

Herausgeber: Prof. Dr. Tobias Reinbacher, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medienstrafrecht,
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Redaktion: Prof. Dr. Tobias Reinbacher und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Lehrstuhls
www.famos.jura.uni-wuerzburg.de

1. Sachverhalt¹

Arzt A operiert einen Patienten wegen eines beidseitigen Leistenbruchs und führt zusätzlich eine Vasektomie durch. Unmittelbar nach der Operation stellt er jedoch fest, dass es sich aufgrund einer Verwechslung nicht – wie angenommen – um C handelt, bei dem die Vasektomie hätte durchgeführt werden sollen, sondern um den 17-jährigen B, der nur wegen eines Leistenbruchs zu behandeln gewesen wäre. A informiert die Mutter des B über den Irrtum und stellt den Kontakt zu einem Refertilisationsspezialisten her. Zwei Wochen später kann die Zeugungsfähigkeit des B durch eine Operation wiederhergestellt werden.

Das LG verurteilt A wegen vorsätzlicher Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB² in Tateinheit mit versuchter schwerer Körperverletzung nach §§ 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 zum Nachteil des B. Als Begründung führt das LG an, dass dieser nicht strafbefreiend zurückgetreten sei, weil die Vermittlung an den Spezialisten nicht als freiwilliges Abstandnehmen vom Tatplan i.S.d. § 24 angesehen werden könne. A legt daraufhin Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im Zentrum dieses Falls steht gerade dieser mögliche Rücktritt des A vom Versuch des

Julii 2024

Irren ist menschlich

Versuch / Rücktritt / error in persona

§§ 226, 22, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StGB

famos-Leitsätze:

1. Das Vorliegen eines error in persona wirkt sich auf die Rücktrittsmöglichkeit des Täters aus.
2. Trotz der Identitätsverwechslung kann bei einem beendeten Versuch zurückgetreten werden.

BGH, Beschluss vom 17. April 2024 – 1 StR 403/23; veröffentlicht in BeckRS 2024, 10222.

§ 226, indem er den Kontakt zum Spezialisten herstellte.

Dabei stellt sich die entscheidende Frage, ob ein Rücktritt bei Vorliegen eines error in persona überhaupt möglich ist: Denn einerseits könnte ein solcher aufgrund der Annahme eines Fehlschlags scheitern und andererseits ist fraglich, wie die Freiwilligkeit diesbezüglich zu bewerten ist.

Um jedoch einen Rücktritt in Betracht ziehen zu können, müsste sich die Tat hinsichtlich des § 226 überhaupt noch im Versuchsstadium befinden. Dies mag hier problematisch erscheinen, da die schwere Folge – die Zeugungsunfähigkeit des B nach § 226 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 – im Zuge der Vasektomie scheinbar eingetreten ist. Allerdings setzt § 226 die Dauerhaftigkeit der schweren Folge voraus. Diese entfällt jedoch, wenn der Defekt durch eine Operation wieder behoben wird.³ Da die

¹ Der Sachverhalt wurde gekürzt und verändert, um die Hauptprobleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

² Alle folgenden Normen ohne weitere Bezeichnung sind solche des StGB.

³ Engländer, in Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. 2020, § 226 Rn. 3; Hardtung, in MüKo, StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 226 Rn. 6; Heger, in Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 226 Rn. 2.

Fortpflanzungsfähigkeit des B durch den Experten wiederhergestellt werden konnte, fehlt es in unserem Fall an der Dauerhaftigkeit und es kommt nur eine Strafbarkeit wegen eines Versuchs der Erfolgsqualifikation infrage.

