

Zur Einarbeitung und Wiederholung

Privatdozent Dr. Dr. Uwe Scheffler, Berlin

Der Verfolger-Fall (BGHSt 11, 268) und die Strafbarkeit der „versuchten fahrlässigen Selbsttötung“*

I. Der „klassische“ Verfolger-Fall

Roxin hat vor kurzem angemerkt, daß nur der berühmte Rose-Rosahl-Fall¹ eine ähnlich seltene Problemkonstellation beinhaltet wie der Fall, den der 4. Strafsenat des BGH am 23. 1. 1958 zu entscheiden hatte². Genauso wie beim Fall Rose-Rosahl war die Ansicht der Literatur zu diesem Urteil völlig uneinheitlich; nahezu das gesamte denkbare Spektrum wurde vertreten: Während die meisten das Urteil rundum für richtig hielten⁴, stimmte Schröder dem BGH lediglich „im Ergebnis“ zu⁴; für Jescheck war das Resultat nur auf den „ersten Blick befremdlich“⁵. Dreher bezeichnete die Entscheidung als „zweifelhaft“⁶, für Roxin sprachen konstruktive Erwägungen und das Rechtsgefühl gegen die Lösung des BGH⁷, und Spendel schließlich nannte die Entscheidung „im Ergebnis wie in der Begründung ... abwegig“⁸. An diesem Streit hat sich bis heute kaum etwas geändert - kein Wunder, daß der Verfolger-Fall in der Ausbildung „fester Bestandteil vieler Aufgaben“ ist⁹. Worum ging es den nun in diesem Fall, an dem sich die Geister so scheiden? Es ging um einen der Fälle, die, wie Spendel es formulierte, „so unwahrscheinlich sind, daß eigentlich nur die Wirklichkeit sie gebildet haben kann“¹⁰. Mit den Worten des BGH:

„Der Angeklagte P hat zusammen mit den früheren Mitangeklagten M und Th versucht, nachts in das Lebensmittelgeschäft von A einzudringen, um dort zu stehlen; jeder von ihnen war dabei mit einer geladenen Pistole bewaffnet. Als er die Fensterscheibe des Schlafzimmers der Eheleute A, das er für einen Büroraum gehalten hatte, eingedrückt und M die Fensterflügel ins Zimmer hinein aufgestoßen hatte, war A ans Fenster gegangen, hatte die Fensterflügel wieder zugestoßen und sich gestikulierend und brüllend vor das Fenster gestellt. Darauf gaben M und Th je einen Schuß auf das Fenster ab. Danach liefen sie hintereinander auf die Straße zu. An der vorderen Hausecke bemerkte M rückwärts schauend, daß ihm in einer Entfernung von nicht mehr als 2 bis 3 m eine Person folgte. Diese war der Angeklagte P. Ihn hielt M aber für einen Verfolger und fürchtete, von ihm ergriffen zu werden. Um der vermeintlich drohenden Festnahme und der Aufdeckung seiner Täterschaft zu entgehen, schoß er auf die hinter ihm hergehende Person; dabei rechnete er mit einer tödlichen Wirkung seines Schusses und billigte diese Möglichkeit. Das Geschoß traf P am rechten Oberarm, durchschlug aber nur den gefütterten Ärmel seines Rockes und verfring

* §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB. — Die Aufsätze von Streng, JuS 1991,910ff, und Geppert, Jura 1992,163ff, sind erst nach Fertigstellung des Manuskriptes erschienen.

1) *PrObTr*, GA 7 (1859), 322; s. dazu die Besprechung als „klassische Entscheidung“ von Bemann, MDR 1958, 817ff., sowie die Fallbearbeitung von Ahwart, JuS 1979, 351 ff. (auf der Grundlage der Schmidhäuser'schen Straftatsystematik).

2) Roxin, JZ 1991,680.

3) Neben der (nahezu) gesamten Kommentar- und Lehrbuchliteratur siehe (bis 1970): Baumann, JuS 1963, 126; Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 146; Loewenheim, JuS 1966, 314; Maurach, Fälle und Lösungen zum StrafR, 1. Aufl. (1968), S. 85; Blei, JA 1969, 176.

4) Schröder, JK 1958,428.

5) Jescheck, GA 1959, 73f.

6) Schwarz-Dreher, StGB, 23. Aufl. (1961), § 47 Anm. 3.

7) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl. (1963) (5. Aufl. [1990]), S. 287.

8) Spendel, JuS 1969,318; s. auch schon NJW 1965,1881: „geradezu groteskes Ergebnis“.

