

# Täterschaft und „Teilnahme“ im polnischen Recht\*

Von Ref. iur. **Sven Jöran Kalisz**, Berlin

## I. Einleitung

„Die Teilnahmelehre ist das dunkelste und verworrenste Kapitel der deutschen Strafwissenschaft“, urteilte *Kantorowicz* Anfang des 20. Jahrhunderts.<sup>1</sup> Blickt man auf die in Europa vorherrschenden Beteiligungsmodelle, differenziert man üblicherweise zwischen dem Einheitstätersystem und dem dualistischen Beteiligungsmodell. Damit werden unterschiedliche Lösungsansätze für die Problematik<sup>2</sup> beschrieben, in welcher Rechtsform Einzelnen die Verantwortlichkeit für ihre Handlung zugerechnet werden soll, wenn die Tatbestandsverwirklichung aus einer Mitwirkung mehrerer Personen resultiert. Trotz zunehmender Internationalisierung der Strafrechtsdogmatik ist dabei weitgehend unbekannt, dass das polnische Strafgesetzbuch (der *kodeks karny*, k.k.) eine eigene Lösung dieser Problematik enthält, die keiner Konzeption uneingeschränkt zugeschrieben werden kann. Im Gegensatz zum Einheitstätersystem<sup>3</sup> kennt der k.k. zwar die Dreiteilung in Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe.<sup>4</sup> Vergleicht man diese Konstruktion jedoch mit dem System des deutschen StGB, bestehen innerhalb dieser Erscheinungsformen der Straftat und untereinander diverse Gemeinsamkeiten sowie Ähnlichkeiten, aber auch gravierende Unterschiede.

Vor dem Hintergrund, dass in neuerer Zeit die Diskussion über das sachgerechtere Grundsystem um die Forderung nach einem normativ-funktionalen Straftatverständnis bereichert wurde, das die Qualifizierung als Täter primär als unrechtsbegründende Zurechnungsfrage begreift und demnach eine an diesen Gesichtspunkten orientierte Einheitstäterschaft favorisiert,<sup>5</sup> erscheint „ein Blick gen Osten“ lohnenswert.

Ziel dieser Arbeit ist somit, dem deutschen Juristen das polnische Beteiligungsmodell zu veranschaulichen. Demnach sollen die Täterschaftsformen, Anstiftung und Beihilfe des k.k. aus rechtsvergleichender Perspektive thematisiert werden; hierbei werden die jeweiligen Beteiligungsformen des polnischen Systems dargestellt, erläutert sowie deren Hauptproblemkonstellationen erörtert (III.). Ferner soll auf die mittlerweile ad acta gelegte Auftragstäterschaft (*sprawstwo*

*zlecające*) eingegangen werden.<sup>6</sup> Schließlich (IV.) wird das polnische Modell rechtspolitisch bewertet.

Gleichzeitig dient dieser Aufsatz dazu, dem Schöpfer des k.k., *Juliusz Makarewicz*, zu gedenken, dessen 55. Todestag sich am 20. April 2010 jährt. Infolgedessen wird dieser Arbeit zunächst eine kleine biographische Note vorangestellt, um die in Westeuropa relativ unbekannt Person *Makarewicz* vorzustellen (II.).

## II. Juliusz Makarewicz (1872-1955)

*Makarewicz*<sup>7</sup> wurde am 5. Mai 1872 als Sohn eines Eisenbahningenieurs in Sambor, das an der Westgrenze der heutigen Ukraine 74 km südwestlich von Lemberg liegt, geboren. Nach seiner Schulbildung in Tarnow und Krakau, die er mit Auszeichnung abschloss, begann er 1889, in Krakau Rechtswissenschaften zu studieren. Im Anschluss an sein Studium (1893) und an den Erwerb des Dokortitels (1894) begab er sich zu Ergänzungsstudien nach Frankreich (Paris) und Deutschland. Dort studierte er in Halle, wo er seine strafrechtlichen Kenntnisse bei *Franz v. Liszt* vertiefte,<sup>8</sup> und Berlin. Nach seiner Rückkehr nach Krakau habilitierte er im gleichen Jahr (1897) mit seiner Schrift „*Idealny zbieg przestępstw w ustawie karnej austrackiej*“ (Die Idealkonkurrenz im österreichischen Strafgesetz). Gleichzeitig wurde er zum Dozenten für die Universität Krakau ernannt und arbeitete parallel bis 1904 als Richter am Krakauer Bezirksgericht. 1904 erwarb er den Titel eines außerordentlichen Professors und hielt bis 1907 weiterhin Vorlesungen in Krakau, bis er dem Ruf als ordentlicher Professor nach Lemberg folgte.

Nach dem 1. Weltkrieg und der neu gewonnenen Unabhängigkeit Polens (1919) wurde *Makarewicz* in eine Gesetzgebungskommission berufen und fungierte dort als Vorsitzender der Abteilung für das materielle Strafrecht und gleichzeitig als Vizevorsitzender der gesamten Strafrechtskommission. Ziel dieser Kommission war es, durch Neuschaffung eines Strafgesetzbuches der im Land vorherrschenden Rechtszersplitterung zu begegnen, die daraus resultierte, dass die sog. Zweite Republik auf Gebieten entstand, die früher zum Deutschen Reich, zu Österreich-Ungarn und zu Russland gehörten.<sup>9</sup> Am Ende der Kommissionsarbeit trat 1932 der k.k. in Kraft.

\* Dieser Aufsatz entstand 2008 als Seminararbeit im Rahmen des Tandemseminars der Deutsch-Polnischen Rechtsschule Breslau/Berlin. Für zahlreiche Anregungen dieser nun abgewandelten Fassung möchte ich Herrn Prof. *Dr. Martin Heger* herzlich danken.

<sup>1</sup> *Kantorowicz*, MSchrKrim 7 (1910/1911), 257 (306).

<sup>2</sup> *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2004, § 12 Rn. 1.

<sup>3</sup> Instruktiv *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 2 ff.

<sup>4</sup> *Spotowski*, Erscheinungsformen der Straftat im deutschen und polnischen Recht, 1979, S. 83.

<sup>5</sup> Vgl. nur die Zusammenfassung bei *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 481 ff.; s.a. *Marlie*, Unrecht und Beteiligung, 2009, S. 220 f.

<sup>6</sup> Vgl. <http://kprm.gov.pl/bip/070523u2.pdf> und zur Projektcommentierung [parl.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/95B24B49-BF882262C12573080036F112/\\$file/ppc\\_5.pdf](http://parl.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/95B24B49-BF882262C12573080036F112/$file/ppc_5.pdf), zuletzt abgerufen am 7.8.2008. Dieser Entwurf zur Novellierung des k.k. wird in seiner gegenwärtigen Form nicht mehr in Gesetzeskraft erstarken und ist über die Seite der Gesetzgebungsorgane nur im Archiv abrufbar.

<sup>7</sup> Ohne besonderen Hinweis nach *Pol*, *Poczet prawników polskich*, 2000, S. 855-878.

<sup>8</sup> Generell an dieser Tatsache zweifelnd *Slugocki*, *Palestra* 1992, Nr. 9-10, 64 (65 f.).

<sup>9</sup> *Spotowski*, *ZStW* 87 (1975), 742 (742 f.).

Neben seiner Tätigkeit als Professor engagierte sich *Makarewicz* politisch. So gehörte er dem Senat<sup>10</sup> von 1925 bis 1935 für konservative Parteien an. In dieser Passage seines Lebens zeigte sich auch seine kritische Haltung gegenüber totalitären Staats- sowie deren Strafrechtssystemen;<sup>11</sup> so hielt er beispielsweise einen Vortrag „Prawo karne i prawo obywatela“ (Strafrecht und das Recht des Bürgers, 1936), in der er Hitlers Vorgehen gegen die sog. Röhmputschisten verurteilte, und veröffentlichte einen Artikel „Kommunistische Propaganda“.<sup>12</sup> Diese Einstellung führte wohl auch dazu, dass *Makarewicz* 1940 nach der Besetzung Lembergs durch die Sowjetunion kurzzeitig in ein Lager bei Moskau verschleppt wurde.<sup>13</sup> Gleiches soll ihm 1945 widerfahren sein. Jedoch sind die Geschehnisse in dieser Periode seines Lebens (von Anfang 1940 bis 1946) relativ unklar. Während der Besetzung durch die Deutschen (1941-1944) soll er geheime Vorlesungen im eigenen Haus gehalten haben.<sup>14</sup> Klar ist nur, dass er ab 1947 im Alter von 75 Jahren wieder regelmäßig als Lehrender an der Universität Lemberg aktiv war. Indes zeigen sowohl seine Gehaltsbescheidungen als auch die Tatsache, dass er nach 1947 nur einen Artikel, „O pojęciu winy w angielskim prawie karnym“ (Über den Begriff der Schuld im englischen Strafrecht, 1951), veröffentlichte,<sup>15</sup> dass sein Verhältnis zum neuen kommunistischen Regime nicht positiv war.

*Makarewicz* starb am 20. April 1955 in Lemberg; er war zweimal verheiratet und hinterließ aus erster Ehe drei Kinder.

### III. Erscheinungsformen der Straftat in Polen

Bevor im Einzelnen auf die rechtlichen Begehungsformen (1.-2.) eingegangen werden kann, bedarf es zunächst einiger grundlegender Ausführungen zur Täterschaft und „Teilnahme“ in Polen.

Die Beteiligungsformen befinden sich im 2. Kapitel „Formen der Straftatbegehung“ in den Artikeln 18-24 k.k. nach der Regelung des Versuchs (Art. 13 ff.) im selben Kapitel. Schon aus der Überschrift lässt sich erkennen, dass hier ein grundsätzlicher Unterschied hinsichtlich der Rechtsfiguren der Beteiligung nach deutschem Verständnis besteht.

