

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 318

**Strafrechtliche Handlungen
gegenüber Schlafenden, Bewusstlosen
und Kleinstkindern**

Ein Vergleich der Tatbestände Diebstahl, Raub,
Freiheitsberaubung sowie Mord aus Heimtücke

Von

Sandra Bachmayer



Duncker & Humblot · Berlin

SANDRA BACHMAYER

Strafrechtliche Handlungen gegenüber Schlafenden,
Bewusstlosen und Kleinstkindern

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von

Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

und

Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 318

Strafrechtliche Handlungen gegenüber Schlafenden, Bewusstlosen und Kleinstkindern

Ein Vergleich der Tatbestände Diebstahl, Raub,
Freiheitsberaubung sowie Mord aus Heimtücke

Von

Sandra Bachmayer



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Matthias Krüger, München

Die Juristische Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität München hat diese Arbeit
im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-19150-5 (Print)
ISBN 978-3-428-59150-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten vereinzelt bis Ende November 2023 berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Matthias Krüger, der diese Arbeit angeregt und fortwährend begleitet hat. Ich danke ihm für die umfassenden wissenschaftlichen Freiheiten, welche er mir als Mitarbeiterin an seiner Professur für Strafrecht und Strafprozessrecht gewährte sowie für die zahlreichen wertvollen Ratschläge, die zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben.

Besonderer Dank gilt ebenfalls Herrn Prof. Dr. Ralf Kölbl für die sorgfältige und zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder und Herrn Prof. Dr. Andreas Hoyer danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe „Strafrechtliche Abhandlungen – Neue Folge“.

Ohne die Unterstützung meiner Familie, allen voran meiner Eltern Erwin und Renate sowie meines Partners Jori, würde es diese Arbeit nicht geben. Ich danke ihnen von Herzen für ihren Zuspruch das – in meinem Fall doch recht spontan gestartete – Projekt Promotion zu wagen. Darüber hinaus danke ich ihnen für ihren bedingungslosen Rückhalt, ihr offenes Ohr und ihre jederzeitige Unterstützung.

Meiner Familie ist diese Arbeit in tiefster Dankbarkeit gewidmet.

München, im Januar 2024

Sandra Bachmayer

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einleitung	13
A. Gegenstand und Relevanz der Untersuchung	13
B. Begriffsbestimmungen	15
C. Gang der Untersuchung	16

2. Kapitel

Diebstahl, Raub, Freiheitsberaubung und Mord aus Heimtücke gegenüber Schlafenden, Bewusstlosen und Kleinstkindern nach geltendem Recht	18
---	----

A. Diebstahl gem. § 242 StGB und Raub gem. § 249 StGB	18
I. Gewahrsam von Schlafenden, Bewusstlosen und Kleinstkindern	19
1. Gewahrsamsbegriff	19
a) Faktisch-sozialer Gewahrsamsbegriff	19
aa) Tatsächliche Sachherrschaft	20
bb) Natürlicher Herrschaftswille	21
b) Sozial-normativer Gewahrsamsbegriff	22
c) Zwischenergebnis	24
2. Gewahrsam von Schlafenden	24
3. Gewahrsam von Bewusstlosen	26
4. Gewahrsam von Kleinstkindern	28
5. Zwischenergebnis	29
II. Regelbeispiel der Hilflosigkeit gem. § 243 I S. 2 Nr. 6 Var. 1 StGB	29
1. Schlaf	30
2. Bewusstlosigkeit	31
3. Kleinstkinder	31
III. Gewalt im Sinne des § 249 I StGB gegenüber Schlafenden, Bewusstlosen und Kleinstkindern	31
B. Freiheitsberaubung gem. § 239 StGB	33
I. Das geschützte Rechtsgut der Freiheitsberaubung	33
1. Potentielle Fortbewegungsfreiheit	34

