

### **Fall 26: Das Opfer ist manchmal der Gärtner**

Frederike F. ist reich, aber unglücklich verheiratet. Eine Scheidung wäre für sie mit erheblichen finanziellen Nachteilen verbunden; zudem besteht Anlass zu der Befürchtung, dass ihr Mann M auch in Zukunft erhebliche Summen am Spieltisch verlieren wird. F ist nicht gewillt, dieser Entwicklung tatenlos zuzusehen. In der Absicht, sich mit der ihr zufallenden Erbschaft ein schönes Leben zu machen, beschließt sie den Tod des M. Um nicht selbst in Verdacht zu geraten, wendet sie sich an ihren Bruder B, der in der Firma ihres Mannes als Buchhalter tätig ist. Zwischen B und M gab es schon öfters schwere Auseinandersetzungen, da B zwar – ebenso wie M – über seine Verhältnisse lebt, anders als dieser aber kein eigenes Vermögen zur Finanzierung seiner Eskapaden hat. Der Wahrheit zuwider erzählt F dem B, M habe die von B begangenen Unterschlagungen von Firmengeldern entdeckt und sei fest entschlossen, den B in der kommenden Woche aus der Firma zu werfen und bei der Polizei Anzeige zu erstatten; es bleibe für B nur noch das Wochenende, um die Katastrophe abzuwenden.

B grübelt verzweifelt, wie er seine Entlassung und eine nachfolgende Bestrafung verhindern kann. Da er weiß, dass die F das ganze Wochenende bei einer Freundin verbringt, begibt er sich am Samstagabend zum Anwesen der Eheleute und wartet auf das Eintreffen des M. Nachdem dieser von einem Golfturnier nach Hause zurückgekehrt ist, wartet B ca. 20 Minuten auf der Straße – unschlüssig, was er nun tun soll. Schließlich klettert er über die Gartenmauer und dringt durch das offene Kellerfenster in das Haus ein. Im Keller hört er Geräusche; er bemerkt, dass jemand in der Sauna hantiert. In der sicheren Annahme, dass es sich hierbei um den M handeln könne, verriegelt B die Saunatüre von außen und erhöht die Temperatur bis zur Höchstgrenze. Er geht davon aus, dass M in der Hitze eines qualvollen Todes sterben werde, was ihm als „Strafe“ für alle in der Vergangenheit durch seinen Widersacher erlittenen „Demütigungen“ gerade recht ist. In Wahrheit kommt in der Sauna allerdings nicht M, sondern sein im angrenzenden Gartenhaus wohnender Gärtner G zu Tode, der in der Sauna seine Erkältung bekämpfen wollte und fest geglaubt hatte, auch M werde das Wochenende nicht zu Hause verbringen. M hingegen saß während der ganzen Zeit in der Bibliothek bei einem spannenden Buch und einem guten Glas Wein.

Strafbarkeit von F und B ? Strafanträge sind nicht (!) gestellt.

#### **Lösung:**

*(Lösung nach Sowada, Jura 1994, 37 ff., Lösung modifiziert)*

#### **A. Strafbarkeit des B**

##### **I. Strafbarkeit nach §§ 212 I, 211 StGB**

B kann sich dadurch, dass er den G in der Sauna einschloss und die Temperatur bis zur Höchstgrenze erhöhte, nach §§ 212 I, 211 StGB strafbar gemacht haben.

##### **1. Objektiver Tatbestand**

**a.** Mit dem Tod des G ist der tatbestandsmäßige Erfolg eingetreten. Hierfür stellte das Einschließen und Erhöhen der Temperatur durch B eine Bedingung dar, die nicht hinweggedacht werden könnte, ohne dass der eingetretene Erfolg - der Tod des G - entfiel. Damit ist das Handeln des B für den Tod des G kausal; ferner realisierte sich in dem Taterfolg auch die von B geschaffene missbilligte Gefahr, so dass auch die objektive Zurechnung des Erfolgs gegeben ist.

**b.** B könnte zudem ein Mordmerkmal verwirklicht haben. In Betracht kommt die Verwirklichung des Mordmerkmals der Heimtücke. Heimtücke ist die bewusste Ausnutzung der auf Arglosigkeit beruhenden Wehrlosigkeit des Opfers. Arglos ist, wer sich zum Zeitpunkt der Tat keines Angriffs von Seiten des Täters versieht (vgl. *Lackner/Kühl*, 25. Aufl., § 211 Rn. 7) und wehrlos, wer infolge seiner Arglosigkeit in seiner natürlichen Abwehrbereitschaft und –fähigkeit eingeschränkt ist (*Lackner/Kühl*, 25. Aufl., § 211 Rn. 8). Da der G sich bei seinem Aufenthalt in der Sauna keines Angriffs auf seinen Körper versah,