Der k.k. fußt zwar wie § 25 StGB grundsätzlich auf einem „restriktiven“ Täterbegriff.<sup>16</sup> Den Kernpunkt des dualisti-

schen Beteiligungssystems im StGB, namentlich die Akzessorietät der Teilnahme, d.h. die Abhängigkeit der Strafbarkeit des Teilnehmers gem. §§ 26, 27, 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB von der fremden Tat des Täters,<sup>17</sup> kennt der k.k. nicht; vielmehr haften Anstifter und Gehilfe nach dem polnischen Modell für eigenständige Straftaten.<sup>18</sup> Es gilt auch kein Modell einer limitierten Akzessorietät, wie es seit der Verordnung vom 29.5.1943 im StGB besteht.<sup>19</sup>

Nach *Makarewicz*s Konzeption existiert gar keine Akzessorietät; Anstiftung und Beihilfe erweisen sich also wegen der absoluten Unabhängigkeit von der Tat des anderen als *delicta sui generis*: es gilt somit der Grundsatz: *Quot delinquentes, tot delicta et tot poenae*.<sup>20</sup> Sie stellen laut *Makarewicz* „Abarten der Straftat“ dar.<sup>21</sup> Mithin widersprach *Makarewicz* damit diametral *v. Birkmeyer*, der der Teilnahmehandlung als „indifferentem Akt“ jegliche Eigenständigkeit – ohne die Täterhandlung – absprach („Teilnahmehandlungen entlehnen ihre Strafbarkeit einem fremden verbrecherischen Verhalten“) und sich gegen jegliche Auflösung der akzessorischen Teilnahmelehre wandte, wenngleich *v. Birkmeyer* aber einschränkend Durchbrechungen der Akzessorietät begrüßte.<sup>22</sup> Somit bildet die „Teilnahme“-regelung im k.k. einen

hütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 25 Rn. 14.

<sup>17</sup> *Weber*, in: Baumann/ders./Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 28 Rn. 37 ff.; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 61 II. 2.

<sup>18</sup> *Bojarski*, *Polskie Prawo Karne*, *Zarys części ogólnej*, 2. Aufl. 2006, S. 193.

<sup>19</sup> RGBI. I 1943, S. 339; *Spotowski* (Fn. 4), S. 84; 98 f.; zur VO und ihren NS-Vorzeichen, vgl. *Werle*, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, 1989, S. 426 ff.

<sup>20</sup> *Warylewski*, *Prawo Karne*, *Część ogólna*, 3. Aufl. 2007, S. 354; *Banasik*, *Die Erscheinungsformen der Täterschaft im deutschen und polnischen Recht*, 2005, S. 32; *Andrejew*, in: *Eser/Kaiser/Weigend* (Hrsg.), *Drittes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, Täterschaft und ihre Erscheinungsformen, Vorverschulden, Jugendkriminalität und Jugendgerichtsbarkeit*, 1988, S. 9 (S. 17); grundlegend gegen die Teilnahmelehre bereits im Jahre 1906: *Makarewicz*, *Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage*, 1906, S. 330 ff., 436; s.a. *Rotsch* (Fn. 5), S. 59-61.

<sup>21</sup> *Indecki*, *JOR* 2003, 113 (115).

<sup>22</sup> *v. Birkmeyer*, *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 1908, S. 132 ff., 54 ff., 153 ff. m.w.N., sowie schon 1890 *v. Birkmeyer*, *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, Kritische Studien*, 1890, S. 144-146; instruktiv zu den Ansichten bzgl. des Komplexes „Täterschaft und Teilnahme“ im 19. und 20. Jahrhundert: *Rotsch* (Fn. 5), S. 11 ff.

<sup>10</sup> Der Senat bildet neben dem Sejm einen Teil des bis heute existierenden Zwei-Kammer-Systems in Polen; letzterer stellt das zentrale Organ der Legislative dar, vertiefend *Banaszak*, *Einführung in das polnische Verfassungsrecht*, 2003, S. 23 f., 100 ff.

<sup>11</sup> *Pławski*, *Państwo i Prawo* 1955, Nr.7, 252 (253f.).

<sup>12</sup> *Warylewski*, <http://panda.bg.univ.gda.pl/~waryl/makar.htm>.

<sup>13</sup> *Skřętowicz*, *Państwo i Prawo* 1992, Nr. 8, 106.

<sup>14</sup> *Zoll*, in: *Stelmach/Uruszczak* (Hrsg.), *Uniwersytet Jagielloński, Złota księga wydziału prawa i administracji*, 2000, S. 275-279.

<sup>15</sup> *Skřętowicz*, *Państwo i Prawo* 1992, Nr. 8, 106 (108).

<sup>16</sup> So *Wąsek*, *ZStW* 90 (1978), 530 (533); *Wolf/Zboralska*, in: *Wolf* (Hrsg.), *Kriminalität im Grenzgebiet*, Bd. 5/6, *Das neue polnische Strafgesetzbuch (Kodeks karny)*, 2002, S. 121 (S. 123); für das deutsche Recht, vgl. *Schünemann*, in: *Lauf-*

Mittelweg zwischen Einheitstätermodell und Beteiligungslehre.<sup>23</sup>

Will man den geistigen Ursprung dieser originellen Konzeption *Makarewicz*s beleuchten, ist es unabdingbar, sich zunächst seine damit verfolgten Ziele zu vergegenwärtigen. Er suchte nämlich drei Prinzipien vollends zu verwirklichen: selbstständige Verantwortlichkeit, Subjektivierung der Schuld und unabhängige Verantwortlichkeit des Einzelnen.<sup>24</sup> Vor diesem Hintergrund vereint *Makarewicz* mehrere Strömungen seiner Zeit. Einerseits war *Makarewicz* Schüler von *Franz v. Liszt*, der mit seiner soziologischen Schule zumindest für die Strafzumessung auch die Täterpersönlichkeit fokussierte und insbesondere ein Hinwendung zum Einheitstätersystem vertrat,<sup>25</sup> andererseits war *Makarewicz* selbst vom russischen Täterstrafrecht stark beeinflusst, wobei hinsichtlich des letzten Aspekts regelmäßig auf den Aufsatz von *Foinitsky*<sup>26</sup> verwiesen wird.<sup>27</sup> Diese Einflüsse und seine Ablehnung der strikten Einheitstäterschaft, die etwa *Getz*, ein anderer Schüler *v. Liszts*, in Norwegen etablierte, brachten das polnische System hervor.<sup>28</sup>

Im Folgenden (1.) wird sich den einzelnen Täterschaftsformen<sup>29</sup> des k.k. zugewendet, bevor eine Auseinandersetzung mit den Erscheinungsformen der Straftat „Anstiftung und Beihilfe“ (2.) folgt.

### 1. Täterschaft (*sprawstwo*)

#### a) Unmittelbare Alleintäterschaft

Ähnlich wie § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB formuliert, ist gem. Art. 18 § 1 Var. 1 k.k. derjenige für Täterschaft verantwortlich, „wer die verbotene Tat allein begeht“.<sup>30</sup> Auch hier soll mit dem Wort „allein“ nur unterstrichen werden, dass weder eine Mittäterschaft noch eine fremdhändige Täterschaft vorliegt; der Begriff der „verbotenen Tat“ (Art. 115 § 1 k.k.) entspricht dem der „rechtswidrigen Tat“ mit Ausnahme des Vorsatzes (§§ 26, 27 i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB).<sup>31</sup>

#### aa) Vorsatzdelikte

Ebenso wie im deutschen Recht<sup>32</sup> wird im Rahmen der Vorsatzdelikte in Polen der Grundsatz angenommen, dass Täterschaft zu bejahen ist, wenn der Täter das Delikt eigenhändig verwirklicht.<sup>33</sup>

Während in der deutschen Lehre als auch in der Rechtsprechung materiell und/oder subjektiv orientierte Ausweitungen sowie Restriktionen von diesem Prinzip anerkannt sind,<sup>34</sup> verfolgen die polnische Doktrin und Rechtsprechung dagegen im Wesentlichen die Täterbestimmung nach der formal-objektiven Theorie.<sup>35</sup> Zwar gab und gibt es entsprechend der deutschen Lehre Anklänge, subjektive und/oder objektive Erweiterungen vorzunehmen,<sup>36</sup> jedoch können diese Richtungen keinesfalls als herrschend bezeichnet werden.<sup>37</sup>

Mithin zeigt dies, dass § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB vielmehr ein Teilstück eines Systems von Zurechnungsnormen für die

<sup>23</sup> *Zoll*, in: Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, S. 275 (S. 277).

<sup>24</sup> Eingehend *Bojarski* (Fn. 18), S. 199 ff.; s.a. *Zoll* (Fn. 23), S. 276 f.; *ders.*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 1013 (S. 1016 f.).

<sup>25</sup> *v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21. und 22. Aufl. 1919, § 2-4 S. 7 ff. m.w.N. sowie § 49 S. 204 ff.

<sup>26</sup> *Foinitsky*, ZStW 12 (1892), 55.

<sup>27</sup> *Wąsek*, ZStW 90 (1978), 530; instruktiv *Spotowski* (Fn. 4), S. 85 ff.; vgl. auch *Andrejew* (Fn. 20), S. 17 ff und *Schmitz*, in: *Wolf* (Fn. 16), S. 153 (S. 158).

<sup>28</sup> *Wąsek*, ZStW 90 (1978), 530; *Spotowski* (Fn. 4), S. 93.

<sup>29</sup> Der k.k. kennt laut Art. 18 § 1 vier Formen der Täterschaft im engeren Sinne (*sensu stricto*), einerseits den individuell handelnden Täter, den Mittäter, andererseits die fremdhändigen Rechtsfiguren des leitenden Täters und des anweisenden Täters. Ferner zählt die Rechtslehre Anstifter und Beihilfer (Art. 18 § 2 und § 3 k.k.) zu den Täterschaftsformen im weiteren Sinne (*sensu largo*), vgl. *Marek*, *Kodeks Karny, Komentarz*, 4. Aufl. 2007, Art. 18 Nr. 1; *Indecki*, JOR 2003, 113 (116); zur Strafbarkeit juristischer Personen in Polen eingehend *Lipińska*, JOR 2006, 199; ebenso unterscheidet das StGB streng genommen vier Formen der Täterschaft, vgl. hierzu *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vor §§ 25 ff. Rn. 1.

<sup>30</sup> *Weigend*, Das polnische Strafgesetzbuch, *Kodeks karny* vom 6. Juni 1997 in Kraft getreten am 1. September 1998, Deutsche Übersetzung, 1998, S. 18; teilweise werden die in Art. 18 § 1 k.k. genannten Begriffe „sam“ und „wykonuje“ auch mit „selbst“ und „ausführt“ übersetzt, vgl. *Spotowski* (Fn. 4), S. 131; zum Vorteil der Begriffswahl „allein“, s. eingehend *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 126.

