

## Entscheidungsbesprechung

### Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe

1. **Allein die vorherige Kenntnis des Angeklagten von der zu begehenden Tat und sein Wille, diese als gemeinsame anzusehen, kann eine Mittäterschaft nicht begründen.**
2. **Mittäterschaft erfordert nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen selbst; ausreichend sein kann auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt, wobei diese Mitwirkung sich nach der Willensrichtung des sich Beteiligten als Teil der Tätigkeit aller darstellen muss.**
3. **Ob der Beitrag eines Beteiligten ein seine Täterschaft begründendes enges Verhältnis zur Tat aufweist, ist aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände zu prüfen, wobei wesentliche Anhaltspunkte sein können der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft. (Leitsätze des Verf.)**

StGB §§ 243 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 und 2, 242 Abs. 1, 25 Abs. 2

BGH, Beschl. v. 11.7.2017 – 2 StR 220/17<sup>1</sup>

### I. Sachverhalt

Der hier zu besprechenden Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: A reiste mit B und C nach Deutschland, um zwei bis drei wertvolle Autos zu entwenden und sie sodann mit B und C nach Litauen zu bringen. Zuvor hatten alle Beteiligten vereinbart, dass A das erste der zu entwendenden Autos über Polen nach Litauen fahren und hierfür eine Entlohnung in Höhe von 500 Euro erhalten soll. Aufgrund dieser Abrede war A klar, dass B und C die Fahrzeuge entwenden würden. Ihm war gleichzeitig bewusst, dass ohne sein Mitwirken die geplante Entwendung von zwei bis drei Autos nicht möglich sein würde. Denn jeder der drei Beteiligten sollte eines der zu stehlenden Autos nach Litauen fahren. A erhielt von B ein „Arbeitshandy“ ausgehändigt, über das er später Anleitungen für die genaue Fahrtroute nach Litauen erhalten sollte.

Entsprechend dem Tatplan entwenden B und C unter Einsatz eines „Funkwellenverlängerers“ ein Auto, das über ein „Keyless-Go-System“ verfügt. Damit können Autos durch ein Funksignal geöffnet werden, das ein Chip aussendet, sobald der Besitzer sich dem Fahrzeug nähert. B und C machen sich diese Technik zunutze, indem sie das Signal des Funkschlüssels durch ein Verstärkergerät verlängern und auf diese Weise das Auto öffnen, obwohl der Fahrer sich gar

nicht in der Nähe seines Autos befindet. A, dem die Art und Weise der Tatbegehung bekannt ist, wartet während der Tat absprachegemäß an einer Kreuzung in der Nähe des Tatorts. Ein paar Minuten nach der Tat übergibt B dem A das gestohlene Auto mit laufendem Motor. A steigt ein und fährt davon. Im unmittelbaren Anschluss daran entwenden B und C mit derselben Methode noch zwei weitere Autos im Gesamtwert von rund 80.000 Euro. Vor Erreichen der deutsch-polnischen Landesgrenze werden alle Beteiligten von der Polizei gefasst.

### II. Allgemein: Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

Die Abgrenzung der Täterschaft (unmittelbarer, mittelbarer und Mittäterschaft) von der Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) gehört zu den besonders umstrittenen Komplexen im Strafrecht, was vor allem an den unterschiedlichen Ansätzen liegt, die in Rechtsprechung und Literatur dazu vertreten werden.

