

Entscheidungsanmerkung

Error in persona bei Mittäterschaft

Ein error in persona der die Tat (hier: eine versuchte besonders schwere räuberische Erpressung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung) ausführenden Person wirkt sich als bloßer Identitätsirrtum auch bei Mittäterschaft nicht auf den bereits gefassten Vorsatz der übrigen Mittäter aus, selbst wenn diese ihren „Tatbeitrag“ lediglich im Vorbereitungsstadium der Tat erbringen. (Leitsatz des Verf.)

StGB §§ 16 Abs. 1 S. 1, 25 Abs. 2 StGB

BGH, Urt. v. 1.8.2018 – 3 StR 651/17 (LG Bad Kreuznach)¹

I. Sachverhalt

Der Angeklagte C.M. schlug den beiden Mitangeklagten S. und M.M. sowie einer gesondert verfolgten Person Ma. an einem nicht genau bestimmbar Tag im Zuge seiner mehrtägigen Geburtstagsfeier um dem 3.9.2013 in seiner Wohnung vor, zwei unbekannt gebliebenen Männern Ecstasy-Pillen – notfalls mit Gewalt – abzunehmen. Diese Drogen wollte er überwiegend verkaufen und den Erlös für sich behalten. Die Mitangeklagten S. und M.M. sowie die gesondert verfolgte Person Ma. stimmten seinem Vorschlag zu. Sie wollten ihn unterstützen, weil sie sich wegen der Einladung zur Feier und des großzügigen Versorgens mit Drogen dazu verpflichtet fühlten; der Angeklagte M.M. zudem als jüngerer Bruder, der Angeklagte S. aus Freundschaft im Milieu eines Motoradclubs. Der Angeklagte C.M. rief die beiden Drogenhändler an und gab vor, Betäubungsmittel kaufen zu wollen; um das Drogengeschäft abzuwickeln, sollten die beiden den Angeklagten unbekannt Männer zur Wohnung des C.M. kommen. C.M. gab dem Mitangeklagten S. einen Baseballschläger und begab sich selbst in den Hof des Anwesens, nur wenige Meter vom Hausflur entfernt. Die anderen – S., M.M. und Ma. – versteckten sich im dunklen Erdgeschoss, wobei M.M. sich auf die Treppe stellte, um den Drogenhändlern die Flucht in die oberen Stockwerke zu verwehren.

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NSTz 2019, 511 ff. = HRRS 2019 Nr. 84 und online einsehbar u.a. unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=3%20StR%20651/17&nr=90836> (11.11.2019); Entscheidungsbesprechungen finden sich u.a. bei *Eisele*, JuS 2019, 495–497 sowie *Jäger*, JA 2019, 467 ff. und *Rückert*, HRRS 2019, 245 ff. Die im laufenden Text der nachstehenden Entscheidungsanmerkung genannten Randnummern sind solche des zu besprechenden Urteils. Der abgeurteilte Sachverhalt wird im Folgenden nur insoweit besprochen, als er für den hier interessierenden Problemkomplex des error in persona bei Mittäterschaft relevant ist (insbesondere Rn. 4–5, 52–67). Das im nachstehenden Text unter I. beschriebene Tatgeschehen setzte sich tatsächlich nämlich noch in einem weiteren Tatkomplex fort (siehe im Einzelnen Rn. 6 des Urteils).

Zunächst erschienen im Hof des Anwesens allerdings nicht die beiden Drogendealer, sondern der allen Beteiligten freundschaftlich verbundene Sch. C.M. begrüßte den Sch. und sagte ihm, er könne sich zu den anderen Gästen in die Wohnung begeben. Für C.M. war dabei vorhersehbar, dass die anderen Beteiligten den Sch. mit den Drogenhändlern verwechseln könnten. Er ging jedoch davon aus, dass sie Sch. rechtzeitig erkennen würden; er unterließ es daher, sie oder den Sch. entsprechend zu warnen. S., M.M. und Ma. hielten den Sch. in der Dunkelheit des Erdgeschosses indes für einen der Drogenhändler. S. schlug daher in Befolgung der Abrede dem Sch., der mit keinem Angriff rechnete, mit dem Baseballschläger auf die Nase, die dadurch brach. Sch. begab sich danach in die Wohnung des C.M. und ließ sich von einem der dort Anwesenden seine Nase richten.

II. Urteil

1. Das Urteil der Tatsacheninstanz

Das LG hat den Angriff auf Sch. als versuchte besonders schwere räuberische Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB in Tateinheit (§ 52 Abs. 1 StGB) mit gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB beurteilt (Rn. 8).

Dem Urteil lag dabei zugunsten der Angeklagten zugrunde (Rn. 51), dass sich in der Hauptverhandlung nicht feststellen ließ, ob die Angeklagten die Drogen den Drogenhändlern tatsächlich wegnehmen (Raub – § 249 Abs. 1 StGB) oder sich von diesen bloß aushändigen lassen wollten (Erpressung – § 253 Abs. 1 StGB). Die Vorinstanz hat auf den von ihr festgestellten Sachverhalt darum die in der Rechtsprechung als allgemeiner geltende Bestimmung der §§ 253, 255 StGB angewendet.

Dabei stellt sich die Nötigungshandlung in Form der Gewaltanwendung gegen eine Person (§ 255 StGB), bei deren versuchter Ausführung ein Baseballschläger als gefährliches Werkzeug im Sinne des Qualifikationstatbestandes des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB verwendet wurde, zugleich als vollendete gefährliche Körperverletzung gem. §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB dar. Die Rechtsprechung bestimmt den Begriff des gefährlichen Werkzeugs in den §§ 224 Abs. 1 Nr. 2 und 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nämlich äquivalent.² In der gegebenen Konstellation war hier demnach wegen zweier tateinheitlich begangener Delikte zu bestrafen, § 52 Abs. 1 StGB.

Außerdem war im Rahmen des Vorsatzes bezüglich des Vermögensnachteils in der Sache zu beachten, dass auch die von den Drogendealern nach Vorstellung der Beteiligten illegal besessenen Betäubungsmittel zum strafrechtlich geschützten Vermögen gehören.³ In der Abnötigung dieser Betäubungsmittel wäre also zugleich ein Vermögensnachteil gelegen, wenn die Abnötigung erfolgreich gewesen wäre. Dass die räuberische Erpressung objektiv hingegen im Versuchsstadium stecken geblieben ist, lag wiederum daran, dass der

² Siehe dazu etwa BGH StraFo 2015, 216; i.Ü. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetzen, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 250 Rn. 6a m.w.N.

³ Siehe dazu etwa BGH NSTz 2018, 104 f.; i.Ü. *Fischer* (Fn. 2), § 253 Rn. 25–28 m.w.N.

tatsächlich angegriffene Sch. nicht zu den eigentlich anvisierten Drogenhändlern gehörte. Man konnte ihm somit nämlich keine Betäubungsmittel abnötigen.

Schließlich hat das LG die Angeklagten C.M. und S. als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB), den Angeklagten M.M. hingegen als Gehilfen (§ 27 Abs. 1 StGB) angesehen (Rn. 1). Weil die Verwechslung des Tatopfers nicht außerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren gelegen habe, sei der Irrtum des S. über die Person des Sch. („error in persona“) auch für den C.M. als Mittäter (§ 25 Abs. 2 StGB) unbeachtlich (Rn. 52 f.). Er bedeute also gerade keinen Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB).

2. Das Urteil der Revisionsinstanz

Der 3. Strafsenat des BGH hat die Verurteilungen wegen versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung und wegen gefährlicher Körperverletzung als – für sich genommen – nicht beanstandungsfähig erachtet (Rn. 47). Der in der Revision des Angeklagten C.M. zu seinen Gunsten erhobenen Sachrüge war darum kein Erfolg beschieden. Zum einen habe das LG nämlich rechtsfehlerfrei auf versuchte räuberische Erpressung erkannt, da die Vorschriften der §§ 253, 255 StGB den engeren Tatbestand des § 249 StGB mitumfassten (Rn. 51). Zum anderen wirke sich die Personenverwechslung („error in persona“) des S. auch bei seinem Mittäter C.M. nicht auf den gefassten Vorsatz aus. Vielmehr werde ihm das Tun des S. im Rahmen des gemeinsamen Tatplans bei arbeitsteiligem Vorgehen gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet (Rn. 52).