<sup>31</sup> Vgl. *Wąsek*, ZStW 90 (1978), 530 (534 und 532), dort in der Fn. 7; vertiefend *Wróbel*, in: *Eser/Arnold/Trappe*, Strafrechtsentwicklung in Osteuropa zwischen Bewältigung und neuen Herausforderungen, internationales Symposium, 26.-29. Juni 2002 auf Schloss Ringberg, 2005, S. 141.

<sup>32</sup> *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/37.

<sup>33</sup> *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 128.

<sup>34</sup> Speziell zum Bereich der eigenhändigen Deliktsverwirklichung, vgl. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 127 ff. m.w.N.; zur Rspr., vgl. *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 25 Rn. 15; *Cramer/Heine* (Fn. 29), Vor §§ 25 ff. Rn. 59.

<sup>35</sup> Eingehend *Dębski*, *Studia Prawno-Ekonomiczne*, Heft 58, 1998, 105 (109, 123).

<sup>36</sup> *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 131 f. m.w.N.; *Spotowski* (Fn. 4), S. 131 f. m.w.N.

<sup>37</sup> *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 131 f.; *Banasik* (Fn. 20), S. 52; bzgl. der unmittelbaren Täterschaft nicht einmal problematisierend *Grześkowiak*, *Prawo karne*, 2007, S. 139 und *Marek* (Fn. 29), Art. 18 Nr. 2.

Täterschaft darstellt,<sup>38</sup> während Art. 18 § 1 Var. 1 k.k. sie eher formal beschreibt.<sup>39</sup>

#### bb) Fahrlässigkeitsdelikte

In der polnischen Lehre gilt für die Beteiligten im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte grundsätzlich kein Einheitstäterbegriff<sup>40</sup>; demnach werden die Beteiligten nicht in einer generalisierenden Betrachtungsweise „uniformiert“ wie im deutschen Recht<sup>41</sup>. Die Unterschiede wirken sich aber erst im Rahmen der fahrlässigen Mittäterschaft aus.<sup>42</sup>

#### b) Mittäterschaft (*współsprawstwo*)

Präziser als § 25 Abs. 2 StGB definiert Art. 18 § 1 Var. 2 k.k. die Mittäterschaft, wenn er eine gemeinsame Begehung im Einvernehmen fordert.<sup>43</sup> Wie auch im deutschen Recht (aa) bereiten die Abgrenzung der Mittäterschaft von der Beihilfe (bb), die sukzessive (cc) und die fahrlässige Mittäterschaft (dd) Probleme, was nun im Folgenden dargestellt wird.

#### aa) Grundkonzeption

In beiden Rechtssystemen erfordert die Mittäterschaft ein subjektives und ein objektives Element: einerseits einen „gemeinsamen Tatentschluss“ oder „gegenseitiges Einverständnis“, andererseits eine gemeinsame Tatausführung.<sup>44</sup> In beiden Ländern bildet der gemeinsame Tatentschluss – sowohl ausdrücklich als auch konkludent möglich<sup>45</sup> – die Grundlage der „wechselseitigen“ bzw. „gegenseitigen“ Zurechnung der Tatbeiträge.<sup>46</sup> Ebenfalls wird im polnischen Recht der Exzess eines Mittäters den anderen nicht zugerechnet.<sup>47</sup> Ein Unterschied besteht seit 1997 nur bei der Mittäterschaft zu echten Sonderdelikten. Während diese nach deutschem Recht ohne die erforderliche Subjektsqualität ausgeschlossen ist, ermöglicht Art. 21 § 2 k.k., dem Extraneus die Tat des Intraneus zuzurechnen, wenn er von der notwendigen Sonderstellung des anderen wusste.<sup>48</sup>

#### bb) Problemkreis: Abgrenzung von (Mit-)Täterschaft und „Teilnahme“

Innerhalb dieses Problemkreises bildet allein der objektive Tatbeitrag den streitigen Anhaltspunkt, da hier die Grenze für den Anwendungsbereich der Mittäterschaft gezogen wird und damit einhergehend die Abgrenzung zur Anstiftung und Beihilfe.

Untersucht man daraufhin Lehre und Rechtsprechung in Polen, werden interessante Parallelen zu den in Deutschland vertretenen Ansichten, insbesondere zu der des BGH, deutlich. Letzterer sieht in ständiger Rechtsprechung als entscheidend an, dass ein Mittäter die Tat als eigene wollte, was in wertender Betrachtung zu ermitteln ist; „bedeutsame Anhaltspunkte dafür können der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu sein, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich vom Willen des Tatbeteiligten abhängen“.<sup>49</sup> Ähnlich betonen der Sąd Najwyższy (SN)<sup>50</sup> und andere Appellationsgerichte neben subjektiven Kriterien zunehmend die Wesentlichkeit und Gewichtung der Tatbeiträge;<sup>51</sup> ferner wird das die Mittäterschaft kennzeichnende arbeitsteilige Zusammenwirken hervorgehoben,<sup>52</sup> womit auch Elemente der funktional verstandenen Tatherrschaftslehre<sup>53</sup> aufgegriffen zu sein scheinen. Danach bedarf es zur Täterschaft weder einer eigenhändigen Tatbegehung noch einer tatbestandlichen Ausführungshandlung. Vielmehr genügt eine Mitwirkung im Vorbereitungsstadium. Dieser Ansicht folgt auch der Großteil der polnischen Lehre.<sup>54</sup> Andere Ansichten, die – auf einer formal-objektiven Theorie fundierend – die Erfüllung eines objektiven Tatbestandsmerkmals forderten, konnten sich dagegen nicht durchsetzen.<sup>55</sup>

Mithin sind sowohl Art 18 § 1 Var. 2 k.k. als auch § 25 Abs. 2 StGB Zurechnungsnormen, die in der Regel zu denselben Ergebnissen führen.

<sup>38</sup> Wolf/Zboralska (Fn. 16), S. 130; Sánchez Lázaro, GA 2008, 299 (306 f.).

<sup>39</sup> Wolf/Zboralska (Fn. 16), S. 143.

<sup>40</sup> Spotowski (Fn. 4), S. 121 f.; a.A. Wąsek, ZStW 90 (1978), 530 (535), der einen extensiven Täterbegriff postuliert.

<sup>41</sup> Jakobs (Fn. 32), 21/111.

<sup>42</sup> Vgl. b) dd).

<sup>43</sup> Vgl. nur die präzisere Übersetzung bei Zoll (Fn. 23), S. 281.

<sup>44</sup> Spotowski (Fn. 4), S. 132; abw. Banasik (Fn. 20), S. 61, 100 f. m.w.N. und Wąsek, ZStW 90 (1978), 530 (539 f.), die im Einverständnis auch obj. Elemente erkennen und deswegen differenzieren; a.A. Wolf/Zboralska (Fn. 16), S. 132: Sie sehen in der subj. Deutung einen „Widerspruch zur Gesetzesfassung“.

<sup>45</sup> Marek, Prawo karne, 7. Aufl. 2006, S. 205 Rn. 293; Cramer/Heine (Fn. 29), § 25 Rn. 70 f.

<sup>46</sup> Banasik (Fn. 20), S. 62 sowie S. 66 m.w.N.

<sup>47</sup> Wąsek, Współsprawstwo w polskim prawie karnym, 1977, S. 61 ff.

<sup>48</sup> Ausführlich zum neuen Art. 21 § 2 k.k. Dębski, Państwo i Prawo 2002, Nr. 6, S. 13-26; zur Rechtslage vor 1997, s.a.

Zoll (Fn. 23), S. 280 f.; zum deutschen Recht vgl. Weber (Fn. 17), § 29 Rn. 91; inkonsequent erweist sich hierbei nur der BGH bei seinem Verständnis der §§ 211, 212 StGB als eigenständige Tatbestände, wenn er hier trotzdem die mittäterschaftliche Zurechnung erlaubt, vgl. hierzu krit. Geppert, Jura 2008, 34 (40) m.w.N.; dieses Verständnis basiert auf dem Willen des historischen Gesetzgebers, vgl. Freisler, Deutsche Justiz 1941, 929 (934).

<sup>49</sup> BGH NStZ 2008, 273 (275).

<sup>50</sup> Der SN, Oberstes Gericht, entspricht dem BGH.

<sup>51</sup> Vgl. Banasik (Fn. 20), S. 86, 88 ff. m.w.N.

<sup>52</sup> Banasik (Fn. 20), S. 88 f.

<sup>53</sup> Instruktiv Roxin (Fn. 34), S. 292 ff. m.w.N.; s.a. Jakobs (Fn. 32), 21/48.

<sup>54</sup> Früh bereits Wąsek (Fn. 47), S. 116 ff. und ders., ZStW 90 (1978), 530 (536 f.); Banasik (Fn. 20), S. 93 f., 142 f.; Marek (Fn. 29), Art. 18 Nr. 6; anders noch die wohl nicht mehr vertretene obj. Theorie, so Warylewski (Fn. 20), S. 357; vgl. auch Spotowski (Fn. 4), S. 135 f.

<sup>55</sup> So Wolter, nauka o przestępstwie, 1973, S. 297 f.; s.a. Banasik (Fn. 20), S. 92 f. m.w.N.

