

# Übungsfall: Ein Student auf Abwegen

Von Wiss. Mitarbeiterin Ass. iur. **Diana Dittrich** und Wiss. Mitarbeiter **Patrick M. Pintaske**, Osnabrück\*

*Diese mittelschwere Anfängerklausur ist die dreistündige Originalsemesterabschlussklausur des Grundkurses III im Wintersemester 2007/2008 an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). Ungewöhnlich, aber durchaus einer Prüfungssituation entsprechend, ist die Kombination eines Falles mit einem Fragenteil. Im Fall steht neben dem Problem des Handtaschenraubes die Behandlung des räuberischen Diebstahls sowie der Zweitueignung bei § 246 StGB im Vordergrund. Der Fragenteil befasst sich mit dem Verhältnis von Mord/Totschlag, dem Problem des ärztlichen Heileingriffs sowie den Merkmalen des § 216 StGB. Die Lösung ist umfangreicher als es von einer studentischen Bearbeitung verlangt werden kann. Zur besseren fallorientierten Übung wird der Gutachtenstil zugrunde gelegt.*

## Teil A: Fall (Gewichtung 60 %)

### Sachverhalt

Student S ist nach der äußerst unterhaltsamen Semesterabschlussparty im Ratskeller auf dem Weg nach Hause und geht durch einen Park. Plötzlich sieht er, wie vor ihm die junge Frau F mit ihrem Hund spaziert. S, noch völlig angetan von sich und seinen Tanzeinlagen auf der Party, wird übermütig und beschließt, sich selbst seinen Mut zu beweisen und einmal etwas Verrücktes zu tun. Dabei gerät die Handtasche der F in sein Blickfeld. Er fängt an, auf F zuzurennen, um ihr diese zu entreißen und damit davonzurennen. Als S auf gleicher Höhe mit F ist, will er ihr die Tasche schnell entziehen. F, die stets verängstigt ist, wenn sie nachts allein durch den Park gehen muss und sich daher immer an ihre äußerst wertvolle Handtasche klammert, wehrt sich jedoch heftig. So leicht möchte S sich aber nicht geschlagen geben. Er zieht mehrmals unter einigem Kraftaufwand an der Tasche, bis er sie schließlich an sich nehmen und wegrennen kann.

Nach ca. 15m ist die Flucht von S allerdings bereits vorbei, denn vor ihm läuft plötzlich der Jogger J. In dem Glauben, von J erkannt zu werden, schlägt S den J mit einem gerade vom Gehweg aufgehobenen großen Ast von hinten nieder. Dabei handelte S in der Absicht, dem Bemerkterwerden durch J zuvorzukommen und den Besitz an der Handtasche nicht zu verlieren. J bricht nach dem Schlag zwar mit einer Platzwunde am Kopf zusammen, erholt sich in den nächsten Tagen aber, ohne bleibende Schäden, schnell wieder davon. Tatsächlich war ihm das Geschehen zwischen S und F nicht aufgefallen. S kann indes entkommen und geht zufrieden und von sich selbst beeindruckt nach Hause. Die Handtasche verschenkt S am nächsten Tag an seine ahnungslose Kommilitonin K, die sich sehr darüber freut.

\* Die Autoren sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht sowie Strafrechtsvergleichung von Prof. Dr. Arndt Sinn an der Universität Osnabrück. Beide Verf. waren zum Zeitpunkt der Klausurerstellung Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, insbesondere Europäisches Straf-

Prüfen Sie die Strafbarkeit des S nach dem StGB! (Erforderliche Strafanträge sind gestellt.)

## Teil B: Fragen (Gewichtung 40 %)

### Frage 1

Wie stehen § 211 StGB (Mord) und § 212 StGB (Totschlag) systematisch zueinander?

Begründen Sie kurz die verschiedenen Ansichten mit jeweils einem nachvollziehbaren Argument!

Wofür ist dieser Streit von Bedeutung?

### Frage 2

Erläutern Sie, ob ein ärztlicher Heileingriff eine Körperverletzung i.S.d. § 223 StGB darstellt!

### Frage 3

Definieren Sie die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 216 StGB: „ernstliches und ausdrückliches Verlangen“!

## Bearbeiterhinweis

Es sind beide Teile der Klausur (Fall und Fragen) zu bearbeiten.

## Lösungsvorschlag

### Teil A: Fall – Strafbarkeit des S

#### I. § 249 Abs. 1 StGB

S könnte sich durch das Entreißen der Tasche aus der Hand der F wegen Raubes gem. § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiver Tatbestand

S müsste eine fremde bewegliche Sache unter Anwendung qualifizierter Nötigungsmittel weggenommen haben.

##### aa) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

Die Handtasche samt Inhalt ist als körperlicher Gegenstand eine im Alleineigentum der F stehende, eigentumsfähige und nicht herrenlose, somit eine für S fremde bewegliche Sache.<sup>1</sup> Wegnahme ist der Bruch fremden und die Gründung neuen,

---

recht und Völkerstrafrecht von Prof. Dr. Arndt Sinn an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). Die Bestehensquote betrug 43 %.

<sup>1</sup> Näher dazu *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 242 Rn. 8 ff.; *Heinrich*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht, Besonderer Teil, 2009, § 13 Rn. 32 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 33. Aufl. 2010, Rn. 63 ff.; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 13. Aufl. 2011, § 2 Rn. 4 ff.

nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams.<sup>2</sup> Gewahrsam bedeutet das tatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache getragen vom natürlichen Herrschaftswillen.<sup>3</sup> Ursprünglich übte F durch das Tragen der Handtasche Gewahrsam an dieser aus. Der Bruch dieses Gewahrsams, d.h. die Aufhebung eines solchen gegen oder ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers, ist durch das Entreißen der Tasche durch S gegeben. Die Begründung neuen Gewahrsams liegt vor, wenn der Ausübung der erlangten tatsächlichen Sachherrschaft keine wesentlichen Hindernisse mehr entgegenstehen. Nach dem Entreißen der Tasche konnte S ungehindert durch die bisherige Gewahrsamsinhaberin F auf die Tasche einwirken. S ist somit neuer Gewahrsamsinhaber. Die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache ist gegeben.

*bb) Qualifizierte Nötigungsmittel als Mittel zur Wegnahme*

Die Wegnahme müsste unter Anwendung von Gewalt gegen eine Person oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben stattgefunden haben. Fraglich ist aber, ob es sich bei dem kräftigen Ziehen an der Tasche durch S um eine Wegnahme i.S.d. § 242 Abs. 1 StGB oder eine Gewaltanwendung<sup>4</sup> i.S.d. § 249 Abs. 1 StGB handelt. Beide Delikte setzen eine Wegnahme voraus, für die es einer Kraftentfaltung bedarf. Zur Abgrenzung ist daher für den Raub eine weitere Komponente, der vom Opfer empfundene physisch

wirkende Zwang, notwendig.<sup>5</sup> Dieser bestimmt sich anhand des Tatbildes.<sup>6</sup> Ist es von List und Schnelligkeit und dem Ausnutzen eines Überraschungsmomentes geprägt, handelt es sich um Diebstahl. Muss der Täter hingegen Kraft aufwenden, die wesentlicher Bestandteil der Wegnahme ist, der Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstandes dient und vom Opfer als körperlich wirkender Zwang empfunden wird, ist Raub gegeben.<sup>7</sup> S musste mehrmals und sehr kräftig an der Handtasche der F ziehen, um sie ihr zu entreißen. Der entfaltete Kraftaufwand war folglich wesentlicher Bestandteil der Wegnahme und erheblich genug, den von F geleisteten Widerstand zu brechen und von ihr als körperlich wirkender Zwang empfunden zu werden. Eine Gewaltanwendung i.S.d. § 249 Abs. 1 StGB liegt vor.

