

Anfängerklausur: Das falsche Holster

Dr. Martin Heuser, Regensburg/Konstanz*

Die auf zwei Zeitstunden ausgelegte Klausur wurde im Sommersemester 2024 an der Universität Konstanz als Zwischenprüfungsklausur zum Abschluss der fünfstündigen Vorlesung „Strafrecht Allgemeiner Teil“ gestellt. Im Schnitt wurden 5,46 Punkte erreicht; 38 % der Bearbeitungen lagen leider unterhalb der Bestehensgrenze. Die Anfängerklausur mittleren Schwierigkeitsgrades behandelt schwerpunktmäßig Fragen der Notwehr (Scheinangriff), des Erlaubnistatbestandsirrtums (Putativnotwehr) sowie der Teilnahme (psychische Beihilfe). Der Lösungsvorschlag spiegelt in seiner Ausführlichkeit und Begründungstiefe nicht den Erwartungshorizont an die studentische Klausurbearbeitung. Er verfolgt insofern vielmehr zusätzliche didaktische Zwecke und reflektiert insbesondere das Sachproblem des Erlaubnistatbestandsirrtums nochmals neu.

Sachverhalt

Per Funk erhielt der Security-Mitarbeiter T, der für die Sicherheit eines Freizeitgeländes zuständig war, einen Einsatz zugeteilt. Am Ort des Geschehens angekommen, rief ihm der Zeuge Z, der mit der Hand auf eine sich entfernende Person O deutete, zu: „Vorsicht, der hat eine Waffe!“ Vorausgegangen war eine Auseinandersetzung zwischen O und Z, in deren Verlauf O sich mit seiner rechten Hand auf Höhe des Hosengürtels hinter seinen Rücken an ein Holster gefasst und drohend gesagt hatte: „Ich knall Dich ab!“

Als sich T nach kurzer Verfolgung der sich entfernenden Person annäherte, erkannte er bei einem ersten Blick auf den vor ihm gehenden O ein schwarzes Holster, das O im Bereich der rechten Hüfte unter seinem darüber fallenden Hemd an seinem braunen Hosengürtel trug. Hieraus schlussfolgerte T, dass es sich bei O um die mit einer Schusswaffe bewaffnete Person handeln müsse, vor der er soeben gewarnt worden war. Infolgedessen zog T seine von ihm selbst mitgeführte Pistole und sprach den O mit sehr ernstem und eindringlichem Ton mehrfach an: „Halt, keine Bewegung!“ Dabei forderte er ihn auf, beide Hände hochzunehmen und sich langsam umzudrehen. Daraufhin blieb O in einer Entfernung von ca. sechs Metern vor T stehen, hob jedoch lediglich seinen linken Arm, drehte sich langsam um, und fasste sich mit dem rechten Arm, etwa im hinteren Bereich der rechten Hüfte, hinter seinen Rücken. Da es sich hierbei um die Körperregion handelte, an der T zuvor das Holster entdeckt hatte, ging er davon aus, O wolle die Schusswaffe ziehen, vor der er zuvor gewarnt worden war. Weil T befürchtete, O würde die Schusswaffe im nächsten Augenblick gegen ihn richten und zum Einsatz bringen, hob er seinerseits seine Waffe, deutete mit ihr in Richtung des O und gab auf diesen einen Schuss ab, der ihn in den Bauch traf. Dabei wollte T einen sog. Wirkungstreffer erzielen, um die Kampfunfähigkeit des O zu bewirken. Ihm war bewusst, dass O infolge des Schusses zu Tode kommen könnte. Dies nahm er zu seinem Zweck jedoch in Kauf, da er sich selbst in Lebensgefahr wähnte. Eine andere Möglichkeit sah er angesichts dessen nicht mehr. Infolge einer Notoperation konnte das Leben des O gerettet werden.

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht und Rechtsphilosophie. Im Sommersemester 2024 war er Vertreter des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung, Medizinstrafrecht und Rechtstheorie an der Universität Konstanz.

Das an seinem Gürtel befestigte Holster enthielt allerdings keine Schusswaffe. Tatsächlich handelte es sich um ein Holster zum Transport einer Kellnergeldbörse. Dies hätte T bei einem nochmaligen Blick vor Ansprache des O auch erkennen können. In der rechten hinteren Hosentasche des O wurde zudem eine Ecstasy-Pille gefunden. Dieser Pille wollte sich O – der irrtümlich die Polizei hinter sich wähnte – mit dem Griff seines rechten Armes hinter seinen Rücken auf Hüfthöhe vor befürchteter Festnahme unauffällig noch schnellstmöglich entledigen.

Die ganze Szenerie hatte der aufmerksame G beobachtet, der auf O aufmerksam geworden war, weil dieser ihn in einem Strafprozess einmal wahrheitsgemäß wegen einer Drogenstraftat belastet hatte. G hatte sowohl erkannt, dass O kein Waffenholster trug, als auch, dass T offenbar von der Existenz einer Waffe ausging. Aus Rache für den zurückliegenden Verrat, und um T in seinem Tun aus diesem Grund zu bestärken, hatte G dem T noch kurz vor Schussabgabe zugerufen: „Ja! Knall ihn ab!“

Aufgabe

Prüfen Sie die etwaige Strafbarkeit von T und G. Zu prüfen sind nur vorsätzliche Delikte aus dem 16. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB. Etwaig erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

A. Strafbarkeit des T	536
I. § 212 Abs. 1 StGB.....	536
II. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB	536
1. Subjektiver Versuchstatbestand (Tatentschluss).....	537
2. Objektiver Versuchstatbestand (unmittelbares Ansetzen)	537
3. Rechtswidrigkeit	537
a) Objektiver Erlaubnistatbestand	538
b) Zwischenergebnis.....	539
4. Schuld.....	539
a) Irrtumstatbestand	539
aa) Notwehrlage	539
bb) Notwehrhandlung.....	539
cc) Gebotenheit der erforderlichen Notwehr	540
dd) Verteidigungswille	540
ee) Zwischenergebnis.....	540
b) Irrtumsrechtsfolge	541
aa) Strenge Schuldtheorie, § 17 S. 2 StGB.....	541
bb) Eingeschränkte Schuldtheorien, § 16 Abs. 1 StGB	541
(1) § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in direkter Anwendung	542
(2) § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in analoger Anwendung	543

(3) § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in eingeschränkt analoger und rechtsfolgenverweisender Anwendung.....	544
cc) Uneingeschränkte Schuldtheorie, § 17 S. 1 StGB	545
dd) Zwischenergebnis und Streitentscheid.....	546
5. Ergebnis.....	546
III. Zwischenergebnis	546
B. Strafbarkeit des G	547
I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1-2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 StGB	547
1. Objektiver Tatbestand	547
a) Beteiligungsfähige Haupttat	547
b) Beihilfehandlung.....	548
aa) Kausalität.....	548
bb) Bloße Förderung und psychische Beihilfe	548
cc) Zwischenergebnis.....	549
2. Ergebnis.....	549
II. Zwischenergebnis	549
C. Gesamtergebnis.....	549

A. Strafbarkeit des T

I. § 212 Abs. 1 StGB

Indem T mit seiner Pistole auf O schoss und diesen in den Bauch traf, könnte er sich gem. § 212 Abs. 1 StGB wegen Totschlages strafbar gemacht haben. Da das Leben des O jedoch durch eine Notoperation gerettet werden konnte, fehlt es bereits an dem tatbestandlich erforderlichen Totschlagserfolg. T hat sich nicht wegen vollendeten Totschlags gem. § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung: Es ist auch möglich, sogleich mit einer Prüfung des versuchten Totschlages zu beginnen. Mordmerkmale sind für T und dessen Handlung im Übrigen nicht ersichtlich. § 211 StGB muss deshalb auch beim Versuch nicht thematisiert werden.

II. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte sich T jedoch gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB wegen versuchten Totschlages strafbar gemacht haben. Eine zurechenbare Vollendung des Totschlages liegt nicht vor. Die Versuchsstrafbarkeit (§ 23 Abs. 1 StGB) ergibt sich aus der Verbrechensqualität (§ 12 Abs. 1 StGB) des Totschlages (§ 212 Abs. 1 StGB).

1. Subjektiver Versuchstatbestand (Tatentschluss)

T müsste bei Abgabe des Schusses auf O gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 15 StGB in subjektiver Hinsicht mit dem Vorsatz gehandelt haben, einen anderen Menschen zu töten. Bedingter Vorsatz ist nach den strengen Anforderungen der von der Rechtsprechung vertretenen sog. Billigungstheorie gegeben, „wenn der Täter den Erfolg als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (*Wissenselement*) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Erfolges abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (*Willenselement*; [...]).“¹ T war bei Schussabgabe bewusst, dass O infolge des Schusses zu Tode kommen könnte, nahm dies jedoch zum Zwecke seiner Handlung in Kauf, womit er sich um des erstrebten Zieles willen mit den Eintritt des Erfolges abfand, wenngleich ihm der Erfolg auch unerwünscht gewesen sein mag. T handelte hiernach mit dem erforderlichen Eventualvorsatz. Ein Tatentschluss lag vor.

Anmerkung: Auf eine Auseinandersetzung des Streits um die Abgrenzung des Eventualvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit, namentlich auf die Frage, ob Vorsatz auch ohne das vorgenannte Willenselement denkbar ist, kommt es nicht an.²

2. Objektiver Versuchstatbestand (unmittelbares Ansetzen)

T müsste ferner in objektiver Hinsicht gem. §§ 212 Abs. 1, 22 StGB nach seiner Vorstellung von der Tat unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt haben. Dies ist stets gegeben, wenn der Versuchstäter bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht hat.³ T hatte den Schuss auf O mit Tötungsvorsatz schon abgegeben und damit eine tatbestandliche Handlung vorgenommen, die nach seiner Vorstellung ohne weitere Zwischenschritte unmittelbar in den tatbestandlichen Erfolg einmünden sollte.⁴ T hatte folglich unmittelbar zur Tötung des O angesetzt.

3. Rechtswidrigkeit

Grundsätzlich ist aus der Verbotstatbestandswidrigkeit der Handlung auch auf ihre Rechtswidrigkeit zu schließen. Demnach hätte T rechtswidrig gehandelt. Allerdings könnte sich aus der Verwirklichung eines gegenläufigen Erlaubnistatbestandes ergeben, dass die verbotene Handlung ausnahmsweise erlaubt war. T hätte sodann nicht rechtswidrig im Sinne des Verbotstatbestandes gehandelt. In Betracht kommt namentlich der Erlaubnistatbestand der Notwehr, § 32 Abs. 1 StGB.

Anmerkung: Nach Ansicht einiger Autoren⁵ soll die Rechtfertigungsprüfung beim Versuch nicht nach der objektiven Lage der Dinge, sondern rein subjektiv nach der Vorstellung des Akteurs beurteilt werden. Im Hintergrund steht hier die vermeintlich rein subjektive Unrechtsbestimmung des Versuchs, die auch schon für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs verantwortlich zeichnet.⁶ So wie sich

¹ BGH NStZ-RR 2023, 310 (312) m.w.N. – *Hervorhebungen* nur hier.

² Zu diesem Problem *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, S. 1 ff.

³ *Fischer*, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 72. Aufl. 2025, § 22 Rn. 9.

⁴ Vgl. *Fischer*, in: *Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 72. Aufl. 2025, § 22 Rn. 10.

⁵ Z.B. *Hoffmann-Holland*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 22 Rn. 147 ff., insbes. 151 ff.

⁶ Zur Verabschiedung dieser subjektivistischen Versuchsbestimmung und der mit ihr vorgeblich verbundenen Strafbarkeit des untauglichen Versuchs *Heuser*, *ZfStw* 3/2025, i.E.

der Akteur also bei einem untauglichen Versuch (rechtswidrig zu handeln) durch seinen sog. umgekehrten Tatbestandsirrtum in die (bei Abwesenheit seines Irrtums nicht gegebene) Rechtswidrigkeit hineinirren können soll, so soll er sich insbesondere auch durch seinen Erlaubnistatbestandsirrtum (d.h. seinen untauglichen Versuch, rechtmäßig zu handeln) wieder aus der (bei Abwesenheit seines Irrtums weiterhin gegebenen) Rechtswidrigkeit herausirren können.⁷ Der Prototyp strafrechtlichen Handelns ist hiernach der untaugliche Versuch; der Prototyp strafrechtlicher Rechtfertigung wäre hiernach der Erlaubnistatbestandsirrtum. Rechtfertigend wirkt danach also nicht erst das Vorliegen des objektiven *und* subjektiven Erlaubnistatbestandes, sondern schon die irrige Einbildung eines objektiven Erlaubnistatbestandes, die sodann ggf. mit der vorgeblichen Existenz eines vermeintlich allein schon ausreichenden subjektiven Erlaubnistatbestandes identifiziert wird.⁸ Von dieser „einbildungs-basierten“ Strafrechtsdogmatik, deren Beherrschung in einer Anfängerklausur nicht verlangt werden kann, wird im Folgenden allerdings abgesehen, soweit sie nicht beim Rechtsfolgenstreit zur Problematik des Erlaubnistatbestandsirrtums mittelbar wiederkehrt.

a) Objektiver Erlaubnistatbestand

Gem. § 32 Abs. 2 StGB müsste in objektiver Hinsicht zunächst eine Notwehrlage bestanden haben. Hierunter ist ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff zu verstehen. Ein Angriff ist im weitesten Sinne in jedem menschlichen Handeln zu erkennen, das eine noch nicht endgültig abgeschlossene Rechtsgutsverletzung oder einen Zustand verursacht, der die unmittelbare Gefahr einer Rechtsgutsverletzung begründet.⁹ Von dem tatsächlich unbewaffneten O, der mit dem Griff seines rechten Armes hinter seinen Rücken auf Hüfthöhe nicht etwa nach einer vermeintlichen Schusswaffe greifen, sondern sich lediglich einer Ecstasy-Pille entledigen wollte, ging gegenüber T oder Dritten in objektiver Hinsicht weder eine nicht endgültig abgeschlossene Rechtsgutsverletzung noch die Gefahr einer Rechtsgutsverletzung aus. Folglich lag *ex post* betrachtet objektiv schon kein Angriff, mithin auch keine Notwehrlage vor.

Etwas anderes folgt nicht daraus, dass sich die Lage aus rein subjektiver Sicht des T scheinbar als Angriff durch O auf ihn darstellte. Ein *ex ante* lediglich bedrohlich erscheinendes Verhalten, das tatsächlich nicht bedrohlich ist (Scheinangriff), ist objektiv kein Angriff.¹⁰ Selbst wenn man nicht auf eine objektive *Ex-post*-Betrachtung, sondern – was umstritten ist – auf eine objektive *Ex-ante*-Betrachtung abstellen wollte,¹¹ hätte sich das Geschehen nicht als Angriff dargestellt.¹² Schließlich hatte auch der zunächst unbeteiligte G erkannt, dass O kein Waffenholster trug. Außerdem hätte T dies bei einem weiteren Blick selbst erkennen können. Demnach ist anzunehmen, dass nicht nur jeder unbeteiligte Dritte, sondern auch T selbst bei objektiver *Ex-ante*-Betrachtung nicht von einem wirklichen Angriff des O ausgegangen wäre.

