

veranlasst gesehen, diesen auf den Polizeiposten H. zu bringen. An der Fundstelle wurden in der Folge weitere Knochen sowie ein Kleidungsstück aufgefunden. Am 21. Oktober 2009 hat das Institut für Rechtsmedizin St.Gallen festgestellt, dass es sich dabei eindeutig um die sterblichen Überreste der vermissten B. handelt.

Demzufolge ist in Aufhebung des Beschlusses vom 28. April 2009 die Verschollenerklärung von B. zu widerrufen und das Obergericht teilt dies der Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 40 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 43 der Zivilstandsverordnung mit.

OGer, 24.11.2009

2.2 Strafrecht

3537

Strafzumessung. Ist das Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolgs nicht auf das Handeln des Angeklagten, sondern auf andere Faktoren zurückzuführen, erscheint es als angezeigt, den Versuch nur wenig strafmildernd zu berücksichtigen (BGE 121 IV 54 E. 1).

Unterlassung der Nothilfe, untauglicher Versuch (Art. 128 i.V.m. Art. 22 StGB). Der untaugliche Versuch ist sowohl bei echten Unterlassungsdelikten als auch bei abstrakten Gefährdungsdelikten und somit auch beim Tatbestand der Unterlassung der Nothilfe möglich. Zu denken ist hier insbesondere an Situationen, in welchen objektiv keine Lebensgefahr oder keine Hilfsmöglichkeit bestanden hat.

Aus den Erwägungen:

1. Das Bundesgericht bezeichnete den Tatbestand von Art. 128 StGB im Urteil 6B_267/2008 vom 9. Juli 2008 als abstraktes Gefährdungsdelikt und echtes Unterlassungsdelikt. Es genüge, dass der Täter der verletzten Person nicht helfe. Ob die Hilfe erfolgreich gewesen wäre, sei belanglos. Hilfe sei namentlich auch geboten, wenn es nur darum gehe, einem Verletzten oder Sterbenden Schmerzen zu ersparen. Die Hilfeleistungspflicht entfalle indes, wenn offensichtlich kein Bedürfnis dafür bestehe, sei es, dass die verletzte Person selber für sich sorgen könne, dass sich Dritte hinreichend ihrer annähmen, dass sie die Hilfe ausdrücklich ablehne oder dass sie tot sei. Hilfe müsse mithin als geboten oder doch mindestens als sinnvoll erscheinen. Der subjektive Tatbestand erfordere Vorsatz. Dies schliesse insbesondere die Kenntnis der eigenen Verpflichtung und das Wissen um die unmittelbare Lebensgefahr ein.

Es sei erstellt, dass C.P. innert Sekunden nach der Schussabgabe das Bewusstsein verloren und drei Minuten später hirtot gewesen sei. In dieser Situation seien nicht nur eine Lebensrettung, sondern auch eine Schmerzlinderung oder das Leisten seelischen Beistands objektiv unmöglich. Da C.P. mithin vom Schuss tödlich getroffen worden sei, habe objektiv auch keine strafbewehrte Hilfeleistungspflicht bestanden. Allerdings sei der Angeklagte, wie das Obergericht verbindlich festgestellt habe, davon ausgegangen, dass dem Opfer noch hätte geholfen werden können. Trotzdem habe er davon abgesehen, sich um C.P. zu kümmern oder die Sanität zu benachrichtigen. Diese Konstellation, in welcher der objektive Tatbestand gar nicht verwirklicht werden könne, der subjektive Tatbestand jedoch erfüllt sei, werde als untauglicher Versuch bezeichnet und führe gemäss Art. 22 Abs. 1 StGB zu einer fakultativen Strafmilderung. Strafflos bleibe gemäss Art. 22 Abs. 2 StGB einzig jener Täter, der aus grobem Unverstand verkenne, dass die Tat nach der Art des Gegenstands oder des Mittels, an oder mit dem er sie ausführen wolle, überhaupt nicht zur Vollendung gelangen könne. Beim untauglichen Versuch liege ein Sachverhaltsirrtum zuungunsten des Täters vor, d.h. dieser stelle sich nicht vorhandene Umstände, an deren Fehlen die Vollendung des Tatbestands zwangsläufig scheitern müsse, fälschlicherweise als gegeben vor. Das Tatobjekt sei untauglich, wenn das vom Täter angegriffene Objekt eine vom Gesetz geforderte tatsächliche Beschaffenheit oder rechtliche Eigenschaft nicht aufweise. Dies sei namentlich

