

Fälle zum Strafrecht I

Hilgendorf

4. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-73755-8
C.H.BECK

Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bei der Tötung bewusst ausnutzt.⁶ Arglos ist, wer sich zum Zeitpunkt der Tat keines Angriffs auf Leib oder Leben versieht.⁷ Wehrlos ist, wer aufgrund der Arglosigkeit zur Verteidigung außerstande oder zumindest stark eingeschränkt ist.⁸ Zum Zeitpunkt des Verabreichens des vergifteten Saftes ist V arg- und wehrlos, da er sich keines Angriffs auf sein Leben durch seinen Sohn B versieht. Das Mordmerkmal der Heimtücke erfordert aber auch das bewusste Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit durch den Täter. B glaubt jedoch im Einverständnis mit V zu handeln, als er ihm das vergiftete Getränk reicht. Er ist der Ansicht, V wolle wegen seines krankheitsbedingten Leidens sterben. Das subjektive Element der Heimtücke ist somit nicht gegeben. Das tatbezogene Mordmerkmal Heimtücke liegt also nicht vor.

Weitere objektive oder subjektive Mordmerkmale sind nicht ersichtlich. B handelte 8 somit nur mit Vorsatz bzgl. der objektiven Merkmale des Totschlags nach § 212 Abs. 1 StGB.

c) Unmittelbares Ansetzen

B müsste nach § 22 StGB unmittelbar zur Tat angesetzt haben. Das unmittelbare 9 Ansetzen ist nach der gemischt subjektiv-objektiven Theorie⁹ zu bejahen, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ überschreitet und objektiv mit der Tatausführung beginnt, die aber nicht zwingend in der Vornahme einer tatbestandlichen Handlung liegen muss.

Laut Sachverhalt mischt B das Gift in das Glas Orangensaft und reicht es dem 10 V. Durch das Reichen des vergifteten Getränks führt B die tatbestandliche Handlung bereits aus, da bei ungestörtem Fortgang V den vergifteten Saft aus dem Glas getrunken hätte. B hat somit unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt, da er nach seiner Vorstellung von der Tat den V bereits unmittelbar gefährdet hat.

d) Rechtswidrigkeit

aa) Rechtfertigender Notstand

Zu prüfen ist, ob die Tat nach § 34 StGB gerechtfertigt sein könnte. Für eine 11 Rechtfertigung wegen eines rechtfertigenden Notstands ist jedoch das Vorliegen einer objektiven gegenwärtigen Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut erforderlich. Selbst wenn man das würdevolle Sterben ohne unnötiges Leiden als ein notstandsfähiges Rechtsgut einordnen würde, müsste es auch von dem Willen des Betroffenen getragen werden. Dies ist hier nicht der Fall. Es liegt hier demnach objektiv keine gegenwärtige Gefahr vor, sodass der Rechtfertigungsgrund des § 34 StGB nicht einschlägig ist.

bb) Rechtfertigende Einwilligung

Eine Rechtfertigung aufgrund einer (mutmaßlichen) Einwilligung kommt ebenfalls 12 nicht in Betracht, da in die eigene Tötung nicht eingewilligt werden kann. Dies

⁶ Fischer § 211 StGB Rn. 34.

⁷ Fischer § 211 StGB Rn. 35.

⁸ Lackner/Kühl/Kühl § 211 StGB Rn. 8; eingehend zur Arg- und Wehrlosigkeit Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf § 2 Rn. 44 ff.

⁹ Vgl. BGHSt 35, 6, 8 f.; Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 947; Zieschang S. 133.

macht § 216 StGB deutlich, der die aktive Tötung auf Verlangen ausdrücklich unter Strafe stellt. Das Rechtsgut Leben ist nicht dispositionsfähig. Somit ist schon unabhängig von der Frage, ob V seine Tötung anstrebte oder nicht, eine Rechtfertigung durch eine Einwilligung nicht möglich. Weitere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Die Tat des B ist somit rechtswidrig.

