

# Zum fünfzigjährigen Jubiläum des „Verfolgerfalls“ (BGHSt 11, 268) Beteiligung des Tatopfers an einem gegen das Tatopfer gerichteten Mordversuch?\*

Von Wiss. Mitarbeiter **Jan Dehne-Niemann**, Heidelberg

*Der Bundesgerichtshof hat 1958 in einer als „Verfolgerfall“ berühmt gewordenen Entscheidung festgestellt, dass Mittäter eines Mordversuchs auch sein kann, wer von einem Komplizen auf der gemeinsamen Flucht irrtümlich für einen Verfolger gehalten und beschossen wird, solange der Einsatz von Schusswaffen zu Tötungszwecken vor der Tat gemeinsam verabredet worden ist. Anlässlich des fünfzigjährigen Jubiläums der Entscheidung wird die Entscheidung einer eingehenden Überprüfung unterzogen.*

## I. Einleitung: Sachverhalt und Entscheidungsinhalt von BGHSt 11, 268

Bei dem zu besprechenden „Verfolgerfall“-Urteil des BGH<sup>1</sup> handelt es sich um einen jener „Fälle, die so unwahrscheinlich sind, dass eigentlich nur die Wirklichkeit sie gebildet haben kann“.<sup>2</sup> Die Entscheidung ist zugleich eines der umstrittensten Judikate der Geschichte der BGH-Strafrechtsprechung. Der nach *Gössel* „eines englischen Kriminalfilms würdige makabre Humor dieses [...] Sachverhalts“<sup>3</sup> lag – leicht vereinfacht – wie folgt:

Nach einem misslungenen Einbruch in das Lebensmittelgeschäft des A flohen die Komplizen M und P vom Tatort. Hinter M lief P im Abstand von ca. 2 m. M, der den P vor sich wähnte, hielt die hinter ihm laufende Person für einen Verfolger. Um einer vermeintlich drohenden Festnahme zu entgehen, schoss er in vermeintlicher Erfüllung der vorherigen Vereinbarung, auf eventuelle Verfolger zu schießen, mit Tötungsvorsatz auf die hinter ihm befindliche Person. Die Kugel traf P nur am rechten Oberarm.<sup>4</sup> Das Landgericht verurteilte M und P wegen versuchten mittäterschaftlichen Mordes. Die dagegen gerichtete Revision des P zum BGH blieb erfolglos. Der BGH führte aus, M sei eines versuchten Mordes gemäß §§ 211, 43 StGB a.F. (heute §§ 211, 22 StGB n.F.) schuldig, weil er auf einen Menschen geschossen hat und diesen töten wollte, um den zuvor begangenen versuchten Einbruchsdiebstahl zu verdecken. Die Personenverwechslung sei als *error in persona* für den Tötungsvorsatz des M ohne Bedeutung. Diesen Mordversuch müsse sich der Komplize P als eine eigene Tat zurechnen lassen.

Die Entscheidung fand zunächst große Beachtung und die Reaktionen im Schrifttum hätten kaum unterschiedlicher ausfallen können.<sup>5</sup> Nachdem die Diskussion um den „Verfolger-

fall“ in jüngerer Zeit verstummt ist, hat sich der BGH, von der Literatur kaum beachtet,<sup>6</sup> in seinem Urteil zum Hoferbenfall ausdrücklich auf BGHSt 11, 268 berufen: Wenn für einen Mittäter der *error in persona* des Komplizen unbeachtlich sei, so gelte Entsprechendes auch für die Zurechnung im Verhältnis zwischen Anstifter und Täter, wenn letzterer einer Personenverwechslung unterliege.<sup>7</sup> Das nunmehr begangene fünfzigjährige Jubiläum der Entscheidung bietet Anlass, den „Verfolgerfall“ einmal einer gründlichen Untersuchung zu unterziehen; ist die Entscheidung doch bislang noch nie unter Behandlung *aller* rechtlich relevanter Problemkreise besprochen worden. Im Vordergrund wird die Problematik stehen, die den „Verfolgerfall“ als bislang einzigartig berühmt gemacht hat und auf die die Entscheidung oftmals reduziert wird, nämlich ob einer mittäterschaftlichen oder teilnehmerschaftlichen Zurechnung des von M abgegebenen Schusses zu P der Umstand im Wege steht, dass letzterer (wenn auch verwechslungsbedingt) beinahe selbst zum Tatopfer geworden wäre (nachfolgend IV. und V.). Mag sich das Rechtsgefühl auch sträuben, das Beinaheopfer P zum Mittäter oder Teilnehmer eines gegen ihn gerichteten Tötungsdeliktes zu machen, so ersetzt doch die intuitive Abneigung gegen ein merkwürdig anmutendes Ergebnis noch keine fundierte dogmatische Begründung. Vor dieser „Bumerangproblematik“ werden zwei vorgelagerte Streitpunkte des Urteils vergleichsweise kurz dargestellt: Es geht darum, ob erstens der Revisionsführer P, der ja überhaupt nicht gehandelt hat, auf der Grundlage des gemeinsamen Tatplans überhaupt Mittäter eines Mordversuchs (an einem fiktiven „echten“ Verfolger) hätte sein können (sogleich II.),<sup>8</sup> und zweitens, ob also der *error in persona*

---

*Küper*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, S. 36 ff.; *Scheffler*, JuS 1992, 920 (921); *Schröder*, JR 1958, 427 (428). Gegen den BGH u.a. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 100 f., 287, 311 ff.; *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 77; *Dehne-Niemann*, StudZR 2004, 225 (234 f.); besonders scharfe Kritik bei *Spendel*, JuS 1969, 314 (318) („im Ergebnis wie in der Begründung [...] abwegig“).

<sup>6</sup> Registriert wurde die Bezugnahme des BGH auf BGHSt 11, 268 nur von *Puppe*, NSTZ 1991, 124; *Roxin*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag, 1992, S. 289 ff.; *ders.*, Anmerkung zu BGHSt 37, 214, JZ 1991, 680; *Stratenwerth*, in: Arzt (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 1992, S. 57 ff.

<sup>7</sup> BGHSt 37, 218. Zu dieser Entscheidung ausführlich *Weber*, StudZR 2005, 403.

<sup>8</sup> Bejahend BGHSt 11, 268 (271); *Roxin* (Fn. 5), S. 311; abl. *Puppe*, Festschrift für Spinellis, 2001, S. 915 ff.; *Rudolphi*, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann, 1979, S. 377 ff.; *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1984, S. 289; ausführlich *Dehne-Niemann*, StudZR 2004, 228.

---

\* Herrn Privatdozent Dr. *Christian Laue*, Heidelberg/Bielefeld, mit den herzlichsten Glückwünschen zum 14.11.2007.

<sup>1</sup> Urteil vom 23.1.1958 – 4 StR 613/57 – BGHSt 11, 268.

<sup>2</sup> *Spendel*, JuS 1969, 314.

<sup>3</sup> *Gössel*, Strafrecht – Mit Anleitungen zur Fallbearbeitung und zur Subsumtion, 8. Aufl. 2001, S. 267.

<sup>4</sup> Zum Originalsachverhalt (mit drei Tatbeteiligten) siehe BGHSt 11, 268. Das Urteil verhält sich freilich nur zur Strafbarkeit des beschossenen Komplizen P.

<sup>5</sup> Dem BGH (jedenfalls im Ergebnis) zustimmend *Gössel* (Fn. 3); *Jescheck*, GA 1959, 65 (73 f.); *Puppe*, NSTZ 1991, 124;

eines Mittäters für den anderen unbeachtlich ist (nachfolgend III.).<sup>9</sup>

## II. Mittäterschaftliche Begehung beim Schuss auf einen Verfolger – Tatherrschaft bei Alternativität der Tatbeiträge?

Zunächst ist zu behandeln, ob der gemeinsame Tatplan von M und P überhaupt auf eine gemeinschaftliche Begehung i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB angelegt war. Da sich die Problemstränge des „Verfolgerfalles“ teilweise überlagern (so betrifft auch die unten sub IV. zu behandelnde Identität von Rechtsgutsträger und präsumtivem Täter die Möglichkeit mittäterschaftlicher Tatbegehung), sei hier ein störungsfreier Ablauf unterstellt und wird auf Grundlage eines Schusses auf einen wirklichen Verfolger überprüft, ob die nach dem Tatplan vorgesehene Mitwirkung des P für mittäterschaftliche Tatbegehung hinreicht.

### 1. Die Begründung des BGH

Der BGH hat auf der Basis eines extrem subjektiven Täterschaftsverständnisses ausgeführt, obschon P selbst kein Tatbestandsmerkmal verwirklicht habe, reiche eine in einer Vorbereitungshandlung liegende geistige Mitwirkung aus, die den Tötungswillen des ausführenden Komplizen stärkt. P habe sich nach dem Tatplan den Tatbeitrag des M – den Schuss auf einen Verfolger – zu Eigen machen wollen.<sup>10</sup> Aber gerade die vorliegende Konstellation verdeutlicht, wie wenig tauglich der „Täterwille“ als Abgrenzungskriterium ist: Es lag ganz offensichtlich nicht im Interesse und Willen des P, von seinem Komplizen angeschossen zu werden.<sup>11</sup> Überdies bleibt von einem auch nach Meinung des BGH zu fordernden eigenen Tatbeitrag nichts übrig, wenn sich dieser in der Verbrechensverabredung vor der Tat erschöpft, die als Tatplan die Grundlage mittäterschaftlicher Zurechnung bildet.<sup>12</sup> Die subjektive Theorie bietet deshalb insbesondere für den „Verfolgerfall“ keine Möglichkeit, die Rolle des P unter die verschiedenen Beteiligungsformen einzuordnen.

Der BGH hat denn auch „hilfsweise“ auf den bereits damals im Schrifttum herrschenden Tatherrschaftsgedanken abgestellt; P sei „an der Tatherrschaft beteiligt“<sup>13</sup> gewesen, weil er den M durch Zwischenrufe an einem Schuss hätte hindern oder diesem in den Arm hätte fallen können. Aber als Erklärung für die Tatherrschaft des P reicht das nicht aus: P hatte keinen Anlass, etwas zu unternehmen, da tatsächlich kein Verfolger vorhanden war und er nicht wissen konnte, dass M infolge einer Verwechslung auf ihn schießen würde. Jederzeitige Steuerungsmacht hat auch ein zufällig des We-

ges kommender Passant,<sup>14</sup> und „hemmungsmächtig“ wegen der Möglichkeit, durch aktiv hinderndes Eingreifen das Gelingen der Tat zu vereiteln, ist zumeist auch ein Teilnehmer, und sei es nur durch rechtzeitige Verständigung der Polizei.<sup>15</sup>

### 2. Fehlende Tatherrschaft bei Alternativität der Tatbeiträge?

Gegen die Annahme von Mittäterschaft sind unter dem Aspekt der Alternativität der Tatbeiträge Zweifel laut geworden.<sup>16</sup> Jeder der Mittäter habe allein und ohne Mitwirkung des anderen einen eventuellen Verfolger ausschalten sollen. Funktionale Tatherrschaft setze gemäß dem Grundsatz der gesetzlichen Bestimmtheit von Straftatbeständen aber stets kumulatives und nicht bloß alternatives Zusammenwirken bei der Erreichung des tatbestandlichen Erfolges voraus. Nach dem Tatplan hatte nicht nur jeder einzelne Beteiligte für sich die letzte und maßgebliche Entscheidung, ob geschossen werden sollte, sondern jeder sollte diese Entscheidung auch jeweils ohne Mitwirkung des anderen ausführen. P könnte demnach nicht Mittäter am Mordversuch des M sein.

### 3. Lösung: Maßgeblichkeit der im Tatplan vorgesehenen Rollenverteilung

Richtig ist es demgegenüber, mit der von Roxin angeführten herrschenden Meinung Mittäterschaft des P anzunehmen, weil nach dem Tatplan die Sicherheit aller davon abhing, dass im kritischen Fall einer den anderen decken und die drohende Gefahr, ergriffen zu werden, abwenden sollte.<sup>17</sup> Hat man gegen Mittäterschaft des P nichts einzuwenden, wenn – in einer Abwandlung des „Verfolgerfalles“ – alle Komplizen auf einen tatsächlichen Verfolger schießen, aber nur einer das Opfer tödlich trifft, so wird deutlich, dass es nicht ausschließlich auf die Gewichtigkeit der Tatbeiträge bei der unmittelbaren Tatausführung ankommen kann. Denn jeder das Opfer nicht treffende Komplize könnte wegen versuchten Mordes bestraft werden.<sup>18</sup> Die Schüsse der Komplizen haben im obigen Beispiel die Wahrscheinlichkeit des Gelingens deutlich erhöht, weil es – ex ante betrachtet – auf den im Schuss liegenden Beitrag jedes einzelnen hätte ankommen können. Genau gleich verhält es sich aber beim tatplangemäßen Schuss nur eines Einzelnen: Die anwesenden Mittäter haben die Wahrscheinlichkeit für das Gelingen der Tötung dadurch deutlich erhöht, dass jeder von ihnen im kritischen Fall auf einen wirklichen Verfolger schießen wollte und auch geschossen hätte. Die zu erbringenden Tatbeiträge müssen deshalb auf der Grundlage des gemeinsamen Tatplans interpretiert werden, und dass die im Alternativverhältnis stehenden Handlungen (je nach Situation soll *entweder M oder P* schießen) gleichwertig und damit maßgeblich mitgestaltend sind, ist nicht zu bezweifeln: Mehr als dass der Erfolg von jedem einzelnen abhängen *kann*, wird auch sonst nicht verlangt.

<sup>9</sup> Dazu BGHSt 11, 268 (272); Küper (Fn. 5), S. 36, 38 f.; Roxin (Fn. 6), S. 290; Hillenkamp (Fn. 5), S. 78; ausführlich Dehne-Niemann, StudZR 2004, 234.

<sup>10</sup> BGHSt 11, 268 (271).

<sup>11</sup> Roxin (Fn. 5), S. 287.

<sup>12</sup> Eser, Studienkurs Strafrecht II, 3. Aufl. 1980, S. 161 f.; Spedel, JuS 1969, 315.

<sup>13</sup> BGHSt 11, 268 (272).

<sup>14</sup> Roxin (Fn. 5), S. 312; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 67.

<sup>15</sup> Roxin (Fn. 5), S. 311.

<sup>16</sup> Rudolphi (Fn. 8), S. 379 f.; Puppe (Fn. 8), S. 915, 930 f.

<sup>17</sup> Roxin (Fn. 5), S. 311 f.; ders., JA 1979, 519 (524).

<sup>18</sup> Vgl. etwa Toepel, JA 1997, 248 (254 in Fn. 30).

Tatherrschaft ist also auch dann anzunehmen, wenn *aufgrund des gemeinsamen Tatplans* jeder Komplize *allein* auf die Verfolger schießen soll.<sup>19</sup> Zu einem anderen Ergebnis kommt man nur, indem man den Sachverhalt unzutreffenderweise einer ex-post-Betrachtung unterzieht. Unter Tatherrschaftsgesichtspunkten ist bis hierher zwar die Argumentation, nicht aber das vom BGH gefundene Ergebnis zu beanstanden.