Indessen bemängelt der BGH jedoch, dass die Vorinstanz, indem sie auf die für C.M. bestehende *Voraussehbarkeit* der Personenverwechslung des S. abstellte, rechtsirrtümlich die Grundsätze der Zurechnung bei Personenverwechslung im Verhältnis von Haupttäter und Anstifter⁴ angewendet habe (Rn. 53, 64). Weil die vom LG rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum Sachverhalt allerdings eine Anwendung der Grundsätze der Zurechnung bei Personenverwechslung im Verhältnis vom Haupt- zum Mittäter⁵ zuließen, habe sich dieser Rechtsfehler auf das Ergebnis des Urteils nicht ausgewirkt (Rn. 53).

Der BGH sah sich somit zu ergänzenden Ausführungen betreffs der Problematik des error in persona im Verhältnis der Mittäter veranlasst (Rn. 54–68).⁶ Sie sind hier von besonderem Interesse, da sie die im bekannten Verfolgerfall⁷ entwickelten Grundsätze nunmehr auf die Mittäterschaft bei (vollendeter) gefährlicher Körperverletzung sowie (versuchter) besonders schwerer räuberischer Erpressung übertragen:

⁴ BGHSt 37, 214 (217 f.) – Hoferbenfall; Preußisches Obertribunal GA 1859, 322 ff. – Rose-Rosahl-Fall.

⁵ BGHSt 11, 268 (270 ff.) – Verfolgerfall.

⁶ Siehe zum Problemkomplex der Auswirkungen eines error in persona für weitere Tatbeteiligte didaktisch vertiefend etwa *Lubig*, Jura 2006, 655 ff.; *Streng*, JuS 1991, 910 ff.; *Toepel*, JA 1997, 248 ff., 344 ff.

⁷ BGHSt 11, 268 (270 ff.) – Verfolgerfall.

a) Die konkret-rechtlich auf das (versuchte) Tun des A abstellende Urteilsbegründung

Der BGH erachtet den bloßen Identitätsirrtum des Handelnden über die Person des Angegriffenen unter Fortsetzung seiner bisherigen Rechtsprechung auch für den Mittäter als unbeachtlich. Der bloße Identitätsirrtum stelle nach der in der Literatur hierfür dargereichten Begründung, die sich der BGH an diesem Punkt mittelbar zu eigen macht (Rn. 54), lediglich einen Motivirrtum dar. Ausreichend für die mittäterschaftliche Zurechnung sei aber, dass der Handelnde den gemeinsamen *Tatplan* umsetzen wolle. Da es im konkreten Fall dem Tatplan entsprach, „die als Drogenhändler identifizierte Person anzugreifen“ (Rn. 55), habe der C.M. nach Eintreffen des Sch. von seinem Versuch (nur noch) zurücktreten können. Etwa indem er die Mitbeteiligten aufgefordert hätte, die eingetretene Person nicht anzugreifen. „Dies wäre ihm angesichts seiner Teilhabe an der Tatherrschaft und seines Standorts unschwer möglich gewesen.“ (Rn. 55)

b) Die abstrakt-rechtlich auf den einheitlichen Versuchsbeginn abstellende Urteilsbegründung

Nach einem Referat der abweichenden Ansicht im Schrifttum (Rn. 56–59), die den unbeachtlichen error in persona des einen Mittäters als beachtliche – den Vorsatz ausschließende – aberratio ictus für die anderen Mittäter (?) beurteilt wissen möchte, bestärkt der BGH seine zuvor (Rn. 54–55) geäußerte Rechtsansicht nochmals. Er weist darauf hin, dass nur die unterschiedslose Unbeachtlichkeit des error in persona dem Grundsatz gerecht werde, nach dem der Eintritt eines Mittäters ins Versuchsstadium für und gegen alle anderen Mittäter wirke (Rn. 61–62).

c) Die konkret-rechtlich auf das (versuchte) Tun des T abstellende Urteilsbegründung

Außerdem sei beachtlich, dass die Beteiligten die Drogenhändler nicht kannten. Notwendiger Bestandteil des Tatplans sei darum die Identifizierung der Drogenhändler gewesen. Damit sei „das Risiko einer Personenverwechslung im Tatplan angelegt“ (Rn. 63) gewesen. Der Tatplan und ebenso der Vorsatz des C.M. haben aber auch nach Eintreffen des Sch. fortbestanden und eben dies gebe den „normativen Grund“ für die mittäterschaftliche Zurechnung (Rn. 63). Da nun C.M. insbesondere dem S. den „unmittelbaren Angriff“ überlassen habe, entlaste ihn selbst der für S. ebenfalls unbeachtliche Identifizierungsfehler nicht (Rn. 64). Nach §§ 16 Abs. 1 S. 1, 224 Abs. 1 StGB müsse sich der Vorsatz für die gefährliche Körperverletzung nämlich nur auf „einen anderen“ beziehen. Weiterer Konkretisierung bedürfe es „weder beim handelnden noch bei einem anderen Mittäter, der aufgrund des gemeinsamen und umzusetzenden Tatplans strafbar sei“ (Rn. 64). Schließlich gelangt der BGH mit dieser Begründung zur Feststellung des aus seiner Sicht der Vorinstanz unterlaufenen Rechtsfehlers: „Weil Zurechnungsgrundlage der Tatplan ist, ist das Vorhersehbarkeitskriterium nicht heranzuziehen, das in Fällen eines Irrtums des Angestifteten zu beachten ist.“ (Rn. 64)

Die daraufhin nachgesetzten und abschließenden Überlegungen des BGH (Rn. 65) sind nun besonders aufschlussreich. Dies nicht nur, weil sie das zur (vollendeten) gefährlichen Körperverletzung gefundene Ergebnis auf die (versuchte) besonders schwere räuberische Erpressung übertragen, sondern auch, weil der BGH hier – und dies ist maßgeblich für die unten noch folgende Kritik an diesem Urteil – wohl nicht mehr von einem einheitlichen Versuchsbeginn für alle Mittäter durch C.M., sondern (abermals) von einem solchen für alle Mittäter durch S. ausgeht:

Demnach ändere die – mit der (Dritt-)Bereicherungsabsicht – überschießende Innentendenz des Erpressungsdelikts nichts „an der Struktur des Tatplans als des entscheidenden Zurechnungskriteriums“ (Rn. 66), sodass der BGH (Rn. 67) den finalen Subsumtionsschluss präsentiert: „Hier handelte S. die ganze Zeit über in Drittbereicherungsabsicht, C.M. mit Bereicherungsabsicht zu eigenen Gunsten. Diese Absicht musste der Angeklagte C.M. zum Zeitpunkt des Schlags nicht ‚aktualisieren‘. Nach den vorgenannten Grundsätzen über den Eintritt in das Versuchsstadium durch das Handeln eines Mittäters blieb es bei der Zurechnung. S.’s Irrtum führte bezüglich des Vermögensdelikts zur Untauglichkeit seines Versuchs, weil Sch. kein Rauschgift im Besitz hatte. Weil er aber den Tatplan umzusetzen versuchte, haften seine Mittäter in vollem Umfang mit. S.’s Personenverwechslung führte, was die räuberische Erpressung betrifft, mithin abschließend zur diesbezüglichen Versuchsstrafbarkeit.“