Der erforderliche Finalzusammenhang zwischen der Wegnahme und dem qualifizierten Nötigungsmittel setzt voraus, dass die Gewalt nach der Vorstellung des Täters zum Zwecke der Wegnahme erfolgt.<sup>8</sup> Nach der Vorstellung des S war die Gewaltanwendung das Mittel zur Wegnahme. Der Finalzusammenhang liegt vor. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

*b) Subjektiver Tatbestand*

S handelte vorsätzlich bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale. Er müsste auch in rechtswidriger Selbst- bzw. Drittzueignungsabsicht gehandelt haben. Die Zueignungsabsicht beinhaltet eine Enteignungs- und Aneignungskomponente.<sup>9</sup> Erstere setzt mindestens bedingten Vorsatz des Täters voraus, den Eigentümer endgültig aus seiner Eigentümerstellung zu verdrängen. Aneignungsabsicht liegt vor, sobald sich der Täter die Sache wenigstens vorübergehend, mit *dolus directus* ersten Grades, in sein Vermögen einverleiben will.<sup>10</sup> S wollte die F dauerhaft aus ihrer Position als Eigentümerin ausschließen und die Tasche wenigstens vorü-

<sup>2</sup> Eser (Fn. 1), § 242 Rn. 22; Heinrich (Fn. 1), § 13 Rn. 37; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 71; Rengier (Fn. 1), § 2 Rn. 10; Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2008, § 242 Rn. 49.

<sup>3</sup> Eser (Fn. 1), § 242 Rn. 23; Heinrich (Fn. 1), § 13 Rn. 38; Rengier (Fn. 1), § 2 Rn. 11; anders bezüglich der Bestimmung des Herrschaftsverhältnisses, nämlich nach sozialnormativer Zuordnung Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 71 m.w.N.

<sup>4</sup> Vorliegend kann es sich nur um physische, nicht um psychische Gewalt handeln, weshalb es auf die Entwicklung des Gewaltbegriffs und die verschiedenen Ansichten zu der Behandlung psychischer Einwirkungen nicht ankommt. Vgl. zur Entwicklung des Gewaltbegriffs BGHSt 23, 46 (massiver psychischer Zwang als Gewaltanwendung); BVerfGE 73, 206 (die gegenwärtige Zufügung eines künftigen Übels als Gewalt); BVerfGE 92, 1 (Ablehnung des „vergeistigten“ Gewaltbegriffs); BGHSt 41, 182 (geringe Kraftaufwendungen, die sich physisch wirkend auch als körperlicher Zwang darstellen als Gewaltanwendung); Gropp/Sinn, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2003, § 240 Rn. 31 ff.; Sinn, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 120. Lfg., Stand: November 2009, § 249 Rn. 11 ff.; Horn/Wolters, in: Rudolphi u.a. (a.a.O.), 59. Lfg., Stand: Oktober 2003, § 240 Rn. 11 f.; Eisele/Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), Vor §§ 234 ff. Rn. 6 ff.

<sup>5</sup> BGHSt 23, 126; Sinn (Fn. 4), § 249 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 320; Rengier (Fn. 1), § 7 Rn. 8; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 249 Rn. 4.

<sup>6</sup> BGH NJW 1955, 1404 (1405); Eser/Bosch (Fn. 5), § 249 Rn. 4a.

<sup>7</sup> BGHSt 41, 182 (185); BGH NJW 1955, 1404 (1405); BGH MDR/D 1975, 21 (22); BGH NStZ 1986, 218; BGH StV 1990, 262; Sinn (Fn. 4), § 249 Rn. 10; Eser/Bosch (Fn. 5), § 249 Rn. 4a; Heinrich (Fn. 1), § 17 Rn. 7; Rengier (Fn. 1), § 7 Rn. 12; zu weitgehend BGHSt 18, 329: Bejahung des Raubes, obwohl kein besonderer Kraftaufwand vorlag.

<sup>8</sup> BGHSt 4, 210 (211); 18, 329 (331); 20, 32 (33); BGH NStZ 1982, 380; BGH NStZ 1983, 364 (365); BGH NStZ 2003, 431 (432); Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 322; Rengier (Fn. 1), § 7 Rn. 22; Eser/Bosch (Fn. 5), § 249 Rn. 6; Sander, in: Joecks/Miebach (Fn. 4), § 249 Rn. 24 ff.; für einen objektiven Kausalzusammenhang hingegen Sinn (Fn. 4), § 249 Rn. 36 m.w.N.

<sup>9</sup> Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 136 ff.; Rengier (Fn. 1), § 7 Rn. 35; Vogel (Fn. 2), § 242 Rn. 135; Eser/Bosch (Fn. 5), § 242 Rn. 46 ff.

<sup>10</sup> Rengier (Fn. 1), § 2 Rn. 40; Eser/Bosch (Fn. 5), § 242 Rn. 60 ff.

bergehend seinem Vermögen zuführen. Enteignungswille und Aneignungsabsicht sind zu bejahen. Die beabsichtigte Zueignung durch S war rechtswidrig, weil er keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Tasche hatte. Diesbezüglich handelte er auch vorsätzlich. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit<sup>11</sup>

S handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 3. Ergebnis und Konkurrenzen

S hat sich durch das Entreißen der Handtasche der F wegen Raubes gem. § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die gleichzeitig verwirklichten §§ 240 Abs. 1, 242 Abs. 1 StGB werden von § 249 Abs. 1 StGB im Wege der Spezialität verdrängt. Hinsichtlich des möglicherweise gleichzeitig verwirklichten § 246 Abs. 1 StGB greift dessen formelle Subsidiaritätsklausel gem. § 246 Abs. 1 StGB a.E.

## II. §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB

S könnte sich durch das Niederschlagen des J mit dem Ast und das Fliehen mit der Handtasche wegen schweren Raubes gem. §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestandsmäßigkeit<sup>12</sup>

Der Grundtatbestand liegt vor (s.o.). Fraglich ist, wie die Verwirklichung qualifizierender Umstände nach Vollendung des Raubes, hier das Niederschlagen des J mit dem Ast, zu behandeln ist. Während der BGH<sup>13</sup> und Teile der Literatur<sup>14</sup> §§ 249, 250 (251) StGB für einschlägig halten, wendet die überwiegende Lehre<sup>15</sup> §§ 252, 250 (251) StGB an. Erstere führen zur Begründung an, dass ein Täter, der sich ohne Besitzerhaltungsabsicht den Fluchtweg freischießt, nicht besser zu stellen sei als derjenige, der die Schusswaffe zur Wegnahme einsetzt.<sup>16</sup> Andernfalls drohe eine Strafbarkeitslücke.

<sup>11</sup> Es wird hier von Schuldhaftigkeit gesprochen, weil geprüft wird, ob die Handlung des Täters schuldhaft war. Davon abzugrenzen ist die Schuld, die die tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Unwertverwirklichung darstellt. Vgl. zu dieser Unterscheidung näher *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 7 Rn. 1 ff.

<sup>12</sup> Die folgende Diskussion über ein Vorgehen gem. den §§ 249, 250 StGB oder §§ 252, 250 StGB kann in dieser Ausführlichkeit nicht von den Studenten erwartet werden, muss aber angesprochen werden.

<sup>13</sup> BGHSt 20, 194 (197); 21, 377 (379); 38, 295 (298); BGH NStZ 2001, 371.

<sup>14</sup> *Geilen*, Jura 1979, 557; *Wolter*, GA 1984, 450; *Otto*, Jura 1997, 464 (475); diff. *Eser/Bosch* (Fn. 5), § 250 Rn. 8 ff.

