

**Fragen zu Kapitel II: Täterschaft und Teilnahme**

**1. Welche Beteiligungsformen gibt es?**

Beteiligungsformen sind Täterschaft und Teilnahme (§ 28 II). Im Rahmen der Täterschaft unterscheidet man zwischen dem Alleintäter nach § 25 I 1. Fall, dem mittelbaren Täter nach § 25 I 2. Fall und dem Mittäter nach § 25 II. Von Nebentätern spricht man, wenn mehrere Alleintäter unabhängig voneinander denselben Tatbestand erfüllen.

Im Rahmen der Teilnahme ist zwischen der Anstifter nach § 26 und der Beihilfe nach § 27 zu differenzieren.

**2. Welche Beteiligungsform ist die schwächste?**

Die Strafe des Gehilfen muß zwingend nach §§ 27 II 2, 49 I gemildert werden und ist deshalb die schwächste Art der Beteiligung.

**3. Was ist der Einheitstäter und wann kommt er zur Anwendung?**

Der Einheitstäter ist stets Täter, wenn er einen ursächlichen Beitrag zur Tatbestandsverwirklichung gesetzt hat. Eine Teilnahme kommt beim Einheitstäter nicht in Betracht. Er gilt im Ordnungswidrigkeitenrecht und im Rahmen der Fahrlässigkeit.

**4. Wie wird die Täterschaft von der Teilnahme abgegrenzt?**

Zur Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme stehen sich objektive und subjektive Ansätze gegenüber.

Nach der streng subjektiven Theorie ist Abgrenzungsmaßstab allein die Willensrichtung und die innere Einstellung zur Tat. Täter ist, wer mit Täterwillen handelt (animus auctoris) und die Tat als eigene will. Teilnehmer ist, wer mit Teilnehmerwille handelt (animus socii) und die Tat als fremde will.

Auch nach der gemischt subjektiv-objektiven oder beschränkt subjektiven Theorie ist wiederum der Täterwille maßgeblich. Anders als die streng subjektive Theorie zieht sie aber für die Ermittlung des Täters- bzw. Teilnahmewillens auch objektive Kriterien heran. Entscheidend ist eine wertende Betrachtung, wobei die gesamten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, die von der Vorstellung des Beteiligten umfaßt werden. Die wertende Betrachtung wird bestimmt nach dem Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, dem Umfang der Tatbeteiligung, der Tatherrschaft und dem Tatherrschaftsbewußtsein.

Nach der Tatherrschaftslehre oder materiell-objektiven Theorie sind schließlich subjektive und objektive Elemente bei der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme entscheidend. Täter ist, wer Zentralgestalt des Geschehens ist, also das „ob und wie“ beherrscht und somit Tatherrschaft ausübt (objektives Kriterium). Zudem muß der Täter das Bewußtsein der Tatherrschaft besitzen (subjektives Kriterium). Teilnehmer ist, wer Randfigur des Geschehens ist und damit das „ob und wie“ der Tat vom Willen eines anderen abhängig macht und deshalb keine Tatherrschaft besitzt.

**5. Welcher Meinung ist bei der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme zu folgen und warum?**

Gegen die subjektive Theorie, die auch denjenigen nur als Gehilfen bestraft, der in eigener Person den gesetzlichen Tatbestand erfüllt, ist der klare Wortlaut des § 25 I 1 anzuführen. Hiernach ist nämlich Täter, „wer die Tat selbst begeht.“ Insofern ist die extrem subjektive Theorie nicht gesetzeskonform und führt zur beliebigen Austauschbarkeit von Täterschaft und Teilnahme. Die gemischt subjektiv-objektive Theorie steht zwar nicht im Widerspruch zum Wortlaut des § 25 I 1. Gegen sie sprechen aber gewichtige Argumente. Sie ist zunächst mit gewisser Beliebigkeit anwendbar und genügt insofern dem Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 II GG nicht. Zudem ist sie inkonsequent, wenn sie das subjektive Abgrenzungskriterium mit Hilfe objektiver Maßstäbe bestimmt. Zu folgen ist deshalb der Täterschaftslehre, in der objektive und subjektive Kriterien verbunden werden, ohne wie bei der beschränkt subjektiven Theorie, den objektiven und subjektiven Tatbestand zu vermischen.