9) So Arzt, Die Strafrechtsklausur, 4. Aufl. (1984), S. 73; s. Baumann-Arzt-Weber, Strafrechtsfälle und Lösungen, 6. Aufl. (1986), Fall 22; Gössel, Fälle und Lösungen - StrafR, 5. Aufl. (1988), Fall 5; Eser, StrafR II, 3. Aufl. (1980), Fall 39; Blei, PdW StrafR AT, 10. Aufl. (1989), Fall 276.

10) Spendel, JuS 1969,314.

sich im aufgekrempten Hemdärmel. - Die Angeklagten hatten auch sonst bei ihren jetzt mitabgeurteilten Diebesfahrten wiederholt geladene Schußwaffen bei sich. Über deren Verwendung hatten sie besprochen, daß auch auf Menschen gefeuert werden solle, wenn die Gefahr der Festnahme eines der Teilnehmer drohe.“

Der BGH verurteilte den P wegen gemeinschaftlichen versuchten (Verdeckungs-)Mordes an sich selbst. Wir wollen uns diesem überraschenden Ergebnis in drei Schritten nähern: Zunächst einmal ignorieren wir die Personenverwechslung und fragen, ob der Angeklagte P überhaupt Mittäter eines Mordversuchs an einem Verfolger hätte sein können. Im nächsten Schritt prüfen wir, ob es für die Strafbarkeit von P bedeutsam ist, daß nicht, wie geplant, auf einen Verfolger, sondern auf einen Komplizen geschossen wurde. Schließlich erörtern wir den Umstand, daß P selbst das Opfer des Schusses wurde.

1. Der erste Schritt: Schuß auf einen Verfolger

a) Die Begründung des BGH auf der Grundlage der subjektiven Theorie. Der BGH führte aus, der Angeklagte M sei des versuchten Mordes schuldig, weil er ansetzte, einen Menschen zu töten, um eine andere Straftat, nämlich den eben versuchten Einbruchsdiebstahl, zu verdecken. Dies habe M durch die von ihm bedingt gewollte Tötung eines vermeintlichen Verfolgers erreichen wollen. Die Verwechslung seines Komplizen mit einem Verfolger stelle für ihn - was unstreitig ist¹¹ - einen unbeachtlichen error in persona dar. Diesen Mordversuch des M müsse sich P als seine eigene Tat anrechnen und sich dafür als Mittäter bestrafen lassen. Auch wenn er selbst kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal des versuchten Mordes verwirklicht hat, genüge eine geistige Mitwirkung, auch eine Vorbereitungshandlung in der Weise, daß der Mittäter den Tötungswillen des ausführenden Tatgenossen stärkt, sofern er sich die etwaige Erschießung eines Verfolgers durch seinen Tatbeitrag zu eigen machen wollte, was durch den ein für allemal verabredeten Waffengebrauch zur Verhinderung drohender Festnahme und der auf dieser Abrede beruhenden Gefahrengemeinschaft aller drei Mittäter geschehen sei.

Sieht man sich diese Begründung näher an, so zeigt sich, daß der BGH vom Boden der subjektiven Teilnahmetheorie argumentiert: Täter ist, wer mit Täterwillen (animus auctoris) handelt und die Tat „als eigene“ will. So genügt dem BGH letztendlich hier schon zur Begründung der Mittäterschaft die Mordverabredung. Die subjektive Theorie wird heute in der Lehre kaum noch vertreten¹²; auch der BGH rückt allmählich mehr und mehr von ihr ab¹³. Und dies auch zu Recht: Widerspricht schon ihre - im „Badewannen“¹⁴ - und „Staschinsky-Fall“¹⁵ auch gezogene - Konsequenz, daß selbst der nur Gehilfe sein kann, der den gesetzlichen Tatbestand voll verwirklicht, dem heutigen § 25 I Alt. 1, so wohnt ihr auch ansonsten die Tendenz inne Täterschaft und Teilnahme zu austauschbaren Begriffen zu machen¹⁶. Letztendlich ist sie, mit Roxin gesprochen, „ein dogmatisches Relikt aus dem vorigen Jahrhundert“¹⁷.

b) Die Kritik Spendels auf der Grundlage der formal-objektiven Theorie. Spindel hat in seiner scharfen Kritik dieses Urteils versucht, den Fall vom Boden der objektiven Verbrechenstheorie aus zu lösen¹⁸. Ein mittäterschaftlicher Mordversuch scheitert daran, daß der Entschluß des P in der Mordvorbereitung steckengeblieben sei: Um Mittäter zu sein, hätte P wenigstens mit der Tatausführung begonnen haben müssen; erforderlich sei eine eigene Versuchshandlung im Sinne einer unmittelbaren Rechtsgutsgefährdung. P sei also nur wegen Verbrechensverabredung (heute § 30 II) zu bestrafen.

