

Zum Begriff der Tatherrschaft und zur Unterscheidung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft

Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum

Wer vorsätzlich einen deliktischen Erfolg, etwa den Tod eines Menschen, unter Vermittlung eines anderen verursacht, kann dies, juristisch betrachtet, als Anstifter oder als mittelbarer Täter tun. Der Bundesgerichtshof glaubt, die Täterschaft von der „Tatherrschaft“ abhängig machen zu können, d.h. von der faktischen Beherrschung des Geschehens bis hin zum Eintritt des Erfolgs. Das ist nicht haltbar. Unmittelbarer oder mittelbarer Täter kann der Verursacher auch ohne solche Tatherrschaft sein. Entscheidend ist das Kriterium der Verantwortlichkeit. Wenn der Tatmittler selbst, und sei es in abgeschwächtem Maße, verantwortlich ist für den deliktischen Erfolg, weil er ihn rechtswidrig und vorsätzlich herbeigeführt hat, dann ist der Hintermann kein mittelbarer Täter, sondern nur Anstifter.

I. Der BGH-Fall und die unproblematische Anstiftung

Sören Lichtenthäler überschreibt einen Aufsatz mit der Frage: „Kann die Veranlassung eines Strafunmündigen zur Begehung einer Straftat Anstiftung sein?“¹ Die Abhandlung geht aus von einem Beschluss des BGH.² Dieser galt einem Sachverhalt, der in stilisierter Darstellung eher wie ein phantastisch ausgedachter Fall für den Hörsaal oder eine Strafrechtsübung erscheint: O will den Tod seiner Schwägerin, der Mutter seines elfjährigen Neffen N. Er fordert ihn ernsthaft auf, die eigene Mutter zu töten, weil sie „schlechte Sachen gemacht“ habe. N solle nachts ein Messer aus der Küche holen und damit die Mutter im Schlaf erstechen. Als Belohnung verspricht er ihm Süßigkeiten und für später ein Motorrad. Die Einzelheiten der Tatausführung überlässt er N. Er macht sich keine Vorstellung, wo und in welcher Nacht sein Neffe, wenn überhaupt, die Tat begehen wird. N erklärt sich zum Schein bereit. Die familiären Umstände ergeben, dass er seine Mutter erst nach drei Monaten wiedersieht. Er offenbart ihr das Ansinnen des O, woraufhin sie Strafanzeige erstattet. O hat bis zuletzt gehofft und für möglich gehalten, dass N tatsächlich seine Mutter mit einem Messer ersticht. Das LG Kiel hat O wegen eines Mordversuchs in mittelbarer Täterschaft verurteilt (§§ 211, 25 Abs. 1 Alt. 2, 22 StGB)³. Der BGH hält am Strafausspruch fest, korrigiert aber den Schuldspruch. O habe mangels „faktischer Tatherrschaft“ keinen Mordversuch in mittelbarer Täterschaft begangen, sondern den Versuch der Anstiftung zum Mord (§§ 211, 30 Abs. 1 StGB).

Bemerkenswert scheint mir, dass der Senat in einem entscheidenden Punkt keinen Zweifel erkennen lässt. Weil es um die Frage eines strafbaren Versuchs geht, kommt es auf die „Vorstellung“ des Angeklagten „von der Tat“ an (§ 22 StGB). Ging die wirklich dahin, mit seiner Aufforderung, die er selbst absurd finden musste, das Leben der Schwägerin

über ein unbeachtliches Maß hinaus (außerhalb des sog. „erlaubten Risikos“!) in Gefahr zu bringen? Oder haben die Richter das bloße Wunschbild des Angeklagten („es wäre schön, wenn ...“) als Vorstellungsbild (§ 22 StGB) genügen lassen? Wie auch immer, sie müssen es so gesehen haben, dass der Angeklagte sich vorgestellt hat, sein Neffe sei vielleicht tatsächlich bereit, die geliebte Mutter im Schlaf mit einem Messer totzustechen, und er werde dies vielleicht sogar tatsächlich tun. Von solcher Erwartung des Angeklagten auszugehen, halte ich für ganz und gar unrealistisch. Die Richter gehen aber davon aus, und nur darum konnten sie den Deliktsvorsatz bejahen. Er wird im Folgenden auch hier, sagen wir: gegen bessere Vermutung, zugrunde gelegt.