**6. An welcher Stelle im Prüfungsaufbau sollte die Täterschaft von der Teilnahme abgegrenzt werden?**

Beim vollendeten Delikt sollte die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme im objektiven Tatbestand erfolgen, da bei divergierenden Meinungen der Täterschaftslehre gefolgt werden sollte.

**7. Welcher Grundsatz ist zu beachten, wenn es um Täterschaft und Teilnahme geht?**

Es gilt der Grundsatz: „Täterschaft vor Teilnahme“.

**8. Welche Merkmale prüft man bei der Anstiftung im objektiven und welche im subjektiven Tatbestand?**

Im objektiven Tatbestand prüft man die vorsätzlich rechtswidrige Haupttat und die Anstifterhandlung während man im subjektiven Tatbestand den Doppelvorsatz, nämlich den Vorsatz auf die bestimmte vorsätzlich rechtswidrige Haupttat einschließlich deren Vollendung und auf die Beihilfehandlung prüft.

**9. Gibt es eine Anstiftung bei Fahrlässigkeitsdelikten?**

Da die Norm des § 26 eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat voraussetzt, ist eine Anstiftung nicht im Rahmen der Fahrlässigkeit möglich. Hier gilt, der Einheitstäterbegriff.

**10. Liegt eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat auch dann vor, wenn der Täter einem Erlaubnistatbestandsirrtum unterliegt?**

Ob eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat vorliegt hängt von der rechtlichen Einordnung des Erlaubnistatbestandsirrtums ab. Nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen wird § 16 direkt angewandt. Damit entfällt der Vorsatz, so daß keine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat vorliegt. Nach der strengen Schuldtheorie wird der Erlaubnistatbestandsirrtum über § 17 behandelt. Der Verbotsirrtum berührt nur die Schuld, nicht aber den Vorsatz, so daß eine Teilnahme möglich ist. Nach der rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie liegt ebenfalls eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat vor, da § 16 nur analog angewandt wird und den Vorsatz-Schuldvorwurf entfallen läßt, nicht aber den Vorsatz. Schließlich ist das Vorliegen einer vorsätzlich rechtswidrigen Haupttat im Rahmen der eingeschränkten Schuldtheorie umstritten. Teilweise wird eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat verneint, da das Vorsatzunrecht den Vorsatz entfallen lasse. Demgegenüber versteht ein anderer Teil unter Vorsatzunrecht im Sinne des § 16 etwas anderes als in §§ 26, 27. Eine vorsätzliche Haupttat nach §§ 26, 27 bedeute nur, daß der Täter hinsichtlich der unrechtstypischen Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes vorsätzlich gehandelt haben muß. Damit sei eine vorsätzliche Haupttat auch im Falle eines Erlaubnistatbestandsirrtums zu bejahen.

**11. Wann wird der Streit um die vorsätzlich rechtswidrige Haupttat beim Täter der einem Erlaubnistatbestandsirrtum unterliegt relevant und wie sollte er gelöst werden?**

Der Streit wird bei eigenhändigen Delikten und Sonderdelikten relevant. Dort scheidet nämlich eine mittelbare Täterschaft grundsätzlich aus. Bei Verneinung der vorsätzlich rechtswidrigen Haupttat mit der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen und einem Teil der eingeschränkten Schuldtheorie entsteht eine kriminalpolitisch bedenkliche Strafbarkeitslücke. Diesen Meinungen soll deshalb nicht gefolgt werden.

**12. Was versteht man unter dem „omnimodo facturus“ und welche Rechtsfolgen löst er aus?**

Der „omnimodo facturus“ ist der bereits zu Tat fest Entschlossene. Eine Anstiftung ist nicht mehr möglich. Hier kommt nur versuchte Anstiftung nach § 30 I (bei Unkenntnis des Tatentschlusses) und psychische Beihilfe nach § 27 durch das Bestärken des Tatvorsatzes in Betracht.

**13. Erklären Sie den Begriff „Aufstiftung“ und seine Rechtsfolgen!**

Ist der Täter schon zum Grunddelikt fest entschlossen, wird er aber veranlaßt eine Qualifikation zu begehen, spricht man von „Aufstiftung“. Die Rechtsfolgen sind strittig: Nach Rechtsprechung und herrschender Meinung kommt eine Anstiftung zur Qualifikation in Betracht während nach anderer Ansicht nur psychische Beihilfe zum Tatganzen sachgerecht erscheint.

#### **14. Welches Mittel muß den Tatentschluß des Angestifteten hervorrufen?**

Welches Mittel den Tatentschluß des Angestifteten hervorrufen muß ist strittig.

