

Die Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB)

Von Univ.-Prof. Dr. Klaus Geppert, Berlin

I. Einleitung

»Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich«, wird ausweislich von § 25 Abs. 2 StGB¹ »jeder als Täter bestraft«. Der Regelungsgehalt dieser Vorschrift besteht darin, dass jemand die Tat nicht »selbst« (als unmittelbarer Täter) und auch nicht »durch einen anderen« (also als mittelbarer Täter), sondern eben »gemeinschaftlich« mit einem oder mehreren anderen begeht: dies mit der Folge, dass die Mittäter sich ihre wechselseitigen Tatbeiträge je für sich zurechnen lassen müssen, als ob sie die Tat vollständig in eigener Person verwirklicht hätten.

1. Lässt sich die unmittelbare Täterschaft als *Handlungsherrschaft* und die mittelbare Täterschaft als *Wissens- oder Willensherrschaft* begreifen, drängt sich für die gemeinschaftlich, d. h. arbeitsteilig durchgeführte Mittäterschaft der Begriff der **funktionalen Tatherrschaft** auf². Ob man nun die Täterschaft von bloßer Teilnahme (Anstiftung/Beihilfe) im Übrigen mit dem Schrifttum weithin nach den Regeln der finalen Tatherrschaftslehre abgrenzt³ oder aber die Unterscheidung mit der Rechtsprechung nach den Kriterien der Animus-Theorie durchführt⁴: Es bleibt allemal dabei, dass auch der Mittäter jedenfalls »Täter« sein muss und somit auch für die Mittäterschaft davon auszugehen ist, dass auch der bewusst arbeitsteilig vorgehende Mittäter jedenfalls entweder auch die finale (Mit-)Tatherrschaft besitzen muss oder die wenn auch zusammen mit einem anderen begangene Tat als eigene verwirklichen will. Vorweg einmal mehr: In der Praxis des Gerichtssaales ebenso wie im Hörsaal kommen beide Abgrenzungstheorien im Übrigen meist zu gleichen Ergebnissen; denn ähnlich wie die Anhänger der finalen Tatherrschaftslehre stellt für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme auch der Bundesgerichtshof, der bekanntlich der (eingeschränkten) Animus-Theorie folgt, bei der tatrichterlichen Beurteilung des spezifischen »Täter«-Willens letztlich auf dieselben Kriterien ab, wie sie im Schrifttum weithin auch für den Nachweis der (finalen) Tatherrschaft vorgeschlagen werden. So geht seit langem auch der BGH von Mittäterschaft aus⁵,

»wenn ein an der Tat Beteiligter mit seinem Beitrag nicht bloß fremdes Tun fördern will, sondern wenn dieser Beitrag Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit sein soll. Dabei muss er seinen Tatbeitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt die Tätigkeit des anderen als Ergänzung seines eigenen Tatanteils wollen. Ob ein Beteiligter dieses enge Verhältnis zur Tat haben will, ist nach den gesamten Umständen, die von der Vorstellung des Täters umfasst werden, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte für diese Wertung können gefunden werden im Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, im Umfang der Tatbeteiligung und in der Tatherrschaft oder wenigstens im Willen zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich vom Willen des Angeklagten abhängen.«

An dieser letztlich auch schon vom Reichsgericht vertretenen Einschätzung⁶ hat sich in den letzten rund 30 Jahren nichts geändert.

2. Beruht die Mittäterschaft somit auf dem Prinzip der Arbeitsteilung, scheidet § 25 Abs. 2 von vornherein in zwei Bereichen als allgemeines Zurechnungsprinzip aus:

(1) **Unanwendbar** ist § 25 Abs. 2 zum einen **bei eigenhändi-**

1 §§ ohne Angabe eines Gesetzes sind nachfolgend solche des StGB.

2 So ersichtlich im Anschluss an die Begriffsbildung von *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft (8. Aufl. 2006), S. 673 die inzwischen wohl herrschende Meinung; vgl. auch *Roxin*, Strafrecht Allg. Teil Band II (2003), Rdn. 188 zu § 25, *Kühl*, Strafrecht Allg. Teil (6. Aufl. 2008) sowie *LK-Schünemann*, StGB (12. Aufl. 2007), Rdn. 156 zu § 25, alle mit weiteren Nachweisen.

3 Einmal mehr zur Wiederholung und ohne Vertiefung: *Täter* ist danach, wer die Tatherrschaft hat und das Kausalgeschehen als Zentralfigur nach seinem Willen lenkt und beherrscht, während nur als bloßer *Teilnehmer* zu qualifizieren ist, wer als Randfigur lediglich fremde Tat anregen oder jedenfalls fördern will.

4 Täter ist danach, wer die Tat »als eigene« will (animus auctoris), während die bloße Teilnahme durch den animus socii (»als fremde Tat« will) charakterisiert wird.

5 StV 1981, 275 (276).

6 Für das Reichsgericht war es für eine Mittäterschaft (nach § 47 StGB a. F.) »notwendig und ausreichend, dass jeder Beteiligte den ganzen Erfolg einer Straftat auf Grund eines gemeinschaftlichen Entschlusses und mit vereinten Kräften als eigenen Erfolg verursachen will, so dass also jeder seine eigene Tätigkeit ... durch die Handlungen des oder der anderen vervollständigen und auch diese sich zurechnen lassen will«: so RGSt. 71, 23 (24) im Anschluss schon an RGSt. 66, 240.

gen Delikten⁷; denn ist deren Unrecht – wie z. B. bei den Ausagedelikten der §§ 153 ff.⁸, bei unerlaubtem Entfernen vom Unfallort (§ 142), bei Trunkenheit am Steuer (§ 316) oder bei der Rechtsbeugung (§ 339) – nicht oder jedenfalls nicht nur in der Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, sondern maßgeblich in der Verwerflichkeit eines bestimmten Verhaltens oder in der Verletzung einer höchstpersönlichen Pflicht begründet, liegt es auf der Hand, dass nicht jemandem fremdes Verhalten *zugerechnet* werden kann, das dieser nicht in eigener Person (gemeint: als unmittelbarer Täter) verwirklicht hat.

(2) Unanwendbar ist § 25 Abs. 2 zum anderen bei allen jenen Delikten, wo das deliktische Zusammenwirken mindestens zweier oder mehrerer Personen begriffsnotwendige Voraussetzung für den jeweiligen Tatbestand ist; denn das Wesen der Arbeitsteilung setzt denklösig voraus, dass die jeweilige »Arbeit«, d. h. die Verwirklichung des betreffenden tatbestandlichen Unrechts an sich auch von nur einer Person allein verrichtet werden könnte. Kann also ein Tatbestand nach der zwingenden Vorgabe des Gesetzes auf der Täterseite notwendigerweise nur von mehreren Personen gemeinsam verwirklicht werden (man spricht dann von **notwendiger Teilnahme in der Form von Konvergenzdelikten**⁹), ist eine wechselseitige Zurechnung der Tatbeiträge nach Maßgabe von § 25 Abs. 2 ebenfalls schlechterdings ausgeschlossen.

Beispielhaft seien in diesem Zusammenhang genannt: Gefangeneneuterei (§ 121 Abs. 1: »Gefangene, die sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften«), gemeinschaftliche Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 4: »mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich«) oder Bandendiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 2: »als Mitglied einer Bande... unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds«). Mit der grundsätzlichen Unanwendbarkeit von § 25 Abs. 2 ist in diesen Fällen zugleich auch klargestellt, dass diesbezüglich jedenfalls Mittäterschaft unter den strengen Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 nicht zwingend erforderlich ist. So hat der BGH für den Fall der **gemeinschaftlichen Körperverletzung** (§ 224 Abs. 1 Nr. 4) in neuerer Zeit mehrfach ausgeführt, dass für die dort normierte »gemeinschaftliche« Körperverletzung jede Form der Beteiligung ausreicht, sofern nur »der am Tatort anwesende Gehilfe die Wirkung der Körperverletzungshandlung des Täters bewusst in einer Weise verstärkt, welche die Lage des Verletzten zu verschlechtern geeignet ist«¹⁰. Und auch für den **Bandendiebstahl** (§ 244 Abs. 1 Nr. 2) – um in diesem Zusammenhang ein weiteres häufiges klausurrelevantes Beispiel zu benennen – hat der BGH durch seinen Großen Strafsenat für das Vorliegen einer »Bande« zwar notwendig mindestens drei Personen verlangt¹¹, in einer nachfolgenden Entscheidung aber klargestellt, dass Mitglied einer Bande auch derjenige sein kann, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfenleistung darstellen¹².

II. Voraussetzungen der Mittäterschaft

Beruhet die Mittäterschaft auf dem Zurechnungsprinzip der Arbeitsteilung und der damit verbundenen gemeinsamen funktionellen Tatherrschaft, folgen für das Vorliegen der Mittäterschaft daraus unbestritten drei Voraussetzungen: (1) Erforderlich ist zunächst einmal eine arbeitsteilige Durchführung der Tat, die (2) notwendig auf einem gemeinschaftlichen Tatentschluss, d. h. dem Willen der Beteiligten beruhen muss, die Tat ganz bewusst gemeinschaftlich verwirklichen zu wollen. Und wiederum aus der Idee der Arbeitsteilung folgt (3) das Erfordernis, dass auch Mittäter nur sein kann, wer auch Alleintäter sein könnte.

1. Notwendig ist zum einen also zunächst eine **gemeinsame Tatausführung**, durch welche sich die einzelnen Tatbeiträge zu einem einheitlichen Gesamterfolg vervollständigen (*objektives Erfordernis*). Dies ist dann weithin unproblematisch, wenn sich mehrere Beteiligte die eigentliche Tatausführung wirklich

arbeitsteilig aufteilen (Beispiel: der eine Räuber wendet Gewalt an und hält das Opfer in Schach, während der andere die Beute an sich nimmt). Jedoch genügen auch andere kausale Tatbeiträge, sofern sich in ihnen auch die (Mit-)Täterschaft des jeweiligen Beteiligten erweist, damit gemeint: sofern die betreffenden Tatbeiträge (je nach Abgrenzungstheorie!) entweder mit »animus auctoris« durchgeführt werden oder sich als »finales Tatherrschaftsverhalten« erweisen; um den Mittäter vom bloßen Gehilfen unterscheiden zu können, muss der Tatbeitrag demzufolge für das Gelingen der Tat von nicht ganz unerheblichem Gewicht und Bedeutung sein. Insofern nochmals: Die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und bloßer Beihilfe erfolgt für die inzwischen weithin gefestigte Rechtsprechung nach »wertender Betrachtung« und somit dahin, ob der jeweilige Tatbeitrag nach gemeinsamer Vorstellung der Beteiligten ganz bewusst die Ergänzung des oder der anderen Tatbeiträge zu einem gemeinsamen Täterfolg darstellt; als wesentliche Anhaltspunkte dafür werden der Grad des eigenen Interesses am Erfolg des Unternehmens, der Umfang der Tatbeteiligung sowie Tatherrschaft oder jedenfalls Wille zur Tatherrschaft herangezogen¹³. Welches Gewicht dabei den einzelnen Aspekten für sich allein oder im Verhältnis zueinander einzuräumen ist, bleibt in der bisherigen Rechtsprechung allerdings weithin offen; die Antwort darauf entspringt eben keiner quasi mathematischen Formel, sondern erfolgt »nach wertender Betrachtung«.