Lichtenthäler sieht das Problem erst in der Frage, die seinen Aufsatz überschreibt. Der Grund seines Zweifels ist die von ihm ausführlich wiedergegebene „norm- und straftheoretische Kritik der limitierten Akzessorietät“. Er spielt mit dem Gedanken, der Kritik darin zu folgen, „dass die Teilnahme an einer schuldlosen Tatbestandsverwirklichung nicht möglich sei“.⁴

Diese Behauptung ist aber mit dem Gesetz unvereinbar, und es ist unproblematisch, z.B. die Veranlassung eines Kindes zu einer von diesem vorsätzlich verübten rechtswidrigen Körperverletzung als Anstiftung (§§ 223, 26 StGB) zu bewerten. So etwa in diesem Fall: Der elfjährige S klagt seinem Vater V, dass der Mitschüler M sich immer wieder über ihn lustig mache, im Klassenraum, auf dem Pausenhof, auf dem Schulweg. V rät ihm, sich das nicht länger gefallen zu lassen; er solle bei nächster Veranlassung dem M mit aller Kraft die Faust ins Gesicht schlagen. Genau das tut S mit blutiger Folge, als M ihn drei Tage später auf dem Heimweg von der Schule anspricht und hänselt. – Eine vergleichsweise harmlose Aufforderung, die aber nicht, wie im BGH-Fall das absurde Ansinnen, die eigene Mutter zu töten, folgenlos bleibt, sondern die gewollte Körperverletzung tatsächlich herbeiführt. Entgegen Lichtenthäler ist es schlicht selbstverständlich, dass Vs Aufforderung eine Anstiftung ist. Denn V hat „vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt“ (§ 26 StGB). Darum hat Scheinfeld recht, wenn er seine Besprechung des BGH-Beschlusses ohne Fragezeichen mit dem Satz beginnt:

„Wer ein Kind vorsätzlich dazu bestimmt, eine vorsätzliche rechtswidrige Tötung zu begehen, ist zumindest Anstifter (§ 26 StGB)“.

¹ Lichtenthäler, GA 2024, 700.

² BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23 = NJW 2024, 604.

³ LG Kiel BeckRS 2022, 53057.

⁴ Lichtenthäler, GA 2024, 700 (712). Mit einem „Vorschlag zur Güte“ befreit sich Lichtenthäler am Ende gleichsam ruckartig aus der Fessel dieses hypothetisch akzeptierten Dogmas. So findet nach aller Problematisierung zu guter Letzt auch er zu der Erkenntnis, dass man einen Schuldunfähigen sehr wohl strafbar anstiften kann, indem man durch seine Tatveranlassung die Voraussetzungen des § 26 StGB erfüllt.

Die Frage ist für ihn erst, ob der Anstifter „zugleich – und schon wegen der Strafunmündigkeit des Kindes (§ 19 StGB) – eine eigene Tötungstat ‚durch einen anderen‘ im Sinne des § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB begeht“,⁵ ob er außer Anstifter auch mittelbarer Täter ist.

Mir scheint, dass *Lichtenthäler* mit seinem Entweder/oder eine falsche Prämisse setzt und sich dadurch in ein Scheinproblem verstrickt. Die „Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung“ ist für ihn eine „prinzipielle Frage [...] von fundamentaler dogmatischer Bedeutung“⁶. Aber wenn man im Fall tatsächlicher Tötung den O, was gut vertretbar ist, als mittelbaren Täter einstuft, so ist damit die Anstiftung nicht verneint, nicht „ausgegrenzt“. Sie wäre vielmehr *auf jeden Fall* gegeben, weil O die Voraussetzungen des § 26 StGB eindeutig erfüllt hätte. Dass sie hinter die Täterschaft zurückträte, versteht sich von selbst.