Nach der Kollusionstheorie ist nur eine Verhaltensweise, mit der der Anstifter unmittelbar auffordernd auf den Willen des Täters einwirkt ein „Bestimmen“. Nach der Theorie des geistigen Kontakts setzt Anstiftung eine kommunikative Beeinflussung des Täters durch den Anstifter voraus. Nach der reinen Verursachungstheorie schließlich verlangt § 26 nicht mehr als die Verursachung des Tatentschlusses.

Zu folgen ist der zuerst genannten Lösung. Zwar spricht für ein Bestimmen auf jede beliebige Art und Weise mit der Verursachungstheorie der Wortlaut des § 26, der keine bestimmte Art der Beeinflussung festlegt. Andererseits muß aber berücksichtigt werden, daß der Anstifter gleich einem Täter bestraft wird und deshalb eine vergleichbare hohe kriminelle Energie aufbringen muß, die dem nur zur Tat Provozierenden fehlt. Darüber hinaus ist Strafgrund der Teilnahme auch eigenes begangenes kriminelles Unrecht. Der Anstifter muß also selbst das Rechtsgut im Wege eines Unrechtspaktes angreifen. Das bloße Arrangieren tatanreizender Situationen ist insofern kein Bestimmen im Sinne des § 26.

#### **15. Erläutern Sie den Doppelvorsatz bei Anstiftung und Beihilfe!**

Im Rahmen der Teilnahme muß sich der Vorsatz sowohl auf die bestimmte vorsätzlich rechtswidrige Haupttat und ihre Vollendung als auch auf die Anstifter- bzw. Beihilfehandlung beziehen.

#### **16. Was versteht man unter dem „agent provocateur“?**

Der „agent provocateur“ ist ein Lockspitzel, der die Haupttat eines anderen veranlaßt, um diesen überführen zu können. Ihm fehlt der Vollendungsvorsatz, so daß er nach h.M. straffrei ist.

#### **17. Wie wirkt sich der error in persona des Angestifteten auf den Anstifter aus?**

Umstritten ist, ob auch für den Anstifter ein unbeachtlicher error in persona oder aber eine aberratio ictus eine sachgerechtere Lösung bietet, wenn der Angestiftete einem error in persona unterliegt. Zum Teil wird danach differenziert, ob der Anstifter dem Angestifteten die Individualisierung des Opfers überlassen hat. In diesem Fall läge ein error in persona vor. Nach einer weiteren Auffassung führt bei höchstpersönlichen Rechtsgütern der error in persona bei dem Anstifter stets zur aberratio ictus. Nur so könne verhindert werden, daß der Anstifter wegen zweier vorsätzlicher Delikte bestraft werde, wenn der Angestiftete seinen Irrtum erkennt und nunmehr die vom Anstifter gewollte Person tötet. Schließlich wird mit einer dritten Ansicht für alle Beteiligte gleichermaßen ein unbeachtlicher error in persona und damit kein Vorsatzausschluß nach § 16 angenommen. Für diese Ansicht spricht der Gesetzeswortlaut des § 26, der den Anstifter gleich dem Täter bestraft. Was für den Täter unbeachtlich ist, sollte nämlich für den Anstifter genauso

unbeachtlich sein. Deshalb sprechen die besseren Gründe beim Anstifter gegen eine aberratio ictus und für einen error in persona.

**18. Was bedeutet „Akzessorietät der Teilnahme“?**

„Akzessorietät der Teilnahme“ bedeutet, daß Täter und Teilnehmer voneinander abhängen und grundsätzlich aus der gleichen vorsätzlich rechtswidrigen Haupttat bestraft werden.

**19. Welche Rechtsfolgen löst § 28 II aus?**

§ 28 II lockert die Akzessorietät indem er bestimmt, daß besondere persönliche Merkmale beim Täter oder Teilnehmer, die die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, nur für denjenigen gelten, bei dem sie vorliegen.

**20. An welcher Stelle im Aufbau werden § 28 II und § 28 I geprüft?**

§ 28 I ist stets in der Strafzumessung zu prüfen, da das Gesetz bestimmt, daß die Strafe nach § 49 I zu mildern ist, wenn besondere persönliche Merkmale beim Teilnehmer fehlen. Der Aufbau des § 28 II ist hingegen umstritten. Versteht man § 28 II als Tatbestandsverschiebung und damit als Akzessorietätsdurchbrechung, wird er am Ende des Tatbestandes geprüft. Grenzt man § 28 I von § 28 II ab, darf dann auch § 28 I an dieser Stelle geprüft werden. Nach der Strafrahenlösung hingegen ist § 28 II ebenso wie § 28 I in der Strafzumessung darzustellen.

