

Die Architektur der Beteiligungsformen

Von Professor Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Hat der Angeklagte sich nicht an der Ausführung der Haupttat beteiligt, aber einen, wie es heißt, "bestimmenden Einfluss im Vorbereitungsstadium" ausgeübt, so steht der Richter vor der Wahl, ihn als Mittäter, mittelbaren Täter, Anstifter oder, falls ihm der Einfluss nicht bestimmend genug erscheint, als bloßen Gehilfen zu bestrafen. Das ist der Stand der heutigen Rechtsprechung zu den Formen der Beteiligung und teilweise auch der der Lehre. Diese Verwischung der Grenzen der Beteiligungsformen und die damit verbundene Rechtsunsicherheit bei der Beurteilung der Einzelfälle, ist gewiss auch auf die moderne Tendenz zur "Flexibilisierung" aller Formen und aller Begriffe zurückzuführen, die alle Begriffsmerkmale zur Disposition der richterlichen Einzelfallbeurteilung stellt. Aber sie hat einen tieferen Grund auch darin, dass man die Anstiftung, uneingedenk ihrer tätergleichen Strafbarkeit, zur kleinen Münze herunter gestuft hat, indem man als Anstiftung jede kommunikative Beeinflussung des Täters in Richtung auf einen Tatentschluss, wenn nicht gar jede Herbeiführung einer zur Tat anreizenden Situation, genügen lässt. So entsteht das Bedürfnis denjenigen, der den Täter wirklich, wie es in § 26 heißt "zur Tat bestimmt" hat, indem er seinen Einfluss auf ihn bis in die Tatausführung hinein geltend gemacht hat, als mittelbaren Täter oder Mittäter zu klassifizieren. Um dieses Bedürfnisses willen verzichtet man bei der Mittäterschaft auf die Beteiligung im Ausführungsstadium und bei der mittelbaren Täterschaft auf das sog. Verantwortungsprinzip. Dadurch zerfließen die Grenzen zwischen Anstiftung und Mittäterschaft einerseits, Anstiftung und mittelbarer Täterschaft andererseits und letztlich auch zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft. Gibt man der Rechtsfigur der Anstiftung ihren Rang eines „Bestimmens des Täters zur Tat“ zurück, so ergibt sich ein abgestuftes System von Teilnahmeformen, das dem Bedürfnis nach einer sowohl klareren als auch gerechten Unterscheidung zwischen den Tatbeiträgen der Beteiligten besser genüge tut, als ihre heute übliche Flexibilisierung.

I. Die Erosion der Beteiligungsformen

„Nach den Grundsätzen, die nach ständiger Rechtsprechung des BGH bei der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe zu beachten sind, liegt Mittäterschaft vor, wenn ein Tatbeteiligter nicht bloß fremdes Tun fördern will, sondern sein Beitrag Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit sein soll. Dabei muss der Beteiligte seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils wollen. Ob ein Beteiligter dieses enge Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte für diese Beurteilung können gefunden werden im Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, im Umfang der Tatbeteiligung und in der Tatherrschaft oder wenigstens im Willen zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen. Die gemeinschaftliche Ausführung der Tat setzt nicht voraus, dass jeder Mittäter selbst ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal verwirklicht; es genügt jede andere Art von Mitwirkung, also auch eine Vorbereitungshandlung, durch die der Mittäter den tatusführenden Beteiligten in dessen Tatentschluss bestärkt.“¹

¹ BGH NStZ 1995, 285.

In diesem Text, der so oder ähnlich in den neueren Entscheidungen des *BGH* zur Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme auftaucht,² verzichtet das Gericht expressis verbis auf eine Beteiligung des Täters im Ausführungsstadium. „Es genügt jede andere Art von Mitwirkung, also auch eine Vorbereitungshandlung, durch die der Mittäter den tatusführenden Beteiligten in dessen Tatentschluss bestärkt.“ Das tut jeder Anstifter und jeder Gehilfe, um dessen Mitwirkung im Vorbereitungsstadium der Täter weiß. Auch sonst ist kein Unterschied im objektiven Tatbestand zwischen Täterschaft und Teilnahme aus diesem Text zu erkennen. Welchen objektiven Unterschied soll es ausmachen ob der Beteiligte "fremdes Tun fördert" oder "seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen" leistet? Der *BGH* steht also immer noch auf dem Boden einer subjektiven Täterlehre, wonach der Unterschied zwischen Täter und Teilnehmer darin besteht, dass der Täter die Tat als eigene will. Die subjektive Täterlehre basiert auf der These, dass es zwischen den verschiedenen Kausalbeiträgen objektiv keinen Unterschied geben kann, weil sie als notwendige (oder hinreichende) Bedingungen des Erfolgseintritts äquivalent sind.³ Aber wenn es keinen objektiven Unterschied zwischen den Beiträgen eines Täters, insbesondere Mittäters, und denen eines Teilnehmers gibt, so kann es auch keinen Unterschied im Willen beider Beteiligten geben. Denn der Wille bezieht sich stets auf einen objektiven Sachverhalt in der Außenwelt, den der Täter eben verwirklichen will. Wo es im objektiv verwirklichten Geschehen keinen Unterschied gibt, da kann es auch im Inhalt des Wollens keinen geben. Mit dem grundsätzlichen Verzicht auf die Beteiligung des Mittäters im Ausführungsstadium eröffnet also der *BGH* die Möglichkeit, jeden zum Mittäter zu erklären, der in irgendeiner Art an einer Tat mitwirkt.

Es gibt aber auch eine Version der Tatherrschaftslehre, die in bestimmten Fällen auf die Mitwirkung eines Mittäters im Ausführungsstadium verzichtet. Es handelt sich dabei um den sog. Bandenchef,⁴ in Kriminalfilmen wird er meist der Professor genannt, der den Tatplan ausarbeitet und jedem anderen Bandenmitglied seine Rolle bei der Tatusführung zuweist, selbst aber während der Tat, je nachdem wes Geistes Kind er ist, im Bordell, im Konzert oder zuhause bei Weib und Kind ist. Hier drängt sich sofort der Einwand auf, welche intellektuellen und organisatorischen Leistungen der Bandenchef denn erbringen muss, um zum "Professor" qualifiziert zu sein und wie zu entscheiden ist, wenn es mehrere "Professoren" gibt, von denen einer womöglich am Tatort ist. Wenn es einen materiellen Grund gibt, den "Professor" als Mittäter und nicht als Anstifter zu bestrafen, obwohl für beide Beteiligungsformen der gleiche Strafraumen gilt, so muss man solche Abgrenzungsprobleme eben hinnehmen und irgendwie lösen. Aber dieses Bedürfnis entsteht nur dadurch, dass man die Anstiftung zur kleinen Münze heruntergestuft hat.⁵ Anstifter ist danach entweder derjenige, der irgendwie den Tatentschluss, wie es heißt "verursacht hat", oder der, der den Tatentschluss durch kommunikative Einwirkung auf den Täter oder durch Aufforderung zu

² Aus neuerer Zeit z.B. *BGH* *NStZ* 2000, 482; 2002, 200 f; 2003, 90, 91; 253, 254; 2006, 94; 454; 2008, 273, 275; 2009, 25, 26; *NStZ-RR* 2010, 236; 2011, 111, 112.

³ *RGSt* 74, 84, 85; vgl. dazu Schönke/Schröder/Heine, 28. Aufl. 2010, Vor § 25 Rn 56; Lackner/Kühl, 27. Aufl. 2011, Vor § 25 Rn 4; LK/Roxin/Schünemann, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn 32; Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011 (AT), § 38 Rn 39; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011 (AT), § 12 Rn 9; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012 (AT), § 20 Rn 22; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003 (AT), § 29 Rn 59.

⁴ Beulke *JR* 1980, 423, 424; Schönke/Schröder/Heine, Vor § 25 Rn 74; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005 (AT), § 10 Rn 85; Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2012 (AT), Rn 1226 ff; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991 (AT), § 21 Rn 47 f, 52; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 63 III 1; dagegen aber Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 1. Aufl. 2003 (AT II), § 25 Rn 210; Altenhain, Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzess, 1994, S. 125; Puppe *GA* 1984, 101, 113.

⁵ Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2011 (AT), § 22 Rn 4.

der Tat angeregt hat.⁶ Dabei wird der Grund für die tätergleiche Bestrafung des Anstifters darin gesehen, dass er die "Initialzündung" für die Tat gegeben hat.⁷ Plakativ ausgedrückt: Anstifter ist derjenige, der als Erster von der Tat, die später ausgeführt wurde, gesprochen hat. Hat nun ein Beteiligter im Vorbereitungsstadium nicht nur als erster von der Tat gesprochen, sondern einen bestimmenden Einfluss auf die Tatausführenden ausgeübt, so hat man eben das Bedürfnis, ihn nicht nur als Anstifter zu bezeichnen, sondern als Mittäter oder mittelbaren Täter. Für letzteres ist die neue Rechtsprechung zur mittelbaren Täterschaft kraft Ausnutzung regelhafter Abläufe ein eindrucksvoller Beleg.⁸

Aber der Verzicht auf eine Beteiligung des Mittäters im Ausführungsstadium beseitigt auch die Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft.⁹ Letztere Rechtsfigur wäre nur noch für den Fall erforderlich, dass der Tatmittler nicht vorsätzlich handelt. Nötigt der Hintermann den Tatmittler oder bedient er sich eines Kindes oder eines Schuldunfähigen, so wäre er schon wegen eines „bestimmenden Einflusses im Vorbereitungsstadium“ Mittäter. Über die Legitimität der mittelbaren Täterschaft kraft Beherrschung eines Machtapparats oder gar kraft Ausnutzung regelhafter Abläufe brauchen wir nicht mehr nachzudenken oder gar zu streiten, weil diese Hintermänner wegen ihres bestimmenden Einflusses im Vorbereitungsstadium ohnehin Mittäter wären. Es fragt sich nur, wie das mit dem Wortlaut des § 25 vereinbar ist, der zwischen dem, der die Tat selbst und dem der sie „durch einen anderen“ begeht unterscheidet.

II. Die Anstiftung

1. Die Anstiftung als Unrechtspakt

Es hat sich herausgestellt, dass die Wurzel oder doch wesentlich eine Wurzel des Übels darin besteht, dass man die Anstiftung zur kleinen Münze herabgestuft hat. Deswegen soll sie hier an erster Stelle behandelt werden. Von einer Verursachung eines Tatentschlusses im allgemeinen Sinne dieses Wortes könnte man nur sprechen, wenn die Entstehung eines Tatentschlusses beim Täter strikt allgemeinen Kausalgesetzen unterliegen würde. Davon gehen wir aber im Recht nicht aus. Wir sollten deshalb besser nur noch von Anregung des Tatentschlusses statt von Verursachung reden. Solange wir von der Prämisse der Freiheit des Täters bei der Fassung seines Entschlusses ausgehen, beherrscht der Anstifter diesen Prozess in keiner Weise, er kann nur gewissermaßen auf gut Glück versuchen, ihn anzustoßen. Entgegen der herrschenden Lehre ist das zu wenig um eine tätergleiche Strafbarkeit des Anstifters zu begründen.¹⁰ In dem Bestreben, die Anstiftung auch ihrem Tatbestand nach der Mittäterschaft anzunähern habe ich die These aufgestellt, dass nur derjenige Anstifter ist, der mit dem Täter eine Art Unrechtspakt schließt, durch den er den Täter zur Begehung einer bestimmten Straftat gewissermaßen verpflichtet oder sie sich von ihm versprechen lässt. Erfolgreich ist die Anstiftung aber nur dann, wenn der Täter die Tat schließlich auch um dessentwillen begeht, weil er sich dem Anstifter gegenüber dazu verpflichtet hat, auch wenn

⁶ Roxin, AT II, § 26 Rn 65; Schönke/Schröder/Heine, § 26 Rn 4; Lackner/Kühl § 26 Rn 2; Fischer, 60. Aufl. 2013, § 26 Rn 3; LK/Roxin/Schünemann, § 26 Rn 15; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2012 (AT), § 45 Rn 30; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 42. Auflage 2012 (AT), Rn 568; Kindhäuser, AT, § 41 Rn 10; Kühl, AT, § 20 Rn 173.