<sup>15</sup> Vgl. *Rengier*, NStZ 1992, 590 (591); *Rengier* (Fn. 1), § 8 Rn. 30; *Küper*, JuS 1986, 862 (869 ff.); *Sinn* (Fn. 4), § 250 Rn. 12; *Sander* (Fn. 8), § 250 Rn. 35; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 256, 342, 376 f.; *Heinrich* (Fn. 1), § 17 Rn. 17a; s.a. *Vogel* (Fn. 2), § 250 Rn. 33 f.

<sup>16</sup> Vgl. BGHSt 38, 295 (299).

cke.<sup>17</sup> Dagegen spricht jedoch der Wortlaut des § 252 StGB („gleich einem Räuber“), wodurch die §§ 250, 251 StGB zur Anwendung gelangen. § 252 StGB soll gerade die Fälle zwischen Vollendung und Beendigung erfassen. Eine Anwendung des § 249 StGB in der Beendigungsphase würde die Voraussetzungen des § 252 StGB, insbes. die Besitzerhaltungsabsicht, umgehen.<sup>18</sup> Angebliche Strafbarkeitslücken im Falle des Täters ohne Beuteerhaltungsabsicht werden von § 240 StGB und ggf. §§ 223 ff. StGB geschlossen. Hinzu kommt, dass die Absicht, den Besitz zu verteidigen, nicht der einzige Beweggrund des Täters zu sein braucht,<sup>19</sup> weshalb vermeintliche Strafbarkeitslücken die Ausnahme sein dürften. Die besseren Argumente sprechen für eine Anwendung des § 252 StGB.<sup>20</sup>

## 2. Ergebnis

Durch das Niederschlagen des J mit dem Ast und das Fliehen mit der Handtasche hat S sich nicht wegen schweren Raubes gem. §§ 249, 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

## III. § 252 StGB

S könnte sich durch das Niederschlagen des J und das Fliehen mit der Handtasche wegen räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestandsmäßigkeit

#### a) Objektiver Tatbestand

S müsste bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen worden sein und ein qualifiziertes Nötigungsmittel eingesetzt haben.

#### aa) Vortat

Der von S begangene Raub enthält Elemente des Diebstahls (Wegnahme in Zueignungsabsicht), weshalb § 249 StGB taugliche Vortat des § 252 StGB (entgegen seines Wortlautes) sein kann.<sup>21</sup> Die Vortat muss sich aber auch in dem Stadium zwischen Vollendung, also der formellen Tatbestands-erfüllung,<sup>22</sup> und Beendigung, dem materiellen Abschluss des Tatgeschehens,<sup>23</sup> befinden.<sup>24</sup> Hier ist der Raub mit der Wegnahme vollendet. Der Raub ist beendet, wenn der Täter die

<sup>17</sup> Vgl. BGHSt 21, 377 (379); 38, 295 (299).

<sup>18</sup> *Rengier*, NStZ 1992, 590 (591); *Sander* (Fn. 8), § 250 Rn. 35.

<sup>19</sup> *Eser/Bosch* (Fn. 5), § 252 Rn. 7; BGH NStZ 2000, 530 (531); s.a. *Rengier*, NStZ 1992, 590 (590).

<sup>20</sup> Ein Anschließen an die Auffassung des BGH und Teilen der Literatur ist mit guten Argumenten vertretbar. Nicht denkbar wäre es hingegen, dass beide Delikte (§§ 249, 250 StGB und §§ 252, 250 StGB) ausführlich geprüft würden.

<sup>21</sup> BGHSt 21, 377 (380); *Heinrich* (Fn. 1), § 17 Rn. 19; *Sinn* (Fn. 4), § 252 Rn. 8 m.w.N.

<sup>22</sup> *Gropp* (Fn. 11), § 9 Rn. 8; *Eser* (Fn. 1), Vor § 22 Rn. 2.

<sup>23</sup> *Gropp* (Fn. 11), § 9 Rn. 9; *Eser* (Fn. 1), Vor § 22 Rn. 4.

<sup>24</sup> BGH NJW 1979, 726; BGH NJW 1987, 2687; *Sinn* (Fn. 4), § 252 Rn. 8; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 1), Rn. 363; *Rengier* (Fn. 1), § 10 Rn. 5 f.; *Eser/Bosch* (Fn. 5), § 252 Rn. 3.

Beute gesichert hat. S hatte sich zwar schon etwa 15m von F entfernt. Von einer Beutesicherung derart, dass S die Sachherrschaft an der Tasche endgültig gefestigt hat, kann jedoch noch nicht ausgegangen werden. Die Vortat befindet sich in der Phase zwischen Vollendung und Beendigung. Eine taugliche Vortat ist gegeben.

#### bb) Auf frischer Tat betroffen

S müsste auf „frischer Tat betroffen“ worden sein. Eine „frische Tat“ liegt vor, wenn der Räuber am Tatort oder noch in dessen unmittelbarer Nähe nach der Tatausführung wahrgenommen oder bemerkt wird.<sup>25</sup> Hier befindet sich S noch in unmittelbarer Nähe zum Tatort, sodass „auf frischer“ Tat zu bejahen ist.

Problematisch ist, ob S „betroffen“ wurde, da J den S noch nicht einmal sinnlich wahrgenommen hat. Eine Ansicht fordert die sinnliche Wahrnehmung des Täters durch das Opfer.<sup>26</sup> Es stelle eine verbotene Analogie zu Lasten des Täters dar, wenn er demjenigen, der tatsächlich betroffen worden ist, gleichgestellt werde, obwohl er das Betroffene durch schnelles Zuschlagen gerade verhindere. Danach wäre ein Betroffensein hier zu verneinen. Der Gegenauffassung genügt ein aus Tätersicht räumlich-zeitliches Zusammentreffen mit einem Dritten.<sup>27</sup> Aus Sicht des S hat J ihn kurz nach der Tat in unmittelbarer Nähe zum Tatort bemerkt. Ein Betroffensein läge vor.

Stellt man hingegen auf die Sicht des Opfers ab, spricht dies für ein tatsächliches Bemerktworden des Täters, denn für das Opfer liegt kein Betroffen vor, wenn es den Täter überhaupt nicht bemerkt. „Betroffen“ lässt sich hingegen auch aus Tätersicht verstehen, wodurch ein „begegnen“ genügt. Der Wortlaut von § 252 StGB lässt diese Deutung zu, denn von einem „Bemerkten“ i.S.e. sinnlichen Wahrnehmung ist nicht die Rede. Auch ist nicht ersichtlich, warum derjenige privilegiert werden sollte, der vor dem Bemerkten durch das Opfer dieses niederschlägt.<sup>28</sup> Es ist kein Unterschied zu der Situation ersichtlich, in welcher der Täter tatsächlich wahrgenommen wird. Folglich verdient die zweite Ansicht den Vorzug. S dachte, J hätte ihn gesehen und wollte ihn aufhalten. J hatte den S aber nicht wahrgenommen. Aus Sicht des S lag ein Betroffensein vor.

<sup>25</sup> BGHSt 9, 255 (257); Sinn (Fn. 4), § 252 Rn. 10; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 365; Eser/Bosch (Fn. 5), § 252 Rn. 4.

<sup>26</sup> Geppert, Jura 1990, 554 (557); Sander (Fn. 8), § 252 Rn. 11; Seelmann, JuS 1986, 201 (206); Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 368.

<sup>27</sup> BGHSt 26, 95 (96); BGH StV 1987, 196; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 252 Rn. 6; Eser/Bosch (Fn. 5), § 252 Rn. 4; Sinn (Fn. 4), § 252 Rn. 13; Vogel (Fn. 2), § 252 Rn. 24; Rengier (Fn. 1), § 10 Rn. 9; Heinrich (Fn. 1), § 17 Rn. 21.

<sup>28</sup> BGHSt 26, 95 (97); Sinn (Fn. 4), § 252 Rn. 13 m.w.N.

