

Übungsfall: „Eheglück und seine Folgen“

Von Wiss. Mitarbeiter RA **Guido Philipp Ernst**, Tübingen*

Dieser der Vorbereitung auf die Klausur in der Übung für Anfänger dienende Fall befasst sich mit nicht nur in diesem Ausbildungsabschnitt prüfungsrelevanten Problemen überwiegend aus den Bereichen Rechtfertigung sowie Täterschaft und Teilnahme. Die beiden Schwerpunkte (fehlendes subjektives Rechtfertigungselement, „eingebildete Tatherrschaft“) verdienen eine vertiefte Behandlung.

Sachverhalt

Die Ehe von F und M ist zerrüttet. F glaubt, M habe ein Verhältnis mit Nachbarin G. Daher möchte sie sich ihres Ehemanns M entledigen. Sie geht davon aus, M sei wie jeden Freitag Fußballschauen. Sie erwartet ihn nach Spielende hinter der Schlafzimmertüre mit dem Nudelholz in der Hand. Als sich plötzlich die Türe öffnet und ein Mann den sehr kleinen Raum betritt, schlägt F mit Tötungsvorsatz zu. Erst nach dem Anschalten des Lichts bemerkt F, dass es sich bei ihrem Opfer nicht wie erwartet um M, sondern um T handelt. T hatte beabsichtigt, F mit seiner gezückten Pistole zu erschießen, was ihm auch geglückt wäre, hätte die zierliche F nicht zugeschlagen. Aufgrund einer durch den Schlag verursachten Gehirnblutung ist T sofort tot. M ist in Wahrheit ausgezogen und hat F endgültig verlassen. Als F dies realisiert, konzentriert sich ihr Hass auf G.

Wie F weiß, sammelt G immer bei Vollmond auf einer abgeschiedenen Lichtung in der Nähe eines Hochsitzes Fliegenpilze, die sie als Rauschmittel nutzt. Fs neuer Bekannter, B, hat ihr gegenüber mehrfach erwähnt, wie gerne er einmal auf die Jagd gehen würde. Daher bietet sie ihm an, ihn mit zum Jagen zu nehmen. B ist begeistert. Beim nächsten Vollmond begeben sich F und B auf den besagten Hochsitz, ein Gewehr im Anschlag und warten auf Wild. Nach einer gewissen Zeit erkennt F durch ihren Feldstecher G, die am Waldrand gebückt gehend nach Fliegenpilzen sucht. In der Annahme, B würde ohne Fernglas, aufgrund des aufkommenden Nebels und der gebückten Haltung Gs diese als Wildschwein identifizieren und erschießen, sagt sie: „Schau, dort! Es bewegt sich was. Ein Wildschwein! Schnell!“ B schießt und trifft. G sinkt tot darnieder. Dabei hatte B die wahre Sachlage sehr wohl erkannt, fand es aber reizvoller, einen Menschen anstelle eines Tieres zu erschießen.

In einem Gutachten ist die Strafbarkeit von F und B nach dem Strafgesetzbuch zu erörtern. Nicht zu prüfen sind §§ 211, 292 Strafgesetzbuch.

Lösungsvorschlag

A. Tatkomplex 1: „Zweckentfremdung eines Nudelholzes“

I. Strafbarkeit Fs gem. § 212 Abs. 1 StGB

F kann sich wegen¹ Totschlag strafbar gemacht haben, indem sie T mit dem Nudelholz auf den Kopf schlug.

* Der Verf. ist als Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht (Prof. Dr. H.-L. Günther),

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Fs Tathandlung (Schlag) kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass der konkrete tatbestandliche Erfolg (Tod Ts) entfällt,² weshalb sie kausal für den Erfolg war. Weiterhin hat sie eine rechtlich missbilligte Gefahr des Erfolgseintrittes geschaffen, die sich im konkreten tatbestandlichen Erfolg niederschlug.³ Die objektive Zurechenbarkeit ist zu bejahen. Der objektive Tatbestand liegt vor.

b) Subjektiver Tatbestand

F handelte mit Tötungsvorsatz. Einzig fraglich ist, ob sie Vorsatz bezüglich Tötung Ts hatte. Ursprünglich wollte sie nicht T, sondern M töten, was ihr aber wegen der Verwechslung misslang. Wenn der Täter sein Tatobjekt verwechselt und aufgrund dessen an einem anderen als dem ursprünglich ins Auge gefassten Objekt den Taterfolg herbeiführt, wird von *error in persona vel obiecto* (= Irrtum über die Identität des Handlungsobjektes; „Objektsverwechslung“) gesprochen.⁴ Der Erfolg tritt an dem Objekt ein, an dem er nach der Tätervorstellung auch eintreten soll. Der Täter irrt einzig über die Identität seines Opfers. Angriffs- und Verletzungsobjekt sind also identisch.

Entscheidend für die Frage der rechtlichen Behandlung dieser Situation ist, ob nach Tätervorstellung zwischen wirklichem und vorgestelltem Tatobjekt tatbestandliche Gleichwertigkeit gegeben ist.⁵ Ist dies (wie vorliegend) der Fall,⁶ stellt die Objektsverwechslung den Tatbestandsvorsatz nicht in Frage.⁷ Denn der Täter traf das Objekt, das er bei Bege-

Eberhard Karls Universität Tübingen und als Rechtsanwalt tätig.

