



## REDEN IST SILBER

### PROF. DR. GEORG STEINBERG UND STUD. IUR. ANNABEL GAUL\*

#### SACHVERHALT

Gustav (G) vertraute dem Hugo (H) am 5.7. an, dass er den Jens (J) zu töten plane, indem er diesem am 7.7. vor dessen einsam gelegenem Haus bei dessen Nachhausekommen um 22.00 Uhr auflauern und ihn mit einem Gewehr erschießen werde. H erklärte, dass er das gut finde und den G in diesem Entschluss gern bestärke. G erwiderte hierauf, was H gut finde oder nicht, sei ihm, dem G, völlig egal.

H fühlte sich beleidigt. Er beschloss daher, dem G einen Streich zu spielen: Er verhinderte, dass J am Abend des 7.7. nach Hause ging, und richtete es stattdessen ein, dass Kuno (K) um 22.00 Uhr dorthin ging. Der auf der Lauer liegende G erkannte zunächst nicht, dass der Herankommende nicht J, sondern K war; G legte sein Gewehr an, entsicherte es, legte den Finger an den Abzug und wollte soeben den Schuss auslösen, als er die Personenverwechslung erkannte und innehielt. Der Schuss löste sich nicht; K blieb unverletzt; G lief schnell davon.

Prüfen Sie die Strafbarkeit von G und H mit Blick auf § 212 StGB.

#### ALLGEMEINE HINWEISE ZU FALL UND LÖSUNG

Diese Aufgabe hat der Erstautor im Sommersemester 2016 an der Universität Potsdam als

Abschlussklausur der Vorlesung „Strafrecht AT II“ gestellt. Bei der Frage, wie sich strafbar macht, wer das Opfer des nichtsahnenden Täters vorsätzlich austauscht, handelt es sich um einen „Klassiker“, nämlich eine Konstellation, die der Strafrechtswissenschaftler *Georg Theobald Alexander Graf zu Dohna-Schlodien* (1876–1944) entwickelt hat<sup>1</sup> und die seither (teils unter der Bezeichnung „Graf zu Dohna-Fall“) in der Strafrechtswissenschaft kontrovers diskutiert worden ist; auch wenn die Frage praktisch eher randseitig ist (betreffende Gerichtsentscheidungen sind nicht veröffentlicht), ist sie doch bedeutungsvoll, weil sie die Differenzen der verschiedenen Konzepte zu unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft plastisch aufzeigt. Vertretbar ist es, (unmittelbare) Nebentäterschaft, mittelbare Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe anzunehmen. Gutachterlich bearbeitet findet sich die Konstellation bereits in Fallsammlungen von *Wolters* und *Frister*; didaktische Problemeinführungen im Kontext des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB bieten etwa *Koch* und *Murmann*.<sup>2</sup>

Der klassische Fall ist hier dahingehend abgewandelt, dass der Schütze die Identitätsabweichung nach dem unmittelbaren Ansetzen bemerkt und daher die Tat nicht vollendet. Es war also zu prüfen, ob/wie sich der, der die Opfer austauscht, an diesem

\* Prof. Dr. Georg Steinberg ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Potsdam; Annabel Gaul arbeitet dort als studentische Hilfskraft.

<sup>1</sup> *Graf zu Dohna*, Übungen im Strafrecht und Strafprozessrecht, 3. Auflage 1929, Nr. 36 = S. 93.

<sup>2</sup> *Wolters*, Fälle mit Lösungen für Fortgeschrittene im Strafrecht, 2. Aufl. 2006, Fall 2 = S. 27 ff.; *Krüger*, in: *Frister* (Hg.), Die strafrechtliche Klausur, 1998, Fall 3 = S. 51 ff.; *Koch*, JuS 2008, S. 399 ff., 402; *Murmann*, JA 2008, S. 321 ff., 324.

