

ENTSCHEIDUNGEN/ANMERKUNGEN

Möglichkeit der Anstiftung eines strafunmündigen Kindes

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

Gründe:

¹ Das *LG* hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes, gefährlicher Körperverletzung und vorsätzlicher Körperverletzung in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt, ihn im Übrigen freigesprochen und als Kompensation für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung drei Monate der verhängten Freiheitsstrafe als vollstreckt erklärt. Die auf die nicht ausgeführte Verfahrensrüge und die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten führt zu der aus der Beschlussformel ersichtlichen Änderung des Schuldspruchs; im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

² Nach den Feststellungen des *LG* floh die Nebenklägerin, die Schwägerin des Angeklagten, aus Angst vor einem weiteren sexuellen Übergriff durch diesen am 4. April 2018 mit ihren Kindern in ein Frauenhaus. Wenige Tage später verließ ihr 11-jähriger Sohn T. H. das Frauenhaus wieder, um für einen „vorher festgelegten Zeitraum von wenigen Wochen“ seinen Vater, den Bruder des Angeklagten, zu besuchen.

³ „Ende April 2018“ holte der Angeklagte T. H., dessen Alter er kannte, mit dem Auto aus der väterlichen Wohnung ab und fuhr mit ihm in die K. er Innenstadt. Dabei forderte er ihn auf, nach der bevorstehenden Rückkehr in das Frauenhaus seine Mutter zu töten. „Er solle 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. Auf seinem Mobiltelefon zeigte er ihm zudem ein Video, in dem ein Mann eine andere Person erstach. Weitere Vorgaben zur Tat machte er nicht; das Kind sollte sie „eigenmächtig zu einer von ihm selbst bestimmten Zeit begehen.“ „Da T. noch klein sei, könne dieser nicht bestraft werden, während er, der Angeklagte, eine große Strafe bekommen und ins Gefängnis kommen würde, wenn er das mache.“ Im Gegenzug versprach er dem Kind Süßigkeiten, die Rückgabe von weggenommenen Spielsachen und den Kauf eines Motorrades. Der Junge ging auf das ernst gemeinte Ansinnen des Angeklagten zum Schein ein, weil er befürchtete, andernfalls seine Mutter nicht wiedersehen zu dürfen. Der Angeklagte brachte T. H. anschließend wieder in die väterliche Wohnung, ohne danach noch einmal Kontakt zu ihm aufzunehmen.

⁴ Die geplante Rückkehr von T. H. zu seiner Mutter „nur wenige Tage nach dem Geschehen“ scheiterte, weil diese das Frauenhaus bereits am 13. April 2018 verlassen hatte und unbekanntem Aufenthalts war. Erst „um den 17. Juli 2028“ kehrte T. H. wieder zu ihr zurück und offenbarte ihr sogleich das Ansinnen des Angeklagten.

II.

⁵ Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen den Schuldspruch wegen versuchten Mordes in mittelbarer Täterschaft nicht. Sie belegen weder, dass der Angeklagte täterschaftlich handeln wollte (dazu unter 1.), noch, dass er nach seiner Vorstellung von der Tat zu ihr unmittelbar angesetzt hat (2.), rechtfertigen jedoch die Annahme einer versuchten Anstiftungshandlung (3.).

⁶ 1. In mittelbarer Täterschaft handelt, wer die vom Täterwillen getragene objektive Tatherrschaft innehat, das Geschehen also mit steuerndem Willen in den Händen hält (st. Rspr; vgl. etwa *BGH*, Ur. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347 [352 ff.]; v. 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270 [296]). Diese Voraussetzungen liegen – die Vorstellung des Angeklagten zugrunde gelegt – nicht vor.

