

## Entscheidungsbesprechung

### Zur Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung bei der Veranlassung eines schuldunfähigen Kindes zur Tat

**Die Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung bei der Veranlassung eines Kindes zur Tat erfolgt anhand einer wertenden Betrachtung des Gesamtgeschehens. Entscheidend ist danach, ob der Hintermann das Geschehen in tatsächlicher Hinsicht steuernd in den Händen hält. Der automatische Rückschluss von der in § 19 StGB normativ festgelegten Schuldunfähigkeit des Kindes auf die Tatherrschaft des Hintermannes ist unzulässig. (Leitsätze des Verf.)**

StGB §§ 25 Abs. 1 Alt. 2, 26, 30 Abs. 1

BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23<sup>1</sup>

#### I. Sachverhalt<sup>2</sup>

Die Schwägerin des Angeklagten (A) war aus Angst vor einem weiteren sexuellen Übergriff durch diesen mit ihrem 11-jährigen Sohn (S) in ein Frauenhaus geflohen. Wenige Tage später hatte S das Frauenhaus wieder verlassen, um für einen vereinbarten Zeitraum seinen Vater, den Bruder des A, zu besuchen.

Ende Mai holte A den S, dessen Alter er kannte, mit dem Auto aus der väterlichen Wohnung ab und fuhr mit ihm in die Innenstadt. Er forderte ihn auf, seine Mutter zu töten, wenn er in das Frauenhaus zurückkehre. Er sollte abends, „wenn die Mutter im Bett liege und schlafe, ein scharfes Messer aus der Küche holen und sie töten“, weil die Mutter „schlechte Sachen“ gemacht habe. Er zeigte S auf seinem Mobiltelefon ein Video, in dem ein Mann eine andere Person ersticht. Weitere Vorgaben zur Tat machte er nicht; S sollte sie „eigenmächtig zu einer von ihm selbst bestimmten Zeit begehen“. „Da S noch klein sei, könne er nicht bestraft werden, während er, A, eine große Strafe bekommen und ins Gefängnis kommen würde, wenn er das mache.“ Im Gegenzug versprach er S Süßigkeiten, die Rückgabe von weggenommenen Spielsachen und ein Motorrad. S ging auf das ernst gemeinte Ansinnen des A zum Schein ein, weil er befürchtete, andernfalls seine Mutter nicht wiedersehen zu dürfen. A brachte S anschließend wieder in die väterliche Wohnung, ohne danach noch einmal Kontakt zu ihm aufzunehmen.

Die geplante Rückkehr des S zu seiner Mutter wenige Tage nach dem Geschehen scheiterte, weil diese das Frauenhaus mit unbekanntem Ziel bereits verlassen hatte. Erst einige Tage später kehrte S wieder zu ihr zurück und offenbarte ihr sogleich das Ansinnen des A.

#### II. Inhalt der Entscheidung

Das Landgericht Kiel hat A (u.a.) wegen versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Im Übrigen hat es ihn freigesprochen und als Kompensation für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung drei Monate der verhängten Freiheitsstrafe als vollstreckt erklärt.

Der 5. Strafsenat des BGH hat den Schuldspruch dahin geändert, dass A der versuchten Anstiftung zum Mord schuldig ist.

#### III. Praktische Relevanz der Entscheidung

Bislang konnte die Auffassung, dass der einen Schuldunfähigen zur Tat einsetzende Beteiligte mittelbarer Täter i.S.d. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB (und nicht lediglich Anstifter) sei, sich mit Fug und Recht als „ganz h.M.“<sup>3</sup> bezeichnen.<sup>4</sup> Das wird sich mit dem Beschluss des BGH, das ist bereits jetzt absehbar, ändern.<sup>5</sup> Der 5. Senat hält den von der h.M. gezogenen zwingenden (*normativen*) Rückschluss von der Anordnung der Schuldunfähigkeit des Kindes in § 19 StGB auf die Tatherrschaft des Hintermannes nicht für zulässig. Vielmehr müsse im Einzelfall danach gefragt werden, ob der Hintermann das Kind *tatsächlich* beherrscht habe; er „das Geschehen also in tatsächlicher Hinsicht steuernd in den Händen hält.“<sup>6</sup>

Die Bedeutung der Entscheidung kann kaum überschätzt werden. Zum einen ist die Benutzung von schuldunfähigen Kindern zur Tatbegehung – nicht bei Tötungsdelikten, aber z.B. im Rahmen von Diebstahlsdelikten – durchaus verbreit-

<sup>3</sup> Roxin, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2021, § 22 Rn. 157.

<sup>4</sup> I.d.S. z.B. auch Renzikowski, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl. 2014, § 48 Rn. 56 f.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 62 II. 4. (S. 668); Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 25 Rn. 124 f.; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 67; Murmann, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 25 Rn. 18; Puppe, GA 2013, 514 (528). Anders aber bereits zuvor Joecks, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1–37, 3. Aufl. 2017, § 25 Rn. 100.

<sup>5</sup> So haben etwa Jäger und Sinn ihre bislang vertretene Auffassung (Jäger, Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2021, Rn. 348; Gropp/Sinn, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 130) mit ihrer Besprechung der Entscheidung bereits ausdrücklich aufgegeben und sich dem BGH angeschlossen, siehe Jäger, JA 4/2024, 344 (345 in Fn. 7); Sinn, ZJS 2024, 591. Dabei formuliert etwa Jäger: „Die Ausführungen des 5. Senats überzeugen damit auf ganzer Linie.“ Und Sinn schreibt: „Der Senat folgt einer faktisch-bewertenden Betrachtung. [...] Dem ist zuzustimmen.“

<sup>6</sup> BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 13 = NStZ 2024, 151.

<sup>1</sup> NStZ 2024, 150.

<sup>2</sup> Um Unwesentliches gekürzt, vgl. BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 1 ff. = NStZ 2024, 150.

tet.<sup>7</sup> Zum andern und wichtiger noch: Der BGH hat mit seinem Beschluss – jedenfalls im Rahmen der mittelbaren Täterschaft – nicht nur ein (erneutes) deutliches Bekenntnis zur Tatherrschaftslehre abgegeben; er setzt sich mit seinem faktischen Tatherrschaftsverständnis – trotz gegenteiliger Beteuerung<sup>8</sup> – auch in eklatanten Widerspruch zu früheren wegweisenden Entscheidungen insbesondere aus dem Wirtschaftsstrafrecht, wo er die Tatherrschaft durchaus (rein) normativ bestimmt hat. Da dies von der Anmerkungsliteratur bislang erstaunlicherweise weder ausdrücklich formuliert noch problematisiert worden ist, wird der Schwerpunkt der folgenden Ausführungen darauf liegen, das verbreitete Verständnis der Tatherrschaft herauszuarbeiten und zu hinterfragen. Dabei wird sich zeigen, dass für das vom BGH propagierte faktische Tatherrschaftsverständnis viel spricht, es sich bei ihm aber letztlich um eine Fiktion handelt.