2. Aktuelle Fortbewegungsfreiheit	36
3. Zwischenergebnis	38
II. Freiheitsberaubung gegenüber Schlafenden und Bewusstlosen	38
1. Potentielle Fortbewegungsfreiheit	39
a) Potentialitätstheorie	39
b) Aktualisierbarkeitstheorie	40
c) Differenzierende Ansicht	42
2. Aktualitätstheorie	42
3. Zwischenergebnis	43
III. Freiheitsberaubung gegenüber Kleinstkindern	44
IV. Qualifikation gem. § 239 III Nr. 1 StGB	46
V. Zwischenergebnis	47
C. Mord aus Heimtücke gem. § 211 II Var. 5 StGB	47
I. Begriff der Heimtücke	47
1. Arglosigkeit	49
2. Wehrlosigkeit infolge von Arglosigkeit	50
II. Heimtücke gegenüber den zu untersuchenden Personengruppen	51
1. Arg- und Wehrlosigkeit von Schlafenden	51
2. Arg- und Wehrlosigkeit von Bewusstlosen	53
a) Grundsatz	53
b) Schutzbereite Dritte	53
c) Herbeiführung des Zustandes durch den Täter	54
3. Arg- und Wehrlosigkeit von Kleinstkindern	55
a) Grundsatz	55
b) Schutzbereite Dritte	56
c) Natürliche Abwehrinstinkte	57
III. Zwischenergebnis	58

3. Kapitel

Naturwissenschaftliche Erkenntnisse zu Schlafenden, Bewusstlosen und Kleinstkindern

	59
A. Bewusstsein	59
I. Qualitatives und quantitatives Bewusstsein	59
II. Bewusstseinsstörungen	60
B. Der Schlaf	61
I. Definition des Schlafs	62
II. Schlafphasen	63
1. Schlafstadium NREM 1	63

2. Schlafstadium NREM 2	64
3. Schlafstadium NREM 3	64
4. Schlafstadium REM	65
III. Beginn und Ende einer Schlafperiode	65
1. Das Einschlafen	66
2. Das Aufwachen	67
IV. Wahrnehmung der Umgebung im Schlaf	68
V. Bewusstsein im Schlaf	69
C. Die Bewusstlosigkeit	70
I. Bewusstlosigkeit als quantitative Bewusstseinsstörung	70
1. TLoC (transient loss of consciousness)	71
a) Synkope	71
b) Nicht-synkopale-TLoC	72
2. Koma	72
II. Kontrolliert herbeigeführter Bewusstseinsverlust	74
D. Das Kleinstkind	75
I. Entwicklung der Motorik	76
1. Grobmotorik	76
2. Feinmotorik	77
II. Wahrnehmung	78
1. Nahsinne	79
2. Fernsinne	79
III. Kognitive Fähigkeiten und Sprachentwicklung	80
IV. Soziale Beziehungen	81
V. Wille und Ich-Empfinden	82
E. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Personengruppen	84
I. Art des Zustandes	84
II. Beginn und Ende des Zustandes	85
III. Äußeres Erscheinungsbild	87
IV. Bewusstsein	88
V. Fähigkeiten der Personengruppen	89
1. Wahrnehmung der Umgebung	89
2. Motorik	90
3. Bildung eines eigenen Willens	90
VI. Zwischenergebnis	91

4. Kapitel

**Eigene Sichtweise und Schlussfolgerungen
aus den naturwissenschaftlichen Erkenntnissen**

		92
A.	Behandlung der Personengruppen beim Diebstahl und beim Raub	92
I.	Vergleichbarkeit der Personengruppen beim Diebstahl	93
1.	Vergleichbarkeit von Schlafenden und Bewusstlosen	93
2.	Vergleichbarkeit von Kleinstkindern mit Schlafenden bzw. Bewusstlosen	95
II.	Strafrechtliche Behandlung der Personengruppen beim Diebstahl	97
1.	Strafbarkeit des Diebstahls gegenüber Schlafenden und Bewusstlosen	97
a)	Vorliegen von Gewahrsam bei Schlafenden und Bewusstlosen	97
b)	Gewahrsamsverlust bei dauerhafter Bewusstlosigkeit als Ausnahme	99
c)	Zwischenergebnis	100
2.	Strafbarkeit des Diebstahls gegenüber Kleinstkindern	100
a)	Gewahrsam von Neugeborenen	101
b)	Altersgrenze für den Erwerb von Gewahrsam	102
III.	Regelbeispiel der Hilflosigkeit gem. § 243 I S. 2 Nr. 6 Var. 1 StGB	104
1.	Vergleichbarkeit der Hilflosigkeit bei den Personengruppen	104
2.	Vorliegen des Regelbeispiels der Hilflosigkeit	105
IV.	Raub gem. § 249 StGB	107
1.	Vergleichbarkeit des Nötigungsmittels der Gewalt bei den Personengruppen	107
2.	Strafbarkeit des Raubes gegenüber den Personengruppen	108
B.	Behandlung der Personengruppen bei der Freiheitsberaubung	110
I.	Vergleichbarkeit der Personengruppen	110
1.	Vergleichbarkeit von Schlafenden und Bewusstlosen	111
2.	Vergleichbarkeit von Kleinstkindern mit Schlafenden bzw. Bewusstlosen	114
II.	Strafrechtliche Behandlung der Personengruppen bei der Freiheitsberaubung	115
1.	Das geschützte Rechtsgut des § 239 StGB	115
a)	Wortlaut	115
b)	Historie	117
c)	Systematik	119
d)	Telos	122
2.	Strafbarkeit der Freiheitsberaubung gegenüber Schlafenden und Bewusstlosen	125
a)	Kritik an der Potentialitätstheorie	127
b)	Kritik an der Aktualisierbarkeitstheorie	128
c)	Kritik an der differenzierenden Ansicht	129
d)	Streitentscheid	130
3.	Strafbarkeit der Freiheitsberaubung gegenüber Kleinstkindern	132
a)	Neugeborene als Tatopfer von § 239 StGB	132
b)	Altersgrenze	133