⁷ Pointiert z.B. *Hardtung/Putzke*, Examinatorium, Strafrecht AT, 2016, Rn. 1198: „Die böse Vorstellung, Tatbestandsvoraussetzungen zu erfüllen, wird bereits ausgeglichen durch die gute Vorstellung, rechtfertigende Voraussetzungen zu erfüllen.“ – Kritisch dazu bereits *Heuser*, ZStW 132 (2020), 330 (354 f. Fn. 54).

⁸ Siehe etwa *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 47 ff., insbes. 48/59 f.

⁹ *Fischer*, in: Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 72. Aufl. 2025, § 32 Rn. 5.

¹⁰ BGH NStZ-RR 2002, 403 (404); *Perron/Eisele*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 32 Rn. 3/27; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 18 Rn. 12; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 16 f.

¹¹ Z.B. *Armin Kaufmann*, in: FS Welzel, 1974, S. 391 (401); *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 424 ff.; *Freund*, GA 1991, 387 (406 ff.).

¹² Weiterführend zum Ganzen *Schröder*, JuS 2000, 235 ff.

b) Zwischenergebnis

Der objektive Erlaubnistatbestand der Notwehr war nicht erfüllt. Weitere Rechtfertigungsgründe sind ebenfalls nicht ersichtlich. T handelte also rechtswidrig.

4. Schuld

Grundsätzlich ist aus der Rechtswidrigkeit der Handlung auch auf das Verschulden zu schließen. Demnach hätte T schuldhaft gehandelt. Allerdings könnte sich aus einem Schuldausschlussgrund ausnahmsweise Gegenteiliges ergeben. T hätte sodann nicht schuldhaft gehandelt. In Betracht kommt hier namentlich der Schuldausschlussgrund eines unvermeidlichen Erlaubnisirrtums, § 17 S. 1 StGB, und zwar vermittelt durch einen Tatbestandsirrtum im Hinblick auf die Voraussetzungen des Erlaubnistatbestandes von § 32 StGB, d.h. in Form eines Erlaubnistatbestandsirrtums.¹³ Denn wenn sich T nach seiner subjektiven – indes objektiv unzutreffenden – Vorstellung durch O angegriffen wähnte, und er sich daher subjektiv zur Verteidigung gegenüber dem vermeintlichen Angreifer berechtigt glaubte, fehlte ihm bei der Tat möglicherweise die Einsicht, Unrecht zu tun.

Anmerkung: Die hier durchzuführende Prüfung des Erlaubnistatbestandsirrtums nach der Rechtswidrigkeit unter dem Merkmal der Schuld ergibt sich relativ zwanglos aus dem Gesetz und ist deshalb als vorzugswürdig zu betrachten, sofern durch den Erlaubnistatbestandsirrtum das Unrechtsbewusstsein tangiert ist. Allerdings setzt dieser Aufbau eine Lösung des Problems in der Schuld voraus, sodass mit einer Auflösung des Problems auf anderer Deliktsebene auch ein anderer Aufbau gewählt werden kann bzw. muss. Vertretbar ist es ebenso, die Prüfung indifferent in einem zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld schwebenden Prüfungspunkt zu verorten.

a) Irrtumstatbestand

Das Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums setzt voraus, dass sich T subjektiv tatsächliche Umstände vorstellte, nach denen er gem. § 32 StGB gerechtfertigt gewesen wäre, wenn seine subjektiven Vorstellungen hiervon objektiv zutreffend gewesen wären (Putativnotwehr). Demnach sind die Voraussetzungen der Notwehr anhand der subjektiven Vorstellungen des T zu prüfen:

aa) Notwehrlage

Gem. § 32 Abs. 2 StGB müsste T von einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff ausgegangen sein. T ging im Zeitpunkt seiner Handlung davon aus, O wolle eine Schusswaffe gegen ihn richten und unmittelbar gegen ihn zum Einsatz bringen. Nach seiner subjektiven Vorstellung wähnte sich T demnach in der Situation eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs durch O, d.h. in einer Notwehrlage.

bb) Notwehrhandlung

Gem. § 32 Abs. 2 StGB müsste T ferner nach seiner subjektiven Vorstellung eine Verteidigungshandlung vorgenommen haben, die erforderlich war, den vorgestellten Angriff des O abzuwenden. Neben ihrer gegebenen Geeignetheit zur Abwendung des Angriffs müsste die Handlung in Form des Pistolenschusses nach Vorstellung des T in der konkreten Kampflage auch das relativ mildeste Mittel gewe-

¹³ Zu diesem Problem *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, S. 86 ff.

sen sein. Dies gilt besonders beim Einsatz lebensgefährlicher Tatmittel wie bei Schüssen aus einer Pistole. Der lebensgefährliche Einsatz einer Schusswaffe darf nur das letzte Mittel der Verteidigung sein, sodass er in der Regel zuvor anzudrohen und ein weniger gefährlicher Waffeneinsatz vorzuziehen ist.¹⁴ Allerdings muss der Angegriffene auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel lediglich dann zurückgreifen, wenn ihre Abwehrwirkung unzweifelhaft ist und genügend Zeit zur Abschätzung der Lage besteht.¹⁵ Die weniger gefährliche Einsatzform muss im konkreten Fall also eine so hohe Erfolgsaussicht haben, dass dem Verteidiger das Fehlschlagrisiko sowie eine Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden können, wobei an die in zugespitzter Situation zu treffende Entscheidung keine überhöhten Anforderungen zu stellen sind.¹⁶ T wähnte in der konkreten Situation, dass O bereits im nächsten Augenblick die Schusswaffe gegen ihn richten und zum Einsatz bringen würde, sodass er sich in akuter Lebensgefahr glaubte. Demnach war ihm eine vorherige Androhung des Schusswaffeneinsatzes gegenüber O nach seiner Vorstellung wegen der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten nicht zumutbar, ebenso wie ein weniger gefährlicher Einsatz der Schusswaffe. Eine andere Verteidigungsmöglichkeit sah T selbst nicht mehr. Mithin griff T nach seiner subjektiven Vorstellung zum relativ mildesten Verteidigungsmittel. T hat folglich nach seiner subjektiven Vorstellung eine Verteidigungshandlung vorgenommen, die erforderlich war, den vorgestellten Angriff des O abzuwenden.

Anmerkung: Eine andere Ansicht ist, da es auf die subjektive Vorstellung des T ankommt, nur schwer vertretbar, wenngleich nicht völlig ausgeschlossen.¹⁷ In diesem Fall wäre ein Putativnotwehrexzess¹⁸ zu thematisieren.

cc) Gebotenheit der erforderlichen Notwehr

Die erforderliche Verteidigungshandlung ist in der Regel auch geboten i.S.v. § 32 Abs. 1 StGB. Umstände in den subjektiven Vorstellungen des T, welche Zweifel an der Gebotenheit seiner Verteidigungshandlung zu begründen geeignet wären, sind nicht ersichtlich.

dd) Verteidigungswille

Gem. § 32 Abs. 2 StGB müsste T außerdem mit Verteidigungswillen gehandelt haben, d.h. zu dem Zweck, den vorgestellten Angriff durch O abzuwehren.¹⁹ T wähnte sich in Lebensgefahr und wollte O mit einem Wirkungstreffer kampfunfähig machen, damit dieser die von T befürchtete Waffe nicht gegen ihn zum Einsatz würde bringen können. Er handelte folglich, um den vorgestellten Angriff abzuwenden. Ein Verteidigungswille lag vor.

ee) Zwischenergebnis

Subjektiv stellte sich T tatsächliche Umstände vor, nach denen er gem. § 32 StGB gerechtfertigt gewesen wäre, wenn seine subjektiven Vorstellungen hiervon objektiv zutreffend gewesen wären (Putativnotwehr). Er handelte folglich unter Einfluss eines Erlaubnistatbestandsirrtums.

¹⁴ BGH NJW 2023, 166 (167).

