

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 17.4.2024 – 1 StR 403/23¹

Versuchte schwere Körperverletzung, fehlgeschlagener Versuch, Rücktritt

1. Die in § 226 Abs. 1 StGB bezeichneten schweren Folgen müssen von längerer Dauer sein. Diese „Langwierigkeit“ der schweren Folge ist Teil des tatbestandlichen Erfolges. Fehlt es hieran, ist der Tatbestand nicht vollendet.
2. Bei einem error in persona liegt jedenfalls beim beendeten Versuch kein fehlgeschlagener Versuch vor, wenn der Täter seine Verwechslung erst nach Vornahme der Tathandlung bemerkt und sich nunmehr erfolgreich um die Rettung seines Opfers bemüht.
3. Freiwillig ist der Rücktritt, wenn er nicht durch zwingende Hinderungsgründe veranlasst wird, sondern der eigenen autonomen Entscheidung des Täters entspringt, der Täter also „Herr seiner Entschlüsse“ geblieben ist.

(Leitsätze des *Verf.*, angelehnt an Rn. 8, 13 und 17 der Entscheidung)

StGB §§ 24, 226 Abs. 1

Prof. Dr. Frank Zieschang, Würzburg*

I. Einführung

Der Beschluss des BGH spricht eine ganze Reihe von besonders prüfungsrelevanten Fragen an. Einmal geht es um das erfolgsqualifizierte Delikt der schweren Körperverletzung gem. § 226 StGB. Diese Vorschrift setzt sich aus einem Grundtatbestand zusammen, nämlich einer vorsätzlichen Körperverletzung gem. §§ 223, 224 StGB, aus welcher der Eintritt einer der in § 226 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 StGB aufgelisteten schweren Folgen resultiert, wobei zwischen dem Grunddelikt und der schweren Folge ein gefahrspezifischer Zusammenhang erforderlich ist. Mit anderen Worten muss sich die dem Grunddelikt anhaftende spezifische Gefahr in der schweren Folge verwirklicht haben. Im konkreten Fall hatte der angeklagte Chirurg bei einem Patienten eine Sterilisation durchgeführt, nach dem Eingriff jedoch festgestellt, dass es sich um den falschen Patienten handelte. Daraufhin wurde zwei Wochen später von einem Spezialisten für Refertilisation die Zeugungsfähigkeit (nicht ausschließbar) wiederhergestellt. Der BGH musste sich folglich mit der Frage auseinandersetzen, da zumindest vorübergehend Zeugungsunfähigkeit vorlag, ob § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 StGB bereits vollendet oder nur versucht war. Allein im letzteren Fall kommt ein Rücktritt gem. § 24 StGB in Betracht.

Geht man von einer versuchten schweren Körperverletzung aus, ist die Frage zu beantworten, ob aufgrund des von dem Arzt nach Vornahme des Eingriffs erkannten error in persona nicht möglich-

* Der *Verf.* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=ef7299d7ddec66ccc2baf16973c8222b&nr=137591&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> sowie veröffentlicht in BeckRS 2024, 10222.

erweise ein fehlgeschlagener Versuch anzunehmen ist, der nach überwiegender Ansicht dazu führt, dass ein strafbefreiender Rücktritt von vornherein ausscheidet. Hier stellt sich das Problem, dass die Tat einerseits für den Arzt wegen der Personenverwechslung sinnlos geworden ist, was für einen Fehlschlag sprechen mag, andererseits der Arzt aber noch in der Lage war, Gegenmaßnahmen einzuleiten, was gegen einen Fehlschlag angeführt werden könnte. Die Behandlung solcher Konstellationen ist im Schrifttum umstritten, der BGH nimmt nun – zumindest im Fall des beendeten Versuchs – dazu Stellung. Gleichzeitig äußert er sich (nochmals) zu der Frage, was „Freiwilligkeit“ i.S.d. § 24 StGB bedeutet.

II. Sachverhalt

Der angeklagte Facharzt für Allgemeinchirurgie A sterilisierte am 10.3.2016 im Rahmen einer Operation den 17-jährigen Patienten P. A ging aufgrund einer Personenverwechslung davon aus, G zu operieren, bei dem tatsächlich die Sterilisation durchgeführt werden sollte. Unmittelbar im Anschluss an den Eingriff erkannte A seinen Irrtum. Er legte die Personenverwechslung noch am selben Tag gegenüber der Mutter des P offen und vermittelte sie am Folgetag zu einem Spezialisten für Refertilisation, der zwei Wochen später durch eine Operation nicht ausschließbar die Zeugungsfähigkeit des P wiederherstellte.²

Am 18.4.2016 nahm A die Sterilisation des einwilligungsunfähigen G mit Einwilligung von dessen Eltern vor, die u.a. für den Aufgabenkreis „Gesundheitsfürsorge“ als Betreuer ihres Sohnes bestellt waren. Ein Sterilisationsbetreuer war nicht bestellt worden, eine Genehmigung des Betreuungsgerichts lag nicht vor.³

III. Entscheidung

Bei A hatte das Landgericht im Hinblick auf die Sterilisation des G eine schwere Körperverletzung bejaht. Diese Verurteilung beanstandet der BGH nicht.

In Bezug auf den Patienten P hatte das Landgericht eine vorsätzliche Körperverletzung in Tateinheit mit versuchter schwerer Körperverletzung angenommen. Das LG lehnte einen Rücktritt nach § 24 StGB ab, die Bemühungen, den Eintritt der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit des P zu verhindern, seien nicht als freiwilliges Abstandnehmen vom Tatplan anzusehen, da sich dieser auf den Patienten G bezogen und A seine Bemühungen entfaltet habe, nachdem er durch den Hinweis einer Mitarbeiterin den error in persona erkannt hatte. Von seinem Entschluss, bei G eine dauerhafte Fortpflanzungsunfähigkeit herbeizuführen, sei A damit nicht freiwillig abgerückt. Dieser Argumentation tritt der BGH entgegen.