⁷ MüKo-StGB/Joeks, 2. Aufl. 2011, § 26 Rn 5; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 30 Rn 3; vgl. auch LK/Roxin/Schünemann, § 26 Rn 15.

⁸ BGHSt 45, 270, 296; BGH NSStZ, 1997, 544; 1998, 568; JR 1999, 205; NJW 1998, 767. Kritisch dazu Rotsch ZStW 112 (2000), 518, 561 f.

⁹ Roxin, AT II, § 25 Rn 203; Matt/Renzikowski/Haas, Strafrechtsgesetzbuch, 1. Aufl. 2013, § 25 Rn 29 ff.

¹⁰ Puppe GA 1984, 101, 107 f, 110; dies. AT, § 25 Rn 3 f; dies. ZIS 2007, 234, 235.

dies nicht sein einziges Motiv zu sein braucht.¹¹ Es versteht sich, dass mit Verpflichtung hier natürlich keine Rechtspflicht gemeint ist. Begründet habe ich diese These auch damit, dass sie dem Wortlaut des Gesetzes entspricht, das ja weder von Verursachen des Tatentschlusses, noch von Vorschlägen oder Auffordern spricht, sondern davon, dass der Anstifter den Täter "zur Tat bestimmt". Er muss also einen bestimmenden Einfluss auf den Täter während der Tatausführung haben, denn erst in der Tatausführung konstituiert sich der Vorsatz oder Tatentschluss des Täters. Was er vor der Tat mit sich herumtragen mag, ist ein Plan oder ein Vorhaben, aber erst in dem Moment, in dem er zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt, entscheidet sich, ob er wirklich fähig und willens ist, diese Tat zu begehen.¹² *Altenhain* weist darauf hin, dass in § 30 II dem versuchten „Bestimmen“ zur Tat das zur Tat Bereiterklären, das Anerbieten und die Annahme des Anerbietens gleichgestellt wird, lauter Formen des Abschlusses eines Unrechtpakts. Das spricht dafür, auch das Bestimmen zur Tat nicht als unverbindlichen Verbrechensvorschlag oder Aufforderung, sondern als faktisch verbindliche Verabredung zu interpretieren.¹³ Nur wer in diesem Sinne einen bestimmenden Einfluss auf die Tatausführung hat, verdient, aus dem gleichen Strafraum bestraft zu werden wie der Täter, wobei allerdings *ceteris paribus* seine Strafe innerhalb dieses Strafraums geringer ausfallen sollte als die des Täters. Wer lediglich eine zur Tat verführende Situation schafft, beispielsweise indem er dem Täter eine bestimmte Information gibt oder einen bloßen Verbrechensvorschlag oder eine für den Täter unverbindliche Aufforderung zum Verbrechen verlautbart, verdient nur die Strafe des Gehilfen, auch wenn er den ersten Anstoß zur Tat gegeben hat. Er ist psychischer Gehilfe.

Die Lehre vom Unrechtpakt fiel auf keinen fruchtbaren Boden. Soweit sie in der Standardliteratur überhaupt erwähnt wurde, wurde sie bis heute ohne Begründung abgelehnt¹⁴ oder mit der Begründung, dass sie zu eng sei¹⁵ oder auch zu unbestimmt.¹⁶ Bei *Roxin* heißt es dazu: "Es ist mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar, dass ein Bestimmen und kein Verpflichten des Täters zur Tat verlangt."¹⁷ Dabei sollte klar sein, dass in diesem Kontext unter Verpflichten natürlich nicht die Begründung einer Rechtspflicht verstanden wird, sondern eben ein faktisch bestimmender Einfluss der Anstiftung auf den Täter im Moment der Tatbegehung, dergestalt, dass er die Tat auch deshalb begeht, weil er sich dem Anstifter gegenüber dazu "verpflichtet" hat.¹⁸ Vor allem wird kritisiert, dass die Bestimmung der Anstiftung als Unrechtpakt die Anstiftung der Täterschaft zu sehr annähert.¹⁹ Dabei ist gerade das der Sinn der Lehre vom Unrechtpakt, die der Tatsache Rechnung tragen soll, dass

¹¹ *Puppe* GA 1984, 101, 112 f; *dies.* ZIS 2007, 234, 235; *dies.* AT, § 25 Rn 3 f; *Altenhain* (Fn 4), S. 119 ff; ähnlich *Jakobs*, AT, § 22 Rn 22; *Köhler*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl. 1997, S. 521 ff.

¹² *Puppe* GA 1984, 101, 116 ff; *dies.* ZIS 2007, 234, 235; zust. *Altenhain* (Fn 4), S. 128 f; *Scheinfeld* GA 2007, 695, 702 f; NK-StGB/*Schild*, 4. Aufl. 2013, § 26 Rn 9.

¹³ *Altenhain* (Fn 4), S. 122 f.

¹⁴ Beispielsweise von *Fischer*, § 26 Rn 3; NK-StGB/*Schild*, § 26 Rn 5; *Kindhäuser*, AT, § 41 Rn 10.

¹⁵ *Kühl*, AT, § 20 Rn 173; *Roxin*, AT II, § 26 Rn 73; LK/*Roxin/Schünemann*, § 26 Rn 10; *Schönke/Schröder/Heine*, § 26 Rn 10 f.

¹⁶ *Steen*, Die Rechtsfigur des omnimodo facturus, Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe, 2011, S. 153 f; *Nepomuck*, Anstiftung und Tatinteresse, 2008, S. 157 f, 170.

¹⁷ *Roxin*, AT II, § 26 Rn 86.

¹⁸ Ausdrücklich nur zur Veranschaulichung dieser Motivation des Täters durch den Anstifter habe ich die „heuristische“ Frage formuliert, ob der Täter die Tat ebenfalls aufgegeben hätte wenn der Anstifter vom Unrechtpakt vor Tatbeginn zurückgetreten wäre. Auf den spekulativen Charakter dieser heuristischen Frage habe ich dabei selbst hingewiesen, GA 1984, 110, 114. Ich nehme diese Veranschaulichung ausdrücklich zurück, denn sie wurde als das eigentliche Kriterium des Bestimmens nach der Unrechtpakttheorie verstanden und wegen dieses zugestandenen spekulativen Charakters dieser Veranschaulichung die Unrechtpakttheorie insgesamt verworfen, *Scheinfeld* GA 2007, 695, 705; *Nydegger*, Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung, 2012, S. 245.

¹⁹ *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband II, 7. Aufl. 1989, § 51 Rn 3; *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, § 28 Rn 23; *Joerden* FS *Puppe*, 2011, S. 563, 567.

der Anstifter nach dem gleichen Strafrahmen bestraft wird wie der Täter, weshalb der Unrechtspakt ganz bewusst in Analogie zum gemeinsamen Tatplan der Mittäter konzipiert ist.²⁰

In der Spezialliteratur zur Anstiftung beginnt sich die Lehre vom Unrechtspakt dagegen in den letzten Jahren durchzusetzen, freilich nur in der Sache, nicht in der Terminologie. Unser Wissenschaftsbetrieb bringt es nun einmal so mit sich, dass man den alten Wein in neue Schläuche gießt oder, modern ausgedrückt, die 30 Jahre alte Weinflasche, bevor man sie serviert, mit einem neuen Etikett beklebt, nachdem man das alte Etikett abgerissen und weggeworfen hat.

So verwirft beispielsweise *Hoyer* das Erfordernis eines mit dem Anstifter geschlossenen und vom Täter erfüllten Unrechtspakts als nicht ausreichend um dann wenige Zeilen später zu schreiben: "Der Anstifter muss die Tatausführung als eine an ihn zu erbringende Leistung fordern (möglicherweise unter Zusage einer Gegenleistung), und der Täter muss die Tat begehen, weil er dem Anstifter die geforderte Leistung erbringen will."²¹ Was ist dies anderes, als der vom Täter erfüllte Unrechtspakt? Diese Formulierung geht über den Unrechtspakt allenfalls in dem Sinne hinaus, dass der Täter die Tat im ausschließlichen Interesse des Anstifters begehen muss, gewissermaßen mit *animus socii*. Aber diese Einschränkung würde von der Parallele zur Mittäterschaft nicht begründet. Denn der Mittäter handelt zwar auch im Interesse des Komplizen, aber ebenso in seinem eigenen.

Auch *Amelung* gelangt, nachdem er dem Unrechtspakterfordernis eine „unbefriedigende Abstützung im Gesetz“ bescheinigt hat, am Ende zu einer Beschreibung des Unrechtspakts mit anderen Worten. Dabei geht er von der Auffassung *Roxins* aus, dass Anstiften dasselbe bedeutet wie Aufforderung, die „keine Probleme dieser Art“ habe.²² Diese Bestimmung der Anstiftung als Aufforderung reichert nun *Amelung* dadurch an, dass sie mit einer Sanktion bewährt sein müsse.²³ Die Anstiftung setze den Täter unter sozialen Druck.²⁴ Das klingt nach einer die Entscheidungsfreiheit des Angestifteten einschränkenden Nötigung. Aber *Amelung* lässt als Sanktion schon die Furcht vor einer Meinungsverschiedenheit („Dissens“) mit dem Anstifter oder eine Enttäuschungsreaktion des Anstifters genügen,²⁵ und als sogenannte positive Sanktionen anerkennt er, jede Belohnung, jeden immateriellen Vorteil und selbst die Zuwendung von Sympathie oder Achtung an den Täter für den Fall, dass er die vorgeschlagene Tat begeht.²⁶ Aber Belohnung mit Sympathie für den Fall, dass der Täter die Tat begeht oder Bestrafung mit Sympathieentzug für den Fall, dass er sie nicht begeht, verdienen kaum den Namen einer Sanktion und schränken die Freiheit des Täters, sich gegen die ihm angesonnene Tat zu entscheiden, nicht in einem rechtlich relevanten Sinne ein. *Amelung* sieht die wesentliche Wirkung der sanktionsbewährten Aufforderung zu einer Straftat denn auch nicht in einer wirklichen Freiheitsbeschränkung des Täters. „In einer Gesellschaft selbstverantwortlicher Bürger und freier Kommunikation verdient nur derjenige

²⁰ *Puppe* GA 1984, 101, 112; *dies.* ZIS 2007, 234, 236.

²¹ SK-StGB/*Hoyer*, Stand: Oktober 2000, § 26 Rn 13; zust. MüKo-StGB/*Joecks*, § 26 Rn 20.

²² *Amelung* FS Schroeder, 2006, S. 147, 148.

²³ *Amelung* FS Schroeder, S. 147, 163; *Joerden* FS Puppe, S. 563, 570 ff; ihm folgend *Nepomuck* (Fn 16), S.167 ff.

²⁴ *Amelung* FS Schroeder, S. 147, 166 f.

²⁵ *Amelung* FS Schroeder, S. 147, 168; zust. *Joerden* FS Puppe, S. 563, 572 f, der schließlich sogar auf die Sanktion als notwendiges Element der Anstiftung verzichtet und nur verlangt, dass der Anstifter seine Aufforderung in eine „präskriptive Sprache“ kleidet. Aber wie, wenn der Aufgeforderte diese präskriptive Sprache anmaßend oder lächerlich, den Vorschlag aber gut findet und in seinem alleinigen Interesse in die Tat umsetzt?

²⁶ *Amelung* FS Schroeder, S. 147, 172.