⁷ a) Ob das Veranlassen einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines Strafunmündigen nur als mittelbare Täterschaft anzusehen ist oder auch als bloße Anstiftung zu bewerten sein kann, hat der *BGH* bislang nicht tragend entschieden. Er hat in einer Entscheidung (*BGH*, Ur. v. 2.9.1969 – 1 StR 280/69) das Bemühen eines Angeklagten, einen 13-Jährigen zu einer Tötung zu überreden, nur deshalb nicht als Versuch der Beteiligung (§ 49a Abs. 1 StGB a.F.) angesehen, weil es dem Angeklagten am Teilnehmerwillen des Anstifters gefehlt habe. Einen über die Subsumtion m Einzelfall hinausgehenden Rechtssatz hat das insoweit nicht näher begründete Urteil damit jedoch nicht aufgestellt. Das *RG* hat die Anstiftung eines strafunmündigen Kindes für möglich gehalten, das „wenn auch vielleicht nicht volles, so doch genügendes Verständnis“ für sein Tun gehabt habe (RGSt 61, 265 [267]).

⁸ b) In der Literatur ist die Frage umstritten, ob die Einflussnahme auf einen Strafunmündigen mit dem Ziel, ihn zur Begehung einer Straftat zu bewegen, nur in der Form der mittelbaren Täterschaft oder auch als Anstiftung möglich ist.

