

## Fall 2

### Der Feigling und der Blinde

A möchte, dass sein Erzfeind F das Zeitliche segnet. Da er zur Begehung einer entsprechenden Tat keinen Mut hat, überredet er seinen Bekannten B unter Inaussichtstellung einer hohen Belohnung, den F umzubringen: A händigt B ein Foto des F aus, gibt ihm dessen Adresse und meint zu B, mit einer anständigen Knarre dürfe das Ganze kein Problem sein. Einige Tage später begibt sich B mit einer Pistole zum Haus des F und wartet auf der gegenüberliegenden Straßenseite. Als dann ein Mann, der F sehr ähnlich sieht, aus der Haustür kommt, schießt B im Glauben, den F vor sich zu haben, der Person in Tötungsabsicht in die Brust. Bei dem Mann handelt es sich in-dessen um den Hausbewohner H, der bewusstlos zu Boden geht und später von einem Notarzt gerettet wird. B hatte die Person für tot gehalten und war geflüchtet.

**Strafbarkeit von A und B?** Der Mord (§ 211 StGB) bleibt außer Betracht.

**Schwerpunkte:** Versuchte Tötung, Verhältnis zur vollendeten Körperverletzung; gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 StGB; Abgrenzung error in persona / Tatbestandsirrtum; der »Rose-Rosahl«-Fall; die Anstiftung zur Tötung; Aufbau einer Versuchsprüfung; Aufbau einer Teilnahmeprüfung.

### Lösungsweg

**Vorab:** Jetzt wird es im Vergleich zum vorherigen Fall ungleich kniffliger, denn zunächst einmal haben wir es nicht mehr nur mit einem, sondern mit *zwei* Beteiligten (Begriff: § 28 Abs. 2 StGB) zu tun, was gerade bei den Anfängern beachtliche Angstzustände hinsichtlich der aufbaumäßigen Darstellung hervorruft. Des Weiteren hat die hier beabsichtigte Tötung nicht nur nicht geklappt (= Versuch), sondern auch noch ein Objekt getroffen, das der Täter irrtümlich verwechselt hat (= Irrtumsproblem). All das in einen vernünftigen Aufbau zu bringen und inhaltlich zutreffend zu lösen, ist schwierig genug, sodass wir uns in diesem Fall die Prüfung eines möglicherweise noch in Betracht kommenden Mordes vorläufig verkneifen. Und deshalb steht da oben in der Fallfrage auch, dass § 211 StGB außer Betracht bleibt. Wir werden jetzt neben den materiellen Inhalten aus dem Besonderen Teil vor allem auch einige Grundregeln aus dem *Allgemeinen Teil* des StGB lernen bzw. wiederholen, ohne die eine klausurgerechte Erarbeitung der Delikte gegen das Leben und gegen den Körper

redlicherweise nicht möglich ist (umfassend zum AT: *Schwabe*, »Lernen mit Fällen«, Strafrecht, Allgemeiner Teil).

Und zu diesen Grundregeln gehören in jedem Falle eine *Versuchsprüfung*, die Prüfung einer *Teilnahme* und auch das Kennenlernen der Rechtsfigur des »**error in persona**«. Damit müssen wir lernen zu arbeiten, und um auch von Anfang an den Überblick zu behalten, teilen wir die Prüfung nun in *zwei* Abschnitte ein: Zunächst werden wir uns sehr sorgfältig ansehen, wie sich der B strafbar gemacht hat, um dann erst im zweiten Schritt den A zu untersuchen. Mit dem B übrigens müssen wir sogar anfangen, und zwar aus zweierlei Gründen:

Zum einen ist B der sogenannte »**Tatnächste**«, das bedeutet, die Person, die die in Betracht kommende Tat in seiner Person im Zweifel vollständig verwirklicht, sprich die Tathandlung ausgeführt hat. Zum anderen folgen wir mit diesem Aufbau der Regel, dass die Täterschaft (des B) stets vor der Teilnahme (des A) zu prüfen ist. Man kann, wie wir später noch genauer sehen werden, eine Teilnahme immer erst dann prüfen, wenn man die entsprechende Haupttat festgestellt hat. Die Teilnahme ist stets abhängig von der Haupttat (und das nennt man *akzessorisch*).