Versuch der Tötung beteiligt. An der inhaltlichen Diskussion zum Graf-zu-Dohna-Fall ändert das nichts, aber der Aufbau wird komplizierter, so dass die Aufgabenstellung im Ganzen anspruchsvoll ist. Zu bewältigen ist sie nur mit einem klaren strukturellen Verständnis voneteiligungsformen und Versuch. Die folgende Musterlösung wäre nach dem vom Erstautor angelegten Maßstab mit der Höchstnote zu bewerten. Die Fußnoten geben lediglich Hinweise auf aktuelle Literatur zur Problemvertiefung; wäre der Fall als Hausarbeit gestellt, wäre in weit größerem Umfang – insbesondere die ältere – Literatur auszuwerten und anzuführen.

## MUSTERLÖSUNG

### A. STRAFBARKEIT DES G

#### I. Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 Var. 1 i.V.m. § 212 Abs. 1<sup>3</sup>

G könnte sich gem. § 30 Abs. 2 Var. 1 i.V.m. § 212 Abs. 1 strafbar gemacht haben, indem er dem H am 05.07. berichtete, er plane, den J zu töten.

Zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands müsste G sich zur Begehung eines Verbrechens bereiterklärt haben. § 212 Abs. 1 ist gem. § 12 Abs. 1 ein Verbrechen. Sich bereitzuerklären ist mehr als ein Verbrechen anzukündigen, nämlich das Unterbreiten eines Angebots zur Begehung eines Verbrechens, die von der Reaktion des Gesprächspartners abhängig gemacht wird. G erzählte dem H zwar von seinem Plan, den J zu töten, wobei ihm jedoch dessen Reaktion ersichtlich gleichgültig war. G erklärte sich demnach nicht bereit, das Verbrechen zu begehen, hat sich also nicht nach § 30 Abs. 2 Var. 1 i.V.m. § 212 Abs. 1 strafbar gemacht.

*Hinweis: Der Sachverhalt fordert die Einbeziehung des Gesprächs zwischen G und H in die gutachterliche Prüfung – nämlich bezüglich § 30 – ein; von dessen Varianten kommt hinsichtlich G als Täter nur § 30 Abs. 2 Var. 1 in Betracht. Ob die hiesige Konstellation von dieser Variante erfasst ist, ist strittig,<sup>4</sup> wobei aber die Kenntnis und Ausführung des Streits nicht erwartet wurden; wer – vertretbar – § 30 Abs. 2 Var. 1 als erfüllt ansieht, hat bei der das Gutachten abschließenden Klärung der Konkurrenz festzustellen, dass der Rücktritt von der Haupttat auch die Strafbarkeit wegen der Vorbereitungshandlung entfallen lässt; auf § 31 Abs. 1 Nr. 2 als gesonderte Rücktrittsregelung zu § 30 Abs. 2 Var. 1 wäre hier also wegen der Anwendung des § 24 nicht zurückzugreifen.*

<sup>3</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

<sup>4</sup> Im Ergebnis wie hier – mit näherer Begründung und Nachweisen zur Diskussion – etwa *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, Kap. 29 Rn. 38.

#### II. Strafbarkeit nach §§ 212 Abs. 1, 22

G könnte sich gem. §§ 212 Abs. 1, 22 strafbar gemacht haben, indem er den Finger an den Abzug seines Gewehrs legte.

*Hinweis: Üblicherweise wird zu § 22 im Obersatz § 23 Abs. 1 hinzuzitiert, und selbstverständlich können Sie das auch tun. Logisch zwingend kann das aber nicht gefordert werden, denn ob der Versuch strafbar ist, wird in der Vorprüfung separat geprüft, und bei Anordnung der Versuchsstrafbarkeit im BT (vgl. zum Beispiel § 242 Abs. 2) wird die betreffende Norm auch nicht im Obersatz mitzitiert.*

##### 1. Vorprüfung

Die Tat blieb mangels Tatbestandserfolgs, nämlich des Todes eines Menschen, unvollendet. Der Versuch ist strafbar gem. §§ 212 Abs. 1 a. E.,<sup>5</sup> 12 Abs. 1, 23 Abs. 1.