¹ Anm.: Immer wieder ist in Obersätzen ein Grammatikfehler anzutreffen, wenn es dort bspw. heißt: „F kann sich des versuchten Totschlags strafbar gemacht haben“. Ein Täter macht sich aber *wegen* einer Tat (z.B. wegen Totschlags) strafbar bzw. ist einer Tat (z.B. eines Totschlags) schuldig. Umgekehrt ist es grammatikalisch falsch, vgl. hierzu auch *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2010, § 11 Rn. 4.

² Zur Äquivalenztheorie vgl. *Zieschang*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, S. 28; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 156.

³ Zur sog. Grundformel vgl. *Wessels/Beulke* (Fn. 2), Rn. 179; *Krey*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 2008, Rn. 287.

⁴ Vgl. *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 30.

⁵ *Warda*, in: Schwind u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985, S. 159 (S. 162, S. 165).

⁶ Bei fehlender Gleichwertigkeit ist § 16 Abs. 1 S. 1 und ggf. S. 2 StGB anzuwenden, vgl. *Bergmann*, ZJS 2009, 412 (413); *Exner*, ZJS 2009, 516 (520) mit Beispielen.

⁷ Dieses Ergebnis kann (heute) als allgemeine Meinung bezeichnet werden, vgl. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil,

hung der Tat (vgl. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB) hat treffen wollen, er hatte Vorsatz bezüglich genau dieses Objekts, das er vor Augen hatte,⁸ die Tätersvorstellung individualisierte sich auf ein bestimmtes Handlungsobjekt, was die Vorsatzzurechnung begründet.⁹

F hatte also Vorsatz auf Tötung des T.

2. Rechtswidrigkeit

Fs Handeln kann durch Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt sein.

a) Notwehrlage

Erforderlich ist ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff auf ein notwehrfähiges Rechtsgut. Ein Angriff ist jede Bedrohung rechtlich geschützter Güter durch menschliches Verhalten.¹⁰ Eine Bedrohung des unproblematisch notwehrfähiges Rechtsguts Leben Fs lag vor, da T beabsichtigte, F umzubringen. Auch war der Angriff rechtswidrig, weil er objektiv die Rechtsordnung verletzte und nicht durch einen Rechtfertigungsgrund erlaubt war.¹¹ Fraglich ist nur, ob dieser Angriff bereits gegenwärtig war. Ein Angriff ist (jedenfalls) von seinem Beginn bis zu seiner Beendigung gegenwärtig.¹² T hatte das Schlafzimmer betreten. Ob damit bereits der Angriff auf Fs Leben begonnen hatte, ist fraglich. Unterschiedlich bewertet wird, wann ein Angriff beginnt: Die sog. strenge Versuchslösung bejaht dies erst, wenn der Angreifer zu seiner Angriffshandlung unmittelbar ansetzt,¹³ und bestimmt dies analog § 22 StGB.¹⁴ Der Angreifer muss sich in einem Stadium befinden, „von dem aus die eigentliche Angriffshandlung im nächsten Schritt, d.h. ohne dass weitere Zwischenschritte

zurückgelegt werden müssten, ausgeführt werden kann“.¹⁵ Eine konkret gefährliche Zwangslage für den Angegriffenen muss heraufbeschworen sein.¹⁶ So liegt es hier. T hat das (sehr kleine) Zimmer, in dem sich F befand, mit gezückter Pistole betreten, um sie zu töten. Dies ist ein Stadium, von dem aus ohne weitere Zwischenschritte der Angriff hätte ausgeführt werden können, weshalb ein gegenwärtiger Angriff vorlag. Eine extensivere Ansicht, die sog. erweiterte Versuchslösung, erfasst schon „das schmale Endstadium der Vorbereitung [...], das dem Versuchsstadium unmittelbar vorgelagert ist“ (versuchsnaher Vorbereitung).¹⁷ Auch hier war der Angriff gegenwärtig.

Eine Notwehrlage ist gegeben.¹⁸

Anm.: Auch lag ein Angriff Ts auf das Hausrecht¹⁹ vor. Dieser Angriff fand gerade statt (T befand sich in der Wohnung), war daher unproblematisch gegenwärtig sowie rechtswidrig. Jedoch wird eine Rechtfertigung der Tötung Ts zur Verteidigung des Hausrechts auf der Ebene der Gebotenheit scheitern: Es liegt ein krasses Missverhältnis zwischen Angriffs- und Verteidigungshandlung bzw. geschütztem und betroffenem Rechtsgut²⁰ vor. Wenn eine lediglich geringfügige, kurzfristige oder reversible Verletzung des Rechtsgutes droht, scheidet jedenfalls eine für den Angreifer lebensgefährliche Verteidigung aus.²¹

b) Notwehrhandlung

Der Schlag auf den Kopf des Angreifers T stellt die Notwehrhandlung dar.

c) Grenzen der Notwehr

Die Notwehrhandlung muss (objektiv) erforderlich und (normativ) geboten sein. Die Erforderlichkeit verlangt, dass die Verteidigung zur Abwehr des Angriffs geeignet war so-

Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 119; *Gropp/Küpper/Mitsch*, Fallsammlung zum Strafrecht, 2003, S. 86; einzig die Begründung differiert („rechtlich vollkommen irrelevante[r] [...] Motivirrtum“, *Exner*, ZJS 2009, 516 [520]; auch *Gepert*, Jura 1997, 358 [363]), ausführlich *Bemmann*, MDR 1958, 817; *Koriath*, JuS 1998, 215 (217 ff.). Zur a.A., die „nur noch von historischem Interesse“ ist *Hillenkamp* (Fn. 4), S. 31 ff.; *Bergmann*, ZJS 2009, 412 (413).

⁸ Vgl. *Hillenkamp* (Fn. 4), S. 35 f.; *Bemmann*, MDR 1958, 817 (819).

