

Zu den Voraussetzungen der (sukzessiven) Beteiligung – zugleich Anmerkung zu BGH, Urf. v. 18.12.2007 – 1 StR 301/07, NStZ 2008, 280*

Von Prof. Dr. Uwe Murmann, Göttingen

Täterschaft und Teilnahme gehören wegen den mit diesen Rechtsfiguren verbundenen Sach- und Aufbau Problemen zu den bei Studierenden unbeliebten Examensthemen. Besondere Schwierigkeiten bereiten solche Fälle, in denen für die Beteiligten „nicht alles nach Plan läuft“, sondern es in der Tatsituation zu Modifikationen im Geschehensverlauf kommt. Unter den Stichworten „sukzessive Mittäterschaft“ und „sukzessive Beihilfe“ werden Konstellationen erörtert, in denen entweder ein zunächst noch Unbeteiligter in ein bereits im Gange befindliches deliktisches Geschehen eintritt oder aber ein bereits Tatbeteiligter nach einem exzesshaften Verhalten eines anderen Beteiligten im weiteren Verlauf mitwirkt. Eine neue Entscheidung des BGH gibt Anlass zur kritischen Auseinandersetzung mit den Grundsätzen der sukzessiven Beteiligung und deren Anwendung auf den Einzelfall.

I. Zur Begründung und Begrenzung sukzessiver Beteiligung

1. Die Anwendung der allgemeinen Beteiligungsregeln

Unproblematische Fälle sukzessiver Beteiligung sind solche, bei denen die allgemeinen Regeln zu Mittäterschaft oder Beihilfe eine Strafbarkeit ohne Weiteres tragen.¹ Beispielfälle hierfür sind etwa:

Fall 1: Berufsdieb A will eine wertvolle steinerne Skulptur vom Grundstück des O entwenden. Als er die Figur gerade davontragen will, kommt sein Kollege B hinzu. Beide einigen sich über eine Teilung des Erlöses und tragen daraufhin die Skulptur gemeinsam davon.

Fall 2: In der gleichen Ausgangssituation reicht B dem A aus alter Freundschaft ein Seil, um A den Transport der Beute zu erleichtern.

In Fall 1 sind A und B Mittäter eines Diebstahls (§§ 242, 25 Abs. 2 StGB). Die Besonderheit liegt lediglich darin, dass A und B den gemeinsamen Tatentschluss erst fassen, als A sich bereits im Versuchsstadium befindet. Diese Besonderheit ändert aber nichts daran, dass ein gemeinsamer Tatentschluss bezogen auf die Ausführungshandlung, also die Wegnahme, noch möglich ist.

In Fall 2 ist allein A Täter eines Diebstahls (§ 242 StGB). B dagegen leistet nur einen untergeordneten Tatbeitrag, der keine Täterschaft begründet. Die bloße Erleichterung der Tatausführung begründet keine Tatherrschaft. Aber auch nach

der von der Rechtsprechung vertretenen Gesamtbetrachtungslehre, wonach sich die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nach einer umfassenden, auch subjektive Gesichtspunkte wie das Interesse an der Tat berücksichtigenden wertenden Gesamtbetrachtung richtet,² ist der nur aus alter Freundschaft handelnde B richtigerweise nicht als Täter anzusehen. B leistet aber zur Tat des A Hilfe. Der Umstand, dass diese Hilfeleistung spontan zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem A sich bereits im Versuchsstadium befindet, steht dem nicht entgegen. In Fall 2 ist B also nach §§ 242, 27 StGB strafbar.

2. Besondere Regeln für eine sukzessive Beteiligung?

In den beiden vorstehenden Beispielen richtet sich die Strafbarkeit der Tatbeteiligten also nach den allgemeinen Regeln und bereitet keine besonderen Schwierigkeiten. Probleme der sukzessiven Beteiligung treten erst dann auf, wenn diese Rechtsfigur dazu herangezogen wird, über die nach den allgemeinen Beteiligungsregeln unproblematisch erfassten Fälle hinaus eine strafrechtliche Haftung zu begründen. Es geht dann stets um die Frage, inwieweit der Hinzutretende für bereits zuvor realisiertes Verhalten haften kann. In der Diskussion werden insoweit zwei Fallgruppen unterschieden. Zum einen stellt sich die Frage, ob eine solche Haftungserweiterung sogar über den Vollendungszeitpunkt hinaus möglich ist (dazu a). Zum anderen ist zu klären, ob der vor Tatvollendung Hinzutretende für bereits vorgenommene Ausführungshandlungen haften kann (dazu b).

a) Die zeitliche Grenze sukzessiver Beteiligung

aa) Beteiligung nach Beendigung?

Zur Erinnerung: Eine Tat ist (formell) vollendet, wenn alle Voraussetzungen der Tatbestandsverwirklichung vorliegen. Eine Tat ist (materiell) beendet, wenn das rechtsgutsverletzende Verhalten seinen Abschluss gefunden hat.³ Beliebte Beispiele hierfür sind Delikte mit überschießender Innentendenz: Ein Diebstahl nach § 242 StGB ist bereits mit der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung vollendet; die Beendigung soll dagegen erst eintreten, wenn der Täter den Gewahrsam gesichert hat, so dass er auch tatsächlich wie ein Eigentümer mit der gestohlenen Sache verfahren kann.⁴

Eine Haftung für bereits realisierte Handlungen ist nach einhelliger Auffassung ausgeschlossen, wenn ein Geschehen

* Manuskriptschluss: 24.9.2008. Ich danke meinem Mitarbeiter, Herrn Dipl.-Jurist Christian Breuer, für seine Unterstützung.

¹ Teilweise wird der Begriff der „sukzessiven Beteiligung“ auf die im Text unter 2. behandelten Fälle beschränkt und hinsichtlich der unter 1. behandelten Fälle von einer sukzessiven Beteiligung in einem weiten Sinn gesprochen; so Schmoller, Kansai Univ. Rev. L. & Pol. 2002, 35.

² BGHSt 36, 363 (367); BGH NStZ 1987, 364; NStZ 1988, 406; StV 1998, 540; wistra 2001, 420 (421).

³ Einzelheiten zu diesem umstrittenen Problemkreis *Hillenkamp*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, Vor § 22 Rn. 19 ff.

⁴ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Aufl. 2008, § 242 Rn. 54.

bereits „vollständig abgeschlossen vorliegt“, ⁵ womit gemeint ist, dass eine sukzessive Mittäterschaft ebenso wie eine sukzessive Beihilfe zu einer beendeten Tat ausgeschlossen ist ⁶.

Fall 3: A ist in die Wohnung des O eingebrochen und hat dort Gegenstände entwendet und in seine eigene Wohnung getragen. Dort fasst er den Entschluss, nochmals in die Wohnung des O zurückzukehren und weitere Gegenstände zu entwenden. Er überredet B, ihn dabei zu unterstützen.

Hier liegen in der Person des A zwei Diebstahlstaten vor; der neue Entschluss stellt eine Zäsur dar (§§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3; 242; 53 StGB). Die erste Tat ist mit der Sicherung der Beute beendet; B ist lediglich an der zweiten Tat (§ 242 StGB) beteiligt. ⁷

bb) Beteiligung nach Vollendung?