Verursacher die erhöhte Teilnehmerstrafe, der den sanktionsbewährten Appell des Rechts durch einen sanktionsträchtigen Gegenappell schwächt“.²⁷ Diese normtheoretische Rekonstruktion der Anstiftung wirkt sehr modern, aber sie verfehlt die Realität. Fanatisierte Sektenanhänger oder Gotteskrieger mögen den Befehlen ihrer Führer eine normative Qualität zusprechen, durch die sie die Normen des Rechts schwächen oder gar außer Kraft setzen, der normale Täter ist sich dessen bewusst und mit dem Anstifter auch einig, dass das Verhalten, zu welchem der Anstifter auffordert, normwidrig und rechtswidrig ist. Man verhandelt von „Gauner zu Gauner“. Entkleidet man nun den sanktionsträchtigen Gegenappell dieser normtheoretischen Hypostasierung, so bleibt folgendes übrig: Der Anstifter fordert den Täter zur Begehung einer bestimmten Straftat auf, indem er irgendein Mittel einsetzt, das geeignet ist, den Täter dazu zu motivieren, dem Anstifter dieses Verbrechen zuzusagen, sei es ein Vorteil oder ein Nachteil für den Täter materieller oder psychischer Art, sei es selbst die Furcht des Täters vor dem Dissens mit dem Anstifter. Dass diese sanktionsbewährte Aufforderung „erfolgreich“ sein muss, erwähnt *Amelung* nur in Klammern. Erfolgreich ist diese sanktionsträchtige Aufforderung allerdings nur dann, wenn der Täter die Tat denn auch begeht und zwar unter dem Einfluss der sanktionsträchtigen Aufforderung, also deshalb weil er sie dem Anstifter zugesagt hat. Das ist nun nichts anderes als ein Unrechtspakt. *Amelung* kam denn auch am Ende nicht umhin zuzugeben, dass an der Unrechtspakttheorie doch etwas dran ist.²⁸ Einige Autoren sind *Amelung* gefolgt, sowohl in der Ablehnung des Unrechtspakterfordernisses als auch in der Bestimmung der Anstiftung als sanktionsbewährte Aufforderung.²⁹ Solcher Streit um Worte dient der Sache nicht.

2. Die Anstiftung und der sogenannte *omnimodo facturus*

Nach herrschender Lehre kann der Täter seinen Tatentschluss durch einen „inneren Akt“ (*Roxin*) fassen, lange bevor er mit der Ausführung der Tat beginnt. Ein solcher sog. *omnimodo facturus* kann dann nicht mehr angestiftet werden, sondern höchstens noch in seinen Tatentschluss bestärkt werden, was eine psychische Beihilfe sein soll.³⁰ Nach herrschender Lehre ist also zu unterscheiden zwischen einem Täter, der zwar einen Tatplan gefasst hat, aber noch keinen Tatentschluss und deshalb noch durch Erregung des Tatentschlusses angestiftet werden kann, einem Täter, der einen festen Tatentschluss gefasst hat und daher nicht mehr angestiftet aber noch in seinem Tatentschluss bestärkt werden kann, was psychische Beihilfe ist, und schließlich einem solchen, der einen "felsenechten" Tatentschluss gefasst hat, so dass auch eine Bestärkung durch Beifall, Zuspruch oder Aufforderung zur Tat nicht mehr möglich ist.³¹ Dem liegt die Vorstellung zu Grunde, dass der Täter, wenn er den Tatentschluss vor der Tat einmal gefasst hat, ohne weitere Anspannung seiner Entschlusskraft die Tat wie ein Automat ausführt. Aber die Rechtsfigur des *omnimodo*

²⁷ *Amelung* FS Schroeder, S. 147, 173; ähnlich *Joerden* FS Puppe, S. 563, 569, *Timpe* GA 2013, 145 (159f); vgl. auch *Hegmann* GA 2009, 473 (484).

²⁸ FS Schroeder, S. 147, 177. *Timpe* erklärt den Unrechtspakt allerdings für überflüssig, weil der Täter die Tat nur begehen werde, wenn er sie für sich als nützlich beurteile, ob er nun einen Pakt darüber geschlossen hat oder nicht, GA 2013, 145 (154). Aber mit seinen eigenen später angeführten Beispiel, dass der Anstifter den Täter „an der Ehre packt“ die Tat als Mutprobe oder als Bedingung für ein Ehrenzeichen in der Bande verlangt, GA 2013, 145 (158) widerlegt er diesen tatsächlichen Befund selbst.

²⁹ *Nepomuck* (Fn 16), S. 167 ff; *Joerden* FS Puppe, S. 563, 568 ff; SK-StGB/*Hoyer*, § 26 Rn 13; MüKo-StGB/*Joecks*, § 26 Rn 20.

³⁰ *Roxin*, AT II, § 26 Rn 65, 68; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 569; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 12 Rn 144; *Rengier*, AT, § 45 Rn 33 f; *Kindhäuser*, AT, § 41 Rn 11; *Kühl*, AT, § 20 Rn 177; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 30 Rn 31; *Lackner/Kühl*, § 26 Rn 2a; *Schönke/Schröder/Heine*, § 26 Rn 7; MüKo-StGB/*Joecks*, § 26 Rn 28; *Fischer*, § 26 Rn 4; *LK/Roxin/Schünemann*, § 26 Rn 17.

³¹ *Roxin*, AT II, § 26 Rn 65 ff.

facturus wird weder der psychischen Realität gerecht, noch den normativen Grundlagen der Strafbarkeit. Ein noch so "felsenfester" Tatentschluss kann jederzeit schwanken und vor allem im Moment der Tatausführung versagen. Erst wenn der Täter mit der Ausführung der Tat beginnt, zeigt sich, ob er wirklich zu ihrer Begehung fähig und willens ist, auch wenn er sich zuvor noch so wild entschlossen fühlte. Ein Wille hat stets die Realisierung einer Tat zum Inhalt und liegt als solcher erst vor, wenn die Tat wirklich getan wird. Dieser Begriff von Willen liegt auch unserem Strafgesetz zu Grunde, das erst dem Versuch, nicht aber der Vorbereitung einer Straftat strafrechtliche Relevanz beimisst. Dabei wird der Versuch rein subjektiv bestimmt und vom *BGH* dahin paraphrasiert, dass der Täter die "Schwelle zum jetzt geht es los" überschreitet,³² etwas kunstvoller und auch treffender formuliert *Bockelmann*, dass der Versuch dann beginnt, "wenn der Vorsatz des Täters die Feuerprobe der kritischen Situation besteht".³³ Einen omnimodo facturus gibt es also weder in einem psychologisch deskriptiven Sinne noch in einem rechtlich normativen Sinne.³⁴

Es kann also auch derjenige, der den Verbrechensplan bereits hegt, auch wenn er sich noch so fest dazu entschlossen fühlt, noch zur Tat bestimmt werden. Das geschieht nach dem dargelegten Begriff des Bestimmens dadurch, dass ein anderer mit ihm einen Unrechtspakt schließt, der die Begehung dieser Tat zum Inhalt hat, und der Täter, wenn er schließlich mit dem Anfang der Ausführung den eigentlichen Tatentschluss fasst, dies auch tut, um diesen Unrechtspakt zu erfüllen.³⁵ Ein solcher Unrechtspakt wird von mehreren Komplizen auch dann geschlossen, wenn der gemeinsame Tatplan nur für einige von ihnen eine Mitwirkung im Ausführungsstadium vorsieht, andere aber nur im Vorbereitungsstadium tätig werden oder nur sichernde Funktionen übernehmen sollen.³⁶ Diese Letzteren sind dann nicht nur als Gehilfen, sondern als Anstifter strafbar, weil auch sie den Unrechtspakt mit den Haupttätern geschlossen haben. Wer aber vor Tatbeginn von dem gemeinsamen Tatplan zurücktritt, ohne seine Mitwirkung im Vorbereitungsstadium zurücknehmen zu können, ist weder Anstifter noch gar Mittäter, sondern nur physischer Gehilfe. Für die Strafbarkeit wegen Anstiftung fehlt es am Bestimmen der Täter zur Tat, für die Strafbarkeit wegen Mittäterschaft an der Täterhandlung. Deshalb hat dies mit den Vorschriften über den Rücktritt des Teilnehmers vom Versuch nichts zu tun.³⁷

III. Die Mittäterschaft

1. Die Mittäterschaft als gegenseitige Anstiftung

Mittäter werden nach unserem Strafgesetz besonders streng behandelt. Obwohl sie die Handlungen ihrer Komplizen weder selbst begangen, noch wie ein mittelbarer Täter beherrscht haben, werden sie ihnen, wie es heißt, „wie eigenes Handeln“ zugerechnet.³⁸ Diese Formel ist keine Begründung, schlimmer noch, sie ist eine Fiktion. Eine Handlung als menschliche Leistung kann niemandem zugerechnet werden, der sie nicht selbst begangen hat. Bei der mittelbaren Täterschaft ist es der Hintermann der in Wahrheit die

³² BGHSt 26, 102, 103; 28, 162, 163; 36, 249, 250; 37, 294, 297.

³³ *Bockelmann* JZ 1954, 468, 473.

³⁴ *Puppe* GA 1984, 101, 116 ff; zust. NK-StGB/*Schild*, § 26 Rn 8 f.; *Scheinfeld* GA 2007, 695, 702 f.

³⁵ *Puppe* GA 1984, 101, 118 f.

³⁶ Vgl. den Fall BGH NSTZ 1995, 285.

³⁷ Falsch daher BGHSt 28, 346, wo ein solcher Beteiligter gleichwohl als Mittäter an der ohne ihn ausgeführten Tat der Komplizinnen mit der Begründung angesehen wurde, dass er die Voraussetzungen des § 24 II nicht erfüllt hatte.

³⁸ *Kindhäuser*, AT, § 39 Rn 5; *Jakobs* GA 1997, 553 ff; *ders.* FS Lampe, 2003, S. 561, 566 ff; *Kühl*, AT, § 20 Rn 100; *LK/Roxin/Schünemann*, § 25 Rn 155; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 12 Rn 97; *Matt/Renzikowski/Haas*, § 25 Rn 60; *Schönke/Schröder/Heine*, § 25 Rn 61.

tatbestandsmäßige Handlung durch den Vordermann begeht, während dessen Handlung entweder mangels Vorsatzes nicht unter den Tatbestand subsumierbar ist oder an einem anderen Handlungsmangel leidet. Dem Anstifter und dem Gehilfen wird die Handlung des Haupttäters nicht als seine Handlung zugerechnet, sondern als sein Erfolg, also nur in einem äußerlichen Sinne. Auch der Vorsatz des Haupttäters ist für den Anstifter ein erster Erfolg und für den Gehilfen eine äußere Handlungsbedingung.

Nachdem man es aufgegeben hat, die Mittäterschaft als gegenseitige mittelbare Täterschaft zu erklären,³⁹ wird nun die Zurechnung der Handlung des Komplizen an den Mittäter („wie eigenes Handeln“) zum Teil auf zivilrechtliche Grundlagen gestellt. So heißt es bei *Haas*: „Es muss zunächst anerkannt werden, dass sich Mittäterschaft nur als wechselseitige Repräsentation erklären lässt. Die Repräsentation erklärt sich daraus, dass jeder Mittäter ein eigenes und zugleich ein fremdes Geschäft besorgt. Jeder der Mittäter handelt nicht nur für sich selbst, sondern auch für seine Tatgenossen, indem er sich wie ein Stellvertreter ihrem Willen unterordnet.“⁴⁰ Aber zivilrechtliche haftungsbegründende Institutionen können nicht ohne weiteres auf das Strafrecht übertragen werden, wo es um höchstpersönliche Verantwortung geht. Begriffe wie Auftrag, Ermächtigung, Stellvertretung, Handeln in fremden Namen können allenfalls bildhaft gebraucht werden, begründen aber keine Rechtsfolgen. Verzichtet man aber auf diese pseudo-zivilrechtliche Darstellung und beschränkt sich auf das tatsächliche Verhältnis zwischen den Mittätern, so bleibt nur übrig, dass sie miteinander einen Unrechtspakt geschlossen haben, wonach jeder sich den anderen gegenüber verpflichtet, seinen vorgesehenen Tatbeitrag zu erbringen, und dass jeder für seinen Teil den Unrechtspakt erfüllt hat. Strafrechtlich und nicht zivilrechtlich gesprochen besteht also die Beziehung des einzelnen Mittäters zum Tatbeitrag des Komplizen darin, dass er diesen zu seinem Beitrag angestiftet hat. Da nicht nur der Anstifter ist, der als erster von der später begangenen Tat gesprochen hat und nicht nur der angestiftet werden kann, der sich noch nicht fest zur Tat entschlossen hat, sind alle Mittäter, die den gemeinsamen Tatplan verabredet haben, also den Unrechtspakt miteinander eingegangen sind, im Verhältnis zueinander Anstifter.⁴¹ Die Tatbeiträge ihrer Komplizen werden ihnen aus genau dem gleichen Grunde und in genau dem gleichen Sinne zugerechnet wie dem Anstifter die Tat des Täters, also nicht „wie eigenes Handeln“. ⁴²

2. Der Tatbeitrag des Mittäters

Was den Anstifter vom Mittäter unterscheidet und den letzteren qualifiziert, ist seine Beteiligung im Ausführungsstadium.⁴³ Mit diesem Begriffsmerkmal der Mittäterschaft, auf das der *BGH* ja verzichtet, steht und fällt nicht nur die Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Anstiftung, sondern, wie zu Beginn gezeigt, auch die zwischen Mittäterschaft und Beihilfe und auch die zwischen Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft. Aber diese Unterscheidungen sind im Wortlaut unseres Strafgesetzes verankert, der Verzicht auf die Beteiligung des Mittäters im Ausführungsstadium ist also mit dem StGB unvereinbar.