III. Bewertung und Kritik

1. Zustimmende Würdigung der abstrakt-rechtlichen Beurteilung des *error in persona* im Verhältnis der Mittäter

a) Unbeachtlichkeit des *error in persona*

Das Urteil des BGH leistet eine teils konsequente Forterstreckung der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Unbeachtlichkeit des *error in persona* auch in Bezug auf Mittäterschaft. Daher ist das Urteil jedenfalls insoweit zu begrüßen, als es den bloßen Identitätsirrtum im Ergebnis überzeugend für alle Mittäter aus der Sphäre der nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB beachtlichen Tatbestandsirrtümer ausscheidet. Das letztlich – alleine – maßgebliche Argument hierfür benennt der BGH schließlich auch zutreffend (Rn. 64): Denn da es nach dem im Einzelfall – konkret – zu fassenden Vorsatz für dessen Wissenselement nur auf die zutreffende Vorstellung des im Einzelfall vorzufindenden Handlungsobjekts als gesetzlich bestimmtes Tatobjekt ankommt, sind tatobjektsbezogene Identitätsvorstellungen für die Vorsatzbildung generell gänzlich unbeachtlich. Es ist darum ganz gleich, ob sie zutreffend oder unzutreffend sind. Weil aber sowohl Allein- als auch Mit-Täterschaft eben einen solchen konkreten Vorsatz im Einzelfall voraussetzen, müssen bloße Identitätsirrtümer natürlich auch bei Mittäterschaft unbeachtlich bleiben. Demnach erfordert auch die mittäterschaftliche Zurechnung richtigerweise zwar eine *Konkretisierung* des Vorsatzes auf zumindest ein zutreffend als gesetzestaugliches Tatobjekt erkanntes Handlungsobjekt. Sie erfordert allerdings nicht eine *Individualisierung* des Vorsatzes auch auf das subjektiv will-

kürlich erwünschte Subjekt (d.h. die Person) im jeweiligen Handlungsobjekt.⁸

b) Beachtlichkeit des *error in persona*

Wollte man die individuelle Personalität jedoch im Rahmen des subjektiven Tatplans mit einer Literaturansicht (Nachweise in Rn. 56) rechtsirrig zum Vorsatzkriterium erheben, dann würde sich die Personenverwechslung des S. für C.M. dagegen im Nachhinein *rein subjektiv* als Tatplanabweichung erweisen. Mit einer objektivistischen Tatherrschaftslehre würde sich die Handlung *insofern objektiv* als Fehlschlag darstellen, als es *in objektiver Hinsicht* nicht der Abrede entsprach, andere Personen außer den beiden Drogenhändlern anzugreifen.⁹ Soweit der „Mittäter“ C.M. deshalb – nachträglich – keinen tatplanmäßigen Vorsatz in Bezug auf eine gefährliche Körperverletzung sowie eine besonders schwere

⁸ Dazu sowie zur Abgrenzung des *error in persona* von der *aberratio ictus* vertiefend Heuser, ZJS 2019, 181 (185 ff.).

⁹ Dass die behauptete Beachtlichkeit des Identitätsirrtums eines tatusführenden Mittäters für die anderen Mittäter im Rahmen des Tatplans notwendig auf der mittelbaren Erhebung der Identität des Tatopfers zum Vorsatzkriterium beruht, übersieht Dehne-Niemann, ZJS 2008, 351 (354), wenn er konstatiert, dass es sich für die anderen Mittäter „um einen Mangel in der *Tatplan*verwirklichung und nicht um eine Frage der *Vorsatz*konkretisierung“ handele (*Hervorhebungen* im Original). Denn der für die mittäterschaftliche Zurechnung maßgebliche Tatplan kann richtigerweise doch gar nichts anderes sein als der aufgrund einer wechselseitigen Vorbestimmung gefasste, inhaltlich übereinstimmende, alle Mittäter in subjektiver Hinsicht gemeinschaftlich (d.h. wechselseitig) verbindende sowie im Einzelfall hinreichend konkrete Vorsatz. – Wäre es anders, dann würde der (abstrakte) Tatplan im konkreten Einzelfall in einen Gegensatz zum konkreten Vorsatz treten und müsste als zugleich behauptete Zurechnungsgrundlage für die Mittäterschaft mithin auch einen fehlenden konkreten Vorsatz im Einzelfall zu ersetzen vermögen, sodass hiernach tatsächlich lediglich noch auf der Grundlage eines im Tatplan bloß abstrakt angelegten Vorsatzes mittäterschaftlich zugerechnet würde (wie sich unter III. 2. b) zeigen wird, verfährt in dieser Weise der BGH im hier besprochenen Urteil). Dies entspräche dann jedoch – lediglich übertragen auf die Mittäterschaft – derjenigen Ansicht, die die Irrtumskonstellation der *aberratio ictus* eines unmittelbaren Täters im Vollendungsverhältnis nicht für vorsatzausschließend erachten möchte (sog. Gleichwertigkeitstheorie – dafür etwa Puppe, GA 1981, 1 ff.; Heuchemer, in: Bockemühl (Hrsg.), Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg zum 70. Geburtstag, 2015, S. 189 ff.; Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 491 ff.). – Diese Konsequenz in umgekehrter Richtung steht Dehne-Niemann, ZJS 2008, 351 (354) jedoch nicht vor Augen, wenn er im Falle des *error in persona* des einen Mittäters aufgrund der darin objektiv gelegenen Abweichung vom subjektivistisch verstandenen Tatplan zum Zurechnungsausschluss für die anderen Mittäter gelangt sein will.

räuberische Erpressung durch S. gegenüber Sch. gehabt haben soll, würde sich das irriige Tun des S. für C.M. als ein für seine Vorsatzbildung beachtlicher „fahrlässiger Exzess“¹⁰ bzw. als eine „aberratio ictus“¹¹ darstellen. C.M. wäre dann insoweit wegen seines „Tatbeitrags“ gegenüber Sch. maßgeblich allenfalls strafbar wegen fahrlässiger Körperverletzung gem. § 229 StGB. Im Übrigen wäre die von S. tatsächlich an Sch. begangene Tat jedenfalls nicht als die zuvor zwischen den Beteiligten verabredete Tat anzusehen. Denn die Verabredung zum Verbrechen der besonders schweren räuberischen Erpressung gem. §§ 30 Abs. 2 Var. 3, 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB setzt eine Verabredung zur *mittäterschaftlichen* Begehung voraus.¹² Hieran fehlt es im konkreten Fall jedoch, wenn der error in persona des S. für C.M. gleichsam nachträglich vorsatzausschließend wirken soll, sodass S. tatsächlich nämlich als Alleintäter gegenüber Sch. gehandelt hätte. Dass aber dieser Irrtum hierbei als nachträglich den Vorsatz ausschließend angesehen wird, ist an der Rede von den „Mittätern“ eindeutig zu erkennen. Schließlich hat Mitäterschaft Vorsatz zur Voraussetzung.

Allerdings müsste man diesen rückwärtsschließenden Gedanken sodann in seiner Konsequenz richtigerweise auch auf den dadurch gleichsam nachträglich zum Alleintäter gewordenen S. übertragen. Denn warum sollten nach dem gemeinsamen Tatplan unterschiedliche Vorsatzanforderungen für die nur vermeintlichen Mittäter gelten? Insofern C.M. wegen des error in persona des S. nicht als (Mit-)Täter gelten würde, könnte also mangels Vorsatzes auch S. selbst nicht als (Mit-)Täter gelten. In der Folge dieser freilich nie gezogenen Konsequenz wäre auch der vermeintlich vorsatzlos handelnde S. maßgeblich nicht wegen vorsätzlicher, sondern allenfalls wegen fahrlässiger Körperverletzung gegenüber Sch. gem. § 229 StGB strafbar. Für eine Strafbarkeit wegen Verabredungsverbrechen würde das Vorstehende entsprechend gelten. Also nur indem die Literaturansicht diese Konsequenz ihres rückwärtsge wandten Gedankens nicht zieht, vermag sie zu einer unterschiedlichen Behandlung der vermeintlichen Mittäter im Falle des error in persona eines vermeintlichen Mittäters zu gelangen.