Zwar sei es zutreffend, dass die absichtliche schwere Körperverletzung bezüglich des P, indem A die beiden Samenleiter durchtrennte, nicht vollendet sei. Die in § 226 Abs. 1 StGB genannten Folgen müssten von längerer Dauer sein. Die „Langwierigkeit“ der schweren Folge sei Teil des tatbestandlichen Erfolges, fehlt es hieran, sei der Tatbestand nicht vollendet. Längere Dauer bedeute zwar nicht Unheilbarkeit; es genüge, wenn die Behebung oder nachhaltige Verbesserung des krankhaften Zustands nicht abgesehen werden kann. Hier fehle es am Eintritt der schweren Folge, da die Zeugungsfähigkeit des P zwei Wochen nach der Sterilisation nicht ausschließbar wiederhergestellt werden konnte.⁴

² BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 3.

³ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 3.

⁴ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 8 f.

Nach dem BGH ist der Versuch auch nicht fehlgeschlagen. A hielt vielmehr weiterhin die Vollendung der Tat für möglich. „Tat“ i.S.v. § 24 Abs. 1 StGB sei die Tat im sachlich-rechtlichen Sinn, also die in den gesetzlichen Straftatbeständen umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg. Außertatbestandliche Ziele seien unschädlich, dies gelte auch in Fällen eines sinnlos gewordenen Tatplans. „Tat“ i.S.d. § 24 StGB sei nicht die beabsichtigte Sterilisation des konkret identifizierbaren Patienten, sondern allgemeiner die von § 226 StGB umschriebene Verursachung der Zeugungsunfähigkeit einer Person. Diese „Tat“ war nicht fehlgeschlagen, sondern wäre – hätte A den Dingen seinen Lauf gelassen – zum Nachteil von P zur Vollendung gelangt. Die Identität des Patienten betraf lediglich außertatbestandliche Motive des A.⁵ Diese Sicht wahre auch den Opferschutz, da ein Anreiz geschaffen werde, die Tatvollendung nach Bemerken des error in persona noch aktiv zu verhindern. Jedenfalls bei einem beendeten Versuch sei damit ein Rücktritt beim error in persona möglich, wenn der Täter seine Verwechslung erst nach Vornahme der Tathandlung bemerkt und sich nunmehr erfolgreich um die Rettung seines verletzten Opfers bemüht. Hiervon abweichende Literaturstimmen, die einen Fehlschlag annehmen, verkennen nach Auffassung des BGH den Tatbegriff i.S.d. § 24 StGB.⁶

Der BGH bejaht einen beendeten Versuch, da A nach dem Durchtrennen der Samenleiter nach seiner Vorstellung bereits alles Erforderliche getan hatte, um die Zeugungsunfähigkeit des P herbeizuführen.⁷ Mit der Aufdeckung der Tat gegenüber der Mutter des P und deren Vermittlung an den Refertilisierungsexperten habe A eine neue Kausalkette in Gang gesetzt, die zur nicht ausschließbar erfolgreichen Refertilisierung des P führte. Damit habe er die am besten geeignete („optimale“) Rettungsmaßnahme ergriffen.⁸

Im Hinblick auf die Freiwilligkeit des Rücktritts bemerkt der BGH, das Landgericht habe einen unzutreffenden Maßstab angelegt. Freiwillig sei der Rücktritt, wenn er nicht durch zwingende Hinderungsgründe veranlasst wird, sondern autonom erfolge, der Täter also „Herr seiner Entschlüsse“ geblieben ist. Nicht maßgeblich sei der bei Beginn der Tat bestehende Tatplan. Es gelte nicht die Tatplanperspektive, sondern der Rücktrittshorizont nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung.⁹ Da das Landgericht keine Feststellungen zur Freiwilligkeit des Rücktritts getroffen hat, hebt der BGH das Urteil auf und verweist die Sache an eine Kammer des Landgerichts mit dem Hinweis zurück, das neue Tatgericht habe zu erörtern, ob A nach dem Hinweis der Mitarbeiterin auf die Verwechslung noch eine autonome Entscheidung treffen konnte, eine Refertilisation zu veranlassen, oder sich durch die Aufdeckung der Tat dazu gezwungen sah.¹⁰

IV. Rechtliche Bewertung

Es ist zwischen den beiden Patienten zu unterscheiden. Zunächst ist auf die Sterilisation des G näher einzugehen, deren strafrechtliche Bewertung durch das Landgericht als schwere Körperverletzung vom BGH nicht beanstandet wird.

⁵ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 11.

⁶ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 13.

⁷ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 14.

⁸ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 15.

⁹ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 17.

¹⁰ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 19.

1. Die Sterilisation des Patienten G

a) Strafbarkeit gem. § 223 Abs. 1 StGB

Im Hinblick auf die Körperverletzung gem. § 223 StGB enthält der Sachverhalt keine Angaben, ob der Eingriff des A medizinisch indiziert war. Sollte dies so sein, stellt sich zunächst die Frage, ob der medizinisch indizierte, lege artis durchgeführte Heileingriff überhaupt tatbestandlich eine Körperverletzung darstellt. Bekanntlich wird das von einem Teil des Schrifttums verneint.¹¹ Demgegenüber geht der BGH¹² in ständiger Rechtsprechung mit Stimmen im Schrifttum¹³ davon aus, dass auch bei einer medizinischen Indikation tatbestandlich § 223 StGB erfüllt ist, der Eingriff aber über die (mutmaßliche) Einwilligung gerechtfertigt werden kann. Für diese Sicht spricht, dass tatsächlich mit einem operativen Eingriff zunächst einmal eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit und auch ein pathologischer Zustand hervorgerufen werden; die Heilung ist lediglich Fernziel. Zudem wird die Auffassung der Rechtsprechung der Autonomie des Patienten weitaus gerechter.¹⁴ Daher überzeugt es, bei einem ärztlichen Heileingriff tatbestandlich § 223 StGB zu bejahen. Auch wusste A, dass er die körperliche Unversehrtheit des G beeinträchtigt und wollte dies. Er handelte damit vorsätzlich.