⁹ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 194; vgl. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 13 Rn. 22.

¹⁰ *Rönnau/Hohn*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2009, § 32 Rn. 77; *Wessels/Beulke* (Fn. 2), Rn. 325; *Stemler*, ZJS 2010, 347.

¹¹ Hierzu *Krey* (Fn. 3), Rn. 433.

¹² *Günther*, in: *Rudolphi/Horn/Samson* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 31. Lfg., Stand: September 1999, § 32 Rn. 65.

¹³ *Günther* (Fn. 12), § 32 Rn. 67 f. und 70 f.; BGH StV 1995, 464.

¹⁴ *Günther* (Fn. 12), § 32 Rn. 69 ff.; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 32 Rn. 4; *Kühl* (Fn. 9), § 7 Rn. 40; *Kühl*, Jura 1993, 57 (61) je m.w.N.

¹⁵ *Kühl*, Jura 1993, 57 (61); *ders.* (Fn. 9), § 7 Rn. 40.

¹⁶ *Günther* (Fn. 12), § 32 Rn. 71.

¹⁷ So *Roxin* (Fn. 9), § 25 Rn. 24; i.E. auch *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 32 Rn. 13; *Rönnau/Hohn* (Fn. 10), § 32 Rn. 146.

¹⁸ *Anm.:* Einzig entscheidend ist die objektive Sachlage, also das tatsächliche Vorliegen eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs (*Günther* [Fn. 12], § 32 Rn. 22; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 32 Rn. 27). Ob F sich auch in Kenntnis der objektiv gegebenen Umstände gegen den Angriff verteidigen will, spielt daher auf dieser Prüfungsebene keine Rolle.

¹⁹ Zur Notwehrfähigkeit des Hausrechts *Günther* (Fn. 12), § 32 Rn. 47.

²⁰ Zu dieser Fallgruppe vertiefend *Kühl*, Jura 1990, 244 (249 ff.); *Stemler*, ZJS 2010, 347 (354 f.).

²¹ *Günther* (Fn. 12), § 32 Rn. 110; gegen eine Notwehrbeschränkung aufgrund des Missverhältnisses zwischen den kollidierenden Gütern *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 36.

wie unter mehreren geeigneten Maßnahmen das mildeste Mittel darstellte.²² Die Geeignetheit ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Verteidigungshandlung dazu in der Lage ist, den Angriff ganz zu beenden,²³ was vorliegend der Fall ist. Weiterhin ist die Handlung erforderlich, die (unter mehreren erreichbaren Mitteln) das mildeste (schonendste) Mittel ist, den Angriff sofort und ohne Risiko für den Angegriffenen endgültig abzuwehren („Prinzip des mildesten Mittels“). Welche Verteidigung konkret erforderlich ist, hängt hauptsächlich von Art und Maß des Angriffs ab.²⁴ Da der Schlag das einzige F zur Verfügung stehende Mittel war (der Sachverhalt gibt vor, der bewaffnete T hätte die zierliche F umgebracht, hätte sie nicht zugeschlagen), ist dieses „Prinzip“ gewahrt.

Die Notwehrhandlung war mithin erforderlich.²⁵ Ferner war sie geboten.

d) Subjektives Rechtfertigungselement

F handelte weder in Kenntnis der objektiven Umstände noch war sie durch sie motiviert. Sie erwartete M, um ihn zu töten.

aa) Fraglich ist, ob ein subjektives Rechtfertigungselement überhaupt notwendig ist. Dies wird teilweise verneint; das objektive Vorliegen der Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes sei für eine Rechtfertigung ausreichend.²⁶ Anderer Auffassung nach ist dieses Element jedoch notwendig (sog. Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen).²⁷ Die zuerst genannte Ansicht führt an, nicht die bloße „böse Gesinnung“ dürfe bestraft werden. Jedoch besteht das Unrecht aus zwei Elementen, dem Erfolgswert und dem Handlungswert.²⁸ Das nur objektive Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes (hier der Notwehr) kann lediglich den Erfolgswert der Tat, nicht aber den Handlungswert beseitigen.²⁹ Um diesen und damit das Unrecht insgesamt zu beseitigen, bedarf es des subjektiven Elements,³⁰ wovon auch das Gesetz auszugehen scheint, wenn es in § 32 Abs. 2 StGB

die Formulierung „um...abzuwenden“ verwendet.³¹ Jedenfalls ergibt es sich aus dem Rechtsbewährungsgedanken des Notwehrrechts.³² Ein Handeln in Notwehr ist gerechtfertigt, weil der Angegriffene seine eigenen Rechtsgüter sowie die Rechtsordnung an sich verteidigt. Es kann nur derjenige etwas verteidigen, der von einer drohenden Verletzung weiß.³³ Daher ist die zuerst genannte Ansicht abzulehnen und mit der letztgenannten ein subjektives Rechtfertigungselement zu verlangen.

bb) Zwischenergebnis: Zwar liegen die objektiven Notwehrvoraussetzungen vor, doch fehlt das subjektive Element. Offen bleiben kann daher, aus welchen Bestandteilen sich dieses zusammensetzen hat.³⁴ Fs Handeln ist nicht nach § 32 StGB gerechtfertigt, es war rechtswidrig.