war er arglos; auf dieser Arglosigkeit beruhte zugleich seine Wehrlosigkeit gegenüber dem Anschlag des B. Wäre die Heimtücke-Definition damit an sich erfüllt, so ist zu berücksichtigen, dass Mord mit lebenslanger Freiheitsstrafe eine absolute Strafandrohung enthält, so dass aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eine restriktive Auslegung der Mordmerkmale geboten ist (BVerfGE 45, 187 ff.). Dem wird bei der Heimtücke in der Weise nachgekommen, dass die Rechtsprechung ein Vorgehen in feindlicher Willensrichtung fordert (BGHSt (GS) 9, 390 (394) und BGHSt (GS) 30, 105 (115 f.)), die zu bejahen wäre, während im Schrifttum ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch als zusätzliches Kriterium gefordert wird (*Otto*, BT, 6. Aufl., § 4 Rn. 25 und *Jakobs*, JZ 1984, 996 (997)). Gegen letzteres spricht aber, dass hierdurch der typische Fall des Meuchelmörders gerade nicht mehr unter die Heimtücke fallen würde, eine Bevorteilung gegenüber Taten innerhalb der Familie, für die keine Rechtfertigung ersichtlich ist. Gerade diese Taten sind eher strafwürdiger als jene, die mit besonderer Emotionalität geprägt sind, wie auch der vorliegende Fall verdeutlicht. Da B in feindlicher Willensrichtung handelte, erfolgte die Tötung des G durch B somit objektiv heimtückisch.

c. Des Weiteren könnte das Mordmerkmal der Grausamkeit erfüllt sein. Grausam handelt, wer dem Opfer aus einer gefühllosen, unbanhherzigen Gesinnung besondere Schmerzen oder Qualen zufügt (*Lackner/Kühl*, 25. Aufl., § 211 Rn. 10). Bei lebensnaher Betrachtung ist davon auszugehen, dass ein in der Sauna befindlicher Mensch, wenn die Hitze unerträglich wird, Anstrengungen unternimmt, um entweder die Temperatur zu verringern oder die Sauna zu verlassen. Wird ihm in dieser Situation deutlich, dass er eingesperrt und damit hilflos seinem Schicksal preisgegeben ist, so erleidet er einen besonders qualvollen Tod. Auch das Mordmerkmal „grausam“ ist somit objektiv gegeben.

## **2. Subjektiver Tatbestand**

Fraglich ist jedoch, ob B vorsätzlich handelte. Vorsatz ist das Wissen um die Elemente des objektiven Tatbestandes und der Wille, diesen zu verwirklichen.

a. Zweifel ergeben sich bezüglich des Tötungsvorsatzes aus dem Umstand, dass B nicht den G, sondern den M töten wollte. Hierbei ist allerdings von Bedeutung, dass B jene Person tötete, die er in der Sauna gehört hatte. Der Irrtum des B betrifft somit ausschließlich die Identität des Opfers; hiervon unabhängig trifft er aber genau das Tatobjekt, auf das er sein Vorhaben konkretisiert hat. Diese gemeinhin unter dem Stichwort des „error in persona“ behandelte Fehlvorstellung ist somit rechtlich unbeachtlich, sofern - wie es vorliegend der Fall - das konkrete Zielobjekt und jenes Objekt, das der Täter zu verletzen trachtete, in Ansehung des betreffenden Tatbestandes als rechtlich gleichwertig erscheinen (vgl. *Wessels/Beulke*, AT, 34. Aufl., Rn. 247 ff.). Für diese Beurteilung ist maßgeblich, dass für den Tatvorsatz allein die Individualisierung im Sinne des regelmäßig auf sinnlicher Wahrnehmung beruhenden Anvisierens von Bedeutung ist, während die Identität des Opfers lediglich die Motivation des Täters betrifft und insoweit den Tatvorsatz unberührt lässt. B tötete den G somit vorsätzlich.

b. Bei seiner Tötung des G handelte B ferner mit Vorsatz bezüglich der die Mordmerkmale der „Heimtücke“ und der „Grausamkeit“ begründenden Umstände. Die Billigung der besonderen Qualen als „Strafe“ offenbart zugleich die besonders gefühllose und unbarmherzige Gesinnung des B. Dass dieser „Strafcharakter“ von B auf die Person des M bezogen wurde, ist unter dem Gesichtspunkt des „error in persona“ gleichfalls unbeachtlich; maßgeblich ist insoweit, dass B den qualvollen Tod der in der Sauna wahrgenommenen Person wollte.

c. Angesichts seiner Motivation, sich der Bestrafung wegen der von ihm begangenen Unterschlagungen zu entziehen, handelte B schließlich in Verdeckungsabsicht. Bei diesem rein subjektiven Mordmerkmal ist die Personenverwechslung ebenso unerheblich wie der Umstand, dass dem B mangels Entdeckung seiner Vermögensstraftaten durch M zum Zeitpunkt der Tötungshandlung objektiv gar keine Strafverfolgung drohte (vgl. *Sch/Schr/Eser*,

StGB, § 211 Rn.33).

