

Inhaltsverzeichnis

A. Der Versuch	1
I. Strafgrund des Versuchs	1
II. Stadien des Versuchs	2
III. Die Voraussetzungen der Versuchsstrafbarkeit	8
1. Vorprüfung	8
a. Die Nichtvollendung der Tat	8
b. Die Strafbarkeit des Versuchs	9
2. Tatentschluss	9
a. Der Vorsatz des Versuchstäters	9
b. Die Abgrenzung zwischen „Tatgeneigntheit“ und Tatentschluss	12
aa. Tatentschluss bei bewusst unsicherer Tatsachengrundlage	13
bb. Alternativer Tatentschluss	15
cc. „Gestuft“ Tatentschluss	15
dd. Tatentschluss mit Rücktrittsvorbehalt bzw. auflösender Bedingung	15
ee. Tatentschluss mit Möglichkeit des Misslingens	16
c. Untauglicher Versuch und Wahndelikt	16
aa. Der untaugliche Versuch	16
bb. Der sog. irrealer Versuch	17
cc. Das straflose Wahndelikt	18
3. Das unmittelbare Ansetzen	19
a. Unmittelbares Ansetzen bei Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals	19
b. Unmittelbares Ansetzen ohne Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals	20
aa. Objektive und subjektive Theorien	20
(1) Objektive Theorien	20
(2) Subjektive Theorien	21
bb. Der heute herrschende und unbestrittene (!) Ansatz der h.M.	21
cc. Einzeltheorien	22
dd. Objektive Komponente	23
ee. Einzelbeispiele zum unmittelbaren Ansetzen	24
(1) Beispiele in denen ein Versuchsbeginn bejaht wird:	24
(2) Beispiele in denen ein Versuchsbeginn verneint wird:	24
c. Der zeitlich gestreckte Versuch bei abgeschlossenem Täterhandeln - sog. Distanzdelikte	24
d. Versuchsbeginn beim unechten Unterlassungsdelikt	29
e. Versuchsbeginn bei der sog. actio libera in causa	32
f. Versuchsbeginn bei tatbestandlichen Abwandlungen	33
aa. Verwirklichung eines Qualifikationsmerkmals vor Versuchsbeginn des Grunddelikts	33
bb. Mögliches Qualifikationsmerkmal nach Versuchsbeginn des Grunddelikts, Merkmal jedoch noch nicht verwirklicht	33
cc. „Verwirklichung“ eines Qualifikationsmerkmals mit Versuchsbeginn des Grunddelikts	33
g. Versuchsbeginn bei Regelbeispielen	35

aa.	Unstreitige Fälle - das Regelbeispiel wurde vollständig verwirklicht	35
bb.	Streitige Fälle - das Regelbeispiel wurde nur versucht (sog. Quasi-Versuch)	35
h.	Unmittelbares Ansetzen bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft	37
aa.	Unmittelbares Ansetzen bei (tatsächlicher) Mittäterschaft	37
bb.	Unmittelbares Ansetzen bei vermeintlicher Mittäterschaft ..	39
	(1) Schein-Mittäterschaft - der vermeintliche Mittäter weiß über die Tat Bescheid, will sie aber nicht :	39
	(2) Schein-Mittäterschaft - der vermeintliche Mittäter weiß über die Tat nicht einmal Bescheid:	40
cc.	Unmittelbares Ansetzen bei (tatsächlicher) mittelbarer Täterschaft	43
dd.	Versuchsbeginn bei vermeintlichem „Werkzeug“	45
i.	Unmittelbares Ansetzen im Rahmen der Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe)	46
j.	Unmittelbares Ansetzen beim erfolgsqualifizierten Delikt	46
aa.	Der sog. erfolgsqualifizierte Versuch - Grunddelikt versucht/schwere Folge herbeigeführt	47
bb.	Der sog. Versuch der Erfolgsqualifikation	49
4.	Rechtswidrigkeit und Schuld	51
5.	Der Rücktritt vom Versuch	51
a.	Rücktritt als persönlicher Strafaufhebungsgrund	51
b.	Der Rechtsgrund für die Strafflosigkeit	51
c.	Der Rücktritt des Alleintäters vom Begehungsdelikt - § 24 Abs. 152	
aa.	Der sog. misslungene Rücktritt - kein Rücktritt bei zurechenbarer Vollendung der Tat	54
	(1) Misslungener Rücktritt im Fall des beendeten Versuchs	54
	(2) Misslungener Rücktritt im Fall des unbeendeten Versuchs	55
bb.	Der sog. fehlgeschlagene Versuch	56
	(1) Eigenständige Bedeutung des fehlgeschlagenen Versuchs	58
	(2) Anforderungen an den Fehlschlag	58
	(3) Fehlschlag trotz weiterer Fortsetzungsmöglichkeit?	58
	(4) Rücktritt bei Sinnlosigkeit der weiteren Tatfortführung?	63
cc.	Der Rücktritt vom unbeendeten Versuch gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1	68
	(1) „Tat“ i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1	69
	(2) Das „Aufgeben“ der Tat i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1	69
	(3) Die „Freiwilligkeit“ der Tataufgabe i.S.d. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 1	70
dd.	Der Rücktritt vom beendeten Versuch	72
	(1) Der Rücktritt vom beendeten Versuch gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 (Rücktritt mit Verhinderungskausalität)	73
	(2) Der Rücktritt vom beendeten Versuch gem. § 24 Abs. 1 S. 2 (Rücktritt bei fehlender Verhinderungskausalität)	77
ee.	Einzelfälle	81
	(1) Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts	81

(2) Der Rücktritt vom Versuch der a.l.i.c. bzw. der Rauschatat	85
(3) Der Teilrücktritt	86
(4) Der Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch und der Rücktritt vom Versuch der Erfolgsqualifikation	88
(5) Kein Rücktritt bei Unternehmensdelikten	88
d. Der Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten - § 24 Abs. 2	88
aa. Der von § 24 Abs. 2 erfasste Personenkreis	88
bb. Kein „misslungener Rücktritt“	89
cc. Kein Fehlschlag	90
dd. Zeitliche Grenzen: „Versuchsschwelle“ muss überschritten sein	90
ee. Gesonderte Prüfung / Aufbau Probleme	90
ff. Die drei Rücktrittskonstellationen des § 24 Abs. 2	91
(1) Rücktritt durch Verhinderung der Vollendung - § 24 Abs. 2 S. 1	91
(2) Rücktritt bei fehlender Verhinderungskausalität - § 24 Abs. 2 S. 2 Alt. 1	95
(3) Rücktritt bei Vollendung & unabhängig vom früheren Tatbeitrag - § 24 Abs. 2 S. 2 Alt. 2	96
gg. Streitfall: Der Rücktritt vom Versuch in mittelbarer Täterschaft	101
IV. Tätige Reue	102
B. Täterschaft und Teilnahme	103
I. Das sog. dualistische Beteiligungsprinzip und das sog. Einheitstäterprinzip	103
II. Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme	107
1. Unproblematische Fälle - tatbestandsspezifische Selektion im Falle besonderer Deliktsarten	107
2. Abgrenzung im Falle eines Allgemeindelikts	107
III. Die unmittelbare Täterschaft - § 25 Abs. 1 Alt. 1	110
IV. Die Mittäterschaft - § 25 Abs. 2	110
1. Voraussetzung: Gemeinsamer Tatplan / Tatentschluss	111
2. Voraussetzung: Tatbeitrag des Mittäters	114
a. Mitursächlichkeit des einzelnen Tatbeitrags als Voraussetzung? ..	115
b. Gemeinschaftlicher und gleichrangiger Tatbeitrag	115
3. Rechtsfolgen der Mittäterschaft	115
4. Einzelfälle	116
a. Additive Mittäterschaft	116
b. Alternative Mittäterschaft	116
c. Additive Mittäterschaft und Mitwirkungsakt im Vorbereitungsstadium („erste Frage“)	118
d. „Ausstieg“ eines Mittäters im Vorbereitungsstadium („zweite Frage“)	119
aa. Nach der wohl h.M. im Schrifttum muss differenziert werden, und zwar wie folgt:	120

(1) Ausstieg des Mittäters im Vorbereitungsstadium mit Information an die übrigen Mittäter (der sog. „offene Ausstieg“):	120
(2) Ausstieg des Mittäters im Vorbereitungsstadium ohne Information an die übrigen Mittäter (der sog. „heimliche Ausstieg“):	121
bb. Die Rechtsprechung sowie ein Teil der Literatur vertreten folgende Ansicht:	121
e. Sukzessive Mittäterschaft	122
aa. Unstreitig: Beteiligter tritt i.R.d. Versuchsstadiums ein	122
bb. Unstreitig: Beteiligter tritt „in“ ein Dauerdelikt ein	123
cc. Unstreitig: Beteiligter kommt hinzu, nachdem die Tat vollendet (und beendet) ist.....	123
dd. Streitig: Ein Beteiligter kommt vor Vollendung der bereits teilweise verwirklichten Tat hinzu (Vollendungsphase)	123
(1) Zurechnung bei mehraktig gestalteten Delikten.....	123
(2) Zurechnung bei Qualifikationsmerkmalen.....	125
ee. Streitig: Ein Beteiligter kommt nach Vollendung der Tat hinzu, aber noch vor deren Beendigung (Beendigungsphase):.....	125
5. Mittäterschaft durch Unterlassen.....	127
a. Mehrere Unterlassungstäter	127
b. Aktive Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt.....	128
c. Beteiligung durch Unterlassen am Begehungsdelikt.....	128
6. Aufbaufragen zur Mittäterschaft:	130
a. Gemeinsamer Prüfungsaufbau.....	130
b. Getrennter Prüfungsaufbau	131
V. Die mittelbare Täterschaft - § 25 Abs. 1 Alt. 2	133
1. Aussonderung nicht erfasster Fälle.....	133
2. Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft	134
3. Prüfungsaufbau	134
4. Mittelbare Täterschaft nach dem sog. Verantwortungsprinzip	135
a. Tatmittler handelt objektiv nicht tatbestandsmäßig	137
b. Tatmittler handelt nicht vorsätzlich	138
c. Das sog. qualifikationslos dolose Werkzeug und das sog. absichtslos dolose Werkzeug	138
aa. Sog. qualifikationslos handelndes doloses Werkzeug (Tatmittler fehlt besondere Subjektsqualität , die der Hintermann aufweist):	139
bb. Sog. absichtslos handelndes doloses Werkzeug (Tatmittler fehlt besondere Absicht , die der Hintermann aufweist):.....	141
d. Tatmittler handelt nicht rechtswidrig	142
e. Tatmittler handelt aufgrund eines sog. Erlaubnistatbestandsirrtums 143	
f. Tatmittler handelt ohne Schuld.....	143
aa. Der Tatmittler ist nicht schulfähig.....	143
bb. Der Tatmittler handelt gem. § 35 entschuldigt.....	144
cc. Der Tatmittler befindet sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17)	144
5. Mittelbare Täterschaft außerhalb des sog. Verantwortungsprinzips - sog. „Täter hinter dem Täter“	144

a.	Die sog. Organisationsherrschaft bzw. der sog. „Schreibtischtäter“ 145	
b.	Irrtum über den konkreten Handlungssinn.....	147
aa.	Der Vordermann irrt sich i.S.e. sog. gradueller Tatbestandsirrtums	147
bb.	Der Vordermann irrt sich über ein gesetzliches Qualifikationsmerkmal	147
cc.	Der Vordermann irrt sich über das Tatobjekt - manipulierter error in persona	148
c.	Veranlassung eines vermeidbaren Verbotsirrtums des Tatmittlers durch den Hintermann	148
6.	Mittelbare Täterschaft i.V.m. Unterlassen	149
a.	„Mittelbare Täterschaft“ durch Unterlassen des Garanten selbst? 149	
b.	„Mittelbare Täterschaft“ durch aktive Veranlassung zum Unterlassen Dritter?	150
aa.	Der Hintermann stiftet den Vordermann zu dessen Unterlassungstat an und ist selbst kein Garant :	150
bb.	Der Hintermann stiftet den Vordermann zu dessen Unterlassungstat an und ist selbst ebenfalls Garant :	150
cc.	Der Hintermann wirkt auf den Vordermann mit Mitteln der mittelbaren Täterschaft ein, so dass der Vordermann untätig bleibt:	150
VI.	Die Nebentäterschaft	150
1.	Nebentäterschaft im Falle eines Vorsatzdelikts (selten):	150
2.	Nebentäterschaft im Falle eines Fahrlässigkeitsdelikts (sehr häufig): ..	151
3.	Nebentäterschaft - Ausnutzung einer fremden Fahrlässigkeitstat:.....	151
4.	Nebentäterschaft in Abgrenzung zur mittelbaren Täterschaft (manipulierter error in persona bei sog. „Täter hinter dem Täter“ - streitig) - Ausnutzung einer fremden Vorsatztat:	151
VII.	Die Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe)	152
1.	Struktureller Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme	152
2.	Grundvoraussetzungen der Teilnahme	152
3.	Die unterschiedlichen Arten von Haupttaten	153
a.	Unterscheidung in zeitlicher Hinsicht.....	153
b.	Voraussetzung „vorsätzliche“ Haupttat.....	154
c.	Voraussetzung „rechtswidrige“ Haupttat.....	154
d.	Unterlassungsdelikte.....	154
e.	Fahrlässigkeitstaten	155
f.	Erfolgsqualifizierte Delikte.....	155
4.	Grenzen der Teilnahme	156
5.	Sog. notwendige Teilnahme	156
6.	„Handeln für einen anderen“ - Strafausdehnung gem. § 14 (Organ- und Vertreterhaftung).....	157
7.	Anstiftung (§ 26).....	160
a.	Objektiver Tatbestand: „Bestimmen“	160
aa.	Bestimmen zu einer Tat	160
bb.	Mittel der Anstiftung.....	160
cc.	Anstiftung und Unterlassen	162
(1)	Anstiftung durch Unterlassen	162
(2)	Anstiftung zum (unechten) Unterlassungsdelikt.....	162

dd.	Keine Anstiftung, wenn der Haupttäter zur Tat bereits entschlossen ist - sog. omnimodo facturus.....	162
ee.	Sog. Aufstiftung, Abstiftung und Umstiftung	163
ff.	Kombinationen (u.a. in Verbindung mit einer Anstiftung)	165
b.	Subjektiver Tatbestand	168
c.	Sonderfall: Lockspitzel (agent provocateur)	169
8.	Beihilfe (§ 27)	173
a.	„Hilfeleisten“ als Tatbeitrag des Gehilfen („ Was “ muss der Gehilfe tun).....	173
b.	„Mittel“ des Hilfeleistens („ Wie “ kann der Gehilfe seine Hilfe leisten) 176	
c.	Sonderfall: Sog. neutrale Beihilfe bzw. Beihilfe bei alltäglichen oder berufstypischen Verhaltensweisen - Restriktionen der Beihilfe	177
d.	„Zeitpunkt“ der Beihilfe („ Wann “ muss der Gehilfe seine Hilfe leisten) 179	
e.	Subjektiver Tatbestand	182
f.	Beihilfe durch Unterlassen.....	183
VIII.	Das Zusammentreffen mehrerer Beteiligungsformen	184
IX.	Die limitierte Akzessorietät der Teilnahme und die Regelung des § 28. 184	
1.	Tatbezogene Merkmale.....	184
2.	Täterbezogene besondere persönliche Merkmale	184
a.	Strafbegründende besondere persönliche Merkmale	186
b.	Strafmodifizierende besondere persönliche Merkmale	187
c.	Abgrenzung zwischen tatbezogenen und täterbezogenen (besonderen persönlichen) Merkmalen	190
3.	Allgemeine persönliche Merkmale - spezielle Schuldmerkmale	190
X.	Vorstufen der Beteiligung an einem Verbrechen, §§ 30, 31	191
1.	Die versuchte Anstiftung sowie die versuchte Kettenanstiftung zu einem Verbrechen gem. § 30 Abs. 1.....	192
2.	Das Sich-Bereiterklären gem. § 30 Abs. 2 Alt. 1	195
3.	Die Annahme des Erbietens gem. § 30 Abs. 2 Alt. 2	197
4.	Die Verabredung mit einem anderen, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften gem. § 30 Abs. 2 Alt. 3.....	197
5.	Der Rücktritt vom Versuch der Beteiligung gem. § 31	200
C.	Der Irrtum	201
I.	Allgemeines	201
1.	Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Rechtsebene	201
2.	Unterscheidung bzgl. der Bezugspunkte eines Irrtums innerhalb des Prüfungsaufbaus	201
3.	Unterscheidung zwischen den Arten eines Irrtums	201
I.	Der Irrtum des Alleintäters	203
1.	Der Irrtum des Alleintäters auf Tatbestandsebene.....	203
a.	Der Irrtum in Bezug auf Umstände, die den objektiven Tatbestand begründen.....	203
aa.	Deskriptive Tatbestandsmerkmale - Tatsachenkenntnis	205
bb.	Normative Tatbestandsmerkmale - Bedeutungskennntnis..	205

cc.	Abgrenzung zwischen Tatbestandsirrtum und Subsumtionsirrtum	206
dd.	Abgrenzung zwischen untauglichem Versuch und Wahndelikt	211
ee.	Der Doppelirrtum auf Tatbestandsebene - Irrtum des Täters auf Tatsachenebene und Rechtsebene	213
ff.	Der Doppelirrtum in Bezug auf Tatbestandsalternativen	214
gg.	Sog. Blanketttatbestände	215
hh.	Weitere mögliche Bezugspunkte eines Irrtums auf Tatbestandsebene	215
	(1) Irrtümer über Umstände , die qualifizierende Merkmale begründen:	215
	(2) Irrtümer über Umstände , die privilegierende Merkmale begründen:	215
	(3) Irrtümer über Umstände , die Regelbeispiele begründen:	216
	(4) Irrtümer über Umstände , die Erfolgsqualifikationen begründen:	217
	(5) Irrtümer im Rahmen des unechten Unterlassungsdelikts :	218
ii.	Irrtümer über das Tatsubjekt - die Eigenschaft des Täters	219
b.	Der Irrtum über den Kausalverlauf / subjektive Zurechnung	220
aa.	Sonderfälle: Mehraktige Geschehen und subjektive Zurechnung	222
bb.	Sonderfälle: Der error in persona in Abgrenzung zur aberratio ictus	228
	(1) Der error in persona vel objecto - der Irrtum über das Handlungsobjekt	228
	(2) Die aberratio ictus - das Fehlgehen / die Abirrung der Tat	230
	(3) Sonderfälle zu error in persona und aberratio ictus:	233
(a)	Zusammentreffen von error in persona und aberratio ictus	233
(b)	Sog. mittelbare Individualisierung (Fernwirkungsfälle oder Distanzdelikte)	234
c.	Der Irrtum über Umstände der objektiven Zurechnung	236
2.	Der Irrtum des Alleintäters auf Rechtswidrigkeitsebene	237
d.	Objektive Rechtfertigung und subjektive Rechtswidrigkeit: Der Täter handelt objektiv gerechtfertigt, denkt jedoch subjektiv , dies sei nicht der Fall	239
aa.	Der Irrtum auf Tatsachenebene	239
	(1) Der Irrtum auf Tatsachenebene im Falle eines Vorsatzdelikts	239
	(2) Der „Irrtum“ auf Tatsachenebene im Falle eines Fahrlässigkeitsdelikts	242
bb.	Der Irrtum auf Rechtsebene	242
b.	Objektive Rechtswidrigkeit und subjektive Rechtfertigung: Der Täter ist objektiv nicht gerechtfertigt, denkt jedoch subjektiv , dies sei der Fall	244
aa.	Der Irrtum auf Tatsachenebene	244
	(1) Vorfrage: Objektives Bestehen einer Rechtfertigungslage überhaupt notwendig?	245
	(2) Die rechtliche Behandlung des sog. Erlaubnistatbestandsirrtums	245

(3) Erlaubnistatbestandszweifel - Zweifel des Täters über tatsächliche Rechtfertigungsvoraussetzungen:	253
bb. Der Irrtum auf Rechtsebene	254
cc. Der Irrtum über Umstände normativer Rechtfertigungsvoraussetzungen	256
dd. Der Doppel irrtum auf Rechtswidrigkeitsebene - Irrtum des Täters auf Tatsachenebene und Rechtsebene	259
3. Der Irrtum des Alleintäters auf Schuldenebene	261
a. Irrtum über die eigene Schuldfähigkeit	261
c. Irrtum im Rahmen des Unrechtsbewusstseins	261
d. Irrtum über Entschuldigungsgründe	261
aa. Der Täter ist objektiv entschuldigt, denkt jedoch subjektiv , dies sei nicht der Fall	264
bb. Der Täter ist objektiv nicht entschuldigt, denkt jedoch subjektiv , dies sei der Fall	266
(1) Der Entschuldigungstatbestandsirrtum	266
(2) Der Entschuldigungsirrtum	269
(3) Sonderfall: Der Putativnotwehrexzess	271
(a) Der Begriff „Putativnotwehrexzess“	271
(b) Die rechtliche Behandlung des Putativnotwehrexzesses	271
e. Irrtümer in Bezug auf „spezielle Schuldmerkmale“	273
4. Der Irrtum über Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründe sowie Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse	274
a. Der Irrtum über Strafausschließungsgründe oder Strafaufhebungsgründe	274
aa. Sachliche Strafausschließungsgründe:	274
bb. Persönliche Strafausschließungsgründe:	274
(1) Irrtümer auf Tatsachenebene :	274
(2) Irrtümer auf Rechtsebene :	275
cc. Persönliche Strafaufhebungsgründe	275
f. Der Irrtum über Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse	276
5. Irrtum über objektive Strafbarkeitsbedingungen	276
6. Irrtum im Zusammenhang mit der actio libera in causa (a.l.i.c.)	276
7. Sog. rauschbedingte Irrtümer bei der Rauschtat gem. § 323a	277
II. Der Irrtum im Mehrpersonenverhältnis	278
1. Der Identitätsirrtum (error in persona) des Tatnächsten und dessen Auswirkungen auf den Anstifter, den mittelbaren Täter und den (anderen) Mittäter	278
a. Die Strafbarkeit des Anstifters im Falle eines Identitätsirrtums (sog. error in persona) des Haupttäters	278
b. Die Strafbarkeit des mittelbaren Täters (des Hintermanns) im Falle eines Identitätsirrtums (sog. error in persona) des Tatmittlers (Vordermanns)	282
c. Die Strafbarkeit des Mittäters im Falle eines Identitätsirrtums (sog. error in persona) des anderen Mittäters	285
aa. Der error in persona des Mittäters in Bezug auf einen Unbeteiligten	285
bb. Der error in persona des Mittäters „gegen“ einen anderen Mittäter	288
2. Der Irrtum des Tatbeteiligten über die eigene Tatherrschaft und damit über seine eigene Beteiligtenfunktion	290

(d) Die natürliche Handlungseinheit zur Bestimmung einer Tateinheit, bei mehreren Gesetzesverletzungen, die verschiedene Straftatbestände erfüllen	319
(3) Unterlassungsdelikte	322
(4) Konkurrenzen bei mehreren Beteiligten	322
(a) Für die Teilnahme gilt:	323
(e) Für die Mittäterschaft und die mittelbare Täterschaft gilt:	325
bb. Wenn eine Handlung im natürlichen Sinn oder eine Handlungseinheit vorliegt = Prüfung ob ausnahmsweise eine Gesetzeskonkurrenz (besser: Gesetzeseinheit) gegeben ist:	325
(1) Spezialität	326
(2) Subsidiarität	328
(3) Konsumtion	330
cc. Wenn keine Gesetzeseinheit vorliegt: Tateinheit	332
b. Prüfung ob eine Tatmehrheit vorliegt	334
aa. Wenn eine Handlungsmehrheit vorliegt: Prüfung ob ausnahmsweise eine Gesetzeskonkurrenz (besser: Gesetzeseinheit) vorliegt:	334
(1) Mitbestrafte Vortat	334
(2) Mitbestrafte Nachtat	335
bb. Wenn keine Gesetzeseinheit vorliegt: Ergebnis: Tatmehrheit	335
E. In dubio pro reo, Wahlfeststellung, Post- und Präpendenz	337
I. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ als Ausgangspunkt	337
III. Möglichkeiten zur Einordnung unklarer Sachverhalte	338
IV. Eine der Alternativen hat Straflosigkeit zur Folge: Anwendung des in dubio pro reo-Grundsatzes	339
V. Alle (Sachverhalts-)Alternativen erfüllen denselben Tatbestand: Anwendung der sog. unechten Wahlfeststellung und eindeutige Verurteilung aus dem einen (sicher feststehenden) Tatbestand - sog. reine Sachverhaltsalternativität	340
VI. Alle Alternativen erfüllen unterschiedliche Straftatbestände:	341
1. Die Alternativen stehen in einem Stufenverhältnis zueinander: Anwendung des in dubio pro reo-Grundsatzes (und eindeutige Verurteilung aus dem milderen Delikt)	341
3. Es existiert keine Sachverhalts-Alternativität, sondern eine evtl. Vortat und eine sicher feststehende Nachtat: Anwendung der sog. Postpendenz (und eindeutige Verurteilung wegen der Nachtat)	344
4. Es existiert keine Sachverhalts-Alternativität, sondern eine evtl. Nachtat und eine sicher feststehende Vortat: Anwendung der sog. Präpendenz (und eindeutige Verurteilung wegen der Vortat)	345
5. Die Tatbestände sind rechtsethisch und psychologisch miteinander vergleichbar: Anwendung der sog. echten Wahlfeststellung und Bestrafung aus dem einen oder dem anderen Tatbestand	345
a. Unterschiede und Gemeinsamkeiten der echten Wahlfeststellung zu anderen Entscheidungsregeln	345
b. Voraussetzungen der echten Wahlfeststellung	345
c. Das „Spannungsfeld“ der Diskussion bzgl. der echten Wahlfeststellung	348
d. Aktuelle Diskussionen und Entscheidungen	349
e. Sog. Tatbestands reduktion als Mittel zur echten Wahlfeststellung	352

- f. Prozessuale Voraussetzungen 353
- 6. Die alternativen Tatbestände sind nicht rechtsethisch & psychologisch
miteinander vergleichbar: Freispruch durch wechselseitige Anwendung
des in dubio pro reo-Grundsatzes zugunsten des Täters. 353

A. Der Versuch

- 1 Eine Versuchsstrafbarkeit kommt immer dann in Betracht, wenn der objektive Tatbestand eines Delikts nicht erfüllt ist, der Täter jedoch einen entsprechenden Vollendungswillen hatte. Vereinfacht kann man sagen: *Versuch ist die vollständig gewollte, aber unvollständig gebliebene Tat*¹.

Der Gesetzgeber stellt versuchte Taten nicht pauschal unter Strafe, sondern bestraft sie gem. § 23 Abs. 1² (lesen) nur dann, wenn

- es sich um den Versuch eines **Verbrechens** handelt oder
- der Versuch eines **Vergehens ausdrücklich mit Strafe bedroht** ist³.

Für die Einteilung von Verbrechen und Vergehen muss regelmäßig § 12 herangezogen werden (siehe hierzu Skript AT I).

I. Strafgrund des Versuchs

- 2 Der Grund für die Strafbarkeit einer Versuchstat ist in der Rechtslehre seit Jahrzehnten umstritten und hat - wie sich im Folgenden zeigen wird - nicht nur theoretische Bedeutung.

- Nach der sog. **objektiven Theorie** liegt der Strafgrund des Versuchs in der objektiven und konkreten Gefährdung des angegriffenen Rechtsguts, wobei subjektive Vorstellungen des Täters einzig der Schuld zuzuordnen sind⁴. Konsequenz der objektiven Theorie wäre, u.a. den sog. untauglichen Versuch, mangels objektiver Gefährlichkeit, als straflos anzusehen, was jedoch in Anbetracht des Handlungsunwerts nicht gerechtfertigt ist⁵. Im Übrigen stellt § 22 (lesen) primär auf die „Vorstellung von der Tat“ und damit ebenfalls auf subjektive Elemente ab. Ferner verdeutlicht § 23 Abs. 3, dass auch völlig ungefährliche Handlungen grds. strafbar sein können. Aus diesen Gründen wird die rein objektive Theorie heute kaum mehr vertreten.
- Die von weiten Teilen der Rechtsprechung vertretene **subjektive Theorie** sieht den Strafgrund des Versuchs im geäußerten Verletzungswillen des Täters⁶. Doch kann die Überbetonung der subjektiven inneren Willenselemente die Strafbarkeit des Versuchs in zeitlicher und qualitativer Hinsicht zu weit ausdehnen⁷. Zudem stellt der Gesetzgeber in § 22 neben der subjektiven Komponente auch auf objektive Momente ab (hierzu i.E. sogleich).
- Die in der Literatur herrschende Sichtweise ist die sog. **Eindruckstheorie** (auch **gemischt subjektiv-objektive Theorie** genannt). Hiernach ist der Strafgrund des Versuchs die **Betätigung des rechtsfeindlichen Willens** des Täters, durch die es zu einer Erschütterung des Rechtsbewusstseins der Allgemeinheit und zur Gefährdung des Rechtsfriedens kommen kann⁸. Hiernach besteht u.a. im Falle eines untauglichen Versuchs (bei dem bereits aus objektiven Gründen keine Verletzung des Rechtsguts möglich ist) ein Strafgrund, da auch dadurch eine Erschütterung des Rechtsbewusstseins i.o.S. die Folge sein kann⁹. Mit dieser Ansicht harmoniert zudem § 22 der bzgl. der Beurteilungsgrundlage der Tatsituation auf das subjektive Vorstellungsbild des Täters abstellt. Ebenso § 23 Abs. 3, der selbst bei extremen Fällen untauglicher Versuche grds. eine Strafbarkeit vorsieht.

§ 23 StGB

(1) Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt.

(2) Der Versuch kann milder bestraft werden als die vollendete Tat (§ 49 Abs. 1).

(3) Hat der Täter aus grobem Unverstand erkannt, daß der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, so kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2).

§ 22 StGB

Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.

¹ Fischer, § 22 Rn. 2; Lackner/Kühl, § 22 Rn. 1; NK/Paeffgen/Zaczyk, § 22 Rn. 1.

² Alle Paragraphen ohne weitere Bezeichnung sind solche des Strafgesetzbuchs (StGB).

³ Straflos sind insoweit z.B. der versuchte Hausfriedensbruch (§ 123), die versuchte Aussetzung (§ 221) oder die versuchte uneidliche Falschaussage (§ 153).

⁴ RGSt 68, 340; Spendel, NJW 1965, 1888.

⁵ Schönke/Schröder/Eser/Bosch, Vorbem. zu den §§ 22 ff. Rn. 18.

⁶ BGHSt 11 268, Fischer, § 22 Rn. 2b; Lackner/Kühl, § 22 Rn. 11.

⁷ Schönke/Schröder/Eser/Bosch, Vorbem. zu den §§ 22 ff. Rn. 21.

⁸ BGHSt 11, 324; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 594; Jescheck/Weigend, § 49 II 3 m.w.N.

⁹ Schönke/Schröder/Eser/Bosch, Vorbem. zu den §§ 22 ff. Rn. 22; zur Unterscheidung zwischen Rechtsgut und Rechtsguts- bzw. Handlungsobjekt siehe Skript AT I.

