

Überlegungen zu Täterschaft, Zurechnung und Methodik aus Anlass des letzten Urteils zu Schüssen an der innerdeutschen Grenze

Von Rechtsanwalt Dr. René Börner, Potsdam*

Mit Urteil vom 16.2.2005 hat der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs¹ den voraussichtlich letzten Fall zu Schüssen an der innerdeutschen Grenze zum Abschluss gebracht.² Der Senat unterstreicht das Bekenntnis zur Durchsetzung elementarer Gebote der Gerechtigkeit und völkerrechtlich geschützter Menschenrechte. Allein, es gerät aus dem Blick, dass die vorliegende Konstellation atypisch ist und einige spezielle Probleme des Allgemeinen Teils aufwirft, die besser nicht übergangen worden wären. Dabei erfährt die Radbruchsche Formel ohne Not eine Ausweitung.

I. Zum Fall

Der Angeklagte (A) nahm als Kompaniechef einer speziellen Einsatzkompanie des Ministeriums für Staatssicherheit der DDR „als Mann der Praxis“ Anteil an Planung und Ausführung eines Einsatzes an der innerdeutschen Grenze, was mit dem Tod des G endete. Die Besonderheit lag darin, dass sich der bewaffnete G in der Nacht zum 1.5.1976 – gedeckt von zwei ebenfalls bewaffneten Begleitern – von außen auf das Gebiet der DDR begab, um im Schutz der Nacht den Grenzzaun zu übersteigen und eine Splittermine zu demontieren oder „wenigstens“ zu zünden.

Eine solche Demontage war ihm dort bereits zweimal kurz nacheinander gelungen, und er hatte die DDR durch Präsentation der Mine in der bundesdeutschen Presse bloßgestellt, denn die DDR leugnete die Existenz von Selbstschussanlagen. Dem MfS wurde nun bekannt, dass G an derselben Stelle alsbald erneut aktiv werden und dabei nicht allein sowie voraussichtlich bewaffnet sein würde. Deshalb sollte „feindwärts“ des – um 30 Meter zurückgesetzt auf dem Gebiet der DDR gebauten – Metallgitterzaunes ein Hinterhalt gelegt werden. In Umsetzung eines entsprechenden Befehls von Minister Mielke ging es darum, G dort zu überraschen, festzunehmen und an einer eventuellen Flucht zurück auf das Territorium der Bundesrepublik Deutschland zu hindern, wobei als letzte Möglichkeit eine Tötung ins Auge gefasst war. Sollte die Staatsgrenze der DDR durch „provokatorische Handlungen“ an den „pioniertechnischen Anlagen“ verletzt oder sollten diese sichtbar angegriffen werden, waren die Personen festzunehmen; die Schusswaffe war anzuwenden, wenn keine andere Möglichkeit zur Realisierung der vorgenannten Zielstellung vorhanden sein würde.

Als G in der dunklen Neumondnacht gegen 22.30 Uhr den Grenzbereich betrat, lagen vier schwer bewaffnete Mitglieder der Einsatzkompanie etwa fünf Meter „feindwärts“ des Zauns im Gras. „Freundwärts“ waren zahlreiche Kräfte

eingesetzt, die über einen zentralen Führungspunkt telefonisch mit Oberstleutnant T in Verbindung standen, der den Einsatz am Ort leitete. Wo sich indes A aufhielt und welchen Einfluss er nunmehr noch auf das Geschehen hatte, teilt das Urteil nicht mit. Sicher ist aber, dass er keiner der Männer vor dem Zaun gewesen ist. Deutlich ist auch, dass diese vier Posten aus der Situation heraus selbst zu entscheiden hatten, wie in Umsetzung des Befehls und der vorherigen Besprechungen tatsächlich auf das Verhalten des G zu reagieren ist.

Was dann wirklich geschah, ließ sich nicht mit Sicherheit aufklären. Wie schon zugunsten der wegen Notwehr freigesprochenen Schützen wurde nun auch bei A davon ausgegangen, dass zuerst G auf einen in seiner Nähe erkannten Posten schoss, worauf erst dieser das Feuer mit seiner Maschinenpistole erwiderte und was ihm dann auch die anderen drei Posten gleichtaten. G starb sofort und nur um die strafrechtliche Verantwortlichkeit für seinen Tod soll es nachfolgend gehen.³

Das StGB ist gem. § 7 Abs. 1 anwendbar, weil G Bürger der Bundesrepublik Deutschland war. Danach aber hätte eine verfolgbare Tat des A nur noch unter der Voraussetzung von § 78 Abs. 2 StGB vorgelegen, was indes mangels Arglosigkeit des G ausschied.⁴ Anders lag es mit einer Strafbarkeit nach dem Recht der DDR. Die dem A durch die Anklage vorgeworfene vorsätzliche Tötung des G wäre als Mord i.S.d. § 112 DDR-StGB nach der Rechtsprechung des BGH nicht verjährt gewesen.⁵ Feststellen lassen habe sich aber nur eine erfolglose Aufforderung zur Begehung einer Tat nach § 227 Abs. 1 i.V.m. § 112 DDR-StGB, die verjährt ist. Weil damit der schwerere Tatvorwurf (vorsätzliche Tötung) nicht nachzuweisen war, hatte der Freispruch als Sachentscheidung Vorrang vor einer Einstellung wegen Verjährung der leichteren Tat (die erfolglose Aufforderung). Dahingehend hat der Senat nach § 301 StPO die angefochtene Entscheidung des LG Berlin geändert.⁶

Der entscheidende Punkt in der Begründung ist der Übergang von einer Täterschaft hin zur versuchten Anstiftung. Obgleich die Dogmatik des Allgemeinen Teils im Strafrecht der DDR (zumindest im Detail) eine andere gewesen sein mag als nach dem StGB, macht der Senat immerhin für den vorliegenden Fall keine Unterschiede. Nachdem er zunächst für das DDR-StGB eine Täterschaft ablehnt, ist wie selbstverständlich auch für das StGB nur noch von versuchter Anstiftung die Rede. All das wirft einige Probleme auf. Vor

* Der Verf. ist Mitarbeiter am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht der Universität Potsdam sowie Rechtsanwalt in der Kanzlei Diestel Rechtsanwälte.

¹ BGH, Urt. v. 16.2.2005 – 5 StR 14/04 (LG Berlin), in: NJW 2005, 1287 ff.

² Vgl. die Mitteilung Nr. 28/2005 der Pressestelle des BGH; im Überblick zu diesem Komplex Willnow, JR 1997, 221 ff.

³ Seine beiden zurückgebliebenen Begleiter flüchteten in das Hinterland, wobei möglicherweise einer von ihnen zuerst in Richtung Grenze schoss, was einer der Posten durch wenigstens einen kurzen Feuerstoß in deren Richtung beantwortete, ohne zu treffen. Auch insoweit hat der Senat den A nicht verurteilt.

⁴ BGH NJW 2005, 1290.

⁵ Dazu BGHSt 40, 48 (55 ff.); 40, 113 (115 ff.); 42, 332 (336 f.).

⁶ BGH NJW 2005, 1290 r. Sp.

allem ist zweifelhaft, ob für A wirklich nur eine versuchte Beteiligung in Frage kommt. Dazu soll nachfolgend die Rechtslage nach dem StGB beurteilt werden.

II. Täterschaft des A

Die mit dem Fall für das StGB aufgeworfenen Fragen sind in zwei Bereiche abzuschichten. Einerseits geht es darum, welche Form der Täterschaft für A in Betracht kommt. Andererseits ist problematisch, ob hinsichtlich der tödlichen Schüsse ein Zurechnungshindernis besteht. Das LG hatte (zum DDR-StGB) angenommen, dass wegen einer Notwehrlage der Schützen eine von A nicht geplante Kausalkette in Gang gesetzt worden sei und deshalb unter dem Gesichtspunkt „überholender Kausalität“ ein vollendetes Tötungsdelikt nicht vorliege.⁷ Auf diesem Standpunkt scheint auch der *Senat* zu stehen, jedenfalls findet sich (auch zum StGB) nichts Gegenteiliges.

Zunächst soll der Bereich denkbarer Täterschaft abgesteckt werden. Dabei wird – zur Wahrung der Übersichtlichkeit – unterstellt, dass die Einordnung der Eröffnung des Feuers durch G als Zurechnungshindernis zutrifft. Es kann also eingangs nur um eine Versuchsstrafbarkeit gehen. Anschließend gilt es zu hinterfragen, ob nicht doch die Verantwortlichkeit des A für eine vollendete Tötung denkbar ist, wozu es auf die pauschale These von der „überholenden Kausalität“ ankommt.

1. Die Urteilsbegründung zur Verwerfung einer Täterschaft

Der *Senat* lehnt die Strafbarkeit jenseits von § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB (bzw. § 227 Abs. 1 StGB-DDR) auf recht merkwürdige Art ab: Weil die Schützen durch Notwehr gerechtfertigt seien, könne A in Bezug darauf weder als Täter noch als Mittäter, noch als Anstifter oder Gehilfe beteiligt sein.⁸ Diese Aussage bezieht sich zunächst auf das Strafrecht der DDR und ist schon insoweit zweifelhaft. § 22 Abs. 1 DDR-StGB enthielt als zweite Variante die täterschaftliche Verantwortlichkeit dessen, der „[...] eine Straftat [...] durch einen anderen, der für diese Tat selbst nicht verantwortlich ist, ausführen lässt.“ Davon dürften auch Fälle des durch § 17 DDR-StGB gerechtfertigten Vordermannes erfasst gewesen sein. Dass das Geschehen wegen der Notwehr für den Vordermann „keine Straftat“ ist, sagt noch nichts über einen Hintermann aus, der in seiner Person nicht die Voraussetzungen von § 17 DDR-StGB erfüllt.⁹ Nachfolgend setzt der *Senat* für das StGB das Ausscheiden einer Täterschaft kommentarlos voraus, wobei offenbar die pauschalen Bemerkungen zum DDR-StGB auch hierfür als ausreichend erachtet werden.

Positiv enthält sich der *Senat* jeder Festlegung zur täterschaftlichen Verantwortung des A: weder wird deutlich, ob

eher an mittelbare oder an Mittäterschaft zu denken ist noch ob eine Täterschaft überhaupt ernstlich in Betracht kommt. Diese Fragestellung kann schon dann nicht unbehandelt bleiben, will man auf § 30 StGB in Gestalt der versuchten Anstiftung zurückgreifen, wie es der *Senat* anlässlich der Ausführungen zu § 211 StGB tut.¹⁰ Vor allem aber verwendet das Urteil keinen Gedanken auf eine Versuchsstrafbarkeit und blendet so die nahe liegende Strafbarkeitsvariante aus, das ist klärungsbedürftig.

2. Versuchte Mittäterschaft

Seitdem die Figur des Täters hinter dem Täter für Schüsse an der innerdeutschen Grenze von der Rechtsprechung anerkannt ist, muss diese Konstellation mit in die Überlegungen einbezogen werden.¹¹ Das ändert allerdings nichts daran, dass zunächst einmal auch an Mittäterschaft zwischen dem unmittelbar Handelnden und dem Hintermann gedacht werden muss.¹²

a) Tatentschluss

Gegen eine – nach der Vorstellung des A beurteilte – Mittäterschaft mit den vier Posten könnte sprechen, dass er weder mit diesen vor dem Zaun im Gras lag noch sonst im Verlauf der Auseinandersetzung mit G Einfluss auf das Verhalten der Schützen hatte.¹³ Doch das ist nach der zutreffenden Rechtsprechung des BGH und dem überwiegenden Teil des Schrifttums auch nicht nötig. Entscheidend ist vielmehr, ob die fehlende Mitwirkung in der Ausführungsphase durch einen Beitrag in der Vorbereitungsphase ausgeglichen ist.¹⁴

⁷ BGH NJW 2005, 1289 I. Sp.