Hinweis: Die aktive direkte Sterbehilfe, also die absichtliche aktive Tötung eines Menschen mit dessen Einwilligung, ist in Deutschland grundsätzlich strafbar. In eine solche Handlung kann nur ausnahmsweise mit rechtfertigender Wirkung eingewilligt werden (dazu BGH JZ 2011, 532 m. Anm. *Engländer* ebd., 513).

Dagegen ist die Beihilfe zum Suizid (assistierter Suizid) mangels rechtswidriger Haupttat nicht strafbar, da der Suizid keinem Straftatbestand unterfällt.

e) Schuld

Hinweis: Es wäre verfehlt, eine Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB anzusprechen. Laut Sachverhalt ist B zwar intellektuell schwach entwickelt. Da es jedoch keine weiteren Hinweise auf Schwachsinn oder tiefgreifende Bewusstseinsstörungen gibt, käme allenfalls eine verminderte Schuldfähigkeit nach § 21 StGB in Betracht.

aa) Erlaubnistatbestandsirrtum

- 13 Die Schuld könnte jedoch aufgrund eines Irrtums des B entfallen. B ging irrig von der Annahme aus, V wünsche wegen seiner Schmerzen den Tod. Zu prüfen ist daher, ob B sich in einem Erlaubnistatbestandsirrtum befunden hat. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum liegt vor, wenn der Täter irrig Umstände für gegeben hält, die im Falle ihres wirklichen Gegebenseins die Tat rechtfertigen würden.¹⁰
- 14 Fraglich ist daher, ob bei der Annahme, die Vorstellungen des B seien zutreffend gewesen, ein Rechtfertigungsgrund eingreifen würde. Geht man von dem Vorliegen eines Tötungswunsches seitens des V aus, wäre dennoch keine Rechtfertigung möglich, da es im deutschen Strafrecht derzeit keine Grundlage für eine aktive Sterbehilfe gibt und eine derartige Einwilligung aufgrund der fehlenden Dispositionsbefugnis über das eigene Leben nicht möglich ist. Ein Erlaubnistatbestandsirrtum liegt somit nicht vor.

Hinweis: Der Erlaubnistatbestandsirrtum scheitert somit aus denselben Erwägungen wie schon die Einwilligung und der rechtfertigende Notstand nach § 34 StGB. Selbst bei Vorliegen einer entsprechenden Sterbeabsicht bei V wäre aufgrund der fehlenden Dispositionsbefugnis über das Leben kein Rechtfertigungsgrund gegeben.

bb) Erlaubnisirrtum

- 15 B könnte jedoch auch einem Erlaubnisirrtum nach § 17 StGB unterlegen sein, da er davon ausging, dass die Tötung des V durch dessen Einwilligung gedeckt sei. Ein Erlaubnisirrtum liegt vor, wenn der Täter die rechtlichen Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes verkennt oder an das Bestehen eines von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes glaubt.¹¹ B irrte hier nicht nur bzgl. des Vorliegens einer Einwilligung seitens des V, sondern auch darüber, dass eine Einwilligung in die eigene Tötung grundsätzlich möglich sei. Er verkannte daher die rechtlichen Grenzen der rechtfertigenden Einwilligung, da er die fehlende Dispositionsbefugnis übersah.

¹⁰ *Hilgendorf/Valerius* AT § 8 Rn. 40.

¹¹ *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1332.

Der Erlaubnisirrtum führt gemäß § 17 Satz 1 StGB jedoch dann nicht zum Wegfall 16
der Schuld, wenn der Irrtum vermeidbar war. Entscheidend hierfür ist, ob der Täter
aufgrund seiner sozialen Stellung, nach seinen individuellen Fähigkeiten und bei
dem ihm zumutbaren Einsatz seiner Erkenntniskräfte und seiner rechtlich-sittlichen
Wertvorstellungen das Unrecht der Tat hätte einsehen können.¹² Ein Rechtsunkun-
diger muss sich vor dem Eingriff in das geschützte Rechtsgut über die Rechtslage
vergewissern und darf sich nicht ohne Weiteres auf sein unsicheres Urteil ver-
lassen.¹³ Vorliegend war es dem B trotz seiner intellektuellen Schwäche durchaus
möglich, sich intensiver mit der Frage zu beschäftigen, ob ein Mensch mit seiner
Einwilligung durch einen anderen getötet werden darf. Der Irrtum wäre durch ei-
genes Nachdenken oder durch das Konsultieren eines Anwalts vermeidbar gewesen.
Es kommt daher lediglich eine Strafmilderung nach § 17 Satz 2 i. V. m. § 49 Abs. 1
StGB in Betracht. Die Tat ist somit durch den B schuldhaft begangen worden.¹⁴

