

### Buchrezension

**Sven Leif Erik Johannsen**, Die Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung, Duncker & Humblot, Berlin 2009, 209 S., € 64,-

Ziel des *Verf.* ist, „die gegenwärtige Unklarheit über die Vorgehensweise der Rechtsprechung“ bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme durch eine „vertiefte Auseinandersetzung mit der Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung“ auszuräumen (S. 14). Dazu geht er nach einem Rückblick auf die historischen Grundlagen der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme und der jeweiligen Täterlehren sowie auf die Entwicklung der Gesetzgebung insbesondere auf die Divergenzen zwischen den *Strafsenaten* des BGH ein. Diese veranlassen ihn zu einer getrennten Beurteilung der Entscheidungen der einzelnen *Senate*. Mittels einer Analyse zahlreicher wissenschaftlicher Publikationen einzelner Bundesrichter wird sodann auch deren jeweiliger Einfluss auf einzelne Urteile und damit auf die Entwicklungslinie in der Rechtsprechung aufgezeigt. „Wie der Leser in jeder Geschichte selbst stecke, so stecke auch der Richter im Recht“ (S. 15). Deshalb sei mit *Grasnick* danach zu fragen, „wie der Richter arbeite und nicht, was die Rechtsprechung ist“ (S. 15). Vor diesem Hintergrund seien die BGH-Urteile zur Teilnahmelehre auch im Zusammenhang mit dem Revisionsrecht und den Revisionspraktiken, d.h. der Arbeitsweise der BGH-Richter zu betrachten. Im Kontext mit dem Verfahren der Entscheidungsfindung selbst legt der *Verf.* dar, wie die Rechtsprechung in Zukunft zu konsistenten und einfallgerechten Urteilen kommen könne und zwar weithin ohne Beteiligung des *Großen Senats*. Im Einzelnen:

I. Im zweiten Abschnitt des ersten Kapitels werden zunächst holzschnittartig auf zweieinhalb Seiten die historischen Grundlagen der Teilnahmelehre vorgestellt. Von der CCC, dem Preußischen ALR, dem Preußischen StGB, dem StGB für den Norddeutschen Bund und schließlich dem des Deutschen Reichs wird als gemeinsamer Nenner nur schlicht die Differenzierung in Täterschaft und Teilnahme festgehalten. Auf die Herausarbeitung von Abgrenzungskriterien und deren kritische Würdigung wird verzichtet. Die seit dem Preußischen StGB gesetzlich festgeschriebene Dreiteilung der Beteiligungsformen veranlasst lediglich, mit einem kurzen Schlenker eine Einheitstäterlösung mangels hinreichender „Fürstreiter“ bzw. „kaum positiver Resonanz“ zu verwerfen (S. 18). Dass dem *Verf.* die grundlegende Arbeit von *Rotsch*<sup>1</sup> noch nicht zugänglich war, ist bedauerlich.

Die formal-objektive Theorie und die materiell-objektiven Theorien zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme werden nur knapp aufgezeigt (S. 19-22). Anders verfährt der *Verf.* mit der subjektiven Theorie (S. 22-35). Das ist im Hinblick auf den Gegenstand seiner Untersuchung sachgerecht: Im Anschluss an v. *Buri* ist die subjektive Theorie im Wesentlichen zunächst durch die Rechtsprechung der obersten

Gerichte geprägt. Von der Konkretisierung der animus-Formel im Badewannenfall durch das Tatinteresse (S. 23 ff.) führt der Weg über gewisse Objektivierungstendenzen in der Nachkriegszeit (S. 25 ff.) dann Mitte der 50er Jahre – trotz Festhaltens an der subjektiven Theorie als Ausgangspunkt – durch den 1. und 5. *Strafsenat* des BGH vermehrt zu einer Ermittlung des Täterwillens anhand objektiver Indizien und zwar auch unter Aufnahme des von *Gallas* vertretenen Tatherrschaftsgedankens (S. 29 ff.). Daraus ergab sich: Beihilfe trotz eigenhändiger Tatausführung schien unvertretbar. Mit dieser Tendenz räumte der 3. *Strafsenat* des BGH 1963 im Stachynskij-Fall auf. Durch weitgehende Aufrechterhaltung der verfügbaren Begriffsformeln wurde zwar auch in der Folgezeit eine vermeintlich einheitliche Rechtsprechung vorgespiegelt. Da aber unter die genannten Kriterien nicht subsumiert wurde, insbesondere, weil deren Voraussetzungen im Einzelnen nicht geklärt worden waren, erschien die Abgrenzungslösung letztlich als Entscheidung „im Rahmen des Gesamtbildes“, wie der *Verf.* unter Berufung auf *Pfeiffer* konstatiert (S. 36).