³⁹ Anders nur noch NK-StGB/*Schild*, § 25 Rn 143.

⁴⁰ *Haas* ZStW 119 (2007), 519, 534; ähnlich *ders.* in: *Matt/Renzikowski*, § 25 Rn 64 f; vgl. auch *Kindhäuser* FS Hollerbach, 2001, S. 627, 645 ff.

⁴¹ *Puppe* ZIS 2007, 234, 235 f; *Roxin*, AT II, § 25 Rn 258 missversteht diese Auffassung von der Mittäterschaft als gegenseitige Anstiftung krass, wenn er ihr vorhält, sie impliziere den Verzicht auf einen Beitrag des Mittäters bei der Tatausführung.

⁴² Dass ich die Figur des *omnimodo facturus expressiv verbis* abgelehnt habe, vgl. GA 1984, 101, 116 ff; ZIS 2007, 234, 235, hat *Joerden* allerdings nicht gehindert, das Konzept der gegenseitigen Anstiftung der Mittäter mit der Begründung zu verwerfen, dass es nicht zutrefte, wenn einer der Tatgenossen vor Beitritt des anderen bereits ein *omnimodo facturus* sei, FS *Puppe*, S. 563, 567.

⁴³ *Gallas*, in: *Beiträge* (1968), S. 78, 104; *ders.* in: *Beiträge*, S. 130, 142; *Roxin*, AT II, § 25 Rn 198 ff.

Er sollte aber auch de lege ferenda nicht vollzogen werden, denn wie die Lehre von *Haas* deutlich zeigt, führt er in seiner Konsequenz zurück zur Lehre vom intellektuellen Urheber als Täter,⁴⁴ so dass als Anwendungsbereich der Anstiftung nur noch der unverbindliche Verbrechensvorschlag und die Herstellung einer zur Tat verführenden Situation übrig blieben. Ein solcher Begriff der Anstiftung passt, wie schon gesagt, nicht zu deren tätergleichem Strafraumen. Auch die Gleichsetzung der Anstiftung i.S. des Abschlusses eines Unrechtspakts mit dem Täter mit der mittelbaren Täterschaft wäre ein Verlust an Differenziertheit der Rechtsfiguren der Beteiligungslehre und ein Verlust an Rechtserkenntnissen, die wir seit der Aufgabe der gemeinrechtlichen Lehre vom intellektuellen Urheber gewonnen haben.

Das Erfordernis der Mitwirkung im Ausführungsstadium impliziert zunächst eine rein äußerliche, nämlich zeitliche und örtliche Begrenzung der Täterschaft begründenden Tatbeiträge. Sie müssen zwischen dem Anfang der Ausführung und der Beendigung der Tat am Tatort erbracht werden und letzteres muss um der Möglichkeit telekommunikativer Tatbeiträge willen dahin präzisiert werden, dass die Wirkung des Tatbeitrags am Tatort eintreten muss. Der „Professor“ ist also kein Mittäter, er ist der Prototyp des Anstifters,⁴⁵ anders nur, wenn er per Telekommunikation während der Tatausführung die Zusammenarbeit der Tatgenossen koordiniert.

Es ist an dieser Stelle nicht möglich, die schwierige Frage, wann ein Versuch beginnt allgemein zu erörtern und zu klären, deshalb hier dazu nur soviel: Die Versuchsbeschreibung des § 22, „wer zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar ansetzt“, knüpft an die tatbestandliche Handlungsbeschreibung an, diese ist nicht gleichbedeutend mit der Verursachung des Erfolges. Allgemein anerkannt ist das für die Handlungsbeschreibungen der sogenannten Verhaltensdelikte. Falsch aussagen ist nicht dasselbe wie eine Falschaussage verursachen, Fälschen nicht dasselbe wie einen kausalen Beitrag zur Entstehung einer falschen Urkunde leisten, Wegnehmen nicht das gleiche, wie einen kausalen Beitrag zu einem Gewahrsamswechsel leisten. Aber das gleiche gilt für die Erfolgsdelikte. Wer einem anderen einen Hammer reicht, damit dieser eine kostbare Vase in Scherben schlagen kann, beschädigt keine Sache, wer dem Mörder eine Schusswaffe besorgt, tötet nicht das Opfer. Allgemein gesprochen ist die tatbestandsmäßige Handlung im Sinne dieser Handlungsbeschreibungen nur diejenige vorsätzliche Handlung, die unmittelbar den strafbaren Erfolg verursacht hat.⁴⁶

Nun beginnt der Versuch nach herrschender Lehre aber nicht erst mit dieser Handlung, sondern mit jeder Handlung, die der tatbestandsmäßigen unmittelbar vorausliegt und ohne Zäsur in diese übergeht.⁴⁷ Deshalb beginnt der Versuch eines Giftmordes nicht erst in dem Moment in dem der Täter dem Opfer den vergifteten Becher reicht, sondern bereits wenn er das Gift kurz zuvor in den Becher tut, der Versuch eines Einbruchsdiebstahls bereits mit dem Ausschalten der Alarmanlage von außen und nicht erst mit dem Aufbrechen der Tür. Nicht nur derjenige, der eine tatbestandlich beschriebene Handlung ausführt, sondern auch derjenige, der diejenige Handlung ausführt, die das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung darstellt, und damit den Schritt von der an sich straflosen Vorbereitung zum strafbaren Versuch tut, begeht eine Versuchshandlung. Vom Anfang der Ausführung bis zur Vollendung der Tat begründet jeder Tatbeitrag Mittäterschaft, der kausal

⁴⁴ *Haas* ZStW 119 (2007), 519, 541; NK-StGB/*Schild*, § 25 Rn 139.

⁴⁵ *Puppe*, AT, § 22 Rn 4; *dies.* GA 1984, 101, 111; *dies.* ZIS 2007, 234, 241.

⁴⁶ *Gallas*, in: Beiträge (Fn 43), S. 136 ff; *Roxin*, AT II, § 25 Rn 38 ff; vgl. zuletzt *Kindhäuser* GA 2010, 542, 544; *Schünemann* FS Roxin Bd. I, 2011, S. 799, 808; noch enger NK-StGB/*Schild*, § 25 Rn 139.

⁴⁷ BGHSt 48, 34, 35 f; BGH NJW 2004, 580, 581; vgl. auch *Gaede* JuS 2002, 1058, 1060; *Heinrich*, AT, Rn 727 ff; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 26 Rn 54; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 601; zust. *Roxin*, AT II, § 29 Rn 139 ff.

für die Tatbestandsverwirklichung ist, nicht nur der, der das Opfer zusammenschlägt, also die körperliche Misshandlung eigenhändig vollzieht, sondern auch der, der das Opfer verabredungsgemäß festhält und dieses an Gegenwehr und Flucht hindert, ist Mittäter der Körperverletzung. Nicht nur der sog. Zieher, der dem Opfer heimlich die Brieftasche entwendet, ist Mittäter des Taschendiebstahls, sondern auch der sog. Blocker, der das Opfer ablenkt, damit es die Wegnahme nicht bemerkt. Auch insofern ist die formal-objektive Täterlehre zu eng. Es sollte darüber aber nicht vergessen werden, dass jede objektive Täterlehre vom objektiven Tatbestand des einzelnen Delikts, insbesondere von der Handlungsbeschreibung ausgehen muss, also im Grundgedanken der formal-objektiven Täterlehre wurzelt.⁴⁸

Unentbehrlich ist allerdings das Erfordernis der Kausalität des Tatbeitrags für die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes. Wer für eine Tatbestandsverwirklichung nicht kausal ist, dem kann diese nicht als eigene Tat zugerechnet werden, auch nicht vermittelt der akzessorischen Zurechnung fremden Verhaltens.

Bei durch die Handlungen mehrerer Beteiligten überbedingten Kausalverläufen, insbesondere bei strafbaren Gremienbeschlüssen, die mit einer größeren Mehrheit getroffen wurden als erforderlich, verfahren allerdings der *BGH* und die h.L. so, dass sie von der Mittäterschaft aller für den Beschluss stimmenden Gremiumsmitglieder ausgehen um dann bei der Kausalitätsfeststellung all ihre Handlungen zu einer Erfolgsursache zusammenzufassen. Diese Gesamtursache soll dann das Kausalitätserfordernis für alle Gremiumsmitglieder erfüllen, weil jedem von ihnen als Mittäter die Stimmabgabe der anderen „wie eigenes Handeln“ zugerechnet wird.⁴⁹ Es ist aber zirkelschlüssig, die Rechtsfolgen einer Norm auf einen Sachverhalt anzuwenden, um zu begründen, dass dieser Sachverhalt den Tatbestand der Norm erfüllt. Die Tatbeteiligten sind nicht kausal weil sie Mittäter sind, sondern sie sind Mittäter weil und sofern sie kausal sind.⁵⁰ Die Mittäterschaft ist kein Instrument zur Erledigung von Zweifeln an der Kausalität oder gar von theoretischen Kausalitätsproblemen. Das sog. „Gremienproblem“ gibt auch keinerlei Anlass, das Erfordernis der Kausalität des Tatbeitrags jedes Mittäters preiszugeben, denn es ist puppenleicht zu begründen, dass jeder, der seine Stimme für den Beschluss abgibt für dessen Zustandekommen kausal ist, gleichgültig wie hoch die Mehrheit ist, mit der er zustande kommt.⁵¹ Deshalb ist es auch weder nötig noch

⁴⁸ Schon *Gallas* hat gezeigt, dass auch die Tatherrschaftslehre von dieser tatbestandlichen Handlungsbeschreibung ausgeht und nur dadurch die von der subjektiven Täterlehre aus der kausalen Äquivalenz der Erfolgsbedingungen abgeleitete objektive Gleichwertigkeit aller kausalen Tatbeiträge, einschließlich der Vorbereitungshandlungen, überwinden kann, in: Beiträge (Fn 43), S. 136. Deshalb verfehlt der Einwand von *Haas* gegen die Tatherrschaftslehre, dass sie an der Äquivalenz der Erfolgsursachen scheitern muss, *ZStW* 119 (2007), 519, 527, den Sinngehalt dieser Lehre, vgl. *Kindhäuser* GA 2010, 542, 544. Die Tatherrschaftslehre hat sich die heute erneut moderne Kritik dadurch zugezogen, dass sie sich von ihrem Ursprung in der sog. Formel der objektiven Täterlehre mit allgemeinen tatbestandsunabhängigen Formulierungen zu lösen versucht, z. B. mit der Formel, Täter ist, wer die Tat nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann, oder Täter ist die Zentralgestalt des deliktischen Geschehens, *Roxin*, AT II, § 25 Rn 10 ff.

