erforderlich war.

In subjektiver Hinsicht setzt die Hilfspflicht des § 323c StGB schließlich auch die Kenntnis¹⁸ der T von den Umständen voraus, die die vorgenannten Tatbestandsmerkmale begründen. T hatte die Notlage treffend erkannt, war sich über ihr geringes Eigenrisiko im Klaren und rechnete zurecht auch nicht mit dem rechtzeitigen helfenden Eingreifen Dritter. Sie besaß also die notwendige Kenntnis.

Neben ihrer Garantenpflicht gegenüber O traf die T im Unterlassungszeitpunkt also zugleich die solidarische Hilfspflicht aus § 323c StGB zugunsten F.

b. Unmöglichkeit kumulativer Erfüllung

Beide Pflichten hätten zudem dergestalt kollidieren müssen, dass die Erfüllung der einen die Nichterfüllung der anderen bedingte. T konnte trotz ihrer Schwimmkünste nur jeweils einen der beiden Verunglückten ans rettende Ufer bringen. Die kumulative Erfüllung der Hilfspflicht gegenüber F und der Garantenpflicht gegenüber O war also ausgeschlossen.

c. Höher- oder Gleichrangigkeit der erfüllten Pflicht

Die von T erfüllte Pflicht hätte zudem mit der nichterfüllten Pflicht wenigstens im Verhältnis der Gleichrangigkeit stehen müssen. Über das Rangverhältnis entscheidet insbesondere die Wertigkeit der gefährdeten Rechtsgüter, der Grad der Gefahr, das Ausmaß des drohenden Schadens sowie die zeitliche Nähe des möglichen Schadenseintritts.¹⁹ Hier sahen sich sowohl F als auch O Lebensgefahren ausgesetzt, die sich unter keinem der vorgenannten Gesichtspunkte voneinander unterschieden. Blicke es bei diesen Kriterien, wäre demnach von einer Gleichrangigkeit der Rettungspflichten auszugehen.

aa. Grad der Pflichtbindung als Kriterium?

Möglicherweise kann jedoch ergänzend der Grad der „Pflichtbindung“ einbezogen werden.

Ann.: Der Begriff ist unglücklich gewählt, weil die Pflichtbindung selbst nicht graduierbar ist: Pflichten kann man nur haben oder nicht haben. Gemeint ist vielmehr der Grad der pflichtbegründenden Zuständigkeit für ein Rechtsgut, die stark (z.B. bei Obhutsgarantenpflichten) oder schwach (z.B. bei der solidarischen Hilfspflicht des § 323c StGB) ausgeprägt sein kann. Da es sich jedoch etabliert hat, in diesem Zusammenhang von „Pflichtbindung“ zu sprechen, wird der Begriff hier beibehalten.

¹⁷ Wessels/Hettinger/Engländer, BT I, Rn. 1154.

¹⁸ Etwas ungenauer wäre es, bei dieser inzidenten bzw. hypothetischen Prüfung des § 323c StGB mit Blick auf die subjektiven Voraussetzungen von „Vorsatz“ zu sprechen. Dieser bezieht sich ja auf die Tatbestandsverwirklichung und damit auf das „Unterlassen“. T aber hat gehandelt und den Tatbestand des § 323c StGB hat T ja gerade nicht erfüllt.

¹⁹ So mit leichten Variationen: Wessels/Beulke/Satzger, AT, § 19 Rn. 1036; Rengier, AT, § 49 Rn. 40; Frister, AT, 22. Kapitel, Rn. 62.

Diese Frage ist umstritten. Während ein Teil der Literatur die Pflichtbindung nicht als taugliches Rangkriterium ansieht,²⁰ spricht sich die wohl überwiegende Meinung jedenfalls dann für dessen Einbeziehung aus, wenn sich eine Garantspflicht und die Hilfspflicht gem. § 323c StGB gegenüberstehen.²¹ Letzteres überzeugt schon angesichts des Gesetzeswortlauts des § 323c StGB, der die Hilfspflicht bei Vorliegen von „anderen wichtigen Pflichten“ zurücktreten lässt. Hierdurch und durch die geringe Strafandrohung des § 323c StGB gibt der Gesetzgeber den grundsätzlichen Vorrang anderer Pflichten, insbesondere der Garantpflichten, gegenüber der Pflicht des § 323c StGB zu erkennen.²² Nach der letztgenannten Auffassung hätte T also durch die Erfüllung der Hilfspflicht gegenüber F keine gleichrangige, sondern nur eine geringere Pflicht erfüllt, und eine Rechtfertigung aufgrund der Pflichtenkollision wäre ausgeschlossen.

bb. Irrelevanz der Pflichtbindung bei der Abwägung „Leben gegen Leben“?