#### 1. Tatherrschaftslehre

Der Kernsatz der einen Täterlehre, der Tatherrschaftslehre, lautet: Täter ist, wer Tatherrschaft hat. In objektiver Hinsicht genügt für die Annahme von Täterschaft nicht irgendein Tatbeitrag – der Beteiligte muss vielmehr das Tatgeschehen in den Händen halten, den Tatablauf steuern, die Tat nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen können.<sup>2</sup> Konkret bei der Mittäterschaft muss funktionale Tatherrschaft vorliegen, was nur der Fall ist, wenn dem Beitrag im Rahmen einer arbeitsteiligen Ausführung eine wesentliche Funktion zukommt. In subjektiver Hinsicht muss die gemeinsame Tatausführung – auf Basis eines gemeinsamen Tatentschlusses/Tatplans – vom Vorsatz umfasst sein, wobei ggf. besondere subjektive Merkmale (z.B. Zueignungsabsicht) hinzukommen.<sup>3</sup>

#### 2. Verantwortungslehre

Es würde allerdings – ganz generell – wohl niemand ernsthaft bestreiten, dass eine allein faktisch orientierte Tatherrschaft teilweise zu zweifelhaften Ergebnissen führt. Es gibt genügend Fälle, in denen auf Basis einer faktisch definierten Tatherrschaft Täterschaft verneint oder bejaht werden müsste, wo die Mehrheit sich über die jeweils gegenteilige Annahme einig wäre.<sup>4</sup>

Nicht zuletzt deshalb empfiehlt es sich, von „normativer Tatherrschafts-“ oder „Verantwortungslehre“ zu sprechen, die sich als Weiterentwicklung der „faktischen“ oder „natura-

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist online abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=6a37447d5d28afdc7b6970b38adfbdd&nr=79225&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> sowie zu finden unter BeckRS 2017, 120322 m. Anm. Jäger NSTZ 2018, 146.

<sup>2</sup> Siehe dazu nur Krey/Esser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, Rn. 829.

<sup>3</sup> Zum Prüfungsaufbau siehe unten IV. 3.

<sup>4</sup> Näher Hardtung/Putzke, Examinatorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2016, Rn. 1345 ff.; dazu auch Putzke, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, 2011 S. 425 (428 f.).

listischen“ Tatherrschaftslehre verstehen lässt.<sup>5</sup> Danach ist ein Tatbeteiligter Täter, wenn zwischen ihm und dem Taterfolg kein anderer Mensch als Täter steht und bei mehreren Beteiligten sein Tatbeitrag hinreichendes Gewicht hat.<sup>6</sup> Für die einzelnen Täterschaftsformen bedeutet das:<sup>7</sup>

- Ein Beteiligter begeht die Tat „selbst“, wenn zwischen ihm und dem Taterfolg kein anderer Mensch steht.
- Ein Beteiligter begeht die Tat „durch einen anderen“ als mittelbarer Täter (und nicht nur als Anstifter), wenn zwischen ihm und dem Taterfolg ein anderer Mensch steht, der nicht selber verantwortlicher Täter ist.
- Ein Beteiligter begeht die Tat „gemeinschaftlich“ als Mittäter (und nicht nur als Gehilfe), wenn er und der andere dem Taterfolg vergleichbar nahestehen, wenn also ihre Tatbeiträge nicht „in Reihe, sondern parallel geschaltet“ sind und der Tatbeitrag hinreichendes Gewicht, nämlich „eine im Rahmen arbeitsteiliger Ausführung relevante Funktion“ hat.

### 3. Normativer Kombinationsansatz („subjektive Theorie“)

Die andere, heute vor allem von der Rechtsprechung vertretene Täterlehre lässt sich als „normativer Kombinationsansatz“ bezeichnen.<sup>8</sup> Der bei Juristen derzeit noch gängigere Name lautet „subjektive Theorie“. Früher war dieser Name Programm: Im „Badewannenfall“ entschied das Reichsgericht, dass die Schwester einer Mutter, deren Kind die Schwester eigenhändig in einer Badewanne ertränkte, weil die Mutter dafür zu schwach war, lediglich als Gehilfin bestraft werden dürfe, weil die Schwester kein Interesse an der Tatbegehung gehabt habe.<sup>9</sup> Auch der BGH schloss sich dieser extrem subjektiven Theorie einst an: Im „Staschynskij-Fall“ stuft er einen Angeklagten, der im Auftrag des sowjetischen Ministeriums für Staatssicherheit in Westdeutschland lebende Exilpolitiker tötete, als Gehilfen ein, weil er sich dem Willen seiner Auftraggeber nur widerwillig und ohne eigenes Tat-

interesse gebeugt habe.<sup>10</sup> Heute würde das (vermutlich) niemand mehr so sehen, denn § 25 Abs. 1 Alt. 1 StGB bestimmt: „Als Täter wird bestraft, wer die Tat selbst [...] begeht“.

