

Übungsfall: Die Glasflasche*

Von Prof. Dr. Georg Steinberg, Ass. iur. Christoph Wolf, stud. iur. Anna Lena Füllsack, Wiesbaden**

Diese Aufgabe wurde im Frühlingstrimester 2013 an der EBS – Universität für Wirtschaft und Recht Wiesbaden als „Kleine Hausarbeit“ (Bearbeitungsumfang: 15 Seiten; 2. Fachtrimester) gestellt. Der erzielte Notendurchschnitt lag bei 6,5 Punkten, die beste Bewertung bei 14 Punkten.

Sachverhalt

Moritz (M) lebte als Fröhrentner im Haushalt seines Vetters Jürgen (J) und dessen Schwester Anna (A). Für J und A war die Ausübung religiöser Rituale wichtiger Lebensbestandteil. M störte diese Rituale permanent; er hielt sie für den Ausdruck einer geistlichen Verirrung, weil er selbst einer anderen Glaubensrichtung folgte. Aufgrund der unterschiedlichen Glaubensauffassungen kam es zwischen den Vettern vielfach zu heftigen verbalen, mehrfach auch körperlichen Auseinandersetzungen. J hätte den M am liebsten aus dem Haus gewiesen, konnte dies aber nicht, weil M Miteigentümer desselben war.

In dieser emotional überaus angespannten Atmosphäre ereignete sich eines Tages Folgendes: M machte dem J wieder einmal religiöse Vorhaltungen („Tue Buße, Vetter!“), woraufhin J den M wütend an den Schultern packte, ihn schüttelte und in Richtung Zimmertür drängte. M stolperte und griff, nach hinten umfallend, dem J unwillkürlich mit beiden Händen an den Hals, ohne allerdings fest zuzudrücken oder dies zu beabsichtigen, sondern ersichtlich nur, um sich festzuhalten.

Genau in diesem Augenblick betrat A mit einer leeren 1-Liter-Glasflasche das Zimmer. Da J ihr auffordernd zunickte und seinen Blick auf die Flasche richtete, gelangte sie zu der Vorstellung, J wolle von dem ihn erwürgenden M befreit werden; dabei hätte sie sehr leicht erkennen können, dass M sich nur, um sein Gleichgewicht wiedererzuerlangen, an J's Hals festhielt. Sie hieb die Flasche dem verhassten M von hinten gegen die Schläfe. Zwar hatte sie erkannt, dass auch ein kräftiger Stoß in die Flanke oder den Rücken des M sicher ausgereicht hätte, um diesen zu Boden zu bringen und dauerhaft auszuschalten. Aus Angst um ihren geliebten Bruder entschied sie sich jedoch für den Schlag gegen die Schläfe.

M stürzte tot zu Boden, was A als möglich vorausgesehen und gebilligt hatte. J hatte, als er seiner Schwester auffordernd zunickte, genau das beabsichtigt, was auch eintrat, dass sie ihn nämlich unzutreffenderweise in Lebensgefahr wähnen und in ihrer Angst um ihn den M mit der Flasche tödlich am Kopf treffen werde.

* Literarischer Bezugspunkt: Anton Pawlowitsch Tschechow (1860-1904), *Der Mord*, 1895.

** Prof. Dr. Georg Steinberg ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht an der EBS – Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden; Christoph Wolf ist wiss. Mitarbeiter dort; Anna Lena Füllsack studiert Rechtswissenschaft an der EBS.

Bearbeitervermerk

Prüfen Sie die Strafbarkeit von A und J nach § 212 Abs. 1 StGB.

Lösungsvorschlag

Vorbemerkung: Zu leisten ist die sorgfältige Prüfung der §§ 32, 34 StGB sowie der Voraussetzungen des Erlaubnistatumsstandsirrums. Im Zentrum – maßgeblich für die gesamte Qualität des Gutachtens – steht sodann die Diskussion um den Putativnotwehrexzess. Als zweiter Problemschwerpunkt ist die mittelbare Täterschaft bei intendiertem Putativnotwehrexzess nach der Figur des „Täters hinter dem Täter“ zu erörtern.

I. Strafbarkeit der A nach § 212 Abs. 1 StGB

A könnte sich gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie eine Glasflasche gegen die Schläfe des M schlug.