Vollkommen zu Recht betont *Franzke* bei Betrachtung des konkreten Falles, dass „Täterschaft und Teilnahme jedenfalls bei Tatvollendung zueinander nicht in einem Ausschlussverhältnis stehen, sondern die Täterschaft der Teilnahme lediglich vorgeht“. Als Strafgrundlage kommt „die Anstiftung also immer nur dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft, gleichviel aus welchem Grund, nicht vorliegen, die ihren aber erfüllt sind“⁷. Problematisch ist erst, *wann* die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft nicht vorliegen, d.h. welches Kriterium über das Vorliegen entscheidet (darüber sogleich unter II., III. und IV.).

II. Täterschaft ohne faktische Tatherrschaft

1. Kein Einfluss auf das weitere Geschehen

Für mein Beispiel der Körperverletzung würde der 5. *Strafsenat* die Frage nach der mittelbaren Täterschaft verneinen. Er meint, dass die Deliktstäterschaft, auch die sog. mittelbare, von „faktischer Tatherrschaft“ abhängt. Das „Veranlassen der Tat eines Kindes“, so der Kernsatz des Beschlusses, ist „nur dann als mittelbare Täterschaft anzusehen, wenn dem Veranlassenden die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft zukommt, er das Geschehen also in tatsächlicher Hinsicht steuernd in den Händen hält“⁸. Daran fehle es. Der *Senat* begründet das nicht nur, aber hauptsächlich mit einer Feststellung, die als solche unbestreitbar ist:

„Der kurze Kontakt mit dem Kind begründete keinen steuernden Einfluss des Angeklagten auf das weitere Geschehen.“⁹

Dass es sich in meinem Beispiel genauso mit dem Vater verhält, der sowohl das Ob wie das Wann und Wo des Faustschlags ganz dem Sohn überlässt und zur Tatzeit abwesend bleibt, bedarf keiner weiteren Darlegung.

Die Bundesrichter binden also die Deliktstäterschaft an eine „faktische Tatherrschaft“, die jedenfalls dann zu verneinen sei, wenn der Hintermann nach dem anstoßenden Akt keinen „steuernden Einfluss auf das weitere Geschehen“ gehabt habe. So sehen sie es, weil sie im konkreten Fall das böse Ansinnen des Angeklagten, wenn nicht als täterschaftlichen Tötungsversuch, so doch als den strafbaren Versuch einer Anstiftung zum Tötungsdelikt erfassen zu können glauben. Dies mag ein eindringlicheres Nachdenken und die Erkenntnis verhindert haben, dass sich der *Senat* mit seiner Begründung auf einen unhaltbaren Standpunkt begeben hat. Denn Deliktstäterschaft setzt keine Tatherrschaft voraus.

Diese These mag überraschen und Widerspruch hervorgerufen, aber dass sie zutrifft, ist mit einem konkreten Beispiel leicht zu beweisen. Angenommen, Herr Müller hasst den Hund seines Nachbarn Meier. Er legt auf dessen weitläufigem Grundstück heimlich einen Giftköder aus in der Hoffnung, der Hund möge ihn finden und mit tödlicher Folge fressen. Tage später erfüllt sich der Plan, während Müller weit entfernt im Urlaub weilt. – Kein Zweifel, er hat die Straftat der Wirbeltiertötung (§ 17 Tierschutzgesetz) *als Täter* begangen, obwohl er doch nach dem Auslegen des vergifteten Köders „keinen Einfluss hatte auf das weitere Geschehen“ und keineswegs den Ablauf „steuernd in den Händen“ hielt. Wohl gemerkt, es kommt nach dem BGH auf das „weitere“ Geschehen an. Natürlich war der Angeklagte beim „kurzen Kontakt mit dem Kind“ Herr über seine auffordernden Worte. Aber diese Beherrschung ist für den *Senat* keine täterschaftsbegründende Tatherrschaft. Entsprechend sähe er es in meinem Beispiel für den das tödliche Geschehen auslösenden Akt, auf den sich Müller beschränkt und dem kein weiteres von ihm gesteuertes Geschehen folgt.