der Fall, wenn jemand mit Tötungsvorsatz einen Schuss auf einen ohne sein Wissen bereits Verstorbenen abgebe, der nicht mehr als Mensch im Sinne des Strafgesetzbuches gelten könne. Der untaugliche Versuch sei sowohl bei echten Unterlassungsdelikten als auch bei abstrakten Gefährdungsdelikten – und damit auch beim Tatbestand der Unterlassung der Nothilfe – möglich. Zu denken sei insbesondere an Situationen, in welchen objektiv keine Lebensgefahr oder gar keine Hilfsmöglichkeit bestanden habe. Dementsprechend habe sich der Beschwerdeführer, welcher – obwohl er geglaubt habe, C.P. sei nur verletzt, nicht jedoch tödlich getroffen worden – keine Anstrengungen unternommen habe zu helfen, der versuchten Unterlassung der Nothilfe schuldig gemacht. Im Übrigen verletze – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – eine Verurteilung wegen eines versuchten statt vollendeten Delikts den Anklagegrundsatz nicht.

Führt der Täter, nachdem er mit der Ausführung eines Verbrechens oder eines Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende oder tritt der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht ein oder kann dieser nicht eintreten, so kann das Gericht die Strafe mildern (Art. 22 Abs. 1 StGB). Verkennt der Täter aus grobem Unverstand, dass die Tat nach der Art des Gegenstandes oder des Mittels, an oder mit dem er sie ausführen will, überhaupt nicht zur Vollendung gelangen kann, so bleibt er straflos (Art. 22 Abs. 2 StGB).

Aus den Erwägungen des Bundesgerichtes ergibt sich ohne Weiteres, dass hier ein vollendeter untauglicher Versuch vorliegt. Und zwar hat der Angeklagte durch sein Verhalten den Tatbestand erfüllt; konkret hat er sich nach der Schussabgabe entfernt, ohne sich um das aus nächster Nähe getroffene und zusammengebrochene Opfer zu kümmern und ohne sich insbesondere zu vergewissern, ob dieses Hilfe überhaupt benötigte (vgl. zur Abgrenzung *Stefan Trechsel* et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2008, N 1 ff. zu Art. 22 StGB, insb. N 16 ff.). Vom vollendeten Delikt unterscheidet sich der Versuch somit lediglich dadurch, dass der objektive Tatbestand nur zum Teil verwirklicht ist, während der subjektive Tatbestand hier genauso erfüllt sein muss, wie dort (*Guido Jenny*, Basler Kommentar, StGB I, Basel 2007, N 1 zu Art. 22 StGB). Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass ein Handeln aus grobem Unverstand, das heisst, wenn die Untauglichkeit eines Vorgehens „von jedem normal denkenden Menschen ohne weiteres erkannt wer-

den kann“ (vgl. *Trechsel et al.*, a.a.O., N 22 zu Art. 22 StGB), nicht vorliegt.

In Nachachtung des Urteils des Bundesgerichtes ist O. also der versuchten Unterlassung der Nothilfe im Sinne von Art. 128 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig.

2. Die Strafdrohung für das Unterlassen der Nothilfe lautet – wie erwähnt – auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Bezüglich der Bewertung des Verschuldens von O. hat sich für das Obergericht nach dem Urteil des Bundesgerichtes vom 9. Juli 2008 und der Einvernahme des Zeugen D.S. durch das Verhöramt nichts geändert und die seinerzeitigen Erwägungen sind immer noch gültig. Namentlich ist O. nach wie vor anzulasten, dass er C.P. keine Hilfe leistete, ja sich nicht einmal vergewisserte, ob dieser Hilfe benötigte. Gerade weil die Tötung kein Thema gewesen und deshalb vom Angeklagten nicht mitgetragen worden ist, hätte er sich zumindest bemühen müssen, die Folgen des von seinem Begleiter begangenen Fehlers zu lindern. Kommt hinzu, dass das Liegenlassen eines Verletzten in einem dunklen Seitensträsschen bei -20 Grad Celsius – unabhängig von der Schwere der Verwundung – in sich selbst schon ein hohes Todesrisiko barg. Die Beweggründe, nicht zu helfen, waren rein egoistischer Natur, wäre es dem Angeklagten doch ohne Gefahr für das eigene Leben oder die eigene Gesundheit zuzumuten gewesen, dem Opfer zu helfen. Zugute zu halten ist dem Angeklagten einzig, dass er von der Eskalation der Ereignisse überrascht wurde. Allzu stark kann der Schock aber nicht gewesen sein, war er doch noch in der Lage, den Wagen der Ehefrau von K.Q. unfallfrei zur Wohnung seines Bruders zu fahren. Der Angeklagte lebt gemäss seinen Angaben seit ca. 1991 in der Schweiz und wurde im Jahre 2004 eingebürgert. Mit Ausnahme einer Strafverfügung wegen einer Tätlichkeit führte O. bisher ein unauffälliges Vorleben. In persönlicher Hinsicht ist zu bemerken, dass der Angeklagte als Vater von drei kleinen Kindern im Alter von 6, 9 und 11 Jahren ohne Zweifel eine erhöhte Strafempfindlichkeit aufweist. Zu berücksichtigen ist auch, dass der heute zu beurteilende Vorfall für das Leben des Angeklagten und seiner Familie mit dem Verlust des Arbeitsplatzes und dem notwendig gewordenen Umzug in die Innerschweiz erhebliche Auswirkungen hatte. Dennoch qualifiziert das Obergericht das Verschulden von O. bezogen auf die Unterlassung der Nothilfe (nach wie vor) als schwer und es geht für dieses De-