*cc) Problemkreis: sukzessive Mittäterschaft*

Länderübergreifend ist strittig, bis zu welchem Zeitpunkt und inwieweit der in die Deliktsverwirklichung später Eintretende mittäterschaftlich zur Verantwortung gezogen werden kann (sog. sukzessive Mittäterschaft).<sup>56</sup> Unstreitig ist lediglich, dass der später Hinzutretende einen Beitrag zur Tat leisten muss.<sup>57</sup> Mithin entfällt eine Mittäterschaft trotz Kenntnis, Billigung und Ausnutzung, wenn ein fördernder Beitrag unmöglich ist.<sup>58</sup>

Unbestritten ist ferner, dass die sukzessive Mittäterschaft ausscheidet, wenn die Tat materiell, also tatsächlich beendet ist.<sup>59</sup> Somit ist zunächst fraglich, ob eine sukzessive Mittäterschaft zwischen formeller Vollendung (= rechtlich) und materieller Beendigung möglich ist. Seitens des SN und anderer höherinstanzlicher Gerichte liegt diesbezüglich kein Standpunkt vor,<sup>60</sup> während der BGH dies bekanntermaßen bejaht.<sup>61</sup> Die Literatur in Polen diskutiert jedoch kontrovers über jenen Themenkomplex,<sup>62</sup> steht dieser zeitlichen Ausdehnung aber skeptisch gegenüber. Parallel zum Großteil der deutschen Lehre moniert sie eine Kollision mit der Tatbestandsbezogenheit der Täterschaft und rügt weiter einen Verstoß gegen den *nullum crimen sine lege*-Grundsatz.<sup>63</sup> Damit geht das Hauptproblem einher, ob dem später einverständlich Eintretenden die bereits verwirklichten qualifizierenden Umstände zugerechnet werden können. Während die Rspr. beider Länder dies grundsätzlich bejaht hat,<sup>64</sup> wird dies zumindest in der deutschen Literatur mittlerweile einhellig abgelehnt;<sup>65</sup> auch die polnische Lehre spricht sich überwiegend dagegen aus.<sup>66</sup>

Der SN konstatiert diesen Standpunkt in mehreren obiter dicta lediglich, begründet ihn jedoch nicht;<sup>67</sup> aus den Leitsät-

zen ist erkennbar, dass der SN wie der BGH wohl auf die Zurechnungskraft des Einverständnisses<sup>68</sup> rekurriert. Dieses Argument wird auch von einer Literaturansicht in Polen angeführt.<sup>69</sup> Gegen die Sichtweise führt die h.L. in Polen zunächst an, dass die weite sukzessive Mittäterhaftung nur vom Boden der mit dem Gesetz nicht zu vereinbarenden subjektiven Teilnahmelehre zu begreifen sei.<sup>70</sup> Des Weiteren wird seitens der Literatur eingewendet, dass beide Rechtssysteme keinen *dolus subsequens* kennen, eine Mittäterschaft nach Vollendung mangels Tatherrschaft nicht möglich sei und eine solche Extension der Strafbarkeit einen Verstoß gegen das verfassungsrechtlich verankerte Bestimmtheitsgebot bedeutet.<sup>71</sup>

Mithin scheinen Rechtsprechung und Literatur in beiden Ländern jeweils grundsätzlich überein zu stimmen. Während die Rechtsprechung eine weite nachträgliche Zurechnung eröffnet, bemüht sich die Lehre beider Länder um Restriktion dieses Instituts.

*dd) Problemkreis: fahrlässige Mittäterschaft*

Wie in Deutschland ist ebenfalls in Polen streitig, ob eine Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten anzuerkennen ist oder ob allein ein extensiver Täterbegriff im Fahrlässigkeitsbereich möglich und notwendig ist, um strafrechtlich relevantes Verhalten zu erfassen.

Eine mittäterschaftliche Zurechnung wird in der polnischen Rechtsprechung seit 1963 vollzogen und nahezu einhellig von der polnischen Lehre befürwortet.<sup>72</sup>

Begründet wird die polnische Auffassung zunächst damit, dass Art. 18 § 1 k.k. nur ein Handeln mehrerer Personen im Einvernehmen erfordert. Als Lehrbuchfall wird hier der Fall zitiert, in dem zwei Bauarbeiter einen Balken im Einvernehmen nachlässig vom Gerüst werfen.<sup>73</sup> Ferner müsste dieses Einverständnis wegen der Strukturdivergenz zu den Vorsatzdelikten anders interpretiert werden; es habe nämlich allein die gemeinsame Ausführung der sorgfaltswidrigen Handlung vor Augen.<sup>74</sup> Damit wird zwischen dem vom Vorsatz geprägten Einverständnis hinsichtlich der strafrechtlichen Handlung und hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung streng diffe-

<sup>56</sup> *Kaczmarek*, in: Rogall u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 123 f. = Übersetzung von *ders.*, *Państwo i Prawo* 1988, Nr. 9, S. 32 (32 f.): Sie wird in beiden Ländern grundsätzlich anerkannt.

<sup>57</sup> *Banasik* (Fn. 20), S. 126.

<sup>58</sup> *Kaczmarek* (Fn. 56), S. 134; *Cramer/Heine* (Fn. 29), § 25 Rn. 91.

<sup>59</sup> *Wąsek*, *ZStW* 90 (1978), 530 (542); *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. Aufl. 2007, § 25 Rn. 12.

<sup>60</sup> Allgemein bezeichnet *Kaczmarek* die Anzahl der gerichtlichen Entscheidungen zu diesem Themenkomplex als „ärmlich“, vgl. *ders.* (Fn. 56), S. 123.

<sup>61</sup> BGH *NStZ* 2008, 280 (281); st. Rspr. seit BGHSt 2, 344.

<sup>62</sup> Vgl. vor allem *Wąsek* (Fn. 47), S. 74 f., der die sukzessive Mittäterschaft zwischen Vollendung und Beendigung zumindest bei Dauerdelikten für möglich hält; *Banasik* (Fn. 20), S. 127 f.; *Kaczmarek* (Fn. 56), S. 123-126.

<sup>63</sup> *Banasik* (Fn. 20), S. 129; *Joecks* (Fn. 34), § 25 Rn. 182.

<sup>64</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 59), § 25 Rn. 12; *Spotowski* (Fn. 4), S. 133, dort Fn. 436; vgl. auch *Kaczmarek* (Fn. 56), S. 124; a.A. *Banasik*, S. 133 (allerdings ohne autoritative Referenzpunkte).

<sup>65</sup> *Cramer/Heine* (Fn. 29), § 25 Rn. 91 m.w.N.; für Polen s. *Kaczmarek* (Fn. 56), S. 134.

<sup>66</sup> Vgl. *Banasik* (Fn. 20), S. 131-136; *Kaczmarek* (Fn. 56), S. 123 ff.; a.A. *Wolter* (Fn. 55), S. 299.

<sup>67</sup> So *Kaczmarek* (Fn. 56), S. 123 f.

<sup>68</sup> BGHSt 2, 344 (346).

<sup>69</sup> *Wolter* (Fn. 55), S. 299.

<sup>70</sup> So *Kaczmarek* (Fn. 56), S. 128 f. in Bezug auf *Gössel*, in: *Vogler* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, S. 537 (S. 548-552).

<sup>71</sup> *Banasik* (Fn. 20), S. 134-136; *Kaczmarek* (Fn. 56), S. 132-134; abw. *Wąsek*, *ZStW* 90 (1978), 530 (541), der der Ansicht *Roxins* (Fn. 34), S. 289-292, 737, dort Rn. 742 folgt; zum deutschen Recht, vgl. zusammenfassend *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 11. Aufl. 2009, § 7 Rn. 47 f.; instruktiv *Gössel* (Fn. 70), S. 537 ff.

<sup>72</sup> Beschluss des Obersten Gerichts vom 27. Mai 1963 (Rw 563/63), OSNKiW 1963 Pos. 201; eingehend *Wąsek* (Fn. 47), S. 123-138; *Banasik* (Fn. 20), S. 137 m.w.N., auch zu der M.M. in Polen.

<sup>73</sup> *Bojarski* (Fn. 18), S. 195 f.

<sup>74</sup> *Banasik* (Fn. 20), S. 139 f.

renziert. Somit wird sogar eine Mittäterschaft eines vorsätzlich und eines fahrlässig Agierenden für möglich gehalten.<sup>75</sup>

Mithin führt die h.M. in Polen ähnliche Argumente an wie die M.M.<sup>76</sup> in Deutschland und gelangt somit zu einem strafrechtlichen Haftungssystem, das sogar in der Lage ist, Zweifel bei der Kausalität von Kollektiventscheidungen zu überwinden. Bemerkenswert ist abschließend, dass einige Autoren Mittäterschaft bei Tätigkeitsdelikten für theoretisch nicht ausgeschlossen halten, dadurch dass der k.k. die Handlung im stärkeren Maße als das StGB als Bezugspunkt wählt.<sup>77</sup>

### c) Fremdhändige Täterschaft

Beide Rechtssysteme kennen eine täterschaftliche Zurechnung für die unmittelbare Deliktsverwirklichung seitens eines anderen. Dadurch, dass dieselbe Eigenschaft der formalobjektiven Theorie in Polen als Vorteil und in Deutschland als Nachteil gesehen worden ist, bildeten sich nicht nur begrifflich unterschiedliche Begehungsformen heraus, sondern auch solche mit verschiedenem Anwendungsbereich.<sup>78</sup>

#### aa) Polnische Lösung (Leitende und anweisende Täterschaft)

Die Zurechnungsnormen fremden Verhaltens des k.k. sind die „leitende“ (*sprawstwo kierownicze* – Art. 18 § 1 Var. 3) und die „anweisende Täterschaft“ (*sprawstwo polecające* – Art. 18 § 1 Var. 4). Als Täter wird bestraft, wer die Ausführung einer verbotenen Tat durch eine andere Person leitet (Art. 18 § 1 Var. 3) oder wer unter Missbrauch der Abhängigkeit einer anderen Person von sich diese anweist, eine solche Tat zu begehen (Art. 18 § 1 Var. 4).