Entgegen manchen Stimmen in der Literatur<sup>20</sup> geht es in BGHSt 11, 268 folglich nicht darum, ob Tatherrschaft bei fehlender Mitwirkung im Tatausführungsstadium und damit Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung in der Vorbereitungsphase möglich ist,<sup>21</sup> denn an einer relevanten Mitwirkung fehlt es in den Fällen der „alternativen Tatherrschaft“ gar nicht. Die Frage lautet vielmehr, ob Mittäterschaft auch dann vorliegen kann, wenn aufgrund eines entsprechenden Tatplans gerade nur einer der Komplizen allein tätig werden soll und wird. Dass dieser in der konkreten Situation – einen wirklichen Verfolger hinzugedacht – ausschließlich M war, beruhte auf nicht vorausplanbaren Gegebenheiten der jeweiligen Sachverhaltskonstellation. Bei anderer Lage der Dinge hätte auch P selbst mit einem Verfolger konfrontiert werden können. Dass nur ein Komplize, ausschließlich bezogen auf den Tatbestand der §§ 212, 211 StGB tätig werden sollte, hat also nichts mit der Streitfrage zu tun, ob die Erbringung eines Tatbeitrages in der Vorbereitungsphase bei tatplangemäßer völliger Untätigkeit im Ausführungsstadium Mittäterschaft begründen kann.

### III. Auswirkung des error in persona des M für den präsumtiven Mittäter

Ist das Urteil des BGH bislang jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden, so stellt sich nunmehr die Frage, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass M einem error in persona erlegen ist und nicht auf einen Verfolger geschossen hat; vorläufig bleibt dabei außer Betracht, dass der vermeintliche Verfolger der Komplize P selbst ist (dazu unten IV. und V.). Der BGH hat dazu lapidar bemerkt: „Der Schuß entsprach, da er einem vermeintlichen Verfolger galt, der Abrede aller Beteiligten, überschritt mithin auch nicht den Rahmen des vom Vorsatz des P Umfassten und muß ihm daher voll zugerechnet werden.“<sup>22</sup> Aber gerade weil die von M beschossene Person nur ein *vermeintlicher* Verfolger war, stellt sich die Frage, ob die Abrede, auf *Verfolger* zu schießen, das Handeln des M in der Weise erfasst, dass es P zuzurechnen ist.

<sup>19</sup> Zur Maßgeblichkeit der *geplanten* Beiträge beim mittäter-schaftlichen Versuch und somit einer ex-ante-Sicht vgl. *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 32. Lieferung, Stand: März 2000, § 25 Rn. 109 f.; *Roxin* (Fn. 5), S. 453 f. (Tatplan als „Substrat für die Zuordnung der Beteiligungsformen“); *Küper* (Fn. 5), S. 34.

<sup>20</sup> *Küper* (Fn. 5), S. 37 in Fn. 76; *Puppe* (Fn. 8), S. 930 ff.

<sup>21</sup> Allerdings rechtfertigt der BGH Mittäterschaft mit der Mitwirkung des P im Vorbereitungsstadium, vgl. BGHSt 11, 268 (271 f.).

<sup>22</sup> BGHSt 11, 268 (272).

#### 1. Fahrlässigkeitsexzess und aberratio-ictus-Modell

Für manche liegt im Schuss auf einen Komplizen (oder einen zufällig des Weges kommenden Passanten), weil sich der gemeinsame Tatplan nur auf die Erschießung von Verfolgern erstreckte, ein Exzess, den die anderen nicht zu verantworten haben.<sup>23</sup> Bei einem absichtlich auf einen Mittäter abgegebenen Schuss folge dies aus dem Fehlen eines gemeinsamen Tatplans; nicht erklärbar sei, warum sich hieran etwas ändern soll, wenn der Schütze „fahrlässig“ exzediert, denn *objektiv* bleibe die Abweichung vom gemeinsamen Tatplan dieselbe.<sup>24</sup> Mittäterschaftliche Tatbegehung durch P scheitert danach am Fehlen eines *auf P* bezogenen Tatplans.

Nach anderen stellt sich der error in persona eines Komplizen für die übrigen als aberratio ictus dar. Im Falle des Schusses auf einen Mittäter sei ein *abstrakt* mit dem Tatplan übereinstimmendes Objekt (der *Mensch P*) getroffen worden. Der dogmatisch richtige Terminus sei die *Abweichung*. Diese bewirke einen tatbestandlich (*abstrakt*) gleichwertigen Erfolg, der nicht (*konkret*) mit dem Tatplan übereinstimmt. Wegen der übereinstimmenden Struktur sei der error in persona des Schützen für die Mittäter nach den Regeln der aberratio ictus zu beurteilen.<sup>25</sup> Hält man die aberratio ictus mit der ganz herrschenden Ansicht für vorsatzrelevant,<sup>26</sup> so folgt daraus für die Komplizen ein Vorsatzausschluss bezüglich des vom Schützen anvisierten, aber nicht getöteten Komplizen. Der Annahme einer aberratio ictus lasse sich auch nicht durch die Beschränkung auf eine Versuchsstrafbarkeit *an einem vermeintlichen Verfolger*<sup>27</sup> Rechnung tragen, weil der Schuss auf einen nur vermeintlichen Verfolger nicht als Versuch des *gemeinsamen* Verbrechens anzusehen sei. Die Tat des M stellt sich für P nicht als die geplante Tat dar.<sup>28</sup> Für P kommt demnach nur Verbrechenverabredung gemäß §§ 212, 211, 30 Abs. 2 StGB in Frage.

#### 2. Die herrschende Meinung: Realisierung von immanenten Planverwirklichungsrisiken

Die herrschende Meinung ist im Wesentlichen von *Küper* begründet worden. Der gemeinsame Tatplan habe vorgesehen, dass jeder Komplize nach seiner Situationseinschätzung zu entscheiden gehabt habe, „ob die vorgegebenen Daten des verabredeten Handlungsplans auf die jeweilige Sachlage zutreffen.“ Fehlkonkretisierungen bei der Planverwirklichung seien daher „im Gesamtplan strukturell schon immer enthal-

<sup>23</sup> *Roxin* (Fn. 5), S. 286 f.; *ders.*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Auflage 2003, § 25 Rn. 178; *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, § 25 Rn. 195; *Eser* (Fn. 12), S. 160; *Schreiber*, JuS 1985, 876.

<sup>24</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 6), S. 290.

<sup>25</sup> *Hillenkamp* (Fn. 5), S. 78.

<sup>26</sup> Auf die Vorsatzrelevanz der aberratio ictus soll hier nicht näher eingegangen werden. Zum Streitstand *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2006, 9. Problem, S. 53 f.

<sup>27</sup> Dagegen noch ausführlich unten im Text sub. V.

<sup>28</sup> *Hillenkamp* (Fn. 5), S. 78 f.

ten, sozusagen vorprogrammiert.“ Der Einwand der Komplizen, sie hätten die Handlung des Fehlkonkretisierenden „so nicht gewollt“, sei eine „widersprüchliche protestatio facti contraria“<sup>29</sup>. Mehr als ein „Handeln unter Berücksichtigung des Tatplans bei situationsangemessener Wahrnehmung der Faktenlage“ [...] „konnte kein Mittäter vom anderen erwarten“<sup>30</sup>. Wegen der stressreichen Fluchtsituation und der Dunkelheit, in der der Schütze die Konkretisierung des Tatplanprogramms vorzunehmen hatte, lagen Identitätsirrtümer auf der Hand.<sup>31</sup> Demnach hätte sich M bei Abgabe des Schusses auf P im Rahmen des vom Tatplan vorgegebenen Individualisierungsprogramms gehalten, so dass das unmittelbare Ansetzen des M dem P zuzurechnen wäre.

### 3. Bewertung

Für den nichtschießenden Komplizen geht es um einen Mangel in der *Tatplan*verwirklichung und nicht um eine Frage der *Vorsatz*konkretisierung, denn P selbst hat sich bei Abgabe des Schusses ja gar keine Gedanken gemacht. Anders als der schießende Komplize M irrte sich P bei Fassung des gemeinsamen Tatplans über die in Gang gesetzte Kausalreihe. Die Fehlleistung des M hingegen beruhte nicht auf einem bei der Individualisierung der potentiellen Opfer unterlaufenen Tatplanfehler, sondern auf einem Ausführungsfehler, der *nach* Fassung des gemeinsamen Tatentschlusses auftrat. Dann aber ist der auch von den Komplizen *konkret* gewollte Angriff auf ein bestimmtes Rechtsgut – auf das Leben eines *wirklichen* Verfolgers – im Stadium der Tatplanfassung steckengeblieben, denn eine mit den Vorstellungen von P übereinstimmende Konkretisierung des gemeinsamen Tatentschlusses hatte M nie vorgenommen.

Die herrschende Ansicht müsste also erklären können, warum hier die *im gemeinsam gefassten Tatplan* vorgenommene Konkretisierung auf einen Schuss auf einen wirklichen Verfolger irrelevant sein soll. Mit der Annahme von dem Tatplan angeblich immanenten „Planverwirklichungsrisiken“ wird der für eine Zurechnung einzig relevante Aspekt der Konkretisierung übertüncht und der Haftungsgrund der Mittäterschaft auf die bloße Mitwirkung bei der Fassung des Tatplans reduziert, anstatt auf die Übereinstimmung zwischen gemeinsamem Tatplan und dem Tatverlauf abzustellen. Der irrije Glaube eines Komplizen, tatplangemäß zu agieren, ist

<sup>29</sup> Küper (Fn. 5), S. 38 f. (kursive Hervorhebung dort); zust. Cramer/Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 25 Rn. 96; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/45; Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1998, § 10 Rn. 375; Altenhain, Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzess; 1994, S. 141 f.; Toepel, JA 1997, 253; ders., JA 1997, 948 (949 f.); Scheffler, JuS 1992, 920 (922); Geilen, Jura 1983, 332 (335).

<sup>30</sup> Streng, JuS 1991, 910 (916); generell für Unbeachtlichkeit beim Versuch aber nun ders., ZStW 109 (1997), 862 (889 in Fn. 94). Dagegen ausführlich unten im Text sub. V. 2.

<sup>31</sup> Küper (Fn. 5), S. 40 (mit Fn. 82); Gössel (Fn. 4), S. 268; Streng; JuS 1991, 910 (916); für Stratenwerth (Fn. 6), S. 66, hielt sich M hingegen nicht innerhalb des im Tatplan vorgegebenen Individualisierungsprogramms.

keine taugliche Grundlage mittäterschaftlicher Zurechnung.<sup>32</sup> Es kommt vielmehr auf eine *objektive* Übereinstimmung der Tat mit der im Tatplan vorgenommenen Konkretisierung des gemeinsamen Tatentschlusses an.<sup>33</sup> Der Tatplan, außerhalb dessen sich M mit dem Schuss auf P bewegte, kann nach alledem als von M bloß eingebaute Zurechnungsgrundlage keine Zurechnung des Schusses zu P bewirken.

Im Ergebnis ist somit folgender Schluss zu ziehen: Strukturell liegt für P mangels Zurechenbarkeit des unmittelbaren Ansetzens des M nur eine „vermeintliche“, also in der Ausarbeitung des Tatplans liegende, „versuchte Mittäterschaft“ vor und nicht etwa die mittäterschaftliche Begehung eines Versuchs. Mangels Strafbarkeit einer „vermeintlichen Mittäterschaft“ stellt das Handeln des M für P kein eigenes unmittelbares Ansetzen dar. Der dogmatisch zutreffende Straftatbestand für Fälle, in denen das unmittelbare Ansetzen eines Komplizen in der konkreten Situation den übrigen nicht zurechenbar ist, ist die Verbrechenverabredung gemäß §§ 212, 211, 30 Abs. 2 StGB.<sup>34</sup>

### IV. Relevanz der Rechtsgutsträgerschaft des P für dessen eigene Strafbarkeit

Akzeptiert man entgegen der hier vertretenen Auffassung die – grundsätzliche – Unbeachtlichkeit eines error in persona des M für P, so fragt sich weiter, ob sich an diesem Ergebnis für die Strafbarkeit des P etwas ändert, weil dieser selbst Objekt des von M begangenen Mordversuchs war, also Inhaber des von seinem Komplizen angegriffenen Rechtsgutes. Auf diese Fragestellung ist die Entscheidung BGHSt 11, 268 oftmals reduziert worden; als problematisch empfindet man, dass durch die Annahme eines untauglichen Versuchs die Straflosigkeit der (versuchten) Selbsttötung umgangen wird.<sup>35</sup> Die dabei häufig anzutreffende Formulierung, P werde wegen eines „Versuchs an sich selbst“ bestraft,<sup>36</sup> hat Puppe kritisiert: Von einem „Versuch an sich selbst“ könne nicht die Rede sein, da sich nach der Vorstellung des Beschossenen wie auch des Schützen die Tat ja gerade nicht gegen ihn selbst richten soll. Der error in persona sei auch für P als beinahe Getroffenem unbeachtlich, da zum objektiven Tatbestand eines Versuchsdeliktes nur die Ausführungshandlung,

<sup>32</sup> Vgl. Herzberg, JuS 1974, 719 (721); Schreiber, JuS 1985, 876.

<sup>33</sup> Das gilt für den mittäterschaftlichen Versuch wie für die Vollendung. Auch bei der Frage der Zurechnung einer den Tatentschluss manifestierenden Ausführungshandlung kommt es nicht auf die bloße Vorstellung des handelnden Komplizen, im Einklang mit dem gemeinsamen Tatentschluss zu handeln, an, vgl. dazu unten sub V. 2.

<sup>34</sup> Hillenkamp (Fn. 5), S. 78 f. Zur Tatbestandslosigkeit der vermeintlichen Mittäterschaft Hoyer (Fn. 19), § 25 Rn. 146 und 148. – Zur Möglichkeit einer Teilnehmerstrafbarkeit des P siehe unten im Text sub VI.

<sup>35</sup> Vgl. Schreiber, JuS 1985, 876; Spindel JuS 1969, 314 (316); s.a. Eser (Fn. 12), S. 160 u. 163; Roxin, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, 1998, S. 162.

<sup>36</sup> So etwa Jescheck, GA 1959, 65 (73).

nicht aber ein wirklich existierendes Tatobjekt gehört.<sup>37</sup> Aber eine Ausführungshandlung kann auf der Grundlage der zum unmittelbaren Ansetzten bei Mittätern ganz herrschenden Gesamtlösung<sup>38</sup> den Komplizen nur zugerechnet werden, wenn sie von einem entsprechenden kollektiven Tatentschluss (Tatplan) getragen wird. Deshalb hat P durch die zum Versuchsbeginn führende Handlung des M nur dann unmittelbar angesetzt, wenn die Personenidentität von Komplizen und Beschossenem für den gemeinsamen Tatplan als Grundlage dieser Zurechnung ohne Bedeutung ist und ihm die Handlung des M deshalb als eigenes unmittelbares Ansetzen zuzurechnen ist. Gerade diese Frage ist aber Gegenstand einer heftigen Kontroverse, und dass der bloße Irrglaube, die mit dem Komplizen getroffene Abrede zu erfüllen, für eine Zurechnung der dabei vorgenommenen, die Versuchsschwelle überschreitenden Handlung genügt, hat *Puppe* nicht begründet.

### 1. Die Begründung des BGH

Der BGH hat sich mit diesem Aspekt des Verfolgerfalls vergleichsweise ausführlich auseinandergesetzt und ausgeführt: „Der Umstand, dass schon diese Tat des M nicht den in Rechnung gestellten und gebilligten Tötungserfolg hatte und so im Versuch stecken blieb, verdeckt den rechtlichen Gesichtspunkt des untauglichen Versuchs, der zusätzlich nur für die Beteiligung des Angeklagten P wirksam wird.“ Die Tatsache, dass P selbst Verletzter, also nicht „ein anderer“ war, stehe ja auch dann einer Strafbarkeit aus einem Versuchsdelikt nicht entgegen, wenn die Komplizen lediglich die Verletzung eines Verfolgers verabredet hätten und M den P im Glauben, bei diesem handle es sich um einen Verfolger, angegriffen und tatsächlich auch verletzt hätte. Für P stelle sich der Tatbeitrag des M als bloßes versuchtes Delikt, für den anderen Komplizen hingegen als vollendete Tat dar.<sup>39</sup> Ähnlich hat *Schröder* festgestellt, die Tatsache, dass wegen der Tatbestandslosigkeit der Selbsttötung P an sich selbst einen Mord nicht begehen könnte, bedinge neben dem Ausbleiben des Todes des P gerade die Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs,<sup>40</sup> sei also nur für die Vollendbarkeit der Tat in der Person des P von Bedeutung.