1. Objektiver Tatbestand

Der tatbestandsmäßige Erfolg ist mit dem Tod des M eingetreten. Die Tathandlung, das Schlagen der Glasflasche gegen die Schläfe des M, müsste auch äquivalent erfolgskausal gewesen sein, dürfte also nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfielen (Conditio sine qua non-Formel).¹ Hätte A dem M die Glasflasche nicht gegen die Schläfe geschlagen, so wäre dieser nicht gestorben. Die Tathandlung war also erfolgskausal.

Der Erfolg müsste der A auch objektiv zugerechnet werden können. Es müsste sich also eine durch die Tathandlung gesetzte, rechtlich missbilligte Gefahr im konkreten tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht haben.² Indem A die Glasflasche gegen den Kopf des M schlug, setzte sie die rechtlich missbilligte Gefahr, diesem eine schwere Kopfverletzung zuzufügen, die unter Umständen sogar tödlich sein konnte. Dieses Risiko hat sich im Tod des M als konkretem tatbestandlichen Erfolg verwirklicht. Der Erfolg ist der A demnach objektiv zuzurechnen. Der objektive Tatbestand ist erfüllt.

2. Subjektiver Tatbestand

A müsste auch den subjektiven Tatbestand erfüllt, also vorsätzlich, das heißt wissentlich und willentlich hinsichtlich aller Merkmale des objektiven Tatbestands gehandelt haben.³ A schlug die Glasflasche willentlich gegen die Schläfe des M; sie sah dabei den Tod des M als möglich voraus und nahm ihn billigend in Kauf, handelte also mit dolus eventualis, erfüllte also auch den subjektiven Tatbestand.

¹ Vgl. Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 4 Rn. 9.

² Vgl. Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, § 13 Rn. 46.

³ Vgl. Rengier (Fn. 2), § 14 Rn. 5.

3. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob A rechtswidrig handelte. Möglicherweise war ihr Verhalten gerechtfertigt.

a) Nothilfe, § 32 StGB

Als Rechtfertigungsgrund kommt § 32 StGB in Betracht. Hierzu müsste sich A aus objektiver ex post-Sicht in einer Nothilfelage befunden haben. Es müsste also ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff bestanden haben, also eine unmittelbare Bedrohung rechtlich geschützter Güter oder Interessen durch menschliches Verhalten.⁴

Das Leben des J griff M nicht an. In Betracht kommt jedoch eine Bedrohung der körperlichen Unversehrtheit mit Blick darauf, dass M den Hals des J umfasste. Allerdings tat er dies unwillkürlich, um nicht das Gleichgewicht zu verlieren, drückte dabei auch nicht fest zu und beabsichtigte dies auch nicht. Ein Angriff auf die körperliche Unversehrtheit entfällt daher.⁵ Die Willensbetätigungsfreiheit wird durch ein leichtes Anfassen am Hals ebenso wenig verletzt. Es fehlt daher aus objektiver Sicht bereits an einem Angriff auf ein notwehrfähiges Gut im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB, so dass eine Rechtfertigung nach § 32 StGB entfällt.

b) Rechtfertigende Notstandshilfe, § 34 StGB

A könnte gemäß § 34 StGB wegen Notstandshilfe gerechtfertigt gewesen sein. Hierfür müsste zunächst eine Notstandslage bestanden haben, also eine gegenwärtige Gefahr für ein notstandsfähiges Gut, wobei eine Gefahr vorliegt, wenn der Eintritt oder die Intensivierung eines Schadens ernstlich zu befürchten war,⁶ und die Gefahr gegenwärtig ist, wenn bei natürlicher Weiterentwicklung der Dinge mit einem baldigen Schaden gerechnet werden muss.⁷ Aus ex post-Sicht bestand eine solche Situation, da der Eintritt oder die Intensivierung eines Schadens durch den Griff des M an den Hals des J nicht ernstlich zu befürchten waren, nicht. Jedoch ist das Vorliegen einer Gefahr aufgrund ihres Prognosecharakters nicht ex post, sondern ex ante zu bestimmen. Da eine rein subjektive Perspektive indes zu einer nicht mehr sachgerechten Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 34 StGB führen würde, ist ein objektives ex ante-Urteil zu fällen.⁸ Umstritten ist der konkrete Maßstab.