Im Hinblick auf die Ebene der Rechtswidrigkeit ist eine rechtfertigende Einwilligung zu untersuchen. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass G selbst einwilligungsunfähig ist. Hier waren die Eltern des G für den Aufgabenkreis „Gesundheitsfürsorge“ als Betreuer ihres Sohnes bestellt. Zu beachten ist aber, dass es bei dem operativen Eingriff um die Sterilisation des G ging. Insoweit bestimmt nun § 1817 Abs. 2 BGB, dass für die Entscheidung über die Einwilligung in eine Sterilisation des Betreuten stets ein besonderer Betreuer, der sogenannte Sterilisationsbetreuer, zu bestellen ist. § 1830 Abs. 1 BGB regelt dann im Einzelnen, unter welchen Voraussetzungen der Sterilisationsbetreuer einwilligen darf. Zudem ist dessen Einwilligung gem. § 1830 Abs. 2 BGB durch das Betreuungsgericht zu genehmigen. All dies war hier nicht erfolgt. Damit lag keine wirksame Einwilligung vor. A handelte rechtswidrig.

Nicht angesprochen wird in der Entscheidung, ob A möglicherweise irrtümlich davon ausging, dass die Einwilligung der Eltern genügt. Sollte dies der Fall sein, befand er sich in einem auf der Ebene der Schuld relevanten Verbotsirrtum gem. § 17 StGB. Dabei ist jedoch davon auszugehen, dass A diesen Irrtum als Facharzt für Allgemeinchirurgie hätte vermeiden können, indem er sich vor dem Eingriff hinreichend über die Rechtslage kundig gemacht hätte. Beim vermeidbaren Verbotsirrtum bleibt die Schuld bestehen, aber die Strafe kann gem. § 17 S. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden.

b) Strafbarkeit gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Erfolgte die Sterilisation des G in der Form, dass die beiden Samenleiter durchtrennt wurden,¹⁵ ist

¹¹ Siehe etwa Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 223 Rn. 8; Hoyer, in: Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1, 11. Aufl. 2019, § 8 Rn. 25; Otto, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2005, § 15 Rn. 11; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 223 Rn. 32 ff. Im Detail unterscheiden sich die Lösungsansätze.

¹² BGHSt 11, 111 (112); 64, 69 (73).

¹³ Etwa Grünewald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 223 Rn. 72 ff.; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 13 Rn. 27; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 47. Aufl. 2023, Rn. 302; Zieschang, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2022, Rn. 284.

¹⁴ Zieschang, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2022, Rn. 284.

¹⁵ So ist es in der Entscheidung des BGH bezüglich P beschrieben. Hier wird angenommen, dass auch die Sterili-

davon auszugehen, dass A dafür ein medizinisches Instrument benutzte.¹⁶ Hier stellt sich nun die in der Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH überhaupt nicht angesprochene Frage, ob sich A möglicherweise auch wegen gefährlicher Körperverletzung in Form der Benutzung eines gefährlichen Werkzeugs gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB strafbar gemacht hat.

Der BGH hat zu der bis 1998 geltenden Vorgängerregelung zur gefährlichen Körperverletzung (§ 223a StGB a.F.)¹⁷ die Auffassung vertreten, beim gefährlichen Werkzeug sei zu verlangen, dass es zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken verwendet werde, was beim medizinischen Heileingriff – ob indiziert oder auch nicht – im Hinblick auf das bestimmungsgemäß eingesetzte chirurgische Gerät nicht der Fall sei, sodass die Qualifikation insofern ausscheide.¹⁸ Da in § 223a StGB a.F. die Waffe der Oberbegriff war und das Messer sowie andere gefährliche Werkzeuge dafür lediglich Beispielfälle darstellten, hatte der BGH daraus die Voraussetzung hergeleitet, dass ein gefährliches Werkzeug einer Waffe vergleichbar sein müsse. Das sei nur der Fall, wenn der Täter den Gegenstand bei einem Angriff oder Kampf zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken benutzt, was bei einem bestimmungsgemäß benutzten Skalpell oder einer zahnärztlichen Zange zu verneinen sei.¹⁹ Dieser Rechtsprechung ist nun aber der 4. Strafsenat des BGH für § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB – jedenfalls für den medizinisch nicht indizierten Heileingriff – mit seinem Beschluss vom 19.12.2023 entgegengetreten.²⁰ Insofern argumentiert der BGH vor allem mit dem Wortlaut des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wonach das gefährliche Werkzeug kein Beispiel mehr für eine Waffe sei, sondern umgekehrt der Oberbegriff. In Abgrenzung zur Waffe setze danach ein gefährliches Werkzeug gerade nicht mehr voraus, generell zum Einsatz als Angriffs- oder Verteidigungsmittel bestimmt zu sein.²¹ Diese Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH überzeugt.²² Sie berücksichtigt den Wortlaut und Telos des Gesetzes, denn die in § 224 StGB pönalisierte besonders gefährliche Begehungsweise kann auch bei der Benutzung eines chirurgischen Geräts, das bestimmungsgemäß von einer ärztlichen Behandlungsperson verwendet wird, bestehen. Dabei ist § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB auch richtigerweise anwendbar, wenn eine medizinische Indikation vorlag, denn es kommt nur auf die hervorgerufene tatsächliche körperliche Beeinträchtigung

sation des G auf diese Art und Weise durchgeführt wurde.