### 2. Gegenstimmen

Die von der Gegenauffassung geübte Kritik an der mittäterschaftlichen Zurechnung der Handlung des M zur Person des

P stützt sich auf eine aus der Identität von Tatobjekt und präsumtivem Mittäter folgende ausnahmsweise Beachtlichkeit des error in persona für P: Eine Personenverwechslung sei nur unbeachtlich, wenn das vorgestellte und das tatsächlich getroffene Objekt tatbestandlich gleichwertig sind. Ungleichwertigkeit der Tatobjekte liege im Verfolgerfall vor, weil der „Mensch“ P sich selbst gegenüber strafrechtlich nicht geschützt ist.<sup>41</sup> Aus der tatbestandlichen Ungleichwertigkeit sei die Beachtlichkeit des error in persona für den beschossenen Mittäter in „Bumerangfällen“<sup>42</sup> zu folgern.<sup>43</sup> Rechtsfolge des (für P) beachtlichen error in persona sei ein Fahrlässigkeitsdelikt des P an sich selbst, so dass er straflos zu bleiben habe;<sup>44</sup> ein mittäterschaftlich begangener Mordversuch des P (jedenfalls im Hinblick auf ihn selbst) scheide aus.

### 3. Die herrschende Meinung: Die Analyse Küpers

Um die argumentative Rechtfertigung des vom BGH im „Verfolgerfall“ gefundenen Ergebnisses hat sich namentlich *Küper* bemüht und sich dabei auf den Beitrag *Schröders* bezogen.<sup>45</sup> Der für die mittäterschaftliche Zurechnung irrelevante error in persona des M sei für P nur insofern beachtlich, als es „an der tatbestandlichen Gleichwertigkeit von angezieltem und (im Ernstfall) verletztem Rechtsgutobjekt fehle.“ Das Verhalten des P müsse gewertet werden, als hätte P „in der irrigen Meinung“, einen „anderen Menschen [...] im Visier zu haben, den Schuss tatsächlich auf sich gerichtet“.<sup>46</sup> Dem Einwand, es sei auch theoretisch undenkbar, dass P selbst „jemals auf sich selbst als Verfolger geschossen haben würde“, hält *Küper* die zurechnungsbedingte Fiktion eigenhändigen Handelns entgegen, die bewirke, dass P so zu behandeln sei, als hätte er in der Situation des M auf einen vermeintlichen Verfolger geschossen, der in Wahrheit sein Komplize war.<sup>47</sup> Für das Verhalten des M sei P „kraft Mittäterschaft in gleicher Weise verantwortlich wie dieser selbst.“ Bei der Wertung des Zurechnungsergebnisses müsse aber Berücksichtigung finden, dass der „von P – durch M – abgegebene Schuss in Wirklichkeit einer Person galt“, die für ihn (P) kein taugliches Tötungsobjekt sei. Diese wertende Korrektur führe zum untauglichen Versuch des P.<sup>48</sup> Das Schrifttum ist

<sup>37</sup> *Puppe*, NStZ 1991, 124; ähnlich *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 2, 2005, § 43 Rn. 12.

<sup>38</sup> Vgl. BGHSt 36, 249 (250); 39, 236 (237 f.); 40, 299 (301); *Hillenkamp*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 23), 12. Aufl., Bd. 1 2007, § 22 Rn. 170 f., 173 f.; *Eser*, in Schönke/Schröder (Fn. 29), § 22 Rn. 55; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 70 IV; eingehend *Küper* (Fn. 5), S. 17 f. und 69 f.; *ders.*, JZ 1979, 775 (776 f., 780 f., 783 f.).

<sup>39</sup> BGHSt 11, 268 (270 f., Hervorhebung im Original).

<sup>40</sup> *Schröder*, JR 1958, 427; zust. *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2001, § 10 Rn. 7 f.

<sup>41</sup> *Eser* (Fn. 12), S. 163; auf den fehlenden strafrechtlichen Schutz vor sich selbst weisen auch *Müller*, MDR 1991, 831 und *Schreiber*, JuS 1985, 876 hin.

<sup>42</sup> Gemeint sind Fälle, in denen sich der gegen einen anderen gerichtete Angriff gegen den Täter selbst wendet, vgl. das „Laokongruppenbeispiel“ von *Küper* (Fn. 5), S. 42.

<sup>43</sup> *Eser* (Fn. 12), S. 163.

<sup>44</sup> In Betracht zu ziehen ist nach manchen aber noch ein mittäterschaftlicher Versuch des P an einem tatplangemäßen Objekt, also einem vermeintlichen Verfolger, vgl. *Scheffler*, JuS 1992, 920 (922 f.), hiergegen ausführlich unten im Text sub. V. 1.

<sup>45</sup> *Küper* (Fn. 5), S. 40 ff.; *Schröder* (Fn. 5), S. 427.

<sup>46</sup> *Küper* (Fn. 5), S. 41 (kursive Hervorhebung im Original).

<sup>47</sup> *Küper* (Fn. 5), S. 42 (kursive Hervorhebung vom Verf.); zust. *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2005, § 20 Rn. 122.

<sup>48</sup> *Küper* (Fn. 5), S. 43.

dem – jedenfalls im Ergebnis – ganz überwiegend beigetreten.<sup>49</sup>

#### 4. Kritik und eigener Standpunkt

Dogmatisch richtig ist es, aus der Identität von Beinaheopfer und präsumtivem Mittäter zu folgern, dass P nicht als Mittäter eines „an ihm“ begangenen Mordversuchs bestraft werden kann. Die Zurechenbarkeit des Schusses des M zu P dogmatisch überzeugend darzulegen ist noch niemandem gelungen.

a) Das folgt noch nicht daraus, dass der mittäterschaftlich begangene Versuch sich in der *objektiven* Gefährdung eines dem präsumtiven Mittäter gegenüber geschützten Rechtsgutes manifestieren müsse,<sup>50</sup> denn Strafgrund des Versuchs ist nach dem eindeutig auf das Vorstellungsbild des Täters abstellenden Wortlaut des § 22 StGB allein, dass einer für die allgemeine Normtreue schädlichen Auflehnung gegen die Rechtsordnung begegnet werden muss. Für das Erfordernis einer tatsächlichen objektiven Gefährdung „fehlt es [...] an jedem Anhaltspunkt im Gesetz“.<sup>51</sup> Daher wird man für die Strafbarkeit des Versuchs auch nicht fordern können, dass sich – *objektiv* – das vom Täter anvisierte Rechtsgut auch als diesem gegenüber geschützt erweist. Die Nichtvollendbarkeit der Tat liegt im Wesen des nach deutschem Recht strafbaren untauglichen Versuchs.

b) Dass eine mittäterschaftliche Zurechnung des von M abgegebenen Schusses zu P nicht erfolgen kann, lässt sich mit der Versuchsdogmatik allein nicht begründen, liegt also nicht allein in der Natur des Versuchs; es folgt aber aus dem Wesen des Instituts der Mittäterschaft. (Mit-)Täterschaftliche Tatbegehung setzt voraus, dass der betreffende Komplize die Tat auch als Alleintäter selbst und eigenhändig begehen könnte; wer nicht Täter sein kann, der kann auch nicht Mittäter sein.<sup>52</sup> Dies ist bezüglich P wegen des Grundsatzes der Tatbestandslosigkeit der – auch versuchten – Selbsttötung nicht der Fall; eine „Tat an sich selbst“ wäre für P mangels Tatbestandsmäßigkeit der Selbsttötung nicht tatbestandsmä-

ßig. Versucht man diese „Schranke“ der Täterschaftsstrafbarkeit des P zu überwinden, indem man P so behandelt, als habe er an der Stelle des M auf einen Komplizen geschossen,<sup>53</sup> so liegt hierin eine Modifikation des Sachverhalts, bei der das erwünschte Ergebnis vorausgesetzt wird und die in zweifacher Hinsicht zu kritisieren ist:

aa) Erstens steht nicht in Frage, dass für P, hätte er an der Stelle des M auf einen für einen Verfolger gehaltenen Komplizen geschossen, diese Personenverwechslung unbeachtlich gewesen wäre. Vielmehr geht es gerade darum, *ob* P sich so behandeln lassen muss, als hätte er selbst auf einen Komplizen geschossen. Diese Frage betrifft nicht die Wertung des Zurechnungsergebnisses, sondern – logisch vorrangig – das Eingreifen einer Zurechnungsgrundlage. Bevor man über das Zurechnungsergebnis eine Aussage tätigen kann, muss man überhaupt zurechnen können, also die Zurechnung als solche (die „zurechnungsbedingte Fiktion eigenhändigen Handelns“) dogmatisch zulässig sein. Die Annahme, für das Verhalten des M sei P „kraft Mittäterschaft“ ebenso verantwortlich wie dieser selbst, ist folglich eine *petitio principii*.

Dass P selbst zum Opfer des Schusses geworden wäre, hindert schon die Zurechenbarkeit des Schusses zu P, weil die Voraussetzungen *mittäterschaftlicher* Tatbegehung in der Person des P nicht vorliegen. Die fehlende *Vollendbarkeit* der Tat in der Person des P ist mithin schon für das Bestehen einer die Handlung des M erfassenden Zurechnungsgrundlage von Bedeutung und nicht erst auf der Ebene der Wertung des Zurechnungsergebnisses. P kann nämlich keine Handlung als „Anfang der Ausführung“ (§ 43 StGB a.F.) bzw. als unmittelbares Ansetzen zugerechnet werden, die für ihn selbst keine tatbestandsmäßige Handlung gewesen wäre – das auf dem Prinzip gegenseitiger Zurechnung, genauer: wechselseitiger Repräsentanz beruhende Institut mittäterschaftlicher Haftung vermag eine Zurechnung zu P nicht zu leisten, weil der Schuss des M auf P sich nicht „als eigener Organisationsakt des nicht eigenständig Agierenden“<sup>54</sup> P darstellt.

Diese (hier in der Person des Zurechnungsrezipienten P liegende) objektive Schranke der mittäterschaftlichen Zurechnung<sup>55</sup> ist keine neue dogmatische Entdeckung. Schon früh hat der BGH (zum Gewahrsamerfordernis in § 246 Abs. 1 StGB a.F.) mit begrüßenswerter Klarheit ausgesprochen, „dass die Tatbeteiligungen der Mittäter sich nur ergänzen können, soweit die Ausführung der Tat in Betracht kommt. Dazu gehört jedoch, dass jeder in eigener Person den Tatbestand der Straftat verwirklichen kann. Das ist jedoch nicht der Fall, wenn ein bestimmtes Verhältnis des Täters zum Tatgegenstand ein Tatbestandsmerkmal ist.“<sup>56</sup> Dogmatisch gewendet lässt sich die Formulierung des BGH dahin verallgemeinern, dass das Fehlen eines die Beziehung des Tatsubjektes

<sup>49</sup> Vgl. *Joecks*, in: ders./Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 1, § 25 Rn. 210; *Cramer/Heine* (Fn. 29), § 25 Rn. 96; *Jakobs* (Fn. 29), 21/45; *Freund* (Fn. 29), S. 381; *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl. 1988, § 26 Rn. 56; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, Rn. 533; *Geilen* (Fn. 29), S. 336; *Streng*, JuS 1991, 910 (916); *Altenhain* (Fn. 30), S. 141 f.; *Puppe*, NSTZ 1991, 124; *dies.* (Fn. 9), S. 938 ff.; *Sternberg-Lieben/von Ardenne*, Jura 2007, 148 (152 f.).

<sup>50</sup> So aber *Schreiber*, JuS 1985, 876; zust. *Müller*, MDR 1991, 831.

<sup>51</sup> *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (864) unter Verweis auf BGHSt 26, 201 (203) und BGHSt 35, 6 (9).

<sup>52</sup> Dies bemerkt auch *Schröder* (Fn. 5), S. 427, aber ohne zu erkennen, dass die fehlende Möglichkeit, die Tat als Alleintäter zu begehen, eine objektive Schranke für die Annahme eines – auch untauglichen – mittäterschaftlichen Versuchsdelikts bildet; ähnlich auch *Sowada*, Die „notwendige Teilnahme“ als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, 1992, S. 110.

<sup>53</sup> Vgl. *Küper* (Fn. 5), S. 42.

<sup>54</sup> Vgl. *Kindhäuser*, in: Bohnert (Hrsg.), Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, 627 ff.; *Kindhäuser* selbst (Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2006, § 40 Rn. 22) folgt aber zum Verfolgerfall der herrschenden Meinung.

<sup>55</sup> Vgl. *Dehne-Niemann*, StudZR 2004, 245 (250).

<sup>56</sup> BGHSt 2, 317 (320), Rechtschreibung angepasst.

zum Tatobjekt kennzeichnenden objektiven Tatbestandsmerkmals – dort das In-Gewahrsam-Haben in § 246 Abs. 1 StGB a.F., hier die Eigenschaft, als präsumtiver Täter ein geschütztes Rechtsgut anzugreifen – nicht qua mittäterschaftlicher Zurechnung (dort des fehlenden Gewahrsams) überwunden werden kann.<sup>57</sup> Weil § 25 Abs. 2 StGB „die Tatsubjektsbestimmung der einzelnen Tatbestände auf die Mittäter ausweitet“,<sup>58</sup> muss die hier erkannte Schranke der Ausweitung der Tatsubjektsbestimmung dort verlaufen, wo ansonsten einem präsumtiven Beteiligten ein Angriff auf ein ihm gegenüber nicht tatbestandlich geschütztes Rechtsgut – letztlich also die Angreifbarkeit des Rechtsguts – mittäterschaftlich zugerechnet würde.