Größere Schwierigkeiten macht dagegen die Beantwortung der Frage, inwieweit sukzessive Mittäterschaft und sukzessive Beihilfe auch nach Vollendung (und vor Beendigung) der (Haupt-)Tat noch möglich sind.

Auch insoweit gibt es allerdings Fälle, in denen eine sukzessive Beteiligung unstreitig noch über den Vollendungszeitpunkt hinaus möglich ist, weil der Täter bis zum Beendigungszeitpunkt noch weitere Ausführungshandlungen vornimmt. So liegt es zum einen bei den Tatbeständen mit *iterativer Deliktsstruktur*, bei denen der bereits verwirklichte Tatbestand vom Täter aufgrund des gleichen Vorsatzes durch weitere Handlungen oder Unterlassungen immer wieder verwirklicht wird, ohne dass dem Täter deshalb mehrere Tatbestandserfüllungen anzulasten sind. ⁸ Beispielfhaft hierfür sind die Dauerdelikte.

Fall 4: A hat O in seinem Keller eingesperrt. Er hält ihn dort über mehrere Tage gefangen. Jedes Mal, wenn er O etwas zu Essen bringt, verriegelt er anschließend wieder die Tür. Als O am dritten Tag seiner Gefangenschaft fliehen will, unterstützt B den A bei der Vereitelung des Fluchtversuchs.

Mit dem Einsperren hat A den Tatbestand des § 239 StGB erfüllt. Die damit vollendete Tat wird durch die permanente Verletzung der auf Freilassung gerichteten Ingerenzgarantenpflicht wie auch durch das erneute Verschließen der Tür und die Vereitelung des Fluchtversuchs immer wieder aufs Neue verwirklicht. ⁹ Gleichwohl erfüllt A den Tatbestand nur einmal. Die Dauer des Eingriffs intensiviert aber das Tatunrecht (vgl. § 239 Abs. 3 Nr. 1 StGB). Beendet ist die Freiheitsbe-

raubung erst dann, wenn O seine Freiheit wiedererlangt hat. ¹⁰ Der Umstand, dass mit Blick auf das einheitliche Unrecht in der Person des A nur eine einzige Tatbestandsverwirklichung vorliegt, kann anderen Beteiligten, die an formell tatbestandsmäßigen Verhaltensweisen nach Tatvollendung mitwirken, nicht zugute kommen. ¹¹ B macht sich also, je nach dem Gewicht seiner Mitwirkung, einer mittäterschaftlichen Freiheitsberaubung oder einer Beihilfe zur Freiheitsberaubung des A schuldig. Besonderheiten bei der Beteiligtenstrafbarkeit ergeben sich insoweit nicht: Eine Beteiligung bleibt bezogen auf die nach Vollendung von A vorgenommenen – wenn auch nicht selbständig in Ansatz gebrachten – Verwirklichungshandlungen möglich.

Freilich stellt sich bei der Strafzumessung die Frage, ob dem später Hinzutretenden das gesamte Unrecht, also der gesamte Zeitraum der Freiheitsberaubung, anzulasten ist. Hätte A den O bereits über eine Woche eingesperrt, so würde sich darüber hinaus auch noch die Frage stellen, ob dem in Kenntnis dieses Umstands mitwirkenden B auch der Qualifikationsstatbestand des § 239 Abs. 3 Nr. 1 StGB anzulasten ist (vgl. dazu unten Fall 7). ¹²

Eine sukzessive Beteiligung ist – ebenfalls unstreitig – nach Vollendung auch noch möglich bei Taten, die eine *iterative Handlungsstruktur* aufweisen. ¹³ Hier ist das Delikt zwar seiner Struktur nach nicht auf wiederholte Verwirklichung angelegt. Aber die wiederholte Vornahme tatbestandsmäßiger Handlungen wird gleichwohl als eine einzige Tatbestandsverwirklichung interpretiert.

Fall 5: A verprügelt O. B tritt hinzu und schlägt – im Einverständnis mit A – ebenfalls auf O ein.

Schon mit dem ersten Schlag, den A gegen O führt, ist § 223 StGB verwirklicht und die Tat mithin vollendet. Jeder weitere Schlag erfüllt zwar für sich genommen die Voraussetzungen von § 223 StGB erneut. Gleichwohl liegt für A nur eine einzige Tatbestandsverwirklichung vor, die freilich durch die Vielzahl der Schläge bis zur Beendigung der Tracht Prügel intensiviert wird. Da A aber immer neue Ausführungshandlungen vornimmt, ist eine Beteiligung des B hieran ohne Weiteres möglich. A und B sind demnach Mittäter einer gefährlichen Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 4, 25 Abs. 2 StGB).

Auch hier ergibt sich erst bei der – im juristischen Gutachten nicht interessierenden – Strafzumessung ein Problem. Es stellt sich nämlich die Frage, ob B nur die nach seinem Hinzutreten verwirklichten Verletzungen angelastet werden dürfen oder ob auch die von ihm erkannten vorangegangenen Misshandlungen strafschärfend Berücksichtigung finden können.

⁵ BGHSt 2, 344 (346).

⁶ BGH JZ 1981, 596; NJW 1985, 814; zum Verhältnis von Beendigung und „vollständigem Abschluss“ auch *Gössel*, in: *Vogler* (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Bd. 1, 1985, S. 546 f.

⁷ Vgl. BGHSt 2, 344 (347 f.).

⁸ *Hillenkamp* (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 27.

⁹ *Kühl*, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*, 1974, S. 60 ff.; *Rudolphi*, in: *Vogler* (Fn. 6), S. 566.

¹⁰ Vgl. *Sonnen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2005, § 239 Rn. 24.

¹¹ *Rudolphi* (Fn. 9), S. 566.

¹² Vgl. *Rudolphi* (Fn. 9), S. 567.

¹³ *Hillenkamp* (Fn. 3), Vor § 22 Rn. 28.

Zusammenfassend kann danach bislang festgehalten werden, dass eine sukzessive Beteiligung über den Vollendungszeitpunkt hinaus jedenfalls dann möglich ist, wenn auch nach Vollendung weitere Ausführungshandlungen vorgenommen werden. Diese Fälle entsprechen danach bei genauerem Hinsehen den oben (1.) erörterten: Die Beteiligtenstrafbarkeit setzt keine Haftung für bereits abgeschlossenes Verhalten voraus.

Die verbleibenden *Problemfälle* sind danach solche, bei denen die nach Vollendung vorgenommenen Handlungen gerade nicht mehr tatbestandsmäßig sind. Eine Beteiligung unmittelbar an der Ausführungshandlung ist damit nicht mehr möglich.

Fall 6: A hat in der Fabrikanlage des O schwere Metallteile entwendet und in einem Gebüsch in unmittelbarer Nähe des Werksgeländes versteckt (vollendeter § 242 StGB). B unterstützt A beim Wegschaffen der Beute.