¹⁶ Siehe zur Sterilisation <https://www.familienplanung.de/verhuetung/verhuetungsmethoden/sterilisation-des-mannes/#:~:text=Bei%20der%20sogenannten%20..Non%2DScalpel,Veröden%20oder%20mit%20Titanclips%20verschlossen> (12.6.2024).

¹⁷ § 223a Abs. 1 a.F. StGB hatte folgenden Wortlaut: „Ist die Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges, oder mittels eines hinterlistigen Überfalls, oder von Mehreren gemeinschaftlich, oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.“ Diese Vorschrift wurde durch das 6. StrRG vom 26.1.1998 (BGBl. I 1998, S. 164) durch den heutigen § 224 Abs. 1 StGB ersetzt.

¹⁸ BGH NJW 1978, 1206 (zahnärztliche Zange); siehe auch BGH, Urt. v. 24.5.1960 – 5 StR 521/59 (Skalpell). Aus dem Schrifttum etwa *Engländer*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 224 Rn. 7; *Wolters*, in: *SK-StGB*, Bd. 4, 10. Aufl. 2024, § 224 Rn. 17; kritisch zu dieser Rechtsprechung u.a. *Grünewald*, in: *LK-StGB*, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 224 Rn. 22; *Hardtung*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 224 Rn. 50. Ein gefährliches Werkzeug ist aber von der Rechtsprechung bejaht worden bei der Spritzenanwendung durch einen nur angeblich zugelassenen Heilkundigen; BGH NStZ 1987, 174; siehe insofern auch BGH NStZ-RR 2021, 109 (110).

¹⁹ BGH NJW 1978, 1206.

²⁰ BGH BeckRS 2023, 46571 mit Anm. *Klein*, ZJS 2024, 605; *Kudlich*, JA 2024, 607; *Nestler*, JK 2024, 790; *Schiemann*, NStZ 2024, 358; *Zieschang*, JR 2024, 368.

²¹ Siehe zuvor bereits OLG Karlsruhe NStZ 2022, 687; zustimmend u.a. *Hecker*, JuS 2022, 684; *Hortler*, MedR 2022, 754; *Kraatz*, NStZ-RR 2023, 65 f.; *Lorenz*, medstra 2022, 224; *Nussbaum*, JR 2023, 57; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 25. Aufl. 2024, § 14 Rn. 35 ff.; *S. T. Vogel*, NStZ 2022, 688; ablehnend *Bergschneider*, StraFo 2023, 244; vgl. auch BayObLG BeckRS 2024, 5578.

²² Siehe dazu im Einzelnen *Zieschang*, JR 2024, 368 (369 ff.).

an.²³ Hier wurde nun durch den Eingriff mit einem medizinischen Instrument die Fortpflanzungsfähigkeit des G aufgehoben. Daher ist auch § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu bejahen.

c) Strafbarkeit gem. § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4, Abs. 2 StGB

A hat durch den Eingriff bei G die Zeugungsfähigkeit aufgehoben. Problematisch könnte jedoch sein, ob tatsächlich von einem Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit i.S.d. § 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB auszugehen ist. So bestimmt § 1830 Abs. 2 S. 3 BGB, dass bei der Sterilisation stets der Methode der Vorzug zu geben ist, die eine Refertilisierung zulässt. Fraglich ist also, ob § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 StGB in Bezug auf G bejaht werden kann, falls A eine solche Methode gewählt haben sollte.

Der BGH führt aus,²⁴ die in § 226 Abs. 1 StGB bezeichneten Folgen müssten von längerer Dauer sein.²⁵ Dies sei nicht mit Unheilbarkeit gleichzusetzen. Es genüge, wenn die Behebung oder nachhaltige Verbesserung des krankhaften Zustands nicht abgesehen werden kann. Für die Beurteilung sei im Grundsatz der Zeitpunkt des Urteils maßgeblich. Hier nun erfolgte die Sterilisation am 14.4.2016. Das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts München I ist datiert auf den 29.6.2023. Vor diesem Hintergrund von über sieben Jahren Dauer kann demnach die Langwierigkeit bejaht werden.

Dennoch könnte § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 StGB möglicherweise scheitern: Angenommen, durch eine Operation könnte die Fortpflanzungsfähigkeit wiederhergestellt werden, was gar nicht so unwahrscheinlich ist,²⁶ stellt sich nämlich das Problem, ob der gefahrsspezifische Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge entfällt, wenn sich das Opfer theoretisch einer Operation unterziehen könnte, dies aber verweigert. Der BGH hat in Bezug auf § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB entschieden, es komme nicht darauf an, ob das Opfer eine ihm mögliche medizinische Behandlung nicht wahrgenommen hat.²⁷ Es widerspreche „jeglichem Gerechtigkeitsempfinden“, eine Art Obliegenheit des Opfers zu konstruieren, sich Heilmaßnahmen zu unterziehen, um dem Täter eine höhere Strafe zu ersparen.²⁸ Danach wäre also eine mögliche Operation unbeachtlich.

Gegenüber dieser pauschalen Sicht sind jedoch erhebliche Bedenken anzumelden.²⁹ Voraussetzung für die Annahme eines erfolgsqualifizierten Delikts ist, dass sich die spezifische Gefahr des Grunddelikts in der schweren Folge realisiert. Daran fehlt es, falls das Opfer oder Dritte eigenverantwortlich in den Geschehensablauf eintreten, was im Übrigen der BGH an anderer Stelle auch so sieht.³⁰ In der Konsequenz ist der gefahrsspezifische Zusammenhang zu verneinen, wenn eine freiverantwortliche Entscheidung des Opfers gegen eine mögliche Operation erfolgt.