Die neuere Linie der Rechtsprechung („normativer Kombinationsansatz“) lässt bei der Mittäterschaft in objektiver Hinsicht (beim Prüfungspunkt „gemeinsame Tatausführung“) jeden die Tatbestandsverwirklichung fördernden Beitrag genügen, selbst wenn dieser sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt.

In subjektiver Hinsicht ist – zusätzlich zu den üblichen Voraussetzungen (Vorsatz bezüglich der gemeinsamen Tatausführung, gemeinsamer Tatentschluss/Tatplan, deliktsspezifische besondere subjektive Merkmale) – Täterwille erforderlich.<sup>11</sup> Zur Beurteilung, ob Täterwille vorliegt, hat der „normative Kombinationsansatz“ sich der Tatherrschaftslehre angenähert. Zwar sind Täterwille und Eigeninteresse noch immer wesentliche Abgrenzungskriterien, doch stellt die Rechtsprechung bei den wertenden Kriterien zunehmend auf objektive Umstände ab.

Wesentliche Anhaltspunkte dafür, dass die Mitwirkung sich nach der Willensrichtung des sich Beteiligenden als Teil der Tätigkeit aller darstellt, können sein: der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft. Diese Grundsätze referiert der BGH auch im hier zu besprechenden Fall und stützt darauf seine Kritik an dem Urteil des Landgerichts.

### III. Darstellung und Analyse der Entscheidung des BGH

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen mittäterschaftlich begangenen Diebstahls in drei tateinheitlichen Fällen verurteilt (§§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2, 52 Abs. 1 StGB). Der BGH als Revisionsinstanz hat die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen, weil die Annahme mittäterschaftlichen Handelns des Angeklagten hinsichtlich der zur Tateinheit verbundenen Diebstähle dreier Kraftfahrzeuge nicht tragfähig belegt worden sei.

1. Zunächst stellt der BGH klar, dass zur Beurteilung der Frage, ob Täterschaft oder Teilnahme vorliegt, rein subjektive Gesichtspunkte nicht genügen und allein die vorherige Kenntnis von der Tat und der Wille eines Beteiligten, diese als gemeinsame anzusehen, keine Mittäterschaft begründen könne. Hinzutreten muss ein objektiver Tatbeitrag, der allerdings weder gewichtig sein müsse noch eine Mitwirkung am Kerngeschehen erfordere. Vielmehr genüge „auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt.“ Stets müsse sich diese Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligenden als Teil der Tätigkeit aller darstellen, was bei einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände zu prüfen ist unter Berücksichtigung des Grads des eigenen Interesses am Taterfolg, des Umfangs der Tatbeteiligung und der Tatherrschaft oder wenigstens des Willens zur Tatherrschaft.

<sup>5</sup> Praktischer Ratschlag: Die Kriterien der „Verantwortungslehre“ sind in der Literatur (noch) nicht geläufig, weshalb es in einem Fallgutachten ratsam ist, die faktische Tatherrschaftslehre als Ausgangspunkt zu nehmen, aber an den entscheidenden Stellen der Argumentation die normativen Wertungen stärker als die faktischen Steuerungsmöglichkeiten zu gewichten (siehe dazu *Hardtung/Putzke* [Fn. 4], Rn. 1376).