Kasuistik. Ausweislich neuerer Kasuistik fällt insbesondere im Bereich der Rauschmitteldelikte auf, dass der BGH offenbar darauf dringt, zunehmend strengere Anforderungen an das dortige eigentliche Kerngeschäft zu stellen und bloße Kuriertätigkeit oder deren erhebliche Honorierung als Indiz für die Annahme als mittäterschaftlich gewollte »eigene Tat« nicht mehr ausreichen zu lassen¹⁴. Zudem: Üblicherweise wird Schmierestehen beim Einbruch oder Transport hin bzw. Fluchtfahrt vom Tatort weg als typische Beihilfetätigkeit angesehen, die die Durchführung der Tat zwar erleichtert, doch den Helfer als außerhalb des eigentlichen Kerngeschehens stehend gleichwohl nur zur viel zitierten bloßen Randfigur macht. An Hand dieser Beispiele und durch wertenden Vergleich mit ihnen kann im Einzelfall sinnvoll beurteilt werden, ob es sich im jeweiligen Fall um einen Tatbeitrag von Gewicht und Bedeutung handelt (dann mittäterschaftlicher Tatbeitrag) oder eher nicht. Im Übrigen ist diese Frage besonders problematisch (wichtig: und daher besonders prüfungsrelevant!), wenn es sich um Tatbeiträge im Vorbereitungsstadium handelt; zu dieser Konstellation siehe nachfolgend IV/1.

7 Weiterführend für viele *Roxin*, AT II (o.Fn. 2), Rdn. 288 ff. zu § 25.

8 Nebenbei: Bei Aussagedelikten ist folglich auch keine *mittelbare* Täterschaft möglich, weshalb der Gesetzgeber mit § 160 StGB (Verleitung zur Falschaussage) denn auch ausnahmsweise den gesetzlichen Spezialfall einer nach allgemeinen Regeln sonst unmöglichen mittelbaren Täterschaft geschaffen hat.

9 Im Unterschied dazu spricht man von **notwendiger Teilnahme durch Begegnungsdelikte**, wenn auf der Opferseite eine Person vorhanden sein muss, die – wie z. B. bei der Tötung auf Verlangen (§ 216), bei Wucher (§ 291), bei Gläubigerbegünstigung (§ 283 c) oder beim sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen (§ 174) und weiteren Delikten dieser Art – mehr als nur »Opfer« ist, sondern auch als solches einen tatbestandsforderlichen Beitrag zu leisten hat. Auf die dabei nach wie vor heftig umstrittene Frage, ob oder unter welchen Voraussetzungen in solchen Fällen auch das notwendig beteiligte Opfer zu bestrafen ist, kann vorliegend nicht weiter eingegangen werden; weiter dazu vor allem *Roxin*, AT II, Rdn. 41 ff. zu § 26 sowie LK-*Schünemann* Rdn. 24 ff. vor § 26; zusammenfassend *Kühl*, AT, Rdn. 133 a zu § 20.

10 So der Leitsatz von BGHSt. 47, 383 ff. und so zuvor auch schon BGH NStZ 2000, 194; anders aber noch BGHSt. 23, 122 sowie zuvor auch schon RG Leipz. Zeitschrift (LZ) 1925, 213: je zu § 223 a früherer Fassung.

11 BGHSt. 46, 321 ff.: ausführlich dazu *Altenhain JURA* 2001, 836 ff.

12 BGHSt. 47, 214 ff.: dazu schon *Geppert*, JK 8/02, StGB § 244 I Nr. 2/3.

13 So grundlegend schon BGHSt. 28, 346 (348 f); ebenso nachfolgend für viele auch BGHSt. 37, 289 (291), BGHSt. 38, 315 (319) sowie BGHSt. 39, 381 (386).

14 Zuletzt BGH NStZ-RR 2009, 254; so zuvor auch schon BGHSt. 51, 219 ff.

2. Erforderlich ist zum andern ein **gemeinsamer Tatentschluss**, d. h. der wechselseitige Wille aller Tatbeteiligter, die Tat ganz bewusst zusammen verwirklichen zu wollen (*subjektives Erfordernis*). Eine ausdrückliche Vereinbarung ist insofern nicht erforderlich; selbstverständlich genügt nach Lage des Einzelfalles auch stillschweigendes Einvernehmen. Im Übrigen kann ein gemeinsamer Tatentschluss auch erst erfolgen, nachdem *ein* Täter schon einen Teil des Tatbestandes verwirklicht hat; man spricht hier von **sukzessiver Mittäterschaft**, die als solche während der eigentlichen Tatausführung durchaus zulässig ist¹⁵. Nach wie vor heftig umstritten ist insofern aber die Frage, ob Mittäterschaft in sukzessiver Form auch im Stadium zwischen Vollendung und materieller Beendigung statthaft ist; zu dieser ebenfalls besonders prüfungsrelevanten Konstellation nachfolgend IV/2.

Merke: (1) Die **bloß einseitige Billigung oder Förderung der Tat** eines anderen reicht aber nicht aus, selbst im eigentlichen Ausführungsstadium nicht; erforderlich ist jeweils eine wechselseitige Willensübereinstimmung, die Tat ganz bewusst arbeitsteilig-gemeinsam, d. h. gewissermaßen mit der Beteuerung »alle für einen, einer für alle!« begehen zu wollen¹⁶. Aus diesem Grund scheidet eine Mittäterschaft selbst dann, wenn jemand einen anderen bei Durchführung der Tat unterstützt und diese nach Lage des Falles durchaus auch »als eigene« will, doch der andere davon keine Kenntnis hat¹⁷. Derart **einseitiges Zusammenwirken** ist nur als Beihilfe zu bestrafen; denn dort ist keine wechselseitige Willensübereinstimmung erforderlich¹⁸.

(2) Selbstverständlich werden die Tatbeiträge des einen dem anderen nur zugerechnet, wenn sie auch vom Vorsatz des anderen erfasst sind. Der **Exzess eines Mittäters** kann dem anderen somit auch über § 25 Abs. 2 nicht zugerechnet werden¹⁹; dies jedenfalls dann nicht, wenn es sich nach Art des jeweiligen Straftatbestandes um eine wesentliche Abweichung vom gemeinsamen Tatplan handelt²⁰. Nach allgemeinen Regeln ist somit auch die **Objektsverwechslung durch einen Mittäter (error in persona vel objecto)** zu beurteilen; sie ist auch für die übrigen Mittäter unbeachtlich, wenn die Tathandlung im Rahmen der Abmachung bleibt und die Verwechslung angesichts tatbestandlicher Gleichwertigkeit der verwechselten Objekte/Personen den Tatbestandsvorsatz unberührt lässt²¹. *Kein* Mittäterexzess liegt hingegen vor und ein Mittäter demzufolge für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seines Tatgenossen gleichgültig ist²².

(3) Bei **erfolgsqualifizierten Delikten** genügt es, wenn das Grunddelikt mittäterschaftlich verwirklicht und in Bezug auf den besonderen qualifizierenden Erfolg nach Eigenart des betreffenden Deliktes mindestens Fahrlässigkeit bejaht werden kann²³. Dabei ist jedoch zu beachten, dass auch die tatbestandstypische besonders gefahrträchtige Basishandlung, die »unmittelbar« zum schweren Erfolg führt, ebenfalls vom gemeinsamen Tatentschluss erfasst sein muss. Daher haftet z. B. der Mittäter eines Raubes bzw. einer räuberischen Erpressung nicht für den Tod des Opfers, wenn als Gewaltanwendung zwar eine Körperverletzung vereinbart war, der eine Täter sich dann aber – insofern mit dem anderen nicht abgesprochen – zur Tötung des Opfers entschlossen hat und dieses (zwar nicht an den Folgen der Körperverletzung, wohl aber) an den tödlichen Messerstichen verstorben ist²⁴.

3. Zu beachten ist schließlich, dass **Mittäter nur sein kann, wer auch Alleintäter sein könnte**. Das bedeutet, dass eigenhändige Delikte auch mittäterschaftlich nur eigenhändig verwirklicht werden können und dass spezielle subjektive Unrechtsmerkmale (besondere »Absichten« nach Art z. B. der §§ 242, 249, 252, 263 u. a.) oder besondere Täterqualifikationen (z. B. »Banden«-Mitgliedschaft beim Bandendiebstahl²⁵, »Amtsträger«-Eigenschaft im Fall von Bestechlichkeit²⁶ oder Unfallbeteiligung bei unerlaubter Entfernung vom Unfallort²⁷) jeweils auch beim Mittäter gegeben sein müssen; eine wechselseitige Zurechnung ist hier nicht möglich.

Bei **qualifizierenden Merkmalen** ist demzufolge zu fragen, ob sie nach Maßgabe der zu § 28 StGB entwickelten Differenzierung als »tatbezogen« (d. h. das jeweilige Rechtsgut bezeichnend und damit mehr die Tat und die einzelnen Tatmodalitäten

betreffend) oder aber als »täterbezogen« (d. h. die besondere Pflichtenstellung des Täters und seine jeweiligen Motive betreffend) zu qualifizieren sind²⁸. Ersterenfalls können sie – sofern vom Vorsatz des Tatgenossen abgedeckt – selbstverständlich auch mittäterschaftlich zugerechnet werden; »täterbezogene« Merkmale hingegen müssen von jedem Tatbeteiligten in eigener Person verwirklicht sein.

