

Sommersemester 2010

Klausurenkurs zur Examensvorbereitung im Strafrecht

2. Klausur / 7. 5. 2010

“Falsche Flasche”

Albert (A) und Bruno (B) betreiben gemeinsam eine Werbeagentur. Seit einiger Zeit kriselt es zwischen den beiden und A hat beschlossen, seinen Geschäftspartner B umbringen zu lassen. Als geeigneten Täter hat sich A den Charlie (C) ausersehen, der eine schlecht gehende Autoreparaturwerkstatt betreibt und nach Ansicht des A gegen einen kleinen Nebenverdienst nichts einzuwenden haben dürfte. A sucht den C abends in seiner Wohnung auf und verspricht ihm 20 000 Euro für die Tötung des B. Er solle sich die Sache bis morgen durch den Kopf gehen lassen. A werde ihn am nächsten Tag anrufen und fragen, wie er sich entschieden hat. C ist seit einigen Tagen ziemlich schwerhörig (er hatte am letzten Wochenende ein Metal-Konzert besucht) und versteht daher den Auftrag des A falsch : Statt “Bruno” versteht C “Hugo”. Hugo (H) ist der ältere Bruder des A. C weiß, dass die Brüder A und H wegen einer Erbschaftsangelegenheit und einer intimen Affäre zwischen A und E - der Ehefrau des H - miteinander zerstritten sind und ist daher nicht überrascht, dass A seinen Bruder umbringen lassen will. Zu A sagt er : “Okay, ich überleg’ es mir und sag Ihnen morgen definitiv Bescheid ”.

Am Vormittag des folgenden Tages ruft A den C an. Bevor C sich zu dem Tötungsauftrag äußert, gibt A ihm den Rat, sich vor der Tat mit alkoholischen Getränken in einen Rauschzustand zu versetzen und die Tötung dann in diesem Zustand auszuführen. Aus einer kürzlich mit dem Rechtsanwalt R geführten Unterhaltung hat A nämlich noch die Bemerkung des R in Erinnerung, dass ein alkoholbedingter Rausch die Schuldfähigkeit ausschließt und eine Tat, die in diesem Zustand begangen wird, deshalb nicht bestraft werden könne. Dies teilt A dem C mit. C findet die Idee glänzend. Dem A erklärt er, er werde sofort damit anfangen, sich “ordentlich zu besaufen”, um etwaige Tötungshemmungen gar nicht erst entstehen zu lassen. “Sobald ich richtig voll bin, geh’ ich los und knall den Kerl ab!”. Mit “Kerl” meint C den H, während A davon ausgeht, dass die von C erklärte Tötungsbereitschaft sich auf B beziehe. A legt den Hörer auf und fährt dann zu seiner Freundin Franziska (F), wo er den Rest des Tages verbringen will, um für die Tatzeit ein Alibi zu haben.

Nachdem C die erste Flasche Rotwein ausgetrunken hat, greift er nach einer Flasche, die laut Etikett Whisky der Marke “*Johnnie Walker*“ enthält und ursprünglich tatsächlich Whisky enthielt. Jetzt aber enthält die Flasche keinen Whisky mehr, sondern ein giftiges Reinigungsmittel. Die Putzfrau Paula (P) des C hatte dieses Mittel in die Flasche gefüllt und zur Warnung einen Leukoplaststreifen mit einem kleinen Totenkopf aufgeklebt. Dieser Streifen hatte sich aber abgelöst, weshalb die Gefährlichkeit des Flascheninhalts für C nicht erkennbar war. Arglos öffnet C die Flasche und setzt sie zu einem kräftigen Schluck an die Lippen. Die Wirkung dieses Schlucks ist fast tödlich. C verliert sofort das Bewusstsein.

Während C bewusstlos in seiner Wohnung liegt, sitzt A bei F vor dem Fernseher und

sieht sich mit seiner Freundin den "Tatort" an. Richtig konzentrieren kann er sich aber nicht, da er ununterbrochen an die geplante Tötung des B denken muss. Allmählich beschleichen ihn auch immer stärker werdende Gewissensbisse. Schließlich geht er zum Telefon und ruft bei C an. Er will den C überreden, die Tat doch nicht zu begehen. C ist zu diesem Zeitpunkt aber schon bewusstlos. Weil C nicht ans Telefon geht, nimmt A an, daß er bereits auf dem Weg zu B ist, um ihn zu erschießen. Als nächstes ruft A bei B an, wo aber nur das Besetzt-Zeichen ertönt. Schnell verabschiedet sich A nun von F und fährt sofort zum Haus des B. Dort trifft er den B gut gelaunt und gesund an. Erleichtert bringt A schnell einen Vorwand für seinen nächtlichen Besuch vor und verabschiedet sich dann sogleich wieder mit der Begründung, ihm sei gerade eingefallen, dass sich der Grund seines Besuches erledigt habe. Daraufhin fährt A zur Wohnung des C. Da auf sein Klingeln niemand öffnet, fährt A nach Hause. Am nächsten Tag wird C von P gefunden. Da P sofort einen Notarzt herbeiruft, wird das Leben des C gerettet.

C offenbart sich nach seiner Entlassung aus dem Krankenhaus der Polizei. Die Staatsanwaltschaft leitet daraufhin ein Ermittlungsverfahren gegen A wegen Anstiftung zur versuchten Ermordung seines Bruders H ein. Außerdem ermittelt die Staatsanwaltschaft gegen Elsa (E) - die Ehefrau des H - als Mitbeschuldigte. Die Staatsanwaltschaft hat die Verfahren gegen A und gegen E verbunden. E ist die Geliebte des A und hätte deshalb ein Motiv zur Tötung des H. Bei einer richterlich angeordneten Durchsuchung im Haus des A findet die Kriminalpolizei ein Bündel Liebesbriefe, die E geschrieben und dem A geschickt hat. Wegen - tatsächlich gegebener - Gefahr im Verzug ordnet der Kriminalpolizeibeamte Karl (K) - der „Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft“ ist - die Beschlagnahme dieser Briefe an.