<sup>6</sup> Grundlegend dazu *Schlehofer* in seiner noch unveröffentlichten Monografie „Täterschaftliches Begehen einer vorsätzlichen Straftat (§ 25 StGB), 2. Kap. C: Täter eines Vorsatzdelikts ist jedenfalls, „wer strafrechtlich missbilligt die unmittelbare Gefahr schafft, dass die tatbestandlichen Folgen ohne Zwischenschaltung des vorsätzlichen rechtswidrigen und schuldhaften Begehens eines anderen verwirklicht werden“ (siehe dazu auch *Herzberg*, NStZ 2004, 1 [4 f.]).

<sup>7</sup> *Hardtung/Putzke* (Fn. 4), Rn. 1375.

<sup>8</sup> Dazu ausführlich *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 22; *Jäger*, NStZ 2018, 146, die von „normativer Kombinationstheorie“ sprechen.

<sup>9</sup> RGSt 74, 85.

<sup>10</sup> BGHSt 18, 87.

<sup>11</sup> Siehe *Hardtung/Putzke* (Fn. 4), Rn. 1333 ff.

Obwohl die Anforderungen nicht besonders hoch sind, hat den BGH das Urteil des Landgerichts nicht überzeugt. Es fehle an der Prüfung, „ob der an einer Kreuzung in Tatortnähe wartende Angeklagte Tatherrschaft oder jedenfalls den Willen zur Tatherrschaft hatte.“ Auch habe der Tatrichter „nicht erkennbar in seine Erwägungen einbezogen [...], dass der Angeklagte sich nach Übergabe des ersten Fahrzeugs mit diesem vom Tatort entfernt hat und die Ausführung der weiteren Diebstähle – soweit ersichtlich – seinem Einfluss und seinem Willen entzogen waren.“ Auch belege die für den Abtransport des ersten Fahrzeugs vorgesehene Entlohnung in Höhe von 500 Euro nicht zwingend ein erhebliches Eigeninteresse des Angeklagten an der Entwendung auch der beiden weiteren Autos.

2. Während das Abstellen auf die „Tatherrschaft“ zu begrüßen ist, handelt es sich bei dem „Eigeninteresse“ im Großen und Ganzen um ein untaugliches Abgrenzungskriterium, das zu unberechenbaren Ergebnissen führt.<sup>12</sup> Das liegt auch daran, dass dem Kriterium beim Diebstahl jedenfalls bei Vorliegen von Drittzueignungsabsicht die Grundlage entzogen wurde,<sup>13</sup> ganz zu schweigen davon, dass auch ein Teilnehmer ein manchmal sogar ganz erhebliches eigenes Interesse am Taterfolg haben kann (etwa der Ehemann, der den Auftragsmörder zur Tötung der Ehefrau gedungen hat).<sup>14</sup>

Unterm Strich vermag der „Gesamtbetrachtungsansatz“ des BGH weder dogmatisch noch für die praktische Rechtsanwendung zu überzeugen: Er gibt den Rechtsanwendern keine verlässlichen Kriterien an die Hand, woraus sich vorhersehbare Ergebnisse ableiten lassen.<sup>15</sup> Die Folge sind oftmals beliebige und willkürliche Entscheidungen, worunter nicht zuletzt deren Überzeugungskraft leidet.

3. Wie aber wäre die Entscheidung ausgefallen, wenn allein die Kriterien der Tatherrschaftslehre gegolten hätten? Vermutlich nicht anders. Denn es ist ja das von der Rechtsprechung inzwischen in die Gesamtbetrachtung einbezogene Kriterium der Tatherrschaft, worauf unter anderem die Zweifel des BGH am Vorliegen der Mittäterschaft gründen. Wen das erstaunt und wer zur Begründung darauf verweist, dass mit dem Beitrag des Angeklagten der Erfolg der Gesamttat „stand und fiel“,<sup>16</sup> der interpretiert in den Sachverhalt möglicherweise etwas hinein, was sich ihm nicht wirklich entnehmen lässt. Denn „gestanden oder gefallen“ wäre der Tatplan nur dann, wenn er von vornherein allein auf drei Fahrzeuge gerichtet gewesen wäre. Dafür hätte es zwingend dreier Fahrer bedurft, was B und C, also zwei Fahrer, allein nicht hätten gleichzeitig bewältigen können. Der Tatplan war insoweit ausweislich der Feststellungen aber flexibel und um-