Jedoch würde man S. und C.M. sodann in der fortgesetzten weiteren Konsequenz des bisher entwickelten Gedankens, und zwar wegen des Identitätsirrtums des S. gegenüber Sch., wenigstens einen Vorsatz gegenüber den beiden Drogenhändlern unterstellen müssen.¹³ Denn wenn sie der error in persona gegenüber Sch. entlastet, dann muss er sie gegenüber

den Drogenhändlern entsprechend belasten. Da es aber an einer objektiven Tatausführung gegenüber diesen beiden Drogenhändlern ersichtlich mangelt, könnten C.M. und S. diesen gegenüber entweder nicht wegen mittäterschaftlichen Versuchs bestraft werden oder sie würden trotz fehlender objektiver Tatausführung rein wegen ihres bereits (vermeintlich) gefassten Vorsatzes bestraft werden. Daraus aber wird ersichtlich, dass jedenfalls die Ansicht, die hier für eine aberratio ictus optiert, in Wahrheit einen hinreichend *konkret* gefassten Vorsatz der vermeintlichen Mittäter lediglich unzulässig unterstellt. Denn ein solcher konkret im Einzelfall entschlossen gefasster Vorsatz ist dort unmöglich, wo eine mögliche objektive Tatausführung gar nicht in Rede steht. Mithin handelt es sich in Wahrheit alleine um einen gleichsam mit dem Tatplan noch im Vorbereitungsstadium und lediglich *abstrakt* gefassten Vorsatz, der die Zurechnung der (nicht) ausgeführten Tat tatsächlich nicht zu begründen vermag.¹⁴ Deshalb könnten C.M. und S. (auch) nach dieser Ansicht richtigerweise nicht wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung gegenüber den Drogenhändlern bestraft werden.

Darum ist hier festzuhalten: Die vorstehend erläuterte Verknüpfung der Identitätsvorstellung hinsichtlich des präsumtiven Handlungsobjekts als Tatobjekt mit dem Kriterium des *Tatplans* der präsumtiven Mittäter führt zunächst zur generellen Beachtlichkeit des bloßen error in persona als Tatbestandsirrtum im Sinne von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. In der weiteren Konsequenz führt sie sodann auf einen von der konkreten Tatausführung losgelösten und mithin bloß abstrakten Tatplan-Vorsatz, der die Zurechnung der (nicht) ausgeführten Tat tatsächlich auch nicht zu begründen vermag. Dem BGH ist in seiner abstrakt-rechtlichen Ablehnung dieser Literaturansicht daher vollumfänglich zuzustimmen.

2. Kritische Würdigung der konkret-rechtlichen Beurteilung des error in persona im Verhältnis der Mittäter

Verdient aber auch die konkret-rechtliche Beurteilung des Falles durch den BGH ebendieselbe vollumfängliche Zustimmung? Oder stellt der BGH mit dem Kriterium des *Tatplans* nicht seinerseits selbst auch an zumindest einer Stelle seines Gedankens maßgeblich auf einen bloß abstrakten Vorsatz ab, wenn er dem C.M. – und zwar mit dem ihm unterstellten Versuchsbeginn gegenüber Sch. noch weit vor dem tatsächlichen Tun des S. – einen hinreichend konkreten Vorsatz je-

¹⁰ Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 12 Rn. 193–201; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 116 ff.; ders., Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, S. 100 f. (286 f., 311 f.) – Kritisch zu dieser Begriffsbildung Puppe, ZIS 2007, 234 (246).

¹¹ Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Kausalverlauf, 1971, S. 76 ff.

¹² Siehe dazu m.w.N. Fischer (Fn. 2), § 30 Rn. 12.

¹³ Dieser Gedanke wird von Hillenkamp (Fn. 11), S. 78 f. lediglich hinsichtlich der nicht selbst über die Identität irrenden Person aufgeworfen, weil er die vorstehend genannte Konsequenz zu ziehen unterlässt.

¹⁴ Siehe dazu auch schon oben Fn. 9. – Im Übrigen, soweit man hier einen untauglichen Versuch in Mittäterschaft verwirklicht sehen wollte, ist anzumerken, dass die behauptete Strafbarkeit des untauglichen Versuchs generell allenfalls auf einem abstrakt gebliebenen „Vorsatz“ beruhen kann. Richtigerweise aber nicht einmal dies, denn da es die (taugliche) Versuchshandlung im Falle des untauglichen Versuchs, damit aber auch ein unmittelbares Ansetzen zum Versuchsbeginn, nicht gibt, kann es auch keinen echten Vorsatz bezüglich einer solchen Versuchshandlung geben. Vielmehr handelt es sich subjektiv um einen bloßen Wunsch (siehe dazu einstweilen nur Heuser, ZJS 2019, 181 [189 Fn. 57]).

denfalls implizit unterstellt? Das Urteil wartete dann mit mindestens einem gravierenden inneren Widerspruch auf; genau dies ist die im Folgenden weiter herauszuarbeitende These. Die hier zunächst nur zum Voraus aufgestellte Behauptung besteht also darin, dass die aus dem Urteil ersichtliche Unschlüssigkeit auf tieferliegenden dogmatischen Verwerfungen beruht, denen es nachzugehen lohnt. Das soll im Folgenden ansatzweise geschehen, nachdem hier nur die zwei augenfälligsten Widersprüche vorab benannt und sodann (unter a) und b) sukzessive entwickelt seien:

- Der BGH erachtet es als ein maßgebliches Argument für die Unbeachtlichkeit des *error in persona* bei Mittäterschaft, dass nur sie dem Grundsatz gerecht werde, wonach der Eintritt eines Mittäters ins *Versuchsstadium einheitlich* nach dem gemeinsamen Tatplan für und gegen alle anderen Mittäter wirke (Rn. 61 f.). Dabei konstatiert er einerseits den Versuchseintritt durch den im Hof wartenden C.M. (Rn. 55), andererseits stellt er auf einen Versuchseintritt durch den mittels Baseballschläger im Haus angreifenden S. ab (Rn. 52, 64, 67).
- Der BGH bemängelt, dass die Vorinstanz rechtsirrtümlich auf die *Voraussehbarkeit* der Personenverwechslung bei S. durch den C.M. abgestellt habe (Rn. 53, 64). Dabei konstatiert er selbst, der Tatplan habe wegen der notwendigen Identifizierung der Drogenhändler durch S. das Risiko der Personenverwechslung enthalten, und die tätige Abwendung dieses ihm *voraussehbaren* Risikos habe der C.M. gegenüber Sch. wiederum durch die Nichtausführung des Rücktritts von seinem (ihm gegenüber wohl schon begonnenen) Versuch unterlassen (Rn. 55, 63 f.).

Nachdem das *Tatplankriterium* mit der ihm eigenen Tendenz zur Versubjektivierung gesetzlich existenter Kriterien maßgeblich in beiden vorgenannten Widersprüchlichkeiten anzutreffen ist, steht hier *prima facie* zu vermuten, dass dieses gesetzlich nirgendwo niedergelegte und insofern ungesetzliche Kriterium bisweilen auch ungesetzliche (d.h. rechtswidrige) Ergebnisse zur Folge haben kann, die der BGH in seiner widersprüchlichen Argumentation aufzufangen sucht. Zwar gehören im Einzelfall nicht nur objektiv gesetzlich bestimmte Umstände (wie Tatobjekt, Tathandlung und Tatsubjekt), sondern auch rein subjektiv ersonnene Umstände stets zu einem konkreten Tatplan einer – alleine oder gemeinsam mit anderen Personen – zu begehenden Tat. Allerdings dürfen diese rein subjektiven Beweggründe nicht zur Grundlage der Zurechnung gemacht werden.