Spindel ist zustimmend, wenn er sein Ergebnis als „klar und befriedigend“ bezeichnet; dem Strafbedürfnis dürfte auch so hinreichend Rechnung getragen sein, da P als verhinderter Mörder beinahe zum Ermordeten geworden ist. Doch damit sind wir nicht am Ende unserer Überlegungen angelangt. Auch die formal-objektive Theorie wird heute zu Recht abgelehnt. Als Begründung wird darauf hingewiesen, daß sie die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft (§ 25 I Alt. 2) nicht erklären kann und daß sie zudem außerstande sei, bei der gemeinschaft-

lichen Tatbegehung den im Hintergrund bleibenden Bandenchef als Mittäter zu erfassen¹⁹ (dieses Argument kann mich allerdings weniger überzeugen, da gem. § 26 die Bestrafung des Anstifters „gleich einem Täter“ zu erfolgen hat und man mit Herzberg sogar argumentieren könnte, daß diese Gleichstellung nur dann nicht gegen den Schuldgrundsatz verstößt, wenn auch Personen, die tätergleiche Schuld auf sich geladen haben, als Anstifter angesehen werden²⁰). Blei hat denn auch polemisch angemerkt, Spindel würde in seiner Besprechungsabhandlung zum Teil Auffassungen vertreten, „die ohne ihn als Forschungsgegenstand schon an die Rechtshistoriker abgegeben sein können“²¹.

c) Die Lösung auf der Grundlage der Tatherrschaftslehre. Wir wollen dies nicht näher vertiefen und statt dessen versuchen, das Urteil von der in der Literatur heute ganz überwiegend vertretenen Tatherrschaftslehre ausgehend näher zu betrachten, der sich inzwischen auch die Rechtsprechung angenähert hat. Immerhin hat auch der BGH im Verfolger-Fall mit einigen Formulierungen, die Schröder als „abwegig“ bezeichnete²² und Spindel als „gelehrte Redewendungen“ verspottete²³, auf die Tatherrschaft abgehoben: P sei im fraglichen Zeitraum auch an der Tatherrschaft beteiligt gewesen. Er hätte bei der räumlichen Nähe seiner beiden Tatgenossen deren Tun jederzeit steuern und sie auffordern können, dieses Mal entgegen der Abrede nicht auf Verfolger zu schießen.

Roxin, der seine berühmte Habilitationsschrift dem Tatherrschaftsgedanken gewidmet hat, kritisiert diese Formulierung, die unverbunden neben der sonstigen Argumentation des BGH stehe²⁴, dahingehend, daß Tatherrschaft nicht von der Möglichkeit zu Zwischenrufen oder auch zum Dazwischengehen abhängen könne; sonst wäre auch für einen zufällig des Weges kommenden Passanten Mittäterschaft gegeben. Zudem sei es im konkreten Fall nicht nur äußerst fraglich, ob überhaupt Zeit für Zwischenrufe geblieben sei; P habe auch überhaupt keinen Anlaß gehabt, etwas zu unternehmen, weil in Wirklichkeit kein Verfolger vorhanden war und er nicht wissen konnte, daß sein Komplize infolge einer Verwechslung schießen werde²⁵. Roxin sieht allerdings mit einer anderen Begründung Tatherrschaft sehr wohl als gegeben an: Der Tatplan sei so angelegt gewesen, daß einer den anderen decken und gegebenenfalls die allen drohende Gefahr von seiner Fluchtposition aus abwehren sollte. Die Sicherheit aller hätte also darauf beruht, daß jeder einzelne die ihm nach der jeweiligen Lage zufallende Funktion erfüllen werde²⁶. Der Gegeneinwand Rudolphis, diese funktionale Tatherrschaft habe zwar für das Gelingen der gemeinsamen Flucht, nicht aber für die Tötungshandlung bestanden²⁷, überzeugt nicht, weil es doch beim Verdeckungsmord gerade um die Flucht geht.

2. Der zweite Schritt: Schuß auf einen Komplizen

Folgt man dem, so ist die Mittäterschaft des P in bezug auf einen Mordversuch an einem - tatsächlichen - Verfolger nur auf der Grundlage der obsoleten formal-objektiven Theorie abzulehnen²⁸. Gehen wir also einen Schritt weiter: Welche Bedeutung kommt für die Strafbarkeit des P dem Umstand zu, daß M einem error in persona erlegen ist, also auf einen Komplizen ge-

11) A.A. zuletzt v. Liszt-Schmidt, Lb. d. Dt. StrafR, 23. Aufl. (1921), § 40 II 2.