**21. Was sind „besondere persönliche Merkmale“?**

„Besondere persönliche Merkmale“ bezeichnet man auch als täterbezogene Merkmale, die in § 14 I a.E. legaldefiniert sind (str.). Hierunter versteht man „persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände“.

**22. Welche Mordmerkmale sind besondere persönliche Merkmale?**

Besondere persönliche Mordmerkmale sind die der 1. Gruppe und der 3. Gruppe des § 211 II.

**23. Wann wirkt ein besonderes persönliches Merkmal strafscharfend bzw. strafbegründend?**

Ein besonderes persönliches Merkmal schärft die Strafe, wenn es qualifizierende, es begründet die Strafe, wenn es selbstständige Wirkung hat.

**24. Ist die Tötung auf Verlangen nach § 216 Privilegierung bzw. ist der Mord nach § 211 Qualifikation zum Totschlag nach § 212?**

Die Literatur sieht den Mord als Qualifikation zum Totschlag und die Tötung auf Verlangen als ihre Privilegierung an. Nach der Rechtsprechung sind alle Tötungsdelikte hingegen selbständige Tatbestände. Damit findet nach der Literatur bei besonderen persönlichen Merkmalen § 28 II, nach der Rechtsprechung hingegen § 28 I Anwendung. Für die letzte Ansicht spricht die systematische Stellung der Delikte. Wäre § 211 Qualifikation zu § 212 dürfte der Mord nicht vor dem Totschlag stehen, da auch im übrigen Qualifikationen dem Grundtatbestand folgen. Mit der Literatur ist § 211 jedoch Qualifikation und § 216 Privilegierung zum Totschlag. So setzt § 211 neben den Mordmerkmalen und § 216 neben dem Tötungsverlangen die Tötung eines anderen nach § 212 voraus. Zudem kann die Rechtsprechung über § 28 I nur mildern, nicht aber schärfen, während bei § 28 II eine Tatbestandsverschiebung nach beiden Seiten offen ist. Darüber hinaus ist die Rechtsprechung bei § 216 inkonsequent. Der Gehilfe, der nicht durch das Tötungsverlangen zur Tat bestimmt wird, wird nämlich nicht akzessorisch wegen Beihilfe zu § 216 mit der Milderung des § 28 I bestraft. Vielmehr gelangt die Rechtsprechung zur akzessorischen Strafbarkeit nach dem Delikt, was der Täter verwirklicht hätte, wenn es § 216 nicht geben würde. Sie begründet ihr Ergebnis damit, daß ansonsten derjenige, der aus verwerflicheren Motiven als der Täter handelt, gegenüber diesem privilegiert werde und betrachtet folglich § 216 als Sonderdelikt. Ferner zeigt sich ein Wertungswiderspruch der Rechtsprechung, wenn Täter und Teilnehmer unterschiedliche täterbezogene Mordmerkmale verwirklichen (gekreuzte Mordmerkmale). In diesem Fall findet wiederum § 28 I inkonsequenterweise keine Anwendung.

**25. Nennen Sie die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der Beihilfe!**

Im objektiven Tatbestand muß eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat und eine Beihilfehandlung vorliegen, während sich der subjektive Tatbestand auf eine bestimmte vorsätzlich rechtswidrige Haupttat und auf die Beihilfehandlung beziehen muß.

**26. Muß die Beihilfehandlung kausal für den Erfolg sein?**

Ob die Beihilfehandlung kausal für den Erfolg sein muß, ist strittig. Nach Ansicht der Rechtsprechung genügt, daß die Gehilfentätigkeit die Handlung des Täters tatsächlich gefördert hat, eine Kausalität wird nicht gefordert. Die h.M. im Schrifttum fordert demgegenüber, daß die Beihilfe für den Erfolg mitwirksam geworden sein muß. Darüber hinaus ist erforderlich, daß sie die Chancen des Taterfolges erhöht hat und diese Erhöhung bis zum Eintritt des Taterfolges fortbesteht. Gegen die Rechtsprechung spricht der Strafgrund der Teilnahme. Das Rechtsgut wird durch das Verhalten des nicht ursächlichen Gehilfen nicht angegriffen. Insofern ist der Ansicht der Literatur zu folgen, so daß die Ursächlichkeit der Beihilfehandlung für den Erfolg vorliegen muß.