⁴⁹ *BGHSt* 37, 106, 129 f; *Roxin*, AT II, § 25 Rn 213; *Matt/Renzikowski/Renzikowski*, Vor § 13 Rn 96; *Kuhlen* FG 50 Jahre *BGH*, 2000, S. 669 f; wohl auch *NK-StGB/Wohlers/Gaede*, § 13 Rn 16.

⁵⁰ *Puppe* JR 1992, 30, 32; *dies.* in: *NK-StGB*, Vor § 13 Rn 94.

⁵¹ Puppenleicht ist das freilich erst dann, wenn man bereit ist die so bequeme „Methode“ der Begründung der Ursächlichkeit einer Handlung für eine Folge in Frage zu stellen, die darin besteht, dass man sich die Handlung hinwegdenkt und behauptet, dass der Erfolg entfiel, dazu *Puppe* GA 2010, 551 ff. Ob das der Fall ist, kann man erst wissen, nachdem man nach allgemeinen Gesetzen eine kausale Erklärung des Erfolges aufgestellt hat, in der die Handlung vorkommt. Die kausale Erklärung stellt eine hinreichende Bedingung des Erfolgeintritts und in der Regel keine notwendige dar. Aber bei Wegdenken einer Ursache aus dieser hinreichenden Bedingung entfällt der Erfolg nur dann, wenn keine zweite Ursache in dieser Bedingung vorhanden ist, die die erstere ersetzen kann. Es muss also eine hinreichende Mindestbedingung sein (*Puppe* *ZStW* 92 [1980], 863, 878; *dies.* JR 1992, 30, 32 f; *dies.* in: *NK-StGB*, Vor § 13 Rn 104). Die Mindestbedingung für das Zustandekommen eines

zielführend, eine fahrlässige Mittäterschaft zu postulieren, nur um das „Gremienproblem“ auch bei bloßer Fahrlässigkeit der für einen strafbaren Beschluss stimmenden Gremiumsmitglieder zu lösen.⁵² Um dieser Lösung des Gremienproblems willens verzichtet *Roxin* generell auf das Erfordernis der Kausalität des Tatbeitrags des Mittäters,⁵³ ein hoher Preis für die Lösung eines Scheinproblems. Zur Fragwürdigkeit einer Rechtsfigur der fahrlässigen Mittäterschaft zur Begründung von Zurechnung ohne Kausalität, habe ich an anderer Stelle ausführlich Stellung bezogen.⁵⁴ Besteht man aber auf der Kausalität der Handlung des Mittäters, so hat eine Rechtsfigur der fahrlässigen Mittäterschaft im Rechtssystem keine Funktion. Denn dem fahrlässigen „Mittäter“ wird der Erfolg schon Kraft seiner eigenen kausalen Handlung zugerechnet.

Um Mittäter zu werden, muss der Komplize seinen kausalen Tatbeitrag im Ausführungsstadium wirklich erbringen. Erst dadurch überschreitet er für sich die Schwelle zum „Jetzt geht es los“. Erst in diesem Moment besteht sein Vorsatz die Feuerprobe der kritischen Situation. Erst von diesem Moment an hat er den Tatvorsatz im Rechtssinne. Deshalb kann ihm dieser Schritt in die Strafbarkeit nicht von einem anderen Beteiligten abgenommen werden.⁵⁵ Der herrschenden Lehre, wonach alle Tatgenossen in dem Moment Mittäter werden, in dem der erste von ihnen die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschreitet,⁵⁶ ist also abzulehnen. *Mylonopoulos* ist zuzugestehen, dass die erste Handlung eines Komplizen ihren Charakter als Versuchshandlung erst dadurch gewinnt, dass die

Beschlusses ist die erforderliche Stimmenmehrheit. Sind mehr Stimmen für den Beschluss abgegeben worden, so kann ich mehrere Mindestbedingungen bilden, so dass jede Stimme innerhalb einer solchen Bedingung notwendig ist, damit diese hinreichend ist. Jede Stimme kann also aus dieser Bedingung nicht hinweggedacht werden, ohne dass der Erfolg entfiel. Wenn es nun mehrere solcher hinreichenden Bedingungen gibt, liegt ein Fall von Mehrfachkausalität, sog. alternativer Kausalität, vor, *Puppe* JR 1992, 30, 32; *dies.* in: NK-StGB, Vor § 13 Rn 108 u. 124; *Montanes* FS *Roxin*, 2001, S.313 f.; *Sofos*, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, 1999, S. 120 ff.; *Altenhain* (Fn 4), S.159; *Osnabrügge*, Die Beihilfe und ihr Erfolg, 2002, S.80 ff.; *Hoyer* FS *Puppe*, S. 515, 518 f.; *Kuhlen* missversteht diese allgemeine Theorie der Kausalität als bloße Ausnahme von der einzig wahren *conditio-sine-qua-non*-Formel und vermisst eine „materielle Begründung“ für diese Ausnahme, FG 50 Jahre BGH, S. 647 (669).

⁵² Obwohl er einräumt, dass mit der Bestimmung der Ursache als notwendiger Bestandteil einer hinreichenden Minimalbedingung das Problem der Kausalität der einzelnen Stimmen bei überbedingten Gremienentscheidungen gelöst ist, hält *Hoyer* die Einführung einer fahrlässigen Mittäterschaft für nötig, um die Verantwortlichkeit der zustimmenden Gremiumsmitglieder zu begründen. Er bestreitet, dass diejenigen, die nach Zustandekommen der Mindestmehrheit weitere Stimmen für den Beschluss abgeben noch ein unerlaubtes Risiko für sein Zustandekommen setzen, FS *Puppe*, S. 515, 520, und dass sie noch verpflichtet sind „sinnlosen Widerstand gegen eine bereits unverrückbare feststehende Mehrheit zu leisten“, aaO S. 521. Um nun zu verhindern, dass sich diese Gremiumsmitglieder darauf berufen, müssen ihnen die Stimmen der Anderen im Wege der fahrlässigen Mittäterschaft so zugerechnet werden, als hätten sie sie selbst abgegeben, aaO S. 522. So nimmt *Hoyer* diesen Gremiumsmitgliedern mit der Linken, was er ihnen soeben mit der Rechten gegeben hat. Ihre Stimmabgabe soll kein unerlaubtes Risiko darstellen und nicht einmal pflichtwidrig sein, aber ihre Mittäterschaft begründen. Das ist ein Widerspruch.

⁵³ *Roxin*, AT II, § 25 Rn 213 u. 241. An anderer Stelle besteht er aber mit Nachdruck auf einer „wesentlichen“ Beteiligung des Mittäters im Ausführungsstadium, AT II, § 25 Rn 198 ff. Ein Tatbeitrag, der nicht einmal kausal für den Erfolg ist, kann aber nicht als Ausführung eines Erfolgsdelikts gelten. Zum Verzicht auf die Kausalität des Tatbeitrags des Mittäters passt es auch nicht, dass *Roxin* für die Beihilfe und die Anstiftung Kausalität verlangt, AT II, § 25 Rn 208, zur Anstiftung AT II, § 26 Rn 65, zur Beihilfe AT II, § 26 Rn 184.

⁵⁴ *Puppe* GA 2004, 129 ff.

⁵⁵ *Puppe*, AT, § 23 Rn 10 ff; *Roxin*, AT II, § 25 Rn 198 ff. Wenn *Jakobs* dagegen hält, dass ein hart gesottener Gefahrheitstäter eine solche Feuerprobe nicht mehr erlebt, FS-*Puppe* (2011), 547 (550) erliegt er einem, bei diesem Autor unerwartenen naturalistischem Missverständnis. Es kommt für den Versuchsbeginn nicht darauf an, dass der Täter das Erlebnis der Feuerprobe faktisch gehabt hat, sondern, dass er es hätte haben sollen, *Puppe* JuS 1980, 346 (348f., *dies.* AT (2011), 20/27.

⁵⁶ *Kindhäuser*, AT, § 40 Rn 15; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 29 Rn 104; *Wessels/Beulke*, AT, Rn 611; *Gropp*, AT, § 10 Rn 91; *Jakobs*, AT, § 21 Rn 61.

anderen Komplizen vor Ort und tatbereit sind und dass er ohne dies seine Handlung nicht vornehmen würde,⁵⁷ aber letzteres ist eben die Anstiftungskomponente der Mittäterschaft und ersteres ändert nichts daran, dass die Anwesenheit und die Tatbereitschaft noch keine Handlungen sind. Wird die Durchführung des gemeinsamen Tatplans abgebrochen oder verhindert, bevor einer die Gelegenheit hatte, seinen kausalen Tatbeitrag im Ausführungsstadium zu erbringen, so hatte dieser Komplize eben „moral luck“. Aber dieses moral luck hat ihn davor bewahrt, oder ihn daran gehindert, den wirklichen Tatvorsatz zu fassen und in die Tat umzusetzen. Diese Schuld hat er also nicht auf sich geladen. Den Ehrgeiz, das moral luck aus dem Recht zu eliminieren, sollten wir nicht haben, es ist unmöglich. Immerhin bleibt für diesen Täter eine Strafbarkeit wegen Anstiftung zum Versuch desjenigen Tatgenossen übrig, der seinen Tatbeitrag im Ausführungsstadium bereits erbracht hat. Demgemäß gilt also auch für ihn der gleiche Strafrahmen wie für jenen. In der Strafzumessung sollte es aber einen Unterschied ausmachen, ob der Tatbeteiligte seinen Tatbeitrag erbracht hat, ob also seine Tatbereitschaft die Feuerprobe der kritischen Situation bestanden hat oder nicht.

IV. Die mittelbare Täterschaft

1. Das Verantwortungsprinzip

Es ist geradezu die Regel, dass Ursachen einer Tatbestandsverwirklichung von Personen gesetzt werden, die nicht Täter oder Beteiligte sind, weil sie um die Bedeutung ihres Kausalbeitrags für die Tatbestandsverwirklichung nicht wissen. Oft gehört zu diesen Personen auch das Opfer selbst. Das ist noch kein Grund, die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft anzuwenden. Wenn der Täter Gift in ein Getränk mischt, das das Opfer dann selbst trinkt, nachdem ein Kellner es ihm gebracht hat, ist es doch der Täter, der die Handlung des Vergiftens selbst begeht, so dass wir nicht genötigt sind, ihn als mittelbaren Täter und den Kellner sowie das Opfer als seine Werkzeuge zu bezeichnen. Auch wenn der sog. Vordermann den objektiven und subjektiven Tatbestand des Deliktes selbst erfüllt und dabei die tatbestandlich beschriebene Handlung vornimmt, benötigen wir die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft nicht. Der Hintermann ist dann, sofern er sich nicht ebenfalls an der Tatausführung beteiligt, Anstifter. Für die mittelbare Täterschaft charakteristisch ist also, dass die tatbestandsmäßige Handlung aufgespalten und auf zwei Personen verteilt ist. Das Verhalten des Werkzeugs liefert nur die äußere Gestalt der tatbestandsmäßigen Handlung,⁵⁸ aber entweder mangels Vorsatzes nicht deren subjektive Gestalt oder mangels Schuld nicht die Bedeutung einer verantwortlichen menschlichen Handlung im Sinne der Tatbestandsverwirklichung. Die fehlenden Handlungselemente muss der Hintermann liefern.

Diesem kann das Verhalten des Vordermannes nicht wie eigenes Handeln zugerechnet werden, weil der Vordermann ja nur in einem äußerlichen Sinne tatbestandsmäßig handelt. Dass es ihm gleichwohl als äußere Handlungsgestalt zugerechnet wird ist damit zu rechtfertigen, dass der Hintermann, anders als ein Anstifter oder Mittäter, dieses äußere Verhalten als Tatbestandsverwirklichung um des Handlungsdefizits des Vordermanns willen beherrscht. Er führt beispielsweise den Tatbestandsirrtum des Tatmittlers herbei oder unterhält ihn oder nutzt ihn aus, er erteilt dem Schuldunfähigen oder dem Kind einen Befehl, er versetzt den Mittler in den dessen Schuld ausschließenden Nötigungsnotstand. "So gesehen aber muss Tatherrschaft durch Benutzung eines anderen als Werkzeug dort ihre Grenze finden, wo das Recht das Tun des unmittelbar Handelnden als freies und damit persönliche

⁵⁷ GA 2011, 462, 466.