### **Strafbarkeit des B durch den Schuss auf den H**

#### **§§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB (versuchter Totschlag an H)**

#### **Vorprüfung:**

- 1.) Die Tat ist nicht vollendet, der H überlebt.
- 2.) Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus den §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB.

**Beachte:** Diese Vorprüfung darf beim Versuch keinesfalls vergessen werden. Kaum etwas ist peinlicher und damit einer guten Note abträglicher, als seitenweise eine Versuchsstrafbarkeit zu erörtern und leider gleich am Anfang zu übersehen, dass der Versuch des entsprechenden Delikts gar nicht strafbar ist. Der Autor dieser Zeilen hat schon Examenshausarbeiten korrigiert, in denen stolze 22 Seiten (!) über eine versuchte Untreue (→ § 266 StGB) diskutiert wurde, weil der Kandidat schlicht übersehen hatte, dass die Untreue im Versuch gar nicht strafbar ist (Note?!). Wann ein Versuch strafbar ist, steht übrigens in **§ 23 Abs. 1 StGB** (aufschlagen!). Bitte die Vorprüfung deshalb ab sofort nicht mehr vergessen, es ist nur ein geringer Aufwand, hat aber beachtliche Wirkung. Der **Aufbau** einer Versuchsprüfung unterscheidet sich neben dieser gerade genannten Vorprüfung bekanntermaßen auch sonst von dem Aufbau eines vollendeten Delikts: Man beginnt – nach der Vorprüfung – stets mit dem subjektiven Tatbestand (der heißt dann »**Tatentschluss**«) und schaltet danach erst den objektiven Tatbestand hinterher (heißt dann »**unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung**«). Und das geht so:

## I. Tatentschluss:

Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz gerichtet auf sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale sowie die etwaigen besonderen Absichten (also z.B. die Zueignungsabsicht bei § 242 StGB). Unser B muss also Vorsatz auf die objektiven Tatbestandsmerkmale des § 212 StGB gehabt haben.

**Problem:** B wollte den F erschießen, täuscht sich aber über die Identität des von ihm anvisierten Objekts, das ist nämlich der H. In Betracht kommt deshalb ein *Tatbestandsirrtum* gemäß § 16 Abs. 1 StGB. Dann muss B Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, nicht gekannt haben (bitte lies: § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB). Der »gesetzliche Tatbestand«, der in § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB benannt und gemeint ist, ist der objektive Tatbestand der jeweiligen Norm, hier also von § 212 Abs. 1 StGB. Diesen gesetzlichen Tatbestand aber hat B gekannt, denn: § 212 Abs. 1 StGB verlangt in seinem objektiven Tatbestand die »Tötung eines Menschen«. Und genau das wollte (= kannte) unser B auch. Dass er sich über die Identität seines anvisierten Objektes »Mensch« irrt, spielt keine Rolle, denn in § 212 Abs. 1 StGB steht nur »Mensch«, und nicht wie der Mensch heißen muss oder wer das genau sein soll. Und weil B auf einen bestimmten Menschen zielt und den auch trifft, hatte unser B Vorsatz auf die »Tötung eines Menschen« im Sinne des § 212 StGB.

B unterliegt demnach zwar einem Irrtum, hierbei handelt es sich aber um einen unbeachtlichen Irrtum über das Handlungsobjekt (lateinisch: *error in objecto vel persona*). Ein solcher liegt vor, wenn das Angriffs- und das Verletzungsobjekt identisch sind, der Täter sich aber über die Identität des Tatobjekts oder der Person geirrt hat. Dieser Irrtum schließt den Tatbestandsvorsatz gemäß § 16 Abs. 1 StGB nicht aus (BGHSt 37, 214; S/S/Sternberg-Lieben/Schuster § 15 StGB Rz. 59; Fischer § 16 StGB Rz. 5 Roxin in JZ 1991, 680; Geppert in Jura 1992, 168; Wessels/Beulke/Satzger AT Rz. 361).