III. Fahrlässige Mittäterschaft?

An einer Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichtes aus dem Jahre 1987²⁹ hat sich ein noch immer nicht abschließend geklärt Streit entwickelt, bei dem es um die Rechtsfigur einer *fahrlässigen* Mittäterschaft geht. Dieser Streit kann in seiner dogmatischen Tiefe und Breite hier nur angedeutet werden³⁰:

In jenem Fall, der unter der Bezeichnung »**Rolling Stones-Fall**« weithin Berühmtheit erlangt hat, hatten zwei Täter – jeweils ohne auch nur bedingten Körper- oder gar Tötungsvorsatz – gewissermaßen aus Jux und Tollerei auf der Rückfahrt von ihrer Waldhütte gemeinsam beschlossen, zwei große Felsbrocken einen Abhang bzw. einen überhängenden Felsen hinunterzurollen. Weil ihnen auf Grund ihrer Ortskenntnisse bekannt war, dass unten am Ufer des Töss-Flusses sich öfters Fischer aufhielten, riefen sie nach unten, ob sich dort jemand aufhielt. Als niemand antwortete, wuchteten beide einen jeweils über 50 kg schweren Stein den Abhang hinunter. Einer dieser beiden Steine traf einen Fischer tödlich, doch ließ sich nicht feststellen, welcher der beiden Steine das Opfer tödlich getroffen hatte.

Ein letztlich ähnlicher Fall war aber auch schon deutschen Strafgerichten zur strafrechtsdogmatischen Bewältigung aufgegeben, so im Jahre 1981 dem OLG Schleswig im

sog. **Streichholz-Fall**³¹: Danach waren zwei Täter im Rahmen eines gemeinsamen Diebstahlvorhabens nächtens in eine Fabrikhalle eingebrochen. Um sich in dem dunklen Raum orientieren zu können, hatten sie Streichhölzer angezündet, die sie nach Gebrauch aber achtlos auf den Boden fallen ließen. Durch ein offenbar noch brennendes Streichholz fing der Holzboden Feuer, so dass das ganze Gebäude nieder-

15 So schon RGSt. 8, 42 ff. (seither unbestritten).

16 Siehe dazu statt vieler BGH NSTZ 1985, 70 und BGH NJW 1987, 268.

17 Schulbeispiel (nach BGHSt. 6, 248 ff.): Der Täter kann sich der Beute nur bemächtigen, weil ein anderer – ohne dass der Täter dies weiß! – den Eigentümer daran hindert, die Wegnahme und den Abtransport der Beute zu verhindern.

18 Vgl. BGH NSTZ 2003, 85. Zu der Konstellation nur einseitiger Billigung/Förderung s. auch Kühn, AT, Rdn. 106 zu § 20 sowie LK-Schünemann Rdn. 174 f zu § 25; letzterer mit überzeugender Begründung auch gegen den Versuch vor allem von Jakobs, Allg. Teil (2. Aufl. 1991), Rdn. 43 zu 21, insofern auch den bloßen »Einpassungsentschluss« ausreichen zu lassen.

19 So grundlegend schon RGSt. 57, 307.

20 Zu einem Fall unwesentlichen Abweichens aus jüngerer Zeit BGH NSTZ-RR 2006, 37.

21 Dazu auch Wessels/Beulke, Strafrecht: Allg. Teil (39. Aufl. 2009), Rdn. 533 i. V. mit Rdn. 247 ff. sowie Kühn, AT, Rdn. 119 ff. zu § 20.

22 BGH NSTZ 2005, 261.

23 Weiterführend Roxin, AT II, Rdn. 197 zu § 25 und LK-Schünemann Rdn. 179 zu § 25.

24 So erst jüngst BGH NSTZ 2010, 33; dazu Satzger, JK 3/10, StGB § 251/9.

25 BGHSt. 46, 321 ff.

26 BGHSt. 14, 123 ff.

27 BGHSt. 15, 1 ff.

28 Für diese Differenzierung sind noch keine allseits einvernehmlichen Kriterien entwickelt; weiterführend Roxin, AT II, Rdn. 27 ff. zu § 27.

29 (Schweizer) BGE 113 IV, 58 ff.; ausführlich dazu Otto JURA 1990, 47 ff.

30 Monographisch dazu (und eine solche Rechtsfigur nachdrücklich ablehnend) aus jüngerer Zeit vor allem Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft (2006). Zur literarischen Gegenposition, die in jüngerer Zeit erkennbar anzuwachsen scheint, vor allem LK-Schünemann Rdn. 216 f zu § 25.

31 NSTZ 1981, 116 f.

brannte. Wer von beiden Tätern das noch glimmende Streichholz weggeworfen hatte, konnte auch hier nicht festgestellt werden.

Liegt in Fällen dieser Art³² jeweils nicht einmal bedingter Körperverletzungs- bzw. Brandstiftungs- oder geschweige denn Tötungsvorsatz vor, kommt auch keine Verurteilung wegen einschlägigen Versuchs in Frage und es ist allenfalls an fahrlässige Tötung, fahrlässige Körperverletzung oder fahrlässige Brandstiftung zu denken. Nun ist in allen diesen Fällen an fahrlässigkeitsrelevanter Sorgfaltspflichtverletzung selbstverständlich ebenso wenig zu zweifeln wie an der jedermann und auch den betreffenden Tätern erkennbaren Voraussetzbarkeit des tatbestandlichen Erfolges als kausale Folge ihrer groben Nachlässigkeit. Woran es mangelt ist der Nachweis der individuellen Kausalität, die sich allenfalls mit Hilfe einer Zurechnungsregel nach Art von § 25 Abs. 2 überwinden ließe. Eben dies ist bislang aber heftig umstritten, auch wenn vorweg einzuräumen ist, dass die Zahl derjenigen zunimmt, die hier die Hilfe von § 25 Abs. 2 in Anspruch zu nehmen bereit sind. Zum Streitstand im Groben:

1. Angesichts des frühen Siegeszuges der subjektiven Täterlehre (Unterscheidung von *animus auctoris* und *animus socii*) ist es für wahr keine Überraschung, dass sich die deutsche **Rechtsprechung**³³ und demzufolge auch das OLG Schleswig (»Streichholzfall«) angesichts fehlenden Tatenschlusses eine fahrlässige (weil von keinem gemeinsamen Tatenschluss getragene) Mittäterschaft schlechterdings nicht vorstellen kann (**Ablehnung einer fahrlässigen Mittäterschaft**)³⁴. Demzufolge geht die deutsche Rechtsprechung in solchen Fällen immer von einer fahrlässigen Nebentäterschaft und ist von hier aus gezwungen, zur Vermeidung eines kriminalpolitisch durchaus als unbefriedigend empfundenen Freispruchs nach alternativen Lösungsmöglichkeiten zu suchen³⁵:

(1) Hier ist einmal daran zu denken, (ähnlich wie bei der »*actio libera in causa*«) die **Sorgfaltspflichtverletzung zeitlich vorzulegen**, um auf diese Weise die Kausalität einer individuellen *früheren* Sorgfaltspflichtverletzung als Ursache für die *spätere* tatbestandliche Folge nachweisen und bejahen zu können. Auf diesem Weg hat denn auch der BGH schon in jenem bekannten »Wettfahrt-Fall« BGHSt. 7, 112 ff.³⁶ eine tatrichterliche Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung bestätigt, obgleich der Tod des einen eine Wette eingegangenen Fahrers nachweisbar auf dessen eigenem Fahrfehler beruhte. Die zum späteren Tod führende Sorgfaltspflichtverletzung des überlebenden Fahrers wurde vom BGH demgegenüber erklärtermaßen darin gesehen, dass jener eine derart unsinnig gefährliche Wettfahrt mit dem anderen überhaupt vereinbart hat; denn – so wörtlich der BGH – das Opfer wäre nicht zu Tode gestürzt, »wenn der Angeklagte keine Wettfahrt mit ihm verabredet und ausgeführt hätte«³⁷.

(2) Man könnte aber auch daran denken, späteren Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Kausalität aktiver Begehungsweisen mittels des Hinweises auf eine frühere Garantenpflicht aus dem Weg zu gehen (**Unterlassungslösung**)³⁸. Diesem Lösungsweg ist denn auch das BayObLG³⁹ im einschlägig bekannten sog. »**Kerzen-Fall**« gefolgt: In jenem Fall war nicht festzustellen, welcher von zwei Angeklagten die den späteren Brand verursachende Kerze aufgestellt hatte. Doch weil immerhin beide die fahrlässig aufgestellte Kerze nachweisbar als Beleuchtung benutzt hatten und eine solche Handlung ausweislich auch einer bayrischen Verordnung zur Verhütung von Bränden »grundsätzlich gefährlich« sei, hätte hieraus die Garantenpflicht eines jeden von ihnen bestanden, »bei Verlassen des Zimmers das ihm Zumutbare zu tun, dass in seiner Abwe-

senheit kein Brand entsteht«⁴⁰. Damit war für das BayObLG der Weg frei, beide Angeklagten wegen fahrlässiger Brandstiftung durch Unterlassen zu verurteilen.

Zusammenfassend: Strafrechtsdogmatisch heikel und zudem nicht immer möglich sind solche alternativen Auswege allemal. Es wird niemand übersehen wollen, dass derartige Lösungen Gefahr laufen, z. B. bei der Vorverlagerungslösung die Anforderungen an frühere Sorgfaltspflichten zu überziehen oder bei der Unterlassungslösung die Anforderungen an die Garantenstellung aus Ingerenz überzustrapazieren. Sind derartige Lösungsalternativen im Einzelfall aber verbaut, bleibt es in Fällen dieser Art beim Freispruch. . . es sei denn, man bejaht die Rechtsfigur eben auch einer fahrlässigen Mittäterschaft, was mangels »gemeinschaftlicher« Begehung, die nur bei gemeinsam gefasstem Tatvorsatz möglich sei, jedoch nach wie vor zahlreiche Stimmen im deutschen Schrifttum nachdrücklich ablehnen⁴¹.