II. Das zweite Kapitel handelt von der Entwicklung der Teilnahmelehre in der Gesetzgebung. Dazu untersucht der *Verf.* einmal, „welchen Rahmen die §§ 25 ff. StGB zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bieten“ und zum anderen, „ob bzw. inwieweit der Gesetzgeber Rechtsregeln der Rechtsprechung, die bis 1975 gefunden wurden, korrigiert hat“ (S. 38 ff.).

Bezogen auf das 2. Strafrechtsreformgesetz vom 1.1.1975 – unmittelbarer Täter ist, wer die Straftat selbst begeht – stellt und verneint der *Verf.* die Frage, ob die eigenhändige Tatausführung nur Täterschaft begründen könne. Unter Berufung auf *Hayek*<sup>2</sup> differenziert er zwischen Handlungen, die innerhalb freiheitlicher Rechtssysteme vollzogen werden, und solchen in kollektivistischen Gesellschaftssystemen (Sozialismus, Kommunismus, Nationalsozialismus). Bei ersteren könne die unwiderlegbare Vermutung gelten, dass die eigenhändige Ausführung einer Handlung „selbst“ und nicht „selbstlos“ erfolge. Bei letzteren könne indes die Interessenlage des Ausführenden gesondert zu berücksichtigen sein. So sei etwa bei der breiten Masse, die selbstlos den ihr suggerierten Kollektivzweck verfolge, ein eigenes Interesse zu verneinen. Sie wolle die Tat als fremde für das Kollektiv. Im Gegensatz hierzu stehe derjenige, der zu dem Unrecht schaffenden Leviathan selbst zu zählen sei, der die eigene Unrechthandlung bewusst gewählt habe, um in dem kollektivistischen System zu handeln und weiter aufzusteigen. Er habe ein eigenes Tatinteresse zur Förderung der eigenen Karriere innerhalb des kollektivistischen Systems und wolle daher auch im eigenen Interesse das System aufrechterhalten. Als eigenhändig Ausführender habe er auch die Tatherrschaft inne, Täterschaft liege zwingend vor (S. 40).

Diese Argumentation fußt auf der Überlegung, die Interpretation von Normen eines freiheitlichen Rechtsstaates, also auch des § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB, könnte schwerlich auf Taten übertragen werden, die innerhalb organisatorischer staatlicher Machtstrukturen begangen werden (S. 41). Hält

<sup>1</sup> *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, 2009.

<sup>2</sup> *Hayek*, Der Weg zur Knechtschaft, 2003, S. 190 f.

man aber dafür, dass eine Differenzierung zwischen normativer und faktischer Handlungsunfreiheit auch in kollektivistischen (Unrechts-)Systemen durchführbar bleibt<sup>3</sup> und berücksichtigt man, dass zwischen altruistischer und egoistischer Interessenverfolgung auch im Übrigen gesetzlich nicht unterschieden wird (s. auch S. 44 f., 46 f.), dann bedarf es anderer Gründe, die es erlauben, die eigenhändige Tatausführung bei Verfolgung altruistischer Motive in kollektivistischen Staatssystemen aus der unmittelbaren Täterschaft mit der Möglichkeit bloßer Schuldinderung herauszunehmen und in die Beihilfe einzuordnen. Das scheint der *Verf.* auch selbst gespürt zu haben, wenn er es jedenfalls für „vertretbar“ hält, in den „Fällen selbstlosen Handelns nicht unmittelbar auf Gehilfenschaft zu schließen“, sondern als zusätzliches objektives Kriterium den „Handlungsspielraum“ heranzuziehen (S. 40). Wenn er diesen Handlungsspielraum dann aber lediglich dahin umschreibt, dass er die Möglichkeit bieten könne, das Unrecht einer Tat zu reflektieren und sich somit den Kollektivzweck zu eigen zu machen, was zur Täterschaft führe, während Beihilfe gegeben sei, wenn „Befehle lediglich selbstlos und ohne Reflektion ausgeführt“ würden (S. 40 f.), wenn er den Handlungsspielraum dergestalt begrenzt, dann greift er wohl zu kurz.<sup>4</sup>

Zur Aufnahme der mittelbaren Täterschaft in § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB hält der *Verf.* kurz fest: Mit ihr sei die formalobjektive Theorie, die diese Rechtsfigur nicht habe erklären können, Rechtsgeschichte geworden (S. 42). Dieses auf die Gesetzesänderung gestützte Verdikt gegen die formalobjektive Theorie ist allerdings auf diese Täterschaftsform zu beschränken.<sup>5</sup>

Auch die Mittäterschaft stellt nach Meinung des *Verf.* ihrer Wortwahl nach („Begehen mehrere die Tat gemeinschaftlich“) nicht eindeutig auf objektive Kriterien ab. Die Formulierung des § 25 Abs. 2 StGB lasse vielmehr insgesamt die Frage offen, nach welchen Kriterien die Täterschaft abzugrenzen sei. Das sei von Vorteil und treibe die Entwicklung dieses Problems in der Rechtsprechung voran (S. 43).

