

**C. Kapitel II: Täterschaft und Teilnahme, §§ 25 ff.****I. Einführung**

1. Darstellung der Täter- und der Teilnahmeformen
2. Einheitstäterbegriff im Ordnungswidrigkeitenrecht und in der Fahrlässigkeit
3. Abgrenzung Täterschaft / Teilnahme anhand des Badewannenfalles
  - a) Streng subjektive Theorie
  - b) Gemischt subjektiv-objektive oder beschränkt subjektive Theorie
  - c) Tatherrschaftslehre oder materiell-objektive Theorie
4. Aufbau

**II. Teilnahme: §§ 26, 27****1. Anstiftung § 26; Aufbau****a) Objektiver Tatbestand****aa) Vorsätzlich rechtswidrige Haupttat**

- (1) Nicht bei Fahrlässigkeit: Einheitstäterbegriff
- (2) Beim Erlaubnistatbestandsirrtum
  - (a) Relevanz bei eigenhändigen Delikten und bei Sonderdelikten
  - (b) Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen
  - (c) Strenge Schuldtheorie
  - (d) Eingeschränkte rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie
  - (e) Eingeschränkte Schuldtheorie

**bb) Anstifterhandlung**

- (1) Omnimodo facturus und Anstiftung zur Qualifikation/Aufstiftung
- (2) Anstiftung durch eine zur Tat provozierenden Situation
  - (a) Kollusionstheorie
  - (b) Theorie des geistigen Kontaktes
  - (c) Reine Verursachungstheorie
  - (d) Stellungnahme

**b) Subjektiver Tatbestand****aa) Vorsatz auf die bestimmte vorsätzliche rechtswidrige Haupttat  
und die Vollendung**

14

- (1) Bestimmtheit des Anstiftervorsatzes
- (2) Agent provocateur
- (3) Auswirkungen des error in persona des Angestifteten auf den Anstifter
  - (a) Differenzierende Meinung
  - (b) Stets aberratio ictus
  - (c) Stets error in persona

**bb) Vorsatz auf die Anstifterhandlung**

**c) § 28 II bezogen auf die Mordmerkmale**

aa) Aufbau und Rechtsfolge

bb) Voraussetzungen

(1) Besondere persönliche Merkmale

(2) Strafe schärfen, mildern oder ausschließen: Darstellung  
des Streits zwischen der Rechtsprechung und der Literatur

cc) Beispielsfälle

(1) Täter tötet aus Habgier, Teilnehmer handelt ohne Mordmerkmal

(2) Täter tötet ohne Mordmerkmal, Teilnehmer handelt aus Habgier

(3) Täter tötet aus Habgier, Teilnehmer handelt aus niedrigen  
Beweggründen (gekreuzte Mordmerkmale)(4) Täter begeht eine Tötung auf Verlangen nach § 216, Teilnehmer handelt  
aus Habgier**d) Rechtswidrigkeit****e) Schuld****f) § 28 I****2. Beihilfe § 27; Aufbau****a) Objektiver Tatbestand****aa) Vorsätzlich rechtswidrige Haupttat**

(1) Nicht bei Fahrlässigkeit: Einheitstäterbegriff

(2) Beim Erlaubnistatbestandsirrtum

(a) Relevanz bei eigenhändigen Delikten und bei  
Sonderdelikten

(b) Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

(c) Strenge Schuldtheorie

(d) Eingeschränkte rechtsfolgenverweisende  
Schuldtheorie

(e) Eingeschränkte Schuldtheorie

**bb) Beihilfehandlung**

(1) Kausalität

(2) Abgrenzung sukzessive Beihilfe/Begünstigung

**b) Subjektiver Tatbestand****aa) Vorsatz auf die bestimmte vorsätzliche rechtswidrige  
Haupttat und die Vollendung**

(1) Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes

(2) Agent provocateur

**bb) Vorsatz auf die Beihilfehandlung****c) § 28 II bezogen auf die Mordmerkmale**

aa) Aufbau und Rechtsfolge

bb) Voraussetzungen

(1) Besondere persönliche Merkmale

(2) Strafe schärfen, mildern oder ausschließen: Darstellung  
des Streits zwischen der Rechtsprechung und der Literatur

cc) Beispielsfälle

- d) **Rechtswidrigkeit**
- e) **Schuld**
- f) **§ 28 I, § 27 II 2**

### III. Täterschaft: § 25

#### 1. Mittelbare Täterschaft § 25 I 2; Aufbau nach der Tatherrschaftslehre

- a) Grundsätzliches: nicht zulässig bei eigenhändigen Delikten oder Sonderdelikte  
Zurechnungsnorm nur für objektive Tatbestandsmerkmale,  
Darstellung wie bei der Stellvertretung
- b) **Objektiver Tatbestand**
  - aa) **Werkzeugeigenschaft**
    - (1) Werkzeug handelt objektiv nicht tatbestandlich
      - (a) Exkulpationslösung
      - (b) Einwilligungslösung
      - (c) Stellungnahme
    - (2) Werkzeug handelt unvorsätzlich
    - (3) Werkzeug handelt rechtmäßig
    - (4) Werkzeug handelt schuldlos
    - (5) Das absichtslos dolose Werkzeug
    - (6) Täter hinter dem Täter
      - (a) Tatherrschaftsprinzip
      - (b) Verantwortungsprinzip
      - (c) Stellungnahme
      - (d) Ausprägungen
        - (aa) Hervorrufen eines gradueller Tatbestandsirrtums
        - (bb) Hervorrufen eines error in persona anhand des Dohnafalles
        - (cc) Organisierter Machtapparat bei den Mitgliedern des nationalen Verteidigungsrates der ehemaligen DDR
        - (dd) Hervorrufen eines vermeidbaren Verbotsirrtums im Katzenkönigfall
    - (7) Irrtümer in der mittelbaren Täterschaft
      - (a) Täter stellt sich vor, Vordermann handele schuldlos, tatsächlich handelt er aber schuldhaft
        - (aa) Vollendete mittelbare Täterschaft nach den subjektiven Theorien
        - (bb) Vollendete Anstiftung nach Teilen der Tatherrschaftslehre  
(versuchte mittelbare Täterschaft tritt zurück)
        - (cc) Vollendete Anstiftung und versuchte mittelbare Täterschaft in Tateinheit nach Teilen der Tatherrschaftslehre
      - (b) Täter stellt sich vor, Vordermann handele vorsatzlos, tatsächlich handelt er aber mit Vorsatz

- (aa) Vollendete mittelbare Täterschaft nach den subjektiven Theorien
- (bb) Versuchte mittelbare Täterschaft nach Teilen der Tatherrschaftslehre
- (cc) Versuchte mittelbare Täterschaft in Tateinheit mit 31 vollendeter Anstiftung nach Teilen der Tatherrschaftslehre
- (dd) Vollendete Anstiftung (versuchte mittelbare Täterschaft tritt zurück) nach Teilen der Tatherrschaftslehre
- (c) Täter stellt sich vor, Vordermann handele schuldhaft, tatsächlich handelt er schuldlos
  - (aa) Versuchte Anstiftung
  - (bb) Vollendete Anstiftung
- (d) Täter stellt sich vor, Vordermann handele mit Vorsatz, tatsächlich fehlt aber der Vorsatz des Werkzeuges
  - (aa) Vollendete Anstiftung
  - (bb) Versuchte Anstiftung
- bb) Tatherrschaft des Hintermannes als Wissens- und Willensherrschaft
- c) Subjektiver Tatbestand**
  - aa) Vorsatz auf die Ausführung der Tat durch einen anderen
  - bb) Vorsatz auf die Werkzeugeigenschaft und die Tatherrschaft
    - Auswirkungen des error in persona auf den mittelbaren Täter
    - (1) Differenzierende Ansicht
    - (2) Stets aberratio ictus und Stellungnahme
  - cc) Sonstige subjektive Tatbestandsmerkmale
- d) Rechtswidrigkeit**
- e) Schuld**

## 2. Mittäterschaft § 25 II

- a) Grundsätzliches: nicht zulässig bei eigenhändigen Delikten oder Sonderdelikten. Zurechnungsnorm nur für objektive Tatbestandsmerkmale, Darstellung wie bei der Stellvertretung.
- b) Aufbau insbesondere bei Problemfällen
  - Getrennte Prüfung in Problemfällen
- c) Objektiver Tatbestand in Problemfällen**
  - Arbeitsteiliges Zusammenwirken
    - aa) Der unmittelbare Tatbeitrag
    - bb) Infolge von Zurechnung nach § 25 II
      - (1) Grundsätzliche Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme
      - (2) Mittäterschaft im Vorbereitungsstadium
        - (a) Gemischt subjektiv-objektive Theorie
        - (b) Tatherrschaftslehre
      - (3) Mittäter verwirklichen unterschiedliche Tatbestände bei den Tötungsdelikten

**d) Subjektiver Tatbestand**

Bewußtes und gewolltes Zusammenwirken

aa) Vorsatz hinsichtlich des eigenen Tatbeitrages

bb) Vorsatz hinsichtlich des fremden Beitrages

Auswirkungen des error in persona auf den Mittäter

cc) Sonstige subjektive Tatbestandsmerkmale im Zeitpunkt der Tatausführung

**e) Rechtswidrigkeit****f) Schuld**

## Strafrecht Allgemeiner Teil

### C. Kapitel II: Täterschaft und Teilnahme

#### I. Einführung

Das Strafrecht geht in §§ 25 – 27 von einem dualistischen System aus. Das Gesetz differenziert hierbei zwischen

Täterschaft (§ 25) und  
Teilnahme (§§ 26, 27).

Gemeinsamer Oberbegriff ist der „Beteiligte“ nach § 28 II.

#### 1. Darstellung der Täter- und Teilnahmeformen

Im Rahmen der Täterschaft unterscheidet man

den *Alleintäter* nach § 25 I 1. Fall,  
den *mittelbaren Täter* nach § 25 I 2. Fall und  
den *Mittäter* nach § 25 II.

Von *Nebentätern* spricht man, wenn mehrere Alleintäter unabhängig voneinander denselben Tatbestand erfüllen. Die Täterschaft ist insgesamt die stärkste Form der Beteiligung.

Teilnehmer sind

der Anstifter nach § 26 und  
der Gehilfe nach § 27.

Der Anstifter wird gemäß § 26 gleich einem Täter bestraft. Demgegenüber ist die Strafe des Gehilfen zwingend nach §§ 27 II 2, 49 I zu mildern und damit die schwächste Art der Beteiligung.

#### Zusammenfassung I: Übersicht: Täterschaft und Teilnahme

Täterschaft		Teilnahme	
<i>Alleintäter</i>	§ 25 I 1. Fall (evtl. Nebent.)	<i>Anstifter</i>	§ 26
<i>Mittelbarer Täter</i>	§ 25 I 2	<i>Gehilfe</i>	§ 27
<i>Mittäter</i>	§ 25 II		

#### 2. Einheitstäterbegriff im Ordnungswidrigkeitenrecht und in der Fahrlässigkeit

Vom dualistische System ist der *Einheitstäterbegriff* zu trennen. Hiernach ist jeder Täter, der einen ursächlichen Beitrag zur Tatbestandsverwirklichung gesetzt hat. Eine Teilnahme kommt nicht in Betracht. Der Einheitstäterbegriff gilt zunächst im *Ordnungswidrigkeitenrecht*. Nach §

14 I OWiG handelt nämlich jeder Beteiligte an einer Ordnungswidrigkeit selbst ordnungswidrig.

Tötet A ein Wirbeltier entgegen § 4 TierSchG mit einem Messer und besorgt B die Tatwaffe hierzu, so sind sowohl A als auch B Täter der Ordnungswidrigkeit nach § 18 I Nr. 5 TierSchG. Im Strafrecht käme Täterschaft des A und Beihilfe des B in Betracht.

Der Einheitstäterbegriff gilt auch bei *Fahrlässigkeitsdelikten*. Eine Teilnahme scheidet schon deshalb aus, weil diese eine „*vorsätzlich* rechtswidrige Haupttat“ voraussetzt.

A fordert den Fahrer eines Pkws (B) auf, die Geschwindigkeitsvorschriften zu überschreiten. Hierdurch kommt es zu einem Verkehrsunfall, bei dem C getötet wird. Sowohl A als auch B sind Täter einer fahrlässigen Tötung nach § 222. Demgegenüber wäre A im Rahmen eines Vorsatzdeliktes nur Anstifter.

### **3. Abgrenzung Täterschaft/Teilnahme**

Typische Abgrenzungsprobleme zwischen Täterschaft und Teilnahme bestehen

zwischen mittelbarer Täterschaft (§ 25 I 2) und Anstiftung (§ 26) und  
zwischen Mittäterschaft (§ 25 II) und Beihilfe (27).