##### 2. Tatentschluss

G müsste zur Tat entschlossen gewesen sein, also Vorsatz hinsichtlich der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale gehabt haben. Vorsatz ist Wissen und Wollen.<sup>6</sup> G wollte J mittels des Schusses, also kausal töten. Nach seinem Tatplan wäre ihm der Tod auch objektiv zurechenbar, nämlich die Verwirklichung des durch den Schuss gesetzten rechtlich missbilligten Risikos gewesen. T war zur Tat entschlossen.

*Hinweis: Hätte G das Opfer erschossen, wäre im Rahmen der Prüfung des subjektiven Tatbestands zu klären, ob G einem vorsatzausschließenden Irrtum nach § 16 Abs. 1 mit Blick auf die Personenverwechslung unterlag; letztere wäre – in Abgrenzung zur aberratio ictus – als unbeachtlicher (nämlich nicht unter § 16 Abs. 1 zu subsumierender) error in persona aufgrund der dogmatischen Gleichwertigkeit der Opfer zu identifizieren. In der hiesigen Versuchskonstellation diese Diskussion im Rahmen der Prüfung des Tatentschlusses zu erörtern, wäre aber falsch, denn zu dessen Verwirklichung reichte der bei G zweifellos vorhandene Wille, einen Menschen zu töten, evident aus.*

##### 3. unmittelbares Ansetzen

G müsste unmittelbar angesetzt, also eine Handlung vollzogen haben, die nach seiner Vorstellung das Rechtsgut des Opfers bereits gefährdete, innerhalb derselben räumlichen und zeitlichen Sphäre mit dem Opfer und geplanten Taterfolg lag und ohne wesentliche Zwischenakte zur Tatbestandsverwirklichung

<sup>5</sup> Das heißt: „am Ende“, adressiert also die Strafdrohung.

<sup>6</sup> Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 64. Aufl. 2017, § 15 Rn. 3.

führen sollte; subjektiv müsste er die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los“ überschritten haben.<sup>7</sup> Den Finger an den Abzug zu legen, gefährdete wegen der Möglichkeit, dass sich ein Schuss löste, bereits das Leben des Opfers, G befand sich in räumlicher Nähe zu diesem, und zeitlich sollte die Tat sofort verwirklicht werden, nämlich mittels des die tödliche Wunde verursachenden Schusses, also auch ohne wesentliche Zwischenschritte. Auch subjektiv trat G mit dem Anlegen des Fingers an den Abzug des entschicherten Gewehrs ins Versuchsstadium ein. Er setzte also unmittelbar zur Tötung an.

*Hinweis: Auch wenn dieses Ergebnis unstrittig ist, ist der – komplexe – Begriff des unmittelbaren Ansetzens sorgfältig zu definieren und zu subsumieren.*

#### 4. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte rechtswidrig und schuldhaft.

#### 5. Rücktritt nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1

##### a. Anwendbarkeit der Norm

G könnte gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 zurückgetreten sein. Nach dem Wortlaut der Norm regelt sich der Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten nach § 24 Abs. 2. In Konstellationen, in denen ein Tatbeteiligter allein das Tatgeschehen in den Händen hält – wie in der hiesigen –, ist allerdings betreffend dessen Rücktritt sinnvoller Weise § 24 Abs. 1 anzuwenden (also die spezielle Rücktrittsform bei unbeendetem Versuch eröffnet).<sup>8</sup>

*Hinweis: Man kann demgegenüber auch § 24 Abs. 2 anwenden, wonach dann die Tataufgabe als Unterfall der Erfolgsverhinderung (vgl. § 24 Abs. 2 S. 1) erscheint, was – auch im hiesigen Fall – zum selben Ergebnis führt. Zulässig muss es angesichts dieses letzteren Faktums auch sein, die Frage offenzulassen, was indes den Aufbau komplizierter macht. Mangels Auswirkungen auf das Ergebnis sollte die Frage jedenfalls nicht breit diskutiert werden.*