Man kann darauf abstellen, ob ein verständiger Beobachter aus dem Verkehrskreis des Handelnden von einer Gefahr

ausgegangen wäre.⁹ Die vorausgegangenen Auseinandersetzungen sowie das auffordernde Zunicken des J konnten aus Sicht eines solchen Beobachters zwar für eine Gefahr sprechen. Allerdings befand sich M, als er dem J an den Hals griff, in Rücklage, und hielt sich – ersichtlich, ja sogar „sehr leicht“ erkennbar – nur fest, um nicht nach hinten umzufallen, und drückte auch nicht fest zu. Ein verständiger Beobachter aus dem Verkehrskreis des Handelnden wäre demnach zu dem Schluss gekommen, dass M nicht im Begriff war den J zu verletzen. Nach diesem Maßstab entfällt also eine Gefahr im Sinne des § 34 StGB.

Hinweis: Die Formulierungen „ersichtlich“ und „sehr leicht erkennen können“ im Sachverhalt schließen aus, diesen dahingehend zu interpretieren, eine verständige Maßstabsperson hätte eine Gefahr angenommen.

Stärker objektivierend kann man auch auf einen sachkundigen Beobachter abstellen, der über ein einschlägiges umfassenderes Wissen verfügt als eine Person aus dem Verkehrskreis des Täters.¹⁰ Nach diesem Maßstab entfällt für den vorliegenden Fall eine Gefahr ebenfalls. Dasselbe gilt, wenn man – noch stärker objektivierend – fordert, dass auf der Basis allen ex ante verfügbaren Wissens (also nur unter Ausblendung der weiteren Entwicklung) eine Gefahr anzunehmen war.¹¹ Mangels Gefahrenlage entfällt also eine Rechtfertigung nach § 34 StGB. A handelte – auch mangels sonst ersichtlicher Rechtfertigungsgründe – rechtswidrig.

4. Erlaubnistatumsstandsirrtrum

Hinweis: Wo im Prüfungsaufbau der Erlaubnistatumsstandsirrtrum zu erörtern ist, ist strittig. Vertreten wird auch, dies bereits im subjektiven Tatbestand¹² oder im Rahmen (und nicht, wie hier, *nach*) der Rechtswidrigkeit¹³ oder erst im Rahmen der Schuld¹⁴ zu tun.

Fraglich ist, wie sich die irrige Annahme der A auswirkt, dass M im Begriff war den J zu töten. Sie könnte aufgrund dessen straflos geblieben sein, wenn es sich um einen Erlaubnistatumsstandsirrtrum handelte. Ein solcher erfordert, dass der Täter sich irrig tatsächliche Umstände vorstellt, bei deren Vorlie-

⁴ Rengier (Fn. 2), § 18 Rn. 6.

⁵ Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei Bagatelangriffen allgemein Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 49.

⁶ Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 34 Rn. 12.

⁷ Rengier (Fn. 2), § 19 Rn. 9.

⁸ Kühl (Fn. 1), § 8 Rn. 45; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 16 Rn. 15; Kretschmer, Jura 2005, 662 (664).

⁹ Schaffstein, in: Frisch/Schmid (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978, S. 89 (106); Dornseifer, JuS 1982, 761 (763 f.).

¹⁰ Roxin (Fn. 8), § 16 Rn. 18; Zieschang, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 12. Aufl. 2012, § 34 Rn. 29; Kühl (Fn. 1), § 8 Rn. 52; Kretschmer, Jura 2005, 662 (664 f.).

¹¹ Dazu Lenckner/Perron (Fn. 6), § 34 Rn. 13 f.

¹² Rengier ([Fn. 2], § 30 Rn. 9) hält dies zumindest für erwägenswert.

¹³ Herzberg/Scheinfeld, JuS 2002, 649 (652); Noltensmeier/Henn, JA 2007, 772 (775).

¹⁴ Stiebig, Jura 2009, 274 (276).

gen sein Handeln gerechtfertigt wäre.¹⁵ In Betracht kommt hier eine vermeintliche Rechtfertigung nach § 32 StGB.