⁸ BGH NJW 2005, 1289 r. Sp.

⁹ Auch die Erläuterungen zum DDR-StGB legen nichts anderes nahe, vgl. Ministerium d. Justiz (Hrsg.), Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 1987, S. 82 (97 f.).

¹⁰ Anders als bei Verabredung einer Mittäterschaft nimmt § 30 StGB nicht auch auf die mittelbare Täterschaft Bezug, deshalb kann nach überwiegender Auffassung bei § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB für die Vorbereitungsphase nicht auf § 30 StGB zurückgegriffen werden; vgl. *Cramer/Heine*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2001, § 30 Rn. 32; *Roxin*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 1994, § 30 Rn. 22; a.A. *Hoyer*, in: *Rudolphi u.a.* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 25. Lieferung, Stand: Januar 2001, § 30 Rn. 5, 9 f.; zur Klärung dieser Beziehung kommt es auch darauf an, inwiefern eine Anstiftung als Minus in der mittelbaren Täterschaft enthalten ist und ob auf diesem Wege § 30 Abs. 1 StGB Anwendung finden kann.

¹¹ Dazu unten II. 3.

¹² Wie sich diese Formen der Täterschaft zueinander verhalten, ist ein eigenständiges Problem, das an dieser Stelle auf sich beruhen soll, vgl. aber unten Fn. 51.

¹³ Jedenfalls lässt sich dem Urteil dahingehend nichts entnehmen.

¹⁴ Statt aller BGHSt 11, 268 (271 f.); 37, 289 (292); 40, 299 (301); 48, 52 (56); *Küpper*, GA 1986, 437 (444 f.); *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 53. Aufl. 2006, § 25 Rn. 13, 13a; *Weber*, in: *Baummann/Weber/Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 29 Rn. 83 ff.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemei-

Deshalb kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass A in der dem Einsatz vorangegangenen „Besprechung einen gewichtigen und für die Ausgestaltung der Einzelheiten [...] maßgeblichen Einfluss“ hatte, indem er „seinen Sachverstand einbrachte und wusste, wie man am besten Hinterhalte legte“ sowie „eigene Verbesserungsvorschläge“ machte.¹⁵ Durch diese Bestimmung der Einzelheiten ist dem A nach seiner Vorstellung für das geplante Geschehen eine funktionale Tatherrschaft sowie ein wesentlicher kausaler Tatbeitrag zugekommen. Der Umstand, dass nicht A sondern T das Kommando über den Einsatz hatte, tritt hinter seinem tatsächlichen Einfluss auf Planung und Durchführung des Geschehens zurück.¹⁶

b) Versuchte Tötung

Damit wird relevant, inwiefern sich dieser Tatentschluss in einem unmittelbaren Ansetzen zur versuchten Tötung des G konkretisierte.¹⁷ Selbst wenn die Eröffnung des Feuers durch G als Zurechnungshindernis für das weitere Geschehen betrachtet wird, ist es keineswegs selbstverständlich, dass damit auch ein unmittelbares Ansetzen zum Versuch ausscheidet. Zweierlei gilt es zu beachten, den Zeitpunkt der „überholenden“ Änderung des Geschehens und die Zurechnungskraft von § 25 Abs. 2 StGB.

aa) Unmittelbares Ansetzen vor der „überholenden“ Abweichung

Wer ein unmittelbares Ansetzen jedes Mittäters nach den Maßstäben des selbst die Tat ausführenden Einzeltäters beurteilt,¹⁸ muss einen Versuch nicht wegen „überholender Kausalität“ sondern deshalb ablehnen, weil A im Ausführungsstadium gar nicht tätig geworden ist.¹⁹ Anders liegt es bei Anwendung der zutreffenden und auch vom BGH vertretenen Gesamtlösung, wonach alle Mittäter in das Versuchsstadium eintreten, wenn nur einer von ihnen zur Verwirklichung des Tatbestandes wie ein Einzeltäter unmittelbar ansetzt.²⁰ A

ner Teil, 35. Aufl. 2005, Rn. 528 f.; a.A. insb. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 198 ff.

¹⁵ BGH NJW 2005, 1288 I. Sp.

¹⁶ Unlängst hat auch der *Senat* in Bezug auf Vergeltungsmaßnahmen in Zweiten Weltkrieg die Mittäterschaft eines Angeklagten angenommen, der die Durchführung organisierte und beherrschte, aber keine Befehlsgewalt über die Erschießungskommandos hatte, vgl. BGHSt 49, 189 (193).

¹⁷ Zur Verantwortung für eine vollendete Tötung vgl. unten III.

¹⁸ So etwa *Roxin* (Fn. 14), § 29 Rn. 297 ff. sowie *Rudolphi*, in: *Rudolphi u.a.* (Fn. 10), 6. Aufl., 20. Lieferung, Stand: April 1993, § 22 Rn. 19a.

¹⁹ Diesem Standpunkt korrespondiert die Ablehnung eines mittäterschaftlichen Tatbeitrags im Vorbereitungsstadium, denn wer im Ausführungsstadium nicht tätig wird, der kann schwerlich selbst zur Tat ansetzen wie ein Einzeltäter.

²⁰ Statt aller BGHSt 11, 268 (271 f.); 40, 301 f.; *Küpper*, GA 1986, 437 (446 f.); *ders.*, ZStW 105 (1993), 295 (303); *Tröndle/Fischer* (Fn. 14), § 22 Rn. 21a; *Weber* (Fn. 14), § 29

hätte damit jedenfalls dann – ungeachtet des tatsächlichen weiteren Geschehens – eine mittäterschaftlich versuchte Tötung verwirklicht, wenn einer der vor dem Zaun im Gras liegenden Posten das Versuchsstadium erreicht hatte, noch bevor die Notwehrlage eintrat.

Insofern teilt der *Senat* folgende Feststellungen mit: „Der Zeuge Li [...] bemerkte als erster der `feindwärts` eingesetzten Posten G, der sich in gebückter Haltung bis auf etwa 5-10 Meter der Ecke des Metallgitterzaunes genähert hatte. Li griff daraufhin nach seiner abgelegten Maschinenpistole [...]“. „Erst wegen des dadurch entstehenden Geräusches erkannte G seine Lage und eröffnete das Feuer in Richtung des Li. Bei allem waren G und der Posten Li nur wenige Meter voneinander entfernt.“²¹ Als also der Posten nach seiner Maschinenpistole griff, war der weitere Verlauf des Geschehens noch offen und die Entwicklung einer Notwehrlage nur eine der möglichen Varianten. Sein Griff nach der Waffe könnte den Tatentschluss zur Tötung des sich der Festnahme entziehenden G in das Versuchsstadium gebracht haben, gleichgültig was danach tatsächlich geschehen ist.

Nach dem BGH liegt das unmittelbare Ansetzen vor, sobald ein Täter subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne wesentliche Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung übergeht.²² Problematisch ist dabei, welchen Einfluss es hat, dass nach der Befehlslage primär die Festnahme angestrebt war und nur notfalls geschossen werden sollte. Der darin liegende Vorbehalt berührt zwei zu trennende Prüfungspunkte.

(1) Verdichtung der Motivationslage zum Tatentschluss

Für ein unmittelbares Ansetzen ist nur Raum, wo der Tatentschluss vorliegt, denn sonst existiert keine „Vorstellung von der Tat“, die sich verwirklichen könnte.²³ Wer Bedenken oder Vorbehalte mit sich trägt, dem könnte dieser Entschluss zur Tat noch fehlen. Es geht deshalb zunächst darum, Kriterien für den Willen zur Tat zu finden, und das ist nicht allein ein Problem des Versuchs. Die Frage stellt sich ebenso im Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe hinsichtlich des *omnimo do facturus*, beim vollendeten Delikt im Rahmen von

Rn. 104; *Wessels/Beulke* (Fn. 14), Rn. 611; zum ganzen *Küpper*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978.

²¹ BGH NJW 2005, 1288 r. Sp.

²² Vgl. nur BGH NStZ 1999, 395 (396); NStZ 1997, 83; BGHSt 26, 201 (202 ff.); 28, 162 (163).

²³ Weil es hier für A innerhalb von § 22 StGB auf den Versuch des Li ankommt, muss inzident der vollständige Versuchstatbestand in Bezug auf Li erörtert werden, wozu auch dessen Tatentschluss gehört. Ob allerdings in jedem Fall eine – von A erkannte – vollständige Versuchsstrafbarkeit des handelnden Li erforderlich ist oder aber schon die Vorstellungswelt des A genügt, ist ein Detailproblem, auf das es sogleich im Rahmen der „vermeintlichen“ Mittäterschaft ankommen soll.

§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB²⁴ sowie bei § 30 Abs. 2 StGB anhand der Ernsthaftigkeit des Bereiterklärens²⁵.

Hier kommt das von *Roxin* erkannte und zu Recht verfochtene psychologische Wesen des Tatentschlusses zum Tragen. Der Wille zur Tat kann in verschiedenen Abstufungen gefestigt sein, und das Strafrecht muss sich festlegen, ab wann ein Entschluss eine beachtliche Verdichtung erreicht hat. Das Spektrum reicht dabei von bloßer Tatgeneigtheit bis hin zur unerschütterlichen, felsenfesten Entschlossenheit, und die Lösung liegt dazwischen. Einen Anhaltspunkt gibt die Existenz von § 24 StGB. Wenn nur die zum Extrem gesteigerte Entschlossenheit für den Tatentschluss genügen würde, bliebe vom Rücktritt de facto nichts übrig.²⁶ Zudem wäre es wenig sinnvoll, eine Vollendungsstrafbarkeit mit § 16 Abs. 1 S. 1 StGB mangels Tatentschlossenheit abzulehnen, nur weil sich der Betroffene bei Vornahme der den objektiven Tatbestand zurechenbar verwirklichenden Handlung mit dem Gedanken an die Umkehr der geschaffenen Gefahr trug. Deshalb ist mit *Roxin* der Tatentschluss schon dann gegeben, wenn die zur Tat hindrängenden Motive beim Täter ein deutliches Übergewicht über die etwa noch bestehenden Bedenken erlangt haben.²⁷ Wer sich also hin- und hergerissen fühlt und schwankt, ob er die Tat begehen soll, ist noch unentschlossen und kann durch einen Außenstehenden, der den Tatbegehungstendenzen in der Psyche des Täters das Übergewicht verschafft, angestiftet werden. Wer indes an sich zur Tatausführung entschlossen ist, aber noch einzelne Bedenken hat, ist nicht mehr anzustiften, und das Ausreden der Bedenken ist psychische Beihilfe.²⁸ Diese Differenzierung setzt sich bei § 22 StGB fort. Ist der Täter in einem Maße unentschlossen, dass noch eine Anstiftung möglich wäre, fehlt es bei Vornahme der betrachteten Handlung am Tatentschluss und § 22 StGB scheidet aus. Hat dagegen der Wille zur Tatausführung das Übergewicht erlangt, besteht ein Tatentschluss. Wenn eine Anstiftung wegen vorhandenen Tatentschlusses aus-

²⁴ Zu beidem sogleich.