##### b. kein Fehlschlag

Der Versuch dürfte nicht fehlgeschlagen sein. G müsste also geglaubt haben, dass er den Tatbestandserfolg ohne zeitliche und räumliche Zäsur noch herbeiführen konnte.<sup>9</sup> G glaubte, sein Opfer mittels des Schusses noch sofort töten zu können. Fraglich ist allerdings, wie es sich auswirkt, dass G in diesem Moment die Identität des Opfers erkannte, also nun davon ausgehen musste,

seinen ursprünglichen Plan, J zu töten, nicht mehr verwirklichen zu können. Nach dem Zweck, den G mit der Tatverwirklichung verfolgte, musste sie ihm jetzt sinnlos erscheinen, was man als Fehlschlag interpretieren kann.<sup>10</sup> Indes ist entsprechend der Definition des Begriffs Fehlschlag nicht danach zu fragen, ob der Täter glaubt, einen Tatbestand auf eine bestimmte Weise (hier: Identität des Opfers) verwirklichen zu können, sondern ob er glaubt, der Tatbestand sei überhaupt noch realisierbar.<sup>11</sup> Demnach ist ausschlaggebend, dass G die Verwirklichung des § 212 Abs. 1 auch nach Erkenntnis der wahren Opferidentität noch für möglich hielt; sein Versuch war also nicht fehlgeschlagen.

*Hinweis: Die ganz herrschende – also gut vertretbare – andere Auffassung interpretiert die Konstellation als Fehlschlag; der Mindermeinung wird hier gefolgt, um die gutachterlichen Konsequenzen vorzuführen.*

##### c. Rücktrittsverhalten

Das notwendige Rücktrittsverhalten hängt davon ab, ob der Versuch beendet oder unbeendet ist. Unbeendet ist er, wenn der Täter noch nicht alles zur Erfolgsherbeiführung Erforderliche getan zu haben glaubt.<sup>12</sup> G ging davon aus, dass für die Tötung des Opfers ein – von ihm noch nicht abgegebener – Schuss erforderlich war. Der Versuch war also unbeendet, so dass nach § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 die Tataufgabe ausreichte, dass also G nicht schoss. Dies tat er, vollzog also ein hinreichendes Rücktrittsverhalten.

##### d. Freiwilligkeit

G müsste freiwillig, also aufgrund von autonomen Motiven gehandelt haben. Zu fragen ist also danach, ob der Täter nach der aktuellen Situation aus seiner Sicht noch hinreichenden Entscheidungsspielraum hatte oder ob er zwingende Gründe zur Tataufgabe sah.<sup>13</sup> Zwar hatte sich, nachdem der Täter die wahre Identität des Opfers erkannt hatte, dadurch weder die Tatausführung erschwert noch das Entdeckungsrisiko erhöht. Ein hinreichender Entscheidungsspielraum fehlt aber auch dann, wenn sich die Tatausführung aus Tätersicht nach der geänderten Tatsituation als sinnlos erweist. Für G war die Identität des anvisierten Tötungsopfers wesentlich; daran, den K zu töten, hatte er keinerlei Interesse, so dass aus seiner Sicht die Tatausführung sinnlos war, sich die Tataufgabe also aufdrängte.

<sup>7</sup> Fischer (Fn. 6), § 22 Rn. 10.

<sup>8</sup> Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, 29. Aufl. 2014, § 24 Rn. 73; a. A. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 264.

<sup>9</sup> Fischer (Fn. 6), § 24 Rn. 7.

<sup>10</sup> Kühl (Fn. 8), § 16 Rn. 15; Fischer (Fn. 6), § 24 Rn. 8; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 8), § 24 Rn. 11.

<sup>11</sup> Frister (Fn. 4), Kap. 24 Rn. 21; ganz gegen die Figur des Fehlschlags Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 23 Rn. 18.

<sup>12</sup> Fischer (Fn. 6), § 24 Rn. 14.

<sup>13</sup> Kühl (Fn. 8), § 16 Rn. 55–60; Fischer (Fn. 6), § 24 Rn. 19.

G entschied daher nicht aus autonomen Motiven, sondern unfreiwillig. Er trat nicht strafbefreiend zurück.