Sowohl der mittelbare Täter als auch der Anstifter können nämlich einen anderen zur Tatbegehung veranlassen:

Wird ein Volltrunkener von A zu einer Sachbeschädigung veranlaßt, so kann A entweder mittelbarer Täter einer Sachbeschädigung nach §§ 303, 25 I 2 durch ein nicht schuldhaft handelndes Werkzeug oder nur Anstifter nach §§ 303, 26 an einer vorsätzlich rechtswidrigen Haupttat sein.

Ferner kann ein Mittäter und ein Gehilfe zur Tatbegehung beitragen.

Wer bei einem Bankraub Schmiere steht, kann sowohl Mittäter nach § 25 II als auch nur Gehilfe nach § 27 sein.

Zur Abgrenzung stehen sich *objektive* und *subjektive* Ansätze gegenüber.

#### **a) Streng subjektive Theorie**

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*.

#### **Badewannenfall:**

Im Badewannenfall (RGSt 74, 85) ertränkte die Schwester der Kindesmutter das neugeborene Kind mit eigener Hand, ohne daß sie die Tat als eigene wollte. Damit war die Schwester lediglich Gehilfin, weil sie im ausschließlichen Interesse ihrer Schwester (der Mutter) gehandelt hat. Die Mutter, die das Kind nicht selbst ertränkte war aufgrund ihrer inneren Einstellung zur Tat Täterin.

Die subjektive Theorie, die auch diejenigen nur als Gehilfen bestraft (Schwester), der in eigener Person den gesetzlichen Tatbestand erfüllt, setzt sich in Widerspruch zum klaren Wortlaut des § 25 I 1. 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. Sie sollte deshalb beim abweichenden Ergebnis mit den anderen Theorien abgelehnt werden.

### **b) Gemischt subjektiv-objektive oder beschränkt subjektive Theorie**

Der Ausgangspunkt der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme der nunmehr von der Rechtsprechung vertretenen *gemischt subjektiv-objektiven oder beschränkt subjektiven Theorie* ist wiederum der Täterwille. Die Rechtsprechung zieht aber für die Ermittlung des Täters- bzw. Teilnahmewillens nunmehr 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.

Obwohl im Badewannenfall kein Tatinteresse der Schwester bestand, kommt die gemischt subjektiv-objektive Theorie zu ihrer Täterschaft aufgrund des überwiegenden Tatbeitrages, der Tatherrschaft und des Tatherrschaftsbewußtseins. Das Tatinteresse ist – anders als in der streng subjektiven Theorie - nicht mehr das ausschließliche Abgrenzungskriterium.

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.

### **c) Tatherrschaftslehre oder materiell-objektive Theorie**

Damit sollte insgesamt der *Tatherrschaftslehre oder materiell-objektiven Theorie* gefolgt werden. Hiernach sind 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. Damit werden in der Tatherrschaftslehre objektive und subjektive Kriterien verbunden, ohne wie bei der beschränkt subjektiven Theorie, den objektiven und subjektiven Tatbestand zu vermischen.

Im Badewannenfall wäre die Schwester aufgrund der Tatherrschaft und des Tatherrschaftsbewußtseins Täterin.

**Zusammenfassung II: Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme**

Subjektive Theorie	Gemischt subjektiv-objektive (beschränkt-subjektive) Theorie	Tatherrschaftslehre (materiell-objektive Theorie)
<p><b>Täter</b> ist, wer mit Täterwillen handelt (<i>animus auctoris</i>) und die Tat als <i>eigene will</i>.  <b>Teilnehmer</b> ist, wer mit Teilnehmerwillen handelt (<i>animus socii</i>) und die Tat als <i>fremde will</i>.</p> <p><b>Gegen:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Widerspruch zum klaren Wortlaut des § 25 I 1</li> <li>- Führt zur beliebigen Austauschbarkeit von Täterschaft und Teilnahme</li> </ul>	<p><b>Täter</b> ist, wer mit Täterwillen handelt (<i>animus auctoris</i>) und die Tat als <i>eigene will</i>.  <b>Teilnehmer</b> ist, wer mit Teilnehmerwillen handelt (<i>animus socii</i>) und die Tat als <i>fremde will</i>.                      Ob dies zutrifft ist unter Berücksichtigung aller Umstände, die von der Tätervorstellung umfaßt werden in wertender Betrachtung zu ermitteln:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Grad des eigenen Interesses am Täterfolg</li> <li>- dem Umfang der Tatbeteiligung</li> <li>- der Tatherrschaft und</li> <li>- dem Tatherrschaftsbewußtsein.</li> </ul> <p><b>Gegen:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- mit gewisser Beliebigkeit anwendbar und genügt insofern dem Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 II GG nicht</li> <li>- Inkonsequent, wenn sie das subjektive Abgrenzungskriterium mit Hilfe objektiver Kriterien bestimmt</li> </ul>	<p><b>Täter</b> 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).  <b>Teilnehmer</b> 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.</p> <p><b>Für:</b></p> <p>Es werden objektive und subjektive Kriterien verbunden, ohne wie bei der beschränkt subjektiven Theorie den objektiven und subjektiven Tatbestand zu vermischen.</p>

**4. Aufbau**

Der Streit um die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme sollte einheitlich behandelt werden. Da die besseren Gründe für die Tatherrschaftslehre sprechen, wird empfohlen, den Meinungsstand beim vollendeten Delikt im objektiven Tatbestand darzustellen. Divergieren die Ergebnisse, verdient die Tatherrschaftslehre den Vorzug.

Im subjektiven Tatbestand ist Vorsatz auf die objektiven Tatbestandsmerkmale und die Täterschaft zu prüfen. Dazu müßte der Täter bei einer Mittäterschaft bewußt und gewollt mit dem anderen Mittäter zusammengewirkt und Tatherrschaftsbewußtsein besessen haben. Schließlich kommen gegebenenfalls besondere Absichten in Betracht.

Ist ein und dieselbe Person innerhalb eines Sachverhalts sowohl Täter als auch Teilnehmer, so ist die Täterschaft vor der Teilnahme zu prüfen. Im Blick auf die Konkurrenzen tritt nämlich die schwächere Teilnahme hinter der stärkeren Täterschaft in Gesetzeskonkurrenz (logische Subsidiarität) zurück.

Sind Täter und Teilnehmer unterschiedliche Personen, muß auch hier mit der Täterschaft begonnen werden. So setzt eine Teilnahme eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat voraus. Sie ist deshalb akzessorisch darzustellen.

Damit gilt insgesamt der Grundsatz: **Täterschaft vor Teilnahme.**

## **II. Teilnahme: §§ 26, 27**

Trotz dieses Grundsatzes soll zum Einstieg mit der leichter verständlichen Teilnahme begonnen werden.

### **1. Anstiftung § 26; Aufbau**

Die Anstiftung wird wie folgt geprüft:

- Anstiftung nach § 26**
- 1. Objektiver Tatbestand**
    - a) Vorsätzlich rechtswidrige Haupttat
    - b) Anstifterhandlung
  - 2. Subjektiver Tatbestand**
    - a) Vorsatz auf die bestimmte vorsätzlich rechtswidrige Haupttat und die Vollendung
    - b) Vorsatz auf die Anstifterhandlung
  - 3. § 28 II**
  - 4. Rechtswidrigkeit**
  - 5. Schuld**
  - 6. § 28 I**

#### **a) Objektiver Tatbestand**

Objektiv setzt die Anstiftung voraus, daß der Anstifter einen anderen zu

seiner vorsätzlich rechtswidrigen Tat  
bestimmt.

#### **aa) Vorsätzlich rechtswidrige Haupttat**

##### **(1) Nicht bei Fahrlässigkeit: Einheitstäterbegriff**

Da die Norm des § 26 eine *vorsätzlich* rechtswidrige Haupttat voraussetzt, ist eine Anstiftung nicht im Rahmen der Fahrlässigkeit möglich. Hier gilt, wie bereits dargestellt, der Einheitstäterbegriff (vgl. oben I. 2.).

##### **(2) Beim Erlaubnistatbestandsirrtum**

Problematisch ist das Merkmal der *vorsätzlich* rechtswidrigen Haupttat beim Erlaubnistatbestandsirrtum (hierzu das Skript „go-jura, Strafrecht AT: Kapitel I: Das vorsätzlich vollendete Begehungsdelikt“ B. III. 3. c)). Läßt nämlich der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes den *Vorsatz* entfallen, ist eine Teilnahme an einem solchen Delikt nicht möglich. Ruft jemand bei einem anderen einen Erlaubnistatbestandsirrtum hervor, kommt dann nur noch mittelbare Täterschaft

- die vorrangig vor der Anstiftung zu prüfen ist (Achtung! Grundsatz: Täterschaft vor Teilnahme) - in Betracht.

**(a) Relevanz bei eigenhändigen Delikten und bei Sonderdelikten**

Die mittelbare Täterschaft ist, genauso wie die Allein- oder Mittäterschaft, bei *Allgemeindelikten* unproblematisch. Tauglicher Täter eines Allgemeindelikts kann jedermann sein.

Totschlag nach § 212 und Sachbeschädigung nach § 303 können von jedem begangen werden.

Etwas anderes gilt aber für *eigenhändigen Delikte* und für *Sonderdelikten*.

Bei *eigenhändigen Delikten* kann nämlich der besondere Verhaltensunwert des betreffenden Delikts nur durch die Vornahme der eigenhändigen Tathandlung realisiert werden. Wer nicht selbst eigenhändig handelt, ist nur Anstifter oder Gehilfe unter der Voraussetzung, daß eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat existiert.

Bei den Aussagedelikten nach §§ 153 ff und bei den Straßenverkehrsdelikten nach §§ 315c, 316 kann nur der „Aussagende“ und der „Führer eines Pkws“ Täter sein.

Im Rahmen von *Sonderdelikten* begrenzt die Eigenschaft des Handlungssubjekts den Täterkreis. Auch hierbei ist derjenige, der die Sonderdeliktsqualität nicht erfüllt nur Teilnehmer, wenn eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat vorliegt.

Bei den Straftaten im Amt nach §§ 331 ff. kann sich nur ein Amtsträger täterschaftlich strafbar machen.

Ruft der Täter bei einem anderen einen Erlaubnistatbestandsirrtum innerhalb eines Sonderdelikts oder eines eigenhändig Delikts hervor, scheidet eine mittelbare Täterschaft grundsätzlich aus. Scheitert eine Teilnahme an der vorsätzlich rechtswidrigen Haupttat kommt eine Strafbarkeit insgesamt nicht in Betracht.

**Arztfall:**

A ist Arzt in einem kleinen Dorf, 50 km entfernt vom nächsten Krankenhaus. Nach Dienstschluß betrinkt er sich zu Hause bis zur absoluten Fahruntüchtigkeit. Um den A unter einem Vorwand aus dem Haus zu locken, bittet B ihn telefonisch um schnellstmögliche Versorgung eines angeblich schwer verletzten Unfallopfers, das bestimmt bis zum Eintreffen des Krankenwagens verblutet sei. A müsse zur 5 km entfernten Unfallstelle mit dem Auto fahren. Dabei erkennen B und A die Fahruntauglichkeit des A. In Rettungsabsicht fährt A zur angegebenen Unfallstelle, kann aber keinen Verletzten entdecken. In dieser Zeit räumt B die Wohnung des A leer.

Strafbarkeit von A und B nur in Hinblick auf § 316?

**Lösung:**

**A. Strafbarkeit des A**

**I. § 316 I**

**1. Tatbestandsmäßigkeit/Rechtswidrigkeit**

Die vorsätzliche Trunkenheitsfahrt des A nach § 316 ist nicht durch einen rechtfertigenden Notstand nach § 34 gerechtfertigt. So bestand objektiv keine gegenwärtigen Gefahr und damit lag bereits keine Notstandslage vor.

**2. Schuld**

A könnte aber der Vorsatz-Schuldvorwurf fehlen, wenn er sich über die tatsächlichen Voraussetzungen des § 34 geirrt hat. Aus der Sicht des A lag eine gegenwärtige Gefahr für das Leben eines Verletzten vor. Die Abwehrhandlung muß subjektiv nicht anders abwendbar sein. Damit muß sie erforderlich sein, dies unter dem doppelten Aspekt, daß sie unter den gegebenen Umständen zum Schutz des Erhaltungsgutes so geeignet und im Hinblick auf das Eingriffsgut so schonend wie möglich ist. Da

nach Angaben des B, das Opfer nur noch eine unverzügliche ärztliche Versorgung retten konnte, war die Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs durch die Alkoholfahrt geeignet und das mildeste Mittel. Das geschützte Rechtsgut muß das beeinträchtigte Rechtsgut wesentlich überwiegen. Das beeinträchtigte Rechtsgut ist die abstrakte Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs. Demgegenüber ging es auf der anderen Seite um die konkrete Gefahr für ein Menschenleben. Diese konkrete Gefahr überwog wesentlich gegenüber der nur abstrakten Gefahr für die Allgemeinheit. Da A zudem in Kenntnis der rechtfertigenden Lage und zum Zwecke der Gefahrenabwehr handelte, lagen nach der Vorstellung des Täters die tatsächlichen Voraussetzungen des § 34 und damit ein Erlaubnistatbestandsirrtum vor.