### **3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Mangels des Vorliegens von Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen geschah die Tat rechtswidrig und schuldhaft.

### **4. Ergebnis**

B hat sich damit nach §§ 212 I, 211 StGB strafbar gemacht.

## **II. Strafbarkeit nach §§ 223 I, 224 I Nr. 5 StGB**

In dem Verriegeln der Saunatur und der Erhöhung der Temperatur liegt zugleich eine üble, unangemessene Behandlung des G sowie das Hervorrufen eines pathologischen Zustands, so dass B den objektiven Tatbestand des § 223 I StGB sowohl in der Alternative der körperlichen Misshandlung als auch der Gesundheitsbeschädigung verwirklicht hat. Ferner ist eine das Leben gefährdende Behandlung gemäß § 224 I Nr. 5 StGB gegeben. Insoweit die Körperverletzung ein notwendiges Durchgangsstadium der Tötung ist, liegt im Tötungsvorsatz zugleich ein Körperverletzungsvorsatz (Einheitslehre, vgl. BGHSt 16, 122 und BGHSt 41, 10 (14)), so dass B auch vorsätzlich handelte. Die Tat geschah zudem rechtswidrig und schuldhaft, so dass sich B nach §§ 223 I, 224 I Nr. 5 StGB strafbar gemacht hat. Für eine Bestrafung wegen der einfachen Körperverletzung fehlt es jedoch an dem nach § 230 Abs. 1 StGB erforderlichen Strafantrag.

## **III. Strafbarkeit nach § 227 StGB**

Die von B begangene vorsätzliche Körperverletzung hat zudem unmittelbar den Tod des G herbeigeführt, so dass B, der hinsichtlich des Todes aufgrund seines Vorsatzes auch „wenigstens fahrlässig“ handelte (§ 18 StGB) sich sogar nach § 227 StGB strafbar gemacht hat.

## **IV. Strafbarkeit nach § 239 I, IV StGB**

Durch das Verriegeln der Saunatur hat B den G zudem vorsätzlich eingesperrt. Da er hierdurch zugleich unmittelbar den Tod des G vorsätzlich herbeigeführt hat, liegen auch die Voraussetzungen der in § 239 IV StGB normierten Erfolgsqualifikation vor, so dass sich B nach § 239 I, IV StGB strafbar gemacht hat.

## **V. Strafbarkeit nach § 123 I StGB**

B ist zwar in das umfriedete Besitztum des Gartens und in die Wohnung der Eheleute vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft eingedrungen. Der für eine Bestrafung nach § 123 II StGB erforderliche Strafantrag fehlt jedoch.

## **VI. Konkurrenzen**

Die Körperverletzungsdelikte treten als subsidiäre Durchgangsdelikte hinter den vorsätzlichen Tötungsdelikten zurück. Der Totschlag wird vom Mord im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität) verdrängt. Im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsgüter besteht zur Freiheitsberaubung eine Idealkonkurrenz. Um den Todeserfolg jedoch nicht unzulässigerweise doppelt in Ansatz zu bringen, tritt der § 239 IV StGB hinter den Mord zurück.

## **VII. Ergebnis**

B hat sich damit nach §§ 211, 239 I; 52 I StGB strafbar gemacht.

## **B. Strafbarkeit der F**

### **I. Strafbarkeit nach §§ 212 I, 211, 25 I Var. 2 StGB**

Indem F den B auf die vermeintliche Aufdeckung seiner Unterschlagung hingewiesen und ihn nur noch Zeit für das Wochenende zur Bereinigung gegeben hat, worauf B den M umgebracht hat, kann sich F nach §§ 212 I, 211, 25 I Var. 2 StGB strafbar gemacht haben.

Mit dem Tod des M ist der tatbestandsmäßige Erfolg eingetreten. Dieser wurde unmittelbar durch eine Handlung des B hervorgerufen, so dass F einzig für die Tötung bestraft werden könnte, wenn ihr die Handlung des B zugerechnet würde. Dies könnte über § 25 I Var. 2 StGB erfolgen, wenn F den B als ihr „menschliches Werkzeug“ zur Tötung benutzt hat. Zwar hat F den B darüber getäuscht, dass dessen Unterschlagungen von M aufgedeckt worden seien; dieser Irrtum betrifft aber einzig das Motiv der Tötung durch B, so dass bei B kein „deliktischer Defekt“ vorgelegen hat. Insoweit auch keine Tatherrschaft der F nach den Grundsätzen des „Täters hinter dem Täter“ (etwa Organisationsherrschaft, vermeidbarer Verbotsirrtum, inszenierter error in persona) ersichtlich ist – F hatte während der Ausführung die Tat zu keiner Zeit in der Hand –, scheidet eine mittelbare Täterschaft der F aus.