2. Man wird diesbezüglich heute aber kaum mehr von einer »herrschenden Meinung« sprechen können; denn unübersehbar mehren sich die Stimmen, die – wenn auch mit unterschiedlicher Nuancierung – die Rechtsfigur auch einer fahrlässigen Mittäterschaft bejahen und von hier aus in der Lage sind, die in Fällen dieser Art ansonsten kaum zu überwindenden Schwierigkeiten individueller Kausalitätsnachweise zu meistern⁴². Letztlich stellen alle **Anhänger auch einer fahrlässigen Mittäterschaft** maßgeblich darauf ab, dass im Gesetzeswortlaut nur von »gemeinschaftlicher Begehung«, nicht aber zwingend von deren Vorsätzlichkeit die Rede sei. Von hier aus wird es möglich, z. B. mit *Otto* als dem engagiertesten und ersten modernen Befürworter auch der fahrlässigen Mittäterschaft das Risikoerhöhungsprinzip fruchtbar zu machen und eine Zuschreibung gemeinsamer Verantwortung auch für arbeitsteilig

32 Nebenbei, doch gewiss nicht unwichtig: Die gleichen strafrechtlichen Schwierigkeiten liegen letztlich auch jener zunehmenden Zahl deliktischer Schädigungen durch die Ausführung von Beschlüssen kollegial organisierter Gremien zugrunde, für die als »leading case« das sog. »**Lederspray-Urteil**« (BGHSt. 37, 106 ff.) steht. Auch in diesen Fällen geht es darum, mit Hilfe der Rechtsfigur der (fahrlässigen) Mittäterschaft, d. h. einer Zurechnungsregel nach Art von § 25 Abs. 2 individuelle Kausalitätsnot zu überwinden.

33 Nachweise dazu bei *Kraatz* (o. Fn. 30) S. 45 ff.

34 Apodiktisch knapp und ohne weitere Begründung denn auch OLG Schleswig NSTZ 1982, 116.

35 Ausführlich dazu *Kraatz* a. a. O. S. 75 ff.

36 Zu einer ähnlichen Fallkonstellation siehe auch *Günther* JuS 1988, 386 ff.

37 So wörtlich BGHSt. 7, 112 (114). Nebenbei: An die Unterbrechung des Kausal- bzw. des normativen Zurechnungszusammenhangs durch eigenverantwortliche Selbstgefährdung hat der BGH im Jahre 1955 noch nicht gedacht; doch kann diese Problematik vorliegend nicht weiter verfolgt werden. Zu diesen Fragen zusammenfassend *Geppert* JURA 2001, 490 ff.

38 Dazu vor allem *Walder*, Spindel-Festschrift (1992), S. 363 ff.; weitere Nachweise dazu bei *Kraatz* a. a. O. S. 80 ff.

39 NJW 1990, 3032.

40 So wörtlich BayObLG NJW 1990, 3032.

41 So neuerdings vor allem *Kraatz* a. a. O. S. 249 ff. und passim; auf dieser Linie zuvor schon und je mit weiteren Nachweisen *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht Allg. Teil (11. Aufl. 2003), Rdn. 74 zu § 22; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts: Allg. Teil (5. Aufl. 1996), S. 676, *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht Allg. Teil: 2. Teilband (7. Aufl. 1989), Rdn. 105 zu § 47, *Sch/Schr/Cramer/Heine*, StGB (27. Aufl.), Rdn. 116 vor § 25 sowie *Botke* GA 2001, 463 ff. und *Puppe* GA 2004, 129 ff. Weitere Nachweise bei LK-Schünemann Rdn. 217 zu § 25 mit Fn. 502.

42 Es sind dies im Schrifttum vor allem *Otto* (JURA 1990, 47 ff. sowie Spindel-Festschrift S. 271 ff.) und auf dieser Linie neuerdings auch *Roxin*, AT II, Rdn. 242 zu § 25, LK-Schünemann Rdn. 217, SK-Hoyer Rdn. 154 und MK-Joecks Rdn. 240 ff. – je zu § 25 – sowie *Weißer* JZ 1998, 230 ff. und *Küpper* GA 1998, 519 ff. Weitere Nachweise bei LK-Schünemann Rdn. 217 zu § 25 mit Fn. 502 sowie bei *Kraatz* a. a. O. Rdn. 114 auf S. 110.

begründete Gefahrenlagen zu ermöglichen. Dogmatisch interessant ist z. B. auch der Versuch, die fahrlässige Mittäterschaft als Verletzung einer gemeinschaftlichen Sorgfaltspflicht⁴³ oder aber handlungstheoretisch als quasi »Unsorgfaltsgemeinschaft«⁴⁴ zu deuten, um so auch bei Fahrlässigkeit von »gemeinschaftlicher Begehung« sprechen zu dürfen. Kurz: Dieser dogmatische Streit ist noch lange nicht entschieden und muss im Rahmen eines didaktischen Zwecken dienenden REPETITORIUMS gewiss auch nicht abschließend entschieden werden.

IV. Besonders prüfungsrelevante Sonderfragen

In Übungen und im Examen als besonders »beliebt« haben sich immer wieder fünf Fallkonstellationen gezeigt, die nachfolgend etwas ausführlicher besprochen werden sollen:

1. So ist nach wie vor heftig umstritten die **Frage, ob Mittäterschaft auch durch Tatbeiträge nur im Vorbereitungsstadium verwirklicht werden kann**. Insofern werden drei Positionen vertreten:

a) Unter Zugrundelegung ihrer subjektiv ausgerichteten »Animus-Lehre« ließ schon das Reichsgericht⁴⁵ und lässt in langjährig gefestigter Rechtsprechung auch der Bundesgerichtshof⁴⁶ selbst Tatbeiträge im Vorbereitungsstadium und gegebenenfalls sogar rein geistige Unterstützungsakte⁴⁷ als arbeitsteilige Tatbeiträge genügen, sofern sich aus diesen die spätere Tatausführung lediglich vorbereitenden/unterstützenden Kausalbeiträgen nach den anerkannten Regeln der Animus-Theorie jener für jede Form der Täterschaft unverzichtbare »animus auctoris« belegen (zu ergänzen: und selbstverständlich auch der gemeinsame Tatentschluss im Sinne jenes oben erläuterten »einer für alle, alle für einen!« nachweisen) lässt.

b) Im Wesentlichen zu gleichen Ergebnissen kommt auch die **im Schrifttum wohl noch immer herrschende Ansicht**, die auch bei Tatbeiträgen im Vorbereitungsstadium eine Mittäterschaft nicht grundsätzlich ausschließen will: dies vom Tatherrschaftsgedanken aus folgerichtig aber nur dann, wenn trotz des deliktischen Defizits im *Ausführungsbereich* insgesamt gleichwohl noch von einer (Mit-)Täterschaft gesprochen werden kann⁴⁸.

Demzufolge ist auch von diesem Lösungsansatz aus erforderlich, dass das »Beteiligungsmisus« bei der eigentlichen Tatdurchführung durch das besondere Gewicht bei der mitgestaltenden Deliktsplanung/-vorbereitung oder aber durch eine besonders herausgehobene Stellung innerhalb der deliktischen Gesamtorganisation hinreichend ausgeglichen wird (nochmals: Mittäterschaft als funktionelle Tatherrschaft). So wird es möglich, z. B. auch den im Hintergrund planenden Bandenchef ebenso als Mittäter zu bestrafen wie den Behörden-, Unternehmens- oder Regierungschef, der sich nicht die Hände schmutzig macht, sondern das Kausalgeschehen vom Schreibtisch aus plant und lenkend in der Hand hat. Die Kasuistik zeigt, dass sich in der Praxis damit letztlich die gleichen Ergebnisse erzielen lassen, wie sie die Rechtsprechung nach »wertender« Betrachtung mit der von ihr befürworteten (eingeschränkten) Animus-Lehre zu erreichen in der Lage ist.

c) Demgegenüber verlangt eine literarische **Minderansicht**, die in letzter Zeit ersichtlich Anhänger gewinnt, auch vom Tatherrschaftsgedanken aus für die Mittäterschaft zwingend einen Tatbeitrag speziell und ausschließlich im *Ausführungsstadium*. Hier wird der Tatherrschaftsgedanken also besonders ernst genommen; denn wer nur bei der Vorbereitung mitwirkt, könne das Geschehen zwar beeinflussen, doch nicht beherrschen⁴⁹. Diese Ansicht begreift die Mittäterschaft somit als reine »Ausführungs«-Mittäterschaft, wozu der gesamte Zeitabschnitt zwischen Versuchsbeginn bis einschließlich formeller Vollendung

gehören soll. Doch wird von den Anhängern dieser Rechtsposition immer wieder darauf hingewiesen, dass mittäterschaftliche Tatbeiträge in diesem zeitlichen Bereich nicht notwendig gleichzeitig geleistet werden müssen und dass z. B. auch der viel zitierte Bandenchef als Mittäter nicht unbedingt am Tatort anwesend sein muss⁵⁰.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass auch die Anhänger dieses Lösungsansatzes bezüglich des Banden-, Unternehmens- oder Regierungschefs im Hintergrund meist keinesfalls auf eine ebenfalls *täter-schaftliche* Bestrafung verzichten müssen; denn weil sie diesen Personenkreis mittels der Rechtsfigur der Organisationsherrschaft als »Täter hinter dem (gemeint: volldeliktisch handelnden) Täter« ansehen, sind sie in der Lage, ihn jedenfalls als *mittelbaren* Täter bestrafen können⁵¹.

2. Dogmatisch noch heikler ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Zeitpunkt in mittäterschaftlicher Form in eine bereits begonnene Ausführungshandlung eingetreten werden kann. Dabei ist aber nicht in Frage gestellt, ob es überhaupt eine »sukzessive« Mittäterschaft gibt; denn wie oben (II/2) ausgeführt, ist die sukzessive Mittäterschaft in der Ausführungsphase sehr wohl zulässig (heute unbestritten). Heftig **umstritten** ist indes nach wie vor, **ob eine sukzessive Mittäterschaft auch noch möglich ist, wenn die Tat zwar (formell) vollendet, doch noch nicht (materiell) beendet ist**. In der Praxis spielt diese Frage vor allem beim Diebstahl eine Rolle, wo die Tat mit »Wegnahme« bekanntlich bereits formell vollendet, doch erst mit Sicherung der Beute auch materiell beendet und wo demzufolge problematisch ist, ob der den Abtransport der Beute sichernde Helfer noch als Mittäter/Gehilfe des Diebstahls oder wegen nachfolgender sachlicher Begünstigung (§ 257) zu bestrafen ist. Zum Streitstand zusammenfassend nur so viel:

a) Wie ich bereits früher (JURA 1999, 272f) hinsichtlich der letztlich gleich gearteten Frage für die Konstellation der sukzessiven Beihilfe ausgeführt habe, hält die **Rechtsprechung**⁵² mit

43 So etwa Bettina Weißer JZ 1998, 230 ff.; kritisch insoweit Kraatz a. a. O. S. 135 ff.

44 So etwa Riedo/Chvojka ZStR 2002, 161 ff. und auf dieser Linie wohl auch Kuhlen in »Fünzig Jahre BGH: Festgabe aus der Wissenschaft Band IV (2000), S. 647 ff.; jeweils kritisch dazu Kraatz a. a. O. S. 139 ff.