cc) Die sich für den Handelnden ergebenden Folgen des Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselements werden unterschiedlich bewertet: Es wird wegen vollendeter Tat bestraft (sog. Vollendungslösung)³⁵ oder die Versuchsregeln werden analog angewendet (sog. Versuchslösung).³⁶ Vertreter der Vollendungslösung behaupten, nur das Vorliegen der objektiven und subjektiven Rechtfertigungselemente führe zu einem Unrechtsausschluss. Die Einstellung des ohne subjektiven Elements Handelnden zur Rechtsordnung sei vergleichbar mit der Situation, in der eine Notwehrlage objektiv nicht vorliegt. Dass er aus Zufall das (objektiv) Richtige tat, könne ihm nicht zu Gute kommen. Diese Umstände hätten seine Motivation nicht bestimmt.³⁷ Dies lässt außer Acht, dass sich der Unwertgehalt der Tat dieses Täters auf den Handlungswert (die „kriminelle Energie“/den „bösen Willen“) beschränkt. Die objektiv gegebene rechtfertigende Lage kompensiert den mit der Tatbestandsverwirklichung verknüpften Erfolgswert.³⁸ Dies entspricht der Situation eines (untauglichen) Versuchs.³⁹ Es sind die Versuchsregeln analog anzuwenden.

3. Schuld

F handelte schuldhaft.

²² Günther (Fn. 12), § 32 Rn. 88.

²³ Vgl. Rönnau/Hohn (Fn. 10), § 32 Rn. 167.

²⁴ BGH NStZ 1997, 96.

²⁵ Anm.: Auch die Bestimmung der Erforderlichkeit erfolgt objektiv ex ante auf Basis des tatsächlichen Sachverhalts (Günther [Fn. 12], § 32 Rn. 90; Wessels/Beulke [Fn. 2], Rn. 337), weshalb wiederum nicht auf Fs subjektive Sichtweise abzustellen ist.

²⁶ Spindel, JR 1991, 250 m.N.

²⁷ BGHSt 2, 111 (114) m.w.N.; Günther (Fn. 12), § 32 Rn. 131, Vor § 32 Rn. 87; Krey (Fn. 3), Rn. 407; Kühl, Jura 1993, 233; Herzog, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 32 Rn. 127; Zieschang (Fn. 2), S. 61; Rönnau/Hohn (Fn. 10), § 32 Rn. 262; Rönnau, JuS 2009, 594 f.

²⁸ Dazu Kühl (Fn. 9), § 3 Rn. 3 f.

²⁹ Kühl (Fn. 9), § 6 Rn. 12; Kühl, Jura 1993, 233; Rönnau/Hohn (Fn. 10), § 32 Rn. 262; Krey (Fn. 3), Rn. 412 m.w.N.

³⁰ Vgl. Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 276; Kühl, Jura 1993, 233.

³¹ Vgl. Krey (Fn. 3), Rn. 413 m.w.N.; krit. Kühl, Jura 1993, 233.

³² Herzog (Fn. 27), § 32 Rn. 127.

³³ Heinrich, Jura 1997, 366 (374).

³⁴ Dazu Erb, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 32 Rn. 213 ff.; Rönnau, JuS 2009, 594 (595 f.).

³⁵ Zieschang (Fn. 2), S. 62; Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, Rn. 392.

³⁶ Günther (Fn. 12), Vor § 32 Rn. 91 m.w.N.; Kühl (Fn. 9), § 6 Rn. 16; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl. 2010, § 32 Rn. 27; Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 279; Seier, JuS 1978, 692 (695); Rönnau/Hohn (Fn. 10), § 32 Rn. 269 und Rönnau, JuS 2009, 594 (596): direkte Anwendung der Versuchsregeln.

³⁷ Heinrich (Fn. 35), Rn. 392; Heinrich, Jura 1997, 366 (374).

³⁸ Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 279; vgl. Seier, JuS 1978, 692 (695); Herzog (Fn. 27), § 32 Rn. 130.

³⁹ Günther (Fn. 12), Vor § 32 Rn. 91; Rönnau/Hohn (Fn. 10), § 32 Rn. 262, 268; Seier, JuS 1978, 692 (695).

4. Ergebnis

F ist strafbar gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB.

Hinweis zum Aufbau: Aufbauprobleme stellen sich denjenigen nicht, die die Vollendungslösung bevorzugen. Danach hat sich F wegen vollendeten Totschlags strafbar gemacht. Wird (wie hier) der Versuchslösung gefolgt, wird vorgeschlagen, i.R.d. Prüfung des vollendeten Delikts auf Rechtfertigungsebene zunächst darzulegen, dass die Versuchsregeln anzuwenden sind.⁴⁰ Danach kann auf dieser Ebene die Vollendungsstrafbarkeit abgelehnt und unter einer neuen Überschrift das versuchte Delikt geprüft werden.⁴¹ Dabei ist die Feststellung, der Taterfolg sei ausgeblieben, durch den Verweis auf das fehlende Erfolgssunrecht zu ersetzen, Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit sind nur ganz knapp anzuprüfen, weil die einschlägigen Erwägungen schon bei der Frage nach der Strafbarkeit wegen vollendetem Delikt angestellt wurden.⁴² Alternativ kann dieser „Umweg“ gespart⁴³ und wie hier weitergeprüft werden –zumal dann, wenn (wie vorliegend) ein Mehrerfolg in einer Versuchsprüfung nicht erblickt werden kann.

B. Tatkomplex 2: „Sauenjagt“**I. Strafbarkeit Bs gem. § 212 Abs. 1 StGB**

B hat G durch den Schuss kausal und objektiv zurechenbar getötet, wobei er vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft handelte. Er ist nach § 212 Abs. 1 StGB strafbar.