E wird von dem Ermittlungsrichter als Beschuldigte vernommen. Von dem Vernehmungstermin waren weder A noch sein Verteidiger Viktor (V) benachrichtigt worden.

Aufgabe

Beantworten Sie in einem Rechtsgutachten folgende Fragen :

Frage 1 : Wie ist das Verhalten des A und das Verhalten des C strafrechtlich zu würdigen ?

Frage 2 : Hätten A und sein Verteidiger V von dem Termin der richterlichen Vernehmung der E benachrichtigt werden müssen ?

Zur Beantwortung dieser Frage genügt es, den Fall unter die einschlägige verfahrensrechtliche Vorschrift zu subsumieren und darzulegen, welche Rechtsanwendungsmethode in Betracht kommt, falls das Ergebnis der Subsumtion lautet, dass die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht erfüllt sind.

Frage 3 : Dürfen die im Haus des A beschlagnahmten Liebesbriefe der E in dem Strafverfahren gegen A und E als Beweismittel verwertet werden ?

Frage 4 (Abwandlung des Falles) : Kurz vor dem Telefonat des A mit C war H gestorben, was weder A noch C wusste.

Ändert sich dadurch etwas an der strafrechtlichen Beurteilung des Verhaltens von A und

Lösung

Frage 1

A. Strafbarkeit des C

I. Versuchter Mord / Totschlag, §§ 211, 212, 22 StGB

1. Ein *vollendetes* Tötungsdelikt liegt nicht vor.
2. Mord und Totschlag sind *Verbrechen* (§ 12 I StGB). der Versuch des Mordes / Totschlags ist daher mit Strafe bedroht, § 23 I StGB.
3. Subjektiver Tatbestand (Tatentschluß)
 - a) *Vorsatz* bezüglich der Begehung einer Tat, die sämtliche objektive Tatbestandsmerkmale des Mordes § 211 StGB) bzw. des Totschlags (§ 212 StGB) erfüllt.

C hatte den Vorsatz, den H zu töten. H ist ein anderer Mensch. Die Tötung ist die tatbestandsmäßige Handlung des Mordes und des Totschlags.

b) Mordmerkmal

Da C den H töten wollte, um von A die versprochenen 20 000 Euro zu erhalten, hatte er die Absicht, aus *Habgier* zu töten.

4. Objektiver Tatbestand

Fraglich ist, ob C zur Verwirklichung des Tatbestandes *unmittelbar angesetzt* hat, § 22 StGB.

a) Nach *allgemeinen Regeln* hat C noch nicht unmittelbar zur Tötung eines anderen Menschen angesetzt. Dazu war sein Handeln vor Eintritt seiner Bewußtlosigkeit räumlich und zeitlich noch viel zu weit von der Handlung entfernt, durch die unmittelbar der Tod des H verursacht und der Tatbestand des Mordes / Totschlags verwirklicht worden wäre. Es bedurfte noch zahlreicher weiterer Zwischenschritte / Zwischenakte bis zur Verwirklichung des Tatbestandes (zu diesen Kriterien vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT 29. Aufl. 1999 Rn. 601).

b) Möglicherweise ergibt sich etwas anders nach den Regeln der "*actio libera in causa*". Um eine actio-libera-in-causa-Tat könnte es sich hier handeln, weil C sich durch den Genuß alkoholischer Getränke in einen Zustand rauschbedingter Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) versetzen und dann in diesem Zustand die Tötung ausführen wollte. Bei einer alic-Tat ist die Frage des Versuchsbeginns (= unmittelbares Ansetzen) umstritten. Ob C hier tatsächlich unter den Voraussetzungen der actio libera in causa handeln wollte und ob diese Rechtsfigur überhaupt verfassungsrechtlich und strafrechtsdogmatisch haltbar ist, kann hier zunächst dahinstehen. Sollte sich nämlich herausstellen, daß auch nach den Regeln der actio libera in

causa kein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung vorliegt, erübrigt sich diese Thematik.

aa) Überwiegend wird angenommen, daß die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch bei einer alic-Tat nicht anders verläuft als bei einer im Zustand der Schuldunfähigkeit begangenen Straftat (Wessels/Beulke AT Rn. 419; Haft AT 8. Aufl. 1998 S. 233; Kühl AT 2. Aufl. 1997 § 11 Rn. 13; Köhler AT 1997 S. 465; LK-Vogler, § 22 Rn. 107). Danach hätte C frühestens in dem Moment unmittelbar zur Verwirklichung des Mordtatbestandes angesetzt, wenn er mit der Pistole im Anschlag dem H gegenübergetreten und auf ihn gezielt hätte.

bb) Eine andere Meinung verlagert die “Begehung” der Tat (iSd § 20 StGB) vor in das Stadium vor Eintritt der Schuldunfähigkeit und zieht dementsprechend auch die Grenze des Versuchsbeginns im Bereich vor Eintritt der Schuldunfähigkeit. Der Versuch beginne nämlich dann, wenn der Täter die Herrschaft über den Geschehensverlauf aus der Hand gibt. Dies sei der Fall, sobald der Zustand der Schuldunfähigkeit erreicht ist. Denn von diesem Punkt an ist der Täter strafrechtlich nicht mehr verantwortlich und hat daher keine Herrschaft mehr über den Tatverlauf (SK-Rudolphi, § 22 Rn. 21; Roxin AT 1 3. Aufl. 1997 § 20 Rn. 60).