12) Insb. noch von Baumann-Weber, AT, 9. Aufl. (1985), § 36 I 3 c.

13) Näher Küpper, GA 1986, 439ff.

14) RGSt 74, 84; s. dazu Hartung, JZ 1954, 430f.

15) BGHSt 18, 87.

16) S. zur Kritik näher Roxin, in: LK, 10. Aufl. (1985), § 25 Rdnrn. 22ff.

17) Roxin, in: LK, § 25 Rdnr. 22 a.E.

18) Spindel, JuS 1969, 314f.

19) Näher Küpper, GA 1986, 438 f.

20) Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 68.

21) Blei, JA 1969, 538; s. auch Gössel (o. FuBn. 9), S. 92f.

22) Schröder, JR 1958, 428.

23) Spindel, JuS 1969, 315.

24) Roxin (o. FuBn. 7), S. 101.

25) Roxin (o. FuBn. 7), S. 312; ähnlich Herzberg (o. FuBn. 20), S. 67.

26) Zust. Küpper, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, S. 37 m. FuBn. 76; Schilling, Der Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975, S. 112 m. FuBn. 399.

27) Rudolphi, in: Festschr. f. Bockelmann, 1979, S. 380f.; ähnlich auch Schmidhäuser, Lb. AT, 2. Aufl. (1975), Abschn. 14 Rdnr. 19, vom Boden seiner „Ganzheitstheorie“ aus (s. hierzu Roxin, ZStW 83 [1971], 394ff.).

28) So auch Gössel (o. FuBn. 9), S. 92 f.

schossen hat (wobei wir zunächst einmal außer Betracht lassen, daß dieser Komplize P selbst ist)? Dieser Fragenkreis entspricht dem, der seit dem Rose-Rosahl-Fall für das Verhältnis von Anstifter und Täter diskutiert wird. Dort stehen sich bekanntlich die drei Auffassungen gegenüber, daß der Irrtum des Täters für den Anstifter unbeachtlich sei, nur nach den Regeln der Kausalabweichung behandelt werden dürfe oder aber für den Anstifter eine aberratio ictus darstelle²⁹. Beim Verhältnis von Mittätern zueinander wird die Diskussion ähnlich, wenn auch mit anderer Akzentuierung geführt.

a) *Die Konkretisierungstheorie.* Zunächst einmal wird entsprechend den beiden letztgenannten Ansichten zum Rose-Rosahl-Fall die sogenannte Konkretisierungstheorie vertreten³⁰: Hiernach liegt ein (fahrlässiger) Exzeß des M (so vor allem *Roxin*) bzw. eine wesentliche Kausalabweichung (so *Hillenkamp*) vor. Der gemeinsame Tatentschluß sei dahingehend gefaßt worden, auf einen Verfolger zu schießen. Daß M auf einen Komplizen schießt, sei vom Tatentschluß nicht gedeckt. Demzufolge liege für P eine aberratio ictus vor³¹. Wie das Fehlgehen der Tat nun rechtlich beurteilt zu werden hat, ist umstritten: Eine Minderansicht³² nimmt auch hier die Unbeachtlichkeit bei gleichwertigen Rechtsgütern (hier: Mensch/Mensch) an mit der Folge, daß P Mittäter des Delikts an seinem Komplizen wäre. Die herrschende Ansicht vertritt dagegen, daß auch bei Gleichwertigkeit der Rechtsgüter nur ein Versuchsdelikt an dem gewollten und ein Fahrlässigkeitsdelikt an dem verletzten Tatobjekt in Frage kommt.

b) *Die Gleichwertigkeitstheorie.* Mehrheitlich wird allerdings nicht die Konkretisierungs-, sondern die sogenannte Gleichwertigkeitstheorie vertreten, die m.E. *Küper* am überzeugendsten begründet hat³⁴. Danach bleibt für P der Irrtum seines Mitäters M unbeachtlich: Der gemeinschaftliche Tatentschluß habe die Tötung eines Menschen beinhaltet. Die Möglichkeit von Fehlkonkretisierungen bei der Planverwirklichung sei im Gesamtplan strukturell immer schon „vorprogrammiert“; mit der Rollenverteilung nehmen die Tatgenossen sie als notwendige Unsicherheitsfaktoren in Kauf und seien daher auch gemeinsam für das Ergebnis solcher „Fehlleistungen“ verantwortlich. P wäre folglich als Mittäter zu bestrafen.