II. Strafbarkeit Fs gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

Durch ihren Ausruf „Schau, dort! Es bewegt sich was. Ein Wildschwein! Schnell!“ kann F G in mittelbarer Täterschaft getötet haben. Die Tötung Gs durch B kann ihr zuzurechnen sein.

1. Objektiver Tatbestand

Es ist bereits problematisch, ob der objektive Tatbestand des § 212 Abs. 1 StGB zu bejahen ist. Denn dieser ist nicht durch F selbst i.S.v. § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB verwirklicht worden, sondern durch B. Eine Zurechnung der fremden Handlung Bs an F könnte gem. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB erfolgen. Mittelbare Täterschaft erfordert, dass der Hintermann den unmittelbaren Handelnden als „menschliches Werkzeug“ benutzt. Dies setzt (grundsätzlich) einen „Defekt“ (ein „Minus“) beim Tatmittler und überlegenes Wissen oder Wollen des Hintermanns voraus.⁴⁴

⁴⁰ Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 280; vgl. auch Seier, JuS 1978, 692 (694 f.).

⁴¹ Heinrich (Fn. 35), Rn. 392 a.E.

⁴² Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 280.

⁴³ Heinrich (Fn. 35), Rn. 392 a.E.; auch Kühl (Fn. 9), § 6 Rn. 16 hält eine „förmliche Versuchsprüfung“ für verzichtbar; vgl. ferner Seier, JuS 1978, 692 (694 f.).

⁴⁴ Zieschang (Fn. 2), S. 167.

F stellte sich vor, B würde ohne Fernglas aufgrund des aufkommenden Nebels und der gebückten Haltung Gs diese als Wildschwein identifizieren und erschießen. Dementsprechend machte sie ihn mit ihrem Ausruf auf G aufmerksam. Würde diese Vorstellung zutreffen, befände sich B in einem Tatbestands-/Tatumstandsirrtum: Hätte B bei Begehung der Tat, dem tödlichen Schuss auf einen Menschen, gedacht, auf ein Tier zu schießen, wäre Unkenntnis bezüglich eines Teils der objektiv gegebenen Tatumstände vorgelegen (auch sog. „negativer“ Irrtum⁴⁵). Nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB hätte B ohne Vorsatz gehandelt. Es läge mithin ein Defizit auf Tatbestandsebene vor. Diesen Irrtum dachte F hervorgerufen zu haben. Wäre dies zutreffend, käme ihr sog. Irrtumsherrschaft kraft überlegenen Wissens zu, welche als anerkannter Fall mittelbarer Täterschaft⁴⁶ gelten kann. Die Voraussetzungen für mittelbare Täterschaft wären gegeben. Allerdings hatte B bei Begehung der Tat die wahre Sachlage erkannt, unterlag keinem vorsatzausschließenden Irrtum, sondern handelte mit Tötungsvorsatz. Es fehlt also ein „Defizit“ bei ihm und F hatte keine überlegene Stellung. F stellte sich mithin nur subjektiv Tatherrschaft kraft Irrtumsherrschaft vor, besaß diese objektiv aber nicht. Dies entspricht der Situation sog. eingebildeter Tatherrschaft.⁴⁷ Problematisch ist, ob diese geeignet ist, F zur mittelbaren Täterin zu machen.

Nach der sog. Tatherrschaftslehre ist das Leitprinzip der Abgrenzung die Tatherrschaft, „das vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs“.⁴⁸ Teilnehmer ist, wer nur als Randfigur des Geschehens dieses veranlasst oder sonst fördert.⁴⁹ Demgegenüber ist Täter derjenige, der das Geschehen als „Zentralgestalt“ planvoll lenkt sowie (mit-)gestaltet und die Tatbestandsverwirklichung nach seinem Willen hemmen und ablaufen lassen kann.⁵⁰ Für Täterschaft ist notwendig, dass der Betreffende objektiv die Tatherrschaft inne hat,⁵¹ ihm eine objektiv beherrschende Stellung zukommt.⁵² Dies trifft für F nicht zu. B durchschaute die Sachlage und schoss vorsätzlich auf einen Menschen. F beherrschte daher den Geschehensablauf nicht und lenkte diesen auch nicht planvoll. Sie war vielmehr die Randfigur des Geschehens. Eine tatsächlich fehlende, nur vorgestellte Tatherrschaft vermag für sich allein

⁴⁵ Vgl. dazu Kühl (Fn. 9), § 13 Rn. 7.

⁴⁶ Vgl. nur Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 78; Kühl (Fn. 9), § 20 Rn. 41 u. 48.

⁴⁷ Kühl (Fn. 9), § 20 Rn. 82; auch genannt „Irrtum über die Tatherrschaft“, Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, § 39 Rn. 56.

⁴⁸ Vgl. Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 512; Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 10 Rn. 34 je m.N.

⁴⁹ Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 513; Kindhäuser (Fn. 47), § 38 Rn. 44 je m.w.N.; Rengier (Fn. 1), § 41 Rn. 11.

⁵⁰ Kindhäuser (Fn. 47), § 38 Rn. 42; Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 513; Rengier (Fn. 1), § 41 Rn. 11.

⁵¹ Kindhäuser (Fn. 47), § 39 Rn. 58.

⁵² Kühl (Fn. 9), § 20 Rn. 83.

ne keine Täterschaft zu begründen.⁵³ In Wirklichkeit ist der die Tat ausführende B unmittelbarer Täter (i.S.v. § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB). F ist als Teilnehmerin zu qualifizieren.