Sofern das Grunddelikt in diesem Zusammenhang bereits vollendet ist, nimmt die h.M. eine Versuchsstrafbarkeit an.⁴ Als Begründung wird angeführt, dass es sich bei allen Erfolgsqualifikationen um Verbrechen i.S.d. § 12 Abs. 1 handelt und daher der Versuch immer nach § 23 Abs. 1 Alt. 1 unter Strafe stehe.⁵ Liegt hingegen ein Fall vor, in dem weder die schwere Folge noch das Grunddelikt vollendet ist, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.⁶ Da vorliegend jedoch das Grunddelikt § 223 Abs. 1 vollendet ist, kann nach dieser Ansicht die Strafbarkeit des Versuchs angenommen werden. Bei einem solchen strafbaren Versuch der Erfolgsqualifikation hält die h.M. einen **Rücktritt** in den folgenden Fällen für möglich: Einerseits, wenn der Täter vom Versuch des Grunddelikts und damit zugleich von der Erfolgsqualifikation zurücktritt, und andererseits, wenn er den Eintritt der ursprünglich angestrebten schweren Folge in Form eines Teilrücktritts aufgibt oder verhindert.⁷ Unter einem Teilrücktritt wird dabei der Rücktritt von der (Erfolgs-)Qualifikation

verstanden, während das Grunddelikt i.d.R. bereits vollendet ist.⁸ In unserem Fall ist zwar die Körperverletzung durch den Arzt bereits verwirklicht,⁹ die schwere Folge jedoch nicht, so dass ein Rücktritt vom Versuch der Erfolgsqualifikation nach der zweitgenannten Variante grundsätzlich möglich ist.

Es stellt sich darüber hinaus allerdings die zentrale Frage, wie sich der **error in persona** des A auf einen möglichen Rücktritt auswirkt. Nach einer Ansicht liegt beim Erkennen einer Identitätsverwechslung stets ein sog. **fehlgeschlagener Versuch** vor.¹⁰ Ein solcher schließt den strafbefreienden Rücktritt gänzlich aus.¹¹ Grundsätzlich handle es sich um einen Fehlschlag, wenn aus Tätersicht der Taterfolg nicht mehr im unmittelbaren Handlungsfortgang erreicht werden kann, ohne eine neue Kausalkette in Gang zu setzen.¹² Darüber hinaus sei auch dann ein Fehlschlag anzunehmen, wenn die Tatausführung zwar möglich, aber aus Sicht des Täters sinnlos ist.¹³ In diesem Zusammenhang wird angeführt, dass aufgrund der Personenverwechslung das Tatobjekt nicht mehr dem Tatplan entspreche und somit die weitere Tatausführung aus Sicht des Täters gänzlich sinnlos sei, da er sein Handlungsziel – die Tat an einer bestimmten Person zu begehen – nicht mehr erreichen könne.¹⁴

⁴ BGH NJW 2001, 2187; *Heger*, in Lackner/Kühl/Heger (Fn. 3), § 18 Rn. 10; *Kudlich*, BeckOK, StGB, 61. Ed., Stand: 01.05.2024, § 18 Rn. 17.2; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 18 Rn. 11 f.; a.A. *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 236.

⁵ *Hardtung*, in MüKo, StGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 18 Rn. 66.

⁶ Die Versuchsstrafbarkeit bejahend: *Fischer*, StGB, 71. Aufl. 2024, § 18 Rn. 9; *Murmann*, in LK, StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, Vor § 22 Rn. 124; a.A. *Paeffgen*, in NK, StGB, 6. Aufl. 2023, § 18 Rn. 113.

⁷ *Cornelius*, in BeckOK (Fn. 4), § 24 Rn. 82; *Heger/Petzsche*, in Matt/Renzikowski (Fn. 3), § 24 Rn. 66; [Oktay/Seum, famos 12/2019, S. 1, 3 f.](#); *Sternberg-*

Lieben/Schuster, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 18 Rn. 13.

⁸ *Engländer*, in NK (Fn. 6), § 24 Rn. 66; *Heger*, in Lackner/Kühl/Heger (Fn. 3), § 24 Rn. 13; *Heger/Petzsche*, in Matt/Renzikowski (Fn. 3), § 24 Rn. 64.

⁹ Zur Frage der Strafbarkeit ärztlicher Heileingriffe: [Nispel/Weeger, famos 05/2023, S. 25, 26 f.](#)

¹⁰ *Eser/Bosch*, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 24 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 6), § 24 Rn. 8.