Soweit der *Verf.* die gesetzliche Verwerfung einer fakultativen Strafmilderung für die Anstiftung im Wesentlichen auf die gewachsene Rechtsvorstellung, die bereits auf das Römische Recht zurückgeht, gründet (S. 43 f.), übersieht er, dass die für die tätergleiche Strafwürdigkeit der Anstiftung angeführten Faktoren bei kritischer Würdigung nur zu einer Strafwürdigkeit der Anstiftung dem Grade nach führen und damit nur eine fakultative Strafmilderung rechtfertigen.<sup>6</sup>

Die Änderung der §§ 242, 246, 249 StGB a.F. durch das 6. Strafrechtsreformgesetz vom 1.4.1998 gibt eigentlich Anlass, sich erneut mit dem Kriterium des Eigeninteresses an der Tat als Abgrenzungsmaßstab für die Täterschaft auseinanderzusetzen. Dem entzieht sich jedoch der *Verf.* einmal

mit dem Hinweis, aus der geringen Anzahl der von der Änderung betroffenen Tatbestände könnten keine Schlüsse für die Teilnahmelehre gezogen werden (S. 48). Aber diese lediglich numerische Argumentation kann nicht überzeugen. Zum zweiten ist auch nicht zuzugeben, dass „das Rechtsbewusstsein durch die bisherige Rechtspraxis und auch die abendländische, christliche und humanistische Kultur derart geprägt [sc. ist], dass gerade egoistisches Handeln im Bereich der Eigentumsdelinquenz besonders strafwürdig erscheint“ (S. 48). Für die Zwecke staatlichen Strafens hat die mögliche ethische Unterscheidung zwischen egoistischem und altruistischem Handeln außer Anschlag zu bleiben. Das hat seinen Grund letztlich darin, dass auch der Altruismus in diesem Fall unsozial ist.<sup>7</sup>

III. Im dritten Kapitel zeichnet der *Verf.* die Entwicklung der Teilnahmelehre in der Rechtsprechung seit 1975 nach. Dabei geht es ihm nicht nur darum, die dogmatische Schlüssigkeit in den Fokus zu rücken, sondern auch darum, die Intentionen des BGH auszuleuchten (S. 51). Dazu werden insbesondere die Veröffentlichungen der Bundesrichter *Jähnke* und *Herdegen* herangezogen. Der *Verf.* geht insoweit zu Recht davon aus, den Publikationen der beteiligten Richter mehr über die Entwicklung der Teilnahmelehre entnehmen zu können als den vagen Formulierungen in den Entscheidungen selbst. Der Umstand, dass das Urteil durch die Rechtsansicht der jeweils beteiligten Richter entscheidend geprägt werden kann, wie auch die Umgehung des Divergenzausgleichs ermöglichen unterschiedliche Lösungsansätze der *Senats*. Das veranlasst den *Verf.*, die Entwicklung der Rechtsprechung getrennt nach *Senaten* darzustellen. Im Übrigen unterteilt er das 3. Kapitel in unmittelbare, mittelbare Täterschaft und Mittäterschaft.

Näheren Aufschluss über die Revisionsrechtsprechung zur Teilnahmelehre sucht er zudem über die Veröffentlichungen der Bundesrichter *Meyer-Gofßner*, *Tolksdorf*, *Maatz* und *Kuckein* zu gewinnen. Überdies wirft er auch einen Blick auf die „Zitierungs-systematik“ des BGH, um zu erhellen, welche Literatur und welche sonstigen Einflüsse den Entscheidungen zugrunde liegen. Schließlich sollen „auch verwendete Strategien der Gerichte aufgezeigt werden, die es ermöglichen, die geforderte Stetigkeit und Einheitlichkeit der Entscheidungen und Einzelfallerwägungen überzeugend miteinander zu verbinden“ (S. 51 f.).

