

Winfried Schwabe

# Die mündliche Examensprüfung

Ach**So!**

## Strafrecht

2. Auflage

 | BOORBERG

Winfried Schwabe

# Die mündliche Examensprüfung Strafrecht

2., überarbeitete Auflage, 2024

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [www.dnb.de](http://www.dnb.de) abrufbar.

2. Auflage, 2024

E-ISBN 978-3-415-07648-8

Print-ISBN 978-3-415-07634-1

© 2023 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart  
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden  
[www.boorberg.de](http://www.boorberg.de)

## Prüfungsgespräch 2

**1. Frage:** Mal angenommen, die beiden Krebspatienten T und O wollen gemeinsam aus dem Leben scheiden. Der schwer kranke O hatte T zuvor über Wochen massiv gedrängt und ihn schließlich überredet. Die Tat soll in der Gartenlaube des O vollzogen werden. Verabredungsgemäß verriegelt T dort alle Türen und Fenster, während der gebrechliche O nach Einnahme diverser Schlafmittel bereits bewusstlos auf einer Couch liegt. Anschließend dreht T den Gashahn auf und setzt sich in Erwartung des gemeinsamen Erstickungstodes neben O. Als er kurz darauf den inzwischen röchelnden O ansieht, kommen ihm Zweifel. Kurz entschlossen tritt T die Tür der Laube wieder auf, weshalb O und T überleben. Wegen der erlittenen Gasvergiftung erblindet O auf einem Auge. Prüfen Sie bitte die Strafbarkeit des T!

Der T könnte sich wegen versuchter Tötung auf Verlangen gemäß den §§ 216 Abs. 1 und Abs. 2, 22, 23 StGB strafbar gemacht haben, als er den Tötungsvorgang in der Gartenlaube durch das Verriegeln von Türen und Fenstern vorbereitet und zum Schluss den Gashahn aufgedreht hat.

**2. Frage:** Könnten Sie kurz die systematische Stellung des § 216 StGB im Gefüge der Tötungsdelikte darstellen?

Ja. Die systematische Stellung der Norm wird unterschiedlich bewertet. Folgt man der Rechtsprechung des BGH, handelt es sich bei § 216 StGB um einen eigenständigen Tatbestand. Da der BGH den Totschlag aus § 212 StGB nicht als Grundtatbestand des Abschnitts anerkennt und daher etwa auch den Mord gemäß § 211 StGB als selbstständigen Tatbestand verstanden haben möchte, ist diese Sichtweise logisch zwingend. Die Gegenmeinung, die vom weit überwiegenden Teil der Wissenschaft vertreten wird, sieht den § 216 StGB demgegenüber als eine Privilegierung zu § 212 StGB an, da sie den Totschlag als Grundtatbestand des gesamten Abschnitts begreift.

**3. Frage:** Gut. Dann prüfen Sie jetzt bitte die angesprochene versuchte Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB!

Also, der Versuch ist gemäß § 216 Abs. 2 StGB strafbar und die Tat ist nicht vollendet, O hat überlebt. Es fragt sich allerdings, ob der T auch einen Tatentschluss zur Begehung des § 216 Abs. 1 StGB hatte.

**4. Frage:** Wieso ist das fraglich?

Weil T möglicherweise mit seinen Handlungen und dem entsprechenden Vorsatz keine Tötung auf Verlangen begangen hat, sondern nur eine Beihilfe zur Selbsttötung. Diese aber wäre straflos.

**5. Frage:** Warum?

Weil es dann an einer teilnahmefähigen Haupttat fehlt, die gemäß § 27 Abs. 1 StGB aber notwendig wäre. Der versuchte Selbstmord ist nach unserer Rechtsordnung straflos. Wenn T mit seinen Handlungen also lediglich eine Beihilfe zur versuchten Selbsttötung des O leisten wollte, bliebe dies strafrechtlich auch für T irrelevant.

**6. Frage:** Gut, wie grenzt man denn die straflose Beihilfe zur versuchten Selbsttötung von einer demgegenüber strafbaren versuchten Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB ab?