²⁵ Vgl. dazu *Hillenkamp*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 10), § 22 Rn. 40 unter Bezug auf BGHSt 12, 306 (309); zur Beziehung der Verbrechensverabredung zum Tatentschluss *Küpper*, ZStW 105 (1993), 295 (303).

²⁶ *Roxin*, in Stree (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Horst Schröder, 1978, S. 145 (157 f.).

²⁷ *Roxin* (Fn. 26), S. 145 (159 ff.); *ders.*, JuS 1979, 1 (3); *ders.* (Fn. 14), § 29 Rn. 88; dem folgend *Eser*, in: Schöнке/Schröder (Fn. 10), § 22 Rn. 18; *Günther*, JZ 1987, 16 (22); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2005, § 15 Rn. 36; *Rudolphi* (Fn. 18), § 22 Rn. 5; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, § 22 Rn. 15; krit. indessen *Herzberg*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 1, § 22 Rn. 96 ff.; *Puppe*, GA 1984, 101 (117 f.) mit Fn. 56 sowie *Hillenkamp* (Fn. 25), § 22 Rn. 43 der die zu *Roxin* zitierte Stelle wohl missdeutet.

²⁸ *Roxin* (Fn. 14), § 26 Rn. 67 f. sowie *Cramer/Heine* (Fn. 10), § 26 Rn. 7; *Tröndle/Fischer* (Fn. 14), § 26 Rn. 3; krit. indes *Hoyer* (Fn. 10), 7. Aufl., 34. Lieferung, Stand: Oktober 2000, § 26 Rn. 8 f.

scheiden würde, obwohl der Täter noch Bedenken gegen die Tat hat, muss ein solcher Tatentschluss auch bei § 22 StGB schon Beachtung finden.²⁹

Vorliegend besteht die Besonderheit darin, dass Li sein weiteres Verhalten an die sich ihm darbietenden weiteren objektiven Umstände knüpfte. Für solche Fälle gilt es, die bloße Tatgeneigtheit von dem sog. Entschluss auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage und dem sog. Entschluss unter Rücktrittsvorbehalt zu unterscheiden.³⁰ Bei einer Tatgeneigtheit steht die Entscheidung darüber noch aus, was bei Eintritt gewisser objektiver Umstände geschehen soll, weshalb der Tatentschluss noch fehlt und abzuwarten bleibt.³¹ Mag man für die anderen beiden Fälle auch die Unterscheidbarkeit voneinander in Zweifel ziehen,³² so ist ihnen doch eines gemeinsam: hier ist der Entschluss gefasst und unsicher ist nur die Ausführung.³³

Somit kommt es allein darauf an, ob sich Li entschieden hatte, bei Eintritt von Umständen, die befehlsgemäß tödliche Schüsse erforderten, eben diese Schüsse abzufeuern. In Bezug auf seine Reaktion bei einem solchen Geschehen müssten die zur Tat hindrängenden Motive bei Li ein deutliches Übergewicht über die etwa noch bestehenden Bedenken erlangt haben. Davon aber wird man ausgehen dürfen. Li war nicht nur Mitglied der besonderen Einsatzkompanie sondern wurde zudem von A als einer der „am besten geeigneten [...] Kämpfer“ überhaupt erst für den Einsatz ausgewählt und muss wegen seiner Postierung „feindwärts“ des Zauns als ganz besonders zuverlässig erachtet worden sein. Ernstliche Zweifel an seinem Willen zu der befehlsgemäß als Alternative zur Festnahme vorzunehmenden Tötung bestehen daher nicht. Somit hatte Li beim Griff nach der Waffe den Tatentschluss zur Tötung des G.

(2) Grundlage der Beurteilung des unmittelbaren Ansetzens

Gedanklich muss die Feststellung des Tatentschlusses vom unmittelbaren Ansetzen getrennt werden. Problematisch ist damit, ob für die Subsumtion des unmittelbaren Ansetzens noch Umstände mit herangezogen werden dürfen, die bereits beim Tatentschluss eine Rolle gespielt haben.

Am ehesten wäre § 22 StGB verwirklicht, wenn es nur auf die Täterhandlung unter Zugrundelegung der für die Tatverwirklichung günstigsten Bedingung ankäme.³⁴ Für Li wäre dann nur noch relevant, wie nahe es im Anschluss an den Griff nach der Waffe bei entsprechender Entwicklung des

²⁹ Diese Parallele zur Teilnahme betont auch *Roxin* (Fn. 26), S. 145 (160 ff.); *ders.* (Fn. 14), § 29 Rn. 87 in Fn. 104.

³⁰ Grundlegend dazu *Schmid*, ZStW 74 (1962), 48 ff.

³¹ *Hillenkamp* (Fn. 25), § 22 Rn. 41 ff.; *Jäger*, NStZ 2000, 415 (416); *Kühl* (Fn. 27), § 15 Rn. 33; *Roxin* (Fn. 14), § 29 Rn. 82 f.

³² Vgl. *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 25/34 sowie grundlegend anders *Herzberg* (Fn. 27), § 22 Rn. 96 ff.; *Puppe*, GA 1984, 101 (116 ff.).

³³ *Hillenkamp* (Fn. 25), § 22 Rn. 44 ff. (51); *Jäger*, NStZ 2000, 415 (416); *Kühl* (Fn. 27), § 15 Rn. 31 f.; *Roxin* (Fn. 26), S. 145 (161 ff.); *ders.* (Fn. 14), § 29 Rn. 84 ff.

³⁴ Vgl. zur Formulierung *Jäger*, NStZ 2000, 415 (416).

Sachverhalts zur Tötung gekommen wäre. Derart isoliert betrachtet bestünden gegen § 22 StGB keine Bedenken. Der Griff nach der Maschinenpistole, ein Festnahmeversuch und der befehlsgemäße Einsatz der Waffe hätten nach der sich dem Posten Li darstellenden Situation zeitlich und räumlich kaum enger beieinander liegen können. Auch war in diesem Moment aus Sicht des Li für den bewaffneten G die Gefahr, wegen einer missglückenden Festnahme erschossen zu werden, erheblich verdichtet. Die Frage ist aber, ob der Blickwinkel des § 22 StGB wirklich derart begrenzt werden darf oder nicht vielmehr auch dem Grad der vorgestellten Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintritts Bedeutung beigemessen werden kann. Es ist zu differenzieren.

Ginge es nur um Vorbehalte, welche der Frage nach der Willensverdichtung zum Tatentschluss angehören, dürften diese bei der Umsetzung des Tatentschlusses nicht berücksichtigt werden. Solche Vorbehalte betreffen nur das Ob des Tatentschlusses und nicht dessen Umsetzung. Der Täter verwirklicht das unmittelbare Ansetzen „nach seiner Vorstellung von der Tat“. Dazu ist – wie der *Große Senat* für Strafsachen aus Anlass des § 24 StGB und außertatbestandlichen Zielen zu Recht ausgesprochen hat – nur der isoliert betrachtete Tatentschluss relevant. Tat im Sinne der Versuchsdogmatik ist die Tat im sachlich-rechtlichen Sinn, also die in den gesetzlichen Straftatbeständen umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg. Hierauf bezieht sich der strafwürdige Vorsatz des Versuchstäters, der nur um ebenfalls gesetzlich vorgesehene weitere subjektive Merkmale ergänzt sein kann. Auf weitergehende, außertatbestandsmäßige Beweggründe, Absichten oder Ziele stellen weder der die Strafbarkeit begründende § 22 StGB noch der spiegelbildlich den Rücktritt ermöglichende § 24 StGB ab.³⁵ Weil also § 22 StGB nur am Inhalt des Tatentschlusses ausgerichtet ist, bleiben neben dem Tatentschluss liegende Bedenken außerhalb der Betrachtung. Diesen Bedenken und Zweifeln des Täters kommt eine andere Bedeutung zu. Sollten sie sich durchsetzen, entfällt der Tatentschluss, und das hat nach dem jeweiligen Zeitpunkt unterschiedliche Wirkungen. Geschieht es noch vor dem unmittelbaren Ansetzen, entsteht eine Versuchsstrafbarkeit gar nicht erst. Geschieht es später, hängt die Strafbarkeit von § 24 StGB ab, soweit die Vollendung des Delikts ausbleibt. Als Kriterium des unmittelbaren Ansetzens aber sind verbliebene Bedenken des Täters ein Fremdkörper. Insofern ist die Feststellung des Tatentschlusses vom unmittelbaren Ansetzen streng zu trennen.

Problematisch ist aber die bislang kaum behandelte Frage, ob für Konstellationen der vorliegenden Art ebenfalls eine entsprechende Unbeachtlichkeit gilt. *Jäger* tritt auch hierzu für eine strenge Trennung ein und will deshalb nur den für die Tatverwirklichung günstigsten Verlauf zugrunde legen.³⁶ Dagegen bestehen Bedenken. Obwohl eine strikte Trennung

an sich richtig ist,³⁷ können doch Umstände vorliegen, die zunächst bei dem Tatentschluss zu erörtern sind und sodann bei § 22 StGB erneut Probleme aufwerfen. Allein daraus, dass ein Umstand auf zwei Fragen Einfluss hat, geht noch nicht hervor, dass diese zwei Fragen miteinander vermengt werden. Das gilt es hier zu berücksichtigen.

Für Li hing die befehlsgemäße Tötung nicht von dem Einfluss verbliebener Zweifel ab, sondern die Umsetzung des Entschlusses war durch objektive Umstände bedingt. Damit aber wird die Vorstellung des Täters von der Tat durch den Grad der Möglichkeit des Eintritts der zur Tatausführung nötigen Bedingungen beeinflusst. Hätte der zur befehlsgemäßen Tötung entschlossene Li es als fern liegend erachtet, dass tatsächlich eine Situation eintritt, die ihm die tödlichen Schüsse abverlangt, würde er mit dem Griff nach der Waffe schwerlich nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Verwirklichung einer solchen Tötung angesetzt haben. Dagegen wäre § 22 StGB gegeben, wenn er beim Ergreifen der Waffe ernsthaft nur damit rechnete, auf den G auch tatsächlich schießen zu müssen. Dann hätte nach seiner Vorstellung die Verwirklichung der Tötung unmittelbar bevorgestanden. Wo genau zwischen diesen beiden Extremfällen die Grenze verläuft, ist schwierig. Mit Blick auf die Bestimmung der zum Tatentschluss verdichteten Motivationslage wird aber auch hier anhand der überwiegenden Willensmerkmale entschieden werden dürfen. Hat also die Möglichkeit des Eintritts der objektiven Bedingung in der Vorstellung des Täters das Übergewicht, hindert diese Bedingung das unmittelbare Ansetzen zur Tat nicht. Wenn der Täter dagegen eher an das Ausbleiben der Tatbedingungen glaubte, hat er noch nicht unmittelbar zur Verwirklichung angesetzt, weil der Eintritt dieser Bedingung ein wesentlicher Zwischenakt ist. Damit werden die Betrachtungen der bisherigen Diskussion um einen weiteren Gesichtspunkt ergänzt.³⁸

Diese Differenzierung ist auf den vorliegenden Sachverhalt anzuwenden. Für ein unmittelbares Ansetzen spricht es, dass G – bis zum „Freikauf“ durch die Bundesregierung – neun Jahre und zehn Monate von einer Verurteilung zu lebenslangem Zuchthaus in der DDR verbüßt hatte, und von erlittenen unmenschlichen Haftbedingungen geprägt gewesen ist. Die vorherige Demontage von zwei Splittermi- niten und die bewirkte Bloßstellung der DDR in der Weltöffentlichkeit ließen zusammen mit der Vorstrafe erneut eine bedeutende Haftstrafe erwarten. Mehr Anlass zur Entziehung vor einer Festnahme hätte für G kaum bestehen können. Dieser Hintergrund wird dem Li in Grundzügen ebenso bekannt gewesen

³⁵ BGHSt 39, 221 (230).