## **II. Strafbarkeit nach §§ 212 I, 211, 26**

Indem die F den B auf die vermeintlich bevorstehende Aufdeckung seiner Unterschlagungen hingewiesen hat und er G umbringt, kann sie sich aber nach §§ 212 I, 211, 26 StGB strafbar gemacht haben.

### **1. Objektiver Tatbestand**

**a.** Mit dem von B begangenen Mord liegt eine teilnahmefähige Haupttat vor.

**b.** Zu dieser Tat müsste F den B bestimmt haben. Unter dem Begriff des „Bestimmens“ in § 26 versteht man das Hervorrufen des Tatentschlusses, wobei überwiegend ein geistiger Kontakt zwischen Anstifter und Täter für erforderlich gehalten wird (vgl. zum Streitstand Sch/Schr/Cramer/Heine, 26. Aufl., § 26 Rn. 4). Das Vorspiegeln der Aufdeckung der Unterschlagungen durch M bildet den maßgeblichen Anlass zur Tatbegehung durch B; hätte F nicht gelogen, hätte B den G nicht in der Annahme getötet, es handele sich um M. F ist mithin durch ihre psychische Beeinflussung für das Entstehen des Tatentschlusses bei B kausal geworden. Bedenken könnten sich jedoch daraus ergeben, dass F den B nicht ausdrücklich zur Tötung des M aufgefordert hat; sie hat hiermit – bildlich gesprochen – den Keim zur Tat eingepflanzt, der schließlich in der Person des B zum Tatentschluss heranreifte. Im Schrifttum (insbes. *Puppe*, GA 1984, 101 (111 ff.)) wird teilweise die Ansicht vertreten, eine Anstiftung sei im Hinblick auf die tätergleiche Strafdrohung nur dann anzunehmen, wenn Anstifter und Täter die Tatbegehung durch den Täter vereinbaren. Verlangt man in diesem Sinne einen „kollusiven Unrechtspakt“ zwischen Täter und Anstifter, so wäre eine Anstiftungsstrafbarkeit der F vorliegend zu verneinen. Auf der anderen Seite ist aber zu bedenken, dass mehrere Autoren (so *Lackner/Kühl*, 25. Aufl., § 26 Rn. 2, *Bloy*, Beteiligungsform als Zurechnungstypus, S. 328 f. und *Blei*, AT, 18. Aufl., S. 285) auf das Erfordernis eines geistigen Kontakts zwischen Anstifter und Täter verzichten und diese Entscheidung damit begründen, dass auch das bewusste Schaffen einer zur Tatbegehung anreizenden Situation als besonders subtile und raffinierte Form der Tatveranlassung von § 26 erfasst werden sollte. Vor diesem kriminalpolitischen Hintergrund erscheint die von der herrschenden Meinung vertretene, zwischen diesen Extrempositionen angesiedelte Auffassung vorzugswürdig, wonach einerseits zwar über die rein kausale Verursachung an dem einschränkenden Erfordernis des psychischen Kontakts festzuhalten ist, andererseits aber eine weitergehende Kollusion nicht gefordert werden kann. Auf dieser Grundlage ist ein Bestimmen seitens der F vorliegend zu bejahen.

### **2. Subjektiver Tatbestand**

Dies müsste F vorsätzlich verwirklicht haben, also sowohl Vorsatz hinsichtlich der Vollendung der Haupttat als auch hinsichtlich des Bestimmens.

**a.** Zweifelhaft ist hierbei zunächst fraglich, ob F den notwendigen Vorsatz bezüglich der Vollendung der konkreten Tat hatte.

**aa.** Hierbei ist zunächst fraglich, ob der Vorsatz der F auf eine hinreichend bestimmte Haupttat gerichtet ist. Derartige Zweifel resultieren daraus, dass F sich zwar die Tötung des M vorstellt, dass sie sich aber keine Vorstellung über die näheren Umstände der Tatbegehung macht. Immerhin ist zu bedenken, dass bei Tötungsdelikten die Person des Opfers das herausragende Konkretisierungsmerkmal darstellt (zur hinreichenden Bestimmung der Angriffsrichtung durch Individualisierung des Tatobjekts siehe *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz, S. 216 ff.); im Vergleich hierzu erscheinen die sonstigen Tatmodalitäten als bloße Randfaktoren. Wollte man einen Vorsatz des Anstifters auch bezüglich derartiger Neben- aspekte fordern, so unterfiele beispielsweise auch derjenige nicht dem § 26, der einen Killer anheuert, ihm aber bei der Tatbegehung völlig freie Hand lässt und hierüber auch nicht informiert zu werden wünscht. Es muss daher sogar genügen, wenn der Anstifter den Täter zu irgendwelchen, nur der Gattung oder dem Tatbestand nach umschriebenen Handlungen veranlasst (BGHSt 34, 63 (65)); ein „umrisshaftes Tatbild“ beim Anstifter genügt (*Geppert*, Jura 1997, 358 (359 f.) und *Tröndle/Fischer*, 52. Aufl., § 26 Rn. 6). Die Vorstellung der F, der B werde im Laufe des Wochenendes den M töten, genügt somit den an den Anstiftervorsatz zu stellenden Bestimmtheitsanforderungen.