Die der Zurechnungskraft des § 25 Abs. 2 StGB gesetzten Grenzen sind im Zusammenhang mit der Tatbestandslosigkeit der Selbsttötung anderenorts ganz überwiegend anerkannt, nämlich bei § 216 StGB. Bekanntlich lehnt die herrschende Meinung in den Fällen eines mit einem Sterbewilligen „quasi-mittäterschaftlich“ zusammenwirkenden „Komplizen“ (dessen Beihilfe zum Suizid straflos, eine alleintäterschaftliche Tötung auf Verlangen aber nach § 216 StGB strafbar wäre), „eine Zurechenbarkeit der beiderseitigen Beiträge gerade wegen der Tatbestandslosigkeit der Handlungen des Sterbewilligen“ ab.<sup>59</sup> *Schünemann* hat dem die abstrakte Aussage entnommen, „die in § 25 Abs. 2 StGB angeordnete wechselseitige Zurechnung der Tatbeiträge“ setze „die wechselseitige Strafbarkeit“ (scil. im Falle der eigenhändigen Begehung die Tatbestandsmäßigkeit) voraus.<sup>60</sup> Verallgemeinert: Wenn eine Handlung, die ein dem Handelnden gegenüber nicht geschütztes Rechtsgut angreift, nicht Gegenstand der Zurechnung zu einem anderen sein kann, welchem gegenüber das Rechtsgut geschützt ist (so bei § 216 StGB), dann kann auch umgekehrt eine Handlung nicht zugerechnet werden, die zwar ein dem Handelnden gegenüber geschütztes Rechtsgut angreift (der Schuss des P auf M), aber in der Person des (präsumtiven) „Zurechnungsrezipienten“ P kein Angriff auf ein diesem gegenüber geschütztes Rechtsgut darstellt. Diese Sicht der Dinge, die im Zusammenhang mit dem „Verfolgerfall“ freilich bislang nicht erkannt wurde, ist angesichts des Wortlauts des § 25 Abs. 2 StGB geradezu zwingend: Kann erst durch die Anwendung dieser Norm dem Beitrag des P täterschaftliche Qualität zuerkannt werden (P hat ja selbst nicht geschossen), wirkt § 25 Abs. 2 StGB also täterschaftskonstitutiv,<sup>61</sup> so ist Voraussetzung dafür, dass M und P i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB „die Straftat“ gemeinschaftlich begehen. Das ist nicht der Fall, wenn für einen der Komplizen

das gemeinsame Handlungsprojekt bei unterstellter Eigenhändigkeit der Handlungsvornahme keine Straftat wäre.<sup>62</sup>

Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang die Anwendung einer von *Herzberg* – allerdings ausschließlich im Zusammenhang mit den Problematiken des agent provocateur und der Selbsttötungsteilnahme – geäußerten Ansicht. *Herzberg* hält dafür, dass es sich bei der Identität des Tatopfers/Rechtsgutsinhabers mit dem präsumtiven Tatbeteiligten um ein „strafausschließendes besonderes persönliches Merkmal“ im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB handelt.<sup>63</sup> Auf den „Verfolgerfall“ angewendet bedeutet das, dass sich die Identität von angegriffenem Rechtsgutininhaber und präsumtivem Beteiligten für P strafbefreiend auswirkt, weil in *seiner Person* dieses angebliche strafbefreiende Merkmal nicht vorliegt. Zurechnungsdogmatisch würde das bedeuten, dass eine Zurechnung der Handlung des M zu P zwar möglich ist, die zugerechnete Handlung in dessen Person aber gemäß § 28 Abs. 2 StGB eine eigenständige strafausschließende Bewertung erfährt. Dieser phantasievolle Vorschlag weist allerdings gleich zwei Geburtsfehler auf: Erstens handelt es sich nach *Herzbergs* Deutung bei der Identität von (Mit-)Täter und betroffenem Rechtsgutsinhaber gleichsam um ein negatives Tatbestandsmerkmal, denn heutzutage besteht Einigkeit, dass die – auch versuchte – Selbsttötung schon nicht tatbestandsmäßig ist.<sup>64</sup> Beteiligungsdogmatisch relevant ist aber allein die Umkehrung, also die entsprechende *Nichtidentität* von Beteiligtem und Rechtsgutsinhaber als (ungeschriebenes) Tatbestandsmerkmal der §§ 212, 211 StGB. Bei dieser Nichtidentität handelt es sich um ein strafbegründendes, nicht um ein strafausschließendes (§ 28 Abs. 2 StGB) Merkmal – andernfalls wäre jedes Tatbestandsmerkmal zugleich in seiner Negation strafausschließendes Merkmal. Zweitens ist die Nichtidentität von Beinaheopfer und präsumtivem Mittäter, die nach *Herzbergs* Konzeption in der Person des M vorläge und bei P gerade nicht vorläge, kein „besonderes persönliches Merkmal“ i.S.d. § 28 StGB, sondern ein allgemeines. Nicht P zu sein, ist nämlich keine *besondere* Eigenschaft des M, sondern eine, die M zum Tatzeitpunkt mit knapp drei Milliarden Menschen teilte.<sup>65</sup>

bb) Unklar bleibt an der von *Küper* vorgeschlagenen Vorgehensweise zweitens, warum und mit welcher Berechtigung man P, wenn man ihn schon „kraft Mittäterschaft“ an die Stelle des M setzt, so beurteilt, als habe er auf einen Komplizen (beispielsweise M) geschossen und nicht auf sich selbst. Eine solche Umkehrung der die zuzurechnende Handlung umgebenden Begleitumstände wäre für die mittäterschaftliche Begehung eines Mordversuchs auch des P erfor-

<sup>57</sup> Zu § 246 Abs. 1 a.F. StGB ablehnend allerdings *Küper*, ZStW 1994, 106, 354 (380 ff.).

<sup>58</sup> *Küper* (Fn. 57), 382 mit Fn. 80.

<sup>59</sup> Vgl. *Schünemann* (Fn. 3), § 25 Rn. 172 m.w.N. in Fn. 395 u. 396 (auch zur Gegenauffassung).

<sup>60</sup> *Schünemann* (Fn. 59).

<sup>61</sup> Vgl. dazu *Herzberg*, JuS 1988, 771 (775), allerdings wiederum nur zur Selbsttötung.

<sup>62</sup> Zur Widerlegung des nahe liegenden Einwandes, auch ein eventueller Versuch an sich selbst sei eine Straftat, die gemeinschaftlich begangen werden könnte, weshalb ohnehin nur die Zurechnung einer (notfalls auch untauglichen) Handlung in Rede stehe, sogleich im Text unter c).

<sup>63</sup> *Herzberg*, JuS 1983, 737 (745 f.) zum agent provocateur; *ders.*, JA 1985, 131 (133) zur Selbsttötungsteilnahme.

<sup>64</sup> Das sieht auch *Herzberg*, JA 1985, 131 (132 f.) so.

<sup>65</sup> Vgl. zu einem ähnlichen Argument *Mitsch*, Straflöse Provokation strafbarer Taten, 1986, S. 159 f.

derlich, weil ein Schuss des P auf sich selbst nicht tatbestandsmäßig gewesen wäre (oben aa). Die Auswechslung der Begleitumstände ist ohnehin von vornherein unstatthaft, wenn man der Meinung ist, dass mittäterschaftliche Zurechnung nur eine *Handlungszurechnung* bewirken kann, aber sonstige Tatumstände – wie die Identität des beschossenen Opfers – nicht der Zurechnung fähig sind;<sup>66</sup> selbst wenn man jedoch mit der Gegenmeinung davon ausgeht, dass auch die handlungsbegleitenden Umstände tauglicher Gegenstand der mittäterschaftlichen Zurechnung sein können,<sup>67</sup> ist damit der Rollentausch von Täter und Beinaheopfer im „Verfolgerfall“ nicht erklärt. Denn selbst wenn Begleitumstände der Tat handlung sub specie § 25 Abs. 2 StGB an sich Zurechnungsgegenstand sein können, so traut eine *Veränderung* der die Handlung begleitenden Umstände dem Institut der mittäterschaftlichen Zurechnung zuviel zu. Mit dem Tausch der Perspektiven von Täter und Opfer wird genau genommen lediglich der error in persona des Täters M dem Opfer P zugerechnet.<sup>68</sup> Allgemein anerkannt ist, dass über § 25 Abs. 2 StGB nur objektive Tatbeiträge zugerechnet werden können,<sup>69</sup> nicht aber subjektive Komponenten. Der von der herrschenden Meinung praktizierte Rollentausch übersteigt somit die Zurechnungskraft des § 25 Abs. 2 StGB.

c) Gegen den damit zu ziehenden Schluss, dass die Mittäterschaftsdogmatik nicht in der Lage ist, eine Zurechnung des Schusses des M zu leisten, die den Versuchsbeginn auch des P darstellt, kann man auch nicht einwenden, dass bei Fehlen der Mittäterschaftsvoraussetzungen nur Bestrafung wegen untauglichen Versuchs erfolgt und deshalb eine Zurechnungsschranke zu P nur hinsichtlich mittäterschaftlicher Vollendbarkeit besteht, etwa indem man bei irrtümlicher Annahme des Schützen, innerhalb des Tatplans (Schuss auf einen Verfolger) zu handeln, die Zurechenbarkeit von vornherein auf die *Mittätershandlung* beschränkt<sup>70</sup> und mit einer Parallele zum Versuch eines untauglichen Subjekts argumentiert, weil der präsumtive Mittäter ein von ihm innegehabtes Rechtsgut nicht in rechtserheblicher Weise angreifen kann.<sup>71</sup> Zwar ist in der Versuchsdogmatik die Strafbarkeit der Figur

<sup>66</sup> So Herzberg (Fn. 14), S. 70 f.

<sup>67</sup> Küper, ZStW 1994, 106, 382 (384).

<sup>68</sup> Vgl. Dehne-Niemann, StudZR 2004, 225 (244).

<sup>69</sup> Schröder (Fn. 5), S. 427.

<sup>70</sup> Andeutungen bei Küper (Fn. 5), S. 42 in Fn. 86, wo allerdings nicht ausdrücklich zum Problem der fehlenden Mittäterschaftsvoraussetzungen als *Zurechnungsgrundlage* Stellung genommen wird. Ausdrücklich Ebert, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 203 nach dem der Getroffene (P) „für den Schuss [...] nur in dem Umfang“ haftet, „in dem er haften würde, wenn er die irrtümliche Handlung selbst vorgenommen hätte; also angesichts der Untauglichkeit der eigenen Person als Objekt“ eines tatbestandsmäßigen Mordes nur wegen untauglichen Versuchs.

<sup>71</sup> Diese Parallele bemüht Sowada (Fn. 52), S. 110 ff. und weist dabei auf die Doppeldeutigkeit des irrtümlichen Angriffs gegen ein eigenes Rechtsgut hin, die sich als Versuch eines untauglichen Subjektes deuten lasse, aber auch als Versuch an einem untauglichen Objekt.

des „untauglichen Versuchs eines untauglichen Subjekts“ heutzutage überwiegend anerkannt,<sup>72</sup> jedoch bedarf es beim untauglichen Versuch des eine besondere Täterqualität annehmenden (Allein-)Täters überhaupt keiner *Handlungszurechnung*, denn der untaugliche Täter setzt auf der Grundlage seiner Vorstellung mit einer eigenen Handlung zur Tatbestandsverwirklichung an. Im „Verfolgerfall“ hingegen geht es um die Voraussetzungen der Handlungszurechnung, mithin um die Reichweite der Zurechnungsgrundlage im konkreten Fall, so dass eine entsprechende Parallele zum Versuch des untauglichen Subjekts nicht besteht.

Mit der Annahme einer bloßen Zurechnung der *Handlung* des Täters M zum präsumtiven Mittäter P würde übersehen, dass es nur mittäterschaftliche Versuchsbegehung unter den (objektiv vorliegenden) Zurechnungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB, nicht aber eine „untauglich versuchte Mittäterschaft“ gibt. Wenn man sich selbst nicht täterschaftlich töten oder verletzen kann, so kann man es auch nicht (mit-)täterschaftlich versuchen – die mittäterschaftliche Begebarkeit (§ 25 Abs. 2 StGB) ist Voraussetzung der Handlungszurechnung und damit der Versuchsstrafbarkeit des P logisch vorgelagert. Mithin kann P auch eine gegen ihn selbst gerichtete, den Versuchsbeginn eines anderen (des M) markierende Handlung nicht im Wege der Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden. Nicht erst aus einer ausnahmsweisen Beachtlichkeit eines error in persona für P, sondern bereits aus dem Fehlen der Mittäterschaftsvoraussetzungen als einer *Zurechnungsvoraussetzung in der Person des P* ergibt sich folglich die von Eser<sup>73</sup> erwogene Schranke der Übertragbarkeit der error-in-persona-Formel auf „Bumerangfälle“. Mithin scheidet – was den Schuss des M mit *auf P konkretisiertem Vorsatz* betrifft – für P ein mittäterschaftlich begangener Mordversuch aus.

#### V. Mittäterschaftlicher Versuch an einem vermeintlichen Verfolger?

Mit der Erkenntnis, dass der Schuss des M auf P letzterem nicht als „Schuss auf sich selbst“ zugerechnet werden kann, ist aber noch nicht gesagt, dass sich das Ergebnis des BGH nicht dogmatisch anderweitig rechtfertigen lässt. Da sich das erwünschte Ergebnis – Strafbarkeit des P wegen mittäterschaftlichen Mordversuchs – auf der Grundlage der Gesamtlösung nur durch Zurechnung der Schussabgabe bewerkstelligen lässt, bedarf es dafür einer Zurechnungskonstruktion, an deren Ende als Ergebnis kein Schuss des P auf sich selbst stünde; und weil das Institut der Mittäterschaft wie gesehen nicht in der Lage ist, die Handlungsbegleitumstände zu modifizieren, kann am Ende des Zurechnungsvorgangs auch kein Schuss des P auf M – gleichsam in Umkehrung der tatsächlichen Geschehnisse – stehen. Daher konzentrieren sich die Lösungsvorschläge darauf, dem P einen mittäterschaftlichen Mordversuch zur Last zu legen, dessen Tatobjekt ein fiktiver Verfolger ist.<sup>74</sup>

<sup>72</sup> Vgl. Hillenkamp (Fn. 38), § 22 Rn. 230 ff. m.w.N.

<sup>73</sup> Eser (Fn. 12), S. 163.

<sup>74</sup> Weil nach Ansicht des BGH die Versuchshandlung des M dem P trotz dessen Opfer- bzw. Rechtsgutsträgereigenschaft

### 1. Mittäterschaftlicher Mordversuch des M an P und des P an einem fiktiven Verfolger?

Das Ergebnis eines ausnahmsweise beachtlichen error in persona hat Scheffler mit der Annahme eines mittäterschaftlichen Mordversuchs des P an einem vermeintlichen Verfolger zu vermeiden versucht. In der Person des M liege zwar nur ein Mordversuch an P vor und nicht gleichzeitig an einem vermeintlichen Verfolger; gleichwohl könne P das unmittelbare Ansetzen des M zugerechnet werden. Als Rechtsfolge bleibe P wegen eines „Fahrlässigkeitsdelikts an sich selbst“ straflos, hinsichtlich eines vermeintlichen „imaginären“ Verfolgers aber wegen Versuchs strafbar.<sup>75</sup>

Diese Auffassung mutet in doppelter Hinsicht merkwürdig an. Seltsam ist zunächst, dass eine Tat mittäterschaftlich an mehreren Tatobjekten (P und dem vermeintlichen Verfolger) begangen werden können soll. Mit dieser Konstruktion macht man aus einer Handlung (dem unmittelbaren Ansetzen des M zur Tötung des P) zwei Taten: Zum einen den Tötungsversuch des M an P, zum anderen den des P an einem vermeintlichen Verfolger. Weitgehend anerkannt, wenngleich nicht völlig unstrittig ist, dass die Ausführung der Tat am „falschen“ Objekt nicht gleichzeitig den untauglichen Versuch am richtigen Objekt beinhaltet;<sup>76</sup> anderenfalls bliebe unberücksichtigt, dass der Tatplan ersichtlich nur die Tötung einer Person vorsah. Dies muss auch und gerade bei der Mittäterschaft gelten, bei der die Mittäter wie eine Person behandelt werden<sup>77</sup> und das Handeln aller Mittäter eine Tat darstellt<sup>78</sup>. Mit Schefflers Vorgehensweise wird deshalb der Inhalt des gemeinsamen Tatentschlusses unzulässigerweise auf die Begehung zweier Taten verdoppelt.

Die Auffassung, die Ausführung der Tat am aus Sicht des Schützen „falschen“ Objekts beinhalte zugleich („gleichzeitig, nicht aber außerdem“<sup>79</sup>) den untauglichen Versuch am richtigen Objekt,<sup>80</sup> ist nicht haltbar: Der error in persona ist (auch beim Versuch, s. dazu unten sub. V. 2.) unbeachtlich, weil sich der Vorsatz auf das vom Täter ins Visier genommene Tatobjekt konkretisiert hat und dies die Tätervorstellung von der Identität des Tatobjekts in den Hintergrund drängt.

zurechenbar war, hat sich der BGH mit dieser Frage nicht beschäftigt.