Früher stellte die Rspr. auf die innere Willensrichtung der Beteiligten ab, bestrafte als Täter, wer mit Täterwille handelte, also die Tat „als eigene“ wollte und den mit Teilnehmerwillen Handelnden, der die Tat „als fremde“ wollte, als Teilnehmer.⁵⁴ Nunmehr verfolgt die neuere Rspr. einen beschränkt-subjektiven Ansatz und greift für die Beurteilung der Willensrichtung auch auf Maßstäbe der Tatherrschaftslehre zurück. I.R.e. Gesamtbetrachtung wird eine wertende Beurteilung aller Umstände, die von der Vorstellung des Beteiligten umfasst sind, vorgenommen.⁵⁵ Der Umfang der Tatbeteiligung, der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg sowie die Tatherrschaft oder der Wille zu dieser sind demnach wesentliche Anhaltspunkte im genannten Sinne.⁵⁶ Auch wenn die Rspr. gerade bei der Frage nach mittelbarer Täterschaft besonders deutlich Kriterien der Tatherrschaftslehre benutzt,⁵⁷ wird T hiernach als Täterin zu qualifizieren sein. Dafür streiten neben ihrem Täterwillen und ihrem ausgeprägten Interesse am Taterfolg ihre auch objektiv gegebene (weit verstandene) Tatbeteiligung sowie ihr Wille zu Tatherrschaft. Gegen diesen Ansatz spricht die Unberechenbarkeit der Ergebnisse, weil die (auch neuere) Rspr. die objektiven und subjektiven Kriterien in ihrer Gesamtwürdigung unterschiedlich gewichtet.⁵⁸ Von diesen Anhaltspunkten positiv zu bewerten und in die Richtung der (verobjektivierenden) Tatherrschaftslehre gehend sind zwar die des Umfangs der Tatbeteiligung sowie die Tatherrschaft, doch der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg hilft kaum weiter: Es gibt Tatbestände, die durch drittbegünstigendes Verhalten erfüllt werden können (z.B. §§ 263 Abs. 1, 242 Abs. 1 StGB)⁵⁹ und Teilnehmer, insbesondere Anstifter, haben oft ein sehr ausge-

prägtes Interesse am Erfolg der Tat.⁶⁰ Unter dieser Unkalkulierbarkeit der Ergebnisse leidet die Rechtssicherheit. Diese Auffassung ist mithin abzulehnen. F ist daher nicht (mittelbare) Täterin, sondern Teilnehmerin.

Der objektive Tatbestand ist also nicht gegeben.

2. Ergebnis

F ist nicht nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar.

III. Strafbarkeit Fs gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung kann F wegen Versuch mittelbartäterschaftlicher Beteiligung am Totschlag Gs⁶¹ strafbar sein.

Ein vollendeter Totschlag in mittelbarer Täterschaft liegt nicht vor. Denn der tatbestandliche Vollendungserfolg ist kein (mittelbar-)täterschaftlicher Erfolg des mittelbaren Täters, sondern ein Anstiftungserfolg. Die mittelbare Täterschaft bleibt im Stadium des Versuchs stecken.⁶² Der Versuch eines Totschlages ist, da es sich bei diesem Delikt um ein Verbrechen handelt (§§ 212 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB), gem. § 23 Abs. 1 StGB strafbar.

1. Tatentschluss

F stellte sich vor, B würde G in der Meinung, es handle sich bei seinem Ziel um ein Wildschwein, erschießen. F dachte also, B befände sich in einem Tatbestands-/Tatumstandsirrtum nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Sie ging mithin vom Vorliegen eines Defizits auf Tatbestandsebene bei B aus und dass ihr Irrtumsherrschaft kraft überlegenen Wissens zukommt. F hatte daher Tatentschluss auf Totschlag in mittelbarer Täterschaft.

2. Unmittelbares Ansetzen

F muss gem. § 22 StGB unmittelbar zur Tat angesetzt haben. Bei einer Begehung in mittelbarer Täterschaft ist umstritten, wann der Hintermann die Schwelle zum Versuch überschritten hat. Die einen betrachten das Verhalten von Tatmittler und Hintermann als Gesamttat, die erst durch das unmittelbare Ansetzen des Vordermanns in das Versuchsstadium gelange (sog. Gesamtlösung).⁶³ Andere sehen den Tatbeitrag des mittelbaren Täters in der Einwirkung auf den Vordermann,

⁵³ *Wessels/Beulke* (Fn. 2), Rn. 549; *Kretschmer*, Jura 2003, 535 (537).

⁵⁴ Exemplarisch RGSt 37, 55 (58); 66, 236 (240); 74, 84 (85); vgl. dazu *Wessels/Beulke* (Fn. 2), Rn. 515; zur Entwicklung *Schünemann* (Fn. 46), § 25 Rn. 17 ff.

⁵⁵ BGH StV 2009, 130; BGH NSTZ 2002, 200 (201).

⁵⁶ BGH StV 2009, 201 m.w.N.; vgl. BGH StV 2009, 130.

⁵⁷ Vgl. die Nachw. bei *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 34), § 25 Rn. 20.

⁵⁸ Vgl. dazu *Kühl* (Fn. 9), § 20 Rn. 35 und 32 ff.; *Lackner/Kühl* (Fn. 14), Vor § 25 Rn. 5 m.w.N.: „zahlreiche Untersuchungen haben ergeben, dass es in der Rspr. überwiegend Strafwürdigkeitserwägungen des Einzelfalls sind, die letztlich den Ausschlag geben.“; *Fischer* (Fn. 36), § 25 Rn. 2 a.E.: Der BGH folgt „überwiegend [den] Kriterien der Tatherrschaftslehre, ohne eine Orientierung am Täterwillen ausdrücklich aufzugeben“, was „recht weite Spielräume für die Berücksichtigung unterschiedlicher und im Einzelfall durchaus differenzierender Kriterien objektiver und subjektiver Natur“ lässt. Das führt „auch zu Unsicherheiten und Schwankungen“.