Macht man sie – mit dem BGH – dennoch und durchaus zu Unrecht zur teilweisen Grundlage der (mittäterschaftlichen) Zurechnung, dann können in der Konsequenz dieses Gedankens auch rein subjektiv ersonnene Identitätsvorstellungen hinsichtlich der Person des Tatopfers für die Vorsatzbildung beachtlich werden.¹⁵ Dieses Letztere nimmt der BGH jedoch jedenfalls im Ergebnis bisher zu Recht nicht an. Das geschieht allerdings wohl nicht darum, weil er den bloßen Identitätsirrtum von vornherein sowie ausnahmslos stets für un-

beachtlich erachtet bzw. mit dem zuvor (Rn. 64) genannten Argument stets für unbeachtlich erachten müsste,¹⁶ sondern darum, weil er die Personenverwechslung des S. für C.M. zwar in gewisser Hinsicht als Tatplanabweichung, jedoch nicht – anders als eine objektivistische Tatherrschaftslehre – auch *objektiv* als Fehlschlag im Sinne einer *aberratio ictus* versteht.¹⁷ Da S. bei seinem Tun nämlich immerhin „den Tatplan umzusetzen versuchte“ (Rn. 67, 54), entsprach es jedenfalls *in subjektiver Hinsicht* dem Tatplan, auch andere Personen außer den beiden Drogenhändlern anzugreifen. Der BGH behandelt die Identitätsvorstellung damit also zwar nicht als unmittelbares Vorsatzmerkmal, wohl aber als Tatplanmerkmal. Jedoch wirkt sich dies im Ergebnis – trotz mittelbarer Verknüpfung – nicht mittelbar auf den Vorsatz des C.M. gegenüber Sch. aus. Denn der BGH erblickt in der Personenverwechslung des S. aufgrund seiner subjektivistisch eingefärbten Beteiligungslehre keinen objektiven Fehlschlag, sondern einen subjektiven Versuch, dem Tatplan zu entsprechen.

Aus dieser mittelbaren Verknüpfung der Identitätsvorstellung mit dem Vorsatz dürfte sodann aber die Frage resultieren, ob der unmittelbar über die Identität irrende Mittäter nicht tatsächlich zwei Versuche in Tateinheit begeht. Denn einmal soll seine Identitätsvorstellung für seinen Vorsatz – im Hinblick auf die Person des Sch. – unerheblich sein, während sie für seinen Versuch, den abstrakten Tatplan – im Hinblick auf die Personen der beiden Drogenhändler – zu erfüllen, durchaus sehr erheblich sein soll. Demnach würde S. eine vorsätzlich vollendete Tat gegenüber der Person des Sch. sowie darin zugleich eine vorsätzlich versuchte Tat (planerfüllung) gegenüber den Personen der beiden Drogenhändler begangen haben. Für seinen Mittäter C.M. könnte schließlich nichts anderes gelten. Auch nach dieser Ansicht würde somit jedenfalls im Versuchsverhältnis ein abstrakter Tatplanvorsatz als zurechnungsbegründend herangezogen.

Richtigerweise kann es eine solche wundersame Vorsatzvermehrung infolge Irrtums jedoch nicht geben, weil es auch im Falle des Identitätsirrtums tatsächlich schon nicht auf einen Versuch ankommt, den abstrakt vorgefassten Tatplan (in subjektiver Hinsicht) zu erfüllen. Entscheidend ist nämlich der Versuch, einen Tatbestand (in objektiver und subjektiver Hinsicht) zu erfüllen. Nachdem die Identitätsvorstellung dabei richtigerweise aber sowohl für den konkreten Vorsatz als auch für den Tatplan gänzlich unerheblich ist, liegt das eigentliche Problem des Falles primär demnach gar nicht in der Irrtumsfrage. Vielmehr liegt es in der Frage, ob C.M. und S. aufgrund eines hinreichend konkreten Vorsatzes *gemeinschaftlich* zum Versuch der gefährlichen Körperverletzung in Tateinheit mit besonders schwerer räuberischer Erpressung unmittelbar angesetzt haben. Die vorbezeichneten Widersprüchlichkeiten hinsichtlich des Versuchsbeginns von C.M. und S. resultieren folglich daraus, dass der BGH den für die

¹⁶ Siehe dazu schon oben III. 1. a).

¹⁷ Wenn der BGH in Rn. 39 von dem „hier auf der Hand liegende[n] [...] Fehlschlag“ spricht, dann ist damit der subjektiv von einem entsprechenden Vorsatz getragene, objektiv hingegen fehlgeschlagene Versuch der besonders schweren räuberischen Erpressung gemeint.

¹⁵ Siehe dazu schon oben III. 1. b).

Beurteilung der Tat maßgeblichen Tatplan nicht ausschließlich mit dem gemeinschaftlichen, d.h. wechselseitig bestimmten sowie übereinstimmenden, außerdem hinreichend konkret gefassten Vorsatz der Beteiligten zum Zeitpunkt der Tat identifiziert. Denn er betrachtet den abstrakt vorgefassten Tatplan in seiner subjektivistischen Spezifität als etwas über den konkreten Vorsatz hinaus Maßgebliches. Dies ist im Folgenden zu erörtern:

a) Beurteilung des Falles bei maßgeblicher Kongruenz von Tatplan und Vorsatz

Es bedarf keiner Frage, dass die Beteiligten im Vorfeld einer möglichen Tat auf Vorschlag des C.M. einen gemeinsamen Tatplan mit individueller Rollenverteilung vereinbart hatten. Allerdings beginnt durch die Fassung und Verabredung eines Tatplans noch nicht das Versuchsstadium, vgl. § 30 Abs. 2 StGB. Für den Eintritt in den Versuch bedarf es vielmehr des – von einem konkret gefassten Vorsatz getragenen – unmittelbaren Ansetzens zur Verwirklichung der vorgesezten Tat, § 22 StGB. Der vorgefasste Tatplan ist also noch nicht identisch mit dem konkreten Vorsatz im Zeitpunkt der Tatausführung. Erst recht ist die Tatplanfassung nicht selbst bereits ein objektiver Tatbeitrag zur späteren Tatausführung. Denn sie dient erst der Vorbereitung dieser Tat.¹⁸ Vorbereitungshandlungen sind demnach notwendig nicht Tathandlungen. Andernfalls könnte man sich die Abgrenzung des Versuchsbeginns von bloß vorbereitenden Handlungen getrost sparen.¹⁹ „Der Mittäter muss seinen Tatbeitrag im Ausführungsstadium leisten. Denn erst mit der Tatausführung konstituiert sich Tatvorsatz und erst die Tatausführung ist strafrechtlich relevant.“²⁰ Macht man jedoch den vorgefassten und zunächst notwendig noch bloß abstrakten Tatplan unvermittelt zur Grundlage der mittäterschaftlichen Zurechnung einer Tatausführung, dann abstrahiert man damit zwangsläufig vom sonst anerkannten Erfordernis eines hinreichend konkreten Vorsatzes. Insofern kann der Tatplan richtigerweise nicht unvermittelt als Zurechnungsgrundlage dienen. Soll der Tatplan jedoch eine rechtmäßige Zurechnungsgrundlage bilden, dann darf es sich bei ihm nur um den im Einzelfall von jedem Mittäter hinreichend konkret in wechselseitiger Übereinstimmung gefassten Vorsatz handeln, durch den die Mittäter in subjektiver Hinsicht gemeinsam miteinander in ihrer objekti-

ven Tatausführung verbunden sind. Erst dies begründet sodann die wechselseitige Zurechnung ihrer jeweiligen objektiven Tatbeiträge zur ganzen Tat, § 25 Abs. 2 StGB.

aa) Beurteilung des Falles in subjektiver Hinsicht

An einem solchen gemeinsam verbindenden und hinreichend konkreten Tatvorsatz von C.M. und S. (sowie M.M. und Ma.) dürfte es hier jedoch fehlen. Denn es ist schon kaum anzunehmen, dass der im Hof befindliche C.M., als er den ihm freundschaftlich verbundenen Sch. erblickte, den im Einzelfall konkret gefassten Vorsatz hatte, den „anderen Menschen“ als gesetzliches Tatobjekt einer gefährlichen Körperverletzung in dem Handlungsobjekt der Person des Sch. körperlich zu verletzen. Sähe man dies anders, so müsste man unterstellen, dass C.M. aufgrund des im Vorbereitungsstadium vorgefassten Tatplans, und zwar mit Wirkung für und gegen S., in den (mittäterschaftlichen) Versuch der gefährlichen Körperverletzung eingetreten ist. Dieser Versuch begänne bereits zu einem Zeitpunkt, als er vor dem Gebäude, in der eine Körperverletzung irgendwann einmal in näherer Zukunft stattfinden sollte, mit dem entsprechend noch bloß abstrakten Vorsatz Stellung bezog, und als auch von den präsumtiven Handlungs- und Tatobjekten der beiden Drogenhändler noch weit und breit nichts zu erkennen war. Der BGH scheint genau dies und damit eine *Zurechnung aufgrund eines bloß abstrakt gebliebenen Vorsatzes* anzunehmen, wenn er konstatiert: „Der Angeklagte C.M. trug mit dem von ihm ersonnenen Tatplan maßgeblich zur Tat zu Sch.’s Lasten bei. Er hätte nach den Grundsätzen des § 24 Abs. 2 StGB zurücktreten [...] müssen [...]. Dies wäre ihm angesichts seiner Teilhabe an der Tatherrschaft und seines Standortes unschwer möglich gewesen.“ (Rn. 55). Andererseits kann der BGH genau dies aber nicht annehmen, wenn er auf die Notwendigkeit der Einheitlichkeit des Versuchseintritts für alle Mittäter hinweist (Rn. 61 f.) und zugleich von einem Versuchseintritt für C.M. und S. durch das Tun erst des S. ausgeht (Rn. 52, 64, 67), der trotz seines unbeachtlichen error in persona gewiss einen hinreichend konkret gefassten Vorsatz hatte.²¹ An diesem maßgeblichen Punkt erweist sich die konkret-rechtliche Beurteilung des BGH folglich als unschlüssig.