**Merke:** Hinsichtlich der Beachtlichkeit des Irrtums über das Handlungsobjekt kommt es darauf an, ob sich die strafrechtliche Beurteilung ändern würde, wenn die Vorstellung des Täters zuträfe. Wäre der H, so wie B dachte, der F gewesen, hätte sich die strafrechtliche Beurteilung des B aber *nicht* geändert. Auch dann wäre der B wegen versuchten Totschlages zu belangen gewesen, denn auch F hätte in seiner Person selbstverständlich das Merkmal »Mensch« verwirklicht. Der Irrtum des B war also unbeachtlich. Alles klar!?

ZE.: B hatte Tatentschluss zu § 212 Abs. 1 StGB.

## II. Unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung:

Der Täter setzt dann unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 StGB an, wenn er subjektiv die Schwelle zum »jetzt geht es los« überschritten und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung angesetzt hat (Fischer § 22 StGB Rz. 9; Lackner/Kühl § 22 StGB Rz. 4; Wessels/Beulke/Satzger AT Rz. 855). Unstreitig ist das unmittelbare Ansetzen erfüllt, wenn der Täter bereits ein Tatbestandsmerkmal

– etwa die Ausführungshandlung – erfüllt hat. Und das ist bei uns der Fall, denn B hat bereits geschossen und mithin die nach seiner Vorstellung notwendige Tathandlung ausgeführt.

Wirklich problematisch ist die Frage nach dem unmittelbaren Ansatz im Sinne des § 22 StGB etwa dann, wenn noch kein Merkmal des Tatbestandes erfüllt ist. **Beispiel:** In unserem Fall hätte B noch nicht geschossen, sondern stünde in Erwartung des F auf der Straße, als die Polizei ihn entdeckt und festnimmt. In diesem Falle hat B noch keinerlei Ausführungshandlung vorgenommen. Ist das jetzt schon ein strafbarer Versuch oder handelt es sich noch um eine straflose Vorbereitungshandlung? Einzelheiten dazu etwa bei *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rz. 856 ff.

Hier bei unserer Fallgestaltung ist das aber kein Problem, wie gesagt, B hat schon geschossen und damit die nach seiner Vorstellung nötige Ausführungshandlung getätigt.

**ZE.:** Der unmittelbare Ansatz zu § 212 Abs. 1 StGB liegt vor.

**ZE.:** Damit liegt der Tatbestand des versuchten Totschlages vor.

**Rechtswidrigkeit** und **Schuld** begegnen keine Bedenken.

**Ergebnis:** B hat sich wegen versuchten Totschlages an H gemäß den §§ 212, 22, 23, 12 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**Beachte:** Viele Kandidaten beenden jetzt, nachdem sie die versuchte Tötung bejaht haben, die gesamte Prüfung. Und zwar deshalb, weil sie leider übersehen, dass in einer versuchten Tötung in der Regel immer auch eine *vollendete Körperverletzung* enthalten ist. Diesen Fehler sollte man nicht (mehr) machen, sondern vielmehr im konkreten Fall stets darauf achten, ob der Tötungsversuch eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit des Opfers zur Folge hatte. Häufig werden Klausuren im Bereich der Tötungsdelikte nämlich so gestellt, dass die Probleme nicht nur bei der Tötung selbst liegen, sondern auch in der von den Studenten zumeist vernachlässigten Körperverletzung verborgen sind. Und wenn man das dann übersieht, ist der Weg für eine gute Note regelmäßig verbaut. Das soll in Zukunft natürlich nicht mehr vorkommen, und deshalb werfen wir jetzt hier mal einen Blick auf die Körperverletzungsdelikte und fahren in der Prüfung fort mit...

### §§ 224 Abs. 1 Nrn. 2, 5, 223 StGB (gefährliche Körperverletzung)

**Aufbauhinweise:** Die gefährliche Körperverletzung aus § 224 StGB ist eine echte Qualifikation zur einfachen Körperverletzung aus § 223 StGB. Diese Kombination *Grundtatbestand* (§ 223 StGB) – *Qualifikation* (§ 224 StGB) kommt im StGB sehr häufig vor. Sie bedeutet, dass das Grunddelikt von seinen Voraussetzungen her immer in

der Qualifikation mitenthalten ist, diese Qualifikation dann aber noch eine oder mehrere weitere Voraussetzungen beinhaltet, die das Verhalten des Täters sozusagen noch ein bisschen schlimmer machen (= qualifizieren).