Die Abgrenzung dieser beiden Varianten erfolgt nach der Rechtsprechung des BGH und der herrschenden Meinung in der Wissenschaft anhand einer genauen Betrachtung der Gesamtsituation. Es muss dabei geklärt werden, wer das zum Tode führende Geschehen am Ende tatsächlich beherrscht und wie der Betroffene im Rahmen des Gesamtplanes über sein Schicksal verfügt hat. Hatte er nach dem Gesamtplan nach Vollzug der letzten Mitwirkungshandlung des anderen noch die Gelegenheit, die Sache aus eigener Kraft und eigenem Antrieb abubrechen, liegt die Tatherrschaft bei ihm, folglich eine Selbsttötung vor. Hatte der Getötete allerdings vorher bereits die Verantwortung über sein Leben so abgegeben, dass er bei der zum Tode führenden Ausführungshandlung nicht mehr eingreifen konnte, liegt die Tatherrschaft bei dem anderen und somit eine Fremdtötung und damit der § 216 StGB vor.

**7. Frage:** Das ist richtig. Was bedeutet das jetzt für unseren Fall?

In dem von Ihnen geschilderten Fall haben T und O den gemeinsamen Tod zwar geplant, die Durchführung oblag aber offenbar final nur dem T. Der T verriegelte sämtliche Türen und Fenster der Laube und hat letztlich auch den mutmaßlich todbringenden Gashahn aufgedreht. Zu diesem Zeitpunkt lag O nach der Einnahme diverser Schlafmittel bereits bewusstlos auf der Couch. Wendet man die eben von mir dargelegte Definition zur Abgrenzung an, lag die Tatherrschaft während des gesamten Vorgangs demnach bei T, der O hätte aller Wahrscheinlichkeit nach auch nicht

mehr eingreifen und ihn stoppen können. Es handelt sich vorliegend mithin nicht um eine straflose Beihilfe zu einem Selbstmordversuch. In Betracht kommt daher, wenn die übrigen Strafbarkeitsvoraussetzungen auch vorliegen, die Begehung einer versuchten Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB seitens des T.

**8. Frage:** Wir prüfen an dieser Stelle gleich weiter. Vorher aber noch eine andere Frage: Welche Rolle spielt es eigentlich, dass T sich auch selbst umbringen wollte? In seiner Vorstellung sollte die Tötung, auch seine eigene, ja vollendet werden mit der Konsequenz, dass es gar nicht mehr zu einer Bestrafung gekommen wäre. Hat dies Einfluss auf seinen Tatentschluss?

Nein. Dieser Umstand spielt im Hinblick auf die Strafwürdigkeit seines Verhaltens und den Tatentschluss zu § 216 StGB keine Rolle. Denn dabei geht es nicht um das Bewusstsein bezüglich der Strafbarkeit seines Verhaltens, sondern nur um die mögliche Ahndung dieser Tat. T hat über die gesamte Zeit der Tatausführung die Umstände, die seine Strafbarkeit nach § 216 StGB begründen, gekannt im Sinne der §§ 15 und 16 StGB. Dass er glaubte, wegen des auch bei ihm eintretenden Todes nicht mehr bestraft werden zu können, ist daher unbeachtlich. Dieses Bewusstsein betrifft, wie gesagt, nicht den Tatbestand der Norm, sondern nur die möglichen Rechtsfolgen.

**9. Frage:** Gut. Dann gehen wir zurück zur Prüfung. Welche weiteren Voraussetzungen müssen für den Versuch des § 216 Abs. 1 StGB noch vorliegen?

O muss den T nach dem Wortlaut des Gesetzes durch ernsthaftes und ausdrückliches Verlangen zur Tötung bestimmt haben, was hier aber nach der Schilderung nicht fraglich ist. O hat den T über Wochen massiv zur gemeinsamen Tötung gedrängt und ihn schließlich überredet, was unter die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm, insbesondere das Bestimmen zur Tat, subsumiert werden kann. Das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 StGB ist ebenfalls gegeben, denn T hat den Tötungsvorgang nicht nur vorbereitet, sondern sogar schon in Gang gesetzt, spätestens durch das Öffnen des Gashahns. An der Rechtswidrigkeit und der Schuld bestehen schließlich auch keine Zweifel.

**10. Frage:** Was kommt aber jetzt für T infrage?

Ein Rücktritt. T tritt ja die Tür der Gartenlaube wieder auf und rettet damit sich und O das Leben. Das könnte ein straffbefreiender Rücktritt von einem beendeten Versuch gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. StGB gewesen sein.