#### IV. Würdigung

##### 1. Mittelbare Täterschaft?

Der 5. Strafsenat des BGH lehnt im Ergebnis eine mittelbare Täterschaft des A ab und kommt so zur Anstiftung gem. § 26 StGB. Da die Haupttat des S nicht ins Versuchsstadium gelangt ist, muss – und kann – der BGH auf § 30 Abs. 1 StGB rekurren. Die versuchte Anstiftung ist bekanntlich nur dann strafbar, wenn es sich bei der angesonnenen Haupttat um ein Verbrechen handelt. Das ist zwar bei § 212 bzw. § 211 StGB der Fall, nicht hingegen bei der praktisch für Fälle der Instrumentalisierung eines schuldunfähigen Kindes zur Tatbegehung weit einschlägigeren Vorschrift des § 242 StGB.<sup>9</sup> Für den vorliegenden Fall mag der Umstand, dass die versuchte Anstiftung zum Mord unstreitig von § 30 Abs. 1 StGB erfasst wird, dies für die versuchte mittelbare Täterschaft aber ganz überwiegend abgelehnt wird, ein Argument für die Favorisierung der Anstiftungslösung gewesen sein.<sup>10</sup> Bei bloßen Vergehenstatbeständen ist der Weg über eine versuchte Anstiftung gem. § 30 Abs. 1 StGB allerdings ebenso versperrt wie dies nach überwiegender Meinung die Subsumtion versuchter mittelbarer Täterschaft unter § 30 Abs. 1 StGB ist.

Im Folgenden soll daher zunächst untersucht werden, ob die Ablehnung der mittelbaren Täterschaft und die Annahme einer Anstiftung überzeugt. Dabei ist zunächst danach zu fragen, wie der Beschluss des BGH sich grundsätzlich in seine eigene Rechtsprechung einfügt (unter a). Danach ist genauer zu untersuchen, was in casu für und gegen ein faktisches bzw. für und gegen ein normatives Tatherrschaftsverständnis spricht (b). Anschließend ist kritisch zu überprüfen, ob das Ergebnis des 5. Strafsenats, auf dem Boden seines faktischen Tatherrschaftsverständnisses mittelbare Täterschaft abzulehnen, zu überzeugen vermag (c). Und schließlich ist ein kritischer Blick auf die grundsätzliche Möglichkeit faktischer Tatherrschaft zu werfen (d).

a) *Einordnung des Beschlusses in die Rechtsprechung des BGH*

##### a) Einordnung des Beschlusses in die Rechtsprechung des BGH

Der BGH selbst behauptet, es entspreche seiner ständigen Rechtsprechung, mittelbare Täterschaft und Anstiftung danach abzugrenzen, ob der Beteiligte „die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft innehat, das Geschehen also mit steuerndem Willen in den Händen hält“.<sup>11</sup> Und: „Das Abstellen auf eine als tatsächliche Steuerungsmacht verstandene Tatherrschaft zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche beider Beteiligungsformen entspricht schließlich auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unterscheidung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung in anderen Fallkonstellationen.“<sup>12</sup>

Zunächst ist festzuhalten, dass der BGH mittlerweile zumindest im Rahmen der mittelbaren Täterschaft den Abschied von der „subjektiven“ Theorie hin zur Tatherrschaftslehre vollzogen hat. Dass dies noch immer weder vom BGH ausdrücklich eingeräumt noch von der Literatur vollständig erkannt wird, mag daran liegen, dass der BGH stets und auch in diesem Beschluss wieder davon spricht, der mittelbare Täter müsse „die vom Täterwillen getragene“ objektive Tatherrschaft innehaben.<sup>13</sup> Anerkennt man, dass die vermeintlich rein objektive Tatherrschaft Voraussetzung des objektiven Tatbestandes ist und also beim Vorsatzdelikt selbstverständlich auch insoweit – im subjektiven Tatbestand – Vorsatz voraussetzt, lässt sich schwer behaupten, der vom BGH propagierte „Täterwille“ sei etwas anderes als Bestandteil ebendieses Vorsatzes. Ein Unterschied zur Auffassung von *Roxin*, der von Beginn an auf die auch subjektiven Voraussetzungen der Tatherrschaft hingewiesen hat,<sup>14</sup> besteht in Wahrheit nicht mehr.

Zum Beleg seines vermeintlich seit jeher vertretenen faktischen Tatherrschaftsverständnisses verweist der Senat u.a. auf BGHSt 40, 218 und BGHSt 40, 257, also das bekannte Mauerschützen-Urteil vom 26.7.1994 einerseits und das nicht minder intensiv diskutierte Urteil vom 13.9.1994 zum tödlichen Behandlungsabbruch bei einer Patientin mit apallischem

<sup>7</sup> Siehe *Franzke*, JZ 5/2024, 204 m.w.N. in Fn 2 und 3 zu den sog. Klaukindern.

<sup>8</sup> BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 24 = NStZ 2024, 152.

<sup>9</sup> Siehe Fn. 7.

<sup>10</sup> Ähnlich *Eisele*, JuS 3/2024, 272 (274). Der BGH lässt die Frage, „ob § 30 Abs. 1 StGB auf die nicht ins Versuchsstadium gelangte mittelbare Täterschaft Anwendung finden kann“, ausdrücklich offen (BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 30 = NStZ 2024, 152 f.). Zu dieser Frage noch ausführlich unten 2. b) und Fn. 74.

<sup>11</sup> BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 6 m.w.N. = NStZ 2024, 150.

<sup>12</sup> BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 24 m.w.N. = NStZ 2024, 152.

<sup>13</sup> BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 6 m.w.N. = NStZ 2024, 150.

<sup>14</sup> *Roxin* (Fn. 4), § 25 Rn. 30. Das sah im Übrigen auch bereits *Lobe*, der eigentliche Begründer des Tatherrschaftsgedankens, so, siehe *Lobe*, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, 1933, S. 123. Vgl. auch ausdrücklich ebenso *Renzikowski* (Fn. 4), § 47 Rn. 89 ff.; *Haas*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), StGB, Kommentar, 2. Aufl. 2020, Vor §§ 25 ff. Rn. 7.

Syndrom andererseits.<sup>15</sup> Beide Bezugnahmen vermögen indes nicht zu überzeugen. So ist die in dem ersten genannten Urteil vertretene mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft schon in ihrer grundsätzlichen Konstruktion durch *Roxin* auf verbreitete und berechtigte Kritik gestoßen. Wenn das beim Hintermann die Tatherrschaft begründende Kriterium die „Fungibilität“ – also die Ersetzbarkeit – des Tatmittlers sein soll, liegt eine *faktische* Beherrschung des konkreten Tatgeschehens tatsächlich nicht vor.<sup>16</sup> Und während der BGH in dieser erstgenannten Entscheidung noch die zwei völlig unverbunden nebeneinanderstehenden Begründungsversuche mittelbarer Täterschaft in Fällen des Täters hinter dem Täter (um die es hier nicht geht) von *Roxin*<sup>17</sup> und *Schroeder*<sup>18</sup> miteinander verknüpft hat,<sup>19</sup> hat er die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft mittlerweile in einer Vielzahl weiterer Entscheidungen<sup>20</sup> zu einem insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht erfolgreichen unternehmerischen Organisationsherrschaftsmodell weiterentwickelt.<sup>21</sup> Dass es sich bei dieser „originäre[n] Verantwortlichkeitsbegründung“<sup>22</sup> im Rahmen der Annahme täterschaftlicher Strafbarkeit von Leitungsorganen in Wirtschaftsunternehmen dem Grunde nach um ein normatives Tatherrschaftsverständnis handelt, zeigt auch der Umstand, dass die Rechtsfigur der Organisationsherrschaft insbesondere auch im Ausland<sup>23</sup> bzw. im Völkerstrafrecht<sup>24</sup> zur Begründung täterschaftlicher strafrechtlicher Verantwortlichkeit bemüht wird, in Fällen also, in denen es – wie bei Leitungsorganen in Wirtschaftsunternehmen – an einer tatsächlichen Beherrschung der Tatbestandsverwirklichung meist gerade sehr deutlich fehlt.<sup>25</sup>