Möglicherweise muss man von dem grundsätzlichen Vorrang der Garantpflicht gegenüber der solidarischen Hilfspflicht jedoch eine Ausnahme zulassen, wenn sich die konkurrierenden Pflichten auf nicht abwägbare Güter wie das Rechtsgut Leben beziehen. Einzelne Stimmen in der Literatur fordern dies unter Hinweis auf die „sachwidrige Konsequenz, dass die Rechtsordnung, obwohl rechtlich nicht Leben gegen Leben abwägbare ist, durch Bevorzugung des Garantengebots eine vorrangige rechtliche Schutzwürdigkeit des einen der beiden Leben bejahen würde.“²³ Dem Täter solle daher in solchen Fällen ein Wahlrecht zustehen.²⁴ Dem wird zum Teil entgegengehalten, dass bei der Pflichtenkollision nicht die Wertigkeit und Schutzwürdigkeit von Rechtsgütern, sondern das Ausmaß des rechtlichen Einstehen- bzw. Helfenmüssens gegeneinander abgewogen wird.²⁵

Entscheidend ist jedoch ein anderer Gesichtspunkt. Zu beachten ist, dass das Strafrecht der Intensität der Pflichtbindung – oder genauer: dem Grad der pflichtbegründenden Zuständigkeit für die Gefahrenquelle oder das gefährdete Gut – in anderem Kontext durchaus eine entscheidende Rolle bei der Frage einräumt, ob ein Leben zur Rettung eines anderen Lebens geopfert werden darf. Dies tut es mit Blick auf die Duldungspflichten von Personen, in deren Güter zur Abwendung von Gefahren für Dritte eingegriffen wird. Die Pflichtbindung ist in diesen Fällen gestaffelt nach dem Grad der Zuständigkeit für die abzuwendende Gefahr. Die stärkste Pflichtbindung trifft einen rechtswidrig Angreifenden – er muss sich nach § 32 StGB erforderlichenfalls töten lassen. Schon deutlich schwächer ist die Pflichtbindung des im Defensivnotstand (§ 228 BGB (analog); § 34 StGB) in Anspruch Genommenen, und so ist hier folgerichtig umstritten, ob man ihn zur Rettung anderer noch zur Selbstaufopferung verpflichten kann oder nicht. Am schwächsten ausgeprägt ist die Pflichtbindung im Rahmen des Aggressivnotstands (§ 904 BGB; § 34 StGB) – hier wird der für eine Gefahr Unzuständige allein unter dem Gesichtspunkt gesellschaftlicher Mindestsolidarität in Anspruch genommen und braucht sein Leben daher keinesfalls einzusetzen. Wenn aber der Grad der Pflichtbindung bei strafrechtlichen Duldungspflichten ein entscheidendes Kriterium dafür darstellt, ob ein Leben geopfert werden darf oder nicht, dann

²⁰ Kühl, AT § 18 Rn. 137; Joecks, Studienkommentar, 11. Aufl. 2014, § 13 Rn. 54; Frister, AT, 22. Kapitel, Rn. 62.

²¹ Rengier, AT, § 49 Rn. 40; Roxin, AT I, § 16 Rn. 123; Jakobs, AT, 2. Aufl., 15/7; Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 9 Rn. 124.

²² Ast, JuS 9/2017, S. 873 m.w.N.; Rengier, AT, § 49 Rn. 40; Roxin, AT I, § 16 Rn. 123; Scheid, Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt (2000), S. 93.

²³ LK-Hirsch, 10. Aufl. 1985, Vor 32 Rn. 80.

²⁴ LK-Hirsch, Vor 32 Rn. 80.

²⁵ Roxin, AT I, § 16 Fn. 218; a.A. Frister, AT, 22. Kap. Rn. 62.

ist nicht ersichtlich, warum dies bei strafrechtlichen Handlungspflichten ausgeschlossen sein soll.

Ein ergänzendes Indiz bietet zudem auch hier der Wortlaut des § 323c StGB: Einerseits ordnet die Vorschrift pauschal an, dass die Hilfspflicht gegenüber „anderen wichtigen Pflichten“ – also insbesondere Garantenpflichten – zurücktreten soll. Andererseits betreffen die von § 323c StGB erfassten „Unglücksfälle“ und „gemeine Gefahren“ typischerweise Szenarien, die Gefahren auch für das Leben von Menschen beinhalten. Wenn die angeordnete Subsidiarität der Hilfspflicht bei der Kollision von Lebensrettungspflichten keine Geltung haben sollte, wäre sie also in einem großen Teil der Anwendungsfälle des § 323c StGB schlicht überflüssig. Dies kann gesetzgeberisch nicht gewollt gewesen sein.