*Hinweis: Wer diese Fallkonstellation nicht schon als fehlgeschlagenen Versuch interpretiert, sollte Unfreiwilligkeit annehmen; eine Strafbefreiung wegen Rücktritt zu bejahen wäre allenfalls mit ausführlicher Begründung noch vertretbar.*

## 6. Ergebnis

G hat sich gem. §§ 212 Abs. 1, 22 strafbar gemacht.

## B. STRAFBARKEIT DES H

### I. Strafbarkeit nach §§ 212 Abs. 1, 22, 27

H könnte sich gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 27 strafbar gemacht haben wegen seiner Erklärung, dass er den G in dem Plan, den J zu töten, gern bestärke.

*Hinweis: Der Sachverhalt fordert es, dass das Verhalten des H im Gespräch mit G als potentielle Beihilfe geprüft wird. Diese Prüfung zuerst durchzuführen, berücksichtigt die Chronologie und ist deshalb u. E. empfehlenswert. Zulässig ist es aber wohl auch, sich bei der Prüfungsreihenfolge an der Schwere der Beteiligungsform (bezogen auf diese Bezugstat: §§ 212 Abs. 1, 22 des G) zu orientieren, also – chronologisch springend – zuerst Täterschaft, dann Teilnahme zu prüfen.*

Die zur Verwirklichung des objektiven Tatbestands erforderliche vorsätzliche rechtswidrige Haupttat ist der versuchte Totschlag des G (s.o.). H müsste objektiv Hilfe geleistet, also die Haupttat psychisch oder physisch gefördert haben.<sup>14</sup> Mit seiner Erklärung, dass er den Plan des G gutheißt, könnte H eine psychische Beihilfe verwirklicht haben. Allerdings erfordert auch diese nach dem Wortlaut des § 27 Abs. 1 einen Erfolg (und die versuchte Beihilfe bleibt straflos, vgl. § 30), dass sich nämlich der Haupttäter bestärkt fühlt, was nach der Reaktion des G nicht zutraf. Mangels Erfolgs scheitert also die (vollendete) Beihilfe. H hat sich nicht gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 27 strafbar gemacht.

*Hinweis: Dass die versuchte Beihilfe straflos bleibt, ergibt sich nicht „im Umkehrschluss“ aus § 30 Abs. 1, sondern daraus, dass sie nirgends angeordnet ist (vgl. § 1). Das könnte in einer eigenen Prüfung kurz klargestellt werden, was aber nicht notwendig ist, da es angesichts der Gesetzeslage evident ist.*

### II. Strafbarkeit nach §§ 212 Abs. 1, 22

H könnte sich gem. §§ 212 Abs. 1, 22 strafbar gemacht haben, indem er den J davon abhielt, am 07.07. um 22.00 Uhr zu seinem Haus zu gehen, und den K veranlasste, zu dieser Zeit an diesen Ort zu gehen.

*Hinweis: Dass in dieser Konstellation „Vordermann“ und „Hintermann“ nebetäterschaftlich (also beide nach § 25 Abs. 1 Alt. 1) handeln, wird vertreten und sollte daher auch erörtert werden, und diese Erörterung sollte vor denen zu § 25 Abs. 1 Alt. 2 und § 25 Abs. 2 erfolgen, weil diese Normen Zurechnungsnormen sind (zugerechnet wird die Handlung des Tatmittlers bzw. Mittäters); der Zurechnung der Handlung eines anderen bedarf es aber nicht, wenn der Täter die Tat durch eine eigene Handlung (kausal und objektiv zurechenbar) verwirklicht.<sup>15</sup>*

#### 1. Vorprüfung

Die Tat blieb mangels Todeserfolg unvollendet. Der Versuch ist strafbar gem. §§ 212 Abs. 1 a. E., 12 Abs. 1, 23 Abs. 1.