Zur unmittelbaren Täterschaft (S. 52 ff.), dargestellt an Entscheidungen des 1., 3., 4. und 5. *Senats* hält der *Verf.* abschließend fest: Diese Rechtsprechung zeichne sich durch formale Stetigkeit, dynamische Entwicklung in materieller Hinsicht und Bewahrung gewisser Freiräume für die Zukunft aus (S. 58). Das heißt: Das Staschynskij-Urteil, das extrem subjektiv orientiert war, wurde in keiner der vom *Verf.* herangezogenen Entscheidungen verworfen, sondern formal aufrechterhalten mit der Folge: Tatbeiträge, die den Tatbestand einer Strafnorm erfüllen, begründen zwar grundsätzlich Täterschaft; aber es bleibt Raum für besondere Ausnahmefälle, die es rechtfertigen können, trotz tatbestandsmäßigen Verhaltens lediglich Beihilfe anzunehmen. Diese Sicht wird u.a. von

<sup>3</sup> Vgl. *M.-K. Meyer*, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984, S. 101 ff.

<sup>4</sup> Vgl. nur BGHSt 39, 1.

<sup>5</sup> Vgl. nur die vom *Verf.* (S. 41 f.) herangezogenen Entscheidungen des LG Gera und OLG Frankfurt.

<sup>6</sup> Vgl. *M.-K. Meyer*, Die Strafwürdigkeit der Anstiftung dem Grade nach, 1970, S. 158 ff., 207 ff.

<sup>7</sup> Vgl. *M.E. Mayer*, Rechtsphilosophie, 1933, S. 44.

dem Vorsitzenden Richter des 2. *Senats Jähnke* auch später noch geteilt (S. 58). Gleichzeitig trennte sich jedoch der 5. *Senat* im Mauerschützenfall von dieser extrem subjektiven Auffassung, indem er sich der Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bediente und überdies das Kriterium des „Handlungsspielraums“ einfuhrte.<sup>8</sup> Dass der BGH dennoch weiter auch im formalen Einklang mit einer subjektiven Abgrenzungslösung stehe, glaubt der *Verf.* auch um deswillen annehmen zu dürfen, als das Kriterium des „Handlungsspielraums“ als Möglichkeit zur subjektiven Reflektion und Aneignung des fremden Willens gewertet werden könne (S. 56). Diese Deutung durch den *Verf.* scheint aber wohl eher Rückschlüsse auf seine besondere Neigung zur subjektiven Abgrenzungslösung zu offenbaren. Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit bedenklich erscheint es dem *Verf.*, dass die Rechtsprechung – wie etwa im Mauerschützenfall – Strategien entwerfe, um die präsumtive Verbindlichkeit vorangegangener Präjudizien (Stachynskij-Entscheidung) ohne vertiefte Auseinandersetzung zu umgehen. Ferner falle auf, dass die Neuorientierung der Rechtsprechung nach 1975 in einem „obiter dictum“ erfolge, das keine Bindungswirkung gegenüber anderen *Senaten* entfalte (S. 62).

Bei der mittelbaren Täterschaft erörtert der *Verf.* aus der Amtlichen Sammlung insbesondere die folgenden Fälle: Säureattentat (1. *Senat*; S. 63 ff.), Katzenkönig (4. *Senat*; S. 65 ff.), Nationaler Verteidigungsrat (5. *Senat*; S. 67 ff.), Kemptener Behandlungsabbruch (1. *Senat*; S. 69 ff.). Er legt dar, auf welche Weise die gegenüber *Maurach* bereits modifizierte Ausprägung der Tatherrschaftslehre *Gössels* durch den BGH weiter modifiziert wird und wie sich die Entwicklung der Rechtsprechung zur Tatherrschaftslehre von der Klärung von Einzelfragen über bestimmte Fallgruppen bis hin zur Aufnahme der Tatherrschaftslehre in den Obersatz stufenweise und zwar unter maßgeblicher Beteiligung der Richter *Nack* (5. *Senat*), *Laufhütte* (Vorsitzender Richter des 5. *Senats*, zuvor Richter des 4. *Senats*) und *Brüning* (4. *Senat*) vollzogen hat (S. 72 ff.). Besonders stellt er die unter der Ägide von *Nack* erfolgte Erweiterung der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf die Konstellationen heraus, in denen jemand „durch Organisationsstrukturen bedingte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Beitrag regelhafte Abläufe auslöst“ (S. 69, 137 ff.).

Zur Beurteilung des Lösungsansatzes der Rechtsprechung bei der Mittäterschaft (S. 75 ff.) geht der *Verf.* nicht nur den einzelnen Formulierungen der Konkretisierung der Formel vom „animus auctoris“ durch die Kriterien Interesse und Tatherrschaft nach. Er will überdies „der Anwendung dieses Abgrenzungskonzepts Aufmerksamkeit widmen“. Er glaubt, nur auf diese Weise könne erkannt werden, welche Theorie der BGH zur Differenzierung von Täterschaft und Teilnahme im Einzelnen verfolge. Zusätzlicher Erkenntnisgewinn soll aus der Nuancierung in der Formulierung des Obersatzes durch die *Senate* gezogen werden (S. 76).