II. Stadien des Versuchs

Die Prüfung der Versuchsstrafbarkeit erfordert eine deliktsspezifische Unterteilung in verschiedene Phasen, die sich sowohl in subjektive als auch in objektive Elemente aufgliedern lassen. 3

1. Am Anfang steht grundsätzlich die sog. **Tatgeneigtheit** des Täters. Er spielt mit dem Gedanken, eine bestimmte Tat umzusetzen, ist jedoch noch nicht dazu entschlossen. 4

2. Daran schließt sich dann der sog. **Tatentschluss** an. Er ist die Verfestigung der vorangegangenen Tatgeneigtheit. Tatentschluss ist gegeben, wenn der Täter Vorsatz zur Verwirklichung aller Umstände, die objektive Tatbestandsmerkmale einer Straftat begründen, aufweist. Auch dieses rein subjektive Element ist an sich grundsätzlich (noch) nicht strafbar (Ausnahme: Die Erklärungen gem. § 30 Abs. 2 aufgrund der Selbstbindung der Beteiligten). 5

3. Auf objektiver Ebene ist die **Vorbereitung** der Tat das erste Stadium. D.h. der Täter verwirklicht noch kein objektives Tatbestandsmerkmal und setzt dazu auch nicht unmittelbar an. Er schafft jedoch die Voraussetzungen für die Verwirklichung der Tat (Besorgen der Tatwaffe, Auskundschaften des Tatorts etc.)¹⁰. Die Vorbereitungsphase ist nicht zwangsläufig einem Tatentschluss nachgelagert, sondern letzterer kann sich auch erst innerhalb dieser objektiven Phase oder sogar danach ergeben¹¹ (siehe die folgenden Schaubilder). 6

Grundsätzlich sind Vorbereitungshandlungen nicht strafbar. Doch es existieren im StGB zahlreiche Ausnahmen von diesem Prinzip:

- So hat der Gesetzgeber die Strafbarkeit auf **einzelne** Vorbereitungshandlungen ausgedehnt.

Beispiele: Der (klausurrelevante) Versicherungsbetrug (§ 265 - lesen) ist eine zum selbstständigen Delikt erhobene Vorbereitungshandlung zum eigentlichen Betrug (§ 263), wobei bereits der versuchte Versicherungsbetrug gem. § 265 Abs. 2 strafbar ist.

Vgl. auch die Strafbarkeit des Vorbereitens des Ausspähens und Abfangens von Daten gem. § 202c im Vergleich zu den §§ 202a, 202b oder die Vorbereitung der Geldfälschung gem. § 149 sowie die vorbereitete Verschleppung (§ 234a Abs. 3).

- Klausurrelevant sind v.a. die **allgemeinen** Vorbereitungshandlungen gem. § 30 in Bezug auf ein **Verbrechen** (Versuch der Beteiligung - lesen), wobei hier die Gefährlichkeit v.a. aus der psychischen Bindungswirkung der Beteiligten und damit dem höheren Risiko der Tatverwirklichung abgeleitet wird¹².

4. Die Abgrenzung zwischen der Vorbereitungsphase und dem **Versuchsstadium** ist 7
äußerst umstritten und stark wertungsabhängig.

Die Versuchsphase muss nicht unmittelbar mit der Erfüllung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale einhergehen. Es ist möglich, dass der Täter bereits zu einer Tat unmittelbar ansetzt, ohne die tatbestandsmäßige Handlung selbst vorgenommen zu haben (bspw. das Anlegen und Zielen mit einem Gewehr, um das Opfer in den nächsten Sekunden gem. § 211 zu ermorden)¹³.

Es kommt stets auf den Einzelfall an, wie „weit oder eng“ diese Versuchsphase auszulegen ist. Sie kann auch sehr kurz ausfallen, bspw. wenn der Täter spontan zu einem Faustschlag auf sein Opfer ausholt (§ 223).

Je länger diese Versuchsphase dauert (z.B. beim Auflauern auf das Opfer) umso eher ist die h.M. geneigt, noch eine Vorbereitungsphase anzunehmen¹⁴.

Erst das **Überschreiten** der sog. „Versuchsschwelle“ begründet eine Strafbarkeit gem. §§ 22, 23.

§ 265 Versicherungsmißbrauch

(1) Wer eine gegen Untergang, Beschädigung, Beeinträchtigung der Brauchbarkeit, Verlust oder Diebstahl versicherte Sache beschädigt, zerstört, in ihrer Brauchbarkeit beeinträchtigt, beiseite schafft oder einem anderen überläßt, um sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in § 263 mit Strafe bedroht ist.

(2) Der Versuch ist strafbar.

§ 30 Versuch der Beteiligung

(1) Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechens bestraft. Jedoch ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern. § 23 Abs. 3 gilt entsprechend.

(2) Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften.

¹⁰ Lackner/Kühl, Vorbem zu § 22 Rn. 3.

¹¹ NK/Paefgen/Zaczyk, § 22 Rn. 3; v. Heintschel-Heinegg/Cornelius, § 22 Rn. 10 f.

¹² Schönke/Schröder/Eser/Bosch, Vorbem. zu den §§ 22 ff. Rn. 14.

¹³ RGSt 77, 1; BGH NSTZ 1993, 133; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 603.

¹⁴ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 603.

Letztlich können somit **zwei** Versuchsphasen unterschieden werden:

- Zum einen jene, die unmittelbar der Tatbestandsverwirklichung **vorgelagert** ist und für Lehre und Rechtsprechung am meisten Diskussionspotential mit sich bringt.
 - Zum anderen die daran anschließende Phase, in der die Tat noch nicht vollendet ist, aber bereits einzelne Merkmale des Tatbestands **verwirklicht** werden, z.B. mit Blick auf § 249 das Drohen mit der Waffe gegenüber dem Opfer zur Wegnahme der Sache, ohne dass die Wegnahme bereits vollzogen ist (diese Phase wird in den Folgeschaubildern als Tatbestandsverwirklichungsstadium dargestellt).
- 8 5. Die Versuchsphase mündet sodann in die **Vollendung**. D.h. zu diesem Zeitpunkt hat der Täter alle objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale formal erfüllt, was in Bezug auf den jeweiligen Tatbestand beurteilt werden muss. Die **Vollendung** selbst stellt sich weniger als Phase, sondern vielmehr als punktuell Ereignis dar. Sie führt grds. zur Strafbarkeit, da ab diesem Zeitpunkt die **§§ 22, 23 unanwendbar sind und auch ein Rücktritt ausscheidet**.

Beispiel: A hat B körperlich misshandelt. B liegt verletzt am Boden.

Hinweis: Möglich ist - auch nach Tatvollendung - eine sog. tätige Reue, bei der der Täter versucht, die Folgen der Tat wieder zu beseitigen. Diese Fälle sind im Gesetz in einzelnen Tatbeständen explizit geregelt (z.B. § 306e oder § 142 Abs. 4 - lesen) und sie können sich strafmildernd bis straufhebend auswirken.

Auch in den praxisrelevanten Fällen gem. § 46a (sog. Täter-Opfer-Ausgleich; Schadenswiedergutmachung) und § 46b (Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten) kann das Gericht die Strafe mildern oder gar von ihr absehen.

Merke: Bei sog. Unternehmensdelikten (z.B. die §§ 81, 82, 307 - siehe allg. hierzu Skript AT I) fallen die Versuchs- und Vollendungsphase zusammen (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 6). Eine Strafmilderung gem. § 23 Abs. 2 ist hier also nicht möglich, ebenso besteht keine Rücktrittsmöglichkeit gem. § 24.

- 9 6. An die Vollendungsphase kann sich eine sog. **Beendigungsphase** anschließen. Dieses Stadium steht zwischen der Vollendung (Erfüllung aller Tatbestandsmerkmale) und dem endgültigen tatsächlichen Abschluss des Tatgeschehens.

Bei vielen Tatbeständen fallen Vollendung und Beendigung der Tat zusammen. So z.B. i.F.d. Totschlags gem. § 212 durch die Tötung eines anderen Menschen.

Bei Dauerdelikten (§ 239) oder Delikten mit sog. überschießender Innentendenz (§ 242) kann dies jedoch anders sein:

- So ist der Diebstahl nach h.M. zwar bereits mit der Wegnahme der Sache **vollendet**, jedoch erst **beendet**, wenn der Täter den Gewahrsam gesichert hat¹⁵.

Beispiel zu § 249: A hat dem Personal im Drogeriegeschäft eine Kiste Parfum mit Gewalt entrisen (§ 249 - Vollendungsphase erreicht) und konnte entkommen. In seiner Privatwohnung bricht er die Kiste auf und verstaut den Inhalt (Beendigungsphase erreicht).

- Eine Freiheitsberaubung ist **vollendet**, wenn der Täter sein Opfer der Freiheit beraubt hat und **beendet**, wenn die Freiheitsentziehung aufgehoben ist.

Die genannten Beispiele verdeutlichen, dass eine Beendigungsphase entweder gar nicht anfallen oder entsprechend kurz bzw. lange ausfallen kann.

§ 142 Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort

(1) Ein Unfallbeteiligter, der sich nach einem Unfall im Straßenverkehr vom Unfallort entfernt, bevor er

1. zugunsten der anderen Unfallbeteiligten und der Geschädigten die Feststellung seiner Person, seines Fahrzeugs und der Art seiner Beteiligung durch seine Anwesenheit und durch die Angabe, daß er an dem Unfall beteiligt ist, ermöglicht hat oder

2. eine nach den Umständen angemessene Zeit gewartet hat, ohne daß jemand bereit war, die Feststellungen zu treffen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Nach Absatz 1 wird auch ein Unfallbeteiligter bestraft, der sich

1. nach Ablauf der Wartefrist (Absatz 1 Nr. 2) oder

2. berechtigt oder entschuldigt vom Unfallort entfernt hat und die Feststellungen nicht unverzüglich nachträglich ermöglicht.

(3) ...

(4) Das Gericht **mildert** in den Fällen der Absätze 1 und 2 die Strafe (§ 49 Abs. 1) oder kann von Strafe nach diesen Vorschriften **absehen**, wenn der Unfallbeteiligte innerhalb von vierundzwanzig Stunden nach einem Unfall außerhalb des fließenden Verkehrs, der ausschließlich nicht bedeutenden Sachschaden zur Folge hat, freiwillig die Feststellungen nachträglich ermöglicht (Absatz 3).

(5) ...

¹⁵ BGH NSiZ 1987, 453, 454; BGH NSiZ 2000, 31; BGH NSiZ 2001, 88.

§ 250 Schwerer Raub

(1) Auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren ist zu erkennen, wenn

1. der Täter oder ein anderer Beteiligter am Raub

a) eine **Waffe** oder ein anderes gefährliches Werkzeug **bei sich führt**,

(...)

(2) Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter oder ein anderer Beteiligter am Raub

1. bei der Tat eine **Waffe** oder ein anderes gefährliches Werkzeug **verwendet**,

(...)

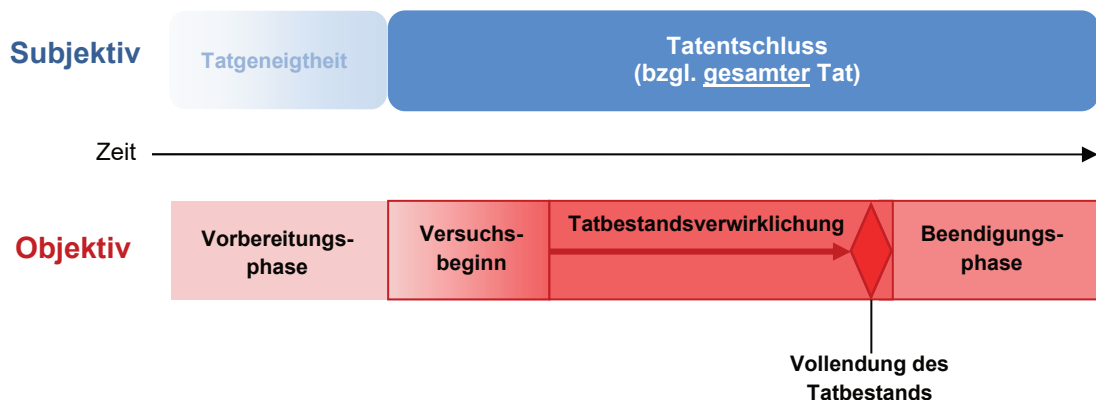
Die Differenzierung zwischen Vollendung und Beendigung ist v.a. aus drei Gründen **10** wichtig:

- Zum einen **beginnt die Verjährungsfrist** gem. der §§ 78 ff. erst mit Beendigung der Tat (§ 78a S. 1).
- Zum anderen ist es i.R.d. Täterschaft bzw. Teilnahme oft streitig, ob eine sog. **sukzessive Mittäterschaft oder Beihilfe** zwischen Vollendung und Beendigung der Tat noch möglich ist (nach h.M. möglich, siehe hierzu später).
- Zuletzt kann sich auch die Frage stellen, ob innerhalb der Beendigungsphase qualifizierende Umstände berücksichtigt werden müssen (so die Rspr.), woraus sich dann eine Strafschärfung ergeben kann - sog. **sukzessive Qualifikation**¹⁶.

Fortführung des letzten Beispiels: A hatte bei der Wegnahme gegenüber dem Drogeriepersonal eine Schusswaffe in seiner Tasche (§§ 249, 250 **Abs. 1** Nr. 1a - lesen). Danach wird er verfolgt. A schießt nun mit der Waffe auf seine Verfolger.

Den Qualifikationstatbestand des § 250 **Abs. 2** Nr. 1 hat A erst **nach** der **Vollendung** des Raubtatbestands erfüllt. Eine Strafbarkeit gemäß dieser Qualifikation („*nicht unter fünf Jahren*“) ist nur dann möglich, wenn man auch in dieser **Beendigungs-Phase** das Eingreifen des Qualifikationstatbestands zulässt¹⁷ (streitig - ausführlich hierzu Skript BT I).

Schaubild 1: Die einzelnen möglichen Stadien der Deliktsverwirklichung, unterteilt in subjektive und objektive Ebenen (hier: **Kongruenz** zwischen Vorbereitungsphase und Tatgeneigtheit des Täters).



Erläuterungen zum Schaubild: Die Vollendung markiert hier das bereits bekannte „Erfolgssymbol“ (Karo). Selbstverständlich setzt nicht jedes Delikt einen solchen Erfolg voraus (zu den einzelnen Deliktsarten vgl. Skript AT I), so dass auch ein anderes Symbol für die Vollendung des Tatbestands gewählt werden kann. Dennoch wird bei den häufigsten Delikten - den Erfolgsdelikten - die Vollendung gleichzeitig durch den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs bestimmt.

Auch ist es - wie schon erwähnt - möglich, dass der Täter bereits vor der (oder im Rahmen der) Vorbereitungsphase seinen Tatentschluss fasste, so dass sich der Tatentschluss auf subjektiver Ebene zeitlich „nach vorn“ verschiebt. **11**

7. Weiterführende Hinweise zum zeitlichen Kontext:

a. Der **Tatentschluss** stellt den **subjektiven Tatbestand des Versuchs** dar und umfasst nach h.M. v.a. den **Vorsatz** bzgl. aller objektiven Tatumstände, aber auch evtl. sonstige **besondere subjektive Tatbestandselemente** (wie z.B. die Zueignungsabsicht gem. § 242) - zum Tatentschluss sogleich ausführlich. **12**

Der Tatentschluss muss also die Umstände des objektiven Tatbestands und seiner Verwirklichungsphasen „aufnehmen“ bzw. „widerspiegeln“.

Das subjektive Täter-Vorstellungsbild bildet i.R.d. Versuchs sogar die **Grundlage** für das unmittelbare Ansetzen im objektiven Tatbestand (s.u.). Nimmt der Täter die

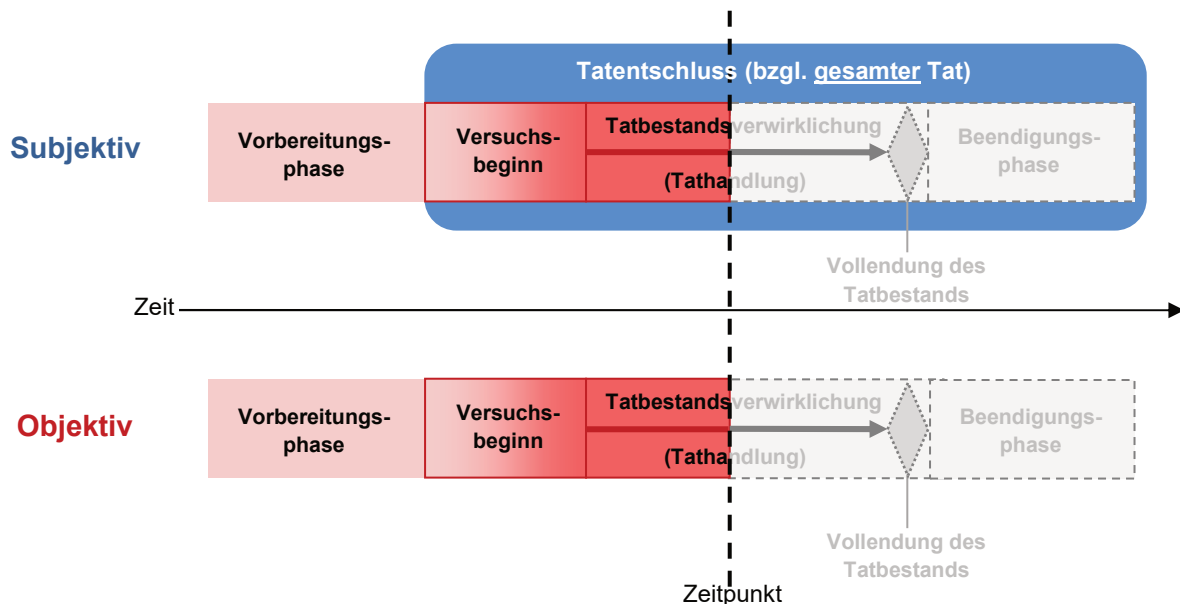
¹⁶ BGH JZ 1992, 50; zur „Beendigungsdoktrin“ des BGH ausführlich & kritisch Mitsch, JA 2017, 407 ff.

¹⁷ So BGHSt 52, 376; a.A. Krey/Esser, § 40 Rn. 1198 m.w.N.

objektiven Umstände korrekt in seinem Vorstellungsbild / Tatentschluss auf, so besteht eine vollumfängliche Kongruenz zwischen der subjektiven und der objektiven Ebene.

Fazit: Ein Versuch liegt vor, wenn der vollständigen Erfüllung des **subjektiven** Tatbestands ein Mangel im **objektiven** Tatbestand gegenübersteht und die Tat bereits das Stadium der Vorbereitungshandlung hinter sich gelassen hat¹⁸.

Schaubild 2:



Erläuterungen zum Schaubild: Die Phase der Tatbestandsverwirklichung ist noch nicht vollendet (siehe vertikale Zeitachse - auf die Darstellung der subjektiven Tatgeneigtheit wurde hier bewusst verzichtet). Die bereits tatsächlich eingetretenen objektiven Umstände, die auch der Täter in seinem Tatentschluss korrekt erfasst hat, sind farblich (rötlich) gestaltet; die zukünftigen Umstände sind grau schattiert und gestrichelt umrandet, denn diese sind noch nicht verwirklicht. Der Täter hat auch letztere in seinem Tatentschluss aufgenommen.

Er unterliegt keinem Irrtum, wenn das objektive Geschehen in seinem Vorstellungsbild - subjektive Ebene - exakt seine Entsprechung findet (Kongruenz - zu den möglichen Diskrepanzen s.u.). Der Täter befindet sich hier zeitlich quasi „Mitten in der Tat“.

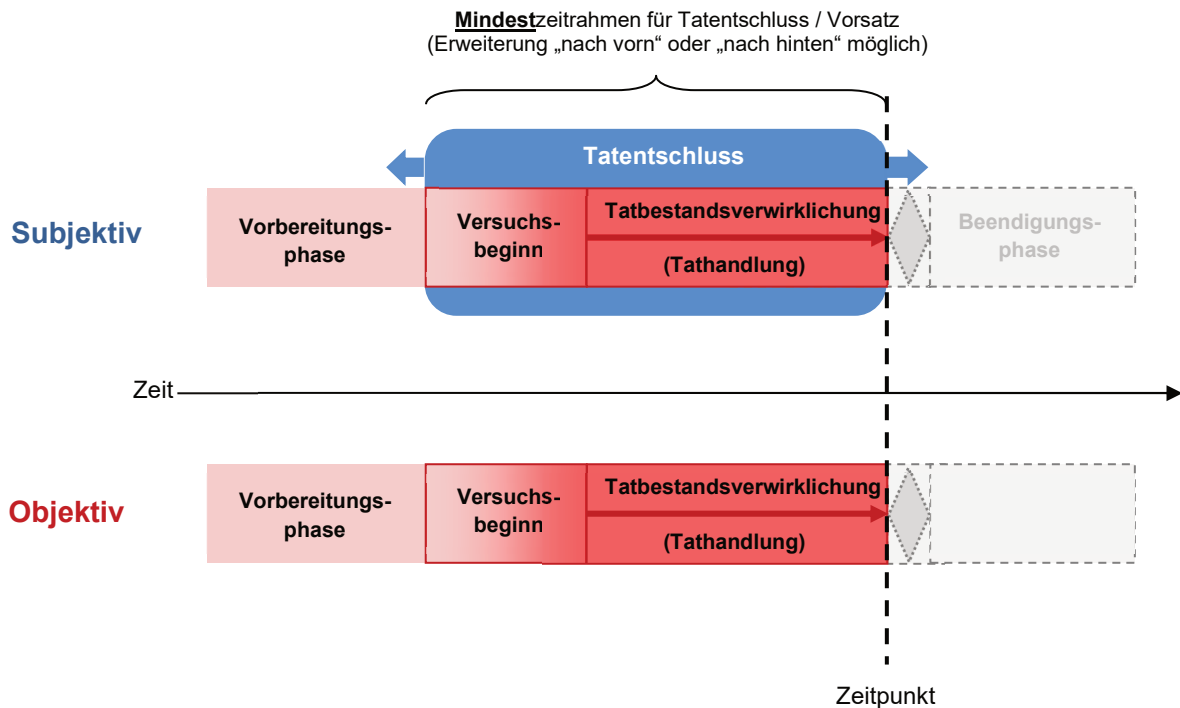
- 13 Hervorzuheben ist jedoch, dass der Täter für eine Versuchs- oder Vollendungsstrafbarkeit **zum Zeitpunkt der Tatbestandsvollendung nicht mehr** vorsätzlich handeln **muss** (aber natürlich kann).

Dies wurde bereits i.R.d. Vollendungsdelikts veranschaulicht. Diese Erkenntnis ist i.R.d. Versuchs deshalb so wichtig, da der Täter ansonsten durch die bloße Aufgabe seines Tatentschlusses, auch nachdem er die Tathandlung bereits begangen hat (z.B. Geben von Gift in den Kaffee des Opfers) und ohne die Voraussetzungen des Rücktritts (§ 24) einzuhalten, straflos wäre.

Zum zeitlichen **Mindestrahmen** des Tatentschlusses (der v.a. den Vorsatz umfasst, s.o.) siehe folgendes Schaubild.

¹⁸ BGHSt 36, 221; v. Heintschel-Heinegg/Cornelius, § 22 Rn. 17.

Schaubild 3:

**§ 16 StGB**

(1) Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. ...

(2) ...

§ 8 Zeit der Tat

Eine Tat ist zu der Zeit begangen, zu welcher der Täter oder der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen. Wann der Erfolg eintritt, ist nicht maßgebend.

Erläuterungen zum Schaubild: Der Täter muss zum Zeitpunkt der Tatvollendung, hier zum Zeitpunkt des **Erfolgseintritts** (Karo) nicht mehr vorsätzlich handeln (Hinweis: Auf die Kennzeichnung „Vollendung des Tatbestands“ wurde hier bewusst verzichtet). Zum Zeitpunkt des Versuchsbeginns sowie zum Zeitpunkt der **Tathandlung** (siehe § 16 „bei Begehung der Tat“ und vgl. dazu § 8 - lesen) hingegen schon - siehe blaue Umrandung. Selbstverständlich **kann** der Täter vor und nach diesen Phasen vorsätzlich handeln (siehe blaue Pfeile), er **muss** es jedoch nicht.

b. Das unmittelbare Ansetzen (hierzu später ausführlich) begründet den 14 „Versuchsbeginn“. **Zur Bejahung einer Vorsatztat muss zu diesem Zeitpunkt ein entsprechender Vorsatz des Täters vorgelegen haben.** War das nicht der Fall, scheidet eine Vorsatztat aus.

Beispiel¹⁹ (sog. „Kofferraum-Fall“²⁰): A wollte seinen Geschäftspartner B töten. Hierfür wollte er ihn in ein Waldstück verbringen und ihm dort vorher noch die Übertragung seiner Kunstsammlung abnötigen. A fesselt B und steckt ihn in den Kofferraum seiner Limousine. An der Autobahnraststätte bemerkt A, dass B im Kofferraum erstickt ist.

Lösung: Hier hat A nicht den Tatbestand des Totschlags gem. § 212 (oder gar des Mordes gem. § 211) erfüllt.

A verwirklichte durch sein äußeres Verhalten zwar alle Merkmale des objektiven Tatbestands. Doch hätte er auch Tatvorsatz „bei Begehung der Tat“ gem. § 16 Abs. 1 S. 1 haben müssen, wobei gem. § 8 die Tathandlung maßgeblich ist. Ein Vorsatz, der der Tathandlung vorgeht (sog. *dolus antecedens*) ist hierfür nicht ausreichend (hierzu ausführlich Skript AT I).

Im Rahmen der Versuchsstrafbarkeit bedeutet dies, dass für die Bestrafung aus einer Vorsatztat **mindestens zum Zeitpunkt des Überschreitens der Versuchsschwelle der Täter vorsätzlich handeln muss**. Es kann keine Vorsatztat ohne Versuchstat geben²¹.

Der BGH führt hierzu aus: „Bewirkt der Täter, der nach seiner Vorstellung vom Tatablauf den Taterfolg erst durch eine spätere Handlung herbeiführen will, diesen tatsächlich bereits durch eine frühere, so kommt eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Taterfolgs über die Rechtsfigur der unerheblichen Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf nur dann in Betracht, wenn er bereits vor der Handlung, die den Taterfolg verursacht, die Schwelle zum Versuch überschritten hat oder sie zumindest mit dieser Handlung überschreitet. Denn Handlungen im Vorbereitungsstadium mögen zwar der Umsetzung des Tatplans dienen, setzen nach der Vorstellung und dem Willen des Täters aber noch nicht den unmittelbar in die Tatvollendung einmündenden Kausalverlauf in Gang, so dass sich mangels eines rechtlich relevanten Vorsatzes die Frage einer (wesentlichen oder unwesentlichen) Abweichung des

¹⁹ Vgl. BGH NJW 2002, 1057.

²⁰ Siehe dazu auch später im Rahmen der Irrtumslehre sowie das entsprechende Gesamtschaubild im MindBook AT II.

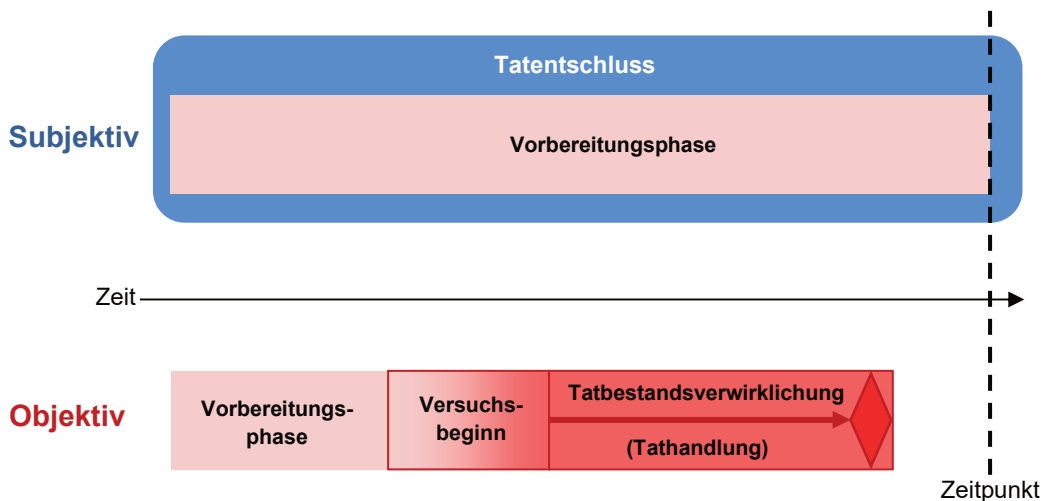
²¹ BGH NJW 2002, 1057; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn. 58; Fischer, § 16 Rn.

tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf nicht stellt. Wird der Taterfolg schon durch eine Vorbereitungshandlung bewirkt, kommt daher nur eine Verurteilung wegen fahrlässiger Verursachung dieses Erfolgs in Betracht²².“

A hatte nach seiner Vorstellung **noch nicht** zur Tat unmittelbar angesetzt. Zum Zeitpunkt des Verbringens des B in den Kofferraum handelte A nicht vorsätzlich in Bezug auf die Verwirklichung der konkreten Tatumstände gem. § 212 (Vorbereitungsstadium). Aus diesem Grund ist auch eine Versuchsstrafbarkeit ausgeschlossen.

A ist jedoch gem. § 239 Abs. 1, Abs. 4 (Freiheitsberaubung mit Todesfolge) sowie gem. § 222 (fahrlässige Tötung) strafbar. Letztere tritt hinter der erstgenannten Erfolgsqualifikation im Wege der Spezialität zurück.

Schaubild 4:



Erläuterungen zum Schaubild: A hat durch das Einsperren des B zwar **objektiv** kausal und zurechenbar den Tatbestand des § 212 verwirklicht, denn B ist durch die Handlung des A im Kofferraum erstickt. Diese Handlung sollte im **subjektiven** Vorstellungsbild des A jedoch (noch) nicht die eigentliche Tötungshandlung darstellen. A dachte, er würde sich noch in der Vorbereitungsphase bewegen, denn die eigentliche Tötung sollte ja später (auch nach dem Abnötigen der Kunstsammlung) erfolgen. A hat subjektiv nicht die Versuchsschwelle überschritten, so dass auch eine entsprechende Bestrafung wegen Vorsatztat ausscheidet.

Diese Erkenntnisse (und der folgende Aufbau) sind im MindBook AT II noch einmal zusammengefasst²³.



- 15 Daraus ergibt sich ferner, dass es keine „versuchte Fahrlässigkeitstat“ geben kann, da eine versuchte Tat auf subjektiver Ebene eben stets **vorsätzliches** Verhalten erfordert. Es gilt also der Grundsatz: **Der Versuch einer (reinen) Fahrlässigkeitstat ist nicht möglich**²⁴.
- 16 Das Prüfungsschema für eine Versuchstat (Begehungsdelikt) stellt sich wie folgt dar:

²² BGH NJW 2002, 1057.

²³ Vgl. insoweit auch die Darstellungslogik zur Irrtumslehre (s.u. und im MindBook AT II). Dort im Zusammenhang mit den sog. „dolus-generalis-Fällen“.

²⁴ Zu den sog. Vorsatz-Fahrlässigkeitskombinationen siehe Skript AT I. Zu deren Versuchsstrafbarkeit siehe § 11 Abs. 2 und ausführlich unten ab Rn. 117.

Aufbau des versuchten Begehungsdelikts:Vorprüfung:

1. **Keine Vollendung** des Delikts
2. **Strafbarkeit** des Versuchs

I. Tatbestand

1. **Tatentschluss**, d.h. endgültiger Vorsatz bzgl. aller obj. Tatbestandsmerkmale der Tat sowie evtl. weitere besondere subjektive Tatbestandsmerkmale (subj. Tatbestand)
2. **Unmittelbares Ansetzen** (obj. Tatbestand)
(evtl. objektive Bedingung der Strafbarkeit)

II. Rechtswidrigkeit (Fehlen von Rechtfertigungsgründen)III. SchuldIV. Evtl. Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe - insbesondere **Rücktritt**V. Evtl. Strafverfolgungsvoraussetzungen bzw. -hindernisse**III. Die Voraussetzungen der Versuchsstrafbarkeit****1. Vorprüfung**

Vor dem Eintritt in die Tatbestandsprüfung muss festgestellt werden, ob das Delikt nicht vollendet wurde. Im Anschluss daran stellt sich die Frage, ob die versuchte Tat überhaupt strafbewehrt ist. 17

a. Die Nichtvollendung der Tat

Die Tat darf nicht vollendet sein, muss folglich im Versuchsstadium „steckengeblieben“ sein. In Bezug auf eine Nichtvollendung kommen folgende Konstellationen in Betracht. 18

aa. Zum einen kann bereits durch das Ausbleiben des tatbestandsmäßigen Erfolgs eine Nichtvollendung gegeben sein. 19

Dies kann an der **Untauglichkeit des Tatmittels** (z.B. statt echter Munition verwendet der Täter nur eine Gaspistole), der **Untauglichkeit des Tatobjekts** (z.B. der Täter will eine fremde Sache wegnehmen, erkennt jedoch nicht, dass die Sache ihm selbst gehört) oder sogar der **Untauglichkeit des Tatsubjekts** liegen (bspw. der Täter hält sich irrigerweise für einen Amtsträger)²⁵.