fasste auch zwei Autos. Für deren Transport wäre A nicht zwingend nötig gewesen. Deshalb ist man keineswegs „sofort geneigt, mit dem LG eine Mittäterschaft zu bejahen“<sup>17</sup>. Außerdem ist die Vermeidemacht kein hinreichender Grund für die Annahme der Täterschaft; die Vermeidemacht hat nämlich auch, wer, weil nur er dies kann, mit einer klassischen Beihilfebehandlung dem Haupttäter die zwingend benötigte Tatwaffe beschafft.

Hinzukommt, dass unter den Anhängern der Tatherrschaftslehre der Zeitpunkt umstritten ist, zu dem ein Tatbeitrag erbracht worden sein muss.<sup>18</sup> Manche lassen dafür nur Beiträge im Ausführungsstadium gelten („enge Tatherrschaftslehre“).<sup>19</sup> Denn § 30 Abs. 2 StGB zeige, dass derjenige, der sich mit einem andern zur Begehung eines Verbrechens verabredet und danach vollkommen untätig bleibt, also nicht an der Tat mitwirkt, nur wegen des Versuchs der Beteiligung bestraft werden kann.

Andere („weite Tatherrschaftslehre“) lassen auch Beiträge im Vorbereitungsstadium genügen, soweit diese ins Ausführungsstadium hineinwirken, weil etwa ein Bandenchef, der bei der Organisation eine maßgebliche Rolle gespielt hat und dem sich die Bandenmitglieder unterordnen, nur so adäquat erfasst werden könne.<sup>20</sup>

Im vorliegenden Fall muss dieser Streit nicht entschieden werden: A war weder Bandenchef noch lässt sich ein „Plus“ im Vorbereitungsstadium verzeichnen, wodurch sich sein „Beteiligtenminus“ bei der eigentlichen Tatausführung (der Wegnahme) kompensieren ließe.<sup>21</sup>

4. Untergegangen ist beim BGH die Frage nach dem Vorliegen eines Regelbeispiels. Wer ohne Einverständnis des Berechtigten mittels eines „Funkwellenverlängerers“ ein Auto öffnet, das über ein „Keyless-Go-System“ verfügt, verwirklicht ein Regelbeispiel nach § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB,<sup>22</sup> denn bei einem abgeschlossenen Auto handelt es sich um einen umschlossenen Raum,<sup>23</sup> in das ein Täter ohne Einver-

<sup>17</sup> Jäger, NStZ 2018, 146.

<sup>18</sup> Komprimierte Darstellung dazu bei Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht, Bd. 3, 5. Aufl. 2018, Rn. 285 a.E.

<sup>19</sup> So etwa Hardtung/Putzke (Fn. 4), Rn. 1456 m.w.N.

<sup>20</sup> So etwa Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 9 Rn. 83; Murmann (Fn. 15), § 27 Rn. 68; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 47. Aufl. 2017, Rn. 761c.

<sup>21</sup> Anders Jäger, NStZ 2018, 146, der von „additiver Mittäterschaft“ spricht und dem Angeklagten eine für das Gesamtvorhaben wesentliche Rolle zuspricht. Das aber lässt sich auf Basis der bisherigen Feststellungen gerade nicht sagen: Denn zwei Autos hätten auch B und C entwenden und abtransportieren können, ohne dass As Mitwirkung erforderlich gewesen wäre. Dies aufzuklären, müsste bei einer neuen Verhandlung versucht werden. Bis dahin wirken nicht einmal ansatzweise von Zweifeln getrübe Überzeugungen zur Rolle des Angeklagten voreilig.