¹⁵ BGH NStZ 2018, 84 f.

¹⁶ BGH NStZ 2018, 84 (85).

¹⁷ Vgl. BGH NStZ 1997, 402 (403).

¹⁸ Siehe dazu etwa Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 707 f.

¹⁹ Zu diesem Erfordernis m.w.N. BGH StV 2022, 153 (154).

b) Irrtumsrechtsfolge

Fraglich ist allerdings, welche Rechtsfolge mit einem solchen Erlaubnistatbestandsirrtum zu verknüpfen ist. Da sich T subjektiv Umstände vorstellte, nach denen er gerechtfertigt gewesen wäre, wenn diese objektiv zutreffend gewesen wären, fehlte ihm das Bewusstsein, Unrecht zu tun, weil er sein Handeln von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt glauben musste. Die Rechtsfolge wäre daher grundsätzlich der Norm des § 17 StGB zu entnehmen, die an das fehlende Unrechtsbewusstsein anknüpft.

aa) Strenge Schuldtheorie, § 17 S. 2 StGB

Entscheidend ist demnach, ob der Irrtum vermeidbar war oder nicht. Denn nur an den unvermeidbaren Irrtum knüpft sich gem. § 17 S. 1 StGB ein Schuldausschluss an, während sich an den vermeidbaren Irrtum gem. § 17 S. 2 StGB eine fakultative Strafmilderung anschließt. Daher fragt die sog. *strenge Schuldtheorie*²⁰ nach der Vermeidbarkeit des Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Erlaubnistatbestandes. Konkret ist demnach zu fragen, ob T hätte erkennen können, dass von O objektiv kein Angriff mit einer Schusswaffe ausging. Dies ist aber der Fall. Bei einem nochmaligen Blick vor Ansprache des O hätte T erkennen können, dass O in seinem Holster keine Schusswaffe, sondern eine Kellnergeldbörse transportierte. Der Irrtum war für T demnach vermeidbar, sodass er mit diesem potentiellen Unrechtsbewusstsein nicht ohne Schuld handelte und seine Strafe für die schuldhaft Verwirklichung des Delikts des vorsätzlich versuchten Totschlages lediglich fakultativ zu mildern ist.

bb) Eingeschränkte Schuldtheorien, § 16 Abs. 1 StGB

Dieses Ergebnis der strengen Schuldtheorie wird jedoch weithin für unbillig erachtet, weil die verwirklichte Schuld nicht dem eines schuldhaft verwirklichten Vorsatzdeliktes, sondern allenfalls der eines schuldhaft verwirklichten Fahrlässigkeitsdelikts entspreche.²¹ Zwar handele der Täter auch unter Einfluss eines Erlaubnistatbestandsirrtums objektiv rechtswidrig, allerdings nehme er dies subjektiv nicht auch in seinen Willen auf. Er halte sein Handeln vielmehr für erlaubt und wolle sich nicht willentlich über das Recht hinwegsetzen, wie es für den Täter eines schuldhaft verwirklichten Vorsatzdeliktes typisch sei. Der Täter handele „an sich rechtstreu“²², er sei „Schussel“, nicht „Schurke“.²³ Wolle man ihn daher aus der Strafbarkeit wegen schuldhafter Verwirklichung eines

²⁰ Vertreten schon vor Kodifikation des § 17 StGB z.B. von *Bockelmann*, NJW 1950, 830 (831); *Dohna*, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1936, S. 44; *Fukuda*, JZ 1958, 143; *Hartung*, NJW 1951, 209; *Heitzer*, NJW 1953, 210 f.; *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, S. 319 ff., 331; *Armin Kaufmann*, JZ 1955, 37; *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1954, S. 410 ff.; *Niese*, DRiZ 1953, 20; *Eb. Schmidt*, SJZ 1950, 834 (837 f.); *Warda*, JR 1950, 546 (549); *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 168 ff.; nach Kodifikation des § 17 StGB z.B. von *Bockelmann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1979, S. 129; *Dornseifer*, JuS 1982, 761 (765); *Erb*, in: FS Paeffgen, 2015, S. 205; *Gössel*, JR 1978, 292 (293); *Heuchemer*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2005, S. 201 ff., 222 ff., 292 ff., 345 ff.; *ders.*, JuS 2012, 795; *ders.*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2025, § 17 Rn. 34; *Hirsch*, ZStW 94 (1982), 239 (263 ff.); *Armin Kaufmann*, in: FS Welzel, 1974, S. 393 (398 ff.); *Kleszczewski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2017, Rn. 362 ff., 397 ff., 420 ff.; *Paeffgen*, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979, S. 93 ff.; *ders.*, in: GS Armin Kaufmann, 1989, S. 399; *ders.*, in: FS Frisch, 2013, S. 403; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 32 Rn. 108 ff.; *Sax*, JZ 1976, 430 (430 Fn. 5); *Schroeder*, in: LK-StGB, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 16 Rn. 47 ff. (Stand: 1.4.1994); *Zieschang*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2023, Rn. 359.

²¹ *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 754.

²² BGHSt 3, 105 (107).

²³ So z.B. u.a. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 754.

Vorsatzdelikt ausnehmen, so müsse der Fall des Erlaubnistatbestandsirrtums mithilfe von § 16 Abs. 1 StGB gelöst und einer etwaigen Fahrlässigkeitsstrafbarkeit anheimgestellt werden.²⁴

(1) § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in direkter Anwendung

Wollte man § 16 Abs. 1 S. 1 StGB direkt anwenden, so entfielen der Tatbestandsvorsatz, wie er im subjektiven Tatbestand geprüft wird, sodass der Weg zum Fahrlässigkeitsdelikt gem. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB frei würde. Dieser Vorsatz wurde aber mit dem dreistufigen Straftatsystem (Tatbestand/Rechtswidrigkeit/Schuld) zuvor bereits geprüft und bejaht. Das erst auf Rechtswidrigkeits- bzw. Schuldenebene sich ergebende Problem des Erlaubnistatbestandsirrtums hätte andernfalls nicht entwickelt werden können. Eine direkte Anwendung des § 16 Abs. 1 StGB scheidet daher mit einem dreistufigen Straftatsystem richtigerweise aus.

Zur direkten Anwendung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB will jedoch die sog. Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen²⁵ mit einem zweistufigen Straftatsystem (Gesamtunrechtstatbestand/Schuld) gelangen. Rechtfertigungsgründe bildeten innerhalb ihres Gesamtunrechtstatbestandes nämlich sog. negative Tatbestandsmerkmale, auf deren Abwesenheit der Tatbestandsvorsatz des Täters positiv gerichtet sein müsse. Im Falle des Erlaubnistatbestandsirrtums erstreckte sich die Vorstellung des Täters aber gerade umgekehrt auf die Anwesenheit der tatsächlichen Umstände eines Erlaubnistatbestandes, sodass der Gesamtunrechtstatbestand nicht gegeben sei. Mangels der erforderlichen positiven Vorstellung der Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen fehle es gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB am Vorsatz. Nach dieser Ansicht wäre hier bereits der Tatbestandsvorsatz ausgeschlossen gewesen, sodass es auch keine rechtswidrige Tat geben könnte, die Strafbarkeit wegen vorsätzlich versuchten Totschlages also in Wegfall geraten müsste.

Anmerkung: Infolge des Wegfalls des tatbestandlichen Vorsatzes wäre auch eine etwaige Teilnahme an der Handlung des T durch G nicht möglich. Gem. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB bliebe im Übrigen für T ein Fahrlässigkeitsdelikt zu prüfen (von der Aufgabenstellung hier allerdings ausgeschlossen). Da O jedoch nicht verstorben ist, fehlte es bereits an dem für § 222 StGB erforderlichen Erfolg. T ginge hiernach wegen des etwaigen Tötungsunrechts straflos aus. Wer sich dieser Ansicht anschließt, müsste konsequent auch einen zweistufigen Straftataufbau zugrunde legen.