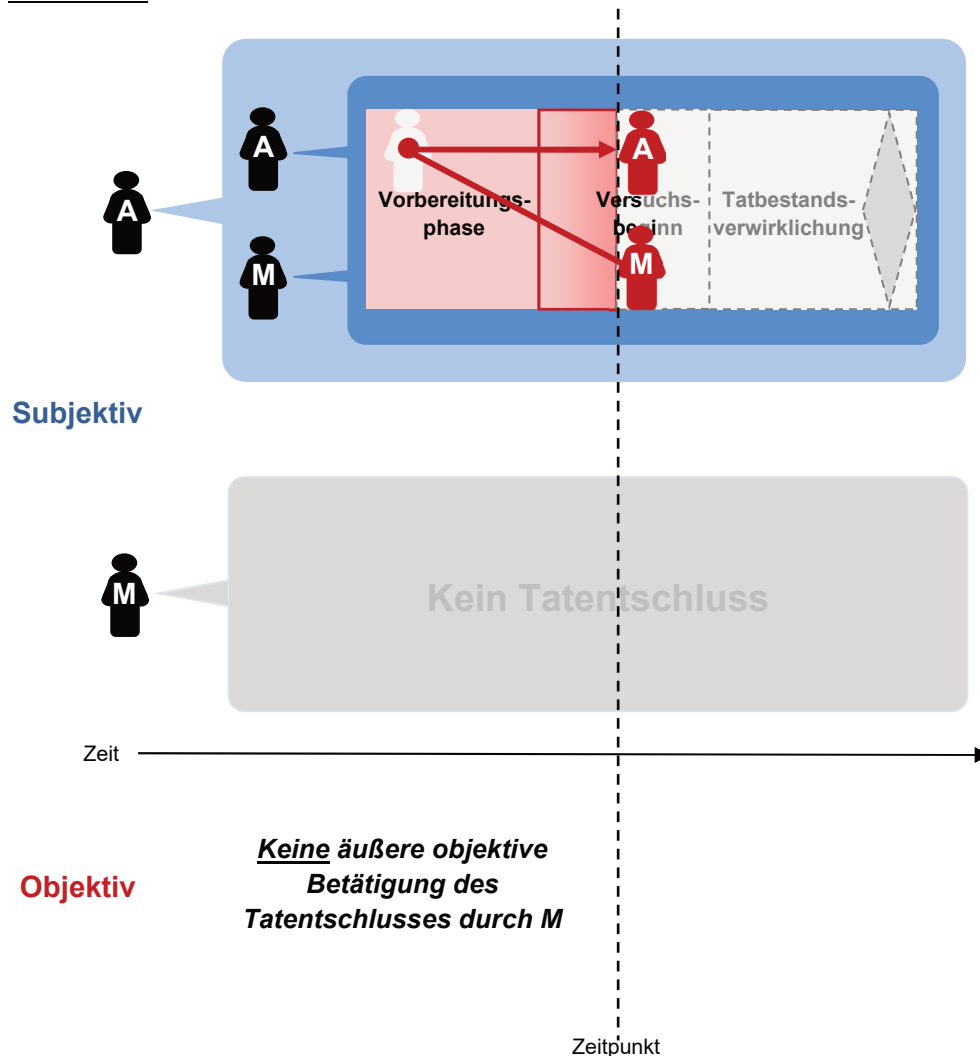
bb. Sogar wenn ein tatbestandsmäßiger Erfolg eingetreten ist, kann eine Nichtvollendung der Tat bejaht werden, wenn dieser Erfolg **nicht** durch den Täter **kausal** herbeigeführt wurde oder dem Täter **objektiv nicht zuzurechnen** ist. 20

Beispiel: Der Täter versucht, das Opfer mit einem Messer zu erstechen, fügt ihm jedoch nur leichte Verletzungen zu. Bei der Fahrt ins Krankenhaus kommt es durch grobe Fahrlässigkeit des Fahrers zu einem Unfall und das Opfer verstirbt.

Fazit: „Nichtvollendung“ ist somit in Bezug auf die Nicht-Verwirklichung **eines** der objektiv notwendigen Tatbestandsmerkmale zu verstehen und nicht nur in Bezug auf

²⁵ Vgl. v. Heintschel-Heinegg/Cornelius, § 22 Rn. 19; Schönke/Schröder/Eser/Bosch, § 22 Rn. 6.

Schaubild 19:



Erläuterungen zum Schaubild: Man kann hier erkennen, dass das subjektive Vorstellungsbild des A und das des M komplett auseinanderfallen. 106

M hat nicht einmal einen irgendwie gearteten Tatentschluss bzgl. einer Straftat. A hingegen geht sprichwörtlich „in“ seiner Vorstellung davon aus, dass er und M einen gemeinsamen Tatentschluss hätten - gemeinsames Vorstellungsbild „im“ Vorstellungsbild des A.

Nach der **weiten Auslegung der Gesamtlösung** ist genau dieses Vorstellungsbild der „Anknüpfungspunkt“ für die Argumentation und auch ausreichend, um einen untauglichen Versuch zu begründen. Denn würden die vorgestellten Umstände vorliegen, hätte M und damit auch A unmittelbar zur Tat angesetzt.

Die **enge Auslegung der Gesamtlösung** lässt diese **vollständige Subjektivierung** des A nicht ausreichen und bezieht sich auch auf die objektive Ebene. Es existiert **kein gemeinsamer** Tatplan des A und des M. Aufgrund dieser „Zerrissenheit“ der beiden subjektiven Vorstellungsebenen, ist mangels Zurechnungsgrundlage auch keine Zurechnung objektiver Tatbeiträge gem. § 25 Abs. 2 möglich.

Selbst wenn der nicht gegebene (!) gemeinsame Tatplan (als Zurechnungsgrundlage) durch die Vorstellung des A ersetzt werden könnte. So ist zumindest eine objektive **Betätigung des rechtsfeindlichen Willens** durch M zu verlangen (s.o. Rn. 73). Letzteres erfolgte hier jedoch nicht und eine vermeintliche Betätigung eines Tatentschlusses ist gerade nicht ausreichend.

Hier sind im Ergebnis beide Theorien in der Klausur vertretbar.

cc. Unmittelbares Ansetzen bei (tatsächlicher) **mittelbarer Täterschaft**

- 107 Eine beliebte Klausurproblematik ist das unmittelbare Ansetzen bei mittelbarer Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2.

Die mittelbare Täterschaft ist grds.¹⁶⁵ dadurch gekennzeichnet, dass der Hintermann (mittelbarer Täter) vorsätzlich in Bezug auf eine Straftat handelt, während der Vordermann (Tatmittler) ein Defizit aufweist, wodurch seine Strafbarkeit ausgeschlossen ist und der mittelbare Täter sich gerade dies zunutze macht (sog. Wissens- oder Willensherrschaft).

Der Täter begeht die Tat gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 (lesen) „durch einen anderen“ (zur mittelbaren Täterschaft später ausführlich). Aufgrund dieser „Mittelbarkeit“ gestaltet sich die Frage des Versuchsbeginns besonders kompliziert.

Hinweis: Die folgenden Konstellationen beschränken sich auf Fälle der mittelbaren Täterschaft. Sie sind mit Fällen vergleichbar, in denen sich der Täter anderer Kräfte, als jenen eines Menschen, bedient (z.B. der Täter setzt einen Hund zur Nötigung gem. § 240 Abs. 1 ein). Auch bestehen Parallelen zur bereits dargestellten Problematik des unmittelbaren Ansetzens bei abgeschlossenem Täterhandeln¹⁶⁶.

- 108 Unstreitig kann zumindest dann ein unmittelbares Ansetzen des mittelbaren Täters bejaht werden, wenn der **Vordermann/Tatmittler** nach den allgemeinen o.g. Kriterien die Versuchsschwelle überschreitet. Fraglich ist jedoch, ob bereits **vor** diesem Zeitpunkt ein Versuchsbeginn des Hintermanns in Betracht kommt. Zur Beantwortung dieser Frage existieren zahlreiche, fast schon unüberschaubare Ansätze. Hierzu folgendes einleitendes Beispiel.

Beispiel¹⁶⁷: Der Club-Betreiber A will seinen Konkurrenten X „aus dem Weg räumen“ und übergibt dem Türsteher B eine Ampulle mit Gift, die B notfalls gewaltsam X einflößen soll. A erläutert B, dass die Ampulle nur ein Abfuhrmittel sei. B erklärt sich mit dem Vorgehen einverstanden. Als B gerade den Club verlässt, um mit dem Auto zur 30 min. entfernten Wohnung des X zu fahren, kommen ihm wegen des verdächtigen Geruchs der Ampulle Bedenken und er sieht von seinem Vorhaben ab.

Lösung: B hat sich nicht wegen versuchter Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 (ggf. gar § 224 Abs. 1 Nr. 1, 22, 23 Abs. 1) strafbar gemacht. B handelte bzgl. der objektiven Tatumstände zwar mit Tatentschluss, doch setzte er noch nicht unmittelbar zur Tat an, da die Autofahrt und der Weg zum Tatort noch dem Vorbereitungsstadium zuzuordnen sind.

Fraglich ist, ob sich A wegen versuchten Totschlags in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 strafbar gemacht hat.

Die Tat ist nicht vollendet und der Totschlagsversuch ist als Verbrechen (§ 12 Abs. 1 i.V.m. § 23 Abs. 1) strafbar. A wies auch Tatentschluss in Bezug auf die Tötung des X durch B auf, wobei letzterer als vorsatzloses Werkzeug hätte eingesetzt werden sollen (§ 25 Abs. 1 Alt. 2).

Fraglich ist jedoch, ob A zum Versuch des Totschlags in mittelbarer Täterschaft gem. § 22 unmittelbar angesetzt hat.

- 109 (1) Die sog. **Einwirkungstheorie** bejaht ein unmittelbares Ansetzen des Hintermanns bereits dann, wenn dieser auf den Tatmittler einwirkt¹⁶⁸. Dies sei v.a. deswegen angebracht, da sich der Beitrag des mittelbaren Täters nur auf diese Handlung beschränke und auch bei der versuchten Anstiftung schon im Beginn der Einflussnahme eine Strafbarkeit des Tatveranlassers bejaht werde¹⁶⁹. Diese Theorie stellt einzig auf das Handeln des mittelbaren Täters ab und wird damit auch als klassische Form der **Einzellösung** bezeichnet¹⁷⁰.

Zum Beispiel: Im vorgenannten Beispiel hätte A nach dieser Auffassung bereits dann zum Versuch des Totschlags in mittelbarer Täterschaft angesetzt, als er begann, B zu überreden, X die Ampulle einzufüllen.

Kritik: Diese Einwirkungstheorie wird von der h.M. v.a. deswegen abgelehnt, da sie den Versuch des mittelbaren Täters weit früher beginnen lässt als jenen des unmittelbaren Täters. § 22 (lesen)

§ 25 StGB

(1) Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder **durch einen anderen** begeht.

(2) Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).

¹⁶⁵ Aber nicht ausnahmslos, denn es existieren auch Fälle, in denen der Tatmittler voll strafbar handelt und der Hintermann eine besondere Macht über ersteren hat; sog. „**Täter hinter dem Täter**“; hierzu später ausführlich.

¹⁶⁶ Siehe oben ab Rn. 77. Falllösung bei Hermann, ZJS 2020, 150, 153 f.

¹⁶⁷ Angelehnt an BGHSt 30, 363.

¹⁶⁸ Jakobs, § 21 Rn. 105; Puppe, AT, § 20 Rn. 28 ff.; *dies.* In GA 2013, 514, 530 ff.; Baumann, JuS 1963, 92. Man kann innerhalb der Einwirkungslehre den Beginn der Einwirkung (Großteil dieser Ansicht) oder das Ende der Einwirkung als versuchsbegründend qualifizieren, vgl. hierzu auch Kühl, § 20 Rn. 92; Lackner/Kühl, § 22 Rn. 9.

¹⁶⁹ Letzteres ist jedoch umstritten, hierzu und zu § 30 Abs. 1 allgemein später ausführlich.

¹⁷⁰ Vgl. MüKo/Hoffmann-Holland, § 22 Rn. 131.

§ 22 StGB

Eine Straftat versucht, wer nach seiner **Vorstellung von der Tat** zur Verwirklichung des Tatbestandes **unmittelbar ansetzt**.

7. Anstiftung (§ 26)

a. Objektiver Tatbestand: „Bestimmen“

aa. Bestimmen zu einer Tat

§ 26 Anstiftung

Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer **vorsätzlich** einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat **bestimmt** hat.

§ 111 Öffentliche Aufforderung zu Straftaten

(1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) **zu einer rechtswidrigen Tat auffordert**, wird **wie ein Anstifter** (§ 26) bestraft.

(2) Bleibt die Aufforderung ohne Erfolg, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Die Strafe darf nicht schwerer sein als die, die für den Fall angedroht ist, daß die Aufforderung Erfolg hat (Absatz 1); § 49 Abs. 1 Nr. 2 ist anzuwenden.

Anstiftung ist das vorsätzliche Bestimmen eines anderen (den Haupttäter) zur **399** Begehung einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat. Der Strafgrund der Anstiftung liegt in der „Initialzündung“ und „Urheberschaft“ des Anstifters für diese spätere Straftat⁵⁸⁴.

Unter „Bestimmen“ i.S.d. § 26 (lesen) versteht man das **kausale Hervorrufen des 400 Tatentschlusses** beim Haupttäter zu einer bestimmten Tat⁵⁸⁵. Wie bestimmt der Adressatenkreis oder die Tat im Einzelnen sein muss, ist umstritten:

Konkrete Tat: Die allgemeine Aufforderung zu Straftaten (z.B. „ein Ding zu drehen“) ist nicht ausreichend - insbesondere in Abgrenzung zu § 111 (lesen). Das Hervorrufen des Tatentschlusses muss sich vielmehr auf ein zumindest **umrisshaft individualisiertes Tatgeschehen** beziehen, so dass der Anstifter die **Tat in seinen wesentlichen Zügen** (bzgl. Deliktstyp, Unrechtsgehalt und Tatobjekt) erfasst⁵⁸⁶.

Konkreter Täter: Die Veranlassung eines individuell unbestimmten Personenkreises zur Begehung bestimmter Straftaten ist ebenfalls nicht ausreichend. Es genügt jedoch eine Aufforderung des Anstifters an die eine oder andere unbestimmte Person aus einem **individuell bestimmten Personenkreis**⁵⁸⁷. Der Anstifter muss den Haupttäter nicht kennen.

Beispiel: A ist Anführer der rechtsradikalen Gruppierung X und ärgert sich über O, der in dem nahe gelegenen Flüchtlingsheim untergebracht wird. A sagt zu den Mitgliedern der X: „Kann nicht einer von euch dem O eine körperliche Abreibung verpassen?“. Y (ein Mitglied der X) schlägt am nächsten Abend O brutal zusammen.

Nach h.M. ist A gem. §§ 223, 26 strafbar (ausreichend konkretisierter Täter)⁵⁸⁸.

bb. Mittel der Anstiftung

Auch wenn gesetzlich vorausgesetzt wird, dass der Anstifter den Haupttäter zu dessen **401** Tat „bestimmt“, d.h. den Tatentschluss durch sein Handeln hervorgerufen hat, ist streitig, welche Anforderungen an die **Mittel der Anstiftung** konkret zu stellen sind.

Dieser Streit hat v.a. dann Relevanz, wenn zwischen „Anstifter“ und Haupttäter keine geistige Kommunikation stattfand, sondern der Tatveranlasser lediglich eine **tatprovokierende Situation** geschaffen hat, an der sich dann die Haupttat anschloss.

Beispiel⁵⁸⁹: A hat sein neues Cabriolet gegen Diebstahl teuer versichert und beabsichtigt, sich das Auto „stehlen zu lassen“, um in den Genuss der Versicherungsleistung zu kommen. Deshalb parkt er das Auto mit offenem Verdeck und Schlüssel im Zündschloss in einer zwielichtigen Gegend. Der Kleinkriminelle B sieht dies, nutzt die Situation und entwendet das Fahrzeug.

(1) Nach einer Mindermeinung in der Literatur soll für eine Anstiftung bereits jede **402** Verursachung des Tatentschlusses beim Haupttäter durch ein beliebiges Mittel ausreichen (sog. **Mitverursachungstheorie**)⁵⁹⁰. D.h. bereits in der Schaffung eines Tatanreizes, ohne jede weitere Kommunikation wie im o.g. Beispiel, kann eine Anstifterhandlung gesehen werden. Dies nicht zuletzt, da derart unschwellige und subtile Verhaltensweisen oft auch ein höheres Anstiftungspotential in sich bergen.

(2) Die h.M. lässt diese reine Verursachung (i.S.d. *conditio-sine-qua-non-* / oder **403** Äquivalenztheorie) nicht ausreichen, sondern verlangt zwischen Anstifter und Haupttäter zudem einen geistigen Kontakt (sog. **Theorie des geistigen Kontakts** oder **Kommunikationstheorie**). Der Anstifter muss den Willen des Haupttäters beeinflussen, und zwar im Wege einer **kommunikativen Einwirkung**

⁵⁸⁴ Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 26 Rn. 1.

⁵⁸⁵ BGH NSTZ-RR 2018, 80; BGHSt 2, 279, 282; 45, 373, 374.

⁵⁸⁶ Vgl. v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, § 26 Rn. 12.1 mit Verweis auf KG NJW 1991, 2653, 2654; Fischer, § 26 Rn. 3.

⁵⁸⁷ Lackner/Kühl, § 26 Rn. 5.

⁵⁸⁸ Vgl. Koch, JuS 2010, 203, 206.

⁵⁸⁹ Rengier, § 45 Rn. 28 mit weiteren Beispielen.

⁵⁹⁰ Lackner/Kühl, § 26 Rn. 2; Kühl, § 20 Rn. 170; ders. in JA 2014, 672.

(ausdrücklich oder konkludent)⁵⁹¹. Als Mittel hierfür kommen in Betracht: Bitten, Drohungen, Versprechungen, als Ratschlag getarnte Aufforderungen (z.B. „tote Zeugen reden nicht“)⁵⁹² etc. Diese h.M. schränkt die vorgenannte Ansicht ein, d.h. die Schaffung tatanreizender Situationen wie im o.g. Bsp. reichen gerade nicht aus, um eine Anstiftung zu bejahen.

Die Argumente der h.M. lauten wie folgt:

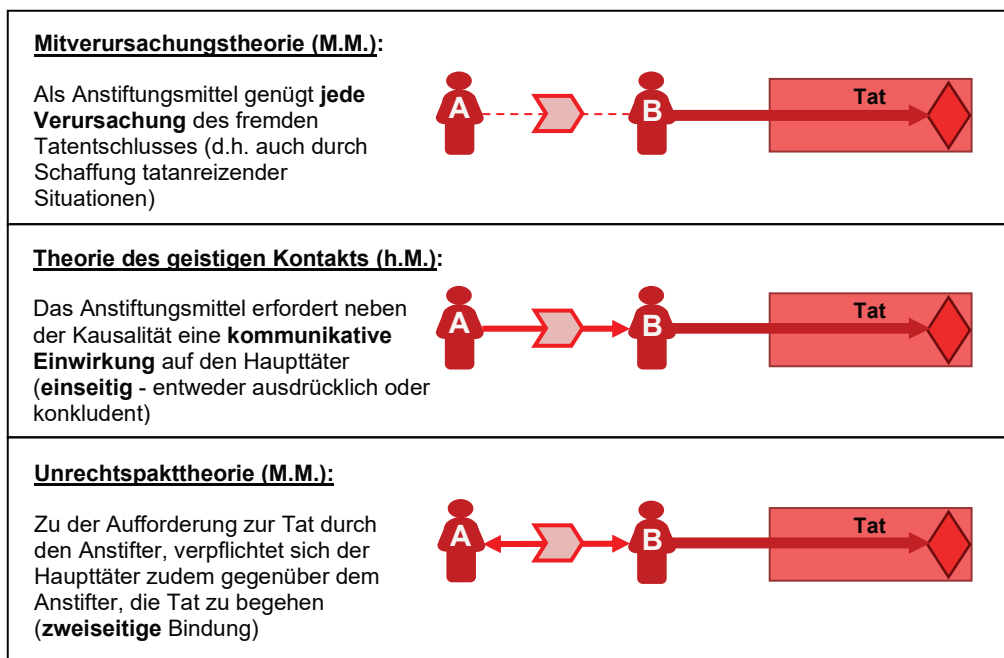
- Der Anstifter muss durch seine Handlung einen **eigenen Unwert** an den Tag legen, d.h. er muss das geschützte Rechtsgut auch selbst **mittelbar angreifen**⁵⁹³.
- Der Anstifter wird gem. § 26 **gleich einem Täter bestraft**, d.h. der **Unrechtsgehalt** der Anstiftung muss dem der Täterschaft zumindest ähnlich bis gleichwertig sein, was einen kommunikativen Akt zur Veranlassung der Haupttat voraussetzt⁵⁹⁴.

404 (3) Auf Basis dieser Argumente versucht eine Mindermeinung, die Kriterien der h.M. noch weiter einzuschränken. So verlangt die sog. **Unrechtspakttheorie**, dass der Anstifter nicht nur auf den Haupttäter motivierend einwirkt, sondern auch der Haupttäter sich dem Anstifter gegenüber quasi verpflichtet, die Haupttat zu begehen⁵⁹⁵. Diese Sichtweise ist folglich durch eine zweiseitige Bindung geprägt.

405 Die h.M. kritisiert diesen Ansatz jedoch als zu eng, da dadurch die Strafbarkeit des Anstifters unangemessen eingeschränkt werde⁵⁹⁶. Zudem seien derartige Restriktionen nicht mehr vom Wortlaut des § 26 („bestimmen“) sowie der ratio der Norm gedeckt⁵⁹⁷.

Hinweis: Nicht zu vergessen ist jedoch, dass nach h.M. in der **Schaffung eines Tatanreizes**, wenn schon keine Anstiftung, doch zumindest eine **Beihilfe** liegen kann. Nach h.M. wird nämlich für eine Beihilfe gerade kein geistiger Kontakt zwischen Gehilfe und Haupttäter vorausgesetzt⁵⁹⁸.

Schaubild 71:



Erläuterungen zum Schaubild: Der Anstifter A wirkt in unterschiedlicher Weise auf den Haupttäter B, der im Anschluss die Tat begeht (hier nur als „Tat“ dargestellt), ein.

Das Erfordernis eines **Kausalbeitrags** i.S.d. conditio-sine-qua-non-Theorie (siehe roter breiter Pfeil; vgl. hierzu Skript AT I) ist allen Theorien immanent. Die h.M. verlangt darüber hinaus jedoch einen Kommunikationsakt (roter Pfeil - **einseitig** in Richtung Haupttäter). Die sog. Unrechtspakttheorie verlangt sogar einen **wechselseitigen Pakt**.

⁵⁹¹ Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 26 Rn. 3; Fischer, § 26 Rn. 3; Krey/Esser, § 31 Rn. 1037 ff.

⁵⁹² Krey/Esser, § 31 Rn. 1037.

⁵⁹³ Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 26 Rn. 3 m.w.N.

⁵⁹⁴ Krey/Esser, § 31 Rn. 1038.

⁵⁹⁵ Kindhäuser/Zimmermann, § 41 Rn. 9; Puppe, NSTZ 2006, 424 ff.; dies. in GA 1984, 101, 112 ff.; SK/Hoyer, § 26 Rn. 12; zu weiteren Ansätzen der Einschränkung der h.M. siehe Krey/Esser, § 31 Rn. 1040; Rönnau, JuS 2019, 919, 921 ff.

⁵⁹⁶ Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 26 Rn. 3.

⁵⁹⁷ Krey/Esser, § 31 Rn. 1041.

⁵⁹⁸ Lackner/Kühl, § 27 Rn. 4.

cc. Anstiftung und Unterlassen

Vorab muss zwischen Anstiftung **durch** Unterlassen und Anstiftung (durch positives **406** Tun) **zum** Unterlassungsdelikt unterschieden werden.

(1) Anstiftung **durch** Unterlassen

Mit dem Meinungsstreit unter Punkt bb. verwandt ist die Diskussion um die Frage, ob **407** eine Anstiftung durch Unterlassen möglich ist.

Beispiel: Der Vater V schreitet nicht dagegen ein, dass sein Sohn S den X körperlich misshandelt.

- Nach e.A. („Verursachungstheorie“) ist in solchen Fällen der vorsätzlichen Nichtverhinderung der Fassung eines Tatentschlusses durch den Haupttäter eine Anstiftung möglich und eine Strafbarkeit zu bejahen (hier: §§ 223, 26, 13).
- Die h.M. („Theorie des geistigen Kontakts“ oder auch die „Unrechtspakttheorie“) verneint eine Anstiftung, da eben die reine Untätigkeit (Unterlassen) des V nicht ausreicht, einen Tatentschluss i.S.d. § 26 beim Haupttäter zu veranlassen. Es ist darüber hinaus zumindest eine kommunikative Einwirkung zu verlangen⁵⁹⁹. In Betracht käme allenfalls psychische Beihilfe durch V wegen Nichtverhinderung der Haupttat des S.

(2) Anstiftung **zum** (unechten) Unterlassungsdelikt

Eine andere Situation liegt vor, wenn der Anstifter durch positives Tun, einen **408** Unterlassungstäter zu dessen Unterlassungstat anstiftet.

Beispiel: T sieht wie ihr Ehemann O ertrinkt. Der Liebhaber L der T überredet sie dazu, O ertrinken zu lassen.

Hier ist nach ganz h.M. eine Anstiftung zur Unterlassungstat als Haupttat möglich⁶⁰⁰.

Die einzige Diskussion, die sich an dieser Stelle stellt ist, ob zugunsten des Anstifters die **Strafmilderung des § 28 Abs. 1** zur Anwendung kommt. Dies wäre dann zu bejahen, wenn man die Garantenstellung (hier die der T gegenüber O) als ein besonderes persönliches Merkmal i.d.S. versteht.

- Zum Teil wird dies verneint, da die Garantenstellung nur der Gleichstellung von Tun und Unterlassen diene⁶⁰¹.
- Die h.M. erachtet die Garantenstellung als strafbegründendes persönliches Merkmal gem. § 28 Abs. 1 (vergleichbar mit dem persönlichen Merkmal der Amtsträgerschaft). Argument: Es wäre sachwidrig, dem Anstifter, der gem. § 26 gleich dem Täter zu bestrafen ist, im Falle des Nichtvorliegens einer Garantenstellung, die Strafmilderung des § 28 Abs. 1 zu versagen⁶⁰².

dd. Keine Anstiftung, wenn der Haupttäter zur Tat bereits entschlossen ist - sog. omnimodo facturus

Wie aus den Schaubildern ersichtlich, muss die „Initialzündung“ zur Begehung der **409** Haupttat seitens des Anstifters herrühren. Erst aus dieser Anstiftung erwächst dann in einem zweiten Schritt die Haupttat. Im **Umkehrschluss** bedeutet dies, dass ein bereits zu einer bestimmten Tat fest entschlossener Täter nicht mehr zu dieser Tat bestimmt werden kann - man spricht bei einem solchen Täter vom sog. **omnimodo facturus**.

Hauptargument: Ein bereits zur Tat Entschlossener **kann nicht** mehr von anderen kausal i.S.d. Äquivalenztheorie (siehe Skript AT I) zur Begehung der Straftat veranlasst werden.

⁵⁹⁹ Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 568; Jescheck/Weigend, § 64 II 6.

⁶⁰⁰ BGHSt 14, 280, 282; Krey/Esser, § 39 Rn. 1189, der auch die wenigen Gegenansichten benennt.

⁶⁰¹ Lackner/Kühl, § 28 Rn. 6 („meist auch die Garantenstellung“).

⁶⁰² BGH, Beschl. v. 24.03.2021; Krey/Esser, § 39 Rn. 1189; Fischer, § 28 Rn. 5a.

Beispiel: B ist fest entschlossen, seinen Chef C am Wochenende zu töten. Auch A möchte B zur Tötung des C verleiten, da auch A den Tod des C wünscht. Keine Anstiftung des A.

Aber merke: In einem solchen Fall kommt evtl. eine versuchte Anstiftung in Betracht (§ 30 - jedoch nur bei Verbrechen) oder eben eine psychische Beihilfe (durch Bestärkung des bereits vorhandenen Tatentschlusses).

- 410 War der Haupttäter hingegen nur **tatgeneigt** (d.h. er spielt lediglich mit dem Gedanken einer Tatbegehung) oder schlicht **allgemein** zu irgendeiner Tat bereit und stiftet ihn der Anstifter daraufhin zu einer **konkreten Tat** an, so ist nach h.M. eine Anstiftung möglich⁶⁰³.

Beispiel⁶⁰⁴: Der chronisch unter Geldnot leidende B erklärt gegenüber A, er müsse wohl bald mal wieder eine „Villa machen“ (d.h. in eine Villa einbrechen und Wertgegenstände entwenden). Der im Nobelviertel wohnende A meint, sein Nachbar C wäre ab nächster Woche im Urlaub und hätte eine wertvolle Münzsammlung, was B sich doch „zunutze machen“ solle. B bricht daraufhin in die Villa des C ein und entwendet die Münzsammlung.

Lösung: B hat sich hier unproblematisch eines Wohnungseinbruchsdiebstahls (§§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4) strafbar gemacht.

A ist kein Mittäter dieser Tat, da er weder einen entsprechenden gemeinsamen Tatplan mit B fasste noch einen gleichwertigen Beitrag zur Tat leistete. Eine Anstiftung scheidet nicht deshalb aus, da B bereits zu einem Einbruchsdiebstahl allgemein geneigt war - B war insoweit kein omnimodo facturus. Die konkrete Tat hat letztlich A initiiert, da er B erst auf die Situation des C und die günstige Gelegenheit aufmerksam gemacht hat, worauf sich dann der konkrete Rechtsgutangriff seitens B anschloss. A ist strafbar gem. §§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4, 26⁶⁰⁵.

ee. Sog. Aufstiftung, Abstiftung und Umstiftung

- 411 (1) Mit der Thematik des omnimodo facturus verwandt ist die Frage, inwiefern eine Anstiftung in Betracht kommt, wenn der „Anstifter“ einen bereits zu einem Grunddelikt entschlossenen Haupttäter zur Begehung einer Qualifikation anstiftet (sog. „**Aufstiftung**“ - auch „Übersteigerung“ oder „Überstiftung“ genannt).

Beispiel: Der zu einem Raub (Grunddelikt: § 249) zum Nachteil des C fest entschlossene B wird von A dahingehend motiviert, C mit einem Knüttel „kampfunfähig“ zu machen. Hierdurch wandelt sich die Tat in einen schweren Raub (Qualifikation: § 250 Abs. 2 Nr. 1, 3a). B handelt wie von A vorgeschlagen.

- Nach der Rspr. und Teilen der Literatur ist in solchen Fällen eine Anstiftung zum qualifizierten Tatbestand zu bejahen. Dass der Haupttäter bereits zum Grunddelikt fest entschlossen war, sei insoweit unerheblich, da der Qualifikation ein **gesteigerter und eigenständiger Unrechtsgehalt** innewohne⁶⁰⁶.
- Die wohl h.L. stützt sich dagegen auf den Gedanken des omnimodo facturus und verneint eine Anstiftung, eben da der Haupttäter zumindest **schon zum Grunddelikt entschlossen** war. Eine Anstiftung sei nur in den Fällen anzunehmen, in denen das hervorgerufene „Mehr“ bzw. „Plus“ an Unrecht einen neuen, eigenen Tatbestand darstellt (dies wäre im o.g. Bsp. die gefährliche Körperverletzung zum Nachteil des C gem. § 224 Abs. 1 Nr. 2, wenn B in Bezug auf § 249, vor dem Zutun des A, lediglich vor hatte, C zu bedrohen). Ansonsten sei nach dieser Ansicht einzig psychische Beihilfe anzunehmen⁶⁰⁷.