Zunächst werden Entscheidungen des 1. *Strafsenats* des BGH (unter Mitwirkung und späterem Vorsitz von *Herdegen*) aus den Jahren 1975-1985 untersucht (S. 76 ff.). Gefor-

dert wird eine „wertende Betrachtung“ der gesamten Umstände. Als „wesentliche Anhaltspunkte“ hierfür kommen in Betracht: Der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang des Tatbeitrages, die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft, insgesamt Umstände, die in der Wissenschaft unter der Bezeichnung „normative Kombinationstheorie“ zusammengefasst werden. Diese Umstände, die dem Begriffe nach dogmatische Kriterien enthalten, werden nun aber nicht als verbindliche Konkretisierungsmaßstäbe zur Abscheidung von Täterschaft und Teilnahme verwandt, sondern lediglich als Indizien für eine wertende Gesamtschau, die die Frage nach der Täterschaft undogmatisch mit der nach der „führenden Rolle“ beantwortet (S. 80 f.). Insoweit kommt es weniger auf die Subsumtion unter einzelne Abgrenzungskriterien an als vielmehr auf die Würdigung sämtlicher Anhaltspunkte des Sachverhalts: auf die ausreichende Auseinandersetzung des Tatrichters mit allen wesentlichen Umständen (S. 83).

Dem folgt später auch der 2. *Strafsenat*, in den *Herdegen* gewechselt war (S. 84). Während der 3. *Strafsenat* zwar einerseits den Bedeutungsgewinn der „wertenden Betrachtung“ bestätigt, schränkt er auf der anderen Seite durch eine deutliche Richtungsanweisung für eine neue Entscheidung den Beurteilungsspielraum des Tatrichters wieder ein (S. 85). Und der 4. *Strafsenat* verlangt über die ausreichende Würdigung sämtlicher Umstände hinaus auch deren dogmatische Einordnung (S. 86). Folgt man dem *Verf.* ferner darin, dass die Entscheidungen des 5. *Strafsenats* (S. 86 ff.) die Rechtsprechung des 1. *Strafsenats* durch eine „besonders konsequente Anwendung des Beurteilungsspielraums als „wertende Betrachtung“ fortführten (S. 90), dann wird eine derartige ausschließlich folgenorientierte, gänzlich undogmatische Rechtsanwendung – bezogen auf ein differenzierendes Beteiligungsformensystem – zu Recht kritisiert (S. 178 ff.).<sup>9</sup> Auch der mit dieser Rechtsentwicklung einhergehende Vorteil für die Revisionsinstanz, die nun flexibler und vereinfachter entscheiden kann, indem sie dem Tatrichter lediglich eine nicht ausreichende Würdigung aller Anhaltspunkte, ein Verkennen der Reichweite eines Kriteriums oder deren fehlsame Gewichtung vorzuhalten braucht, vermag die mit der flexiblen Abgrenzungslösung im Übrigen einhergehenden Gefahren nicht zu begrenzen.

Im Folgenden fragt der *Verf.* anhand der Rechtsprechung des BGH in den Jahren 1995 bis 2005, ob die bislang dargestellte Flexibilisierung des Rechts konsequent fortgesetzt, eventuell ausgebaut wurde oder eine gegenläufige Entwicklung genommen hat (S. 96 ff.). Hinsichtlich des 1. *Strafsenats* gelangt der *Verf.* zu dem Ergebnis, dieser habe sich in der Zeit von 1995-2005 der Tatherrschaftslehre *Roxins* zugewandt. Er habe sie zwar nicht dogmatisch, aber im Ergebnis verfolgt und zwar durch eine flexible Auslegung des Beurteilungsspielraums, um die Tatrichter konsequent auf die Tatherrschaftslehre zu verweisen (S. 99 f.). Demgegenüber habe der 2. *Strafsenat*, der überdies auf das Tatinteresse vermehrt zurückgegriffen habe, die „wertende Betrachtung“ eher dazu genutzt, „die Ergebnisse aus Urteilen, denen vergleichbare

<sup>8</sup> BGHSt 39, 1 (32).

<sup>9</sup> Vgl. auch *Rotsch* (Fn. 1), S. 396 ff.