³⁶ Nachdrücklich *Jäger*, NSStZ 2000, 415 (416); auf Grundlage seiner Sphärentheorie ebenfalls *Roxin* (Fn. 14), § 29 Rn. 154, 161; *ders.*, JuS 1979, 1 (6); vgl. zumindest im Ergebnis ebenso BGHSt 22, 80 (82); BGH bei *Dallinger*, MDR 1958, 12.

³⁷ Vgl. nur *Hillenkamp* (Fn. 25), § 22 Rn. 50; indes unter Verstoß dagegen BGH NSStZ 1999, 395 (396); demgegenüber nachdrücklich gegen die Unterscheidung des § 22 StGB vom Tatentschluss *Herzberg* (Fn. 27), § 22 Rn. 103 ff.

³⁸ Vor diesem Hintergrund lösen sich wohl auch die Widersprüche der von *Jäger* besprochenen Entscheidung des BGH auf, wenn die hier entwickelte Differenzierung als unausgesprochenes Indiz den Ausschlag für das Ergebnis der Beratung gegeben hat; vgl. dazu BGH NSStZ 1999, 395 (396) m. Anm. *Jäger*, NSStZ 2000, 415 (416) sowie gegen diesen *Herzberg* (Fn. 27), § 22 Rn. 103.

sein wie die Bewaffnung des G und seiner Begleiter. Wie aber nach den damaligen Gesamtumständen eine reibungslose Festnahme des ersichtlich sehr risikobereiten G überhaupt hätte möglich gewesen sein sollen, ist nicht deutlich. Li kann deshalb bei dem Griff nach seiner Waffe kaum ernsthaft mit etwas anderem als der nunmehr notwendigen Tötung des G gerechnet haben,³⁹ und setzte somit zur versuchten Tötung gem. § 22 StGB unmittelbar an.

(3) Ergebnis

Da schwerlich anzunehmen ist, dass die Vorstellung des A vom Ablauf des Geschehens hinter der des Li zurückgeblieben ist, hat Li mit seinem Griff nach der Waffe die Tötung des G für seinen Mittäter A in das Versuchsstadium gebracht.⁴⁰

bb) Einfluss der sog. vermeintlichen Mittäterschaft

Hinzu kommt ein weiteres. Selbst wenn Li nach seiner Vorstellung von der Tat beim Griff nach der Waffe nicht unmittelbar angesetzt haben sollte, könnte das möglicherweise für die strafrechtliche Würdigung des A im Ergebnis ohne Bedeutung sein. Unabhängig von dem Vorstellungsbild des Handelnden mag es genügen, dass A sicher davon ausging, der jeweilige Posten würde mit der bei Erscheinen des G angeschlagenen Waffe zur Ausführung des Befehls auch mit Tötungswillen schießen müssen und dass die anderweitige Festnahme nur eine unwahrscheinliche Variante ist.

Wäre zumindest für A eine solche Vorstellung vom Geschehen bedacht worden, hätte das zwischen den *Senaten* unterschiedlich behandelte Problem der vermeintlichen Mittäterschaft zur Entscheidung gestanden. Es geht dabei um die Konstellation, dass der Handelnde ohne Tatentschluss einen objektiven Akt vornimmt, der sich aus der Sicht eines anderen als unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung eines angenommenen gemeinschaftlichen Tatentschlusses darstellt. Und genau so läge es hier, wenn nur A von einem unweigerlichen Schuss mit Tötungsvorsatz ausging, nicht aber Li oder wenn sich Li wider Erwarten noch nicht zu den gegebenenfalls geforderten Schüssen entschlossen gehabt hätte. Nach der Vorstellung des A würde Li die Tat mit dem ihm zugeordneten Anschlag der Waffe zum Versuch gebracht haben,

³⁹ Deshalb darf wohl zudem gefragt werden, ob sich die Beteiligten wirklich der Vorstellung einer Eröffnung des Feuers durch G haben verschließen können oder nicht vielmehr auch diese Variante notwendig billigend in Kauf genommen haben müssen. Im Ergebnis würde sich damit allerdings nur soviel ändern, dass bei einem wesentlichen Unterschied zwischen gerechtfertigter und rechtswidriger Tötung die Problematik des *dolus alternativus* zu berücksichtigen wäre; vgl. unten III. 3. e).

⁴⁰ Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass Li befehlswidrig die Waffe neben sich abgelegt hatte, denn ob ein am Boden versteckter Posten die neben sich liegende oder die vor sich im Gras abgeseckte Waffe in Anschlag bringt, macht keinen Unterschied und ist allenfalls eine unwesentliche Abweichung von der Vorstellung des A.

ohne dass auch tatsächlich bei Li eine versuchte Tötung gegeben wäre.

Unter Umgehung einer Entscheidung durch den *Großen Senat* für Strafsachen⁴¹ hat der 4. *Senat* entschieden, die Ausführungshandlung eines vermeintlichen Mittäters sei jedenfalls dann zurechenbar, wenn sie nach der Vorstellung des Täters zur Tatbestandserfüllung führen soll und nach natürlicher Auffassung auch zur Tatbestandserfüllung führen könnte. Diese Rechtsprechung geht davon aus, dass der vermeintliche Mittäter jedenfalls die ihm nach dem Tatplan zugeordnete Handlung tatsächlich ausführt.⁴² Dagegen spricht aber, dass § 22 StGB neben der Vorstellung des Täters vor allem einen Akt verlangt, mit dem gerade er ansetzt. Nimmt er selbst nichts dergleichen vor, bedarf er einer Norm, die ihm fremdes Handeln zurechnet. Dazu kommt § 25 Abs. 2 StGB in Betracht, doch dessen Voraussetzungen liegen nicht vor. Es geht also darum, inwiefern § 22 StGB die Zurechnungskraft des § 25 Abs. 2 StGB erweitern kann. Der Unterschied zum untauglichen Versuch besteht darin, dass hier nicht nur der Erfolg zwingend ausbleibt, sondern neben dem reinen Tatentschluss schon keine (zurechenbare) Handlung des Täters vorhanden ist. Der alleinige böse Wille aber ist straflos. Zu Recht lehnt deshalb der überwiegende Teil des Schrifttums eine derartige Ausweitung ab⁴³ und innerhalb des BGH ist die Entscheidung noch offen⁴⁴. Eine weitere Sachverhaltsaufklärung hätte zur Klärung dieser Frage durch den *Großen Senat* für Strafsachen Anlass geben können.

c) Ergebnis

Der *Senat* hat sich offenbar nicht für eine in Mittäterschaft versuchte Tötung interessiert, obwohl deren Voraussetzungen immerhin für das StGB vorliegen.

3. Versuchte mittelbare Täterschaft

Die Anklage warf dem A vor, er habe in der Zeit vom 26. bis 30.4.1976 gemeinschaftlich und durch andere handelnd die Tötung des G organisiert und herbeigeführt. Im Ausgangspunkt des Urteils geht es also um die Frage nach einer mittäterschaftlichen mittelbaren Täterschaft. Dass mehrere mittelbare Täter gemeinschaftlich zusammenwirken, ist tatsächlich denkbar und wirft auch mit Blick auf § 25 StGB keine Bedenken auf. § 25 Abs. 2 StGB bezieht sich auf die Begehung

⁴¹ Vgl. die berechtigte Kritik von *Küpper/Mosbacher*, JuS 1995, 488 (492).

⁴² BGHSt 40, 299 (302) sowie BGH NStZ 2004, 110 (111); ferner *Herzberg* (Fn. 27), § 22 Rn. 151 f.; *Tröndle/Fischer* (Fn. 14), § 22 Rn. 22, 23a; *Weber* (Fn. 14), § 29 Rn. 104.

⁴³ Statt aller *Eser* (Fn. 27), § 22 Rn. 55a; *Hillenkamp* (Fn. 25), § 22 Rn. 175 f.; *ders.*, in: Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 689 (708 ff.); *Hoyer* (Fn. 10), 7. Aufl., 32. Lieferung, Stand: März 2000, § 25 Rn. 148; *Küpper/Mosbacher*, JuS 1995, 488 (491 f.); *Kühl* (Fn. 27), § 20 Rn. 123, 123a; *Wessels/Beulke* (Fn. 14), Rn. 612; vgl. auch *Roxin* (Fn. 14), § 29 Rn. 310 ff.

⁴⁴ BGHR StGB § 22 Ansetzen 3; BGHSt 39, 236 (238).

einer Straftat, ohne sich auf eine der Begehungsarten nach § 25 Abs. 1 StGB zu begrenzen.⁴⁵ Problematisch ist vielmehr, ob für A eine mittelbare Täterschaft überhaupt in Betracht kommt und welche Konsequenzen daraus für die Beurteilung des Falles entstünden.

a) Fragen zum Täter hinter dem Täter

Roxin entwickelte die Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate als eigenständige Gruppe der mittelbaren Täterschaft, um jene zu bestrafen, die bei der Ausführung selbst nicht Hand anlegen, aber über einen Machtapparat gebieten, der die Ausführung von Befehlen gewährleistet.⁴⁶ Die Strafbarkeit eines Täters hinter dem (verantwortlichen) Täter hat der Senat anlässlich des Schießbefehls an der Berliner Mauer anerkannt.⁴⁷

Für den vorliegenden Fall eröffnen sich gemessen am Ausgangspunkt der Rechtsfigur zwei Fragen. Einerseits stand A im unteren Bereich der Befehlskette. Nicht die Entscheidung über das Ob der befehlsgemäßen Schüsse lag in seiner Hand, sondern er wirkte an den Planungen zur Umsetzung des Befehls mit. Deshalb ist problematisch, ob A noch in einem Maße auf den Machtapparat des MfS Einfluss hatte, dass die Schwelle zur mittelbaren Täterschaft erreicht ist.⁴⁸

Andererseits ist zweifelhaft, ob eine solche mittelbare Täterschaft auch dort greifen kann, wo Mittäterschaft mit dem volldeliktisch Handelnden gegeben ist. Anlass der entwickelten Willensherrschaft kraft organisatorischen Machtapparats war es ja nach Roxin, jene zu erfassen, die nicht selbst Hand anlegen. Roxin tritt zugleich dafür ein, Mittäterschaft nur dort anzuerkennen, wo ein Mitwirkungsakt in der Ausführungsphase vorliegt.⁴⁹ Wer also wie A nur in der Vorbereitung tätig wird, kann mit Roxin ausschließlich mittelbarer Täter oder Anstifter sein, so dass sich insofern § 25 Abs. 2 StGB und § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB im Anwendungsbereich nicht überschneiden. Damit ist die fehlende Mittäterschaft zumindest der Ausgangspunkt der Figur des Täters hinter dem Täter. Die Rechtsprechung indes erkennt grundsätzlich auch vorgelegte Beiträge als für eine Mittäterschaft ausreichend an⁵⁰ und müsste sich deshalb neben der Willensherrschaft auch mit einer Kollision von Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft auseinandersetzen.⁵¹

⁴⁵ Dazu Gropp, JuS 1996, 13 (16 r. Sp.); Hoyer (Fn. 43), § 25 Rn. 1; Roxin, JZ 1995, 49 (52).