- 412 (2) Den quasi entgegengesetzten Fall begründet die Situation der sog. „**Abstiftung**“. Hier ist der Haupttäter zur Begehung eines schwereren (z.B. qualifizierten) Delikts bereits entschlossen und der „Abstifter“ veranlasst den Haupttäter zu einer weniger schweren Tat.

**Anmerkung der
Korrektoren:**

Bitte „kleben“ Sie hier nicht zu sehr an Begrifflichkeiten. Bedenken Sie stets, dass gem. § 26 der Anstifter gleich einem Täter bestraft wird und aus diesem Grund auch der Anstifter einen eigenen **Unrechtsbeitrag** „liefern“ muss. Dieser geht natürlich „ins Leere“, wenn ein Haupttäter bereits fest zu einer konkreten Tat entschlossen ist. Es ist jedoch wiederum dann Raum für eine Anstiftung, wenn der Täter nur allgemein tatgeneigt war und den initialen und ausschlaggebenden „Schubs“ vom Anstifter erhalten hat - hier geht es letztlich um konkrete Wertungsfragen im Einzelfall.

⁶⁰³ BGH NStZ-RR 2018, 80; Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 26 Rn. 6; mit Falllösung Hotz, JuS 2018, 674, 677.

⁶⁰⁴ Nach Krey/Esser, § 31 Rn. 1042.

⁶⁰⁵ Aktuell BGH NStZ-RR 2021, 273; vgl. hierzu auch Krey/Esser, § 31 Rn. 1042 f., welcher zudem auf das nachvollziehbare Beispiel eines **Auftragsmörders** hinweist. Eine Anstiftungsstrafbarkeit desjenigen, der einen Auftragskiller zur konkreten Tötung eines anderen einschaltet, muss möglich sein, auch wenn der Auftragskiller selbstverständlich allgemein bereit war, Tötungen Dritter zu begehen.

⁶⁰⁶ BGHSt 19, 339, 341; Lackner/Kühl, § 26 Rn. 2a.

⁶⁰⁷ Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 26 Rn. 9; Kindhäuser/Zimmermann, § 41 Rn. 13 („der Täter insoweit eine weitere Tat begeht“); ausführlich MüKo/Joecks/Scheinfeld, § 26 Rn. 41 f.

Beispiel: B will C ausrauben und dabei seine Pistole mit sich führen (§ 250 Abs. 1 Nr. 1a). Sein Freund A meint, B solle doch wenigstens seine Waffe zu Hause lassen, da sonst noch Schlimmeres passieren könnte. B lässt die Waffe zu Hause und beraubt C lediglich unter Androhung von Faustschlägen (einfacher Raub gem. § 249).

Der „Abstifter“ ist nach ganz h.M. nicht wegen **Anstiftung** strafbar, da er den Haupttäter zu einem „Minus“ an Unrechtsverwirklichung veranlasst und insoweit keinen Tatentschluss hervorruft - der Haupttäter ist bereits als omnimodo facturus einzuordnen.

Eine evtl. daneben bestehende **psychische Beihilfe** muss regelmäßig mangels objektiver Zurechnung aus Gründen der **Risikoverringerung** ausscheiden, soweit der Haupttäter sich nicht psychisch bestärkt fühlte (im Einzelfall zu prüfen - im o.g. Bsp. nicht der Fall)⁶⁰⁸. Obendrein wäre eine Beihilfe aus Gründen des § 34 (Notstand) gerechtfertigt, soweit die Abstiftung das einzige Mittel war, um die schwerere Tat zu verhindern⁶⁰⁹.

(3) Zwischen diesen beiden Konstellationen liegt die sog. „**Umstiftung**“. Hier ist der **413** Haupttäter zu einer konkreten Tat entschlossen und der „Umstifter“ veranlasst ihn zu einer „anderen Tat“.

Beispiel: B will das Fahrrad des C stehlen (§ 242). A ermutigt ihn dazu, das Fahrrad des C doch eher den steinigen Abhang hinunter zu werfen (§ 303).

Nicht selten belässt man es in vielen Lehrbüchern bei dieser allgemeinen **414** Umschreibung, doch ist die Konstellation der „Umstiftung“ in jedem **Einzelfall differenziert** zu behandeln. Dabei bietet sich folgende Unterscheidung an:

Vorüberlegung: Änderung des Täters: U.U. hat der „Umstifter“ bereits den Täter selbst ausgetauscht. Z.B. der Vater V meint, sein zur Tat fest entschlossener Sohn S sei nicht tauglich, den Mord an C zu begehen und veranlasst stattdessen seinen Sohn X dazu. In diesen Fällen ist nach allg. Ansicht eine Anstiftung gem. § 26 zu bejahen, denn es gibt keine Tat ohne konkreten Täter und der Austausch des Täters hat auch immer einen Wechsel der Tat zur Folge⁶¹⁰.

- Änderung des Tatbestands (Tatbestandsaustausch): Hat der „Umstifter“ den zur Tat entschlossenen Haupttäter dazu veranlasst, einen anderen Tatbestand zu verwirklichen (s.o. Bsp. zu Punkt 3), so ist nach h.M. ebenfalls eine Anstiftung zu bejahen, da § 26 mit „Tat“ die Verwirklichung eines konkreten und bestimmten Tatbestands voraussetzt. Wird dieser ausgetauscht, hat der „Umstifter“ zu dieser neuen Tat i.S.d. § 26 veranlasst.
- Erweiterung der Tatbestände (Tatbestandserweiterung): Es ist auch denkbar, dass der „Umstifter“ den Haupttäter zu einer weiteren Tat (also z.B. neben dem bereits vom Haupttäter geplanten Hausfriedensbruch gem. § 123 zu einem Diebstahl gem. § 242 bzw. § 244) anstiftet. Die h.M. bejaht auch hier eine Anstiftung.
- Änderung des Tatobjekts: Der „Umstifter“ veranlasst einen Austausch des Tatobjekts. Derartige Fälle sind sehr einzelfalllastig und umstritten. An dieser Stelle bietet sich das Differenzierungsmerkmal der **Höchstpersönlichkeit** eines Rechtsguts an⁶¹¹.

Beispiel (Anstiftung zu bejahen - höchstpersönliches Rechtsgut „körperliche Unversehrtheit“): A stiftet den zur Körperverletzung zum Nachteil des C fest entschlossenen B dazu an, nicht C, sondern D körperlich zu misshandeln.

Gegenbeispiel (Anstiftung zu verneinen - Rechtsgut „Eigentum“ als nicht höchstpersönliches Rechtsgut): A veranlasst den „Sprayer“ B dazu, nicht den ICE, sondern den Regional-Zug zu „besprühen“⁶¹².

- Änderung des Tatmotivs: Nach h.M. ist der „Austausch“ des Tatmotivs keine Anstiftung, da hierdurch die bereits fest geplante Tat des Haupttäters (i.S.d. konkreten Tatbestands) dieselbe bleibt und auch für den subjektiven Tatbestand die Motive des Haupttäters nicht maßgebend sind. In Betracht kommt allenfalls **psychische Beihilfe** des „Umstifters“.

⁶⁰⁸ Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 26 Rn. 10; Kühl, § 20 Rn. 185; Roxin, AT II, § 26 Rn. 69.

⁶⁰⁹ Küpper, JuS 1996, 24; siehe auch v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, § 26 Rn. 17.2, ebenfalls mit dem Hinweis, dass nach dieser Ansicht für eine Anwendbarkeit des § 34 vorausgesetzt werden müsse, dass die Gefahr der Begehung des schwereren Delikts nicht auf andere Weise abwendbar sei.

⁶¹⁰ V. Heintschel-Heinegg/Kudlich, § 26 Rn. 18.1.

⁶¹¹ I.d.S. Schulz, JuS 1986, 933, 937 ff. m.w.N.

⁶¹² Vgl. auch Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 26 Rn. 8.

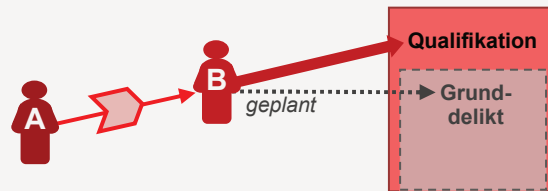
- Änderung der **Tatumstände** (Tatzeit, Tatort, Tatmittel): Grundsätzlich ist eine Änderung der Tatumstände (Zeit, Ort, Mittel) ebenfalls nicht ausreichend, eine Anstiftung des „Umstifters“ zu bejahen, da es sich dabei i.d.R. nur um marginale Begleitumstände der Tat handelt (evtl. liegt aber auch eine „Aufstiftung“ i.o.S. vor - hier ist auf die genauen Sachverhaltsangaben zu achten). In Betracht kommt auch hier grds. **psychische Beihilfe**.

Schaubild 72:

Aufstiftung: A stiftet den zum Grunddelikt entschlossenen B zur Qualifikation an:

Rspr. + Teile der Lit.: § 26 (+), wegen eigenständigem Unrechtsgehalt der Qualifikation.

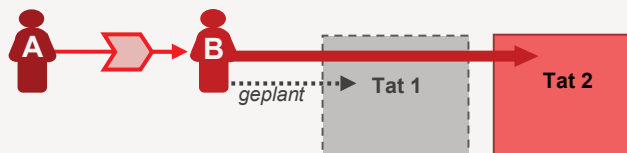
H.L.: § 26 (-), da nur eine Erweiterung des vorhandenen Tatentschlusses.
§ 26 (+) nur, wenn das „Mehr“ an Unrecht einen neuen, eigenen Tatbestand begründet.
Aber in jedem Fall § 27 (+) in Form einer psychischen Beihilfe.



Umstiftung: A stiftet den zur Tat entschlossenen B zu einer anderen Tat an. Vorüberlegung: Bei **Täter**austausch = Allg. Ansicht: § 26 (+)

Ansonsten h.M.: Differenzierung:

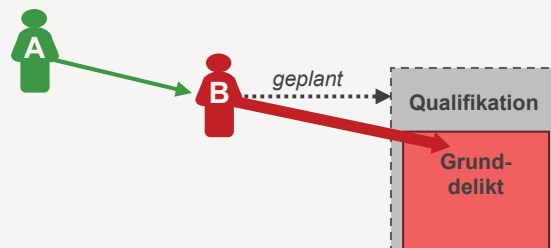
- **Tatbestandsaustausch/-erweiterung** = § 26 (+)
- **Tatobjektsaustausch** = streitig (mögl. Bewertungsmerkmal: Austausch von höchstpersönlichen Rechtsgütern)
- **Tatmotivaustausch** = § 26 (-) aber grds. § 27 (+)
- **Tatmodalitäten**austausch (z.B. Tatzeit, Tatort, Tatmittel) = grds. § 26 (-) aber i.d.R. § 27 (+)



Abstiftung: A stiftet den zur Qualifikation entschlossenen B zum Grunddelikt ab:

HM: § 26 (-) und grds. auch keine psychische Beihilfe gem. § 27 (Ausn.: psychische Bestärkung - streitig)

- Arg. 1: **Keine objektive Zurechnung** wegen sog. **Risikoverringering** oder
- Arg. 2: **Keine Rechtswidrigkeit**, wegen § 34



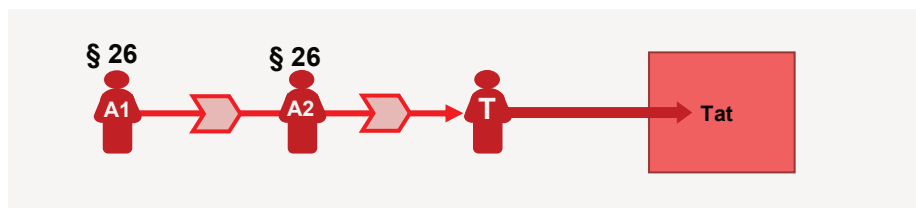
ff. Kombinationen (u.a. in Verbindung mit einer Anstiftung)

- 415** Die Anstiftung kann mit mehreren Beteiligungsformen zusammentreffen und kombiniert werden. Bevor im Einzelnen auf die mannigfaltigen Konstellationen (z.T. auch außerhalb der Anstiftung) eingegangen wird, sind **zwei** wesentliche Grundvoraussetzungen voranzustellen:

- Bei mehreren **unterschiedlichen** Teilnahmeformen ist letztlich immer die „schwächste **Beteiligungsform**“ bzw. das „**schwächste Glied** in der Kette“ **maßgeblich** für die Bestrafung des jeweiligen Teilnehmers.
- Bei mehreren Teilnahmehandlungen muss stets die **Verbindung zur Haupttat** bestehen. Diese ist Haupttat für **alle** Teilnahmehandlungen.

Schaubild 73: (Nur objektive Ebene)

(a) **Ketten-Anstiftung ist Anstiftung zur Haupttat:** A1 stiftet A2 an, dass A2 den Haupttäter T **416** zu einer Straftat anstiftet. A1 und A2 sind beide als Anstifter (§ 26) **zur Haupttat** strafbar.



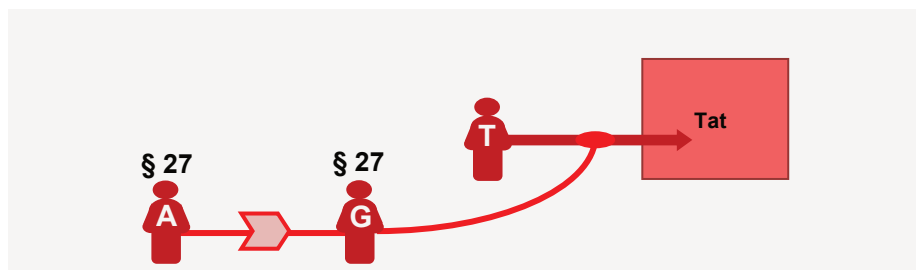
Hinweis: Die „rechtswidrige Tat“ i.S.v. § 26 ist für A1 die Haupttat, nicht die Anstiftung dazu. Der „Kettenanstifter“ muss weder die Anzahl der Anstifter, zwischen dem von ihm Angestifteten und dem Haupttäter kennen, noch den Namen des Haupttäters⁶¹³.

(b) **Ketten-Beihilfe ist Beihilfe zur Haupttat:** Gehilfe G1 unterstützt G2 dabei, dass letzterer den **417** Haupttäter T bei seiner Straftat unterstützt. G1 und G2 sind beide wegen Beihilfe (§ 27) **zur Haupttat** strafbar.

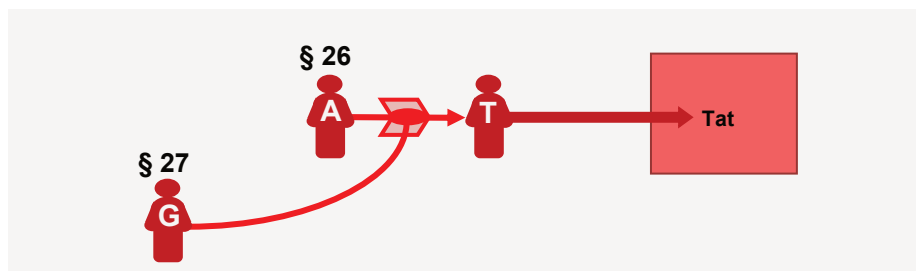


Hinweis: Keine doppelte Strafmilderung gem. § 27 Abs. 2 S. 2 beim „Kettengehilfen“ G1, denn auch G1 fördert die Haupttat selbst (zur allg. Darstellungslogik der Beihilfe s.u.)⁶¹⁴.

(c) **„Anstiftung“ zur Beihilfe ist Beihilfe zur Haupttat:** A stiftet G an, den T bei seiner Straftat **418** zu unterstützen. Da hier das „schwächste Glied in der Kette“ (also bzgl. des Strafraumens, vgl. die §§ 26, 27) G ist, ist auch das Verhalten des A als Beihilfe zur Haupttat zu bewerten⁶¹⁵.



(d) **Beihilfe zur Anstiftung ist Beihilfe zur Haupttat:** G unterstützt A dabei, den Haupttäter T **419** anzustiften (z.B. G gibt A den Hinweis, dass T ein „zuverlässiger Auftragskiller“ ist)⁶¹⁶. Hier ist G wegen Beihilfe zur Haupttat zu bestrafen.



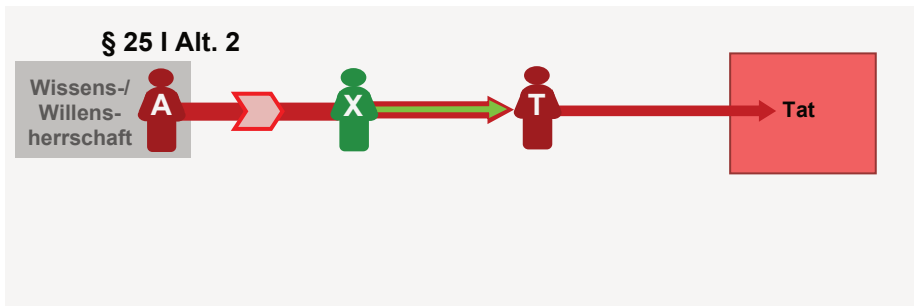
⁶¹³ BGHSt 6, 359; 8, 157; Krell, Jura 2011, 499 ff.; Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 26 Rn. 15.

⁶¹⁴ Eisele, JuS 2016, 470, 471. Zur Strafbarkeit der Kettenbeihilfe siehe jüngst BGH Beschl. v. 22.12.2015.

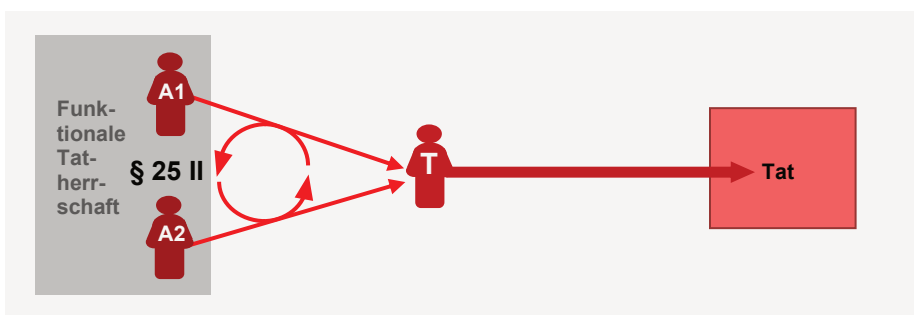
⁶¹⁵ OLG Bamberg, NJW 2006, 2935; v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, § 26 Rn. 26.1; Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 26 Rn. 15.

⁶¹⁶ Vgl. v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, § 26 Rn. 26.1.

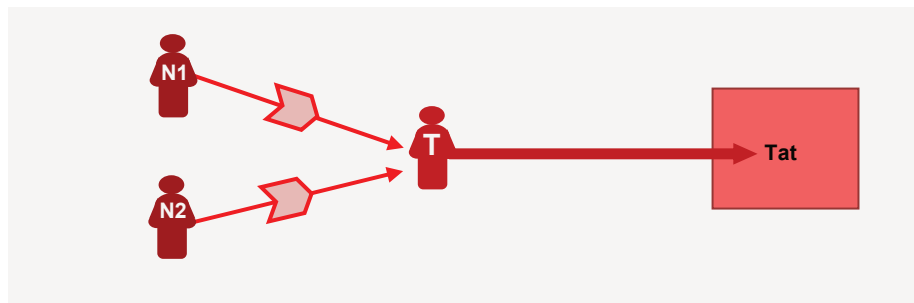
- 420 (e) **Mittelbare Anstiftung (oder Anstiftung in mittelbarer Täterschaft)**: A bewirkt durch den schuldlos handelnden X, den Haupttäter T zu einer Straftat zu bestimmen. A ist strafbar wegen Anstiftung zur Haupttat (die Regeln der mittelbaren Täterschaft gelten für die Teilnahme durch ein Werkzeug entsprechend)⁶¹⁷.



- 421 (f) **Mitanstiftung**: A1 und A2 bestimmen, im arbeitsteiligen Zusammenwirken und auf Basis eines gemeinsamen Entschlusses, T dazu, eine Straftat zu begehen. A1 und A2 sind beide wegen Anstiftung zur Haupttat strafbar, wobei ihre jeweiligen Tatbeiträge gem. § 25 Abs. 2 gegenseitig zugerechnet werden⁶¹⁸.



- 422 (g) **Nebenanstiftung**: N1 und N2 wirken beide unabhängig voneinander, aber jeder für sich vollumfänglich i.S.v. § 26 auf T ein, so dass dieser eine Straftat begeht. N1 und N2 sind jeweils für sich wegen Anstiftung zur Haupttat zu bestrafen (eine Mitursächlichkeit der Anstiftungshandlung ist ausreichend)⁶¹⁹.



- 423 **Hinweis**: Hier muss man sich jedoch stets die **Vorfrage** stellen, ob der Haupttäter ggf. schon durch den ersten Tatveranlasser hinreichend zur Tat bestimmt wurde, bevor der weitere „Tatveranlasser“ seinen Tatbeitrag leistete. Ist das der Fall, liegt die Situation des omnimodo facturus vor. D.h. nur versuchte Anstiftung des zweiten „Tatveranlassers“ (nur bei Verbrechen gem. § 30 Abs. 1 strafbar); grds. dürfte eine psychische Beihilfe des zweiten „Tatveranlassers“ vorliegen (Tatfrage)⁶²⁰.
- 424 Die Beispiele unter (e) bis (g) sind natürlich auch bzgl. einer **Beihilfe** denkbar (sog. **mittelbare Beihilfe**, **Mit-Beihilfe** oder **Nebenbeihilfe**).

⁶¹⁷ Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 26 Rn. 5.

⁶¹⁸ V. Heintschel-Heinegg/Kudlich, § 26 Rn. 26.1; Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 26 Rn. 5 m.w.N.

⁶¹⁹ Schönke/Schröder/Heine/Weißer, § 26 Rn. 5 m.w.N.

⁶²⁰ Vgl. auch Schmidt, Rn. 1068.

C. Der Irrtum

523 Systematisch sind i.R.d. Irrtumslehre folgende zwei Grundregeln wichtig:

- Zum einen gibt es im Strafrecht keine Norm, die den Irrtum umfassend und abschließend regelt. Die wichtigsten Vorschriften zum Irrtum sind die §§ 16 und 17 (hierzu sogleich). Es existieren dazu noch einzelne Sondernormen, die auf den Irrtum des Täters in besonderen Konstellationen Bezug nehmen (z.B. die §§ 33, 35 Abs. 2).
- Zum zweiten wird ein Irrtum i.R.d. Klausur grds. nicht als Sonderprüfungspunkt isoliert geprüft, sondern es ist auf der jeweiligen Prüfungsstufe (primär i.R.d. subjektiven Tatbestands) zu untersuchen, ob das Vorstellungsbild des Täters von den realen Gegebenheiten - also der objektiven Sach- bzw. Rechtslage - abgewichen ist.

Man kann folglich verkürzt sagen: Ein Irrtum ist die **Diskrepanz** zwischen der **subjektiven Vorstellung des Täters** und der **objektiven Sach- oder Rechtslage**.

I. Allgemeines

1. Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Rechtsebene

524 Ein Irrtum kann sich zum einen auf tatsächliche **Umstände** beziehen oder auf eine **rechtliche Bewertung**.

Folglich muss stets zwischen der reinen Umstands- oder Tatsachenebene (**Tatsachenirrtum**) und der Rechts- bzw. Unrechtsebene (**Rechtsirrtum**) unterschieden werden.

Beispiel für Tatsachenirrtum: A schießt mit dem Jagdgewehr auf B, meint jedoch irrtümlich, es handelt sich um ein Wildschwein.

Beispiel für Rechtsirrtum: Lehrer T nimmt irrigerweise an, er hätte ein körperliches Züchtigungsrecht gegenüber seinen Schülern.

2. Unterscheidung bzgl. der Bezugspunkte eines Irrtums innerhalb des Prüfungsaufbaus

525 Eine Fehlvorstellung kann sich auf **unterschiedliche Stufen** innerhalb der Deliktprüfung beziehen, bspw. auf Elemente des objektiven Tatbestands, der Rechtswidrigkeit, der Schuld oder auch eines Strafausschließungsgrunds.

3. Unterscheidung zwischen den Arten eines Irrtums

526 a. Zum einen existiert der **negative Irrtum**, also die **Unkenntnis** über eine Tatsache oder eine Rechtslage. Hier **fehlt** dem Täter schlicht der Umstand bzw. das Merkmal innerhalb seines Vorstellungsvermögens, welcher/welches jedoch objektiv vorliegt. In der Tätervorstellung besteht folglich ein „Weniger“ im Vergleich zur objektiven Sach- oder Rechtslage.

Beispiel für Unkenntnis auf Tatsachenebene: T denkt, er schießt auf eine Holzpuppe, es handelte sich jedoch um einen Menschen.

Wichtig: An dieser Stelle kann die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit relevant werden (siehe hierzu ausführlich Skript AT I). Rechnete der Täter mit der Möglichkeit eines Erfolgeintritts und nahm er diesen auch billigend in Kauf (**dolus eventualis**), unterliegt er keinem Irrtum, sondern handelte vorsätzlich (z.B., wenn T im o.g. Beispiel damit rechnet, die Holzpuppe könne auch ein Mensch sein und dessen Verletzung billigt). Ebenfalls kein Irrtum liegt in den Fällen des sog. **dolus alternativus** bzw. **dolus cumulativus** vor (hierzu Skript AT I).

§ 16 Irrtum über Tatumstände

(1) Wer bei Begehung der Tat einen **Umstand nicht kennt**, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt **nicht vorsätzlich**. Die Strafbarkeit wegen **fahrlässiger Begehung bleibt unberührt**.

(2) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines milderen Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden.

§ 15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln

Strafbar ist **nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht**.

§ 17 Verbotsirrtum

Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die **Einsicht, Unrecht zu tun**, so handelt er **ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte**. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so **kann** die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

§ 22 Begriffsbestimmung

Eine Straftat versucht, **wer nach seiner Vorstellung von der Tat** zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.

§ 23 Strafbarkeit des Versuchs

(1) Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt.

(2) Der Versuch kann milder bestraft werden als die vollendete Tat (§ 49 Abs. 1).

(3) Hat der Täter aus grobem Unverstand erkannt, daß der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vervollendung führen konnte, so kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2).

- Unterliegt der Täter einem solchen negativen Irrtum (Unkenntnis) und bezieht sich dieser Irrtum auf einen Umstand (**Tatsachenebene**), der ein Tatbestandsmerkmal begründet, so greift die Regelung des § 16 (lesen - d.h. der Täter handelt schon nicht vorsätzlich). § 16 Abs. 1 S. 2 eröffnet dann die Strafbarkeit aus Fahrlässigkeitstat, wenn das Gesetz gem. § 15 (lesen) einen solchen Fahrlässigkeitstatbestand vorsieht.

Im o.g. Holzpuppen-Beispiel unterliegt T in Bezug auf die Vorsatztat des § 212 einem Tatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1. Er kann jedoch gem. § 16 Abs. 1 S. 2 aus Fahrlässigkeitstat (§ 222) bestraft werden, soweit ein Sorgfaltsverstoß vorliegt.

- Handelt der Täter in Unkenntnis in Bezug auf tatbestandliches Unrecht (**Rechtsebene**), so greift die Regelung des § 17 (lesen) - s.o. das Bsp. zum „körperlichen Züchtigungsrecht“ des Lehrers.
D.h. der Täter handelt vorsätzlich, jedoch ohne Schuld, wenn er den Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden (im Kernstrafrecht der Regelfall), erlaubt § 17 S. 2 die Möglichkeit („kann“) einer Strafmilderung.

b. Andererseits kann sich der Täter auch in einem **positiven Irrtum** befinden, also einer **527 irrigen Annahme** unterliegen. D.h. der Täter interpretiert sprichwörtlich „in“ die objektive Lage eine Tatsache bzw. Wertung, die tatsächlich nicht gegeben bzw. unzutreffend ist. In seinem Vorstellungsbild existiert quasi ein „Mehr“ im Vergleich zur objektiven Sach- oder Rechtslage (s.u. Schaubilder).

- Unterliegt der Täter einem solchen positiven Irrtum (irrig Annahme) in Bezug auf Umstände (**Tatsachenebene**), die den Tatbestand begründen, so kommt eine **Versuchsstrafbarkeit** gem. der §§ 22, 23 (lesen) in Betracht.

Beispiel für irrig Annahme auf Tatsachenebene i.R.d. obj. Tatbestands: T nimmt an, er zielt mit einer echten Pistole auf das Opfer, es handelt sich jedoch nur um eine Spielzeugpistole. Da für eine Versuchsstrafbarkeit (hier §§ 212, 22, 23) die Tätervorstellung die Bewertungsgrundlage ist (s.o.), ist eine Bestrafung des T auch dann möglich, wenn der Erfolg gar nicht hätte eintreten können (sog. untauglicher Versuch).

- Unterliegt der Täter einem positiven Irrtum in Bezug auf tatbestandliches Unrecht (**Rechtsebene**), so liegt ein sog. **Wahndelikt** vor.

Beispiel für irrig Annahme auf Rechtsebene des obj. Tatbestands: X nimmt an, homosexuelle Handlungen seien strafbar. Derartige Fehlvorstellungen sind strafrechtlich **unbeachtlich**.

Anmerkung der Korrektoren:

Schauen Sie sich zu den beiden Irrtumsarten „Unkenntnis“ und „irrig Annahme“ die zugehörigen Schaubilder im Skript AT I an (und die beiden dazugehörigen Fallbeispiele). Daran kann man sehr gut erkennen, dass sich die beiden Irrtumsarten quasi „spiegelbildlich“ gegenüberstehen (im einen Fall ein „Minus“ innerhalb der Tätervorstellung, im anderen Fall ein „Plus“).

Hinweis: Der Täter kann sich selbstverständlich auch über Tatsachen oder rechtliche Wertungen auf **anderen Prüfungsstufen** im Deliktsaufbau irren, z.B. über Rechtfertigungsgründe. Auf alle Prüfungsstufen wird in diesem Kapitel noch ausführlich eingegangen.

Unkenntnis und **irrig Annahme** schließen sich nicht zwangsläufig aus, sondern **528** existieren oft nebeneinander. Zielt der Täter bspw. auf eine vermeintliche Holzpuppe (die in Wirklichkeit ein Mensch ist), so handelt er in **Unkenntnis** über den Umstand „Mensch“ und unterliegt gleichzeitig der **irrigen Annahme** in Bezug auf die Tatsache „Holzpuppe“.

Man sollte stets von der Seite der objektiven Sachlage und der Frage des konkret strafbaren Verhaltens ausgehen und dann entsprechend subsumieren.

In Bezug auf die Frage eines Tötungs- bzw. Körperverletzungsdelikts, würde der Täter hier einem negativen Irrtum/einer Unkenntnis unterliegen; in Bezug auf eine Sachbeschädigung (an der Holzpuppe) einem positiven Irrtum/einer irrig Annahme.

Im Folgenden wird zwischen dem Irrtum des **Alleintäters** und dem Irrtum **mehrerer** Tatbeteiligter unterschieden.

I. Der Irrtum des Alleintäters

1. Der Irrtum des Alleintäters auf Tatbestandsebene

- 529** An dieser Stelle sollten die Ausführungen im Skript AT I zum subjektiven Tatbestand wiederholt werden. Der Hauptbezugspunkt für die Behandlung des Irrtums ist nämlich der Vorsatz.