Unklar ist allerdings, ob das unmittelbare Ansetzen mit dem Beginn des Trinkens zusammenfällt oder ob die Versuchszone erst kurz vor Eintritt der Schuldunfähigkeit erreicht ist. Da diejenigen, die den Versuchsbeginn vorverlagern, auf das Kriterium des “Aus-der-Hand-Gebens” abstellen, kann der Anfang des Trinkvorganges noch kein Versuchsbeginn sein. Vielmehr wird die Grenze von der Vorbereitung zum Versuch erst überschritten, wenn der Verlust der Herrschaft über das Tatgeschehen, also der Eintritt der Schuldunfähigkeit unmittelbar bevorsteht.

Diesen Punkt hatte C hier noch lange nicht erreicht, als er aus der Flasche mit dem giftigen Inhalt trank und bewußtlos wurde. Er hat daher auch nach der Meinung nicht unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt, die bei alic-Taten den Versuchsbeginn vorverlegt und mit dem Verlust der Schuldunfähigkeit zusammenfallen läßt.

Es braucht daher nicht erörtert zu werden, ob C überhaupt den Vorsatz hatte, die Tat unter den Voraussetzungen der *actio libera in causa* zu begehen und ob die Begründung der Strafbarkeit mit der *actio libera in causa* überhaupt vertretbar ist.

5. Ergebnis

C hat sich nicht aus §§ 211 / 212, 22 StGB strafbar gemacht.

II. Bereiterklärung zur Begehung eines Mordes / Totschlags, §§ 211 / 212, 30 II 1. Alt. StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) C hat dem A *erklärt*, er sei bereit, einen anderen Menschen vorsätzlich zu töten. Da C für die versprochenen 20 000 Euro töten wollte, handelte er aus Habgier. Also erklärte er sich zur Begehung eines Mordes bereit.

b) Der Mord ist gem. § 12 I StGB ein *Verbrechen*.

- c) A ist geeigneter *Adressat* der Bereiterklärung, da er zuvor den C zur Begehung der Tat aufgefordert hatte (Schönke/Schröder/Cramer § 30 Rn. 23; LK-Roxin § 30 Rn. 86).
- d) Die Bereiterklärung des C ist dem A *zugegangen*, was nach h. M. gar nicht erforderlich ist (LK-Roxin, § 30 Rn. 87)
- e) Fraglich ist, ob der versteckte *Dissens* hinsichtlich des Opfers relevant ist. A ging davon aus, daß C zur Tötung des B bereit sei, C ging davon aus, A habe ihn zur Tötung des H aufgefordert. Die Bereiterklärung des C bezog sich auf das Opfer H. Ginge es um die Alternative “Verabredung” (§ 30 II 3. Alt. StGB), müßte man dem Dissens wohl strafbarkeitsausschließende Wirkung zuschreiben (vgl. LK-Roxin, § 30 Rn. 67). Bei der Alternative “Bereiterklärung” wirkt sich das Mißverständnis zwischen A und C hingegen nicht auf die Strafbarkeit aus. Denn ausreichend ist, daß sich C durch seine Auftragsannahme im Verhältnis zu A gebunden und verpflichtet fühlt (LK-Roxin § 30 Rn. 11). Daß A den C keineswegs zur Aufrechterhaltung seiner Bereitschaft zur Tötung des H zwingen würde, ist daher unerheblich.

2. Subjektiver Tatbestand

C hatte *Vorsatz* bezüglich der Bereiterklärung und bezüglich der Tötung eines anderen Menschen.

3. Rechtswidrigkeit

Die Bereiterklärung war rechtswidrig.

4. Schuld

C handelte schuldhaft.

5. Rücktritt, § 31 I Nr. 2 StGB

Das konkrete Vorhaben, den H an dem Abend zu töten, konnte C nicht mehr aufgeben, da insofern schon ein Fehlschlag - entsprechend dem “fehlgeschlagenen Versuch” - vorlag. Ein erneuter Anlauf zur Tötung des H wäre ein neues Vorhaben, das allerdings - und insofern ist der Anwendungsbereich des § 31 I Nr. 2 StGB noch offen - weiterhin von der Bereiterklärung des § 30 II 1. Alt. StGB gedeckt wäre. Die Abstandnahme von dieser Bereiterklärung durch Nichtausführung einer Tötungsaktion war daher noch möglich (aA vertretbar). Fraglich ist allerdings, ob C sein Vorhaben “aufgegeben” hat. Wenn man dafür eine Widerrufserklärung (bezügl. der Bereiterklärung) gegenüber A verlangt - wofür einiges spricht - hat C sein Vorhaben - noch - nicht aufgegeben. In der Literatur werden aber auch andere Methoden der endgültigen Aufgabe des Vorhabens anerkannt. Hier könnte man daher das Geständnis gegenüber der Polizei als Aufgabe des Vorhabens bewerten. da des auch freiwillig geschah, liegt § 31 I Nr. 2 StGB vor (das gegenteilige Ergebnis ist vertretbar).

6. Ergebnis

C hat sich aus §§ 211, 30 II 1. Alt. StGB strafbar gemacht (aA vertretbar).

B. Strafbarkeit des A

I. Versuchter Mord / Totschlag in mittelbarer Täterschaft, §§ 211 / 212, 22, 25 I 2. Alt. StGB

1. Keine Vollendung

E ist nicht getötet worden. Ein *vollendeter* Mord / Totschlag liegt daher nicht vor.

2. Strafbarkeit des Versuchs

Da Mord / Totschlag ein *Verbrechen* ist (§ 12 I StGB), ist der Versuch mit Strafe bedroht, § 23 I StGB. Das gilt auch für den Versuch des Totschlags in mittelbarer Täterschaft.