²⁴ Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 754 f.

²⁵ Vertreten ursprünglich von Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, S. 82 f.; im Übrigen etwa zunächst von Engisch, *ZStW* 66 (1954), 339 (380); ders., *ZStW* 70 (1958), 566 (587, 589 ff., 598 f.); Arthur Kaufmann, *JZ* 1954, 653; ders., *JZ* 1956, 353 (393); ders., in: FS Lackner, 1987, S. 185 (187); Lampe, *GA* 1959, 367; Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2. Aufl. 1970, S. 173 ff.; Samson, *Strafrecht I*, 7. Aufl. 1988, S. 118 ff., 127; v. Savigny, *Negative Tatbestandsmerkmale*, 1972, S. 75 ff., 92 ff.; Schaffstein, *MDR* 1951, 196; ders., in: Göttinger FS OLG Celle, 1961, S. 175 (182 ff.); Horst Schröder, *MDR* 1951, 387; ders., *MDR* 1953, 70 f.; v. Weber, *JZ* 1951, 260; ders., in: FS Mezger, 1954, S. 183; Weigt, *Die Stellung der Rechtfertigungsgründe im Verbrechen-saufbau*, 1969, S. 85 ff., 105 ff., 122 ff.; in neuerer Zeit z.B. Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 47 ff.; Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2. Aufl. 1988, S. 197; Kindhäuser/Hilgen-dorf, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 9. Aufl. 2022, Vor §§ 32–35 Rn. 27 ff. (39 ff.); Rinck, *Der zweistufige Verbrechen-saufbau*, 2000, S. 309 ff.; Schlehofer, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, Vor §§ 32 Rn. 110 ff. (nur für den vermeidbaren Irrtum); Schmid, *Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht*, 2002, S. 99 ff.; Schroth, in: FS Arthur Kaufmann, 1993, S. 595 (598 ff.); ders., *Vorsatz und Irrtum*, 1998, S. 116 ff.; Schünemann, *GA* 1985, 341 (347 ff.); Schünemann/Greco, *GA* 2006, 777 (786 ff.). – Eine umfassende Kritik der Lehre findet sich bei Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, S. 220 ff., insbes. S. 267 ff. zum Vorsatzproblem.

Allerdings hält die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen weniger als sie verspricht, sofern nach ihr die Nichtexistenz von Erlaubnistatbeständen zum Tatbestand gehört und daher umgekehrt die Existenz eines Erlaubnistatbestandes zum Tatbestandsausschluss führen soll. Denn tatbestandsausschließend wirkte nach ihr tatsächlich nicht erst die objektiv-subjektive Existenz eines gesetzlichen Rechtfertigungsgrundes, sondern bereits die bloße subjektive Einbildung der Existenz eines solchen. Objektive Erlaubnistatbestandsmerkmale wären demnach nicht etwa negative, sondern tatsächlich gar keine Tatbestandsmerkmale. Im Übrigen ist das hier problematische Merkmal des Unrechtsbewusstseins gesetzlich nicht dem Tatbestandsvorsatz,²⁶ sondern mit § 17 StGB der Schuld zugeordnet.

(2) § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in analoger Anwendung

Ist zumindest dem dreistufigen Straftatsystem eine direkte Anwendung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB verwehrt, bleibt mit der *rechtsgrundverweisenden eingeschränkten* Schuldtheorie insofern allenfalls eine analoge Anwendung. Nach Ansicht sowohl großer Teile der Literatur²⁷ als auch der Rechtsprechung²⁸ fehle es im Falle des Erlaubnistatbestandsirrtums am Vorsatz bzw. Vorsatzunrecht bzw. Handlungsunwert. Dies rechtfertige eine analoge Anwendung der Norm, nachdem zwischen Tatbestandsmerkmalen auf Verbots- und Erlaubnisebene kein qualitativer Unterschied bestehe. Nach dieser Ansicht würde eine Strafbarkeit des T wegen vorsätzlich versuchten Totschlages in Wegfall geraten.

Anmerkung: Auch nach dieser Ansicht wäre eine etwaige Teilnahme an der Handlung des T durch G richtigerweise nicht möglich, da sie den Tatbestandsvorsatz bzw. die Rechtswidrigkeit aufhebt. Im Übrigen bliebe T mangels Verwirklichung einer fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB (von der Aufga-

²⁶ So aber bekanntlich die *strenge Vorsatztheorie*, die deshalb im Falle eines Erlaubnistatbestandsirrtums zum Vorsatzausschluss gelangen möchte. Hierfür zuletzt etwa noch *Baumann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1968, § 20 III 2; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, Kap. 10 Rn. 28 f., 56 ff.; *Langer*, GA 1976, 193; *H.W. Schünemann*, NJW 1980, 735 (738); *Spendel*, in: FS Tröndle, 1989, S. 89; *Geerds*, Jura 1990, 421 (429 f.); *Otto*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2004, § 7 Rn. 46 ff., 61 ff. sowie § 15 Rn. 5 ff.

²⁷ Vertreten z.B. von *Bock*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2021, Kap. 6 Rn. 128; *Dieckmann*, Jura 1994, 178; *Duttge*, in: Dölling u.a., Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 16 Rn. 14 f.; *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 7 Rn. 110 ff., insbes. 114 f.; *Frisch*, in: Arnold u.a., Grenzüberschreitungen, Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser, 1995, S. 217 (268 ff.); *ders.*, Strafrecht, 2022, § 5 Rn. 123; *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2023, Kap. 14 Rn. 30; *Gaede*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 34 f.; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 17 Rn. 14; *Herzberg*, JA 1989, 243 (Teil 1), 294 (Teil 2); *Hruschka*, in: FS Roxin, 2001, S. 441 (451 ff.); *Kulhanek*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 5. Aufl. 2024, § 16 Rn. 139 ff., insbes. 155; *Kelker*, Jura 2008, 591 (595 f.); *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2024, § 29 Rn. 24 ff.; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 324 ff.; *Kudlich*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.2.2025, § 16 Rn. 24; *Kuhlen*, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 300 ff., 323 ff.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn. 73; *Sternberg-Lieben*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, Vor §§ 32 ff. Rn. 28; *Mommensen*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 16 Rn. 22; *Momsen/Rackow*, JA 2006, 654 (656 ff.); *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 8. Aufl. 2024, § 25 Rn. 11 ff., 19; *Puppe*, in: NK-StGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 138; *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 64 ff.; *Rönnau*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 Rn. 95 f.; *Rosenau*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, Vor §§ 32 ff. Rn. 19; *Rudolphi*, in: SK-StGB, 37. Lfg., Stand: 2002, § 16 Rn. 10 ff.; *Safferling*, Vorsatz und Schuld, 2008, S. 205 ff.; *Schlüchter*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1983, S. 171 ff.; *Stein/Schneider*, in: SK-StGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2025, § 16 Rn. 13; *Schuster*, in: Tübinger Kommentar, Strafgesetzbuch, 31. Aufl. 2025, § 16 Rn. 18; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 165 ff.; *Streng*, in: FS Otto, 2007, S. 469 (479 f.); *Vogel/Bülte*, in: LK-StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 16 Rn. 116, 125 f.; *Walter*, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 337; *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987, S. 169 ff.

²⁸ Vertreten z.B. von BGHSt 3, 105 (106 f.); 3, 194 (196); 3, 357 (359); 31, 264 (286); 32, 243 (247 f.); 45, 378 (384); 49, 34 (44); BGH NSTZ 2014, 30 f.; BGH NSTZ 2016, 333 (334); BGH NSTZ 2023, 407.

benstellung hier allerdings ausgeschlossen) wegen des etwaigen Tötungsunrechts straflos. Wer sich dieser Ansicht anschließt, müsste den Erlaubnistatbestandsirrtum konsequent bereits beim Vorsatz oder bei der Rechtswidrigkeit prüfen.