⁵⁸ Vgl. *Schumann*, FS-Puppe, 971 (980).

Verantwortung begründendes bewertet."⁵⁹ Das ist das sog. Verantwortungsprinzip der Lehre von der mittelbaren Täterschaft. Es schließt aus, dass man den Hintermann als mittelbaren Täter qualifiziert, obwohl der Vordermann ebenfalls Täter ist, weil er volldeliktisch den Tatbestand erfüllt. Es gibt keinen Täter hinter dem Täter. "Denn eine Rechtsordnung, die wie die unsere an den Begriffen Freiheit und Verantwortung und damit sozial-ethisch orientiert ist, kann nicht ohne mit sich selbst in Widerspruch zu geraten, einerseits den unmittelbar Handelnden als Täter zur vollen Verantwortung ziehen und damit die Freiheit seines Tatentschlusses voraussetzen, andererseits sein Verhalten als vom Hintermann beherrscht und damit als unfrei ansehen."⁶⁰

Rein tatsächlich betrachtet gibt es natürlich einen fließenden Übergang zwischen dem Phänomen des voll verantwortlich handelnden Täters und dem des unverantwortlichen Werkzeugs einer Tat. So kann etwa der Tatbestandsirrtum des Vordermannes fahrlässig sein. Dann begründet er aber nur dessen Verantwortung für eine fahrlässige Verursachung, nicht für die vorsätzliche Handlung. Das dreizehnjährige Kind gilt von Rechts wegen als schuldunfähig, obwohl es tatsächlich durchaus schon die Fähigkeit haben kann, das Unrecht der ihm angesonnenen Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Der Geistesranke, dessen sich der Täter zur Ausführung der Tat bedient, kann noch vermindert schuldfähig sein. Der Nötigungsdruck, den der Hintermann auf den Vordermann ausübt, kann dessen Entscheidungsfreiheit erheblich behindern, auch wenn er noch nicht das Niveau des § 35 erreicht. Wenn wir aber eine prinzipiell klare Grenze zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung haben wollen, so müssen wir sie eben normativ ziehen, gemäß den Bedingungen, an die das geltende Recht die, wenn auch möglicherweise verminderte, Verantwortlichkeit des Vordermanns für sein Handeln knüpft. Das tatsächlich einsichtige Kind bleibt also Werkzeug, weil es von Rechts wegen nicht schuldfähig ist, der vermindert schuldfähige Vordermann schließt wie der voll schuldfähige den Hintermann von der Täterschaft aus. Wohin es führt, wenn man um der Besonderheiten von Einzelfällen willen auf diese scharfen Trennungslinien verzichtet, zeigt das Urteil des *BGH* im sog. Katzenkönigfall, in dem sowohl die Entscheidungsfreiheit als auch die Einsichtsfähigkeit des unmittelbar Handelnden eingeschränkt aber noch nicht aufgehoben war: Obwohl er den unmittelbar Handelnden letztlich als vorsätzlichen Täter verantwortlich machte, verurteilte der *BGH* die Veranlasser der Tat als mittelbare Täter, indem er die Unterscheidung zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft zu einem „offenen Wertungsproblem“ erklärte.⁶¹ Aber diese scharfe Trennungslinie, die sich durch fließende Übergänge des Lebens zieht, ist auch akzeptabel, nachdem wir die Anstiftung aus ihrem Schattendasein als unverbindlicher Verbrechensvorschlag ohne Einfluss im Ausführungsstadium befreit haben. Beschreibt man die Anstiftung als Bestimmen zur Tat im wörtlichen Sinne, also als Beeinflussung des Täters bis in die Tatausführung hinein, so können wir mit Hilfe dieser Beteiligungsform auch die Fälle zutreffend beschreiben und in ihrem Unrechtsgehalt erfassen, in denen der Anstifter einen nur vermindert für seine Tat Verantwortlichen zu dieser bestimmt hat. Der tätergleiche Strafraum der Anstiftung ermöglicht es ohne weiteres, dem erhöhten Unrechtsgehalt dieser Fälle Rechnung zu tragen.

2. Scheinbare und wirkliche Ausnahmen vom Verantwortungsprinzip bei der Mittäterschaft

Keine Ausnahme vom Verantwortungsprinzip der mittelbaren Täterschaft stellt das Handeln durch ein sog. gerechtfertigtes Werkzeug dar, obwohl das sog. Werkzeug hier voll verantwortlich tatbestandsmäßig handelt und trotzdem die Tatbestandsverwirklichung dem

⁵⁹ *Gallas*, in: Beiträge (Fn 43), S. 99, zuletzt *Schumann*, FS-Puppe, 971 (978ff).

⁶⁰ *Gallas*, in: Beiträge (Fn 43), S. 141; ihm folgend *Roxin*, AT II, § 25 Rn 40.

⁶¹ BGHSt 35, 347, 353.

Hintermann als Täter zugerechnet wird. Hier liegt gar kein Fall der mittelbaren Täterschaft vor. Der Hintermann manipuliert nicht den Vordermann als Werkzeug, er manipuliert das Recht selbst, indem er eine Konfliktsituation schafft, in der die Rechtsordnung sich genötigt sieht, ein Verhalten, insbesondere die Verletzung der Rechte eines Dritten ausnahmsweise zu erlauben, das sie grundsätzlich verbietet, um nicht ein größeres Übel zu akzeptieren. Diese Erlaubnis gilt für den unmittelbar Handelnden, nicht für den Hintermann, der die Konfliktsituation herbeigeführt hat, denn die Rechtsordnung billigt zwar die Konfliktlösung durch den gerechtfertigt Handelnden, nicht aber die Konfliktschaffung durch den Hintermann. Ein Regressverbot hinter das gerechtfertigte Verhalten des Vordermannes gibt es hier nicht.⁶² Es handelt sich um die Rechtsfigur der *actio illicita in causa*, nicht um die der mittelbaren Täterschaft. Das eigentliche Anwendungsgebiet der *actio illicita in causa* ist der mutwillig oder böswillig herbeigeführte Notstand, das durch eine notstandsähnliche Lage gerechtfertigte Verwaltungshandeln, etwa bei polizeilicher Gefahrenbekämpfung und das Handeln gemäß einer rechtfertigenden behördlichen Erlaubnis.⁶³ Nicht hierher gehört die Notwehrfalle, bei der ein anderer zu einem Angriff provoziert wird, um ihn in Notwehr ungestraft verletzen zu können. Denn in diesen Fällen ist es immer noch in der Hand des Provozierten, der Provokation zu widerstehen, wozu er auch verpflichtet ist, so dass er vor den Folgen der Abwehr seines rechtswidrigen Angriffs nicht anderweitig von Rechts wegen geschützt zu werden braucht.⁶⁴ Anders verhält es sich nur bei der Provokation eines Schuldunfähigen.

Als Fall eines mittelbaren Täters hinter dem Täter gilt auch der, dass jemand seinen Feind an einen Ort lockt, an dem ein anderer, wie er weiß, eine Bombe zünden wird.⁶⁵ Hier ist der Bombenwerfer freilich voll verantwortlich für den Tod auch dieses Opfers und derjenige, der das Opfer an diesen Ort gelockt hat ist ebenfalls für seinen Tod verantwortlich. Das ist aber kein Fall der mittelbaren Täterschaft, sondern der Nebentäterschaft. Der Feind nutzt das Vorhaben des Bombenlegers zur Tötung seines Opfers in der gleichen Weise aus, wie er eine Naturkraft dazu ausnutzen könnte, indem er beispielsweise sein Opfer auf die dünne Schneedecke über einer Gletscherspalte lockt. Auch hier benötigen wir also nicht die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft, um die täterschaftliche Verantwortung sowohl des Bombenwerfers, als auch des Feindes begründen zu können.

Einige Berechtigung hat die Figur des Täters hinter dem Täter beim Handeln kraft Ausnutzung eines organisatorischen Machtapparats, dergestalt, dass der Vorgesetzte eine größere Gruppe von Untergebenen zur Verfügung hat, die sich gegenseitig ersetzen können, so dass der Befehlshaber sich darauf verlassen kann, dass ein anderer Untergebene seinen Befehl sofort ausführen wird, falls der erste sich weigern sollte. Hier beruht die Herrschaft des Vorgesetzten nicht auf seiner Beherrschung des einzelnen vollverantwortlichen Untergebenen, sondern auf seiner Kontrolle über die Gruppe als ganze, die ihm zur Ausführung seiner Befehle zur Verfügung steht. Hier wird denn auch eine Ausnahme vom Verantwortungsprinzip, die Anwendung einer Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter vielfach befürwortet.⁶⁶ Dagegen sprechen aber – hier passt der Ausdruck ausnahmsweise –

⁶² Puppe, AT, § 15 Rn 5, *dies.* FS Küper, 2007, S. 443 ff.

⁶³ Puppe FS Küper, S. 443, 447 ff.

⁶⁴ Puppe FS Küper, S. 443, 451 f; *dies.* AT, § 15 Rn 24 ff. Es ist das Verhängnis der Rechtsfigur der *actio illicita in causa*, dass sie fast ausschließlich ausgerechnet anhand der Notwehrfälle erörtert wird:

Schönke/Schröder/Perron, § 32 Rn 61; Wessels/Beulke, AT, Rn 350; Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 16 Rn 73, § 17 Rn 37; Roxin Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn 68, 74 ff, § 16 Rn 64; Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband I, 8. Aufl. 1992, § 26 Rn 42, § 27 Rn 47; Kindhäuser, AT, § 16 Rn 51.

⁶⁵ Roxin, AT II, § 25 Rn 102 ff.

⁶⁶ Roxin, AT II, § 25 Rn 105 ff; Hünerfeld ZStW 99 (1987), 244; Lampe ZStW 106 (1994), 743; Dierlmann NSTZ 1998, 569 f; Rotsch NSTZ 1998, 491 ff; *ders.* ZStW 112 (2000), 518 ff; weitere Nachweise bei Roxin, AT II, § 25 Fn 134.

kriminalpolitische Gründe. Die Aufgabe des Verantwortungsprinzips bei der mittelbaren Täterschaft ist ein hoher Preis für die Verantwortlichkeit des Befehlshabers eines organisatorischen Machtapparats als mittelbarer Täter statt als Anstifter. Die Niederlegung der Schranke des Verantwortungsprinzips zwischen Täterschaft und Anstiftung, die dadurch geschehen ist, hat in der Rechtsprechung dazu geführt, dass auf das Erfordernis der Fungibilität der Tatausführenden verzichtet wurde, um mittelbare Täterschaft des Vorgesetzten oder Firmenchefs schon dann anzunehmen, wenn er sich in seiner Erwartung, dass seine Untergebenen zu seinen Gunsten Straftaten begehen werden "auf regelhafte Abläufe verlassen hat".⁶⁷ Am Ende genügt es, dass er sie nicht an solchen Straftaten gehindert hat, von denen die Untergebenen glauben mussten, dass der Chef sie von ihnen erwartet. Es ist in der Tat eine rechtspolitische Frage, ob es, um diesem Dammbbruch vorzubeugen, nicht besser ist, auf die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter konsequent zu verzichten, auch bei der Beherrschung organisatorischer Machtapparate und deren Leiter als qualifizierte Anstifter ihrer Untergebenen zu bestrafen.⁶⁸ Dabei ist es im Gegensatz zum Regelfall der Anstiftung berechtigt, sie ebenso schwer zu bestrafen wie einen Täter.