A müsste sich hierfür zunächst einen Angriff vorgestellt haben. A nahm an, dass M gerade den J zu erwürgen versuchte, sie sah also das Leben ihres Bruders durch einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff des M bedroht an, stellte sich also eine Nothilfeflage vor.

Des Weiteren müsste die Handlung der A unter Zugrundelegung der von ihr irrig angenommenen Umstände eine zulässige Nothilfehandlung, also eine erforderliche und gebotene Verteidigungshandlung gewesen sein. Eine Verteidigungshandlung ist eine gegen den Angreifer gerichtete, zur Angriffsabwehr geeignete Handlung. Der Schlag mit der Flasche war gegen den M als vermeintlichen Angreifer gerichtet und angesichts des Zusammenbrechens des M auch geeignet, die (vermeintliche) Nothilfeflage zu beenden.

Fraglich ist jedoch, ob die Nothilfehandlung der A, ihre Vorstellung der Sachumstände zugrunde gelegt, auch erforderlich war. Dazu müsste sie aus ihrer Sicht das mildeste Mittel gewesen sein, den vermeintlichen Angriff sofort und ohne Risiko endgültig abzuwehren.¹⁶ A hatte erkannt, dass auch ein heftiger Stoß in den Rücken oder in die Flanke des M ausgereicht hätte, um diesen zu Boden zu bringen und endgültig auszuschalten, also den vermeintlichen Angriff risikolos, sogleich und ohne die Gefahr einer weiteren Attacke abzuwehren. A handelte also in der Erkenntnis, dass ihr auch nicht lebensgefährliche, also mildere Mittel zur Verfügung standen, um den vermeintlichen Angriff des M abzuwehren. Demzufolge wäre sie auch bei Vorliegen der von ihr angenommenen Umstände nicht nach § 32 StGB gerechtfertigt gewesen.

Somit unterlag A keinem Erlaubnistatumstandsirrtrum in Bezug auf § 32 StGB. Ein auf § 34 StGB bezogener Erlaubnistatumstandsirrtrum scheidet jedenfalls mangels Erforderlichkeit der vermeintlichen Gefahrabwendungshandlung.

Hinweis: Da nach dem Sachverhalt kein Erlaubnistatumstandsirrtrum bestand, wäre es grob falsch, dessen Rechtsfolgen zu diskutieren.

5. Schuld

A müsste schuldhaft gehandelt haben.

Hinweis: Zu prüfen sind zunächst §§ 33, 35 Abs. 1, 35 Abs. 2 und 17 StGB in direkter Anwendung. Erst wenn feststeht, dass hiernach die Schuld der A nicht entfällt, stellt sich die Frage, ob – zwecks Schließung einer eventuellen planwidrigen Regelungslücke – § 33 StGB oder § 35 Abs. 2 StGB analog anzuwenden sind.

a) Notwehrexzess, § 33 StGB

A könnte gemäß § 33 StGB entschuldigt gewesen sein. Sie müsste hierfür die Grenzen der Notwehr überschritten haben.

Allerdings bestand zu keiner Zeit objektiv eine Nothilfeflage, sodass die (direkte) Anwendung des § 33 StGB scheidet.

b) Entschuldigender Notstand, § 35 Abs. 1 StGB

Hier fehlt es, da kein notstandsfähiges Gut in Gefahr war, an der Notstandslage.

c) Irrtum über entschuldigende Umstände, § 35 Abs. 2 S. 1 StGB

A könnte gemäß § 35 Abs. 2 S. 1 StGB entschuldigt gewesen sein. Hierzu müsste sie bei Begehung der Tat irrig Umstände angenommen haben, die sie nach § 35 Abs. 1 StGB entschuldigt hätten. Wie festgestellt, stellte sich A jedoch keinen Sachverhalt vor, nach dem ihr Verhalten erforderlich (vgl. § 35 Abs. 1 StGB: „nicht anders abwendbar“) war, so dass sie auch nach § 35 Abs. 2 S. 1 StGB nicht entschuldigt ist.