Allerdings hält auch diese Lehre weniger als sie verspricht, sofern nach ihr die Existenz eines Erlaubnistatbestandes zum Tatbestandsausschluss führen soll. Insbesondere wirkte nach ihr nämlich nicht erst die objektiv-subjektive Existenz eines gesetzlichen Rechtfertigungsgrundes, sondern bereits die bloße subjektive Einbildung der Existenz eines solchen rechtfertigend. Objektive Erlaubnistatbestandsmerkmale wären demnach objektiv gar keine Tatbestandsmerkmale eines Rechtfertigungsgrundes. Im Übrigen gilt auch hier, dass das problematische Merkmal des Unrechtsbewusstseins gesetzlich nicht dem Tatbestandsvorsatz, sondern mit § 17 StGB der Schuld zugeordnet ist.

(3) § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in eingeschränkt analoger und rechtsfolgenverweisender Anwendung

Ist dem dreistufigen Straftatsystem auch eine einfache analoge Anwendung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB verwehrt, bleibt allenfalls noch eine Modifikation der anvisierten Analogie. Nach Ansicht der *rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten* Schuldtheorie²⁹ – die teils auch von der Rechtsprechung³⁰ vertreten wird – dürften hiernach weder der Tatbestand noch die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen werden, vielmehr sei lediglich die Schuld zu verneinen. Insofern müsse also die Rechtsfolge von § 17 S. 1 StGB im Rahmen einer rechtsfolgenverweisenden Analogie von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB modifizierend in diese analog anzuwendende Norm hineingelesen werden. Der Mangel der Vorsatzschuld im Falle eines Erlaubnistatbestandsirrtums rechtfertigte diese Vorgehensweise mitsamt ihrer Abstraktion vom Un-/Vermeidbarkeitsmerkmal in § 17 StGB. Nach dieser Ansicht würde eine Strafbarkeit des T wegen vorsätzlich versuchten Totschlages in Wegfall geraten.

Anmerkung: Diese Ansicht hindert nicht die Bestrafung einer etwaigen Teilnahme an der Handlung des T durch G, da sie weder den Vorsatz noch die Rechtswidrigkeit aufhebt, sodass das Teilnahmeerfordernis einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat (§§ 26, 27 Abs. 1 StGB) erfüllt bleibt. Im Übrigen bliebe T mangels Verwirklichung einer fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB (von der Aufgabenstellung hier indes ausgeschlossen) wegen des etwaigen Tötungsunrechts straflos.

Allerdings bleibt nach dieser Lehre unklar, worin sich der Erlaubnistatbestandsirrtum von Fällen des Fehlens aktuellen Unrechtsbewusstseins und des Vorhandenseins bloß potentiellen Unrechtsbewusstseins (§ 17 S. 2 StGB) derart unterscheiden sollte, dass vorgeblich eine *Ausnahme* von dem gesetzlichen Merkmal der Un-/Vermeidbarkeit gerechtfertigt sein könnte. Irrt jemand in rechtlicher Hinsicht nämlich vermeidbar nicht infolge eines Tatbestandsirrtums etwa *mittelbar* über die Erlaubt-

²⁹ Vertreten z.B. von *Blei*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 1983, § 59; *Bockelmann/Volk*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1987, S. 126; *Dreher*, in: FS Heinitz, 1972, S. 207 (224 ff.); *Gallas*, in: FS Bockelmann, 1979, S. 155 (169 ff.); *Gropp/Sinn*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 206 ff.; *Haft*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2004, S. 258 f.; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1132 ff.; *Hilgendorf/Valerius*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2022, § 8 Rn. 48 f.; *Hoffmann-Holland*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2023, Rn. 449; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 464 f.; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 743 ff.; *Krümpelmann*, GA 1968, 129; *Maurach/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 37 Rn. 43; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 14 Rn. 79 („fragwürdig“, aber „akzeptabel“); *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2024, § 30 Rn. 22; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 54. Aufl. 2024, Rn. 759 f.

³⁰ Z.B. BGH NJW 1997, 2460 (2461); BGH NSTz 2012, 272 (273 f.).

heit seines Handelns, sondern infolge eines Erlaubnisirrtums *unmittelbar*, so hat ein solcher Täter nur potentiell und nicht aktuelles Unrechtsbewusstsein. Er handelt also zumindest nach seiner aktuellen Rechtsvorstellung gleichfalls „an sich rechtstreu“, ist insofern vielleicht ein „Schussel“, aber nicht notwendig auch ein „Schurke“. Eine Differenz zum Erlaubnistatbestandsirrtum scheint insoweit nicht zu bestehen. Im Unterschied zum Erlaubnistatbestandsirrtum kommt jedoch niemand auf die Idee, das Gesetz (§ 17 StGB) dahingehend einschränkend auszulegen, dass es auf das Merkmal der Unvermeidbarkeit des Irrtums für die Rechtsfolge des § 17 S. 1 StGB beim Erlaubnisirrtum nicht länger ankommt. Irgendeine maßgebliche Differenz zwischen einem bloßen Erlaubnisirrtum und einem Erlaubnistatbestandsirrtum muss daher gleichwohl bestehen.

cc) Uneingeschränkte Schuldtheorie, § 17 S. 1 StGB

Ist dem dreistufigen Straftatsystem schließlich auch eine modifizierte analoge Anwendung von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB im Sinne einer Ausnahme des Erlaubnistatbestandsirrtums vom gesetzlichen Erfordernis der Unvermeidbarkeit des Irrtums (§ 17 S. 1 StGB) richtigerweise verwehrt, bleibt nur die Verabschiedung der Analogie insgesamt.

Anmerkung: Die Lösungsskizze geht an dieser Stelle über das bislang in der Ausbildungsliteratur typischerweise angebotene Spektrum von Lösungsmöglichkeiten im Interesse eines vertieften Problemverständnisses noch hinaus.

Die Lösung ist dann mit der *uneingeschränkten* Schuldtheorie³¹ auf Ebene der die Schuld betreffenden Norm selbst zu suchen, d.h. in § 17 StGB. Sie ist namentlich in der maßgeblichen Differenz von bloßem Erlaubnisirrtum und Erlaubnistatbestandsirrtum zu finden:

Irrt der Täter *unmittelbar* in rechtlicher Hinsicht sowie vermeidbar über eine Erlaubnisnorm (*bloßer Erlaubnisirrtum*), so hat er aufgrund seiner zutreffenden Vorstellung von den tatsächlichen Umständen seiner Tat potentiell die Möglichkeit, sich der Un-/Erlaubtheit seiner Handlung in rechtlicher Hinsicht nochmals mit zutreffendem Ergebnis zu vergewissern. Unterlässt er dies, so handelt er vorsätzlich zwar ohne aktuelles Unrechtsbewusstsein, jedoch mit potentiell Unrechtsbewusstsein. An diese Differenz knüpft § 17 StGB an. Trotz des Mangels aktuellen Unrechtsbewusstseins kommt es im Falle bloß potentiellen Unrechtsbewusstseins nicht zum Schuldausschluss (S. 1), sondern lediglich zu einer Strafmilderung (S. 2).