Mir erscheint diese Ansicht richtig; insbesondere das Schlagwort vom „fahrlässigen Exzeß“ verstellt die Sicht darauf, daß es hier darum geht, einen bloßen Fehler zuzurechnen. Dieser Fehler beruht aber auch auf dem gemeinsamen Tatentschluß. Erst dann, wenn M vorsätzlich exzediert, dürfte eine aberratio ictus vorliegen³⁵.

3. Der dritte Schritt: Schuß auf P selbst

Es bleibt dann aber noch die Frage zu erörtern, ob sich für P an diesem Ergebnis dadurch etwas ändert, daß nicht ein beliebiger Dritter anstelle eines Verfolgers getroffen wurde, sondern er selbst. In der Literatur wird immer wieder auf das Spannungsverhältnis des BGH-Ergebnisses des mittäterschaftlichen Tötungsversuchs an sich selbst zu der Straflosigkeit von Selbstmord und Selbstverstümmelung (abgesehen von § 109) hingewiesen³⁶. Der BGH formulierte dazu nur kurz und knapp, dies stehe der Annahme der Mittäterschaft des P „nicht etwa entgegen“.

Meiner Ansicht nach ist es hier richtig, für P einen ungleichwertigen error in persona anzunehmen: Zwischen „einem anderen“ und „einem selbst“ besteht rechtsgutsmäßig ein Unterschied. Nur Körper und Leben eines anderen sind vor Angriffen von einem selbst strafrechtlich geschützt³⁷. Der Gegeneinwand *Küpers*, der Gesichtspunkt der Ungleichwertigkeit der Objekte für P sei schon dadurch angemessen berücksichtigt, daß in seiner Person stets nur ein untauglicher Versuch vorliegen könnte³⁸, kann nicht überdecken, daß immer noch die objektiv versuchte Selbstschädigung Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit wäre. Diese Situation entspricht vielmehr der, die bei Alleintäterschaft schon seit jeher als Fall des ungleichwertigen

error in persona diskutiert wird: So hat das RG 1889 ausgeführt, daß eine Personenverwechslung dann beachtlich ist, wenn die gewollte Körperverletzung nicht rechtswidrig (etwa wegen Einwilligung oder Notwehr) gewesen wäre³⁹. Schon v. *Liszt-Schmidt* hielten in dem Beispiel, daß ein Soldat im Gefecht seinen Offizier, den er für den feindlichen Patrouillenführer hält, erschießt, für einen error in persona von Bedeutung, weil dessen Tötung gerechtfertigt gewesen wäre⁴⁰.

Nach diesen Regeln lassen sich übrigens auch die - zugegebenermaßen äußerst realitätsfremden - „Bumerang-Fälle“⁴¹ lösen, die gelegentlich in der Literatur angesprochen werden: *Baumann-Arzt-Weber* bildeten das Beispiel, daß ein Einbrecher, der bei dem nächtlichen Halbdunkel im Spiegel des fremden Schlafzimmers sein undeutliches Spiegelbild für den Eigentümer hält, darauf schießt und durch die zurückprallende Kugel selbst verletzt wird⁴². *Küper* konstruierte den Fall, jemand glaube bei einer nächtlichen Auseinandersetzung, die zu einer unübersichtlichen Verschränkung der Körper beider Kontrahenten nach Art der „Laokoon-Gruppe“ geführt hat, das Bein seines Gegners zu treffen, wobei er in Wirklichkeit aber sein eigenes Bein trifft⁴³. Auch die Lösung dieser Fälle hat daran anzusetzen, daß hier ein ungleichwertiger error in persona vorliegt.

Erkennt man dies für die Alleintäterschaft an, so muß Entsprechendes für die Mittäterschaft gerade dann gelten, wenn man mit der herrschenden Ansicht den error in persona für den Mittäter an sich für unbeachtlich erklärt, die Mittäter insoweit also wie eine Person behandelt, wie „ein Wesen mit einem Kopf, einem Willen und mehreren arbeitsteilig eingesetzten Händen“⁴⁴.

a) Mordversuch am vermeintlichen Verfolger.