Die rechtliche Einordnung dieses Irrtums über die Rechtswidrigkeit ist problematisch. Hierbei werden unterschiedliche Theorien vertreten.

a) **Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen**

Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen folgt einem zweigliedrigen Delikttaufbau. Sie betrachtet die Rechtfertigungsgründe als negative Tatbestandsmerkmale.

Nach dieser Meinung findet § 16 direkt Anwendung, da die Rechtswidrigkeit ein Teil des Tatbestandes ist. Deshalb ist nach § 16 I 1 der Vorsatz ausgeschlossen. Es kommt nach § 16 I 2 lediglich Fahrlässigkeit in Betracht, sofern das Delikt als Fahrlässigkeitsdelikt strafbar ist.

b) **Strenge Schuldtheorie**

Nach der strengen Schuldtheorie ist das Unrechtsbewußtsein Schuldelement. Diese Meinung behandelt den Erlaubnistatbestandsirrtum wie den Erlaubnisirrtum und wendet § 17 direkt an. Die Schuld ist dann ausgeschlossen, wenn der Täter den Irrtum nicht vermeiden konnte.

Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit ist vermeidbar, wenn dem Täter bei ihm zumutbarer Wissensanspannung unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse sein Verhalten hätte Anlaß geben müssen, über dessen mögliche Rechtswidrigkeit nachzudenken oder sich zu erkundigen und er auf diesem Wege zur Unrechtseinsicht gekommen wäre. Da jeder objektive Dritte eine Gefahr für ein Menschenleben angenommen hätte, handelte A nicht pflichtwidrig hinsichtlich des Irrtums über die Gefahr, so daß ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorlag, der nach § 17 S. 1 zur Schuldlosigkeit führte.

c) **Eingeschränkte Schuldtheorien**

aa) **Rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie**

Die rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie wendet § 16 analog an und läßt lediglich den Vorsatz-Schuldvorwurf entfallen.

bb) **Eingeschränkte Schuldtheorie**

Ebenso wendet die eingeschränkte Schuldtheorie § 16 analog an. Nach ihr ist aber das Vorsatzunrecht ausgeschlossen.

d) **Zwischenergebnis**

Beim unvermeidbaren Verbotsirrtum kommen alle Meinungen zum selben Ergebnis. Die strenge Schuldtheorie läßt die Schuld entfallen und die Theorien, die § 16 direkt oder analog anwenden verneinen den Vorsatz, den Vorsatz-Schuldvorwurf oder das Vorsatzunrecht. Eine Streitentscheidung kann also an dieser Stelle dahin stehen.

3. **Ergebnis**

Eine Bestrafung des A wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Straßenverkehr nach § 316 I kommt deshalb nicht in Betracht.

**II. § 316 II**

Die Ansichten, die § 16 direkt oder analog anwenden erwägen eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Trunkenheit im Straßenverkehr nach § 316 II.

Geht man davon aus, daß es für einen Dritten nicht erkennbar war, daß objektiv keine Gefahr vorlag, so wurde die Rechtfertigungslage nicht objektiv vorwerfbar verkannt. Der Erlaubnistatbestandsirrtum war somit nicht sorgfaltswidrig und damit auch nicht fahrlässig im Sinne von § 316 II.

**III. Ergebnis**

Eine Strafbarkeit des A kommt deshalb insgesamt nicht in Betracht

**B. Strafbarkeit des B**

**I. §§ 316 I, 25 I 2**

Eine mittelbare Täterschaft nach §§ 316 I, 25 I 2 durch ein im Erlaubnistatbestandsirrtum handelndes Werkzeug scheitert an der Eigenhändigkeit des Delikts.

**II. §§ 316 I, 26**

In Betracht kommt aber eine Anstiftung zur Trunkenheit im Straßenverkehr nach §§ 316 I, 26 wenn eine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat vorliegt.

Ob der objektive Tatbestand der Teilnahme erfüllt ist, ist umstritten und richtet sich wiederum nach der rechtlichen Einordnung des Erlaubnistatbestandsirrtums.

### **(b) Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen**

Nach der *Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen* wird § 16 direkt angewandt. Damit entfällt der Vorsatz. Eine Teilnahme ist ohne *vorsätzlich* rechtswidrige Haupttat nicht möglich.

### **(c) Strenge Schuldtheorie**

Die *strenge Schuldtheorie* hingegen behandelt den Erlaubnistatbestandsirrtum über § 17. Der Verbotsirrtum berührt nur die Schuld, nicht aber den Vorsatz, so daß eine Teilnahme in Betracht kommt.

### **(d) Eingeschränkte rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie**

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.

### **(e) Eingeschränkte Schuldtheorie**

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.

Die strenge Schuldtheorie, die rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie und ein Teil der eingeschränkten Schuldtheorie bejahen eine vorsätzliche Trunkenheit im Straßenverkehr nach § 316. Alle übrigen Meinungen lehnen den objektiven Tatbestand der Teilnahme ab. Bei eigenhändigen Delikten und bei Sonderdelikten führen die zuletzt genannten Ansichten damit zu kriminalpolitisch bedenklichen Strafbarkeitslücken. Sie sollten deshalb abgelehnt werden. Gegen die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ist zudem anzuführen, daß sie dem herkömmlichen dreigliedrigen Deliktsaufbau widerspricht. Ferner heißt es in § 32 I, der Täter handele nicht rechtswidrig. Sollte der Gesetzgeber damit die Tatbestandsmäßigkeit gemeint haben, hätte er dies auch so zum Ausdruck bringen müssen.

Die eingeschränkte Schuldtheorie ist ebenfalls abzulehnen, weil sie den Vorsatz im Sinne der §§ 26, 27 zum Teil anders definiert als den Vorsatz nach § 16.

Da B bei A den Tatentschluß zur Trunkenheit im Verkehr hervorgerufen hat, und mit doppeltem Anstiftervorsatz handelte, ist B nach §§ 316 I, 26 zu bestrafen.

### **bb) Anstifterhandlung**

Der Anstifter muß den Täter zur vorsätzlich rechtswidrigen Tat bestimmt haben. Unter „Bestimmen“ versteht man das Hervorrufen des Tatentschlusses.

### **(1) Omnimodo facturus und Anstiftung zur Qualifikation/Aufstiftung**

Ist der Täter noch unschlüssig, ob er die Tat begehen will, so kann ein anderer in ihm den Tatentschluß wecken. Etwas anderes gilt aber bei dem bereits fest zur Tat Entschlossenen (omnimodo facturus). Hier kommt nur versuchte Anstiftung nach § 30 I (bei Unkenntnis des Tatentschlusses) und psychische Beihilfe nach § 27 durch das Bestärken des Tatvorsatzes in Betracht.

Problematisch sind die Fälle, in denen der Täter schon zum Grunddelikt fest entschlossen ist, aber zur Begehung einer Qualifikation veranlaßt wird (Aufstiftung).

A möchte den B im Rahmen einer einfachen Körperverletzung (§ 223) körperlich mißhandeln. C schlägt dem A vor, hierzu ein Messer (§ 224 I Nr. 2) zu benutzen.

Nach Rechtsprechung und herrschender Meinung kommt eine Anstiftung zur Qualifikation (§ 224 I Nr. 2, 26) in Betracht. Zur Begründung wird eine erhebliche Steigerung des ursprünglichen Unrechtsgehaltes angeführt. Teilweise wird aber darauf abgestellt, daß A bereits zum Grunddelikt fest entschlossen war. Dann wäre aber nur eine Strafbarkeit wegen psychische Beihilfe zum Tatganzen (§§ 223, 224 I Nr. 2, 27) sachgerecht.

### **(2) Anstiftung durch eine zur Tat provozierenden Situation**

Problematisch ist, welches Mittel den Tatentschluß hervorrufen muß.

#### **Diebesfallenfall:**

Im Unternehmen des U kommt es häufiger zu Diebstählen. Deshalb präpariert der ermittelnde Polizeibeamte P einen Geldschein des U mit dessen Einverständnis und legt ihn in eine offene Schreibtischschublade im Dienstzimmer des U. T entnimmt den Schein heimlich der Schublade und wird später durch Spuren an seinen Fingern überführt. Strafbarkeit des P nach §§ 242, 22, 23 I, 26?

#### **(a) Kollusionstheorie**

Nach der Kollusionstheorie ist nur eine Verhaltensweise, mit der der Anstifter unmittelbar auffordernd auf den Willen des Täters einwirkt ein „Bestimmen“. Schließlich heißt Bestimmen das Hervorrufen des Tatentschlusses durch eine Willensbeeinflussung im Wege des offenen psychischen Kontaktes.

Damit fehlt es im Diebesfällenfall an einer Strafbarkeit des P nach §§ 242, 22, 23 I, 26, da keine Kommunikationsbeziehung zwischen T und P im Sinne eines kollusiven Zusammenwirkens stattgefunden hat.

#### **(b) Theorie des geistigen Kontakts**

Nach der Theorie des geistigen Kontakts setzt Anstiftung eine kommunikative Beeinflussung des Täters durch den Anstifter voraus. Das bloße Arrangieren tatanreizender Situationen ist deshalb kein „Bestimmen“ im Sinne des § 26.

Auch nach dieser Ansicht scheidet eine Anstiftung mangels geistigen Kontakts aus.

### **(c) Reine Verursachungstheorie**

Nach der reinen Verursachungstheorie setzt § 26 nicht mehr als die Verursachung des Tatentschlusses voraus. Das Schaffen einer zur Tat sozialadäquat anreizenden Sachlage genügt daher. Bestimmen ist daher das Hervorrufen des Tatentschlusses auf eine beliebige Art und Weise.

Diese extensive Meinung bejaht das Merkmal „Bestimmen“, so daß sich die anschließende Problematik des agent provocateurs (hierzu II. 1.b)aa) (2)) stellt.

### **(d) Stellungnahme**

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.

### **b) Subjektiver Tatbestand**

In subjektiver Hinsicht fordert § 26 ein Doppeltes:

Der Vorsatz muß sich sowohl auf

die bestimmte vorsätzlich rechtswidrige Haupttat und ihre Vollendung  
als auch auf das Bestimmen

beziehen (sog. Doppelvorsatz).

#### **(aa) Vorsatz auf die bestimmte vorsätzlich rechtswidrige Haupttat und die Vollendung**

##### **(1) 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.

Sagt A zu B: „Mache eine Tankstelle!“, genügt dies nicht dem Anstiftervorsatz, wohl aber reicht es aus, wenn A den B auffordert, den X auszurauben, ohne den Tatort oder die Tatzeit zu kennen.

## (2) Agent provocateur

Der Anstifter muß ferner Vorsatz auf die Vollendung der Haupttat haben. Will der Anstifter, daß die Tat *nur das Stadium des Versuchs* erreicht, so geht sein Vorsatz weniger weit als im Normalfall der Anstiftung. Aufgrund dieses Defizits ist der *agent provocateur* (Lockspitzel), der die Haupttat eines anderen veranlaßt, um diesen überführen zu können, straffrei.

Wenn allerdings der Strafgrund der Anstiftung darin läge, daß der Täter in strafrechtliche Schuld geführt wird, wäre auch der *agent provocateur* strafbar. Aber dieser Strafgrund, der der sog. „Schuldteilnahmetheorie“ zugrundeliegt ist mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar, weil sich aus den §§ 26, 27 und § 29 ergibt, daß eine schuldhaft begangene Haupttat gerade nicht verlangt wird.

Damit ist P im Diebesfallenfall straffrei.

Dasselbe gilt für das nachfolgende Beispiel:

A überredet den B zu einem nächtlichen Einbruchsdiebstahl in ein Kaufhaus, um ihn noch vor Einstecken der Waren durch die von ihm informierte Polizei festnehmen zu lassen.

## (3) Auswirkungen des error in persona des Angestifteten auf den Anstifter

Fraglich ist der Vorsatz auf die vorsätzlich rechtswidrige Haupttat, wenn der *Anstifter* einem für den Angestifteten unbeachtlichen *error in persona* (hierzu generell das Skript go-jura, Strafrecht AT, Kapitel I: Das vorsätzlich vollendete Begehungsdelikt“ B. II. 3. b) aa)) unterliegt.

A überredet B zur Tötung des X. B verwechselt X mit Y und erschießt diesen.  
(Ähnlich im Rose-Rosahl-Fall des Preußischen Obertribunals GA (1859), 322, 327).

Umstritten ist, ob auch für den Anstifter ein unbeachtlicher *error in persona* oder aber eine *aberratio ictus* eine sachgerechtere Lösung bietet.

### (a) Differenzierende Ansicht

Insbesondere nach Ansicht des BGH ist der *error in persona* für den Anstifter dann unbeachtlich, wenn er dem Täter die *Individualisierung des Opfers überlassen* hat.

