

Ich töte Dich! Aber ach, ich schaff' es nicht...

Marcel Alexander Niggli & Stefan Maeder

Versuch einer Tötung & Körperverletzung

Der Jubilar beschäftigt sich seit Jahren schon mit dem Ende (und der Beendigung) geborenen (und ungeborenen) Lebens (natürlich nur wissenschaftlich, so glauben und hoffen wir jedenfalls). Der folgende Beitrag ist deshalb dem Töten und Verletzen Anderer und dem Verhältnis der beiden zueinander gewidmet (also dem Verhältnis des Tötens zum Verletzen, nicht demjenigen des Jubilars zu Anderen). Von einem berühmten Kollegen (nein, den Namen des Verstorbenen werden wir nicht preisgeben) haben wir lernen dürfen, dass gute Beiträge zu Festgaben den Jubilar jeweils ein bisschen ärgern sollten, was wir nachfolgend umso mehr versuchen, als dass der Erstautor mit ihm schon zusammengelebt hat, wenngleich zwar nur ein Jahr, doch dafür in Italien, sodass böse Absichten kaum anzunehmen sind (oder vielleicht eben gerade doch, wenn wir an die Kriminologie der Tötungen denken). Doch sei dem, wie dem wolle, wir versuchen es.

I. Ausgangslage

Wir wollen uns mit folgendem Sachverhalt befassen: Meier entschliesst sich, Meyer zu töten. Er begibt sich zu diesem Zweck mit einem Revolver bewaffnet in dessen Garten und passt ihn, hinter einem Baum lauernd, ab. Als Meyer in den Garten tritt, schießt Meier sofort und feuert, bis die Trommel seines sechschüssigen Revolvers leer ist, woraufhin Meier flieht. Fünf Schüsse haben ihr Ziel verfehlt, der sechste Schuss durchschlägt Meyers Brust, er wird lebensgefährlich verletzt. Nur die Intervention des zufällig mit seinem Hund vorbeiz-

spazierenden Arztes Maier verhindert Meyers Tod.

Wie ist Meier zu bestrafen? Unbestritten dürfte sein, dass er eine versuchte vorsätzliche Tötung begangen hat: Der Versuch zu Art. 111 StGB ist strafbar (vgl. Art. 22 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 StGB). Der Tatentschluss liegt nach Sachverhalt vor und die Schwelle zur Strafbarkeit bzw. point of no return ist zweifellos überschritten bzw. erreicht. Mit der Ausführung der Tat wurde also begonnen. Man wird gar annehmen können, der Versuch sei beendet. Unbestritten dürfte auch sein, dass die infolge der Tat eingetretene lebensgefährliche Verletzung objektiv eine schwere Körperverletzung darstellt (Art. 122 Abs. 1 StGB). Weil eine lebensgefährliche Körperverletzung – jedenfalls nach dem Tatplan Meiers – notwendiges Durchgangsstadium zur Tötung darstellt, will Meier auch die schwere Körperverletzung, erfüllt mithin den von Art. 122 StGB geforderten subjektiven Tatbestand. Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe sind keine ersichtlich. Wo der Tod eines Menschen angestrebt wird, ist die Verletzung seines Körpers (und dauere sie auch nur Bruchteile von Sekunden) stets notwendiges Durchgangsstadium, das mitgewollt ist. Ob etwas anderes gilt, wenn eine andere Verletzung als die vom Täter erwartete eintritt (z.B. «bloss» eine arge und bleibende Entstellung des Gesichtes), kann vorliegend offenbleiben. Entspricht aber der Kausalverlauf in etwa den Vorstellungen des Täters, so verwirklicht er bei der Tötung notwendig und

vorsätzlich auch eine zugehörige vorgängige Körperverletzung.