**bb.** Möglicherweise ist der Anstiftervorsatz der F jedoch deshalb zu verneinen, weil sich die von B begangene Haupttat objektiv nicht gegen M, sondern gegen G richtet. Die Frage, welche Auswirkungen der „error in persona“ des Täters für die Strafbarkeit des Anstifters hat, ist seit der *Rose/Rosahl*-Entscheidung des Preußischen Obertribunals (PrObTr, GA 7, 322; vgl. hierzu auch die „*Hoferben*“-Entscheidung BGHSt 37, 214 ff. sowie *Geppert*, Jura 1992, 163 ff.) sehr umstritten. Nach einer - insbesondere von der Rechtsprechung vertretenen - Ansicht ist der Identitätsirrtum des Handelnden auch für den Anstifter grundsätzlich als unbeachtlicher „error in persona“ zu qualifizieren. Demgegenüber wird vielfach auch die Auffassung vertreten, der unbeachtliche Objektsirrtum des Täters sei für den Hintermann als „*aberratio ictus*“ zu behandeln. Uneins ist man allerdings, ob als Konsequenz dieser Sichtweise eine Strafbarkeit wegen einer Anstiftung zum Versuch (§§ 212 I, 211, 22, 26 StGB) oder wegen einer versuchten Anstiftung (§ 30 I in Verbindung mit § 211 StGB) – - jeweils gegebenenfalls in Tateinheit mit einer fahrlässigen Erfolgsverursachung – anzunehmen ist. Angesichts dieses Meinungsstandes käme eine Anstiftung der F zum vollendeten Totschlag nur auf der Grundlage der Unbeachtlichkeitstheorie in Betracht. Für diese Ansicht wird angeführt, dass sich ungeachtet der Personenverwechslung der Strafgrund der Teilnahme - nämlich der mittelbare Angriff auf ein auch dem Teilnehmer gegenüber geschütztes Rechtsgut - realisiere.

Diese Begründung erscheint jedoch unzulänglich; denn aus dem Vorliegen der objektiven Anstiftungsvoraussetzungen lässt sich nicht eine Nivellierung der subjektiven Anforderungen ableiten. Zirkulär wäre es auch, wollte man die Unbeachtlichkeit des Objektsirrtums mit der gegen den Anstifter gerichteten tätergleichen Strafdrohung begründen. Hierbei würde verkannt, dass diese Rechtsfolge gerade erst dann eintritt, wenn alle an die Anstiftung zu stellenden Anforderungen im Einzelfall erfüllt sind. Für die einheitliche Beurteilung von Täter und Anstifter lässt sich immerhin darauf verweisen, dass es ungerecht erschiene, wenn der Hintermann das Irrtumsrisiko durch die Einschaltung eines anderen auf diesen abwälzen könnte. Dies gilt umso mehr, als der Anstifter häufig wegen unzureichender Identifizierungsvorgaben für die Personenverwechslung durch den Täter mitverantwortlich ist.

Allerdings lassen sich gegen die Beurteilung als „error in persona“ auch für den Anstifter erhebliche Einwände vorbringen. So wird argumentiert, die Verneinung einer Anstifterstrafbarkeit in den Fällen des *agent provocateur* zeige, dass der Anstiftervorsatz nicht akzessorisch sei; es komme also nicht darauf an, ob der Anstifter den Tätervorsatz kennt und billigt, sondern es bedürfe eines eigenen Tatvollendungswillens des Anstifters. Ebenso genüge es in der hier interessierenden Fallkonstellation nicht, dass der Anstifter Kenntnis von

