

AKAD. RÄTIN A. Z. DR. KRISTINA PETERS UND STUD. HILFSKRAFT ANNA BILDNER\*

# Die Mittäterschaft gem. § 25 II StGB und ihre Herausforderungen in der Fallbearbeitung

Die Mittäterschaft scheint beinahe ebenso häufig Gegenstand strafrechtlicher Klausuren zu sein, wie sie ungeliebter „Angstgegner“ der Prüflinge ist. Bereits ihre dogmatische Grundstruktur ist höchst anspruchsvoll, darüber hinaus hat sie vielfältige Problemstellungen zu bieten. Die Mittäterschaft kann in mannigfaltigen Gestalten begegnen und fordert häufig auch strafrechtlich bereits gut Geschulte heraus. Neben der hohen praktischen Relevanz macht gerade dieser Aspekt sie so beliebt für Prüfungsarbeiten: Wenn in Fällen der Mittäterschaft ein nachvollziehbarer Aufbau gelingt, zeigt dies, dass der Bearbeiter oder die Bearbeiterin ein gutes Stück Strafrecht beherrscht. Im Folgenden werden kurz die Grundlagen der Mittäterschaft vergegenwärtigt und Aspekte hervorgehoben, die erfahrungsgemäß besonders häufig zu Missverständnissen führen. Anschließend wird die richtige dogmatische Anknüpfung einiger typischer Klausurprobleme dargestellt. Da Studentinnen und Studenten wie Referendarinnen und Referendare zwar häufig durchaus mit dem theoretischen Wissen vertraut, jedoch mit der Strukturierung der Prüfung überfordert sind, schließt der Beitrag mit einer Darstellung der gängigsten Aufbaumöglichkeiten.

## A. Dogmatische Grundstruktur

### I. Wesen, Voraussetzungen und Konsequenzen

Mittäterschaft gem. § 25 II liegt vor, wenn mindestens zwei Personen eine Straftat gemeinschaftlich begehen – dann „wird jeder als Täter bestraft“. Weil es sich um eine besondere Form der Täterschaft handelt, kann Mittäter nur sein, wer die Tat grundsätzlich auch als Alleintäter hätte verwirklichen können.<sup>1</sup> Dies ist besonders bei Tatbeständen zu berücksichtigen, die – wie etwa die Amtsträgerdelikte – eine bestimmte Tätoreigenschaft voraussetzen. Mittäter kann hier nur sein, wer diese Eigenschaft aufweist. Voraussetzung des § 25 II ist, dass die Tat „gemeinschaftlich“ begangen wird, wobei „gemeinschaftlich“ das bewusste und gewollte Zusammenwirken der Tatbeteiligten bedeutet.<sup>2</sup> Hieraus lassen sich die zwei Prüfungspunkte der Mittäterschaft ableiten: Der gemeinsame Tatplan und die gemeinsame Tatausführung.<sup>3</sup> Der grundlegende Unterschied zur unmittelbaren Täterschaft (§ 25 I Var. 1) und zur mittelbaren Täterschaft (§ 25 I Var. 2), bei der der Täter „durch“ einen anderen handelt, liegt in der arbeitsteiligen Ausführung der Tat.<sup>4</sup>

Ein *gemeinsamer Tatplan* setzt voraus, dass mindestens zwei Personen verabreden, eine bestimmte Tat gemeinsam zu begehen. Dies kann ausdrücklich oder konkludent erklärt werden,<sup>5</sup> erforderlich ist jedoch stets ein Kommunikationsvorgang.<sup>6</sup> Der gemeinsame Tatplan enthält damit sowohl eine objektive (Kommunikationsakt) als auch eine subjektive Komponente (Tatentschluss).<sup>7</sup> Gerade weil dieses Merkmal sowohl objektive als auch subjektive Aspekte aufweist, die nicht immer sauber ausdifferenziert werden, entstehen hier häufig Probleme. Insbesondere die Abgrenzung zum Vorsatz wird nicht immer deutlich. Die Unsicherheiten beginnen schon bei der Frage, worauf der Tatplan sich eigentlich beziehen muss. Leider wird dieser kritische Punkt in Lehrbüchern wie Kommentaren selten in der erforderlichen Tiefe thematisiert. Einleuchtend ist die Annahme, dass lediglich die Begehung der Tat Gegenstand des Tatplans sein muss, nicht aber ihr Erfolg.<sup>8</sup> Die Täter müssen also vereinbaren und sich entschließen, Handlungen vorzunehmen, nicht aber, dass hierdurch ein bestimmter Erfolg eintreten soll.

Am *Beispiel*:<sup>9</sup> Vereinbaren A und B durch gegenseitiges Aufheulenlassen des Motors konkludent, ein Straßenrennen durchzuführen, und kommt dadurch ein Mensch zu Tode, stellt sich die Frage eines mittäterschaftlichen Totschlags (oder Mordes). Für das Vorliegen eines gemeinsamen Tatplans genügt die Vereinbarung zu einem Straßenrennen. Die für die Strafbarkeit kritische Frage, ob die Täter den Tod des Opfers zumindest billigend in Kauf genommen haben, betrifft nicht den Tatplan, sondern wird für jeden Täter einzeln im Rahmen des jeweiligen Vorsatzes beantwortet.