Hier kann sich B nicht mehr an der Wegnahme der Beute beteiligen; die Tat ist vollendet, aber mit Blick auf den ungesicherten Gewahrsam des A noch nicht beendet.¹⁴ Nach allgemeinen Grundsätzen scheidet also Mittäterschaft aus, weil B die Wegnahme nicht (mit-)beherrschen kann; Beihilfe scheidet aus, weil er keine Hilfe zur Wegnahme leisten kann. Die Rechtsprechung hält in solchen Konstellationen gleichwohl eine sukzessive Mittäterschaft wie auch eine sukzessive Beihilfe für möglich. Damit wird die Beteiligung freilich nicht auf die Tatbestandsverwirklichung, sondern auf die Verwirklichung des materiellen Unwerts bezogen. Dementsprechend ist die Lösung der Rechtsprechung bei einer materiellen Betrachtung auch nachvollziehbar: B beteiligt sich an der Erlangung einer eigentümerähnlichen Position. Die Erlangung einer solchen Position gehört sicherlich zum typischerweise mit einem Diebstahl verbundenen Unrecht. Diese Überlegungen sind aber durchgreifenden Bedenken ausgesetzt: Der Gesetzgeber hat auf ein objektives Zueignungserfordernis im Tatbestand aus guten Gründen (kriminalpolitisch sinnvoller Vollendungszeitpunkt; Vermeidung von Beweisschwierigkeiten) verzichtet. Bezugspunkt der Beteiligung ist nach §§ 25 Abs. 2, 27 StGB eine „Straftat“ bzw. eine „rechtswidrige Tat“. Maßgeblich ist damit allein die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB). Eine Beteiligtenstrafbarkeit wegen einer Mitwirkung im Beendigungszeitraum sieht das Gesetz nicht vor – womit einer Strafbarkeit von B insoweit die gesetzliche Grundlage fehlt.¹⁵ Die teleologischen Erwägungen der Rechtsprechung stehen folglich in Widerspruch zu den zwingenden Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG). Mit diesen Überlegungen lehnt die heute überwiegende Literaturauffassung eine Strafbarkeit wegen sukzessiver Beteiligung in solchen Fällen ab.¹⁶

¹⁴ Vgl. BGHSt 4, 132 (133).

¹⁵ Dies entsprach auch noch dem Standpunkt des Reichsgerichts, RGSt 22, 2 (3 f.).

¹⁶ *Joecks*, in: ders./Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2005, Bd. 1, § 25 Rn. 182; *Kühl*, Straf-

Möglich bleibt freilich eine Strafbarkeit wegen Anschlussdelikten wie Begünstigung (§ 257 StGB) und Hehlerei (§ 259 StGB).

b) Die Haftung des Hinzutretenden für bereits realisiertes Verhalten

Ist eine Beteiligtenstrafbarkeit nach Vollendung ausgeschlossen, sofern dann keine Straftatbegehung mehr im Gange ist, an der sich der Hinzutretende beteiligen könnte, so ist damit noch die Frage offen, inwieweit eine sukzessive Beteiligung vor Vollendung möglich ist. Diese Frage wurde bereits im bejahenden Sinn für die Fälle beantwortet, in denen sich der Hinzutretende an der gesamten Tatbestandserfüllung beteiligt. Damit waren die Fälle ausgespart, bei denen der später Hinzutretende nur noch an einem Teil der Tatbestandsverwirklichung mitwirkt, während andere Merkmale bereits ohne sein Zutun erfüllt worden sind.

Die Möglichkeit einer solchen Teilmitwirkung lässt sich leicht an den zweiaktigen Delikten verdeutlichen. So kann der Hinzutretende beim Raub (§ 249 StGB) noch an der Wegnahmehandlung mitwirken, während die Gewaltanwendung zur Ermöglichung der Wegnahme bereits abgeschlossen ist.

Es stellt sich hier also die Frage, inwieweit dem Hinzutretenden Verhaltensweisen, die von dem bereits agierenden Täter zuvor verwirklicht wurden, anzulasten sind. Bei der Beantwortung dieser Frage ist danach zu differenzieren, ob eine Mittäterschaft oder eine Beihilfe zur bereits begonnenen Tat in Betracht kommt.

aa) Die Haftung des Hinzutretenden als Mittäter

Konstellationen, in denen eine mittäterschaftliche Haftung des Hinzutretenden in Betracht kommt, lassen sich an folgendem Beispiel verdeutlichen:

Fall 7: A war in die Wohnung des O eingebrochen. Er wollte von dort Stehenswertes in seine eigene, nahegelegene Wohnung schaffen und war entschlossen, zu diesem Zweck auch mehrmals hin- und herzugehen. Als er den ersten Teil der Beute in seine Wohnung verbracht hatte, weckte er den dort schlafenden B und forderte ihn unter Schilderung des bisher Geschehenen auf, ihn zur Wohnung des O zu begleiten und weitere Gegenstände zu stehlen. Daraufhin gingen A und B gemeinsam zu der Wohnung und entwendeten weitere Gegenstände.¹⁷

Zweifelsfrei hat sich A wegen Wohnungseinbruchsdiebstahl (§§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) strafbar gemacht. Der Umstand, dass A bereits einen Teil der Beute in seine Wohnung verbracht hatte, ändert aufgrund des einheitlichen Tatentschlusses nichts daran, dass insgesamt nur eine Diebstahlstat vorliegt, die erst mit Sicherung der gesamten Beute

recht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 127; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 221; *Rudolphi* (Fn. 9), S. 568; *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 25 Rn. 91.

¹⁷ Vgl. BGHSt 2, 344.

als beendet anzusehen ist.¹⁸ Ebenso zweifelsfrei hat sich B durch sein Verhalten im zweiten Geschehensabschnitt eines einfachen Diebstahls strafbar gemacht (§ 242 StGB). Dieser Diebstahl wurde mittäterschaftlich begangen, soweit A und B gemeinschaftlich und aufgrund gemeinsam gefassten Tatentschlusses weggenommen haben.¹⁹ Fraglich ist aber, ob B auch wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls strafbar ist. Das wäre nur der Fall, wenn er sich nach § 25 Abs. 2 StGB die bereits realisierten Einbruchshandlungen zurechnen lassen müsste.

Die Rechtsprechung bejaht eine mittäterschaftliche Haftung für die bereits verwirklichten Tatbestandsmerkmale, denn das Einverständnis des später Hinzutretenden beziehe sich auf den Gesamtplan.²⁰ Die neuere Literatur widerspricht dem zu Recht:²¹ Der gemeinsame Tatplan ist Grundlage der wechselseitigen Zurechnung bei der Mittäterschaft.²² Dahinter steht der Gedanke, dass gerade das planmäßig arbeitsteilige Vorgehen, bei dem jeder sein eigenes Verhalten in den Dienst des anderen stellt und umgekehrt vom Verhalten des anderen profitieren will, die wechselseitige Zurechnung legitimiert, aber auch limitiert. Handlungen, die außerhalb eines solchen Planungszusammenhanges erbracht werden, können nicht unter Hinweis auf den gemeinsamen Tatentschluss zugerechnet werden. Bestraft würde sonst ein nachträglich gefasster Vorsatz – ein *dolus subsequens* –, der als Zurechnungsgrundlage nicht ausreicht.²³ Nichts anderes gilt für folgendes Beispiel:

Fall 8: A und B verprügeln O. Währenddessen fasst A den Entschluss, die Schläge dazu auszunutzen, die Wertsachen des O wegzunehmen. Als O bewusstlos am Boden liegt, fordert er B zur gemeinsamen Suche nach Stehenswertem auf. A und B nehmen die Geldbörse von O an sich.²⁴

A hat sich eines Raubes (§ 249 StGB) in Tateinheit (§ 52 StGB) mit gefährlicher Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) schuldig gemacht. Der Umstand, dass er sich erst im Laufe der Gewaltanwendung zur Wegnahme entschlossen hat, ändert nichts daran, dass ihm die Gewalt zur Wegnahme diene. B hat jedenfalls mit A gemeinschaftlich

eine gefährliche Körperverletzung und einen Diebstahl begangen (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 4; 242, 25 Abs. 2; 52 StGB, wobei der Diebstahl freilich in der Person des A durch den spezielleren Raub verdrängt wird). Die Rechtsprechung würde B zudem als Mittäter des Raubes ansehen und dies damit begründen, dass sein Einverständnis mit der noch fortwirkenden Gewalt die Zurechnung des gesamten Geschehens erlaube.²⁵ Richtig ist das nicht. Denn die Gewaltanwendung kann B zwar im Rahmen des gemeinschaftlich gefassten Körperverletzungsentschlusses zugerechnet werden. Aber als Nötigungsmittel beim Raub wird sie durch ihre Instrumentalisierung im Dienste der Wegnahme gekennzeichnet. Hierauf bezog sich der gemeinsame Tatplan von A und B aber gerade nicht.²⁶ Damit fehlt für eine Zurechnung die Grundlage.

Schließlich gelten die gleichen Überlegungen auch dann, wenn die Voraussetzungen von Regelbeispielen bereits verwirklicht sind.

Variante zu Fall 7: Bei den Taträumlichkeiten handelte es sich um einen Kiosk.²⁷

Hier hat sich A wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall (§§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB) und B jedenfalls wegen Diebstahls (§ 242 StGB) strafbar gemacht. Die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre würden (im Regelfall²⁸) für B den Strafraum des § 243 StGB anwenden und es hierzu für ausreichend ansehen, dass er in Kenntnis des von A verwirklichten Regelbeispiels gehandelt hat.²⁹ Zwar handelt es sich bei Regelbeispielen bekanntlich nicht um Tatbestandsmerkmale, sondern um Regeln für die Strafzumessung, aber mit Blick auf deren Ähnlichkeit mit Tatbestandsmerkmalen seien die Regeln zur sukzessiven Beteiligung entsprechend anzuwenden. Dagegen hält ein anderer Teil der Lehre zu Recht auch hier eine sukzessive Mittäterschaft für nicht akzeptabel: Weil der Einbruch nicht einem gemeinsamen Entschluss entsprungen ist, fehlt für eine Zurechnung zu Lasten von B die Legitimationsgrundlage.³⁰

¹⁸ In dem die einzelnen Akte umgreifenden Tatentschluss liegt der Unterschied zu Fall 3; vgl. BGHSt 2, 344.

¹⁹ Für die Erfüllung des Tatbestandes kommt es auf die Zurechnungsvorschrift des § 25 Abs. 2 StGB freilich überhaupt nicht an, da A und B den Tatbestand jeweils in eigener Person erfüllen.

²⁰ BGHSt 2, 344 (346 f.); BGH JZ 1981, 596.

²¹ *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 289 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2004, § 12 Rn. 88.

²² So die h.M., vgl. BGHSt 6, 248 (249); *Ingelfinger*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht*, 2008, § 25 Rn. 42; eingehend *Puppe*, in: *Courakis* (Hrsg.), *Festschrift für Spinelli*, Bd. 2, 2001, S. 915 ff.

²³ *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 10. Aufl. 2008, § 7 Rn. 47; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 21), § 12 Rn. 88.

²⁴ Vgl. BGH JZ 1981, 596; dazu *Küper*, JZ 1981, 568.

²⁵ Die Bedeutung des Umstands, dass der BGH (JZ 1981, 596) auf das Fortwirken der Gewaltanwendung hinweist, wird allerdings nicht klar. Gegenüber BGHSt 2, 344 (346) lässt sich dies als Einschränkung deuten; vgl. *Küper*, JZ 1981, 568 (571).

²⁶ *Küper*, JZ 1981, 570 auch zu weiteren Bedenken.

²⁷ BGHSt 2, 344.

²⁸ Also nur dann nicht, wenn die bei Vorliegen eines Regelbeispiels begründete Indizwirkung für das Vorliegen eines besonders schweren Falls durch besondere Gründe ausnahmsweise entkräftet wird.

²⁹ Vgl. BGH StV 1994, 240; *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 16), § 243 Rn. 47.

³⁰ *Hoyer*, in: *Rudolphi u.a.* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6. Aufl., 47. Lieferung, Stand: Februar 1999, § 243 Rn. 56; a.A. unter Hinweis auf den Charakter als Strafzumessungsregel *Gössel* (Fn. 6), S. 555.

bb) Die Haftung des Hinzutretenden als Gehilfe

Varianten zu Fällen 7 und 8: B leistet jeweils nur einen untergeordneten Beitrag zu der von A realisierten Tat.

Die Rechtsprechung ist der Auffassung, es gebe keinen Grund dafür, sukzessive Beihilfe und sukzessive Mittäterschaft unterschiedlich zu behandeln.³¹ B sei also jeweils Gehilfe der von A verwirklichten Straftat unter Einbeziehung der Umstände, bei deren Verwirklichung er noch keinen Beihilfevorsatz gefasst hatte.

Die Literatur lehnt dies teilweise aus den gleichen Erwägungen ab, die auch gegen eine sukzessive Mittäterschaft geltend gemacht werden: Der Gehilfe habe bezogen auf die bereits verwirklichten Tatumstände weder einen Vorsatz gehabt (es liege bei nachträglichem Billigen lediglich ein *dolus subsequens* vor), noch habe er diese Tatumstände durch sein Verhalten noch fördern können.³²

Beides ist richtig – steht aber einer Beihilfe nicht entgegen.³³ Mittäterschaft und Beihilfe weisen nämlich grundsätzliche strukturelle Unterschiede auf: Als Form der Täterschaft setzt Mittäterschaft die Verwirklichung des vollen Tatbestandes durch jeden Mittäter voraus; Täterschaft ist nämlich nichts anderes als Tatbestandserfüllung³⁴. Bei der Mittäterschaft wird das Minus bei der eigenen Ausführung durch Zurechnung der Ausführungshandlungen der anderen kompensiert. Die wechselseitige Zurechnung unter Mittätern nach § 25 Abs. 2 StGB führt also dazu, dass letztlich jeder Mittäter den vollen Tatbestand – wenn auch möglicherweise nicht eigenhändig – erfüllt. Eine Mittäterschaft kann also immer nur so weit reichen, wie eine Zurechnung der Tatbeiträge der anderen auf Grund des gemeinsamen Tatentschlusses möglich ist – wie bereits gezeigt, reicht hierfür eine nachträgliche Billigung bereits verwirklichter Tatbeiträge nicht aus.