- ⁹ aa) Verbreitet wird vertreten, dass der die Tat eines Strafunmündigen veranlassende Hintermann stets und ausschließlich als mittelbarer Täter anzusehen sei (vgl. etwa *Schünemann/Greco* in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. [2021], § 25 Rn. 134 f.; *Joecks/Scheinfeld* in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. [2021], § 25 Rn. 110; *Murmann*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. [2021], § 25 Rn. 18; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. [2019], § 25 Rn. 44; *Kudlich*, in: BeckOK-StGB, 58. Ed. [Stand: 1.8.2023], § 25 Rn. 27.1; *Roxin*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 52 Rn. 157 ff.).
- ¹⁰ (1) Dieses Ergebnis wird teilweise aus einer rein normativen Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung hergeleitet und etwa Tatherrschaft aufgrund rechtlicher Überlegenheit (*Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. [1996], S. 668; *Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. [2020], § 25 Rn. 108) oder aufgrund von „Verantwortlichkeitsherrschaft“ angenommen (*Herzberg*, in: Amelung, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse, S. 33, 40 ff.; dazu auch *Hoyer*, in: FS Herzberg, 2008, S. 379 [383 f. m.w.N.]). Vertreter dieser Ansichten sehen damit jeden, der ohne deliktisch verantwortliches Dazwischentreten eines anderen einen Taterfolg herbeiführt, als Täter an, so dass auch die gesetzlich angeordnete Strafflosigkeit nach § 19 StGB notwendig zur mittelbaren Täterschaft des Hintermanns führt. Bei tatsächlicher Betrachtung seien die Übergänge zwischen dem voll verantwortlich handelnden Täter und dem unverantwortlichen Werkzeug fließend, im Interesse einer trennscharfen Abgrenzung müsse die Unterscheidung daher an normativen Kriterien ausgerichtet werden (*Puppe*, GA 2013, 514 [527 f.]; ähnlich *Schünemann/Greco*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. [2021], § 25 Rn. 135).
- ¹¹ (2) Andere Autoren begründen dieses Ergebnis insbesondere für Kinder mit einer dem § 19 StGB entnommenen Wertung des Gesetzgebers. Als Folge der gesetzlich angeordneten Strafunmündigkeit treffe die Verantwortung für das Tun von Kindern den tatveranlassenden Hintermann (*Murmann*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. (2022), § 25 Rn. 18; *Kudlich*, in: Beck-OK, 58. Ed. [Stand:1.8.2023], § 25 Rn. 27.1). Zwar enthalte § 19 StGB lediglich einen generalisierenden Maßstab, der alle Kinder unabhängig von ihrer individuellen Konstitution und den Tatumständen für schlecht- hin schuldunfähig erklärt. Eine solche pauschale Grenzziehung sei aber unerlässlich, um sichere Ergebnisse zu ermöglichen (*Roxin*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 3, 2021, § 52 Rn. 160). Es sei der Strafjustiz nach der Wertung des § 19 StGB untersagt, danach zu fragen, ob der kindliche Täter im konkreten Fall in der Lage war, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln (*Joecks/Scheinfeld*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 4. Aufl. [2021], § 25 Rn. 109).
- ¹² bb) Die Gegenansicht nimmt eine mittelbare Täterschaft nur dann an, wenn das Kind im Einzelfall tatsächlich ohne Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit handelte und sieht andernfalls lediglich eine Teilnahme strafbarkeit des Hintermanns (vgl. etwa *Haas*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. [2020], § 25 Rn. 34; *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. [2011], 21. Abschnitt Rn. 96; *Bockelmann/Volk*, Strafrecht AT, 4. Aufl. [1987], S. 194 f.; *Welzel*, Strafrecht, 11. Aufl. [1969], S. 103; so auch noch *Joecks*, in: MüKo-StGB, Bd. 1, 3. Aufl. [2017], § 25 Rn. 104).
- ¹³ c) Nach Auffassung 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. Ob dies der Fall ist, richtet sich nicht nach starren Regeln, sondern ist im Einzelfall durch wertende Betrachtung des Gesamtgeschehens zu ermitteln. Von besonderer Bedeutung ist dabei, inwieweit der Strafunmündige nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der ihm angetragenen Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Ein dahingehendes Defizit begründet regelmäßig Steuerungsmacht und damit Tatherrschaft des Bestimmenden. Das Bestehen eines solchen Defizits mag zwar durch das kindliche Alter indiziert sein. Im Einzelfall ist allerdings, etwa aufgrund der Reife des Kindes, der Modalitäten seiner Beeinflussung oder der Offenkundigkeit des Tatumrechts, eine andere Bewertung möglich. Dies ergibt sich aus Folgendem:
- ¹⁴ aa) Dass das Veranlassen der Tat eines schuldlos Handelnden sowohl als mittelbare Täterschaft als auch als Anstiftung zu bewerten sein kann, ergibt eine an Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte orientierte Gesetzesauslegung. Diese grundsätzliche Anwendbarkeit beider Beteiligungsformen spricht entscheidend gegen eine rein normative Abgrenzung der Täterschaft von der Teilnahme, weil eine solche stets zur Annahme von Täterschaft führen würde und für die Teilnahme kein Anwendungsraum verbliebe.
- ¹⁵ (1) Wortlaut und Systematik der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelungen lassen die Anstiftung Schuldunfähiger zu. Die Regelung des § 26 StGB setzt lediglich eine vorsätzliche rechtswidrige, nicht aber eine schuldhaft Haupt- tat voraus („limitierte Akzessorietät“). Dies entspricht auch der gesetzlichen Grundregel, wonach jeder Beteiligte nach seiner Schuld bestraft wird (§ 29 StGB).
- ¹⁶ (2) Die historische Entwicklung der gesetzlichen Regelungen von Täterschaft und Teilnahme und die zugrunde liegenden Gesetzesmaterialien bestätigen, dass der Gesetzgeber das Bestimmen eines schuldlos Handelnden nicht in jedem Fall als (mittelbare) Täterschaft angesehen wissen wollte und gerade deshalb durch die Limitierung der Akzessorietät Raum für eine Teilnahme strafbarkeit geschaffen hat.
- ¹⁷ (a) Bei Einführung des Reichsstrafgesetzbuchs zum 1. Januar 1872 war die Strafbarkeit eines Teilnehmers von der Strafbarkeit des Haupttäters abhängig; als Anstifter wurde nach § 48 RStGB bestraft, wer einen anderen zu einer „strafbaren Handlung“ bestimmt hatte. Diese „strenge Akzessorietät“ wurde bald aus Sorge vor einer ungerechtfertigten Strafflosigkeit des Teilnehmers Gegenstand verschiedener Reformvorschläge (vgl. *Vormbaum*, Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai

1943, 2011, S. 29 ff.). Diese Bestrebungen griffen schließlich die Strafrechtsangleichungsverordnung und deren Durchführungsverordnung vom 29. Mai 1943 (RGBl. I S. 339, 341) auf und ließen für die Teilnahme strafbarkeit auch eine schuldlos begangene Haupttat genügen. Als Anstiftung wurde fortan das Bestimmen zu einer „mit Strafe bedrohten Handlung“ bewertet. Die Begründung verwies dabei ausdrücklich auf die andernfalls mögliche Strafflosigkeit bei der Unterstützung der Tat eines „Geisteskranken“ (vgl. *Vormbaum*, Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943, 2011, S. 32 f. und 77).