Beschreibt A dem B sein Opfer X nach bestimmten Merkmalen und verwechselt B dennoch den X mit dem Y, auf den die Beschreibung ebenfalls zutrifft, so ist A Täter eines Totschlags an Y nach § 212 und B dessen Anstifter gemäß §§ 212, 26.

Der Anstifter muß sich nämlich nach dieser Ansicht das Ergebnis zurechnen lassen, wenn sich die Verwechslung noch in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren hält.

Lag demgegenüber von Seiten des A eine Individualisierung vor, beruht die Verwechslung aber darauf, daß sich B verhört hat, weil er denkt, A habe die Tötung des Y statt des X in Auftrag gegeben, so ist der *error in persona* für den Anstifter beachtlich, weil sich die Verwechslung hier eben nicht mehr in den Grenzen des

nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren hält. Bei A kommt dann nur eine *aberratio ictus* und damit eine fahrlässige Tötung nach § 222 an Y und eine versuchte Anstiftung zum Totschlag nach §§ 30 I, 212 an X in Betracht.

**(b) Stets aberratio ictus**

Nach einer weiteren Auffassung führt bei höchstpersönlichen Rechtsgütern der *error in persona* bei dem Anstifter ähnlich wie im Rahmen der mittelbaren Täterschaft (hierzu noch später III. 1. c) bb)) stets zur *aberratio ictus*.

Auch hiernach wäre A nur wegen fahrlässiger Tötung nach § 222 an Y und versuchter Anstiftung zum Totschlag nach §§ 30 I, 212 an X zu bestrafen.

Nur so kann verhindert werden, daß der Anstifter wegen zweier vorsätzlicher Delikte bestraft wird, wenn der Angestiftete seinen Irrtum erkennt und nunmehr die vom Anstifter gewollte Person tötet.

**(c) Stets error in persona**

Schließlich wird mit einer dritten Ansicht für alle Beteiligte gleichermaßen ein unbeachtlicher *error in persona* und damit kein Vorsatzausschluß nach § 16 angenommen.

Auch B ist hiernach Anstifter zum Totschlag nach §§ 212, 26.

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*.

**Zusammenfassung III: Auswirkungen des error in persona des Täters auf den Anstifter**

Differenzierende Meinung	Stets aberratio ictus	Stets error in persona
<p>Es wird wie folgt differenziert: - Irrtum unbeachtlich <b>(§ 16 (-), Vorsatz (+)),</b> wenn Anstifter dem Täter <i>die Individualisierung des Opfers überlassen</i> hat, so daß ein <i>error in persona</i> beim Anstifter vorliegt. Die Verwechslung hält sich noch in den Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren.</p> <p>- Irrtum beachtlich, <b>(§ 16 (+) ⇒ Vorsatz (-) RF: Fahrlässigkeit und Versuchte Anstiftung),</b> wenn der Anstifter <i>das Opfer hinreichend individualisiert hat</i>, so daß beim Anstifter eine <i>aberratio ictus</i> vorliegt.</p>	<p>Wie im Rahmen der mittelbaren Täterschaft führt der <i>error in persona</i> des Täters bei höchstpersönlichen Rechtsgütern zu einem beachtlichen Irrtum, so daß beim Anstifter eine <i>aberratio ictus</i> vorliegt.</p> <p><b>(§ 16 (+) ⇒ Vorsatz (-) RF: Fahrlässigkeit und versuchte Anstiftung),</b></p> <p><b>für:</b> Nur so kann verhindert werden, daß der Anstifter wegen zweier vorsätzlicher Delikte bestraft wird, wenn der Angestiftete seinen Irrtum erkennt und nunmehr die vom Anstifter gewollte Person tötet.</p>	<p>Was für den Täter unbeachtlich ist, muß auch für den Anstifter unbeachtlich sein.</p> <p><b>(§ 16 (-) ⇒ Vorsatz (+)),</b></p> <p><b>für:</b> Gesetzeswortlaut des § 26, der den Anstifter gleich dem Täter bestraft.</p>

**bb) Vorsatz auf die Anstifterhandlung**

Neben dem Vorsatz auf die bestimmte vorsätzlich rechtswidrige Haupttat muß sich der *Anstiftervorsatz auch auf das Hervorrufen des Tatentschlusses* beziehen. Hierfür reicht dolus eventualis aus.

### c) § 28 II bezogen auf die Mordmerkmale

Grundsätzlich wird der Teilnehmer aus der gleichen vorsätzlich rechtswidrigen Haupttat bestraft wie der Täter. Damit sind Täterschaft und Teilnahme – wie im Zivilrecht Bürgschaft und Forderung – voneinander abhängig und damit *akzessorisch*.

Begeht A einen Diebstahl nach § 242 und kundschaftet B als Gehilfe den Tatort aus, kommt für ihn ebenfalls eine Beihilfe zum Diebstahl nach §§ 242, 27 in Betracht.

§ 28 II lockert diese 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. Dabei beansprucht die Akzessorietätslockerung zugunsten und zu Ungunsten des jeweiligen Beteiligten Geltung. Zudem kann sie entweder tatbestandsverschiebend und damit akzessorietätsdurchbrechend oder strafrahmenverschiebend wirken.

Hehlt A gewerbsmäßig, so ist er Täter einer gewerbsmäßigen Hehlerei nach § 260. Hilft B dem Hehler ohne sich selbst hieraus eine Einnahmequelle von gewisser Dauer zu verschaffen, kommt über § 28 II entweder eine Tatbestandsverschiebung nach § 259 und damit Beihilfe zur einfachen Hehlerei, oder eine Strafrahmenverschiebung in Betracht, nach der B akzessorisch wegen gewerbsmäßiger Hehlerei mit der Rechtsfolge der einfachen Hehlerei nach § 259 zu bestrafen ist.

Im umgekehrten Fall ist A Täter einer einfachen Hehlerei nach § 259 und B bei Durchbrechung der Akzessorietät entweder Gehilfe einer gewerbsmäßigen Hehlerei nach §§ 260, 27 oder akzessorisch Teilnehmer zur einfachen Hehlerei allerdings mit dem Strafrahmen des § 260.

### aa) Aufbau und Rechtsfolge

Die *Rechtsfolgelösung* lockert nur die Akzessorietät im *Strafrahmen* weil auch § 28 I beim Fehlen besonderer persönlicher Merkmale beim Teilnehmer, die die Strafe des Täters begründen, nur zur Milderung kommt. Nichts anderes muß nach dieser Ansicht für § 28 II gelten, der insofern in der Strafzumessung zu prüfen ist.

Nach h.M. *verschiebt* § 28 II jedoch den *Tatbestand*. Dieser Lösung ist zu folgen, da § 28 II anders als § 28 I in der Rechtsfolge nicht von Schärfung oder Milderung spricht. Konsequenterweise ist Standort der Prüfung des § 28 II deshalb das Ende des Tatbestandes.

Besonders prüfungsrelevant ist § 28 II bei den Mordmerkmalen, da hier eine Abgrenzung zu § 28 I erfolgen muß, der eine obligatorische Strafmilderung für den Teilnehmer enthält, wenn bei ihm besondere persönliche Merkmale fehlen. Während § 28 II für besondere persönliche Merkmale, die die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen gilt, ist § 28 I bei strafbegründenden besonderen persönlichen Merkmalen anwendbar. Insofern stellt sich die Frage, ob § 211 zu § 212 strafscharfend oder strafbegründend wirkt. Da – wie später unter Punkt II. 1. c) bb) (2) zu zeigen sein wird – die besseren Gründe für eine Strafschärfung und damit für die Anwendbarkeit des § 28 II sprechen, darf § 28 I, der eigentlich nach der Schuld zu

prüfen ist, zur Darstellung des Meinungsstandes an das Ende des Tatbestandes vorgezogen werden.

## **bb) Voraussetzungen**

§ 28 II setzt zweierlei voraus:

Es muß sich

1. um ein besonderes persönliches Merkmal handeln.
2. Dieses muß die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen.

### **(1) 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“.

Hierzu zählt die 1. Gruppe der Mordmerkmale des § 211 „aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen,“ und die 3. Gruppe „um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken“. Auch das „Tötungsverlangen“ in § 216 ist nach h.M. ein besonderes persönliches Merkmal. Demgegenüber ist die 2. Gruppe des § 211 „heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln“ tatbezogen. Auf diese Merkmale ist § 28 insgesamt nicht anwendbar.

### **(2) Strafe schärfen, mildern oder ausschließen:**

#### **Darstellung des Streits zwischen der Rechtsprechung und der Literatur**

§ 28 II setzt voraus, daß diese besonderen persönlichen Merkmale die *Strafe schärfen, mildern oder ausschließen*. Für die Tötungsdelikte sind die Merkmale „schärfen“ und „mildern“ von Bedeutung.

Ein besonderes persönliches Merkmal schärft die Strafe, wenn es qualifizierende Wirkung hat. §§ 212, 211 müßten dann im Verhältnis Grunddelikt und Qualifikation stehen. Von Strafmilderung spricht man, bei einer Privilegierung. Bei der Tötung auf Verlangen nach § 216 müßte es sich deshalb um einen privilegierenden Tatbestand handeln.

Die Literatur folgt diesem Verständnis und sieht den Mord als Qualifikation zum Totschlag und die Tötung auf Verlangen als seine Privilegierung an. § 28 II ist hingegen unanwendbar, wenn die Tötungsdelikte selbständige Tatbestände sind, weil dann die Merkmale strafbegründend wirken. Dann kann die Strafe nur nach § 28 I bei dem Teilnehmer gemildert werden, dem sie fehlen. Diesen Standpunkt vertritt die Rechtsprechung. Für sie 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.

z.B. §§ 242, 244  
§§ 249, 250  
§§ 223, 224

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 (hierzu später unter II. 1. c) bb) (4)). Ferner zeigt sich ein Wertungswiderspruch der Rechtsprechung, wenn Täter und Teilnehmer unterschiedliche täterbezogene Mordmerkmale verwirklichen (gekreuzte Mordmerkmale (hierzu noch unten II. 1. c) bb) (3)). In diesem Fall findet wiederum § 28 I inkonsequenterweise keine Anwendung.

**Zusammenfassung IV: § 28 II oder § 28 I bei den Tötungsdelikten**

Literatur § 28 II	Rechtsprechung § 28 I
§ 212 ist Grundtatbestand § 216 ist Privilegierung § 211 ist Qualifikation	§§ 212, 216, 211 sind selbständige Tatbestände
<b>Für:</b> - alle Tötungsdelikte setzen § 212 voraus. - § 28 II ist nach beiden Seiten offen - Inkonsequenz bei § 216 - Inkonsequenz bei gekreuzten Mordmerkmalen	<b>Für:</b> Systematik

**cc) Beispielsfälle**

Grundsätzlich erfolgt die Prüfung des Teilnehmers akzessorisch

**(1) Täter tötet aus Habgier, Teilnehmer handelt ohne Mordmerkmale**

A tötet X, um an die Erbschaft heranzukommen. B besorgt diesem hierzu in Kenntnis der Motive die Tatwaffe, ohne aber ein eigenes Mordmerkmal zu verwirklichen.

Bei B ist mit Beihilfe zum Habgiermord nach §§ 211, 27 akzessorisch zu beginnen. A tötet nämlich den Erblasser X, um in den Genuß der Erbschaft zu kommen, handelt also mit Gewinnstreben um jeden Preis. Die Voraussetzungen des § 28 II werden dann am Ende des Beihilfetatbestandes in der Strafbarkeit des B, also nach dessen Doppelvorsatz, dargestellt. Schließlich hat nur A ein Mordmerkmal verwirklicht. Nur wenn die Akzessorietät durchbrochen wird, kann B wegen Beihilfe zum Totschlag nach §§ 212, 27 bestraft werden. Die Habgier des A ist ein besonderes persönliches Merkmal der 1. Gruppe der Mordmerkmale. Sie schärft die Strafe gegenüber dem Totschlag, wenn man mit der überzeugenderen Ansicht der Literatur § 212 als Grundtatbestand und § 211 als Qualifikation begreift. An dieser Stelle ist die Ansicht der Rechtsprechung, die § 28 I anwendet, aus oben dargestellten Gründen (II. 1. c) bb) (2)) zu verwerfen. Da also § 28 II Anwendung findet, muß die Prüfung der §§ 211, 27 beendet werden. Die Akzessorietät ist somit durchbrochen. B kann deshalb wegen Beihilfe zum Totschlag nach §§ 212, 27 bestraft werden.

**(2) Täter tötet ohne Mordmerkmal, Teilnehmer handelt aus Habgier**

A tötet X ohne ein eigenes Mordmerkmal zu verwirklichen. B besorgt ihm die Tatwaffe aus Habgier.