f) Strafbefreiender Rücktritt vom Versuch

B handelte rechtswidrig und schuldhaft. Er könnte jedoch durch die Wegnahme der 17
vergifteten Flüssigkeit nach § 24 StGB strafbefreiend vom Versuch des Totschlags
zurückgetreten sein.

aa) Kein fehlgeschlagener Versuch

Ein strafbefreiender Rücktritt kommt nur in Betracht, wenn der Versuch nicht 18
fehlgeschlagen ist. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt vor, wenn der Täter davon
ausgeht, dass er sein Ziel nicht erreicht hat und mit den ihm zur Verfügung stehen-
den Mitteln nicht mehr oder zumindest nicht ohne zeitliche Zäsur erreichen
kann.¹⁵ Entscheidend ist hier die Vorstellung des Täters. Die Erfolgsherbeiführung
ist vorliegend objektiv noch möglich, wovon B auch ausgeht. B ist sich bewusst, mit
dem Verabreichen des vergifteten Safts den Erfolg noch herbeiführen zu können. Es
handelt sich demnach nicht um einen fehlgeschlagenen Versuch.

bb) Rücktrittsvoraussetzungen

Zunächst ist festzustellen, ob es sich um einen unbeendeten Versuch nach § 24 19
Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 StGB oder um einen beendeten Versuch nach § 24 Abs. 1
Satz 1 Alt. 2 StGB handelt. Während bei einem unbeendeten Versuch schon die
Aufgabe der Tat zur Straflosigkeit führt, werden bei einem beendeten Versuch aktive
Gegenmaßnahmen zur Verhinderung des Erfolges verlangt.

Ein Versuch gilt als beendet, wenn der Täter glaubt, alles zur Herbeiführung des 20
Erfolges Erforderliche getan zu haben.¹⁶ Laut Sachverhalt reicht B dem V das Glas
mit dem vergifteten Saft. In diesem Moment muss der Versuch bereits als beendet
betrachtet werden, da B nun alles Erforderliche getan hat, damit bei ungestörtem
Fortgang V sich das Gift durch das Trinken des Saftes zuführt. Zu klären ist daher,
ob der Erfolgseintritt durch B aktiv verhindert wurde. Durch die Wegnahme des

¹² BGHSt 3, 357; 4, 1.

¹³ BGHSt 21, 18.

¹⁴ Im Hinblick auf die intellektuelle Verfassung des B wäre es hier auch vertretbar, von einem unvermeidbaren Irrtum auszugehen.

¹⁵ Vgl. BGHSt (GS) 39, 221, 228; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1011; *Zieschang* S. 145.

¹⁶ *Hilgendorff/Valerius* AT § 10 Rn. 83.

Glases und das Wegschütten des Inhalts hat B die Vollendung des Versuchs verhindert. Damit ist die Rücktrittsvoraussetzung des § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB erfüllt.

cc) Freiwilligkeit

- 21 B müsste außerdem freiwillig von der Tat zurückgetreten sein. Dies ist der Fall, wenn der Täter eine freie, autonome Entscheidung zum Rücktritt trifft. Der ethische Wert des Motivs ist ohne Bedeutung. Unfreiwilligkeit ist hingegen anzunehmen, wenn Hinderungsgründe bestehen, die vom Willen des Täters unabhängig sind (heteronome Motivation).¹⁷

Hinweis: Ein guter Maßstab zur Bestimmung der Freiwilligkeit ist die sog. Frank'sche Formel:

- „Ich kann nicht, selbst wenn ich wollte“ = unfreiwillig;
- „Ich will nicht, selbst wenn ich könnte“ = freiwillig.