Obwohl hier „Leben gegen Leben“ stand, bleibt es also dabei, dass die Garantenpflicht der T als die höherrangige Pflicht anzusehen war. Diese Pflicht hat sie nicht erfüllt.

d. Zwischenergebnis

T war also nicht aufgrund einer rechtfertigenden Pflichtenkollision gerechtfertigt.

2. Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB

Möglicherweise war die Unterlassung der T jedoch erlaubt aufgrund rechtfertigenden Aggressivnotstands gem. § 34 StGB. Eine Notstandslage, also eine gegenwärtige Gefahr für ein Rechtsgut, war hier in Gestalt der akuten Lebensgefahr des F unproblematisch gegeben. Die Gefahr hätte zudem „nicht anders abwendbar“ gewesen sein müssen. Dies setzt voraus, dass die Rettungsmaßnahme zur Gefahrabwendung geeignet war und keine Verhaltensalternative zur Verfügung stand, die zugleich auch die Rettungschancen des Opfers O verbessert hätte.

*Ann.: Die üblichen Prüfungspunkte im Rahmen der Notstandshandlung (Eignung und „mildestes“ Mittels) sind auf das Begehungsdelikt zugeschnitten, also auf Fälle, wo die Gefahrabwendunghandlung zugleich die Tathandlung eines Straftatbestands bildet. Beim Unterlassungsdelikt ist das anders, wie der vorliegende Fall zeigt: T tötet O nicht durch die gefahrabwendende Rettunghandlung zugunsten F, sondern durch die zeitgleiche Unterlassung zulasten des O. Dieses Auseinanderfallen von aktiver Gefahrabwendungsmaßnahme und zu rechtfertigender Unterlassung kann bei zwei Prüfungspunkten des § 34 StGB zu Problemen führen. **Erstens** passt es nicht recht, im Rahmen der Prüfung der Notstandshandlung von der Rettunghandlung als dem für das Opfer „mildesten“ Mittel zu sprechen. Diese Schwierigkeit kann man jedoch umgehen, indem man den Gesetzeswortlaut „nicht anders abwendbar“ folgendermaßen auslegt: Die Rettungsmaßnahme muss zur Gefahrabwendung geeignet gewesen sein (insoweit kein Unterschied zum Begehungsdelikt), und es darf keine gleichermaßen geeignete Verhaltensalternative zur Verfügung gestanden haben, die zusätzlich die Rettungschancen des Opfers verbessert hätte. Falls die Rechtfertigung nicht bereits (wie hier) im objektiven Erlaubnistatbestand scheitert, stellt sich **zweitens** im Rahmen des subjektiven Rechtfertigungselements die schwierige Frage, ob mit der notwendigen Rechtfertigungsabsicht gehandelt wurde („eine Tat begeht...um die Gefahr (...) abzuwenden“). Denn die Unterlassunghandlung ist hier nicht das Mittel zur Gefahrabwendung, sondern nur eine notwendige Begleiterscheinung des zur Erreichung eines Rettungsziels eingesetzten aktiven Verhaltens. Die Konstellation ähnelt damit der Problematik, ob notwendige Nebenfolgen des zielgerichtet erstrebten Handlungsziels als noch von der Absicht erfasst angesehen werden sollen, was bekanntlich umstritten ist und wohl über-*

wiegend verneint wird. Im Rahmen des § 34 StGB (und ebenso bei § 35 StGB, der ebenfalls ein Absichtserfordernis enthält) allerdings sollte die Rechtfertigung der Unterlassung nicht an einem engen Verständnis des Absichtserfordernisses scheitern, da die Rechtfertigung von Tun und Unterlassen sonst unterschiedlich gehandhabt würde, was mit Blick auf die vom Gesetzgeber angeordnete Gleichbehandlung (§ 13 Abs. 1 2. HS (Entsprechungsklausel)) nicht richtig erscheint.

Den F zuerst an Land zu bringen beseitigte für ihn das Risiko zu ertrinken und war daher ein geeignetes Gefahrabwendungsmittel. Zudem sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, wie T durch ein anderes Verhalten neben der Rettung des F auch noch die Überlebenschancen des O hätte erhöhen können. Die Gefahr war demnach nicht anders abwendbar. Des Weiteren ist grundsätzlich vorausgesetzt, dass das durch die Gefahrabwendungshandlung erhaltene Interesse das beeinträchtigte Interesse wesentlich überwiegt. Eine Ausnahme gilt indes für bestimmte Rechtsgüter von überragendem Wert, die einer Abwägung im Rahmen des Aggressivnotstands von vornherein entzogen sind. Zu ihnen zählt das Rechtsgut Leben. Vorliegend standen sich als Erhaltungsinteresse das Leben des F und als Verletzungsinteresse das Leben des O gegenüber. Eine Rechtfertigung der T unter Aggressivnotstandsgesichtspunkten scheidet daher aus.