¹¹ *Fischer* (Fn. 6), § 24 Rn. 6.

¹² BGH NStZ-RR 2006, 168; NStZ-RR 2015, 105; *Fischer* (Fn. 6), § 24 Rn. 7.

¹³ *Eser/Bosch*, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 24 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 6), § 24 Rn. 8; *Heger/Petzsche*, in Matt/Renzikowski (Fn. 3), § 24 Rn. 21.

¹⁴ *Eser/Bosch*, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 24 Rn. 11; *Fischer* (Fn. 6), § 24 Rn. 8.

Es erscheint jedoch fraglich, ob diese Ansicht ohne Weiteres auf unseren Fall übertragen werden kann, da sich der gängige Beispielfall so gestaltet, dass der Täter entgegen seiner Erwartung nur wenige Cents im Geldbeutel des Opfers, oder statt des erhofften Geldes nur einige Schlüssel im Tresor findet.¹⁵ Dabei kann der Täter zwar streng genommen noch die Vollendung der Tat erreichen, aber mit einem anderen als dem ursprünglich vorgesehenen Ergebnis.¹⁶ Daraus wird geschlossen, dass nur ein gänzlich sinnlos gewordener Tatplan zur Annahme eines Fehlschlags führen dürfe, um einer zu starken Einschränkung des Rücktritts entgegenzuwirken.¹⁷ Vorliegend könnte A die noch ausstehende Vasektomie bei C zwar noch durchführen und damit sein ursprüngliches Handlungsziel erreichen. Allerdings wäre dafür ein erneutes Ansetzen nötig, was wiederum einer neuen Tat entspräche. Darüber hinaus ist wegen der Verwechslung die Vollendung der Vasektomie bei B für A gänzlich sinnlos geworden. Entsprechend weist der vorliegende Fall die gleichen entscheidenden Komponenten auf wie die gängigen Beispielfälle, sodass diese Ansicht hier angewendet werden kann. Ein Fehlschlag wäre somit anzunehmen und der Rücktritt müsse im Zuge dessen von vornherein ausscheiden.

Einige Stimmen aus der Lit. lehnen dagegen die Rechtsfigur des fehlgeschlagenen Versuchs insgesamt ab.¹⁸ Insofern kann nur die Freiwilligkeit als entscheidender

Prüfungspunkt bei der Diskussion einer Identitätsverwechslung ausschlaggebend sein.

Beispielsweise löst auch *Jäger* – obwohl er die Rechtsfigur des Fehlschlags nicht generell ablehnt – die Konstellation des error in persona über die Freiwilligkeit.¹⁹ So könne ein Täter zwar von der weiteren Tatausführung absehen, wenn er seinen Irrtum über die Identität des Opfers erkennt, diese Abkehr von dem ursprünglichen Plan geschehe dann jedoch nicht freiwillig.²⁰ Im Gegenteil: Es ergebe sich zwangsläufig eine Unfreiwilligkeit, wenn der Täter den Irrtum bemerkt, weil damit der Sinn und somit auch die Grundlage seiner Handlung entfalle.²¹ Auch nach dieser Auffassung würde also im vorliegenden Fall ein Rücktritt des A – allerdings mangels Freiwilligkeit – ausscheiden.

Eine weitere Ansicht wendet hinsichtlich des Rücktritts beim error in persona eine **differenzierende Betrachtungsweise** an. Es sei danach zu unterscheiden, ob es sich um einen unbeendeten oder beendeten Versuch handelt.²² Im Falle eines unbeendeten Versuchs nimmt auch diese Auffassung einen Fehlschlag an.²³ Ein Beispiel dafür wäre, wenn der Täter seinen Erbonkel erschießen möchte, sein Ziel schon anvisiert und im letzten Moment bemerkt, dass es sich bei der Person nicht um seinen Onkel handelt, weshalb er auf die Durchführung verzichtet.²⁴ Schießt der Täter in dem Beispiel nun trotz des Erkennens der Verwechslung auf die anvisierte Person, so setze dies einen erneuten Tatentschluss

¹⁵ *Eser/Bosch*, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 24 Rn. 11; *Heger/Petzsche*, in Matt/Renzikowski (Fn. 3), § 24 Rn. 21.