#### cc) Qualifizierte Nötigung

Durch das Zuschlagen mit dem Ast auf J hat S Gewalt gegen eine Person verübt und somit ein qualifiziertes Nötigungsmittel eingesetzt. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

#### b) Subjektiver Tatbestand

S handelte mit Vorsatz bezüglich der Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale. Weiterhin müsste er den J in Besitzerhaltungsabsicht<sup>29</sup> niedergeschlagen haben. S wollte die Gewahrsamsentziehung verhindern. Die Besitzerhaltungsabsicht liegt vor. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

#### 2. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

S handelte rechtswidrig und schuldhaft.

#### 3. Ergebnis

S hat sich durch das Niederschlagen des J und das Fliehen mit der Handtasche wegen räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB strafbar gemacht.

#### IV. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB<sup>30</sup>

S könnte sich durch das Niederschlagen des J mit dem schweren Ast und das anschließende Fliehen mit der Handtasche wegen schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestandsmäßigkeit

##### a) Objektiver Tatbestand

S müsste einen räuberischen Diebstahl unter Verwendung eines anderen gefährlichen Werkzeugs begangen haben. Ein räuberischer Diebstahl gem. § 252 StGB liegt vor. Ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB ist jeder körperliche Gegenstand,<sup>31</sup> der nach seiner objektiven Beschaffenheit und seiner konkreten Art der Verwendung geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Näher hierzu Sinn (Fn. 4), § 252 Rn. 19 ff.; Eser/Bosch (Fn. 5), § 252 Rn. 7.

<sup>30</sup> Aufgrund der Problematik des Betroffenseins im Grundtatbestand sowie der Frage der Anwendbarkeit der Qualifikation werden der Grundtatbestand und die Qualifikation hier getrennt voneinander geprüft.

<sup>31</sup> Allg. Meinung, vgl. BGHSt 52, 89 (92); 52, 257 (263); Sinn (Fn. 4), § 250 Rn. 11 f.; Eser/Bosch (Fn. 5), § 252 Rn. 7.

<sup>32</sup> BGHSt 45, 249 (250); 52, 257 (262); BGH NJW 1998, 3130 (3131); BGH NStZ 1999, 135 (136); BGH NStZ 1999, 301 (302); BGH NStZ-RR 2000, 43; BGH NStZ-RR 2004, 169; danach bestehen für § 250 StGB zwei verschiedene Begriffe des gefährlichen Werkzeugs; deshalb krit. Fischer (Fn. 27), § 250 Rn. 7; Rengier (Fn. 1), § 8 Rn. 22; Sander (Fn. 8), § 250 Rn. 60 jew. m.w.N. Die unterschiedlichen Ansätze zur Bestimmung des Tatbestandsmerkmals des anderen gefährlichen Werkzeugs sind für diejenigen Tatbestände entwickelt worden, die lediglich voraussetzen, dass der Täter das Werkzeug bei der Begehung der Tat bei sich führt, vgl. BGHSt 52, 257 (263).

Bei dem Ast handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand. Aufgrund seiner Größe ist er massiv und schwer und deshalb objektiv so beschaffen, dass er erhebliche Verletzungen hervorrufen kann. Weiterhin hat S den Ast gegen den Kopf des J geschlagen. Generell sind Einwirkungen auf den Kopf eines Menschen sehr gefährlich und können zu erheblichen Verletzungen führen. Der Ast war ebenfalls in der konkreten Einsatzsituation geeignet, erhebliche Verletzungen bei J herbeizuführen. Das Verwenden eines anderen gefährlichen Werkzeuges i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB liegt vor. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

#### b) Subjektiver Tatbestand

S handelte vorsätzlich im Hinblick auf die qualifizierenden Umstände.

#### 2. Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit

S handelte rechtswidrig und schuldhaft.

#### 3. Ergebnis und Konkurrenzen

S hat sich durch das Niederschlagen des J mit dem Ast und das Fliehen mit der Handtasche wegen schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht. Der mitverwirklichte schwere räuberische Diebstahl gem. §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 2 StGB wird davon verdrängt. Ebenfalls verdrängt wird der einfache Raub gem. § 249 Abs. 1 StGB.

#### V. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 StGB

S könnte eine gefährliche Körperverletzung begangen haben, indem er J mittels eines gefährlichen Werkzeuges und einer das Leben gefährdenden Behandlung an der Gesundheit geschädigt bzw. körperlich misshandelt hat. Eine körperliche Misshandlung stellt jede üble, unangemessene Behandlung dar, durch welche das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.<sup>33</sup> Durch das Hervorrufen der Platzwunde hat S auf den J in grober Weise eingewirkt. Eine körperliche Misshandlung ist gegeben. Eine Gesundheitsschädigung ist in dem Hervorrufen eines vom Normalzustand der körperlichen Funktionen nachteilig abweichenden Befindens zu sehen.<sup>34</sup> Durch das Niederschlagen mit dem Ast ist bei J eine Platzwunde am Kopf entstanden. Dies stellt eine Verletzung und demnach einen pathologischen Zustand dar. J wurde an der Gesundheit geschädigt.

Weiterhin könnten qualifizierende Umstände vorliegen. Der Ast ist, wie oben (IV. 1. a.) gezeigt, ein gefährliches

<sup>33</sup> BGH NStZ 2007, 218; BGH NStZ 2007, 404; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 34. Aufl. 2010, Rn. 255; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 12. Aufl. 2011, § 13 Rn. 7; *Fischer* (Fn. 26), § 223 Rn. 3a; *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 223 Rn. 3.

<sup>34</sup> BGH NJW 1960, 2253; *Wessels/Hettinger* (Fn. 33), Rn. 257; *Rengier* (Fn. 33), § 13 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 27), § 223 Rn. 6; *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 33), § 223 Rn. 5.

Werkzeug<sup>35</sup> und wurde von S als solches eingesetzt. Ebenfalls kommt durch das Niederschlagen des J eine das Leben gefährdende Behandlung (Nr. 5) in Betracht. Fraglich ist, ob eine abstrakte Gefährdung des Lebens des J durch die Behandlung des S ausreichend ist oder diese konkret sein muss. Die Rechtsprechung<sup>36</sup> und der überwiegende Teil des Schrifttums<sup>37</sup> lassen es genügen, wenn die Tathandlung nach den Umständen des Einzelfalles geeignet ist, das Leben des Opfers zu gefährden. Die Eignung aufgrund ihrer allgemeinen Gefährlichkeit verlange keine tatsächlich eingetretene Gefahr des Lebens. Ein Teil der Rechtslehre<sup>38</sup> verlangt hingegen eine konkrete Gefährdung. Grund hierfür sei u.a. die Erhöhung des Strafmaßes von § 223a StGB a.F. auf die derzeit geltende Regelung und das Manko an gesetzgeberischer Straffrahmendifferenzierung.<sup>39</sup> Der Schlag mit dem Ast auf den Kopf des J kann zu lebensgefährlichen Verletzungen führen und diese Behandlung stellt somit sogar eine konkrete Gefährdung dar. Ein Streitentscheid kann dahingestellt bleiben, da bereits die engeren Voraussetzungen der konkreten Gefährdung gegeben sind.

S handelte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft und hat sich somit wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 StGB strafbar gemacht.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> St. Rspr., vgl. BGH NStZ 2007, 95; *Rengier* (Fn. 33), § 14 Rn. 27; die Definition ist deckungsgleich mit der i.S.d. § 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB, vgl. BT-Drs. 13/9064, S. 18; BGHSt 52, 257 (252); krit. *Fischer* (Fn. 27), § 250 Rn. 7 m.w.N.; s.a. *Wessels/Hettinger* (Fn. 33), Rn. 275 f.