Der Tatbestand umschreibt nur das Unrecht der Täterschaft (sog. „restriktiver Täterbegriff“). Der Teilnehmer hingegen erfüllt nicht den Tatbestand des Besonderen Teils. Anstiftung (§ 26 StGB) und Beihilfe (§ 27 StGB) sind demnach Strafausdehnungsgründe. Das Unrecht der Teilnahme liegt in einem akzessorischen Rechtsgutsangriff, d.h. der Teilnehmer greift das geschützte Rechtsgut vermittelt durch das vom Täter verwirklichte tatbestandliche Unrecht an.³⁵ Dem Gehilfen werden folglich nicht die Ausführungshandlungen des Haupttäters zugerechnet, sondern das von ihm verwirklichte tatbestandliche Unrecht liegt in der vorsätzlichen Vornahme der Beihilfehandlung.³⁶ Es kommt deshalb auch nicht darauf an, dass der Gehilfe in den Tatentschluss des Täters einbezogen ist. Ein Hilfeleisten i.S.d. Beihilfetatbestandes liegt vor, wenn der Gehilfe das Risiko der Haupttatbegehung erhöht und diesbezüglich vorsätzlich handelt

(s. dazu noch unten II. 3. b).³⁷ Dabei muss die Beihilfehandlung das Haupttatrisiko nicht bezogen auf jede Unrechtsdimension der Haupttat erhöhen. Eine Beihilfe zum Wohnungseinbruchsdiebstahl liegt z.B. bei Förderung der Wegnahme vor, auch wenn die Einbruchshandlung vom Gehilfen nicht unterstützt wurde (und umgekehrt). Erforderlich ist freilich, dass der Gehilfe eine Vorstellung von den Dimensionen des vom Haupttäter verwirklichten Unrechts hat. Aber er fördert dieses Unrecht objektiv und subjektiv auch dann noch, wenn Teile der Haupttat bereits verwirklicht sind.

Nichts anderes gilt auch bezüglich bereits verwirklichter Regelbeispiele (vgl. Variante zu Fall 7): Bricht A in einen Kiosk ein und leistet ihm B sodann in Kenntnis dieses Umstands bei der Wegnahme Hilfe, so kann auch bezüglich B der Strafraum des § 243 StGB Anwendung finden.³⁸

Insoweit ist der Rechtsprechung demnach zuzustimmen: Fördert der Gehilfe eine Haupttat noch vor deren Vollendung, so leistet er zu dieser Haupttat auch unter Einbeziehung bereits verwirklichter Tatteile Beihilfe, sofern er in Kenntnis der verwirklichten Merkmale handelt.³⁹

Das hat auch Konsequenzen für die Behandlung der oben aa) erörterten Fälle 7 (einschließlich Variante) und 8, bei denen nach hier vertretener Auffassung eine sukzessive Mittäterschaft bezogen auf bereits verwirklichte Tatbestandsmerkmale (bzw. Regelbeispiele) nicht in Betracht kommt. Nach dem Vorstehenden bleibt insoweit eine Beihilfe bezogen auf die jeweils von A begangenen Taten möglich. Diese steht dann in Tateinheit zu den jeweils anschließend von A und B mittäterschaftlich verwirklichten Taten.⁴⁰

c) Hinweise zur gutachterlichen Prüfung

Die Lösung von Aufbau Problemen hat sich an den Sachfragen zu orientieren. Jeder Aufbau, der eine angemessene Erörterung der Sachfragen erlaubt und dabei die Übersichtlichkeit der Darstellung wahrt, ist akzeptabel. Die nachfolgenden Hinweise verstehen sich vor dem Hintergrund dieser Ermutigung zu in der Sache begründeter Abweichung von vorgegebenen Schemata:

- Die Strafbarkeit des Beteiligten, der eigenhändig alle Ausführungshandlungen vorgenommen hat (in den vorstehenden Fällen jeweils A), ist zuerst zu prüfen.

- Hinsichtlich des später Hinzutretenden (in den vorstehenden Fällen jeweils B) ist zuerst eine Beteiligung an der Tat des A (in deren vollem Umfang) zu erörtern. Je nach Gewicht der von B vorgenommenen Handlungen kommt eine Prüfung als Mittäter oder Gehilfe in Betracht; erscheint eine mittäterschaftliche Beteiligung nicht von vornherein ausgeschlossen, so ist mit dieser zu beginnen.

- Im Rahmen der Prüfung einer Strafbarkeit des B als Mittäter ist im objektiven Tatbestand festzustellen, dass B nicht in

³¹ BGHSt 2, 344 (346).

³² Kleszczewski, Strafrecht, Besonderer Teil, 2002, S. 107 f.; Schmoller (Fn. 6), S. 42.

³³ Zutreffend Küper, JuS 1986, 866 f.

³⁴ Murmann, JA 2008, 321.

³⁵ Vgl. Roxin, in: Küper (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 369 ff.

³⁶ Rengier (Fn. 23), § 7 Rn. 49.

³⁷ Näher Kretschmer, Jura 2008, 265; Murmann, JuS 1999, 548.

³⁸ Roxin (Fn. 21), S. 290 f.

³⁹ So auch Schünemann, in: Jahnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 3), § 25 Rn. 201; Ingelfinger (Fn. 22), § 27 Rn. 17.

⁴⁰ Schünemann (Fn. 39), § 25 Rn. 201; Roxin (Fn. 16), § 25 Rn. 228.

eigener Person sämtliche Tatbestände verwirklicht hat. Es ist dann die Frage aufzuwerfen, ob er sich die von A verwirklichten Handlungen nach § 25 Abs. 2 StGB zurechnen lassen muss. Das setzt voraus, dass eine Mittäterschaft nach Tatvollendung bzw. bezogen auf bereits verwirklichte Teile des Tatbestandes noch möglich ist. Weiter setzt Mittäterschaft – wie stets – voraus, dass der von B geleistete Beitrag seinem Gewicht nach überhaupt Mittäterschaft begründen kann. Welche Voraussetzung man zuerst erörtert, ist eine Frage des Einzelfalls. Lässt sich ohne größeren Begründungsaufwand zeigen, dass auch bei unterstellter konstruktiver Möglichkeit einer sukzessiven Beteiligung der Tatbeitrag von B Mittäterschaft nicht begründen könnte, so kann eine Zurechnung nach den Grundsätzen des § 25 Abs. 2 StGB verneint werden, ohne dass der Streit um die sukzessive Mittäterschaft entschieden werden müsste.⁴¹ Andernfalls empfiehlt es sich, zuerst den Streitstand um die sukzessive Mittäterschaft und die (divergierenden) Ergebnisse von Rechtsprechung und h.L. für den konkreten Fall darzustellen, um sodann den Streit zu entscheiden.

- Wird eine sukzessive Mittäterschaft mit der h.L. abgelehnt oder vermag das Gewicht des Beitrags von B eine Mittäterschaft nicht zu begründen, so ist die Prüfung mit dem Ergebnis abzubrechen, dass eine mittäterschaftliche Beteiligung an der Tat des A nicht vorliegt. Sodann ist eine Beihilfe zu der Tat des A zu erörtern. Zu diskutieren ist hier, ob trotz vollendeter Tatbegehung bzw. trotz bereits erfolgter Teilverwirklichung des Tatbestandes noch eine Beihilfe möglich ist.