Sachverhalte zugrunde lagen, zu wahren“ (S. 105). Der 3. *Strafsenat* habe unter der Ägide seines Vorsitzenden *Tolkendorf* die Zubilligung eines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums weitgehend eingeschränkt (S. 105 ff.). Dem sei zunächst auch der 4. *Strafsenat* auf der Grundlage einer subjektiv akzentuierten und extensiven Auslegung des Täterbegriffs gefolgt: Vorbereitungshandlungen sowie bloße Anwesenheit am Tatort sollten zur Annahme von Täterschaft ausreichen (S. 112 ff.). Erst 2003 sei man zur „wertenden Betrachtung“ zurückgekehrt, indes ohne deren Voraussetzungen näher festzuschreiben (S. 114). Auch der Rekurs auf die Tatherrschaft sei ohne Klärung dieses Begriffs erfolgt. Der maßgebliche Grund für dieses Vorgehen liegt nach Ansicht des *Verf.* in dem Einfluss der Richter *Kuckein* und vor allem *Maatz*. Letzterer habe betont, strikte Kriterienkataloge seien untauglich zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. Als bloßes Abstraktum aber könne der Tatherrschaftsbegriff äußerst flexibel und nach Belieben angewendet werden (S. 117). Die subjektive Theorie wird nach Meinung des *Verf.* vom 4. *Strafsenat* nicht länger zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe herangezogen, sondern nur zur Begründung der eingeschränkten Revision (S. 118). Der 5. *Strafsenat* habe dem Tatrichter bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme wiederum einen Beurteilungsspielraum zumindest in Grenzfällen eingeräumt. „Es sei daher nur zu prüfen, ob aus dem Urteil hervorgeht, dass die Maßstäbe in Form der *Anhaltspunkte* in der wertenden Betrachtung erkannt und der Sachverhalt vollständig gewürdigt wurde. Es stelle daher keinen Rechtsfehler dar, wenn eine andere tatrichterliche Behandlung möglich gewesen wäre“ (S. 118 f.). Die ergänzenden Ausführungen des *Senats* zu den Kriterien der Rollenverteilung und der mangelnden Tatherrschaft sind nach Meinung des *Verf.* dogmatisch unpräzise, anders sei lediglich hinsichtlich des Tatinteresses als Indiz verfahren worden. Das Abheben auf den Beurteilungsspielraum wie auch die subjektive Tendenz hätten auch die weiteren Entscheidungen geprägt.

Dass aber auch verfahrensökonomische Erwägungen als apokryphe Kriterien in die revisionsrichterliche Prüfung eingehen können, zeigt der *Verf.* mit seinen Ausführungen zu „La Belle“ (S. 123 ff.) auf.

In den zusammenfassenden Anmerkungen zu der Rechtsprechung der Jahre 1995-2005 (S. 127 ff.) wird sachgerecht zwischen der Rechtsprechungspraxis des Tatrichters und der der Revisionsinstanz differenziert.

Vertretbar erscheint auch die Ansicht, die normative Kombinationstheorie der tatrichterlichen Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme entspreche einem „beweglichen System“ im Sinne *Wilburgs* (S. 129). Unbeantwortet bleibt indes die Frage, welche Folgerungen der *Verf.* daraus ziehen will. Soll diese systematische Einordnung lediglich das Vorgehen der Rechtsprechung von dem Vorwurf *Schünemanns* befreien, „sie habe sich bei der Strafrechtswissenschaft wie in einem Gemischtwarenlager bedient“ (S. 14)? Oder sollen die Abgrenzungskriterien, soweit es sich um Wertungsgesichts-

punkte handelt, in einem typologischen System fruchtbar gemacht werden?<sup>10</sup>

Der Revision wird letztlich vom *Verf.* die Aufgabe einer Gerechtigkeitskontrolle zugeschrieben, mag diese auch durch die nachgezeichnete Vorgehensweise zu einer uneinheitlichen Rechtsprechung führen (S. 130 ff.).

IV. Im vierten Kapitel verfolgt der *Verf.* die Entwicklung in besonderen Rechtsbereichen, nämlich dem Betäubungsmittelrecht (S. 133 ff.) und dem Wirtschaftsstrafrecht (S. 137 ff.), wobei er hier die Gesetzgebung wiederum deutlich von der Rechtsprechung abscheidet. Für das Betäubungsmittelrecht geht er im Anschluss an *Weber* davon aus, dass mit der auch hier angewandten flexiblen Abgrenzungsmethode der „wertenden Betrachtungsweise“ ein einheitliches und Rechtssicherheit bietendes System herausgebildet worden sei (S. 136). Zwar handle es sich nicht um eine axiomatische Theorie, die hier primär zur Rechtssicherheit führe, sondern um die Rechtserkenntnis aus vorherigen Fällen (S. 137). Inwieweit damit aber wirklich entgegen einem Einheitstäterbegriff eine „Gerechtigkeitsymmetrie“ aus dem Allgemeinen Teil des StGB auf das Betäubungsmittelrecht übertragen wird (S. 134), erscheint auch im Hinblick auf die Ausführungen im 3. Kapitel höchst zweifelhaft.<sup>11</sup>