⁴⁶ Roxin (Fn. 14), § 25 Rn. 105.

⁴⁷ BGHSt 40, 218 (236 f.) m. Anm. Roxin, JZ 1995, 49 ff.

⁴⁸ In BGHSt 42, 65 (67 f.) für den Kommandeur eines Grenzregiments offen gelassen.

⁴⁹ Roxin (Fn. 14), § 25 Rn. 198 ff.

⁵⁰ Dazu oben II. 2 a).

⁵¹ Zur vollständigen Klärung dieser Frage müssten allerdings auch Überschneidungen bei nicht volldeliktischen Tatwerkzeugen mit einbezogen werden. So hält immerhin Roxin ([Fn. 14], § 25 Rn. 237) bei schuldlosem Werkzeug und Beteiligung im Ausführungsstadium neben Mittäterschaft „gleichzeitig“ eine mittelbare Täterschaft für möglich; indessen mit beachtlichen Gründen für eine Exklusivität Cramer/Heine

Wie sich der Senat bei näherer Prüfung zu einer solchen mittelbaren Täterschaft würde entschieden haben, ist schwer abzuschätzen. Immerhin hat aber der Täter hinter dem Täter seit seiner Anerkennung eine Ausweitung durchlebt.⁵² Wo die Grenzen dieser Entwicklung verlaufen, wird die Rechtsprechung klären müssen, und dazu hätte der vorliegende Fall beitragen können.

b) Versuchsstadium

Angenommen es läge bei A ein Tatentschluss zur mittelbaren Täterschaft vor, dann käme unter Anerkennung der „überholenden Kausalität“ nur ein Versuch in Betracht. Der praktische Unterschied zur Mittäterschaft liegt dann allerdings in einem anders zu beurteilenden Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens.

Die Bandbreite der Auffassungen zu dem Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft reicht vom Beginn der Einwirkung auf den Tatmittler bis hin zum unmittelbaren Ansetzen des Tatmittlers nach den Grundsätzen des Einzeltäters.⁵³ Der BGH vertritt einen vermittelnden Standpunkt. Danach ist ein unmittelbares Ansetzen jedenfalls dann gegeben, wenn der Tatmittler in der Vorstellung entlassen wird, er werde die tatbestandsmäßige Handlung nunmehr in engem Zusammenhang mit dem Abschluss der Einwirkung vornehmen, ohne dass die Einwirkung auf den Tatmittler erst nach längerer Zeit wirken soll oder wenn ungewiss bleibt, ob und wann sie einmal Wirkung entfaltet. Entscheidend sei daher, ob nach dem Tatplan die Einzelhandlungen des Täters in ihrer Gesamtheit schon einen derartigen Angriff auf das geschützte Rechtsgut enthalten, dass es bereits gefährdet ist und der Schaden sich unmittelbar anschließen kann oder ob die Begründung einer solchen Gefahr dem noch ungewissen Handeln des Tatmittlers überlassen bleibt.⁵⁴ Unter diesen Voraussetzungen dürfte A das Versuchsstadium bereits vor dem Erscheinen des G erreicht haben. Obwohl die tatsächlichen Feststellungen nicht mitteilen, wann A die vor dem Zaun eingesetzten Posten aus seinem Einwirkungsbereich entließ, darf davon ausgegangen werden, dass dies erst am Tatabend geschah. Die Annahme, er habe sich ausgerechnet bei der erwarteten Ankunft des G nicht bei seiner Einsatzkompanie aufgehalten, scheint angesichts der Bedeutung des Einsatzes für das MfS eher fern liegend. Indem aber A die Posten am Tatabend vor den Zaun schickte, hatte er aus seiner Sicht alles Erforderliche zur Tötung des einer Festnahme widerstrebenden G getan. Problematisch ist allenfalls, wie die bestehende Ungewissheit über das tatsächliche Verhalten des G Einfluss auf die Frage nach einer unmittelbaren Gefahr nimmt. Insofern sind auch auf die mittelbare Täterschaft die oben für das unmittelbare Ansetzen des selbst die Tat ausführenden Li entwickelten Kriterien anzuwenden. Es kommt also

(Fn. 10), § 25 Rn. 62 a.E.; vgl. zum Verhältnis der Täterschaftsformen auch Küpper, GA 1998, 519 ff.

⁵² Zusammenfassend Tröndle/Fischer (Fn. 14), § 25 Rn. 8.

⁵³ Zum Überblick Hillenkamp (Fn. 25), § 22 Rn. 153 ff.; Küpper, GA 1986, 437 (447); Wessels/Beulke (Fn. 14), Rn. 613 ff.

⁵⁴ Zusammenfassend BGHSt 43, 177 (180).

auch für A neben dem Tatentschluss darauf an, ob er den Eintritt der Tatbedingungen eher für möglich hält als deren Ausbleiben.⁵⁵ Weil aber auch A für das wahrscheinliche Zusammentreffen ernsthaft mit einem tödlichen Schuss gerechnet haben muss, ist die Gefahr hinreichend verdichtet.

Auf Grundlage des StGB wäre eine mittelbare Täterschaft also noch vor dem für die Mittäterschaft relevanten Moment in das Versuchsstadium gelangt. Mithin lässt auch hier die angenommene „überholende Kausalität“ für A den Versuch der Tötung unberührt.

4. Auswirkungen auf die Entscheidung des Falles

Der *Senat* hat A von einem Mord i.S.d. § 112 Abs. 1 DDR-StGB freigesprochen. Dieses Urteil geht fehl, wenn eine Versuchsstrafbarkeit gegeben ist und die These „überholender Kausalität“ zutrifft. Gemessen an den Kriterien des StGB käme sowohl ein Versuch in Mittäterschaft als auch in mittelbarer Täterschaft in Betracht. Die Frage ist nur, ob diese Ergebnisse auf das DDR-StGB übertragbar sind.

Eine mittelbare Täterschaft scheidet aus, da § 22 Abs. 1 DDR-StGB einen Vordermann verlangt, „der für diese Tat nicht selbst verantwortlich ist“⁵⁶ und Art. 4 Abs. 2 DDR-StGB einer Analogie entgegensteht.⁵⁷ Relevant ist damit allein ein mittäterschaftlich versuchtes Delikt nach §§ 22 Abs. 2 Nr. 2, 21 Abs. 3 DDR-StGB i.V.m. § 112 Abs. 1, 3 DDR-StGB. Dazu müsste A den Entschluss gehabt haben, gemeinschaftlich mit anderen eine vorsätzliche Straftat auszuführen und es müsste der Täter mit der vorsätzlichen Ausführung der Straftat begonnen haben. Der Sache nach stellen sich somit für das DDR-StGB dieselben Fragen wie für das StGB und jedenfalls die Gesetzesformulierung steht einer Übertragung der Erwägungen zu §§ 212, 25 Abs. 2, 22 StGB nicht entgegen.

Das gesamte Spektrum der Fragen zur versuchten Tat hat sich der *Senat* in Verkenning der Reichweite des angenommenen Zurechnungshindernisses abgeschnitten. Wenn ein Ereignis eine „überholende Kausalität“ auslöst, darf nicht das Geschehen bis zu diesem Ereignis aus dem Blick geraten. Ein anderes Bild könnte sich jedoch ergeben, wenn gar kein Zurechnungshindernis vorliegt. Darum soll es nachfolgend gehen.

III. Verantwortung (nur) für die tatsächlichen Schüsse?

Lebenswirklichkeit und Tätervorstellung greifen kaum jemals exakt ineinander. Die Ausführung einer Tat ist der Natur der Sache nach einer gewissen Variationsbreite unterworfen, und Aufgabe der Strafrechtsdogmatik ist es, die Grenzen des einheitlichen und zurechenbaren Geschehens festzulegen. Dazu haben sich zwei Institute entwickelt, die gemeinhin getrennt voneinander betrachtet werden, aber dennoch zusammen gehören. Diese behandeln verschiedene Phasen der

Deliktsverwirklichung und erst beides gemeinsam lässt eine Entscheidung darüber zu, was der Handelnde zu verantworten hat.

Die Lehre von der objektiven Zurechnung fragt im Kern danach, ob die für eine Rechtsgutverletzung kausale Handlung eine Gefahr schuf, welche sich in dem konkreten Erfolg niedergeschlagen hat. Was damit im objektiven Tatbestand problematisiert wird, handelt die Rechtsprechung gemeinhin auf Vorsatzebene mit der Frage nach wesentlichen und unwesentlichen Abweichungen vom vorgestellten Kausalverlauf ab. So unterschiedlich aber der Prüfungsstandort ist, so sehr entsprechen sich die Prüfungsmaßstäbe.⁵⁸ Hier wie dort geht es darum, ob der Kausalverlauf völlig außerhalb dessen liegt, was nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung noch in Rechnung zu stellen ist.⁵⁹

Doch nicht jeder Akt, mit dem der Täter die Schwelle zu § 22 StGB überschreitet, bringt schon eine objektive Gefahr hervor, die sich in einem Erfolg verwirklichen könnte. Vielmehr liegt zwischen dem Moment, an den die objektive Zurechnung knüpft, und dem Versuchsbeginn eine eigenständige Phase der Deliktsverwirklichung. Dabei geht es darum, ob der zum unmittelbaren Ansetzen führende Einzelakt und die erst durch einen späteren Einzelakt geschaffene Gefahr eine einheitliche materiellrechtliche Tat bilden. Diese Fragestellung tritt wohl am deutlichsten anhand von § 24 StGB bei der Abgrenzung des fehlgeschlagenen vom einheitlichen Versuch hervor, doch dahinter steht eine Grundvorstellung, die ebenso das vollendete Delikt erfasst. Mögen auch bei der Diskussion um die Tatvollendung Fragen der objektiven Zurechnung dominieren, so ändert das nichts daran, dass immer auch die Phase zwischen unmittelbarem Ansetzen und der Schaffung der betrachteten Gefahr Beachtung beansprucht.

Beide Prüfungsschritte haben eine gemeinsame Konsequenz. Bilden der Versuchsbeginn und die nachfolgende kausale Gefahr keine Einheit oder hat sich die geschaffene Gefahr nicht im Erfolg konkretisiert, greifen die Regeln über den Versuch. Der Unterschied liegt nur darin, dass bei Scheitern der objektiven Zurechnung zugleich entschieden ist, dass eine Vollendungsstrafbarkeit wegen des gefahr begründenden Einzelakts ausscheidet. Die Ablehnung einer einheitlichen Tat hat dagegen zur Folge, dass es zwei Geschehen zu würdigen gilt, nämlich das zunächst versuchte Delikt und die nach-

⁵⁵ Oben II. 2. b) aa) (2).

⁵⁶ Dazu Ministerium d. Justiz (Fn. 9), S. 97.

⁵⁷ Das nimmt auch der *Senat* an; vgl. BGHSt 40, 218 (231) i.V.m. S. 229; 45, 270 (295 f.); doch anders offenbar BGHSt 42, 65 (69 f.).

⁵⁸ Das gilt um so mehr, als auch die Lehre von der objektiven Zurechnung im Falle eines positiven Ergebnisses ebenfalls noch auf Vorsatzebene über § 16 Abs. 1 S. 1 StGB hinwegkommen muss und dazu auf die unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf zurückgreifen muss, was wegen identischer Kriterien kaum zu einer abweichenden Beurteilung führen kann.