- Ist eine Mittäterschaft an der von A verwirklichten Tat nicht mit Blick auf das unzureichende Gewicht des Tatbeitrags, sondern mit Blick auf die Bedenken gegen eine sukzessive Mittäterschaft abgelehnt worden, so kann schließlich die Prüfung einer mittäterschaftlichen Begehung bezogen auf einen nach Hinzutreten des B verwirklichten Tatbestand zu erörtern sein. Insoweit spielt dann das Problem der sukzessiven Mittäterschaft keine Rolle. Bei dieser Prüfung darf es freilich nicht irritieren, dass sich die mittäterschaftliche Verwirklichung auf einen Tatbestand bezieht, der für A nicht eigenständig zu prüfen war, weil er in der von A verwirklichten Tat als Minus enthalten ist (vgl. Fälle 7 und 8).

- Kommt Mittäterschaft nicht in Betracht, kann schließlich die Prüfung von Beihilfe zu der nach Hinzutreten des B verwirklichten Tat erforderlich sein. Dies wird aber nur bei untergeordneten Beiträgen der Fall sein, wenn man die vor Vollendung der Tat geleistete Unterstützung zu Teilen der Tatausführung – entgegen der hier vertretenen Auffassung (oben I. 2. b) bb) – zur Begründung einer Beihilfe an der gesamten Tat für unzureichend hält.

II. Die Entscheidung BGH, Urt. v. 18.12.2007 – 1 StR 301/07 (NStZ 2008, 280)

Auf den dargelegten Grundlagen lässt sich nun auch das aktuelle – und examenswichtige – Urteil des 1. Strafsenats des BGH erörtern.

1. Der Sachverhalt

Der Entscheidung lag – verkürzt – folgender Sachverhalt zugrunde: A und B wollten den Pkw des O gewaltsam entwenden und hatten zu diesem Zweck geplant, dass B den O ansprechen und ablenken, während A sich von hinten unbemerkt an O heranschleichen und ihn niederschlagen sollte. Die Bewusstlosigkeit oder Benommenheit des O sollte dann zur Wegnahme und zur Flucht ausgenutzt werden. A, der, wie B wusste, stets sein Fahrtenmesser bei sich führte, fasste jedoch spontan den Entschluss, O nicht nur niederschlagen, sondern zu erstechen. In Umsetzung dieses Vorhabens stach er O nach dem Anschleichen zweimal in Tötungsabsicht in die linke Halsseite. Als der zu Boden sinkende O sich in Todesangst wehrte, stürzte sich A auf ihn und stach weitere neun Mal schnell und heftig auf die linke Brustseite des O ein. Der nun wehrlose, tödlich getroffene O gab nur noch schwache Lebenszeichen von sich. B hatte, als er die wahre Absicht des A erkannte, zunächst versucht davonzulaufen. Er folgte dann aber schließlich der Aufforderung des A, ihm beim Verstecken des leblosen O zu helfen, da sein Interesse am Besitz des Fahrzeugs letztlich die Bedenken wegen des Zustechens überwog. Also schleifte B gemeinsam mit A den leblosen O, dessen Tod auch er alsbald erwartete, davon, um ihn zu verstecken und so eine vorzeitige Entdeckung der Tat zu verhindern. Nach der Sachverhaltsschilderung des Urteils – und in Abweichung von den weiteren Ausführungen, dazu unten 2. – schickte A den B anschließend zum Wagen des O, während A dem Opfer den Autoschlüssel aus der Tasche zog. Beide flüchteten anschließend mit dem Pkw, während O seinen Verletzungen erlag.

2. Die rechtliche Würdigung durch den BGH

Die rechtliche Würdigung des Geschehens macht bezüglich A keine besonderen Schwierigkeiten. Dieser hat sich offensichtlich eines Mordes (§§ 212, 211 StGB) schuldig gemacht. Erfüllt sind die Mordmerkmale der Habgier und „zur Ermöglichung einer Straftat“.⁴² Die h.M. würde das Verhalten zudem als heimtückisch einstufen. Dieses Ergebnis lässt sich auch mit der Lehre vom verwerflichen Vertrauensbruch begründen, wenn man das, dem A über § 25 Abs. 2 StGB zurechenbare, Ablenkungsmanöver zur Begründung eines Vertrauensverhältnisses für ausreichend hält.⁴³ In Tateinheit (§ 52 StGB) hiermit steht der von A begangene Raub mit Todesfolge (§§ 249, 251 StGB)⁴⁴.

Problematisch ist hingegen die strafrechtliche Beurteilung des Verhaltens von B. Das LG als Instanzgericht verurteilte B wegen Beihilfe zum Mord in Tateinheit mit schwerem Raub (§§ 212, 211, 27; 249, 250 Abs. 1 Nr. 1a; 52 StGB). Die zu Ungunsten des B eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft war mit dem Ziel, eine Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord in Tateinheit mit Raub mit Todesfolge zu erreichen, er-

⁴² Letzteres ist mit Blick auf das Erfordernis der Ermöglichung einer „anderen“ Straftat nicht ganz unproblematisch; vgl. Fischer (Fn. 4), § 211 Rn. 66.

⁴³ Vgl. Eser (Fn. 29), § 211 Rn. 26; Meyer, JR 1979, 487.

⁴⁴ Vgl. BGHSt (GrS) 39, 100.

⁴¹ So in der Fallprüfung *Beulke*, Klausurenkurs II, 2007, Rn. 255.

folgreich (§§ 212, 211, 27; 249, 251; 52 StGB). Besondere Begründung durch den BGH erfuhr allein die Strafbarkeit wegen Raubes mit Todesfolge; insoweit war das Problem der sukzessiven Mittäterschaft zu erörtern. Der BGH stellt zunächst klar, dass „grundsätzlich“ eine Verurteilung nach § 251 StGB voraussetzt, dass sich der Vorsatz auf die Gewaltanwendungen erstrecken muss, die den qualifizierenden Erfolg herbeiführen. Aber „nicht jede Abweichung des tatsächlichen Geschehens von dem vereinbarten Tatplan beziehungsweise von den Vorstellungen des Mittäters begründet die Annahme eines Exzesses. Vielmehr liegt sukzessive Mittäterschaft vor, wenn jemand in Kenntnis und in Billigung des bisher Geschehenen – auch wenn dieses in wesentlichen Punkten von dem ursprünglichen gemeinsamen Tatplan abweicht – in eine bereits begonnene Ausführungshandlung als Mittäter eintritt. Sein Einverständnis bezieht sich dann auf die Gesamttat mit der Folge, dass ihm das gesamte Verbrechen strafrechtlich zugerechnet wird.“⁴⁵ Eine Grenze der Zurechnung bestehe erst bei vollständig abgeschlossenen Geschehen, also bezüglich beendeter Taten⁴⁶ (dazu oben I. 2. a) aa).