**27. Ist zwischen Vollendung und Beendigung sukzessive Beihilfe möglich?**

Eine Mindermeinung in der Literatur verneint zwischen Vollendung und Beendigung eine sukzessive Beihilfe, da die Ausdehnung der Beihilfe gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG, 1 verstößt und zu Überschneidungen mit der Begünstigung nach § 257 führt. Nach h.M. ist jedoch sukzessive Beihilfe zwischen Vollendung und Beendigung möglich. Dieser Ansicht ist zu folgen, da bis zur tatsächlichen Beendigung ein einheitlicher, auf eine Rechtsgutverletzung bezogener Deliktsvorgang gegeben ist, den auch der nachträglich hinzukommende Gehilfe noch fördern kann.

**28. Wie wird die sukzessive Beihilfe von der Begünstigung abgegrenzt?**

Die Strafbarkeit hängt von der Willensrichtung des Helfenden ab. Richtet sich die Hilfe auf die Beendigung der Tat, so liegt Beihilfe nach § 27 vor. Will der Helfende demgegenüber die bereits erlangten Vorteile der Tat sichern, ist Begünstigung nach § 257 gegeben.

**29. Wie bestimmt muß der Vorsatz des Gehilfen und wie bestimmt der Vorsatz des Anstifters sein?**

Die unterschiedlichen Teilnahmestrukturen zwischen Anstiftung und Beihilfe gebieten es, an die Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes andere Maßstäbe anzulegen als an die Bestimmtheit des Anstiftervorsatzes. Voraussetzung des Anstiftervorsatzes ist, daß er auf eine konkretisierte Haupttat durch einen bestimmten Täter oder einen individuell bestimmbar Personenkreis gerichtet ist. Anders als im Rahmen der Beihilfe genügt es nicht, wenn das Vorstellungsbild nur den wesentlichen Unrechtsgehalt der Haupttat erfaßt. Für den Anstiftervorsatz nicht erforderlich ist aber die Kenntnis der zu begehenden Tat in allen Einzelheiten.

**30. Nennen Sie den unterschiedlichen Aufbau der mittelbaren Täterschaft nach der Tatherrschaftslehre und nach den subjektiven Theorien!**

Während nach der Tatherrschaftslehre die tatbestandmäßige Ausführungshandlung durch ein objektiv nicht vollverantwortliches Werkzeug mit Wissens- und Willensherrschaft ausgeführt werden und sich der Vorsatz hierauf beziehen muß, lassen die subjektiven Theorien objektiv jeden Tatbeitrag genügen und fordern subjektiv den mittelbaren Täterwillen, die Tat durch ein nicht voll verantwortliches Werkzeug in Tatherrschaft zu begehen.

**31. Auf welche Strafbarkeitsmängel kann die Werkzeugeigenschaft des Vordermannes beruhen?**

Das Werkzeug kann objektiv oder subjektiv nicht tatbestandlich, rechtmäßig oder ohne Schuld handeln.

**32. Was besagen Exkulpations- und Einwilligungslösung und welcher Meinung ist zu folgen?**

Im Rahmen der Abgrenzung zwischen Tötung in mittelbarer Täterschaft eines objektiv nicht tatbestandlich handelnden Werkzeugs und einer straflosen Anstiftung zum Selbstmord werden Exkulpations- und Einwilligungslösung vertreten. Nur bei einem eigenverantwortlichen Verhaltens kommt straflose Anstiftung in Betracht. Die Exkulpationslösung greift zur Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit sinngemäß auf §§ 19, 20, 35 StGB, 3 JGG zurück. Nach der Einwilligungslösung ist die Eigenverantwortlichkeit des Suizidenten nach den Maßstäben der Einwilligungslösung zu bestimmen. Damit muß das Verlangen nach dem eigenen Tod frei von Willensmängeln sein. Jedes Verlangen, daß durch Täuschung, Zwang oder Drohung hervorgerufen worden ist, ist unernstlich und damit unwirksam. Gegen die Exkulpationslösung spricht, daß es hiernach nur an einer freiverantwortlichen Willensentschließung bei unreifen Jugendlichen, geistig Erkrankten, seelisch schwer Gestörten sowie bei Lebensmüden fehlt, die sich in einer unter § 35 fallenden Notstandslage befindet und denen aus den genannten Gründen der Vorwurf schuldhaften Handelns erspart bleibt. An die Mangelfreiheit der Willensbildung darf aber keine geringere Anforderung gestellt werden als bei der Einwilligung in eine Körperverletzung und bei der in § 216 geforderten „Ernstlichkeit“ des Todeswillens. Deshalb sprechen die besseren Gründe für die Einwilligungslösung.