<sup>36</sup> St. Rspr., vgl. nur BGHSt 2, 160 (163); 36, 1 (9); BGH NJW 2002, 3264 (3265); BGH NStZ 2005, 156 (157); BGH NStZ 2007, 339; BGH NStZ-RR 2010, 176 (177); BGH NStZ-RR 2011, 11 (12).

<sup>37</sup> Vgl. nur *Wessels/Hettinger* (Fn. 33), Rn. 282; *Rengier* (Fn. 33), § 14 Rn. 50; *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Fn. 4), § 224 Rn. 30; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 224 Rn. 12; *Momsen*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 224 Rn. 28; jew. m.w.N. und auch zu zahlreichen Beispielen aus der Rspr.

<sup>38</sup> *Heinrich* (Fn. 1), § 6 Rn. 58; *Küper*, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Hirsch am 11. April 1999, 1999, S. 595 (S. 610 ff.); *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 224 Rn. 28.

<sup>39</sup> Vgl. *Paeffgen* (Fn. 38), § 224 Rn. 28.

<sup>40</sup> Hinterlist i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB liegt eindeutig nicht vor, da S nicht planmäßig in einer auf Verdeckung seiner wahren Absicht berechneten Weise vorging, um dadurch dem Gegner die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und die Vorbereitung auf die Verteidigung nach Möglichkeit auszuschließen, vgl. BGH NJW 2004, 1965 (1966); *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 37), § 224 Rn. 10.

**VI. § 246 Abs. 1 StGB**

S könnte sich durch das Verschenken der Handtasche an K wegen einer Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Dies wäre jedoch bereits dann zu verneinen, wenn das Verschenken der Tasche als tatbestandslose weitere Zueignungshandlung (sog. „Zweitueignung“) anzusehen ist. Denn es herrscht Streit darüber, ob eine mehrmalige Zueignung bereits auf Tatbestandsebene ausscheidet oder erst innerhalb der Konkurrenz verdrängt wird. Dieses Problem stellt sich aber nur dann, wenn mit dem vorausgegangen Besitzergreifen der Handtasche bereits eine Zueignung vorliegen würde. Eine Zueignung i.S.d. § 246 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter seinen Willen zum Ausdruck bringt, den Eigentümer von der Sachherrschaft auszuschließen und die Sache seinem eigenen Vermögen einzuverleiben, mit anderen Worten seinen Zueignungsvorsatz nach außen hin manifestiert (sog. „Manifestationstheorie“).<sup>41</sup> Für einen objektiven Dritten stellt bereits das Besitzergreifen und das Entkommen mit der Handtasche als alleiniger objektiver Umstand eine vorübergehende Einverleibung der Sache in das eigene Vermögen und eine dauerhafte Verdrängung des Eigentümers aus seiner Position dar. Eine Zueignung der Tasche ist somit bereits mit dem Annehmen und dem Davonrennen mit der Tasche gegeben.

Fraglich bleibt aber, wie eine weitere Zueignungshandlung, hier das Verschenken der Tasche, zu behandeln ist. Die Rspr.<sup>42</sup> und Teile der Literatur<sup>43</sup> verneinen bereits den Tatbestand mit dem Hinweis darauf, dass man sich dieselbe Sache nicht noch einmal zueignen könne (sog. Tatbestandslösung). S hatte sich die Tasche bereits durch das Entreißen zugeeignet, so dass § 246 Abs. 1 StGB durch das Verschenken an K nicht erfüllt ist. Die Gegenansicht<sup>44</sup> hält eine erneute Zueignung zwar für möglich, lässt § 246 Abs. 1 StGB dann aber auf Konkurrenzebene als mitbestrafte Nachtat zurücktreten (sog. Konkurrenzlösung). Dieser Lösungsweg ist gesetzlich geregelt (§ 246 Abs. 1 StGB a. E.), aber nur soweit es sich um einen sog. „Gleichzeitigkeitsfall“ handelt. Ein solcher liegt vor, wenn es sich um dieselbe „Tat“ handelt, d. h. ein deliktisches Verhalten und eine Unterschlagung gleichzeitig

geschehen.<sup>45</sup> Hier erfolgte das Verschenken jedoch einen Tag nach der bereits vollzogenen Zueignung durch das Entreißen der Tasche. Diese Problematik der wiederholten Zueignungshandlung (sog. Zweitueignung) wird somit von der Subsidiaritätsklausel gerade nicht gelöst.

Für die Tatbestandslösung spricht, dass sich der Täter die Sache bereits durch eine deliktische Handlung zugeeignet und die Herrschaft über die Sache hat. An dieser Herrschaftsstellung ändert sich durch die erneute Betätigung des Zueignungswillens nichts. Vielmehr nutzt der Täter diese bereits bestehende Stellung lediglich aus.<sup>46</sup> Dagegen lässt sich jedoch anführen, dass mit der Konkurrenzlösung eine Bestrafung von Teilnehmern, die ausschließlich an der späteren Zueignungshandlung mitgewirkt haben, möglich bleibt.<sup>47</sup> Des Weiteren hindert die Verjährung der Erstzueignung nicht die Verurteilung wegen der Zweitueignung, sofern diese noch nicht verjährt ist.<sup>48</sup> Gleichwohl ist die Tatbestandslösung vorzugswürdiger. Es ist nicht möglich, sich ein und dieselbe Sache mehrmals zuzueignen.<sup>49</sup> Im Ergebnis wird S nach beiden Ansichten nicht wegen § 246 Abs. 1 StGB bestraft.<sup>50</sup>

**VII. Gesamtergebnis und Konkurrenzen**

S hat sich wegen schweren räuberischen Diebstahls in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB – § 52 Abs. 1 StGB – § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nr. 5 StGB strafbar gemacht.

**Übersicht zu den Schwerpunkten des Falles:**

- Abgrenzung §§ 242/249 StGB anhand des Gewaltbegriffes (I. 1. a. bb.)
- Abgrenzung Raub/räuberischer Diebstahl im Fall der Qualifizierung nach Vollendung (II. 1.)
- Betroffensein i.S.d. § 252 StGB trotz fehlender sinnlicher Wahrnehmung (III. 1. a. bb.)
- Zweitueignung im Rahmen der Unterschlagung (VI.)

<sup>41</sup> H.M., vgl. BGHSt 1, 262 (264); 14, 38 (43); 34, 309 (311 f.); Fischer (Fn. 27), § 246 Rn. 6; Eser/Bosch (Fn. 5), § 246 Rn. 10 f. jew. m.w.N.; ausführlich zu den verschiedenen Ansätzen Hohmann, in: Joecks/Miebach (Fn. 4), § 246 Rn. 16 ff.; Vogel (Fn. 2), § 246 Rn. 22 ff.; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 38), § 246 Rn. 11 ff.

<sup>42</sup> BGHSt 14, 38 (43); 16, 281 (282); BGH NStZ-RR 1996, 131 (132).

<sup>43</sup> Kindhäuser (Fn. 41), § 246 Rn. 37; Rengier (Fn. 1), § 5 Rn. 22; i.E. ebenso Hohmann (Fn. 41), § 246 Rn. 40 f.; Hoyer, in: Rudolphi u.a. (Fn. 4), 47. Lfg., Stand: Februar 1999, § 246 Rn. 32.

<sup>44</sup> Eser/Bosch (Fn. 5), § 246 Rn. 19; Bockelmann, JZ 1960, 621; Mitsch, ZStW 111 (1999), 65 (92); Schröder, JR 1960, 308; Seelmann, JuS 1985, 699 (702); Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 301 ff.

<sup>45</sup> Murmann, NStZ 1999, 14 (16); Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 300; Eser/Bosch (Fn. 5), § 246 Rn. 19; Fischer (Fn. 27), § 246 Rn. 15, 23; Rengier (Fn. 1), § 5 Rn. 24, 28 f.