Auch die Bezugnahme auf die zweite Entscheidung trägt nicht. Soweit der BGH den Weg über die Organisationsherr-

schaft gehen will,<sup>26</sup> gilt das soeben Gesagte. Insofern er außerdem auf das berühmte „Katzenkönig“-Urteil<sup>27</sup> verweist, sieht er selbst, dass es an einer Vergleichbarkeit der beiden Entscheidungen in Wahrheit fehlt: Während der BGH dort die Tatherrschaft des Hintermannes darauf gestützt hatte, dass dieser einen (wenn auch vermeidbaren) Verbotsirrtum zur Tatbegehung ausnutzte,<sup>28</sup> befanden die beiden Angeklagten sich im „Behandlungsabbruchsfall“ gerade in demselben Verbotsirrtum wie das Pflegepersonal, das die angesonnene Tat (die Einstellung der künstlichen Ernährung) begehen sollte. Faktische Tatherrschaft kraft Irrtumsherrschaft kann derjenige Hintermann, der ebenso irrt wie der Vordermann, aber denkbare nicht besitzen.<sup>29</sup>

Aber auch in anderen Fällen hat der BGH gerade nicht auf eine faktische, sondern eine – rein – normative Betrachtung bei der Begründung der Tatherrschaft abgestellt. Das gilt z.B. und insbesondere für die berühmteste Entscheidung im Produktstrafrecht und eines der bekanntesten Urteile des BGH überhaupt, das „Lederspray“-Urteil.<sup>30</sup> Hier hatte der BGH die Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Geschäftsführer einer GmbH für die Produktion und den Vertrieb schadensträchtiger Produkte als gefährliche Körperverletzung durch aktives Tun gebilligt und dabei ausdrücklich formuliert: „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Angeklagten für die durch den Gebrauch der Ledersprays eingetretenen Körperschäden ergibt sich aus ihrer Stellung als Geschäftsführer der Herstellerfirma W. u. M. GmbH sowie der Vertriebsfirmen S. GmbH und E. R. GmbH, da diese Firmen die schadensursächlichen Artikel in den Verkehr gebracht haben. Dabei ist – wie die Strafkammer richtig erkannt hat – innerhalb der als gefährliche Körperverletzung gewerteten Fälle tatbestandsmäßiges Verhalten durch positives Tun anzunehmen, soweit Schäden durch die Verwendung solcher Sprays eintraten, die erst nach der Sondersitzung der Geschäftsführung vom 12. Mai 1981 produziert oder vertrieben worden waren (10 Schadensfälle). Denn Produktion und Vertrieb von Erzeugnissen durch eine im Rahmen ihres Gesellschaftszwecks tätige GmbH sind ihren Geschäftsführern als eigenes Handeln – auch strafrechtlich – zuzurechnen. Sie haften für etwaige Schadensfolgen unter dem Gesichtspunkt des Begehungsdelikts.“<sup>31</sup>

<sup>15</sup> Vgl. zu beiden Entscheidungen *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (536 ff.; 547 ff.) m.w.N.

<sup>16</sup> *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (536). Siehe auch *Renziowski* (Fn. 4), § 48 Rn. 71. Jüngst und überzeugend *Orozco López*, Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten, 2018, S. 38 ff. (54). Zur Tatherrschaft und ihrem Bezugspunkt noch ausführlicher unten d).

<sup>17</sup> Erstmals begründet bekanntlich in GA 1963, 193.

<sup>18</sup> *F. C. Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965.

<sup>19</sup> Zur Kritik siehe ausführlich *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518 (525 ff., 536 ff.).

<sup>20</sup> Zum Überblick *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 376 ff.

<sup>21</sup> *Rotsch*, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2020, § 2 Rn. 64.

<sup>22</sup> *Rotsch* (Fn. 21), § 2 Rn. 64.

<sup>23</sup> Siehe insbes. die Verurteilung des ehemaligen peruanischen Präsidenten Fujimori, dazu *Rotsch*, ZIS 2009, 549 m.w.N. Eingehende Nachweise bei *Orozco López* (Fn. 16), S. 9 in Fn. 1.

<sup>24</sup> Vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 5. Aufl. 2018, § 7 Rn. 25; vgl. auch die Nachweise bei *Orozco López* (Fn. 16), S. 9 in Fn. 1.

<sup>25</sup> Siehe auch *Orozco López* (Fn. 16), S. 53 ff.

<sup>26</sup> Zur unklaren doppelten Begründungsstrategie des *I. Strafsenats* in dem Fall siehe nur *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 548 ff.; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl. 2022, S. 687 ff.

<sup>27</sup> BGHSt 35, 347.

<sup>28</sup> Zustimmend *Roxin* (Fn. 26), S. 676 ff.

<sup>29</sup> Vgl. *Merkel*, ZStW 107 (1995), 554 f.; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 549. Ebenso z.B. *Roxin* (Fn. 26), S. 688 ff.: „Da die mittelbare Täterschaft sich bei einem Verbotsirrtum des Ausführenden nur auf die Gestaltungsmacht stützen kann, die dem Hintermann aus seiner überlegenen Rechtskenntnis erwächst, muss eine derartige Begründung in unserem Fall von vornherein ausscheiden.“

<sup>30</sup> BGHSt 37, 106 = BeckRS 1990, 1008.

<sup>31</sup> BGHSt 37, 106 = BeckRS 1990, 1008 Rn. 25 f.

Mit dieser Entscheidung wird die Zivilrechtsakzessorietät des Strafrechts auf die Spitze getrieben, indem die gesellschaftsrechtliche Pflichtenstellung des Geschäftsführers unbesehen zur Grundlage der täterschaftlichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit gemacht wird.<sup>32</sup> Sie hat seinerzeit vielfältige Kritik insbesondere deshalb erfahren, weil sie anerkannte strafrechtliche Zurechnungsgrundsätze auf den Kopf gestellt hat.<sup>33</sup> Dabei sind es die bekannten Probleme organisierter Unverantwortlichkeit in Wirtschaftsunternehmen, die nach Auffassung des BGH den Wechsel von der traditionellen (faktischen) bottom up- zur modernen (normativen) top down-Zurechnung erforderlich machten. Das alles muss hier nicht wiederholt werden.<sup>34</sup> In unserem Zusammenhang genügt es, daran zu erinnern, dass der BGH keinesfalls die Tatherrschaft einheitlich und stets faktisch begründet hat. Das „Lederspray“-Urteil ist nur das vielleicht prominenteste Beispiel, das die Flexibilität der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Rahmen ihrer Annäherungsjudikatur an die Tatherrschaftslehre trefflich illustriert. Denn eine weiter reichende Normativierung des Tatherrschaftsbegriffs, als er durch die unmittelbare Übertragung der gesellschaftsrechtlichen Pflichtenstellung in die strafrechtliche Täterschaft erfolgt ist, ist kaum denkbar: „Danach ist dann nicht mehr die traditionell für erforderlich gehaltene faktische Beherrschung eines Geschehensablaufs, sondern nur noch und bereits die außerstrafrechtliche Zuständigkeit ausschlaggebend.“<sup>35</sup> Dass der BGH dieses normative Modell zivilrechtsakzessorischer Täterschaft mittlerweile zugunsten der Rechtsfigur der Organisationsherrschaft aufgegeben hat, führt im Hinblick auf sein verbreitetes Tatherrschaftsverständnis zu keinem anderen Ergebnis; auch dieser Ansatz ist, wie wir gesehen haben, ein normativer.