d) Unvermeidbarer Erlaubnisirrtrum, § 17 S. 1 StGB

Es kommt der Entfall des Unrechtsbewusstseins nach § 17 S. 1 StGB in Betracht, wenn nämlich A einem unvermeidbaren Verbotsirrtrum, hier speziell einem Erlaubnisirrtrum unterlag. Dazu allerdings müsste sie die rechtlichen Schranken der Notwehr verkannt haben.¹⁷ Zwar verkannte sie die Sachlage; sie erkannte aber, dass sie, ihre Vorstellung von der Sachlage zugrunde gelegt, ein milderer Mittel hätte wählen können und ging – trotz ihrer Angst um den Bruder – nicht davon aus, zu dem von ihr gewählten härteren Mittel greifen zu dürfen. Auch einem Erlaubnisirrtrum mit Blick auf § 34 StGB unterlag sie nicht, so dass ihre Schuld nicht nach § 17 S. 1 StGB entfällt.

e) Putativnothilfeexzess

Die Schuld könnte aber nach der Figur des Putativnothilfeexzesses¹⁸ entfallen sein; das setzt voraus, dass A irrtümlich Umstände annahm, die eine Nothilfeflage darstellten, und die Grenzen der (vermeintlichen) Nothilfe aus einem asthenischen Affekts heraus überschritt (vgl. § 33 StGB).¹⁹ Wie festgestellt, nahm A irrtümlich an, dass M das Leben des J als notwehrfähiges Gut angriff. Dabei überschritt sie aus Angst um J, also aus einem asthenischen Affekt heraus, bei ihrer Verteidigungshandlung die Erforderlichkeitsgrenze. Mithin realisierte sie einen Putativnotwehrexzess. Fraglich sind dessen Rechtsfolgen.

Hinweis: Unter den Begriff „Putativnotwehrexzess“ wird teilweise auch der Doppelirrtrum (Zusammentreffen eines Erlaubnisirrtrums mit einem Erlaubnistatumstandsirrtrum) gefasst. Einem solchen Doppelirrtrum unterlag A aber nicht, und der Begriff wird hier auch nicht so verstanden.

¹⁵ Rengier (Fn. 2), § 30 Rn. 1.

¹⁶ Rengier (Fn. 2), § 18 Rn. 36.

¹⁷ Vgl. Krey/Esser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, § 22 Rn. 769.

¹⁸ Im Folgenden, der üblichen Terminologie folgend „Putativnotwehrexzess“.

¹⁹ Vgl. Kühl (Fn. 1), § 12 Rn. 155.

aa) Analoganwendung des § 33 StGB

Ein Entfallen der Schuld zugunsten der A würde sich aus einer generell für alle Fälle des Putativnotwehrexzesses vorzunehmenden Analoganwendung des § 33 StGB ergeben. Für diese Sicht spricht, dass auch durch den nur vorgestellten Angriff beim Täter ein asthenischer Affekt ausgelöst wird, so dass er sich hier in der gleichen psychologischen Situation befindet wie der beim tatsächlichen Angriff exzedierende Täter.²⁰ Dieser Auffassung ist aber nicht zu folgen, denn die Straflosigkeit nach § 33 StGB beruht nicht nur auf der psychischen Sondersituation des Täters, sondern auch auf der objektiven Unrechtsminderung, die darauf beruht, dass mit dem – tatsächlichen – Angreifer eine Person geschädigt wird, die sich zuerst ins Unrecht gesetzt hat.²¹ Beim Putativnotwehrexzess richtet sich demgegenüber die Verteidigungshandlung des Täters potentiell gegen einen Unbeteiligten. Auch wäre es widersprüchlich, dass ein Täter, wenn er einem vermeidbaren Erlaubnistatumsirrtum bezogen auf § 32 StGB unterliegt und die Grenze des (nach seiner Sachverhaltsvorstellung) Erforderlichen *nicht* überschreitet, strafbar sein kann (je nach Einordnung des Erlaubnistatumsirrtums gemäß § 17 S. 2 StGB oder gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 StGB analog wegen fahrlässiger Begehung), hingegen nach § 33 StGB analog entschuldigt wird, wenn er in dieser Situation überreagiert.²²