Im vorliegenden Fall war G jedoch einwilligungsunfähig und damit nicht in der Lage, eine eigenverantwortliche Entscheidung gegen oder zugunsten einer Operation zu treffen. Daher scheitert der gefahrsspezifische Zusammenhang insoweit nicht. Auf der anderen Seite ist aber zu beachten, dass die Eltern des G dessen Betreuer waren. Sollten sie nun die Refertilisation verweigern, kann darin

²³ Dazu Zieschang, JR 2024, 368 (371).

²⁴ Er erörtert dies im Zusammenhang mit dem Patienten P, was aber für die hier interessierende Frage keine Rolle spielt.

²⁵ Siehe auch schon BGH BeckRS 2019, 28816; BGH BeckRS 2023, 23529.

²⁶ Siehe <https://klinik-am-ring.de/urologie/leistungen/operationen/infos-zur-vasovasostomie/refertilisierung-beim-mann-sehr-erfolg-versprechend/> (12.6.2024). Danach liegt in den ersten drei Jahren die Erfolgsquote bei über 90 Prozent. Im Anschluss nimmt sie ab, bis sie nach 10 bis 15 Jahren dann 70 Prozent beträgt.

²⁷ BGHSt 62, 36 (40 f.).

²⁸ BGHSt 62, 36 (40).

²⁹ Siehe bereits Zieschang, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2022, Rn. 357; kritisch zu BGHSt 62, 36 auch etwa Eisele, JuS 2017, 893 (894 f.); Grünwald, NJW 2017, 1764 f.

³⁰ Siehe etwa BGH NJW 1992, 1708; BGH NSTz 2008, 278 (in Bezug auf § 227 StGB).

eine eigenverantwortliche Entscheidung und ein selbständiges Dazwischentreten eines Dritten erblickt werden, was den gefahrspezifischen Zusammenhang aufhebt.³¹ § 226 StGB wäre dann entgegen der Auffassung des BGH zu verneinen.

Folgt man hingegen der Ansicht der Rechtsprechung, dass die Verweigerung einer Operation den gefahrspezifischen Zusammenhang nicht aufhebt, ist darauf hinzuweisen, dass A die Sterilisation des G herbeiführen wollte, sodass § 226 Abs. 2 StGB gegeben ist, der den Fall regelt, dass der Täter hinsichtlich der schweren Folge mit *dolus directus* 1. oder 2. Grades handelt.

d) Konkurrenzfragen

Nimmt man an, dass § 226 StGB verwirklicht ist, bedarf es noch des Eingehens auf die Konkurrenzen: Was das Verhältnis zwischen § 223 StGB und § 226 StGB anbetrifft, enthält § 226 StGB sämtliche Merkmale der Körperverletzung gem. § 223 StGB und zusätzliche weitere Merkmale, die zu einer Erhöhung der Strafe führen. § 226 StGB ist eine Qualifikation des § 223 StGB. Die Qualifikation ist nun aber *lex specialis* zum Grundtatbestand, sodass § 223 StGB hinter die vollendete schwere Körperverletzung zurücktritt.

Problematischer ist das Konkurrenzverhältnis von § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB zu § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4, Abs. 2 StGB. Hier ist zu beachten, dass § 224 StGB an die besondere Gefährlichkeit der Begehung der Körperverletzung anknüpft, während § 226 StGB den schweren Erfolg der Körperverletzung qualifiziert. Zudem ist es vorstellbar, dass der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit auch ohne die Verwirklichung des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB herbeigeführt wird.³² Vor diesem Hintergrund wird man zwischen § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB und § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4, Abs. 2 StGB nicht Gesetzeskonkurrenz,³³ sondern Tateinheit anzunehmen haben.³⁴ Dazu neigt inzwischen auch der BGH.³⁵ A war folglich in Bezug auf den Patienten G zu verurteilen gem. §§ 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4, Abs. 2, 52 StGB, sofern man § 226 StGB bejaht.

2. Die Sterilisation des Patienten P

a) Strafbarkeit gem. § 223 StGB

Im Hinblick auf die Sterilisation des P verwirklicht A unproblematisch den objektiven Tatbestand des § 223 StGB. Eine medizinische Indikation lag bei P jedenfalls nicht vor, sodass auch diejenigen Autoren den objektiven Tatbestand bejahen müssen, die diesen ansonsten bei einem Heileingriff verneinen. Auch der subjektive Tatbestand ist erfüllt. Der vorliegende *error in persona* hat aufgrund der Gleichwertigkeit der Rechtsgüter keine Auswirkungen auf den Vorsatz. Es handelt sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum. Mangels objektiv vorliegender Einwilligung in die Sterilisation ist die Tat auch

³¹ Nach § 1829 Abs. 2 BGB bedarf die Nichteinwilligung des Betreuten in einen ärztlichen Eingriff u.a. dann der Genehmigung des Betreuungsgerichts, wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute aufgrund des Unterbleibens einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet. Zur Entlassung des Betreuers siehe § 1868 BGB.

³² So ist es denkbar, dass der Täter bei seinem Opfer mit der Hand eine Hodentorsion herbeiführt, die sich so erheblich auswirkt, dass der Betreffende unfruchtbar wird.

³³ So aber BGHSt 21, 194 (195); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafrecht, 30. Aufl. 2023, § 224 Rn. 12.