dem (ungeachtet des „error in persona“ bestehenden) Vorsatz des Täters habe; vielmehr sei die Irrtumsproblematik unmittelbar auf die Person des Anstifters zu beziehen. Aus seiner Sicht stelle sich das Geschehen aber als das dem Abirren eines mechanischen Werkzeugs durchaus vergleichbare Fehlgehen der Tat dar, so dass eine den Regeln der „aberratio ictus“ entsprechende Problemlösung angemessen erscheine. Hierfür spricht ferner der Vergleich mit dem Exzess des Täters, der nach einhelliger Ansicht einer Zurechnung des Täterhandelns entgegensteht. Wird aber der Anstifter durch eine vorsätzliche Überschreitung des Tatplans nicht belastet, so sei nicht einzusehen, dass er in den Fällen des „fahrlässigen“ Exzesses uneingeschränkt für den verursachten Erfolg verantwortlich sein soll. Es kommt hinzu, dass die Unbeachtlichkeitstheorie in erhebliche Schwierigkeiten gerät, sofern der Täter seinen Irrtum bemerkt und anschließend sein Missgeschick in der Weise korrigiert, dass er zusätzlich die Tat gegenüber dem eigentlich beabsichtigten Tatopfer begeht. Würde der Täter erst nach mehreren Fehlschlägen sein Ziel erreichen, so wäre es grob unbillig, wollte man den Anstifter für das ganze Gemetzel zur Verantwortung ziehen. Diesem sog. „Blutbad-Argument“ versuchen die Anhänger der Unbeachtlichkeitstheorie dadurch zu entgehen, dass sie die Zurechnung nur bis zum ersten Fehlschlag befürworten, jenseits dieser Grenze den Anstiftervorsatz hingegen für verbraucht erklären. Doch abgesehen von der Ungereimtheit, dass der Anstifter dann für die Tat an dem ungewollten Opfer bestraft wird, für die zweite, an dem tatsächlich gemeinten Opfer begangene Tat aber straflos bleibt, verbleiben ungerechte Ergebnisse in jenen Fällen, in denen der erste Fehlschlag nur zur Verletzung, nicht aber zur Tötung des Opfers führt, während die „Nachbesserung“ gegenüber dem ursprünglich beabsichtigten Tatopfer mit dessen Tod endet. Die an sich gebotene Anstiftung wegen Totschlags wäre mit der Unbeachtlichkeitstheorie nicht zu begründen; vielmehr bliebe es bei einer Anstiftung zum Tötungsversuch (möglicherweise - bei Bejahung der Vorhersehbarkeit – neben einer täterschaftlichen fahrlässigen Tötung).

Aus den genannten Gründen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der „error in persona“ des Haupttäters für den Anstifter ein Fehlgehen der Tat zumindest dann bedeutet, wenn der Anstifter das zu treffende Opfer dem Haupttäter gegenüber hinreichend konkretisiert hat. Hat er hingegen nur eine lose Beschreibung gegeben, so hat er in seinen Vorsatz die Irrtumsmöglichkeit aufgenommen und damit ein mögliches Irren des Haupttäters mitzuverantworten (vgl. zu dieser Differenzierung BGHSt 37, 214 (217 ff.)). Insofern ist aus der Sicht der F zu berücksichtigen, dass der B den M persönlich kennt; umgekehrt war es für F nicht vorhersehbar, dass sich G (seinerseits infolge eines Irrtums über die Anwesenheit des M und somit quasi „heimlich“) in der Sauna ihres Hauses aufhalten würde. Unter Berücksichtigung dieser besonderen Umstände ist somit ein beachtlicher Irrtum der F anzunehmen.

### **3. Ergebnis**

F hat sich somit nicht nach §§ 212 I, 211, 26 StGB strafbar gemacht.

## **II. Strafbarkeit nach §§ 212 I, 211, 22, 26 StGB**

Als Folge des bei F bestehenden beachtlichen Irrtums bezüglich des Opfers der Haupttat könnte man einerseits an eine Bestrafung der F nach §§ 212 I, 211, 22, 26 StGB denken. Diese Auffassung wäre im Hinblick auf die Akzessorietät der Teilnahme jedoch nur dann zutreffend, wenn auch eine diesbezügliche Haupttat vorläge. Dies hängt davon ab, ob man die Tatausführung am falschen Objekt zugleich als Versuchsbeginn am richtigen Tatobjekt ansehen kann. Wie jedoch die Strafbarkeit des B zeigt, wird der Täter ausschließlich wegen einer vollendeten Tat, nicht etwa zusätzlich wegen eines weiteren Versuchs bestraft. Diese Beurteilung ist auch für die Anstifterstrafbarkeit entscheidend. Mangels einer entsprechenden Haupttat scheidet eine Anstiftung der F zum Mordversuch somit aus (vgl. zu diesem Problemkomplex *Geppert*, Jura 1992, 163 (167) und *Schreiber*, JuS 1985, 873 (877)).

### **III. Strafbarkeit nach § 30 I iVm §§ 212 I, 211 StGB**

Indem F dem B erzählt, M habe die Unterschlagungen bemerkt, damit B den M tötet, kann F sich nach § 30 I iVm §§ 212 I, 211 StGB, aufgrund des Strafrahmens ein präsumtives Verbrechen im Sinne der §§ 12 I, 30 I StGB, strafbar gemacht haben

#### **1. Tatentschluss**

F müsste daher zunächst den Tatentschluss gehabt haben, den B zur Begehung eines Mordes anzustiften. Hierzu müsste der Vorsatz der F zum einen auf die von B zu begehende Haupttat sowie zum anderen darauf gerichtet sein, dass B durch das Verhalten der F zur Tatbegehung bestimmt wird.