Wie ist denn P aber nun zu bestrafen? Die Rechtsfolgen eines ungleichwertigen error in persona sind an sich eine Fahrlässigkeitstat gegenüber dem verletzten Objekt und ein Versuchsdelikt an dem gewollten Objekt. Auf unseren Fall übertragen bedeutete dies zunächst, daß P wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts an sich selbst natürlich straflos bliebe. Zu prüfen bleibt aber ein Versuch am gewollten Objekt, also dem vermeintlichen Verfolger. Hier erhebt sich aber die Frage, ob denn der Schuß zugleich einen Mordversuch an einem vermeintlichen Verfolger darstellen kann. Häufig wird dies mit der Behauptung verneint, die Tatbegehung am falschen Objekt würde nicht gleichzeitig den Versuch am gewollten Objekt bedeuten können, weil es hierzu am

29) S. dazu *Schreiber*, JuS 1985, 876f.; *Hillenkamp*, 30 Probleme aus dem StrafR AT, 6. Aufl. (1990), S. 156ff. (jeweils m. zahlr. w. Nachw.).

30) *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, S. 79.

31) *Roxin* (o. Fußn. 7), S. 286f.; *Herzberg* (o. Fußn. 20), S. 63f.; *ders.*, JuS 1974, 721; *Hillenkamp* (o. Fußn. 30), S. 78f.; *Eser* (o. Fußn. 9), S. 160; *Seelmann*, JuS 1980, 572; *Kienapfel*, Strafrechtsfälle, 9. Aufl. (1989), § 10 C 1; *Schreiber*, JuS 1985, 876.

32) *Welzel*, Das Dt. StrafR, 11. Aufl. (1969), S. 73; *Puppe*, GA 1981, 1 ff; *Noll*, ZStW 77 (1965), 5; *Loewenheim*, JuS 1966, 312ff.

33) S. *Jescheck*, AT, 4. Aufl. (1988), § 29 V 6 c m. w. Nachw.

34) *Küper* (o. Fußn. 26), S. 39.

35) So auch *Küper* (o. Fußn. 26), S. 39.

36) *Schröder*, JR 1958, 427; *Roxin* (o. Fußn. 7), S. 287; *Spendel*, JuS 1969, 316f.; *Eser* (o. Fußn. 9), S. 163; *Küper* (o. Fußn. 26), S. 41f.; *Schreiber*, JuS 1985, 876; *Baumann-Arzt-Weber* (o. Fußn. 9), S. 143; *Gössel* (o. Fußn. 9), S. 92.

37) So auch *Schröder*, JR 1958, 427; *Eser* (o. Fußn. 9), S. 163.

38) *Küper* (o. Fußn. 26), S. 42 m. Fußn. 86.

39) *RGSt* 19, 179. Diese Konstellation kann man auch unter dem Gesichtspunkt des Erlaubnistatbestandes betrachten; s. *Warda*, in: Festschr. f. Blau, 1985, S. 40 f. m. w. Nachw.

40) v. *Liszt-Schmidt*, Lb. d. Dt. StrafR, 25. Aufl. (1927), § 40 II 11«.

41) *Eser* (o. Fußn. 9), S. 163.

42) *Baumann-Arzt-Weber* (o. Fußn. 9), S. 143f. Krit. hierzu *Spendel*, JuS 1969, 316f.

43) *Küper* (o. Fußn. 26), S. 42. Das in diesem Zusammenhang gebildete ähnliche Beispiel von *Gössel* (o. Fußn. 9), S. 91 f., bei diesem Handgemenge sei ein Schuß auf den Kontrahenten abgegeben worden, der aber infolge einer Abwehrreaktion das Bein des Schützen getroffen hätte, paßt hier nicht, weil es eine typische aberratio ictus betrifft.

44) *Gössel* (o. Fußn. 9), S. 93.

unmittelbaren Ansetzen fehlte⁴⁵. Begründet wird dies damit, daß das bloße Auflauern noch eine Vorbereitungshandlung wäre. Abgesehen davon, daß dies umstritten ist und insbesondere die Rechtsprechung häufiger die Gegenansicht - etwa im „Pfeffertüten“-Fall⁴⁶ - vertreten hat, übersieht diese Auffassung m.E., daß hier - anders als in den Auflauerungsfällen - nach den Vorstellungen des Angreifers schon eine Rechtsgutsgefährdung des vermeintlichen Verfolgers durch den Schuß eingetreten war.