Von einem einheitlich vertretenen und konsequent durchgehaltenen faktischen Tatherrschaftsverständnis kann also auch vor dem Hintergrund der seit Jahren andauernden Annäherung des BGH an die Tatherrschaftslehre nicht die Rede sein.<sup>36</sup>

#### b) Faktische versus normative Tatherrschaft

Tatherrschaft meinte in der grundlegenden Ausprägung der *roxinschen* Lehre zunächst tatsächliche Steuerungsmacht; der Gedanke hat in der weit verbreiteten und mehr oder weniger

<sup>32</sup> Siehe jüngst *Rotsch/Wagner*, in: *Rotsch/Wagner/Wittig* (Hrsg.), *Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers*, 2024, A. Rn. 76 (im Erscheinen). Vgl. auch bereits *Rotsch*, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, 1998, S. 152 ff. m.w.N.

<sup>33</sup> Siehe insbes. *Hassemer*, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1990, S. 62.

<sup>34</sup> Siehe nur *Rotsch* (Fn. 21), § 2 Rn. 58; *Rotsch/Wagner* (Fn. 32), A. Rn. 76.

<sup>35</sup> *Rotsch* (Fn. 21), § 2 Rn. 58.

<sup>36</sup> Vgl. auch *Schlehofer*, in: *Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier* (Hrsg.), *Strafrecht zwischen System und Telos*, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 355 (360), der von faktischer, normativer und potentieller Tatherrschaft spricht.

eng an *Maurach* angelehnten eingängigen Formulierung vom „In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufs“ seinen plakativen Ausdruck gefunden.<sup>37</sup> Von dieser Beschränkung hat sich aber nicht nur die Rechtsprechung des BGH, sondern auch die Tatherrschaftslehre, siehe oben, längst entfernt. Will man nicht bei der Behauptung stehenbleiben, rechtsstaatlich überzeugend könne nur ein Tatherrschaftsverständnis sein, das auf eine tatsächliche Beherrschung der Tatbestandsverwirklichung abstelle, so kommt man nicht umhin, sich daran zu erinnern, dass die Tatherrschaftslehre im Sinne *Roxins* als bloße Täterlehre<sup>38</sup> die Voraussetzung der Täterschaft nur bei den sog. Herrschaftsdelikten begründen können soll. Insbesondere bei den Sonderpflichtdelikten ist es aber nach dieser Ansicht, die von der heute h.M. geteilt wird,<sup>39</sup> gerade nicht die Tatherrschaft, sondern allein<sup>40</sup> die Verletzung der außerstrafrechtlichen Sonderpflicht, die den Beteiligten – unabhängig von dem „dogmatischen“ Gewicht seines Tatbeitrags – zum Täter macht. Wer etwa die ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt und dadurch einen Vermögensnachteil beim Treugeber verursacht, ist als Täter der Untreue gem. § 266 StGB verantwortlich, unabhängig davon, welche beteiligungsdogmatische Qualität sein Verhalten hat. In diesen Fällen erfolgt die Begründung täterschaftlicher Verantwortlichkeit also ausschließlich und rein normativ. Steht einer normativen Begründung täterschaftlicher Verantwortlichkeit aber grundsätzlich nichts entgegen, ist nicht einfach zu sehen, weshalb dies bei der Anwendung des Tatherrschaftsgedankens im Rahmen der Herrschaftsdelikte nicht ebenso der Fall sein können soll.

Mit einem Plädoyer für ein zwingend faktisches Tatherrschaftsverständnis wird man es sich also nicht so einfach machen können. Dass der mehr oder weniger freihändig erfolgende Wechsel der Rechtsprechung und auch Teilen der Literatur von der Faktizität zur Normativität der Rechtssicherheit nicht zuträglich ist, steht auf einem anderen Blatt.

#### c) Anwendung der Erkenntnisse auf den Fall

Geht man damit für die Beurteilung des Sachverhalts, der dem Beschluss des BGH zugrunde liegt, von der Erkenntnis aus, dass sowohl die höchstrichterliche Rechtsprechung wie

<sup>37</sup> Vgl. *Haas* (Fn. 14), Vor §§ 25 ff. Rn. 7; *Renzikowski* (Fn. 4), § 47 Rn. 90.

<sup>38</sup> Die also zur *Abgrenzung* der unterschiedlichen Beteiligungsformen nur in *negativer* Hinsicht taugt: liegt keine Tatherrschaft vor, scheidet Täterschaft aus; über das Vorliegen einer Teilnahme ist damit aber noch nichts gesagt.

<sup>39</sup> So seit jeher *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. Aufl. 1963, S. 337; *Joecks* (Fn. 4), § 25 Rn. 49; vgl. jetzt *Joecks/Scheinfeld*, in: *Erb/Schäfer* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 1, §§ 1–37, 4. Aufl. 2020, § 25 Rn. 54; *Kühl* (Fn. 4), § 20 Rn. 11; *Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2022, Rn. 1196; *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 1991, 21/116.

<sup>40</sup> Diff. *Rotsch*, in: *Dünkel/Fahl/Hardtke/Harrendorf/Regge/Sowada* (Hrsg.), *Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht, Steuerrecht, Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks*, 2018, S. 149.

auch weite Teile des Schrifttums Tatherrschaft ein Mal faktisch, ein anderes Mal hingegen normativ bestimmen, illuminiert dies – jenseits der Frage nach der Berechtigung eines solch ambivalenten Vorgehens – zunächst einmal nur die Heterogenität der vorherrschenden Täterlehren.<sup>41</sup> Selbst wenn man eine solch heterogene Tatherrschaftslehre akzeptieren wollte,<sup>42</sup> bleibt für den hier entschiedenen Fall zweierlei zu klären, nämlich zum einen die Überzeugungskraft der Ablehnung einer normativ begründeten mittelbaren Täterschaft des Hintermannes bei der Benutzung eines gem. § 19 StGB schuldunfähigen Kindes zugunsten eines faktischen Tatherrschaftsverständnisses in abstracto, zum anderen die vom 5. Strafsenat verneinte faktische Tatherrschaft des Angeklagten zugunsten der Anstiftung in concreto.

aa) Im Hinblick auf die erste Frage haben sich bereits unmittelbar nach Veröffentlichung des BGH-Beschlusses namhafte Vertreter der bislang herrschenden Meinung der Ansicht des BGH angeschlossen.<sup>43</sup> Für den Fall der Benutzung eines schuldunfähigen Kindes zur Tatbegehung ist das aus mehreren Gründen richtig. So sprechen sowohl Wortlaut und Systematik wie auch die historische Auslegung für diese Auffassung.<sup>44</sup> Entscheidend ist aber der Umstand, dass der automatische Rückschluss von § 19 StGB auf die Tatherrschaft des Hintermannes deshalb unzulässig ist, weil der historisch über Jahrhunderte gewachsene<sup>45</sup> § 19 StGB aus bestimmten Gründen nur die generalisierende Aussage der Schuldunfähigkeit des Kindes trifft<sup>46</sup>; Regelungsfunktion hinsichtlich des Verhältnisses des Kindes zum Hintermann im Rahmen der hiervon zunächst einmal völlig unabhängigen Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft kommt ihm aber gerade nicht zu.<sup>47</sup> Jedenfalls in den Fällen der Benutzung eines gem. § 19 StGB schuldunfähigen Kindes spricht daher

zunächst einmal alles dafür, die Tatherrschaft des mittelbaren Täters nicht normativ, sondern faktisch zu bestimmen.