In unserem Fall hat Meier also mit einer Handlung zwei Straftatbestände erfüllt: (1) Versuchte vorsätzliche Tötung und (2) schwere Körperverletzung. Es gibt nun drei Varianten, wie Meier verurteilt werden könnte: Schuldspruch für Delikte (1) und (2), Schuldspruch nur für Delikt (1) oder Schuldspruch nur für Delikt (2). Wer nicht die Strafbarkeit des Versuchs grundsätzlich ablehnt, wird die letztgenannte Variante heute wohl nicht vertreten, weil Meier damit ja von der geringeren Strafrahmengerade von Art. 122 StGB profitieren würde, als wenn er Meyer überhaupt nicht getroffen hätte.

Die anderen beiden Varianten – Verurteilung nur wegen Delikt 1 (versuchte Tötung) oder Verurteilung wegen Delikten 1 und 2 (versuchte Tötung und Körperverletzung) – werden heute beide vertreten. Der Zufall will, dass der Jubilar die Position vertritt, nach welcher versuchte vorsätzliche Tötung und eingetretene Körperverletzung in Konkurrenz stehen (vgl. [Schwarzenegger](#), in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 111 N 13f.), während wir für richtig halten, dass mit der Verurteilung für versuchte Tötung auch eine eingetretene Körperverletzung abgegolten ist, sofern sie nach dem Plan des Täters notwendiges Durchgangsstadium war (vgl. BSK StGB-Niggli/Maeder, Art. 22 N 30 ff.). Dieser Problematik seien die nachfolgenden Bemerkungen gewidmet.

II. Logik

Wer Konkurrenz bejaht, bejaht bei gleichartigen Strafen die Anwendung von Art. 49 StGB (Asperationsprinzip). Danach werden die Strafen der verschiedenen Delikte nicht einfach addiert, sondern das Höchstmass der höchsten angeordneten Strafe um bis zu 50 % erhöht (dass das Gericht dabei an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden ist, spielt für unsere Überlegungen keine Rolle; es könnte ja – wenn wir bei den Tötungsdelikten bleiben wollen –

auch um eine versuchte Tötung auf Verlangen und eine schwere Körperverletzung gehen. Ausserdem stellt sich die Frage auch bei anderen Delikten, wie wir gleich zeigen werden). Die Annahme von Konkurrenz führt daher zu widersinnigen Resultaten: Der Versuch könnte dann nämlich härter bestraft werden als das vollendete Delikt, ein bloss versuchter Raub aufgrund der Konkurrenz mit der (zum Zweck des Raubes begangenen) einfachen Körperverletzung wegen Art. 49 StGB härter als ein vollendeter Raub, der nach h.L. eine dazu begangene einfache Körperverletzung konsumiert. Widersinnig ist auch, dass Art. 22 Abs. 1 StGB bei einem Versuch die Möglichkeit einer Strafmilderung vorsieht, also das Verlassen des Strafrahmens nach unten, während die Annahme von Konkurrenz nach Art. 49 StGB *gleichzeitig* das genaue Gegenteil davon bewirkt, nämlich die Erhöhung der Strafobergrenze. Der genau gleiche Sachverhalt soll also gleichzeitig zur Milderung und ihrem Gegenteil (zur Schärfung) führen. Das kann logisch aber nicht korrekt sein.

Ab Beginn der Tatausführung werden die fragliche Strafnorm und ihr maximaler Strafrahmen auf den Täter anwendbar. Dieses Strafmaximum steigt nicht etwa mit den verschiedenen Stadien der Deliktsverwirklichung, und dass der angestrebte Erfolg (dessen Anstreben eben gerade den Grund der Strafe darstellt) tatsächlich eintritt, kann dieses Maximum nicht erhöhen. Vielmehr ist das Ausbleiben des angestrebten Erfolges höchstens (!) Grund für eine geringere Strafe. Es ist deshalb auch höchst irreführend, wenn Begriffe wie «Versuchsstrafe» und «Vollendungsstrafe» erfunden werden, ganz so, als ginge es dabei nicht um das Strafmass, sondern um qualitativ unterschiedliche Strafen, sozusagen ein aliud. Das ist natürlich falsch. Wenn auch beim blossen Versuch die Maximalstrafe des vollendeten Deliktes ausgefällt werden darf (Art. 22 Abs. 1 StGB spricht klar davon, dass die Strafe gemildert werden «kann»), dann ist der angestrebte Erfolg damit eben auch abgegolten, ob er nun erreicht werde oder nicht.