45 So schon RGSt. 2, 160 ff. (Schmierestehen beim Diebstahl) und so zuletzt auch noch RGSt. 74, 21 ff. (Verschaffung eines Abtreibungsmittels).

46 Grundlegend BGHSt. 11, 268 ff. und seither langjährig gefestigte Rechtsprechung: insoweit für viele BGHSt. 16, 14 ff., BGHSt. 37, 289 ff. und BGHSt. 39, 381 ff.; weitere Nachweise bei LK-Schünemann Rdn. 181 zu § 25.

47 Dazu vor allem BGHSt. 37, 289 ff.

48 Auf dieser Linie im Schrifttum Wessels/Beulke, AT, Rdn. 528, Baumann/Weber/Mitsch, AT, Rdn. 83 zu § 29, Jescheck/Weigend, AT, S. 674 f, Jakobs, Strafrecht Allg. Teil (2. Aufl. 1991), Rdn. 52 zu § 21 und Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allg. Teil I (5. Aufl. 2004), S. 290 sowie Sch/Schr/Cramer/Heine Rdn. 66, Lackner/Kühl, StGB (26. Aufl. 2007), Rdn. 11 und MK-Joicks Rdn. 193: alle zu § 25 und mit weiteren Nachweisen.

49 So wörtlich LK-Schünemann Rdn. 182 zu § 25. Dieser Lösungsansatz geht einmal mehr auf Roxin zurück: siehe LK (11. Aufl.) Rdn. 181 ff. sowie denselben im AT II, Rdn. 198 ff. zu § 25; weitere Anhänger und alle mit weiteren Nachweisen: Bloy GA 1996, 424, Bottke GA 2001, 472, Eschenbach JURA 644 f und Herzberg ZStW 99 (1987), 58 sowie NK-Schild, StGB (2. Aufl.), Rdn. 95 zu § 25.

50 Zahlreiche Belege und Beispiele bei LK-Schünemann Rdn. 183 f zu § 25.

51 Weiter dazu LK-Roxin (11. Aufl.) Rdn. 128 ff. sowie LK-Schünemann Rdn. 126 ff.: je zu § 25 und mit weiteren Nachweisen.

52 So schon das Reichsgericht (RGSt. 58, 13 f und RGSt. 71, 193: allerdings je zur sukzessiven Beihilfe) und OGHSt. 3, 1 ff. und so dann vor allem auch der Bundesgerichtshof: erstmals in BGHSt. 2, 344 ff., grundlegend in BGHSt. 6, 248 ff. und nachfolgend in gefestigter Rechtsprechung (vgl. für viele aus jüngerer Zeit nur BGH NSZ 2000, 594 und BGH NSZ-RR 1997, 319). Im Schrifttum nimmt die Zustimmung zu dieser Rechtsposition inzwischen aber ab: so

großer Hartnäckigkeit daran fest, dass es (nicht nur eine Beihilfe, sondern auch) eine Mittäterschaft selbst für Tatbeiträge gibt, die jemand erst nach Vollendung der Tat erbringt⁵³: dies jedoch nur, wenn es sich um Tatbeiträge handelt, die für das endgültige Gelingen des deliktischen Gesamterfolges im Rahmen arbeitsteiliger Ausführung nicht ganz unwichtig und zudem von einem gemeinsamen Tatentschluss getragen sind⁵⁴. Die Abgrenzung zu einer möglichen parallelen sachlichen Begünstigung (§ 257) hat nach Ansicht der Rechtsprechung ausschließlich nach der inneren Willensrichtung des nachträglich Helfenden zu erfolgen: sukzessive Mittäterschaft/Beihilfe, wenn der Helfer die noch nicht beendete Tat fördern und zu einem für den Täter günstigen Abschluss bringen wolle, doch sachliche Begünstigung, wenn es dem Täter um die Vorteilssicherung zugunsten des Vortäters gehe⁵⁵.

b) Ganz abgesehen von den Schwierigkeiten, wie eine solche Differenzierung in der Praxis vom Tatrichter beweismäßig zu bewältigen ist⁵⁶, mehren sich im **Schrifttum** die Stimmen, die eine sukzessive Teilnahme (Mittäterschaft ebenso wie Beihilfe) nach vollendeter Haupttat zu Recht nachdrücklich ablehnen⁵⁷; ausgenommen wird lediglich die nachträgliche Unterstützung zwar vollendeter, doch noch unbeendeter Dauerdelikte (insoweit unbestritten⁵⁸). Es sind im Wesentlichen drei Gründe, die gegen eine sukzessive Teilnahme auch nach vollendeter Haupt- bzw. Vortat sprechen:

(1) Folgerichtig scheidet eine sukzessive Mittäterschaft für alle jene Stimmen, welche die Mittäterschaft im engen Sinn als bloße »Ausführungs«-Mittäterschaft begreifen und den § 25 Abs. 2 danach auf den Zeitabschnitt ab Versuchsbeginn bis Vollendung beschränken⁵⁹. Doch auch wer nicht so weit gehen will, das Wesen der Mittäterschaft aber auch sonst von gemeinsamer funktioneller Tatherrschaft her deutet (h. M.), wird von einer arbeitsteiligen Herbeiführung des gemeinsam gewollten tatbestandlichen Erfolges wohl kaum mehr sprechen wollen, wenn dieser Erfolg zuvor bereits herbeigeführt worden ist⁶⁰.

(2) Vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsprinzips (Art. 103 Abs. 2 GG) wird zudem zu Recht darauf hingewiesen, dass für die rechtsstaatliche sichere Grenze strafbaren Verhaltens allein die im Wortlaut des Gesetzes vorgegebene *Vollendung*⁶¹, nicht jedoch der zeitlich nicht exakt fixierbare Zeitpunkt der materiellen *Beendigung* einer Straftat maßgeblich sein darf⁶².

(3) Schließlich und vor allem ist darauf hinzuweisen, dass jedwede Hilfe »post factum«, also jede Hilfe erst *nach* vollendeter Tat nach den Sondervorschriften der sachlichen Begünstigung (§ 257), der Hehlerei (§ 259) und der Strafvereitelung (§§ 258 und 258 a) spezialgesetzlich geregelt und nach Maßgabe dieser Vorschriften in ihrer Strafbarkeit – objektiv wie subjektiv – ersichtlich *ingeschränkt* ist. Demzufolge ist eine Ausweitung strafbarer nachträglicher Hilfe mittels der Rechtsfigur der sukzessiven Mittäterschaft/Beihilfe letztlich nicht nur kriminalpolitisch überflüssig, sondern angesichts der Umgehung bestimmter spezialgesetzlicher Strafbarkeitsschranken wohl auch verfassungsrechtlich bedenklich.

c) In der Praxis wirkt sich der Streit um die Zulässigkeit einer sukzessiven Mittäterschaft/Beihilfe vor allem bei der **Frage** aus, **ob einem nachträglich eingreifenden Mittäter/Gehilfen auch die Erschwerungsgründe zugerechnet werden dürfen, die bei seinem Hinzutreten bereits abgeschlossen vorlagen**. Hier lässt sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine immerhin bemerkenswerte Entwicklung feststellen⁶³:

Entgegen der Rechtsprechung des Reichsgerichts⁶⁴, doch an sich folgerichtig zu seinem Rechtsstandpunkt, die sukzessive

Mittäterschaft/Beihilfe auch noch *nach* Vollendung zulassen zu wollen, hat der BGH eine solche Zurechnung erstmals in BGHSt. 2, 344 ff. gebilligt und diese Rechtsprechung nachfolgend noch mehrfach bestätigt⁶⁵. Das Schrifttum ist dem zwar zunächst gefolgt⁶⁶, lehnt eine solche Zurechnung heute aber weithin und wohl zu Recht ab⁶⁷. Nur folgerichtig ist dies verständlicherweise für alle diejenigen vielen Stimmen im Schrifttum, die eine sukzessive Teilnahme nach Vollendung schlechterdings ablehnen; denn wenn Mittäterschaft funktionsbedingte gemeinsame Tatherrschaft ist, entzieht sich doch wohl jeder Mitbeherrschung, was zeitlich bereits zuvor erfolgreich bewirkt worden ist: so zu Recht *Schünemann*⁶⁸, der zudem ebenfalls zu Recht darauf hinweist, dass das gleiche Ergebnis sich letztlich auch den Anhängern subjektiver Tätertheorien aufdrängen müsste; denn die nur nachträgliche Kenntnisnahme eines Erschwerungsgrundes, zu dessen Verwirklichung der nachträgliche Helfer⁶⁹ schlicht nichts beigetragen hat, könne doch wohl kaum als täterschaftsrelevanter »animus auctoris« anerkannt werden. Immerhin bemerkenswert ist nach alledem, dass offenbar auch der BGH es seit einiger Zeit für eine mittäterschaftliche Zurechnung nicht mehr ausreichen lässt, wenn der zur Tat Hinzutretende keinen für die Tatbestandsverwirk-

wohl noch *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch, S. 692 und *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, Rdn. 25 zu § 31; deutlich vorsichtiger insoweit auch noch *Fischer*, StGB (57. Aufl.), Rdn. 21 und *Sch/Schr/Cramer/Heine* Rdn. 91: je zu § 25.

53 Nebenbei: Nach Beendigung der Haupt- bzw. Vortat gibt es selbstverständlich auch keine Beihilfe mehr (unbestritten); ist die Tat auch materiell beendet, greifen nur die Spezialvorschriften der §§ 257 (sachliche Begünstigung), 258 (Strafvereitelung) oder 259 (Hehlerei) ein.

54 So neuerdings nachdrücklich auch BGH wistra 2001, 378 und OLG Hamm NStZ-RR 2005, 72; auf dieser Linie auch *Fischer* Rdn. 21 und *Sch/Schr/Cramer/Heine* Rdn. 91 als literarische (Noch-)Vertreter der im Schrifttum weithin abgelehnten Gegenposition, die eine sukzessive Mittäterschaft/Beihilfe grundsätzlich ablehnt.

55 Auf dieser Linie wörtlich schon RGSt. 58, 13 (14): Sachliche Begünstigung sei gegeben, wenn »der Wille des Beistandsleistenden ausschließlich darauf gerichtet sein kann, den Täter vor einem Verlust der Vorteile seines bisherigen Verhaltens... zu bewahren«; eine nachträgliche Teilnahme liege hingegen vor, wenn es dem nachträglichen Helfer darum gehe, »die noch ausstehende, erst in der Zukunft liegende Verwirklichung eines Vergehens zu fördern«.