Man mag einwenden, Müller handele als unmittelbarer Täter und der BGH wolle die Frage nach der faktischen Tatherrschaft nur zur Eingrenzung und etwaigen Verneinung von mittelbarer Täterschaft gestellt sehen. Aber der Einwand verkennt, dass man die eine von der anderen Täterschaftsform nicht sinnvoll trennen kann. Auch der Giftmörder, dem die faktische Tatherrschaft im Sinne der Definition des BGH meistens fehlt, begeht sein Verbrechen „durch einen anderen“, nämlich durch das Opfer selbst, wenn es sich das vergiftete Getränk eingießt und trinkt. Aber auch wenn der Tatmittler mit dem Tatopfer *nicht* identisch ist, hält die Verneinung von mittelbarer Täterschaft, die für den BGH schlicht folgerichtig wäre, nicht Stich. Angenommen, Herr Müller übergibt Herrn Meiers Tochter den Giftköder als einen angeblichen Leckerbissen, den sie irgendwann dem Hund gewähren solle. Sie tut es (in Müllers Abwesenheit) und bringt damit ahnungslos das geliebte Tier ums Leben. Hier begeht Müller, dessen Todesverursachung als Anstiftung nicht zu erfassen ist, unbestreitbar „die Straftat“ der Wirbeltiertötung „durch einen anderen“, und er ist, obwohl nach der Übergabe des vergifteten Futters ohne faktische Tatherrschaft „über das weitere Geschehen“, als Täter nach § 17 Tierschutzgesetz zu bestrafen.

Hierher gehört auch das schöne Beispiel, das *Rotsch* gebildet hat: ein beleidigender Brief, den der Postbote als ahnungsloser Tatmittler dem Adressaten übergibt. Kommt es

⁵ Scheinfeld, ZfL 3–4/2024, 207.

⁶ Lichtenthäler, GA 2024, 700 (701).

⁷ Franzke, JZ 2024, 205.

⁸ BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 13.

⁹ BGH, Beschl. v. 13.9.2023 – 5 StR 200/23, Rn. 24.

durch Lektüre zum Beleidigungserfolg, so wird niemand zögern, den Schreiber und Absender des Briefes als (mittelbaren) Täter des Vergehens (§ 185 StGB) zu betrachten. *Rotsch* betont, wie deutlich es in diesem Fall dem Täter nach Absendung des Briefes an jeder Steuerungsmacht fehle, d.h. an jeder Möglichkeit, den Geschehensablauf bis zum erhofften Erfolg zu beeinflussen. „Schon den Kausalverlauf“, die Beförderung des Briefes bis hin zum Opfer O, vermag der Täter T „in tatsächlicher Hinsicht nicht mehr zu beherrschen“. Und ob O „den Brief überhaupt öffnet, ob [...] der Beleidigungserfolg eintritt, hängt einzig und allein vom Verhalten des O ab“¹⁰. Mir scheint *Rotsch* hier ganz nahe daran, die Tatherrschaft als Voraussetzung täterschaftlicher Straftatbegehung zu verwerfen. Aber dazu passt es nicht, dass er später die „Tatherrschaft“ als „Tatbestandsmerkmal“ gelten lässt und schon mit der Willentlichkeit der erfolgskausalen Körperbewegung (hier das Einwerfen des Briefes in den Postbriefkasten) die Tatherrschaft in Gestalt einer „Handlungsherrschaft“ gegeben sieht¹¹.