Im umgekehrten Fall kommt akzessorisch eine Beihilfe zum Totschlag des A nach §§ 212, 27 in Betracht. Auch hier wird die Akzessorietät am Ende des Beihilfetatbestandes mit § 28 II durchbrochen, da diesmal nur B ein täterbezogenes Mordmerkmal der 1. Gruppe erfüllt hat, das die Strafe nach zutreffender Ansicht der Literatur schärft. Die aus oben dargestellten Gründen nicht überzeugende und deshalb an dieser Stelle abzulehnende Rechtsprechung (II. 1. c) bb) (2)) käme zur Beihilfe zum Totschlag nach §§ 212, 27. Eine Strafschärfung läßt § 28 I nicht zu. B ist deshalb mit der Ansicht der Literatur wegen Beihilfe zum Mord nach §§ 211, 27 zu bestrafen.

**(3) Täter tötet aus Habgier, Teilnehmer handelt aus niedrigen Beweggründen  
(gekreuzte Mordmerkmale)**

A tötet X aus Habgier. B besorgt ihm die Tatwaffe aus niedrigen Beweggründen.

B könnte sich akzessorisch wegen Beihilfe zum Habgiermord des A nach §§ 211, 27 strafbar gemacht haben. Nach dem Doppelvorsatz muß § 28 II nach Ansicht der Literatur zweimal angewandt werden. Einmal sind seine Voraussetzungen auf die Habgier des A aus der 1. Gruppe der Mordmerkmale zu beziehen, so daß die Akzessorietät durchbrochen und der Weg zur Beihilfe zum Totschlag frei wird. Da B aber selbst ein besonderes persönliches Mordmerkmal „sonstige niedrigen Beweggründe“ der 1. Gruppe erfüllt hat, ist ein

weiteres Mal über eine erneute Prüfung des § 28 II die Akzessorietät in Richtung Mord verschoben. Auch die Rechtsprechung käme bei gekreuzten Mordmerkmalen zur Beihilfe zum Mord. Da B selbst ein täterbezogenes Mordmerkmal verwirklicht hat, lehnt sie jedoch eine sonst eingreifende Milderung nach § 28 I ab. Da Rechtsprechung und Literatur somit zum selben Ergebnis kommen, erübrigt sich eine Stellungnahme.

#### **(4) Täter begeht eine Tötung auf Verlangen nach § 216, Teilnehmer handelt aus Habgier.**

A tötet X, weil dieser ihn ausdrücklich und ernstlich um seine Tötung gebeten hat. B besorgt dem A die Tatwaffe aus Habgier.

A ist wegen Tötung auf Verlangen nach § 216 zu bestrafen. Gegenüber dem Totschlag entfaltet § 216 eine Sperrwirkung.

Eine akzessorisch zu prüfende Beihilfe des B zur Tötung auf Verlangen nach §§ 216, 27 scheidet nach Ansicht der Literatur an § 28 II, der auch hier am Ende des Beihilfetatbestandes angeführt wird. So ist das Tötungsverlangen nach h.M. ein täterbezogenes Merkmal, das die Strafe mildert und dem B fehlt. Auch die Rechtsprechung verneint §§ 216, 27. Sie bestraft den Teilnehmer nicht akzessorisch nach § 216 mit der Milderung des § 28 I, obwohl das Tötungsverlangen bei B nicht vorhanden ist. Ansonsten würde der Teilnehmer, der aus verwerflicheren Gründen als der Täter handelt, privilegiert.

Da beide Ansichten somit zum selben Ergebnis gelangen, ist eine Stellungnahme zwischen Rechtsprechung und Literatur an dieser Stelle noch nicht erforderlich.

Nunmehr ist akzessorisch Beihilfe des B zu §§ 212, 27 zu prüfen. Gäbe es nämlich § 216 nicht, hätte A einen Totschlag begangen. Nach Darstellung des Doppelvorsatzes käme die Literatur über § 28 II wegen des eigenen täterbezogenen Mordmerkmals „Habgier“ zur Durchbrechung der Akzessorietät in Richtung Mord, während die Rechtsprechung die Akzessorietät bestehen läßt und B nach §§ 212, 27 bestraft.

Nunmehr ist der Meinungsstreit zwischen Rechtsprechung und Literatur darzustellen (II. 1 c) bb) (2)) und im Sinne der Literatur zu entscheiden, so daß B wegen Beihilfe zum Mord nach §§ 211, 27 zu bestrafen ist.

#### **d) Rechtswidrigkeit e) Schuld**

Bezüglich Rechtswidrigkeit und Schuld ergeben sich in der Anstiftung keine Besonderheiten. Deshalb soll auf das Skript „go-jura, Strafrecht AT, Kapitel I: Das vorsätzlich vollendete Begehungsdelikt“ B. III. und IV. verwiesen werden.

#### **f) § 28 I**

§ 28 I enthält – wie bereits oben dargestellt (vgl. II. 1. c) aa)) – eine obligatorische Strafmilderung für den Teilnehmer, wenn bei ihm besondere persönliche Merkmale, die die Strafbarkeit begründen, fehlen. Ist im Rahmen der Tötungsdelikte § 28 II von § 28 I abzugrenzen und wird der Ansicht der Literatur gefolgt, so sollte auch die Strafmilderung nach oben an das Ende des Tatbestandes gezogen werden. Im übrigen kommt § 28 I insbesondere bei der Amtsträgereigenschaft in §§ 334, 348, 352 zum Tragen, die ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal darstellt.

## 2. Beihilfe § 27; Aufbau

Die Beihilfe wird wie folgt geprüft:

- Beihilfe nach § 27**
- 1. Objektiver Tatbestand**
    - a) Vorsätzlich rechtswidrige Haupttat
    - b) Beihilfehandlung
  - 2. Subjektiver Tatbestand**
    - a) Vorsatz auf die bestimmte vorsätzlich rechtswidrige Haupttat und die Vollendung
    - b) Vorsatz auf die Beihilfehandlung
  - 3. § 28 II**
  - 4. Rechtswidrigkeit**
  - 5. Schuld**
  - 6. § 28 I**

### a) Objektiver Tatbestand

Objektiv setzt die Beihilfe voraus, daß der Gehilfe einem anderen

zu seiner vorsätzlich rechtswidrigen Tat  
Hilfe leistet.

#### aa) Vorsätzlich rechtswidrige Haupttat

##### (1) Nicht bei Fahrlässigkeit: Einheitstäterbegriff

Die Beihilfe nach § 27 setzt wie die Anstiftung eine *vorsätzlich* rechtswidrige Haupttat voraus. Bei Fahrlässigkeitsdelikten ist ein Beihilfe nicht möglich. Hier gilt der oben bereits dargestellt *Einheitstäterbegriff* (hierzu vgl. oben I. 2).

##### (2) Beim Erlaubnistatbestandsirrtum

Das Problem der vorsätzlich rechtswidrigen Haupttat beim Erlaubnistatbestandsirrtum wurde bei der Anstiftung bereits ausführlich erörtert. Nichts anderes gilt auch im Rahmen der Beihilfe (vgl. hierzu II. 1. a) aa) (2)).

#### bb) Beihilfehandlung

Unter „Hilfe leisten“ versteht man *die Förderung der Haupttat auf physische oder psychische Weise*. Anders als im Rahmen der Mittäterschaft fehlt dem Gehilfen die Tatherrschaft.

##### (1) Kausalität

Problematisch ist, ob der Beitrag des Gehilfen *ursächlich* für die Vollendung der Haupttat sein muß.

A ist fest entschlossen, mit einem Beil in ein Schmuckgeschäft einzubrechen. B, der hiervon erfährt besorgt ihm einen Dietrich, damit die Tür leichter und lautloser als mit dem Beil zu öffnen ist. Bevor A aber den Dietrich verwendet, vergewissert er sich am Tatort, ob die Tür des Geschäfts verschlossen ist. Wider Erwarten ist sie aber offen, so daß er die Schmuckstücke entwendet ohne den Dietrich verwendet zu haben.

**I. §§ 242, 27**

B könnte Gehilfe eines Diebstahls nach §§ 242, 27 sein.

**1. Objektiver Tatbestand**

- a) A hat den Diebstahl vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht.
- b) B mußte zu dieser Tat des A Hilfe geleistet haben. Da A bereits fest zur Tat entschlossen war und selbst ein Beil verwenden wollte, sich deshalb von B nicht mehr durch die Aushändigung des Dietrichs motivieren ließ, kommt nur eine physische Beihilfe in Betracht.  
Allerdings war die Tür schon offen, so daß der Dietrich nicht zum Einsatz kam. Problematisch ist deshalb, daß der Tatbeitrag des B nicht kausal für die Vollendung der Haupttat wurde.
  - aa) Nach Ansicht der *Rechtsprechung* muß der Gehilfenbeitrag *nicht kausal* für den Erfolgseintritt geworden sein. Es genügt, daß die Gehilfentätigkeit die Handlung des Täter tatsächlich gefördert hat. Insofern kommt strafbare Beihilfe zum vollendeten Diebstahl in Betracht.
  - bb) 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.  
Folgt man dieser Ansicht, scheidet im vorliegenden Fall Beihilfe aus, da der Tatbeitrag des B nicht mehr für die Wegnahme des Schmuckes ursächlich war. Vielmehr wurde der Diebstahlserfolg unabhängig davon möglich, da die Tür offenstand.
  - cc) 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.

**2. Ergebnis**

Eine Beihilfe des B zum vollendeten Diebstahl nach §§ 242, 27 ist abzulehnen.

**II. §§ 242, 22, 23 I, 27**

Als A den Dietrich zum Diebstahl mitnahm, setzte er noch nicht unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an. Vielmehr war ein wesentlicher Zwischenschritt erforderlich. So mußte A feststellen, ob die Tür verschlossen war. Insofern war die Überlassung des Dietrichs auch nicht für einen Diebstahlsversuch kausal. Eine Beihilfe zum versuchten Diebstahl nach §§ 242, 22, 23 I, 27 scheitert mithin ebenfalls an der Beihilfehandlung. Ob der Versuch auch als besonders schwerer Fall nach § 243 I 2 Nr. 1 anzusehen ist, kann deshalb dahinstehen.

**III. Ergebnis**

B bleibt straflos.

**Zusammenfassung V: Ursächlichkeit der Beihilfehandlung**

Kausalität (-)	Kausalität (+)
Es genügt, daß die Gehilfentätigkeit die Handlung des Täters tatsächlich gefördert hat.  <b>für:</b> Das Rechtsgut wird durch das Verhalten des nicht ursächlichen Gehilfen nicht angegriffen	Die Beihilfe muß für den Erfolg mitwirksam geworden sein und die Chancen des Taterfolges erhöht haben. Diese Erhöhung muß bis zum Taterfolg fortbestehen.

**(2) Abgrenzung sukzessive Beihilfe / Begünstigung**

Die Unterstützungshandlung kann unproblematisch im Vorbereitungsstadium bis zur Vollendung der Tat geleistet werden. Anderes gilt jedoch zwischen Vollendung und Beendigung (zu den Begriffen „Vollendung“ und „Beendigung“ vgl. das Skript „go-jura, Strafrecht AT“, D. Kapitel III: Das Versuchsdelikt).

Eine Mindermeinung in der Literatur verneint innerhalb dieses Zeitpunktes 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. Allerdings ist die sukzessive Beihilfe von der ebenfalls ab der Vollendung möglichen *Begünstigung* abzugrenzen. Die Strafbarkeit hängt dabei von der Willensrichtung des Helfenden ab.

Nachdem A dem X einen Ring geraubt hat, hilft der zufällig vorbeikommende B ihm zu entkommen.

Wollte B dem A Hilfe leisten, um den Gewahrsam des A zu sichern und damit die Tat zu beenden, ist er Gehilfe zum Raub nach §§ 249, 27. Wollte er demgegenüber die Vorteile der Tat sichern, liegt Begünstigung nach § 257 vor.

<b>Zusammenfassung VI: Zeitskala Beihilfe und Begünstigung</b>			
Vorbereitung	Versuch	Vollendung	Beendigung
	§ 27	Abgrenzung sukzessive Beihilfe § 27 von Begünstigung § 257	§ 257

## b) Subjektiver Tatbestand

### aa) Vorsatz auf die bestimmte vorsätzliche rechtswidrige Haupttat und die Vollendung

Der Vorsatz muß sich

auf die bestimmte vorsätzlich rechtswidrige Haupttat einschließlich deren Vollendung und die Gehilfenhandlung beziehen

(Doppelvorsatz).

#### (1) Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes

Die unterschiedlichen Teilnahmestrukturen zwischen Anstiftung und Beihilfe gebieten es, an die *Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes* andere Maßstäbe anzulegen als an den Vorsatz des Anstifters. Bei der Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes genügt, daß das Vorstellungsbild den wesentlichen Unrechtsgehalt der Haupttat erfaßt. So ist der Beihilfenvorsatz zu bejahen, wenn der Teilnehmer dem Täter ein entscheidendes Tatmittel willentlich an die Hand gibt und damit bewußt das Risiko erhöht, daß eine durch den Einsatz gerade dieses Mittels typischerweise geförderte Haupttat verübt wird.