Kommt nun in einer Klausur oder Hausarbeit eine solche Konstruktion in Betracht (so wie jetzt z.B. bei uns), kann man *drei* verschiedene Aufbaumuster wählen, um das Ganze vernünftig darzustellen:

- 1.) Der souveräne Kandidat fasst die Erörterung beider Tatbestände – Grunddelikt und Qualifikation – in *einer* Prüfung zusammen, und zwar so: Man schreibt beide Delikte in einen Obersatz (wichtig) und prüft dann in *einem* Tatbestand zunächst die Voraussetzungen des Grunddelikts und sogleich im Anschluss (im gleichen Tatbestand) die weiteren Voraussetzungen der Qualifikation. Hat man dies beendet, kann man Rechtswidrigkeit und Schuld für beide abhaken, und fertig.
- 2.) Der nicht ganz so souveräne, dafür aber vor allem gründlich arbeitende Kandidat hat auch beide Tatbestände in den Obersatz geschrieben, prüft aber zunächst dann den Grundtatbestand *vollständig* durch (also mit RW und Schuld) und setzt daran die Erörterung der Qualifikation, wobei ein neuer zweiter Obersatz gebildet wird, in dem dann die Qualifikation alleine erscheinen kann.
- 3.) Nach einer dritten Variante schließlich startet man alleine mit dem Grunddelikt – also auch im Obersatz – und schaltet erst später die Qualifikation nach.

**Klausurtyp:** Sämtliche Varianten sind in gleicher Weise machbar und vor allem »gleichgültig« im besten Sinne des Wortes. Aber auch hier gilt wieder, wie schon in Fall Nr. 1 erläutert, dass der Aufbau einer Klausur *niemals* im Text erklärt werden darf, man macht es einfach, spricht, man entscheidet sich – ohne Erläuterung – für eine der aufgezeigten Möglichkeiten.

Wir z.B. wählen hier jetzt die erste der gerade vorgestellten Varianten:

### **I. Tatbestand (A: objektiv):**

- 1.) Eine Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB auf Seiten des H liegt problemlos vor; B hat den H mit einem Schuss in die Brust getroffen.
- 2.) In Betracht kommt angesichts der Verwendung der Pistole sowohl die Verwirklichung der Nr. 2 als auch der Nr. 5 des § 224 Abs. 1 StGB (aufschlagen!).

Ohne Probleme erfüllt B durch den Schuss die Nr. 2, denn er verwendet eine Waffe zur Ausführung der Körperverletzung. Eine Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung im Sinne der Nr. 5 des § 224 Abs. 1 StGB kann hier ebenfalls zwanglos angenommen werden; B schießt dem H mit einer Pistole in die Brust (!).

**ZE.:** Der objektive Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung aus den §§ 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 5, 223 Abs. 1 StGB liegt vor.

### **B: Subjektiver Tatbestand:**

B muss hinsichtlich der Merkmale des objektiven Tatbestandes gemäß § 15 StGB auch *vorsätzlich* gehandelt haben. Und das begegnet auf den ersten Blick Bedenken, denn B wollte den H nicht verletzen, sondern vielmehr töten. Es fragt sich insoweit, wie sich der Umstand, dass B den H tatsächlich nicht erschossen, sondern nur verletzt hat, auf den Verletzungsvorsatz des B auswirkt.

**Lösung:** Das kann natürlich nicht sein, dass derjenige, dessen Tötungsvorhaben nicht geklappt hat, wegen der eingetretenen Verletzung beim Opfer straffrei ausgeht. Und damit das nicht passiert, merken wir uns zunächst die Regel, dass der Tötungsvorsatz den Verletzungsvorsatz als »notwendiges Durchgangsstadium« immer mitumfasst (BGHSt 44, 196, 199; BGHSt 16, 121; Fischer § 211 StGB Rz. 107; Lackner/Kühl § 212 StGB Rz. 8; S/S/Eser/Sternberg-Lieben § 212 StGB Rz. 17; LK/Lange § 212 StGB Rz. 17). Streitig ist das hingegen in Bezug auf die schwere Körperverletzung nach § 226 StGB, vgl. dazu BGH NSTZ 1997, 233.