³⁴ In diese Richtung u.a. auch Grünewald, in: LK-StGB, Bd. 11, 13. Aufl. 2023, § 226 Rn. 40.

³⁵ BGH NSTZ 2021, 138 (zumindest für § 226 Abs. 1 StGB); in diese Richtung auch BGH NSTZ-RR 2017, 173; siehe ebenfalls BGH BeckRS 2023, 13216; BGH NSTZ-RR 2023, 247.

rechtswidrig.

Soweit A irrtümlich von der Einwilligung der Eltern ausging, ist dies kein Fall des Erlaubnistatbestandsirrtums, sondern eine Konstellation des § 17 StGB, da eine Einwilligung der Eltern im Hinblick auf § 1817 Abs. 2 BGB ohnehin nicht genügt hätte. Dieser Irrtum ist aber wiederum als vermeidbar anzusehen, sodass die Schuld gegeben ist, aber die Strafe gemildert werden kann.

b) Strafbarkeit gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB

Es kann weitgehend auf die obigen Ausführungen zu § 224 StGB verwiesen werden. Hier war die Sterilisation noch dazu jedenfalls nicht medizinisch indiziert. Der *error in persona* ist wiederum unbeachtlich, eine Einwilligung lag nicht vor. Der vermeidbare Verbotsirrtum führt gem. § 17 S. 2 StGB zu einer fakultativen Strafmilderung. In der Entscheidung des 1. Strafsenats ist indessen § 224 StGB gar nicht angesprochen.

c) Strafbarkeit gem. §§ 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4, Abs. 2, 22, 23 StGB

Besondere Aufmerksamkeit verdient der Beschluss des BGH im Hinblick auf die versuchte schwere Körperverletzung zum Nachteil des P.

Der BGH stellt fest, dass die schwere Körperverletzung nicht vollendet sei, da es an der „Langwierigkeit“ der schweren Folge fehle. So sei die Zeugungsfähigkeit des P zwei Wochen nach der Sterilisation – nicht ausschließbar – wiederhergestellt worden. Es erscheint zutreffend, dass der BGH mit den schweren Folgen des § 226 StGB das Erfordernis der längeren Dauer verbindet. Es kommt schon in der Gesetzesfassung zum Ausdruck, wenn dort Begriffe benutzt werden wie „verliert“, „dauernd“ sowie „verfällt“. Eine solche Interpretation stellt zudem eine sinnvolle Begrenzung der mit einer relativ hohen Strafdrohung versehenen Vorschrift dar.

Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter des § 226 Abs. 1, Abs. 2 StGB.³⁶ Darauf hinzuweisen ist, dass die Strafzumessungsvorschrift des § 226 StGB gem. § 12 Abs. 3 StGB nichts am Verbrechenscharakter der Vorschrift ändert.

A wollte bei P die Sterilisation herbeiführen und hatte folglich Tatentschluss i.S.d. § 226 Abs. 2 StGB. Der *error in persona* hat wiederum keine Auswirkungen auf den Vorsatz. Mit dem Eingriff hat A auch nach seiner Vorstellung von der Tat i.S.d. § 22 StGB zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar angesetzt. Mangels wirksamer Einwilligung ist A nicht gerechtfertigt. Der etwaige Verbotsirrtum ist vermeidbar und führt zu einer fakultativen Strafmilderung.

Fraglich ist, ob A strafbefreiend zurückgetreten ist. Ein Rücktritt kommt aber nach herrschender Meinung von vornherein dann nicht in Betracht, wenn ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt.³⁷ Die Ausführungen des BGH zu dieser Frage machen die besondere Bedeutung der Entscheidung aus.

Ein Versuch ist fehlgeschlagen, wenn der Täter erkennt oder zumindest annimmt, dass er im unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln die Vollendung der Tat nicht mehr herbeiführen kann.³⁸ Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Hätte A das Geschehen ungehindert fortlaufen lassen, wäre ab dem Zeitpunkt, in dem von einer Langwierigkeit der Folge gesprochen werden kann, die Vollendung eingetreten. A erkannte, dass die

³⁶ Vgl. §§ 12 Abs. 1, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB.

³⁷ BGHSt 39, 221 (228); Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 77 ff.; gegen diese Figur etwa *Fahl*, GA 2014, 453.

³⁸ Etwa BGH NStZ 2005, 263 (264); BGH NStZ 2013, 156 (157 f.); Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 37 Rn. 15; Zieschang, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2023, Rn. 536.

Vollendung herbeiführbar war.

Hier handelt es sich jedoch um eine andere Konstellation, bei der ein Fehlschlag diskutiert wird: Ist von einem solchen auch dann auszugehen, wenn der Täter erkennt, dass ihm ein *error in persona* unterlaufen ist und die Tatvollendung für ihn daher sinnlos ist?

Es geht etwa um den Fall, dass T sich auf die Lauer legt, um O zu töten. Als eine Person des Weges kommt, hebt T die Waffe und zielt, da er glaubt, es handele sich um O. Im letzten Moment erkennt T jedoch, dass es nicht O ist, sondern der Passant X. T senkt die Waffe und verschwindet. Zu nennen ist auch der vom RG entschiedene Fall, in dem der Täter zunächst irrtümlich glaubte, einen roten Gummiball stehlen zu können, der aber in Wirklichkeit eine Holzkugel war, was der Täter erkannte und die Kugel nicht mitnahm.³⁹ Insofern handelt es sich um unbeendete Versuche, bei denen der Täter den *error* erkennt. In Betracht kommt dies aber auch beim beendeten Versuch. Die Abwandlung des erstgenannten Beispielsfalls soll dies verdeutlichen: T schießt auf die Person, und eilt zu ihr. Hier nun entdeckt T, dass es sich gar nicht um O, sondern um X handelt, der verletzt ist und sterben wird, sofern keine Hilfe erfolgt. Auch im Fall des BGH liegt ein beendeter Versuch vor: A erkannte, dass ihm eine Personenverwechslung unterlaufen war und P seine Fortpflanzungsfähigkeit dauerhaft verliert, wenn keine Gegenmaßnahmen eingeleitet werden.