Der Vorsatz des Täters hat auf Tatbestandsebene mehrere Bezugspunkte:

- Vor allem die **Umstände**, die die jeweiligen **objektiven Tatbestandsmerkmale** begründen (Täter, Tathandlung, Tatobjekt, Taterfolg etc.). Diese Merkmale werden vom jeweiligen Straftatbestand im BT des StGB definiert (s.u. Punkt a.).
- Zudem bezieht sich der Vorsatz auf den **objektiven Kausalverlauf** in seinen wesentlichen Zügen (s.u. Punkt b)
- sowie auf die **Umstände der objektiven Zurechnung** (s.u. Punkt c).

Da alle genannten Bezugspunkte (zumindest bei Erfolgsdelikten) objektiv vorliegen und entsprechend subjektiv von der Tätervorstellung umfasst sein müssen, können sich aus diesem **Übereinstimmungserfordernis** bereits i.R.d. Tatbestandsmäßigkeit mannigfaltige Irrtumskonstellationen ergeben.

Diese lassen sich dann noch in Bezug auf die Differenzierungsmerkmale Unkenntnis oder irrige Annahme sowie die Fehlvorstellung in Bezug auf Tatsachen- oder Rechtsebene zusätzlich auffächern.

Vergleichen Sie hierzu den Überblick im Gesamtschaubild 28 im MindBook AT II.



a. Der Irrtum in Bezug auf Umstände, die den objektiven Tatbestand begründen

- 530** Die häufigsten Irrtümer auf Vorsatzebene beziehen sich auf Umstände, die den objektiven Tatbestand begründen. Dabei muss nicht selten zum sog. **Motivbereich** abgegrenzt werden. Derartige Motive spielen sich **außerhalb** des Vorsatzes ab, „begleiten“ ihn quasi.

Beispiel: Bauer A hat mit seinem Vorschlaghammer das Auto vom Nachbarbauernhof demoliert, so dass es nicht mehr fahrtüchtig ist. A ging davon aus, das Auto gehöre seinem Erzrivalen B. Es ist jedoch das Dienstfahrzeug des Zivilpolizisten C, der an dem Tag sein Auto dort abstellte.

Lösung: Hier hat A eine Sachbeschädigung gem. § 303 begangen. Der Tatbestand (lesen) verlangt nur, dass der Täter rechtswidrig eine „fremde Sache beschädigt oder zerstört“⁷⁶².

Dies tat A. Zudem hat er die **Umstände** in seinem Vorstellungsbild aufgenommen, die diese Tatbestandsmerkmale des § 303 begründen. Auf eine Vorstellung über den konkreten Eigentümer des Fahrzeugs kommt es also nicht an, solange der Täter weiß, dass die Sache „fremd“ ist, ihm also nicht (bzw. nicht allein) gehört.

A unterlag lediglich einer Fehlidentifizierung über die konkreten Eigentumsverhältnisse, welche sich als sog. **Identitätsirrtum (error in objecto)** darstellt. Ein solcher **Motivirrtum** begründet keinen Tatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1 Hieran zeigt sich auch die sog. **Tatbestandsbezogenheit** des Vorsatzes.

Motive (hier: „Auto gehört B“) mögen für die Tat zwar ein wichtiger Antrieb gewesen sein, für den **Vorsatz** oder einen **Irrtum** sind sie jedoch **nicht relevant**.

§ 303 Sachbeschädigung

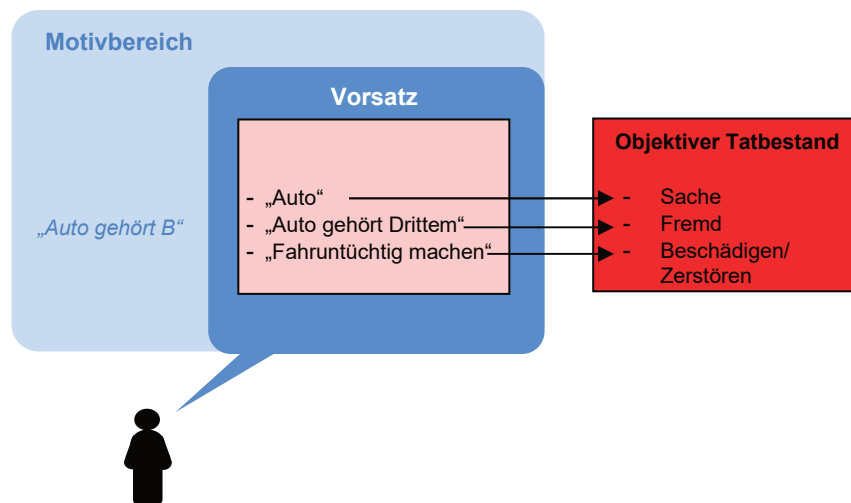
(1) Wer rechtswidrig eine **fremde Sache beschädigt** oder **zerstört**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt das Erscheinungsbild einer fremden Sache nicht nur unerheblich und nicht nur vorübergehend verändert.

(3) Der Versuch ist strafbar.

⁷⁶² Der Begriff „rechtswidrig“ i.R.d. § 303 Abs. 1 wird von der h.M. nur als allgemeiner Hinweis auf die Rechtswidrigkeit angesehen; Lackner/Kühl, § 303 Rn. 9; Schönke/Schröder/Stree, § 303 Rn. 12 (streitig).

Schaubild 83:



Erläuterungen zum Schaubild: Der Vorsatz des A bezieht sich nur auf die jeweiligen **Umstände** (links - hellrot), die die Tatbestandsmerkmale (Unrechtsebene - rechts - dunkelrot) begründen.

Darstellungshinweis: Die Bezugsgegenstände des Vorsatzes sind also **umstandsbezogen** und nicht direkt **tatbestandsbezogen**. Insoweit wären auch die vorangegangenen Schaubilder zu präzisieren. Aus Vereinfachungsgründen wurde davon jedoch bewusst abgesehen.

Hinweis: Die gebräuchliche Bezeichnung des **Tatbestandsirrtums** ist eigentlich nicht ganz korrekt, denn der Vorsatz des Täters muss sich ja gerade nicht auf die Tatbestandsmerkmale selbst beziehen, sondern nur auf die **Umstände**, die diese Merkmale begründen (also z.B. auf den Umstand „Auto“, welcher für eine „Sache“ gem. § 303 steht). Einige Autoren verwenden deshalb den eigentlich zutreffenderen Begriff **Tatumstandsirrtum**⁷⁶³.

§ 305a Zerstörung wichtiger Arbeitsmittel

(1) Wer rechtswidrig

1. ein fremdes technisches Arbeitsmittel von bedeutendem Wert, das für die Errichtung einer Anlage oder eines Unternehmens im Sinne des § 316b Abs. 1 Nr. 1 oder 2 oder einer Anlage, die dem Betrieb oder der Entsorgung einer solchen Anlage oder eines solchen Unternehmens dient, von wesentlicher Bedeutung ist, oder

2. ...

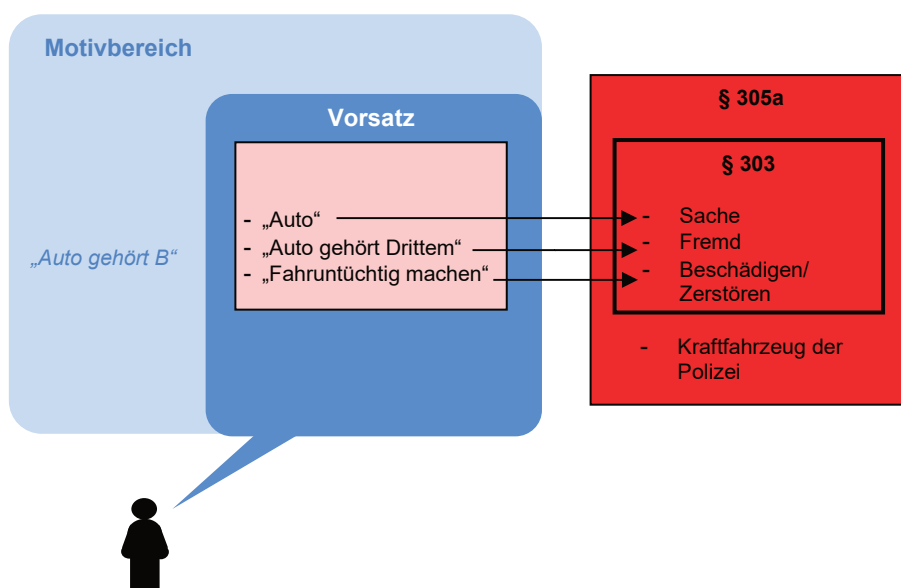
3. ein **Kraftfahrzeug der Polizei**, der Bundeswehr, der Feuerwehr, des Katastrophenschutzes oder eines Rettungsdienstes **ganz oder teilweise zerstört**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

Nun hat A jedoch auch ein Dienstfahrzeug der Polizei beschädigt, so dass § 305a (lesen) als Sondervorschrift einschlägig sein könnte. Hierfür muss der Täter, neben den allgemeinen Merkmalen des § 303, die Eigenschaft der Sache als Arbeitsmittel (hier ein „Kraftfahrzeug der Polizei“) in seinem Vorsatz erfassen. Über diesen Umstand hatte A jedoch keinerlei Kenntnis, so dass er sich **insoweit** in einem **Tatbestandsirrtum** gem. § 16 Abs. 1 S. 1 (Vorsatzausschluss) befand. Einen Fahrlässigkeitstatbestand mit Blick auf die Handlungsalternativen des § 305a gibt es nicht (vgl. § 16 Abs. 1 S. 2).

Schaubild 84: Tatbestand des § 305a

531



Erläuterungen zum Schaubild: § 305a setzt inhaltlich mehr Tatbestandsmerkmale voraus als § 303 und geht insoweit **über diesen hinaus**. In Bezug auf objektive Umstände, die das Tatbestandsmerkmal „Kraftfahrzeug der Polizei“ begründen, hatte A jedoch keinerlei Vorsatz (Unkenntnis - vgl. § 16 Abs. 1).

⁷⁶³ Siehe Kühl, § 13 Rn. 2 m.w.N.

- 532 Der Vorsatz kann in Bezug auf die verschiedenen Tatbestände also unterschiedlich weit ausgeprägt sein und ist insoweit **teilbar**.
- 533 Als weiterer Differenzierungsschritt kann sich die Frage stellen, „wie tief“ sich der Täter mit einem „Umstand“ befasst haben muss, um vorsätzliches Handeln zu bejahen. Insoweit ist zwischen sog. **deskriptiven** und **normativen** Tatbestandsmerkmalen zu unterscheiden.

aa. **Deskriptive** Tatbestandsmerkmale - **Tatsachenkenntnis**

- 534 Bei sog. deskriptiven (d.h. beschreibenden) Tatbestandsmerkmalen (bspw. „Sache“, „beweglich“ etc.) muss der Täter in seiner Vorstellung nur den **natürlichen Sinngehalt** der zugrundeliegenden Umstände erfassen (schlichte sinnliche Wahrnehmung i.S.e. **Tatsachenkenntnis**). Derartige Umstände sind nicht schwer vom Tätervorsatz zu ermitteln bzw. zu bewerten, da sie Gegenstände und Verhaltensweisen der realen Welt umschreiben⁷⁶⁴.
- Verwirklicht der Täter objektiv die Merkmale eines Straftatbestands und fehlt ihm bereits diese einfache Faktenkenntnis (**Unkenntnis**), so unterliegt er einem Tatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1. D.h. eine Vorsatztat scheidet aus und es kommt eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gem. § 16 Abs. 1 S. 2 in Betracht.
 - Im umgekehrten Fall, in dem der Täter von einem tatbestandsbezogenen Umstand ausgeht, dieser jedoch objektiv nicht vorliegt (bei deren Vorliegen jedoch der objektive Tatbestand erfüllt wäre - **irrig Annahme**), ist an die Strafbarkeit eines (untauglichen) Versuchs zu denken.

bb. **Normative** Tatbestandsmerkmale - **Bedeutungskennntnis**

- 535 Wesentlich komplizierter kann sich die Einordnung bei sog. normativen (d.h. wertungsausfüllungsbedürftigen) Tatbestandsmerkmalen (bspw. das Merkmal „fremd“ gem. § 303) darstellen. Denn hier genügt die bloße Sinneserfassung der Tatumstände nicht, sondern der Täter muss darüber hinaus eine **quasi-rechtliche Bewertung** vornehmen (**Bedeutungskennntnis**). Der Täter muss die Tatumstände aber nicht mit den Begriffen erkennen, die das Gesetz selbst verwendet - eine juristisch exakte Subsumtion ist also nicht erforderlich (ansonsten könnten nur Juristen Straftaten begehen). Der Tätervorsatz muss jedoch zumindest den **rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt** des zugrundeliegenden Tatumstands korrekt erfassen⁷⁶⁵. Man spricht insoweit auch von der sog. „**Parallelwertung in der Laiensphäre**“.
- 536 Eine exakte **Abgrenzung** zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen gestaltet sich schwierig. Denn es ist oft unklar, welche Tatbestandsmerkmale eine weitergehende quasi-rechtliche Bewertung erfordern und welche nicht. Ist zum Beispiel das Merkmal „Beschädigen“ gem. § 303 ein deskriptives⁷⁶⁶ oder ein normatives⁷⁶⁷ Merkmal? Letztlich kann man sich immer für die **tätergünstige** Alternative entscheiden, nämlich eine „Parallelwertung in der Laiensphäre“ verlangen (i.S.d. normativen Merkmale) und somit höhere Anforderungen als die bloße Sinneserfassung (bei deskriptiven Merkmalen) stellen - ein Irrtum des Täters wäre somit einfacher zu begründen⁷⁶⁸.

⁷⁶⁴ Jescheck/Weigend § 26 IV 1; Schönte/Schröder/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 18 m.w.N.

⁷⁶⁵ BGHSt 3, 248; 4, 347; 8, 321; NK/Puppe, § 16 Rn. 41 m.w.N.

⁷⁶⁶ So z.B. Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 242.

⁷⁶⁷ So z.B. Kühl, § 5 Rn. 95 m.w.N. Kritisch zur Differenzierung allgemein Eisele/Heinrich, Rn. 712.

⁷⁶⁸ Siehe auch klarstellend Krey/Esser, § 12 Rn. 420: „Grundsätzlich sind alle Rechtsbegriffe normativ, weil im Zweifelsfall **jeder** Begriff im Rahmen seiner Auslegung auch einer rechtlichen Wertung unterzogen wird. Rein deskriptiv sind nur Zahlen oder mathematische, physikalische und chemische Formeln ...“.

Oder NK/Puppe, § 16 Rn. 4: „**Jede** noch so banale Tatsache ist ein Resultat nicht nur der „Wirklichkeit“, sondern auch der Begriffe, mit denen sie beschrieben wird, sie existiert nicht unabhängig v. diesen Begriffen und kann daher auch nicht ohne Verständnis v. Begriffen festgestellt werden“.

Handelt der Täter in **Unkenntnis** eines Umstands, der ein normatives Merkmal **537** begründet bzw. unterliegt er (umgekehrt) der **irrigen Annahme**, ein solcher Umstand läge vor, dann gilt das zu Punkt aa. Gesagte.

Diese Einordnung gestaltet sich jedoch bei normativen Tatbestandsmerkmalen weit schwieriger, da hier eben nicht nur eine sinnliche Wahrnehmung des Tatumstands, sondern auch eine quasi-rechtliche Bewertung desselben gefordert wird.

Begrifflich hervorzuheben ist an dieser Stelle der sog. **Subsumtionsirrtum**. Hat der **538** Täter den in seiner Bedeutung zutreffend erkannten Umstand rechtlich nur unrichtig unter den objektiven Tatbestand (Rechtsebene) subsumiert, so ist dieser Subsumtionsirrtum für den Vorsatz unerheblich. Der Subsumtionsirrtum kann jedoch auf Schuldebene einen Verbotsirrtum darstellen⁷⁶⁹ (hierzu sogleich ausführlicher).

Anmerkung der Korrektoren:

Die Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre verlangt somit **zwei Arbeitsschritte** von Ihnen: **Erstens** müssen Sie die „Ebene“ bestimmen, die zur Erfassung des Bedeutungsgehalts notwendig ist (dies ist wohlgerne gerade nicht die Rechtsebene selbst). Zum **Zweiten** müssen Sie dann untersuchen, ob der Täter diese „Ebene erreicht“ hat. Siehe dazu die folgenden Schaubilder.

Fazit: Der Täter muss für ein vorsätzliches Handeln den jeweiligen Umstand, der ein **539** Tatbestandsmerkmal begründet, **nicht (juristisch) exakt** unter dieses Merkmal subsumiert haben.

Der Täter braucht nicht **einmal die konkrete Strafnorm zu kennen** (siehe Skript AT I zu § 17)⁷⁷⁰. Es genügt insoweit eine hinreichende **Bedeutungskenntnis**.

Darauf aufbauend stellen sich folgende Fragen, welche sich auf dieselbe Thematik **540** beziehen:

- **Wie „weit“** muss bei einem normativen Tatbestandsmerkmal die **Bedeutungskenntnis** des Täters gehen, um diesbzgl. noch **vorsätzliches** Handeln bejahen zu können. Abgrenzung zum (für den Vorsatz unbeachtlichen) **Subsumtionsirrtum**. Hierzu s.u. Punkt cc.
- **Wie „weit“** muss bei einem normativen Tatbestandsmerkmal die **Bedeutungskenntnis** des Täters gehen, um diesbzgl. einen **untauglichen Versuch** bejahen zu können. Abgrenzung zum (straflosen) **Wahndelikt**. Hierzu s.u. Punkt dd.

cc. Abgrenzung zwischen Tatbestandsirrtum und Subsumtionsirrtum

(Schul-)Beispiel (sog. „Bierdeckelfall“⁷⁷¹): A sitzt in seinem Stammlokal und schaut auf seinen **541** Bierdeckel, auf dem der Wirt W für jedes servierte Bier einen Strich markiert hat, um später entsprechend abrechnen zu können. Um Geld zu sparen, radiert A ein paar der Striche weg. W kommt A auf die Schliche. Im Strafprozess wird A wegen versuchten Betrugs und Urkundenfälschung angeklagt. Hierzu meint A: „*Gut, ich wollte Geld sparen, deshalb kann ich mit dem Vorwurf des Betrugs leben. Aber ich habe doch nicht gewusst, dass Striche auf einem Bierdeckel eine Urkunde darstellen, deshalb kann ich auch unmöglich wegen Urkundenfälschung strafbar sein. Eine Urkunde ist doch vielmehr ein unterschriebenes Schriftstück*“.

Hat der Einwand des A insoweit Erfolg?

Lösung: Ein **versuchter Betrug** gem. §§ 263, 22, 23 Abs. 1 ist hier unproblematisch zu bejahen. A hat vorsätzlich versucht, durch den manipulierten Bierdeckel W zu täuschen und bei ihm einen entsprechenden Irrtum hervorzurufen, der ihn dann zu einer ihn schädigenden Vermögensverfügung (Unterlassen der Mehrberechnung) veranlassen sollte. A hatte darüber hinaus die Absicht, sich dadurch rechtswidrig selbst zu bereichern. Auch zur Tatausführung hat A unmittelbar angesetzt. A handelte zudem rechtswidrig und schuldhaft.

Das Herausradieren der Striche könnte sich jedoch auch als **Urkundenfälschung** gem. § 267 Abs. 1 Alt. 2 (lesen) darstellen.

Hierfür müsste der Bierdeckel des W objektiv eine „Urkunde“ i.S.d. Norm darstellen.

Eine Urkunde ist jede verkörperte menschliche Gedankenerklärung (Perpetuierungsfunktion), die ihren Aussteller erkennen lässt (Garantiefunktion) und zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet

§ 267 Urkundenfälschung

(1) Wer zur **Täuschung** im Rechtsverkehr eine **unechte Urkunde** herstellt, eine **echte Urkunde verfälscht** oder eine **unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn ...

(4) ...

⁷⁶⁹ Lackner/Kühl, § 15 Rn. 14; NK/Puppe, § 16 Rn. 41 m.w.N.; vgl. auch v. Heintschel-Heinegg/Kudlich § 15 Rn. 13 ff.

⁷⁷⁰ Ansonsten könnte man überspitzt formulieren, dass im Falle einer solchen Anforderung nur Juristen Straftaten begehen könnten.

⁷⁷¹ Vgl. OLG Düsseldorf, NJW 2001, 167; Krey/Heinrich, Rn. 679 ff., 692, 717b; Roxin/Greco, AT I, § 12 Rn. 102.

und bestimmt ist (Beweisfunktion)⁷⁷². Der Bierdeckel als Erfassungsdokument für die Getränkeanzahl und Zahlungspflicht, erfüllte all diese Funktionen und war somit eine Urkunde. Auch hat A durch das Ausradieren der Striche die Beweiskraft der Urkunde verändert, so dass er eine **echte Urkunde verfälscht** hat.

Fraglich ist jedoch, ob A hinsichtlich der Umstände, die diese Tatbestandsmerkmale erfüllen, auch vorsätzlich handelte.

Das Tatbestandsmerkmal „Urkunde“ ist ein sog. **normatives** Merkmal. D.h. um Vorsatz bejahen zu können, muss der Täter den Umstand, der das Merkmal begründet, nicht nur sinnlich erfassen (hier unproblematisch), sondern auch dessen Bedeutungsgehalt richtig einordnen.

Der BGH sowie die h.L. verlangen hierfür eine sog. „**Parallelwertung in der Laiensphäre**“⁷⁷³, d.h. eine allgemeine Bewertung zur Erfassung des rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalts. Eine juristisch exakte Bewertung ist nicht erforderlich.

Der Bierdeckel mit den Strichen des W verkörperte für A erkennbar eine Erklärung über den Nachweis bzgl. Trinkmenge und Kosten und wies auch W als „geistigen Urheber“ aus.

Diese geringeren Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal „Urkunde“ fanden im Vorsatz des A ihre Entsprechung. Es war gerade sein Ansinnen, diesen Beweiswert zum Nachteil des W zu verändern. A hat folglich den **rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt** des Merkmals „Urkunde“ sowie des „Verfälschens“ i.R.d. Laiensphäre korrekt erfasst und handelte somit vorsätzlich in Bezug auf den objektiven Tatbestand des § 267 Abs. 1 Alt. 2. Zudem handelte A mit entsprechender Täuschungsabsicht.

Dass A - trotz Erfassen dieses Bedeutungsgehalts - weiter annahm, es handle sich bei dem Bierdeckel nicht um eine Urkunde i.S.d. Strafrechts, ist **für seinen Vorsatz irrelevant** und stellt sich als **unbeachtlicher Subsumtionsirrtum** dar (der erst auf Schuldebene i.V.m. § 17 relevant werden kann). A handelte zudem rechtswidrig.

Fraglich ist, ob A auch schuldhaft handelte, denn er könnte aufgrund seiner Annahme, der Bierdeckel sei keine Urkunde im strafrechtlichen Sinn, einem sog. Verbotsirrtum gem. § 17 unterlegen sein. Dies ist hier der Fall, da A dachte, kein Urkundendelikt zu begehen. Dennoch wäre dieser Verbotsirrtum im Falle einer hinreichenden „Gewissensanspannung“ durch A erkennbar, sprich gem. § 17 S. 1 (lesen) vermeidbar gewesen, so dass A schlussendlich einer Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Alt. 2 schuldig ist (aber mögliche Strafmilderung gem. § 17 S. 2)⁷⁷⁴.

§ 17 Verbotsirrtum

Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die **Einsicht, Unrecht zu tun**, so handelt er **ohne Schuld**, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so **kann** die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.

- 542 Hinweis:** Im Schrifttum wird die Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre kritisiert, da sie keine griffigen Merkmale zur Bestimmung und Definition dieser Laiensphäre bereithält und insoweit mit einer erheblichen **Rechtsunsicherheit** verbunden ist. Z.T. wird deshalb vorgeschlagen, zwischen sog. **innerstrafrechtlichen** und **außerstrafrechtlichen** Rechtsirrtümern zu unterscheiden. Im ersten Fall soll es sich um einen (für den Vorsatz unbeachtlichen) Subsumtionsirrtum handeln. Im zweiten Fall um einen Tatbestandsirrtum⁷⁷⁵.

Diese grds. Kritik an der h.M. kann man teilen, dennoch sollte man sich in der Klausur der h.M. anschließen und zwischen den drei folgenden Ebenen unterscheiden:

- (1) **Unrechtsebene/Tatbestandsebene:** Juristisch exakte Definition des Tatbestandsmerkmals und entsprechende Subsumtion - durch den Richter/Klausurbearbeiter.
- (2) **Tatsachen-/Umstandsebene 1: Wahrnehmungsebene:** Bestimmung des **natürlichen Sinngehalts** des jeweiligen Umstands, der das Tatbestandsmerkmal begründet und entsprechendes Erfassen (**Tatsachenkenntnis**) durch den Täter (grds. unproblematisch).
- (3) **Tatsachen-/Umstandsebene 2: Bewertungsebene:** Bestimmung des **rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalts** des jeweiligen Umstands, der das Tatbestandsmerkmal begründet und entsprechendes Erfassen (**Bedeutungskennntnis**) durch den Täter.

Für den Tätersvorsatz sind nur die beiden letzten Ebenen relevant, wobei Punkt (2) kaum Probleme mit sich bringt. Zu dieser **Drei-Teilung** siehe folgende Schaubilder.

Bekannt aus dem Skript AT I ist bereits folgendes Schaubild das zwischen der Tatsachen-/Umstandsebene und der (Un-)Rechtsebene unterscheidet (**Zweiteilung**):

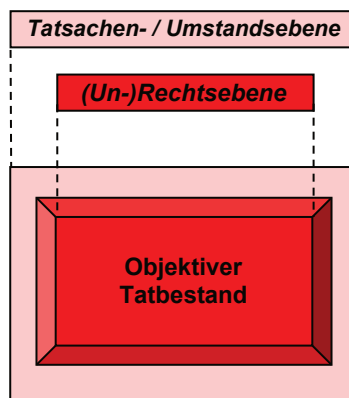
⁷⁷² BGHSt 18, 66; Fischer, § 267 Rn. 2.

⁷⁷³ BGHSt 3, 248, 255; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 243.

⁷⁷⁴ A erfüllte auch die Tatmodalität des § 267 Abs. 1 Alt. 3 „Gebrauchen“. Da er jedoch von Anfang vor hatte, die gefälschte Urkunde zu gebrauchen, liegt nur ein einheitliches Urkundendelikt vor.

⁷⁷⁵ Zur Kritik vgl. Herzberg/Hardtung, JuS 1999, 1073, 1074; Kindhäuser GA 1990, 407, 417 ff.; Stratenwerth/Kuhlen, § 8 Rn. 71 f.; NK/Puppe, § 16 Rn. 46.

Schaubild 85:



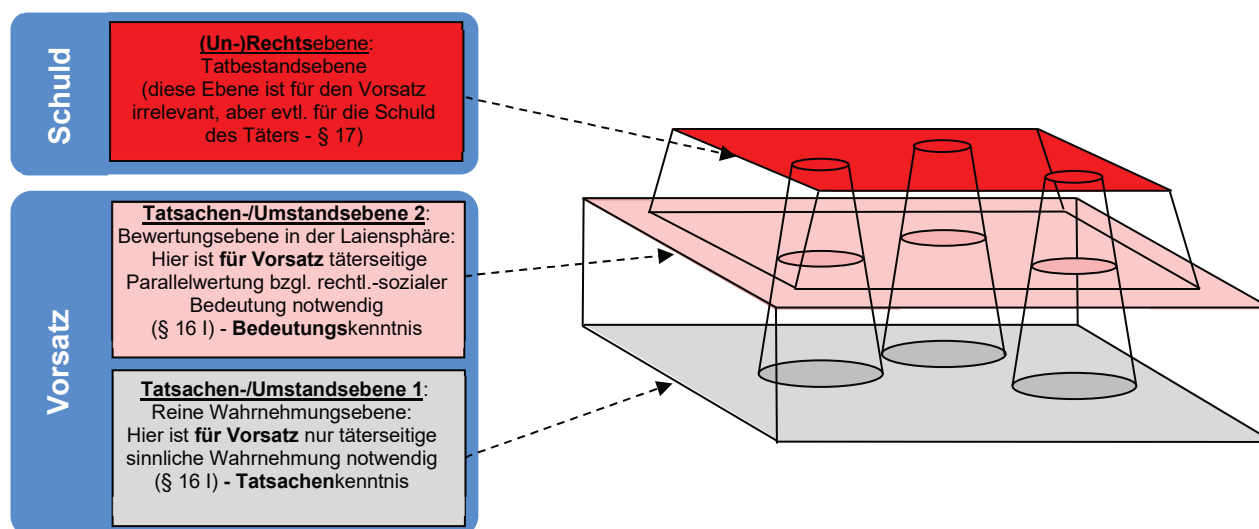
Erläuterungen zum Schaubild: Die Unrechtsebene „erwächst“ quasi aus der Tatsachen- bzw. Umstandsebene, wobei letztere denotwendig der Unrechtsebene vorgelagert sein muss, denn erst die jeweiligen „Umstände“ selbst begründen das tatbestandliche Unrecht.

Die **untere** Tatsachen-/Umstandsebene (hellrot) lässt sich jedoch **noch einmal** i.o.S. 543 aufteilen (**Dreiteilung**).

- **Zum einen** in die „reine“ **Tatsachen-/Umstandsebene 1 (Wahrnehmungsebene)**, die eigentlich nur für die Umstände in der **realen Welt** steht und die bereits durch natürliches sinnliches Erfassen (Sehen, Berühren etc.) vom Täter in seinem Vorstellungsbild (Vorsatz) aufgenommen werden - s.o. Punkt (2).
- **Zum anderen** aber eben auch die **Tatsachen-/Umstandsebene 2 (Bewertungsebene)** zum Erfassen des rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalts der wahrgenommenen Umstände - s.o. Punkt (3).

Ein **Umstand** muss folglich für die Bejahung des Vorsatzes auf diesen **beiden Ebenen** 544 wahrgenommen und korrekt bewertet werden. Dies erfolgt von unten (Wahrnehmung) nach oben (Bewertung).

Schaubild 86: Diagonale Darstellung von Schaubild 85



Erläuterungen zum Schaubild: Diese Darstellung bezieht sich auf die o.g. drei Ebenen (Rn. 542). Links wird zudem die jeweilige **subjektive** Bewertungsstufe (Vorsatz bzw. Schuld) dargestellt.

- Die **unterste** Ebene (Umstands-/Tatsachenebene 1) ist grau dargestellt (da hier keinerlei Wertung i.S.v. Recht oder Unrecht notwendig ist).
- Die **oberste** Ebene (Rechtsebene bzw. Unrechtsebene) ist dunkelrot schattiert, da diese das tatbestandliche Unrecht selbst darstellt (hier der objektive Unrechtstatbestand).
- Die **mittlere** Ebene (Umstands-/Tatsachenebene 2) ist die „Zwischenebene“, d.h. die parallele „Laiensphäre“. Letztere ist **zuerst festzulegen** (stark einzelfallabhängig). Danach ist zu

entscheiden, ob der Täter diese Ebene in seinem Vorstellungsbewusstsein auch tatsächlich „erreicht“ hat. Da diese Sphäre zumindest eine rechtlich-soziale Bewertung erfordert (Bedeutungskennntnis), ist sie ebenfalls farblich (hier hellrot) schattiert.

Merke:

- Die beiden unteren Ebenen begründen den „Umstand“ („hälftiger Kegel“) gem. § 16.
- Für den Vorsatz sind nur diese beiden unteren (Umstands-)Ebenen maßgeblich.
- Das Vorstellungsbild des Täters bzgl. der obersten (Rechts-)Ebene ist lediglich auf Schuldebene relevant (§ 17).

Die jeweiligen Kreise „auf“ den Ebenen stehen auf der obersten Unrechtsebene für das jeweilige **Tatbestandsmerkmal**, das durch den jeweils darunter liegenden Umstand begründet wird.

Das Tatbestandsmerkmal (z.B. „Sache“, „fremd“, „beschädigen“) verdichtet sich also auf der Unrechtsebene und **erwächst** hier quasi **aus** dem jeweiligen Umstand (z.B. „Auto“, „Auto gehört Dritten“, „Aufstechen der Reifen“).