¹⁶ *Eser/Bosch*, in Schönke/Schröder (Fn. 4), § 24 Rn. 11; *Heger/Petzsche*, in Matt/Renzikowski (Fn. 3), § 24 Rn. 21.

¹⁷ *Heger/Petzsche*, in Matt/Renzikowski (Fn. 3), § 24 Rn. 21.

¹⁸ *Fahl*, GA 2014, 453, 469; *Gössel*, GA 2012, 65, 66; *Schroeder*, NStZ 2009, 9, 10; vertiefend dazu [Özpinar/Zürn, famos 09/2018, S. 1, 1 f.](#)

¹⁹ *Jäger*, in SK, StGB, 9. Aufl. 2017, § 24 Rn. 21.

²⁰ *Jäger*, in SK (Fn. 18), § 24 Rn. 22.

²¹ *Jäger*, in SK (Fn. 18), § 24 Rn. 22.

²² *Brand/Wostry*, GA 2008, 611, 619 f.; *Engländer*, in NK (Fn. 6), § 24 Rn. 24 f.; *Murmann*, in LK (Fn. 6), § 24 Rn. 125; *ders.*, JuS 2021, 385, 391; *Rengier*, AT, 15. Aufl. 2023, § 37 Rn. 23 f.; vertiefend zur Abgrenzung zwischen beendeten und unbeendetem Versuch *Hoffmann-Holland*, in MüKo (Fn. 5), § 24 Rn. 72 ff.

²³ *Engländer*, in NK (Fn. 6), § 24 Rn. 24; *Rengier*, AT (Fn. 21), § 37 Rn. 23.

²⁴ *Murmann*, JuS 2021, 385, 391; *ders.*, in LK (Fn. 6), § 24 Rn. 125.

voraus, der sich auf diejenige Person, die nicht sein Onkel ist, beziehen müsste.²⁵ Dementsprechend sei ein Weiterhandeln als neue Tat zu qualifizieren und somit eine Vollendung der ursprünglichen Tat für den Täter nicht mehr möglich.²⁶ Es liege daher ein Fehlschlag vor und ein Rücktritt sei ausgeschlossen.²⁷

Beim beendeten Versuch sei der Rücktritt beim Vorliegen eines *error in persona* hingegen nicht von vornherein ausgeschlossen.²⁸ Denn wenn der Täter seine Verwechslung erst nach Vornahme der Tathandlung bemerkt und sich aktiv um die Rettung seines Opfers bemüht, könne nicht pauschal ein Fehlschlag angenommen werden.²⁹ Zur Begründung wird angeführt, dass die Figur eines fehlgeschlagenen Versuchs nur in Konstellationen in Betracht komme, in denen die Durchführung einer Rücktrittshandlung ausgeschlossen ist.³⁰ Kann der Täter durch Verhinderungsmaßnahmen bei einem beendeten Versuch den Eintritt des Erfolges abwenden, und nimmt er diese Möglichkeit auch wahr, so müsse dies i.S.d. Opferschutzgedankens entsprechend gewürdigt werden.³¹ Denn solche Rettungsakte stünden im Ermessen des Täters, der die Wahl habe, sie zu ergreifen oder den Dingen ihren Lauf zu lassen.³² Daher dürfe das Vorliegen eines *error in persona* nicht kategorisch zu einem rücktrittsausschließenden Fehlschlag führen.³³

In unserem Fall erkannte A die Verwechslung erst nach der Durchführung der Vasektomie, womit sich das Geschehen als beendeter Versuch darstellt. Dementsprechend wäre ein Rücktritt nach der differenzierenden Ansicht nicht von vornherein ausgeschlossen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt infolge der Revision des A das Urteil des LG auf und verweist die Sache zurück.