Ein solches handlungsbezogenes Verständnis des Tatplans kann inhaltlich überzeugen und verhilft der Fallbearbeitung zu Übersichtlichkeit und Stringenz: Im objektiven Tatbestand wird im Rahmen der Prüfung des § 25 II danach gefragt, ob einem Täter die *Handlung* eines anderen zugerechnet werden kann – als Grundlage für eine solche Zurechnung genügt es, dass der Tatplan die *Handlungen* der Täter umfasst, die sich als gemeinsame Tatausführung (s. u.) darstellen. Im Rahmen des Vorsatzes wird dann für jeden Täter gesondert die Frage nach dem Vorstellungsbild hinsichtlich des Eintritts des Er-

\* Die Autorin *Peters* ist Wiss. Mitarbeiterin und Habilitandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie von Prof. Dr. Armin Engländer an der Ludwig-Maximilians-Universität München; die Autorin *Bildner* ist dort Stud. Hilfskraft. – §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

- 1 Rengier, AT, 11. Aufl. 2019, § 44 Rn. 1; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 813.
- 2 Rengier (o. Fn. 1), § 44 Rn. 1 f.; Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 812.
- 3 Rengier (o. Fn. 1), § 44 Rn. 2.
- 4 Roxin, AT II, 2003, § 25 Rn. 188.
- 5 Rengier (o. Fn. 1), § 44 Rn. 11; Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 816.
- 6 Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 816; Frister, AT, 8. Aufl. 2018, Kap. 26 Rn. 3; Maurach/Gössel/Zipf, AT II, 8. Aufl. 2014, § 49 Rn. 21; Roxin (o. Fn. 4), § 25 Rn. 192; Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1995, 149 f.; Puppe, ZIS 2007, 234 (238).
- 7 Häufig wird angeführt, der gemeinsame Tatplan sei ein subj. Merkmal, so etwa Rengier (o. Fn. 1), § 44 Rn. 2, 10 f.; Heinrich, AT, 6. Aufl. 2019, Rn. 1222; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. 1996, 678; Krey/Esser, AT, 6. Aufl. 2016, Rn. 808, 942; LK-StGB/Schünemann, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 173; dies ist jedoch unvollständig: Erst durch den Kommunikationsakt werden die individuellen Entschlüsse der einzelnen Beteiligten zu einem „gemeinsamen“ Entschluss.
- 8 Frister (o. Fn. 6), Kap. 26 Rn. 3; Maurach/Gössel/Zipf (o. Fn. 6), § 49 Rn. 27; Sung-Ryong, Die Analyse des „gemeinschaftlichen Begehens“ iSd § 25 II StGB und die Mittäterschaft beim Fahrlassigkeitsdelikt, 2001, 252 f.
- 9 Vgl. auch Frister (o. Fn. 6), Kap. 26 Rn. 3.

folgs beantwortet. So wird die Abgrenzung der Voraussetzungen des § 25 II zum Vorsatz des einzelnen Mittäters gewahrt.<sup>10</sup> Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der BGH im „Berliner Raserfall“ einem solchen Verständnis entgegengetreten ist und angeführt hat, der Tatplan müsse auf die Tötung eines Menschen gerichtet sein. Indes: Der „Nachweis“, dass in solchen Fällen der Taterfolg Bestandteil des Tatplans gewesen ist, kann meist nur auf eine – argumentativ aufwendige – Fiktion hinauslaufen.<sup>11</sup>

Auch die zweite Voraussetzung des § 25 II beinhaltet einige Herausforderungen. Es ist sehr umstritten, wann eine *gemeinsame Tatausführung* vorliegt (dazu u. B II 1). Unstreitig ist jedenfalls erforderlich, dass die betroffenen Personen jeweils einen objektiven Tatbeitrag leisten. Die Frage, welche Anforderungen an diesen Tatbeitrag zu stellen sind, ist im Rahmen einer jeden Mittäterschaftsprüfung zu problematisieren.

Üblicherweise werden die Voraussetzungen der Mittäterschaft einschließlich ihrer subjektiven Aspekte im objektiven Tatbestand geprüft. Der Grund dafür liegt in der Ausgangsfrage: Es wird gefragt, ob einer Person der objektive Tatbeitrag einer anderen Person nach § 25 II zugerechnet werden kann. Die Antwort darauf hängt sowohl von objektiven als auch von subjektiven Voraussetzungen ab. Konsequenz des § 25 II ist, dass sich die Mittäter jeweils die Tatbeiträge der anderen zurechnen lassen müssen – sie werden so behandelt, als ob sie die Tat vollständig in eigener Person verwirklicht hätten.<sup>12</sup> Dabei ist zu beachten, dass das Prinzip der gegenseitigen Zurechnung nur objektive Tatbeiträge betrifft. Subjektive Tatbestandsmerkmale (neben dem Vorsatz zB die Mordmerkmale der 1. und 3. Gruppe des § 211, die Zueignungsabsicht bei §§ 242, 249 oder die Bereicherungsabsicht bei §§ 253, 263) und Schuldmerkmale müssen jeweils in der Person des Mittäters vorliegen.<sup>13</sup>

## II. Teilweise Mittäterschaft

Die Strafbarkeit der einzelnen Mittäter muss sich nicht immer vollständig decken. Ein Beispiel ist etwa ein „Auseinanderfallen“ der Strafbarkeit infolge besonderer Täterqualifikationen – so etwa, wenn eine Person § 223 I verwirklicht, während die andere Amtsträgerin und daher nach § 340 I strafbar ist.<sup>14</sup> Auch sind Fälle einer „isolierten Mittäterschaft“ denkbar, in denen die zweite Person nicht bestraft werden kann, etwa weil ihr eine überschießende Innentendenz fehlt oder sie schuldlos handelt. Hier ist sehr umstritten, ob eine Zurechnung gem. § 25 II möglich ist.<sup>15</sup>

## III. Fahrlässige Mittäterschaft

Äußerst umstritten ist, ob Mittäterschaft auch im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte möglich ist. Diese Frage wird insbesondere relevant, wenn mehrere Personen sorgfaltswidrig handeln und ein Erfolg eintritt, aber nicht festgestellt werden kann, welcher der Beteiligten die entscheidende Ursache dafür gesetzt hat.

Ein Beispiel ist der „Rolling-Stones-Fall“:<sup>16</sup> A und B vereinbaren, jeweils einen großen Felsbrocken einen Abhang hinunter rollen zu lassen. Sie wissen, dass sich unterhalb des Abhangs oft Menschen aufhalten, vertrauen aber darauf, dass niemandem etwas passiert. Wider Erwarten wird jedoch eine Person von einem der Steine tödlich getroffen. Ob A oder B diesen Stein herunterrollen ließ, kann nicht festgestellt werden.