4. Verwirklichung der Qualifikation gem. § 239 III Nr. 1 StGB	134
C. Behandlung der Personengruppen beim heimtückischen Mord	135
I. Vergleichbarkeit der Personengruppen	136
1. Vergleichbarkeit von Schlafenden und Bewusstlosen	136
a) Vergleichbarkeit der Arglosigkeit	136
aa) Bewusstsein der Sicherheit oder Fehlen von Argwohn	137
bb) Fähigkeit zum Argwohn als weitere Voraussetzung	139
cc) Anknüpfungszeitpunkt für die Arglosigkeit	140
b) Vergleichbarkeit der Wehrlosigkeit	142
c) Vergleichbarkeit des Kausalzusammenhangs von Arg- und Wehrlosigkeit	143
d) Weitere Erwägungen	144
e) Ausnahmen in der Rechtsprechung	146
aa) Herbeiführung des Zustandes durch den Täter	146
bb) Schutzbereite Dritte	147
f) Zwischenergebnis	147
2. Vergleichbarkeit von Kleinstkindern mit Schlafenden bzw. Bewusstlosen	148
a) Vergleichbarkeit der Arglosigkeit	148
b) Vergleichbarkeit der Wehrlosigkeit	150
c) Vergleichbarkeit des Kausalzusammenhangs von Arg- und Wehrlosigkeit	150
d) Altersgrenze bei Kleinstkindern	151
e) Ausnahmen in der Rechtsprechung	154
3. Fazit	155
II. Strafrechtliche Behandlung der Personengruppen beim heimtückischen Mord	156
1. Heimtücke gem. § 211 II Var. 5 StGB nach der geltenden Definition	156
a) Arglosigkeit	156
b) Wehrlosigkeit	159
c) Kausalzusammenhang von Arg- und Wehrlosigkeit	160
d) Zwischenergebnis	161
2. Notwendigkeit einer Reform des Heimtückemerkmals	162
3. Das Mordmerkmal der Heimtücke de lege ferenda	166
a) Streichung des Heimtückemerkmals	166
b) Modifizierung des Heimtückemerkmals: Ausnutzen der Schutzlosigkeit des Opfers	168
aa) Bestimmung der Schutzlosigkeit	168
bb) Auswirkungen auf die Personengruppen	170
cc) Kritische Auseinandersetzung mit dem modifizierten Mordmerkmal	171

5. Kapitel

Anwendung der Erkenntnisse auf die Personengruppe der Geisteskranken sowie abschließender Vergleich	173
A. Strafbarkeit von Diebstahl, Raub, Freiheitsberaubung und Mord aus Heimtücke ge- genüber Geisteskranken	173
I. Diebstahl gem. § 242 StGB und Raub gem. § 249 StGB	173
II. Freiheitsberaubung gem. § 239 StGB	175
III. Mord aus Heimtücke gem. § 211 II Var. 5 StGB	176
B. Abschließender Vergleich der Delikte und Personengruppen	177

6. Kapitel

Zusammenfassung der Ergebnisse	181
Literaturverzeichnis	184
Stichwortverzeichnis	197

Einleitung

A. Gegenstand und Relevanz der Untersuchung

Schlafende, Bewusstlose und Kleinstkinder¹ gelten als besonders leichte Opfer von Straftaten, da sie sich gegenüber einem Angriff auf ihre Rechtsgüter nicht verteidigen können. Straftaten gegenüber diesen Personen werden daher in der Bevölkerung als besonders niederträchtig angesehen.² Die genannten Opfergruppen müssten aus diesem Grund auf den ersten Blick in besonderem Maße durch die Rechtsordnung geschützt werden.