3. Subjektiver Tatbestand

A müßte den Vorsatz gehabt haben, eine Tat zu begehen, die den objektiven Tatbestand des Mordes / Totschlags in mittelbarer Täterschaft erfüllt.

a) Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale des § 212 I StGB.

aa) A hatte den Vorsatz, daß B zu *Tode* kommt. Sein Vorsatz richtete sich auf die Erfüllung des Opfermerkmals des § 212 I StGB und auf die Erfüllung des Erfolgsmerkmals (Tod) des § 212 I StGB.

bb) A hatte den Vorsatz, daß der Tod des B durch einen Pistolenschuß des C verursacht wird. Dieser Schuß wäre eine *Tötung*. Also richtete sich der Vorsatz des A auf die Erfüllung des objektiven Tatbestandsmerkmals “tötet” in § 212 I StGB.

b) Vorsatz bezüglich der *mittelbaren Täterschaft* des A

aa) Der Vorsatz der A richtete sich nicht darauf, daß A selbst den B erschießt. A hatte also nicht den Vorsatz, als unmittelbarer Täter den objektiven Tatbestand des § 212 I StGB zu erfüllen. Nach dem Vorsatz des A sollte C unmittelbarer Täter sein.

bb) Der Vorsatz des A richtete sich darauf, daß sich C durch Alkoholgenuß in den Zustand der *Schuldunfähigkeit* (§ 20 StGB) versetzt und in diesem Zustand den B erschießt. Der Zustand der Schuldunfähigkeit ist anerkanntermaßen ein Defekt, der die Person, die sich in diesem Zustand befindet und die in diesem Zustand eine tatbestandsmäßige Tat begeht, zum “Werkzeug” eines mittelbaren Täters machen kann (Lackner/Kühl § 25 Rn. 4). Also umfaßte der Vorsatz des A die tatsächlichen Voraussetzungen der Werkzeugqualität des C während

der von diesem ausgeführten Erschießung des B.

Allerdings reicht für die Zurechnung des “Werkzeug”-Verhaltens nicht allein, daß der unmittelbar Handelnde während der Tatausführung Werkzeugqualität hat. Werkzeug des Hintermannes ist der unmittelbar Handelnde nur unter der Voraussetzung, daß der Hintermann sich des Werkzeugs auch bedient hat. Dem Hintermann muß die Werkzeugeigenschaft des Vordermannes bzw. die Entstehung dieser Werkzeugeigenschaft objektiv zuzurechnen sein. Dazu ist erforderlich, daß der Hintermann den Vordermann entweder in den die Werkzeugqualität begründenden Zustand versetzt hat oder daß er den bereits in diesem Zustand befindlichen Vordermann zu der Tatbegehung bestimmt hat (Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 16; Kindhäuser, FS Bemann, S. 339, 346).

A hat hier dem C den Rat gegeben, sich vor der Tat mit alkoholischen Getränken zu betrinken, um dann die Tötung im Zustand der Schuldunfähigkeit auszuführen. Er hat also dem C empfohlen, sich selbst in diesen Zustand zu versetzen. Er hat weder Druck auf ihn ausgeübt noch ihn durch Täuschung dazu verleitet, sich zu betrinken. Es war also die freie Entscheidung des C, ob er dem Rat des A folgt und sich betrinkt oder ob er davon absieht. A hat somit den C nicht zum Werkzeug gemacht. Die bloße Bestimmung (im Sinn des § 26 StGB) zur Herbeiführung der Werkzeugeigenschaft reicht nicht aus, um dem Hintermann das Handeln des Vordermannes nach § 25 I 2. Alt. zuzurechnen und den Hintermann zum mittelbaren Täter zu machen. Es reicht nur zur Begründung einer Anstifterstrafbarkeit aus.

A hatte auch nicht vor, auf den C später noch einmal einzuwirken, wenn sich C bereits im Zustand der Schuldunfähigkeit befinden würde. Also richtete sich sein Vorsatz auf keine die Werkzeugeigenschaft des C betreffende Handlung, durch die A die Tatherrschaft über den C und damit über das Verhalten des C gewinnen würde.

A hatte also nicht den Vorsatz, als mittelbarer Täter eine Tat zu begehen, die die objektiven Tatbestandsmerkmale des Totschlags erfüllt.

4. Ergebnis

A hat sich nicht aus §§ 211 / 212, 22, 25 I 2. Alt. StGB strafbar gemacht.

II. Versuchter Mord / Totschlag in Mittäterschaft, §§ 211, 212, 22, 25 II StGB

1. Vollendeter Totschlag liegt nicht vor.
2. Versuchter Totschlag ist mit Strafe bedroht und zwar auch in der Form der mittäterschaftlichen Begehung.
3. Subjektiver Tatbestand
 - a) A hatte den Vorsatz, daß C eine Tat begeht, die alle objektiven Tatbestandsmerkmale des

b) Desweiteren müßte A den Vorsatz gehabt haben, an der Tat des C als Mittäter (§ 25 II) mitzuwirken.

aa) A müßte den Vorsatz gehabt haben, daß die Tat auf der Grundlage eines *gemeinsamen Tatentschlusses* von A und C begangen wird.

A und C hatten die Tötung eines anderen Menschen gemeinsam besprochen. Sie waren übereingekommen, daß sie beide die Tötung wollen und beide dazu einen Beitrag leisten wollten. Dies kann man als gemeinsamen Tatentschluß im Sinne der Mittäterschaft qualifizieren. Also umfaßte der Vorsatz des A einen gemeinsamen Tatentschluß zur Begehung eines Totschlags.

bb) A müßte den Vorsatz gehabt haben, einen *eigenen Tatbeitrag* zu leisten. A hatte den Vorsatz, in C den Entschluß zur Tötung des B hervorzurufen. Außerdem hatte A den Vorsatz, dem C den Rat zur Herbeiführung alkoholbedingter Schuldunfähigkeit zu geben.