¹⁸ Zu der Aufgabe der strengen Akzessorietät (auch) für die Anstiftung hätte indes kein Anlass bestanden, wenn der Gesetzgeber der Ansicht gewesen wäre, dass das Strafbarkeitsdefizit des unmittelbar Handelnden notwendig die (mittelbare) Täterschaft des Bestimmenden begründe. Die Figur der mittelbaren Täterschaft war nämlich – wenn auch noch nicht ausdrücklich geregelt – in Rechtsprechung und Strafrechtswissenschaft bereits zu jener Zeit fest etabliert, und zwar insbesondere auch für Fälle eines schuldunfähigen Tatmittlers (vgl. schon RGSt 1, 146 [148]; zu den historischen Ursprüngen *Hruschka*, ZStW 1998, 581 [595 ff.]).

¹⁹ (b) An dem so geschaffenen Nebeneinander der möglichen Beteiligungsformen an schuldlos begangenen Taten hat der Gesetzgeber später bewusst festgehalten. Der „Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962“ vom 4. Oktober 1962 sah in § 29 Abs. 1 StGB-E die gesetzliche Anerkennung der Tatbegehung „durch einen anderen“ vor (BT-Drs. IV/650, S. 15) und führte in der Begründung hierzu aus, mittelbare Täterschaft „kann in verschiedenen Erscheinungsformen auftreten“, beispielsweise, wenn der Tatmittler schuldlos sei (BT-Drs. IV/650, S. 149). Gleichzeitig hielt der Entwurf – unter ausdrücklichem Verweis auf die mit der Strafrechtsangleichungsverordnung bezweckte Strafbarkeit für die Beteiligung an der Tat eines Zurechnungsunfähigen – an der limitierten Akzessorietät der Teilnahme fest (BT-Drs. IV/650, S. 148). Für die Abgrenzung zwischen den beiden Beteiligungsformen wird auf das Kriterium der Tatherrschaft verwiesen, die entweder dem Täter der Haupttat (Anstiftung) oder dem Hintermann (mittelbare Täterschaft) zukomme (BT-Drs. IV/650, S. 150). Diese Vorschläge sind mit dem 2. Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969 (BGBl. I, S. 717) ohne insoweit relevante Änderungen (vgl. Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drs. V/4095, S. 12 f.) in geltendes Recht umgesetzt worden.

²⁰ bb) Für die Beteiligung an der Tat eines strafunmündigen Kindes gelten insoweit keine Besonderheiten; auch hier ist eine Anstiftung möglich. Soweit sich Teile des Schrifttums auf eine entgegenstehende gesetzgeberische Wertung des § 19 StGB berufen, findet dies weder im Gesetz noch in den Gesetzesmaterialien eine Stütze.

²¹ (1) Das Gesetz begründet in § 19 StGB eine unwiderlegbare Vermutung der Schuldunfähigkeit (vgl. BT-Drs. IV/650, S. 137). Indem es ausdrücklich an die Deliktsstufe der Schuld anknüpft, lässt es angesichts der limitierten

Akzessorietät eine strafbare Anstiftung grundsätzlich zu. Der Normzweck – das Festlegen einer pauschalen Grenze für die Strafmündigkeit – gebietet es ebenfalls nicht, dem § 19 StGB Auswirkungen auf die Strafbarkeit eines Hintermanns zuzuerkennen. Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber bei der Regelung der Strafmündigkeit mögliche Auswirkungen auf die Strafbarkeit von Beteiligten überhaupt in den Blick genommen hat (vgl. BT-Drs. I/3264, S. 39; BT-Drs. IV/650, S. 137; BT-Drs. 7/1261, S. 4). Das Schweigen der Gesetzesmaterialien zu dieser Frage legt vielmehr nahe, dass es insoweit bei den allgemeinen Regeln bleiben sollte.