<sup>75</sup> Scheffler, JuS 1992, 920 (922).

<sup>76</sup> Rudolphi (Fn. 19), § 16 Rn. 30; Hillenkamp (Fn. 5), S. 66; Müller, MDR 1991, 831; Mitsch, Jura 1991, 373 (376); Seier, JuS 1986, L 13, 14; nachdrücklich Rath, JuS 1998, 576; in der Sache ebenso Alwart, JuS 1979, 351 (353).

<sup>77</sup> Zu diesem Aspekt der Mittäterschaft Scheffler, JuS 1992, 920 (922); Gössel (Fn. 3), S. 269.

<sup>78</sup> Vgl. Kindhäuser (Fn. 54), S. 627 ff. (646, 652); in Kindhäuser's Terminologie (a.a.O., S. 652) könnte man sagen, das Konzept Schefflers (mittäterschaftlicher Versuch des M an P und des P an einem Verfolger) zerreiße das „gemeinsame Deutungsschema“.

<sup>79</sup> Gegen diese Kategorisierung zu Recht Rath (Fn. 76), S. 576.

<sup>80</sup> Für einen gleichzeitig, nicht aber außerdem vorliegenden Versuch am vorgestellten Tatobjekt etwa Graul, JuS 1997, 1150 unter Berufung auf den Wortlaut des § 22, der auf die Tätervorstellung von der Tat abstellt.

Der Umstand, dass diesem Objekt eine falsche Identität beigelegt wird, ist deshalb ein unbeachtlicher Motivirrtum. Man kann aber nicht diesen Objektsirrtum einerseits zu Lasten des Täters als Motivirrtum für irrelevant, andererseits aber ebenfalls zu Lasten des Täters für relevant und daher versuchsbe gründend erklären.<sup>81</sup>

Weiter einzuwenden ist, dass es an einem dem P zurechenbaren unmittelbaren Ansetzen des M fehlt, weil dieser nicht zur Begehung der §§ 212, 211 StGB am vermeintlichen Verfolger unmittelbar angesetzt hat. Der vorgestellte Verfolger war ja nicht am Tatort. Wenn es aber richtigerweise für das unmittelbare Ansetzen nicht darauf ankommt, ob sich der Täter schon in der Ausführungshandlung wähnt, sondern darauf, „ob ein objektiver Beobachter auf der Basis der Tätervorstellung über den Tatverlauf unter Berücksichtigung des bisherigen Täterhandelns den Versuchsbeginn bejahen würde“,<sup>82</sup> dann hätte dieser objektive Beobachter wahrgenommen, dass es sich um den Komplizen P handelte, also auf einen Verfolger gar nicht unmittelbar angesetzt wurde.<sup>83</sup> Ein fehlendes unmittelbares Ansetzen des M kann P aber nicht als mittäterschaftlich begangen zugerechnet werden bzw. für P selbst den Eintritt ins Versuchsstadium bedeuten.

### 2. Vermeintlicher Verfolger als ausschließliches Tatobjekt?

Bislang wurde als selbstverständlich vorausgesetzt, dass M mit seinem Schuss auf P zur Tötung des P unmittelbar angesetzt hat. Nimmt man jedoch an, dass M ausschließlich auf einen vermeintlichen Verfolger (und nicht auf P) unmittelbar angesetzt hat, so vermeidet man einerseits die unzulässige Verdoppelung des Tatentschlusses, andererseits die Identität von Opfer und Beschossenem, die eine Zurechnung des unmittelbaren Ansetzens des M zur Tötung des P hindert. Dieses Ergebnis lässt sich erreichen, indem man die nach § 22 StGB maßgebliche Tätervorstellung so versteht, dass sich der Angriff des M nicht gegen einen Komplizen, sondern gegen einen Verfolger richtet.

Ein solches, für den Tatentschluss ausschließlich auf das Vorstellungsbild des Täters abstellendes Versuchsverständnis ist in jüngerer Zeit aus der Formulierung „Vorstellung von der Tat“ in § 22 StGB hergeleitet worden: „Der auf der Basis [...] eines rechtlich irrelevanten Tatmotivs“ – gemeint ist die Vorstellung über die Opferidentität – „gefasste Tatentschluss geht dahin, die gemäß den als relevant eingestufteten Identifizierungsmerkmalen als richtiges Tatobjekt anzusehende Person umzubringen“.<sup>84</sup> Ein error in persona sei beim Versuch nicht etwa gemäß § 16 StGB für den Vorsatz unbeachtlich, sondern gar nicht denkbar, weil beim Versuch überhaupt

<sup>81</sup> Toepel, JA 1997, 349 (dort in Fn. 31); Nikolidakis, Grundfragen der Anstiftung, 2003, S. 137 f.

<sup>82</sup> Streng, in: Gössel (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, 1999, S. 325 f. (m.w.N. in Fn. 2) bezeichnet diese Sichtweise als ganz herrschende Meinung.

<sup>83</sup> Vgl. Alwart, JuS 1979, 351 (353); Schreiber, JuS 1985, 877; vgl. auch Seier (Fn. 82), L 14; nachdrücklich Küper (Fn. 3), S. 38 Fn. 78.

<sup>84</sup> Streng, ZStW 109 (1997), 862 (877); s. auch Freund, JuS 1990, L 36, 37.

keine den gesetzlichen Tatbestand vollendenden Tatumstände vorliegen müssten, von denen der Täter in realitätskongruenter Weise Kenntnis (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) haben müsste.<sup>85</sup> Daher sei für den Tatentschluss nur die Tätervorstellung gemäß § 22 StGB maßgeblich. Gehe es beim mittäterschaftlichen Versuch immer nur darum, einen gemeinsamen Tatentschluss – der sich vorliegend nur auf Verfolger bezog – durch ein Ausführungshandeln zu manifestieren, so sei nur erforderlich, dass der Handelnde *subjektiv* dem Tatplan treu bleiben wolle, also die Vorstellung habe, nicht auf einen Komplizen, sondern auf einen Verfolger zu schießen.<sup>86</sup>

a) Eine derartige Konstruktion funktioniert von vornherein nur, wenn M bei Abgabe des Schusses die rechtlich relevante Vorstellung hatte, auf einen Verfolger zu schießen. Dies ist nicht der Fall. Im Gegenteil ist schon die zugrundeliegende Prämisse unzutreffend, der im Identitätsirrtum befindliche Komplize wolle subjektiv dem gemeinsamen Tatplan treu bleiben. Der *eigene, alleinige* Tatentschluss des M ging bei Abgabe des Schusses dahin, den P zu erschießen, und nicht einen vermeintlichen Verfolger. Das zeigt folgende Überlegung: Wäre der auf P abgegebene Schuss tödlich gewesen, so hätte sich M nach §§ 211, 212 StGB wegen vollendeten Mordes *an P* strafbar gemacht. Jedes vollendete Vorsatzdelikt durchläuft aber das Stadium des Versuchs, und deshalb muss schon bei Versuchsbeginn der Vorsatz vollständig vorliegen. Dann kann zwischen dem Tatentschluss beim Versuch und dem Vorsatz beim Vollendungsdelikt kein Unterschied bestehen.<sup>87</sup> Für die *Vollendungsstrafbarkeit* ist anerkanntermaßen die Identität des Opfers unbeachtlich; relevant ist allein der auf die angezielte Person (P) konkretisierte Vorsatz des M. Bei der *Versuchsstrafbarkeit* als Durchgangsstadium des vollendeten Delikts soll nun aber nach der hier bekämpften Meinung die Identität beachtlich sein, sich also die Tätervorstellung auf eine andere als die anvisierte Person, nämlich auf den vermeintlichen Verfolger beziehen. Dann aber wären Tatentschluss und Vollendungsvorsatz nicht kongruent. Nicht erklärbar ist, warum mit dem Erfolgseintritt der Vorsatz (des Schützen M) von der Person mit den vorgestellten Identitätsmerkmalen weg und hin zur angezielten Person ohne diese Identitätsmerkmale „kippen“ soll.<sup>88</sup> Die Vorstellung des M, auf einen Verfolger zu schießen, kann mithin nicht die schon bei Versuchsbeginn erfolgte Konkreti-

sierung des Tatentschlusses des M *nur auf P* ersetzen. Somit ist ein *error in persona* beim Versuchsdelikt nicht etwa undenkbar, weil es für den Vorsatz als Teil des Tatentschlusses gemäß § 22 StGB ausschließlich auf die Tätervorstellung ankäme; der Identitätsirrtum ist vielmehr – wie beim vollendeten Delikt – unbeachtlich, weil die Tatobjektsidentität kein relevanter Tatumstand, mithin die Vorsatzfehlkonkretisierung gemäß § 16 StGB irrelevant ist.<sup>89</sup>

Gegen die daraus folgende Erkenntnis, dass ein in Mittäterschaft begehbarer Versuch an einem vermeintlichen Verfolger gerade nicht vorlag, weil Versuchs- und Vollendungsvorsatz den selben Bezugspunkt haben müssen, lässt sich nicht die in jüngerer Zeit zunehmend postulierte Selbständigkeit des Versuchsdelikts gegenüber der vollendeten Tat ins Feld führen. Denn unabhängig davon, ob man – im Sinne eines Stufenmodells – dem Versuch nur als Durchgangsstufe zur Vollendung eine „ausschnittsweise“ Bedeutung beimisst, muss der Vorsatz bei Versuchsbeginn und im Vollendungsfalle hinsichtlich des Tatobjekts kongruent sein, weil ansonsten kein die vorsätzliche Tatvollendung im Versuchsstadium vermittelndes konkretisiertes Handlungsunrecht vorläge. Den Vorsatzinhalt in der Versuchsphase gegenüber dem Vollendungsstadium zu verändern, treibt die Emanzipation des Versuchs mithin zu weit. Gerade die fehlende Kongruenz von Handlungs- und Erfolgsunrecht veranlasst die herrschende Meinung ja dazu, die *aberratio ictus* in Bezug auf das vom Täter verletzte Tatobjekt für vorsatzrelevant zu halten.<sup>90</sup>

Wer diesen logischen Bruch dadurch überwinden will, dass der zunächst gegebene Versuch am Objekt mit der vorgestellten Identität im Falle des Erfolgseintritts auf Konkurrenzenebene hinter das vollendete Delikt am tatsächlich verletzten Objekt zurücktreten soll,<sup>91</sup> der übersieht, dass in Wahrheit gar kein derartiges vollendetes Delikt vorliegt, hinter das der angenommene Versuch zurücktreten könnte: Dem Täter kann nur ein Erfolgseintritt zum Vorsatz zugerechnet werden, der in der Versuchsphase über ein entsprechendes Handlungsunrecht vermittelt wird. Für ein vollendetes vorsätzliches Tötungsdelikt müssen sich die Vorstellung des Täters von der Tat gemäß § 22 StGB während der Versuchsphase und der auf die Tatvollendung gerichtete Vorsatz decken. Das Versuchsstadium hätte die Tat des Schützen M nach der hier kritisierten Ansicht aber gerade nicht mit Vorsatz hinsichtlich des P durchlaufen, sondern mit Vorsatz hinsichtlich des vorgestellten Verfolgers. In Bezug auf die anvisierte und tatsächlich getroffene Person (P) käme mangels eines den konkreten

<sup>85</sup> So auch nunmehr *Herzberg*, in: Joecks/Miebach (Fn. 49), § 22 Rn. 40 ff.; *ders.*, JuS 1999, 224; *Jung*, JA 2006, 228 (232 mit Fn. 46); *T. Maier*, Die Objektivierung des Versuchsunrechts, 2005, S. 44 (dort in und bei Fn. 84). Allgemein zur Selbständigkeit des Versuchsdelikts *Alwart*, GA 1986, 245.

<sup>86</sup> *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (889) in Fn. 94 unter teilweiser Aufgabe *seiner* in JuS 1991, 910 (915 f.) vertretenen Auffassung; ähnlich *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, § 16 Rn. 109; §§ 28, 29 Rn. 43 („Versuch [...] den im Sinne des Tatplans Richtigen zu treffen, also die Verabredung [...] zu erfüllen“).

<sup>87</sup> *Hillenkamp* (Fn. 38), § 22 Rn. 31 ff.

<sup>88</sup> *Dehne-Niemann*, StudZR 2004, 225 (248); zust. *Weber*, StudZR 2005, 403 (428).

<sup>89</sup> *Hillenkamp* (Fn. 38), § 22 Rn. 33 f. u. 91; *ders.*, in: Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 689 ff.

<sup>90</sup> Zuzugeben ist, dass dieses Argument *Puppe* – eigentlich – nicht trifft, denn sie hält die *aberratio ictus* und den *error in persona* ohnehin für vorsatzirrelevant. Aber im Bezug auf die dem „Verfolgerfall“ verwandte *Rose-Rosahl-Konstellation* ist *Puppe* (Fn. 86) („unabhängig von dem Streit um die *aberratio ictus*“) mit dem Anspruch angetreten, die Unrichtigkeit der *aberratio-ictus*-Theorie zu belegen, ohne dafür die angebliche Irrelevanz der *aberratio ictus* zu bemühen.

<sup>91</sup> *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (897).

Erfolgseintritt vermittelnden Handlungsunrechts allenfalls eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht, und in Bezug auf den vorgestellten Verfolger eine Strafbarkeit wegen eines Versuchsdelikts. Eine Versuchs-/Fahrlässigkeitslösung wird beim *error in persona* heutzutage aber nicht mehr vertreten.

Das angenommene Vollendungsdelikt, hinter das der Versuch am vorgestellten Verfolger zurücktreten könnte, wäre somit nur gegeben, wenn sich der Tätervorsatz *gleichzeitig* auf die anvisierte Person bezöge. Dass sich die Annahme eines „Doppelvorsatzes“ verbietet, wurde aber bereits oben gezeigt – strafrechtlich relevant ist allein der Wille des Täters, das falsche, aber tatsächlich getroffene Objekt, nicht aber der, das richtige Objekt zu treffen.<sup>92</sup> Einen Versuch an einem vermeintlichen Verfolger hat M im Ergebnis nicht begangen, blieb damit also auch nicht in rechtlich relevanter Weise subjektiv dem Tatplan treu. Dann kann den Komplizen aber der Ausführungsbeitrag des M nicht als unmittelbares Ansetzen zugerechnet werden. Mittäter eines Mordversuchs an einem vermeintlichen Verfolger kann P somit nicht gewesen sein.

b) Weil somit die Vorstellung des M nicht dahin ging, einen Verfolger zu erschießen, sondern sich sein Tatentschluss allein darauf bezog, das angezielte Tatobjekt P zu erschießen, hielt er sich objektiv außerhalb der vom gemeinsamen Tatplan gezogenen Grenzen. P kann daher mangels einer im konkreten Fall eingreifenden Zurechnungsgrundlage der Schuss des P nicht als eigene Versuchshandlung zugerechnet werden. Das von der hier kritisierten Auffassung als maßgeblich für den mittäterschaftlichen Versuch erachtete Kriterium, dass der Täter „subjektiv dem auch von ihm verfolgten Tatplan treu bleiben wollte“<sup>93</sup> lässt sich folglich nur so deuten, dass es für die Zurechenbarkeit einer Handlung als mittäterschaftlicher Versuchsbeginn ausreichen soll, dass der Täter sich bei der Vornahme der zuzurechnenden Handlung vorstellt (§ 22 StGB), innerhalb der durch den Tatplan gezogenen Grenzen zu agieren. Dass für die mittäterschaftliche Zurechnung einer Versuchshandlung zu einem Komplizen der bloße Glaube – i.S.d. § 22 StGB die „Vorstellung“ – ausreichen soll, die mit diesem Komplizen getroffene Verabredung zu erfüllen, ist nicht neu; *Puppe* hat diese Methode schon für die Rose-Rosahl-Konstellation fruchtbar zu machen versucht und behauptet, die vom *error in persona* befangenen Haupttäter ausgeführte Tat sei „der Versuch, die Verabredung mit dem Anstifter zu erfüllen. Also ist sein Versuch die Tat, zu der der Anstifter angestiftet hatte.“<sup>94</sup> Übertragen auf den „Verfolgerfall“ wäre P das Handeln des M schon deshalb zuzurechnen, weil M die Vorstellung (§ 22 StGB) hatte, tatplangemäß auf einen Verfolger zu schießen.