56 Im Klartext: Das Ergebnis der tatrichterlichen Überzeugungsbildung wird meist wohl eher »zugeschrieben« als ernsthaft »festgestellt« und hängt letztlich stark vom Einlassungsgeschick des Angeklagten (oder vom Beratungsgeschick seines Verteidigers) ab!

57 Siehe statt vieler und mit weiterführenden Nachweisen vor allem LK-*Roxin* (11. Aufl.) Rdn. 192 ff., LK-*Schünemann* (12. Aufl.) Rdn. 197 ff., *Lackner/Kühl* Rdn. 12 und MK-*Joecks* Rdn. 177 ff.: alle zu § 25.

58 Vgl. LK-*Roxin* (11. Aufl.) Rdn. 39 zu § 27 und *Kühl*, AT, Rdn. 235 zu § 20: je mit weiteren Nachweisen.

59 Nochmals: so vor allem LK-*Roxin* (11. Aufl.) Rdn. 192 und LK-*Schünemann* (12. Aufl.) Rdn. 197.

60 Vgl. *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, Rdn. 64 zu § 49 und *Otto*, Grundkurs Strafrecht: Allg. Teil (7. Aufl. 2004), Rdn. 66 zu § 21.

61 Verständnisfrage: Wann ist eine Tat vollendet? wenn die Tat so, wie sie im Gesetz umschrieben ist, verwirklicht worden ist.

62 So nachdrücklich vor allem *Roxin*: siehe im LK (11. Aufl.) Rdn. 35 zu § 27 sowie im AT II, Rdn. 221 zu § 25 i.V. mit Rdn. 262 zu § 26.

63 Auch dazu weiterführend vor allem *Roxin*, AT II, Rdn. 224 ff. zu § 25 sowie LK-*Schünemann* Rdn. 198 ff. zu § 25.

64 Vgl. RG JW 1923, 756 und zuletzt noch RGSt. 59, 79 (82).

65 Dazu etwa BGH GA 1966, 210 sowie BGH bei *Holtz* MDR 1982, 446.

66 Siehe dazu die Nachweise bei LK-*Schünemann*: dort Fn. 442 bei Rdn. 200 zu § 25.

67 Siehe statt vieler nur *Jakobs*, AT, Rdn. 60 zu § 21, *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch, S. 678, *Otto*, AT, Rdn. 64 zu § 21 sowie je zu § 25 *Lackner/Kühl* Rdn. 12, *Sch/Schr/Cramer/Heine* Rdn. 91 und LK-*Schünemann* Rdn. 200 (in Fn. 443 mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

68 LK (12. Aufl.): Rdn. 200 zu § 25.

69 Kritisch gefragt: Worin besteht denn dessen nachträgliche Hilfe?

lichung ursächlichen Tatbeitrag geleistet hat: Bei einer solchen Sachlage habe der nachträgliche Helfer den Erfolg der gemeinsamen Tat kaum »mehr fördern (können), weil für die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges schon alles getan ist und weil das Tun des Eintretenden auf den weiteren Ablauf des tatbestandsmäßigen Geschehens ohne jeden Einfluss bleibt«⁷⁰. Auf dieser Linie bleibt der BGH denn auch in einer neueren Entscheidung⁷¹, wo zwar die Zulässigkeit einer sukzessiven Mittäterschaft zunächst einmal mehr bestätigt, dann aber ausdrücklich klargestellt wird:

»Sukzessive Mittäterschaft liegt vor, wenn sich eine Person einer zunächst fremden Tat nach deren Beginn und vor ihrer Beendigung als Mittäter in Kenntnis und unter Billigung des bisherigen Tatablaus anschließt und ihr Handeln noch Einfluss auf den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs hat. Das Einverständnis des später Hinzutretenden führt aber nicht dazu, dass ihm auch der Teil des Tatgeschehens, das schon vollständig abgeschlossen war, zugerechnet werden kann.«

Wenn dem aber so ist, scheint auch für den Bundesgerichtshof der Schritt nicht mehr weit, nicht nur die nachträgliche Zurechnung erschwerender Tatumstände aufgeben, sondern für den Bereich nach Vollendung der Tat die Zulässigkeit der sukzessiven Teilnahme schlechthin verneinen zu wollen. Man wird prophezeien dürfen, dass diesbezüglich das letzte Wort noch nicht gesprochen ist!

3. Immer wieder Schwierigkeiten bereitet der Praxis – um auf eine dritte in Übung oder Examen besonders »beliebte« Fallkonstellation einzugehen – die **Frage, wann bei Mittäterschaft für die einzelnen Mittäter der Bereich des strafbaren Versuchs beginnt**. Zur Erläuterung dieser Frage steht nachfolgender bekannter

Fall (nach BGH NStZ 1981, 99): Der hoch verschuldete A wollte sein versichertes Haus in Brand setzen und tüftelte dafür ein technisch ausgeklügeltes System einer Brandstiftungsanlage aus, deren Material er auch besorgte und die er – zusammen mit dem B – in dem Haus dann auch schon installierte. Um für die eigentliche Brandstiftung ein bombensicheres Alibi zu haben, bat A den B, für ihn gegen ein ansehnliches Honorar die eigentliche Brandstiftung in die Tat umzusetzen. Dazu kam es aber nicht: A war zwar per Billigflug bereits nach Übersee abgeflogen, doch hatte den B auf dem nächtlichen Weg zum Tatort der Mut verlassen; er kehrte um, ging noch in der gleichen Nacht zur Polizei und erleichterte dort sein Gewissen. Wie haben sich A und B strafbar gemacht?

Lösung: A. Selbstverständlich sind A und B in diesem Fall getrennt zu prüfen, da die Lösung für beide ersichtlich unterschiedlich ausfallen wird, und selbstverständlich ist diesbezüglich mit der **Person des B** als des tatnäheren Beteiligten zu beginnen:

Dieser hat die von ihm zugesagte *schwere Brandstiftung* (§ 306 a Abs. 1 Nr. 1) nicht nur nicht vollendet, sondern sie auch nicht in strafbarer Weise versucht (§§ 306 a Abs. 1 Nr. 1, 22); denn trotz der erheblichen Gefahr, die sich für das geschützte Rechtsgut aus seinen und des A gemeinschaftlich erbrachten Vorarbeiten ergibt, hat er zur eigentlichen Tathandlung (»Inbrandsetzen« des Gebäudes) noch nicht »unmittelbar angesetzt« (§ 22). Es bleibt für ihn somit allenfalls eine *Vereinbarung*, (mittäterschaftlich) *das Verbrechen der schweren Brandstiftung zu begehen*, das zwar nach §§ 30 Abs. 2/3. Alt. i. V. mit 306 a Abs. 1 Nr. 1 volldeliktisch begangen wurde, von dem er aber »freiwillig« (weil ohne Druck von außen und somit aus autonomen Motiven) Abstand genommen und somit Straffreiheit nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 erworben hat.

B. Geht man mit der weithin h. M. und auch mit der Rechtsprechung davon aus, dass auch nach dem Tatplan besonders wichtige und wertvolle Tatbeiträge im bloßen Vorbereitungsstadium zur Mittäterschaft führen können (oben: IV/1), ist für die **Person des A** nach vorgegebenem Sachverhalt von (geplan-

ter) Mittäterschaft (§ 25 II) auszugehen; denn von ihm stammte nicht nur die Idee zum Ganzen, sondern die Brandstiftung so, wie sie geplant war, war durch B nur dank *seiner* (des A) wertvollen Vorarbeiten zu bewerkstelligen und somit maßgeblich auch *dessen* Werk. Von hier aus ist zu fragen, ob nicht jedenfalls für die Person des A der Bereich *versuchter schwerer Brandstiftung* (§§ 306 a Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 2, 22) erreicht ist. Dies ist nach wie vor umstritten:

(1) Wer diesbezüglich der sog. **Einzellösung** folgt, die den Versuchsbeginn für jeden einzelnen Mittäter (daher »Einzellösung«!) individuell, d. h. losgelöst vom Tatbeitrag des oder der anderen Mittäter bestimmt,

wird jedenfalls für die Person des A einen strafbaren Versuch bejahen, hat dieser den nach dem gemeinschaftlichen Tatplan ihm arbeitsteilig aufgegebenen Tatbeitrag (Austüfteln und Installation der Brandstiftungsanlage) ja vollinhaltlich geleistet und damit zu *seinem* Tatbeitrag mehr als nur im Sinn von § 22 »unmittelbar angesetzt«⁷². Der freiwillige Rücktritt des B (persönlicher Strafaufhebungsgrund!) kann dem A nach § 28 Abs. 2 selbstverständlich nicht zugute kommen.

(2) Wer aber auch Tatbeiträge im Vorbereitungsstadium für die Mittäterschaft ausreichen lässt, wird mit der Rechtsprechung⁷³ und mit wohl deutlich herrschender Meinung im Schrifttum⁷⁴ aus gutem Grund die sog. **Gesamtlösung** bevorzugen, die den Versuchsbeginn für alle Mittäter zusammen (daher »Gesamtlösung«!) bewusst einheitlich bestimmt; denn wenn die Zurechnungsregel des § 25 Abs. 2 auf dem Prinzip der Arbeitsteilung und der funktionellen Tatherrschaft beruht, ist es nur folgerichtig, alle Tatbeiträge so zu behandeln, als hätte ein einzelner Täter alle Tatbeiträge gemeinsam erbracht. Von dieser Überlegung aus ist die Grenze zum strafbaren Versuch demzufolge schon oder erst erbracht, wenn auch nur einer von ihnen im Rahmen des Gesamtplanes (eben: »einer für alle, alle für einen!«) zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes »unmittelbar angesetzt« hat:

Nach dem arbeitsteiligen Gesamtplan hat vorliegend folglich auch A das Stadium des Versuchs noch *nicht* erreicht; denn nach dem Gesamtplan wird erst mit dem nächtlichen Inbrandsetzen der Brandstiftungsanlage zum tatbestandlichen Inbrandsetzen »unmittelbar angesetzt«. Auch für die Person des A bleibt es somit nur bei der Verabredung einer schweren Brandstiftung (§§ 30 Abs. 2/3. Alt. i. V. mit 306 a Abs. 1 Nr. 1), für die er sich – insofern anders als B – mangels Rücktritts jedoch keine Strafbefreiung verschaffen konnte.