Regelungszweck der 1969 eingeführten leitenden Täterschaft<sup>79</sup> war – trotz der auf *Makarewicz* beruhenden Ablehnung der mittelbaren Täterschaft<sup>80</sup> – die Schließung einer

dem Rechtsempfinden widersprechenden Regelungslücke. Sie bestand darin, dass „Organisatoren von Straftaten“ lediglich als Anstifter oder Gehilfen erfasst werden.<sup>81</sup> Mithin soll der Organisator, der Hauptplaner, das „Gehirn“ der Straftat, also der *spiritus movens* der Begehung der Straftat als Täter pönalisiert werden.<sup>82</sup>

Umstritten in der polnischen Doktrin – auch in Hinblick auf die Antipathie gegenüber der mittelbaren Täterschaft – ist, was unter dem Merkmal „die Ausführung der verbotenen Tat leiten“ zu verstehen ist, womit auch das Problem einhergeht, wann der leitende Täter seinen täterschaftsbegründenden Beitrag leisten muss. Die h.M. versteht unter diesem Kriterium die faktische Herrschaft des Leitenden über die Realisierung des Tatbestandes durch die andere Person.<sup>83</sup>

„Ein wesentliches Merkmal dieser Herrschaft besteht darin, dass der Beginn und die Durchführung und ggf. die Änderungen oder sogar die Aufgabe der rechtswidrigen Aktion von der Entscheidung der leitenden Person abhängt“, urteilte der SN 1975.<sup>84</sup> Damit rezipiert der SN *de facto* den *Roxin*-schen Begriff der Tatherrschaft, allerdings nur bezogen auf diese Begehungsform.<sup>85</sup> Somit muss das „*kierować*“ (= leiten, lenken) während der Tatausführung vorliegen. Die Gegenansicht wendet sich gegen eine solche Interpretation. Sie versteht darunter die Planung und Organisation einer Straftat im Vorbereitungsstadium.<sup>86</sup> Sie begründet ihren Standpunkt damit, dass eine andere Interpretation dem Willen des Gesetzgebers und dem praktischen Bedürfnis zuwider liefe; schließlich lasse sich derjenige, der im Ausführungsstadium einen wesentlichen Beitrag leiste, bereits als Mittäter qualifizieren.<sup>87</sup> Hiergegen wendet die h.M. ein, dass das Gesetz zum Beispiel in Art. 130 § 4 k.k. zwischen „leiten“ und „organisieren“ differenziert.<sup>88</sup> Der einleitend erwähnte Entwurf unterstrich diese Beobachtung in systematischer Hinsicht, indem er die Täterschaften (*sensu stricto*) in unterschiedlichen

<sup>75</sup> *Marek* (Fn. 29), Art. 18 Nr. 8.

<sup>76</sup> Instruktiv *Pfeiffer*, *Jura* 2004, 520; zur Gegenansicht s.a. *Puppe*, *GA* 2004, 129; Überblick über das Meinungsspektrum bei *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 57. Aufl. 2010, § 25 Rn. 26.

<sup>77</sup> Unter einschränkenden Voraussetzungen bejahend, *Wąsek* (Fn. 47), S. 148-151; a.A. *Banasik* (Fn. 20), S. 117 f.; *Kaczmarek* (Fn. 56), S. 134.

<sup>78</sup> *Spotowski* (Fn. 4), S. 127; *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 137; s.a. *Buchała/Kubicki*, in: *Eser/Kaiser/Weigend* (Fn. 20), S. 55 (S. 56-59).

<sup>79</sup> Erwähnenswert ist hier, dass der k.k. von 1932 ausgehend von der formalobjektiven Theorie gar keine Täterschaftsformen *sensu stricto* regelte, sondern ausschließlich Anstiftung und Beihilfe, vgl. *Spotowski*, in: *Eser/Kaiser/Weigend* (Fn. 20), S. 35.

<sup>80</sup> Anzumerken ist, dass die polnische Lehre unter dem Begriff der mittelbaren Täterschaft traditionell nur die Fälle des schuldlos Handelnden versteht und dementsprechend die leitende Täterschaft teilweise als Teilzulassung der mittelbaren Täterschaft interpretiert wird, da sie keine schuldhaft begangene Tat voraussetzt (*str.*), *Spotowski* (Fn. 4), S. 140, 144; *ders.* (Fn. 79), S. 39-42 m.w.N.; ausführlich zur mittelbaren Täterschaft in Polen *Buchała/Kubicki* (Fn. 78), S. 55 ff.

<sup>81</sup> So die Gesetzesbegründung; krit. *Spotowski* (Fn. 79), S. 38, der bemerkt, dass die Argumentation in sich unstimmtig ist, da schließlich alle Erscheinungsformen der Straftat gleichwertig ausgestaltet sind.

<sup>82</sup> *Bojarski* (Fn. 18), S. 196; *Wolter* (Fn. 55), S. 300; *Banasik* (Fn. 20), S. 170.

<sup>83</sup> *Zoll*, *Państwo i Prawo* 1970, Nr. 7, S. 57 (61); *Mąciór*, *Państwo i Prawo* 1971, Nr. 11, S. 750 (757 f.); vgl. auch *Spotowski* (Fn. 79), S. 42-44.

<sup>84</sup> *Marek* (Fn. 45), S. 205 Rn. 292; *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 141.

<sup>85</sup> *Wąsek*, in: *Schünemann u.a. (Hrsg.)*, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, S. 1457 (S. 1460 f.); *Spotowski* (Fn. 79), S. 46 ff.; *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 141.

<sup>86</sup> *Cieślak*, *Państwo i Prawo* 1992, Nr. 7, 66 (71 f.); extensiver *Wąsek*, *ZStW* 90 (1978), 530 (549-551), *ders.* (Fn. 85), S. 1461 f.

<sup>87</sup> Vgl. Nachweise bei *Banasik* (Fn. 20), S. 172 f.; *Wąsek*, *ZStW* 90 (1978), 530 (549 f.).

<sup>88</sup> *Florek*, *Państwo i Prawo* 1974, Nr. 3, 88 (89); *Spotowski* (Fn. 79), S. 44 zu den Art. 124 § 1 und Art. 134 § 2 k.k. a.F.

Absätzen grundsätzlich danach trennte, wann der täterschaftsbegründende Akt zu erbringen ist.<sup>89</sup>

Die h.L. und die Rspr. nehmen ferner die Möglichkeit an, eine fahrlässig begangene verbotene Tat zu leiten. Begründet wird dies insbesondere mit dem Wortlaut des Art. 18 § 1 k.k., der nicht ausschließe, eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung zu leiten. Als Lehrbuchbeispiel wird der Bauarbeiterfall<sup>90</sup> um den Sachverhalt erweitert, dass sie den Balken hinunterwerfen, während sie von einem Vorarbeiter genaue Weisungen erhalten.<sup>91</sup>

Die 1997 ins Gesetz eingefügte anweisende Täterschaft charakterisiert dagegen ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen anweisendem Täter und dem Angewiesenen, kraft dessen der Täter den unmittelbar Ausführenden zu der verbotenen Tat anweisen kann. Das Abhängigkeitsverhältnis muss weder rechtlich sein noch in einem Subordinationsverhältnis bestehen; es reicht ein auch faktisches wie zwischen Eltern-Kind, Arbeitgeber-Arbeitnehmer, Militär-Polizei, Lehrer-Schüler oder Arzt-Patient aus.<sup>92</sup> „Abhängigkeit“ ist demnach ein Sachverhalt, „der auf die Ausnutzung der Elemente des Übergewichts über die schwächere und abhängige Person beruht“; die anweisende Täterschaft konstituiert also einen psychologisch wirkenden Zwang, der den Angewiesenen zum Gehorsam zwingt.<sup>93</sup> Für die Anweisung selbst formuliert die Lehre einschränkend, dass sie nicht konkludent erfolgen kann, sondern nur ausdrücklich unter Angabe des konkreten Objekts: „Anweisung ist demnach eine einseitige, den Adressaten nach ihrem Inhalt bindende Aufforderung, eine bestimmte Handlung vorzunehmen“.<sup>94</sup> Es bestehen damit nach h.M.<sup>95</sup> zwei Unterschiede zur leitenden Täterschaft: Einerseits wird der Anweisende nur im Vorbereitungsstadium tätig und führt dazu im Gegensatz auch keine Aufsicht über die Ausführung der Tat des Angewiesenen, andererseits erlangt der anweisende Täter seine Täterqualität nicht wie der leitende Täter qua Tatherrschaft im deutschen Verständnis, sondern als Initiator der Tat qua Ausnutzung des Abhängigkeitsverhältnisses.<sup>96</sup>

Ebenfalls wird auch bei der anweisenden Täterschaft eine fahrlässige Begehung für möglich gehalten.<sup>97</sup>

Als allgemeine Besonderheit ist abschließend zu nennen, dass wegen Art. 21 § 2 k.k. eine besondere Subjektsqua-

lität aufweisende Person geleitet oder angewiesen werden kann, sofern der Hintermann die besonderen persönlichen Merkmale des Vordermanns kennt.

#### *bb) Die aufgebene Novelle – Auftragstäterschaft (sprawstwo zlecajace)*

In Ergänzung hierzu sollte die in der Entwurfsfassung enthaltene Auftragstäterschaft in Art. 18 § 1a Var. 1 k.k. eingefügt werden. Sie qualifizierte Personen als Täter, die eine andere Person beauftragen, eine verbotene Tat im Tausch gegen oder für ein Versprechen auf einen materiellen oder persönlichen Vorteil auszuführen.<sup>98</sup> Flankiert wurde diese Regelung durch Art. 148a k.k., der das Annehmen dieser Offerte bei Tötungsdelikten unter Strafe stellt.<sup>99</sup> Diese Normen entsprechen quasi § 30 StGB (Versuch der Beteiligung) als Täterschaftsfigur. Ursache dieser Regelungsidee ist wohl ein Urteil des SN, in dem er konstatierte, dass beide Handlungsformen de lege lata täterschaftlich nicht sanktioniert werden können.<sup>100</sup>

#### *cc) Unterschiede zur mittelbaren Täterschaft nach deutschem Verständnis*

Der von *Makarewicz* zur Ablehnung der mittelbaren Täterschaft in toto angeführte Grund zeigt die von polnischer Seite nicht erfassten Fälle auf. Seiner Ansicht nach dient die mittelbare Täterschaft nur zur Behebung der Mängel der akzesorischen Teilnahmelehre: Demnach erfassen die polnischen fremdhändigen Täterschaftsformen diejenigen Fälle nicht, in denen der unmittelbar Ausführende (objektiv oder subjektiv<sup>101</sup>) tatbestandlos bzw. rechtmäßig handelt.<sup>102</sup> Plakativ illustriert diese Strafflosigkeit der sog. Sirius-Fall<sup>103</sup>. Die für ihn in Polen angeführten Lösungsansätze über die ausnahmsweise Zulassung der mittelbaren Täterschaft bis zur notwendigen Anwendung eines extensiven Täterbegriffs im Rahmen des Art. 18 § 1 Var. 1 k.k. sind dogmatisch überspannt und verwegen, obwohl der k.k. einen gesonderten Tatbestand (Art. 151) enthält, der diese Fälle mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe pönalisiert.<sup>104</sup> Eine Strafbarkeit im

<sup>98</sup> *Warylewski* (Fn. 20), S. 356.