Diese vom Vorsatz des A umfaßten Tatbeiträge müßten geeignet sein, eine mittäterschaftliche Tatbeteiligung zu begründen.

(1) Zeitpunkt

Es ist umstritten, in welchem Stadium der Tat der Mittäter seinen objektiven Tatbeitrag leisten muß.

Nach einer Ansicht reichen zur Begründung der Mittäterschaft nur Tatbeiträge im *Tatausführungsstadium*, also im Stadium zwischen Versuchsbeginn (unmittelbares Ansetzen i. S. des § 22 StGB) und Vollendung (LK-Roxin § 25 Rn. 181; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, S. 66). Tatbeiträge vor Versuchsbeginn, also im Vorbereitungsstadium, reichen nach dieser Ansicht nicht aus. Begründet wird diese restriktive Ansicht mit dem Argument, daß die Mittäterschaft von der Anstiftung – die stets im Vorbereitungsstadium der Tat stattfindet - nicht deutlich genug abgegrenzt wäre, wenn eine mittäterschaftliche Tatbeteiligung schon vor dem eigentlichen Tatbeginn möglich wäre.

Nach der Gegenansicht – die von der Rspr. und einem großen Teil der Literatur vertreten wird – können auch Beiträge im *Vorbereitungsstadium* Mittäterschaft begründen (Lackner/Kühl § 25 Rn. 11). Für diese weitere Auffassung wird vorgetragen, daß es tatsächlich vorbereitende Tatbeiträge gibt, die so gewichtig und für den Taterfolg so wesentlich sind, daß sie unterbewertet wären, wenn man sie nicht als Mittäterschaft, sondern nur als Anstiftung oder Beihilfe einstufen würde. Insbesondere auf die Rolle des im Vorfeld und Hintergrund der Tat agierenden “Bandenchefs” wäre eine angemessene strafrechtliche Reaktion allein mit der Figur der Mittäterschaft möglich. Den Bandenchef nur als Anstifter oder Gehilfen zu bewerten, würde seiner dominanten Stellung gegenüber den anderen Tatbeteiligten nicht gerecht.

Hier hat der A Vorsatz bezüglich eines mittäterschaftlichen Tatbeitrags nur nach der letztgenannten Auffassung. Die Tatbeiträge, auf die sich sein Vorsatz bezog, fanden vor dem Beginn der Tat des C statt. Es waren also vorbereitende Beiträge. Nach der erstgenannten Auffassung ist schon an dieser Stelle ein Mittäter-Vorsatz des A zu verneinen. Wer der anderen Auffassung folgt, muß die Prüfung noch fortsetzen.

(2) Bedeutung

Einigkeit besteht darüber, daß nur ein wesentlicher, bedeutender, gewichtiger Tatbeitrag, der das Gelingen der Tat erheblich beeinflußt, mittäterschaftstauglich ist. Untergeordnete, unbedeutende, marginale Beiträge reichen nur für eine Beihilfe. Es darf vor allem kein deutliches Gefälle an Tateinfluß zwischen den Mittätern bestehen. Mittäter sind einander gleichgeordnet, ein Über-Unterordnungsverhältnis zwischen ihnen spricht gegen Mittäterschaft und für bloße Beihilfe des Untergeordneten.

Die Beiträge, auf die der Vorsatz des A sich bezog, waren im Vergleich mit den von C zu erbringenden Tatbeiträgen von deutlich geringerem Gewicht. Die für die Vollendung der Tat wesentlichen Akte sollte C allein vollziehen. Die Bedeutung der Beiträge des A ist daran gemessen erheblich schwächer. Für eine Mittäterschaft des A reicht das, was der A vorsätzlich beigetragen hat, nicht aus. Anderenfalls müßte man Anstiftungsakte in der Regel als Mittäterschaftsakte qualifizieren. Die Anstiftung wäre dann fast überflüssig.

Der Vorsatz des A umfaßte also eigene Tatbeiträge, die für eine Mittäterschaft nicht ausreichen.

4. Ergebnis

A hat sich nicht aus §§ 211 / 212, 22, 25 II StGB strafbar gemacht.

III. Anstiftung zum versuchten Mord / Totschlag, §§ 211 / 212, 22, 26 StGB

1. Objektiver Tatbestand

- Haupttat

C müßte einen versuchten Totschlag begangen haben. Er müßte den subjektiven und objektiven Tatbestand des Totschlagsversuchs rechtswidrig verwirklicht haben. Schuldhaft braucht die Tat nicht zu sein. Oben wurde festgestellt, daß C den objektiven Tatbestand des Mord- /Totschlagsversuchs nicht erfüllt hat. Also liegt eine Haupttat "versuchter Mord / versuchter Totschlag" nicht vor.

2. Ergebnis

A hat sich nicht aus §§ 211 / 212, 22, 26 StGB strafbar gemacht.

IV. Versuchte Anstiftung zum Mord / Totschlag, §§ 211, 212, 30 I StGB

1. Vollendete Anstiftung zum Totschlag oder zum versuchten Totschlag liegt nicht vor, da mangels Haupttat – C hat weder einen vollendeten noch einen versuchten Totschlag begangen – der objektive Tatbestand der Anstiftung zum vollendeten oder versuchten Totschlag nicht erfüllt ist.

2. Der Versuch der Anstiftung zum Mord / Totschlag ist gem. § 30 I StGB mit Strafe bedroht.

Denn beim Mord / Totschlag handelt es sich um ein Verbrechen i. S. des § 12 I StGB. Versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen ist gem. § 30 I StGB strafbedroht.