In unserem Fall haben wir keine schwere Körperverletzung nach § 226 StGB, sondern lediglich eine gefährliche nach § 224 StGB mit der Folge, dass der Tötungsvorsatz des B einen Körperverletzungsvorsatz nach § 224 StGB mitumfasst. Und beachte zudem, dass auch hier der Irrtum des B über die Identität seines Opfers dann natürlich unbeachtlich ist; B wollte *diesen*, vor ihm stehenden Menschen verletzen (töten), und das hat ja auch geklappt. Deshalb liegt auch in Bezug auf die §§ 223, 224 StGB kein Tatbestandsirrtum nach § 16 Abs. 1 StGB vor.

**Rechtswidrigkeit** und **Schuld** bereiten keine Probleme. Damit hat B die Strafe nach den §§ 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 5, 223 Abs. 1 StGB grundsätzlich verwirkt.

### **Problem zum Schluss (Konkurrenzen):**

Es stellt sich jetzt noch die immer wieder auftauchende Frage, in welchem Konkurrenzverhältnis die versuchte Tötung zur vollendeten Körperverletzung steht. Dieses »Konkurrenzverhältnis« gibt Auskunft darüber, welche Straftaten nachher beim Urteil im Schuldausspruch erscheinen und anhand welcher Straftaten das Gericht die Strafe bemisst (S/S/Sternberg-Lieben/Bosch Vor § 52 StGB Rz. 134). Das müssen nicht immer alle verwirklichten Taten sein; es kommt nämlich z.B. vor, dass ein Täter mit einer Handlung mehrere Strafgesetze auf einmal verwirklicht, es aber nicht gerecht wäre, ihn wegen aller verwirklichten Gesetze zu bestrafen. Das kann etwa daran liegen, dass in der Strafe des einen Gesetzes der Unwert eines anderen, auch noch verwirklichten Gesetzes schon enthalten ist.

**Beispiel:** Wer einen Einbruchsdiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB begeht, verwirklicht in der Regel immer auch einen Hausfriedensbruch nach § 123 StGB, weil er ja in die Wohnung eingebrochen ist. Trotzdem wird der Täter in diesem Fall nicht

mehr wegen Hausfriedensbruchs bestraft (obwohl er ihn begangen hat), denn in der deutlich höheren Strafdrohung des § 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB (Absatz 4 ist sogar Verbrechen!) ist der Unwert dieses Delikts mitenthalten; man sagt dann, der Hausfriedensbruch tritt im Wege der Konkurrenz hinter dem Einbruchsdiebstahl zurück (*Fischer* § 123 StGB Rz. 45).

In der Regel braucht sich der Klausurschreiber mit dieser Geschichte der Konkurrenzen nicht zu befassen, denn genau genommen geht es hierbei nicht mehr um die in den Arbeiten gestellte Frage nach der »Strafbarkeit« der Beteiligten; die Konkurrenz mehrerer Straftaten zueinander betrifft vielmehr die Frage nach der **Strafbemessung**, und die ist für Studenten normalerweise nicht prüfungsrelevant.

Weiß man allerdings Bescheid, schadet es in keinem Falle, dies dem Prüfer dann auch – in gebotener Kürze – mitzuteilen/unterzujubeln. Meist genügt dann schon ein einziger Satz, um Sonderpunkte abzukassieren. Und genau so ist das hier beim Verhältnis der versuchten Tötung zur vollendeten gefährlichen Körperverletzung, und zwar aus den folgenden Gründen: Bis vor einigen Jahren war mega-streitig, ob der Unwert der vollendeten Körperverletzung in einer versuchten Tötung mitenthalten sei; der BGH meinte: **Ja** (BGHSt 21, 265), die herrschende Meinung sagte: **Nein** (S/S/Eser, 25. Auflage, § 212 StGB Rz. 23). Irgendwann wurde es dem BGH dann zu bunt, und er hat sich (am 24.09.1998) der herrschenden Meinung in der Literatur angeschlossen – seitdem gilt unstreitig Folgendes (BGHSt 44, 196):