²² (2) Dafür spricht auch, dass der Gesetzgeber die Regelung in der Form einer gesetzlichen Vermutung getroffen hat. Diese leitet aus dem Alter das Fehlen der Schuldfähigkeit her. Sie zwingt den Rechtsanwender bei Kindern mithin – anders als bei Jugendlichen gemäß § 3 S. 1 JGG – ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Verhältnisse der Reife und der Kompetenzentwicklung zu einer bestimmten rechtlichen Bewertung. Sie trifft damit aber keine Aussage über die tatsächlichen Verhältnisse. Da für die Frage der Steuerungsmacht des Tatveranlassers aber ausschließlich die tatsächlichen Verhältnisse Relevanz haben, kommt § 19 StGB insoweit kein Bedeutungsgehalt zu.

²³ (3) Schließlich spricht angesichts der Vorschrift des § 3 S. 1 JGG nichts dafür, dass der Gesetzgeber eine Feststellung der Schuldfähigkeit im Einzelfall für undurchführbar gehalten hätte. Allerdings wird angesichts der empirischen Erkenntnisse, die der Festsetzung der Altersgrenze in § 19 StGB zugrunde liegen (vgl. dazu *Eisenberg/Kölbl*, JGG, 24. Aufl. [2023], § 3 Rn. 8; *Verrel/Linke/Koranyi*, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. [2021], § 19 Vorb. Rn. 1), in aller Regel davon auszugehen sein, dass bei Kindern tatsächlich ein Defizit vorliegt, das die Tatherrschaft des Hintermanns begründet; unausweichlich ist dies indes nicht.

²⁴ cc) 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. So ist anerkannt, dass auch ein strafrechtlich voll Verantwortlicher nach den Umständen des Einzelfalls als Werkzeug eines anderen anzusehen sein kann (vgl. etwa *BGH*, Ur. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347 [352 ff.]; v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218 [232 ff.]; v. 13.9.1994 – 1 StR 357/94, BGHSt 40, 257 [266 ff.]; v. 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270 [296]). Auch hier hängt die Frage der Täterschaft des Veranlassenden mithin nicht abstrakt von der Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des unmittelbar Handelnden ab.

²⁵ d) Bei Anwendung dieses Maßstabs kam dem Angeklagten in dem von ihm vorgestellten Tatablauf keine Tatherrschaft zu. Aus den vom *LG* getroffenen Feststellungen ergibt sich, dass er an der Reife des T. H. zur Einsicht in das augenfällige Unrecht der Tat – Tötung der eigenen

Mutter – nicht zweifelte. Denn er versuchte nicht, dem Kind das Unrecht der Tat zu verschleiern oder sich sonst ein altersbedingtes Reifedefizit zunutze zu machen. Er legte das Unrecht seines Ansinnens vielmehr offen, indem er erklärte, dass er selbst – würde er die Tat begehen – ins Gefängnis käme. Auch sonst begründete der kurze Kontakt mit dem Kind keinen steuernden Einfluss des Angeklagten auf das weitere Geschehen. Er gab die Wahl des in ungewisser Zukunft liegenden Tatzeitpunkts und die Einzelheiten der Tatausführung aus der Hand und überantwortete beides gänzlich dem Kind. Die Tat sollte nach seiner Vorstellung zudem nach dessen Rückkehr in das Frauenhaus begangen werden, mithin an einem ihm unbekanntem Ort, an dem er – wie er wusste – keinerlei Einfluss ausüben konnte. Nach alledem kam dem Angeklagten nach seiner Vorstellung ein bestimmender Einfluss auf die Tatbegehung nicht zu.

²⁶ 2. Die Feststellungen belegen zudem nicht, dass der Angeklagte zur Tötung seiner Schwägerin unmittelbar angesetzt hat.

²⁷ a) Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB) erfordert, dass der Täter eine Handlung vornimmt, die nach dem Tatplan in ungestörtem Fortgang ohne Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandsverwirklichung einmünden oder in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen soll; dies kann schon gegeben sein, bevor der Täter eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt (st. Rspr.; vgl. *BGH*, Urt. v. 8.12.2021 – 5 StR 236/21, *NStZ* 2022, 409 [412]; v. 20.3.2014 – 3 StR 424/13, *NStZ* 2014, 447 [448 m.w.N.]).