<sup>22</sup> BGH NStZ 2018, 212.

<sup>23</sup> BGHSt 2, 214 (215) = NJW 1952, 597; Wittig, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.2.2018, § 243 Rn. 6.1.

<sup>12</sup> Ebenso etwa Hecker, JuS 2018, 298 (300); Jäger, NStZ 2018, 146; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn. 32.

<sup>13</sup> Vgl. nur Jäger, NStZ 2018, 146.

<sup>14</sup> Siehe dazu Hecker, JuS 2018, 298 (300); Rengier, JuS 2010, 281 (283); Roxin, JR 1991, 206 (208).

<sup>15</sup> Siehe nur Herzberg, JZ 1991, 856 (861); Krey/Esser (Fn. 2), Rn. 840; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 27 Rn. 13.

<sup>16</sup> Etwa Jäger, NStZ 2018, 146.

ständnis des Berechtigten gelangt, also eindringt, mit einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug.

Bei § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB genügt, dass der Täter die Sache samt Schutzvorrichtung wegnimmt.<sup>24</sup> Da es sich bei einem abgeschlossenen Auto um eine Sache handelt, die durch eine „andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist“, liegt auch § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB vor,<sup>25</sup> wobei zu beachten ist, dass mehrere Regelbeispiele, die durch eine einzige Handlung verwirklicht werden, zusammen nur einen einzigen besonders schweren Fall des Diebstahls bilden.<sup>26</sup>

5. Schließlich kritisiert der BGH zu Recht, dass das Landgericht eine tateinheitliche Tatbegehung angenommen hat, ohne dies zu begründen. Natürliche Handlungseinheit und damit eine Tat im materiell-rechtlichen Sinn liegt bei einer Mehrheit gleichartiger strafrechtlich erheblicher Verhaltensweisen nämlich nur vor, „wenn die einzelnen Betätigungsakte durch ein gemeinsames subjektives Element verbunden sind und zwischen ihnen ein derart unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, dass das gesamte Handeln des Täters objektiv auch für einen Dritten als einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint“<sup>27</sup>. Im vorliegenden Fall fehlen entsprechende Anhaltspunkte, etwa ein vorheriges Auskundschaften aller drei Fahrzeuge als potentielle Tatobjekte, weshalb der BGH auch insofern zu Recht weiteren Aufklärungsbedarf sieht.

#### IV. Klausurempfehlungen und Aufbauvarianten

In einer Klausur stellt die Prüfung der Voraussetzungen einer mittäterschaftlichen Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB und die gleichzeitige Behandlung des Meinungsstreits viele Bearbeiter vor (Aufbau-)Schwierigkeiten. Folgende Empfehlungen lassen sich geben:

##### 1. Integrierte Prüfung der Voraussetzungen von § 25 Abs. 2 StGB

Dringend abzuraten ist von einer Art „Vorprüfung“, also der Behandlung der Frage, ob Täterschaft oder Teilnahme gegeben ist, losgelöst von der Prüfung eines konkreten Straftatbestandes.<sup>28</sup> Die Problematik ist bei einer integrierten Prüfung dort zu klären, wo es innerhalb einer Strafbarkeitsprüfung notwendig wird, das Verhalten eines Dritten zuzurechnen, weil derjenige, um dessen Strafbarkeit es gerade geht, die Tat nicht selbst begangen hat.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 243 Rn. 25.

<sup>25</sup> *Hecker*, *JuS* 2018, 298 (dort Fn. 1); a.A. *Kindhäuser* (Fn. 24), § 243 Rn. 25, der in solchen Fällen nur § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB als erfüllt ansieht.

<sup>26</sup> Siehe *Kindhäuser* (Fn. 24), § 243 Rn. 61.

<sup>27</sup> BGH BeckRS 2017, 113897.