Manche dieser Umstände haben ihren **Schwerpunkt** eher auf der (grauen) Tatsachenebene (z.B. „Auto“), manche eher auf der (hellroten) Laiensphäre (Bewertungsebene - z.B. der Umstand „Auto gehört Dritten“).

545 Hierzu folgende Beispiele:

Beispiel 1: Während eines Team-Workshops in den Alpen lässt der Mitarbeiter A die Luft aus den Autoreifen seines Chefs C heraus. Im Strafprozess wegen Sachbeschädigung wendet A ein, dass dies doch keine Sachbeschädigung sei. Schließlich habe er doch nicht die Substanz des Autos verletzt und C nur etwas ärgern wollen, indem dieser sein Auto eben ein paar Tage nicht nutzen konnte.

Lösung: Unter **Beschädigen** gem. § 303 versteht man eine nicht ganz unerhebliche körperliche Einwirkung auf die Sache, durch die ihre stoffliche Zusammensetzung verändert (Substanzverletzung) oder ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit gemindert wird (Funktionsbeeinträchtigung)⁷⁷⁶.

Der Vorsatz des A muss hier **nicht die exakte** strafrechtliche Definition der Gebrauchsbeeinträchtigung umfassen, es **reicht**, wenn er den **rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt erfasst**.

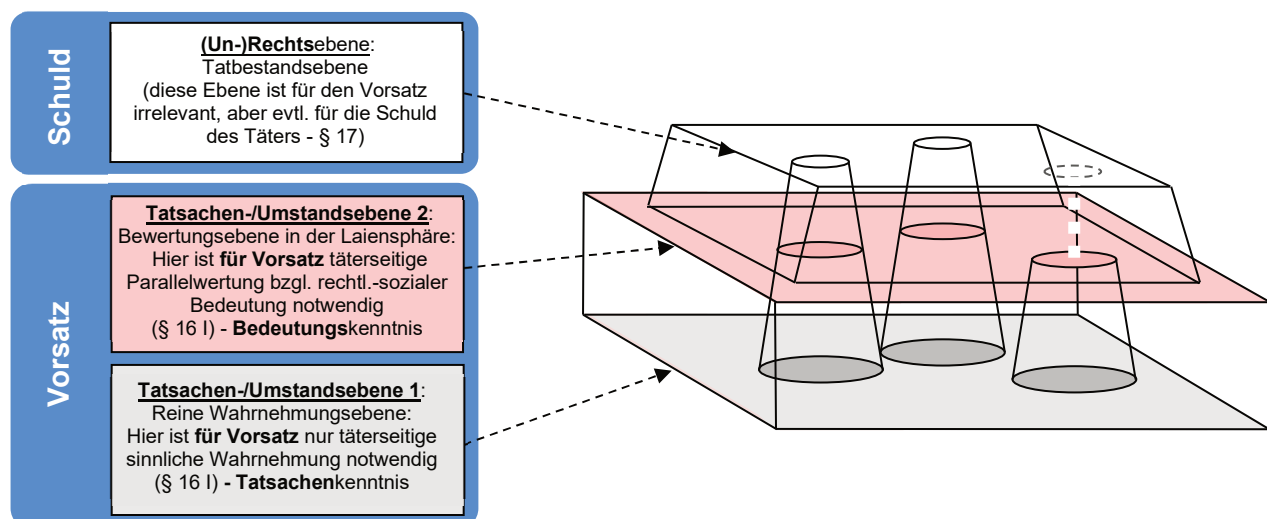
Letzteres ist hier der Fall, da A wusste, dass durch das Herauslassen der Luft die Brauchbarkeit des Fahrzeugs nicht unerheblich beeinträchtigt wird (ausreichende Bedeutungskennntnis des Merkmals „Beschädigen“ i.S.d. Parallelwertung in der Laiensphäre).

A irrte sich nur „zwischen“ dieser (Laien-)Ebene und der Unrechtsebene - derartige **Subsumtionsirrtümer** sind für den Vorsatz irrelevant (aber evtl. i.R.d. Schuld).

Auf Schuldebene stellt sich der Verbotsirrtum des A gem. § 17 jedoch als vermeidbar dar.

Merke: Der sog. Subsumtionsirrtum ist folglich an **zwei** Stellen innerhalb der Fallprüfung zu erwähnen. Zuerst i.R.d. Vorsatzes i.V.m. § 16 (dort unbeachtlich) und anschließend innerhalb der Schuld i.V.m. § 17.

Schaubild 87: Subsumtionsirrtum



Erläuterungen zum Schaubild: Die drei obersten Kreise auf der Unrechts-/Rechtsebene (objektiver Tatbestand) stellen auch hier die drei Tatbestandsmerkmale „Sache“, „fremd“ und

⁷⁷⁶ BGHSt 13, 207, 208; BGHSt 44, 34, 38; Lackner/Kühl, § 303 Rn. 3; ausführlich hierzu Skript BT I.

„beschädigen“ des § 303 dar. Diese fußen jeweils „auf“ den (darunter befindlichen) Umständen („Auto“, „Auto gehört einem anderen“ und „Luft-Aus-Reifen-Lassen“).

Bzgl. des letzten Umstands hat A den rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt des Merkmals erfasst (mittlere Ebene - Parallelwertung in der Laiensphäre). Jedoch weist sein Vorstellungsbild diesbzgl. ein Defizit zwischen dieser mittleren Ebene und der Unrechtsebene auf. Er unterliegt quasi einem Irrtum (Unkenntnis) „auf dem Weg zum Unrechtstatbestand“ - siehe gestrichelte weiße Linie.

Diese „Lücke“ (siehe rechten Kegel) ist **für den Vorsatz** irrelevant, jedoch i.V.m. § 17 auf Schuldebene zu diskutieren (aus diesem Grund ist die oberste Ebene hier „transparent“ dargestellt, da A glaubt nicht tatbestandsmäßig zu handeln).

Dieses Schaubild stellt somit **nur** das **subjektive Vorstellungsbild** des A dar. In **objektiver** Hinsicht hätte A natürlich alle Merkmale des § 303 erfüllt. Diese Nicht-Übereinstimmung wäre dann genau die **Inkongruenz**, die den **Subsumtionsirrtum** des A begründet, seinen **Vorsatz jedoch unberührt lässt**.

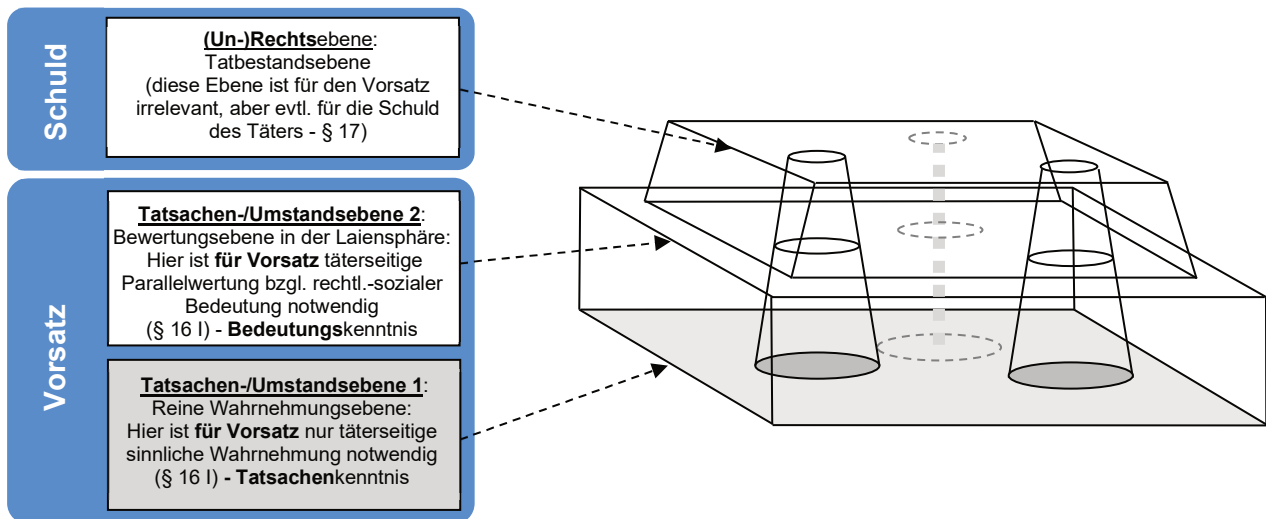
Beispiel 2 (aus Skript AT I): Graf G stellt fest, dass sein Gerät zum Tontaubenschießen defekt ist. G beginnt nun, auf die Blumentöpfe auf seinem Anwesen zu schießen. G nimmt einen roten Blumentopf in ca. 200 Meter Entfernung ins Visier und schießt. Als er danach seine Treffsicherheit bewundern will, erkennt er, dass er auf den Blumentopf seines Nachbarn N geschossen hat.

Lösung: G hat sich nicht strafbar gemacht. Er wusste zwar, dass er mit seiner Handlung einen Blumentopf unbrauchbar machen, also eine „Sache beschädigen“ wird, doch irrte er sich über das Merkmal „fremd“, denn G dachte, er würde auf seinen eigenen Blumentopf schießen.

Mit Blick auf dieses Tatbestandsmerkmal handelte G bzgl. des zugrundeliegenden Umstands („Blumentopf gehört einem Dritten“) in völliger Unkenntnis.

G unterlag insoweit einem Tatbestandsirrtum gem. § 16 und hat sich mangels Vorsatzes nicht gem. § 303 strafbar gemacht. Eine einfache fahrlässige Sachbeschädigung existiert nicht (§ 15).

Schaubild 88: Tatbestandsirrtum (kein Vorsatz)



Erläuterungen zum Schaubild: Hier stellen die jeweiligen Kreise ebenfalls die Tatbestandsmerkmale / Umstände des § 303 dar.

Bzgl. des Merkmals „fremd“ (in der Mitte) hat sich G jedoch **vollständig geirrt** (völlige Unkenntnis - siehe gestrichelte Linie⁷⁷⁷), so dass er diesbzgl. nicht vorsätzlich handelte (kein Vorsatz - deswegen „leere“, transparente mittlere Fläche).

Das Defizit bzw. die „Lücke“ besteht hier also nicht nur zwischen der mittleren und der obersten Ebene, sondern bereits auf der untersten Wahrnehmungsebene - G hat den Umstand „fremd“ nicht einmal wahrgenommen, geschweige denn laienhaft bewertet.

Deswegen hatte G auch erst recht keinerlei Unrechtsbewusstsein auf Rechtsebene (weshalb auch die oberste Fläche „transparent“ bleibt).

Auch dieses Schaubild stellt **nur** das **subjektive Vorstellungsbild** des A dar. In **objektiver** Hinsicht hätte er natürlich alle Merkmale des § 303 erfüllt. Diese Nicht-Übereinstimmung wäre dann genau die **Inkongruenz**, die hier den **Tatbestandsirrtum** des A begründet.

Die Beantwortung der Frage, wie „hoch“ bzw. „niedrig“ die Ebene für eine **546** Parallelwertung in der Laiensphäre zu setzen ist, um noch einen Vorsatz zu bejahen

⁷⁷⁷ Erst wenn **alle (!) Tatbestandsmerkmale** bzw. die diese begründenden **Umstände** im Vorstellungsbild des Täters **erfasst** werden und vom Täter auch als **Unrecht** angesehen werden, wandeln sich diese Flächen **insgesamt** in rot bzw. rötlich.

qualifizieren ist. Der **BGH** hat dies in einem neueren Fall bejaht⁸⁴⁴, was jedoch nicht ohne Widerspruch in der **Literatur** blieb⁸⁴⁵.



Zum Irrtum über den Kausalverlauf bzw. der subjektiven Zurechnung siehe Gesamtschaubild 29 im MindBook AT II.

bb. Sonderfälle: Der error in persona in Abgrenzung zur aberratio ictus

Die Begriffe **error in persona vel objecto** sowie **aberratio ictus** sind **595** Studenten/Referendaren grds. geläufig. Doch bestehen nicht selten Unsicherheiten bei der Abgrenzung beider Konstellationen und v.a. bzgl. der Rechtsfolgen, die sich aus den verschiedenen Situationen ergeben. Spätestens im Fall des (in Klausuren sehr beliebten) Aufeinandertreffens beider Phänomene in einer Tat, kommt es häufig zu Irritationen - dabei sind gerade hier viele Ansätze vertretbar, soweit diese gut begründet sind.

Die theoretische Abgrenzung zwischen beiden Konstellationen ist recht einfach und **596** wird auch durch die folgenden Schaubilder verdeutlicht. In diesem Zusammenhang erweitern wir die übliche Darstellungsweise der vorangegangenen Schaubilder, und zwar

- auf der **subjektiven** Ebene um den sog. **Motivbereich** (neben dem Vorsatz) bzw.
- auf der **objektiven** Ebene um weitere, **außertatbestandliche** Umstände.

Dabei muss man zwischen dem Handlungsobjekt (oder Tatobjekt) selbst und der **597** Identität des jeweiligen Opfers unterscheiden. Ein weiteres Differenzierungskriterium ist die tatbestandliche Gleichwertigkeit der jeweiligen Rechtsgüter bzw. Handlungsobjekte.

(1) Der error in persona vel objecto - der Irrtum über das Handlungsobjekt

Der **error in persona vel objecto** (lat.: "Fehler bzw. Irrtum bzgl. des Tatobjekts" - kurz: **598** error in persona) umschreibt einen Irrtum des Täters über das konkrete **Handlungsobjekt**.

Der Täter nimmt eine **Individualisierung** dieses Handlungsobjekts vor (z.B. er zielt auf eine Person, die er für seinen Nebenbuhler hält) und will eine entsprechende Straftat begehen. Doch unterliegt der Täter einem **Identitätsirrtum**, da er das Handlungsobjekt fehlerhaft individualisiert, sprich verwechselt, hat. Der Taterfolg tritt dann an genau dem (äußeren) Objekt ein, das der Täter individualisiert hat⁸⁴⁶.

In derartigen Fällen muss sich gleich die Frage anschließen, ob das Zielobjekt mit dem Verletzungsobjekt **tatbestandlich gleichwertig** war.

Beispiel (error in persona und **tatbestandliche Gleichwertigkeit** der Handlungsobjekte)⁸⁴⁷: A will **599** seinen Nachbarn B erschießen und zielt auf eine Person im Garten des B, die A für B hält. Im Anschluss stellt A fest, dass er den Postboten C erschossen hat.

Lösung: Durch den tödlichen Schuss auf C hat A den objektiven Tatbestand des § 212 verwirklicht. Fraglich ist, ob A diesbzgl. vorsätzlich handelte.

Hier unterlag A einem sog. error in persona, da er B mit C verwechselte. Das Zielobjekt B („Mensch“ gem. § 212) und das Verletzungsobjekt C („Mensch“ gem. § 212) sind **gleichwertig**. Der Identitätsirrtum des A ist nach allgemeiner Ansicht **unbeachtlich** und schließt den Vorsatz nicht aus⁸⁴⁸. Denn A wollte mit seinem Rechtsgutangriff genau jenes Rechtsgut verletzen, das er im Ergebnis auch verletzt hat (eben einen „Menschen“ gem. § 212). Der Irrtum des A über die Identität des Opfers ist lediglich ein **außertatbestandlicher Irrtum im Motivbereich** (vergleichbar mit einem Irrtum über den Beweggrund) und für den Vorsatz und die Strafbarkeit irrelevant. A ist gem. § 212 (oder gar § 211, Tatfrage) strafbar.

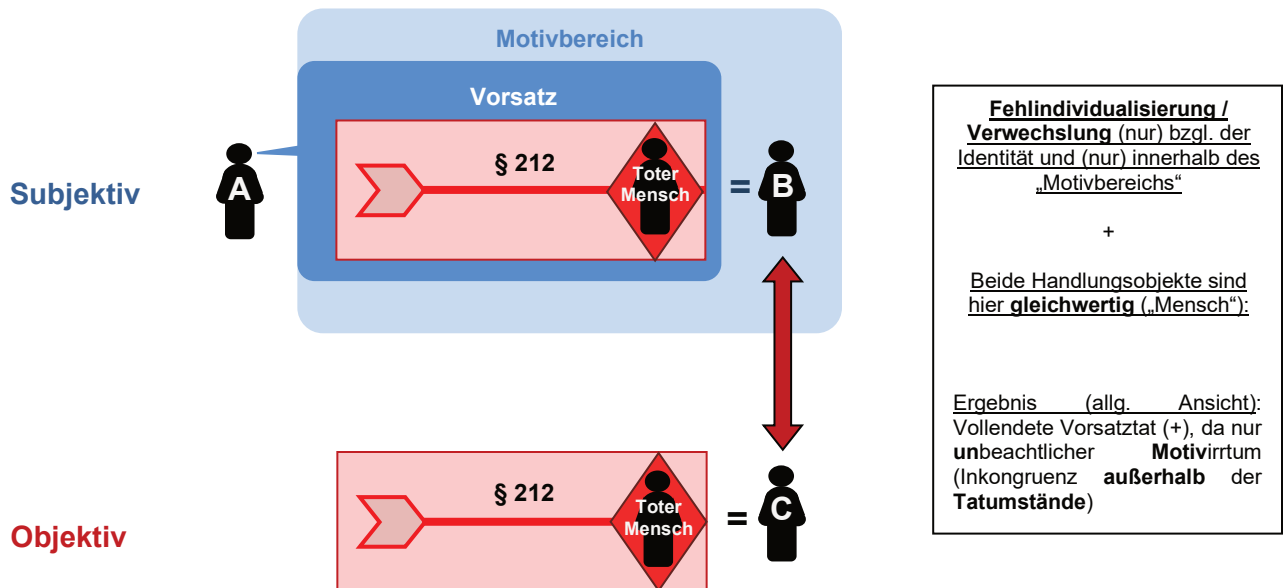
⁸⁴⁴ Sog. „**Scheunenmord-Fall**“ - siehe BGH NStZ 2016, 721 ff. entgegen der Ansicht der Vorinstanz.

⁸⁴⁵ Eisele, JuS 2016, 368 ff.; Jäger, JA 2016, 548 ff.; Lichtenhäler, JuS 2020, 211, 214 f.

⁸⁴⁶ Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 247.

⁸⁴⁷ Siehe hierzu auch die Schulfälle des RG „*Rose-Rosahl-Fall*“, Preußisches Obertribunal, GA 7, 332 ff. und des BGH „*Hoferben-Fall*“, BGHSt 37, 214 ff.

⁸⁴⁸ BGHSt 11, 268; 37, 214.

Schaubild 94: error in persona vel objecto - **Gleichwertigkeit** der Handlungsobjekte

Erläuterungen zum Schaubild: Hier wird innerhalb der **subjektiven** Ebene (oben) zwischen dem Vorsatz als Unrechtsmerkmal und dem diesen Vorsatz „umschließenden“ Motivbereich unterschieden.

Innerhalb der **objektiven** Ebene (unten) wird zudem zwischen den Tatumständen (also jenen Umständen, die den objektiven Tatbestand des § 212 begründen - hellrote Fläche) und sonstigen äußeren Umständen (hier z.B. die Identität des C) unterschieden.

Für eine Strafbarkeit gem. § 212 sind nur diese objektiven Umstände und der (diese Umstände „umfassende“) Vorsatz maßgeblich. Die sonstigen Vorstellungen oder Umstände (z.B. die Opferidentität statt „B“ eben „C“) sind insoweit völlig irrelevant.

Innerhalb der objektiven Tatumstände ist das Tatobjekt verortet (rotes Karo und **neutrales** schwarzes Personensymbol - toter „Mensch“ - siehe Wortlaut des § 212).

Der **Identitätsirrtum** des A bezieht sich nur auf **außertatbestandliche** Umstände - siehe roten senkrechten Pfeil), was bei einer **Gleichwertigkeit** der Handlungsobjekte nach allg. Ansicht den Vorsatz unberührt lässt (auf eine Zeitachse wurde hier aus Darstellungsgründen verzichtet).

- 600** Beispiel (error in persona und **keine tatbestandliche Gleichwertigkeit** der Handlungsobjekte): A will seinen Nachbarn B töten und zielt auf einen Gegenstand im Garten des B, den er auch für B hält. Im Anschluss stellt A fest, dass er durch seinen Schuss nur den Zierbaum des B beschädigt hat.

Lösung: Auch hier unterlag A einem error in persona, doch sind das Zielobjekt B („Mensch“ gem. § 212) und das Verletzungsobjekt Baum („Sache“ gem. § 303) **nicht gleichwertig**. Bei einer Nicht-Gleichwertigkeit ist der Irrtum des Täters nach ganz h.M. **beachtlich**⁸⁴⁹. Denn A irrte sich hier nicht nur im Motivbereich (Identität des Opfers), sondern auch im Bereich der **objektiven Tatumstände** selbst (statt einem „Menschen“ beschädigte er eben nur einen „Baum“, statt § 212 verwirklichte er objektiv § 303).

Der Täter unterliegt damit einem Tatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1, da er sich über die **tatbestandliche Tauglichkeit** des **Tatobjekts** irrte. In Betracht kommt dann gem. § 16 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 15 eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeitstat in Bezug auf das Verletzungsobjekt und wegen Versuchstat hinsichtlich des Zielobjekts in Tateinheit.

Mangels Fahrlässigkeitstatbestand hinsichtlich der einfachen Sachbeschädigung (§ 303) ist A mit Blick auf den beschädigten Zierbaum straflos, jedoch wegen versuchten Totschlags zum Nachteil des B gem. §§ 212, 22, 23 strafbar.

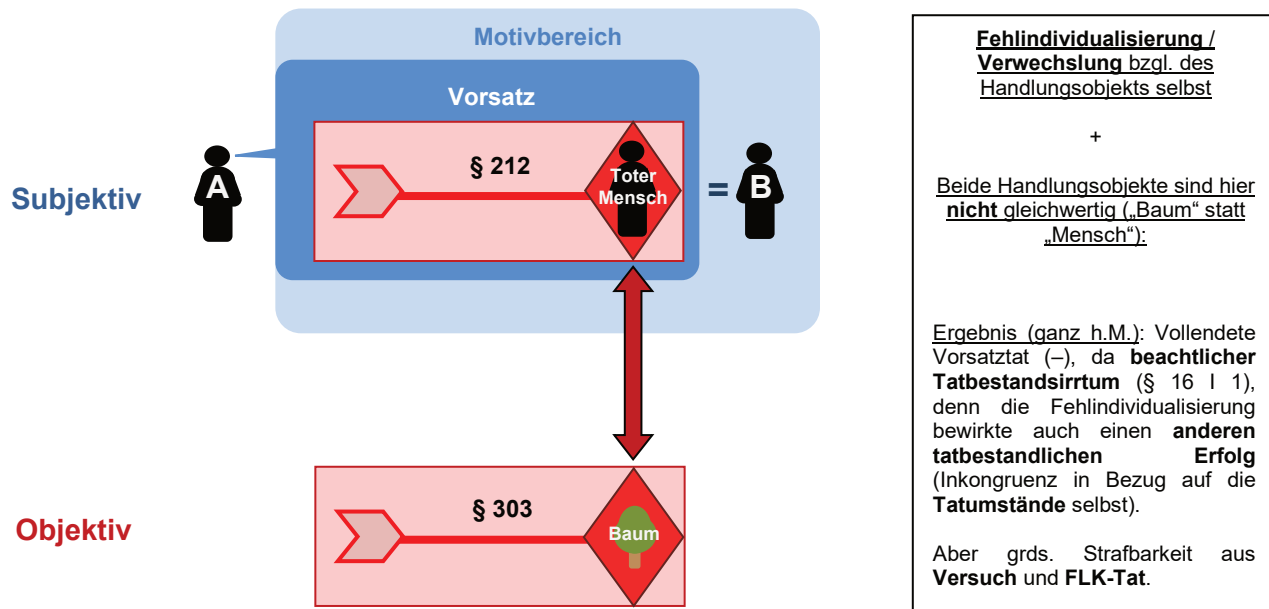
Anmerkung der Korrektoren:

Der error in persona wird häufig i.V.m. Tötungsdelikten besprochen.

Doch ist dieser Irrtum in Klausur und Praxis auch häufig i.R.v. Eigentumsdelikten wiederzufinden:

Wenn A z.B. meint, er nimmt die Sache des B weg, obwohl es sich objektiv um die Sache des C handelt, liegt nach ganz h.M. ein vollendeter Diebstahl (§ 242) vor (unbeachtlicher Motivirrtum in Form eines error in objecto). Anders hingegen, wenn A meint, die Sache gehört ihm (hier liegt ein beachtlicher Tatbestandsirrtum bzgl. des Tatbestandsmerkmals der „Fremdheit“ der Sache vor und A wäre nicht strafbar).

⁸⁴⁹ Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 248; v. Heintschel-Heinegg/Kudlich, § 16 Rn. 6 ff.

Schaubild 95: error in persona vel objecto - **keine** Gleichwertigkeit der Handlungsobjekte

Erläuterungen zum Schaubild: Das **Handlungsobjekt**, das den Erfolg repräsentiert / repräsentieren soll ist ein Mensch bzw. der Zierbaum (siehe entspr. Symbole). Hier begründet der Irrtum des A in Bezug auf diese beiden Handlungsobjekte eine **Inkongruenz** zwischen den **vorgestellten Tatumständen** (§ 212) und den **tatsächlichen Tatumständen** (§ 303) - siehe roten senkrechten Pfeil - deshalb beachtlicher Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 S. 1).

Hinweis: Die Fehlindividualisierung beim error in persona kann zum einen dadurch erfolgen, dass **601** der Täter das Opfer/Handlungsobjekt **unmittelbar** sinnlich wahrgenommen und verwechselt hat (siehe die o.g. Beispiele). Sie kann jedoch auch **mittelbar** erfolgen, indem der Täter das Opfer zwar nicht unmittelbar sinnlich wahrnimmt, jedoch „über“ eine Sache fehlindividualisiert (sog. Fernwirkungsfälle⁸⁵⁰ oder Distanzfälle). Hierzu später ausführlich unter Punkt (3) b.

(2) Die aberratio ictus - das Fehlgehen / die Abirrung der Tat

Vom error in persona abzugrenzen ist die sog. aberratio ictus („Fehlgehen des **602** Schlags“). Hier individualisiert der Täter das Handlungsobjekt in seinem Vorstellungsbild korrekt. Durch einen **äußeren Umstand** kommt es jedoch zu einem Fehlgehen/einer Abirrung der Tat, so dass der Täter ein **anderes** als das von ihm individualisierte und anvisierte Objekt verletzt.

Es handelt sich folglich primär nicht um ein Defizit im **inneren** Vorstellungsbild des Täters, sondern um eine Abirrung/ein Fehlgehen im Rahmen des **äußeren Geschehensablaufs**.

Aus diesem Grund wird die aberratio ictus z.T. auch ausdrücklich nicht als Irrtum (im Unterschied zum error in persona) bezeichnet, sondern als bloßes Fehlgehen aufgrund einer naturwissenschaftlichen äußeren Abfolge⁸⁵¹.

Nichtsdestotrotz ist es auch gut vertretbar, die aberratio ictus als eine Art Irrtum zu behandeln, da der Täter sich über den Kausalverlauf irrt. Denn er geht in seiner Vorstellung von einem Kausalablauf aus, der rein objektiv in dieser Form nicht stattfindet (d.h. Irrtum des Täters i.S.e. unzutreffenden Prognose über den Kausalverlauf)⁸⁵².

Auch bei der aberratio ictus ist nach dem Kriterium der **Gleichwertigkeit** der Handlungsobjekte zu unterscheiden. Dabei ist nur eine Alternative streitig.

Beispiel (aberratio ictus und **keine Gleichwertigkeit** der Handlungsobjekte): A möchte B töten **603** und zielt auf ihn mit seinem Gewehr. A verfehlt B, da sich B unerwartet nach einem Geldstück bückt, und trifft stattdessen den teuren Zierbaum des C.

⁸⁵⁰ Vgl. Jäger, § 3 Rn. 113 ff.

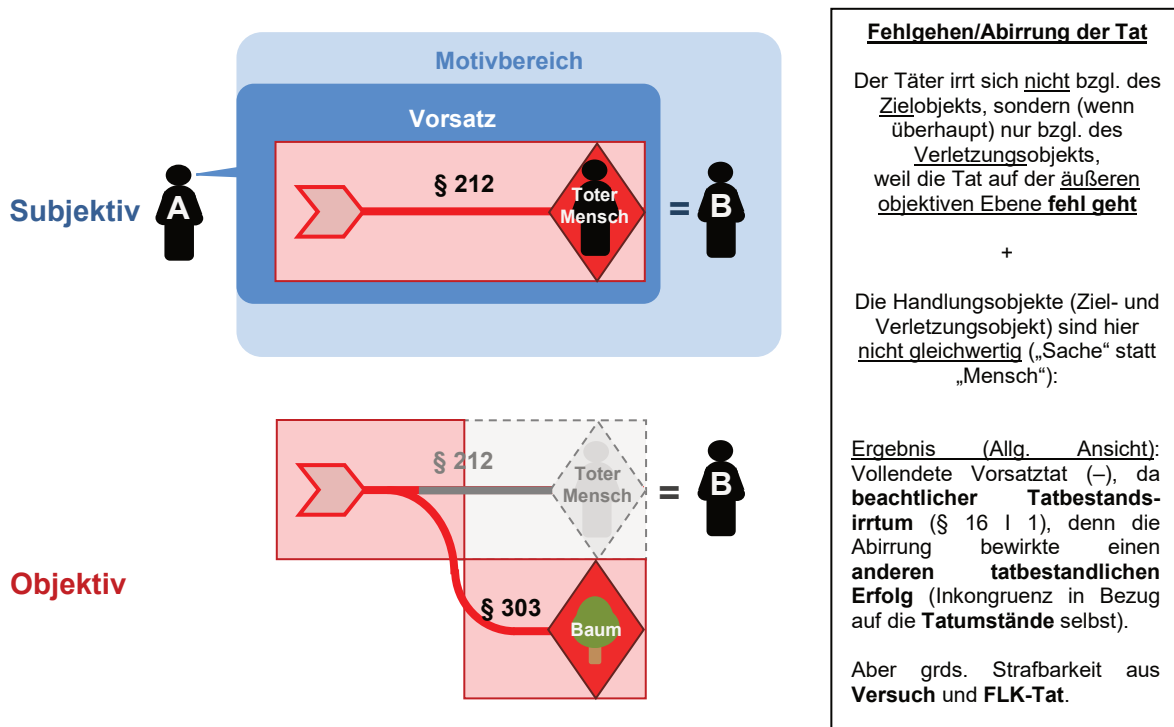
⁸⁵¹ So ausdrücklich Schmidt, Rn. 291, welcher die aberratio ictus jedoch wegen des Sachzusammenhangs mit den Irrtümern auch i.V.m. dem error in persona behandelt. Vgl. auch Abrahams mit Falllösung, JA 2020, 105, 107.

⁸⁵² Vgl. Kindhäuser/Zimmermann, § 27 Rn. 54; siehe auch v. Heintschel-Heinegg, JA 2009, 149.

Lösung: A hat durch die Schussabgabe auf B den Tatbestand des Totschlags (§ 212) objektiv nicht erfüllt, hatte jedoch einen entsprechenden Tötungsvorsatz und auch unmittelbar zur Tat angesetzt, so dass er wegen versuchten Totschlags (§§ 212, 22, 23 oder gar versuchten Mordes - Tatfrage) strafbar ist.

Den Zierbaum wollte A nicht beschädigen, er hatte diesbzgl. (§ 303) keinen Tatbestandsvorsatz (Irrtum über den Kausalverlauf gem. § 16 Abs. 1 S. 1). Es wäre zwar an eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zu denken (§ 16 Abs. 1 S. 2), doch existiert kein solcher Tatbestand in Bezug auf § 303 (vgl. § 15).