<sup>46</sup> BGHSt 14, 38 (43); BGH NStZ-RR 1996, 131 (132); Rengier (Fn. 1), § 5 Rn. 23.

<sup>47</sup> Vgl. Hoyer (Fn. 43), § 246 Rn. 31.

<sup>48</sup> Vgl. Hoyer (Fn. 43), § 246 Rn. 31; Wessels/Hillenkamp (Fn. 1), Rn. 302; diesbezüglich krit. Heinrich (Fn. 1), § 15 Rn. 45.

<sup>49</sup> So auch BGHSt 14, 38 (43).

<sup>50</sup> Eine Streitentscheidung wird daher nicht zwingend erwartet. Jedoch müssen die Argumente der beiden Ansichten und die Folge für § 246 Abs. 1 StGB dargestellt werden. Es ist auch ein Unterschied, ob § 246 StGB tatbestandsmäßig nicht vorliegt oder auf Konkurrenzebene verdrängt wird, denn im letzteren Fall ist § 246 StGB tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft begangen.

**Teil B: Fragen***Frage 1*

Wie stehen § 211 StGB (Mord) und § 212 StGB (Totschlag) systematisch zueinander? Begründen Sie kurz die verschiedenen Ansichten mit jeweils einem nachvollziehbaren Argument!<sup>51</sup>

Die Rspr.<sup>52</sup> behandelt die §§ 211, 212 StGB als „zwei selbstständige Tatbestände mit jeweils unterschiedlichem und abschließend umschriebenem Unrechtsgehalt“ (Selbständigkeitsthese). Die überwiegende Literatur<sup>53</sup> sieht im Mord eine unselbstständige Qualifikation des Totschlags (Stufenverhältnis).

Für die Selbständigkeit beider Normen spreche der unterschiedliche Wortlaut („Wortlaut“).<sup>54</sup> Wer einen Menschen vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft tötet wird nach § 211 StGB als „Mörder“, nach § 212 StGB als „Totschläger“ bestraft. Dagegen wird eingewandt, dass diese 1941 eingeführten Begriffe lediglich ein Relikt der heute einhellig abgelehnten Lehre vom Tätertyp seien („alte Begriffe“).<sup>55</sup>

Die systematische Stellung der §§ 211, 212 StGB begründe ebenfalls deren Selbständigkeit. Im materiellen Strafrecht folge die Qualifikation häufig dem Grundtatbestand („Systematik“).<sup>56</sup> Möglich ist aber, dass der Gesetzgeber das schwerwiegendste Delikt voranstellen wollte.<sup>57</sup>

Die vorsätzliche Tötung als ein Merkmal des § 211 StGB spreche nicht gegen die Selbständigkeit. Der Mörder lade zwar höhere Schuld auf sich. Daraus folge aber nicht, dass die Merkmale des § 211 StGB Schulderhöhungsgründe zum § 212 StGB seien („Übereinstimmung“).<sup>58</sup> Auch § 242 StGB

sei in § 249 StGB enthalten und dennoch werde Raub nicht als „Typisierung von Schulderhöhungsgründen“ angesehen.

Der BGH<sup>59</sup> räumt Wertungswidersprüche und unausgewogene Ergebnisse ein und erkennt den systematischen Widerspruch und die unnötige Kompliziertheit („Selbstkritik des BGH“). Darin könnte eine Trendwende in der Rspr. zu erkennen sein.<sup>60</sup>

*Wofür ist dieser Streit von Bedeutung?*

Die Entscheidung des Streits ist vor allem relevant bei der Beurteilung der Teilnehmerstrafbarkeit an einem Mord (§ 211 StGB).<sup>61</sup>

Die Strafe des Teilnehmers ist grundsätzlich abhängig von der des Täters. Eine Lockerung von dieser (limitierten<sup>62</sup>) Akzessorietät ist bei besonderen persönlichen (sog. *täterbezogenen*) Merkmalen über § 28 StGB möglich, nicht hingegen bei *tatbezogenen*.<sup>63</sup> Zu den täterbezogenen Merkmalen gehören die der 1. und 3. Gruppe des § 211 StGB. Es stellt sich die Frage, ob § 28 Abs. 1 (Mordmerkmale sind strafbegründend) oder § 28 Abs. 2 StGB (Mordmerkmale sind strafschärfend) anzuwenden ist.

Nach der Rechtsprechung (Selbständigkeit) ist auf Rechtsfolgenseite § 28 Abs. 1 StGB anzuwenden.<sup>64</sup> Der Teilnehmer ist akzessorisch zur Haupttat zu verurteilen. Die rechtliche Bewertung seiner Handlung ist dagegen nur für die Strafzumessung erheblich.<sup>65</sup>

Die Rechtslehre (Stufenverhältnis) wendet überwiegend § 28 Abs. 2 an. Die Strafbarkeit des Teilnehmers richtet sich nach der Erfüllung eines Mordmerkmals in seiner Person

<sup>51</sup> Es sollten mind. zwei Argumente dargestellt werden. Zur Problematik bzgl. § 216 StGB vgl. *Gössel*, ZIS 2008, 153.

<sup>52</sup> St. Rspr. seit BGHSt 1, 368 (370); zuletzt 50, 1 (5) m. krit. Anm. *Puppe*, JZ 2005, 902; *Jäger*, JR 2005, 477; s.a. die Bestandsaufnahme von *Rissing-van Saan*, in: Jahn/Nack (Hrsg.), Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das deutsche Strafrecht, Referate und Diskussionen auf dem 2. Karlsruher Strafrechtsdialog am 19. Juni 2009, 2010, S. 26.

<sup>53</sup> Vgl. *Fischer* (Fn. 27), § 211 Rn. 6, 88; *Gössel*, ZIS 2008, 153 (162); *Wessels/Hettinger* (Fn. 33), Rn. 69; *Sinn* (Fn. 4), 125. Lfg., Stand: Oktober 2010, § 211 Rn. 2; *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Fn. 4), Vor §§ 211 ff. Rn. 138 f.; *Eser* (Fn. 1), Vor §§ 211 ff. Rn. 5 jew. m.w.N.; zum Alternativ Entwurf Leben (AE-Leben) vgl. GA 2008, 193.

<sup>54</sup> Vgl. BGHSt 1, 368 (370).

<sup>55</sup> Vgl. *Gasa/Marlie*, ZIS 2006, 200 (201); *Puppe*, JZ 2005, 902 (903); krit. zur reinen Begrifflichkeit *Gössel*, ZIS 2008, 153 (154); s.a. *Eser* (Fn. 1), Vor §§ 211 ff. Rn. 6, der allerdings die Begriffe als Hinweise für den Richter hinsichtlich der Persönlichkeit des Täters verstehen will.

<sup>56</sup> Vgl. §§ 223 ff.; 249 ff. StGB; zust. *Gasa/Marlie*, ZIS 2006, 200 (201); s.a. aber die Systematik bei § 252 StGB nach §§ 250, 251 StGB.

<sup>57</sup> *Gasa/Marlie*, ZIS 2006, 200 (201).

<sup>58</sup> Vgl. BGHSt 1, 368 (370 f.); 36, 231 (235); a.A. *Gössel*, ZIS 2008, 153 (156).

<sup>59</sup> BGH, ZIS 2006, 194 = NJW 2006, 1008 (obiter dictum).

<sup>60</sup> So *Gasa/Marlie*, ZIS 2006, 200; *Gropp*, in: Schneider u.a. (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seeboode, 2008, S. 125 (S. 141); *Küper*, JZ 2006, 608 (613); *Geppert*, Jura 2008, 34 (40); *Roxin*, in: Jahn/Nack (Fn. 52), S. 21; s.a. *Eser* (Fn. 1), Vor §§ 211 ff. Rn. 5: „andeutender Richtungswechsel“; s.a. *Sinn* (Fn. 53), § 211 Rn. 3.