- 22 Hier bricht B durch die Wegnahme des Giftes den Versuch freiwillig ab, weil er Gewissensbisse verspürt. Er handelt damit freiwillig.

dd) Endgültige Aufgabe des Tatentschlusses

- 23 Problematisch erscheint jedoch, dass B dem V weiterhin unnötiges Leid ersparen und ihn, nach einer Absprache mit dem A, auf eine andere Weise töten will. In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob ein strafbefreiender Rücktritt eine vollständige und endgültige Aufgabe des Tatbestandsvorsatzes voraussetzt.
- 24 Die Rspr. hat in früheren Entscheidungen die Ansicht vertreten, dass ein Rücktritt nur für denjenigen möglich ist, der die Durchführung seines kriminellen Entschlusses im Ganzen und endgültig aufgibt.¹⁸ Demnach wäre ein Rücktritt vorliegend ausgeschlossen, da B den Erfolg herbeiführen möchte. Gegen diese Ansicht lässt sich jedoch anführen, dass der innere Vorbehalt, die Tat irgendwann bei passender Gelegenheit erneut zu versuchen, nach üblichen Sprachgebrauch durchaus mit dem „Aufgeben“ eines konkreten Tatentschlusses vereinbar ist.
- 25 Nach einer anderen Auffassung soll schon das Abstandnehmen von der konkreten Ausführungshandlung strafbefreiend wirken, unabhängig davon, ob sich der Täter weitere Akte vorbehält.¹⁹ Problematisch erscheint jedoch, dass es an jeder Rückkehr zu Legalität fehlt, wenn der Täter seine Ausführungshandlung lediglich zeitlich verschiebt.
- 26 Nach der h.M.²⁰ ist daher ein Abstandnehmen von der vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat, gekennzeichnet durch das Tatobjekt, die reale Tatsituation und das angestrebte Tatziel, erforderlich. Danach steht einem Rücktritt nicht entgegen, wenn sich der Täter vorbehält, das versuchte Delikt bei Gelegenheit doch noch durchzuführen. Ein Rücktritt ist dagegen ausgeschlossen, wenn der Täter sich Fortsetzungsakte vorbehält, die bei ihrer Realisierung nur unselbstständige Teilakte der

¹⁷ Siehe ausführlich zur Bestimmung der Freiwilligkeit *Maurach/Gössel/Zipf* § 41 Rn. 179 ff.

¹⁸ BGHSt 7, 296; BGH NJW 1980, 602.

¹⁹ *Bloy* JuS 1986, 986 f.

²⁰ So etwa *Maurach/Gössel/Zipf* § 41 Rn. 118; Schönke/Schröder/*Eser/Bosch* § 24 StGB Rn. 40; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 1052.

zuvor begonnenen Straftat darstellen würden, mit ihr also einen einheitlichen Lebensvorgang bilden würden.

Vorliegend möchte B den Tötungserfolg zwar immer noch eintreten lassen, jedoch steht das „Ob“ und „Wie“ der weiteren Handlungen noch nicht fest. Ein erneuter Versuch der Tötung des V wäre daher eine selbstständige Tat, für die ein erneuter Tatentschluss gefasst werden müsste. B ist daher von dem versuchten Totschlag wirksam zurückgetreten. 27

g) Ergebnis

B hat sich nicht wegen versuchten Totschlags nach §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, da er wirksam zurückgetreten ist. 28