#### 2. Tatentschluss

H müsste die Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 212 Abs. 1 gewollt haben. H wollte durch die genannten Handlungen den Tod des K kausal herbeiführen. Fraglich ist aber, ob ihm der Tod nach dem von ihm gewollten Tathergang auch objektiv zurechenbar gewesen wäre, ob sich also der Tod des K als die Verwirklichung des durch die Handlungen des H gesetzten rechtlich missbilligten Risikos erwiesen hätte. Zwar setzte H, indem er K an einen Ort sandte, an dem ein tötungsbereiter Schütze auf der Lauer lag, diesen der Gefahr der Erschießung aus, die sich nach dem Plan des H auch realisieren sollte. Demnach hätte H die Möglichkeit genutzt, durch die (versuchte) Tat eines anderen eigenständig eine Gefahr für das Leben des K zu setzen, hätte also nebetäterschaftlich nach § 25 Abs. 1 Alt. 1 gehandelt.<sup>16</sup>

Allerdings hätte, die Tatvorstellung des H zugrunde gelegt, womöglich der Umstand die objektive Zurechenbarkeit unterbrochen, dass es G gewesen wäre, der durch seinen Schuss den Tod des K unmittelbar herbeigeführt hätte. Die Handlung eines anderen wirkt zugunsten des Ersthandelnden zurechnungsunterbrechend, wenn sie freiwillig, insbesondere frei von wesentlichen Wissens- oder Willensmängeln erfolgt. Zwar wollte H, dass sich G über die Opferidentität irrte; dies wäre jedoch

<sup>15</sup> Andere Handhabung bei Wolters (Fn. 2), S. 51–53; Krüger (Fn. 2), S. 66–69.

<sup>16</sup> Vgl. Kudlich, Prüfe dein Wissen. Strafrecht Allgemeiner Teil, 2016, Fall 273 = S. 215.

<sup>14</sup> Kühl (Fn. 8), § 20 Rn. 214 f.

kein vorsatzausschließender Irrtum nach § 16 Abs. 1 in Form der aberratio ictus gewesen, sondern ein insoweit irrelevanter Identitätsirrtum (error in persona bei dogmatischer Gleichwertigkeit der Opfer), der demnach auch die Freiwilligkeit des Handelns des G nicht beeinträchtigt hätte. Auch aus der Perspektive, die nach den Verantwortungsbereichen der handelnden Person fragt, ist es der Schütze, der die Lebensgefahr schafft, dem also der (versuchte) Totschlag anzulasten ist, nicht derjenige, der das Geschehen durch Opferaustausch manipuliert. Das seitens H intendierte erfolgskausale Handeln des G hätte also zugunsten des H den objektiven Zurechnungszusammenhang unterbrochen. H hatte demnach keinen Vorsatz zur Realisierung des § 212 Abs. 1 als unmittelbarer Alleintäter.

### 3. Ergebnis

H ist nicht strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 22.

## III. Strafbarkeit nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2, 22

H könnte sich wegen derselben Handlungen nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 2, 22 strafbar gemacht haben.

*Hinweis: Akzeptiert muss es werden, wenn nun nicht die Mittäterschaft, sondern die mittelbare Täterschaft zuerst geprüft wird (einen logischen Vorrang der einen vor der anderen Beteiligungsform gibt es nicht). Der hier gewählte Aufbau hat aber den Vorteil, die Brisanz der Diskussion um die Möglichkeit mittelbarer Täterschaft im hiesigen Fall herauszustellen, indem bei der Erörterung (unten IV. 2.) bereits klar ist, dass H allenfalls nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 Täter sein kann, sonst höchstens Teilnehmer.*

### 1. Vorprüfung

Die Tat blieb unvollendet (s.o.); der Versuch ist strafbar (s.o.).

### 2. Tatentschluss

H müsste Vorsatz hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 212 Abs. 1 und der Zurechnungsvoraussetzungen nach § 25 Abs. 2 gehabt haben. H wollte, dass G den K kausal und objektiv zurechenbar tötete, also § 212 Abs. 1 objektiv verwirklichte. Voraussetzung für die Zurechnung der intendierten Tatverwirklichung seitens G nach § 25 Abs. 2 zu Lasten des H wäre aber jedenfalls ein gemeinsamer Tatplan gewesen,<sup>17</sup> an dem es fehlte, weil G, wie H wusste, keine Kenntnis davon hatte, dass H die Tatausführung mitzugestalten plante. Die Zurechnung nach § 25 Abs. 2 war also, die Sicht

des H zugrunde gelegt, ausgeschlossen. Zur mittäterschaftlichen Tötung war H nicht entschlossen.