Erwägenswert ist deshalb, die Analoganwendung des § 33 StGB nur zuzulassen, wenn der Irrtum des Täters über die sachlichen Voraussetzungen der Notwehrlage unvermeidbar war; denn auch der einem unvermeidbaren Erlaubnistatumsirrtum unterliegende Täter bleibt (nach allen zu diesem Irrtumstyp vertretenen Meinungen) straflos. Auch kann man das Handlungsunrecht des unvermeidbar in Putativnotwehr befindlichen Exzedierenden aufgrund des Irrtums als ebenso herabgesetzt ansehen wie bei tatsächlich gegebenem Angriff.²³ Jedoch war der Irrtum für die A, die sehr leicht hätte erkennen können, dass M den J nicht angriff, vermeidbar, so dass nach dieser Ansicht ihre Entschuldigung nach § 33 StGB analog ohnehin ausscheidet.

Man kann auch (zusätzlich zur geforderten Irrtumsunvermeidbarkeit²⁴ oder als einzige Voraussetzung²⁵) die Analoganwendung des § 33 StGB nur zulassen für Fälle, in denen das Opfer eine (Mit-)Verantwortung für den Irrtum des Putativnotwehrexzesstäters trägt. Hier wiederum kann man

²⁰ So noch *Schröder*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 1974, § 53 Rn. 36.

²¹ *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 33 Rn. 16; *Perron* (Fn. 5), § 33 Rn. 8.

²² *Kühl* (Fn. 1), § 12 Rn. 157; *Rudolphi*, JuS 1969, 461 (464); *Roxin*, in Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 105 (119).

²³ *Perron* (Fn. 5), § 33 Rn. 8; vgl. auch *Rudolphi*, JuS 1969, 461 (463 f.); *Walther*, JZ 2003, 52 (56).

²⁴ *Roxin* (Fn. 8), § 22 Rn. 96; *Zieschang* (Fn. 10), § 33 Rn. 29.

²⁵ *Otto*, Jura 1987, 604 (607).

verlangen, dass das Opfer absichtlich den Irrtum beim Täter herbeiführt, also einen Angriff simuliert,²⁶ oder zumindest fahrlässig den Irrtum verschuldet.²⁷ Auch hiernach bleibt § 33 StGB aber unanwendbar im konkreten Fall, da M den Irrtum der A weder absichtlich noch fahrlässig verursachte.

bb) Analoganwendung des § 35 Abs. 2 StGB

Zu erwägen ist eine Analoganwendung des § 35 Abs. 2 StGB mit der Folge eines Entfallens der Schuld bei Unvermeidbarkeit des Irrtums. Dafür spricht, dass § 35 Abs. 2 StGB die Rechtsfolgen eines Sachverhaltsirrtums auf der Ebene eines Entschuldigungsgrundes – wie er beim Putativnotwehrexzess gegeben ist – regelt und daher dieser letzteren Konstellation sachlich näher steht als § 33 StGB, der gerade keine Irrtumsregelung enthält.²⁸ Zudem ist die Analoganwendung des § 35 Abs. 2 StGB bezogen auf andere Entschuldigungsgründe, z.B. den übergesetzlichen Notstand, anerkannt.²⁹ Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen mit § 33 StGB kann man eine fahrlässige Verursachung des Irrtums seitens des Opfers fordern.³⁰ Weder aber war für A der Irrtum unvermeidbar, noch trug M für ihren Irrtum Verantwortung, so dass auch nach diesen Sichtweisen A nicht entschuldigt ist. Im Ergebnis bewirkt der Putativnotwehrexzess in der vorliegenden Konstellation also kein Entfallen der Schuld zugunsten der A.

Hinweis: Solch ausführliche Darlegungen zum Putativnotwehrexzess wurden nur von hervorragenden Bearbeitungen erwartet. Allgemein konnte aber erwartet werden, dass sich das Gutachten mit den in Betracht kommenden Vorschriften (§§ 33, 35, 17) ausführlich auseinandersetzt und insbesondere die Analoganwendung des § 33 StGB näher diskutierte.

f) Zwischenergebnis

Mangels der geprüften und sonstiger Gegengründe handelte A schuldhaft.

6. Ergebnis

A hat sich gemäß § 212 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des J nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

J könnte sich gemäß §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er der A auffordernd zunichte und seinen Blick auf die Flasche richtete.

²⁶ *Roxin* (Fn. 22), S. 120.