**11. Frage:** Wieso sagen Sie »könnte«? Haben Sie Zweifel?

Nein, im Ergebnis nicht. T hat durch seine Vorbereitungshandlungen und dem Aufdrehen des Gashahns alles zur Deliktsvollendung Notwendige getan, sodass es sich um einen beendeten Versuch im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt handelt. Hiervon konnte T nur durch die Verhinderung der Vollendung zurücktreten, also durch ein aktives Tun. Dies hat er indes durch das Auftreten der Tür zweifellos verwirklicht, da es auch ursächlich für die Rettung gewesen ist. Dass T freiwillig handelt, ist im vorliegenden Fall auch nicht fraglich, er ist weder durch eine äußere Zwangslage noch durch seelischen Druck zu seiner Handlung motiviert worden.

**12. Frage:** Konsequenz?

Die Konsequenz des Rücktritts ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, nämlich aus der Einleitung von § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB. Der Täter wird wegen des Versuchs der Tat nicht bestraft. T ist somit strafbefreiend vom Versuch der Tötung auf Verlangen zurückgetreten.

**13. Frage:** Ist er damit komplett straflos?

Nein, es bleibt natürlich noch die vollendete Körperverletzung des O übrig, von der T logischerweise nicht zurücktreten konnte. O hat nicht nur eine Gasvergiftung erlitten, sondern zudem noch die Sehkraft auf einem Auge verloren. Das könnte sowohl den Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB als auch § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirklichen.

**14. Frage:** Ich habe nichts von einem entsprechenden Vorsatz des T berichtet. Wie kommen Sie jetzt auf eine vorsätzliche Körperverletzung?

Im unstreitigen Tötungsvorsatz des T ist der Körperverletzungsvorsatz als notwendiges Durchgangsstadium und damit quasi als ein »Minus« mitenthalten. Wer jemand anderen umbringen möchte, muss logisch zwingend eine Körperverletzung der betreffenden Person als Durchgangsstadium durchlaufen. Daher beinhaltet der Tötungsvorsatz immer auch den Vorsatz auf eine Körperverletzung.

**15. Frage:** Auch den Vorsatz auf den Verlust des Augenlichts?

Möglich. Das wäre hier aber auch gar nicht notwendig. Im Hinblick auf den Verlust des Augenlichts kommt für T nämlich, wie eben bereits erwähnt, die Verwirklichung des § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Betracht.

**16. Frage:** Und das ist keine Vorsatztat?

Doch. Der § 226 StGB stellt ein sogenanntes erfolgsqualifiziertes Delikt dar. Für diese Delikte gilt gemäß § 18 StGB, dass dem Täter im Hinblick auf die besondere Folge der Tat wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fallen muss, die Fahrlässigkeit also demnach grundsätzlich ausreicht. Dass diese Delikte gleichwohl Vorsatztaten im Sinne des Gesetzes sind, steht in § 11 Abs. 2 StGB.

**17. Frage:** Und was bedeutet das nun für unseren Fall?

Dass T Vorsatz bezüglich einer Körperverletzung des O hatte, habe ich eben schon erklärt. In seinem Tötungsvorsatz war der Vorsatz auf eine Körperverletzung mitenthalten. Bezüglich des Augenlichtverlustes als besondere Folge der Körperverletzung genügt gemäß § 18 StGB nunmehr aber schon eine Fahrlässigkeit. Wir haben es im hier vorliegenden Fall mit einer klassischen Vorsatz-Fahrlässigkeitskombination zu tun. Wenn wir davon ausgehen wollen, dass der Verlust des Augenlichts bei einer schweren Gasvergiftung vorhersehbar ist, hat T im Hinblick darauf auch fahrlässig gehandelt und somit den § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB verwirklicht.

**18. Frage:** Gut, davon gehen wir hier dann jetzt auch mal aus. Was ist dann mit der Gasvergiftung?

Das wäre ein Fall des § 224 Abs. 1 Nr. 1 StGB, also eine Form der gefährlichen Körperverletzung.

**19. Frage:** Hatte T denn insoweit auch einen entsprechenden Vorsatz?

Das wird man angesichts der konkreten Tatausführung hier annehmen können und auch müssen. Wer einer anderen mittels einer Gasvergiftung zu einem Erstickungstod bringen möchte, hat in seinen Vorsatz auch die normale Gasvergiftung eingeschlossen, wenn die Tötung nicht vollendet wird.