Schaubild 96: aberratio ictus - **keine** Gleichwertigkeit der Handlungsobjekte



Erläuterungen zum Schaubild: Der Unterschied zum error in persona ist bereits bildlich deutlich erkennbar. Der Täter irrt sich bei der aberratio ictus **gerade nicht über sein Motiv (Tötung des B)**, sondern er hat das **Zielobjekt** (hier B) korrekt individualisiert. Der Irrtum (wenn man von einem solchen sprechen will) bezieht sich nur auf die äußerliche Abirren, d.h. der schlussendlichen Verletzung des Tatobjekts Baum.

Die beabsichtigte Verwirklichung der Tatumstände des § 212 wird unterbrochen und mündet stattdessen in die Verwirklichung der (nicht vorsätzlich gewollten) Tatumstände des § 303.

- 604** Beispiel (aberratio ictus und Gleichwertigkeit der Handlungsobjekte): A möchte B töten und zielt auf ihn mit seinem Gewehr. A verfehlt B, da sich dieser unerwartet nach einem Geldstück bückt und trifft stattdessen C.

Hier hatte A Vorsatz im Hinblick auf die Tötung des B und hatte ihn auch korrekt als Opfer individualisiert. Dennoch ist nicht B, sondern durch einen äußeren Einfluss C getötet worden. Beide Rechtsgüter (Leben des B und Leben des C) sind tatbestandlich gleichwertig.

Lösung: Fraglich ist, ob sich A wegen vollendeten Totschlags zum Nachteil des C gem. § 212 strafbar gemacht hat.

Die Tathandlung des A war kausal für den Taterfolg. Die mit der Schussabgabe verbundene Gefahr hat sich auch im tatbestandsmäßigen Erfolg (Tod des C) realisiert, so dass eine objektive Zurechnung bejaht werden kann.

Fraglich ist, ob A vorsätzlich handelte. Die Beantwortung dieser Frage ist streitig.

- 605** ▪ Nach der sog. **Gleichwertigkeitstheorie** (Mindermeinung, auch **Vollendungslösung** genannt) ist aufgrund der tatbestandlichen Gleichwertigkeit des Ziel- und des Verletzungsobjekts eine vollendete vorsätzliche Tötung des C zu bejahen. Der gesetzliche Tatbestand des § 212 (oder gar des § 211) setzt lediglich die Tötung eines anderen „Menschen“ voraus, was hier der Fall ist und auch der Vorsatz des Täters bezog sich auf die Tötung eines „Menschen“. Der Vorsatz müsse sich nur auf dieses Gattungsmerkmal

Anmerkung der Korrektoren:

Es ist für die Punktevergabe vorteilhaft, wenn der Prüfungskandidat von vornherein eine „ausgereifte Sprache“ an den Tag legt. Insbesondere bei der hier dargestellten Irrtumsproblematik stoßen wir immer wieder auf Formulierungen, die wenig professionell anmuten (auch wenn der Kandidat das richtige meint). Bitte nehmen Sie daher auch die hier verwendeten Fachbegriffe auf (z.B. der Täter „individualisiert“ das Opfer). Auch die Schaubilder helfen hier, da durch diese die jeweils fehlende Kongruenz veranschaulicht wird. Verwenden Sie am besten auch die Unterscheidung „Zielobjekt“ und „Verletzungsobjekt“, um die unterschiedlichen Handlungsobjekte im Fall gleich begrifflich zu konkretisieren.

beziehen, nicht auf eine bestimmte Person. Insoweit bestehe kein Unterschied zwischen error in persona und aberratio ictus⁸⁵³.

Eine andere Bewertung, sprich ein Vorsatzausschluss, sei nur dann angezeigt, wenn die Abirrung eine **wesentliche** Kausalabweichung darstellt, was hier (noch) nicht der Fall sei.

- Die h.M. vertritt die sog. **Konkretisierungstheorie** (auch **Versuchslösung** genannt), die im **606** Gegensatz zur Gleichwertigkeitstheorie v.a. an die täterseitige Konkretisierung des Zielobjekts anknüpft. Wenn der Täter dieses Ziel konkretisiert, jedoch dann ein anderes Rechtsgut verletzt, könne ihm diese Verletzung nicht mehr vorsätzlich zugerechnet werden. Insbesondere in Abgrenzung zum error in persona, bei dem der Täter das individualisierte Objekt ja auch **tatsächlich** verletzt, ist bei der aberratio ictus der äußere Tathergang **fehlgegangen**, was einen entsprechenden **Vorsatzausschluss** zur Folge haben muss. Diesen Unterschied verkenne die Gleichwertigkeitstheorie⁸⁵⁴. V.a. beziehe sich der Vorsatz stets auf einen konkreten **Umstand** und gerade nicht auf ein abstraktes Tatbestandsmerkmal⁸⁵⁵. Hat der Täter eine solche Konkretisierung vorgenommen (**konkretisierter Vorsatz**), so müsse eine Abirrung im äußeren Tatgeschehen auf Vorsatzebene Berücksichtigung finden - die Gleichwertigkeitstheorie unterstelle einen nicht vorhandenen **generellen Vorsatz**⁸⁵⁶. Vertreter dieser Theorie stützen dieses Ergebnis zudem auf den Gedanken des **Irrtums über den Kausalverlauf**. Die äußere Abweichung sei mangels Beherrschungsmöglichkeit des Täters stets beachtlich. Mangels ausreichender Deckungsgleichheit zwischen Vorsatz und objektiv verwirklichter Tatumstände sei eine subjektive Zurechnung ausgeschlossen⁸⁵⁷.

Nach h.M. ist A im Hinblick auf die Tötung des B wegen Versuchs (§§ 212, 22, 23 I) und hinsichtlich der Tötung des C nur aus Fahrlässigkeitstat (§ 222) in Tateinheit (§ 52) zu bestrafen.

Weiterführender Hinweis: Die sog. **materielle Gleichwertigkeitstheorie**, die zwischen **607** höchstpersönlichen Rechtsgütern wie „Leben“ oder „körperliche Unversehrtheit“ (hier sei die Konkretisierungstheorie einschlägig) und nicht-höchstpersönlichen Rechtsgütern wie z.B. „Eigentum“ (hier sei die Konkretisierung des Vorsatzes unerheblich) unterscheidet, stellt sich ebenfalls als Mindermeinung dar, wird jedoch kaum vertreten⁸⁵⁸.

Wichtig: Es sollte stets (sowohl bei gleichwertigen als auch bei ungleichwertigen **608** Handlungsobjekten) auf die konkreten Angaben im Sachverhalt (i.S.e. gedanklichen Vorprüfung) geachtet werden. Denn hat sich der **Vorsatz des Täters auch auf die Verletzung des zweiten Handlungsobjekts bezogen**, so stellt sich die o.g. Diskussion von vornherein **nicht**.

Beispiel: Der Rassist A rast mit seinem Auto in eine Menschenmenge, die gegen eine Statue aus dem Bürgerkrieg demonstriert. A hat es auf B, C und D konkret abgesehen, erkennt während der Fahrt aber auch noch andere Demonstranten und rast in die Menschenmenge. Die Verletzung der anderen Demonstranten nahm A ebenfalls billigend in Kauf.

Es stellt sich in derartigen Fällen die Frage, ob der Täter mit **dolus cumulativus** (z.B. A nimmt billigend in Kauf, mit seiner Handlung B und C zu töten, da beide hintereinander stehen) oder mit **dolus alternativus** (z.B. A nimmt billigend in Kauf, mit seiner Handlung B oder C zu töten, da beide nebeneinander stehen) handelte.

Im Falle des **dolus cumulativus** handelt der Täter vorsätzlich in Bezug auf alle in Betracht kommenden Delikte.

Im Falle des **dolus alternativus** ist auf den Einzelfall abzustellen (u.a. auf die Frage der Gleichwertigkeit der Rechtsgüter), wobei hier auch Vieles streitig ist (ausführlich hierzu Skript AT I)⁸⁵⁹.

⁸⁵³ Puppe, JZ 1989, 728, 730; NK/Puppe, § 16 Rn. 121 ff.; Geppert, Jura 1992, 165 f.; im Ergebnis auch Frister, Kap. 11 Rn. 61. Zum Fall der „rechtlichen Ungleichwertigkeit“ im Falle einer Notwehrsituation und der „Überzeugungskraft“ der h.M. auch in dieser Konstellation vgl. Kindhäuser/Zimmermann, § 27 Rn. 52, 56; Rengier, § 15 Rn. 35.

⁸⁵⁴ BGH NSZ 2009, 210; Nestler/Prochata, Jura 2020, 134; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn. 57; Fischer, § 16 Rn. 9; Rengier, § 15 Rn. 34; Fallösungen auch bei Schöpe, JuS 2017, 44 ff.

⁸⁵⁵ Siehe Krey/Esser, § 12 Rn. 437: „Verschiedene Tatobjekte sind auch verschiedene Umstände i.R.d. § 16 Abs. 1 S. 1; das gilt selbst dann, wenn sie rechtlich derselben Gattung angehören“.

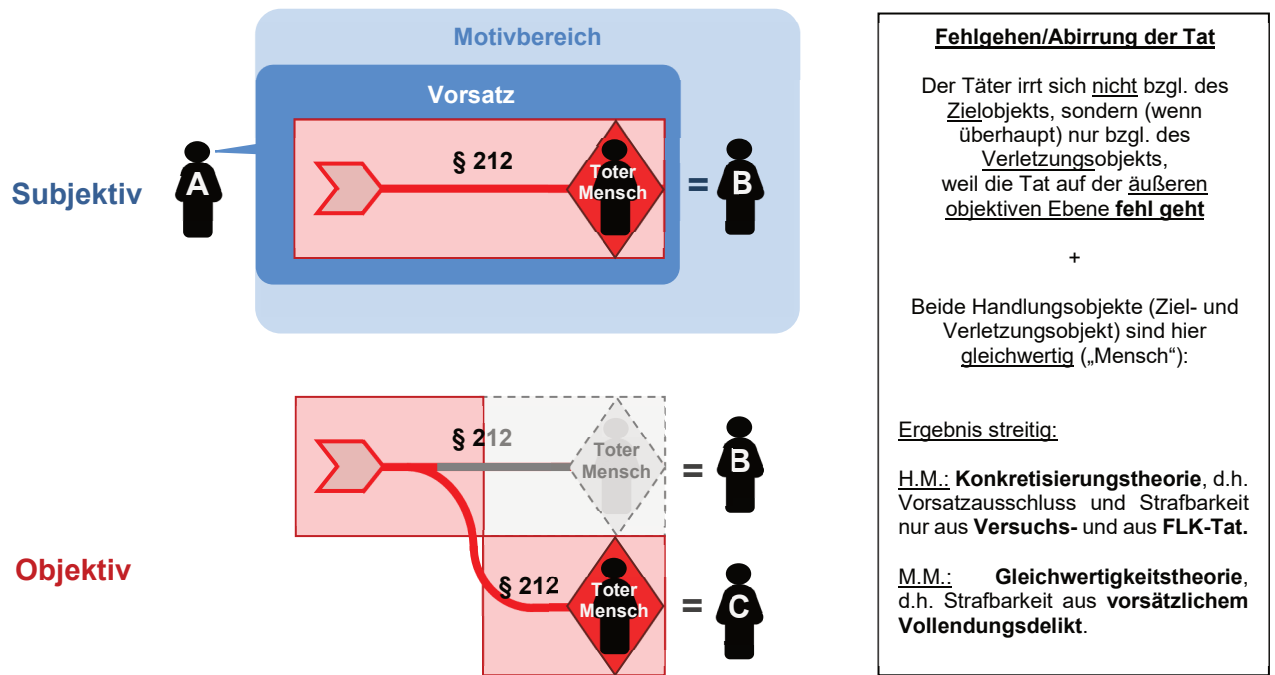
⁸⁵⁶ Rengier, § 15 Rn. 34; Kühl, § 13 Rn. 33, der den konkretisierten Vorsatz als aliud zum generellen Vorsatz bezeichnet. Dem Vorwurf der Unterstellung eines generellen Vorsatzes entgegengetretend Puppe in NK/Puppe, § 16 Rn. 102 f.

⁸⁵⁷ BGHSt 37, 214, 219; Kindhäuser/Zimmermann, § 27 Rn. 57.

⁸⁵⁸ Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Kausalverlauf, 1971, 108 ff. Zur Theorie siehe Rengier, § 15 Rn. 38; Kühl, § 13 Rn. 36 ff.; Zur sog. „Tatplantheorie“ siehe Roxin/Greco, AT I, § 12 Rn. 155 f.

⁸⁵⁹ Vgl. hierzu BGH NSZ 2009, 210 f., wonach der durch einen Beilieb tötende Täter bedingten Vorsatz auch bzgl. der Tötung des hinter dem Zielpfer befindlichen Verletzungsoffens gehabt hat.

Schaubild 97: aberratio ictus - Gleichwertigkeit der Handlungsobjekte



Erläuterungen zum Schaubild: Der Unterschied zum vorangegangenen Schaubild besteht darin, dass Zielobjekt und Verletzungsobjekt gleichwertig sind. Der Täter irrt sich hier auch nicht über die Identität des Tatopfers. Auf der objektiven Ebene geht die Tathandlung des A dann äußerlich fehl. Die ursprünglich beabsichtigte Verwirklichung der Umstände des § 212 wird unterbrochen, mündet jedoch **ebenfalls** in die Tötung eines Menschen (hier des C). Die Gleichwertigkeitstheorie betont hier den Umstand dieser Gleichwertigkeit. Die Konkretisierungstheorie gewichtet v.a. die Vorsatzkonkretisierung bzw. die Wesentlichkeit der Abweichung zwischen vorgestelltem & tatsächlichem Kausalverlauf.

(3) Sonderfälle zu error in persona und aberratio ictus:

609 (a) Zusammentreffen von error in persona und aberratio ictus

Beispiel: A will B erschießen und zielt in der Dämmerung auf eine Person, die er für B hält. Bei dieser Person handelt es sich jedoch in Wahrheit um C. A drückt ab, trifft jedoch aufgrund des starken Windes den neben C plötzlich erscheinenden B.

Lösung: Derartige Fälle werden von der h.M. konsequent i.S.d. Konkretisierungstheorie gelöst. Sie löst die Problematik in zwei Schritten.

- Zuerst stellt die h.M. fest, dass der Täter hinsichtlich seiner Fehlindividualisierung (A meint er zielt auf B, zielt jedoch in Wahrheit auf C) einem für den Vorsatz unbeachtlichen **error in persona** unterliegt.
- Im Anschluss stellt die h.M. das Fehlgehen der Tat i.S.d. **aberratio ictus** fest. D.h. i.S.d. Konkretisierungstheorie kommt es zu einem Vorsatzausschluss und A ist strafbar wegen versuchten Totschlags (§§ 212, 22, 23) zum Nachteil des C und fahrlässiger Tötung (§ 222) zum Nachteil des B (in Tateinheit)⁸⁶⁰.

Die h.M. behandelt derartige Fälle folglich **im Ergebnis** nach den Regeln der **aberratio ictus**.

Die Gleichwertigkeitstheorie (s.o.) würde hier eine Vollendungstat erst recht bejahen.

610 Hinweis: Auf den ersten Blick vernachlässigt die h.M. bei dieser Lösung den Umstand, dass der Täter eigentlich genau das Opfer getötet hat, das er töten wollte - diese Besonderheit erkennt auch die h.M.⁸⁶¹. So wäre ebenfalls die Lösung denkbar, den Fall **nicht nacheinander** „starr“ i.S.d. Regeln zum error in persona und zur aberratio ictus zu lösen, sondern vielmehr **in**

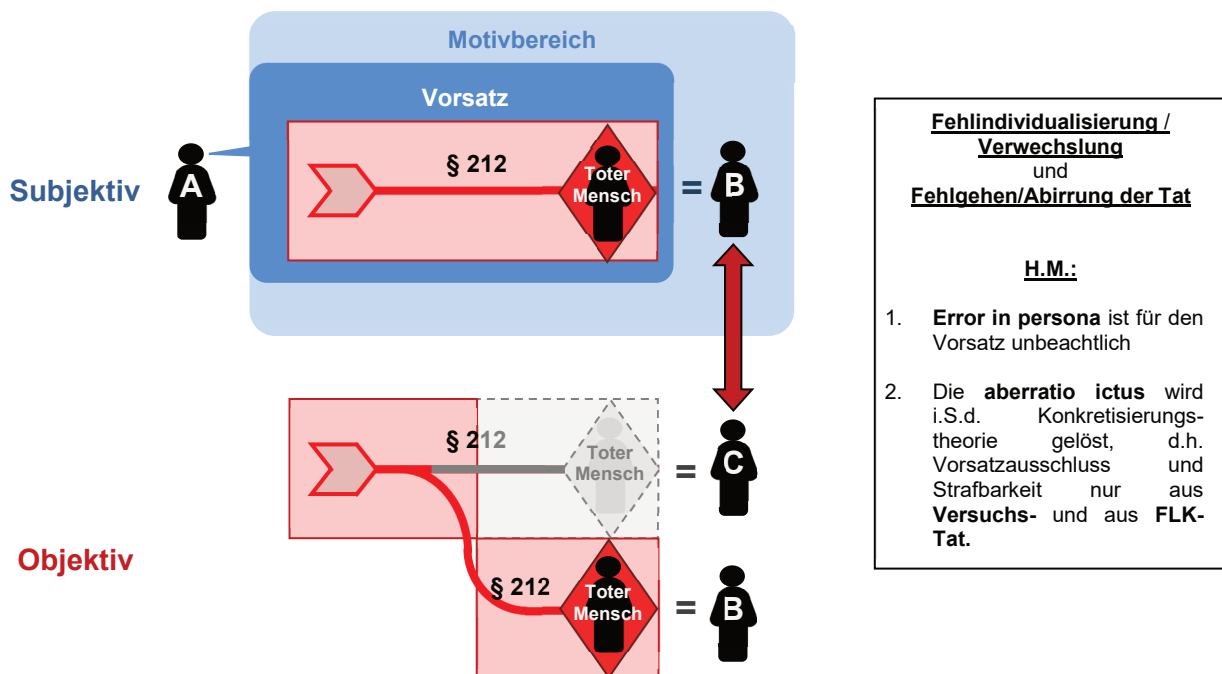
⁸⁶⁰ Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 257; Rengier, § 15 Rn. 41; Schmidt, Rn. 296.

⁸⁶¹ Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 257: „Die Lösung dieses Falles (...) mag auf den ersten Blick zweifelhaft erscheinen, ist jedoch sachgerecht“ oder Rengier, § 15 Rn. 41: „Zwar mag es nicht unbedingt einleuchten, bzgl. O eine vollendete Tötung zu verneinen. (...)“.

Zusammenschau aller Umstände. Man könnte deshalb auch den Ansatz verfolgen, gerade das äußere „Fehlgehen der Tat“ (aberratio ictus) „korrigiere“ das Defizit im Vorstellungsbild des Täters (error in persona), womit man dann im Ergebnis zu einer vorsätzlichen **vollendeten** Tötung des B gelangt - denn A wollte B töten **und tat dies auch**.

Dieses Ergebnis vertritt die h.M. jedoch ausdrücklich nicht, da sich der Vorsatz auf C konkretisiert hatte und die Abirung **gerade nicht** vom Vorsatz des Täters („bei Begehung der Tat“ - § 16) erfasst wurde⁸⁶².

Schaubild 98: Sonderkonstellation: Zusammentreffen von error in persona und aberratio ictus



Erläuterungen zum Schaubild: Das Schaubild zeigt zum einen die „Schwäche“ der h.M., denn der Täter wollte B töten (siehe subjektive Ebene) und hat dies im Ergebnis **auch erreicht** (siehe objektive Ebene).

Zum anderen verdeutlicht das Schaubild aber auch die „Stärke“ der h.M., denn die Abweichung auf objektiver Ebene (quasi die „Korrektur“ des Irrtums) hat A **eben nicht** in seinem Vorstellungsbild aufgenommen. A befand sich in einem beachtlichen Irrtum über den Kausalverlauf i.S.d. Konkretisierungstheorie.

(b) Sog. mittelbare Individualisierung (Fernwirkungsfälle oder Distanzdelikte)

611

I.R.d. Ausführungen zum error in persona wurde schon darauf hingewiesen, dass es Fälle gibt, in denen der Täter das Opfer nicht sinnlich wahrnimmt, sondern über eine Sache **mittelbar** individualisiert.

Beispiel: Terrorist A bringt eine Bombe an einem Auto an, das er irrigerweise für das Fahrzeug des Politikers P hält. In Wahrheit gehört es dem Leibwächter L, der daraufhin verstirbt. Laut BGH unterliegt hier A einem unbeachtlichen error in persona⁸⁶³.

Im letztgenannten Beispiel hat sich der Täter bereits über die Eigenschaften des **612 Gegenstands**, durch den das Opfer mittelbar individualisiert werden sollte (Auto gehörte einer anderen Person - hier L), **selbst geirrt**.

Höchst komplex und umstritten sind Fälle, in denen der Täter zwar den **Gegenstand 613 richtig** individualisierte (Auto gehört tatsächlich P), jedoch dann eine andere Person diesen Gegenstand unerwartet benutzt und zum Tatopfer wird⁸⁶⁴. Hier stellt sich dann auch die Frage der **Abgrenzung** zwischen error in persona und aberratio ictus.

⁸⁶² Jäger, § 3 Rn. 119; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 257.

⁸⁶³ BGH NStZ 1998, 294, 295; Kindhäuser/Zimmermann, § 27 Rn. 59 m.w.N.; a.A. Herzberg NStZ 1999, 217.

⁸⁶⁴ Vgl. zur schwierigen Abgrenzung auch El Ghazi, JuS 2016, 303, 305 ff.

Beispiel 1: Terrorist A bringt eine Bombe an einem Fahrzeug an, das dem Politiker P gehört. Ausnahmsweise fährt dieses Fahrzeug am Tattag die Tochter T des P, die infolge der Explosion verstirbt.

Beispiel 2: (vgl. den sog. „Enzianflaschen“-Fall⁸⁶⁵): A gibt ihrem Mann B eine vergiftete Flasche Schnaps mit in den Skiurlaub. A möchte B mit dem Getränk vergiften und schreibt auf die Flasche „Nur für Dich!“. Im Skilift kostet wider Erwarten erst der Kollege des B (der C) den Schnaps und stirbt sofort, ehe B zum Trinken ansetzt.

Lösung: Die sog. **Gleichwertigkeitstheorie** (s.o. zur aberratio ictus) hat in derartigen Fällen keine Probleme, aus vollendeter Vorsatztat zu bestrafen. Nach diesem Ansatz wollte der Täter einen Menschen töten und hat dies objektiv auch erreicht (unbeachtlicher error in persona).

Innerhalb der h.M. (sog. **Konkretisierungstheorie**, s.o. zur aberratio ictus) ist die Behandlung solcher Fälle (höchst) umstritten.

- Z.T. wird vertreten, dass es in Fällen, in denen der Täter das Opfer **nicht sinnlich wahrnimmt**, auch nicht zu einer Vorsatzkonkretisierung komme, so dass stets ein **error in persona** (kein Vorsatzausschluss) die Folge wäre⁸⁶⁶. Diese Ansicht wird jedoch von der wohl h.M. als zu pauschal abgelehnt.
- Die wohl h.M. bejaht grds. auch die Möglichkeit einer **aberratio ictus** (wenngleich die Begründungen im Einzelnen divergieren). Bspw. wenn der Tatplan des Täters derart weit gereift ist, dass nach seiner Vorstellung nur das **konkrete** Zielobjekt Opfer seiner Tat werden kann, dies jedoch aus atypischen Gründen nicht eintritt⁸⁶⁷.
Andererseits bejaht die wohl h.M. einen **error in persona**, wenn der Täter bewusst ein **allgemeines** Risiko begründet, wodurch auch andere, als das anvisierte Rechtsgut verletzt werden können. Dann trage der Täter insoweit das sog. **Individualisierungsrisiko**⁸⁶⁸.

614 Allgemeiner Lösungsvorschlag: Vorab muss man den **Gegenstand der mittelbaren Individualisierung** bestimmen - hier das Auto des P oder die präparierte Schnapsflasche (welche der Täter auch korrekt individualisierte) - und dann die Frage beantworten, **wie konkret der Vorsatz** des Täters gediehen ist.

- War für A klar, dass ausschließlich P das Fahrzeug benutzen werde (konkreter Vorsatz), so lässt sich im o.g. Bsp. eine **aberratio ictus** (Fehlgehen der Tat) eher begründen als ein error in persona⁸⁶⁹. Insbesondere wenn die Benutzung des Fahrzeugs durch das Opfer fern jeder Lebenserfahrung liegt. Insoweit kann man dann eine wesentliche Abweichung zwischen tatsächlichem und vorgestelltem Kausalablauf bejahen. Auch im „Schnaps-Beispiel“ dürfte dies dann der Fall sein.
- Wollte A lediglich die Person töten, die als erste den Zündmechanismus betätigt, was nach seiner Vorstellung eben grds. P sei, so wäre ein **error in persona** vertretbar.

615 Hinweis: In derartigen Fällen sollte stets vorab untersucht werden (Angaben im Sachverhalt beachten!), ob der Täter nicht auch **Vorsatz** in Bezug auf das **andere Opfer** (z.B. im o.g. „Politiker-Fall“ bzgl. der T) hatte. Dies dürfte gerade bei mittelbar individualisierten Opfern nicht selten der Fall sein. Bspw. weil der Täter die Möglichkeit der Fahrzeugbenutzung durch T in Betracht zog und auch deren Tod billigend in Kauf nahm. In einem solchen Fall stellt sich die oben skizzierte Streitfrage von vornherein **nicht**.

⁸⁶⁵ Siehe Jescheck/Weigend, § 29 V 6c; Otto AT (6. Aufl.), § 7 Rn. 92.

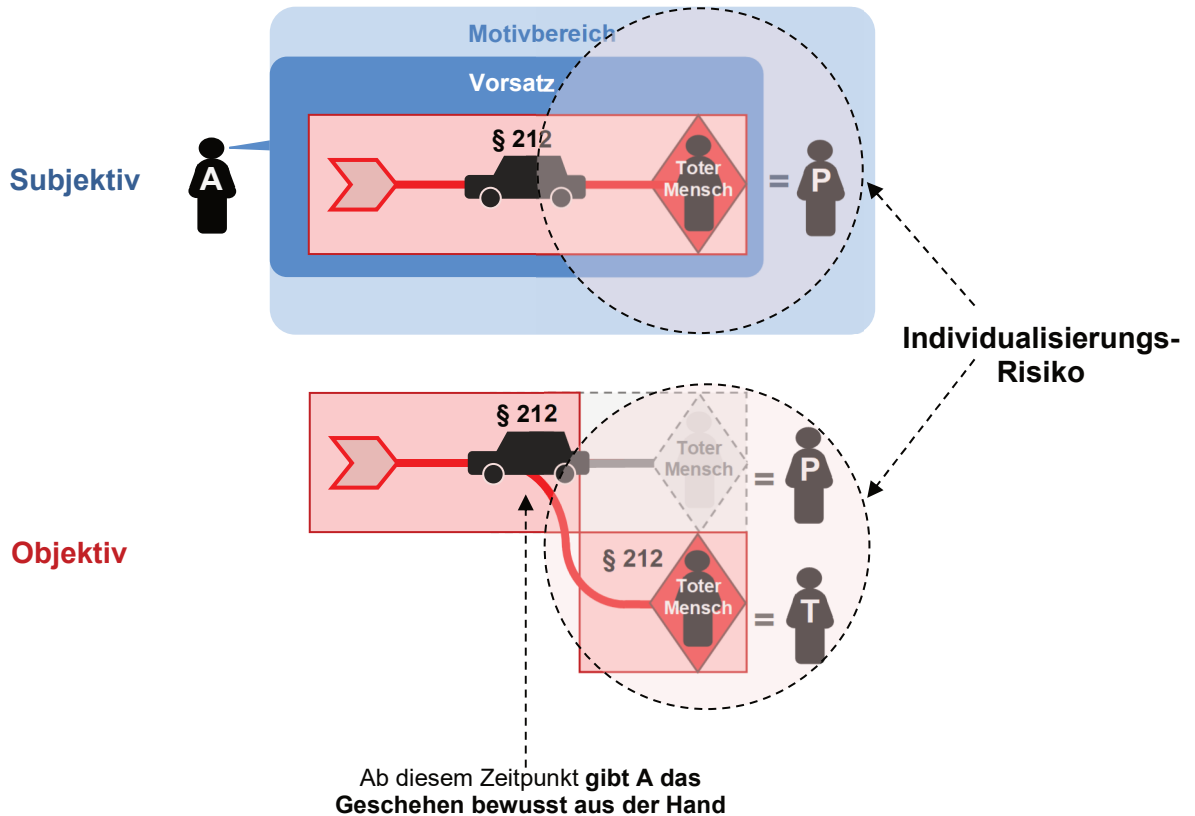
⁸⁶⁶ Prittwitz, GA 1983, 119, 127 ff.; Hoyer, AT S. 62 f.

⁸⁶⁷ Zur wohl h.M. auch Krey/Esser, § 12 Rn. 440 ff.

⁸⁶⁸ Rengier, § 15 Rn. 47; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 255 m.w.N.

⁸⁶⁹ Im „Schnaps-Fall“ eine aberratio ictus bejahend: Krey/Esser, § 12 Rn. 446; Jäger, § 3 Rn. 115; Heinrich, Rn. 1112.

Schaubild 99: Sonderkonstellation: **Mittelbare** Individualisierung des Tatopfers (Fernwirkungsfälle oder **Distanzdelikte**)



Erläuterungen zum Schaubild: **Zwischen** der Handlung des A und dem tatbestandlichen Erfolg („toter Mensch“) steht nun ein Gegenstand, **über den** der Täter das Opfer (fehl-)individualisiert (hier: Autosymbol) - der Täter nimmt das Opfer **nicht direkt sinnlich wahr**.

- **Erster Bewertungsansatz:** Der Vorsatz des A ist in Bezug auf P als Opfer so weit konkretisiert (dies ist stets eine Einzelfallfrage - siehe subjektive Ebene), dass sich die Abweichung auf objektiver Ebene als wesentlich und damit als **aberratio ictus** darstellt (nach h.M. Strafbarkeit aus **Versuchstat und Fahrlässigkeitstat**).
- **Zweiter Bewertungsansatz (so die Darstellung hier):** Durch die Verwendung des Autos (oder der Flasche, s.o. Bsp. 2) nutzt der Täter **bewusst** ein Individualisierungsobjekt, durch das er die Rechtsgutverletzung mittelbar herbeiführen möchte. A gibt zum Zeitpunkt des Abschlusses der Installation der Bombe (bzw. dem Mitgeben der Flasche, s.o. Bsp. 2) das Geschehen **bewusst** aus der Hand (siehe senkrechter Pfeil) und geht damit **bewusst** ein **Individualisierungsrisiko** ein (siehe runde Fläche), also auch das Risiko des Fehlgehens der Tat. Soweit A dieses Risiko (wie hier) **auch in seinem Vorsatz/Vorstellungsbild bewusst aufnahm**, ist ihm das Fehlgehen subjektiv zurechenbar (dann keine wesentliche Kausalabweichung). D.h. kein Vorsatzausschluss, sondern wegen unbeachtlichem **error in persona** ist eine Strafbarkeit aus **vorsätzlichem Vollendungsdelikt** zu bejahen.