Es geht also (wieder einmal) um den Unterschied zwischen einerseits den klassischen Bekenntnissen (Judentum, Katholizismus, orthodoxes Christentum) und dem Protestantismus. Für die klassischen Bekenntnisse liegt der Vorwurf darin begründet, dass ein verpönter Erfolg angestrebt wird, und gerade nicht – wie für die protestantisch-deterministische Gegenposition – darin, dass ein solcher Erfolg erreicht wird oder nicht. Die «alten» drei Bekenntnisse erheben den Vorwurf, nach dem verpönten Erfolg zu streben, was einerseits einen freien Willen und andererseits eine unbestimmte Zukunft voraussetzt. Weil eine protestantisch-deterministische Position nicht nur einen freien Willen bestreitet (zumindest soweit er das eigene Seelenheil zu beeinflussen vermag), sondern auch die Unbestimmtheit der Zukunft (die höchstens den Menschen unbekannt ist), widerstrebt ihr diese Struktur des Vorwurfs natürlich. Dass Deterministen ein reines Präventionsstrafrecht vertreten (wenn es denn so etwas Paradoxes überhaupt geben kann) und sich wenig um den Ausgleich begangenen Unrechts kümmern, sondern als Strafgrund des Versuchs die blossе Gefährlichkeit von Täter und Tat sehen (dazu später mehr), überrascht natürlich nicht. Symptomatisch etwa dürfte der – dem Jubilar darin durchaus verwandte – **Franz von Liszt** sein, der (obgleich katholisch geboren) zum rabiatischen Deterministen mutierte und den Strafgrund des Versuches in der Gefährlichkeit der Willensbetätigung sah, weshalb er denn auch den untauglichen Versuch nicht als Versuch, sondern als strafloses Wahnverbrechen qualifiziert wissen wollte (Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21./22. Aufl., Berlin 1919, 193 und 199).

Richtiggehend skurril wird die Annahme von Konkurrenz, wenn für die beiden Delikte keine gleichartigen Strafen auszufallen sind: Erleidet das Opfer des Tötungsversuchs beispielsweise eine nur leichte Verletzung, wäre für das Körperverletzungsdelikt u.U. eine Geldstrafe auszufallen, für den Tötungsversuch hingegen (trotz blossen Versuchs!) in aller Regel eine Freiheitsstrafe. Nach BGE 144 IV 217 und 144

IV 313, die für Art. 49 Abs. 1 StGB die sog. konkrete Methode festschreiben und unseren Freund ebenfalls ärgern dürften, wären diese zwei Strafen kumulativ auszusprechen, und für die Geldstrafe müsste der bedingte Strafvollzug gewährt werden, wo keine schlechte Prognose besteht.

III. Urteilsverständlichkeit und Opferinteressen

Für die Annahme von Konkurrenz von versuchter Tötung und eingetretener Körperverletzung wird weiter vorgebracht, dass nur so aus dem Urteilsdispositiv klar hervorgehe, welcher Delikte sich der Täter schuldig gemacht habe. Weil der Schuldspruch dem Opfer gegenüber zudem eine Genugtuungsfunktion übernehme, müsse sich das Opfer nicht damit begnügen, dass bloss aus der Urteilsbegründung hervorgehe, der Täter habe auch den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt (**Abo Youssef**, Konkurrenz zwischen einem versuchten schweren Delikt und einem vollendeten milderen Delikt, in: Cavallo et al. [Hrsg.], Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich 2012, 3 ff., 9).