4. Hinzuweisen ist ferner auf eine weitere besonders prüfungsrelevante Fallkonstellation, die sich keine Professorenphantasie ausgedacht hat, vom Bundesgerichtshof jedoch

70 So wörtlich der Leitsatz von BGH StV 1998, 649; dazu schon Geppert, JK 99, StGB § 25 II/12. So zuvor schon BGH NStZ 1985, 70 sowie BGH JZ 1981, 596.

71 Beschl. v. 2. Juli 2009 – 3 StR 131/09 = NStZ 2010, 146. Auf gleicher Linie kurz zuvor auch schon der 4. Strafsenat: Beschl. v. 9. Juni 2009 – 4 StR 164/09 = NStZ 2009, 631 = StV 2010, 306.

72 So vor allem Schilling, Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters (1975), S. 104 und dieser Linie – je mit gewissen Nuancierungen – folgend auch Rudolphi, Bockelmann-Festschrift (1979), S. 369 ff., LK-Roxin (11. Aufl.) Rdn. 199 zu § 25 (derselbe ausführlich auch im AT II, Rdn. 297 ff. zu § 29), LK-Schünemann (12. Aufl.) Rdn. 204 zu § 25 sowie Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus (1985), S. 265 ff.

73 So schon RGSt. 66, 141 (143) und so dann auch BGH NStZ 1981, 99 f und BGHSt. 39, 236 ff.

74 Monographisch dazu Küper, Versuchsbeginn und Mittäterschaft (1978); auf dieser Linie dann auch Baumann/Weber/Mitsch, AT, Rdn. 104 zu § 29, Jakobs, AT, Rdn. 61 zu § 21, Jescheck/Weigend, Lehrbuch, S. 681, Wessels/Beulke, AT, Rdn. 611 sowie Lackner/Kühl Rdn. 6 und MK-Joicks Rdn. 227 – je zu § 25 – sowie Sch/Schr/Eser Rdn. 55 zu § 22. Weitere Nachweise bei Küper a. a. O. S. 11 ff. und bei LK-Schünemann (12. Aufl.) Rdn. 203 zu § 25 (dort in Fn. 449).

schon mehrfach zu entscheiden war und die in der Ausbildungsliteratur unter der Überschrift »die vermeintliche Mittäterschaft« läuft. Dafür steht folgender

Fall (nach BGHSt. 39, 236 ff.⁷⁵): A, B und C hatten verabredet, die Eheleute D in ihrer Wohnung zu überfallen; die Tat sollte wie folgt ablaufen: A sollte an der Haustüre klingeln und Frau D, die voraussichtlich öffnen würde, überwältigen. B und C sollten dann in die Wohnung stürmen und gemeinsam den Ehemann D fesseln, um dann anschließend in aller Ruhe die Wohnung ausplündern zu können. Entgegen seiner ursprünglichen Tatbereitschaft informierte A jedoch freiwillig die Polizei, ließ seine beiden Mitstreiter jedoch im Glauben, dass er die Tat nach wie vor zusammen mit ihnen durchführen wollte. Nach Absprache mit der Polizei klingelte A dann an der Haustür, die auch geöffnet wurde: doch nicht von Frau D, sondern von der Polizei, die den B und den C alsbald festnahm. Wie haben sich die Beteiligten strafbar gemacht?

Zur Lösung: A. Zu beginnen ist selbstverständlich auch hier mit der **Person des A**, weil er der (angeblich) tatdurchführungsnächste Beteiligte ist:

1. A für seine Person hat, als er an der Haustüre klingelte, jedenfalls keinen strafbaren *Raubversuch* (§§ 249, 22) begangen. Zu dieser Zeit hatte er weder einen Tatentschluss (nämlich weder einen gewaltbereiten Wegnahmever-satz noch eine rechtswidrige Zueignungsabsicht) noch hat er in diesem Augenblick nach seiner Vorstellung tatsächlich zur gewaltsamen Wegnahme »unmittelbar angesetzt«.

2. Mit der früheren Abrede hat A zusammen mit seinen beiden Kumpanen zwar volldeliktisch das *Verbrechen eines Raubes verabredet* (§§ 30 Abs. 2/3. Alt. i.V. mit 249), ist von dieser Tat aber freiwillig zurückgetreten (§ 31 Abs. 1 Nr. 3).

B. Deutlich schwieriger fällt demgegenüber die Prüfung der **Strafbarkeit von B und C** aus⁷⁶; diesbezüglich zeitlich schön der Reihe nach:

1. Hätte sich der Überfall tatsächlich so abgespielt wie ursprünglich zwischen den drei Beteiligten gemeinschaftlich und arbeitsteilig geplant und hätte demzufolge auch A – als er an der Haustüre klingelte – noch mit dem Willen gehandelt, den Raub wie abgesprochen durchzuführen, hätte er bei Zugrundelegen der (oben erläuterten) Gesamtlösung mit diesem Klingeln eindeutig zu raubmäßiger Gewaltanwendung/Wegnahme »unmittelbar angesetzt«; denn ohne weitere Zwischenschritte sollte die die Tür öffnende Frau D sofort gefesselt werden (Zwischenaktstheorie), womit mit eben diesem Klingeln auch die »Feuerprobe der kritischen Situation« erreicht worden wäre (Krisentheorie). Dieses Verhalten – immer noch unterstellt, es hätte sich tatsächlich so abgespielt – würde den beiden anderen Mittätern B und C nach Maßgabe der Gesamtlösung als *mittäterschaftlicher Raubversuch* (§§ 249, 25 Abs. 2, 22) angelastet werden können; denn nach dem Gesamtplan hätte jedenfalls einer von den drei Mittätern den Versuchsbereich erreicht, was den beiden anderen (im Rahmen ihres Vorsatzes) nach § 25 Abs. 2 zugerechnet werden könnte.

2. Umstritten ist jedoch, ob es bei diesem Ergebnis bleibt, wo doch A in Wahrheit gerade *keinen* tatbestandlichen Raubversuch verwirklicht hat. Dies wird unterschiedlich beurteilt:

(1) Im Ausgangsfall argumentiert der **2. Strafsenat** maßgeblich mit Sinn und Zweck der Zurechnungsregel des § 25 Abs. 2, derzufolge arbeitsteilige Tatbeiträge eines einzelnen Mittäters im Rahmen des gemeinschaftlichen Gewollten an sich jeweils auch den beiden anderen mitangelastet werden können, obgleich diese beiden diesen Tatbeitrag nicht selbst verwirklicht haben. Die Besonderheit des vorliegenden Falles – stellt der Senat dann aber fest – bestehe nun aber darin, dass in der Person des A gerade *kein* (tatbestandsmäßig-rechtswidriger) Raubversuch vorlag und ein solcher den beiden anderen Beteiligten folgerichtig auch nicht zugerechnet werden konnte⁷⁷. Wörtlich von hier aus der 2. Strafsenat⁷⁸:

Die Zurechnungsregel des § 25 Abs. 2 beruhe darauf, »dass sich bei Mittäterschaft jeder Beteiligte die im Rahmen des Tatplans liegenden

Tatbeiträge der jeweils anderen zurechnen lassen muss«. Für eine solche Zurechnung sei jedoch kein Raum, wenn das Handeln des einen zwar »äußerlich der mit den anderen getroffenen Abrede entsprach«, dieser damit aber »nicht den Willen verband, die verabredete Tat zur Ausführung zu bringen und an seinem Teil daran mitzuwirken«.

(2) Ersichtlich den gegenteiligen Rechtsstandpunkt scheint (in zwei etwas anders gelagerten, doch im dogmatischen Kern ähnlichen Fällen) der **4. Strafsenat** vertreten zu wollen⁷⁹. Ausgehend von einem streng »subjektiven« Versuchsverständnis aus, wie dieses der Konzeption der §§ 22 ff. zugrunde liege, will dieser Senat die Gesamtlösung auch dann anwenden, wenn nur ein *vermeintlicher* Mittäter zur Tat »unmittelbar angesetzt« hat. Der Senat argumentiert also erkennbar aus dem Geist der §§ 22 ff. und somit von der Vorstellung aus, dass nach derzeitiger Gesetzeskonzeption doch auch der »untaugliche« Versuch unter Strafe gestellt sei und folgerichtig dazu schon die bloße *Vorstellung* von der Mittäterschaft eines anderen für eine mittäterschaftliche Zurechnung ausreiche. Von diesem Ansatz aus käme der 4. Strafsenat vorliegend wohl zu einer Verurteilung wegen mittäterschaftlichen (untauglichen) Raubversuchs⁸⁰.

(3) Mit der inzwischen weithin herrschenden Ansicht im Schrifttum⁸¹ bekenne ich mich erneut nachdrücklich zur Position des 2. Strafsenates und wiederhole, was ich bereits früher ausgeführt habe⁸²:

Eine Zurechnung fremden Verhaltens nach den Grundsätzen der Mittäterschaft kann nur dort erfolgen, wo mittäterschaftliches Handeln tatsächlich vorliegt; der bloße »Schein« von Mittäterschaft reicht hierfür nicht aus. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, diese den objektiven Aspekt stärker berücksichtigende Sicht werde der Struktur des Versuchs nicht gerecht, weil dabei maßgeblich die subjektive Vorstellung des Täters (vorliegend also: von B und C) entscheidend sein müsse. Wer (mit dem 4. Strafsenat) so argumentiert, übersieht, dass selbstverständlich auch die Bestrafung wegen eines versuchten Deliktes an die Verwirklichung eines *objektiven* Versuchstatbestandes gebunden ist. Dieser setzt unabdingbar eine dem Versuchstäter zurechenbare »Ansatz«-Handlung voraus; fehlt es an dieser, liegt letztlich nur ein böser Wille vor, der in einem

75 Zustimmung dazu bei Otto, JK 94, StGB § 25 II/7, doch Kritik und Ablehnung bei Hauf NSTz 1994, 266. Ähnliche Fallkonstellationen liegen auch den Entscheidungen des 4. Strafsenates zugrunde, in denen dieser jedoch ersichtlich zu anderen Ergebnissen kommt: siehe den sog. »Münzhändler«-Fall BGHSt. 40, 299 ff. (dazu Geppert, JK 95, StGB § 25 II/9a und 9b) sowie BGH NSTz 2004, 110 (dazu Geppert, JK 8/04, StGB § 25 II/15).