*Hinweis: Korrekt, aber wenig elegant angesichts des evidenten Fehlens des gemeinsamen Tatplans ist es, zuvor die anderen Zurechnungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 2 (hinreichender Tatbeitrag/ Täterwille) zu prüfen.*

### 3. Ergebnis

H ist nicht strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 22, 25 Abs. 2.

## IV. Strafbarkeit nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22

H könnte sich wegen denselben Handlungen gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22 strafbar gemacht haben.

*Hinweis: Man beachte die Reihung der §§: Zu prüfen ist nicht etwa eine „mittelbare Täterschaft zum versuchten Totschlag“ (so etwas gibt es nicht), sondern ein versuchter Totschlag in mittelbarer Täterschaft. Zu wählen ist also auch hier der Versuchsaufbau.*

### 1. Vorprüfung

Die Tat blieb unvollendet (s.o.); der Versuch ist strafbar (s.o.).

### 2. Tatentschluss

Der Vorsatz des H müsste sich auf die Tötung in mittelbarer Täterschaft gerichtet haben, also auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 212 Abs. 1 durch den potentiellen Tatmittler K sowie auf die Zurechnungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 Alt. 2. H wollte, dass G den K kausal und objektiv zurechenbar tötete (s.o.).

Die Zurechnung nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 erfordert zunächst einen eigenen kausalen Tatbeitrag. H wollte, dass der konkrete Taterfolg, nämlich die Tötung des K, kausal dadurch eintrat, dass er, H, diesen veranlasste dorthin zu gehen; H wollte also den Erfolg kausal herbeiführen. Darüber hinaus müsste H Vorsatz bezogen auf ein Strafbarkeitsdefizit des G gehabt haben. H wollte zwar, dass G sich über die Identität des Opfers irrte, was aber dessen Strafbarkeit mangels Verwirklichung des § 16 Abs. 1 durch diesen error in persona (s.o.) nicht beeinträchtigt hätte. In Betracht kommt daher allenfalls eine Zurechnung nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 nach der Figur des „Täters hinter dem Täter“. Fraglich ist, ob diese allein auf den Irrtum des G über die Identität des Opfers gestützt werden kann.

Gegen die Interpretation dieser Konstellation als eine solche des Täters hinter dem Täter spricht die Unbeachtlichkeit des error in persona bezüglich der Strafbarkeit des Vordermanns. Der Vergleich zu den anderen irrumsbezogenen Fallgruppen

<sup>17</sup> Vgl. Fischer (Fn. 6), § 25 Rn. 33.

des Täters hinter dem Täter belegt dies, denn dort (beim graduellen Tatumstandsirrtum, Irrtum über die Schwere der Begehungsform, vermeidbaren Verbotsirrtum) ordnet das Gesetz zumindest eine täterprivilegierende Berücksichtigung des Irrtums im Rahmen der Strafzumessung an. Hingegen wirkt sich der Identitätsirrtum auf die Strafbarkeit des Täters in keiner Weise aus, so dass keinerlei strafrechtsdogmatisch sich manifestierendes Defizit bei diesem besteht, auf das sich die Tatherrschaft stützen ließe. Man kann daher argumentieren, dass es zu weit führt, § 25 Abs. 1 Alt. 2 auf diese Konstellation auszudehnen, und dass sachlich angemessen die akzessorische Haftung nach §§ 26, 27 ist, da der Täter hier keine eigene Tat verwirklicht.<sup>18</sup> Demnach wäre H nicht gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22 strafbar.