<sup>28</sup> Siehe dazu auch *Hardtung/Putzke* (Fn. 4), Rn. 1378 f.

<sup>29</sup> „Vorprüfungen“ sind deshalb übel, weil sie wegen der fehlenden Verknüpfung mit einem konkreten Tatbestandsmerkmal oft unpräzise abstrakt und lehrbuchartig ausfallen.

##### 2. Prüfungselemente der Mittäterschaft

Die Kurzdefinition zur Mittäterschaft lautet: gemeinschaftliche Tatbegehung durch bewusstes und gewolltes (subjektive Komponente) Zusammenwirken (objektive Komponente). Daraus ergeben sich die zentralen Prüfungspunkte, nämlich (erstens) die gemeinsame Tatausführung auf Basis eines (zweitens) gemeinsamen Tatentschlusses/Tatplans.

Beim Punkt „gemeinsame Tatausführung“ lässt sich alles – sowohl auf Basis des „normativen Kombinationsansatzes“ als auch der „Tatherrschaftslehre“ – rein objektiv prüfen: Während der eine Ansatz jeden fördernden Tatbeitrag genügen lässt, fordert der andere Tatherrschaft, d.h. das In-den-Händen-Halten und Steuern des Tatgeschehens, was nur bei einem wesentlichen Tatbeitrag gegeben ist.

Ein gemeinsamer Tatentschluss/Tatplan liegt dann vor, wenn die Mittäter sich über ihre Tatentschlüsse verständigen, was jeweils den Vorsatz umfasst, dass der eigene objektive Tatbeitrag zusammen mit dem Beitrag eines anderen Beteiligten zur Verwirklichung des Tatbestandes führt.<sup>30</sup> Dabei handelt es sich bei der Mittäterschaftsprüfung um die subjektive Komponente.

Während die „Tatherrschaftslehre“ es (abgesehen von ggf. deliktsspezifischen besonderen subjektiven Elementen, wie z.B. der Zueignungsabsicht bei § 242 Abs. 1 StGB) in subjektiver Hinsicht dabei bewenden lässt, verlangt der „normative Kombinationsansatz“ zusätzlich, dass der Beteiligte auch Täter sein will, sprich einen besonderen Täterwillen (von der Rspr. herangezogene Indizien [siehe dazu schon oben Gliederungspunkt II. 3.]: Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, Umfang der Tatbeteiligung und Tatherrschaft oder wenigstens Wille zur Tatherrschaft).

Wie man sieht, gibt es bei der Mittäterschaftsprüfung objektive (gemeinsame Tatausführung) und subjektive (gemeinsamer Tatentschluss/Tatplan) Komponenten, zu denen der normale Tatbestandsvorsatz sowie – auf Basis des „normativen Kombinationsansatzes“ – ein besonderer Täterwille hinzutreten.

##### 3. Varianten zum Prüfungsaufbau

Diese Mischung aus objektiven und subjektiven Voraussetzungen stellt den Klausurbearbeiter bei der Prüfung des Tatbestandes vor Aufbauprobleme. Dabei gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder wird dort untergliedert in einen objektiven und subjektiven Teil oder es wird bei der Prüfung auf diese Unterscheidung verzichtet.<sup>31</sup>

a) Wer die Variante mit objektivem und subjektivem Tatbestand wählt und objektive und subjektive Elemente konsequent den jeweiligen Prüfungspunkten zuweist, erhält folgenden Aufbau:

<sup>30</sup> *Hardtung/Putzke* (Fn. 4), Rn. 1457 f.

<sup>31</sup> Zur erstgenannten Variante *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. 2017, § 44 Rn. 10 (S. 400), zur zweitgenannten *Hardtung/Putzke* (Fn. 4), Rn. 1479.