⁵⁹ Zu diesem Kritikpunkt auch *Tenckhoff*, JuS 1976, 526 (527).

⁶⁰ *Kühl* (Fn. 9), § 20 Rn. 32.

⁶¹ §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB zu prüfen ist die einzige (wenn auch nicht ideale) Möglichkeit, den Versuch mittelbartäterschaftlicher Beteiligung am Totschlag Gs auszudrücken. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, StGB würde etwas anderes, nämlich den Versuch des Totschlages in mittelbarer Täterschaft bezeichnen. Versuchte mittelbare Täterschaft stellt sich als versuchte Deliktsbegehung dar, §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB würde jedoch die Art der täterschaftlichen Begehung nicht deutlich machen. Zum Vorstehenden vgl. *Fahl*, JuS 1998, 24 (26).

⁶² Vgl. *Kretschmer*, Jura 2003, 535 (537).

⁶³ *Kühl* (Fn. 9), § 20 Rn. 91 m.w.N.

weshalb er die Schwelle zum Versuch überschreite, wenn er diese Einwirkung vornimmt oder vorzunehmen sucht (sog. Einzellösung).⁶⁴ Vermittelnd wird dann ein Versuch des Hintermanns bejaht, wenn er das von ihm in Gang gesetzte Geschehen aus der Hand gegeben hat, so dass nach seiner Vorstellung von der Tat der hieraus resultierende Rechtsgutsangriff auf das Opfer ohne weitere wesentliche Zwischenschritte und ohne längere Unterbrechung in die Verwirklichung des Tatbestandes einmündet.⁶⁵ Da Einigkeit darin besteht, dass für den Hintermann das Versuchsstadium jedenfalls dann erreicht ist, wenn der Vordermann seinerseits unmittelbar zur Tat ansetzt,⁶⁶ kann dieser Meinungsstreit dahin stehen bleiben: B überschritt seinerseits das Stadium des Versuchs. Unmittelbares Ansetzen ist auch für F zu bejahen.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.

4. Ergebnis

F ist strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB.⁶⁷

IV. Strafbarkeit Fs gem. §§ 212 Abs. 1, 26 StGB

Durch dieselbe Handlung kann F B zum Totschlag angestiftet haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand ist gegeben: Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat eines anderen liegt in Form des von B verübten Totschlags vor. Objektiv war F Teilnehmerin (s. o.). Weiterhin hat F B zur Tat bestimmt i.S.v. § 26 StGB, also den Entschluss zur konkreten rechtswidrigen Tat (Tötung Gs) hervorgerufen. Der Ausruf Fs ist sowohl eine Verursachung des Tatentschlusses durch beliebige Mittel⁶⁸ als auch eine Willensbeeinflussung im Wege des geistigen Kontaktes.⁶⁹ Zwar ließ sich B durch F nicht täuschen, doch weckte sie den Tatentschluss bei ihm.

⁶⁴ Weber, in: Baumann/Weber/Mitsch (Fn. 21), § 29 Rn. 155.

⁶⁵ Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 613; vgl. Kindhäuser (Fn. 47), § 39 Rn. 50 m.w.N.; Kretschmer, Jura 2003, 535 (537).

⁶⁶ Vgl. Kindhäuser (Fn. 47), § 39 Rn. 53; Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 613.

⁶⁷ Weil B infolge seiner Bösgläubigkeit als Werkzeug untauglich war, kann ein Versuch mit untauglichen Mitteln, der im Hinblick auf den nach außen in Erscheinung getretenen verbrecherischen Willen strafbar ist, angenommen werden, vgl. Tenckhoff, JuS 1976, 526 (528); Roxin (Fn. 7), § 25 Rn. 165.

⁶⁸ Dies als ausreichend betrachtend: Lackner/Kühl (Fn. 14), § 26 Rn. 2 m.w.N.

⁶⁹ Hinderer, JuS 2009, 625 (629); Kindhäuser (Fn. 47), § 41 Rn. 9 f.; Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 568.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) T hatte keinen „doppelten Anstiftervorsatz“. Zum einen handelte B nach Ts Vorstellung ohne Vorsatz. Daher ist Ts Vorsatz, einen anderen zu dessen *vorsätzlicher* rechtswidriger Haupttat zu bestimmen, zu verneinen. Zum anderen hatte T keinen Vorsatz bezüglich einer Anstifterhandlung: Ihr Vorsatz hinsichtlich des „Bestimmens“ fehlt, da hierunter die Hervorrufung eines Tatentschlusses zu verstehen ist, was vorsätzliches Handeln erfordert,⁷⁰ und F vom fehlenden Vorsatz Bs ausging.

bb) Allerdings hatte F den Willen, mittelbare Täterin zu sein.