Das Ergebnis, daß hier kein Versuch am vermeintlichen Verfolger vorliegt, läßt sich nur für den handelnden Mittäter M begründen. Denn hier folgt aus der Unbeachtlichkeit des error in persona, daß nicht gleichzeitig ein Versuch am gewollten Objekt vorliegt: „Dies wäre unsinnig und wird auch nicht vertreten“⁴⁷. Denn der Vorsatz des M war nur auf eine Tat bezogen⁴⁸. Für P liegt die Sache aber anders, weil ihm bezüglich des getroffenen Tatobjektes, also ihm selbst, nur Fahrlässigkeit zur Last gelegt wird. Insoweit käme also für P eine Strafe wegen Mordversuchs an einem vermeintlichen Verfolger in Betracht, so daß die häufiger vertretene Ansicht, hier läge nur eine Mordverabredung gem. § 30 II vor⁴⁹, abzulehnen wäre mit der Folge höherer Strafandrohung und fehlender Strafbarkeitslücke bei Vergehen.

b) *Mordbeihilfe an sich selbst?* Wir wollen ganz kurz noch auf die Ansicht von Schröder eingehen, nach der P hier wegen Teilnahme und nicht wegen versuchter Täterschaft bestraft werden könnte⁵⁰. Die Ansicht von Schröder würde zwar im vorliegenden Fall nicht von praktischer Bedeutung sein. Schröder meint nämlich, wegen der höheren Strafandrohung müßte die versuchte Täterschaft hinter der vollendeten Anstiftung zurücktreten. In unserem Fall käme aber nur Beihilfe in Betracht. Dennoch sei kurz zu Schröders Auffassung Stellung genommen: Ihr ist nicht nur, worauf Baumann hingewiesen hat, aus dem Blickwinkel der subjektiven Theorie entgegenzuhalten, P habe keinen Teilnehmer-, sondern Täterwillen gehabt⁵¹. Mir scheint das entscheidende Argument auch hier wiederum zu sein, daß das Rechtsgut Leben - trotz § 216 - nicht dem „Teilnehmer“ P gegenüber geschützt ist⁵². P hätte die Haupttat - seine versuchte Tötung - eigenhändig begehen können, ohne sich strafbar zu machen. Auch bei § 216 bleibt das Opfer bei mißglücktem Tötungsversuch nicht wegen Teilnahme strafbar⁵³.

II. Der modifizierte Verfolger-Fall

Wir kommen aber nur scheinbar zum gleichen Ergebnis wie der BGH: Während dieser P wegen Mordversuchs an sich selbst bestraft, dürfte es richtig sein, P wegen Mordversuchs an einem vermeintlichen Verfolger zu bestrafen. Im Verfolger-Fall wurde durch das Überleben des P der rechtliche Gesichtspunkt, wie der BGH es formulierte, „verdeckt“, daß P schon wegen untauglichen Versuchs aufgrund mangelnder Täterqualifikation selbst bei Eintritt des Taterfolges nicht wegen Vollendung bestraft werden könnte. Anders ausgedrückt: Unterstellen wir, M hätte P körperverletzt und prüfen wir die Strafbarkeit aus § 223 a. Dem BGH zufolge wäre hier P wegen untauglichen Versuchs aus rechtlichen Gründen (P ist untaugliches Objekt) zu bestrafen gewesen, meiner Auffassung nach wegen untauglichen Versuchs aus tatsächlichen Gründen (Objekt ist nicht am Tatort anwesend).

Konsequenzen hat dies für den Anstifter: Dessen Strafbarkeit wird davon bestimmt, ob (wegen der limitierten Akzessorität) eine vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat vorliegt. Erkennt man nun nach den BGH-Kriterien diese Abweichung als wesentlich an⁵⁴ oder geht man mit der herrschenden Lehre von einer aberratio ictus aus, kann jedenfalls von M die Haupttat nicht gestellt werden: Er hat ja, wie eben festgestellt, keinen Versuch am gewollten Objekt neben der Vollendung an P mehr begangen. Dadurch, daß für P aber ein ungleichwertiger error in persona vorliegt, kann er die Haupttat stellen: Seine versuchte gefährli-

che Körperverletzung an einem vermeintlichen Verfolger führt zur Bestrafung des Anstifters nach §§ 223a, 22, 26.

III. Der modifizierte Rose-Rosahl-Fall

Konsequenzen hat die hier vertretene Auffassung ferner, wenn wir den Fall nochmals abwandeln und unterstellen, M habe mit P nicht seinen Mittäter, sondern seinen Anstifter durch eine Verwechslung verletzt. Diese Abwandlung entspricht übrigens der schon von Binding diskutierten Variante des Rose-Rosahl-Falls, wonach Rose nicht den Harnisch, sondern den Rosahl für den Schliebe hält und auf ihn schießt⁵⁵. Stree meint nun, hier läge Anstiftung zur vollendeten Tat vor: Die Tatsache, daß P nicht Täter sein könne, mache nichts aus⁵⁶. Dem wird — nach oben Gesagtem zustimmungswürdig — entgegengehalten, daß P objektiv nur die Verletzung eigener Rechtsgüter bewirkt hat⁵⁷. Daraus wird geschlossen, daß Anstiftung zur versuchten Tat (an sich selbst) vorläge.