likt bei einem Strafrahmen von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe immer noch von einer Einsatzstrafe von 20 Monaten aus.

Ganz leicht strafe erhöhend fällt die Verurteilung wegen der im April 2004 begangenen Tötlichkeit ins Gewicht und leicht zugunsten des Angeklagten wirkt sich die – allerdings erst anlässlich der mündlichen Verhandlungen vor dem Kantons- und Obergericht bekundete – Reue und Einsicht aus. Diese Komponenten halten sich mithin ungefähr die Waage.

Zu berücksichtigen ist weiter, dass bezüglich der Unterlassung der Nothilfe neu lediglich von einem Versuch auszugehen ist (Urteil BGer 6B_267/2008, E. 4). Liegt ein Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB vor (ein solcher nach Art. 22 Abs. 2 StGB wurde oben ausgeschlossen), kann das Gericht die Strafe fakultativ mildern. Bereits die Rechtsprechung und Lehre zum früheren Recht waren sich indes einig, dass nur der Wechsel auf den Sonderstrafrahmen des Art. 48a StGB im richterlichen Ermessen steht, im Übrigen aber das Ausbleiben des Erfolgs (oder allgemeiner der vollen Verwirklichung des tatbestandsmässigen Unrechts) stets zu einer mildernden Strafe führen sollte als derjenigen, auf die zu erkennen gewesen wäre, wenn der Täter das Delikt vollendet hätte. Der Versuch wiegt zwar prinzipiell weniger schwer als das vollendete Delikt. Dass die Tat über den Versuch nicht hinausgekommen ist, bildet eben deshalb einen bei der Bemessung der Strafe zwingend zu berücksichtigenden Milderungsgrund. Ihm ausreichend Rechnung zu tragen, ist jedoch vielfach schon durch eine Reduktion der Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens möglich (der zumeist weit gespannt ist und von der Praxis selbst im Falle der Vollendung des Delikts nur höchst selten ausgeschöpft wird; *Jenny*, a.a.O., N 25 zu Art. 22 StGB). Der Umfang der Strafmilderung hängt beim vollendeten Versuch unter anderem von der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolgs und den tatsächlichen Folgen der Tat ab (BGE 121 IV 54).

Der Verteidiger des Angeklagten machte geltend, O. sei in guten Absichten an den Tatort gekommen, völlig unverschuldet in die später eskalierende Situation geraten und von den Ereignissen so überrascht worden, dass er vor Schreck eigentlich gelähmt war. Er habe daher in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung im Sinne von Art. 48 lit. c StGB gehandelt und es könne ihm nur ein leichtes Verschulden zur Last gelegt werden. Der Strafmilderungsgrund von Art. 48 lit. c StGB komme zu demjenigen von Art. 22

StGB hinzu, so dass das Gericht nach Art. 48 Abs. 2 StGB nicht einmal mehr an die angedrohte Strafart gebunden sei.