**33. Was versteht man unter dem absichtlos dolosen Werkzeug?**

Fehlt dem Vordermann bei Delikten mit überschießender Innentendenz die besondere Absicht, handelt er aber im übrigen vorsätzlich, so hat er zwar die Herrschaft über das tatbestandserfüllende Geschehen, er ist aber nicht Täter. Der mit der besonderen Intention handelnde Hintermann hingegen kann nicht Täter sein, weil er das Geschehen nicht beherrscht, wenn er sich darauf beschränkt, den Vordermann zur Tat zu bestimmen. Er kann auch nicht Teilnehmer sein, weil der Vordermann keine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat begeht. Zur Vermeidung dieses unbefriedigenden Ergebnisses hat die h.M. dem Hintermann die „normative Tatherrschaft“ zugesprochen. Das Werkzeug kann die Straftat ohne den Hintermann nicht begehen, da nur dieser die erforderliche Absicht aufweist. Damit hat der Hintermann beherrschenden Einfluß auf das Tatgeschehen und ist mittelbarer Täter.

**34. Erläutern Sie die Rechtsfigur des „Täters hinter dem Täter“ und nennen Sie die unterschiedlichen Fallgruppen!**

Unter dem „Täter hinter dem Täter“ versteht man mit dem Tatherrschaftsprinzip eine Fallgruppe der mittelbaren Täterschaft, indem das Werkzeug volldeliktisch handelt und der Hintermann infolge seiner Überlegenheit den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges in seiner konkreten Erscheinungsform steuert. Die Gegenansicht verneint wegen der Tatverantwortung des Vordermanns eine mittelbare Täterschaft und bestraft nur wegen Anstiftung oder Beihilfe.



Mit dem Tatherrschaftsprinzip kommen als Fallgruppen des „Täters hinter dem Täter“ in Betracht: das Hervorrufen eines graduellen Tatbestandsirrtums, das Hervorrufen eines error in persona, der organisierter Machtapparat und das Hervorrufen eines vermeidbaren Verbotsirrtums.

### **35. Welche Irrtümer können in der mittelbaren Täterschaft auftreten?**

In der mittelbaren Täterschaft können zwei Irrtumskonstellationen auftreten. Einmal kann der Hintermann irrig an die Werkzeugqualität des Tatmittlers glauben. Andererseits kann er sich aber umgekehrt vorstellen, der Vordermann handle volldeliktisch. Dabei ist wiederum zu differenzieren, ob der Irrtum des Hintermanns den Vorsatz des die Tat Ausführenden oder die Schuld betrifft:

### **36. Wie wird der Hintermann bestraft, der sich irrig vorstellt, der Vordermann handle schuldlos?**

Die subjektiven Theorien würden aus vollendeter mittelbarer Täterschaft bestrafen, da der Hintermann durch ein schuldlos handelndes Werkzeug in Wissensherrschaft handeln wollte. Für die Tatherrschaftslehre ist eine vollendete mittelbare Täterschaft ausgeschlossen, da eine vorgestellte Tatherrschaft keine Täterschaft begründet. Sie gelangt vielmehr zur vollendeten Anstiftung. Schließlich liegt auch nach der Tätervorstellung bei fehlender Schuld eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat vor. Zudem ist der Anstiftervorsatz im weitergehenden Tatherrschaftsvorsatz des Hintermannes mit enthalten und die Anstiftung stellt im Vergleich zur mittelbaren Täterschaft die minder schwere Beteiligungsform dar. Die Tatherrschaftslehre ist sich deshalb einig, daß dieser Irrtum zur vollendeten Anstiftung führt. Strittig ist nur, ob die gleichzeitig vorliegende versuchte mittelbare Täterschaft (untauglicher Versuch) hinter der Anstiftung zurücktritt, was die herrschende Ansicht bejaht, da die versuchte mittelbare Täterschaft die schwächere Beteiligungsform ist. Nach der vorzugswürdigeren Gegenansicht tritt aus Klarstellungsgesichtspunkten hingegen die versuchte mittelbare Täterschaft neben die vollendete Anstiftung in Tateinheit gemäß § 52.