Eine Strafbarkeit des A oder B wegen fahrlässiger Tötung durch das Rollen des Steins scheidet jeweils an dem Nachweis der Kausalität. Alternativ wurde der Vorschlag gemacht, für die jeweilige Fahrlässigkeitsstrafbarkeit statt auf das Rollen des Steins auf die gefährliche Abrede abzustellen, die für den Tod kausal geworden sei.<sup>17</sup> Ein anderer Weg wäre die Annahme einer fahrlässigen Mittäterschaft. Der Streit, ob eine solche möglich ist, hängt nun maßgeblich mit der bereits thematisierten Frage zusammen, was Inhalt des Tatplans ist: Teilweise wird vertreten, ein gemeinsamer Tatplan sei bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht vorstellbar, da nicht bewusst und gewollt ein gemeinsamer deliktischer Erfolg herbeigeführt werde.<sup>18</sup> Andererseits wird jedoch argumentiert, dass sich der Tatplan lediglich auf die gemeinschaftliche Sorgfaltspflichtverletzung beziehen müsse.<sup>19</sup> Folgt man dem, können A und B die Handlungen des je anderen gem. § 25 II wie beim Vorsatzdelikt zugerechnet werden, so dass sich kein Kausalitätsproblem ergibt. Diese Überlegungen lassen sich in der Fallbearbeitung auf verschiedene Weise anbringen. Folgt man im Ergebnis der weiten Ansicht, bietet es sich an, ähnlich wie bei Vorsatzdelikten A und B gemeinsam zu prüfen (zum Prüfungsaufbau s. u. C) und im Anschluss an die Feststellung des Erfolgesintritts die Anwendbarkeit des § 25 II zu diskutieren.

## IV. Versuch

Ein weiteres Problem ist schließlich der Versuchsbeginn. Die hM folgt der sog. *Gesamtlösung*, wonach die gegenseitige Zurechnung gem. § 25 II auch das unmittelbare Ansetzen gem. § 22 umfasst und alle Mittäter in das Versuchsstadium eintreten, sobald einer von ihnen unmittelbar ansetzt.<sup>20</sup> Die *Einzellösung* stellt demgegenüber auf den einzelnen Mittäter ab, der jeweils selbst die Schwelle zum unmittelbaren Ansetzen überschreiten müsse, da sonst die Tatherrschaft fehle (s. u.).<sup>21</sup>

## B. Typische Klausurprobleme iRd § 25 II StGB

### I. Probleme im Rahmen des gemeinsamen Tatplans

#### 1. Mittäterexzess

Wird der gemeinsam gefasste Tatplan von einem Mittäter überschritten, stellt sich das Problem des Mittäterexzesses.

10 Frister (o. Fn. 6), Kap. 26 Rn. 3.

11 BGHSt 63, 88 = NJW 2018, 1621 Rn. 27 = JuS 2018, 492 (Eisele); krit. hierzu etwa Hörnle, NJW 2018, 1576.

12 Rengier (o. Fn. 1), § 44 Rn. 3; Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 814 („rechtliche Einheit“).

13 Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 815.

14 Auch können beide als Mittäter die Qualifikation des § 224 I Nr. 4 verwirklichen. Ein weiteres Bsp. für ein solches „Auseinanderfallen“ können Mittäterexzesse sein (dazu u.), s. auch Rengier (o. Fn. 1), § 44 Rn. 28 f.; Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 837.

15 Für eine Zurechnung etwa Rengier (o. Fn. 1), § 44 Rn. 8 a/b, 29 a; ders., BT I, 22. Aufl. 2020, § 10 Rn. 20; iErg auch BGH, StV 1991, 349; dagegen mit dem Arg., § 25 II setze die gemeinsame Begehung einer „Straftat“ voraus, Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 838; s. auch Eisele, BT II, 5. Aufl. 2019, Rn. 420 f.; LK-StGB/Vogel, 12. Aufl. 2010, § 252 Rn. 71; ist der schuldhaft handelnden Person die Schuldunfähigkeit des anderen bewusst, so ist an die mittelbare Täterschaft (§ 25 I Var. 2) zu denken. Auch die Beihilfe darf nicht vergessen werden.

16 Beispielfall nach BGE 113 IV 58 (www.bger.ch) bei Rengier (o. Fn. 1), § 53 Rn. 4 („Rolling-Stones-Fall“).

17 Rengier (o. Fn. 1), § 53 Rn. 5.

18 Puppe, GA 2004, 129; Kraatz, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2006, 249 f.; krit. auch Murmann in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 4. Aufl. 2019, § 25 Rn. 34, 35.

19 Rengier (o. Fn. 1), § 53 Rn. 3 ff.; LPK-StGB/Kindhäuser/Hilgendorf, 8. Aufl. 2019, Vorb. §§ 25–31 Rn. 48 mwN.

20 BGHSt 39, 236 = NJW 1993, 2251; Rengier (o. Fn. 1), § 36 Rn. 18 f.

21 Roxin (o. Fn. 4), § 29 Rn. 297 ff.; die Argumentation basiert auf der strengen Tatherrschaftslehre (s. u.), vgl. etwa Rengier (o. Fn. 1), § 36 Rn. 22.

Der gemeinsame Tatplan legt grundsätzlich nicht nur das Fundament, sondern auch die Grenze der wechselseitigen Zurechnung fest.<sup>22</sup>

*Beispielsfall:* A und B wollen den C gemeinsam verprügeln. Während der Schlägerei zückt B plötzlich eine Waffe und erschießt C. A wusste nichts von B's Vorhaben und hätte diesem auch niemals zugestimmt. Hier fehlt es hinsichtlich § 212 I an einem gemeinsamen Tatplan und nur B wird als Alleintäter wegen der Tötung bestraft.