3. Subjektiver Tatbestand

A müßte den Vorsatz gehabt haben, eine Tat zu begehen, die alle objektiven Tatbestandsmerkmale der Anstiftung zum Mord / Totschlag erfüllt.

A hatte den Vorsatz, in C den Entschluß hervorzurufen, den B mit einer Pistole zu erschießen. Er hatte also den Vorsatz, daß C vorsätzlich und rechtswidrig einen objektiv tatbestandsmäßigen Totschlag begeht.

A hatte auch den Vorsatz, den C zu einer Tötung aus Habgier zu bestimmen. Da es sich bei der Habgier aber um ein strafscharfendes besonderes persönliches Merkmal iSd § 28 II StGB handelt, kann es hier nur unter der Voraussetzung in Ansatz gebracht werden, daß A selbst aus Habgier handelte. Davon ist im Sachverhalt aber nicht die Rede. Es ist auch nicht erkennbar, ob A aus sonstigen niedrigen Beweggründen handelte. Daß A den C zu einer Tötung bestimmen wollte, die ein tatbezogenes Mordmerkmal erfüllt – für das § 28 II StGB nicht gilt – (z. B. Heimtücke), ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Daher bezog sich der Vorsatz des A darauf, den C zu einem Totschlag – nicht zu einem Mord – zu bestimmen.

Des weiteren hatte A den Vorsatz, den C dazu zu überreden, den B zu töten. A ging davon aus, daß C zu einer solchen Tat noch nicht selbst entschlossen war. Er nahm daher an, daß er erst in C den Entschluß zur Tötung des B wecken würde. Also hatte A den Vorsatz, den C zu seiner Tat zu bestimmen.

4. Objektiver Tatbestand

Indem A dem C vorschlug, sich vor der Tat in einen schuldfähigkeitsausschließenden Vollrausch zu versetzen, setzte er unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes der Anstiftung zum Totschlag an.

5. Rechtswidrigkeit

Die Tat der A war rechtswidrig.

6. Schuld

A handelte schuldhaft.

7. Rücktritt

A könnte aber gem. § 31 II StGB strafbefreiend vom Versuch der Anstiftung zu einem Totschlag zurückgetreten sein.

a) Die Tat, zu der A den C bestimmen wollte – Tötung des B – ist nicht begangen worden.

- b) Die Tat ist ohne Zutun des A unterblieben. Auch wenn A keine Rücktrittsbemühungen unternommen hätte, wäre es zu keiner Tötungshandlung des C gekommen. Daß C niemanden getötet – und dies auch nicht versucht – hat, beruht auf anderen Ursachen als auf einer Rücktrittsleistung des A.
- c) Indem A bei C anrief und dann sofort zu B fuhr, um die Tat zu verhindern, hat er sich um Tatverhinderung bemüht.
- d) Das Bemühen war freiwillig, weil A nicht durch äußeren Zwang zu seiner Tatverhinderungsbemühung gedrängt wurde.
- e) Das Bemühen war ernsthaft, da A alles in seiner Macht stehende und aus seiner Sicht zur Verhinderung der Tat erforderliche versucht hat, um den C von der Tötung des B abzuhalten. Dem könnte man aber entgegenhalten, daß A noch mehr hätte tun können und müssen : Die Gefahr, daß C gerade unterwegs ist, um den Tötungsauftrag auszuführen, war noch nicht vollkommen gebannt. Um wirklich sicher zu gehen, hätte A noch einmal zu B fahren und nachschauen müssen, ob nicht inzwischen der C gekommen und das Attentat auf B ausgeführt hat bzw. im begriff ist, auszuführen. Insofern erscheinen die Abwendungsbemühungen des A nicht optimal und deswegen nicht als “ernsthaft”.

Auf Grund der Tatverhinderungsbemühung ist die Strafbarkeit aus §§ 212, 30 I StGB aufgehoben worden; das gegenteilige Ergebnis ist begründbar.

8. Ergebnis

A hat sich nicht aus §§ 211 / 212, 30 I StGB strafbar gemacht; aA vertretbar.

V. Nichtanzeige geplanter Straftaten, § 138 I Nr. 5 StGB

1. Objektiver Tatbestand

- a) C hatte vor, einen Mord zu begehen (Vorhaben).
- b) A hatte von diesem Vorhaben Kenntnis.
- c) A hatte von dem Vorhaben zu einer Zeit Kenntnis, zu der die Ausführung noch abgewendet werden konnte.
- d) A hat das Tatvorhaben des C weder dem B noch einer Behörde angezeigt.
- e) Fraglich ist, ob A überhaupt anzeigepflichtig war.

aa) Die h. M. verneint dies, weil A selbst an der von C geplanten Tat in zunächst (der Rücktritt erfolgte erst später) strafbarer Weise beteiligt war (§§ 212, 30 I StGB). Tatbeteiligte seien nicht anzeigepflichtig, selbst wenn sich ihre Mitwirkung an dem Vorhaben in einer von vornherein straflosen oder auf Grund strafbefreienden Rücktritts straflosen Vorbereitung erschöpft (Lackner/Kühl § 138 Rn. 6). Nach dieser Ansicht hat sich A nicht aus § 138 I Nr. 5 StGB strafbar gemacht.

bb) Eine Mindermeinung bejaht auch eine Anzeigepflicht des Tatbeteiligten (SKStGB-Rudolphi § 138 Rn. 19). Nach dieser Ansicht könnte A aus § 138 I Nr. 5 StGB strafbar sein.

Eine Entscheidung dieses Meinungsstreits ist hier nicht notwendig, da A auch nach der zweiten Auffassung letztlich straflos ist (siehe unten 5.).