Der Unwert einer vollendeten Körperverletzung ist nicht bereits in der Bestrafung wegen einer versuchten Tötung enthalten. Die beiden Taten bestehen vielmehr nebeneinander und werden gemäß § 52 StGB als **Tateinheit** gemeinsam bestraft; die vollendete Körperverletzung tritt nicht hinter dem versuchten Totschlag zurück (BGHSt 44, 196; *Fischer* § 211 StGB Rz. 107; S/S/Eser/*Sternberg-Lieben* § 212 StGB Rz. 23; LK/*Rissing-van Saan* § 211 StGB Rz. 112; *Maatz* in NStZ 1995, 210).

In der Klausur kann und sollte man das dann dem Prüfer auch sagen, dafür gibt es – wie gesagt – Sonderpunkte. Wie und wo in der Klausur man das hinschreibt, steht weiter unten im Gutachten zum Fall.

**ZE.:** Die versuchte Tötung und die vollendete gefährliche Körperverletzung stehen in Tateinheit gemäß § 52 StGB zueinander und finden demnach beide bei der Strafbemessung Berücksichtigung und erscheinen auch im Schuldspruch.

**Ergebnis:** B hat sich strafbar gemacht wegen versuchter Tötung und vollendeter gefährlicher Körperverletzung, beides begangen an H. Die beiden Taten stehen im Verhältnis der Idealkonkurrenz gemäß § 52 StGB zueinander.

**Aufbau!** So, jetzt kommt der 2. Abschnitt der Prüfung; wir müssen klären, wie sich denn unser A an den Taten des B beteiligt hat. Wir hatten ganz oben schon gesagt, dass vor einer Teilnahmeprüfung immer erst der Haupttäter untersucht werden

muss, denn es gilt die Regel: Täterschaft vor Teilnahme. Und deshalb haben wir auch zunächst den B vollständig durchgeprüft, das Ergebnis steht ein paar Zeilen höher. Und an diesem Ergebnis richten wir jetzt die Prüfung des A aus:

### Strafbarkeit des A

#### §§ 26, 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB (Anstiftung zum versuchten Totschlag)

**Vorab:** Im Verhältnis der Teilnahmeformen Anstiftung und Beihilfe gilt die Reihenfolge, dass die Anstiftung der Beihilfe stets vorgeht. Liegt eine Anstiftung vor, ist eine Beihilfe grundsätzlich ausgeschlossen und darf folglich dann auch in der Klausur nicht mehr geprüft werden. Bitte merken.

Angst vor der Prüfung einer Anstiftung (oder auch einer Beihilfe) braucht man im Übrigen nicht zu haben. Die einzelnen Prüfungspunkte ergeben sich nämlich durch Ablesen des *Gesetzestextes*, man muss sie also nicht mal auswendig lernen. Erforderlich ist freilich, dass man das Gesetz dann bitte auch tatsächlich nachliest, in unserem Fall somit § 26 StGB, der die Anstiftung als Straftatbestand normiert. Die Prüfung selber vollzieht sich dann in den gleichen Bahnen, die wir schon vom herkömmlichen Deliktsaufbau kennen, und zwar mit der Einteilung in einen *objektiven* und einen *subjektiven* Tatbestand.

Und wie das geht, schauen wir uns jetzt an:

#### I. Tatbestand (A: objektiv):

1.) Eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat liegt vor (bitte lesen: § 26 StGB). Diese vorsätzliche rechtswidrige Haupttat ist der von B begangene versuchte Totschlag an H nach den §§ 212, 22, 23, 12 Abs. 1 StGB.

2.) A muss den B zu dieser Tat »**bestimmt**« haben (bitte lesen: § 26 StGB).