Allerdings wird die Tatbegehung selten in allen Einzelheiten abgesprochen, außerdem ist selbst bei einer detaillierten Planung jedes Handeln von einer gewissen Dynamik getragen, weshalb der Tatverlauf wohl niemals exakt den ursprünglichen Planungen entspricht.<sup>23</sup> Aus diesem Grund besteht weitgehend Einigkeit, dass nur eine *wesentliche* Abweichung vom Tatplan einen Mittäterexzess begründet und eine Zurechnung gem. § 25 II verhindert.<sup>24</sup> Bloß unwesentlich sind demgegenüber Abweichungen, mit denen nach den Umständen des Falls für gewöhnlich zu rechnen ist und die keine andere Bewertung der Tat rechtfertigen.<sup>25</sup> Auch Abweichungen, die die verabredete Tatausführung durch eine in ihrer Schwere gleichwertige Ausführung ersetzen, gelten als unwesentlich.<sup>26</sup> Die Erfüllung eines ganz anderen oder qualifizierten Tatbestands soll auf Grund der Erhöhung des Unrechts stets eine wesentliche Abweichung bedeuten.<sup>27</sup> Allerdings ist die Einordnung als wesentliche oder unwesentliche Abweichung oft nicht ganz einfach.<sup>28</sup> Schwierigkeiten können sich insbesondere mit Blick auf offen formulierte Vereinbarungen ergeben, die ausgelegt werden müssen, um feststellen zu können, welches Verhalten noch vom Tatplan gedeckt ist.<sup>29</sup>

Sowohl über die Abgrenzung nach wesentlichen oder unwesentlichen Abweichungen als auch über die Verortung dieses Problems in dem Merkmal des gemeinsamen Tatplans besteht weitgehend Einigkeit. Die Frage, ob es sich seiner Natur nach um ein Problem der objektiven oder der subjektiven Komponente des Tatplans handelt, wird jedoch unterschiedlich beantwortet. Größtenteils wird angenommen, dass es sich um ein subjektives Problem handelt und häufig davon gesprochen, dass im Zweifel der „Vorsatz“ fehle.<sup>30</sup> Bei genauem Hinsehen ist dieses Vorgehen jedoch häufig unsauber, da die objektive Komponente übersprungen wird: Haben sich die Beteiligten nicht – auch nicht konkludent – über die Tatbegehung verständigt, so fehlt bereits der Kommunikationsvorgang, der gleichsam das Fundament dafür legt, dass ein entsprechender Vorsatz überhaupt relevant werden kann.<sup>31</sup> Aus diesem Grund fehlt etwa in dem obigen *Beispielsfall* schon die objektive Komponente des Tatplans. Die übrigen Fälle, in denen zwar die Tatbegehung vereinbart war, jedoch in ihrer Art und Weise – Intensität, Dauer etc. – von dem Tatplan abweicht, werden über die geschilderte Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Abweichungen gelöst, die je nach Verständnis sowohl als objektive als auch als subjektive Grenzziehung interpretiert werden kann.<sup>32</sup> In der Klausurbearbeitung empfiehlt es sich nicht, diese schwierige Grenzziehung unter Zeitdruck überzeugend lösen zu wollen. Stattdessen bietet es sich an, im Rahmen des Merkmals des gemeinsamen Tatplans unmittelbar darauf zu verweisen, dass die Strafbarkeit davon abhängt, ob die Abweichung wesentlich oder unwesentlich ist, und hier ausführlich zu argumentieren.

Im Übrigen liegt kein Exzess vor, wenn die Mittäter ihren Tatplan ausdrücklich oder konkludent erweitert haben.<sup>33</sup>

*Vertiefungshinweis:* Besonders anspruchsvoll ist die Frage nach den Auswirkungen eines Exzesses infolge eines *error in persona*, s. hierzu etwa Rengier, AT, 11. Aufl. 2019, § 44 Rn. 30 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, AT, 49. Aufl. 2019, Rn. 830.

## 2. Sukzessive Mittäterschaft

Ein weiteres typisches Problem betrifft die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Tatplan gefasst worden sein muss. Unstreitig kann eine Person auch im Laufe der Tatbegehung bis zur Vollendung der Tat zum Mittäter werden (sog. *sukzessive Mittäterschaft*), wenn auf Basis eines gemeinsamen Tatplans ein hinreichender Tatbeitrag erbracht wird.<sup>34</sup> Ebenso unstreitig ist dies nach der Beendigung der Tat ausgeschlossen.<sup>35</sup> Die einzig umstrittene Konstellation, die allein im Rahmen einer Klausur der Diskussion bedarf, ist die Frage, ob eine sukzessive Mittäterschaft zwischen Vollendung und Beendigung möglich ist. Der Streit wird besonders häufig iRd §§ 242 ff., 249 ff. relevant, da bei diesen Delikten oftmals ein längerer Zeitraum zwischen Vollendung und Beendigung liegt: die Phase der Beutesicherung. Die Rechtsprechung bejaht eine sukzessive Mittäterschaft während der Beendigungsphase, da sich der Hinzutretende auch in diesem Zeitraum an dem mit dem Delikt typischerweise verknüpften Unrecht beteilige.<sup>36</sup> So zähle die Beutesicherung in der Beendigungsphase des Diebstahls gem. § 242 I zu dem deliktstypischen Unrecht, das in der Erlangung einer eigentümerähnlichen Position liegt. Die hL tritt dieser Ansicht insbesondere mit Blick auf den Wortlaut des § 25 II entgegen, welcher eine gemeinschaftliche Begehung der „Straftat“ voraussetze, die gem. § 11 I Nr. 5 mit Vollendung abgeschlossen sei.<sup>37</sup> Möglich bleibe eine Bestrafung wegen Anschlussdelikten wie Begünstigung (§ 257) oder Strafvereitelung (§ 258).<sup>38</sup>

22 Rengier (o. Fn. 1), § 44 Rn. 23; Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 827.

23 Vgl. auch Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 827.

24 Rengier (o. Fn. 1), § 44 Rn. 23; Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 827.

25 BGH, NStZ 2017, 272 (273).

26 BGH, NStZ-RR 2005, 71 (72).

27 Vgl. etwa BGH, NStZ-RR 2006, 37 (38); Roxin (o. Fn. 4), § 25 Rn. 194; Puppe, ZIS 2007, 234 (242).

28 So scheint etwa unklar, was die entspr. Vertreter in Fällen annehmen würden, in denen die Begehung einer Qualifikation verabredet war, dann jedoch abredewidrig eine andere Qualifikation verwirklicht wird, bspw. § 224 I Nr. 2 Var. 1 statt Var. 2.