Verlagert man den Versuchsbeginn unter Abstraktion vom Erfordernis eines im Einzelfall konkret zu fassenden Vorsatzes dagegen nicht derart weit vor, sondern fordert man einen sich im Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens konsti-

¹⁸ Zutreffend kritischer Hinweis hierauf im hiesigen Zusammenhang auch bei *Dehne-Niemann*, ZJS 2008, 351 (352) m.w.N.

¹⁹ Freilich läuft darauf die – die subjektivistische Linie des RG insofern fortschreibende – Rechtsprechung des BGH mit ihrer begriffslosen und daher willkürlich ‚wertenden Betrachtung‘ im Ergebnis hinaus, wenn es in ständiger Rechtsprechung etwa heißt: „Die gemeinschaftliche Ausführung der Tat setzt nicht voraus, daß jeder Mittäter selbst ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal verwirklicht; es genügt nach ständiger Rechtsprechung eine andere Mitwirkung, zu der auch eine Vorbereitungshandlung gehört, durch die der Mittäter den tatausführenden Genossen in dessen Tatentschluß bestärkt.“ (BGHSt 37, 289 [292 f.]).

²⁰ *Puppe*, ZIS 2007, 234 (241).

²¹ Ob der BGH in den Rn. 52, 64, 67 explizit von einem Versuchsbeginn durch S. ausgeht, wird nicht ganz deutlich. Immerhin spricht er aber beispielsweise von einem error in persona, dem der S. beim „ersten Angriff“ unterlag (Rn. 52), oder davon, dass C.M. dem S. „den unmittelbaren Angriff“ überließ (Rn. 64). Die Formulierungen erinnern somit jedenfalls an das nach § 22 StGB erforderliche unmittelbare Ansetzen zum Versuch. Wie unten (unter b) noch gezeigt werden wird, lässt sich die Irrtumsfrage jedoch nur im Ausgang vom Versuchsbeginn durch T sinnvoll stellen. Der BGH muss daher jedenfalls implizit von einem solchen Versuchsbeginn durch T ausgegangen sein als er sich die Irrtumsfrage vorlegte.

tuierenden Vorsatz, dann lässt sich dieser im konkreten Fall jedenfalls nicht mit den Sachverhaltsfeststellungen des LG belegen. Denn es ist positiv nicht festgestellt, dass der C.M. zu irgendeinem Zeitpunkt einen im Einzelfall über den abstrakten Tatplan hinaus konkretisierten Vorsatz gehabt hat, einen anderen Menschen in der Person eines konkreten Handlungsobjekts gefährlich zu verletzen bzw. besonders schwer räuberisch zu erpressen. Selbst wenn man überdies den error in persona des S. gegenüber Sch. als in irgendeiner möglichen Weise relevant für einen Tatvorsatz des C.M. erachten wollte, würden auch die diesbezüglichen Feststellungen einen entsprechenden Vorsatz nicht tragen. Denn es ist positiv nicht festgestellt, dass der C.M. die Personenverwechslung des S. gegenüber Sch. vorausgesehen, geschweige denn billigend Kauf genommen hat, sondern nur, dass sie für ihn „voraussehbar“ (Rn. 5)²² war. Folglich lässt sich auf Basis dieser Feststellungen für C.M. allenfalls ein Fahrlässigkeitsvorwurf begründen, der darin bestünde, dass er nicht für eine Abwendung der voraussehbaren Personenverwechslung sowie der mit ihr einhergehenden Tat gegenüber Sch. sorgte, als er den Sch. in seine Wohnung schickte. C.M. wäre demnach hinsichtlich der Person des Sch. allenfalls strafbar wegen fahrlässiger Körperverletzung durch Unterlassen, §§ 229, 13 Abs. 1 StGB.

bb) Beurteilung des Falles in objektiver Hinsicht

Eben dieses fahrlässige Unterlassen im Vorfeld der eigentlichen Tat einer anderen Person müsste dem C.M. als mittäterschaftlicher Tatbeitrag zugerechnet werden können. Das wäre dann der Fall, wenn man ihm auf der – vorstehend kritisierten – Grundlage eines bloß abstrakt gebliebenen Tatplanvorsatzes unterstellen wollte, dass er bereits durch das bloße Zuhalten im Hof unmittelbar zur gefährlichen Körperverletzung eines „anderen Menschen“ (in der Person des Sch. oder der Personen der Drogenhändler) angesetzt habe. Indem der BGH dies im Widerspruch zu seinen sonstigen Ausführungen unterstellt (Rn. 55), dient ihm das Tatplankriterium also dazu, bloße Vorbereitungshandlungen zu objektiven Tatbeiträgen einer vermeintlich mittäterschaftlichen Tatausführung umzuwerten. Die notwendige begriffliche Folge ist dann, dass entweder Täter auch sein kann, wer überhaupt keinen objektiven – auf einem hinreichend konkret gefassten Vorsatz beruhenden – Tatbeitrag zum Tatzeitpunkt beisteuert, oder die Bestimmung der mittäterschaftlichen Tat in Richtung des

²² Worauf sich diese Feststellung der „Voraussehbarkeit“ durch das LG gründet, ist allerdings aus dem Urteil weder unmittelbar ersichtlich, noch auch nur in Zusammenschau mit den übrigen mitgeteilten Feststellungen besonders naheliegend. Denn wenn von den Beteiligten *zwei* unbekannte Drogenhändler nach dem zuvor getätigten Anruf erwartet werden durften, dann durfte C.M. wohl davon ausgehen, dass die übrigen Beteiligten die *alleine* erscheinende und ihnen bekannte Person des Sch. auch bei schlechten Lichtverhältnissen nicht als die Personen der zwei Drogenhändler identifizieren würden. Auch insofern beruht die Beurteilung durch LG und BGH auf einem unaufgeklärten Widerspruch.

Vorbereitungsstadiums grenzenlos werden muss.²³ Faktisch laufen beide Möglichkeiten auf dasselbe hinaus: Eine von einem im einzelnen Fall konkret gefassten Vorsatz getragene Tat wird als solche notwendig unbestimmbar, d.h. die Zurechnung wird grenzenlos.

cc) Was bleibt nach dieser Beurteilung tatsächlich?