Im Wirtschaftsstrafrecht habe der Gesetzgeber dagegen ausdrücklich zur Erleichterung der Rechtsfindung einen Einheitstäterbegriff angestrebt (vgl. §§ 261 Abs. 1, 298, 265 Abs. 1 StGB). Das folge aus dem im Wesentlichen überindividuellen wirtschaftspolitischen Aspekt in Verbindung mit dem Präventionsgedanken. Dem sei die Rechtsprechung gefolgt mit der Einführung eines „ökonomischen Täterbegriffs“ nach der Formulierung von *Rotsch* (S. 140), also eines Täterbegriffs, der nicht deduktiv aus dem Gesetz abgeleitet werden könne, sondern eher den Charakter eines Richterrechts trage.<sup>12</sup> Der *Verf.* kritisiert sodann die auf *Nack*, Vorsitzender Richter des 1. *Strafsenats*, zurückgehende Erweiterung der Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter für die Fälle, in denen bloße „regelhafte Abläufe“ in einem Unternehmen ausgenutzt werden (S. 141). Dem ist unter dem Aspekt bloßer „Erfolgsherrschaft“ im Sinne *Rotschs*<sup>13</sup> zuzustimmen. Folgt man dem, dann ist in diesem Rechtsanwendungsbereich an die Stelle eines differenzierenden Beteiligungsformensystems das Einheitstäterprinzip getreten. Dass das darüber hinaus z.B. auch für die Ausweitung der Mittäterschaft im Vorbereitungsstadium bzw. ohne Kausalität und andere Konstellationen gilt,<sup>14</sup> wird vom *Verf.* nicht angesprochen. Ebenso wenig erkennt er, dass sich damit aufgrund diverser Durchbrechungen und Aufweichungen neben dem nur vermeintlich stringent durchgeführten Beteiligungsformensystem faktisch ein Einheitstäterprinzip entwickelt hat. Deshalb spricht

<sup>10</sup> Vgl. *M.-K. Meyer* (Fn. 6), S. 207 ff., 213 f.; *dies.*, Beiträge zum Strafrecht, 2007, S. 23 ff., 35 ff.

<sup>11</sup> Vgl. auch *Rotsch* (Fn. 1), S. 207, 356.

<sup>12</sup> *Rotsch*, ZIS 2007, 260.

<sup>13</sup> *Rotsch* (Fn. 1), S. 390.

<sup>14</sup> Vgl. *Rotsch* (Fn. 1), S. 236 f.

Rotsch zu Recht von einem Mischsystem zwischen Einheits-täterprinzip und differenzierender Beteiligungsformenlehre.<sup>15</sup>

V. Im 5. Kapitel zeichnet der *Verf.* die Entwicklung in der Wissenschaft nach (S. 147 ff.). Er beginnt mit den Subjektivierungstendenzen, deren Vertreter in Abweichung von der überwiegend verfolgten betont objektiv akzentuierten Tatherrschaftslehre *Roxins* verstärkt subjektive Kriterien in die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme einbeziehen. Dabei sucht er eine Antwort auf die Frage, inwieweit sich die Wissenschaft der subjektiven Theorie der Rechtsprechung angenähert hat oder ob mittlerweile sogar von einer Kongruenz beider Auffassungen gesprochen werden kann (S. 149). Die Überprüfung der Ansichten von *Blei*, *Schmidhäuser*, *Gössel*, *Cramer*, *Jakobs*, *Otto*, *Küppers* und *Geerds* führt den *Verf.* zu folgendem Ergebnis: Die Grenzziehung zwischen Rechtsprechung und Wissenschaft verläuft nicht an der Grenze zwischen subjektiven und objektiven Abgrenzungskriterien. Der Kerngedanke des Streits betrifft vielmehr die Frage, ob eine streng dogmatische Abgrenzung im Hinblick auf Rechtssicherheit notwendig oder bezogen auf Einzelfallgerechtigkeit eine flexible wertende Betrachtung vorzugswürdig ist (S. 160 f.). Dass jedenfalls das Kriterium der Tatherrschaft schon längst keine größtmögliche Gewähr für Rechtssicherheit bietet, haben bereits die Ausführungen des *Verf.* im 3. Kapitel zur Handhabe dieses Kriteriums durch die Rechtsprechung gezeigt.