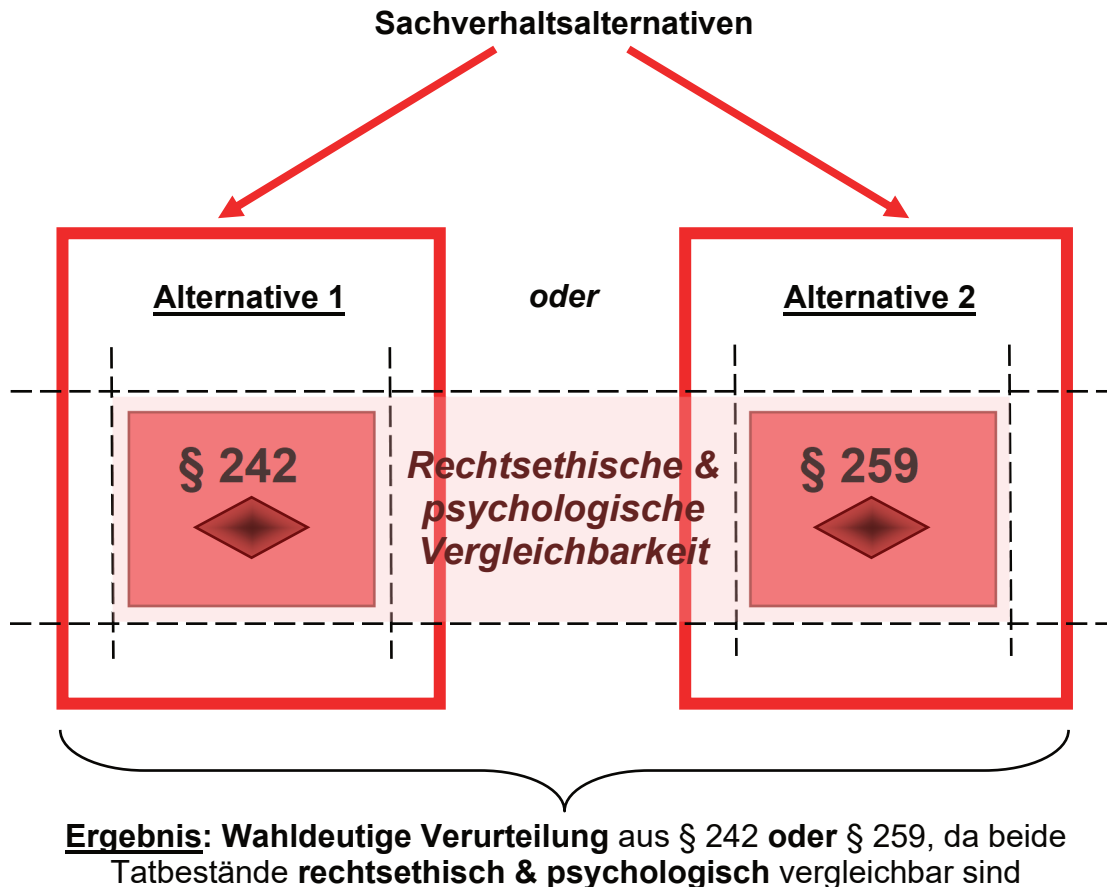
c. Der Irrtum über Umstände der objektiven Zurechnung

Die h.L. prüft auch i.R.v. Vorsatzdelikten im objektiven Tatbestand die sog. objektive **616** Zurechnung, um den weiten Anwendungsbereich der Äquivalenztheorie (i.R.d. Kausalität) wertungsmäßig einzugrenzen. Als Element des objektiven Tatbestands müssen dann auch die **Umstände**, die die **objektive Zurechnung** begründen, ebenfalls vom Vorsatz umfasst sein⁸⁷⁰.

Der Irrtum des Täters kann sich dabei zum einen auf den ersten Teil der objektiven Zurechnung, d.h. auf die **Gefahrschaffung**, zum anderen auf den zweiten Teil, d.h. auf die **Realisierung dieser Gefahr im Erfolg**, beziehen.

⁸⁷⁰ Kühl, § 5 Rn. 16.

Schaubild 157: Sog. **echte Wahlfeststellung** - rechtsethische & psychologische Vergleichbarkeit bzw. „Unrechtskernidentität“



Erläuterungen zum Schaubild: Hier besteht Sachverhalts- und Tatbestandsalternativität (§ 242 oder § 259). Über beide Tatbestände muss quasi ein „Filter“ i.S.d. rechtsethischen & psychologischen Vergleichbarkeit gelegt werden (siehe rötliche Ebene inkl. Raster). Da beide Normen einen einheitlichen „Unrechtskern“ aufweisen (siehe jeweils rotes waagrechtes Karo), ist eine Wahlfeststellung möglich.

855 Die Rspr. hat zudem in folgenden Fallgruppen eine echte Wahlfeststellung **bejaht**:

- Betrug und Hehlerei¹¹⁸⁷
- Bandendiebstahl und Bandenhehlerei¹¹⁸⁸
- Diebstahl und Unterschlagung¹¹⁸⁹
- Betrug und Computerbetrug¹¹⁹⁰
- Trickdiebstahl und Betrug¹¹⁹¹
- Besonders schwerer Diebstahl und Begünstigung¹¹⁹²
- Bzgl. der unterschiedlichen Begehungsvarianten desselben Delikts, z.B. des Mordes¹¹⁹³
- Alleintäterschaft und Mittäterschaft¹¹⁹⁴
- Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft¹¹⁹⁵
- Täterschaft und Anstiftung¹¹⁹⁶

856 **Verneint** hat die Rspr. eine echte Wahlfeststellung in folgenden Fällen:

- Vorsatztat und Fahrlässigkeitstat¹¹⁹⁷

¹¹⁸⁷ BGH NJW 1974, 804.

¹¹⁸⁸ BGH NStZ 2000, 473.

¹¹⁸⁹ BGHSt 16, 184.

¹¹⁹⁰ BGH NStZ 2008, 281; BGH NStZ 2014, 42.

¹¹⁹¹ OLG Karlsruhe NJW 1976, 902 f.

¹¹⁹² BGHSt 23, 361.

¹¹⁹³ BGH NStZ-RR 2021, 171; BGH NStZ 2012, 441.

¹¹⁹⁴ BGHSt 11, 18.

¹¹⁹⁵ BGHSt 15, 65.

¹¹⁹⁶ Vgl. BGH NStZ 2009, 258.

¹¹⁹⁷ BGH NJW 1990, 131.

- Mord und vorsätzlicher Körperverletzung¹¹⁹⁸
- Diebstahl (§ 242) und Betrug (§ 263)¹¹⁹⁹
- Diebstahl (§ 242) und Erpressung (§ 253)¹²⁰⁰
- Diebstahl (§ 242) und (schwere) räuberische Erpressung (§§ 255, 250)¹²⁰¹
- Betrug (§ 263) und Urkundenfälschung (§ 267)¹²⁰²
- Vollrausch (§ 323a) und einer im Zustand der Schuldunfähigkeit begangenen Tat¹²⁰³
- Totschlag und Körperverletzung mit Todesfolge¹²⁰⁴

Streitig sind (neuerdings) folgende Fälle:

857

- Raub und Räuberische Erpressung¹²⁰⁵
- Falsche Verdächtigung (§ 164) und Aussagedelikte¹²⁰⁶

Fazit: Bei der echten Wahlfeststellung erfolgt also **keine eindeutige** Verurteilung, **858** sondern eine Verurteilung aufgrund **wahldeutiger Feststellung**, d.h. der Täter wird wahlweise nach dem einen **oder** anderen Tatbestand verurteilt, wobei sich die Strafe nach dem konkret **mildesten** Gesetz richtet.

Der Urteilstenor lautet dann: *Der Angeklagte XY wird wegen Diebstahls **oder** Hehlerei zu verurteilt.*

c. Das „Spannungsfeld“ der Diskussion bzgl. der echten Wahlfeststellung

Die Rechtsfigur der echten Wahlfeststellung war und ist nicht unumstritten. Man sollte **859** sich diesbzgl. folgender Grundsätze bewusst sein, denn jede Diskussion findet stets innerhalb dieses „Spannungsfelds“ statt.

Ausgangslage: Bei der echten Wahlfeststellung steht fest, **dass** sich der Täter strafbar gemacht hat, es ist lediglich offen, **wie genau** (nach welchem Tatbestand) und beide Tatbestände sind **vergleichbar**.

- aa. Einerseits: „Prinzip der Rechtssicherheit“ (Art. 103 Abs. 2 GG): Eine Verurteilung **860** setzt voraus, dass dem Täter eine **bestimmte Tat** nachgewiesen werden kann. Ansonsten ist er in dubio pro reo freizusprechen. In Situationen der echten Wahlfeststellung kann dem Täter gerade **keine bestimmte** Tat nachgewiesen werden.
- bb. Andererseits: „Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit“¹²⁰⁷: Es widerspricht **861** **kriminalpolitischen Bedürfnissen** und dem **Gedanken materieller Gerechtigkeit**, wenn man einen Täter bei dem feststeht, dass er sich strafbar gemacht hat und die alternativen Taten zudem vergleichbar sind freisprechen würde. Deshalb muss er zumindest verurteilt werden.
- cc. Kompromiss: „Begrenzte Zulassung der echten Wahlfeststellung“: Aus genau **862** diesem Konfliktverhältnis ist das Rechtsinstitut der echten Wahlfeststellung hervorgegangen, die nach h.M. deshalb nur unter **engen Voraussetzungen** (rechtsethische & psychologische Vergleichbarkeit bzw. Identität des Unrechtskerns) zulässig ist und bei der im Ergebnis auch nur nach dem **mildesten Gesetz** bestraft wird¹²⁰⁸.

¹¹⁹⁸ BGH GA 1967, 182.

¹¹⁹⁹ BGH NSTZ 1985, 123.

¹²⁰⁰ BGH DRIZ 1972, 30, 31; BGH NSTZ-RR 2008, 143; BGH NJW 2018, 1557; OLG Hamm NSTZ-RR 2008, 143.

¹²⁰¹ BGH NJW 2018, 1557, wobei insoweit auf § 246 zurückgegriffen werden könne; hierzu auch Hecker, JuS 2018, 1009 ff.; Kudlich, JA 2018, 549.

¹²⁰² OLG Düsseldorf NJW 1974, 1833, jedoch ebenfalls streitig, siehe abschließendes Bsp. unten.

¹²⁰³ BGHSt 1, 275; 9, 390, 394; OLG Karlsruhe NJW 2004, 3356 f.

¹²⁰⁴ BGH NJW 1990, 130 f.

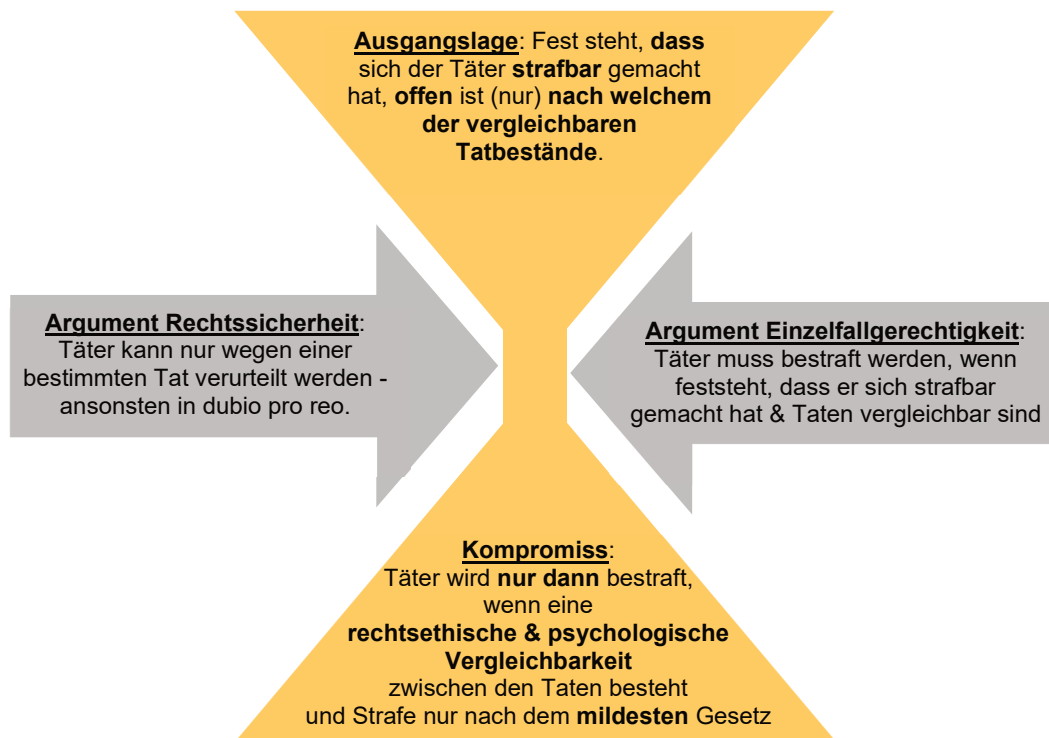
¹²⁰⁵ Verneinend BGH NSTZ 2014, 640; bejahend BGHSt 5, 280.

¹²⁰⁶ Verneinend AG Duisburg-Hamborn mit zust. Anm. Kudlich in JA 2017, 288; bejahend BayObLG MDR 1977, 860. Vgl. hierzu auch LK/Herdegen, § 164 Rn. 34; SK/Rudolphi/Rogall, § 164 Rn. 50.

¹²⁰⁷ Vgl. Schönke/Schröder/Hecker, § 1 Rn. 66 m.w.N. zu den Extrempositionen.

¹²⁰⁸ Die Wahlfeststellung wurde in den 30er Jahren sogar schon einmal gesetzlich normiert: Im damaligen § 2b RStGB hieß es: „*Steht fest, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter aus dem milderen Gesetz zu bestrafen*“.

Schaubild 158: Echte Wahlfeststellung - **Konfliktverhältnis** bzw. **Kollision** zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit



d. Aktuelle Diskussionen und Entscheidungen

863 Bedenken bzgl. der Verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung hatte der **2. Strafsenat des BGH**. Nach dessen Auffassung verstößt das richterrechtlich entwickelte Institut der echten Wahlfeststellung **gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG - lesen)**. Der Senat argumentierte wie folgt:

- Die Rechtsfigur der echten Wahlfeststellung könne nicht allein als prozessuale Entscheidungsregel verstanden werden, sondern hat **materiell-rechtliche** Konsequenzen, weshalb auch Art. 103 Abs. 2 GG zu beachten ist¹²⁰⁹.
- Durch die echte Wahlfeststellung erfolgt, anstelle einer eindeutigen Verurteilung oder eines Freispruchs, quasi ein Urteil aus einem gesetzlich nicht vorgesehenen „**Rumpftatbestand**“, der nur einen „**gemeinsamen Unrechtskern**“ widerspiegelt. Dies laufe auf eine „Entgrenzung von Tatbeständen“ und auf eine unzulässige „Verschleifung“ der Tatbestände durch Richterrecht hinaus, was am Ende zu einer Verurteilung aus einer **ungeschriebenen „dritten Norm“** führe¹²¹⁰.

Der 2. Strafsenat stellte deshalb im Jahr 2014 eine **Anfrage** bei den übrigen Strafsenaten, ob und inwiefern sie sich dieser Rechtsansicht anschließen und ob sie ihre Rspr. insoweit aufgeben¹²¹¹.

Art. 103 GG

(1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.

(2) Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit **gesetzlich bestimmt** war, bevor die Tat begangen wurde.

(3) Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.

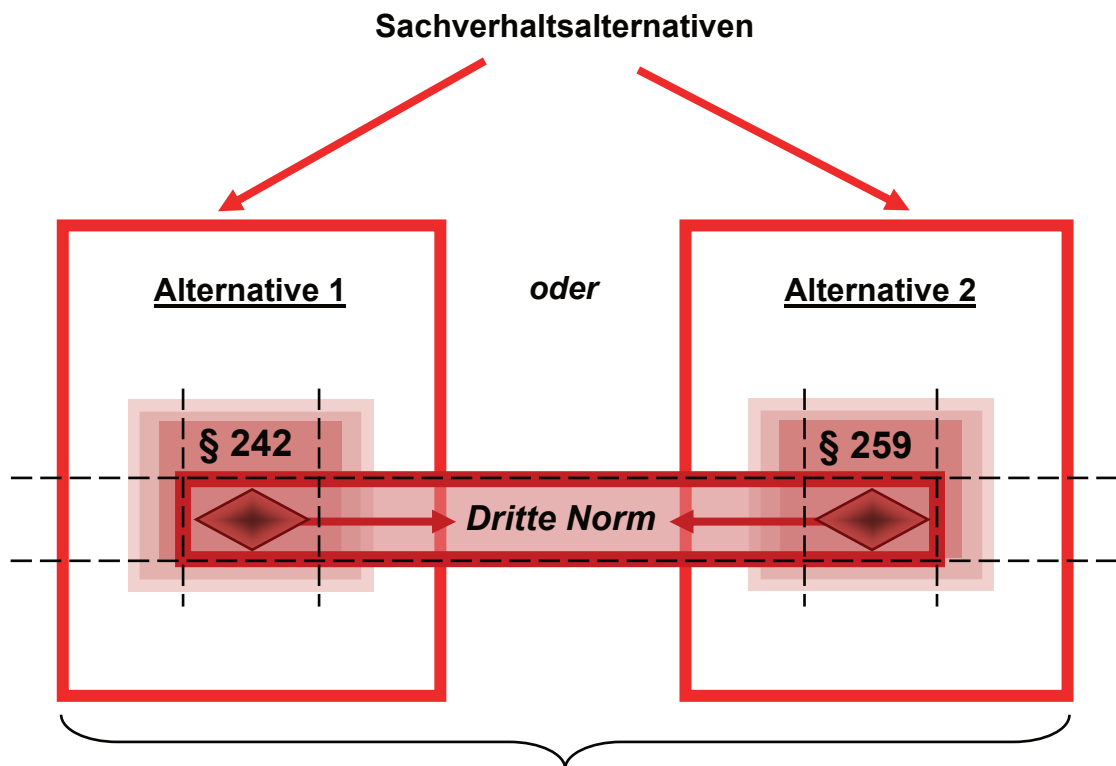
Diese Regelung wurde jedoch vom Alliierten Kontrollrat nach Kriegsende wieder abgeschafft. Zur Historie siehe BGH NStZ 2014, 392 ff. Ausführlich zur Historie v. Heintschel-Heinegg/Eschelbach, § 261 StPO, Rn. 50 ff.

¹²⁰⁹ BGH NStZ 2014, 392 ff.

¹²¹⁰ BGH NStZ 2014, 392, 394.

¹²¹¹ BGH NStZ 2014, 392 ff.

Schaubild 159: Echte Wahlfeststellung unzulässig - Sichtweise des 2. BGH-Strafsenats



Ergebnis: Die h.M. bestraft aus einer ungeschriebenen „dritten Norm“ - Verstoß gegen Art. 103 II GG (verfassungswidrig)

Erläuterungen zum Schaubild: Durch die Zusammenfassung der einheitlichen Tatbestandselemente werden die beiden Normen auf einen „**Rumpftatbestand**“ reduziert, der sich im gemeinsamen „Unrechtskern“ erschöpft. Dies bewirke eine „Entgrenzung“ und „Verschleifung“ der Tatbestände (siehe Verwässerung der Konturen des § 242 und § 259) durch eine „alternative Vereinigung“ der Einzelvoraussetzungen.

Darin könne quasi ein „Erzeugungsakt“¹²¹² für die eigentliche und ungeschriebene „**dritte Norm**“ gesehen werden, nach der dann die letztendliche Verurteilung erfolgt.

Die anderen Strafsenate sind dieser Auffassung jedoch **entgegen getreten**¹²¹³.

864

Durch den **Beschluss des Großen Senats für Strafsachen vom 08.05.2017** ist der Streit um die Zulässigkeit des Instituts der echten Wahlfeststellung zumindest für die Rspr. nun **entschieden**¹²¹⁴.

aa. Prozessuale Entscheidungsregel: Die ungleichartige Wahlfeststellung sei eine **prozessuale Entscheidungsregel**¹²¹⁵. Dadurch ist sie „*nicht an dem nur für das sachliche Recht geltenden strengen Gesetzmäßigkeitsprinzip nach Art. 103 Abs. 2 GG zu messen, sondern unterliegt lediglich den allgemein für die richterliche Rechtsfortbildung bestehenden Zulässigkeitsvoraussetzungen, denen sie genügt*“¹²¹⁶.

bb. Echte Wahlfeststellung wirkt nicht strafbarkeitsbegründend: Grundlage der Bestrafung ist „keine ungeschriebene (dritte) Norm“ mit einem „gemeinsamen Unrechtskern“, denn bei der echten Wahlfeststellung „**wird gerade nicht eindeutig wegen einer zwischen den Tatbeständen liegenden Handlung**“ bzw. „**einer gemeinsamen Schnittmenge von Handlungselementen verurteilt**“. Vielmehr muss bei jeder Sachverhaltsalternative „**jeweils ein Straftatbestand vollständig**

¹²¹² Siehe MüKo/Schmitz, § 1 Rn. 16.

¹²¹³ BGH NStZ-RR 2014, 308; BGH NStZ-RR 2015, 40; BGH NStZ-RR 2015, 39; s. auch BGH NJW 2016, 3317.

¹²¹⁴ BGH, Beschl. v. 8.5.2017 - GSSt 1/17; NStZ 2018, 41 ff. Zur Verfahrenshistorie siehe zusammenfassend Kudlich, JA 2017, 870 ff. Vgl. auch Stuckenberg StV 2017, 815; Brodowski StV 2017, 818.

¹²¹⁵ BGH NStZ 2018, 41, 42; zustimmend Baur, JA 2018, 573. Zu diesem Punkt zurecht kritisch Kudlich, JA 2017, 870, 872: „Hier darf man sich auch nichts vormachen: Die Wahlfeststellung enthält sicher materiell-rechtliche und prozessrechtliche Elemente, und aus der Bezeichnung als (vorrangig) materielle oder (vorrangig) prozessuale Entscheidungsregel allein lässt sich nicht wirklich ableiten, ob ein solches im Gesetz weder vorgesehenes noch explizit verbotenes Verhalten zulässig ist oder nicht.“

¹²¹⁶ BGH NStZ 2018, 41, 42 f.

verwirklicht sein“, wodurch sichergestellt sei, dass über die Strafbarkeit als solche der Gesetzgeber und nicht die Gerichte entscheiden¹²¹⁷.

- cc. Klarheit für den Normadressaten: Für den Täter bestehe auch **keine Ungewissheit** - als Hauptzweck des **Gesetzlichkeitsprinzips** - über sein Verhalten, denn er wisse, dass er die eine oder andere Alternative nicht begehen darf, da beide unstreitig strafbewehrt sind¹²¹⁸.
- dd. Keine Verletzung des Schuldprinzips bzw. der Unschuldsvermutung: Durch Anwendung der mildesten in Betracht kommenden Strafe sowie dem Erfordernis der rechtsethischen & psychologischen Vergleichbarkeit werde auch das Schuldprinzip nicht verletzt¹²¹⁹.
- ee. Echte Wahlfeststellung ist eine Figur zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung: Die Rechtsfigur der echten Wahlfeststellung halte sich im Rahmen **zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung** zur Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit¹²²⁰. Denn *„ein Freispruch aufgrund mehrfacher Anwendung des Zweifelssatzes (in dubio pro reo) nach je unterschiedlicher Blickrichtung wäre in Fällen, in denen ein strafloses Verhalten des Angeklagten **sicher ausscheidet**, schlechthin unvereinbar mit unverzichtbaren Geboten der Gerechtigkeit, die eine am Gleichheitssatz orientierte, dem Rechtsgüterschutz verpflichtete Ausgestaltung eines effektiven Strafverfahrens fordern“*¹²²¹.

865 Auch das **BVerfG** hat die Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung später bestätigt (kein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG)¹²²².

866 I.R.d. Klausur/mündlichen Prüfung werden im Zusammenhang mit den o.g. Argumenten v.a. **folgende Punkte relevant** sein:

- aa. Aufgrund der **Aktualität der Entscheidungen** sind - wenn oft auch nur kurz - Ausführungen zur Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung sinnvoll.
- bb. V.a. in **mündlichen Prüfungen** war die Thematik vermehrt Gegenstand. Hierfür genügt die Kenntnis über die unterschiedlichen dogmatischen Begründungsansätze, z.B. „Schaffung einer dritten Norm“ (so der 2. Strafsenat des BGH) oder eben „keine dritte Norm, aber Gewissheit, dass eine vergleichbare Strafnorm begangen wurde“ (Großer Strafsenat des BGH).

Kritikpunkte zur Entscheidung des Großen Strafsenats dürften wohl sein:

- **Zu pauschale Einordnung** der echten Wahlfeststellung als rein prozessuale Entscheidungsregel¹²²³.
- Nach wie vor **unsichere Konturen** bzgl. des Hauptmerkmals der „rechtsethischen & psychologischen Vergleichbarkeit“.
- Die Kernstreitfrage dürfte weiterhin sein: Muss ich stets eine **vollständige Bestimmtheit und Beweisbarkeit** eines Verhaltens fordern und ist der Täter **freizusprechen** soweit diese eben nicht gegeben ist, ich jedoch weiß, dass sich der Täter wegen vergleichbaren Normen **strafbar gemacht** hat?

Die Argumentation des Großen Strafsenats zur „Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit“ (s.o.) ist hier ein Teil des o.g. „Spannungsfelds“ zugunsten der echten Wahlfeststellung.

¹²¹⁷ BGH NSTZ 2018, 41, 43.

¹²¹⁸ BGH NSTZ 2018, 41, 43.

¹²¹⁹ BGH NSTZ 2018, 41, 43.

¹²²⁰ Kritisch hierzu v. Heintschel-Heinegg, § 1 Rn. 65.

¹²²¹ BGH NSTZ 2018, 41, 43 f. Zudem geht der BGH auf eine „Billigung des Gesetzgebers“ bzgl. der echten Wahlfeststellung ein, die v.a. rechtshistorisch bzw. anhand eines Vergleichs zu § 246 Abs. 1 und § 261 Abs. 9 S. 2 begründet wird; NSTZ 2018, 41, 43 f.

¹²²² BVerfG NJW 2019, 2837, m. Bespr. Hecker, JuS 2019, 1119.

¹²²³ Siehe hierzu auch MüKo/Schmitz, § 1 Rn. 17; Schönke/Schröder/Hecker, § 1 Rn. 68: Es handelt sich „bei der Wahlfeststellung um ein gemischt sachlich-verfahrensrechtliches Rechtsinstitut“.

- cc. Dem Umstand der rechtsethischen & psychologischen Vergleichbarkeit muss **besonderes Gewicht** beigemessen werden. D.h. die Voraussetzungen müssen **sorgfältig** geprüft und im Zweifel restriktiv ausgelegt werden¹²²⁴.

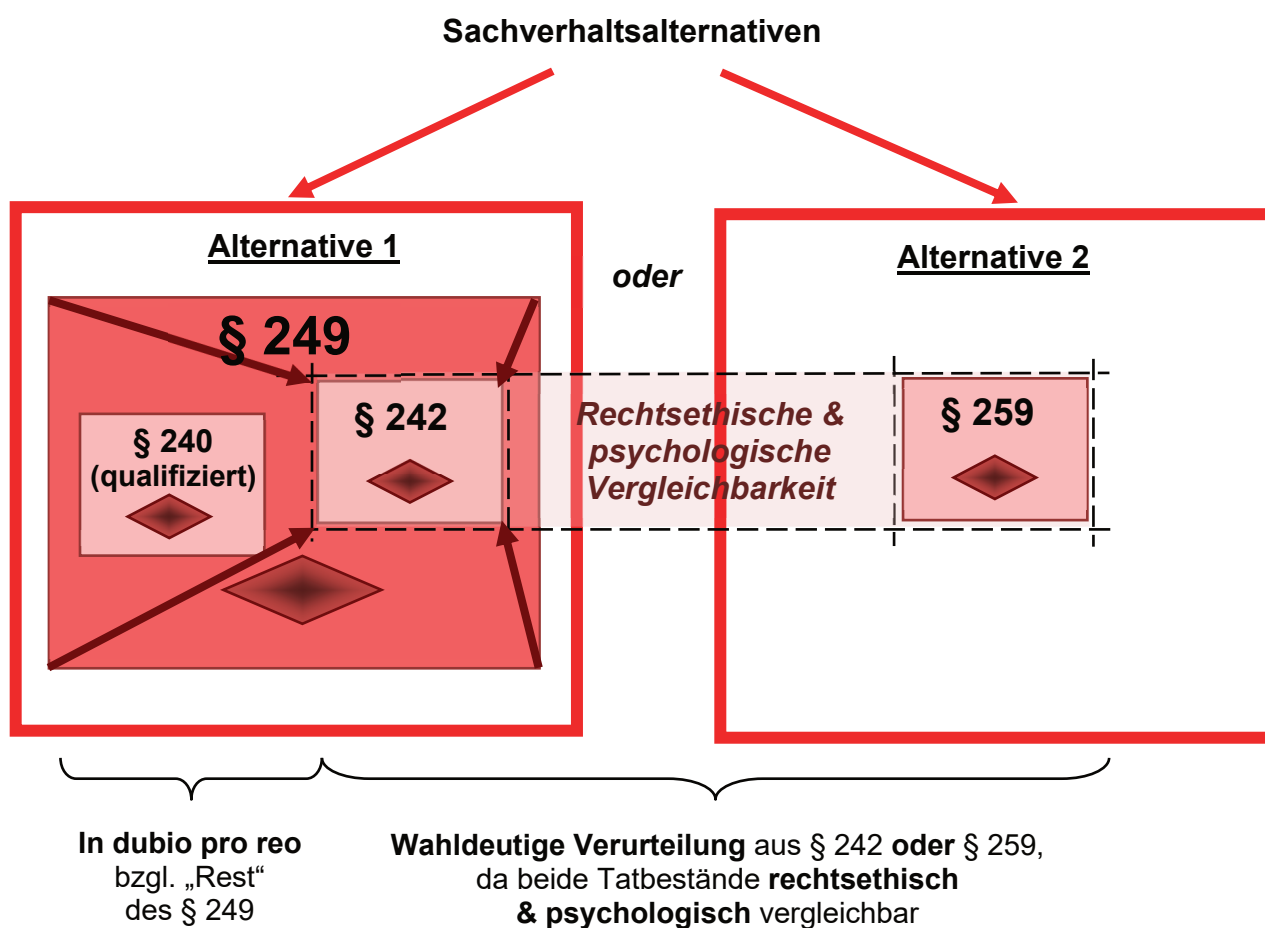
- e. Sog. Tatbestands**reduktion** als Mittel zur echten Wahlfeststellung

Auch wenn die vorrangig festgestellten Delikte erst einmal keine rechtsethische und **867** psychologische Vergleichbarkeit zulassen und insoweit eine echte Wahlfeststellung ausscheidet, so kann durch die **Aufspaltung** eines Gesamttatbestands in einzelne Delikte, zumindest **teilweise** die Voraussetzung einer echten Wahlfeststellung geschaffen werden. Die restlichen, nicht vergleichbaren Tatbestandselemente werden dann herausgefiltert und im Wege des in dubio pro reo-Grundsatzes eliminiert. Dieses Vorgehen ist v.a. bei einer **straferschwerenden Abwandlung** im Verhältnis zu deren Grundtatbestand oder bei **mehraktigen Delikten** möglich.

Beispiel: Student B wurde ausgeraubt. Dabei wurde ihm sein neues Tablet weggenommen. Später wird es im Zimmer des A im Studentenwohnheim gefunden. Im Strafprozess kann nicht geklärt werden, ob A das Tablet dem B geraubt hat oder ob er es von einem Dritten bösgläubig erworben hat. Eine Gutgläubigkeit des A kann sicher ausgeschlossen werden.

Hier ist zwischen den Tatbeständen Raub (§ 249) - als Gewaltverbrechen - und Hehlerei (§ 259), mangels rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit, eine echte Wahlfeststellung nicht möglich. Jedoch ist in § 249 ein Diebstahl (§ 242) enthalten. Letzterer erlaubt eine Vergleichbarkeit i.d.S. und damit auch eine Wahlfeststellung mit entsprechender Verurteilung. A ist strafbar gem. § 242 oder § 259. Hinsichtlich der übrigen Elemente des § 249 muss A in dubio pro reo freigesprochen werden.

Schaubild 160: Sog. **Tatbestandsreduktion** - zur Ermöglichung einer teilweisen echten Wahlfeststellung



¹²²⁴ Vgl. AG Duisburg JA 2017, 788 m. Anm. Kudlich.