Reicht die Positionierung des C.M. im Hof nach vorherigem Instruieren der übrigen Beteiligten weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht für eine mittäterschaftliche Beteiligung an der vollendeten gefährlichen Körperverletzung sowie an der versuchten besonders schweren räuberischen Erpressung gegenüber Sch. aus, so kann das Tun des C.M. nur noch als das angesehen werden, was es tatsächlich auch ist:

C.M., der den übrigen Beteiligten das o.g. Vorgehen gegen die beiden unbekannteten Drogenhändler vorschlug und dabei für sich selbst keinen substanziellen Tatbeitrag vorsah (Rn. 4), stiftete insbesondere den S. zu einer gefährlichen Körperverletzung in Tateinheit mit einer versuchten besonders schweren räuberischen Erpressung an (§ 26 StGB) bzw. versuchte ihn zu diesen Taten zu bestimmen (vgl. § 30 Abs. 1 StGB). Indem ihm die übrigen Beteiligten zustimmten, sagten sie schließlich allenfalls ihre Hilfe zu dieser Tat zu. Denn sie wollten den C.M. bloß „unterstützen“ (Rn. 4) und hatten auch ansonsten kein eigenes Tatinteresse. Der für ihn als (Allein-)Täter unbeachtliche Identitätsirrtum des S. über die Person des Sch. war demnach auch für den C.M. als Anstifter nach allgemeinen Grundsätzen unbeachtlich.²⁴ Insofern hat das LG in der Sache und im Ergebnis jedenfalls teils zu Recht auf das Kriterium der Voraussehbarkeit abgestellt, das von der Rechtsprechung bei der Zurechnung in den Fällen von Personenverwechslungen im Verhältnis von Täter und Anstifter herangezogen wird. Allerdings war ihm dieser Rekurs rechtlich natürlich deshalb abgeschnitten, weil es in seiner Beurteilung – was wiederum der BGH in seiner Kritik seinerseits verkennt – *rechtsirrig* nicht von Anstiftung, sondern von Mittäterschaft des C.M. ausgegangen ist.

b) Beurteilung des Falles ohne maßgebliche Kongruenz von Tatplan und Vorsatz

Die Frage nach der Auswirkung des error in persona eines Mittäters für die übrigen Mittäter stellt sich regelmäßig sinnvoll erst, nachdem dieser bloße Identitätsirrtum für den tatnächsten und in eigener Person irrenden Mittäter gedanklich festgestellt wurde. Wenn dieser Irrtum jedoch nach der insofern auch hier vom *Verf.* für zutreffend erachteten Rechtspre-

²³ Das dürfte auch der Sinn der zur Parömie gereiften Sentenz sein, wonach ein „Minus“ an Entscheidungsherrschaft in der Ausführungsphase durch ein „Plus“ an Gestaltungsherrschaft in der Vorbereitungsphase ausgeglichen werden könne, sodass das Gesamtgeschehen gleichwohl mittäterschaftlich zugerechnet werden dürfe (so etwa *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/48). Aus der hier eingenommenen Warte ergeben 2 x 0 Tathandlungsbeiträge dagegen im Ergebnis nicht einen, sondern – summa summarum – keinen Tathandlungsbeitrag.

²⁴ Siehe dazu oben Fn. 4.

chung des BGH für alle Mittäter gleichermaßen unbeachtlich sein soll, dann muss das Zurechnungsergebnis von der individuellen gedanklichen Prüfungsreihenfolge der Mittäter unabhängig sein. Tatsächlich ist das vom BGH gefundene Ergebnis jedoch von dieser Prüfungsreihenfolge abhängig:

Frage man im konkreten Fall nämlich zunächst nicht nach dem Vorsatz des S., sondern nach dem des C.M., dann müsste man feststellen, dass C.M. selbst jedenfalls keinem *error in persona* unterlag, der sich auf einen etwaigen Vorsatz auch nur irgendwie hätte auswirken können. Die Frage nach einem die Vorsatzbildung behindernden Irrtum würde sich folglich schon gar nicht sinnvoll stellen. Insoweit müsste sodann positiv untersucht werden, ob C.M. einen hinreichend konkreten Vorsatz zur gefährlichen Körperverletzung in Tateinheit mit besonders schwerer räuberischer Erpressung gefasst hatte. Denn die bloße Abwesenheit eines Identitätsirrtums begründet positiv noch keinen Vorsatz. Ein solcher Vorsatz ließe sich jedoch tatsächlich nicht feststellen, weil sich dieser im Zeitpunkt des unmittelbaren Ansatzens bei Versuchsbeginn im konkreten Einzelfall konstituieren muss. Daran fehlt es hier. Als Alleintäter wäre dem C.M. sein Tun also noch nicht zur versuchten Tat zurechenbar. Daher kann ihm sein lediglich vorbereitendes Tun richtigerweise auch als vermeintlichem Mittäter nicht zur versuchten oder gar vollendeten Tat zugerechnet werden.²⁵ Indem der BGH mit dem Tatplankriterium jedoch genau diese Zurechnung vornimmt, lässt er subjektiv einen bloß abstrakten (Tatplan-)Vorsatz in Verbindung mit einer objektiv vorbereitenden Handlung zur Tatzurechnung bereits ausreichen. Damit abstrahiert er nicht nur vom gesetzlichen Erfordernis eines objektiven Tatbeitrags, sondern auch von dem eines konkreten Vorsatzes. Das notwendige Ergebnis dieser gegen alle Denkgesetze verstößenden Konstruktion durch bloße Abstraktion ist ein tatenloser ‚Mittäter‘. Diesem wird letztlich nämlich bloß zugeschrieben, dass er aufgrund seines die Tat bzw. den Versuch der Tat bloß vorbereitenden Tuns, nach Maßgabe seines im Tatplan zu diesem Stadium notwendig noch bloß abstrakt gebliebenen Vorsatzes, die Tatausführung mit Wirkung für und gegen alle Mittäter versucht hat.²⁶

Mithin vermag der BGH – entgegen seinen eigenen Urteilsausführungen – tatsächlich auch nicht den einheitlichen Versuchsbeginn durch die Person des C.M. für beide Mittäter (C.M. und S.) gemeinschaftlich festzustellen: Denn – und dies wird gewöhnlich verkannt – ohne die zumindest implizit vorweggenommene Würdigung des späteren Tuns des S.

²⁵ Insoweit besteht hier grundsätzliche Übereinstimmung mit *Dehne-Niemann*, ZJS 2008, 351 (356), obgleich dieser (oben Fn. 9) einer Beachtlichkeit des *error in persona* für die nicht unmittelbar selbst irrenden Mittäter das Wort redet: „(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.“

²⁶ So lag es freilich auch schon in BGHSt 11, 268 ff.; siehe dazu etwa *Küper*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, S. 37 mit Fn. 76; *Puppe*, ZIS 2007, 234 (245); und besonders *Spendel*, JuS 1969, 314 (315 ff.).

gegenüber Sch. als täterschaftlich lässt sich das vorherige Tun des C.M. im Vorbereitungsstadium für C.M. überhaupt nicht als mittäterschaftlicher Versuchsbeginn ansehen. Das vom BGH gefundene Ergebnis ist darum sehr wohl von einer gewissen Prüfungsreihenfolge abhängig. Ist es aber nicht möglich, das Tun des C.M. bereits für sich selbst als (mit-) täterschaftlichen Versuchsbeginn anzusehen, dann kann der Versuchsbeginn für beide Mittäter maßgeblich auch allenfalls nur durch das spätere Tun des S. begründet werden. Folglich hängt die vermeintliche Tatbeitragsqualität des vorherigen Tuns des C.M. im Vorbereitungsstadium von dem Zufall ab, ob S. überhaupt noch tätig wird. Wird S. schließlich noch tätig, dann beginnt der Versuch für beide aber nicht schon mit dem vorherigen Tun des C.M. im Vorbereitungsstadium, sondern mit dem späteren Tun des S. in seinem Tatausführungsstadium. Nur insofern stellt der BGH auch teils mit Recht wohl auf einen Versuchsbeginn durch S. ab, wenn er etwa notiert: „Der Angeklagte C.M. überließ dem Mitangeklagten S. den unmittelbaren Angriff; [...] S.’s Irrtum führte bezüglich des Vermögensdelikts zur Untauglichkeit seines Versuchs, weil Sch. kein Rauschgift im Besitz hatte. Weil er aber den Tatplan umzusetzen versuchte, haften seine Mittäter in vollem Umfang mit.“ (Rn. 64/67). Allerdings beginnt der Versuch damit nicht länger einheitlich durch das *erste* Tun einer der präsumtiven Mittäter, sondern erst durch das spätere Tun eines anderen Mittäters. Die vorgenannten Überlegungen des BGH stehen also in einem diametralen Gegensatz zu seinen vorherigen Ausführungen betreffs des vermeintlich einheitlichen Versuchsbeginns durch das vorbereitende Tun des C.M. (Rn. 55). Denn wenn der Versuch einheitlich für beide erst durch das Tun des S. begann, konnte er nicht einheitlich durch das vorbereitende Tun des C.M. beginnen. Hätte er dagegen bereits durch das vorbereitende Tun des C.M. begonnen, so müsste sich dieses unabhängig vom späteren Tun des S. als solches qualifizieren lassen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Tatsächlich hebt der BGH mit seinem von ihm floskelhaft verdeckten Schwanken also lediglich die Unterscheidung zwischen Vorbereitung und Versuch auf.