<sup>99</sup> Vgl. hierzu *Kardas*, *Prokuratura i Prawo* 2007, 159 (163), dort Fn. 10.

<sup>100</sup> Urt. des SN v. 3.4.2006, *Biuletyn Prawa Karnego*, z. 6, poz. 1.2.4.

<sup>101</sup> Einige Fälle, in denen der unmittelbar Handelnde subjektiv tatbestandlos handelt, sind jedoch über die Anstiftung lösbar, vgl. 2.

<sup>102</sup> *Spotowski* (Fn. 4), S. 130, 144.

<sup>103</sup> BGHSt 32, 38: Hier gab sich der Täter als Bewohner des Planeten Sirius aus und trieb sein Opfer in den letztlich gescheiterten Selbstmord, damit es reich in einem neuen Körper ein neues Leben beginnen könne. Sein Motiv war es, sich an der Lebensversicherungssumme seines Opfers zu bereichern; zur deutschen Sichtweise vgl. zusammenfassend *Murmann*, JA 2008, 321 (322), und *Koch*, JuS 2008, 399 (400) und 496; s.a. *Banasik* (Fn. 20), S. 161 ff., 179, 189, 196 f.

<sup>104</sup> *Wąsek* (Fn. 85), S. 1463 (für mittelbare Täterschaft); *Banasik* (Fn. 20), S. 196 f. (für unmittelbare Täterschaft); *Bu-*

<sup>89</sup> <http://kprm.gov.pl/bip/070523u2.pdf>.

<sup>90</sup> Vgl. b) dd).

<sup>91</sup> *Banasik* (Fn. 20), S. 177-179; a.A. *Wąsek*, ZStW 90 (1978), 530 (550), dort Fn. 40, der dem Begriff „leiten“ „immanent“ die Forderung nach einer vorsätzlichen Handlung entnimmt.

<sup>92</sup> *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 141 f.; *Warylewski* (Fn. 20), S. 356.

<sup>93</sup> *Banasik* (Fn. 20), S. 183; *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 142.

<sup>94</sup> *Banasik* (Fn. 20), S. 184; *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 141.

<sup>95</sup> Zu der geäußerten Ansicht, die der anweisenden Täterschaft jede Eigenständigkeit abspricht, da sie nur der leitenden Täterschaft entlehnt sei, *Mąciór*, Państwo i Prawo 1996, Nr. 7, S. 74 (78); vgl. auch *Banasik* (Fn. 20), S. 191-196 m.w.N.; zw. auch *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 142.

<sup>96</sup> *Banasik* (Fn. 20), S. 185 f.

<sup>97</sup> *Banasik* (Fn. 20), S. 188 f.

Sirius-Fall kann das polnische Recht somit nicht ohne Systembrüche bewältigen. Auch scheint der sog. Dohna-Fall nur schwer über die leitende Täterschaft fassbar.<sup>105</sup> Mithin erweist sich das polnische Recht insoweit als „kürzer“.

Andererseits geht die polnische Konzeption „weiter“ als die mittelbare Täterschaft auf deutscher Seite. Sie erfasst neben anderen Fällen des „Täters hinter dem Täter“<sup>106</sup> über die leitende und anweisende Täterschaft alle Fälle der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, auch die umstrittenen Fälle im Rahmen von Unternehmen.<sup>107</sup> Des Weiteren schließt sie über die Weisungstäterschaft die Fälle der mittelbaren Täterschaft kraft Nötigungsherrschaft ein, wobei sie sogar die Zwangsverhältnisse täterschaftlich sanktioniert, die nach deutscher Interpretation unterhalb der Schwelle des § 35 Abs. 1 StGB liegen und somit über das Instrument der mittelbaren Täterschaft nicht zugerechnet<sup>108</sup> werden können.

Mit der Auftragstäterschaft hätte das polnische System hingegen einen Bereich betreten, der nach dem deutschen Verständnis klassisch der Teilnehmerstrafbarkeit unterfällt. Dennoch zeigt dieser Entwurf, dass der polnische Gesetzgeber darum bemüht ist, feste Zurechnungskriterien für die täterschaftliche Verantwortung zu normieren.

## 2. Anstiftung und Beihilfe

Vorab<sup>109</sup> ist klarstellend darauf hinzuweisen, dass Anstiftung und Beihilfe in Polen eigene unabhängige Täterschaftsformen darstellen, da eine Akzessorietät im k.k. nicht existiert.

### a) Die Tatbestände des Art. 18 § 2 und § 3 k.k.

Gem. Art. 18 § 2 k.k. ist wegen Anstiftung strafbar, wer mit dem Willen, dass eine andere Person eine verbotene Tat begeht, diese dazu verleitet. Aus jenem Willen (chcąc) ergibt sich, dass die Anstiftung im k.k. nur absichtlich begangen

---

*chala/Kubicki* (Fn. 78), S. 72 (für extensive Interpretation der leitenden Täterschaft), dazu krit. *Herzberg*, in: *Eser/Kaiser/Weigend* (Fn. 20), 1988, S. 79 (S. 108 f.); vgl. zu diesem Themenkomplex *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 144; deutsche Übersetzung des Art. 151 k.k. bei *Weigend* (Fn. 30), S. 111.

<sup>105</sup> Sachverhalt abgedruckt bei *Schroeder*, *Täter hinter dem Täter*, 1965, S. 143.

<sup>106</sup> Z.B. den sog. Katzenkönig-Fall (BGHSt 35, 347), so auch *Banasik* (Fn. 20), S. 190.

<sup>107</sup> Grundlegend *Roxin*, GA 1963, 193; *Ambos*, GA 1998, 226; *Murmann*, JA 2008, 321 (325); *Koch*, JuS 2008, 496; *Rotsch*, ZStW 112 (2000), 518; *ders.*, NStZ 1998, 491; *ders.*, NStZ 2005, 13; *ders.*, ZIS 2007, 260; eingehend auch *Pauli*, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortentwicklung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 1992, S. 131 ff.; s.a. *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Aufl. 2009, Rn. 541, dort Fn. 71 mit umfangreichen Literaturhinweisen.

<sup>108</sup> *Koch*, JuS 2008, 496 m.w.N., auch zur Gegenansicht.

<sup>109</sup> Vgl. bereits III.

werden kann.<sup>110</sup> Dagegen genügt für das Bestimmen i.S.d. § 26 StGB jede Vorsatzform.<sup>111</sup> Daraus erschließt sich auch, dass zumindest eine Anstiftung durch Unterlassen im k.k. nicht möglich ist.<sup>112</sup>

Problematisch gestaltet sich aus rechtsvergleichender Sicht die Lösung der Fälle des omnimodo facturus sowie der „Abstiftung“, also der Veranlassung zur leichteren Begehungsform, im k.k. Während im deutschen Recht die Akzessorietät eine Grenze für die Strafbarkeit zieht, die über den Strafgrund der Teilnahme, den eine Ansicht in der Mitverursachung der Haupttat des Täters (sog. akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie), die andere in dem mittelbaren Rechtsgutsangriff durch den Teilnehmer (Theorie des akzessorischen Rechtsgutsangriffs) sieht, weiter zurückgedrängt wird,<sup>113</sup> existiert im k.k. keine Akzessorietät.

Die polnische Form der Anstiftung erweist sich als formales „Begehungsdelikt“, das mit dem Verleiten vollendet ist.<sup>114</sup> Demgemäß müsste – streng dogmatisch – die Verleitung eines bereits zur Tat fest Entschlossenen als strafbare Anstiftung sanktioniert werden.<sup>115</sup> Dennoch wird das Verleiten wie das Bestimmen in § 26 StGB als Hervorrufen des Tatenschlusses definiert, somit nicht als strafbare Anstiftung bewertet, allenfalls als strafbare psychische Beihilfe angesehen.<sup>116</sup> Der SN kategorisiert diese Problematik auch unter dem Begriff der „versuchten Anstiftung“.<sup>117</sup> Dogmatisch einwandfrei ausschließen lassen sich der omnimodo facturus und die „Abstiftung“ nur, wenn man das Verleiten sowohl als Begehung als auch als auf einen Erfolg gerichtet begreift.<sup>118</sup> Von diesem Standpunkt aus könnte man auf die in der polnischen Doktrin und Rechtsprechung anerkannte Lehre der

---

<sup>110</sup> *Spotowski* (Fn. 4), S. 147; *Schmitz* (Fn. 27), S. 157; *Wasek*, ZStW 90 (1978), 530 (551).

<sup>111</sup> Unstrittig, vgl. *Joecks* (Fn. 34), § 26 Rn. 44.

<sup>112</sup> So *Spotowski* (Fn. 4), S. 149; zur M.M. für das StGB vgl. *Joecks* (Fn. 34), § 26 Rn. 76 m.w.N.

<sup>113</sup> *Satzger*, Jura 2008, 514 (516 f.); *Kretschmer*, Jura 2008, 265 f.; zu den M.A. vgl. *Weber* (Fn. 17), § 30 Rn. 3 ff.

<sup>114</sup> *Banasik* (Fn. 20), S. 34; eingehend *Spotowski* (Fn. 4), S. 102 f., 148 f. und *Bojarski* (Fn. 18), S. 201-203.

<sup>115</sup> *Zoll*, Państwo i Prawo 1995, Nr. 6, 35; in diese Richtungweisend *Spotowski* (Fn. 4), S. 102 f., 148 f.; vgl. auch *Makarowicz* (Fn. 20), S. 433-436, der die Straflosigkeit der erfolglosen Anstiftung und Beihilfe als erstklassigen Fehler des Gesetzgebers ansieht; a.A. *Schmitz* (Fn. 27), S. 159 m.w.N.

<sup>116</sup> Instruktiv *Wolter*, Państwo i Prawo 1974, Nr. 1, 33 (37 f.); *Marek* (Fn. 45), S. 199 Rn. 284; *Andrejew* (Fn. 20), S. 33; *Grześkowiak* (Fn. 37), S. 141; abw. *Warylewski* (Fn. 20), S. 359.