**a.** F wollte den B zur Tötung des M veranlassen.

**b.** Fraglich ist jedoch, ob der Vorsatz der F zusätzlich die Verwirklichung von Mordmerkmalen umfasst hat. Soweit sich das von F initiierte Handeln des B als „heimtückisch“ und „grausam“ erweist, ist zu berücksichtigen, dass es sich hierbei um besondere Modalitäten der Tatbegehung handelt, die einem spontanen Entschluss des B entstammen und auf die sich die subjektive Vorstellung der F nicht bezog. Der Vorsatz der F erstreckte sich somit weder auf die von B objektiv verwirklichten noch auf sonstige tatbezogene Mordmerkmale.

#### **2. Unmittelbares Ansetzen**

Mit dem Erzählen der angeblich herausgefundenen Unterschlagung hat F zur Tat unmittelbar angesetzt.

#### **3. § 28 StGB**

Fraglich ist jedoch, ob F tatsächlich wegen Anstiftung zum Mord zu bestrafen ist oder nur wegen Anstiftung zum Totschlag. Letzteres könnte sich durch eine Tatbestandsverschiebung infolge der Anwendung des § 28 II StGB ergeben.

**a.** Hierzu müssten zunächst täterbezogene Merkmale vorgelegen haben. Dies war mit der Verdeckungsabsicht, die bei B vorlag, der Fall, so dass eine Durchbrechung der strengen Akzessorietät möglich ist.

**b.** Umstritten ist jedoch, welcher Absatz des § 28 StGB einschlägig ist: Für besondere persönliche Merkmale, die die Strafbarkeit begründen, hält § 28 I StGB an der Akzessorietät im Prinzip fest, lockert sie jedoch insofern, als die Strafe desjenigen Teilnehmers, dem ein besonderes persönliches Merkmal fehlt, gemäß § 49 I StGB gemildert wird. Demgegenüber bestimmt § 28 II StGB, dass besondere persönliche Merkmale, welche die Strafe schärfen (bzw. mildern oder ausschließen), nur für jenen Beteiligten gelten, bei dem sie vorliegen; hier wird also die Akzessorietät wirklich durchbrochen, so dass es insoweit stets auf die Person des Teilnehmers selbst ankommt. Im vorliegenden Fall würde die Anwendung des § 28 I StGB dazu führen, dass allein die Kenntnis der F von der bei gegebenen Verdeckungsabsicht das Handeln der F zur (versuchten) Anstiftung zum Mord (freilich grundsätzlich mit der Strafmilderung über § 49 I StGB) werden ließe, während bei einer Anwendung des § 28 II StGB insoweit von einer (versuchten) Anstiftung zum Totschlag auszugehen wäre, weil die bloße Kenntnis des besonderen persönlichen Merkmals des B für F nicht ausreicht, sie selbst aber in ihrer Person nicht in Verdeckungsabsicht handelt.

Ob im vorliegenden Fall § 28 I StGB oder § 28 II StGB Anwendung findet, hängt davon ab, ob die täterbezogenen Mordmerkmale als strafbegründende oder als strafschärfende besondere persönliche Merkmale anzusehen sind: hierfür wiederum ist maßgeblich, ob man den Mord - wie es die Rechtsprechung sieht (BGHSt 1, 368 (370 ff.), BGHSt 22, 375 (377), BGHSt 23, 39 (40) und BGHSt 36, 231 (233)) - als selbständigen Straftatbestand oder als besonders schweren Fall des Totschlags versteht (Sch/Schr/Eser, 26. Aufl., Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 5, MüKo-StGB/Hartmut Schneider, § 211 Rn. 211 und Lackner/Kühl, 25. Aufl., Vor § 211 Rn. 22). Die Rechtsprechung leitet ihre Exklusivitätsbetrachtung vornehmlich aus dem Wortlaut des Gesetzes (vgl. § 212: „ohne Mörder zu sein“) ab; doch ist dem entgegenzuhalten, dass hier der Gesetzestext eine allzu starke Betonung erfährt, die