76 Nebenbei: Diese Prüfung kann selbstverständlich gemeinsam erfolgen, weil beide objektiv wie subjektiv ersichtlich Gleiches getan haben!

77 So tendenziell wohl auch der 3. Strafsenat (BGH wistra 1987, 26 ff.).

78 BGHSt. 39, 236 (238).

79 Siehe den sog. »Münzhändler-Fall BGHSt. 40, 299 ff. (kritisch dazu Geppert, JK 95, StGB § 25 II/9a und 9b). In einem ähnlichen späteren Fall (NSTz 2004, 110 ff.) ablehnend Geppert, JK 8/04, StGB § 25 II/15 sowie Krack NSTz 2004, 697 ff.) hat der 4. Strafsenat des BGH zwar nicht den Mut aufgebracht, sich von seiner in der Münzhändler-Entscheidung vertretenen rein »subjektiven« Position zu lösen, obgleich dort die Annäherung an die »objektive« Konzeption des 2. Senates unverkennbar ist; denn immerhin verlangt jetzt auch der 4. Strafsenat, »dass der vermeintliche Mittäter jedenfalls die ihm nach dem Tatplan zugedachte Handlung tatsächlich ausführte« (NSTz 2004, 111).

80 Diese Lösung hat im Schrifttum wohl nur vereinzelt Zustimmung gefunden: so etwa bei Weber, Lenckner-Festschrift (1998), S. 441, Fischer Rdn. 22 zu § 20 sowie Hauf NSTz 1994.

81 Siehe insoweit statt vieler und mit jeweils weiteren Nachweisen vor allem Kühl, AT, Rdn. 125 und 123 a zu § 20 sowie Sch/Schr/Eser Rdn. 44 a und LK-Hillenkamp (11. Aufl.), Rdn. 175: je zu § 22; vgl. ferner Ingelfinger JZ 1995, 704 ff., Krack ZStW 117 (2005) 557 und Zops JURA 1996, 23 f.

82 JK 95, StGB § 25 II/9a und 9b.

Strafrecht, das nicht Gesinnungsstrafrecht sein will, als bloßes Internum nicht pönalisiert werden darf. Die bloße Vorstellung der potentiellen anderen Mittäter, ein anderer von ihnen sei tatsächlich ins Versuchsstadium eingetreten, kann also die tatsächliche Realisierung des Versuchs durch einen Mittäter nicht ersetzen; mit anderen Worten⁸³: Die bloße Vorstellung der anderen begründet nicht das hier unverzichtbare Zurechnungsobjekt; denn es geht nicht um die Einschätzung des eigenen, sondern um die Zurechnung fremden Verhaltens.

(4) Um abschließend nicht missverstanden zu werden: Selbstverständlich bleibt es für B und C bei einer Strafhaftung wegen *Raubverabredung* (§§ 30 Abs. 2/3. Alt. i.V. mit 249), von der sie nicht strafbefreiend zurückgetreten sind.

5. Bleibt schließlich eine letzte Fallkonstellation, bei der in Übung und im Examen häufig Fehler gemacht werden. Es geht um das **Ausscheiden eines möglichen Mittäters bereits im Vorbereitungsstadium**, insbesondere bei gegebenenfalls fortwirkenden Tatbeiträgen; anders formuliert: es geht um die Problematik einer möglichen mittäterschaftlichen Strafhaftung, wenn der Mittäter sein Einverständnis *vor* Versuchsbeginn zurückzieht⁸⁴. Dafür steht nachfolgender

Fall (nach BGH NStZ 2009, 25⁸⁵): Der spätere Mitangeklagte A hatte mit drei Komplizen den Überfall auf den Leiter eines Penny-Marktes geplant: A war eindeutig der »Kopf« der Truppe, hatte den gesamten Überfall minutiös geplant und sollte auch den Fluchtwagen steuern; die Tat sollte am 29. Januar durchgeführt werden. Weil A an diesem Tag jedoch Frühschicht hatte und deshalb an der Ausführung der Tat nicht mitmachen konnte, sagte er seinen Komplizen ab, ging aber davon aus, dass die Tat zu einem späteren Zeitpunkt, doch nach wie vor mit seiner aktiven Mitwirkung durchgeführt werden sollte. Ohne dies dem A mitzuteilen, führten die drei Komplizen die Tat jedoch am 31. Januar durch: mit einem Ersatzmann und in etwas anderer Rollenverteilung, doch ansonsten wie ursprünglich geplant (der Filialleiter wurde mit einer ungeladenen Schreckschusspistole zur Öffnung des Tresors und zur Übergabe des dort vorrätigen Wechselgeldes gezwungen). Das LG Tübingen hat den A insoweit nur wegen Anstiftung zu schwerer räuberischer Erpressung verurteilt; die Revision des A zum BGH führte jedoch zu einer Änderung des Schuldspruchs. Zu welcher wohl?

Lösung: Weil man in Fällen dieser Art natürlich auch an »Rücktritt« denkt, sucht man die Lösung häufig vorschnell bei § 24 Abs. 2. Doch bevor man die Rücktrittsvorschriften bemüht, ist vorab zu klären, ob für die betreffende Person überhaupt von einer (vollendeten oder auch nur versuchten) Straftat auszugehen ist; denn nur von einer solchen kann gegebenenfalls mit strafbefreiender Wirkung zurückgetreten werden. Einmal mehr hängt die Lösung des vorliegenden Falles nach alledem davon ab, ob man auch Tatbeiträge im Vorbereitungsstadium für eine mögliche Mittäterschaft ausreichen lässt:

a) Wer von einer streng verstandenen Tatherrschaftslehre aus eine mittäterschaftliche Begehungsweise nur bei Tatbeiträgen im eigentlichen Ausführungs-, nicht hingegen auch im bloßen Vorbereitungsstadium für ausreichend hält⁸⁶, wird eine mittäterschaftliche Strafhaftung des A für die später vollendete schwere räuberische Erpressung (§§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1) vorliegend allein schon deshalb verneinen, weil A jedenfalls im *Ausführungsstadium* nicht mitgewirkt hat. Für den insoweit schon im Vorbereitungsstadium ausscheidenden A bleibt es von hier aus folgerichtig bei der Verabredung einer schweren räuberischen Erpressung (§ 30 Abs. 2/3. Alt. i.V. mit §§ 255, 250 Abs. 2 Nr. 1), von der er auch nicht unter den Voraussetzungen des § 31 Abs. 1 Nr. 3 (»freiwillig... die Tat verhindert«) mit strafbefreiender Wirkung zurückgetreten ist.

b) Die im Schrifttum demgegenüber noch immer h. M. (weit verstandene Tatherrschafts-Theorie) und nicht zuletzt auch der BGH (modifizierte Animus-Theorie) lassen jedoch bekanntlich auch Tatbeiträge im Vorbereitungsstadium ausreichen, sofern das Minus bei der eigentlichen Tatausführung durch ein deutliches Plus bei der Tatplanung/-vorbereitung hinreichend ausgeglichen wird. Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht von hier aus nun darin, dass die Tat zwar exakt nach dem gleichen Tatplan, doch zwei Tage später, mit etwas anderer Rollenverteilung und vor allem ohne Kenntnis und Mitwirkung der Person (nämlich des A) stattfand, die diesen Überfall ursprünglich geplant hat. Fragt man von hier aus, ob der Überfall vom 31. Januar dem A nach § 25 Abs. 2 mittäterschaftlich zuzurechnen ist,

(1) ist zunächst festzuhalten, dass der von A erbrachte arbeitsteilige Tatbeitrag (minutiöse Planung der Tat) sich sehr wohl förderungskausal auf den Überfall vom 31. Januar ausgewirkt hat. Demzufolge war dieser Überfall jedenfalls rein *objektiv* durchaus auch *sein* (des A) »Werk«... mit der Folge, dass ihm an sich auch die Tatbeiträge der anderen nach § 25 Abs. 2 zuzurechnen gewesen wären:

(2) dies aber nur dann, wenn die Tat seitens des potentiellen Mittäters A auch rein *subjektiv* von dessen ursprünglichem und infolge seiner Unkenntnis auch später nicht geändertem Tatentschluss gedeckt war. Ob dem so war, hängt vorliegend davon ab, ob der Überfall vom 31. Januar eine »andere« Tat war (dann vom Vorsatz des A nicht mitgetragener Mittäterexzess) oder letztlich noch die gleiche blieb (dann Mittätervorsatz zu bejahen). Mit der Begründung, dass der Überfall absprachewidrig, zu einem anderen Zeitpunkt, in anderer Besetzung mit anderer Rollenverteilung der Ausführenden begangen wurde, A darüber hinaus weder Kenntnis von der Tatbegehung hatte noch damit rechnete und – dies ist für mich das stichhaltigste Argument! – auch keine Tatbegehung ohne seine Mitwirkung wollte, ging der BGH von einer anderen Tat aus, für die A trotz seiner ursprünglich mittäterschaftlichen Tatplanung nicht mehr haftet (Mittäterexzess). Von hier aus blieb es auch für den BGH bezüglich der Person des A bei einer mittäterschaftlichen Verabredung einer schweren räuberischen Erpressung, und entsprechend hat der Senat den Schuldspruch analog § 354 Abs. 1 StPO geändert.

Abschließender Hinweis: **Nimmt ein Mittäter sein mittäterschaftliches Einverständnis hingegen erst im Versuchsbereich zurück**, haftet er gegebenenfalls auch für die durch die anderen Mittäter bewirkte Vollendung, sofern er nicht nach § 24 Abs. 2 für seine Person Straffreiheit verdient⁸⁷.

⁸³ So auch schon *Otto* (JK 94, StGB § 25 II/7) in seiner zustimmenden Anmerkung zu BGHSt. 39, 236 ff.

⁸⁴ Zusammenfassend dazu vor allem *Kühl*, AT, Rdn. 105 zu § 20 sowie *Roxin*, AT II, Rdn. 104 f zu § 20; diese Problematik ist auch in der Fallbesprechung von *Hörmle* (JURA 2001, 44 ff.: dort S. 50) mitbehandelt.

⁸⁵ Dort mit Besprechungsaufsatz von *Roxin* NStZ 2001, 7 ff.; siehe dazu auch *Geppert*, JK 7/09, StGB § 25 II/16.

⁸⁶ Nochmals (siehe schon oben: IV/1 c): so vor allem *Roxin*, AT II, Rdn. 198 ff. zu § 25.

⁸⁷ Ebenso *Kühl*, AT, Rdn. 105 zu § 20 und *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, Rdn. 86 zu § 12.