Irrt der Täter infolge eines Tatbestandsirrtums auf Erlaubnisnormebene hingegen nur *mittelbar* in rechtlicher Hinsicht über eine Erlaubnisnorm (*Erlaubnistatbestandsirrtum*), so hat er aufgrund seiner unzutreffenden Vorstellung von den tatsächlichen Umständen seiner Tat potentiell nicht die Möglichkeit, sich der Un-/Erlaubtheit seiner Handlung in rechtlicher Hinsicht nochmals mit zutreffendem Ergebnis zu vergewissern.³² Denn die rechtliche Beurteilung anhand der Erlaubnisnorm wäre zutreffend, wenn die in ihrer Hinsicht angenommenen Umstände tatsächlich zutreffend wären. Selbst ein bloß potentiell Unrechtsbewusstsein i.S.v. § 17 S. 2 StGB kann ihm damit – anders als im Falle eines unmittelbaren Erlaubnisirrtums – nicht unterstellt werden, sodass der Schuldausschluss gem. § 17 S. 1 StGB gerechtfertigt ist. Mit dem Tatbestandsirrtum auf Ebene der Erlaubnisnorm ist nämlich notwendig und *unvermeidlich* zugleich der Erlaubnisirrtum gesetzt. Eben dies bringt der

³¹ Vertreten bisher von Heuser, ZStW 132 (2020), 330 (361 ff.), einen Hinweis Börkers, JR 1960, 168 (169) aufnehmend.

³² In dieser Richtung schon BGHSt 3, 105 (107): „Dieser Irrtum hindert ihn in der Regel, die Gefahr eines Rechtsverstoßes überhaupt zu erkennen.“

Begriff des Erlaubnistatbestandsirrtum zum Ausdruck. Vermeidbar ist der mittelbare Erlaubnisirrtum demnach allenfalls, sofern bereits der unmittelbar vorausliegende Tatbestandsirrtum vermieden wird. Wird der unmittelbar vorausliegende Tatbestandsirrtum indes tatsächlich vermieden, liegt allerdings schon gar kein Erlaubnistatbestandsirrtum vor. Liegt der für sich möglicherweise vermeidbare Tatbestandsirrtum auf Erlaubnisnormebene hingegen tatsächlich einmal vor, ist der mittelbare Erlaubnisirrtum also begriffsnotwendig *unvermeidbar*. Es ist demnach begriffs- und gesetzeswidrig, das Merkmal der Un-/Vermeidbarkeit des Irrtums im Falle des Erlaubnistatbestandsirrtums mit der strengen Schuldtheorie auf den Tatbestandsirrtum auf Ebene der Erlaubnisnorm zu beziehen, nicht aber auf den Erlaubnisirrtum selbst. Schließlich reguliert § 17 StGB als Irrtumsregelung nicht den Tatbestandsirrtum, sondern den Normirrtum, sodass dessen Regulierungserfordernisse auch nur auf diesen (isoliert), nicht (auch) auf jenen angewendet werden dürfen. Diese Unterscheidung ist folglich mit der uneingeschränkten Schuldtheorie insbesondere gegen die strenge Schuldtheorie in Ansatz zu bringen, womit indessen das Bedürfnis nach einer Einschränkung der Letzteren zugleich hinfällig wird.

Nach dieser Ansicht würde eine Strafbarkeit des T wegen vorsätzlich versuchten Totschlages infolge der grundsätzlichen Unvermeidbarkeit des maßgeblichen Erlaubnisirrtums in Wegfall geraten.

Anmerkung: Diese Ansicht hindert ebenfalls nicht die Bestrafung einer etwaigen Teilnahme an der Handlung des T durch G, da sie weder den Vorsatz noch die Rechtswidrigkeit aufhebt, sodass das Teilnahmeerfordernis einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat erfüllt bleibt. Im Übrigen bliebe T mangels Verwirklichung einer fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB (von der Aufgabenstellung hier allerdings ausgeschlossen) wegen des etwaigen Tötungsunrechts gleichfalls straflos.

dd) Zwischenergebnis und Streitentscheid

Nach alledem gelangt allein die strenge Schuldtheorie zur Strafbarkeit des T aus dem Delikt eines vorsätzlich versuchten Totschlages. Da T infolge des Erlaubnistatbestandsirrtums allerdings nicht einmal mit potentiell Unrechtsbewusstsein i.S.v. § 17 S. 2 StGB handelte, wäre es gesetzeswidrig, ihn wegen der schuldhaften Verwirklichung des entsprechenden Vorsatzdeliktes zu bestrafen. Aus diesem Grund ist jedenfalls die strenge Schuldtheorie an dieser Stelle zurückzuweisen und mit den übrigen Theorien jedenfalls im Ergebnis von einer Straflosigkeit des T auszugehen.

Anmerkung: An dieser Stelle reicht eine Stellungnahme zugunsten oder zuungunsten der strengen Schuldtheorie aus, da sie allein zur Strafbarkeit des T wegen vorsätzlich versuchten Totschlages führt. Im Übrigen ist eine Festlegung auf eine der anderen Theorieansätze (noch) nicht erforderlich, wenngleich mit Blick auf die Teilnahmeproblematik (in Person des G) schon hier möglich. § 222 StGB würde jedenfalls stets mangels des erforderlichen Tötungserfolges ausscheiden.

5. Ergebnis

T hat sich nicht gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB wegen versuchten Totschlages strafbar gemacht.

III. Zwischenergebnis

T hat sich nicht strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des G

I. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1-2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 StGB

Indem G den T zur Bestärkung in seinem Tun kurz vor Schussabgabe verbal anfeuerte („Ja! Knall ihn ab!“), könnte er sich gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1-2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 StGB wegen Beihilfe zum versuchten Mord strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Beteiligungsfähige Haupttat

Als beteiligungsfähige Haupttat müsste gem. § 27 Abs. 1 StGB eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat einer anderen Person vorliegen, die dementsprechend zumindest versucht, jedoch nicht notwendig auch schuldhaft verwirklicht worden sein muss. Als solche kommt hier allenfalls der versuchte Totschlag des T gegenüber O gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB in Betracht (siehe oben A. II.). Ob i.R.v. § 27 Abs. 1 StGB für G insoweit eine beteiligungsfähige Haupttat des T gegeben ist, hängt jedoch davon ab, wie sich der Erlaubnistatbestandsirrtum des T auf seine Haupttat auswirkt.³³ Soweit nicht der effektive Ausschluss der Vorsatzstrafe überhaupt bzw. unterscheidungslos zum Mangel einer beteiligungsfähigen Haupttat führen soll,³⁴ und soweit die Frage der beteiligungsfähigen Haupttat nicht für unabhängig von der Frage einer Einschränkung der Schuldtheorie erachtet werden soll,³⁵ dürfte richtigerweise das Folgende gelten:

- Nach der *strengen Schuldtheorie* wäre T wegen schuldhafter Verwirklichung eines vorsätzlich und rechtswidrig versuchten Totschlages für strafbar zu befinden, sodass eine beteiligungsfähige Haupttat für G gegeben wäre.
- Nach der *eingeschränkten Schuldtheorie* in Form der *Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen* ließe die Tat des T bereits den erforderlichen Tatbestandsvorsatz vermissen, sodass eine beteiligungsfähige Haupttat für G nicht gegeben wäre.
- Nach der *rechtsgrundverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie* ließe die Tat des T ebenfalls den erforderlichen Tatbestandsvorsatz, jedenfalls aber die erforderliche Rechtswidrigkeit vermissen, sodass eine beteiligungsfähige Haupttat für G gleichfalls nicht gegeben wäre.
- Nach der *rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie* ließe die Tat des T hingegen lediglich die Schuld vermissen, sodass eine beteiligungsfähige Haupttat für G gegeben wäre.
- Nach der *uneingeschränkten Schuldtheorie* ließe die Tat des T ebenfalls lediglich die Schuld vermissen, sodass eine beteiligungsfähige Haupttat für G auch hiernach gegeben wäre.

Nachdem die strenge Schuldtheorie bereits zuvor wegen ihrer ungesetzlichen Ergebnisse zurückzuweisen war, beschränkt sich die Streitfrage hier lediglich noch darauf, ob die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen bzw. die rechtsgrundverweisende eingeschränkte Schuldtheorie einer-

³³ Zu diesem Folgeproblem *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, S. 196 ff.