Zunächst stimmt der BGH dem LG zu, dass § 226 nur im Versuchsstadium vorliegt. Die für den tatbestandlichen Erfolg i.S.d. § 226 erforderliche Dauerhaftigkeit der schweren Folge sei nicht mit der Unheilbarkeit gleichzusetzen. Es genüge, wenn die Behebung oder nachhaltige Verbesserung der schweren Folge nicht abgesehen werden kann. Vorliegend fehle es an der Dauerhaftigkeit, da durch die Refertilisation des B zwei Wochen nach der Vasektomie dessen Zeugungsfähigkeit wieder hergestellt werden konnte. Ferner sei der Versuch nicht fehlgeschlagen. A habe die Vollendung der Tat weiterhin für möglich gehalten. Tat i.S.d. § 24 StGB sei nämlich die Tat im sachlich-rechtlichen Sinne. Ein Rücktritt nach § 24 setze daher nur ein Abstandnehmen beziehungsweise eine Verhinderung der Vollendung des Tatbestandes voraus. In diesem Zusammenhang sei die hier in Rede stehende Tat entgegen der Ansicht des LG nicht die beabsichtigte Sterilisierung des konkret identifizierbaren Patienten, sondern die von § 226 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 4, Abs. 2 umschriebene Herbeiführung der Zeugungsunfähigkeit einer Person. Diesbezüglich liege kein Fehlschlag vor. Denn hätte A nichts unternommen, wäre die Tat zum Nachteil des B zur Vollendung gelangt. Die Identität des Opfers sei dabei lediglich ein außertatbestandliches Motiv und somit für die hier in Rede stehende Frage unbeachtlich. Dies entspreche zudem dem Opferschutzgedanken, da der Täter mit der Aussicht auf einen strafbefreienden Rücktritt motiviert

²⁵ *Engländer*, in NK (Fn. 6), § 24 Rn. 24.

²⁶ *Engländer*, in NK (Fn. 6), § 24 Rn. 24.

²⁷ *Murmann*, JuS 2021, 385, 391.

²⁸ *Brand/Wostry*, GA 2008, 611, 619 f.; *Engländer*, in NK (Fn. 6), § 24 Rn. 24; *Murmann*, in LK (Fn. 6), § 24 Rn. 125.

²⁹ *Engländer*, in NK (Fn. 6), § 24 Rn. 25; *Murmann*, JuS 2021, 385, 391; *Rengier*, AT (Fn. 21), § 37 Rn. 24.

³⁰ *Murmann*, in LK (Fn. 6), § 24 Rn. 125.

³¹ *Brand/Kanzler*, JA 2012, 37, 39; *Rengier*, AT (Fn. 21), § 37 Rn. 24.

³² *Brand/Kanzler*, JA 2012, 37, 39; *Brand/Wostry*, GA 2008, 611, 620.

³³ *Rengier*, AT (Fn. 21), § 37 Rn. 24.

werde, die Vollendung der Tat nach Erkennen einer Identitätsverwechslung noch aktiv zu verhindern. Des Weiteren geht der BGH von einem beendeten Versuch aus, da A aus seiner Sicht alles Erforderliche getan hatte, um die Zeugungsunfähigkeit des B herbeizuführen. Gleichzeitig habe A allerdings den Eintritt der schweren Folge abgewendet, indem er die Mutter des B informierte und den Kontakt zum Spezialisten herstellte, was als am besten geeignete und optimale Rettungsmaßnahme anzusehen sei. Bezüglich der Freiwilligkeit dieser Verhinderungshandlung müsse jedoch – entgegen dem vom LG angelegten Maßstab des Tatplans – der Rücktrittshorizont nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung herangezogen werden. Dabei sei es unschädlich für die Freiwilligkeit, wenn ein äußerer Impuls den Täter zum Umdenken anregt. Ob A vorliegend jedoch aus autonomer Entscheidung heraus und damit freiwillig gehandelt hat, könne nicht abschließend überprüft werden, da das LG infolge des unzutreffenden Maßstabs folgerichtig keine weiteren Feststellungen zur Freiwilligkeit getroffen habe.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Sowohl der error in persona als auch der Rücktritt vom Versuch stellen klausurrelevante Probleme dar. Dabei verdeutlicht der vorliegende Fall, dass sich die Probleme einer Identitätsverwechslung keinesfalls auf die Prüfung des Tatentschlusses beschränken. Vielmehr ist der error in persona auch beim Rücktritt zu diskutieren, was bei einer Klausurlösung schnell übersehen werden kann. Hinsichtlich der Verortung in der Prüfung bietet es sich an, den Meinungsstreit um die Auswirkungen des error in persona beim Rücktritt im Rahmen des ersten Prüfungspunktes – Fehlschlag des Versuchs – zu diskutieren. Wird hinsichtlich des error in persona die Ansicht vertreten, nach der stets ein Fehlschlag anzunehmen ist,