bb) Damit ist aber immer noch nicht gesagt, dass A die Tatherrschaft in diesem – faktischen – Sinne in concreto, wie der BGH glaubt, *nicht* zukommt. Die Ansichten der Anmerkungsliteratur zu dieser Frage gehen auseinander: Während *Jäger*<sup>48</sup> und *Sinn*<sup>49</sup> dem Senat in der Ablehnung der Tatherrschaft zustimmen, ist *Franzke* der Auffassung, „[d]er BGH hätte einen Tatentschluss [des Angeklagten] also selbst auf Grundlage seines Verständnisses mittelbarer Täterschaft nicht [...] verneinen können.“<sup>50</sup>

Zur Beantwortung der Frage bedarf es zunächst einer Klarstellung im Hinblick auf die Möglichkeit versuchter mittelbarer Täterschaft.<sup>51</sup> Da es noch nicht einmal zum Versuch der Haupttat durch S gekommen ist, steht in der Tat die Abgrenzung von der versuchten Anstiftung zur versuchten mittelbaren Täterschaft in Frage.<sup>52</sup> Während ein versuchter Totschlag in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB dann in Betracht kommt, wenn es in objektiver Hinsicht entweder an Kausalität, objektiver Zurechnung oder dem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges fehlt, ist ein (versuchter) Totschlag in *versuchter* mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB dann möglich, wenn es gerade an den objektiven Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft, also – wie dies hier diskutiert wird – der Tatherrschaft fehlt. In jedem Fall muss der Vorsatz des Hintermannes sich auf die Verwirklichung auch des fehlenden objektiven Tatumstandes richten, sei dies die Kausalität, die objektive Zurechnung, den tatbestandsmäßigen Erfolg oder eben – die Tatherrschaft.

Es kommt also – nur – darauf an, ob A sich die Voraussetzungen der Tatherrschaft vorgestellt hat. Nach dem oben zum faktischen Tatherrschaftsverständnis Gesagten, kann es dabei nicht auf eine in der Laiensphäre vorzunehmende Parallelwertung über Existenz, Inhalt und Reichweite des § 19 StGB ankommen; vielmehr ist entscheidend, dass A sich vorgestellt hat, S fehle in tatsächlicher Hinsicht die Einsicht in das Unrecht der Tat bzw. die Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln. Die Angaben im Sachverhalt sprechen nun aber tatsächlich eher *für* eine solche Vorstellung des A. Zunächst hat A dem S durch die Aussage, dieser könne nicht bestraft werden, da er noch klein sei, während er, A, eine große Strafe bekommen und ins Gefängnis kommen würde, wenn er das mache, nicht etwa „die Unrechtseinsicht selbst verschafft.“<sup>53</sup> Vielmehr hat er S vorgespiegelt, nur die Tatbegehung durch ihn – A – selbst sei Unrecht, während die Tötung der Mutter durch S gerade kein strafbares Unrecht darstelle. Und dafür, dass sich sein Vorsatz außerdem auf die

<sup>41</sup> Zu den Variationen der Tatherrschaftslehre insgesamt siehe nur *Schild*, Tatherrschaftslehren, 2009; *Schild/Kretschmer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1–37, 6. Aufl. 2023, § 25 Rn. 24.

<sup>42</sup> Zur Kritik nur *Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 21 ff.; *Marlie*, Unrecht und Beteiligung, 2008, S. 43 ff.; *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 316 ff., 333 ff. Siehe insbes. auch *Schild/Kretschmer* (Fn. 41), § 25 Rn. 23 ff.

<sup>43</sup> *Jäger*, JA 4/2024, 344 (345 in Fn. 7); *Sinn*, ZJS 2024, 591.

<sup>44</sup> Ausführlich BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 15 ff. = NSTz 2024, 151. Zustimmend *Jäger*, JA 4/2024, 345; *Sinn*, ZJS 2024, 595. Aus der älteren Rechtsprechung bzw. Literatur bereits zuvor in diesem Sinn RGSt 61, 265; *Jakobs* (Fn. 39), 21/96; *Schmidhäuser*, Studienbuch Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1984, 10. Kap. Rn. 94; *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 103.

<sup>45</sup> Zur Entwicklungsgeschichte siehe *Streng*, in: Joecks/Miebach (Fn. 4), § 19 Rn. 3 f.

<sup>46</sup> Auch dazu ausführlich *Streng* (Fn. 45), § 19 Rn. 1.

<sup>47</sup> Ebenso und zutreffend *Sinn*, ZJS 2024, 595. A.A. *Franzke*, JZ 5/2024, 206 f. Anders auch seit jeher *Roxin*, vgl. nur jüngst wieder *Roxin* (Fn. 3), § 52 Rn. 157 ff.

<sup>48</sup> *Jäger*, JA 4/2024, 345.

<sup>49</sup> *Sinn*, ZJS 2024, 596.

<sup>50</sup> *Franzke*, JZ 5/2024, 208.

<sup>51</sup> Anders *Sinn*, ZJS 2024, 596: „... denn das Gesetz kennt [...] nicht die versuchte mittelbare Täterschaft.“

<sup>52</sup> Vgl. dazu *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, §§ 1–37, 9. Aufl. 2017, § 30 Rn. 3.

<sup>53</sup> So aber *Jäger*, JA 4/2024, 345 in Fn. 11.

mangelnde Handlungsfähigkeit des S, also umgekehrt auf die Möglichkeit, auf ihn faktisch steuernd einzuwirken, richtete, spricht der Umstand, dass A dem elfjährigen S wie einem tatsächlich unmündigen Kind Süßigkeiten und Spielsachen für die Tötung seiner Mutter (!) versprach.<sup>54</sup> Dass dies im Hinblick auf die tatsächliche Steuerungsfähigkeit eines elfjährigen Kindes möglicherweise und hoffentlich eine realitätsferne Illusion ist, ändert im Rahmen des Versuchs, bei dem es insoweit nur auf den Tatentschluss des Hintermannes ankommt, nichts.

#### d) Zur Fiktion faktischer Tatherrschaft

Gleichwohl führt es zu Verwerfungen im herrschenden Unrechtsverständnis, wenn man die Tatherrschaft faktisch bestimmt. Die Annahme, dass dies überhaupt möglich sei, stellt in Wahrheit eine Fiktion dar. Dies haben weite Teile der Literatur auch längst akzeptiert und zum Ausgangspunkt ihrer unterschiedlichen divergierenden Tatherrschaftstheorien gemacht.<sup>55</sup> Schon ein einfaches *Beispiel* illustriert diese Fiktion: T schreibt am Wochenende einen beleidigenden Brief an O. Am Montag gibt er ihn zur Post; aufgrund des Feiertags am Dienstag geht er davon aus, dass O den Brief frühestens am Mittwoch erhalten wird. Tatsächlich wird der Brief O erst am Donnerstag zugestellt, der ihn freilich erst am Freitag – nach der Rückkehr aus seinem Kurzurlaub – liest. Bei einem solchen Erfolgsdelikt wie der Beleidigung gem. § 185 StGB<sup>56</sup> kann die Tatherrschaft ganz unterschiedliche Bezugsgegenstände haben. Versteht man den Begriff der „Tatherrschaft“, also der *Herrschaft über die Tat*,<sup>57</sup> restriktiv, und legt den Begriff mithin tatbestandsbezogen aus, so kann diese Herrschaft sich grundsätzlich auf drei Voraussetzungen der Straftat beziehen, nämlich die Vornahme der Handlung, den Kausalverlauf und den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs. Tatsächliche Herrschaft kommt unserem Täter im *Beispielfall* aber nur hinsichtlich der Vornahme seiner Handlung – das Briefeschreiben – zu. Schon den Kausalverlauf vermag T in tatsächlicher Hinsicht nicht mehr zu beherrschen: wie und wann der Brief weitergeleitet wird, ob und wann er O tatsächlich zugestellt wird: auf all dies hat T keinerlei Einfluss. Dasselbe gilt aber hinsichtlich des Eintritts des tatbestands-

mäßigen Erfolgs. Ob O den Brief überhaupt öffnet, ob er den Inhalt zur Kenntnis nimmt und damit der Beleidigungserfolg eintritt, hängt einzig und allein vom Verhalten des O ab. „Erfolgsherrschaft“ als Ausprägung faktischer Tatherrschaft kommt T sicher nicht zu.