3. Der Versuch der mittelbaren Täterschaft

Auch für die mittelbare Täterschaft gilt, dass der Versuch, also die Überschreitung der Schwelle zum jetzt geht es los, dem Täter nicht durch einen anderen abgenommen werden kann, durch ein Werkzeug ebenso wenig wie durch einen Komplizen. Die Vorstellung ist einigermaßen befremdlich, dass der mittelbare Täter, während er in seinem Bett liegt und schläft, unbemerkt von einem unbescholtenen Bürger in einen Straftäter verwandelt wird, weil das Werkzeug nunmehr mit der Ausführung seiner Handlung beginnt. Diese Handlung des Werkzeugs ist auch nicht die tatbestandsmäßige rechtswidrige und schuldhaftige Handlung, auf die sich das Erfordernis des unmittelbaren Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung in § 22 beziehen könnte. Ganz deutlich wird das bei einem unvorsätzlich handelnden Werkzeug, das überhaupt nicht „nach seiner Vorstellung von der Tat zur Tatbestandsverwirklichung ansetzen“ kann. Aber auch das unfrei oder schuldunfähig handelnde Werkzeug begeht nicht den deliktischen Versuch im vollen Sinne des Wortes, nämlich einen Versuch, der die Zurechnung des objektiven Unrechts zum Versuchenden begründen könnte. Die Lehre von der sog. Gesamtbetrachtung, die den Anfang der Ausführung anhand des Verhaltens des Werkzeugs bestimmt, will diesem Manko dadurch abhelfen, dass sie dem mittelbaren Täter das äußere Verhalten des Werkzeugs als eigenes Handeln zuschreibt⁶⁹ oder, was in diesem Kontext auf das gleiche hinausläuft, dem Werkzeug zwecks Betrachtung seiner Handlung als volldeliktischen Versuch das Wissen, die Handlungsfreiheit oder die Schuldfähigkeit des mittelbaren Täters substituiert.⁷⁰ Das ist eine Fiktion. Eine derartige Versuchshandlung gibt es bei mittelbarer Täterschaft nicht. Auch hier kann dem mittelbaren Täter nicht ein Verhalten des Werkzeugs "als eigenes Handeln“ zugerechnet werden, sondern nur als äußeres Ereignis.⁷¹

Der Maßstab des unmittelbaren Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung muss also an die Handlung des mittelbaren Täters angelegt werden. Dagegen wendet die Lehre von der Gesamtbetrachtung ein, dass dieses Handeln oft nicht ausreicht, eine Zurechnung des Erfolges zu begründen, weil meistens die Möglichkeit besteht, dass das Werkzeug aus

⁶⁷ BGH NStZ 1997, 544; BGH NStZ 1998, 568; BGH JR 1999, 205.

⁶⁸ Rotsch ZStW 112 (2000), 518, 561 f.

⁶⁹ LK-Hillenkamp, § 22 Rn 159; Gössel JR 1976, 249, 250; Otto JR 1980, 646; auch Herzberg FS Roxin, 2001, S. 749, 768; dagegen Roxin, AT II, § 29 Rn 247.

⁷⁰ Herzberg FS Roxin, 2001, S. 749, 751; Krack ZStW 110 (1998), 611, 639; Küper JZ 1983, 361, 369.

⁷¹ Puppe FS Dahs, 2005, S. 173, 177 ff; Roxin, AT II, § 29 Rn 247.

irgendeinem Grunde nicht "funktioniert".⁷² Das Werkzeug kann die Täuschung des Täters entdecken, es kann aber auch ohne Entdeckung der Täuschung den Mut oder die Lust zu der Handlung verlieren, die es nach seiner Vorstellung für den mittelbaren Täter ausführen soll. Aber wenn diese wirkliche oder vom mittelbaren Täter angenommene Gefahr zur Begründung eines unmittelbaren Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung nicht ausreicht, so kann sie auch nicht ausreichen, um dem mittelbaren Täter den etwa eintretenden Erfolg zum Vorsatz zuzurechnen, falls das Werkzeug doch "funktioniert". Dann hat sich zwar die ursprünglich zu geringe Gefahr zu einer hundertprozentigen gesteigert, aber dies geschah ganz ohne Zutun des mittelbaren Täters, diese Gefahrsteigerung kann also auch die Zurechnung des Erfolges zu seinem Handeln nicht begründen.⁷³

Die Lehre von der Gesamtbetrachtung gerät auch in Widerspruch zur allgemeinen Bestimmung des beendeten Versuchs. Ein Versuch ist im Sinne des § 24 jedenfalls dann beendet, wenn der Täter nach seiner Vorstellung alles Erforderliche getan hat, um eine die Zurechnung des Erfolges zum Vorsatz begründende Erfolgsgefahr zu schaffen.⁷⁴ Diese Bestimmung kann sich aber nur auf das Handeln des mittelbaren Täters, nicht auf das des Werkzeugs beziehen. Soll etwa der mittelbare Täter durch bloßes Abstehen von seinem Vorsatz zurücktreten können, nachdem er das Werkzeug tatbereit gemacht hat, sich also Straffreiheit durch Aufgabe seines Vorsatzes verdienen, wenn nun das Werkzeug aus irgendeinem Grunde von der ihm angesonnenen Handlung Abstand nimmt oder an ihr gehindert wird? Akzeptiert man dies nicht, besteht aber gleichzeitig darauf, dass sich der Beginn des Versuchs nach dem Verhalten des Werkzeugs richtet, so gelangt man zu dem absurden Ergebnis, dass der Versuch des mittelbaren Täters beendet ist, bevor er begonnen hat. Die Devise, dass dem mittelbaren Täter das Handeln des Werkzeugs wie eigenes Handeln zugerechnet wird, hat sich also bei der Begründung der mittelbaren Täterschaft genauso als irreführend erwiesen wie bei der Begründung der Mittäterschaft.

Legt man aber den Maßstab des Versuchs an die Handlung des mittelbaren Täters an, so ist zunächst klar, dass ein Versuch jedenfalls dann vorliegt, wenn er seine Einwirkung auf das Werkzeug in dem Glauben beendet, alles seinerseits Erforderliche getan zu haben, um eine Gefahr der Erfolgsverwirklichung zu schaffen, die dessen Zurechnung zu seinem Vorsatz begründet.⁷⁵

Aber dass der Versuch des mittelbaren Täters spätestens dann vorliegen muss, wenn er mit seiner Einwirkung auf das Werkzeug aufhört, ist nur ein Symptom dafür, dass der Versuch nach der Handlung des mittelbaren Täters bestimmt werden muss und nicht nach der des Werkzeugs. Unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung setzt der mittelbare Täter dann an, wenn er diejenige Handlung begeht, durch die er das Werkzeug gewissermaßen schmiedet, also die Täuschung des irrenden Werkzeuges, die Bedrohung des unfrei handelnden Werkzeugs oder die Überredung des schuldunfähigen oder kindlichen Werkzeugs.⁷⁶ Wenn der Täter einen Autofahrer mit einer Schusswaffe bedroht, um ihn zu zwingen, einen Polizisten zu überfahren, so beginnt er mit dem Anfang der Ausführung nicht erst, wenn der Autofahrer, der Drohung nachgebend, auf den Polizisten zufährt, sondern schon dann, wenn er die Waffe gegen ihn erhebt mit der Aufforderung, jetzt den Polizisten über den Haufen zu

⁷² LK/Hillenkamp, § 22 Rn 159; NK-StGB/Zaczyk, § 22 Rn 31; Krack ZStW 110 (1998), 611, 629 ff; Küper JZ 1983, 361, 376.

⁷³ Puppe, AT, § 20 Rn 29; dies. FS Dahs, S.173, 179 ff.

⁷⁴ NK-StGB/Zaczyk, § 24 Rn 39; Schönke/Schröder/Eser, § 24 Rn 6; MüKo-StGB/Hoffmann-Holland, § 24 Rn 72, 78; LK/Lilie/Albrecht, § 24 Rn 156; SK-StGB/Rudolphi, Stand: April 1993, § 24 Rn 15.

⁷⁵ Roxin, AT II, § 29 Rn 244; Puppe, AT, § 20 Rn 32; dies. FS Dahs, S. 173, 181 ff.

⁷⁶ Puppe FS Dahs, S. 173, 186.

fahren. Der Drohende hat also auch dann einen Totschlagsversuch an dem Polizisten begangen, wenn der Autofahrer seiner Aufforderung nur scheinbar nachkommt, nämlich so langsam und zögerlich, dass der Polizist noch Gelegenheit hat, sich in Sicherheit zu bringen.⁷⁷

V. Die Beihilfe

1. Die physische Beihilfe

Wer vor Beginn der Ausführungshandlung einen kausalen Beitrag zur Verwirklichung des objektiven Tatbestandes leistet, ist Gehilfe. Das gilt auch dann, wenn sein Tatbeitrag durch einen anderen Beteiligten ersetzbar war. Damit erledigt sich der viel diskutierte Leiterfall,⁷⁸ in dem ein Einbrecherlehrling seinem Meister die Leiter zum Einbruchsort trägt, die der Meister andernfalls selbst getragen hätte. Wie jede andere Ursache braucht auch die Beihilfehandlung keine notwendige Bedingung der Tatbestandsverwirklichung zu sein, es genügt dass sie ein notwendiger Bestandteil desjenigen Kausalverlaufs ist, der tatsächlich zum Erfolg geführt hat.⁷⁹ Wer dem Täter einen Rat oder eine sonstige Information gibt, die dieser bei der Tat anwendet, wird für diese kausal, auch wenn sich der Täter sicher oder möglicherweise diese Information aus einer anderen Quelle hätte verschaffen können. Die Kausalität des Gehilfenbeitrags im Vorbereitungsstadium ist sicher eine hinreichende Bedingung für Beihilfe, es fragt sich nur, ob sie auch eine notwendige ist. Nach der Rechtsprechung genügt jede Förderung der Tatbestandsverwirklichung für die Beihilfe.⁸⁰ *Roxin* hält das allerdings für ein Scheinproblem "denn wenn die den Verbrechenstatbestand verwirklichende Handlung tatsächlich gefördert worden sein muss, ist die Hilfeleistung für den Erfolg in seiner konkreten, die zu ihm hin führenden Zwischenglieder einschließenden Gestalt notwendig auch ursächlich geworden."⁸¹ Hier kehrt *Roxin* Voraussetzung und Folge um. Richtig ist, dass eine Handlung dann zu den zum Erfolg "hin führenden Zwischengliedern", gemeint sind offenbar die Glieder einer Kausalkette, zählt wenn sie für den Erfolg kausal ist. Nun aber soll die Kausalität der Handlung damit begründet werden, dass sie zu den zu ihm hin führenden Zwischengliedern gehört. Dass das ein Zirkelschluss ist, wissen wir seit *Engisch*.⁸² *Roxin* macht von diesem Zirkelschluss denn auch reichlich Gebrauch, beispielsweise wenn er die Kausalität des Schmierestehers für den Diebstahl mit folgenden Worten begründet "denn ein Diebstahl durch zwei Personen (den Wegnehmen und den Wachestehenden), ... wird selbstverständlich durch jeden der beiden Beteiligten mitverursacht."⁸³ Der Diebstahl ist also nicht deshalb durch zwei Personen, den Wachestehenden und den Wegnehmenden, begangen worden, weil beide kausal für den Diebstahl waren, sondern sie sind kausal für den Diebstahl, weil der Diebstahl durch zwei Personen begangen worden ist.⁸⁴ In Wahrheit ist der Schmierestehender, wenn er nicht einzugreifen brauchte und der Dieb sein Schmierestehen auch

⁷⁷ BGH NStZ 1986, 547.

⁷⁸ Vgl. *Schaffstein* FS Honig, 1970, S. 169, 182; *Herzberg* GA 1971, 1, 7; *Vogler* FS Heinitz, 1972, S. 296 ff.

⁷⁹ *Osnabrügge* (Fn 51), S.67 ff; *Altenhain* (Fn 4), S. 158 ff.

⁸⁰ *Herzberg* GA 1971, 1, 7; *Vogler* FS Heinitz, S. 296 ff.

⁸¹ *Roxin*, AT II, § 26 Rn 187; *ders.* FS Miyazawa, 1995, S. 501; zust. *Charalambakis* FS Roxin, 2001, S. 625, 633.