2. Subjektiver Tatbestand

A hat die Anzeige vorsätzlich unterlassen, § 15 StGB.

3. Rechtswidrigkeit

Die Nichtanzeige war rechtswidrig.

4. Schuld

A handelte schuldhaft.

5. Strafaufhebungsgrund

A ist aber gemäß § 139 IV 2 StGB straffrei, da er sich ernsthaft um Verhinderung der Tat bemüht hat; aA vertretbar.

6. Ergebnis

A hat sich nicht aus § 138 I Nr. 5 StGB strafbar gemacht; aA vertretbar.

Frage 2

Eine Pflicht zur Benachrichtigung des A und des V bestünde, wenn A und V ein Recht auf

Anwesenheit während der richterlichen Vernehmung der E hätten.

1. Anwesenheitsrechte bei richterlichen Vernehmungen sind in § 168 c StPO geregelt.

Eine Benachrichtigungspflicht gegenüber den anwesenheitsberechtigten Personen besteht gem. § 168 c V StPO.

a) § 168 c I StPO greift hier nicht ein. Zwar handelt es sich bei der Vernehmung der E um eine Beschuldigtenvernehmung. Bei dieser Vernehmung haben aber nur die Staatsanwaltschaft und der Verteidiger ein Anwesenheitsrecht. Mit "Verteidiger" ist der *Verteidiger der E* gemeint. Der Verteidiger des A hat nach § 168 c I StPO ebensowenig ein Anwesenheitsrecht wie der A selbst.

b) Auch § 168 c II StPO greift nicht ein. Die Vernehmung der E ist weder die Vernehmung eines Zeugen noch die Vernehmung eines Sachverständigen. E wird als Beschuldigte vernommen. Daß sie neben dem A *Mitbeschuldigte* ist, macht sie nach h. M. nicht zur Zeugin in bezug auf die Tat des A. Im Gegenteil : Gerade in der Position der Mitbeschuldigten ist E von der Zeugenrolle ausgeschlossen und zwar auch bezüglich der Tat des A.

2. Analoge Anwendung

Da weder § 168 c I StPO noch § 168 c II StPO ihrem Wortlaut nach erfüllt sind, läßt sich ein Anwesenheitsrecht des A und des V nur über eine *analoge Anwendung* dieser beiden Vorschriften – oder einer von beiden – begründen. Analogie setzt zweierlei voraus (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft 6. Aufl. 1991, S. 381 ff):

a) Die Nichtregelung eines Anwesenheitsrechts für Mitbeschuldigte und ihre Verteidiger muß eine *planwidrige Lücke* des Gesetzes sein.

b) Die *ratio legis* der analog anzuwendenden Vorschrift (§ 168 c I, II StPO) muß auch den nicht geregelten Fall erfassen (Rechtsähnlichkeit des ungeregelten Falles).

Der BGH und ein Teil der Literatur verneinen im vorliegenden Fall bereits die planwidrige Gesetzeslücke (BGHSt 42, 391 ff). Der Gesetzgeber habe bewußt von der Einräumung eines Anwesenheitsrechts für Mitbeschuldigte abgesehen.

Die h. M. in der Literatur bejaht sowohl die planwidrige Regelungslücke als auch das identische Regelungsbedürfnis (Hellmann Strafprozeßrecht 1998, Teil II § 5 Rn. 15 = S. 136; Rieß NStZ 1997, 353; Fezer JZ 1997, 1019). Nach h. M. hätten A und V ein Anwesenheitsrecht. Sie hätten daher von dem Vernehmungstermin benachrichtigt werden müssen, es sei denn, die Voraussetzungen des § 168 c V 2 StPO lägen vor.

Frage 3

Die Liebesbriefe sind im Strafverfahren unverwertbar, wenn sie einem Verwertungsverbot unterliegen.

1. Ein Verwertungsverbot könnte sich aus §§ 94 ff. StPO ergeben.

a) Da die Voraussetzungen des § 94 I, II StPO vorlagen, durften die Briefe grundsätzlich beschlagnahmt werden.

b) Da Gefahr im Verzug (Gefahr des Beweisverlusts wegen der mit der Einschaltung des Richters verbundenen Verzögerung) bestand, durfte der Kriminalpolizeibeamte die Beschlagnahme anordnen, da er Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft ist, § 98 I 1 StPO.

c) Die Briefe sind aber unverwertbar, wenn sie einem Beschlagnahmeverbot gem. § 97 StPO unterliegen.

aa) Es ist einhellig anerkannt, daß die gegen § 97 StPO verstoßende Beschlagnahme zur Unverwertbarkeit der beschlagnahmten Gegenstände führt (SKStPO-Rudolphi, § 97 Rn. 64; Löwe-Rosenberg-Schäfer § 97 Rn. 103).

bb) Die Briefe enthalten schriftliche Mitteilungen, § 97 I Nr. 1 StPO.

cc) Die Mitteilungen sind von E an A gerichtet. A ist Beschuldigter iSd § 97 I Nr. 1 StPO.

dd) Da E die Schwägerin des A ist, sind beide in der Seitenlinie im ersten Grad miteinander verschwägert. Deshalb sind sie im Verhältnis zueinander Personen, denen gem. § 52 I Nr. 3 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht im Strafverfahren gegen den jeweils anderen zusteht.