Danach lässt Tatherrschaft sich, faktisch verstanden, nur in Form der Handlungsherrschaft wirklich begründen.<sup>58</sup> Jenseits davon ist eine faktisch verstandene Tatherrschaft eine Fiktion.<sup>59</sup>

Wenn die Vertreter der Tatherrschaftslehre in unserem *Beispielfall* T gleichwohl Tatherrschaft dann zukommen lassen wollen, wenn die Straftat entsprechend der Vorstellung des T zur Vollendung gelangt ist, ist dies nichts anderes als eine auf der Regelmäßigkeit des Tatverlaufs basierende wertende Zuschreibung, von der völlig unklar ist, wie sie sich von der heute weithin anerkannten objektiven Zurechnungslehre unterscheiden soll. Das führt zu erheblichen Verwerfungen im herrschenden Unrechtsverständnis, nämlich einer Vermengung normativer Zurechnungsgrundsätze mit den von der h.M. davon eigentlich unterschiedenen Maßstäben der arrivierten Beteiligungsdogmatik.<sup>60</sup>

Bei der mittelbaren Täterschaft i.S.d. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB, um die es in dem Beschluss des BGH geht, gilt nichts anderes. Hier entspricht die (mangelnde) tatsächliche Beherrschbarkeit des Kausalverlaufs der (fehlenden) tatsächlichen Beherrschung des Tatmittlers, da dieser es ist, der den Kausalverlauf vermittelt.

## 2. Der Versuch der mittelbaren Täterschaft

### a) Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Lässt man die soeben unter 1. d) aufgezeigten Verwerfungen einmal außer Betracht und billigt A die Vorstellung seiner faktischen Tatherrschaft zu, die der BGH grundsätzlich für entscheidend, in concreto aber nicht für gegeben hält, stellt sich im objektiven Versuchstatbestand die Frage, ob A zur Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 StGB unmittelbar angesetzt hat. Der BGH und die überwiegende Anmerkungsliteratur verneinen dies.<sup>61</sup> Das ist aber nicht richtig. Zwar ist bekanntlich umstritten, wann der Versuch des mit-

<sup>54</sup> Für Tatherrschaftsvorsatz im Ergebnis auch *Kudlich/Bhatti*, JR 2024, II. 5. Vgl. auch *Franzke*, JZ 5/2024, 207 f., der (nur) den Vorsatz bezüglich des Mangels an Steuerungsfähigkeit bejaht.

<sup>55</sup> Vgl. den knappen Abriss bei *Schild/Kretschmer* (Fn. 41), § 25 Rn. 24. Ausführlich *Schild* (Fn. 41), S. 9 ff.

<sup>56</sup> Zum Deliktscharakter des § 185 StGB siehe nur *Regge/Pegel*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, §§ 185–262, 3. Aufl. 2017, § 185 Rn. 3; *Hilgendorf*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Zehnter Band, §§ 174–210, 13. Aufl. 2023, § 185 Rn. 10.

<sup>57</sup> Zur „nichtssagenden Floskel“ des Herrschaftskriteriums aufgrund der Unklarheit seines Bezugsgegenstandes „Tat“ ausdrücklich und treffend *Freund/Rostalski*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 66.

<sup>58</sup> Für sie stellt sich aber durchaus die Frage, wie sie sich von der Herrschaft über die außertatbestandliche Handlung als ganz grundsätzliche Voraussetzung jeglicher Strafbarkeit unterscheiden soll.

<sup>59</sup> Vgl. dazu ausführlicher z.B. *Rotsch* (Fn. 20), S. 290 ff.; *Haas*, ZStW 119 (2007), 519; *ders.* (Fn. 42), S. 9 ff.; *Schlehofer* (Fn. 36), S. 361.

<sup>60</sup> Beispielhaft *von Atens*, Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, Ein Beitrag zu dem Verhältnis von Tatherrschaftslehre und objektiver Zurechnungslehre am Beispiel der eigenverantwortlichen Selbst- und einverständlichen Fremdgefährdung, 2019.

<sup>61</sup> BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 29 = NStZ 2024, 152; *Eisele*, JuS 3/2024, 274; *Franzke*, JZ 5/2024, 208; *Sinn*, ZJS 2024, 593. Zweifelnd *Kudlich/Bhatti*, JR 2024, unter III. Kritisch *Jäger*, JA 4/2024, 346.

telbaren Täters beginnt.<sup>62</sup> Da der mittelbare Täter die Tat gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB „durch einen anderen begeht“ und § 22 StGB voraussetzt, dass der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes *unmittelbar* ansetzt, der mittelbare Täter aber naturgemäß zur Verwirklichung des Tatbestandes nur *mittelbar* – über den Tatmittler – ansetzen kann, kann es insoweit an sich nur auf seine Einwirkung auf den Tatmittler ankommen.<sup>63</sup> Da A diese Einwirkungshandlung vorgenommen und abgeschlossen hat, wäre auf dem Boden dieser Auffassung das unmittelbare Ansetzen im Sinne des § 22 StGB zu bejahen. Dasselbe gilt auf dem Boden derjenigen Auffassung, die für den Versuchsbeginn im Rahmen der mittelbaren Täterschaft genügen lässt, dass der Hintermann den Vordermann aus seinem Einflussbereich entlässt.<sup>64</sup> Aber selbst wenn man mit dem BGH darauf abstellt, ob der mittelbare Täter das von ihm in Gang gesetzte Geschehen aus der Hand gibt, und dieses sodann – nach seiner Vorstellung – ohne weitere wesentliche Zwischenschritte in engem zeitlichen Zusammenhang in die Tatbestandsverwirklichung einmündet,<sup>65</sup> lässt das unmittelbare Ansetzen durch A sich durchaus begründen: Die Beurteilungsgrundlage für das unmittelbare Ansetzen bildet die Vorstellung des Täters von der Tat.<sup>66</sup> Diese stellt die kognitive Komponente des Vorsatzteils des Tatentschlusses dar.<sup>67</sup> Legt man mit der h.M. für das vollendete und das versuchte Delikt einen einheitlichen Vorsatzbegriff zugrunde,<sup>68</sup> kommt es darauf an, dass A sich die an seine Einwirkungshandlung auf S zeitlich unmittelbar folgende Haupttatbegehung durch diesen insoweit vorgestellt hat, als er sie im Sinne von *dolus eventualis für möglich gehalten* hat. Aus dem Sachverhalt ergibt sich aber gerade nichts, was dieser Möglichkeitsvorstellung zwingend entgegenstünde.<sup>69</sup> Auf dieser Grundlage ließe sich durchaus davon sprechen, dass „die Gefahr für das geschützte Rechtsgut zum Zeitpunkt der Beendigung der Einwirkung auf das Kind“<sup>70</sup> bereits hinreichend konkretisiert war. Dass das anschließende tatsächliche Geschehen hiervon abweicht, spielt dann ebensowenig eine Rolle, wie der Umstand, dass die Verweigerung des S wahrscheinlicher gewesen sein mag

als ein Folgeleisten, denn darauf kommt es beim hier gegebenen Versuch, wie gesagt, nicht an.