Freilich ist schon diese sehr opferorientierte Sicht auf das Strafverfahren diskutabel, denn aus unserer Sicht handelt es sich beim Strafprozess um eine Auseinandersetzung der Gesellschaft mit dem Täter, der ihre Regeln missachtet hat. Grund der Strafe ist mithin – auf den Punkt gebracht – nicht die Verletzung des *Opfers*, sondern der *Regel*. Doch selbst wenn man das (irrigerweise) anders sehen wollte, müsste die von uns abgelehnte Position doch erklären können, warum bei einer Verurteilung wegen eines sog. zusammengesetzten Deliktes (Raub, Entführung, Vergewaltigung etc.) nur dieses Delikt, nicht aber seine «Bestandteile» auftauchen. Es müsste also erklärt werden, warum bei einer Verurteilung wegen z.B. vollendeten Raubes die zu diesem Zweck begangene einfache Körperverletzung nicht im Dispositiv erscheint. Für die allermeisten Opfer dürfte kaum klar sein, dass der Raub ein aus einem Diebstahl und einer Nötigungshandlung zusammengesetztes Delikt ist und deshalb kein

zusätzlicher Schuldspruch für diese Nötigungshandlung erfolgt. Aus Sicht des Opfers (bzw. dem, was wir uns als seine Sicht vorstellen) wurde ihm etwas weggenommen und es wurde ihm auch wehgetan. Wenn man ihm aber hier die Konsultation der Urteilsbegründung zumuten will, um herauszufinden, weshalb seine Schmerzen nicht im Dispositiv erscheinen, dann muss das Gleiche doch für unsere Versuchskonstellation gelten.

Wie andere Menschen, vielleicht sogar ein bisschen mehr als sie, neigen wir Juristen dazu, uns selbst und das, was wir tun, wahnsinnig wichtig zu nehmen. Deshalb wohl tendieren wir dazu, die Bedeutung des Rechts und die Rechtskenntnis nicht nur der Täter, sondern auch der Opfer masslos zu überschätzen. Aber eben: zu überschätzen. Dass das Opfer am Körper verletzt wurde, weiss es auch ohne Urteil. Dass man ihm nach dem Leben getrachtet hat, wohl auch. Nicht aber, ob nach juristischer Dogmatik das Eine im Anderen enthalten sei; doch dürfte ihm das eben auch herzlich egal sein. Von Interesse bleibt einzig, dass das Verhalten des Täters nicht in Ordnung, sondern gänzlich inakzeptabel war, weshalb er dafür auch bestraft wird.

IV. Dogmatik des Versuchs

Der Jubilar selbst führt zur Begründung seiner Position im Basler Kommentar zum Strafrecht (Art. 111 N 13) in versuchsdogmatischer Hinsicht aus: «Die generell-abstrakte Unrechtsdefinition der versuchten vorsätzlichen Tötung deckt aufseiten des Erfolgsunrechts nur eine konkrete Gefahrschaffung für das Leben des Opfers ab. Schiesst bspw. jemand mit Tötungsvorsatz auf ein Opfer, ohne es zu treffen, ist das volle Unrecht (Handlungs- und Erfolgsunrecht) der versuchten vorsätzlichen Tötung schon erfüllt. Die generell-abstrakte Definition dieser Versuchstat setzt nicht voraus, dass objektiv eine Verletzung des Angriffsobjektes erfolgen müsste. Ist aber das Erfolgsunrecht der versuchten vorsätzlichen Tötung schon gegeben, wenn keinerlei Verletzung des Opfers resultiert, dann deckt Art. 111 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 eine allfällige Verletzung gerade nicht ab.» Aus seiner

Sicht enthält das Unrecht des Versuchs also nicht nur einen Handlungs-, sondern auch einen Erfolgsunwert. Dieser Erfolg soll in der konkreten Gefahrschaffung für das Leben bestehen.