so müsste die Prüfung bereits an dieser Stelle beendet werden. Wenn hingegen der differenzierende Ansicht gefolgt wird, so ist eine Abgrenzung zwischen unbeendeten und beendeten Versuch erforderlich. Bei letzterem müsste sodann die Freiwilligkeit für den jeweiligen Fall geprüft werden, während die Auffassung, welche die Freiwilligkeit pauschal ablehnt, nicht zu einer solchen Einzelfallbetrachtung kommt. Klausurtaktisch würde es sich somit anbieten, der differenzierenden Ansicht zu folgen, um noch auf etwaige andere Probleme, die sich im Rahmen der Freiwilligkeit bei einem beendeten Versuch ergeben, eingehen zu können.

Unabhängig davon ist bei § 226 besonders auf die Dauerhaftigkeit der schweren Folge zu achten. So kann es sich nämlich selbst dann um einen Versuch handeln, wenn wie vorliegend der Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit zunächst zwar eingetreten ist, aber nachträglich wieder behoben wurde. Daher sollte mit der Prüfung des vollendeten Delikts begonnen werden. So kann die möglicherweise fehlende Dauerhaftigkeit der schweren Folge bereits dort festgestellt werden und beim Prüfungspunkt der Nichtvollendung der Tat i.R.d. Versuchsprüfung dann ein Verweis nach oben erfolgen.

Grundsätzlich ist im Rahmen eines Versuchs des § 226 der Versuch der Erfolgsqualifikation von einem erfolgsqualifizierten Versuch zu unterscheiden, da beide Konstellationen hinsichtlich etwaiger Problemschwerpunkte deutlich voneinander abweichen. Letzterer liegt vor, wenn die schwere Folge eingetreten, das Grunddelikt jedoch nicht vollendet ist.³⁴ Um einen Versuch der Erfolgsqualifikation handelt es sich hingegen, sofern die schwere Folge trotz Tätersvorsatzes ausbleibt, während das Grunddelikt vollendet oder nur versucht ist.³⁵ Ist wie im vorliegenden Fall ein Versuch der Erfolgsqualifikation

³⁴ *Engländer*, in Matt/Renzikowski (Fn. 3), § 226 Rn. 11; *Eschelbach*, in BeckOK (Fn. 4), § 226 Rn. 41.

³⁵ *Heger*, in Lackner/Kühl/Heger (Fn. 3), § 226 Rn. 1; *Paeffgen/Böse/Eidam*, in NK (Fn. 6), § 226 Rn. 41.

einschlägig, ergeben sich jedoch keine Besonderheiten, da dieser nach dem herkömmlichen Schema aufgebaut wird.³⁶

Ferner wäre in einer Klausur eine ausführliche Diskussion des ärztlichen Heileingriffs erforderlich. Einerseits müsste thematisiert werden, ob überhaupt eine Körperverletzung bei einem derartigen Eingriff gegeben ist,³⁷ und andererseits, wie § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 in einem solchen Fall zu bewerten ist. Insbesondere die mögliche Einordnung ärztlicher Instrumente als gefährliches Werkzeug ist angesichts jüngster Rspr. von höchster Relevanz.³⁸ Denn bis vor Kurzem wurde von der Rspr. sowie der Lit. bei solchen die Werkzeugqualität abgelehnt, wenn der Arzt sie bestimmungsgemäß in Ausübung seines Berufs verwendet.³⁹ Nun hat der BGH allerdings entschieden, dass es sich bei einem chirurgischen Instrument, welches im Rahmen eines medizinisch nicht indizierten operativen Eingriffs eingesetzt wird, um ein gefährliches Werkzeug i.S.d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 handelt.⁴⁰ Daher ist gerade dieser Problemkreis höchst aktuell und somit sehr klausurrelevant.