2. Versuchte gefährliche Körperverletzung (§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB)

Indem B dem V ein Glas mit vergiftetem Saft gereicht hat, könnte er sich auch wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. 29

a) Vorprüfung

Die gefährliche Körperverletzung ist nicht vollendet, der V ist unverletzt. Der Versuch einer einfachen wie auch einer gefährlichen Körperverletzung ist nach §§ 223 Abs. 2, 224 Abs. 2, 12 Abs. 2, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar. 30

b) Tatentschluss

Fraglich ist, ob B bzgl. der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der einfachen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB und der Qualifikation nach § 224 Abs. 1 Nr. 1, 3, 4, 5 StGB Vorsatz hatte. 31

aa) Bezüglich des Grunddelikts § 223 Abs. 1 StGB

Nach der heute vertretenen Einheitstheorie liegt in einem Tötungsvorsatz zwingend auch ein Körperverletzungsvorsatz, da die Körperverletzung ein notwendiges Durchgangsstadium zur Tötung darstellt.²¹ Die Verabreichung eines tödlichen Giftes ist eine üble, unangemessene Behandlung (§ 223 Abs. 1 Alt. 1 StGB), da bei der tödlichen Wirkung des Giftes das körperliche Wohlbefinden und die körperliche Unversehrtheit erheblich beeinträchtigt werden. Ebenfalls liegt in der Verabreichung von Gift das Hervorrufen eines pathologischen Zustandes und somit eine Gesundheitsschädigung (§ 223 Abs. 1 Alt. 2 StGB). B hat demnach Vorsatz bzgl. des Grundtatbestandes. 32

bb) Bezüglich der Qualifikation § 224 Abs. 1 StGB

Da B dem V ein vergiftetes Getränk reicht, ist zu überprüfen, ob B Vorsatz hatte, eine gefährliche Körperverletzung durch Beibringung von Gift gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB zu begehen. Gift ist jeder organische oder anorganische Stoff, welcher auf chemische oder chemisch-physikalische Weise dazu geeignet ist, zu- 33

²¹ Lackner/Kühl/Kühl § 212 StGB Rn. 7; anders noch RGSt 61, 375.

mindest eine erhebliche Gesundheitsschädigung hervorzurufen.²² Eine Beibringung von Gift liegt vor, wenn der Täter das Gift derart mit dem Körper des Opfers in Verbindung bringt, dass es seine gesundheitsschädliche Wirkung entfalten kann.²³ B wollte dem V ein tödliches Gift beibringen, um ihn zu töten. B hatte somit auch Vorsatz bzgl. einer gefährlichen Körperverletzung durch die Beibringung von Gift nach § 224 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 StGB.

- 34 Zu überprüfen ist weiter, ob B den Vorsatz hatte, mittels eines hinterlistigen Überfalls nach § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB eine gefährliche Körperverletzung herbeizuführen. Ein hinterlistiger Überfall ist jeder plötzliche, unerwartete Angriff auf einen Ahnungslosen, bei dem der Täter seine wahren Absichten planmäßig berechnend verdeckt, um gerade dadurch dem Angegriffenen die Abwehr zu erschweren.²⁴ Da B davon ausging, dass der V sterben wollte und mit der Gabe von Gift einverstanden war, gibt es keine Anhaltspunkte, dass B das Verabreichen des Giftes überhaupt als Angriff auf V betrachtete. Ein hinterlistiger Überfall i. S. v. § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB liegt nicht vor.
- 35 Fraglich ist ferner, ob B die Körperverletzung mit einem anderen gemeinschaftlich nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB begehen wollte. Eine mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich verübte Körperverletzung ist gegeben, wenn bei der Körperverletzungshandlung mindestens zwei Personen unmittelbar am Tatort als Angreifer einverständlich zusammenwirken.²⁵ Als weiterer Beteiligter käme A infrage, dieser tritt dem V jedoch nicht zusammen mit B unmittelbar gegenüber, sondern ist zum Tatzeitpunkt nicht am Tatort anwesend. Eine mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich verübte Körperverletzung i. S. v. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB liegt somit nicht vor.
- 36 Zu prüfen bleibt, ob B eine Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung nach § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB begehen wollte. Nach der h. M. muss die Behandlung dazu den konkreten Umständen nach objektiv geeignet sein, das Leben des Opfers in Gefahr zu bringen.²⁶ Teile der Lit. verlangen darüber hinaus, dass nicht nur eine abstrakte, sondern auch eine konkrete Lebensgefährdung des Opfers gegeben sein muss. Nach beiden Ansichten liegt eine das Leben gefährdende Behandlung vor, da B beabsichtigte, dem V ein tödlich wirkendes Gift zu verabreichen. B hatte somit Vorsatz, mittels der Beibringung von Gift und einer das Leben gefährdenden Behandlung eine gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 1, 5 StGB zu begehen.

c) Unmittelbares Ansetzen

- 37 B hat das vergiftete Getränk dem V gereicht, und dieser hätte es bei einem ungestörten Fortgang zu sich genommen. B hat somit auch subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ überschritten. Ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandverwirklichung liegt vor.

²² Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben § 224 StGB Rn. 2b.

²³ Lackner/Kühl/Kühl § 224 StGB Rn. 1b.

²⁴ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben § 224 StGB Rn. 10.

²⁵ Fischer § 224 StGB Rn. 23; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf § 6 Rn 56.

²⁶ BGHSt 2, 160, 163; Wessels/Hettinger/Engländer BT I Rn. 244.

d) Rechtswidrigkeit

Eine eventuelle Rechtfertigung nach § 34 StGB scheidet aus den bereits genannten 38
Gründen (→ Rn. 11) aus. Eine Rechtfertigung aufgrund einer (mutmaßlichen)
Einwilligung ist ebenfalls nicht gegeben.

e) Schuld

Ein Erlaubnistatbestandsirrtum liegt ebenfalls nicht vor. Zwar handelt es sich hier 39
um das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit, aber B geht wiederum von einer
Einwilligung zur Tötung aus, nicht von einer Einwilligung zur Körperverletzung.
Andere Gesichtspunkte, die gegen die Schuld des B sprechen könnten, sind nicht
ersichtlich. B handelte somit schuldhaft.

f) Rücktritt vom Versuch

Es liegt wie bei der obigen Prüfung (→ Rn. 18) kein fehlgeschlagener Versuch vor. 40
Die Rücktrittsvoraussetzungen nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB sind gegeben.
B ist daher wirksam zurückgetreten.

g) Ergebnis

B hat sich nicht wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung nach §§ 223 41
Abs. 1, 224 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

3. Ergebnis

B hat sich nicht strafbar gemacht. 42

II. Strafbarkeit des A

1. Anstiftung zum versuchten Mord (§§ 212 Abs. 1, 211, 22, 23 Abs. 1, 26 StGB)

A könnte sich wegen Anstiftung zum versuchten Mord nach §§ 212 Abs. 1, 211, 43
22, 23 Abs. 1, 26 StGB zum Nachteil des V strafbar gemacht haben.

Hinweis: Bei der Prüfung der Strafbarkeit des A könnte man zunächst auch an eine mittelbare Täterschaft denken, da er den B hier quasi als menschliches Werkzeug für die Ausführung der Tat benutzt. Da die Tat des B voll tatbestandlich, rechtswidrig und schuldhaft begangen wurde, scheidet die mittelbare Täterschaft grundsätzlich aus. Bei Vorliegen eines vermeidbaren Verbotsirrtums bejaht die h.M. jedoch in Ausnahmefällen die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft des Hintermanns. Bei guter Argumentation wäre es daher auch vertretbar, den Einfluss des A auf die Tat als ganz besonders erheblich und diesen deshalb als „Täter hinter dem Täter“ einzustufen.

Zu unterscheiden ist zwischen Anstiftung zum Versuch und versuchter Anstiftung nach § 30 Abs. 1 StGB. Im ersten Fall bleibt die Haupttat im Versuchsstadium stecken, aber die Anstiftung zu dem Versuch ist vollendet. Im zweiten Fall bleibt die Anstiftung erfolglos, weil der Anzustiftende beispielsweise die Aufforderung ablehnt, ignoriert oder bereits zur Tat entschlossen ist.

a) Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat vorliegen, zu der A 44
angestiftet haben könnte. Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat liegt mit dem
von B begangenen versuchten Totschlag (§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB) vor.

Hinweis: Der Rücktritt ist lediglich ein persönlicher Strafaufhebungsgrund und steht der Annahme einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat daher nicht entgegen.