29 Rengier (o. Fn. 1), § 44 Rn. 24.

30 So etwa BGH, NStZ 2002, 597 (598); Rengier (o. Fn. 1), § 44 Rn. 23; Roxin (o. Fn. 4), Rn. § 25 Rn. 194, 196; Krey/Esser (o. Fn. 7), Rn. 946; Heine/Weißer in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 25 Rn. 100.

31 Für eine obj. Anknüpfung Frister (o. Fn. 6), Kap. 26 Rn. 10; Maurach/Gössel/Zipf (o. Fn. 7), § 49 Rn. 59; Haas in Matti/Renzikowski, StGB, 2013, § 25 Rn. 69; als Konsequenz ist es, wie auch Frister betont, vollkommen unerheblich, ob der Exzess subj. als mögl. vorhergesehen wurde oder einseitig zur Kenntnis genommen u. gebilligt wird.

32 Für eine obj. Anknüpfung etwa Frister (o. Fn. 6), Kap. 26 Rn. 10, und Puppe, ZIS 2007, 234 (238 f.), nach der „das Band der Plangemeinschaft, auf dem die Zurechnung ... basiert, ... zerschnitten“ ist. Das Problem steht dem Themenkreis der abweichenden Kausalverläufe nahe, der sich gleichermaßen sowohl auf obj. als auch auf subj. Ebene abhandeln lässt, vgl. auch Puppe ZIS 2007, 234 (243).

33 BGH, NStZ 2013, 400 = JuS 2013, 943 (Hecker); Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 828.

34 Rengier (o. Fn. 1), § 44 Rn. 35 f.; Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 831.

35 BGH, NStZ-RR 2017, 134; Rengier (o. Fn. 1), § 44 Rn. 38; Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 832.

36 Statt vieler BGH, NStZ 2019, 513.

37 Rengier (o. Fn. 15), § 7 Rn. 47; Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 835.

38 Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 835.

## II. Probleme im Rahmen der der gemeinsamen Tatausführung

### 1. Abgrenzung von (Mit-)Täterschaft und Teilnahme

Die bekanntermaßen problematische Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Teilnahme wird häufig fälschlich zu Beginn der Mittäterschaftsprüfung ohne dogmatische Anknüpfung vorgenommen. Richtigerweise betrifft diese Abgrenzung die Frage, welche Anforderungen an die objektiven Tatbeiträge der Beteiligten zu stellen sind, damit diese als „gemeinschaftliche Tatbegehung“ iSd § 25 II einzuordnen sind. Hier ist die Mittäterschaft von der Teilnahme – insbesondere der Beihilfe (§ 27) – abzugrenzen.

*Beispielfall:* A und B beschließen dem ihnen verhassten O eine Abreibung zu verpassen. Während A den O festhält, schlägt B zu.

Nach der älteren Rechtsprechung war Täter, wer die Tat als eigene will (*strenge subjektive Theorie*).<sup>39</sup> Hiernach genügte jeder objektive Tatbeitrag des Betroffenen – über seine Eigenschaft als Mittäter sollte allein sein innerer Wille entscheiden. Die Theorie ist in dieser Form überholt, da sie insbesondere nicht mit dem Wortlaut des § 25 I Var. 1 vereinbar ist, der ausdrücklich von „Begehen“ spricht und mithin einen objektiven Beitrag für die Täterschaft fordert.<sup>40</sup> Sie muss in der Klausur nicht angesprochen werden. In Abgrenzung hierzu hat sich in der Literatur die *Tatherrschaftslehre* entwickelt, die an die objektive Qualität des Tatbeitrags erhöhte Anforderungen stellt.<sup>41</sup> Hiernach ist nur derjenige Mittäter, der objektiv das Tatgeschehen in den Händen hält und deshalb als planvoll-lenkende Zentralgestalt des Geschehens erscheint. Eine Kontrollfrage ist insoweit, ob – wie im *Beispielfall* – die Tat mit dem jeweiligen Beitrag „steht und fällt“.<sup>42</sup>

Die Rechtsprechung hat die subjektive Theorie im Lauf der Zeit an die Tatherrschaftslehre angenähert. Die von ihr nunmehr vertretene *subjektive Theorie auf objektiv-tatbestandlicher Grundlage* setzt noch immer voraus, dass der Betroffene – neben einem nicht völlig untergeordneten Tatbeitrag – die Tat als eigene will, wobei die Feststellung des Täterwillens auf objektive Gesichtspunkte zu stützen ist. Wesentlicher Anhaltspunkt neben dem Grad des eigenen Interesses am Taterfolg ist nun insbesondere die Tatherrschaft.<sup>43</sup> Aus diesem Grund ist es in der Klausur meist sinnvoll, zuerst unter die Tatherrschaftslehre zu subsumieren, um sodann im Rahmen der Ansicht der Rechtsprechung auf das so ermittelte Ergebnis als ein Indiz für oder gegen den Täterwillen zu verweisen. Tatherrschaftslehre und Rechtsprechung kommen häufig zu demselben Ergebnis, was vor allem daran liegt, dass die Rechtsprechung das Kriterium der Tatherrschaft immer stärker gewichtet.