insbesondere auch wegen der Anklänge an die heute überwundene Tätertypenlehre („als Mörder“, „als Totschläger“) bedenklich erscheint. Befremdlich ist auch, dass – wie ein Vergleich der jeweiligen Strafrahmen zeigt – die Anstiftung zum Mord (in den Fällen ausschließlich täterbezogener Mordmerkmale) mit einer geringeren Mindeststrafe bedroht wäre als die Anstiftung zum Totschlag. Des Weiteren gerät die von der Rechtsprechung vertretene Sichtweise in erhebliche dogmatische Schwierigkeiten, wenn von mehreren Mittätern einer gemeinschaftlichen Tötung nur einer ein täterbezogenes Mordmerkmal aufweist (insoweit BGHSt 36, 231 (233 ff.) mit Anm. *Geppert*, JK, StGB § 211/18). Überdies wird es auch für den Teilnehmer, dem eines der in § 211 II StGB genannten täterbezogenen Merkmale anzulasten ist, regelmäßig zufällig sein, ob dasselbe persönliche Merkmal auch in der Person des Haupttäters vorliegt. Von eben jenem Zufall müsste es aber abhängen, ob eine Teilnahme zum Mord oder zum Totschlag anzunehmen ist. Diese Konsequenz versucht die Rechtsprechung (BGHSt 23, 39 (40)) dadurch abzumildern, dass sie dem Teilnehmer die über § 28 I StGB in Verbindung mit § 49 I StGB an sich vorgeschriebene Strafmilderung dann versagt, wenn er in seiner Person ein eigenes, gleichwertiges besonderes persönliches Mordmerkmal aufweist. Doch abgesehen davon, dass auch bei der Lehre von den „gekreuzten Mordmerkmalen“ (hierzu ausführlich *Arzt*, JZ 1973, 681 ff.) die Eröffnung des Strafrahmens des § 211 StGB vom Vorliegen eines besonderen persönlichen Merkmals beim Haupttäter abhängig ist (sofern keine vom Teilnehmervorsatz umfassten tatbezogenen Mordmerkmale vorliegen), ist diese Konstruktion nur aus ihrer kriminalpolitischen Zielsetzung heraus verständlich. Letztlich wird bei der „Kreuzung der Mordmerkmale“ die Akzessorietät zum Nachteil des Teilnehmers durchbrochen; diese Möglichkeit eröffnet das Gesetz aber allein in § 28 II StGB, nicht jedoch im Rahmen des § 28 I StGB. Aus den genannten Gründen verdient deshalb die herrschende Lehre den Vorzug. Das bedeutet, dass die täterbezogenen Mordmerkmale als strafschärfende besondere persönliche Merkmale zu qualifizieren und der Vorschrift des § 28 II StGB zu unterstellen sind. Die bloße Kenntnis der F von der Verdeckungsabsicht als Tatmotiv des B ist mithin unbeachtlich, da sie es nicht selbst auch aufweist.

c. Nach § 28 II StGB erfolgt damit eine Tatbestandsverschiebung in der Weise, dass F zunächst nur nach §§ 212 I, 26 StGB bestraft werden kann.

d. § 28 II StGB kann jedoch auch in der umgekehrten Weise aus den Tatbestand vom Totschlag wieder zum Mord verschieben, wenn F in ihrer Person eigene täterbezogene Mordmerkmale aufwies, die auf B nicht zuträfen. In Betracht kommt Habgier. Als Habgier versteht man ein Gewinnstreben um jeden Preis, auch um den eines Menschenlebens (vgl. BGHSt 10, 399 und BGHSt 29, 317 f.). Die F verfolgte mit ihrem Vorhaben den Zweck, durch den Tod des M in den Besitz der Erbschaft zu gelangen und brachte damit ein Gewinnstreben um jeden Preis zum Ausdruck. F handelte habgierig. Über § 28 II StGB hatte sie damit Tatentschluss bezüglich einer Anstiftung zum Mord.

#### **4. Rechtswidrigkeit und Schuld**

Mangels Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen geschah die Tat rechtswidrig und schuldhaft.

#### **5. Ergebnis**

H hat sich somit nach § 30 I iVm §§ 212 I, 211, 26 StGB strafbar gemacht.

#### **IV. Strafbarkeit nach § 222 StGB**

Weiterhin kommt eine Strafbarkeit der F wegen fahrlässiger Tötung gemäß § 222 StGB gegenüber G in Betracht. Da ihre Mitteilung an B eine Bedingung darstellt, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Tod des G entfiel, ist das Verhalten der F kausal für den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges. Da dieses Verhalten geeignet ist, B zur Tötung anderer Menschen zu veranlassen, ist zugleich eine Sorgfaltswidrigkeit zu bejahen. Fraglich ist hingegen die objektive Vorhersehbarkeit des eingetretenen Erfolges. Hierbei

genügt nicht die allgemeine Sichtweise, dass der Tod irgendeines Menschen als Folge des sorgfaltswidrigen Handelns vorhersehbar gewesen sein muss; vielmehr gehört zur Vorhersehbarkeit, dass der Täter gerade den konkret eingetretenen Erfolg als Folge seines pflichtwidrigen Handelns erkennen können muss (vgl. BGH, NJW 1973, 1379 (1382)). Im vorliegenden Fall erscheint der Tod des G als eine derart atypische Verkettung unglücklicher Umstände, dass eine Vorsehbarkeit für F im Zeitpunkt ihres Handelns zu verneinen ist. F ist somit nicht gemäß § 222 StGB strafbar.

### **C. Ergebnis**

B hat sich gemäß §§ 211; 239 I; 52 I StGB strafbar gemacht, F nach § 30 I iVm § 211 StGB gegeben.