Es trifft aber nicht zu, dass für einen mittäterschaftlichen Versuch der Glaube des Schützen M, tatplangemäß zu agieren, ausreicht, um P dessen Ausführungshandlung als eine eigene, den Beginn des mittäterschaftlichen Versuchs markierende, Handlung zuzurechnen. Denn von der Beachtung des Rückgrates der Mittäterschaft, dem gemeinsamen Tatplan, suspendiert auch der Glaube, verabredungsgemäß zu handeln, nicht. Ansonsten wäre nicht klar, welche Funktion dem Rückgrat der mittäterschaftlichen Zurechnung, dem Tatplan, überhaupt noch zukommen soll. Das zeigt schon die verräterische Formulierung, die im *error in persona* begangene Tat stelle den „Versuch, die Verabredung [...] zu erfüllen“ dar – es handelt sich eben bloß um einen außerhalb des Tatplans liegenden Versuch, sich an den Tatplan zu halten. Einen mittäterschaftlichen Versuch stellt das Gesetz nur unter den objektiv vorliegenden Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB zur Verfügung. Darunter fällt gerade nicht der bloße Versuch, mittäterschaftlich zu handeln. Wäre es anders, müsste auch in den Fällen der „Scheinmittäterschaft“ – wie etwa im „Münzhändlerfall“ – die Vorstellung von einer den Voraussetzungen der Mittäterschaft genügenden Ausführungshandlung für eine Versuchsstrafbarkeit ausreichen. Der Glaube, den im Tatplan steckenden Zurechnungsmechanismus zu aktivieren, löst den Zurechnungsmechanismus also noch nicht aus. Dafür erforderlich ist vielmehr ein objektiv tatplangemäßes Agieren. Erst dann kann eine Zurechnung erfolgen. Das bedeutet zugleich, dass die Voraussetzungen der Mittäterschaft außerhalb des qua „Vorstellung von der Tat“ (§ 22 StGB) (untauglich) Versuchsfähigen stehen. § 22 StGB die Aussage zu entnehmen, dass es auch für die mittäterschaftliche Zurechnung auf die Manifestation der Vorstellung, mittäterschaftlich, d.h. tatplangemäß zu handeln, ankommen soll, treibt mithin die Versubjektivierung der Struktur des mittäterschaftlichen Versuchs zu weit und ist überdies stufenkonfundierend: Lässt sich mit einer entsprechenden „Vorstellung von der Tat“ i.S.d. § 22 StGB nur das Fehlen der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen überwinden, nicht aber das Fehlen der Mittäterschaftsvoraussetzungen, so taugt eine solche Aussage auch allenfalls dazu, auf einer ersten Stufe den Versuch des selbst handelnden Täters M zu begründen, nicht aber – auf einer zweiten Stufe – die Zurechnung von dessen Handeln zum Komplizen P.

Es trifft also in der Tat zu, wie *Puppe* ironisch in Form einer rhetorischen Frage vermutet,<sup>95</sup> dass ein Täter, der glaube, verabredungsgemäß auf einen Verfolger zu schießen und in Wahrheit auf einen Baumstumpf hält, also einen Versuch begeht, der „völlig vergeblich“ ist, die mit dem Komplizen (sei er präsumtiver Anstifter oder Mittäter) getroffene Vereinbarung gerade nicht erfüllt. Mag er auch die „Vorstellung“ (§ 22 StGB) haben, auf einen Menschen zu schießen und tatplangemäß zu agieren, *objektiv* lässt sich das Handeln dem Komplizen nicht als Planrealisierung zurechnen.<sup>96</sup> Eine den

<sup>92</sup> *Rudolphi* (Fn. 76), § 16 Rn. 30; *Hillenkamp* (Fn. 5), S. 66; *Seier* (Fn. 76), L 14, ähnlich *Alwart* (Fn. 76), S. 354 f. (dort in Fn. 20).

<sup>93</sup> *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (889); vgl. auch *ders.*, a.a.O. Fn. 94: Die „diskutierte Fragestellung“ (scil. des *error in persona* unter Mittätern als eines nicht erwartbaren Fehlers bei der Opferfindung) erweise sich beim Versuch „als ganz generell und nicht nur fallbezogen nicht relevant“.

<sup>94</sup> *Puppe*, NSZ 1991, 126.

<sup>95</sup> *Puppe* (Fn. 86), § 16 Rn. 110.

<sup>96</sup> Das von *Streng*, ZStW 109 (1997), 862 (896) bemühte *argumentum a maiore ad minus* – wenn für eine als Planrealisierung schon der untaugliche Versuch an einem untauglichen Objekt (Baumstumpf) ausreichte, so dann doch erst recht

gemeinsamen Tatentschluss manifestierende Handlung hat M mit dem Schuss auf P nach alledem nicht realisiert.

## VI. Teilnahme des P am Mordversuch des M?

Mit der Erkenntnis, dass sich die für M das unmittelbare Ansetzen bedeutende Abgabe des Schusses auf P diesem nicht als mittäterschaftlich begangen zurechnen lässt, stellt sich die Frage, ob eine Zurechnung auf einer „niedrigeren“ Stufe möglich ist, ob P also als Teilnehmer an der Tat des M haftbar ist. Nach *Puppe*, die das Urteil des BGH für lediglich insofern rechtsfehlerhaft erachtet, als der BGH von mittäterschaftlicher Tatbegehung durch P ausgegangen ist (dazu oben II.), hat sich P strafbar wegen Anstiftung zum Mordversuch des M gemacht.<sup>97</sup> Das diesem Standpunkt zugrunde liegende Anstiftungs- und Mittäterschaftsverständnis (Mittäterschaft als gegenseitige Anstiftung, Anstiftung als Unrechtspakt) soll hier nicht weiter untersucht werden; es geht vielmehr darum, ob P eine gegen ihn gerichtete Tat auf einer gegenüber der (Mit-)Täterschaft niedrigeren Stufe, nämlich der Anstiftung oder Beihilfe, zugerechnet werden kann.

### 1. Das Verhältnis von Teilnahme am Versuch (§§ 212, 211, 22, 26 bzw. 27 StGB) und Verbrechens verabredung (§ 30 Abs. 2 StGB)

Am Rande bemerkt sei, dass, jedenfalls wenn man der Beteiligung an der Flucht keine Anstiftungs-, sondern nur Beihilfequalität beilegt, schon die Erörterung von Beihilfe zum Versuch rechtfertigungsbedürftig ist. Denn nach § 27 Abs. 2 StGB ist wie auch nach der bereits feststehenden Verbrechens verabredung (§ 30 Abs. 2 StGB) die Strafe obligatorisch einem nach § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen zu entnehmen. Berücksichtigt man hier zusätzlich, dass die präsumtive Haupttat nur versucht wurde, so wäre für P gemäß § 23 Abs. 2 StGB eine weitere, fakultative Tatmilderung in Erwägung zu ziehen; bei der Verabredung zum Mord hingegen bliebe es bei der einfachen obligatorischen Strafraumenmilderung. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen behilft sich die herrschende Meinung hier, indem aus Beihilfe zum Mord bestraft wird, dem Gehilfen aber die fakultative

die Ausführung an einem gattungsmäßig gleichwertigen Objekt – entbehrt damit einer Grundlage. Nebenbei wäre zu fragen, warum – immer auf der Grundlage von *Strengs* Versuchskonzeption – überhaupt von einem argumentum a fortiori die Rede sein kann. Wenn es für das gegenständliche Objekt des Versuchs, das „Tatzielsubjekt“ nur auf die Vorstellung des Täters ankäme, dann spielte die Realität als kommensurable Größe schlicht keine Rolle, liefert also auch keine Bewertungsgrundlage, die Vergleichsmaßstab eines argumentum a maiore ad minus sein könnte.

<sup>97</sup> *Puppe* (Fn. 8), S. 940; ähnlich *Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1984, S. 289 (kursive Hervorhebung dort) auf der Grundlage seiner Ganzheitstheorie. – Der BGH, der ja mittäterschaftliche Tatbegehung des P annahm, hat sich naturgemäß mit der Frage einer akzessorischen Teilnehmerhaftung des P nicht beschäftigt.

Strafmilderung obligatorisch versagt wird.<sup>98</sup> Diese Frage des Verhältnisses von §§ 212, 211, 30 Abs. 2 StGB und §§ 212, 211, 22, 23, 12, 27 StGB wird aber nur relevant, wenn sich eine Beihilfe des P am Mordversuch des M überhaupt tatbestandlich begründen lässt.

### 2. Akzessorische Zurechnung des Handlungsunrechts der Haupttat zum präsumtiven Teilnehmer?

Eine Teilnahme strafbarkeit – Anstiftung oder Beihilfe zum Mordversuch – liegt nahe für diejenigen, die aus den oben sub II. genannten Gründen mittäterschaftliche Begehungsweise des P schon wegen des Inhalts des Tatplans und nicht erst – wie hier – wegen eines Zurechnungshindernisses ablehnen. Als Anknüpfungspunkte für die ansonsten überraschenderweise nur ganz vereinzelt überhaupt erwogene Strafbarkeit des P wegen Teilnahme am Mordversuch des M kommen etwa die gemeinsame Verabredung, auf Verfolger zu schießen, oder die gemeinsame Durchführung der Flucht in Betracht.

Wer – wie *Schröder*<sup>99</sup> und früher *Cramer*<sup>100</sup> – sogar von einer Strafbarkeit eines Anstifters zur vollendeten Körperverletzung ausgeht, wenn er vom Angestifteten aufgrund einer Personenverwechslung verprügelt wird, müsste von diesem Standpunkt aus im Verfolgerfall eine Strafbarkeit des P wegen Beihilfe zum Mordversuch annehmen, obgleich das Leben des P diesem selbst gegenüber gerade nicht geschützt ist,<sup>101</sup> und für *Schröder* liegt im „Verfolgerfall“ ebenfalls Beihilfe des P zum Mordversuch des M gemäß §§ 212, 211, 27 StGB vor (die jedoch hinter die Strafbarkeit wegen mittäterschaftlich begangenen Mordversuchs zurücktrete).<sup>102</sup>

Für den Fall, dass sich eine von einem präsumtiven Anstifter oder Gehilfen initiierte bzw. unterstützte Haupttat mit rechtsgutsverletzender, also haupttatvollendender Wirkung gegen diesen wendet, geht das heute ganz herrschende Schrifttum davon aus, dass dem getroffenen Teilnehmer die Haupttat jedenfalls nicht als vollendete zugerechnet werden kann,<sup>103</sup> weil ein zwischen dem Teilnehmer und seinem eigenen Rechtsgut bestehendes Verhältnis der „Relativität des Unrechts“ dazu führe, dass die Verletzung eines eigenen

<sup>98</sup> *Hoyer* (Fn. 19), § 30 Rn. 59; s.a. *Geppert*, Jura 1997, 546 (553) zu § 30 Abs. 1 StGB und m.w.N. auch zu Gegenstimmen.

<sup>99</sup> *Schröder*, JR 1958, 427 (427 f.).

<sup>100</sup> *Cramer* (Fn. 29), 23. Aufl. 1988, § 25 Rn. 47 und § 26 Rn. 19. Anders aber ab der 24. Aufl. 1991, § 26 Rn. 19.

<sup>101</sup> Gegen dieses Ergebnis nachdrücklich *Bemman*, MDR 1958, 817 (822) für die Rose-Rosahl-Fallkonstellation; entgegen *Bemman* folgt daraus aber noch nicht notwendigerweise, dass der error in persona der Haupttäters für den Anstifter eine aberratio ictus darstellt, vgl. *Puppe* (Fn. 86), § 16 Rn. 111 und sogleich im Text.

<sup>102</sup> *Schröder*, JR 1958, 427; zu Recht krit. *Spendel*, JuS 1969, 314 (317).

<sup>103</sup> Vgl. etwa *Jakobs* (Fn. 29), 22/8; *Kudlich/Pragal*, JuS 2004, 791; *Roxin*, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 365 ff.

Rechtsgutes sich in seiner Person nicht als Unrecht darstellt. Beinahe ebenso einhellig ist man heutzutage der Ansicht, dass diese „Unrechtsrelativität“ es nicht ausschließt, dem Rechtsgutsinhaber die Haupttat als Versuch zuzurechnen.<sup>104</sup>

a) Zur Teilnahmezurechnung im Falle der Vollendung der präsumtiven Haupttat

Um die Zurechnung einer *vollendeten* Haupttat zum verletzten Rechtsgutsinhaber jedenfalls als Versuch zu widerlegen, bedarf es keines Rückgriffs auf die extrem subjektive Teilnahmetheorie, nach deren Verständnis P animus coactoris und nicht etwa animus socii gehabt hätte.<sup>105</sup> Schröders Ansicht verkennt, dass eine derart strenge Befolgung der Akzessorietätsregeln nach dem Schema „M hat eine Körperverletzung begangen und zu dieser hat P Hilfe geleistet“ daran scheitern muss, dass das Rechtsgut Gesundheit seinem Träger P gegenüber keinen Schutz genießt. Schröders Akzessorietätsverständnis ließe sich nur dann aufrechterhalten, wenn man den Strafgrund der Teilnahme fälschlicher- und überholterweise darin sehen würde, dass der Teilnehmer den Haupttäter in Schuld verstrickt oder ihn sozialer Desintegration aussetzt<sup>106</sup>; eine derartige Sichtweise ist aber mit der Limitierung der Teilnahmeakzessorietät nicht zu vereinbaren.

Dass das vom jeweiligen Tatbestand des Besonderen Teils geschützte Rechtsgut auch gegenüber dem (präsumtiven) Teilnehmer geschützt sein muss („Unrechtsrelativität“), folgt aus dem Wesen der Teilnahme (Anstiftung wie Beihilfe) als eines akzessorischen, d.h. über die Haupttat laufenden Rechtsgutsangriffs.<sup>107</sup> Ob man in dem daraus zu folgernden Erfordernis, dass sich die Teilnahmehandlung auch für den Teilnehmer als Angriff auf ein *ihm gegenüber geschütztes* Rechtsgut darstellen muss, als Durchbrechung oder inhaltliche Ausformung des Akzessorietätsgrundsatzes ansieht oder als ein neben diesen tretendes selbständiges, die enorme Weite der Teilnahmevorschriften begrenzendes und die Anforderungen der objektiven Zurechnung in die Teilnahmevorschriften transformierendes Kriterium der Zurechnung zur Teilnahme, ist ein Streit um Worte; in der Sache ist heute anerkannt, dass jedenfalls keine Strafbarkeit des irrtümlich verletzten Rechtsgutsinhabers wegen *vollendeter* Teilnahme an einer *vollendeten* Haupttat in Frage kommt, weil es sich – objektiv – bei der Rechtsgutsverletzung um den Ausdruck einer von der Rechtsordnung eingeräumten Verfügungsmacht handelt und deshalb die mittelbare eigene Rechtsgutsverletzung ebenso straflos sein muss wie es die unmittelbare wä-

re.<sup>108</sup> Oder mit der Terminologie der objektiven Zurechnung formuliert: Wo ein präsumtiver Teilnehmer ein Rechtsgut nicht angreifen kann, weil es ihm gegenüber nicht geschützt ist, dort kann der Teilnehmer keine rechtlich missbilligte Gefahr schaffen oder steigern, weshalb eine Zurechnung zur Teilnahme ausscheiden muss.<sup>109</sup>

b) Zurechnung einer nur versuchten Haupttat des M zum präsumtiven Teilnehmer P?