Nach diesen Grundsätzen sei B auch die tödliche Gewaltanwendung des A zuzurechnen. Denn B habe „in Verfolgung des gemeinsamen Tatplanes die tödlich verlaufenden Körperverletzungen [...] dazu ausgenutzt“, sich und A in den Besitz des Wagens zu bringen.⁴⁷ B habe „das Geschehen unmittelbar mitverfolgt und trat in Kenntnis und Billigung dieser Umstände in die bereits begonnene, von der ursprünglichen Absprache abweichende Ausführungshandlung ein“, indem er das Opfer mit A gemeinsam versteckte.⁴⁸ „Dadurch sowie durch das Ansichtnehmen der Kfz-Schlüssel aus der Kleidung des dann zurückgelassenen tödlich Verletzten und durch das folgende Entwenden des Fahrzeugs hat sich der Vorsatz sukzessiv auf die zum Tod führende Gewaltanwendung des Mittäters (A) erstreckt.“⁴⁹ An dieser Stelle ist auf die oben schon angedeutete Merkwürdigkeit hinzuweisen, dass der BGH zur Begründung darauf verweist, dass B die Kfz-Schlüssel an sich genommen habe, während nach der Sachverhaltsschilderung A diese Handlung vorgenommen hat. Wenn auch kaum anzunehmen ist, dass das Ergebnis von dieser Frage abhängt, überrascht doch die mangelnde Sorgfalt, mit der der BGH eine Entscheidung, die für den Angeklagten weitreichende Konsequenzen hat, begründet.

3. Kritik

a) Zur Annahme sukzessiver Mittäterschaft durch den BGH

Die Entscheidung macht die Schwäche der Rechtsprechung zur sukzessiven Mittäterschaft noch einmal besonders augenfällig: Ein „Vorsatz“, der erst im Anschluss an eine Ausführungshandlung gefasst wird, ist ein Unding. Denn der Vorsatz ist nicht lediglich eine moralisch verwerfliche Begleitmusik zu einem von ihm unbeeinflussten Geschehen, sondern er

erhält seine Relevanz als Unrechtsbestandteil aus seiner Qualität als steuerndes, das Rechtsverhältnis zum Opfer gestaltendes Element. Diese Relevanz kann einem nachträglich gefassten Vorsatz ersichtlich nicht zukommen. Zwar kann der unter Mittätern gefasste Tatentschluss insofern nicht geschlechtssteuernd wirken, wie die Tatbeiträge der anderen Mittäter in Rede stehen. Die insoweit erforderliche Zustimmung zu den fremden Ausführungshandlungen wirkt aber – wie bereits oben I. 2. b) aa) gezeigt – nur dann zurechnungsbegründend, wenn das Minus an Selbststeuerung dadurch ausgeglichen wird, dass sich der Mittäter im Rahmen des gemeinsam gefassten Tatplans bewegt.

Mit dem Widersinn eines nachträglich gefassten Vorsatzes hängen auch die Schwächen der Ausführungen zusammen, mit denen der BGH das Vorliegen eines bedingten Vorsatzes des B bezogen auf die konkreten Gewaltanwendungen des A zu begründen sucht. Für ausschlaggebend hält der BGH insoweit das Verhalten des B nach den tödlichen Messerstichen, als er unter Überwindung anfänglicher Vorbehalte am Verstecken des Sterbenden mitwirkte und die geplante Wegnahme des Pkw weiterverfolgte. Ein voluntatives Vorsatzelement lässt sich so schon deshalb nicht begründen, weil sich ein „Wollen“ denknotwendig auf Zukünftiges oder gerade Stattfindendes bezieht. Bezogen auf die Realisierung der vorangegangenen Ausübung tödlicher Gewalt bleibt das Nachtatverhalten immer eine unverbindliche, konsequenzlose Stellungnahme. Das gilt natürlich auch für das billigende Inkaufnehmen als einer Ausprägung des voluntativen Elements. Freilich verliert die Prospektivität des Vorsatzes durch die Formel vom „billigenden Inkaufnehmen“ etwas von ihrer sprachlichen Evidenz. Insofern zeigt sich aber auch jenseits der fehlerhaften Intuition eines rückwärtsgerichteten Vorsatzes, dass der Schluss von dem anschließenden Verhalten des B auf die Billigung der von A vorgenommenen Tötungshandlung nicht tragfähig ist. Es ist nämlich ohne Weiteres möglich und sogar naheliegend, dass B das Verhalten des A nicht billigte und dennoch die Früchte von dessen Verhalten auszunutzen bereit war. Darüber hilft auch die Formel vom „Billigen im Rechtssinne“ nicht hinweg. Denn deren inhaltliche Ausfüllung gelingt nur, wenn der Täter trotz des erkannten Risikos des Eintritts eines unerwünschten Erfolgs sich von der Handlung nicht abbringen lässt. In der grundlegenden Lederriemen-Entscheidung des BGH heißt es hierzu: Der Täter billige den Erfolg im Rechtssinne, „wenn er, um des erstrebten Zieles willen, notfalls, d.h. wofern er anders sein Ziel nicht erreichen kann, sich auch damit abfindet, dass seine Handlung den an sich unerwünschten Erfolg herbeiführt, und ihn damit für den Fall seines Eintritts will“⁵⁰. Die innere Haltung, die die Vorsatzstrafe legitimiert, zeigt sich also gerade in der Verfolgung eines Zieles notfalls auch unter Inkaufnahme des Todes des Opfers. Mit dem Ausnutzen des Unabänderlichen ist diese Haltung nicht vergleichbar.

b) Zur Annahme sukzessiver Beihilfe durch den BGH

Die Bestätigung der landgerichtlichen Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord wird vom BGH nicht besonders begrün-

⁴⁵ BGH NSTz 2008, 280 (281).

⁴⁶ BGH NSTz 2008, 280 (281).

⁴⁷ BGH NSTz 2008, 280 (281).

⁴⁸ BGH NSTz 2008, 280 (281).

⁴⁹ BGH NSTz 2008, 280 (281).

⁵⁰ BGHSt 7, 363 (369).

det. Dabei ist sie alles andere als selbstverständlich. Ausgangspunkt der Überlegungen muss die Frage sein, was unter einer Hilfeleistung im Sinne von § 27 StGB zu verstehen ist. Hierüber herrscht bekanntlich Streit: Die Rechtsprechung verlangt ein Fördern der Haupttat und verzichtet damit auf einen kausalen Beitrag⁵¹. Soweit Teile der Literatur hiergegen einwenden, mit dem Verzicht auf das Kausalitätserfordernis werde die Abgrenzung zur straflosen (Argument aus § 30 StGB) versuchten Beihilfe aufgelöst,⁵² ist damit richtig gesehen, dass sich die Beihilfe in irgendeiner Weise in der Haupttatbegehung niedergeschlagen haben muss. Andererseits hat aber die Rechtsprechung zutreffend erkannt, dass Kausalität im Sinne der *conditio sine qua non*-Formel nicht verlangt werden kann.⁵³ Denn Hilfe kann auch durch solche Beiträge geleistet werden, die die Haupttat äußerlich nicht modifizieren, wenn etwa der Gehilfe „Schmiere steht“, aber die Haupttat unabhängig davon störungsfrei durchgeführt wird.⁵⁴ Richtigerweise folgt aus der Charakterisierung der Beihilfe als akzessorischer Rechtsgutsangriff, dass der Gehilfe durch seinen Beitrag das in der Haupttat liegende Risiko zu Lasten des Opfers erhöht und sich diese Risikohöherung in der Haupttatbegehung niedergeschlagen haben muss, was auch dann der Fall ist, wenn die Tat ohne äußerliche Modifikation durch den Gehilfen sicherer wird, wie dies im Beispiel des „Schmierestehens“ der Fall ist.⁵⁵