- 45 Des Weiteren müsste A den B zur Tat bestimmt haben, worunter das Hervorrufen des Tatentschlusses zu verstehen ist.²⁷ Indem A durch die Vorspiegelung falscher Tatsachen den B zur Tötung des V bewegt, begeht er eine Anstiftungshandlung. Der objektive Tatbestand liegt somit vor.

bb) Subjektiver Tatbestand

- 46 Der subjektive Tatbestand ist gegeben, falls ein doppelter Anstiftervorsatz vorliegt. A müsste zum einen Vorsatz bzgl. der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat des B aufweisen und zum anderen Vorsatz bzgl. seiner eigenen Teilnahmehandlung, nämlich dem Bestimmen zur Tatausführung, besessen haben. A beabsichtigte den Tod des V und hatte ferner Vorsatz in Bezug auf das Hervorrufen des Tatentschlusses bei B. Der subjektive Tatbestand liegt daher vor.

cc) Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 StGB

- 47 Vorliegend besteht die Besonderheit, dass der Haupttäter B zwar keine Mordmerkmale verwirklicht, der Anstifter A jedoch das täterbezogene Mordmerkmal der Habgier aufweisen könnte. Habgier i.S.d. § 211 Abs. 2 Gruppe 1 Var. 3 StGB ist das rücksichtslose Gewinnstreben um jeden Preis.²⁸ A möchte seinen Vater V töten, um ihn zu beerben. Das Vorliegen des Mordmerkmals der Habgier ist daher zu bejahen.
- 48 Fraglich ist daher, ob wegen des Vorliegens des Mordmerkmals der Habgier in der Person des A eine Tatbestandsverschiebung von der Anstiftung zum versuchten Totschlag zur Anstiftung zum versuchten Mord in Betracht kommt. Sowohl die Rspr. als auch die h.L. betrachten die täterbezogenen Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe des § 211 Abs. 2 StGB als besondere persönliche Merkmale i.S.d. § 28 StGB. Umstritten ist jedoch, ob § 28 Abs. 1 StGB oder § 28 Abs. 2 StGB angewendet werden muss.
- 49 Die Rspr. vertritt die Ansicht, es handele sich bei § 212 StGB und § 211 StGB um selbstständige, voneinander unabhängige Tatbestände. Die Mordmerkmale begründen demnach die Strafe und verschärfen sie nicht lediglich, sodass § 28 Abs. 1 StGB einschlägig ist. Dies ergebe sich vor allem aus der Gesetzessystematik, bei der der Mord (§ 211 StGB) vor dem Totschlag (§ 212) StGB aufgeführt ist.²⁹
- 50 Die h.M. in der Lit. sieht den Totschlag nach § 212 StGB als Grundtatbestand und den Mord nach § 211 StGB als unselbstständige Qualifikation an. Demnach sind die Mordmerkmale strafschärfend. § 28 Abs. 2 StGB ist anwendbar, der zur Folge hat, dass bei den täterbezogenen Mordmerkmalen des § 211 StGB auf das Vorliegen der Merkmale bei jedem einzelnen Beteiligten abzustellen ist. Diese Ansicht wird mit dem Argument vertreten, dass beide Vorschriften dem Schutz des Rechtsguts „Leben“ dienen und die Systematik des Gesetzes eher für ein Stufenverhältnis bei den Tötungsdelikten spricht.³⁰ Diese Ansicht verdient Zustimmung. Schon aus

²⁷ Lackner/Kühl/Kühl § 26 StGB Rn. 2.

²⁸ Fischer § 211 StGB Rn. 10; vertiefend Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf § 2 Rn. 56 ff.

²⁹ St. Rspr. seit BGHSt 1, 368; vgl. auch Lackner/Kühl/Kühl Vor § 211 StGB Rn. 22; eingehend Mitsch JuS 1996, 26.

³⁰ Lackner/Kühl/Kühl Vor § 211 StGB Rn. 22; Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben Vor §§ 211 ff. StGB Rn. 5; Fischer § 211 StGB Rn. 6.