Nun gibt es aber ganz offensichtlich auch Fälle, wo ein Versuch keine konkrete Gefahr für das Leben des Angegriffenen schafft: Stellen wir uns vor, Meier hätte aus Unachtsamkeit Platzpatronen geladen. Eine konkrete Gefahr hat damit höchstens für Meyers Gehör, nicht aber für sein Leben bestanden. Sofern man diesen untauglichen Tötungsversuch nicht auf groben Unverstand zurückführen und nach Art. 22 Abs. 2 StGB straflos lassen will, ist er genauso strafbar wie ein tauglicher Versuch mit scharfer Munition (den unsäglichen BGE 140 IV 150 strafen wir an dieser Stelle mit ausdrücklicher und vollständiger Nichtbeachtung) und kann theoretisch mit der Höchststrafe geahndet werden.

Ein Erfolgsunrecht (im Sinne einer Gefährdung) bildet also gerade *nicht* Teil des Versuchsunrechts. Zu anderen Schlüssen gelangte man nur, wenn man auf objektive Versuchstheorien rekurrieren wollte. Das allerdings führt dazu, dass man dann jeden ungefährlichen Versuch für straflos erklären muss. Nachdem die objektiven Versuchstheorien im geltenden Recht (zumindest für den Moment) überwunden sind, geht es bei Art. 22 StGB also weitestgehend um das *Handlungsunrecht*. Zwar hat sich das Gesetz nicht einer vollständig subjektiven Versuchstheorie verschrieben, die auf die blossе Betätigung eines «verbrecherischen» Willens abstellt, denn damit wären weder die Straflosigkeit des untauglichen Versuches aus grobem Unverstand (Art. 22 Abs. 2 StGB) noch des Versuchs einer Übertretungen (Art. 105 Abs. 2 StGB) erklärbar oder zulässig. Dennoch zeigt die geltende Regelung der Versuchsstrafbarkeit, dass sie *nichts* mit dem Erfolgsunwert einer Gefährdung zu tun hat. Es kommt nur auf den Handlungsunwert an, der in den genannten zwei Konstellationen eben dermassen gering ist, dass ein Einsatz des Strafrechts unnötig (und damit eben auch unzulässig)

erscheint. Man könnte auch sagen, dass solche «Versuche» die Normgeltung nicht ernsthaft in Frage zu stellen vermögen und deshalb nicht mit einer gesellschaftlichen Reaktion gewürdigt werden sollten.

Spielt aber das Erfolgsunrecht für die Strafbarkeit des Versuchs keine Rolle, so kann die Behauptung, die Strafe für einen Versuch decke nur Gefährdungen, nicht aber mögliche Verletzungen ab, als Begründung für Konkurrenz nicht taugen. Sowohl konkrete Gefährdungen als auch Verletzungen als Durchgangsphasen stellen Erfolge dar, die im Schuldpunkt unbeachtlich bleiben. Der Schuldspruch für den Versuch deckt das ganze Spektrum vom ungefährlich-untauglichen bis zum nur um Haaresbreite gescheiterten Versuch ab, inklusive aller

allfälligen Rechtsgutsverletzungen, die notwendiges Durchgangsstadium zum angestrebten Erfolg sind. Dass ein Erfolg eingetreten ist oder eben nicht, kann und muss im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden (somit völlig korrekt BGE 137 IV 113 E. 1.4.2).

Nachdem es dem höchsten Gericht unseres Landes offenbar nicht geglückt ist (vgl. den eben zitierten BGE 137 IV 113, zuvor schon BGE 77 IV 57 E. 2), den Jubilar von der richtigen Position zu überzeugen, hoffen wir, dass vielleicht wir es nun schaffen. Sollte uns dies nicht gelingen, so wird er fürderhin wenigstens in seiner Kommentierung zu Art. 111 StGB auf unsere abweichende Meinung in *seiner eigenen Festgabe* hinweisen müssen. Und dies ist der möglichen Vergnügen nicht das Geringste.