### **37. Wie wirkt sich der Irrtum des Hintermannes aus, der irrig glaubt, das Werkzeug handle vorsatzlos?**

Auch hier würden die subjektiven Theorien eine vollendete mittelbare Täterschaft bejahen. Das Ergebnis innerhalb der Tatherrschaftslehre ist hingegen umstritten. Betrifft der Irrtum den Vorsatz, liegt nach der Tätervorstellung nämlich keine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat vor. Nach herrschender Meinung in der Literatur ist aber der Anstiftervorsatz im Tatherrschaftsbewußtsein enthalten. Dafür spricht, daß die Anstiftung im Vergleich zur mittelbaren Täterschaft die schwächere Beteiligungsform darstellt und nur so zum Ausdruck kommt, daß der Hintermann an der vollendeten Rechtsgutverletzung mitgewirkt hat. Die gleichzeitig vorliegende versuchte mittelbare Täterschaft tritt entweder in Gesetzeskonkurrenz hinter der Anstiftung zurück oder steht mit ihr aus Klarstellungsgründen in Tateinheit nach § 52.

**38. Welche Rechtsfolgen sind an den Irrtum des Hintermanns geknüpft, der irrig glaubt, der Vordermann handele schuldhaft?**

Glaubt der Hintermann irrig, der Vordermann handele schuldhaft, streiten sich die subjektiven Theorien und die Tatherrschaftslehre gleichermaßen, ob vollendete oder versuchte Anstiftung gegeben ist. Da der beim Veranlasser vorhandene Anstiftersvorsatz nicht in die Wirklichkeit umgesetzt wurde nimmt die Mindermeinung einen untauglichen Anstiftersversuch an. Diese Ansicht berücksichtigt nicht, daß derjenige, der hinsichtlich derselben Tat objektiv auf einer höheren täterschaftlichen Beteiligungsstufe handelt, zugleich auch auf der niedrigen agiert, so daß mit der herrschenden Ansicht vollendete Anstiftung anzunehmen ist.

**39. Wie wird der Hintermann bestraft, der sich irrig vorstellt, der Vordermann handele vorsätzlich?**

Stellt sich der Hintermann irrig vor, der Vordermann handele vorsätzlich geht der Streit in Rechtsprechung und Literatur um eine vollendete oder eine versuchte Anstiftung. Zum Teil wird eine vollendete Anstiftung angenommen, da auch hier das Handeln auf der objektiv höheren täterschaftlichen Beteiligungsform zur Strafbarkeit aus der niedrigeren Anstiftung führt. Diese Ansicht ist aber mit der Wortsinnbindung des Art. 103 II GG nicht vereinbar, wonach die Anstiftung eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat voraussetzt, an der es gerade fehlt. Eine Bestrafung kann deshalb nur wegen versuchter Anstiftung nach § 30 I erfolgen. Die sich hieraus ergebende Strafbarkeitslücke für die versuchte Anstiftung zu einem Vergehen beruht auf der Entscheidung des Gesetzgebers, für die Teilnahme eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat zu verlangen.

**40. Wie wirkt sich der error in persona des Werkzeugs auf den mittelbaren Täter aus?**

Wie sich der error in persona des Werkzeugs auf den mittelbaren Täter auswirkt, ist strittig. Eine Ansicht differenziert danach, ob der Hintermann dem Werkzeug die Individualisierung überlassen hat oder nicht. Im 1. Fall muß sich der Hintermann den Auswahlfehler des Werkzeugs zurechnen lassen, wenn nicht eine nach allgemeinen Zurechnungsregeln zu behandelnde wesentliche Abweichung vom Kausalverlauf vorliegt, so daß kein relevanter Irrtum nach § 16 vorliegt und der Irrtum wie ein eigener error in persona zugerechnet wird. Anderenfalls liegt eine aberratio ictus vor, die nach § 16 den Vorsatz ausschließt. Nach herrschender Meinung führt dieser Irrtum hingegen stets zur aberratio ictus. Diese Ansicht ist vorzugswürdig, weil nur so das menschliche Werkzeug dem rein mechanischem Werkzeug gleichgestellt werden kann.