2. Unrechtskenntnis des Tatmittlers

Wie oben gesagt, gibt der BGH aber bei der Frage nach der faktischen Tatherrschaft seinem Nein noch eine ergänzende Begründung: Obwohl noch Kind, habe N gewusst, dass er mit der ihm angesonnenen Tötung Unrecht täte. Gemeint ist damit, dass das Unrechtswissen des Tatmittlers hemmend wirke und dem Hintermann das Steuern des Tatablaus zumindest erschwere. Deutlicher wird das im Faustschlagfall: Die Aussicht des V, durch S die Körperverletzung herbeizuführen, ist schlechter, wenn S das Unrecht der ihm angesonnenen Tat bewusst ist, und sie ist besser, wenn S sich im Recht glaubt; etwa nach der falschen Belehrung durch V, der Faustschlag sei als Notwehr erlaubt. Das gute Gewissen lässt S, nach der Sicht des BGH, bereitwilliger zuschlagen, was ihn – so mag man es sehen – zum willfährigen „Werkzeug“ in der Hand des V macht.

Der Fall des im Verbotsirrtum, also ungehemmt zuschlagenden Kindes deckt nun einen Selbstwiderspruch in der Tatherrschaftslehre des BGH auf: V hat die faktische Tatherrschaft, weil S als sein durch Irreführung enthemmtes Werkzeug handelt. Zugleich aber fehlt V die Tatherrschaft, weil er in seiner täglichen Abwesenheit und in Unkenntnis der vielleicht die Tat veranlassenden Umstände keine Steuerungsmacht hatte. An jedem Schultag konnte es da oder dort geschehen, V hatte auf dieses Geschehen keinen Einfluss, er hielt es nicht „steuernd in den Händen“, wie es z.B. jemand tut, der selbst gereizt wird, auf seinen Gegner losgeht und als unmittelbarer Täter zuschlägt. Im BGH-Beschluss wird der Selbstwiderspruch nicht direkt sichtbar, weil die Richter gut begründen konnten, dass der Neffe des Angeklagten das Unrecht der Tötung seiner Mutter gerade nicht *verkannt* hat. Vielmehr hat er es deutlich *erkannt*. Nach der Logik des BGH wäre also die Tatherrschaft des V (in dessen Vorstellung) unter beiden Gesichtspunkten zu verneinen.

III. Die „Tatherrschaft“ – ein nutzloser Begriff

Nach allem scheint mir die Forderung berechtigt, dass Strafrecht und Strafrechtswissenschaft dem gesetzesfernen Begriff der Tatherrschaft endlich den Abschied geben. Zur Bestimmung von Deliktstäterschaft ist er ein grundfalsches, oft in die Irre führendes Kriterium. Ja, die Tatherrschaft verdient nicht einmal, als Kriterium, als unterscheidungskräftig anerkannt zu werden. In meinem letzten Beispiel könnte der BGH die mittelbare Täterschaft des V ebenso gut verneinen wie bejahen. Und genauso könnte er es etwa dann, wenn ein Ehemann seiner Frau befiehlt, in seiner Abwesenheit im SB-Laden eine Flasche Schnaps zu stehlen, und sie es tut, weil sie sich ihm vollkommen unterwirft; einerseits faktische Beherrschung der Tatmittlerin, andererseits kein steuerndes In-den-Händen-Halten des weiteren Geschehens.¹²

Unförderlich ist auch der Versuch, den irreführenden Faktizismus zu korrigieren durch den Begriff der „normativen Tatherrschaft“, z.B. indem man eine solche allein dem Hintermann zuschreibt, dessen Tatmittler, ablesbar an gesetzlichen Vorschriften, schuldlos handelt. Wenn das gemeint ist, dann sollte man aber auch ausdrücklich auf die Schuldlosigkeit abstellen (dazu sogleich) und nicht den verschwommenen Tatherrschaftsbegriff einschieben. Seltsam, seit Jahrzehnten schlägt sich die Wissenschaft mit diesem Begriff herum, den sie doch selbst erst kreiert hat und dem jede juristische Legitimation fehlt. Er taucht nirgendwo im Gesetz auf, und man kann ihn nach Belieben begrenzen. Ein Beispiel: Der Chef einer Firma hat Weisungsmacht u.a. auch über seine Prokuristin. Er fordert von ihr, dass sie in eigener Regie ein Manöver ausführe, welches sich strafrechtlich als Betrug (§ 263 StGB) darstellt. Die Prokuristin tut es – ungern, aber weil es der Chef mit seiner Weisungsmacht verlangt hat. Man kann ihm, der zweifellos zum Betrug angestiftet hat (§§ 263, 26 StGB), die Tatherrschaft absprechen, aber sie genauso gut