Dieser Beurteilung kann sich das Obergericht in keiner Weise anschliessen. Nach *Trechsel* et al. (a.a.O., N 17 zu Art. 48 StGB) ist die Formel „in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung“ nach der bisherigen Rechtsprechung zum Totschlag auszulegen. Bei Art. 113 StGB ist die heftige Gemütsbewegung insbesondere dann entschuldbar, wenn sie durch eine Provokation, durch eine ungerechte Kränkung, durch eine Notlage oder durch physische Misshandlungen verursacht worden ist. Anders liegt es aber, wenn der Täter die zum Affekt führende Konfliktsituation gänzlich oder überwiegend selbst verursacht hat oder das Vorliegen des Affekts ausschliesslich oder vorwiegend auf egoistischen, gemeinen Trieben beruht (*Trechsel* et al., a.a.O., N 8 ff. zu Art. 113 StGB).

Vorliegend ist unbestritten, dass die Brüder O., K., Q. und B.U. am Abend aufgrund des nachmittäglichen Vorfalles beschlossen, das Ereignis mit dem späteren Opfer zu besprechen und dieses am Abend unter einem Vorwand (angebliches Umparkieren des Wagens) aus der Wohnung lockten. Das heisst aber, dass sich die vier bewusst auf eine Konfrontation mit C.P. eingelassen haben, obschon ihnen aufgrund der Geschehnisse am Nachmittag bekannt war, dass das spätere Opfer unter Umständen gereizt oder unbeherrscht reagieren könnte. Der Strafmilderungsgrund der heftigen Gemütsbewegung kann dem Angeklagten unter diesen Umständen daher nicht zugestanden werden. Im Übrigen vertritt das Obergericht die Meinung, dass das Verschulden von O. ungeachtet dessen, dass „nur“ eine versuchte Tatbegehung vorliegt, nicht leicht, sondern im Gegenteil schwer ist. Hier ist nämlich die spezielle Situation gegeben, dass der subjektive Tatbestand verwirklicht wurde, indem der Täter durch sein Verhalten alles getan hat, was zur Erfüllung des Tatbestandes erforderlich ist (konkret hat er einer angeschossenen Person nicht geholfen, obwohl er davon ausging, dass diese noch lebte und liess sie in einer bitterkalten Nacht in einer dunklen Seitengasse verletzt zurück), der objektive Tatbestand aufgrund des Umstandes, dass C.P. vom Schuss tödlich getroffen war, jedoch überhaupt nicht verwirklicht werden konnte (Urteil BGer 6B_267/2008, E. 4.4). Das bedeutet aber nichts anderes, als dass das Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolgs nicht auf das Handeln des Angeklagten, sondern auf andere

Faktoren zurückzuführen ist. Unter diesen Umständen erscheint es als angezeigt, das Ausbleiben des Erfolgs, d.h. den Versuch, beim Angeklagten nur wenig strafmildernd zu berücksichtigen (BGE 121 IV 54 E. 1).

Ausgehend von einer Einsatzstrafe von 20 Monaten wird der Tatsache, dass O. sich lediglich der versuchten Tatbegehung schuldig gemacht hat, mit einer Reduktion der Einsatzstrafe von 2 Monaten Rechnung getragen. O. ist demnach zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten zu verurteilen, Dabei ist ihm die erstandene Untersuchungshaft von 55 Tagen anzurechnen (Art. 51 StGB).

OGer, 19.09.2009

Eine gegen diesen Entscheid gerichtete Beschwerde in Strafsachen hat das Bundesgericht am 22. April 2010 abgewiesen.

3538

Führen eines Motorfahrzeuges in angetrunkenem Zustand. Teilbedingter Strafvollzug. Dritttäter. Weil der Angeklagte sich nicht mehr um die Wiedererlangung seines Führerausweises bemüht hat und seit dem Vorfall nicht mehr motorisiert ist, kann ihm keine gänzlich ungünstige Prognose gestellt werden (Art. 43 StGB).

Aus den Erwägungen:

Gestützt auf Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Grundsätzlich wird also davon ausgegangen, dass es nicht notwendig sei, die Strafe zu vollziehen, damit der Verurteilte sich künftig bewährt. Es dürfen keine Anhaltspunkte vorliegen, die zu einer ungünstigen Prognose führen. Dabei kommt es auf die Persönlichkeit (Vorleben und Charakter) des Verurteilten an (*Stefan Trechsel et al.*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxis-kommentar, Zürich/St.Gallen 2008, N 9 zu Art. 42). Beim Tatbestand des Fahrens in angetrunkenem Zustand (Art. 91 des Strassenverkehrsgesetzes; SR 741.01) kann wie bisher unter dem Gesichtspunkt