⁸² *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 9 ff.; vgl. dazu NK-StGB/*Puppe*, Vor § 13 Rn 96 f; *Osnabrügge* (Fn 51), S.62 ff.

⁸³ *LK/Roxin/Schünemann*, § 27 Rn 9; ebenso *Charalambakis* FS Roxin, 2001, 625, 633.

⁸⁴ Es versteht sich, dass *Roxin* sich mit der so bestimmten „Kausalität“ der Beihilfe nicht begnügt, sondern weitere Anforderungen an sie stellen muss, um ihr überhaupt einen Inhalt zu geben, vgl. *Roxin*, AT II, § 26 Rn 210 ff. Der Gehilfe müsse die Tat nicht nur „in ihrer konkreten Gestalt“ verursachen, sondern darüber hinaus „ermöglichen, erleichtern, intensivieren oder absichern“, *Roxin*, AT II, § 26 Rn 212; *ders.* FS Miyazawa, 501, 510; zust. *Charalambakis* FS Roxin, 2001, 625, 633.

nicht zu Bedingung eines Diebstahls gemacht hat, nicht kausal für diesen. Denn der Diebstahl ist dann auch ohne das Schmierestehen kausal zu erklären.

Es wäre aber in der strengsten Bedeutung dieses Wortes sinnlos, die Strafbarkeit des Anstifters nun davon abhängig zu machen, ob der individuelle Täter im Einzelfall die Tat auch ohne das Schmierestehen begangen hätte oder nicht. Da er vor dieser Frage tatsächlich nicht gestanden hat, kann er darüber allenfalls spekulieren, und solche Spekulationen haben keinen Sinn, solange wir den Täter als frei, nicht allgemeinen Kausalgesetzen unterworfen ansehen. Wenn wir also nicht grundsätzlich darauf verzichten wollen, einen Großteil der für die Tatausführung und den Täter nützlichen Tatbeiträge als Beihilfe strafrechtlich zu erfassen, so müssen wir auf das Erfordernis der Kausalität für die Haupttat als notwendiges Begriffselement der Beihilfe verzichten.

Trotzdem brauchen wir einen Erfolg der Beihilfe, um sie vom straflosen Beihilfeversuch unterscheiden zu können. Dabei ist zunächst zu unterscheiden zwischen psychischer und physischer Beihilfe. Der Erfolg der physischen Beihilfe kann nur darin bestehen, dass der Gehilfe die Tat für den Täter leichter oder sicherer macht. Beiträge, die dem Täter die Durchführung der Tat erleichtern, beispielsweise die Lieferung von Werkzeug, sind in der Regel kausal für den Erfolg, jedenfalls sofern der Täter das Tatmittel einsetzt. Setzt er das Tatmittel nicht ein, hat er es aber in Reserve, so liegt keine Erleichterung, sondern eine Sicherung der Tat vor. Eine Sicherung ist eine Maßnahme, die geeignet ist, aus der Perspektive des Täters ex ante mögliche Störungen der Tatausführung zu verhindern. Ob eine solche Störung eintreten wird oder nicht, steht oft bei Beginn der Tatausführung objektiv gar nicht fest. Es steht beispielsweise nicht fest, welche Route ein Wachmann oder ein Streifenpolizist in der Tatnacht gehen wird, ob er also den Tatort während der Tat passieren wird,⁸⁵ so dass der Schmierestehende die Einbrecher auffordern muss, sich still zu verhalten. Aber auch wenn das objektiv, wie man sich missverständlich ausdrückt ex post, schon bei Beginn der Tat fest steht, so ist dieses Wissen dem Täter doch nicht zugänglich. Man könnte nun auf die psychische Wirkung der Sicherungshandlung auf den Täter ausweichen, indem man die ex post betrachteten unnötigen Sicherungsmaßnahmen als Bestärkung des Täterwillens erfasst.⁸⁶ Aber die Charakterisierung einer für die Tat nützlichen Hilfsmaßnahme sollte nicht von ihrer psychischen Verarbeitung durch den Täter abhängig sein. Was für die Tatbestandsverwirklichung nützlich ist, insbesondere was eine sinnvolle Sicherungsmaßnahme gegen unvorhergesehene Zufälle darstellt, lässt sich durchaus objektiv nach allgemein gültigen Maßstäben instrumenteller Vernunft, wenn man es so ausdrücken will, des Verbrechenshandwerks beurteilen.⁸⁷ Dadurch wird die Beihilfe nicht zu einem konkreten⁸⁸ oder gar abstrakten⁸⁹ Gefährdungsdelikt umgemünzt, denn es besteht immer noch eine objektive Beziehung zu einer wirklich geschehenen Tatbestandsverwirklichung, wenn dies auch nicht die Kausalität ist.

2. Die psychische Beihilfe

Die psychische Beihilfe, also die Stärkung des Tatentschlusses durch Einwirkung auf den Täter oder die Tatsituation ist als Form der Beihilfe allgemein anerkannt.⁹⁰ Sie ist nicht nur

⁸⁵ Vgl. dazu *Osnabrügge* (Fn 51), S. 214 ff, S. 227 ff.

⁸⁶ So *Osnabrügge* (Fn 51), S. 230 f.

⁸⁷ *Osnabrügge* (Fn 51), S. 219 mit S. 231.

⁸⁸ *Herzberg* GA 1971, 1, 7; *Vogler* FS Heinitz, S. 296 ff.

⁸⁹ *Schaffstein* FS Honig, S. 169, 170 ff.

⁹⁰ NK-StGB/*Schild*, § 27 Rn 9; *Lackner/Kühl*, § 27 Rn 4; MüKo-StGB/*Joecks*, § 27 Rn 7; *Schönke/Schröder/Heine*, § 27 Rn 12; BGH NStZ 1993, 535.

für die Lehre vom Unrechtspakt unentbehrlich, um diejenigen Fälle der Einwirkung auf den Tatentschluss strafrechtlich zu erfassen, die nicht zu einem Unrechtspakt geführt haben, sie ist es auch für die herrschende Lehre. So gilt die Stärkung des Tatentschlusses durch Beifall, Aufmunterung oder Ausreden von Bedenken nicht nur nach der Lehre vom Unrechtspakt, sondern auch nach der herrschenden Meinung nur als psychische Beihilfe, und nicht als Anstiftung, sofern der Täter bereits ein sog. omnimodo facturus ist.⁹¹ Vor allem aber gehören hierher Maßnahmen, durch die der Täter bereits vor bzw. während der Ausführung der Tat vor Entdeckung geschützt wird oder der Taterfolg für ihn attraktiver gemacht wird, beispielsweise indem man ihm Schutz vor Strafverfolgung oder Hilfe bei der Verwertung der Beute zusagt. In § 257 III a.F. hat das Gesetz ausdrücklich bestimmt, dass solche Zusagen als Beihilfe strafbar sind. Der Gesetzgeber hat diesen Passus nur deshalb gestrichen, weil er dies für selbstverständlich hielt.⁹² Aber die einzige Art und Weise, wie eine solche Zusage auf die Tatausführung wirken kann ist die, dass sie den Täter in seinem Tatentschluss bestärkt. Damit ist die Bestärkung des Tatentschlusses, mag sie auch manchmal schwer zu fassen sein, vom Gesetzgeber selbst als Beihilfeerfolg anerkannt. Aber auch hier ist es nicht nötig, sich auf die Frage einzulassen, ob der individuelle Täter sich durch die Einmischung des anderen in seinen Tatplan wirklich bestärkt gefühlt hat oder nicht, sich also einzulassen auf eine Unterscheidung zwischen einem festen und einem felsenfesten Tatentschluss, also einem Entschluss, der derart unerschütterlich ist, dass weder eine verbale Bestärkung, noch eine Verbesserung der Situation des Täters Einfluss auf diesen Entschluss haben könnte.⁹³ Das ist der Grundgedanke der Lehre vom omnimodo facturus. Jeder Täter kann in der kritischen Situation anderen Sinnes werden, mag er sich zuvor auch noch so fest entschlossen fühlen. Danach zu fragen, ob er sich ohne die Einmischung des anderen im Moment der Tat weniger leicht oder womöglich gar überhaupt nicht zur Tatbestandsverwirklichung entschlossen hätte, hat keinen Sinn. Auch hat § 257 III ja die Strafbarkeit desjenigen, der dem Täter vor der Tat seinen Schutz vor Strafverfolgung oder seine Unterstützung bei Verwertung der Beute zugesagt hat als Gehilfe nicht davon abhängig gemacht, ob der Täter ohne diese Zusage sich weniger leicht oder gar überhaupt nicht zur Tatausführung entschlossen hätte. Auch hier sind also allgemeine Maßstäbe des "Verbrechenshandwerks" anzulegen, um zu entscheiden, ob die Intervention generell geeignet ist, einen instrumentell verständig denkenden Menschen in der Situation des Täters den Entschluss zur Tat leichter oder attraktiver zu machen.

VI. Fazit

Das Ergebnis der vorliegenden Abhandlung ist ein gestuftes System der gesetzlichen Beteiligungsformen, die dadurch klar voneinander abgegrenzt sind, dass sie unverzichtbare Merkmale aufweist. Ein solches unverzichtbares Merkmal ist die Beteiligung des unmittelbaren Täters an der Tatausführung. Wer an der Tatausführung nicht beteiligt ist, kann nur entweder mittelbarer Täter oder Anstifter sein. Der mittelbare Täter begeht die eigentliche Tathandlung, indem er sich eines unwissenden oder unfreien Werkzeugs bedient, das nicht im Sinne des objektiven Tatbestandes vollverantwortlich handelt. Handelt der Vordermann volldeliktisch, so ist der Hintermann Anstifter. Er ist dann nach dem gleichen Strafrahmen zu bestrafen wie der Täter, aber grundsätzlich milder, weil er die Schwelle zur Tatbestandsverwirklichung nicht selbst überschritten hat. Der Mittäter verdient die gleiche Strafe wie der alleinige Täter, weil er erstens an der Tatbestandsverwirklichung persönlich teilgenommen, also die Schwelle zum „jetzt geht es los“ selbst überschritten hat und außerdem die anderen Mittäter zu ihren Tatbeiträgen angestiftet hat. Das ist der Grund dafür,

⁹¹ BGHR StGB § 27 I Hilfeleisten 8; BGH StV 1982, 517; BGH NStZ 1999, 609, 610; LK/Roxin/Schünemann, § 27 Rn 14.

⁹² BTDRs 7/550.248, vgl dazu *Osnabrügge* (Fn 51), 220f; *Hegmann* GA 2000, 473 (477f).

⁹³ *Osnabrügge* (Fn 51), S. 221 f, wohl auch *Hegmann* GA 2000, 473 (478f).

dass ihm ihre Beiträge zugerechnet werden können. Die Tatgenossen haben nämlich miteinander einen Unrechtspakt geschlossen. Wer Mitträger des Unrechtspakts ist, aber an der Tatausführung selbst nicht teilnimmt, ist Anstifter. Er wird nach dem gleichen Strafraum bestraft wie der Täter. Eine Strafmilderung nach dem Schlüssel des § 49 verdient er wegen seines bestimmenden Einflusses auf den Täter nicht. Trotzdem ist er in aller Regel milder zu bestrafen als der Täter, es sei denn er hat besondere Druckmittel gegen die anderen Tatbeteiligten einsetzen können. Ihn um solcher Druckmittel, die die Ausführenden noch nicht zu seinen Werkzeugen machen, oder sonst wegen seines "bestimmenden Einflusses im Vorbereitungsstadium" zum Mittäter zu machen, widerspricht dem Prinzip des Tatstrafrechts und der Maßgeblichkeit der Unterscheidung zwischen Vorbereitung und Versuch. Wer auf die Tat im Vorbereitungsstadium physischen oder psychischen Einfluss nimmt, ohne einen Unrechtspakt mit den Tätern zu schließen und ohne sich an der Tatausführung zu beteiligen, ist Gehilfe und verdient eine wesentlich mildere Strafe als der Anstifter. Das gilt auch dann, wenn er die erste Anregung zu der später von anderen begangenen Straftat gegeben hat.