⁵⁹ Zum Ganzen statt aller BGHSt 3, 62 (63 f.); *Hilgendorf*, in: Heinrich (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag 18. September 2004, 2004, S. 33 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 14), Rn. 179, 196 i.V.m. Rn. 258 ff.; *Wolter*, ZStW 89 (1977), 649 ff. sowie mit grundlegender Kritik an der objektiven Zurechnung *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 83 ff. (99 f.).

folgende Schaffung einer Gefahr, was je nach Ausgang der objektiven Zurechnung zur Vollendungsstrafbarkeit oder zu einer zweiten Versuchsprüfung führen kann.

Vor diesem recht komplexen Hintergrund nimmt sich im Urteil der pauschale Verweis auf eine „überholende Kausalität“ sehr spärlich aus und die gezogenen Konsequenzen sind sogar widersprüchlich.

1. Folgen einer Zäsur

Ausgehend von den Schützen hätte die „überholende Kausalität“ nicht zu deren Straflosigkeit führen können. Wenn die Reaktion auf die als Notwehrlage behandelte Situation wirklich einen neuen Geschehensablauf in Gang gesetzt hat, dann muss diese Unterbrechung auch ernst genommen werden.

Als G das Feuer eröffnete, hatte Li noch keine objektive Gefahr geschaffen, die sich hätte verwirklichen können. Der Konstellation nach fällt die behauptete Zäsur also in die Phase zwischen unmittelbarem Ansetzen und Eingreifen der Regeln objektiver Zurechnung. Wenn aber Li die Tat bereits in das Versuchsstadium gebracht hatte,⁶⁰ bleibt dieser Versuch unberührt von dem jenseits der Zäsur liegenden Geschehen. Die eingetretene Versuchsstrafbarkeit hätte nur ein Rücktritt wieder beseitigen können, doch das schied wegen eines Fehlschlags aus. Die angenommene Unterbrechung würde es dem Li unmöglich gemacht haben, die versuchte Tat noch zu vollenden.

Selbst wer ein unmittelbares Ansetzen des Schützen vor der Notwehrlage ablehnt, darf sich einer Straflosigkeit nicht sicher sein und zwar wegen § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB und § 227 Abs. 1 DDR-StGB. Die versuchte Beteiligung ist erst dann gesperrt, wenn die anvisierte Tat in das Versuchsstadium gelangt. Gerade das wäre aber nach dieser Sichtweise nicht der Fall. Die in Reaktion auf das Feuer des G vollendete Tötung ist hiernach zwar eine Tat, doch wegen „überholender Kausalität“ eine andere als die, zu der sich die Schützen bei Befehlsempfang bereit erklärten. Ablehnen ließe sich § 30 Abs. 2 StGB nur, wenn der Wille der Posten bei Befehlsempfang und Bezug der Stellung noch nicht zum Tatentschluss verdichtet gewesen sein sollte, denn dann wäre das Bereiterklären noch nicht ernst gemeint gewesen, wie es als erforderlich angesehen wird.⁶¹

2. Besteht für die Schützen eine Zäsur?

Merkwürdigerweise ziehen das LG und der Senat diese Konsequenzen nicht, sondern beschränken sich für die Schützen auf die Feststellung einer wegen Notwehr gerechtfertigten Tötung, ohne auf die Strafbarkeit wegen eines davon zu unterscheidenden vorausgehenden Geschehens einzugehen. Das macht nur dann einen Sinn, wenn der Senat jedenfalls für die Schützen keine „überholende Kausalität“, sondern stillschweigend eine einheitliche materielle Tat angenommen hat.

Im Ergebnis würde eine solche Beurteilung des Verhaltens der Schützen zutreffen. Das beruht auf der – als groben Oberbegriff zu verstehenden – natürlichen Handlungseinheit

in der Spielart schrittweiser Verwirklichung eines einheitlichen Tatentschlusses. Zur Unterscheidung der damit betroffenen Fallkonstellationen ist von tatbestandlicher Handlungseinheit, fortlaufender Tatbestandsverwirklichung oder sukzessiver Ausführung die Rede, der Sache nach geht es aber immer um dasselbe Problem. Es gilt Kriterien zu finden, nach denen entschieden werden kann, ob der den § 22 StGB verwirklichende Einzelakt und die folgenden Akte zu derselben Tat gehören. Nach der Rechtsprechung kommt es darauf an, dass die einzelnen Betätigungsakte durch ein gemeinsames subjektives Element verbunden sind und zwischen ihnen ein derart unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, dass das gesamte Handeln des Täters objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint.⁶²

Dass zwischen dem Augenblick, da Li nach der Waffe griff, und den tödlichen Schüssen auf G ein unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, dürfte unzweifelhaft sein, denn enger hätte die Abfolge des Geschehens kaum sein können. Fraglich ist damit nur, ob der Griff nach der Waffe und die Schüsse auf einem gemeinsamen subjektiven Element beruhen. Dieses Element kann nur der im Augenblick des unmittelbaren Ansetzens näher konkretisierte und fortwirkende Tatentschluss sein. Es geht also darum, ob die weitere Tatausführung einen neuen Entschluss erforderte oder aber noch die Umsetzung und weitere Konkretisierung des ursprünglichen Tatentschlusses gewesen ist. Wonach allerdings die Identität des Gesamtgeschehens mit dem ursprünglichen Entschluss zu beurteilen ist, darf wohl als bislang ungeklärt angesehen werden.⁶³ Wenigstens im vorliegenden Fall wird aber berücksichtigt werden dürfen, dass die tatsächlich eingetretenen Umstände der Tötung ex

⁶² BGH NStZ 2005, 263 (264) sowie BGHSt 10, 230 (231); 40, 75 (78); 41, 368 (369); 43, 381 (386 f.); dem entspricht ungeachtet verschiedener Formulierungen auch das Schrifttum, ohne dass deutlichere Kriterien ersichtlich wären, vgl. nur v. Heintzel-Heinegg, in: Joecks/Miebach (Fn. 27), § 52 Rn. 54, 55; Jakobs (Fn. 32), 32/6 ff.; Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 66 III. 3.; Kühl (Fn. 27), § 21 Rn. 22 f., 25 f.; Rissing/van Saan, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Fn. 10), vor §§ 52 ff Rn. 33; Samson/Günther, in: Rudolphi u.a. (Fn. 10), 6. Aufl., 24. Lieferung, Stand: März 1995, vor § 52 Rn. 35, 54; Stree, in: Schönke/Schröder (Fn. 10), Vorbem. §§ 52 ff. Rn. 19; Wessels/Beulke (Fn. 14), Rn. 757, 763a.

⁶³ Eine ansatzweise Diskussion dieses Problems findet sich zwar bei § 24 StGB und der Frage nach dem Fehlschlag bisheriger Versuchshandlungen, wenn weitere Tatmodalitäten vom Tatplan abweichen. In Ergänzung zu der Gesamtbeachtungslösung haben sich aber bislang keine greifbaren Anhaltspunkte zur Abgrenzung der Tatentschlusskonkretisierung von der Umsetzung eines aliuds entwickelt; vgl. dazu einerseits Roxin (Fn. 14), § 30 Rn. 109 f. und Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, 15/78 sowie andererseits Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 320 ff.

⁶⁰ Dazu oben II. 2. b) aa).

⁶¹ Vgl. dazu oben Fn. 25.

ante sogar wahrscheinlich gewesen sind.⁶⁴ Deshalb dürfte es sich bei dem eingetretenen Geschehen gegenüber dem ursprünglichen Tatentschluss für Li kaum um ein aliud, sondern um eine Konkretisierung handeln. Dass auf Ebene der Rechtswidrigkeit eine unterschiedliche Bewertung erfolgt,⁶⁵ liegt außerhalb der auf den Tatbestand bezogenen Fragestellung.

Zu Recht nimmt deshalb das Urteil für die Schützen nur zu einer vollendeten Tötung Stellung, ohne daneben noch auf eine zweite versuchte Tötung oder § 30 StGB bzw. § 227 DDR-StGB einzugehen.

3. Folgen für A

Mithin hat für den Schützen Li der weitere Fortgang des Geschehens die bisherigen Akte fortgesetzt und zu einer einheitlichen Tötung konkretisiert, in der alle vorherigen Akte aufgehen. Jenseits der gerechtfertigten Tat verbleiben für die Schützen keine eigenständig strafbaren Elemente mehr. Problematisch ist nur, ob das auch für A als Hintermann des ganzen gilt.

Handelt es sich für den Vordermann (V) um ein einheitliches Geschehen, endet für den Hintermann (H) die Zurechnung erst bei einem Exzess des V. Weil aber die Schwelle zum Exzess von der jeweiligen Beziehung zwischen V und H abhängt, soll zwischen den denkbaren Beteiligungsformen unterschieden werden.

a) Mittelbare Täterschaft

Im Vergleich der beiden Täterschaftsformen in § 25 Abs. 2 und Abs. 1 Var. 2 StGB greift ein etwaiger Exzess des V genau genommen auf verschiedenen Ebenen ein. Bei dem mittelbaren Täter knüpft die objektive Zurechnung an seine eigene Handlung an. Es geht darum, ob seine Einwirkung auf den Tatmittler eine Gefahr geschaffen hat, die sich alsdann realisierte. Der Exzess des Vordermannes ist also nach den allgemeinen Maßstäben der objektiven Zurechnung bzw. der wesentlichen Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf zu beurteilen. Stellt man dabei den Umstand in Rechnung, dass sich der mittelbare Täter gerade des weiteren Einflusses auf das Tatgeschehen enthält und im Hintergrund bleibt, ist nach der maßgeblichen allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge eine größere Bandbreite des noch zurechenbaren Tatverlaufs eröffnet, als bei den Folgen der Handlung des unmittelbaren Einzeltäters.

Ein strenger Erst-recht-Schluss von der Subsumtion des V auf die des H ist damit allerdings nicht eröffnet, weil die jeweiligen Prüfungsstandorte verschieden sind. Anders als für H fällt bei V die Notwehrlage zeitlich zwischen das unmittelbare Ansetzen und die Vornahme der gefahr begründenden Handlung. Dass sich aber die mit den Schüssen geschaffene Todesgefahr für das Opfer realisierte, ist klar. Schwierig ist

stattdessen, ob diese Schüsse noch mit dem Griff nach der Waffe einen einheitlichen Vorgang bilden. Was also für H ein Problem der objektiven Zurechnung ist, stellt sich für V als eine Frage der natürlichen Handlungseinheit dar. Festhalten lässt sich aber immerhin, dass an die Schwelle zum Exzess strenge Anforderungen zu stellen sind. Und je eher für V eine Einheitlichkeit des Geschehens anzunehmen ist, desto schwerer wird eine Zurechnung für H ausgeschlossen werden können.