<sup>117</sup> Krit. *Banasik* (Fn. 20), S. 35 und *Marek* (Fn. 29), Art. 18 Nr. 14 f.; eingehend *Bojarski* (Fn. 18), S. 202 f. m.w.N.; zur Konstruktion, krit. bis abl. *Wolter*, Państwo i Prawo 1974, Nr. 1, 33 (38 f.).

<sup>118</sup> So die M.A., vgl. *Marek* (Fn. 29), Art. 18 Nr. 14: „czynnościowo-skutkowe“; ähnlich auch *Wolter*, Państwo i Prawo 1974, Nr. 1, 33 (36).

objektiven Zurechnung rekurren.<sup>119</sup> So könnte man das Hervorrufen des Tatentschlusses als Zwischenerfolg interpretieren, der dem Anstifter als Täter *sensu largo* objektiv zurechenbar sein müsste.<sup>120</sup> Folglich würden die Konstellationen des *omnimodo facturus* und der „Abstiftung“ herausfallen, da der Anstifter kein rechtlich relevantes Risiko geschaffen oder erhöht hätte, das sich im konkreten Erfolg realisiert hätte.

Daneben ist hervorzuheben, dass der § 30 Abs. 1 StGB und der Art. 18 § 2 k.k. nicht derselben Ideenquelle entstammen, obwohl sich beide Anstifterregelungen sehr stark ähneln.<sup>121</sup> Der im Zuge des Nationalsozialismus eingefügte § 30 Abs. 1 StGB (§ 49a Abs. 1 StGB a.F.) bezweckte in erster Linie ein Bekenntnis zum „Willensstrafrecht“, also die Bestrafung des *dolus malus*, der sich nur über eine Handlung externalisiert hatte, was auch die Pönalisierung der versuchten Beihilfe (§ 49a Abs. 3 StGB a.F.) bis zur Aufhebung 1953 zeigte.<sup>122</sup> Dagegen stand für *Makarewicz* die individuelle Tat des einzelnen „Täters“ im Vordergrund, der aufgrund seiner individuellen Handlung eine individuelle Strafe verdiene, weswegen eine Abkehr vom Kollektivverantwortlichkeitsgedanken vorzunehmen sei.<sup>123</sup> Die Handlung erweist sich also nach *Makarewicz*s System als ein konstitutives Element, während sie nach der Konzeption des „Willensstrafrechts“ lediglich ein deklaratorisches Element für die Strafbarkeit des Täters darstellt.

Abschließend ist im Rahmen der Anstiftung zu erwähnen, dass der k.k. gem. Art. 24 den *agent provocateur* ausdrücklich unter Strafe stellt. Darunter versteht der k.k. nach der Legaldefinition denjenigen, der mittels Anstiftung gegen einen anderen ein Strafverfahren einleiten will, was allerdings nach überwiegender Meinung voraussetzt, dass der „prowokator“ auch die Vollendung der „Haupttat“ will; dagegen bemüht sich das deutsche Schrifttum unabhängig von einer solchen besonderen Zweckrichtung um Straffreiheit des so verstandenen *agent provocateur*, jedenfalls dann, wenn der Anstifter

nicht die Vollendung der Tat will.<sup>124</sup> Ausnahmevorschriften im polnischen Recht befreien die Polizei von Strafbarkeit.<sup>125</sup>

Neben der Absage an die Akzessorietät der Beihilfe zeigen sich im polnischen Recht keine durchgreifenden Unterschiede zur deutschen Linie, was nach h.M. natürlich bedeutet, dass die Gehilfenhandlung für den Erfolg der „Haupttat“ nicht kausal im Sinne der *condicio-sine-qua-non*-Formel sein muss.<sup>126</sup> Bemerkenswert ist allerdings, dass in Art. 18 § 3 S. 2 k.k. die Beihilfe durch Unterlassen ausdrücklich geregelt ist.<sup>127</sup> Daneben ist von deutscher Seite aus zu unterstreichen, dass an sich neutrale Handlungen nach der Rechtsprechung des BGH, jedenfalls wenn sie bezogen auf die Haupttat mit *dolus directus* 2. Grades vorgenommen werden, als Beihilfe (§ 27 StGB) strafbar sind,<sup>128</sup> was in Polen nicht erörtert zu werden scheint.

Anstiftung und Beihilfe sind nach polnischer Auffassung auch zu Fahrlässigkeitsdelikten möglich,<sup>129</sup> was gem. §§ 26, 27 StGB („vorsätzlich“) de lege lata versagt ist.<sup>130</sup> De facto handelt es sich nach deutschem Verständnis um Fälle der mittelbaren Täterschaft. Ebenso wird im k.k. eine fahrlässige Anstiftung oder Beihilfe abgelehnt; sie wird allenfalls über einen extensiven Täterbegriff erfasst.<sup>131</sup>

Erwähnenswert ist des Weiteren, dass *Makarewicz*s Konzeption ursprünglich Anstiftung oder Beihilfe zu Sonderdelikten ablehnte.<sup>132</sup> Indes erlaubt der Gesetzgeber durch Art. 21 § 2 k.k. bei „Kenntnis von dem besonderen persönlichen Merkmal der Beteiligten“ die Zurechnung in diesen Fällen. Hier konzidiert Art. 21 § 3 k.k. aber, die Strafe zu mildern. Dagegen ordnet § 28 StGB bei echten eine obligatorische

<sup>119</sup> Zur Anerkennung der obj. Zurechnung in Polen, s. *Wąsek* (Fn. 85), S. 1463 f.

<sup>120</sup> Zu diesem Aspekt der obj. Zurechnung, vgl. instruktiv *Kretschmer*, Jura 2008, 265; s.a. *Satzger*, Jura 2008, 517.

<sup>121</sup> Dies rührt daher, dass der k.k. die Handlung und damit das Handlungsunrecht fokussiert, womit regelmäßig eine Betonung des Gesinnungsmoments einhergeht.

<sup>122</sup> Vgl. dazu *Werle* (Fn. 19), S. 427 ff., 300 f.

<sup>123</sup> Grundlegend *Makarewicz* (Fn. 20), S. 330 ff., 356-358, 433-436; nicht eindeutig aber *ders.*, Das Wesen des Verbrechens, Eine criminalsoziologische Abhandlung auf vergleichender und rechtsgeschichtlicher Grundlage, 1896, S. 244 ff., 251; bezeichnend ist auch, dass *Makarewicz* den Versuch durch Unterlassen als nicht strafbar erkannte, da es an einer Handlung fehle, vgl. *Mąciór* (Fn. 95), S. 75.

<sup>124</sup> *Joecks* (Fn. 34), § 26 Rn. 56 ff.; *Satzger*, Jura 2008, 514 (523); *Kretschmer*, Jura 2008, 265 (267 f.); zum Verständnis und Hintergrund der polnischen Regelung, vgl. *Spotowski* (Fn. 4), S. 150; s.a. *Warylewski*, (Fn. 20), S. 362 f.

<sup>125</sup> Zu den einschlägigen Normen, s. *Marek* (Fn. 29), Art. 24 Nr. 2; s.a. *Schmitz* (Fn. 27), S. 161.

<sup>126</sup> So *Spotowski* (Fn. 4), S. 159 f.; *ders.*, ZStW 87 (1975), 742 (753).

<sup>127</sup> Instruktiv *Zoll* (Fn. 24) S. 1013 ff.; zur Problematik der Abgrenzung Täterschaft und Beihilfe im Rahmen der Unterlassensdelikte, vgl. für das polnische Recht *Wąsek* (Fn. 47), S. 138-151; für das deutsche Recht vgl. *Sowada*, Jura 1986, 399.

<sup>128</sup> BGHSt 46, 107 (112); BGH wistra 1999, 459 (460 ff.); vgl. zu diesem umstrittenen Komplex *Kretschmer*, Jura 2008, 265 (268 ff.); *Rotsch*, Jura 2004, 14, jeweils m.w.N.

<sup>129</sup> *Spotowski* (Fn. 4), S. 121 f.; *Wąsek*, ZStW 90 (1978), 530 (562 f.); eingehend *Andrejew* (Fn. 20), S. 22-27.

<sup>130</sup> Krit. *Jakobs* (Fn. 32), 22/12 ff.; *Cramer/Heine* (Fn. 29), Vor §§ 25 ff. Rn. 29 m.w.N.

<sup>131</sup> Umstr., vgl. *Wąsek*, ZStW 90 (1978), 530 (563 f.); *Spotowski* (Fn. 4), S. 122 f.; instruktiv *Volter* (Fn. 55), S. 317-322; zur „Denkmöglichkeit“ im deutschen Recht vgl. *Cramer/Heine* (Fn. 29), Vor §§ 25 ff. Rn. 15 m.w.N.

<sup>132</sup> Instruktiv *Spotowski* (Fn. 4), S. 115 und *Zoll* (Fn. 23), S. 275 ff.; vgl. auch *Andrejew* (Fn. 20), S. 27 ff.

Strafmilderung und bei unechten Sonderdelikten<sup>133</sup> eine Tatbestandsverschiebung an.

#### b) Gesichtspunkte der Strafzumessung

Nach deutschem Recht richtet sich die Strafandrohung wegen der Akzessorität der Teilnahme nach dem für den Täter geltenden Strafmaß. Lediglich für den Gehilfen ist gem. § 27 Abs. 2 S. 2 StGB eine obligatorische Strafmilderung vorgesehen. Anders liegt der Fall im polnischen Recht. Anstiftung und Beihilfe müssten wegen des Grundsatzes der Gleichrangigkeit der Erscheinungsformen der Straftat dasselbe Strafmaß androhen.<sup>134</sup> So ist nach Art. 19 § 1 k.k. die Strafe der beiden Erscheinungsformen in den Grenzen der Strafandrohung des Täters zu bemessen; nur für den Gehilfen ist eine fakultative Strafmilderung gem. Art. 19 § 2 k.k. vorgesehen. Jedoch ordnet Art. 22 § 1 k.k. an, dass diese Täterschaftsformen nur „wie wegen Versuchs“ zu bestrafen sind, wenn die Tat ebenfalls nur versucht worden ist; für den Fall, dass die Tat nicht einmal ins Versuchsstadium gelangt ist, kann das Gericht die Strafe außerordentlich mildern oder gar von ihr absehen (Art. 22 § 2 k.k.). Für den sog. *agent provocateur* sind diese Vergünstigungen gem. Art. 24 k.k. ausgeschlossen. Mithin kann neben der Ausdehnung der Täterschaftsformen von einer fortdauernden Gleichrangigkeit der Erscheinungsformen nach dem geltenden Verständnis des k.k. nicht mehr gesprochen werden;<sup>135</sup> es existiert eine quasi „rückgekoppelte“ Akzessorität<sup>136</sup> im Rahmen der Strafzumessung.