*Vertiefungshinweis:* Innerhalb der Tatherrschaftslehre ist umstritten, ob Mittäterschaft möglich ist, wenn sich eine Person ausschließlich im Vorbereitungsstadium beteiligt hat, sog. *Vorfelddbetätigung*. Hier haben sich zwei Lager herausgebildet: Die strenge Tatherrschaftslehre verneint insoweit die Tatherrschaft, wenn nicht zumindest ein Kontakt zu dem Ausführenden bestand, während nach der gemäßigten Tatherrschaftslehre das „Minus“ im Ausführungsstadium durch ein „Plus“ im Vorbereitungsstadium ausgeglichen werden könne.<sup>44</sup> Da die Rechtsprechung keine besonderen Anforderungen an den objektiven Tatbeitrag stellt, ist für sie eine Vorfelddbetätigung möglich.

## C. Die Mittäterschaft in der Falllösung

Eine besondere Herausforderung stellt es dar, die dargestellten Grundzüge sowie etwaige Probleme in der Falllösung strukturiert darzustellen. Dies liegt auch daran, dass die Mittäterschaft in vielen Variationen auftreten kann. Gelingt ein nachvollziehbarer Aufbau, schafft dies die Grundlage für eine überdurchschnittliche Bewertung. Umgekehrt ist ein unpassender Aufbau häufig ein Schritt in das eigene Verderben, der aus Zeitgründen vielfach nicht rückgängig gemacht werden kann. Man sollte sich deshalb stets ausreichend Zeit nehmen, um den Aufbau vorab zu durchdenken. Nachfolgend werden die gängigsten Konstellationen dargestellt, mit denen die meisten Klausuren gut in den Griff zu bekommen sind.

### I. Lediglich ein Täter verwirklicht den Tatbestand (getrennte Prüfung)

Eine ganz klassische Konstellation liegt vor, wenn eine Person den Tatbestand eines Delikts vollständig verwirklicht und eine zweite Person als Mittäter in Betracht kommt, weil sie den Täter bei der Tat unterstützt. Dann ist getrennt zu prüfen: In einem ersten Schritt wird geprüft, ob die erste Person den Straftatbestand verwirklicht hat. Anschließend wird gefragt, ob auch die zweite Person strafbar ist, und thematisiert, ob ihr die Tathandlung der ersten Person gem. § 25 II zugerechnet werden kann. Gerade in diesen Konstellationen ist häufig die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe (§ 27) nicht leicht.

*Beispiel:* A und B verabreden, dass sie dem C eine „Abreibung“ verpassen wollen, da sie sich von ihm beleidigt fühlen. Während B den C festhält, schlägt die A ihm mit der Faust ins Gesicht.

*Aufbauvorschlag:*

- A. „Normale“ Prüfung der Strafbarkeit der A gem. § 223 I (Erg.: +)  
B. Strafbarkeit des B gem. §§ 223 I, 25 II

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

- a) eigenhändige Verwirklichung (–)  
b) Zurechnung gem. § 25 II<sup>45</sup> (Obersatz: „Möglicherweise kann B der Schlag der A gem. § 25 II zugerechnet werden. Um Mittäter zu sein, müssen A und B einen gemeinsamen Tatplan gehabt und die Tat gemeinsam ausgeführt haben.“)  
aa) gemeinsamer Tatplan  
bb) gemeinsame Tatausführung

##### 2. Subjektiver Tatbestand

- II. Rechtswidrigkeit  
III. Schuld  
IV. Ergebnis

Hier spräche für eine Mittäterschaft des B, dass dessen Festhalten das Zuschlagen durch A erst ermöglichte und sein Beitrag damit als we-

39 RGSz 74, 84 (Badewannenfall); BGHSr 18, 87 = NJW 1963, 355 (Stachynskij-Fall).

40 Rengier (o. Fn. 1), § 41 Rn. 6; MüKoStGB/Joecks, 3. Aufl. 2017, § 25 Rn. 32.

41 Rengier (o. Fn. 1), § 41 Rn. 10 f., § 44 Rn. 40 f.; Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 807, 820 f.; grdl. zur Tatherrschaftslehre Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019; ders. (o. Fn. 4), § 25 Rn. 10 f.

42 Zu dieser „Kontrollüberlegung“ in Grenzfällen s. etwa Rengier (o. Fn. 1), § 44 Rn. 45.

43 Statt vieler BGH, NStZ 2008, 273; Überbl. u. weitere Nachw. bei Rengier (o. Fn. 1), § 41 Rn. 8; Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 808.

44 Zur Vertiefung s. Rengier (o. Fn. 1), § 41 Rn. 18 f.; Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 821 f.

45 Kausalität u. obj. Zurechnung der Handlung des A für den Erfolgseintritt müssen hier nicht nochmals geprüft werden.

sentlich im Sinne der Tatherrschaftslehre erscheint. Da er sich von C beleidigt fühlte, hatte er auch ein entsprechendes Interesse an der Tat.

## II. Beide Täter verwirklichen gemeinsam den Tatbestand (gemeinsame Prüfung)

Darüber hinaus kommen Konstellationen in Betracht, in denen die Täter den Tatbestand gemeinsam verwirklichen, so dass sie auch gemeinsam geprüft werden. Die Besonderheit gegenüber der eben erwähnten Konstellation besteht darin, dass in diesen Fällen nicht lediglich einer Person ein Tatbeitrag einer anderen Person zugerechnet wird, sondern eine doppelte Zurechnung erfolgt. Hier sind zwei Konstellationen denkbar, deren Prüfung sich kaum unterscheidet.

### 1. Gemeinsame Verwirklichung einaktiger Tatbestände

*Beispiel:* A und B beschließen gemeinsam, den C zu töten. Abwechselnd treten sie auf den am Boden liegenden C ein, bis dieser an multiplen inneren Blutungen verstirbt.