So genügt beispielsweise, wenn ein Sachverständiger ein wertüberhöhendes Gutachten fertigt, um einem anderen bei einem Betrug zu unterstützen, auch wenn er nicht sicher weiß, ob durch sein Gutachten die Steine entweder zu einem überhöhten Wert veräußert oder beliehen werden könnten.

#### (2) Agent provocateur

Auch der Gehilfe muß Vorsatz auf die Vollendung der Haupttat haben. Der agent provocateur (Lockspitzel), dem der Vollendungsvorsatz fehlt, ist aus denselben in der Anstiftung dargelegten Gründen straffrei (hierzu II. 1. b) bb) (2)).

**bb) Vorsatz auf die Beihilfehandlung**

Neben dem Vorsatz auf die bestimmte vorsätzlich rechtswidrige Haupttat setzt die Beihilfe Vorsatz auf die Gehilfenhandlung voraus. Der Gehilfe kann in jeder Vorsatzform handeln, so daß dolus eventualis ausreicht.

**c) § 28 II bezogen auf die Mordmerkmale**

Auch im Rahmen der Beihilfe bewirkt § 28 II eine Durchbrechung der Akzessorietät, wenn besondere persönliche Merkmale, die die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen vorliegen (vgl. hierzu II. 1. c)).

**d) Rechtswidrigkeit e) Schuld**

Auch bei der Beihilfe ergeben sich in der Rechtswidrigkeit und Schuld keine Besonderheiten. Das Skript „go-jura, Strafrecht AT,“ Kapitel I: Das vorsätzlich vollendete Begehungsdelikt B. III. und IV. behandelt beide Merkmale ausführlich.

**f) § 28 I, § 27 II 2**

Dasselbe gilt bezüglich des obligatorischen Strafmilderungsgrundes aus § 28 I. Hier sei auf die obigen Ausführungen (II. 1. f)) verwiesen.

Ein weiterer obligatorischer Strafmilderungsgrund findet sich in § 27 II 2. Damit stellt die Beihilfe die schwächste Beteiligungsform dar.

**III. Täterschaft: § 25**

Im Rahmen der Täterschaft soll im folgenden zwischen

mittelbarer Täterschaft § 25 I 2  
und Mittäterschaft § 25 II

unterschieden werden.

**1. Mittelbare Täterschaft § 25 I 2; Aufbau nach der Tatherrschaftslehre**

Die mittelbare Täterschaft im Sinne der Tatherrschaftslehre ist wie folgt zu prüfen:

**Mittelbare Täterschaft nach § 25 I 2**

**A. Strafbarkeit des Tatnächsten**

(vgl. Aufbau: „go-jura, Strafrecht AT“, Kapitel I: B. Das vorsätzlich vollendete Begehungsdelikt)

**B. Strafbarkeit des Hintermannes**

Nicht bei eigenhändigen Delikten oder Sonderdelikten

**I. Tatbestandsmäßigkeit**

**1. Objektiver Tatbestand**

- a) Die tatbestandsmäßige Handlung wird durch ein als Täter *nicht voll verantwortliches Werkzeug* ausgeführt.
- b) Das Werkzeug hat eine unterlegene Stellung infolge von Umständen, die die *Tatherrschaft des Hintermannes* in Form von Wissens- und Willensherrschaft begründen.

**2. Subjektiver Tatbestand**

- a) Tatbestandsvorsatz
  - aa) Hinsichtlich der Ausführung durch einen anderen
  - bb) Hinsichtlich der Werkzeugqualität des anderen und der Tatherrschaft
- b) Sonstige subjektive Tatbestandsmerkmale

**3. § 28 II**

**II. Rechtswidrigkeit**

**III. Schuld**

Nach der subjektiven Theorie genügt hingegen objektiv jeder Tatbeitrag und subjektiv der mittelbare Täterwille, die Tat durch ein nicht voll verantwortliches Werkzeug in Tatherrschaft zu begehen.

**a) Grundsätzliches**

Ist nach der Strafbarkeit des Tatwerkzeugs (Tatmittlers) und des Hintermannes gefragt, ist stets zunächst die Strafbarkeit des tatnäheren Werkzeugs zu erörtern. Erst anschließend läßt sich entscheiden, ob der Hintermann die Tat durch ihn als mittelbaren Täter begangen hat. Eine mittelbare Täterschaft ist grundsätzlich bei eigenhändigen Delikten und Sonderdelikten nicht möglich (hierzu II. 1. a) aa) (2) (a)). Im übrigen ist die mittelbare Täterschaft nach § 25 I 2 eine Zurechnungsnorm für objektive Tatbeiträge. Sie ist ähnlich wie die Stellvertretung nach § 164 BGB zu behandeln. Der Hintermann selbst hat keine Tathandlung (bei der Stellvertretung: keine Willenserklärung) abgegeben. Ihm könnte aber das Verhalten (die Willenserklärung) des Werkzeugs (Stellvertreters) über § 25 I 2 (über § 164 BGB) zuzurechnen sein, wenn die Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft (der Stellvertretung) vorliegen.

**Krankenschwesterfall 1:**

Arzt A gibt der gutgläubigen Krankenschwester S eine angeblich schmerzstillende Spritze für den Patienten P. S injiziert das tatsächlich giftige Mittel dem P, der auf der Stelle verstirbt.  
Strafbarkeit der Beteiligten nach § 212?

Die Strafbarkeit der S nach § 212 scheidet am Vorsatz, da sie keinen Menschen töten wollte. A selbst hat P nicht getötet. Er könnte aber mittelbarer Täter eines Totschlags nach §§ 212, 25 I 2 sein wenn ihm das Verhalten der S zuzurechnen ist.

## **b) Objektiver Tatbestand**

### **aa) Werkzeugeigenschaft**

Der mittelbare Täter begeht eine Straftat durch einen anderen, wenn er sich eines *Werkzeugs* bedient. Die Werkzeugeigenschaft liegt insbesondere dann vor, wenn der Tatmittler einem Strafbarkeitsmangel unterliegt. So kann das Werkzeug objektiv nicht tatbestandlich, subjektiv nicht tatbestandlich, rechtmäßig oder ohne Schuld handeln.

#### **(1) Werkzeug handelt objektiv nicht tatbestandlich**

A spiegelt der sensiblen B vor, diese sei unheilbar an Krebs erkrankt und erklärt ihr, unter diesen Umständen halte er einen Selbstmord für sinnvoll. B folgt den Anweisungen des A. Strafbarkeit des A?

Hier kommt einerseits mittelbare Täterschaft des A zu einem Tötungsdelikt durch ein nicht objektiv tatbestandlich handelndes Werkzeug (B) oder eine straflose Anstiftung zum Selbstmord der B in Betracht. Ist der Selbsttötungsentschluß der B nicht eigenverantwortlich, kann A die Tötung durch B als Werkzeug nach § 25 I 2 begangen haben.

#### **(a) Exkulpationslösung**

Eine weit verbreitete Ansicht greift zur Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit sinngemäß auf die *Exkulpationsregeln* der §§ 19, 20, 35 StGB, 3 JGG zurück.

Da B schuldhaft handelte, ändert der Motivirrtum nichts an der Freiverantwortlichkeit, so daß lediglich straflose Anstiftung des A zur Selbsttötung der B vorliegt.

#### **(b) Einwilligungslösung**

Nach a.A. ist die Eigenverantwortlichkeit des Suizidenten nach den Maßstäben der *Einwilligungslehre* 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.

B wurde von A über sein angebliches Krebsleiden getäuscht, so daß B nicht freiwillig handelte. B glaubt nämlich ein zum Tod geweihtes Leben aufzugeben, während sein Leben tatsächlich nicht durch Krebs beeinträchtigt war. Damit ist A nach der Einwilligungslösung mittelbarer Täter eines Tötungsdelikts.

#### **(c) Stellungnahme**

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 mit der Einwilligungstheorie für ein Tötungsdelikt in mittelbarer Täterschaft durch ein objektiv nicht tatbestandlich handelndes Werkzeug.

### **(2) Werkzeug handelt unvorsätzlich**

Im oben dargestellten Krankenschwesterfall 1 handelt S ohne Vorsatz.

A ist mittelbarer Täter und begeht das Tötungsdelikt durch ein undoloses Werkzeug.

### **(3) Werkzeug handelt rechtmäßig**

A erklärt der Polizei wahrheitswidrig, B habe gestohlen, woraufhin B von der Polizei festgenommen wird. Strafbarkeit des A nach § 239?

Die Freiheitsberaubung durch die Polizei ist nach §§ 127 II, 112 StPO wegen dringenden Tatverdachts gerechtfertigt. Insofern kommt bei A eine Freiheitsberaubung in mittelbarer Täterschaft durch ein nicht rechtswidrig handelndes Werkzeug nach §§ 239, 25 I 2 in Betracht.

### **(4) Werkzeug handelt schuldlos**

A bittet den 4-jährigen B, für ihn eine fremde Sache zu zerstören. B kommt dem Verlangen nach.

Nach dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät kommt sowohl Anstiftung zur vorsätzlich rechtswidrigen Sachbeschädigung nach §§ 303, 26 als auch mittelbare Täterschaft nach §§ 303, 25 I 2 in Betracht. Die Anstiftung ist insofern von der mittelbaren Täterschaft abzugrenzen. Wissensherrschaft und damit Tatherrschaft ist dann gegeben, wenn der Hintermann die Schuldunfähigkeit erkannt und ausgenutzt hat oder die Schuldlosigkeit bewirkt hat.

### **(5) Das absichtslos dolose Werkzeug**

Fehlt dem Vordermann bei Delikten mit überschießender Innentendenz die besondere Absicht, z.B.

bei § 242 die Zueignungsabsicht  
bei § 274 die Nachteilszfügungsabsicht  
bei § 252 die Beutesicherungsabsicht,

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. Obwohl der

Gesetzgeber durch das 6. StrRG die Drittzueignungsabsicht in § 242 aufgegeben hat, kann sich das Problem des absichtslos dolosen Werkzeugs weiterhin im Rahmen des Diebstahls stellen.

A fordert den B auf, für ihn einen Diebstahl zu begehen. Bei der Tatausführung fehlt B die Drittzueignungsabsicht, da es ihm egal ist, ob er dem A die Sache aneignet oder nicht.

Nach der normativen Tatherrschaftslehre kommt mittelbare Täterschaft des A durch das absichtslos dolose Werkzeug B in Betracht.

## **(6) Täter hinter dem Täter**

Während das Werkzeug in den oben unter (1) – (5) benannten Fällen einen Strafbarkeitsmangel aufweist, wird in bestimmten Fällen mittelbare Täterschaft auch dann angenommen, wenn das Werkzeug volldeliktisch handelt. Man spricht in diesen Fällen vom *Täter hinter dem Täter*.

### **(a) Tatherrschaftsprinzip**

Die herrschende Lehre nimmt mit dem *Tatherrschaftsprinzip* mittelbare Täterschaft an, wenn der Hintermann infolge seiner Überlegenheit den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges in seiner konkreten Erscheinungsform steuert.

### **(b) Verantwortungsprinzip**

Die Gegenansicht verneint die Tatherrschaft aufgrund der Verantwortlichkeit des Hintermannes. Hiernach kommt mittelbare Täterschaft nicht in Betracht. Jedoch ist eine Strafbarkeit wegen Teilnahme zu erwägen.

### **(c) Stellungnahme**

Für das Tatherrschaftsprinzip ist anzuführen, daß der Tatmittler, der das tatbestandliche Unrecht seines Verhaltens an sich überblickt, durchaus über andere Umstände irren kann. Nutzt der Hintermann einen solchen Irrtum beim unmittelbar Handelnden aus oder ruft ihn hervor, so entspricht das kriminelle Unrecht dem einer mittelbaren Täterschaft.

### **(d) Ausprägungen**

Die Rechtsprechung hat insbesondere 4 Fallgruppen des Täters hinter dem Täter anerkannt:

#### **(aa) Hervorrufen eines graduellen Tatbestandsirrtums**

A veranlaßt den B zur Zerstörung einer sehr wertvollen fremden Vase, die dieser für wertlos hält.

B handelt vollverantwortlich und begeht eine Sachbeschädigung nach § 303. A dirigiert den in einem sogenannten *graduellen Tatbestandsirrtum* handelnden B. Er ist mit dem Tatherrschaftsprinzip Täter hinter dem Täter.

Zu beachten ist jedoch, daß nur dann mittelbare Täterschaft in Betracht kommt, wenn – wie hier – der dem Hintermann bekannte Schaden den vom Vordermann vorsätzlich herbeigeführte Schaden wesentlich überwiegt.

**(bb) Hervorrufen eines error in persona anhand des Dohnafalles<sup>1</sup>**

A erfährt, daß B den C im dunklen Wald erschießen möchte. Er lockt daraufhin den D an den Tatort, wo dieser von B – wie von A beabsichtigt – mit C verwechselt und getötet wird.

Der error in persona des B ist für diesen unbeachtlich (siehe Skript „go-jura, Strafrecht AT, B. II. 3. b) aa)), so daß er Täter eines Tötungsdelikts ist. Auch hier besitzt jedoch der Hintermann A Tatherrschaft, da er das Opfer ausgesucht hat.