ee) Allerdings ist fraglich, ob ihnen in der konkreten Verfahrenssituation ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Sowohl auf Grund des materiellstrafrechtlichen Zusammenhangs der gegen sie erhobenen Vorwürfe als auch auf Grund der formellen Verbindung der Verfahren gegen sie sind A und E *Mitbeschuldigte*. Als Mitbeschuldigte können sie ebensowenig Zeuge sein wie als Alleinbeschuldigte und zwar auch in bezug auf den gegen den anderen Mitbeschuldigten erhobenen Tatvorwurf (Hellmann Strafprozeßrecht, Teil IV§ 3 Rn. 18 ff. = S. 220; Beulke Strafprozeßrecht 3. Aufl. 1998 Rn. 185). Mitbeschuldigte haben deshalb auch kein Zeugnisverweigerungsrecht auf Grund einer Angehörigenbeziehung zum anderen Mitbeschuldigten (Löwe-Rosenberg-Dahs § 52 Rn. 3). Mangels Zeugnisverweigerungsrecht kann auch ein Beschlagnahmeverbot aus § 97 I Nr. 1 StPO nicht bestehen, wenn es um schriftliche Mitteilungen geht, die ein Mitbeschuldigter an den anderen Mitbeschuldigten gerichtet hat (SKStPO-Rudolphi, § 97 Rn. 10, der dies allerdings im Zusammenhang mit dem Gewahrsamserfordernis des § 97 II 1 StPO erörtert).

ff) Das Beschlagnahmeverbot entfällt nach h. M. auch aus dem weiteren Grund, daß sich die Briefe im Zeitpunkt der Beschlagnahme nicht im Gewahrsam eines Zeugnisverweigerungsberechtigten befanden, wie § 97 II 1 StPO es voraussetzt, sondern im Gewahrsam eines (Mit-)Beschuldigten.

gg) Eine abweichende Meinung vertritt der Aufgabensteller (vgl. Mitsch, Festschrift für Theodor Lenckner, 1998, S. 721 ff.), der folgendermaßen differenziert :

(1) Soweit es um die Verwertung der Briefe gegen A geht, besteht kein Beschlagnahmeverbot, weil A insofern nicht schlechter steht, als er stünde, wenn die Verfahren gegen ihn und gegen E nicht miteinander verbunden worden wären. A ist Beschuldigter und die Briefe befinden sich in seinem Gewahrsam, also nicht - wie § 97 II 1 StPO es voraussetzt - im Gewahrsam eines Zeugnisverweigerungsberechtigten.

(2) Soweit es um die Verwertung der Briefe gegen E geht, greift § 97 I Nr. 1 StPO ein. Denn in diesem Verhältnis erfüllt A alle Voraussetzungen eines Zeugnisverweigerungsberechtigten. Außerdem ist er in dieser Rolle zugleich Inhaber des Gewahrsams an den Briefen. Die Mitbeschuldigten-Stellung des A steht der Bejahung der Voraussetzungen des § 52 I Nr. 3 StPO und des § 97 I Nr. 1 StPO nicht entgegen. Denn durch die Verfahrensverbindung, welche die Mitbeschuldigten-Rolle begründet hat, darf die prozessuale Rechtsstellung, die ohne diese Verfahrensverbindung bestünde, nicht beseitigt werden. Wären die Verfahren gegen A und E nicht miteinander verbunden, könnte A in dem Verfahren gegen E Zeuge sein, da er - nach dem herrschenden formellen Mitbeschuldigten-Begriff (Hellmann Strafprozeßrecht, Teil IV § 3 Rn. 20) - nicht Mitbeschuldigter wäre. Folglich hätte er ein Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 I Nr. 3 StPO, an das das Beschlagnahmeverbot aus § 97 I Nr. 1 StPO anknüpft.

2. Verwertungsverbot aus Art. 1, 2 GG

Wer der h. M. folgt und ein Verwertungsverbot aus § 97 I Nr. 1 StPO ablehnt, muß noch ein unmittelbar aus dem Grundgesetz abgeleitetes Verwertungsverbot erörtern (vgl. dazu Küpper JZ 1990, 416 ff.). Dies wäre auf der Grundlage der in den "Tagebuch"- und "Telefon"- Fällen erarbeiteten Leitsätze zu beurteilen. Wenn der Inhalt der Briefe dem höchstpersönlichen *Kernbereich der Persönlichkeit* zuzurechnen ist, unterliegt er einem absoluten Verwertungsverbot. Das ist bei dem intimen Thema der Briefe naheliegend, letztlich aber Tatfrage und kann hier ohne genaue Kenntnis des Briefinhalts nicht eindeutig geklärt werden (Hellmann Strafprozeßrecht, Teil II § 4 Rn. 172 = S. 125).

Frage 4

1. Abweichungen in Bezug auf eine Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags bzw. versuchten Mordes (sowie Ansiftung dazu) ?

Die Nichtexistenz des Tatopfers, auf das sich der Tötungsvorsatz des Täters (sowie des Anstifters) bezieht, steht einer Strafbarkeit wegen Versuchs nicht entgegen. Solange der Täter (bzw. Anstifter) vom Tod des Opfers keine Kenntnis hat, hat er den Vorsatz, zur Tötung eines lebenden Menschen unmittelbar anzusetzen und den Tod zu verursachen. Es handelt sich um einen untauglichen Versuch, der nach deutschem Strafrecht mit Strafe bedroht ist.

Also im Ergebnis keine Abweichung.

2. Abweichungen in Bezug auf eine Strafbarkeit wegen Bereiterklärung zur Begehung eines Mordes/Totschlags bzw. versuchter Anstiftung zur Begehung eines Mordes / Totschlags ?

Es gilt das gleiche wie oben (1.) : Auch im Rahmen des § 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB und § 30 Abs. 1 StGB kommt es nur auf das Vorstellungsbild des Beteiligten an. Geht er davon aus, dass das Opfer, auf das der Tötungsvorsatz sich bezieht, lebt, so ist Strafbarkeit aus § 30 Abs. 1 StGB bzw. § 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB begründet.

Also ebenfalls keine Abweichung vom Ausgangsfall.