**Definition:** *Bestimmen* im Sinne des § 26 StGB bedeutet das Hervorrufen des Tatentschlusses (BGHSt 45, 373; BGH NSTZ 2008, 42; Fischer § 26 StGB Rz. 3; S/S/Heine/Weißer § 26 StGB Rz. 4; Wessels/Beulke/Satzger AT Rz. 814).

A muss demnach durch sein Verhalten in B den Entschluss zur begangenen Tat hervorgerufen haben. A weckt unter Inaussichtstellung einer hohen Belohnung in B den Entschluss zur Begehung der Tat. Die Tatsache, dass B nicht auf den F, sondern auf den H schießt, spielt bei diesem objektiven Tatbestandsmerkmal noch keine Rolle. Es kommt alleine darauf an, dass der Anstifter – **objektiv** – beim Haupttäter den Entschluss zur Begehung der entsprechenden konkreten Tat hervorgerufen hat. Dass A selbstverständlich wollte, dass B den F erschießt, ist im Rahmen des objektiven Merkmals »Bestimmen« noch unbeachtlich. Hier müssen wir nur prüfen, ob der Anstifter objektiv ursächlich für die später begangene Tat gewesen ist (S/S/Heine § 26

StGB Rz. 4). Und das war der A ohne Frage, denn B schießt nur deshalb auf die anvisierte Person, weil A in ihm den Entschluss zur Begehung hervorgerufen hat.

**Beachte noch:** Im Rahmen des Merkmals des Bestimmens tauchen dann Probleme auf, wenn man z.B. einen bereits zur Tat entschlossenen Täter (*omni modo facturus*) oder auch einen nur zum Grunddelikt entschlossenen Täter zur Qualifikation anstiften will (sogenannte »Aufstiftung«). Bei diesen Tätern kann man keinen Entschluss mehr hervorrufen, die haben den ja schon (Einzelheiten zu den Fragen bei S/S/Heine/Weißer § 26 StGB Rz. 7 und Wessels/Beulke/Satzger AT Rz. 815).

**ZE.:** Der objektive Tatbestand der Anstiftung zum versuchten Totschlag liegt auf Seiten des A vor.

### **B: Subjektiver Tatbestand:**

**Durchblick:** Jetzt im subjektiven Tatbestand der Anstiftung muss man den sogenannten »**doppelten Teilnehmervorsatz**« prüfen. Und das ist eigentlich ganz einfach, denn wir prüfen hier gemäß § 15 StGB schlicht, ob der Anstifter den Vorsatz auf die objektiven Tatbestandsmerkmale hatte. Und da bei der Anstiftung im objektiven Tatbestand immer nur zwei Merkmale vorkommen (siehe soeben!), kann der Vorsatz sich auch nur auf diese beiden Merkmale beziehen. Deshalb: **Doppelter** (= auf zwei Merkmale bezogener) **Anstiftervorsatz**. Kapiert!?

1.) Wir benötigen also zunächst den Vorsatz auf die vom Haupttäter begangene vorsätzliche rechtswidrige Haupttat (vgl. oben im objektiven Tatbestand die Nr. 1). Diese Haupttat war der versuchte Totschlag, den unser Haupttäter B an H begangen hat.

Und hier stellen sich gleich zwei Fragen, die wir beantworten müssen, nämlich:

a) Wie wirkt es sich auf den Anstiftervorsatz des A aus, dass die Tat des Haupttäters nicht vollendet wurde, sondern im Versuch stecken geblieben ist; A wollte fraglos die Vollendung.

**Antwort:** Der Vorsatz des Anstifters, der sich grundsätzlich immer auf die Vollendung der Haupttat richten muss (ansonsten strafloser »agent provocateur«, vgl. Fischer § 26 StGB Rz. 8), umfasst **unstreitig** immer auch den Versuch des Haupttäters. Bleibt die Haupttat lediglich im Versuchsstadium stecken, ist dieser Versuch als ein »Weniger« im umfassenderen Vollendungsvorsatz des Anstifters enthalten (Lackner/Kühl § 26 StGB Rz. 7). Merken.

b) Wie wirkt es sich auf den Anstiftervorsatz des A aus, dass B nicht, wie von A beabsichtigt, auf den F, sondern irrtümlich auf den H geschossen hat?