Konkret auf A und Li bezogen gilt das ganz besonders, weil A offenbar keine Kenntnisse oder Erwartungen hatte, die sich von denen der Posten unterschieden. Alle waren sich ex ante der Lage bewusst, und wenn die tatsächliche Entwicklung für die Posten im Rahmen der Bandbreite eines einheitlichen Geschehens lag, dann wird das auch für A gelten dürfen. Was für die Posten mit den Grundsätzen schrittweiser Tatausführung durch Anpassung des Tatentschlusses zu einer einheitlich vollendeten Tötung führt, geschieht für A im objektiven Tatbestand im Wege objektiver Zurechnung und korrespondierend auf Vorsatzebene durch die Einordnung als unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf. Es bleibt jedoch zu beachten, dass A nicht selbst während der Tatausführung seine Vorstellung von der Tat an die tatsächlichen Gegebenheiten anpassen und konkretisieren konnte. Das jedoch ist allein dem Umstand geschuldet, dass A sich im Hintergrund hielt und wird dadurch aufgewogen, dass der Eintritt der Notwehrlage auch ex ante besonders nahe lag, weil der risikobereite G jeden Grund hatte, sich einer Festnahme gewaltsam zu entziehen.⁶⁶ Mithin gilt eine Ablehnung der „überholender Kausalität“ für Li im Falle mittelbarer Täterschaft auch für A.

b) Mittäterschaft

Bei einer Mittäterschaft ist das Problem zwar etwas anders in die Prüfung eingeordnet, doch daraus ergeben sich zumindest im Ergebnis keine Unterschiede. Hier steht H bildlich gesprochen nicht hinter, sondern neben V. Dem Mittäter H werden über § 25 Abs. 2 StGB im Ausführungsstadium die Handlungen des V zugerechnet. Relevant ist daher, ob die für V durch natürliche Handlungseinheit verbundenen Einzelakte sämtlich dem H zugerechnet werden. Grundsätzlich haftet jeder Mittäter für das Handeln des anderen nur im Rahmen seines Vorsatzes, also soweit sein Wille reicht, und ein (vorsätzlicher) Exzess des anderen fällt ihm nicht zur Last. Es liegt jedoch nicht schon jede Abweichung von dem gemeinschaftlichen Tatplan außerhalb dieses Willens des Mittäters. Unwesentlich sind solche Abweichungen, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muss, und solche, bei denen die verabredete Tatausführung durch eine in ihrer Schwere und Gefährlichkeit gleichwertige ersetzt wird. Zudem ist der Beteiligte für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seiner Tatgenossen gleichgültig ist.⁶⁷ Solange sich

⁶⁴ Dazu oben II. 2. b) aa) (2) a.E. mit Fn. 39.

⁶⁵ Während dem *Senat* die tatsächlichen Schüsse als Notwehr gelten, soll es sich – unter Anwendung der *Radbruchschen* Formel – bei Schüssen auf einen flüchtenden G um eine rechtswidrige Tat handeln; BGH NJW 2005, 1289 r. Sp.

⁶⁶ Oben II. 2. b) aa) (2) a.E.

⁶⁷ BGH NStZ-RR 2005, 71 (72); NStZ 2005, 261 f.; NStZ 2002, 597 (598); GA 1985, 270 (271); NJW 1973, 377 sowie BGH NStZ-RR 2006, 37 (38); ferner *Cramer/Heine* (Fn. 10),

die Ausführung in diesem Rahmen hält, handelt es sich nicht um einen Exzess des Mittäters, sondern um die erforderliche Konkretisierungsleistung auf Grundlage des gemeinsamen Tatentschlusses.⁶⁸

Hinsichtlich der Wesentlichkeit einer Abweichung kann nicht unbeachtet bleiben, dass A und Li ex ante eine identische Vorstellung von dem folgenden Geschehen und der Tötung des G gehabt haben werden. Wenn dann aber für Li die tatsächliche Entwicklung eine Konkretisierung des Tötungsentschlusses gewesen ist, kann die Abweichung vom Tatplan auch für A kaum ins Gewicht fallen. Bei isolierter Betrachtung der Tatbestandsebene sind die tatsächliche Ausführung und das nach dem Tatplan gebilligte Geschehen gleichwertig. In beiden Fällen kommt G durch Schüsse der Posten zu Tode und beide Abläufe sind zeitlich als auch räumlich identisch. Dabei bestand ex ante sogar eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Eröffnung des Feuers durch G, ohne dass ernstlich angenommen werden dürfte, A würde für den Eintritt dieser Variante tödliche Schüsse abgelehnt haben. Andererseits lässt sich für A auch Gleichgültigkeit hinsichtlich der konkreten Handlungsweise seiner Tatgenossen annehmen. Er beschränkte seine Mitwirkung auf das Vorbereitungsstadium und überließ die eigentliche Tatausführung einschließlich der nötigen Reaktionen auf das jeweilige Geschehen den „feindwärts“ eingesetzten Posten. Damit legte er alle möglichen Varianten der Befehlsumsetzung in deren Hand und verhielt sich gleichgültig gegenüber der tatsächlich eintretenden Variante, mag er sich nun gerade diese positiv vorgestellt haben oder nicht. Daher liegt auch bei Mittäterschaft solange kein Zurechnungshindernis vor, als es nicht ebenfalls für die Schützen angenommen wird.

c) Anstiftung

Anstifter und Gehilfe stehen noch weiter abseits von der Rechtsgutverletzung als der mittelbare Täter und der nur im Vorfeld agierende Mittäter. Für die Teilnehmer ist die Schwelle zum Exzess des Täters schwerer zu erreichen, weil sich ihr Beitrag wegen des verminderten Einflusses auf die Tatausführung auf eine größere Variationsbreite bezieht.⁶⁹ Dem hätte sich der *Senat* stellen müssen, wenn er eine Täterschaft des A als ausgeschlossen erachtet. Lediglich der Umstand, dass die Schützen eine rechtmäßige Tötung begingen, eröffnet für A noch lange nicht § 30 Abs. 1 StGB. Wenn die rechtmäßige Tötung gerade auf dem von A geweckten Tatentschluss beruht, handelt es sich um die straflose Anstiftung zum gerechtfertigten Delikt. Und so liegt es hier, wenn für die Schützen ein einheitliches Tötungsdelikt anzunehmen ist, dann wird es sich auch für A im Ergebnis kaum um etwas anderes als eine vorhersehbare unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Verlauf handeln können.

§ 25 Rn. 94; *Kühl* (Fn. 27), § 20 Rn. 118; *Tröndle/Fischer* (Fn. 14), § 25 Rn. 20; *Wessels/Beulke* (Fn. 14), Rn. 531.

⁶⁸ BGH GA 1985, 270 (271); *Küper* (Fn. 20), S. 39 f.

⁶⁹ Vgl. nur BGH NStZ 1996, 434 (435); *Hillenkamp* (Fn. 25), § 26 Rn. 86 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 14), Rn. 575.

d) Wäre auch A wegen der vollendeten Tötung gerechtfertigt?

Die Zurechnung des tatsächlichen Geschehens könnte für A nur noch dann zur Strafbarkeit führen, wenn für ihn kein Rechtfertigungsgrund eingreift. Das aber lässt sich schwerlich annehmen. Der *Senat* hat sich darauf festgelegt, dass die Erwidern des Feuers durch die Schützen von Notwehr gedeckt ist.⁷⁰ Warum dann nicht auch A dem § 32 StGB – in der Variante Nothilfe – unterfallen sollte, ist nicht recht deutlich. Soweit der *Senat* auf seine Rechtsprechung zur Rechtswidrigkeit von Schüssen auf Flüchtlinge verweist, betrifft dass nur jene Tatvariante, die sich gerade nicht realisiert hat. Mithin besteht kein Grund, nicht auch eine Rechtfertigung des A anzunehmen.

e) Die Kehrseite der Zurechnung

Den damit entwickelten Grund einer Straflosigkeit des A gilt es sich deutlich vor Augen zu führen, und zwar einschließlich der Folgeprobleme.

aa) Bei vollendeter Tat

Wer die Tatausführung einem anderen überlässt und sich – in welcher Beteiligungsform auch immer – im Hintergrund hält, ist für eine gewisse Bandbreite von Abweichungen von dem Tatablauf verantwortlich, den er sich bei Vornahme des eigenen Beitrags vorstellte.⁷¹ Dabei ist die Variationsbreite umso weiter, je mehr er die Gestaltung der Tatverwirklichung dem anderen überlässt. Sinn dieser breit angelegten Verantwortlichkeit ist es, den Hintermann nicht gerade dadurch straflos zu stellen, dass er sich im Hintergrund hält und kaum jemals exakt die Einzelheiten vorhersehen kann. Diese Grundidee hat aber auch eine Kehrseite, die nicht außer Acht gelassen werden darf, will man nicht in Widerspruch zu den eigenen Prämissen geraten.

Im Grundfall kommen ex ante mehrere gleichwertige und vorhersehbare Varianten der Tatbestandsverwirklichung in Betracht, die alle strafbar sind und deren eine sich dann tatsächlich konkretisiert. Vordermann und Hintermann werden

⁷⁰ Aufgrund der schweren Bewaffnung der eingesetzten Kräfte hätte zumindest eine Begrenzung des Notwehrrechts wegen sog. „Abwehrprovokation“ angesprochen werden können, vgl. dazu *Küper*, JA 2001, 438 ff.

⁷¹ Soweit bei mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft die Vornahme des eigenen Mitwirkungsakts und das unmittelbare Ansetzen zur Tat auseinander fallen, scheint problematisch, welcher der beiden Momente für die Beurteilung der Vorstellung heranzuziehen ist. Damit hängt die Frage zusammen, ob § 24 Abs. 2 StGB greift oder schon die Mittäterschaft ausscheidet, wenn jemand seinen Tatbeitrag vorab erbringt, aber noch vor Eintritt des § 22 StGB seinen Tatentschluss wieder fallen lässt, vgl. dazu einerseits BGHSt 11, 268 (272); 28, 346 (347 f.); 37, 289 (293) und andererseits *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl. 2004, § 25 Rn. 10 sowie grundlegend zur Bedeutung des Tatentschlusses bei der Mittäterschaft *Küper*, ZStW 105 (1993), 295 ff.

dann nur nach der eingetretenen Tatvariante strafrechtlich beurteilt. Das muss aber ebenso gelten, wenn eine der tatbestandlich gleichwertigen Varianten den Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes genügt. Realisiert sich nun diese an sich gleichwertige aber gerechtfertigte Tatbestandsverwirklichung, sind die Beteiligten nur in Bezug auf diese Variante strafrechtlich zu beurteilen, weil auch sie in die Bandbreite des vorhersehbaren gleichwertigen Geschehens fällt. Deshalb kann die Zurechnung einer konkretisierten Tatbestandsverwirklichung für den Hintermann im Ergebnis zur Straflosigkeit führen.

Gleichwertig ist das tatsächliche Geschehen dann nicht, wenn entweder schon für den Vordermann zwei alternative Taten vorliegen oder aber zumindest für den Hintermann ein Exzess die Zurechnung hindert. Falls dagegen die konkretisierte Tatvariante für den Hintermann die einzig beachtliche ist, muss gefragt werden, ob auch er von dem Rechtfertigungsgrund des Vordermannes gedeckt ist.

bb) Wie liegt es bei einem auf gleichwertige Varianten gerichteten Vorsatz?