#### IV. Rechtspolitische Bewertung

Der k.k. enthält ein differenziertes System zur Erfassung strafwürdigen Verhaltens mehrerer Personen. Während Alleintäterschaft und Mittäterschaft im Vergleich zur deutschen Konstruktion keine gravierenden Besonderheiten aufweisen, erfordert die originelle Ausgestaltung der fremdhändigen Täterschaften und der „Teilnahme“ vertiefte Erörterungen. Den entscheidenden Anknüpfungspunkt für die divergierenden Regelungen bildet die Akzessorität der Teilnahme.

Laut *Makarewicz* resultiert die mittelbare Täterschaft allein aus der Anerkennung der Akzessorität der Teilnahme, die ein Relikt der Kollektivverantwortlichkeit aus dem 19. Jhd. darstellt;<sup>137</sup> seiner Ansicht nach kenne das polnische

Recht weder das eine noch das andere.<sup>138</sup> Dem ist insoweit zuzustimmen, als die mittelbare Täterschaft als ein „Überbrückungs“-instrument des Rechts fungiert, mittels dessen qua Tatherrschaft eine Zurechnung des deliktischen Verhaltens eines anderen erreicht wird, der selbst ein Strafbarkeitsdefizit aufweist. Auch wenn dadurch eine Subjektivierung der Verantwortlichkeit erlangt wird,<sup>139</sup> bleibt weiterhin die Frage offen, welches System sich – rechtspolitisch und vom nullum crimen-Grundsatz aus – als das „Wünschenswertere“ erweist.

Festzustellen ist, dass die mittelbare Täterschaft in Deutschland zwar durch Rechtsprechung und Wissenschaft immer mehr an Konturen gewinnt. Jedoch zeigen gerade die vielen Meinungsdivergenzen um dieses Rechtsinstitut, wie konturenlos sie sich immer noch erweist. Gerade das Fehlen einer präzisen Definition und der Rückgriff auf eine formelhafte „Bildersprache“,<sup>140</sup> demonstrieren, dass durch „Sondertäterschaften“ mehr an Rechtssicherheit gewonnen werden kann,<sup>141</sup> auch wenn beispielsweise unklar bleibt, inwieweit nach dem Verständnis der h.M. in Polen die leitende Täterschaft neben der die Merkmale ebenfalls erfüllenden Mittäterschaft ein selbstständiges Anwendungsfeld ausfüllt.<sup>142</sup> Ob darüber hinaus der Schluss zu ziehen ist, dass eine eher „sachwidrige“ Erfassung über Anstiftung und Beihilfe zu akzeptieren sei als stattdessen ergebnisorientiert ohne exakte Begründung „in eine Bildersprache zu flüchten“,<sup>143</sup> ist zweifelhaft.

Ferner schlüsselt *Makarewicz* nicht vollends auf, ob die Akzessorität ein verzichtbares Rechtsinstitut darstellt. Es steht definitiv fest, dass Anstiftung und Beihilfe denknötwendig an die „fremde“ Handlung eines anderen anknüpfen.<sup>144</sup> Zu konstatieren ist aber auch, dass strafrechtsrelevantes Verhalten immer eine Handlung voraussetzt und deren Bewertung nicht von der strafbaren Handlung eines anderen abhängen muss; Handlung und Verschulden sind streng voneinander abzugrenzen.<sup>145</sup> Ob und inwieweit diese Relation als Akzessorität ausgestaltet sein muss, lässt sich nur vom Strafgrund der Anstiftung und Beihilfe her klären. Dieser Strafgrund ist in beiden Rechtsordnungen umstritten. Sieht man ihn in Polen in einer abstrakten Rechtsgutsgefährdung, so lässt sich darüber streiten, ob im k.k. eine obligatorische Strafmilderung vorgesehen sein muss oder eine solche Frage dem Ermessen des Richters obliegen kann, um dem Schuld-

<sup>133</sup> Zur Unterscheidung, vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 59), Vor § 331 Rn. 2.

<sup>134</sup> *Spotowski* (Fn. 4), S. 161.

<sup>135</sup> *Zoll* (Fn. 24), S. 1017; *Banasik* (Fn. 20), S. 42-44.

<sup>136</sup> In Ansätzen *Wąsek*, ZStW 90 (1978), 530 (564): „Spuren einer Akzessorität“; *Banasik* (Fn. 20), S. 46.

<sup>137</sup> *Makarewicz* (Fn. 20): „An die Stelle der reinen Kollektivverantwortlichkeit ist ein Amphibium getreten, ein Zwittergeschöpf, das zwischen der alten Kollektivhaftung und der Haftung für fremde Schuld schwankt.“ (S. 337), „Die Teilnahme führe zu Bestrafung für fremde Schuld (S. 340)“ bzw. „[...] Teilnahme bilde bloß eine akzessorische Schuldform (S. 433).“; *Wolter* bezeichnet die mittelbare Täterschaft als „Verlegenheitskonstruktion“, *ders.*, *Nowe Prawo* 1955, 31 (32); kritisch zur Akzessorität auch v. *Liszt* (Fn. 25), § 49

S. 204 f. m.w.N.; zur Gegenmeinung, insbesondere gegen *Getz*, vgl. v. *Birkmeyer* (Fn. 22), S. 82 ff., 132 ff. m.w.N.

<sup>138</sup> *Spotowski* (Fn. 4), S. 85 ff., 130; *Andrejew* (Fn. 20), S. 24 f.

<sup>139</sup> *Spotowski* (Fn. 4), S. 104 ff.

<sup>140</sup> So *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 146.

<sup>141</sup> *Abl. Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 146 ff.

<sup>142</sup> Eingehende Kritik bei *Wąsek*, ZStW 90 (1978), 530 (549 ff.).

<sup>143</sup> So aber *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 146.

<sup>144</sup> *Herzberg* (Fn. 104), S. 95; ausdrücklich für das polnische Recht *Wolter* (Fn. 116), S. 33 f.

<sup>145</sup> *Spotowski* (Fn. 4), S. 100; in diese Richtung *Wolf/Zboralska* (Fn. 16), S. 149.

prinzip gerecht zu werden.<sup>146</sup> Letztendlich ist als Vorteil der Akzessorietät festzustellen, dass sie als „technisch-formales Prinzip“ einen „materiellen Wert“ verkörpert, dem eine strafbarkeitsbegrenzende Funktion innewohnt, andererseits muss ihr als Nachteil entgegen gehalten werden, dass sie Systembrüche wie durch § 30 StGB begünstigt.<sup>147</sup>

Begreift man jedoch die Tatherrschaft zunehmend als bloße „Chiffre für die Tatbestandsverwirklichung“<sup>148</sup> und damit als ausschließlich unrechtsbegründend<sup>149</sup>, entwickelt man darauf aufbauend das *Roxinsche* Tatherrschaftsverständnis zu einer reinen Zurechnungslehre fort.<sup>150</sup> Setzt sich eine so interpretierte Tatherrschaftslehre auch vollends in Polen als der die Täterschaftsformen vereinigende Maßstab durch<sup>151</sup>, so erblickt man in der polnischen Beteiligungslehre ein System, das durch (einschränkende) Zurechnungsgesichtspunkte, namentlich die Merkmale der einzelnen Täterschaftsformen, eine Art normativ-funktionaler Straftatbestandslehre darstellt. Die daneben stehenden „Auffang“-täterschaften (sensu largo) würden demzufolge Mindestkriterien der Zurechnung für die einzig problematischen mittelbaren Verursachungsbeiträge, d.h. eine Art „Mindesttatherrschaft“, statuieren und wären im Übrigen lediglich für die Strafzumessung unterscheidungsbedürftig. Dann erwiese sich der Wegfall der Akzessorietät als folgerichtig; denn Akzessorietät kann kein Gesichtspunkt unrechtsbegründender Zurechnung sein, sondern nur ein Aspekt der Strafzumessung. Von diesem Standpunkt aus erscheint das polnische Beteiligungsmodell für eine in Deutschland postulierte Einheitstäterschaft durchaus interessant.

---

<sup>146</sup> So *Schmitz* (Fn. 27), S. 157-159; a.A. *Spotowski* (Fn. 4), S. 96: „wegen ihrer gesellschaftlichen Gefährlichkeit“; a.A. *Banasik* (Fn. 20), S. 32-34 m.w.N.: „mittelbare Gefährdung eines Rechtsguts“; zum Streit im deutschen Recht vgl. III. 2. a), Fn. 131.

<sup>147</sup> *Herzberg* (Fn. 104), S. 100 f., 114.

<sup>148</sup> *Murmann*, JA 2008, 321 (321 f., 326).

<sup>149</sup> Zur Unmöglichkeit der Tatherrschaft, sowohl unrechtskonstituierendes als auch unrechtsbewertendes Kriterium zu sein, vgl. *Rotsch* (Fn. 5), S. 290-296.

<sup>150</sup> *Rotsch* (Fn. 5), passim. Ihm weitgehend folgend *Marlie* (Fn. 5), S. 216-221. Zu parallelen Gedanken im zivilrechtlichen Deliktsrecht die Verkehrssicherungspflichten unter dem Prüfungspunkt „dem Erfolg zurechenbar“ zu erörtern, da es sich bei diesen in Betracht kommenden Verhaltensweisen um mittelbare Verursachungsbeiträge, somit ausschließlich um ein Zurechnungsproblem handelt, vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 22. Aufl. 2009, S. 308-310 Rn. 611-647

<sup>151</sup> Die Tatherrschaft als die Täterschaftsformen sensu stricto umfassenden Maßstab favorisiert *Spotowski* (Fn. 79), S. 46-48; zum Aspekt der Tatherrschaft bei der anweisenden Täterschaft, s.a. *Banasik* (Fn. 20), S. 185-187.