Entscheidend ist dies alles hier freilich nicht. Der Meinungsstreit um den Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft berücksichtigt nämlich nicht hinreichend, dass es insoweit zwei ganz unterschiedliche Versuchskonstellationen gibt. Ist die Tat deshalb nur versucht, weil es am Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges, an der Kausalität oder der objektiven Zurechnung fehlt, das Tatbestandsmerkmal der Tatherrschaft (i.S.d. Willensherrschaft) aber gegeben ist (*Bsp.*: Der vom Hintermann genötigte Vordermann nimmt die angelegene Tötungshandlung vor, verfehlt das Opfer aber), so liegt für den Hintermann ein versuchter Totschlag in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB vor. Für diese Konstellation könnte man tatsächlich darüber streiten, ob es für den Versuchsbeginn des mittelbaren Täters auf seine Einwirkungshandlung oder den Beginn der Ausführungshandlung durch den Tatmittler ankommt. Allerdings spielt der Streit hier deshalb keine Rolle, weil mit dem Versuchsbeginn durch den Tatmittler nach Ansicht aller stets auch bereits der Hintermann zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt hat.

Bei der den Gegenstand der Auseinandersetzung um den Versuchsbeginn bildenden Konstellation, die auch der Entscheidung des BGH zugrunde liegt, geht es aber um einen Fall der versuchten mittelbaren Täterschaft. Dieser Sachverhalt zeichnet sich dadurch aus, dass das Vorliegen eines bloßen Versuchs sich daraus ergibt, dass zwar sämtliche sonstigen Merkmale des objektiven Tatbestandes – Erfolg, Kausalität, objektive Zurechnung – gegeben sind bzw. gegeben sein können,<sup>71</sup> der Täter das Vorliegen seiner Tatherrschaft aber lediglich irrig annimmt. Hier kommt für den mittelbaren Täter zwar ebenfalls eine Versuchsstrafbarkeit in Frage; da der Versuch sich hier aber gerade aus dem objektiven Mangel der vom Täter vorgestellten Beteiligtenrolle ergibt, entspricht die Konstellation zunächst einmal den nach der Überschrift des § 30 StGB dort geregelten Fällen: Es geht um einen *Versuch der Beteiligung*. Im Vergleich zum versuchten Totschlag in (vollendeter) mittelbarer Täterschaft ließe dieser versuchte Totschlag in versuchter mittelbarer Täterschaft sich in der Normenkette ganz korrekt, wenn auch redundant, wie folgt abbilden: §§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB. Dieser Versuch der Beteiligung, der ein Versuch der Täterschaft ist, muss dann aber ebenso wie die versuchte Anstiftung voraussetzen, dass zu der Tathandlung des betreffenden Beteiligten unmittelbar angesetzt wird. Das ist beim Anstifter die Bestimmungshandlung, beim mittelbaren Täter die Einwirkungshandlung des Hintermannes auf den Vordermann. In dieser Konstellation kann daher nur die

<sup>62</sup> Siehe z.B. *Heinrich* (Fn. 39), Rn. 747 ff.; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 22 Rn. 78.

<sup>63</sup> Sog. Einzellösung, vgl. *Baumann*, JuS 1963, 85 (93); *Puppe*, JuS 1989, 361 (363 f.). Zur Gegenauffassung der „Gesamtlösung“ siehe z.B. *Mitsch* (Fn. 62), § 22 Rn. 78.

<sup>64</sup> Vgl. zu dieser Ansicht nur *Jäger*, in: Wolter (Fn. 52), § 22 Rn. 39; *ders.*, JA 4/2024, 346; jeweils m.w.N.

<sup>65</sup> In diesem Sinn z.B. BGHSt 43, 177 (179); BGH NJW 2020, 559, (560); *Heinrich* (Fn. 39), Rn. 751; *Roxin* (Fn. 4), § 29 Rn. 230.

<sup>66</sup> *Engländer*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 41), § 22 Rn. 35.

<sup>67</sup> Vgl. im Einzelnen *Engländer* (Fn. 66), § 22 Rn. 23.

<sup>68</sup> Siehe auch hierzu *Engländer* (Fn. 66), § 22 Rn. 23.

<sup>69</sup> Insoweit ganz ähnlich *Jäger*, JA 4/2024, 346.

<sup>70</sup> BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 29 = NStZ 2024, 152.

<sup>71</sup> Möglich ist auch die Konstellation, dass es trotz unmittelbaren Ansetzens des Vordermannes neben der vom Beteiligten vorgestellten Tatherrschaft außerdem z.B. am Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs fehlt (*Bsp.*: Der Hintermann glaubt, den Vordermann durch Irrtumsherrschaft zu steuern, während der Vordermann tatsächlich bösgläubig ist, zur Tatbegehung unmittelbar ansetzt, aber das Opfer verfehlt). Für diese Konstellation gilt das sogleich im Text Gesagte ebenso.

Einzellösung richtig sein.<sup>72</sup> Dafür spricht auch, dass die Konstellation der versuchten Täterschaft eine Ausdehnung der Strafbarkeit des Beteiligten auf das eigentliche Vorbereitungsstadium der Tat darstellt.<sup>73</sup> Damit verliert der Streit um den Versuchsbeginn bei der mittelbaren Täterschaft aber vollständig seine Berechtigung: In den einschlägigen Konstellationen kommt es richtigerweise auf das unmittelbare Ansetzen zur Einwirkungshandlung durch den Hintermann an, in den diskussionswürdigen Fällen liegt hingegen ohnehin stets ein Versuchsbeginn durch den Hintermann vor.

Für den vom BGH entschiedenen Fall bedeutet das, dass A einen versuchten Totschlag (bzw. Mord) in (versuchter) mittelbarer Täterschaft begangen hat. Zu untersuchen bleibt nun noch, ob eine solche Tat strafbar ist, ob sie also – wie die versuchte Anstiftung zum Verbrechen – § 30 Abs. 1 StGB unterfällt.

#### b) Strafbarkeit der versuchten mittelbaren Täterschaft gem. § 30 StGB?

Die ganz h.M. geht davon aus, dass die Fälle der versuchten mittelbaren Täterschaft von § 30 Abs. 1 StGB nicht erfasst sind.<sup>74</sup> Einzig *Hoyer* ist dem entgegengetreten.<sup>75</sup> Sein Versuch, den offensichtlichen Wertungswiderspruch zwischen der strafbaren versuchten Anstiftung und einer straflosen versuchten mittelbaren Täterschaft durch eine die Strafbarkeit der versuchten mittelbaren Täterschaft erfassenden weiten Auslegung des § 30 Abs. 1 StGB auszuräumen, hat auch in der neueren Literatur keine Gefolgschaft gefunden.<sup>76</sup> Dabei sind die Argumente der Gegenansicht keineswegs zwingend. Dass der Begriff des „Bestimmens“ in § 30 Abs. 1 StGB seinem Wortlaut nach auch die Tathandlung des mittelbaren Täters zu erfassen vermag, wird dabei grds. noch anerkannt.<sup>77</sup> Der systematische Einwand, der Gesetzgeber habe denselben Begriff in § 26 StGB, also nur wenige Paragraphen zuvor,