**20. Frage:** Einverstanden. Wie wird T denn nun bestraft, nach beiden Normen oder nur nach § 226 Abs. 1 StGB?

Die gefährliche Körperverletzung aus § 224 StGB steht in keinem Stufenverhältnis zu § 226 StGB, es handelt sich bei beiden Normen um selbstständige Qualifikationen zu § 223 StGB, der daher auch von beiden Vorschriften verdrängt wird im Wege der Gesetzeskonkurrenz. Sind durch eine Handlung des Täters sowohl die Voraussetzungen des § 224 StGB als auch des § 226 StGB erfüllt, handelt es sich normalerweise um einen Fall der Tateinheit im Sinne des § 52 StGB, da bei den Tatbeständen in der Regel unterschiedliche Schutzrichtungen betroffen sind. Die Bestrafung des T müsste hier daher gemäß der Regel des § 52 Abs. 2 StGB eigentlich nach dem Gesetz mit der schwereren Strafe, hier also nach § 226 Abs. 1 StGB, erfolgen.

**21. Frage:** Wieso sagen Sie »eigentlich«, gibt es noch Zweifel?

Ja, die gibt es. Wir haben es hier nämlich mit einem Sonderfall zu tun. Die versuchte Tötung auf Verlangen nach § 216 Abs. 1 StGB entfaltet, wenn der Täter, wie hier, von seiner Tat zurückgetreten ist, eine Sperrwirkung, und zwar für alle Delikte, die ein höheres Strafmaß als der § 216 StGB aufweisen. Und das wären sowohl der § 224 StGB als auch § 226 StGB. Ich hatte eben ja gesagt, dass die einfache Körperverletzung an sich von beiden gerade genannten Normen verdrängt wird; im vorliegenden Fall gilt dies aber ausnahmsweise nicht, der § 223 StGB lebt vielmehr quasi wieder auf und bestimmt das Strafmaß für T.

**22. Frage:** Das müssen Sie genauer erklären!

Die von mir gerade dargestellte Regel wird nachvollziehbar, wenn man den Fall weiterdenkt bzw. konstruiert in dem Sinne, dass T nicht zurückgetreten wäre, aber, anders als O, unbeabsichtigt überlebt hätte. Dann wäre T ohne Frage wegen § 216 Abs. 1 StGB bestraft worden, hätte demnach eine Freiheitsstrafe zwischen sechs Monaten und fünf Jahren erhalten. Die zuvor erlittenen Körperverletzungen des O wären als subsidiär hinter der Tötung zurückgetreten, diese Regel gilt auch für § 216 StGB. Schaut man nun auf unseren konkreten Fall, in dem T ja zurücktritt, sich also für eine Rückkehr zum rechtstreuen Verhalten entscheidet, hat dieser Rücktritt für ihn nun interessanterweise bei den Rechtsfolgen nachteilige Folgen.

**23. Frage:** Wieso denn?

Weil er jetzt nach § 226 Abs. 1 StGB bestraft wird und somit eine deutlich höhere Freiheitsstrafe erhält! Der Rücktritt rettet zwar dem O das Leben und bringt dem T eine Straffreiheit in Bezug auf § 216 Abs. 1 StGB ein, lässt ihn aber auf der anderen Seite eine deutlich höhere Freiheitsstrafe erwarten, weil jetzt ja die Körperverletzungsdelikte zur Anwendung kommen. Die herrschende Meinung löst diesen Konflikt bzw. diesen Widerspruch nun, wie eingangs erwähnt, so auf, dass der Rücktritt von § 216 StGB eine Sperrwirkung in Bezug auf alle Körperverletzungsstaten entfaltet, die ein höheres Strafmaß als § 216 StGB aufweisen. T wird daher am Ende nach allgemeiner Auffassung nur nach § 223 Abs. 1 StGB bestraft. Insoweit wäre dann noch § 230 Abs. 1 StGB zu beachten.

**24. Frage:** Welche Funktion hat eigentlich ein Strafantrag?

Der Strafantrag ist gemäß § 77b Absatz 1 Satz 1 StGB die Voraussetzung für die Strafverfolgung.