³⁴ Nachweise zu dieser Ansicht („Gleichbehandlungstheorie“) aber bei *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, S. 196 ff.

³⁵ Nachweise zu dieser Ansicht („Differenzierungstheorie“) aber bei *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl. 2023, S. 198 ff.

seits oder die rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie bzw. die uneingeschränkte Schuldtheorie andererseits strafrechtsdogmatisch vorzugswürdig sind. Unter anderem, weil die beiden zuerst genannten Theorien die Rechtfertigung nach objektiv-subjektiv verfassten Erlaubnistatbeständen unausgesprochen nicht länger auch von der tatsächlichen Existenz des objektiven Erlaubnistatbestandes abhängig machen, sondern rein von der subjektiven (irrigen) Einbildung derselben, kann ihnen nicht gefolgt werden. Demnach verdient entweder die rechtsfolgenverweisende eingeschränkte oder die uneingeschränkte Schuldtheorie den Vorzug, was hier jedoch nicht weiter entschieden werden muss. Jedenfalls liegt nach diesen beiden zuletzt genannten – vorzugswürdigen – Theorien eine beteiligungsfähige Haupttat für G vor.

Anmerkung: Wer – vertretbar – einer der Theorien den Vorzug einräumt, nach denen keine beteiligungsfähige Haupttat existent ist, muss die Prüfung an dieser Stelle mit negativem Ergebnis beenden. Entscheidend für die Bewertung der Prüfungsleistung ist nicht das für richtig gehaltene Ergebnis, sondern die Güte und Stringenz der Argumentation. Insbesondere sollten die Ausführungen zu diesem Folgeproblem nicht in Widerspruch zum obigen Ausgangsproblem stehen.

b) Beihilfehandlung

G müsste dem T gem. § 27 Abs. 1 StGB in objektiver Hinsicht Hilfe zu dessen Tötungsversuch gegenüber O geleistet haben. Fraglich ist allerdings, was hierunter zu verstehen ist.

aa) Kausalität

Da es bei der Hilfeleistung objektiv um eine (wenngleich auch der Haupttat untergeordnete) Handlung des Gehilfen zu tun ist, müsste diese zumindest kausal für die Verwirklichung der Haupttat geworden sein.³⁶ Andernfalls wäre die Abgrenzung zur (e contrario § 30 Abs. 1 S. 1 StGB) straflos versuchten Beihilfe unmöglich. Im Sinne der Äquivalenzformel³⁷ wäre die verbale Anfeuerung des T durch G als Hilfeleistung kurz vor Schussabgabe nachweislich kausal für die Verwirklichung derselben, wenn diese verbale Anfeuerung nicht hinweggedacht werden könnte, ohne dass auch die Schussabgabe mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiel. Denkt man sich die verbale Anfeuerung allerdings gedanklich hinweg, so ist unklar, ob auch die Schussabgabe entfällt. Wahrscheinlich dürfte sogar das Gegenteil sein. Denn T schoss aus Angst um sein Leben auf O, nicht hingegen, weil G ihn dazu anfeuerte. Demnach fehlte es an der Kausalität einer möglichen Hilfeleistung. Eine Beihilfehandlung war somit objektiv nicht gegeben.

bb) Bloße Förderung und psychische Beihilfe

Allerdings soll es insbesondere nach Ansicht der Rechtsprechung nicht maßgeblich auf das Merkmal der Kausalität im Sinne der Äquivalenzformel ankommen, sodass es bereits ausreichend sein könne, wenn eine bloße Hilfeleistungstätigkeit die Haupttat irgendwie (sonst) gefördert hat.³⁸ Jedoch genüge weder eine bloße Kenntnisnahme oder innere Billigung der Haupttat durch den Gehilfen³⁹ noch die bloße Anwesenheit am Tatort.⁴⁰ In Betracht kommt demnach, dass G durch sein verbales

³⁶ Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2022, Rn. 1326.

³⁷ St.Rspr. seit RGSt 1, 373 (374); BGHSt 1, 332 ff.

³⁸ BGHSt 61, 252 (257); BGH NStZ 2020, 730 (731).

³⁹ BGH StV 2012, 287; BGH NStZ-RR 2016, 136 (137).

⁴⁰ BGH NStZ 2019, 461.

Anfeuern den T in seinem bereits gefassten Tatentschluss bestärkt und dessen Tat auf diese Weise irgendwie gefördert haben könnte. Umstritten ist sodann aber insbesondere, ob eine solche Form der lediglich psychischen Beihilfe, namentlich in Abgrenzung zur straflosen versuchten Beihilfe (und gelegentlich auch in Abgrenzung zur Anstiftung), den Tatbestand der (vollendeten) Beihilfe erfüllt.⁴¹ Nimmt man an, dass auch diese Form der psychischen Beihilfe eine mögliche Gehilfenhandlung sein kann, so bedarf es allerdings einer restriktiven Handhabung. Erforderlich ist zu einer Bestärkung des Haupttäters durch den Gehilfen demnach, dass der Haupttäter die Hilfeleistung wahrgenommen⁴² und nachweislich ein „erhöhtes Sicherheitsgefühl“ erlangt hat.⁴³ Nach dem mitgeteilten Sachverhalt ist hierzu indessen nichts bekannt. Demnach ist im Zweifel nicht davon auszugehen, dass T die verbale Anfeuerung durch G überhaupt wahrgenommen, geschweige denn durch dasselbe ein erhöhtes Sicherheitsgefühl erlangt hat. Eine Förderung der Tat des T durch G lag demnach nicht vor. Eine Beihilfehandlung war somit objektiv auch nach dieser Ansicht nicht gegeben.

cc) Zwischenergebnis

G hat T in objektiver Hinsicht nicht Hilfe zu dessen Tötungsversuch gegenüber O geleistet.

2. Ergebnis

G hat sich nicht gem. §§ 212 Abs. 1, 211 Abs. 1-2, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 27 Abs. 1, 28 Abs. 2 StGB wegen Beihilfe zum versuchten Mord (versuchten Totschlag) strafbar gemacht.

Anmerkung: Soweit eine Beihilfehandlung bejaht werden sollte, müsste im Folgenden insbesondere der erforderliche Gehilfenvorsatz thematisiert werden. Schließlich wäre noch an eine Tatbestandsverschiebung gem. § 28 Abs. 2 StGB zu denken. Denn G suchte T in seinem Tun gegenüber O aus Rache zu bestärken, weil O ihn in einem Strafprozess einmal wahrheitsgemäß wegen einer Drogenstraftat belastet hatte. Möglicherweise weist G damit das besondere persönliche (d.h. täterbezogene Mord-)Merkmal eines sonst niedrigen Beweggrundes (§ 211 Abs. 2 StGB) auf, sodass es für ihn zu einer Tatbestandsverschiebung von Beihilfe zum versuchten Totschlag zur Beihilfe zum versuchten Mord kommen würde, wenn es sich bei diesem Mordmerkmal nicht um ein strafbegründendes (§ 28 Abs. 1 StGB), sondern strafscharfendes (§ 28 Abs. 2 StGB) handeln würde. Es wäre insofern der hinlänglich bekannte Streit über das rechtsdogmatische Verhältnis von Mord und Totschlag zu entscheiden.⁴⁴

II. Zwischenergebnis

G hat sich nicht strafbar gemacht.

C. Gesamtergebnis

Weder T noch G haben sich strafbar gemacht (a.A. möglich).

⁴¹ Dazu Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 54. Aufl. 2024, Rn. 906.

⁴² BGH NStZ 2012, 347 (348); BGH NStZ-RR 2016, 136 (137).

⁴³ BGH NStZ-RR 2019, 74.

⁴⁴ Zu diesem Problem Hillenkamp/Cornelius, 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 13. Aufl. 2020, S. 1 ff.