¹² Ganz unbelastet von Zweifeln am „Kriterium“ der faktischen Tatherrschaft als Täterschaftsvoraussetzung und unberührt von der offenkundigen Widerlegung (durch Fälle von Täterschaft ohne faktische Tatherrschaft) zeigt sich *Eisele*, JuS 2024, 272: „Dabei sind die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft richtigerweise auf Grundlage der Tatherrschaftslehre festzustellen“. Dem BGH noch ausdrücklicher zustimmend *Jäger*, JA 2024, 345: „Zutreffend stellt der BGH für die Frage der (versuchten) mittelbaren Täterschaft auf die faktische Tatherrschaft des Hintermanns und die geistige und sittliche Reife des Kindes ab.“ Einen ausführlich begründeten, aber unkritischen Beifall spendet dem BGH-Beschluss ferner *Arndt Sinn* in ZJS 2024, 591–596: Nach Ansicht des Senats „ist das Veranlassen der Tat eines Kindes nur dann als mittelbare Täterschaft anzusehen, wenn dem Veranlassenden die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft zukommt, er das Geschehen also in tatsächlicher Hinsicht steuernd in den Händen hält. Dem ist zuzustimmen“ (S. 594). Ich stelle noch einmal ratlos die Frage, wie man solche Zustimmung äußern kann angesichts unbestreitbarer Täterschaft in Fällen wie der oben geschilderten Giftköderauslegung oder der Absendung eines beleidigenden Briefes; Beispiele, die sich beliebig vermehren lassen.

¹⁰ *Rotsch*, ZfIStw 4/2024, 292 (297).

¹¹ *Rotsch*, ZfIStw 4/2024, 292 (298).

auch zur Begründung mittelbarer Täterschaft bejahen. Die Tatherrschaft ist kein Kriterium, sie hat keine Unterscheidungskraft. Zum letzten Beispiel mag einer sagen: Wegen der Weisungsmacht ist die Tatherrschaft des Chefs zu bejahen. Ich würde erwidern: Meinetwegen; aber die Bejahung ist gänzlich irrelevant, weil Tatherrschaft keine Voraussetzung von Täterschaft ist.

Es heißt oft, zur Feststellung gegebener Tatherrschaft sei „ganz auf die Umstände des einzelnen Falles abzustellen.“ Ob der Chef sie hatte und deshalb mittelbarer Täter war, hänge ab vom Maß seiner Autorität und von der Kraft der Prokuristin, der Weisungsmacht zu trotzen. Solche Äußerungen offenbaren das Eingeständnis, dass die Tatherrschaft kein Kriterium sein kann und dass man einfach nicht herausgefunden hat, wann denn nun, nach welchem wirklichen Kriterium, mittelbare Täterschaft anzunehmen ist.