Als Beihilfehandlung kommt hier zunächst das von B vorgenommene Ablenkungsmanöver in Betracht. Da dieses die Tatausführung erleichtert hat und sogar ursächlich für die konkrete Art der Tatausführung geworden ist, stellt dieses Verhalten objektiv nach allen vertretenen Auffassungen eine taugliche Beihilfehandlung dar. Die Beihilfe verlangt aber weiter einen auf die Beihilfehandlung bezogenen Vorsatz. Zum Zeitpunkt, als B den O in das Gespräch verwickelte und A so die Tatausführung erleichterte, hatte er aber keinen Vorsatz dahingehend, eine gegen das Leben des O gerichtete Tat zu fördern. Im Zeitpunkt der Begehung dieser Tat wollte B in Angst und Schrecken das Weite suchen. Wie bereits gezeigt, lässt sich auch kein nachträglich gefasster, auf den Zeitpunkt der Tötungshandlungen rückwirkender Vorsatz

konstruieren. Bezogen auf die objektiv taugliche Beihilfehandlung fehlt also der Gehilfenvorsatz.

Damit bleibt als mögliche Beihilfehandlung nur das anschließende Verstecken des O. Dieses Verhalten war aber für den Eintritt des Todeserfolgs ohne Belang. Manipuliert wurde so lediglich der – für die Tatbestandsverwirklichung irrelevante – Ort des Todeserfolgs. Eine auf die tatbestandliche Ausführungshandlung bezogene Beihilfe kann in dem Verstecken also nicht erblickt werden.

Zu erwägen bleibt aber eine sukzessive, im Anschluss an die tatbestandsmäßige Handlung erfolgte Beihilfe. Für deren Einbeziehung eignet sich auf den ersten Blick in besonderer Weise das von der Rechtsprechung vertretene Verständnis der Beihilfe als Fördern der Haupttat unter Verzicht auf ein Kausalitätserfordernis. Denn wenn die Beihilfe nicht für die Haupttatbegehung kausal werden muss, dann, so könnte man meinen, spielt es auch keine Rolle, ob der Gehilfe vor oder nach der Ausführungshandlung tätig geworden ist. Diesen Standpunkt vertritt die Rechtsprechung, die – wie oben I. 2. a) bb) gezeigt – auch für den Zeitraum zwischen Vollendung und Beendigung der Tat eine Beihilfe für möglich hält.

Vorliegend war die Tat sogar noch nicht einmal vollendet. Eine Beihilfe war damit jedenfalls grundsätzlich noch möglich. Hätte B etwa dem A geholfen, Retter fernzuhalten, deren Einsatz die Lebensspanne von O verlängert hätte, so wäre das entsprechende Verhalten von A Teil einer sukzessiven Tatbestandserfüllung, bezogen auf die B Hilfe geleistet hätte (oben I. 2. a) bb). Entscheidend bleibt also die Frage, ob eine Beihilfe auch bezogen auf solche Handlungen möglich ist, die nicht zum tatbestandlich umschriebenen Unrecht gehören. Diese Frage ist zu verneinen⁵⁶, und zwar aus den gleichen Gründen, aus denen die Literatur mehrheitlich eine Beihilfe nach Vollendung der Haupttat ablehnt (oben I. 2. a) bb). Denn die Beihilfe muss sich dem Gesetzeswortlaut nach auf die Haupttatbegehung beziehen. Haupttat ist aber nur das tatbestandlich umschriebene Geschehen. Dieses Ergebnis ist hier auch für eine materielle Betrachtung das allein sachgerechte: Die Unterstützung beim Verstecken des Sterbenden kann das Unrecht einer Strafvereitelung verwirklichen, mit dem Unrecht der Tötung hat es nichts zu tun. Auch die Verurteilung wegen Beihilfe zum Mord ist danach nicht haltbar.

III. Schlussbemerkung

Die hier vertretenen Abweichungen gegenüber der Entscheidung des BGH sind gravierend, was sich mit besonderer Deutlichkeit an den Unterschieden hinsichtlich der Rechtsfolgen zeigt. Der BGH hält eine Verurteilung wegen mittäterchaftlich begangenen Raubs mit Todesfolge (§§ 249, 251, 25 Abs. 2 StGB) in Tateinheit (§ 52 StGB) mit Beihilfe zum Mord (§§ 212, 211, 27 StGB) für sachgerecht. Der Strafraum ergibt sich aus § 251 StGB (vgl. § 52 Abs. 2 StGB). Es ist also entweder eine lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren (bis zu fünfzehn Jahren, vgl. § 38 Abs. 2 StGB) zu verhängen.

Die hier für richtig gehaltene Verurteilung wegen schweren Raubes (§§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB) in Tateinheit

⁵¹ BGHSt 46, 107 (109).

⁵² vgl. *Lackner/Kühl*, 26. Aufl. 2007, § 27 Rn. 2.

⁵³ So auch *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 694: „Auflockerung des Kausalitätserfordernisses“.

⁵⁴ Dabei ist es keine überzeugende Lösung im Sinne des Kausalitätserfordernisses, als Haupttaterfolg die unter Mitwirkung des Gehilfen begangene Tat zu definieren und so deren Ursächlichkeit zu begründen; *Schaffstein*, in *Festschrift für Honig zum 80. Geburtstag*, 1970, S. 176; vgl. aber *Roxin*, in: *Kühne* (Hrsg.), *Festschrift für Miyazawa*, 1995, S. 511; *Schünemann* (Fn. 39), § 27 Rn. 9 f.

⁵⁵ Vgl. BGHSt 42, 135 (138); BGH NStZ 1985, 318; gegen eine Überschätzung der divergierenden Auffassungen BGH NJW 2007, 384 (389); näher *Murmann*, JuS 1999, 549; vgl. auch *Jescheck/Weigend* (Fn. 53), S. 694; *Otto*, JuS 1982, 563; *Roxin* (Fn. 54), S. 509 ff.; *Cramer/Heine* (Fn. 16), § 27 Rn. 10; *Wohlers*, NStZ 2000, 169.

⁵⁶ Vgl. *Rudolphi* (Fn. 9), S. 569 ff.

(§ 52 StGB) mit gefährlicher Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 3, 25 Abs. 2 StGB) eröffnet dagegen die Möglichkeit der Verhängung einer Freiheitsstrafe von drei bis fünfzehn Jahren, was eine angemessene Reaktion auf das von B verschuldete Unrecht erlaubt. Das „Mitgegangen – Mitgehangen“ des BGH führt also auch auf Rechtsfolgenseite zu tiefgreifenden Ungerechtigkeiten⁵⁷.

⁵⁷ Entsprechende Kritik an der Ungerechtigkeit der Rechtsprechung zur sukzessiven Beteiligung übte vor fast 30 Jahren schon *Küper*, JZ 1981, 574.