Strafrechtlich relevante Handlungen gegenüber Schlafenden, Bewusstlosen und Kleinstkindern führen in mehreren Tatbeständen des Strafgesetzbuches zu dogmatischen Problemen, die die Rechtsprechung und Literatur seit langem beschäftigen. Entscheidend ist, ob diese Personen bei verschiedenen Delikten taugliche Tatopfer sein können.

Kann ein Schlafender, Bewusstloser oder ein Kleinstkind bestohlen oder beraubt werden? Können die Personengruppen ihrer Freiheit beraubt werden, obwohl sie die Einsperrung nicht wahrnehmen? Liegt bei der Tötung eines schlafenden oder bewusstlosen Opfers bzw. eines Kleinstkindes ein heimtückischer Mord vor? Diese Fragen werden zum Teil bis heute von der Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet.

Bisher wurden die Personengruppen der Schlafenden, Bewusstlosen und Kleinstkinder bei den jeweiligen Delikten vorwiegend einzeln und als eines von mehreren Problemen betrachtet. Eine vertiefte Analyse, welche verschiedene strafbare Handlungen gegenüber den genannten Opfergruppen berücksichtigt und miteinander vergleicht, fand bisher nicht statt.³ Diese Arbeit knüpft an den aktuellen Forschungsstand der einzelnen Delikte an und geht darüber hinaus, indem sowohl die Personengruppen der Schlafenden, Bewusstlosen und Kleinstkinder als auch meh-

¹ Soweit im Folgenden bei der Bezeichnung von Personen lediglich die männliche Form gewählt wird, erfolgt dies allein aus Gründen des Leseflusses und schließt andere Geschlechter ausdrücklich ein.

² So jedenfalls *Kretschmer*, Jura 2009, 590 in Bezug auf Schlafende und Bewusstlose.

³ Siehe lediglich *Fahl*, Jura 1998, 456–462 und *Kretschmer*, Jura 2009, 590–592, die dieses Thema bezüglich Schlafender bzw. Schlafender und Bewusstloser in einem Aufsatz aufgreifen.

re Straftatbestände einander gegenübergestellt werden. Es wird insbesondere überprüft, inwieweit aus den naturwissenschaftlichen Erkenntnissen der Zustände Schlaf und Bewusstlosigkeit sowie der Entwicklung von Kleinstkindern relevante Erkenntnisse für die strafrechtliche Behandlung der Opfergruppen abgeleitet werden können.

Im Zusammenhang mit den genannten Personengruppen wird häufig auch der sogenannte Geisteskranke erwähnt.⁴ Dabei handelt es sich jedoch um eine unbestimmte Opfergruppe mit erheblichen definitorischen Schwierigkeiten.⁵ Aus diesem Grund wird der Geisteskranke nicht *expressis verbis* als eigenständige Personengruppe in die Untersuchung einbezogen. Die gewonnenen Erkenntnisse bezüglich strafbarer Handlungen gegenüber Schlafenden, Bewusstlosen und Kleinstkindern können jedoch Rückschlüsse für die Behandlung von Geisteskranken liefern. Daher werden die Voraussetzungen, unter denen diese Personen taugliche Tatopfer der zu prüfenden Delikte sein können, am Ende ebenfalls festgestellt.

Es werden die Normen des Strafgesetzbuches untersucht und miteinander verglichen, bei denen sich besondere Probleme im Tatbestand durch die genannten Tatopfer ergeben. Das sind der Diebstahl gem. § 242 I StGB, der Raub gem. § 249 I StGB, die Freiheitsberaubung gem. § 239 I StGB sowie der heimtückische Mord gem. § 211 II Var. 5 StGB.

Darüber hinaus werden Vergleiche zu weiteren Normen gezogen. Als solche ist insbesondere die Nötigung gem. § 240 I StGB zu nennen, da sie sowohl Ähnlichkeiten zur Freiheitsberaubung als auch zum Raub aufweist. Zusätzlich wird überprüft, ob für etwaige notwendige Reformen der Delikte an die Regelungen der Sexualdelikte gem. §§ 176 ff. StGB angeknüpft werden kann. Dort sind Schlafende, Bewusstlose und Kleinstkinder durch mehrere Reformen⁶ mittlerweile umfassend geschützt. Die §§ 176–176e StGB regeln ausdrücklich den sexuellen Missbrauch von Kindern. Ferner tragen § 177 II Nr. 1 StGB, § 177 IV StGB und § 177 V Nr. 3 StGB zum Schutz von Schlafenden und Bewusstlosen bei sexuellen Übergriffen bei.⁷ Unter Umständen können Teile dieser Regelungen bei möglichen Reformüberlegungen der zu untersuchenden Delikte aufgegriffen werden.