verwendet und deshalb müsse er in § 30 StGB auch in diesem Sinne verstanden werden, erfasse also lediglich die Anstiftungshandlung, nicht aber die Tathandlung des mittelbaren Täters,<sup>78</sup> vermag hingegen kaum zu überzeugen, unterstellt er dem Gesetzgeber doch einen einheitlichen Willen zur widerspruchsfreien Regelung, an dem es oft genug fehlt.<sup>79</sup> Und zumindest in unserem Fall, in dem das vom Hintermann vorgestellte Defizit beim Vordermann (erst) zu dessen Schuldlosigkeit führt, greift auch der – gewichtigere<sup>80</sup> – Einwand nicht durch, der mittelbare Täter wolle den unmittelbar Taftausführenden nicht zu einem Verbrechen i.S.d. §§ 30 Abs. 1, 12 Abs. 1, 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB bestimmen.<sup>81</sup> Schließlich bestehen auch kriminalpolitisch an der unterschiedlichen Behandlung von versuchter Anstiftung und versuchter mittelbarer Täterschaft Bedenken: Dass der bloße Tatveranlasser das Geschehen eher aus der Hand gibt als der mittelbare Täter und daher im Vergleich zu diesem eine gesteigerte Gefahr für das Rechtsgut schafft,<sup>82</sup> überzeugt nicht, weil auch durch die Anstiftungshandlung ein selbständiger, beherrschbar weiterwirkender Kausalverlauf nicht zwingend in Gang gesetzt wird.<sup>83</sup>

Es erscheint daher durchaus möglich, nicht nur die versuchte Anstiftung zum Verbrechen, sondern auch die versuchte mittelbare Täterschaft von § 30 Abs. 1 StGB als erfasst anzusehen.<sup>84</sup> Dafür spricht insbesondere auch der Umstand, dass bereits derjenige, der sich zur Tatbegehung als mittelbarer Täter bereiterklärt – gem. § 30 Abs. 2 StGB – strafbar ist; dann stellt es aber einen weiteren erheblichen Wertungswiderspruch dar, den Versuch der mittelbaren Täterschaft nicht erst recht unter Strafe zu stellen.<sup>85</sup>

<sup>72</sup> So auch insbes. *Engländer* (Fn. 66), § 22 Rn. 94 ff. (96) m.w.N.

<sup>73</sup> Vgl. *Hoyer* (Fn. 52), § 30 Rn. 3 f.

<sup>74</sup> Vgl. zunächst nur *Schünemann/Greco*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, StGB*, Zweiter Band, §§ 19–31, 13. Aufl. 2020, § 30 Rn. 24; *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 30 Rn. 32. Um die Frage, „ob § 30 Abs. 1 StGB auf die nicht [sic!] ins Versuchsstadium gelangte mittelbare Täterschaft Anwendung finden kann“ (BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 30 = NStZ 2024, 153; vgl. bereits oben Fn. 10), geht es dabei nicht; offensichtlich handelt es sich bei dieser Formulierung um ein Versehen.

<sup>75</sup> *Hoyer* (Fn. 52), § 30 Rn. 5 ff.

<sup>76</sup> Vgl. aber *Franzke*, *JZ* 5/2024, 205, der für den hier virulente Sachverhalt von der Möglichkeit einer Anwendung des § 30 Abs. 1 StGB ausgeht, dies aber wenig überzeugend auf das vermeintliche Verhältnis materieller Subsidiarität zwischen Täterschaft und Teilnahme stützt.

<sup>77</sup> Siehe *Beulke*, in: *Heger/Kelker/Schramm* (Hrsg.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, 2014, S. 115 (127).

<sup>78</sup> *Beulke* (Fn. 77), S. 127.

<sup>79</sup> Vgl. nur aus jüngerer Zeit die Reform der §§ 113, 114 StGB im Jahr 2017, bei der das Verhältnis zu den §§ 223, 240 StGB nahezu unbeachtet geblieben ist (siehe dazu die ungehaltene Stellungnahme von *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* [Hrsg.], *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Band 3, §§ 80–231, 6. Aufl. 2023, § 113 Rn. 1–11 d); aus dem Kontext der Beteiligungsdogmatik siehe etwa die unter deren Vorzeichen widersprüchliche Vorschrift des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB („mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich“) oder § 231 StGB, wo der Begriff der Beteiligung ebenfalls vollständig anders verstanden wird als i.R.d. §§ 25 ff. StGB. Anders und im Sinne der h.M. aber z.B. *Zaczyk*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Fn. 41), § 30 Rn. 10.

<sup>80</sup> Vgl. *Beulke* (Fn. 77), S. 127.

<sup>81</sup> So aber *Beulke* (Fn. 77), S. 127; *Küper*, in: *Heinrich/Jäger/Achenbach u.a.* (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag* am 15. Mai 2011, 2011, S. 895 (913).

<sup>82</sup> In diesem Sinn *Beulke* (Fn. 77), S. 127 f.

<sup>83</sup> So aber *Beulke* (Fn. 77), S. 128.

<sup>84</sup> *Hoyer* (Fn. 52), § 30 Rn. 10.

<sup>85</sup> *Hoyer* (Fn. 52), § 30 Rn. 10.



## V. Fazit

Der Beschluss des BGH ist in mehrfacher Hinsicht wichtig. Zunächst stellt er ein – erneutes – deutliches Bekenntnis zur Tatherrschaftslehre dar. Mit seinem Plädoyer für ein faktisches Tatherrschaftsverständnis bei der Veranlassung eines schuldunfähigen Kindes zur Tat wendet er sich gegen die überwiegende Ansicht im Schrifttum, die in diesen Fällen bislang weithin ein normatives Tatherrschaftsverständnis zugrunde gelegt hat. Die Entscheidung zeigt aber auch, dass (auch) der BGH von einer homogenen Tatherrschaftslehre, und sei es nur im Rahmen mittelbarer Täterschaft, weit entfernt ist. Zwar ist der Stellungnahme zugunsten eines tatsächlichen Tatherrschaftsverständnisses grundsätzlich zuzustimmen; das beruht aber in erster Linie darauf, dass der automatische normative Rückschluss von der in § 19 StGB geregelten Schuldunfähigkeit des Kindes auf die Tatherrschaft des Hintermannes im Rahmen mittelbarer Täterschaft nicht überzeugt. Wenn der BGH die Tatherrschaft des Angeklagten nach dessen tatsächlicher Steuerungsmacht zu beurteilen versucht, muss sich eine solche Vorgehensweise vorwerfen lassen, dass sie die dogmatischen Voraussetzungen der Beteiligungslehre mit allgemeinen Zurechnungsparametern vermengt. Aber auch die in casu gegebene Begründung des 5. Strafsenats im Rahmen der Ablehnung des Tatentschlusses bezüglich einer so verstandenen Tatherrschaft ist zweifelhaft. Das gilt ebenso für die Verneinung des Versuchsbeginns. Nimmt man demgegenüber an, dass A einen versuchten Totschlag bzw. Mord in versuchter mittelbarer Täterschaft begangen hat, stellt sich dann doch die Frage, deren Beantwortung der BGH vermieden hat: Der Fall lässt sich, anders als die ganz h.M. annimmt, durchaus § 30 Abs. 1 StGB subsumieren. Am Strafraum, auch daran ist zu erinnern, ändert all dies im Vergleich zur Lösung des BGH freilich nichts.

*Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen\**

---

\* Der *Verfasser* ist Inhaber der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht und Direktor des Kriminalwissenschaftlichen Instituts an der Justus-Liebig-Universität Gießen.