5. Kritik

Insgesamt ist dem BGH zuzustimmen. Weder ist bei einem error in persona grundsätzlich ein Fehlschlag anzunehmen noch stets die Freiwilligkeit abzulehnen. Denn bei pauschaler Annahme eines Fehlschlags hätte der Täter keinen Anreiz, eine Vollendung des Delikts zu verhindern, da er sowieso bestraft würde. Dies verfehlt jedoch den Gedanken des Opferschutzes,⁴¹ weswegen diese Ansicht abzulehnen ist. Ebenso kann die Auffassung, die stets von Unfreiwilligkeit ausgeht, nicht

überzeugen. Handelt es sich nämlich um einen beendeten Versuch, bedürfen die Rettungshandlungen einer aktiven Gegenmaßnahme des Täters, um die Vollendung zu verhindern. So wird zwar angeführt, dass bei Vorliegen eines error in persona der Täter gezwungen sei, diese Maßnahmen zu ergreifen,⁴² dem ist jedoch zu widersprechen. Die Vornahme solcher Rettungsbemühungen steht ausschließlich im Ermessen des Täters. Entscheidet er sich dazu, aktiv die Verwirklichung des Delikts zu verhindern, muss dies dem Opferschutzgedanken entsprechend honoriert werden.⁴³ Schon daraus ergibt sich, dass zwischen unbeeendetem und beendetem Versuch zu unterscheiden und somit eine differenzierende Betrachtungsweise zwingend erforderlich ist.

Dabei überzeugt hinsichtlich des unbeeendeten Versuchs die Annahme eines Fehlschlags, weil ein Weiterhandeln nach dem Bemerkten der Verwechslung als neue Tat anzusehen ist und damit die Vollendung der ursprünglichen Tat nicht mehr möglich wäre.⁴⁴ Außerdem hätte der Täter die Tat sehr wohl durchgeführt und vollendet, wenn es sich um das angestrebte Opfer gehandelt hätte.

Beim beendeten Versuch kann ein Fehlschlag nur angenommen werden, wenn es nicht mehr realisierbar ist, eine Rücktrittshandlung vorzunehmen. Liegt nun ein error in persona vor, so ist es dem Täter allerdings noch möglich, die Verwirklichung durch aktive Gegenmaßnahmen zu verhindern.⁴⁵ Infolgedessen scheidet ein Fehlschlag beim beendeten Versuch aus und es kommt auf die Bewertung der Freiwilligkeit im Einzelfall an.

(Carla Hein/Anna-Katharina Kuhn)

³⁶ Schlehofer/Putzke/Scheinfeld, AT, 2. Aufl. 2024, Rn. 837.

³⁷ Vertiefend zur Strafbarkeit eines ärztlichen Heileingriffs: [Nispel/Weeger, famos 05/2023, S. 25, 26 f.](#)

³⁸ BGH BeckRS 2023, 46571; OLG Karlsruhe NSTZ 2022, 687; BayObLG RDG 2024, 148.

³⁹ Vertiefend zu ärztlichen Instrumenten als gefährliches Werkzeug: [Nispel/Weeger, famos 05/2023, S. 25, 27 ff.](#)

⁴⁰ BGH BeckRS 2023, 46571.

⁴¹ Vgl. Brand/Kanzler, JA 2012, 37, 39.

⁴² Vgl. Jäger, in SK (Fn. 18), § 24 Rn. 22.

⁴³ Vgl. Brand/Kanzler, JA 2012, 37, 39.

⁴⁴ Vgl. Engländer, in NK (Fn. 6), § 24 Rn. 24.

⁴⁵ Vgl. Engländer, in NK (Fn. 6), § 24 Rn. 25.