Ob in solchen Konstellationen ein Fehlschlag vorliegt, der den Rücktritt ausschließt, ist im Schrifttum umstritten. Teilweise wird vertreten, sowohl beim beendeten als auch beim unbeendeten Versuch sei bei einem erkannten *error in persona* kein den Rücktritt ausschließender Fehlschlag anzunehmen; vielmehr könne der Täter i.S.d. § 24 StGB zurücktreten.⁴⁰ Andere Autoren differenzieren und meinen, beim unbeendeten Versuch liege ein Fehlschlag vor, beim beendeten Versuch hingegen komme ein Rücktritt in Betracht.⁴¹ Schließlich wird im Schrifttum davon ausgegangen, dass beim erkannten *error in persona* sowohl in Fällen des unbeendeten als auch des beendeten Versuchs ein Fehlschlag anzunehmen sei.⁴²

Der BGH muss sich nur zum beendeten Versuch äußern und vertritt insofern die Auffassung, dass ein Fehlschlag zu verneinen sei. „Tat“ i.S.d. § 24 Abs. 1 StGB sei die Tat im sachlich-rechtlichen Sinne, also die in den gesetzlichen Straftatbeständen umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg. Ein Rücktritt setze daher nur ein Abstandnehmen oder ein Verhindern der Vollendung dieses gesetzlichen Tatbestands voraus. Die vorherige Erreichung außertatbestandlicher Ziele sei unschädlich. Dies gelte auch in Fällen eines sinnlos gewordenen Tatplans.⁴³ Die „Tat“ sei hier die vom Tatbestand des § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 StGB umschriebene Verursachung der Zeugungsunfähigkeit einer Person. Diese Tat sei nicht fehlgeschlagen, sondern wäre – hätte der A den Dingen seinen Lauf gelassen – zum Nachteil des P zur Vollendung gelangt. Die Identität des Patienten betraf lediglich außertatbestandliche Motive des A. Ob A von seinem Entschluss, den Patienten G zu sterilisieren, (endgültig) abgerückt ist, sei somit unerheblich. Bei Annahme eines Fehlschlags werde der Tatbegriff i.S.d. § 24 StGB verkannt. Dies wahre auch den Opferschutz, da für den Täter ein Anreiz geschaffen werde, die Tatvollendung nach Bemerken eines *error in persona* noch aktiv zu verhindern.

³⁹ RGSt 39, 37.

⁴⁰ Feltes, GA 1992, 395 (413); B. Heinrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 777; in der Tendenz auch Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 1031.

⁴¹ Etwa Brand/Wostry, GA 2008, 611 (615 ff.); Engländer, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 24 Rn. 24 f.; Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 125; Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 37 Rn. 23 f.

⁴² So etwa Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 11; Fischer, *Strafgesetzbuch*, 71. Aufl. 2024, § 24 Rn. 8; Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, 2003, § 30 Rn. 94 ff.; Seier, JuS 1978, 692 (694 f.).

⁴³ BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 11; siehe auch schon BGH NStZ 2008, 275 (276).

Diese Darlegungen des BGH überzeugen. Sie werden dem Wortlaut des § 24 StGB gerecht. Es geht in § 24 StGB entscheidend um die Aufgabe der „Tat“ im materiell-rechtlichen Sinn, also vorliegend um § 226 StGB, nicht aber um die Identität des Opfers. Den Erfolgseintritt bei § 226 StGB hat nun aber der A verhindert. Nicht maßgeblich sind die außertatbestandlichen Motive, sondern die konkret in Rede stehende gesetzliche Strafbestimmung. In der Konsequenz gilt dies dann aber nicht nur beim beendeten, sondern auch beim unbeendeten Versuch. Der Begriff der Tat i.S.d. § 24 StGB ist in beiden Fällen einheitlich zu bestimmen. Hinzu kommt, dass der vom BGH erwähnte Aspekt des Opferschutzes auch beim unbeendeten Versuch greift, denn tatsächlich bleibt das „falsche Opfer“ verschont. Soweit im Schrifttum zugunsten der Annahme des Fehlschlags ausgeführt wird, der Vorsatz beziehe sich in einem solchen Fall auf die individuelle Person und nicht auf irgendeinen Menschen,⁴⁴ müsste das letztlich zur Konsequenz haben, dass der error in persona schon Auswirkungen auf den Tatbestandsvorsatz hat. So wie er aber zutreffend bei Gleichwertigkeit der Rechtsgutobjekte für den Vorsatz unbeachtlich ist, unterbindet er umgekehrt nicht den Rücktritt.⁴⁵ Erkennt der Täter also den error in persona, der ihm unterlaufen ist, ist ihm sowohl beim beendeten als auch beim unbeendeten Versuch mangels Fehlschlags der Rücktritt gem. § 24 StGB eröffnet.