IV. Die Verantwortungslehre

1. Die Frage nach der Schuld des Tatmittlers

Ein wirkliches Kriterium zur Bestimmung von Täterschaft, in Sonderheit von solcher, die als eine „mittelbare“ zu gegebener Anstiftung hinzukommt, ist aber durchaus benennbar. Anschaulich machen soll es das folgende Beispiel: Vater A setzt seine achtzehnjährige Tochter B unter Druck, für ihn „zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde“ herzustellen (§ 267 Abs. 1 Alt. 1 StGB). Hinreichend geschickt ist nur die Tochter, der Vater ist auf ihre Leistung angewiesen. Sie widersetzt sich dem Druck zunächst, gibt aber schließlich nach und schafft das begehrte Schriftstück. – A begeht jedenfalls eine Anstiftung zur rechtswidrigen Tat der B (§§ 267 Abs. 1, 26 StGB). Die Frage ist, ob er auch in eigener Person, als mittelbarer Täter das Fälschungsdelikt begeht. Geradezu intuitiv wird mancher die Frage ungefähr so beantworten: Es kommt darauf an, ob A für die Tatbestandserfüllung *allein verantwortlich* ist. Dies ist dann der Fall, wenn B *keine Verantwortung* trifft, weil der auf sie ausgeübte Druck eine Notstandslage i.S.v. § 35 StGB geschaffen hat, sodass sie „ohne Schuld“ handelte. Vorstellen kann man sich das etwa so, dass der brutale Vater seine Tochter gewaltsam eingesperrt hat und sie der Gefahr andauernder Gefangenschaft nur entrinnen kann, indem sie das verlangte Schriftstück herstellt. Kein mittelbarer Täter, sondern bloß Anstifter wäre A dagegen, wenn er nur einen für § 35 StGB nicht genügenden Druck ausgeübt hätte, etwa mit der Drohung, B das geliehene Auto zu entziehen.

So sähe es Scheinfeld. In seiner Kritik am BGH-Beschluss geht er aus vom Selbstbegehen der Straftat, von Fällen also der unmittelbaren Täterschaft, und macht das, was dort allemal fehlt, zum Kriterium der mittelbaren Täterschaft. Mit Blick „auf die typischen Fälle des Selbstbegehens“ stellt er fest:

„Zwischen dem unmittelbaren Täter und der Tatbestandsverwirklichung steht niemand, der in Bezug auf das betreffende Delikt selbst strafrechtlich verantwortlich ist. Und der systematische Zusammenhang der §§ 25, 26, 27

StGB ergibt, dass dieses Kriterium für die mittelbare Täterschaft zu gelten hat.“¹³

Scheinfeld nennt die Eingrenzung der mittelbaren Täterschaft nach diesem Kriterium eine „Verantwortungslehre“, die er als überlegen dem „Faktizismus“ des BGH entgegensetzt. Ich zögere nicht, das Kriterium der Schuldlosigkeit des Tatmittlers als vertretbar anzuerkennen. Es ist, soweit ich sehe, das im Schrifttum herrschende.¹⁴

2. Die Frage nach der teilnahmefähigen Haupttat des Tatmittlers

Aber man kann die mittelbare Täterschaft, durchaus im Rahmen einer Verantwortungslehre, auch anders eingrenzen. Scheinfeld bejaht sie schon, wenn A, um im Beispiel zu bleiben, durch seine Nötigung auch nur die strafrechtliche Schuld der Tatmittlerin B beseitigt. Indes begeht B auch im entschuldigenden Notstand vorsätzlich eine rechtswidrige Tat, was prinzipiell eine Schadensersatzpflicht auslöst (vgl. § 823 BGB). Wenn es auch für eine Strafbarkeit nicht reicht, so entsteht doch immerhin eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit. Und wir sagen – in wiederum strafrechtlicher Betrachtung –, dass B in unmittelbarer Täterschaft (§ 267 StGB) die „teilnahmefähige Haupttat“ begeht, wozu es gut passt, A nur die Nebenrolle des Anstifters zuzuschreiben.