Anm.: Das Ergebnis springt hier so deutlich ins Auge, dass die Ausführungen zum § 34 StGB auch (noch) kürzer gehalten werden dürften. Sofern Bearbeiter auf eine Darstellung des § 34 StGB ganz verzichten, sollte dies nur als leichtes Defizit gewertet werden.

3. Zwischenergebnis

Die Unterlassung der T war also nicht gerechtfertigt.

III. Schuld

T müsste auch schuldhaft gehandelt haben.

1. Entschuldigender Notstand gem. § 35 Abs. 1 StGB

Denkbar ist jedoch eine Entschuldigung nach der Notstandsregel des § 35 Abs. 1 StGB. Diese setzt insbesondere voraus, dass die rechtswidrige Tat zur Abwendung einer Gefahr von dem Täter selbst, einem Angehörigen oder einer sonst nahestehenden Person begangen wurde. Vorliegend ermöglichte die Unterlassungstat der T die Rettung des F. Dieser war als Klassenkamerad des O jedoch weder ein Angehöriger der T i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB, noch eine ihr sonst nahestehende Person. Schon deshalb kommt eine Entschuldigung der T gemäß § 35 Abs. 1 StGB nicht in Betracht.

2. Übergesetzlicher entschuldigender Notstand

Offensichtlich ausgeschlossen ist ferner eine Entschuldigung der T unter dem Gesichtspunkt eines übergesetzlichen entschuldigenden Notstand. Diese auf Ausnahmefälle wie den quantitativen Lebensnotstand begrenzte Rechtsfigur setzt jedenfalls voraus, dass die abgewendete Gefahr die durch das Notstandsverhalten geschaffene (bzw. pflichtwidrig nicht beseitigte) Gefahr bei rechtsethischer Gesamtbewertung wesentlich übersteigt.²⁶ Dies ist hier schon deshalb nicht der Fall, sich T zwischen Gefahren für zwei gleichwertige Menschenleben zu entscheiden hatte.

²⁶ Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 679e.

T handelte also auch schuldhaft.

3. Unvermeidbarer Gebotsirrtum gem. § 17 S. 1 StGB

Ann.: Selbstverständlich kein Fehler ist es, wenn hier dem Begriff der amtlichen Überschrift entsprechend von einem „Verbots“-Irrtum gesprochen wird, obwohl es sich – streng genommen – bei dem hier vorliegenden Unterlassungsdelikt um einen Gebotsverstoß handelt.

Schließlich könnte es aber aufgrund eines unvermeidbaren Gebotsirrtums an der Schuld der T gefehlt haben. Dann müsste es ihr zunächst an der Einsicht gefehlt haben, Unrecht zu tun. T ging jedoch davon aus, dass ihre Unterlassungstat „rechtlich nicht in Ordnung“ und handelte insoweit in Kenntnis der Rechtswidrigkeit. Fraglich ist jedoch, ob die Unrechtseinsicht im Sinne des § 17 S. 1 StGB über die Kenntnis der Rechtswidrigkeit hinaus auch die Kenntnis der Strafbarkeit voraussetzt. Vereinzelt wird diese Frage bejaht.²⁷ Auf Basis dieser Auffassung hätte die T hier in einem Gebotsirrtum gehandelt, da sie über die etwaige Strafbarkeit ihres Verhaltens kein Bewusstsein gebildet hatte. Gegen diese Auffassung spricht jedoch bereits der Wortlaut des § 17 S. 1 StGB, der den Begriff der Strafbarkeit gerade vermeidet.²⁸ Hinzu kommt, dass die Kenntnis der Gebotswidrigkeit dem Täter ausreichend Motivation bietet, um vom dem normwidrigen Verhalten Abstand zu nehmen.²⁹ Richtigerweise sollte daher die Kenntnis der Strafbarkeit nicht zum Gegenstand des Unrechtsbewusstseins gezählt werden.³⁰ Die T befand sich folglich nicht in einem Gebotsirrtum.

4. Zwischenergebnis

T handelte demnach schuldhaft.

IV. Ergebnis

T ist schuldig des Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB.

²⁷ Otto, ZStW 87 (1975), S. 595.

²⁸ Roxin, AT I, § 21 Rn. 13.

²⁹ Roxin, AT I, § 21 Rn. 13.

³⁰ BGHSt 2, S. 202; BGHSt 45, S. 100 f.; Roxin, AT I, § 21 Rn. 13; Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 687 m.w.N.