⁴ Vgl. zur Heimtücke: *Rissing-van Saan/Zimmermann*, LK § 211 Rn. 95; zum Diebstahl: *Vogel/Brodowski*, LK § 242 Rn. 58; zur Freiheitsberaubung: *Schluckebier*, LK § 239 Rn. 4.

⁵ Siehe Begriffsbestimmungen Kapitel I B.

⁶ Vgl. „Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“ vom 4.11.2016, BGBl. I S. 2460; „Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder“ vom 16.6.2021, BGBl. I S. 1810 f.; „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes gegen sogenannte Feindeslisten, Strafbarkeit der Verbreitung und des Besitzes von Anleitungen zu sexuellem Missbrauch von Kindern und Verbesserung der Bekämpfung verhetzender Inhalte sowie Bekämpfung von Propagandamitteln und Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen“ vom 21.9.2021, BGBl. I S. 4250 f.

⁷ Vgl. *Eisele*, Sch/Sch § 177 Rn. 28; *Renzikowski*, MüKo § 177 Rn. 144.

Auffällig ist, dass nach dem aktuellen Forschungsstand die Personengruppen in den einzelnen Straftatbeständen zum Teil unterschiedlich behandelt werden und auch die Strafbarkeit je nach Tatbestand variiert. Durch die Heranziehung der naturwissenschaftlichen Erkenntnisse bezüglich der Zustände Schlaf und Bewusstlosigkeit sowie der Entwicklung von Kleinstkindern erfolgt eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Besonderheiten der Opfergruppen. Aufbauend auf diesen Erkenntnissen kann untersucht werden, ob berechtigte Gründe für eine unterschiedliche rechtliche Behandlung bestehen oder eine Gleichbehandlung der Personengruppen vorzugswürdig ist. Durch den Vergleich der verschiedenen Delikte und Opfergruppen sollen Unstimmigkeiten im aktuellen Forschungsstand aufgezeigt und anschließend Lösungsmöglichkeiten dargelegt werden. Auf Grundlage dessen kann schlussendlich die Frage, ob Schlafende, Bewusstlose und Kleinstkinder taugliche Tatopfer der untersuchten Delikte sein können, sachgerecht beantwortet werden.

B. Begriffsbestimmungen

Die Personengruppen der Schlafenden, Bewusstlosen und Kleinstkinder werden im Folgenden definiert. Des Weiteren werden die Schwierigkeiten bei der Definition von Geisteskranken erläutert.

Eine schlafende Person ist ein Mensch, der sich im Zustand des Schlafs befindet. Schlaf stellt einen aktiven, durch äußere Ruhe charakterisierten Verhaltenszustand *sui generis* dar, der sich durch bestimmte Kriterien von der Wachheit unterscheidet.⁸ Die genaue Abgrenzung von Schlaf und Wachheit sowie die Einordnung des Einschlafens und Aufwachens werden im 3. Kapitel analysiert.

Eine Person ist bewusstlos, wenn sie vollständig das Bewusstsein verliert, unabhängig davon, wie lange die Bewusstlosigkeit andauert. Dies kann von wenigen Minuten (passagerer Bewusstseinsverlust) bis zu mehreren Stunden, Tagen oder Wochen (Koma) andauern.⁹ Von der Bewusstlosigkeit sind andere Bewusstseinsminderungen abzugrenzen, die nicht zu einem vollständigen Bewusstseinsverlust, sondern lediglich zu einer Bewusstseinsstrübung führen.¹⁰

Die Personengruppe der Kleinstkinder umfasst Kinder in den ersten drei Lebensjahren, also von der Geburt bis zum dritten Geburtstag. Damit werden die Altersgruppen der Säuglinge (erstes Lebensjahr) und der Kleinkinder (zweites und drittes Lebensjahr) zusammengefasst.¹¹

⁸ *Pollmächer/Lauer*, Physiologie von Schlaf und Schlafregulation S. 1.

⁹ *Nemeth*, *Med Wochenschr* 2018, 1564 f.

¹⁰ *Hansen*, *Bewusstseinsstörungen* S. 6.

¹¹ *Elm/Fitzon/Liess/Linden*, *Alterstopoi* S. 108.