**25. Frage:** Was heißt das für die Strafbarkeit des Täters?

Nichts. Mit der Strafbarkeit an sich hat der Strafantrag nichts zu tun. Er ist weder ein Tatbestandsmerkmal noch eine Bedingung der Strafbarkeit, sondern, wie gesagt, lediglich Voraussetzung für die Strafverfolgung durch die Behörden.

**26. Frage:** Gut. Dann wollen wir uns jetzt bitte mal vorstellen, dass der schwer kranke O den T, anders als im Ausgangsfall, nur dazu überredet hat, ihn bei seinem Selbstmord zu unterstützen. T hat dem O daraufhin giftige Tabletten besorgt, die O selbstständig vor den Augen des T einnimmt. O hat T zudem gebeten, bei ihm zu bleiben, bis der Tod eingetreten ist. T verharnt daher, nachdem O das Bewusstsein verloren hat, so lange bei O, bis dessen Herz aufgehört hat zu schlagen. Anschließend ruft er die Polizei. Hat T sich strafbar gemacht?

Eine Strafbarkeit nach § 216 StGB kommt nicht in Betracht, da O die Tabletten selbstständig eingenommen und damit bis zum Schluss die Tatherrschaft hatte. Nach dem oben Gesagten hat T also lediglich straflose Beihilfe zum Selbstmord geleistet.

**27. Frage:** Was kommt demnach als Ansatzpunkt für eine mögliche Bestrafung nur in Betracht?

Strafwürdig kann nur der Umstand sein, dass T bei O geblieben ist und erst die Polizei nach dessen Ableben gerufen hat. Genau genommen, es also unterlassen hat, vorher schon Hilfe zu rufen.

**28. Frage:** Prüfen Sie mal!

Also, es kommt dann zunächst die Tötung auf Verlangen durch Unterlassen gemäß den §§ 216, 13 StGB infrage, weil T die Polizei bzw. den Rettungsdienst nicht vorher gerufen hat.

**29. Frage:** Wo ist denn das Problem?

Das Problem liegt, vereinfacht formuliert, darin, dass das bisherige Verhalten des Täters, also das Besorgen und Übergeben der todbringenden Tabletten, straflos bleibt, weil die Tatherrschaft ja beim späteren Opfer lag. Würde man dieselbe Person, die man aus den genannten Gründen eben noch straffrei gelassen hat, nun wegen Unterlassen nach dem gleichen Delikt bestrafen, läge hierin ein sehr beachtlicher Wertungswiderspruch. Die eigentlich zwingende Straffreiheit wäre damit faktisch aufgehoben. Man spricht den Täter also zunächst wegen eines bestimmten Verhaltens frei, bestraft ihn im Umkehrschluss aber für das Nichteinschreiten zur Behebung des eigentlich straffreien Zustandes.

**30. Frage:** Wissen Sie, wie der BGH dieses Problem löst?

Ja. Der BGH lehnt in solchen Fällen die Garantenstellung aus gefahrbe gründendem Vorverhalten ab. Wenn das Opfer vorher freiverantwortlich und ausdrücklich um Unterstützung bei der Selbsttötung bittet, kann in diesem erbetenen Verhalten kein Grund für eine spätere Garantenstellung nach § 13 StGB liegen. Der Täter hat nicht pflichtwidrig eine Situation erschaffen, aus der er später zur Rettung des Opfers verpflichtet werden kann.

**31. Frage:** Und was ist dann mit § 323c StGB?

Die unterlassene Hilfeleistung lässt der BGH im Ergebnis an der Zumutbarkeit für den Täter scheitern. Zwar handelt es sich bei der durch einen Selbstmordversuch herbeigeführten Gefahrenlage nach BGH-Meinung um einen Unglücksfall im Sinne des § 323c Abs. 1 StGB. Es liegt aus Sicht des Täters aber eine unlösbare Konfliktsitua-

tion zwischen der aus § 323c Abs. 1 StGB erwachsenden allgemeinen Hilfspflicht und der Pflicht vor, das im allgemeinen Persönlichkeitsrecht verbürgte Selbstbestimmungsrecht des Opfers zu achten. Das Opfer hatte den Täter vorher ja selbst um Hilfe und sogar um das Verweilen bis zum Eintritt des Todes gebeten. Es sei dem Täter daher nicht zuzumuten, gleichwohl einzuschreiten, um sich nicht strafbar zu machen.