*Das Hervorrufen eines error in persona* stellt deshalb ebenfalls mit dem Tatherrschaftsprinzip ein Fall der mittelbaren Täterschaft dar.

**(cc) Organisierter Machtapparat bei den Mitgliedern des nationalen Verteidigungsrates der ehemaligen DDR**

Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der ehemaligen DDR beschließen Menschen, zu erschießen, die aus der ehemaligen DDR über die innerdeutsche Grenze fliehen. Durch diesen Beschluß erschießt der Mauerschütze (M) einen Menschen.

M ist strafbar wegen Totschlags nach § 212. Jedoch sind die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der ehemaligen DDR Inhaber der Befehlsgewalt, während M nur ein Zahnrad im Getriebe darstellt.

Dies rechtfertigt die *Befehlshaber eines organisierten Machtapparates* mit dem Tatherrschaftsprinzip als Täter hinter dem Täter zu bestrafen.

**(dd) Hervorrufen eines vermeidbaren Verbotsirrtums im Katzenkönigfall**

A überredet B, an die Existenz eines Katzenkönigs zu glauben, der ein Menschenopfer fordert, da ansonsten Millionen von Menschen sterben müssen. Um die Menschheit zu retten, tötet B heimtückisch den X.

A ist Mörder nach § 211. Bei ihm lag nur ein *vermeidbarer Verbotsirrtum* nach § 17 S. 2 vor, der zur fakultativen Strafmilderung führt. B ruft demgegenüber bei A diese Fehlvorstellung hervor. Damit dirigiert er das Geschehen und ist mittelbarer Täter nach dem Tatherrschaftsprinzip.

Dieses Ergebnis wird darüber hinaus durch einen Vergleich zwischen vermeidbarem und unvermeidbarem Verbotsirrtum bestätigt. Zwar führt der unvermeidbare Verbotsirrtum nach § 17 S. 1 zum Schuldausschluß, bei beiden Irrtümern fehlt dem Täter aber gleichermaßen die Einsicht, Unrecht zu tun. Deshalb sollte in beiden Fällen mittelbare Täterschaft nach § 25 I 2 angenommen werden.

<sup>1</sup> Hierzu Wessels/Beulke, § 13 Rdnr. 525

**Zusammenfassung VII: 5 Fälle des Täters hinter dem Täter  
(nach dem Tatherrschaftsprinzip)**

Hervorrufen eines graduellen Tatbestandsirrtums	Hervorrufen eines error in persona	Organisierter Machtapparat	Hervorrufen eines vermeidbaren Verbotsirrtums
---	------------------------------------	----------------------------	---

**(7) Irrtümer in der mittelbaren Täterschaft**

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 handele volldeliktisch.

**Zusammenfassung VIII: Irrtümer in der mittelbaren Täterschaft I:**

Hintermann glaubt irrig an die Werkzeugqualität des Tatmittlers	Hintermann glaubt irrig, Vordermann handele volldeliktisch
---	--

Dabei ist wiederum zu differenzieren, ob der Irrtum des Hintermanns den Vorsatz des die Tat Ausführenden oder die Schuld betrifft:

**Zusammenfassung IX: Irrtümer in der mittelbaren Täterschaft II:**

Hintermann glaubt irrig an die Werkzeugqualität des Tatmittlers		Hintermann glaubt irrig, Vordermann handele volldeliktisch	
Irrtum betrifft		Irrtum betrifft	
Die Schuld	Den Vorsatz	Die Schuld	Den Vorsatz

**(a) Täter stellt sich vor, Vordermann handele schuldlos, tatsächlich handelt er aber schuldhaft**

Handelt der Vordermann vollverantwortlich, während der Hintermann irrig davon ausgeht, daß jener die ihm angesonnene Tat schuldlos begeht, liegt

subjektiv mittelbare Täterschaft nach § 25 I 2,  
objektiv aber Anstiftung nach § 26 vor.

A glaubt irrig an die Schuldunfähigkeit des leicht angetrunkenen B und fordert ihn auf, eine fremde Sache zu zerstören. Strafbarkeit des A?

**(aa) Vollendete mittelbare Täterschaft nach den subjektiven Theorien**

Die subjektiven Theorien (streng subjektive Theorie und gemischt subjektiv – objektive Theorie; hierzu I. 3. b)) würden A aus vollendeter mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 303, 25 I 2 bestrafen, weil er den B als sein Werkzeug angesehen und die Zerstörung der fremden Sache mit Täterwillen herbeigeführt hat.

Gegen die subjektiven Theorien sprechen aber die oben bereits ausgeführten Argumente: so ist die streng subjektive Theorie mit dem Gesetzeswortlaut des § 25 I 1 unvereinbar und die gemischt subjektiv-objektive Theorie ist insbesondere mit gewisser Beliebigkeit anwendbar. Sie genügt insofern nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 II GG.

**(bb) Vollendete Anstiftung nach Teilen der Tatherrschaftslehre  
(versuchte mittelbare Täterschaft tritt zurück)**

Für die Tatherrschaftslehre dürfte eine vollendete mittelbare Täterschaft ausgeschlossen bleiben, da eine vorgestellte Tatherrschaft keine Täterschaft begründet.

Sie gelangt vielmehr zur vollendeten Anstiftung nach §§ 303, 26.

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) nach §§ 303, 25 I 2, 22, 23 I hinter der Anstiftung zurücktritt, was die herrschende Ansicht bejaht, da die versuchte mittelbare Täterschaft die schwächere Beteiligungsform ist.

**(cc) Vollendete Anstiftung und versuchte mittelbare Täterschaft  
in Tateinheit nach Teilen der Tatherrschaftslehre**

Nach der vorzugswürdigeren Gegenansicht tritt aus Klarstellungsgesichtspunkten die versuchte mittelbare Täterschaft nach §§ 303, 25 I 2, 22, 23 I neben die vollendete Anstiftung nach §§ 303, 26 in Tateinheit gemäß § 52.

**Zusammenfassung X: Irrtümer in der mittelbaren Täterschaft III:**

Hintermann glaubt irrig an die Werkzeugqualität des Tatmittlers		Hintermann glaubt irrig, Vordermann handele volldeliktisch	
Irrtum betrifft		Irrtum betrifft	
Die Schuld	Den Vorsatz	Die Schuld	Den Vorsatz
1. Subjektive Theorien: vollendete mittelbare Täterschaft			
2. Tatherrschaftslehre			
a) Vollendete Anstiftung (versuchte mittelbare Täterschaft tritt in GK zurück)			
b) Vollendete Anstiftung in Tateinheit mit versuchter mittelbarer Täterschaft			

**(b) Täter stellt sich vor, Vordermann handele vorsatzlos,  
tatsächlich handelt er aber mit Vorsatz**

Schaltet ein Hintermann einen vermeintlich gutgläubigen, in Wirklichkeit vorsätzlich handelnden Tatmittler ein, so liegt, wie in der vorher dargestellten Irrtumskonstellation,

subjektiv mittelbare Täterschaft nach § 25 I 2 vor  
und objektiv Anstiftung nach § 26.

**Krankenschwesterfall 2:**

Wie im Krankenschwesterfall 1, nur ist diesmal S bösgläubig, A glaubt aber an die Gutgläubigkeit der S. Strafbarkeit des A?

**(aa) Vollendete mittelbare Täterschaft nach den subjektiven Theorien**

Auch hier würden die subjektiven Theorien, die aus oben genannten Gründen abzulehnen sind, eine vollendete mittelbare Täterschaft des A nach §§ 212, 25 I 2 bejahen.

**(bb) Versuchte mittelbare Täterschaft nach Teilen der Tatherrschaftslehre**

Das Ergebnis der Tatherrschaftslehre ist strittig. Betrifft der Irrtum den Vorsatz, liegt nach der Tätervorstellung nämlich keine vorsätzlich rechtswidrige Haupttat vor.

Deshalb nimmt eine Ansicht lediglich versuchte mittelbare Täterschaft des A nach §§ 212, 25 I 2, 22, 23 I an.

**(cc) Vollendete Anstiftung nach Teilen der Tatherrschaftslehre  
(versuchte mittelbare Täterschaft tritt zurück)**

Nach herrschender Meinung in der Literatur ist hingegen 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 nach §§ 212, 25 I 2, 22, 23 I tritt in Gesetzeskonkurrenz hinter der Anstiftung nach §§ 212, 26 zurück.

**(dd) Versuchte mittelbare Täterschaft in Tateinheit mit vollendeter Anstiftung  
nach Teilen der Tatherrschaftslehre**

Nach der auch hier vorzugswürdigeren Gegenansicht steht aus Klarstellungsgründen die versuchte mittelbare Täterschaft nach §§ 212, 25 I 2, 22, 23 I in Tateinheit zur vollendeten Anstiftung zum Totschlag gemäß §§ 212, 26 nach § 52.

**Zusammenfassung XI: Irrtümer in der mittelbaren Täterschaft IV:**

Hintermann glaubt irrig an die Werkzeugqualität des Tatmittlers		Hintermann glaubt irrig, Vordermann handele volldeliktisch	
Irrtum betrifft		Irrtum betrifft	
Die Schuld	Den Vorsatz	Die Schuld	Den Vorsatz
1. Subjektive Theorien: vollendete mittelbare Täterschaft	1. Subjektive Theorien vollendete mittelbare Täterschaft		
2. Tatherrschaftslehre	2. Tatherrschaftslehre		
a) Vollendete Anstiftung (versuchte mittelbare Täterschaft tritt in GK zurück)	a) Versuchte mittelbare Täterschaft		
b) Vollendete Anstiftung in Tateinheit mit versuchter mittelbarer Täterschaft	b) Vollendete Anstiftung (versuchte mittelbare Täterschaft tritt zurück)		
	c) Versuchte mittelbare Täterschaft in Tateinheit mit vollendeter Anstiftung		

**(c) Täter stellt sich vor, Vordermann handele schuldhaft,  
tatsächlich handelt er aber schuldlos**

Nimmt der Hintermann irrtümlich an, daß der von ihm zu einer vorsätzlichen Tat Veranlaßte schuldhaft handelt, während dies nicht der Fall ist, liegen

subjektiv die Voraussetzungen einer Anstiftung und  
objektiv wegen der Schuldlosigkeit des Werkzeugs mittelbare Täterschaft vor.

A überredet den unerkennbar geisteskranken B zur Tötung des X. Strafbarkeit des A?

Hier streiten sich die subjektiven Theorien und die Tatherrschaftslehre gleichermaßen, ob vollendete oder versuchte Anstiftung gegeben ist.

**(aa) Versuchte Anstiftung**

Da der beim Veranlasser vorhandene Anstiftervorsatz nicht in die Wirklichkeit umgesetzt wurde nimmt die Mindermeinung einen untauglichen Anstifterversuch nach §§ 30 I, 212 an.

**(bb) Vollendete Anstiftung**

Diese Ansicht berücksichtigt nicht, daß derjenige, der hinsichtlich derselben Tat objektiv auf einer höheren täterschaftlichen Beteiligungsstufe handelt, zugleich auch auf der niedrigen agiert.

Deshalb ist mit der herrschenden Ansicht vollendete Anstiftung nach §§ 212, 26 anzunehmen.

**Zusammenfassung XII: Irrtümer in der mittelbaren Täterschaft V:**

Hintermann glaubt irrig an die Werkzeugqualität des Tatmittlers		Hintermann glaubt irrig, Vordermann handele volldeliktisch	
Irrtum betrifft		Irrtum betrifft	
Die Schuld	Den Vorsatz	Die Schuld	Den Vorsatz
1. Subjektive Theorien: vollendete mittelbare Täterschaft	1. Subjektive Theorien vollendete mittelbare Täterschaft	1. Versuchte Anstiftung § 30 I	
2. Tatherrschaftslehre	2. Tatherrschaftslehre	2. Vollendete Anstiftung § 26	
a) Vollendete Anstiftung (versuchte mittelbare Täterschaft tritt in GK zurück)	a) Versuchte mittelbare Täterschaft		
b) Vollendete Anstiftung in Tateinheit mit versuchter mittelbarer Täterschaft	b) Vollendete Anstiftung (versuchte mittelbare Täterschaft tritt zurück)		
	c) Versuchte mittelbare Täterschaft in Tateinheit mit vollendeter Anstiftung		

**(d) Täter stellt sich vor, Vordermann handele mit Vorsatz, tatsächlich fehlt aber der Vorsatz des Werkzeugs**

Unterstellt der Hintermann irrig einen Vorsatz des Vordermannes liegt wiederum

subjektiv Anstiftung und  
objektiv mittelbare Täterschaft vor.

A überredet den B aus Rachsucht zu einer Strafanzeige gegen X in der fehlgehenden Annahme, daß die Unrichtigkeit der dabei behaupteten Belastungstatsache auch dem B positiv bekannt sei.  
Strafbarkeit des A nach § 164?