Dieses Ergebnis ist nun aber nicht richtig. Gleichgültig, welcher Ansicht man zur Bedeutung des error in persona des Angestifteten folgt — den Schuß auf den Anstifter als wesentliche Abweichung von dessen Vorsatz, die Verletzung der eigenen Person als ungleichwertiger error in persona, das Treffen des falschen Tatobjektes als aberratio ictus — kommt man zu ein und demselben Ergebnis: Neben der fahrlässigen Selbstverletzung kommt nur Anstiftung zum Versuch am gewollten Tatobjekt in Betracht. Da für den Täter aber ein gleichwertiger error in persona vorliegt und er demzufolge nicht gleichzeitig einen Versuch an dem gewollten Tatobjekt begangen haben kann, fehlt es an der rechtswidrigen Haupttat, so daß aus Gründen der Akzessorität P zu keinem Versuch angestiftet haben kann. P hat sich vielmehr — wenn ein Verbrechen vorliegt — wegen versuchter Anstiftung gem. § 30 I strafbar gemacht.

IV. Die Bumerang-Fälle - Schlußbetrachtung

Es hat sich also gezeigt, daß man die sogenannten Bumerang-Fälle dann befriedigend lösen kann, wenn man genau zwischen dem gewollten und dem tatsächlich verletzten Tatobjekt unterscheidet. Der Rückgriff auf die in der Überschrift angesprochene rechtlich unsinnige und widersprüchliche Konstruktion ist - natürlich - überflüssig, um die Strafbarkeit des zum Opfer gewordenen Täters zu begründen, aber auch zu begrenzen.

45) Schreiber, JuS 1985, 877; Alwart, JuS 1979, 353 f.; wohl auch Küper (o. Fußn. 26), S. 38 m. Fußn. 78.

46) BGH, NJW 1952, 514; s. auch BGH, GA 1953, 50.

47) Schreiber, JuS 1985, 877; ähnlich Rudolphi, ZStW 86 (1974), 92; ders., in: SKStGB, 5. Aufl. (1991), § 16 Rdnr. 30; a.A. Freund, JuS 1990, L 39: „Daran kann aber im Grunde kein ernsthafter Zweifel bestehen“. Vgl. auch Stratenwerth, AT I, 3. Aufl. (1981), Rdnr. 287; Schmidhäuser (o. Fußn. 27), Abschn. 14 Rdnr. 123.

48) Näher Hillenkamp (o. Fußn. 30), S. 37, 65f.; Alwart, JuS 1979, 354f.; Joerden, ZStW 95 (1983), 585 m. Fußn. 31.

49) Z.B. Rudolphi, ZStW 86 (1974), 91; Bemmann, MDR 1958, 821; Hillenkamp (o. Fußn. 30), S. 66; Roxin, in: LK, § 26 Rdnr. 26.

50) Schröder, JR 1958, 428; so auch noch Cramer, in: Schönke-Schröder, StGB, 24. Aufl. (1991), § 25 Rdnr. 96.

51) Baumann, JuS 1963, 127. S. auch Hillenkamp (o. Fußn. 30), S. 77 m. Fußn. 19.

52) So auch Samson, in: SKStGB, § 26 Rdnr. 24; § 25 Rdnr. 49; Stratenwerth (o. Fußn. 47), Rdnr. 860; Puppe, GA 1991, 125.

53) Eser, in: Schönke-Schröder, § 216 Rdnr. 18.

54) Daß sich die Angestifteten gegenseitig beschießen, dürfte für den Anstifter selbst dann eine wesentliche Kausalabweichung darstellen (vgl. Spendet, JuS 1969, 314), wenn man nicht die Wesentlichkeit bei höchstpersönlichen Rechtsgütern schon grundsätzlich bejaht (z.B. Haft, AT, 4. Aufl. [1990], S. 194ff.; Wessels, AT, 21. Aufl. [1991], § 13 IV 4; Otto, JuS 1982, 562).

55) Binding, Die Normen und ihre Übertretung III, 1918, S. 218; s. auch Bemmann, MDR 1958, 822; Hillenkamp (o. Fußn. 30), S. 77; Freund, JuS 1990, L 36 ff.

56) Stree, in: Schönke-Schröder, § 26 Rdnr. 19; so auch schon Schröder, JR 1958, 428. Krit. Spindel, JuS 1969, 317.

57) Freund, JuS 1990, L 37.