Auch ein schuldlos handelnder Angreifer (wie im früheren Beispiel der zuschlagende elfjährige S) ist für sein rechtswidriges Tun so sehr verantwortlich, dass das Gesetz ihn der Notwehr und Nothilfe ausliefert (§ 32 StGB). Und i.R.d. § 823 BGB reicht es für die Schadensersatzpflicht des Schädigers grundsätzlich aus, dass er „vorsätzlich oder fahrlässig“ das Rechtsgut eines anderen (etwa Leben, Körper oder Eigentum) „widerrechtlich verletzt“. Besteht die Verletzung in einer strafbedrohten Handlung, z.B. einer Sachbeschädigung oder einem sexuellen Kindesmissbrauch, dann ist der Täter auch bei schuldlosem Handeln von Rechts wegen verantwortlich, dem Opfer seinen Schaden zu ersetzen.

Nach der ersten Betonung von Vertretbarkeit nun also diese zweite: Man kann die mittelbare Täterschaft des Hintermannes auch enger begrenzen. In den Fällen erfolgreicher Anstiftung i.S.v. § 26 StGB trifft den Angestifteten, auch wenn er als Kind oder im Notstand schuldlos handelt und deshalb straffrei bleibt, genug rechtliche Verantwortung, dass man die (zusätzliche) Täterschaft des Anstifters wertend verneinen kann. Diese Verneinung setzt also keine strafrechtliche Schuld des Tatmittlers voraus, sie lässt zum Ausschluss mittelbarer Täterschaft des Hintermannes eine schwächere Verantwortlichkeit des Tatmittlers genügen. Das heißt die mittelbare Täterschaft noch verneinen, wenn der Tatmittler immerhin eine „teilnahmefähige Haupttat“ begeht. Ich nenne diese Begrenzung eine weite Verantwortungslehre. Auf ihrer Basis ist eine mittelbare Täterschaft erst anzunehmen, wenn es an einer Anstiftung im Rechtssinne fehlt. So etwa im Fall der Urkundenfälschung, wenn B, von A irreführt, das Schriftstück nicht „zur Täuschung im Rechtsverkehr“ herge-

¹³ Scheinfeld, ZfL 3–4/2024, 207 (211).

¹⁴ Fundstellen bei Eisele, Jus 2024, 272 (273 Fn. 5–7).

stellt hätte; oder im Fall der Wirbeltiertötung, weil die Tochter Meier ihre Tat wegen der Täuschung durch Müller nicht „vorsätzlich“ begangen hat.

Die weite Verantwortungslehre, die in meinen Augen gleichermaßen gut vertretbar ist wie *Scheinfelds* enge, vermeidet die Überschneidung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft und rückt die Entscheidung des BGH in ein für ihn günstigeres Licht. Denn wenn man den irreführenden Ballast seiner Äußerungen zum Fehlen faktischer Tatherrschaft beiseiteschiebt, kann man den Blick konzentrieren auf das vom *Senat* betonte Unrecht, welches der Neffe, obwohl erst elf, mit der Tötung seiner Mutter vorsätzlich verübt hätte. Diese Tötung wäre dann die teilnahmefähige Haupttat, an welcher der Onkel als Anstifter teilgenommen hätte.

V. Ausblick

Täte, wäre, hätte. Aber der BGH hatte nicht den hypothetischen Fall einer tatsächlichen Tötung, sondern einen realen Sachverhalt zu beurteilen, d.h. den Fall, dass der Onkel seinen Neffen *erfolglos* aufgefordert hat, die eigene Mutter zu töten. Beide Gerichte sehen in der Aufforderung einen strafbaren Versuch vom Range eines Verbrechens; das Landgericht einen Mordversuch in mittelbarer Täterschaft, der Bundesgerichtshof den Versuch der Anstiftung zum Mord. Vielleicht ist weder das eine noch das andere richtig, und der Angeklagte hätte freigesprochen werden müssen. Diese Problematik hat einen Umfang, der es gebietet, sie gesondert zu behandeln. Ich verweise auf meinen Beitrag mit der Überschrift „Die erfolglose Aufforderung eines ‚anderen‘ (§§ 25 bzw. 26 StGB) zur Begehung eines Verbrechens – ein strafbarer Versuch?“, der in der Festschrift für Ralf Neuhaus, 2025, S. 96–105, erscheinen wird.