**41. Welche Gemeinsamkeiten weisen mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft auf?**

Mittäterschaft und mittelbare Täterschaft sind grundsätzlich bei eigenhändigen Delikten und bei Sonderdelikten nicht möglich. Im übrigen ist § 25 II genauso wie § 25 I 2 eine Zurechnungsnorm für objektive Tatbeiträge.

**42. Erklären Sie den Aufbau der Mittäterschaft!**

Mittäter sind dann gemeinschaftlich zu prüfen, wenn eindeutig ein Zusammenwirken im Sinne des § 25 II vorliegt. Hierzu gehören insbesondere Fälle, in denen keiner der Beteiligten alle Tatbestandsmerkmale allein verwirklicht. Eine getrennte Prüfung ist angezeigt, wenn sich Probleme ergeben, ob überhaupt Mittäterschaft vorliegt. Dasselbe gilt, wenn die Mittäter unterschiedliche Tatbeiträge erbringen oder wenn sie rechtlich unterschiedlich zu behandeln sind. Bei gemeinsamer Prüfung ist im objektiven Tatbestand eine gemeinsame Ausführung im Wege arbeitsteiligen Handelns zu prüfen, im subjektiven Tatbestand ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken.

**43. Ist eine Mittäterschaft im Vorbereitungsstadium möglich?**

Es ist umstritten, ob nur in der Vorbereitungsphase erbrachte Beiträge die Mittäterschaft ermöglichen können. Teilweise wird innerhalb der Tatherrschaftslehre die Tatherrschaft des ortsabwesenden Bandenchef geleugnet. Etwas anderes gilt jedoch, wenn er mit seinen Leuten in (telefonischen oder sonstigen) Kontakt steht. Gegen diese Ansicht spricht, mit einem anderen Teil der Tatherrschaftslehre, daß es nicht sachgerecht ist, den Organisator der Tat, der bei der tatbestandlichen Rechtsgutbeeinträchtigung nicht anwesend ist, als Randfigur des Geschehens zu betrachten. Deshalb kann mit der Gegenansicht innerhalb der Tatherrschaftslehre das Defizit der Mitwirkung im Ausführungsstadium durch einen überwiegenden Tatbeitrag in der Planung aufgewogen werden. Auch bei einem Tatbeitrag im Vorbereitungsstadium liegt nämlich funktionale Tatherrschaft vor. Schließlich genügt auch nach der gemischt subjektiv-objektiven Theorie als objektive Voraussetzung ein nicht völlig untergeordneter Tatbeitrag, der sich auf eine Vorbereitungshandlung beschränkt.

**44. Können Mittäter im Rahmen der Tötungsdelikte unterschiedliche Straftatbestände verwirklichen?**

Bedenken gegen die Annahme von Mittäterschaft bei Mord und Totschlag bestehen deshalb, weil die Straftaten im Sinne des § 25 II rechtlich nicht identisch sind. Erblickt man mit der herrschenden Literaturmeinung § 212 als Grundtatbestand des § 211, so stellt der Totschlag als Grunddelikt die gemeinschaftlich begangene Straftat dar. Dafür spricht auch die Regelung des § 28 II, der davon ausgeht, daß Mittäterschaft auch im Verhältnis von Grunddelikt und Qualifikation möglich ist. Begreift man den Totschlag gegenüber dem Mord mit der Rechtsprechung als selbständige voneinander unabhängige Straftatbestände, so könnte es sich um unterschiedliche Straftatbestände handeln, mithin um verschiedenen Straftaten im Sinne des § 25 II. Zu diesem Ergebnis gelangt der BGH allerdings

inkonsequenterweise nicht. Er behauptet, daß die gemeinsame Straftat nicht notwendig die Verletzung desselben Strafgesetzes voraussetze. So wie der vollständige Tatbestand von § 242 und § 240 in § 249 enthalten sei, beinhalte der Unrechtsgehalt des § 211 den des § 212. Es handele sich somit auch bei angenommener rechtlicher Selbständigkeit nicht um zwei völlig verschiedene Taten. Da beide Meinungen im Rahmen der Tötungsdelikte Mittäterschaft dann bejahen, wenn der eine Mittäter § 212, der andere § 211 verwirklicht, kann eine Streitentscheidung dahinstehen.

**45. Wie wirkt sich der error in persona eines Mittäters auf den anderen aus?**

Wegen der gegenseitigen Zurechnung nach § 25 II ist der error in persona des einen Mittäters für den anderen bei rechtlicher Gleichwertigkeit der Objekte unbeachtlich.