Dem ist aber nicht zu folgen. Konform mit dem Wortlaut des § 25 Abs. 1 Alt. 2 und entsprechend seinem Zweck kann auch ein die Strafbarkeit des Täters unberührt lassender Irrtum Basis mittelbarer Täterschaft sein. Betreffend den Irrtum über die Opferidentität ist nämlich zu bedenken, dass diese zentraler Umstand der Tötung ist; wer hierüber entscheidet, bestimmt den sozialen Sinngehalt der Tat, beherrscht diese also insoweit und macht sie sich hierdurch zu eigen. Die Tat ist dann, auch wenn ein anderer den Tod des Opfers unmittelbar herbeiführt, das „Werk“ des steuernden Hintermanns.<sup>19</sup> H wäre also, seinen Tatplan zugrunde gelegt, Täter hinter dem Täter gewesen, war also zur Tötung des K in mittelbarer Täterschaft entschlossen.

### 3. unmittelbares Ansetzen

H müsste unmittelbar angesetzt haben. Wann der mittelbare Täter unmittelbar ansetzt, ist strittig; Einigkeit besteht indes insofern, als das unmittelbare Ansetzen des Tatmittlers hierfür ausreicht,<sup>20</sup> so dass mit dem unmittelbaren Ansetzen des G (s.o.) auch H unmittelbar ansetzte.

### 4. Rechtswidrigkeit und Schuld; kein Rücktritt

H handelte rechtswidrig und schuldhaft. Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt bestehen nicht.

### 5. Ergebnis

H ist strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22.

*Hinweis: Wird – wie hier vorgeführt – die Konstellation des vorsätzlichen Opferaustauschs als mittelbare Täterschaft interpretiert, so erübrigt es sich zu prüfen, ob etwa auch Anstiftung oder Beihilfe verwirklicht sind, denn diese treten jedenfalls als schwächere Formen der Beteiligung an derselben Haupttat hinter der mittelbaren Täterschaft zurück.*

*Wenn Sie H weder als unmittelbaren noch als mittelbaren Täter einstufen, müssen Sie im Weiteren bezogen auf dieselben Handlungen des H die Strafbarkeit wegen Anstiftung zur versuchten Tötung schulmäßig prüfen. Objektiv ist die versuchte Tötung seitens G vorsätzliche rechtswidrige Haupttat. Nach herrschender Auffassung bedarf die Anstiftung aber objektiv der Bestimmung des anderen zur Tat mittels Aufnahme intellektuellen Kontakts (das Herstellen einer günstigen Gelegenheit reicht nicht aus),<sup>21</sup> woran es hier fehlt, woran also hier der objektive Tatbestand der Anstiftung scheitert. (Hier objektiv ein Bestimmen anzunehmen, ist nur bei modifizierter Bestimmens-Definition und mit guter Begründung vertretbar.)*

*Sodann ist die Beihilfe des H am versuchten Totschlag zu prüfen. Zu dieser objektiven vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat leistete H Hilfe, was kurz zu begründen ist: Man kann zwar argumentieren, dass das Austauschen der Opfer die von G geplante Tat, den J zu töten, nicht förderte, sondern im Gegenteil vereitelte.<sup>22</sup> Die Argumentation missachtet aber, dass die Haupttat, zu der H durch das Hinlenken des K Hilfe leistete, der versuchte Totschlag des G an dem von ihm anvisierten Opfer war (unabhängig davon, dass dessen Identität nicht dem Plan des G korrespondierte).<sup>23</sup> Subjektiv erfordert die Beihilfe zur versuchten Haupttat Vorsatz – überschießend – auf deren Verwirklichung, daneben Vorsatz auf das Hilfeleisten; beides realisierte H und handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.*

## C. GESAMTERGEBNIS

G ist strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 22.

H ist strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22.



<sup>18</sup> Schild, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hg.), Nomos-Kommentar StGB, 4. Aufl. 2013, § 25 Rn. 118; Koch, JuS 2008, S. 399 ff., 402.

<sup>19</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2003, § 25 Rn. 102 f.; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder (Fn. 8), § 25 Rn. 24; Frister (Fn. 4), Kap. 27 Rn. 14.

<sup>20</sup> Fischer (Fn. 6), § 22 Rn. 24–27.

<sup>21</sup> Vgl. Roxin (Fn. 19), § 26 Rn. 74–76.

<sup>22</sup> Roxin (Fn. 19), § 25 Rn. 104.

<sup>23</sup> Vgl. Schild, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 18), § 25 Rn. 118.