²⁷ *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 33 Rn. 18.

²⁸ *Bachmann*, JA 2009, 510 (512); *Sauren*, Jura 1988, 567 (572).

²⁹ *Kühl* (Fn. 1), § 13 Rn. 84.

³⁰ *Hardtung*, ZStW 108 (1996), 26 (60).

1. Objektiver Tatbestand

Den Taterfolg (Tod des M) führte die A als potentielle Tatmittlerin durch ihre Handlung (Schlag mit der Glasflasche) kausal herbei. Fraglich ist, ob dem J die Tathandlung der A gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zugerechnet werden kann. Ein kausaler Tatbeitrag, als erste Zurechnungsvoraussetzung, liegt im auffordernden Nicken des J und seinem Blick auf die Glasflasche.

Des Weiteren müsste grundsätzlich ein Strafbarkeitsmangel beim Werkzeug, also in der Person der A, vorgelegen haben. Diese handelte jedoch schuldhaft und ist strafbar nach § 212 Abs. 1 StGB. Fraglich ist somit, ob mittelbare Täterschaft ausscheidet und nur noch Anstiftung oder Beihilfe in Betracht kommen; in eng umgrenzten Ausnahmefällen wird trotz fehlenden Strafbarkeitsmangels eine mittelbare Täterschaft gemäß § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB für möglich gehalten. Fraglich ist, ob diese Figur des „Täters hinter dem Täter“ bezogen auf die hiesige Irrtumskonstellation sachgerecht ist.

Vorgetragen wird, dass der im vermeidbaren Irrtum, also tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft Handelnde frei in seinem Handeln und somit für sein Tun selbst verantwortlich ist, also nicht, wie ein schuldlos Handelnder, Werkzeug eines Hintermannes sein könne.³¹ Nach dieser Ansicht entfällt also eine mittelbare Täterschaft des J.

Für die Annahme einer solchen in der hiesigen Konstellation spricht aber, dass auch bei dem im vermeidbaren Verbotsirrtum handelnden Vordermann der Hintermann diesen kraft Täuschung oder überlegenen Wissens zu seinen Zwecken steuern, also Tatherrschaft innehaben kann. Der BGH plädiert hier für eine individualisierende Wertung des Einzelfalles, wobei die Art und Tragweite des Irrtums beziehungsweise die Intensität der Einwirkung des Hintermannes entscheidend sind.³² Zwar leistet der Maßstab der erstgenannten Ansicht ein höheres Maß an Rechtssicherheit,³³ aber die Linie des BGH gelangt im Einzelfall zu angemesseneren Ergebnissen und ist daher vorzugswürdig. Demnach ist entscheidend, dass A aufgrund ihres (wenn auch ihre eigene Strafbarkeit nicht mindernden) Irrtums über die tatsächlichen Umstände den sozialen Sinngehalt des Geschehens nicht erfasste und dass J diesen Irrtum auslöste und zur Manipulierung der A ausnutzte, so dass A, obwohl sie schuldhaft handelte, als sein Werkzeug anzusehen ist. J handelte also als „Täter hinter dem Täter“ und erfüllte den objektiven Tatbestand der §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

Hinweis: Wer – gut vertretbar – das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB verneint, gelangt ohne weitere Probleme zur Strafbarkeit wegen Anstiftung.

2. Subjektiver Tatbestand

J müsste auch den subjektiven Tatbestand realisiert, also Vorsatz hinsichtlich der Tötung sowie der Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB gehabt haben. Er wollte, dass die A den M tödlich traf, wollte durch seine Tathandlung dies auslösen und zugleich die A in ihrer Situationseinschätzung manipulieren. Er erfüllte also den subjektiven Tatbestand.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

J handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

J hat sich gemäß §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

III. Gesamtergebnis

A ist strafbar nach § 212 Abs. 1 StGB, J ist strafbar nach §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

³¹ Krey/Esser (Fn. 17), § 27 Rn. 927; Herzberg, JuS 1974, 374.

³² Vgl. den sogenannten Katzenkönig-Fall, BGHSt 35, 347; zustimmend Kühl (Fn. 1), § 20 Rn. 78.

³³ Krey/Esser (Fn. 17), § 27 Rn. 930.