Der Rücktritt vom hier vorliegenden beendeten Versuch verlangt gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB das freiwillige Verhindern der Vollendung der Tat. Was unter dem „Verhindern“ zu verstehen ist, wird bekanntlich unterschiedlich beurteilt.⁴⁶ Dieser Streit braucht hier nicht entschieden zu werden, da auch nach der engsten Ansicht, die optimale Verhinderungsbemühungen verlangt,⁴⁷ ein Verhindern vorlag, indem A den Geschädigten P an einen Spezialisten für Refertilisation vermittelte.⁴⁸

Problematisch ist schließlich, ob A freiwillig handelte. Das Landgericht hatte die Freiwilligkeit verneint, da sich der Tatplan auf G bezogen und A seine Bemühungen entfaltet habe, nachdem er erkannt hatte, dass er einem error in persona unterlegen war. Auch im Schrifttum gibt es Stimmen, die es für vertretbar erachten, mit Hilfe des Sinnlosigkeitskriteriums die Freiwilligkeit zu verneinen.⁴⁹ Der BGH indessen hält für maßgeblich, ob A noch „Herr seiner Entschlüsse“ war. Nicht maßgeblich sei der bei Beginn bestehende Tatplan, sondern der Rücktrittshorizont. Um zu prüfen, ob A noch eine eigene autonome Entscheidung treffen konnte, verweist der BGH an eine andere Kammer des Landgerichts zurück, damit dort insofern Feststellungen getroffen werden können.

Die Rechtsprechung⁵⁰ und herrschende Meinung im Schrifttum⁵¹ legen zur Beurteilung der Freiwilligkeit zutreffend eine psychologisierende Betrachtungsweise zugrunde. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Motive zur Tataufgabe sittlich billigenwert sind, der Täter also zur Rechtsordnung zurückkehrt.⁵² Maßgeblich ist allein, ob der Täter nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung

⁴⁴ Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 94.

⁴⁵ Siehe auch Feltes, GA 1992, 395 (413).

⁴⁶ Siehe die Übersicht zum Streitstand bei Zieschang, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2023, Rn. 565 ff.

⁴⁷ Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 23 Rn. 40.

⁴⁸ Gewisse Zweifel an einem „optimalen“ Handeln könnte man nur deswegen hegen, da A offenbar unmittelbar nach der Tatentdeckung zunächst versuchte, seine Tat zu verschleiern bzw. zu bagatellisieren, bis er die Tat dann umfassend offenbarte und den Geschädigten an einen Refertilisierungsexperten vermittelte (BGH BeckRS 2024, 10222 Rn. 15). Zumindest hat A aber eine neue Kausalkette in Gang gesetzt, die für die Nichtvollendung der Tat mitursächlich war, was nach dem BGH ohnehin genügt; siehe etwa BGH NStZ-RR 2010, 276 (277). Der Täter kann auch die Hilfe Dritter hinzuziehen; BGH BeckRS 2018, 27079.

⁴⁹ Siehe Rengier, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 37 Rn. 26. Freiwilligkeit ablehnend auch Jäger, in: SK-StGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 24 Rn. 22.

⁵⁰ BGHSt 35, 184.

⁵¹ Siehe Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 24 Rn. 258 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 53. Aufl. 2023, Rn. 1070 ff.

⁵² Zieschang, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2023, Rn. 560.

aus autonomen oder heteronomen Gründen agiert, also selbst- oder fremdbestimmt handelt. Ein etwaiger vorheriger Tatplan ist dabei nicht entscheidend. Hier könnte man nun an der Freiwilligkeit zweifeln, da sich der Täter nach Erkennen des error in persona einer wesentlich anderen Sachlage gegenüberieht; entscheidungsbestimmende Faktoren erweisen sich als nicht vorhanden.⁵³ Eine solche Betrachtung würde aber den Rücktritt zu sehr einengen. Tatsächlich ist es so, dass sich ein Täter, nachdem er den error in persona erkannt hat, noch autonom entscheiden kann, ob er die Tat im materiell-rechtlichen Sinn dennoch durchführt (unbeendeter Versuch) oder den Dingen seinen Lauf lässt (beendeter Versuch), sollte nicht aus anderen Gründen die Freiwilligkeit scheitern. Auch bei der Frage nach der Freiwilligkeit sind außertatbestandliche Ziele unbeachtlich, denn es geht nur um die Tat im materiell-rechtlichen Sinn. Insoweit überzeugt es, dass der BGH die Freiwilligkeit des Rücktritts beim erkannten error in persona grundsätzlich für möglich hält. Richtigerweise hat bereits das RG in dem erwähnten Holzkugelfall⁵⁴ einen freiwilligen Rücktritt bejaht.⁵⁵

In der hier erörterten Konstellation muss das neue Tatgericht klären, ob aus anderen Gründen die Freiwilligkeit entfällt. So stellt sich die Frage, ob A nach dem Hinweis einer Mitarbeiterin auf die Verwechslung noch eine autonome Entscheidung treffen konnte, die Refertilisation zu veranlassen, oder er sich durch Aufdeckung der Tat dazu gezwungen sah.

d) Konkurrenzen

Sollte Unfreiwilligkeit vorliegen, macht sich A in Bezug auf P nach den §§ 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Var. 1 StGB in Tateinheit mit § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB strafbar. § 224 StGB verdrängt § 223 StGB.

Ist A hingegen von der versuchten schweren Körperverletzung freiwillig zurückgetreten, verbleibt die Strafbarkeit nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB. Der BGH hat indessen § 224 StGB nicht angesprochen, sondern nur § 223 StGB.

V. Fazit

Die Entscheidung des BGH ist hochinteressant und sehr examensrelevant. Sie berührt Fragen des erfolgsqualifizierten Delikts der schweren Körperverletzung, nimmt vor allem aber auch zum Problem des Fehlschlags oder Rücktritts beim vom Täter erkannten error in persona Stellung. Insbesondere diese Erwägungen des 1. Strafsenats des BGH vermögen zu überzeugen.

⁵³ Siehe zu diesen Formulierungen *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 24 Rn. 47.

⁵⁴ Siehe den Text bei Fn. 39.

⁵⁵ RGSt 39, 37 (40).