Bislang ging es immer nur darum, was gelten soll, wenn sich eine zuvor nicht konkret bedachte, gleichwertige Tatvariante verwirklicht. Das löst die Frage aus, wie es liegt, wenn auch der Wille ex ante bereits zwei oder eine Vielzahl gleichwertiger und sich gegenseitig ausschließender Varianten umfasst hat. Doch auch insofern wird nichts anderes gelten können. Gerade weil vorab kaum jemals exakt vorhersehbar ist, wie sich das Geschehen entwickeln wird, und weil der Vorsatz auf seiner kognitiven Seite nicht zwingend sicheres Wissen verlangt, sondern auch die Annahme der Möglichkeit genügen lässt, geht es nicht an, an jeden der erkannten gleichwertigen Abläufe eine gesonderte strafrechtliche Sanktion zu knüpfen. Die Verantwortlichkeit des Täters bemisst sich nach der tatsächlich eingetretenen Tatbestandsverwirklichung. Andere vorab gebilligte oder beabsichtigte Geschehensabläufe gehen darin auf, solange sie gleichwertige Ausführungsvarianten der Tat enthalten. Sobald eine der vorgestellten Varianten diesen Rahmen überschreitet, geht es nicht um einen, sondern um zwei Tatentschlüsse und damit um das Problem des *dolus alternativus*.⁷²

Soweit also im jeweiligen konkreten Fall auch rechtswidrige und gerechtfertigte Geschehensabläufe gleichwertig sind, beurteilt sich die Strafbarkeit auch dann nur nach der gerechtfertigten Variante, wenn diese sich verwirklicht; ohne dass es noch darauf ankäme, ob der Vorsatz auch eine rechtswidrige Variante abdeckte. Eine Versuchsstrafbarkeit scheidet insofern schon deshalb aus, weil die Tat vollendet ist.

cc) Zur Bestrafung des Versuchs

Damit ist aber noch nichts über den Fall gesagt, dass sich der Wille des Täters nicht in einer vollendeten Tat konkretisiert. Indem gerade unklar ist, welcher von mehreren Abläufen eintritt, muss sich auch die Prüfung auf die gesamte Band-

breite des Willens beziehen. Für die versuchte Tat kommt es im Tatentschluss darauf an festzustellen, ob alle vorgestellten Geschehensvarianten derselben Tat angehören oder aber ein *dolus alternativus* gegeben ist. Im Rahmen des § 22 StGB muss sodann hinterfragt werden, zu welcher der gleichwertigen Geschehensvarianten unmittelbar angesetzt wurde. Auf die damit für den Versuch der Tat maßgebende Bandbreite muss die Rechtfertigungsprüfung erstreckt werden. Ist auch nur eine Variante nicht gerechtfertigt, so liegt in Bezug auf diese Variante ein rechtswidriger Versuch der Tat vor. Mithin kann sich der Täter nicht dadurch von der Versuchsstrafbarkeit befreien, dass er vorbringt, er habe auch einen gerechtfertigten Geschehensablauf für möglich gehalten. Lösen kann er sich von diesem Versuch nur im Wege des Rücktritts.

All das kann aber nur erwägen, wer sich der Zurechenbarkeit einer gerechtfertigten Tatvariante bewusst ist.

4. Ergebnis

Wenn für die Schützen das Geschehen eine einheitliche und gerechtfertigte Tat ist, wovon mit dem *Senat* ausgegangen werden darf, dann ist auch bei A kein Raum für eine Strafbarkeit. Diesen Zusammenhang hat der *Senat* verkannt. Sofern die angestellten Überlegungen auf die Dogmatik des DDR-StGB übertragen werden können, wäre A von einer Beteiligung an § 112 DDR-StGB freizusprechen gewesen, ohne dass § 227 DDR-StGB überhaupt hätte erwähnt werden dürfen.

IV. Zum Umgang mit der Radbruchschen Formel

Nach dem vom *Senat* entwickelten Grundsatz ist die Staatspraxis der DDR, die die vorsätzliche Tötung von Flüchtlingen durch Schusswaffen, insbesondere auch durch Selbstschussanlagen und Minen zur Vermeidung einer Flucht aus der DDR in Kauf nahm, wegen offensichtlichen, unerträglichen Verstoßes gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte nicht geeignet, die Täter zu rechtfertigen.⁷³ Mit wenig Rücksicht auf die Besonderheiten des vorliegenden Falles bringt der *Senat* diese Formel auch hier zur Anwendung.⁷⁴

1. Regel und Ausnahme

Es geht um die Frage nach dem Vorrang der materiellen Gerechtigkeit gegenüber der Rechtssicherheit des positiven Rechts. Diese Konfliktlage war bereits bei der Beurteilung nationalsozialistischen Unrechts aufgetreten und hier wie dort ist Ausgangspunkt der Lösung die *Radbruchsche* Formel, wonach eine Unwirksamkeit positiven Rechts zwar möglich ist, aber auf extreme Ausnahmefälle beschränkt bleiben muss.⁷⁵ Auf die Schwelle zur Überwindung des positiven Rechts hat es keinen Einfluss, dass der BGH zur Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Tötung von Flüchtlingen an der

⁷³ Grundlegend BGHSt 39, 1 (14 ff.).

⁷⁴ BGH NJW 2005, 1289 r. Sp.

⁷⁵ *Radbruch*, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1946, 105 (107 f.) sowie zusammenfassend zur Anwendung durch die Rechtsprechung BVerfG JZ 1997, 142 (144 f.).

⁷² Dazu statt aller *Tröndle/Fischer* (Fn. 14), § 15 Rn. 11e; *Schmitz*, ZStW 112 (2000), 301 ff.

innerdeutschen Grenze die völkerrechtlich geschützten Menschenrechte heranzieht. Mit Billigung des BVerfG hat der BGH die Verknüpfung der *Radbruchschen* Formel und der völkerrechtlich geschützten Menschenrechte dahingehend umschrieben, dass zu den wegen ihrer Unbestimmbarkeit schwer zu handhabenden Kriterien der *Radbruchschen* Formel konkrete Prüfungsmaßstäbe hinzugekommen seien, weil die internationalen Menschenrechtspakte Anhaltspunkte dafür böten, wann der Staat nach der Überzeugung der weltweiten Rechtsgemeinschaft Menschenrechte verletzt.⁷⁶ An der nur höchst ausnahmsweisen Unbeachtlichkeit positiven Rechts hat sich also nichts geändert. Das erkennt auch der *Senat* an, indem nach wie vor nur bei „offensichtlichen, unerträglichen Verstößen“ eine Rechtfertigung durch positives Recht ausscheiden soll.⁷⁷

Diese Beziehung von Regel und Ausnahme schwächt aber schon, wer eine Entscheidung über die Geltung positiven Rechts trifft, obwohl es im konkreten Fall gar nicht darauf ankommt. Eben daraus ergeben sich Zweifel an der Begründung des *Senats* in Bezug auf § 227 Abs. 1 i.V.m. § 112 DDR-StGB. Von der Rechtfertigung dieses Delikt hing nach dem Standpunkt des *Senats* nichts ab, weil insoweit einerseits jedenfalls Verjährung eingetreten war und andererseits der Freispruch von dem angeklagten Mord (§ 112 DDR-StGB) Vorrang vor der Verfahrenseinstellung zu § 227 Abs. 1 i.V.m. § 112 DDR-StGB hatte.⁷⁸

2. Vergleichbarkeit

Problematisch ist auch die Art inhaltlicher Anknüpfung an bisherige Entscheidungen zur Tötung von Flüchtlingen. Der *Senat* meint, wenngleich es hier nicht um die Verhinderung einer Flucht aus der DDR im Einzelfall gehe, stehe das Tun des A im Gesamtzusammenhang der Sicherung der beschriebenen Staatspraxis der DDR und müsse daher der entsprechenden rechtlichen Bewertung unterfallen.⁷⁹ Doch das ist zweifelhaft. Zwang schon dieser Gesamtzusammenhang zur Duldung jedweden Vorgehens des G? Nein, das angestrebte Ziel als solches kann die Person und die von ihr eingesetzten Mittel nicht bedingungslos schützenswert machen. Auch die tödlichen Schüsse auf G standen im Gesamtzusammenhang zur Sicherung des Einsatzes von Selbstschussanlagen und dennoch hat sich der *Senat* dadurch nicht von der Anerkennung einer Notwehr der Schützen abhalten lassen. Deshalb kommt es nicht auf den Gesamtzusammenhang, sondern auf die jeweilige konkrete Einzelsituation an, um zu beurteilen, ob und warum Gebote der Gerechtigkeit und völkerrechtlich geschützte Menschenrechte einer Rechtfertigung entgegenstehen.

Für die Tötung von Flüchtlingen war die Rechtfertigung ausgeschlossen, weil diese nichts weiter wollten, als unbewaffnet und ohne Gefährdung allgemein anerkannter Rechts-

güter die innerdeutsche Grenze zu überschreiten.⁸⁰ Den G indessen, der als Bürger der Bundesrepublik von außen an die Grenze der DDR herantrat, trieb nicht sein Freiheitsdrang, sondern das Bedürfnis nach Rache. Zwar bezieht sich auch bei ihm der Schießbefehl auf die Verhinderung einer Flucht in das Gebiet der Bundesrepublik, doch mit dem vom BGH ursprünglich mit herangezogenen Recht auf Ausreise⁸¹ hat diese Flucht nichts zu tun. Schon deshalb ist die Gleichartigkeit der Situationen zumindest klärungsbedürftig. Zudem war G zur Zündung einer der Splitterminen entschlossen und für die Ermöglichung seines Rückzugs zu einer bewaffneten Auseinandersetzung bereit. Obwohl sich G damit im Ergebnis auch gegen die eventuelle Tötung eines Flüchtlings durch die konkrete Splittermine richtete, unterscheidet sich seine Lage doch deutlich von derjenigen der unbewaffneten Flüchtlinge, die Opfer von Selbstschussanlagen oder Schüssen wurden. Wenn überhaupt, so ist dem vorliegenden Fall allenfalls die Flucht eines bewaffneten Deserteurs vergleichbar, dessen Festnahme die Handelnden in ernsthafte Gefahr bringt. Dazu jedoch hatte sich der *Senat* bisher gerade nicht auf eine Rechtswidrigkeit der Schüsse festlegen wollen.⁸²

Indem der *Senat* schlichtweg behauptet, wegen des Gesamtzusammenhangs müsse das Verhalten des A einer entsprechenden rechtlichen Bewertung unterfallen, ist die Glaubwürdigkeit der gesamten Rechtsprechung zur Tötung unbewaffneter Flüchtlinge in Zweifel gezogen. Es mag die Frage aufkommen, ob man noch sicher sein darf, dass die seinerzeit entwickelten Grundsätze von Anfang an nicht nur vorgeschobenes Mittel zum Zweck, sondern sachlich wirklich ernst gemeint gewesen sind.

3. Bewertung

Mögen auch weitere Entscheidungen zu Schüssen an der innerdeutschen Grenze nicht zu erwarten sein, geht es doch stets auch um die abstrakte Gestalt des angewendeten Rechtsinstituts. Das vorliegende Urteil läuft Gefahr, ungewollt einer Ausweitung den Weg bereitet zu haben.

V. Fazit

Im Streben nach einem Schlussakkord, der das Bekenntnis zur Durchsetzung elementarer Gebote der Gerechtigkeit und völkerrechtlich geschützter Menschenrechte unterstreicht, hat der *Senat* die dogmatische Genauigkeit im Allgemeinen Teil und den methodisch korrekten Umgang mit der *Radbruchschen* Formel vernachlässigt.

⁷⁶ BVerfG JZ 1997, 142 (144 f.) sowie insbesondere BGHSt 39, 1 (16); 40, 241 (244); 41, 101 (105).

⁷⁷ BGH NJW 2005, 1289 r. Sp.

⁷⁸ Vgl. BGH NJW 2005, 1289 r. Sp., 1290 r. Sp.

⁷⁹ BGH NJW 2005, 1289 r. Sp.

⁸⁰ BGHSt 40, 241 (244); 41, 101 (105).

⁸¹ BGHSt 39, 1 (17 ff.); 40, 241 (244).

⁸² BGHSt 42, 356 (360 f.).