Selbst wenn der BGH hier (Rn. 52, 64, 67) nicht auf einen einheitlichen Versuchsbeginn durch das spätere Tun des S. abstellen und weiterhin lediglich von einem einheitlichen Versuchsbeginn durch das vorbereitende Tun des C.M. (Rn. 55) ausgehen sollte, wäre gänzlich unerfindlich, was das zeitlich noch nicht mit einem Identitätsirrtum kontaminierte Tun des C.M., das dem S. sodann bereits mittäterschaftlich zugerechnet werden müsste, zu der Beurteilung beizutragen hat, wie sich der spätere Identitätsirrtum des S. bei seinem Tun im sodann bloß weiteren Tatverlauf überhaupt auf den bereits gefassten Vorsatz des C.M. bei dessen vorherigen Versuchsbeginn gleichsam rückwirkend auswirken können sollte. Die Irrtumsfrage stellte sich dann nämlich nicht bloß schon im Ausgang für C.M., sondern auch bereits für S. nicht länger sinnvoll. Wollte der BGH die Irrtumsfrage indessen sinnvoll gestellt wissen, wovon angesichts der ausführlichen Erörterungen ausgegangen werden darf, dann nur im Ausgang vom Versuchsbeginn durch S.

Wenn aber der Identitätsirrtum für den Vorsatz der Mittäter – richtigerweise – gänzlich unbeachtlich ist und der sub-

ektiv im Vorbereitungsstadium ersonnene Tatplan des C.M. – fälschlicherweise mit dem BGH – bereits *seinen* Beginn des späteren Versuchs einer gefährlichen Körperverletzung in Tateinheit mit besonders schwerer räuberischer Erpressung durch S. markiert, dann müsste dieser Versuch des C.M. auch unabhängig vom Tatbeitrag des S. als solcher denkmöglich sein. Insofern dies – entgegen der vorstehenden Überlegungen – der Fall wäre, wäre es nicht länger zwingend, dem tatnäheren S. die versuchten bzw. vollendeten Taten des C.M. (mit-)täterschaftlich zuzurechnen. Denn wenn die Täterschaft trotz fehlenden Tatbeitrags möglich sein soll, dann muss sie vom Erfordernis eines Tatbeitrags unabhängig sein. Folglich könnte sie trotz Tatbeitrags auch ausgeschlossen sein.²⁷ Da S nun kein eigenes Tatinteresse hatte, sondern den C.M. nur „unterstützen“ (Rn. 4) wollte, hätte er in der Konsequenz dieses Gedankens bloß als Gehilfe an der angeblich bereits im Vorbereitungsstadium versuchten Tat des C.M. gemäß § 27 Abs. 1 StGB bestraft werden dürfen. Weil sich die im Vorbereitungsstadium vermeintlich schon versuchte Tat des C.M. als solche jedoch richtigerweise noch nicht einmal ohne die spätere Tatbeteiligung des S. denken lässt, hebt der vorstehende Gedanke bloß beihilfender Teilnahme des S aber nicht nur den für sich zutreffenden Gedanken einer Täterschaft des S, sondern auch den an sich unzutreffenden Gedanken einer bloß teilnehmenden Beteiligung des S. negierend auf.

3. Fazit und Ausblick

Beim *error in persona* handelt es sich mit der in diesem Punkt zutreffenden Rechtsprechung des BGH nicht um einen der Vorsatzbildung entgegenstehenden Tatbestandsirrtum im Sinne von § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Dies gilt sowohl für den Allein- als auch für den Mit-Täter. Denn die individuelle Identität einer Person ist nicht Begriffsmerkmal des gesetzlich jeweils normierten Tatobjekts. Sie kann deshalb weder ein die Zurechnung bestimmendes Merkmal im Vorsatz noch im Tatplan sein. Darum kommt es auch auf die *Voraussehbarkeit* der Personenverwechslung nicht entscheidend an.²⁸

²⁷ Dieses Letztere läge insbesondere auf der subjektivistischen Linie der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, etwa RGSt 74, 84 (85).

²⁸ Auf den Gedanken der Voraussehbarkeit läuft zuletzt jedenfalls tendenziell auch schon der vom BGH (Rn. 54) zur Absicherung seiner Ansicht bemühte Gedanke *Küpers* ([Fn. 26], S. 38 f.) hinaus, bei dem es heißt: „Die Möglichkeit von Fehlkonkretisierungen bei der Planverwirklichung ist damit im Gesamtplan strukturell immer schon enthalten, sozusagen ‚vorprogrammiert‘. Mit der Rollenverteilung nehmen sie die Genossen – als notwendigen Unsicherheitsfaktor des Projekts – in Kauf und sind daher auch gemeinsam für das Ergebnis solcher ‚Fehlleistungen‘ verantwortlich, sofern es sich nur überhaupt im Rahmen des generell Zurechenbaren hält: Ihre Berufung darauf, daß sie die Komplizenhandlung und ihr Resultat ‚so nicht gewollt‘ haben oder daß ‚ihnen‘ diese Panne nicht hätte passieren können‘, wäre eine widersprüchliche *protestatio facto contraria!*“ (*Hervorhebung im Original*).

Allerdings kontaminiert der BGH diese einfache Erkenntnis in dem hier besprochenen Urteil durch sein Insistieren auf einem mit der Personenidentität noch ungesetzlich verknüpften Tatplankriterium. Dadurch erhält auch das Merkmal der Voraussehbarkeit durch die Hintertür mittelbar wieder Eingang in das gedankliche Gebäude des BGH, nachdem es zuvor eingangs seiner Überlegungen unmittelbar der Vordertür verwiesen worden war. In der darin zum Ausdruck kommenden Versubjektivierung des Zurechnungsgedankens durch das Tatplankriterium kann der Rechtsprechung also nicht gefolgt werden.

Jedoch stellt diese unzutreffende Versubjektivierung kein *Novum* des hier besprochenen Urteils dar. Bereits im Verfolgerfall hatte sich diese subjektivistische Vorgehensweise nach Tatplankriterien für den hier in Rede stehenden Problemkomplex zumindest in Ansätzen gezeigt.²⁹ Und auch im Übrigen beruht beispielsweise die Rechtsprechung des BGH zur vermeintlichen Tatherrschaft des zur Tat anstiftenden und sie insofern lediglich vorbereitenden Bandenchefs auf der hier kritisierten subjektivistischen Handhabung des Tatplankriteriums.³⁰ Eine Folge dieses gesetzlich unvermittelten Gebrauchs des Tatplankriteriums durch die Rechtsprechungspraxis ist schließlich also das oben herausgearbeitete Phänomen des Täters ohne Tat. An den herausgestellten Widersprüchen des besprochenen Urteils offenbaren sich somit ein weiteres Mal die Verwerfungen der herrschenden subjektivistischen Rechtsprechungsdogmatik zur Mittäterschaft/Beteiligung. Sie treten in den Überlegungen des BGH insbesondere in der Problematik des mittäterschaftlichen Versuchsbeginns offen zu Tage. Einer meinungsfreudigen Strafrechtswissenschaft bieten solche Friktionen allerdings neuen Stoff zur Diskussion. Deshalb ist die Examens- und Klausurrelevanz des Falls unschwer abzusehen.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Martin Heuser, Regensburg

²⁹ BGHSt 11, 268 (271 f.).

³⁰ BGHSt 33, 55 (52 f.); BGH NSTz 2009, 25 (26 f.).