<sup>61</sup> Dies musste erkannt werden. Die weiteren Ausführungen zu den Widersprüchen der Rspr. dienen dem Verständnis.

<sup>62</sup> „Limitierte“ Akzessorietät, da jeder nach seiner Schuld bestraft wird (§ 29 StGB).

<sup>63</sup> Allg. Ansicht, vgl. statt aller BGHSt 50, 1 (6); *Sinn* (Fn. 53), § 211 Rn. 2; *Wessels/Hettinger* (Fn. 33), Rn. 140; *Fischer* (Fn. 26), § 211 Rn. 93 m.w.N.; eine gute Übersicht findet sich bei *Engländer*, JA 2004, 410 (413) und *Hilgendorf*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 1), § 3 Vor Rn. 42.

<sup>64</sup> BGHSt 1, 368 (372) noch für § 50 Abs. 2 StGB a.F.; BGHSt 22, 375 (378, 381); 50, 1 (5); BGH NSTZ 2006, 34 (35); vgl. dazu auch *Gropp* (Fn. 60), S. 125 (S. 129 ff.).

<sup>65</sup> Vgl. BGHSt 50, 1 (5); zu beachten sind aber die Einschränkungen der Rechtsprechung in BGHSt 23, 39 (40) für gekreuzte Mordmerkmale; in BGH NSTZ 2006, 288 (290) für die Sperrwirkung des Strafrahmens des § 212 StGB für den des § 211 StGB; in BGHSt 6, 329 (330); 36, 231 (233) für die Mittäterschaft.

unabhängig davon, ob sein Vorsatz das vom Haupttäter verwirklichte Mordmerkmal umfasse.<sup>66</sup>

Die Rechtsprechungsansicht führt in zwei Fällen zu folgenden *Widersprüchen*: In der *ersten* Konstellation erfüllt ein Gehilfe in Kenntnis des täterbezogenen Mordmerkmals des Haupttäters *kein eigenes Mordmerkmal*. Die Rspr. müsste ihn wegen Mordes gem. §§ 211, 27, 28 Abs. 1 StGB bestrafen und damit milder als den Gehilfen eines Totschlags (§§ 212, 27 StGB).<sup>67</sup> Grund für die mildere Strafe ist die doppelte obligatorische Strafmilderung gem. § 49 Abs. 1 StGB über § 28 Abs. 1 StGB für das Fehlen eigener Mordmerkmale beim Gehilfen und über § 27 Abs. 2 S. 2 StGB für die Teilnahme.<sup>68</sup> Diesen Widerspruch löst der BGH mit einer sog. Sperrwirkung der für eine Beteiligung am Totschlag zu verhängenden Mindeststrafe für § 211 StGB, die nicht unterschritten werden darf.<sup>69</sup> In der zweiten Konstellation erfüllt der Teilnehmer in Kenntnis des täterbezogenen Mordmerkmals des Haupttäters ein eigenes, vom Haupttäter verschiedenes täterbezogenes Mordmerkmal (sog. „gekreuzte Mordmerkmale“). Die Rspr. müsste § 28 Abs. 1 StGB mit der obligatorischen Strafmilderung anwenden, ohne das eigene Mordmerkmal des Teilnehmers zu berücksichtigen. Seine Strafe müsste genauso gemildert werden, wie die des ohne Erfüllung eines Mordmerkmals handelnden Teilnehmers.<sup>70</sup> Diesen Widerspruch löst die Rechtsprechung „*contra legem*“ auf, indem sie die Strafmilderung aus § 28 Abs. 1 StGB dem Teilnehmer versagt, solange die Mordmerkmale „gleichartig“ sind.<sup>71</sup>

Aufgrund dieser widersprüchlichen Konsequenzen für die Beteiligtenstrafbarkeit ist die Eigenständigkeitsthese der Rspr. abzulehnen.<sup>72</sup> Einer Aufgabe der Eigenständigkeitsthese bedürfte es jedoch dann nicht, wenn § 28 Abs. 1 StGB nur für Sonderdelikte Geltung beanspruchen würde und daher bei den Tötungsdelikten allein § 28 Abs. 2 StGB zur Anwendung käme.<sup>73</sup>

<sup>66</sup> Vgl. *Gropp* (Fn. 60), S. 125 (S. 128 f.); *Gössel*, ZIS 2008, 153 (160 f.).

<sup>67</sup> *Geppert*, Jura 2008, 34 (38).

<sup>68</sup> Ebenso für den Fall der versuchten Anstiftung gem. § 30 Abs. 1 S. 2 StGB.

<sup>69</sup> Vgl. BGH NStZ 2006, 288 (290) für § 30 Abs. 1 S. 2 StGB, mit krit. Anm. *Puppe*; offen gelassen von BGH NStZ 2006, 34 (35); dazu und zur Übertragung auf die Fälle der Beihilfe zum Mord vgl. *Gropp* (Fn. 60), S. 125 (138); *Sinn* (Fn. 53), § 211 Rn. 35; *Geppert*, Jura 2008, 34 (38).

<sup>70</sup> *Geppert*, Jura 2008, 34 (39); *Hilgendorf* (Fn. 63), § 2 Rn. 35.

<sup>71</sup> Vgl. BGHSt 23, 39 (40); 50, 1 (5, 9); krit. *Gössel*, ZIS 2008, 153 (160); *Sinn* (Fn. 53), § 211 Rn. 37.

<sup>72</sup> *Gössel*, ZIS 2008, 153 (161); *Sinn* (Fn. 53), § 211 Rn. 3; *Geppert*, Jura 2008, 34 (39 f.); *Hilgendorf* (Fn. 63), § 2 Rn. 40 f.; *Wessels/Hettinger* (Fn. 33), Rn. 154.

<sup>73</sup> Zu diesem Ansatz vgl. *Küper*, JZ 1991, 910 (914 f.); *Küper*, JZ 2006, 608 (613) und 1157 (1167); zust. *Rissing-van Saan* (Fn. 52), S. 26 (S. 41 f.); *Schneider*, in: *Jahn/Nack* (Fn. 52), S. 53; *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 38), Vor § 211 Rn. 142; näher zur aktuellen Entwicklung

## Frage 2

*Erläutern Sie, ob ein ärztlicher Heileingriff eine Körperverletzung i.S.d. § 223 StGB darstellt!*<sup>74</sup>

Die herrschende Lit.<sup>75</sup> (mit unterschiedlichen Kriterien im Einzelnen) verneint bei einem kunstgerecht („lege artis“) bzw. erfolgreich durchgeführten indizierten Heileingriff<sup>76</sup> den Tatbestand des § 223 StGB (Tatbestandslösung). Hierbei wird, anders als bei der Rspr., nicht auf einen Einzelakt (bspw. Einstich, Schnitt), sondern auf das Gesamtgeschehen des Eingriffs abgestellt. Dafür spreche der Wortlaut des Heileingriffs als Behandlung zur Wiederherstellung der körperlichen Unversehrtheit, der sich von einer Körperverletzung immens unterscheidet.

Die Rspr.<sup>77</sup> und Teile der Literatur<sup>78</sup> sehen in jedem ärztlichen Heileingriff eine tatbestandsmäßige, möglicherweise durch Einwilligung gerechtfertigte Körperverletzung (Rechtfertigungslösung). Niemand dürfe entscheiden, wann ein anderer vernünftigerweise bereit sein sollte, seine körperliche Unversehrtheit zu opfern, um wieder gesund zu werden. Dies sei auch für den Arzt verbindlich. Er müsse zwar den kranken Menschen heilen, dies finde aber in dem grundsätzlichen freien Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper seine Grenze.<sup>79</sup>

Vorzugswürdig erscheint die Rechtfertigungslösung. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist ein überragend wichtiges Gut, das ihn vor fremden Eingriffen in seine körperliche Unversehrtheit schützen muss. Der Wortlaut (Körperverletzung bzw. Heileingriff) ist eindeutig, da ein später eintretender Erfolg oder die kunstgerechte Ausführung des Eingriffs nicht die zuerst notwendige Beeinträchtigung der körperlichen Integrität verhindern kann. Dies mit einer Ge-

*Sinn* (Fn. 53), § 211 Rn. 3, 37; zu dem Problem des § 28 Abs. 2 StGB als Zurechnungs- oder Strafzumessungsnorm vgl. *Küper*, in: *Pawlik/Zaczyk* (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs* am 26. Juli 2007, 2007, S. 311.