Auf diese Erkenntnis hin liegt nun eigentlich die – merkwürdigerweise im Zusammenhang mit der Teilnahme kaum je formulierte – Frage nahe: Wenn dem präsumtiven Teilnehmer der Erfolgswert der Haupttat nicht akzessorisch zugerechnet werden kann, warum kann es dann der im Versuch liegende Handlungsunwert? Und wenn bei der Beteiligungsform der Mittäterschaft die Identität von Rechtsgutsinhaber und Tatobjekt eine Zurechnung der Ausführungshandlung als (mit-)täterschaftlich hindert, warum sollte es bei der akzessorischen Unrechtszurechnung<sup>110</sup> im Teilnahmebereich anders sein? Immerhin ist nicht auf den ersten Blick ersichtlich, warum die Rechtsgutsträgerschaft und die daraus folgende objektive Unangreifbarkeit nicht als „beteiligungsformunabhängiger Störfaktor“<sup>111</sup> der Zurechnung zu handhaben und damit auch eine zur Teilnahme des P zurechenbare versuchte Haupttat des M ausscheiden muss.

aa) Dass die herrschende Meinung im Falle eines gegen den Teilnehmer gerichteten Angriffs, sei er nun erfolgreich und die Haupttat damit vollendet oder nicht, gleichwohl dem Teilnehmer den in der vollendeten Haupttat steckenden Versuch<sup>112</sup> zurechnen will, begründen ihre Vertreter damit, dass die initiierte bzw. unterstützte Haupttat aus der Sicht des Teilnehmers alle Voraussetzungen erfülle bis auf die auch für die Teilnahme erforderliche Objekttauglichkeit des Teilnehmers<sup>113</sup> („anderer Mensch“). Die fehlende Objekttauglichkeit hindere nur die Bestrafung wegen *vollendeter* Verletzung fremden Eigentums,<sup>114</sup> ein strafbarer Verletzungsversuch bleibe aber möglich. Es reiche daher – wie stets beim Versuch – aus, dass sich der Teilnehmer vorstelle, das Tatobjekt sei ein taugliches. Zur Vermeidung von Wertungswider-

<sup>104</sup> Etwa Cramer/Heine (Fn. 29), Vorbem §§ 25 ff. Rn. 17a, § 26 Rn. 23; Jakobs (Fn. 29), 22/8; Puppe, NSTZ 1991, 125; Roxin, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 38), Vor § 26 Rn. 2.

<sup>105</sup> So auf der Basis der extrem subjektiven Teilnahmetheorie Baumann, JuS 1963, 127.

<sup>106</sup> Freund, JuS 1990, L 37 Fn. 10 und 11.

<sup>107</sup> Vgl. etwa Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 64 I. 2; Roxin (Fn. 103), S. 365 ff. Auf den „materiellen Sinn des jeweiligen Tatbestandes“, aus dem die Straflosigkeit folge, stellt demgegenüber M.-K. Meyer, GA 1979, 252 (263) ab.

<sup>108</sup> Park, JuS 1999, 887 (890); Roxin (Fn. 104), Vor § 26 Rn. 2, 33; Kudlich/Pragal, JuS 2004, 791 (793) unter (zirkulärem) Verweis auf BGHSt 11, 268; Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 131 f.

<sup>109</sup> Roxin (Fn. 103), S. 365 ff. (381).

<sup>110</sup> Zur Unterscheidung von Handlungszurechnung i.S.d. Täterschaftsvorschriften des § 25 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 StGB und Unrechtszurechnung i.S.d. Teilnahmevorschriften der §§ 26, 27 StGB s. Hoyer (Fn. 98), 7. Aufl., 34. Lieferung, Stand: Oktober 2000, Vor § 26 Rn. 3 ff.; ders., GA 2006, 298 (299 f.).

<sup>111</sup> Vgl. Sowada (Fn. 52), S. 109.

<sup>112</sup> Vgl. Nowak, JuS 2004, 197 (198: „Versuch als Minus [...] enthalten“).

<sup>113</sup> Mitsch, JuS 1999, 372 (374).

<sup>114</sup> Cramer (Fn. 100), Vorb. § 25 Rn. 17a; ähnlich Jakobs (Fn. 29), 22/8 („Versuch des Zugriffs auf vermeintlich allseitig“ Schutz genießendes Rechtsgut).

sprüchen, die sich aus einem Vergleich mit dem Angriff auf ein eigenes Rechtsgut des Alleintäters sowie des mittelbaren Täters ergeben, müsse bei der Anstiftung eine strafrahmenmäßige Gleichstellung mit einem Versuchstäter (fakultative Strafmilderung gemäß §§ 26, 23 Abs. 2 StGB) erreicht werden.<sup>115</sup> Daher müsse der Rechtsgutsinhaber wegen Anstiftung zum Versuch bestraft werden und nicht lediglich wegen (nur bei intendierten Verbrechen eingreifender) versuchter Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB mit obligatorischer Strafmilderung); beim ohnehin stets straflosen Beihilfeversuch liege es ähnlich. Konstruktiv lasse sich das gewünschte Ergebnis erzielen, indem man das Niveau nur der Haupttat, nicht aber der Teilnahme insgesamt auf Versuchsniveau drückt.<sup>116</sup> Die Wirkung des Mangels eines tauglichen Angriffsobjekts beschränkte sich nach herrschender Auffassung im „Verfolgerfall“ folglich darauf, die Haupttat – den Mordversuch des M – aus Sicht des P auch als Mordversuch zu behandeln (der Umstand, dass P am Leben blieb, ist ja lediglich ein weiterer Grund dafür, dass ohnehin nur ein Versuch als Haupttat zur Verfügung steht) und nicht lediglich auf eine versuchte Teilnahme zu reduzieren. Es entfielen nur das – im „Verfolgerfall“ nicht entstandene – *Erfolgsunrecht* der Haupttat; bestehen bliebe und dem P zugerechnet würde hingegen das *Haupttathandlungsunrecht*. Gerechtfertigt werde diese Vorgehensweise dadurch, dass der Anstifter gemäß § 26 StGB durch einen mittelbaren Rechtsgutsangriff grundsätzlich tätergleiches Unrecht begehe,<sup>117</sup> der Gehilfe einen Täterangriff unterstütze und daher in abgeschwächter Form (arg. § 27 Abs. 2 S. 2 StGB) ebenfalls mittelbar angreife.

bb) Aber indem man dem Teilnehmer – sei er Anstifter oder Gehilfe – das Handlungsunrecht der Haupttat zurechnet und dies mit der angeblich versuchstypischen fehlenden Erfolgseignung des teilnehmerschaftlichen Rechtsgutsangriffs begründet, konfundiert man das Handlungsunrecht der Haupttat mit dem der Anstiftung. Wer wegen Teilnahme am Versuch haftet, der wird nämlich wegen einer *vollendeten* Tat bestraft – eben wegen *vollendeter* Teilnahme am Versuch. Die formelle Vollendung der Strafbarkeitsausdehnungsvorschriften der §§ 26, 27 StGB erfordert nur irgendeine rechtswidrige Tat, und als solche genügt auch eine versuchte.<sup>118</sup> Das Erfordernis der vorsätzlichen rechtswidrigen Tat definiert somit allein das *Erfolgsunrecht* der Teilnahme.<sup>119</sup> Das Unrecht der Haupttat wiederum zerfällt in Handlungs- und

Erfolgsunrecht:<sup>120</sup> Ist die Haupttat vollendet, so bilden Haupttathandlungsunrecht und Haupttaterfolgsunrecht gemeinsam das Erfolgsunrecht der Teilnahme, bei nur versuchter Haupttat konstituiert allein das Haupttathandlungsunrecht das Teilnahmeerfolgsunrecht. Vergegenwärtigt man sich, dass für das volle *objektive* Unrecht der Teilnahme deren Handlungs- und Erfolgsunrecht vorliegen müssen und für letzteres schon eine versuchte Haupttat hinreicht, so zeigt sich, dass Teilnahme auch an einer nur versuchten Haupttat eine vollendete Straftat darstellt.

Mit dieser Akzentuierung eines eigenständigen, d.h. von dem der Haupttat unabhängigen, Vollendungszeitpunkts der Teilnahme wird keineswegs, wie man auf den ersten Blick meinen könnte, die alte Lehre vom Teilnehmerdelikt<sup>121</sup> wiederbelebt, sondern einfach das Gesetz angewendet: §§ 26, 27 StGB handeln von der Teilnahme, § 30 StGB hingegen vom Versuch der Beteiligung (freilich ist nur der Versuch anzustiften strafbar und das auch nur bei Verbrechen, § 30 Abs. 1 StGB). E contrario § 30 StGB muss es in §§ 26, 27 StGB um *vollendete* Teilnahme gehen. Der Charakter der Teilnahmevorschriften als Strafausdehnungsvorschriften gegenüber dem Besonderen Teil<sup>122</sup> verlängert also, soweit es die Teilnahme am Versuch anbelangt, nicht nur die Strafbarkeit in personeller Hinsicht über die Täter hinaus auf die Teilnehmer, sondern verlagert auch noch den Zeitpunkt der Vollendung der Teilnehmerstrafbarkeit vor.<sup>123</sup>

Die Versuchstypik, welche die Vertreter einer Strafbarkeit des Rechtsgutsträgers wegen Teilnahme am Versuch für ihre Auffassung maßgeblich in Anspruch nehmen, hätte also – und hier liegt der Fehler der Lösung über die vollendete Teilnahme am Versuch – zur Konsequenz, dass eine Bestrafung aus einem vollendeten Delikt erfolgen würde, weil für das Teilnahmeerfolgsunrecht schon haupttatversuchsbegründendes Handlungsunrecht ausreicht. Die Argumentation mit der Versuchscharakteristik des irrtümlich ein eigenes Rechtsgut angreifenden präsumtiven Teilnehmers geht also ins Leere.

Hat man somit erkannt, dass es sich bei der Teilnahme am Versuch formell gerade nicht um Versuchs-, sondern um *Vollendungsunrecht* handelt, das lediglich strafrahmenmäßig mehr oder minder stark (§§ 26, 23 Abs. 2 StGB; §§ 27 Abs. 2 S. 1, S. 2 i.V.m. § 23 Abs. 2 StGB, zu Letzterem oben sub 1.) an die Haupttat angebunden ist, so ist auch das Argument, „aus Sicht“<sup>124</sup> oder „aus der Perspektive“<sup>125</sup> des präsumtiven Teilnehmers läge eine taugliche Haupttat vor, widerlegt. Die Sicht oder Perspektive eines Täters oder Teilnehmers ist nur maßgeblich, wenn ihm eine Versuchstat zur Last liegt. Wenn hingegen das postulierte Ergebnis, wie gezeigt, eine formell vollendete Teilnahmetat darstellt, dann ist für eine Beurteilung der Lage „aus der Perspektive“ des Rechtsgutsinhabers aus Akzessorietätsgründen kein Raum; vielmehr erfordert der

<sup>115</sup> Herzberg (Fn. 14), S. 135; ders., GA 1991, 145 (157).

<sup>116</sup> Mitsch, JuS 1999, 372 (374); Stieper, JuS 2000, 832.

<sup>117</sup> Nowak, JuS 2004, 197 (199) unter Verweis auf die „Hofbenentscheidung“ BGHSt 37, 214 (217).

<sup>118</sup> Hoyer (Fn. 110), vor § 26 Rn. 17, 22 f., 28, 31.

<sup>119</sup> So für die Anstiftung Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 26 Rn. 9; Küper, GA 1974, 321 (327 und 326: „strafbare Anstiftung setzt den Eintritt der Rechtsgutsverletzung, das Erfolgsunrecht [scil. der Haupttat, J. D.-N.], nicht zwingend voraus.“); Kindhäuser (Fn. 54), S. 627 (652: „Erfolg“ der Teilnahme „ist die [zumindest versuchte] Tatbestandsverwirklichung durch den Täter“); implizit auch Roxin (Fn. 103), S. 365 (373).

<sup>120</sup> Hoyer (Fn. 110), Vor § 26 Rn. 20.

<sup>121</sup> Vgl. etwa Herzberg, GA 1971, 1.

<sup>122</sup> Hoyer (Fn. 110), vor § 26 Rn. 1; Küper, GA 1974, 321 (330 ff.).

<sup>123</sup> Vgl. Küper, GA 1974, 321 (331).

<sup>124</sup> Kudlich/Pragal, JuS 2004, 791 (793).

<sup>125</sup> Mitsch, JuS 1999, 372 (374).

Akzessorietätsgrundsatz eine objektive Betrachtung.<sup>126</sup> Daher muss wie bei jedem anderen vollendeten Delikt die objektive Lage entscheidend sein, und nach dieser liegt eine Haupttat vor, deren Handlungsunrecht sich gegen den Rechtsgutsinhaber richtet. Damit stellt sich wiederum die Frage, ob diese Handlung dem präsumtiven Teilnehmer P zugerechnet werden kann. Den für eine Bestrafung wegen (vollendeter) Teilnahme des P am Versuch des M Votierenden ist es bisher also nicht gelungen, aufzuzeigen, warum durch die Untauglichkeit des anzugreifenden Tatobjektes bzw. des angreifenden Subjektes nur die Haupttat, nicht aber die Teilnahme insgesamt auf Versuchsniveau gedrückt wird.

Wollte man es gleichwohl anders sehen, so müsste man mit zwei Versuchsbegriffen operieren und sowohl die versuchte Teilnahme als auch insbesondere die Teilnahme am Versuch – gewissermaßen „materiell“ betrachtet – als Vorstadien der vollendeten Teilnahme zur vollendeten Haupttat ansehen.<sup>127</sup> Eine solche Sichtweise verstößt aus den oben genannten Gründen gegen den Grundsatz der Teilnahmeakzessorietät, nach dem die Teilnahmevollendung vom Versuchsbeginn der teilzunehmenden Tat abhängt – der Gesetzgeber hat die Wertungsstufen „Teilnahme am Versuch“ und „versuchte Teilnahme“ streng getrennt. Hätte er es anders, weniger akzessorisch gewollt, so hätte er das Teilnahmedelikt als „Versuch durch Teilnahme“ bezeichnet und alle Untauglichkeitsgründe, mögen sie nun den teilnehmereigenen akzessorischen Rechtsgutsangriff oder die Haupttat betreffen, gleichgestellt. Ein „materielles“, das Erfordernis eines eigenen Rechtsgutsangriffs gegenüber dem Akzessorietätsprinzip überbetonendes Teilnahmeverständnis ist mit der lex lata der §§ 26, 27, 30 StGB unvereinbar.