Wohl herrschend wird derjenige, welcher subjektiv den Willen zur Täterschaft hat, objektiv aber Anstifter ist, als Anstifter bestraft.⁷¹ Der Anstiftervorsatz sei als Minus im Tätervorsatz enthalten⁷² bzw. sei er vom weiter gehenden, qualitativ schwerer wiegenden Tatherrschaftswillen umfasst.⁷³ Der Strafgrund der Teilnahme liege in der qualitativ reduzierten Beteiligung am Unrecht der Haupttat. Daher sei das „Unrechtsquantum“, das der (vermeintliche) mittelbare Täter tatsächlich verwirklicht, geringer als jenes, welches er sich vorstellt und in diesem enthalten.⁷⁴ Wer einen Tatbestand durch einen Vordermann begehen will, also selbst (mittelbarer) Täter der geplanten Tat sein möchte, werde nicht dadurch beschwert, dass ihm nur eine minder schwere Beteiligungsform (vollendete Anstiftung statt vollendeter mittelbarer Täterschaft) zur Last gelegt wird.⁷⁵ Weiterhin sei dieses Ergebnis praktisch sehr relevant, da der Versuch bei vielen Delikten nicht strafbar ist.⁷⁶

Diese Ansicht wird kritisiert: Täterschaft und Teilnahme unterschieden sich qualitativ. Mittelbare Täterschaft stehe in einem aluid-Verhältnis zur Anstiftung mit der Folge, dass der Vorsatz der mittelbaren Täterschaft einen anderen Gegenstand als derjenige der Anstiftung habe.⁷⁷ Nach § 26 StGB umfasse der Anstiftervorsatz den „objektiven“ Anstiftungstatbestand, also auch die vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

⁷⁰ Vgl. Tenckhoff, JuS 1976, 526 (528).

⁷¹ Vgl. Böse/Nehring, JA 2008, 110 (114); Fahl, JuS 1998, 24 (26); Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2010, Rn. 1265.

⁷² Schünemann (Fn. 46), § 25 Rn. 147; Kühl (Fn. 9), § 20 Rn. 87; Kindhäuser (Fn. 47), § 39 Rn. 62; Murmann, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 25 Rn. 29; vgl. Tenckhoff, JuS 1976, 526 (528); Böse/Nehring, JA 2008, 110 (114); Zieschang, JA 2008, 192 (198); Hörnle, Jura 2001, 44 (51).

⁷³ Buttler/Rotsch, JuS 1995, 1096 (1102); vgl. Roxin, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. (Stand 1.2.1992) § 25 Rn. 147; Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 549.

⁷⁴ Kindhäuser (Fn. 47), § 39 Rn. 62.

⁷⁵ Buttler/Rotsch, JuS 1995, 1096 (1102); Wessels/Beulke (Fn. 2), Rn. 549.

⁷⁶ Schünemann (Fn. 46), § 25 Rn. 147; Roxin (Fn. 7), § 25 Rn. 165 ff.; Roxin (Fn. 73), § 25 Rn. 147.

⁷⁷ In diese Richtung: Kretschmer, Jura 2003, 535 (537); Schapiro, JA 2005, 615 (621); Bock, JA 2007, 599 (600).

eines anderen. Demgegenüber umfasse der Vorsatz zur mittelbaren Täterschaft den „objektiven“ Tatbestand der mittelbaren Täterschaft, also die Tatbegehung durch einen (vorsatzlos handelnden) Tatmittler.⁷⁸ Es sei nur wegen versuchtem Delikt in mittelbarer Täterschaft zu bestrafen.⁷⁹ Dieses Ergebnis wird auch nur für den Fall, in dem der Hintermann (wie hier) ein *unvorsätzliches* Handeln des Vordermanns annimmt, befürwortet, weil eine Teilnahme am fehlenden Vorsatz in Bezug auf eine vorsätzliche Haupttat ausscheide.⁸⁰ Bei dieser Sichtweise wird der (vermeintliche) mittelbare Täter aber so behandelt, als ob er an der vollendeten Rechtsverletzung nicht mitgewirkt habe.⁸¹ Doch hat er das Ziel, den Tatmittler zur Tatbegehung zu veranlassen, erreicht, weswegen dem Unwertgehalt nach ein vollendetes (Anstiftungs-) Geschehen gegeben ist, welchem die Annahme eines Versuchs (in mittelbarer Täterschaft) nicht gerecht wird.⁸² Daher ist der wohl h.M. folgend Anstiftervorsatz zu bejahen, der subjektive Tatbestand und der Tatbestand insgesamt ist gegeben.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtswidrigkeit und Schuld liegen vor.

4. Ergebnis

F ist strafbar gem. §§ 212 Abs. 1, 26 StGB. Hierzu steht in Tateinheit (§ 52 Abs. 1 StGB) die Strafbarkeit gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB.⁸³

Endergebnis

F ist strafbar gem. §§ 212 Abs. 1, 26; 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1; 52 Abs. 1 – 53 Abs. 1 StGB – 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1.

B ist strafbar gem. § 212 Abs. 1 StGB.

⁷⁸ *Norouzi*, JuS 2007, 146 (152).

⁷⁹ *Gropp* (Fn. 48), § 10 Rn. 77; *Kudlich*, JuS 2003, 755 (758); *Kretschmer* (Fn. 53), S. 537; *Rengier* (Fn. 1), § 43 Rn. 81 f.; *Schapiro*, JA 2005, 615 (621); vgl. *Norouzi*, JuS 2007, 146 (152).

⁸⁰ *Ingelfinger*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2008, § 25 Rn. 34; *Joecks* (Fn. 57), § 25 Rn. 139.

⁸¹ *Wessels/Beulke* (Fn. 2), Rn. 549; vgl. auch *Kühl* (Fn. 9), § 20 Rn. 87.

⁸² *Kühl* (Fn. 9), § 20 Rn. 87.

⁸³ Denn das täterschaftliche Handlungsunrecht bliebe sonst unberücksichtigt, vgl. *Murmann* (Fn. 72), § 25 Rn. 29 und *Murmann*, JA 2008, 321 (326, Fn. 85); a.A. *Heinrich* (Fn. 71), Rn. 1265.