Damit ist in der Rechtswissenschaft der Weg wieder frei geworden für neue Forderungen nach einer strengen Dogmatik und methodischer Exaktheit gegen extensive Beurteilungsspielräume und flexible Lösungen. Ihm geht der *Verf.* unter der Überschrift „Akademischer Rationalismus“ nach (S. 161 ff.). Dabei weist er zunächst auf *Steins* strafrechtliche Beteiligungsformenlehre auf der Grundlage des Zweckrationalismus hin, die die Verhaltensweisen nach der Dringlichkeit der Verhaltensnormen differenziert (S. 163 f.). Dann geht er auf das Autonomieprinzip *Renzikowskis* und das von *Köhler* ein (S. 164 ff.). Abschließend stellt er den Lösungsansatz *Freunds* über die Tatbestände des Besonderen Teils vor.

Hält man mit *Roxin* für richtig, dass eine konsequente Anwendung des Autonomieprinzips die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter ablehnen muss, dann ist nach Ansicht des *Verf.* nicht zu gewärtigen, dass die Rechtsprechung die Auffassungen des „Akademischen Rationalismus“ rezipieren wird, zumal die Rechtsprechung diese Rechtsfigur ausgiebig nutze und sogar im Verhältnis zur Literatur ihren Anwendungsbereich erheblich erweitert habe (S. 169). Insoweit könne keine Annäherungstendenz zwischen der neueren Wissenschaft und der Rechtsprechung erwartet werden.

VI. Dem entsprechend widmet der *Verf.* das letzte Kapitel auch nicht der Entwicklung einer eigenen Abgrenzungstheorie. Vielmehr konzentriert er sich auf die Arbeitsweise der Richter. Dazu untersucht er das Rechtserkenntnisverfahren zur Gewinnung einer abstrakt allgemeinen Regel. Dieser Erkenntnisprozess setze stets eine intensive Beschäftigung mit bereits bewährten Lösungsmustern voraus. Soweit von diesen abgewichen werden sollte, müsse eine Falsifizierung

erfolgen (S. 171). Diese könne sich auf den Wortlaut des Gesetzes oder eine verfassungskonforme Auslegung, das Gerechtigkeitsempfinden oder die Systematik gründen. Die richterliche Lösung müsse sich in den rechtlichen Kontext einfügen. Ein solches Erkenntnisverfahren werde in der Rechtsprechung durch die präsumtive Verbindlichkeit von Präjudizien gewährleistet (S. 172). Dass die Rechtsprechung die Verbindlichkeit des Präjudizes jedoch dadurch weitestgehend begrenzt, dass sie die rechtserheblichen Unterschiede im tatsächlichen Bereich betont, wird vom *Verf.* als erheblicher Fehler im richterlichen Erkenntnisverfahren herausgestellt und u.a. am Mauerschützenfall verdeutlicht (S. 173). Ein weiterer Fehler liege darin, Rechtsregeln, denen keine Verbindlichkeit eingeräumt werden soll, in „obiter dicta“ zu verschieben (S. 176). Die Verwendung von „Trivialbegriffen“ wie z.B. die „Rollenverteilung“ wird vom *Verf.* ebenso gerügt wie die „wertende Betrachtung“ und der „Beurteilungsspielraum“ (S. 178 f.). Als Lösung schlägt er deshalb eine Abkehr von der „wertenden Betrachtung“ und die Verbindlichkeit von Präjudizien vor (S. 179 f.). Dieses Vorgehen veranschaulicht er mit einem ausformulierten Beispiel zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme (S. 181). Dass er dabei auf die Heranziehung des Tatherrschaftsbegriffs verzichtet, wird damit begründet, dass diesem Kriterium keine klaren Strukturen zu entnehmen seien (S. 182 und zuvor schon S. 91 ff.).<sup>16</sup> Damit sein Vorschlag der Orientierung an Präjudizien von den Revisionsgerichten nicht unterlaufen werden könne, sei überdies die mit den Stichwörtern „distinguishing“ und „obiter dictum“ einhergehende Revisionspraxis zu ändern (S. 183). Ob die Rechtsprechung diese Vorschläge überhaupt und in welchem Umfang aufgreifen und sich nach ihnen richten wird, bleibt abzuwarten. Solange sie sich jedoch damit begnügt, dass die einzelne Entscheidung im Einklang mit der „Vorstellung einer materiellen Gerechtigkeit“ lediglich der beteiligten Richter zu stehen hat (vgl. S. 131, 183 f.), wird man vergeblich auf Änderung hoffen.

*Prof. Dr. Maria-Katharina Meyer, Hamburg*

<sup>15</sup> Rotsch (Fn. 1), S. 416.

<sup>16</sup> Vgl. auch Rotsch (Fn. 1), S. 290 ff., 296.