**Antwort:** Wir haben oben festgestellt, dass der B bei seiner Tat einem unbeachtlichem *error in persona* unterliegt, der seine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlages (ge-

nauer: seinen Vorsatz) nicht berührt. Es fragt sich, ob dies auch für den Vorsatz des Anstifters gilt – und das ist eine im Rahmen der Tötungsdelikte außerordentlich streitige Frage. Folgendes wird vertreten:

- Nach *einer Meinung* muss der Anstifter die konkrete Tat in seine Vorstellung aufgenommen haben. Tötet der Täter ein anderes Objekt als das vom Anstifter beabsichtigte, weicht die Tat in einem entscheidenden Punkt von seiner Vorstellung ab mit der Folge, dass die Anstiftung nicht gelungen ist. Es soll sich dann um einen Fall der *aberratio ictus* (= Fehlgehen der Tat) handeln (SK/Rudolphi § 16 StGB Rz. 30; Lackner/Kühl § 26 StGB Rz. 6; Müller in MDR 1991, 830; Roxin in JZ 1991, 680; Bemmman in MDR 1958, 817; Jescheck/Weigend AT § 64 II 4; Stoffers in JuS 1993, 837; Otto in JuS 1982, 557; differenzierend LK/Schünemann § 26 Rz. 89).

**Konsequenz:** Der Vorsatz des Anstifters entfiel, da die vom Haupttäter ausgeführte Tat so vom Anstifter nicht gewollt war. Es läge dann nur eine versuchte Anstiftung zum versuchten Totschlag nach § 30 Abs. 1 StGB (Vorschrift lesen) und gegebenenfalls noch eine fahrlässige Körperverletzung für A vor.

- Nach *anderer Ansicht* ist für den Anstifter nur entscheidend, dass er den Täter zur Tötung *eines Menschen* bestimmt hat. Dies sei der im Gesetz geforderte tatbestandsmäßige Erfolg; dass der Haupttäter eine andere Person als die vom Anstifter beabsichtigte tötet, spiele keine Rolle. Der Anstifter trage genauso wie der Täter das Risiko der Personenverwechslung, sofern diese Verwechslung sich innerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung bewegt (BGHSt 37, 214; RG GA 7, 322; Fischer § 26 StGB Rz. 14; MK/Joeks § 26 StGB Rz. 84; Wessels/Beulke/Satzger AT Rz. 824/826; S/S/Heine/Weißer § 26 Rz. 26; Lubig in Jura 2006, 655; Puppe in NStZ 1991, 124; Streng in JuS 1991, 910; Geppert in Jura 1992, 167; Küpper in JR 1992, 294; Zieschang in ZStW 107, 365).

**Konsequenz:** Der Vorsatz des Anstifters A wird durch die Verwechslung des B nicht betroffen. A wäre nach dieser Variante wegen vollendeter Anstiftung zu der Haupttat des B zu bestrafen.

**Also:** Der Meinungsstreit beeinflusst wegen der unterschiedlichen Konsequenzen demnach den weiteren Lösungsweg und muss somit entschieden werden (machen wir gleich). Die vorliegende Geschichte und das aufgeworfene Problem um die Objektsverwechslung des Haupttäters sind übrigens tatsächlich schon fast 160 Jahre alt: Dahinter steckt nämlich der oberberühmte »Rose-Rosahl«-Fall aus dem Jahre 1859 (!), bei dem sich Folgendes zugetragen hatte: Ein Holzhändler aus Sachsen namens *Rosahl* versprach dem ihm bekannten Herrn *Rose* für einen Mord an einem Herrn *Schliebe* (die hießen alle wirklich so) eine hohe Belohnung. Herr *Rose* erschoss anschließend allerdings blöderweise und vor allem irrtümlich die falsche Person, nämlich den ahnungslosen Jugendlichen Herrn *Harnisch*, der dem Herrn *Schliebe* sehr ähnlich sah. **Problem:** Strafbarkeit des Herrn *Rosahl*? Das »Preußische Obertribunal« erklärte am 5. Mai 1859 den Irrtum des Herrn *Rose* im Hinblick auf das Tatobjekt für