Dagegen, dass die Teilnahme am Versuch eine vollendete Tat darstellt, kann man übrigens auch nicht vorbringen, dass der Teilnehmervorsatz nach heute einhelliger Auffassung jedenfalls auf die Vollendung auch der Haupttat gerichtet sein muss und dass deshalb in §§ 26, 27 StGB ein Überhang der subjektiven Tatseite gegenüber der objektiv-tatbestandlichen Mindestvoraussetzung vorliege. Diese Art „überschießender Innentendenz“ trägt allein dem Umstand Rechnung, dass sich die Teilnahme auch als eigener Rechtsgutsangriff darstellen muss,<sup>128</sup> sagt aber nichts über die strukturprägende Reichweite dieses Erfordernisses aus, insbesondere also auch nicht darüber, in welchem Verhältnis der eigene

Rechtsgutsangriff zum Akzessorietätsprinzip (scil. zur Abhängigkeit der Teilnahmevollendung von einer mindestens versuchten Haupttat) steht.

Soweit man schließlich für die Lösung über eine vollendete Teilnahme des Rechtsgutsinhabers am Versuch den Wortlaut der §§ 26, 27 Abs. 2 S. 1 StGB vorbringt,<sup>129</sup> der für die *vollendete* Teilnahme am Versuch eine (ggf. nach § 27 Abs. 2 S. 2 StGB gemilderte) *Versuchsstrafe* anordnet, so setzt man das zu Beweisende voraus: §§ 26, 27 Abs. 2 S. 1 StGB sagen nur etwas über die Rechtsfolgen der Anstiftung bzw. der Beihilfe aus, setzen also die hier in Frage stehende Teilnahmevollendung voraus. Ob Teilnahmevollendung vorliegt, bedarf jedoch gerade der Klärung. Entnimmt man der Rechtsfolgenanordnung eine Aussage über die Rechtsfolgenvoraussetzungen, so präsumiert man das *thema probandum* und produziert einen logischen Zirkel.

*Sowada*<sup>130</sup> ist in einer ausführlichen Auseinandersetzung mit der Frage, ob bei Identität von präsumtivem Beteiligten und Rechtsgutsinhaber vollendete Teilnahme am Versuch oder (oftmals straflose) versuchte Teilnahme vorliegt, von der richtigen Erkenntnis ausgegangen, dass, „obwohl die Strafbarkeit des Teilnehmers akzessorisch gestaltet“ ist, „das Erfordernis eines eigenen Rechtsgutsangriffs gerade außerhalb des Akzessorietätsbereichs“ steht. *Sowada* bemüht dann die hier bereits verworfene Argumentation mit der Versuchsdogmatik und möchte „die Problematik dem Bereich der Beteiligungsdogmatik entzogen“ wissen, sodass der präsumtive Teilnehmer zu behandeln sei, als hätte er als Alleintäter gehandelt (weshalb er wegen untauglichen Versuchs strafbar wäre). Dazu ist alles gesagt – das Pendant zum (allein täterschaftlichen Versuch ist auf der Teilnahmeebene nicht die Teilnahme am Versuch, sondern die versuchte Teilnahme. Aufschlussreich ist aber *Sowada*s Argument, dem „Störfaktor der Rechtsgutsträgerstellung“ für sich allein genommen (also unter Außerachtlassung des gleichzeitig vorliegenden *error in persona* beim Vordermann) wohne keine Störung der „zwischen den einzelnen Beteiligten bestehenden personalen Ebene“ inne: „Der Rechtsgutsinhaber versucht also nicht, Anstifter zu sein, sondern er *ist* wegen der störungsfreien Beziehung zum Haupttäter Anstifter, dem jedoch das Erfolgsunrecht der Haupttat nicht zugerechnet werden kann.“<sup>131</sup> Dass bei Irrelevanz oder Außerachtlassung des *error in persona* die Zurechnungsebene nicht gestört sei, soll also offensichtlich eine Zurechnung des Handlungsunrechts zum präsumtiven Teilnehmer (im „Verfolgerfall“: zu P) rechtfertigen. Dem liegt das Missverständnis zugrunde, die Identität von Rechtsgutsinhaber und präsumtivem Beteiligten wirke sich nicht auf die Zurechnungsebene aus. *Sedes materiae* der vorliegenden Problematik ist aber entgegen *Sowada* nicht die Versuchs-, sondern die Beteiligungsdogmatik. Denn auch

<sup>126</sup> Vgl. die parallele Argumentation von *Roxin* (Fn. 23), § 26 Rn. 122 zur Rose-Rosahl-Konstellation (gegen *Stratenwerth*, in: Arzt [Hrsg.], Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 1992, S. 57 ff. (68). Bedenklich daher *Fischer* (Fn. 119), Vor § 25 Rn. 8 (mit unrichtiger Wiedergabe von BGHSt 11, 66, wo die Reichweite der Akzessorietät gerade offengelassen wurde).

<sup>127</sup> In diesem materiellen Sinne *Mitsch* (Fn. 65), S. 52 ff., der jedoch anerkennt, dass „bei *formeller* Betrachtung [...] die vollendete Anstiftung ein vollendetes Delikt ist“ (a.a.O., S. 52), die aber „die *Struktur eines Versuchsdelikts*“ aufweise (a.a.O., S. 54, kursive Hervorhebungen jeweils im Original).

<sup>128</sup> Vgl. *Hoyer* (Fn. 120), Vor § 26 Rn. 24 ff., 59 ff. (a.a.O. Rn. 59 das Zitat).

<sup>129</sup> So etwa *Herzberg*, GA 1991, 145 (157: „der Anstifter“ solle „prinzipiell gleich dem Täter bestraft werden“ und dürfe „keine Vorteile daraus ziehen, statt der Haupttat die Anstiftung begangen zu haben.“); *Nowak*, JuS 2004, 197 (199).

<sup>130</sup> *Sowada* (Fn. 52), S. 98 ff., 109 ff.

<sup>131</sup> *Sowada* (Fn. 52), S. 113 (kursive Hervorhebung im Original).

*Sowada* hat, obwohl ihm das nicht entgangen ist, schließlich übergangen, dass „der eigenständige Rechtsgutsangriff [...] eine objektive Voraussetzung [auch] der Anstiftung“<sup>132</sup> (und, so ist zu ergänzen, der Beihilfe) ist.

Ein nur angenommener eigener Rechtsgutsangriff des Rechtsgutsinhabers rechtfertigt es somit nicht, dem Rechtsgutsinhaber einen gegen ihn selbst gerichteten Angriff zuzurechnen; die irrtümliche Annahme, ein geschütztes Rechtsgut anzugreifen, stellt im Gegenteil einen bloßen Teilnahmeversuch dar. Auch wenn man nicht bereit ist, das bereits aus der hier verfochtenen Vollendungsstruktur der Teilnahme am Versuch abzuleiten, so folgt die Absenkung schon der Teilnahme – und nicht erst der Haupttat – auf Versuchsniveau aus dem Erfordernis eines eigenen Rechtsgutsangriffs auch des Teilnehmers. Dieses Erfordernis ist ein „Alles-oder-Nichts-Merkmal“ – liegt kein entsprechender Angriff des Teilnehmers vor, so hat er objektiv überhaupt kein Unrecht verwirklicht. Die Frage nach dem Maß des vom Teilnehmer in die Welt gesetzten Unrechts (um welches allein es bei einer nur versuchten Haupttat geht) beantwortet hingegen erst das dem Erfordernis eines eigenen Rechtsgutsangriffs logisch nachrangige Akzessorietätsprinzip (Mitwirkung an einer fremden Tat).<sup>133</sup> Vor dem Hintergrund der den Teilnahmevorschriften innewohnenden Verhaltensnorm, keine Rechtsgüter durch Mitwirkung an einer fremden Haupttat zu verletzen, liegt dem P im Verfolgerfall nur zu Last, einen Angriff auf ihm gegenüber geschützte Rechtsgüter versucht zu haben, denn er hat an einer Tat mitgewirkt, „die in ihrer Gesamtheit“<sup>134</sup> kein P gegenüber geschütztes Rechtsgut angreift. Deshalb ist P also nicht nur das Haupttaterfolg sunrecht nicht zuzurechnen, sondern auch das Haupttathandlung sunrecht. Damit fehlt es aber an beiden Elementen des *Teilnahmeerfolg sunrechts*, so dass „nur der Vorwurf, einen auf Teilnahme gerichteten Willen betätigt zu haben“ übrig bleibt – das *Teilnahmehandlung sunrecht*. Das ist die Konstellation der versuchten Teilnahme.

Das von der herrschenden Auffassung verfochtene Ergebnis – Reduktion nur der Haupttat, nicht aber der Teilnahme insgesamt auf Versuchsniveau – ließe sich im „Verfolgerfall“ wegen des aus dem Akzessorietätsgrundsatz folgenden Erfordernisses einer tatsächlich vorliegenden Haupttat also nur aufrechterhalten, wenn man davon ausgehen wollte, dass im Schuss des M auf P ein Versuch des M (zugleich oder ausschließlich) am richtigen, nämlich dem vorgestellten Tatobjekt liegt. Dies ist nach den Darlegungen oben sub V. 1. und 2. gerade nicht der Fall.

<sup>132</sup> *Sowada* (Fn. 52), S. 112.

<sup>133</sup> Dass die Aspekte der akzessorischen Mitwirkung an einer fremden Tat und eines eigenen Rechtsgutsangriffs nicht nebeneinander stehen und demnach auch nicht – je nach Konstellation und Gusto des Anwenders – mal der eine Aspekt und mal der andere stärker betont werden können, sondern beide Gesichtspunkte hintereinander geschaltet sind, hat erstmals *Hake*, Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“, 1994, S. 68 ff. erkannt.

<sup>134</sup> *Hake* (Fn. 133), S. 70 f.

Dass eine Reduktion nur der Haupttat, nicht aber der Teilnahme auf Versuchsniveau verfehlt ist, zeigt im Übrigen eine Abwandlung des „Verfolgerfalles“: Hätte P den M aufgefordert, ihn (P) zu erschießen, so stellte dies keine Anstiftung zu einem von M begangenen versuchten Totschlag auf Verlangen dar, und zwar unabhängig davon, ob man dafür hält, dass es P nicht nur erlaubt ist, sich selbst zu töten, sondern auch andere dazu anzustiften.<sup>135</sup> Denn entscheidend ist einmal mehr, dass P sich selbst gegenüber keinen strafrechtlichen Schutz genießt bzw. dass die Verfügung über ein einem selbst zu Gebote stehendes Rechtsgut mangels eigenen Rechtsgutsangriffs nicht den objektiven Tatbestand des § 26 StGB erfüllt. Diese objektive Untauglichkeit im Vergleichsbeispiel kann nun im „Verfolgerfall“ nicht durch den Glauben, an einer Fremdtötung beteiligt zu sein, geheilt werden. Die irrtümliche Annahme einer nach § 26 StGB tatbestandsmäßigen Situation führt nur zur versuchten Teilnahme, weil auch hier nur der Vorwurf verbleibt, einen rechtsfeindlichen Willen betätigt zu haben. Für die Beihilfe gilt *ceteris paribus* dasselbe. Gerade der Umstand, dass – objektiv – keine taugliche Haupttat vorliegt, führt also dazu, dass die Teilnahme also entgegen der herrschenden Meinung insgesamt auf Versuchsniveau gedrückt wird. Eine vollendete Teilnahme des P am Mordversuch des M, hinter welche die Verbrechenverabredung zurücktreten könnte, liegt somit nicht vor.

Zu diesem Ergebnis müsste – freilich auf gänzlich anderem Wege, nämlich über eine „Tatbestandsverschiebung ins Strafloße“ – eigentlich auch die von *Herzberg* in anderem Zusammenhang, aber ohne Einschränkung geäußerte und oben sub IV. 4. b) aa) dargestellte Auffassung gelangen, nach der es sich bei der Identität von präsumtivem Teilnehmer und Inhaber des angegriffenen Rechtsgutes um ein „strafausschließendes besonderes persönliches Merkmal“ i.S.d. § 28 Abs. 2 StGB handelt. Im entgegengesetzten Sinne will *Herzberg* nunmehr „von der an sich vorgesehenen und auch sinnvollen akzessorischen Zurechnung Abstriche machen [...] nur gerade in dem Maße [...], wie es zur Erhaltung des Vorteils, den der Anstifter in der Täterrolle gehabt hätte, notwendig ist.“<sup>136</sup> Das heißt im Klartext, dass wer einen anderen irrtümlich zur Unterschlagung einer in Wirklichkeit ihm (dem präsumtiven Anstifter) gehörenden Uhr anzustiften versucht, wegen vollendeter Anstiftung zur versuchten Unterschlagung zu bestrafen ist, und dies unter Berufung auf die akzessorische Zurechnung, mit der *Herzberg* doch im Augenblick zuvor gebrochen hat.<sup>137</sup> Dies zeigt deutlich, dass die Lösung

<sup>135</sup> Vgl. *Roxin* (Fn. 23), § 26 Rn. 44 (m.w.N. in Fn. 54); *Wolter*, JuS 1982, 343 (345); ablehnend zu dieser Begründung *Otto*, in: *Medicus* (Hrsg.), Festschrift für Hermann Lange, 1976, S. 197 ff.

<sup>136</sup> *Herzberg*, GA 1991, 145 (157).

<sup>137</sup> *Herzberg*, GA 1991, 145 (156 f.), der flankierende Rekurs auf „ein Gebot der Gerechtigkeit“, um dem präsumtiven Anstifter „die aus § 26 StGB folgende tätergleiche Bestrafung zu ersparen“, ist nach dem oben Gezeigten dogmatisch falsch, weil er den täterschaftlichen Versuch und die vollendete Teilnahme am Versuch gleichsetzt.

über eine vollendete Teilnahme des P am Versuch des M auf halbem Wege stehen bleibt, wenn – zunächst zutreffend – ein (nicht eingetretener) Haupttaterfolg als dem P a priori nicht zurechenbar erachtet, der Zurechnungsausschluss aber nicht auf die den Haupttatversuch darstellende Handlung des M erstreckt wird.

### VII. Zusammenfassung

Das Urteil des BGH ist in mehrfacher Hinsicht dogmatisch falsch. Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung (oben III.) den error in persona des M als für P unbeachtlich ansieht, so scheidet die Annahme sowohl von Mittäterschaft als auch von Teilnahme in der Person des P aber wegen der insoweit vorliegenden Personenidentität von (präsumtivem) Beteiligten und Tatopfer. Die Tatbestandslosigkeit der versuchten Selbsttötung bildet eine objektive Schranke für die Annahme eines in Mittäterschaft begangenen Versuchs, denn die Voraussetzungen der Mittäterschaft müssen realiter vorliegen, damit ein Ausführungsbeitrag eines Komplizen dem anderen als unmittelbares Ansetzen zugerechnet werden kann. Zu diesen Zurechnungsvoraussetzungen gehört insbesondere, dass der in Rede stehende Komplize die Tat selbst und eigenhändig begehen könnte. Insofern ist die Lösung des BGH im Ergebnis wie in der Begründung falsch. Nicht erwogen hat der BGH einen Mordversuch des M an einem vermeintlichen Verfolger, an dem P Mittäter gewesen sein könnte; diese Konstruktion, die aus einem Schuss zwei Taten macht, scheidet am Fehlen eines auf zwei Personen erstreckbaren Tatplans. Die Tatbestandslosigkeit der versuchten Selbsttötung bei Identität von angegriffenem Rechtsgutsträger und präsumtivem Teilnehmer schließt einen eigenen Rechtsgutsangriff des P aus und steht somit auch einer Teilnahme des P am Versuch des M entgegen. Richtig wäre es nach alledem gewesen, P nur wegen Verbrechensverabredung (§§ 30 Abs. 2, 212, 211 StGB) zu verurteilen.