*Aufbauvorschlag – Strafbarkeit von A und B gem. §§ 212 I, 25 II:*

- I. Tatbestand
  1. Objektiver Tatbestand
    - a) Taterfolg: Tod eines anderen Menschen
    - b) Wechselseitige Zurechnung gem. § 25 II (Obersatz: „Fraglich ist, ob A und B die Tritte des jeweils anderen gem. § 25 II zugerechnet werden können. Um Mittäter zu sein, müssen A und B einen gemeinsamen Tatplan gehabt und die Tat gemeinsam ausgeführt haben.“)
      - aa) Gemeinsamer Tatplan
      - bb) Gemeinsame Tatausführung
    - c) Kausalität und objektive Zurechnung
  2. Subjektiver Tatbestand
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld
- IV. Ergebnis

Auf Grund der gemeinsamen Verabredung zur Tatbegehung, der arbeitsteiligen Ausführung und dem jeweiligen Interesse an der Tat ist eine Mittäterschaft hier wohl zu bejahen. Da die Tritte wechselseitig zugerechnet werden, sind Feststellungen zum genauen Kausalverlauf, der zum Tod geführt hat, entbehrlich.<sup>46</sup>

### 2. Gemeinsame Verwirklichung mehraktiger Tatbestände (gemeinsame Prüfung)

Einer der häufigsten und klausurrelevantesten Fälle der Mittäterschaft betrifft die gemeinsame Verwirklichung mehraktiger Tatbestände. Typisches Beispiel ist der Raub gem. § 249 I, der zwei Handlungen voraussetzt: (1) den Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels und (2) die Wegnahme. Die Besonderheit dieser Konstellation besteht darin, dass keiner der Beteiligten strafbar ist, sofern ihm nicht der Tatbeitrag der anderen Person zugerechnet werden kann. Die wechselseitige Zurechnung ist hier zwingende Bedingung der Strafbarkeit für beide Beteiligte.

*Beispiel:* A und B beschließen, gemeinsam die C „auszunehmen“ und die Beute anschließend unter sich aufzuteilen. Nachdem A die C an einen Stuhl gefesselt hat, nimmt B dieser ihr Smartphone ab.

*Aufbauvorschlag – Strafbarkeit von A und B gem. §§ 249 I, 25 II:*

- I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand
  - a) Fremde bewegliche Sache
  - b) Wegnahme (durch B)
  - c) Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel (durch A)
  - d) Wechselseitige Zurechnung gem. § 25 II (Obersatz: „Fraglich ist, ob A die Wegnahme durch B und B der Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels durch A gem. § 25 II zugerechnet werden kann. Um Mittäter zu sein, müssen A und B einen gemeinsamen Tatplan gehabt und die Tat gemeinsam ausgeführt haben.“)
    - aa) Gemeinsamer Tatplan
    - bb) Gemeinsame Tatausführung
  - e) Zusammenhang zwischen Nötigung und Wegnahme
2. Subjektiver Tatbestand
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld
- IV. Ergebnis

Auch hier würde man wohl die Voraussetzungen des § 25 II bejahen, da das Gelingen der Tat gleichermaßen von den Beiträgen sowohl des A als auch des B abhing und auf Grund ihrer Beteiligung an der Beute beide ein eigenes Interesse an der Tat hatten.

Der beschriebene Prüfungsaufbau ist – da die Konstellation überaus klausurrelevant ist – vielfach bekannt, doch sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Ausformulierung gerade in diesen Fällen besonders häufig misslingt. Viele Bearbeitungen lassen die erforderliche Präzision vermissen, hangeln sich „irgendwie“ durch das beschriebene Schema und vermischen insbesondere objektive und subjektive Aspekte.<sup>47</sup> Wichtig und für eine überzeugende Bearbeitung unverzichtbar ist, dass die eingangs dargestellten dogmatischen Grundlagen vollständig durchdrungen werden. Insbesondere ist auf eine saubere Abgrenzung der Zurechnung gem. § 25 II vom subjektiven Tatbestand zu achten und genau herauszuarbeiten, welche konkreten Handlungen wem zugerechnet werden sollen.

### III. Beide Täter verwirklichen nebeneinander im Rahmen eines einvernehmlichen Zusammenwirkens Tatbestände

Durchaus denkbar ist darüber hinaus eine Konstellation, die in Klausuren nicht besonders häufig thematisiert wird, jedoch in der Praxis keineswegs selten sein dürfte. Liegt ein gemeinsamer Tatplan vor und verwirklichen beide neben- oder nacheinander Tatbestände, so stellt sich die Frage, ob sie Mittäter und damit nicht nur wegen der von ihnen eigenhändig vorgenommenen Handlungen, sondern infolge der Zurechnung gem. § 25 II auch wegen der vom jeweils anderen begangenen Handlungen strafbar sind. Dieser Umstand wäre selbstverständlich insbesondere für die Strafzumessung überaus relevant.

*Beispiel:* A und B verabreden, dem C eine Abreibung zu verpassen, da sie sich von ihm beleidigt fühlen; allein hätten sie sich dies nicht getraut. A schlägt den C nieder und die B tritt ihm gegen den Kopf.

<sup>46</sup> Rengier (o.Fn. 1), § 44 Rn. 4, 49; Wessels/Beulke/Satzger (o.Fn. 1), Rn. 840; ist nur eine der Handlungen erfolgsursächlich geworden (Bsp. „Erschießungskommando“), spricht man von additiver Mittäterschaft.  
<sup>47</sup> Tw. wird empfohlen, die Personen stets einzeln zu prüfen, doch auch wenn dies weniger fehleranfällig u. formulierungstechnisch möglicherweise f. manche einfacher sein mag, ist die hier vorgestellte Prüfungsweise weitaus zeitsparender; f. eine getrennte Prüfung etwa Puppe, AT, 4. Aufl. 2019, § 23 Rn. 22.