Auch hier geht der Streit in Rechtsprechung und Literatur um vollendete oder versuchte Anstiftung.

**(aa) Vollendete Anstiftung**

Zum Teil wird eine vollendet Anstiftung zu § 164 angenommen, da auch hier das Handeln auf der objektiv höheren täterschaftlichen Beteiligungsform zur Strafbarkeit aus der niedrigeren Anstiftung führt.

**(bb) Versuchte Anstiftung**

Die vorbenannte 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. Da § 164 kein Verbrechen darstellt, wäre A straflos.

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.

**Zusammenfassung XIII: Irrtümer in der mittelbaren Täterschaft VI:**

Hintermann glaubt irrig an die Werkzeugqualität des Tatmittlers		Hintermann glaubt irrig, Vordermann handele volldeliktisch	
Irrtum betrifft		Irrtum betrifft	
Die Schuld	Den Vorsatz	Die Schuld	Den Vorsatz
1. Subjektive Theorien: vollendete mittelbare Täterschaft	1. Subjektive Theorien: vollendete mittelbare Täterschaft	1. Versuchte Anstiftung § 30 I	1. Vollendete Anstiftung § 26
2. Tatherrschaftslehre	2. Tatherrschaftslehre	2. Vollendete Anstiftung § 26	2. Versuchte Anstiftung § 30 I
a) Vollendete Anstiftung (versuchte mittelbare Täterschaft tritt in GK zurück)	a) Versuchte mittelbare Täterschaft		
b) Vollendete Anstiftung in Tateinheit mit versuchter mittelbarer Täterschaft	b) Vollendete Anstiftung (versuchte mittelbare Täterschaft tritt zurück)		
	c) Versuchte mittelbare Täterschaft in Tateinheit mit vollendeter Anstiftung		

**bb) Tatherrschaft des Hintermannes als Wissens- oder Willensherrschaft**

Das Werkzeug hat eine unterlegene Stellung, während der Hintermann kraft seiner überlegenen Wissens- und Willensherrschaft die Tatausführung beherrscht.

**c) Subjektiver Tatbestand**

**aa) Vorsatz auf die Ausführung der Tat durch einen anderen**

Der mittelbare Täter muß Vorsatz auf eine Ausführung der Tat durch einen anderen besitzen.

**bb) Vorsatz auf die Werkzeugeigenschaft und die Tatherrschaft**

Darüber hinaus muß der Hintermann wissen, daß die *Werkzeugeigenschaft* zu seiner überlegenen Stellung führt und seine *Wissens- und Willensherrschaft* begründet.

Problematisch ist, wie sich die Objektverwechslung des Tatmittlers auf die Strafbarkeit des mittelbaren Täters auswirkt.

**Krankenschwesterfall 3:**

Wie im Krankenschwesterfall 1, nur verwechselt die gutgläubige Krankenschwester Patient P1 mit Patient P2, weil sie sich verhält.

**(1) Differenzierende Meinung**

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

(Zu error in persona und aberratio ictus generell: „go-jura, Strafrecht, AT“ Kapitel I: Das vorsätzlich vollendete Begehungsdelikt B. II. 3.b) aa) bb).)

Da der Hintermann dem Werkzeug im Krankenschwesterfall 3 die Individualisierung nicht überlassen hatte, ist die weisungswidrige Ausführung nach den Regeln der aberratio ictus zu beurteilen und A wegen versuchter Anstiftung zum Totschlag an P1 nach §§ 30 I, 212 und fahrlässiger Tötung nach § 222 an P2 zu bestrafen.

**(2) Stets Aberratio ictus und Stellungnahme**

Nach herrschender Meinung führt dieser Irrtum stets zur aberratio ictus. Diese Ansicht ist vorzugswürdig, weil nur so das menschliche Werkzeug dem rein mechanischem Werkzeug gleichgestellt werden kann. Hierin liegt also der Unterschied zum error in persona beim Anstifter (hierzu II. 1. b) aa) (3)).

**Zusammenfassung XIV: Error in persona des Werkzeugs beim mittelbaren Täter**

<b>Aberratio ictus § 16 I (+)</b>	<b>Differenzierende Meinung</b>	
Versuchte Anstiftung § 30 I in Tateinheit mit einem Fahrlässigkeitsdelikt	Hat der Hintermann dem Werkzeug die Individualisierung überlassen:  § 16 (-) Error in persona	Hat der Hintermann dem Werkzeug die Individualisierung nicht überlassen:  § 16 (+) Aberratio ictus

**cc) Sonstige subjektive Tatbestandsmerkmale**

Da § 25 I 2 nur objektive Tatbeiträge zurechnet, muß der mittelbare Täter besondere persönliche Merkmale wie z.B. die Zueignungsabsicht in § 242 oder die Beutesicherungsabsicht in § 252 in eigener Person erfüllen.

**d) Rechtswidrigkeit, e) Schuld**

Hinsichtlich Rechtswidrigkeit und Schuld ergeben sich keine Besonderheiten (vgl. Das Skript „go-jura, Strafrecht AT,“ Kapitel I: Das vorsätzlich vollendete Begehungsdelikt, Kapitel I, B. III. und IV.).

## **2. Mittäterschaft**

Die Mittäter begehen arbeitsteilig eine Straftat und wirken bewußt und gewollt zusammen.

### a) Grundsätzliches

Auch eine Mittäterschaft ist wie die mittelbare Täterschaft grundsätzlich bei eigenhändigen Delikten und bei Sonderdelikten nicht möglich (vgl. III. 1. a)) Im übrigen ist § 25 II eine Zurechnungsnorm für objektive Tatbeiträge, die ähnlich wie die Stellvertretung nach § 164 BGB behandelt wird. Der eine Mittäter hat die Tathandlung nicht, nicht allein oder nur teilweise vorgenommen (bei der Stellvertretung fehlt es an der eigenen Willenserklärung des Vertretenen). Ihm könnte aber das Verhalten (bei der Stellvertretung könnte dem Vertretenen die Willenserklärung) des anderen (Stellvertreters) über § 25 II (§ 164 BGB) zugerechnet werden, wenn die Voraussetzungen der Mittäterschaft (Stellvertretung) vorliegen.

### b) Aufbau insbesondere bei Problemfällen

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.

- A und B wollen einen großen Tisch aus einem Kaufhaus stehlen. Während A den Tisch an einem Ende aus dem Kaufhaus trägt, transportiert B ihn am anderen Ende.
- A und B wollen X ausrauben. A wendet Gewalt an und M nimmt die Sache an sich.

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 (z.B. ein Mittäter ist gerechtfertigt oder entschuldigt).

- A und B wollen die Schmuckstücke des X entwenden. Die Beute soll im Verhältnis 30/70 für B geteilt werden. Während A Schmiere steht, steckt B die Schmuckstücke ein.
- A und B wollen X gemeinschaftlich verprügeln. A, weil er von X gegenwärtig angegriffen wird, B ausschließlich, weil er den X nicht leiden kann.

#### **Mittäterschaft nach § 25 II**

A. Unter der Voraussetzung, daß eindeutig ein gemeinschaftliches Begehen i.S.d. § 25 II vorliegt, insbesondere wenn keiner der Beteiligten alle Tatbestandsmerkmale allein verwirklicht, sind die Mittäter zusammen zu prüfen.

B. Ergeben sich Probleme, ob eine Mittäterschaft vorliegt bzw. erbringen die Mittäter unterschiedliche Tatbeiträge oder sind die Mittäter unterschiedlich rechtlich zu behandeln (z.B. ein Mittäter ist gerechtfertigt oder entschuldigt) so ist mit der Strafbarkeit des Tatnächsten zu beginnen und anschließend die Strafbarkeit des weiteren Beteiligten über § 25 II wie folgt zu prüfen:

#### **I. Objektiver Tatbestand**

1. Gemeinsame Ausführung im Wege arbeitsteiligen Handelns in Form von unmittelbarer Täterschaft nach § 25 I 1. Alt
2. Infolge Zurechnung über § 25 II

#### **II. Subjektiver Tatbestand**

1. Tatbestandsvorsatz: bewußtes und gewolltes Zusammenwirken aufgrund gemeinsamen Tatentschlusses
  - a) Hinsichtlich des eigenen Tatbeitrages
  - b) Hinsichtlich des fremden Tatbeitrages über den Zurechnungswillen
2. Sonstige subjektive Tatbestandsmerkmale

#### **II. Rechtswidrigkeit**

<b>II. Schuld</b>
-------------------

### **c) Objektiver Tatbestand in Problemfällen**

In objektiver Hinsicht müssen Mittäter aufgrund des gemeinsamen Tatentschlusses arbeitsteilig handeln. Die Mittäterschaft setzt also eine funktionelle Rollenverteilung voraus. Der gemeinsame Tatenschluß wird ausdrücklich oder stillschweigend gefaßt und kann nach h.M. bis zur Beendigung hergestellt werden (sukzessive Mittäterschaft).

#### **aa) Unmittelbarer Tatbeitrag**

Einmal erbringt der Mittäter einen eigenen unmittelbaren Tatbeitrag.

#### **bb) Infolge von Zurechnung § 25 II**

Im übrigen muß ihm der Tatbeitrag des anderen zugerechnet werden, wenn nach § 25 II Mittäterschaft vorliegt. Der *Exzeß* eines Mittäters kann dem übrigen Beteiligten nicht zugerechnet werden.

### **(1) Grundsätzliche Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme**

An dieser Stelle ist in Problemfällen zwischen Täterschaft und Teilnahme (vgl. hierzu bereits I. 3.) abzugrenzen. Hierzu sind die Tatherrschaftslehre, die streng subjektive Theorie und die eingeschränkt subjektive Theorie darzustellen.

#### **(2) Mittäterschaft im Vorbereitungsstadium**

Problematisch ist die Mittäterschaft insbesondere, wenn ein Mittäter seinen Tatbeitrag nicht im Ausführungsstadium, sondern in der Tatvorbereitung leistet. Fraglich ist z.B. ob der ortsabwesende Bandenchef Mittäter sein kann.

##### **(a) Tatherrschaftslehre**

Innerhalb der Tatherrschaftslehre herrscht Streit, ob nur in der Vorbereitungsphase erbrachte Beiträge die Mittäterschaft ermöglichen können.

Teilweise wird 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, 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.

##### **(b) Gemischt subjektiv-objektive Theorie**

Schließlich genügt auch nach der gemischt subjektiv-objektiven Theorie als objektive Voraussetzung ein nicht völlig untergeordneter Tatbeitrag, der sich auf eine Vorbereitungshandlung beschränkt.

Da der vorzugswürdigere Teil innerhalb der Tatherrschaftslehre und die gemischt subjektiv-objektive Theorie zum selben Ergebnis gelangen, erübrigt sich eine Stellungnahme. Damit ist auch der ortsabwesende Bandenchef Mittäter.

**Zusammenfassung XV: Mittäterschaft im Vorbereitungsstadium**

Tatherrschaftslehre		Gemischt subjektiv-objektive Theorie
Mittäterschaft nur, wenn Beteiligte in Kontakt stehen	Überwiegender Tatbeitrag in der Planung gleicht Defizit in der Tatausführung aus, so daß Mittäterschaft im Vorbereitungsstadium möglich ist	Es genügt jeder nicht völlig untergeordnete Tatbeitrag, der sich auf die Vorbereitungshandlung beschränkt für eine Mittäterschaft

**(3) Mittäter verwirklichen unterschiedliche Tatbestände bei den Tötungsdelikten**

Tötet ein Mittäter das Opfer aus Habgier, während dem anderen Mittäter eigene Mordmerkmale fehlen, fragt sich, ob eine Mittäterschaft zwischen Mord und Totschlag denkbar ist, wenn die Mittäter 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 verschieden 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.

**d) Subjektiver Tatbestand**

In subjektiver Hinsicht muß ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken vorliegen.

**aa) Vorsatz hinsichtlich des eigenen Tatbeitrags**

Der Vorsatz des Mittäters muß sich einmal auf den eigenen Tatbeitrag beziehen.

**bb) Vorsatz hinsichtlich des fremden Tatbeitrages**

Zum anderen muß der Vorsatz auf den fremden Tatbeitrag gerichtet sein. Wegen der gegenseitigen Zurechnung ist auch der error in persona des einen Mittäters für den anderen bei rechtlicher Gleichwertigkeit der Objekte unbeachtlich.

**cc) Sonstige subjektiven Tatbestandsmerkmale im Zeitpunkt der Tatausführung**

Da im Rahmen der Mittäterschaft nur objektive Tatbeiträge zugerechnet werden, müssen bei jedem Mittäter die besonderen Absichten im Tatzeitpunkt gegeben sein.

**e) Rechtswidrkeit, f) Schuld**

In der Rechtswidrigkeit und in der Schuld ergeben sich keine Besonderheiten zum Skript „gojura, Strafrecht AT,“ Kapitel I: Das vorsätzlich vollendete Begehungsdelikt B. III. und IV.