**I. Tatbestand***a) Objektiver Tatbestand*

- Deliktsspezifische objektive Tatumstände (z.B. fremde bewegliche Sache)
- Tathandlung: Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB mit Prüfung der objektiven Mittäterschaftsvoraussetzung „gemeinsame Tatausführung“<sup>32</sup> (ggf. Streitentscheidung bei unterschiedlichen Ergebnissen zwischen „normativem Kombinationsansatz“ und „Tatherrschaftslehre“)

*b) Subjektiver Tatbestand*<sup>33</sup>

- Gemeinsamer Tatentschluss/Tatplan<sup>34</sup>
- Täterwille (auf Basis des „normativen Kombinationsansatzes“)
- Tatbestandsvorsatz (z.B. bzgl. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache) und ggf. deliktsspezifische besondere subjektive Merkmale (z.B. Zueignungsabsicht)

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld****I. Tatbestand**

- Deliktsspezifische objektive Tatumstände (z.B. fremde bewegliche Sache)
- Tathandlung: Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB mit Prüfung der Mittäterschaftsvoraussetzungen „gemeinsame Tatausführung“<sup>36</sup> und „gemeinsamer Tatentschluss/Tatplan“<sup>37</sup>
- Täterwille (auf Basis des „normativen Kombinationsansatzes“)<sup>38</sup>
- Tatbestandsvorsatz (z.B. bzgl. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache) und ggf. deliktsspezifische besondere subjektive Merkmale (z.B. Zueignungsabsicht)

**II. Rechtswidrigkeit und Schuld**

*Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau/Wiesbaden*

Der Nachteil dieser Variante liegt darin, dass erst nach der Prüfung, ob der Beteiligte „Täterwille“ hat, feststeht, dass die Voraussetzungen der zum objektiven Tatbestand gehörenden Zurechnungsnorm des § 25 Abs. 2 StGB vorliegen, also eine Zurechnung nicht selbst begangenen Verhaltens möglich ist.<sup>35</sup>

b) Wer auf eine Trennung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand verzichtet, kann die Tatbestandsprüfung wie folgt einleiten:

„A müsste das Auto, eine fremde, weil im Eigentum eines andern stehende, bewegliche Sache, weggenommen haben. Die Sachherrschaft des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers ohne Einverständnis aufgehoben, also den Gewahrsam gebrochen haben allerdings B und C. Dies könnte A nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden. Das setzt voraus, dass A, B und C die Tat gemeinschaftlich begangen haben. Dies wäre der Fall bei bewusstem und gewolltem Zusammenwirken, das bedeutet einer gemeinsamen Tatausführung auf Basis eines gemeinsamen Tatentschlusses/Tatplans.“

Der Prüfungsaufbau sieht ohne Trennung sodann wie folgt aus:

<sup>32</sup> Zum Inhalt der Prüfung siehe oben unter IV. 2.

<sup>33</sup> Achtung: § 25 Abs. 2 StGB erlaubt keine Zurechnung von subjektiven Merkmalen, etwa des Tatbestandsvorsatzes oder der Zueignungsabsicht (*Hardtung/Putzke* [Fn. 4], Rn. 1479).

<sup>34</sup> Zum Inhalt der Prüfung siehe oben unter IV. 2.

<sup>35</sup> Kritisch zu dieser Aufbauvariante *Rengier* (Fn. 31), § 44 Rn. 10: „nicht sinnvoll und auch sachwidrig“.

<sup>36</sup> Zum Inhalt der Prüfung siehe oben unter IV. 2.

<sup>37</sup> Zum Inhalt der Prüfung siehe oben unter IV. 2.

<sup>38</sup> Ist dann nicht zu erörtern, wenn bei der Prüfung der gemeinsamen Tatausführung der Streit zwischen dem „normativen Kombinationsansatz“ und der „Tatherrschaftslehre“, wegen unterschiedlicher Ergebnisse, zulasten des „normativen Kombinationsansatzes“ entschieden wurde. Dann muss kein Wort mehr verloren werden über den „Täterwillen“.