<sup>74</sup> Übersicht bei *Bollacher/Stockburger*, Jura 2006, 908; *Joecks*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 1), § 223 Rn. 41 ff.; *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 33), § 223 Rn. 27 ff.; *Wessels/Hettinger* (Fn. 33), Rn. 322 ff.

<sup>75</sup> *Bockelmann*, JZ 1962, 525 (527); *Hardwig*, GA 1965, 161 (162); *Engisch*, ZStW 70 (1958), 566 (581); *Schmidt*, Gutachten zum 44. DJT, Bd. 1, 1962, 4. Teil, S. 151; diff. *Joecks* (Fn. 74), § 223 Rn. 49 ff.; *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 33), § 223 Rn. 32 ff.; vgl. zu den vielfältigen Ansätzen die Darstellungen bei *Fischer* (Fn. 27), § 223 Rn. 11; *Joecks* (Fn. 74), § 223 Rn. 43 ff.; *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 33), § 223 Rn. 30; deshalb krit. *Wessels/Hettinger* (Fn. 33), Rn. 329.

<sup>76</sup> Zum Begriff vgl. *Hardwig*, GA 1965, 161 (162).

<sup>77</sup> St. Rspr. seit RGSt 25, 375 (378 f.); BGHSt 11, 111 (112); BGH StV 2008, 464 (465).

<sup>78</sup> Vgl. *Jäger*, JuS 2000, 31 (34); *Weber*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Fn. 1), § 36 Rn. 99; *Rengier* (Fn. 33), § 13 Rn. 17; *Zöller/Mavany*, ZJS 2009, 694 (699); *Hardtung*, JuS 2008, 864 (868).

<sup>79</sup> BGHSt 11, 111 (114).

samtbetrachtung zu umgehen, überzeugt nicht, da die tatbestandsmäßige Handlung nur der Einzelakt, also bspw. der Schnitt des Arztes, sein kann. Außerdem kann nur so (bei Vorliegen einer Einwilligung) dem Arzt attestiert werden, dass er nichts Rechtswidriges, nichts Unrechtes getan hat.<sup>80</sup> Diese Wertung, die sich bei einem nur tatbestandslosen Verhalten nicht herstellen lässt, kann auch eine möglicherweise zivilrechtliche Haftung des Arztes (bspw. nach § 823 Abs. 1 BGB<sup>81</sup>) mangels Rechtswidrigkeit des Eingriffs entfallen lassen.

### Frage 3

Definieren Sie die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 216 StGB: „ernstliches und ausdrückliches Verlangen“!<sup>82</sup>

Verlangen ist mehr als (bloße) Einwilligung.<sup>83</sup> Nicht nötig ist die Initiative oder der Vorschlag zur Tötung durch das Opfer.<sup>84</sup> Das Verlangen muss den Täter in dem Sinne zur Tat bestimmt haben, dass es als entscheidender Tatantrieb gewirkt hat; das Motiv muss „handlungsleitend“ gewesen sein.<sup>85</sup> Anhaltspunkt hierfür ist das Merkmal des Bestimmens der Anstiftung.<sup>86</sup>

Ausdrücklich heißt in eindeutiger, unmissverständlicher Weise,<sup>87</sup> sei es auch mit Bedingungen, in Form einer Frage<sup>88</sup> oder durch zweifelsfrei deutbare Gesten.<sup>89</sup>

Ernstlichkeit verlangt eine fehlerfreie Willensbildung.<sup>90</sup> Der seinen Tod Verlangende muss die Urteilskraft besitzen, um Bedeutung und Tragweite seines Entschlusses zu überblicken und abzuwägen. Es kommt allein auf die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit an.<sup>91</sup> Dies schließt unüberlegte Äußerungen oder Handeln in Augenblicksstimmungen aus und macht das Verlangen nicht frei verantwortlich Handelnder unbeachtlich.<sup>92</sup>

<sup>80</sup> Vgl. auch *Hardwig*, GA 1965, 161 (162); die Bejahung einer tatbestandsmäßigen Handlung ist gerade noch keine Unrechtsbewertung, vgl. *Gropp* (Fn. 11), § 6 Rn. 19.

<sup>81</sup> Vgl. dazu *Wagner*, in: *Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 729; *Teichmann*, in: *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, 13. Aufl. 2009, § 823 Rn. 111.

<sup>82</sup> Wichtig ist es, die Merkmale einzeln zu betrachten. Die Aufgabe diene der reinen Wissensabfrage.

<sup>83</sup> Vgl. *RGSt* 68, 306 (307); *BGHSt* 50, 80 (92); *Rengier* (Fn. 33), § 6 Rn. 6; *Wessels/Hettinger* (Fn. 33), Rn. 156; *Sinn* (Fn. 53), § 216 Rn. 5 m.w.N.; a.A. *Schneider* (Fn. 53), § 216 Rn. 12, der das Verlangen als Unterfall der Einwilligung ansieht; für eine Gleichsetzung des Verlangens mit der Einwilligung *Arzt*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Fn. 1), § 3 Rn. 13.

<sup>84</sup> Vgl. *Eser* (Fn. 1), § 216 Rn. 5.

<sup>85</sup> H.M.; vgl. statt vieler *BGHSt* 50, 80 (91 f.); *Sinn* (Fn. 53), § 216 Rn. 5a m.w.N.

<sup>86</sup> *Schneider* (Fn. 53), § 216 Rn. 13; *Eser* (Fn. 1), § 216 Rn. 5; *Sinn* (Fn. 53), § 216 Rn. 5a; *Rengier* (Fn. 33), § 6 Rn. 7.

<sup>87</sup> *Schneider* (Fn. 53), § 216 Rn. 18; *Eser* (Fn. 1), § 216 Rn. 7; *Sinn* (Fn. 53), § 216 Rn. 7; *Wessels/Hettinger* (Fn. 33), Rn. 156; krit. *Arzt* (Fn. 83), § 3 Rn. 15.

<sup>88</sup> *BGH NJW* 1987, 1092 mit zust. Anm. *Kühl*, JR 1988, 338 (339); *Sinn* (Fn. 53), § 216 Rn. 7; *Rengier* (Fn. 33), § 6 Rn. 6.

<sup>89</sup> *Eser* (Fn. 1), § 216 Rn. 7; *Sinn* (Fn. 53), § 216 Rn. 7; *Rengier* (Fn. 33), § 6 Rn. 6.

<sup>90</sup> *BGH NJW* 1981, 932; *Fischer* (Fn. 27), § 216 Rn. 9; *Schneider* (Fn. 53), § 216 Rn. 19; *Sinn* (Fn. 53), § 216 Rn. 8; *Rengier* (Fn. 33), § 6 Rn. 6; *Wessels/Hettinger* (Fn. 33), Rn. 156.

<sup>91</sup> *BGH NJW* 1981, 932; *Rengier* (Fn. 33), § 6 Rn. 6; *Wessels/Hettinger* (Fn. 33), Rn. 156.

<sup>92</sup> *BGH NJW* 1981, 932; *Fischer* (Fn. 27), § 216 Rn. 9; *Mitsch*, JuS 1996, 309 (313).