*Aufbauvorschlag – Strafbarkeit von A und B gem. §§ 223 I, 25 II (Obersatz: „A und B könnten sich gem. §§ 223 I, 25 II strafbar gemacht haben, indem A den C schlug und B diesen trat.“):*

#### I. Tatbestand

##### 1. Objektiver Tatbestand

- a) Taterfolg: Körperliche Misshandlung/Gesundheitsschädigung
  - aa) Schlag
  - bb) Tritt
- b) Wechselseitige Zurechnung gem. § 25 II (Obersatz: „Fraglich ist, ob A der Tritt durch B und B der Schlag durch A gem. § 25 II zugerechnet werden kann: Um Mittäter zu sein, müssen A und B einen gemeinsamen Tatplan gehabt und die Tat gemeinsam ausgeführt haben.“)
  - aa) Gemeinsamer Tatplan
  - bb) Gemeinsame Tatausführung

##### 2. Subjektiver Tatbestand

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

#### IV. Ergebnis

Der Aufbau erinnert an den der gemeinsamen Begehung zweiaktiger Delikte, wie etwa des Raubes (s. o.). Genau genommen werden hier zwei selbstständige Verwirklichungen des Tatbestands in einer Prüfung zusammengezogen. Eine solche Vorgehensweise ist nicht ungewöhnlich: Hätte A dem C alleine eine „Abreibung“ verpasst und diesen erst geschlagen und dann getreten, so würden die Handlungen regelmäßig aus Zeitgründen ebenfalls gemeinsam geprüft. Im *Beispiel* spricht für eine Mittäterschaft, dass allein keiner von beiden die jeweilige Tat begangen hätte, so dass auch hier mit dem Beitrag eines jeden die Tat des anderen „steht und fällt“. Ein eigenes Tatinteresse liegt mit Blick auf das Gesamtziel – die „Abreibung“ – ebenfalls vor. Alternativ wäre aber durchaus auch eine Anstiftung oder Beihilfe zur Tat des jeweils anderen denkbar.

Diese Konstellationen dürfen nicht mit den Fällen einer *Nebentäterschaft* verwechselt werden, bei der die Personen jeweils völlig unabhängig voneinander den Tatbestand verwirklichen. Dann liegt keine Mittäterschaft, sondern jeweils unmittelbare Täterschaft (§ 25 I Var. 1) vor.<sup>48</sup>

#### IV. Der „einsame“ Mittäter und andere Sonderkonstellationen

Diese Ausführungen dürfen indes nicht dazu verleiten, allzu schablonenhaft mit der Mittäterschaft umzugehen. Hat man einen „klassischen“ Fall vor sich, sollte schnell der passende Prüfungsaufbau angewandt werden, gleichwohl gilt es sich eine gewisse Flexibilität zu bewahren. Abweichungen werden insbesondere häufig in den Konstellationen der „teilweisen Mittäterschaft“ (s. o.) erforderlich. So ist es in Fällen einer „isolierten Mittäterschaft“ einerseits möglich, beide Personen gemeinsam zu prüfen und im subjektiven Tatbestand oder in der Schuld zu problematisieren, ob eine Mittäterschaft bezüglich lediglich einer Person in Betracht kommt. Hat man bereits im Rahmen einer vorherigen Prüfung festgestellt, dass einem Beteiligten ein subjektives Merkmal fehlt oder dieser ohne Schuld gehandelt hat, so wäre es indes widersinnig, nun an dem oben dargestellten Aufbauvorschlag zu „kleben“ und beide Personen zu prüfen. Stattdessen prüft eine konsequente Bearbeitung nur die Person, die alle Merkmale erfüllt, und spricht im Rahmen des objektiven Tatbestands die Zurechnung des objektiven Tatbeitrags der anderen Person gem. § 25 II (und den Streit um die isolierte Mittäterschaft) an.

#### D. Fazit

Die Mittäterschaft zählt zum unabdingbaren strafrechtlichen Grundwissen und erfreut sich in Prüfungen wie in der Praxis größter Beliebtheit. Sie ist dogmatisch anspruchsvoll und wartet mit einer Vielzahl denkbarer Probleme auf. Es ist erforderlich, sich die dogmatischen Grundstrukturen klarzumachen und ihre Handhabung in unterschiedlichen Konstellationen zu üben. Dann gelingt im Ernstfall eine stringente und nachvollziehbare Prüfung, die das notwendige Fundament aller Ausführungen zu Problemen des Besonderen Teils ist.

<sup>48</sup> S. etwa Wessels/Beulke/Satzger (o. Fn. 1), Rn. 864.

PRÄSIDENT DES BVERFG A. D. PROF. DR. DRES. H. C. ANDREAS VOßKUHLE UND AKAD. RAT DR. JAKOB SCHEMMEL, LL. M. (NYU)\*

## Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Bundesregierung

### I. Einführung

Die Bundeskanzlerin und ihre Ministerinnen und Minister sind die einflussreichsten Personen der deutschen Politik und bilden zusammen die Bundesregierung. Die herausgehobene Stellung der Mitglieder der Bundesregierung ist im Grundgesetz angelegt. Die Bundesregierung ist der Schrittmacher des deutschen Staates. Als oberstes Organ der vollziehenden Gewalt ist sie eines von fünf im Grundgesetz ausgewiesenen Verfassungsorganen. Ihr obliegt die Staatsleitung, dh insbesondere die politische Planung, Gestaltung und Kontrolle in eigener Initiative.

### II. Historie

Die verfassungsrechtliche Ausgestaltung der Bundesregierung stellt eine bewusste Abkehr von der Weimarer Reichsverfassung (WRV) dar. Dort besaß der Reichspräsident eine besonders mächtige Stellung gerade auch in Bezug auf die Reichsregierung: Nach Art. 53 WRV wurden Reichskanzler

\* Der Autor *Voßkuhle* ist Direktor des Instituts für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie (Abt. I: Staatswissenschaft) an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br., Präsident des BVerfG a. D. und Mitherausgeber dieser Zeitschrift; der Autor *Schemmel* ist Akad. Rat a. Z. am genannten Institut.