²⁸ Bezieht der Täter notwendige Beiträge eines Tatmittlers in seinen Plan ein, kann bereits dessen Beeinflussung ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes sein. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Täter seine Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen hat und ihn in der Vorstellung entlässt, dieser werde die tatbestandsmäßige Handlung nunmehr in engem zeitlichem Zusammenhang vornehmen. Die Einwirkung auf den Tatmittler ist hingegen bloße Vorbereitungshandlung, wenn sie erst nach längerer Zeit zur Tatbegehung führen soll oder wenn ungewiss bleibt, ob und wann sie Wirkung entfaltet. In diesen Fällen der Verzögerung oder Ungewissheit der Tatausführung durch den Tatmittler beginnt der Versuch erst, wenn der Tatmittler seinerseits unmittelbar zur Erfüllung des Tatbestandes ansetzt. Entscheidend für die Abgrenzung ist mithin, ob nach dem Tatplan die Handlungen des Täters schon einen derartigen Angriff auf das geschützte Rechtsgut enthalten, dass es bereits gefährdet ist und der Schaden sich unmittelbar anschließen kann, oder ob die Begründung einer solchen Gefahr dem noch

ungewissen späteren Handeln des Tatmittlers überlassen bleibt (vgl. *BGH*, Urt. v. 23.10.2019 – 2 StR 139/19, *NJW* 2020, 559 [560]; Beschl. v. 6.2.2014 – 1 StR 577/13, *NZWiSt* 2014, 432 [436]; Urt. v. 12.8.1997 – 1 StR 234/97, *BGHSt* 43, 177 [179 f.]).

²⁹ b) An diesen Maßstäben gemessen setzte der Angeklagte durch die Beeinflussung seines Neffen noch nicht zur Tötung unmittelbar an. Nach seinem Tatplan sollte der Junge erst in einigen Tagen zu seiner Mutter zurückkehren und die Tat auch dann nicht notwendig sogleich begehen; die Wahl des Tatzeitpunkts überließ er vielmehr dem Kind. Wann es zur Tatbegehung kommen würde, war daher ungewiss. Bei objektiver Bewertung des vom Angeklagten vorgestellten Geschehensablaufs hatte sich die Gefahr für das geschützte Rechtsgut zum Zeitpunkt der Beendigung der Einwirkung auf das Kind noch nicht in einer Weise konkretisiert, dass sich ein Schaden unmittelbar anschließen konnte.

³⁰ 3. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tragen indes die vom *LG* hilfsweise erwogene Verurteilung wegen versuchter Anstiftung zum Mord (§ 30 Abs. 1 StGB). Da die Tat – wäre sie zur Vollendung gelangt – als Anstiftung anzusehen wäre, kommt es nicht darauf an, ob § 30 Abs. 1 StGB auf die nicht ins Versuchsstadium gelangte mittelbare Täterschaft Anwendung finden kann (vgl. dazu *Schünemann/Greco*, in: *LK-StGB*, Bd. 2, 13. Aufl. [2021], § 30 Rn. 24; *Joecks/Scheinfeld*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. [2021], § 30 Rn. 13; *Hoyer*, *SK-StGB*, Bd. 1, 9. Aufl. [2017], § 30 Rn. 5 ff.).

³¹ Der *Senat* hat den Schuldspruch wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich geändert. Die Regelung des § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, weil schon die unverändert zur Hauptverhandlung zugelassene Anklage ihm im Fall 1 eine versuchte Anstiftung zum Mord zur Last gelegt hat.

III.

³² Die Änderung des Schuldspruchs lässt den Strafausspruch unberührt. Das *LG* hat seiner Strafzumessung den nach § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB verschobenen Strafrahmen des § 211 StGB zugrunde gelegt, der auch nach § 30 Abs. 1 S. 2, § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB anzuwenden gewesen wäre. Da das *LG* innerhalb des verschobenen Strafrahmens die Mindeststrafe verhängt hat, kann der *Senat* ausschließen, dass es bei zutreffender rechtlicher Bewertung zu einer niedrigeren Einzelstrafe gelangt wäre (§ 337 Abs. 1 StPO).

[...]