

Grundvoraussetzungen gemeinschaftlicher Organisation im Strafrecht

Von Dr. Andrés Falcone, LL.M. (Regensburg), Buenos Aires

In dieser Zeitschrift erschien im Jahr 2020 ein Aufsatz von *mir*, der für eine Rückkehr zum dogmatischen Grundsatz der strengen Akzessorietät plädiert.¹ Wenig später folgte eine Erwiderung von *Pepe Schladitz*, die sich hauptsächlich auf die dogmatischen Schwierigkeiten konzentriert, die meine Auffassung mit sich bringe.² Das Ziel dieses neuen Beitrages besteht darin, die dogmatische Kritik von *Schladitz* zu entkräften und ferner meine Lösung in ein Gesamtkonzept der Beteiligungslehre zu integrieren.

I. Alleinzurechnungssubjekt oder Gemeinschaftlichkeit?

1. Den Bürger trifft die Pflicht, bei der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustands der Freiheitlichkeit, von dem er profitiert, mitzuwirken.³ Dieser Zustand ist insofern wirklichkeitsmächtig, als die Bürger sich bei ihrer Lebensplanung auf ihn verlassen können.⁴ Allerdings ist diese staatsrechtliche Pflicht noch so abstrakt, dass erst die verschiedenen Rechtsbereiche ihr die notwendigen Konturen verleihen.⁵ So fordert etwa sowohl das bürgerliche Recht als auch das Strafrecht, dass die Bürger wechselseitig ihre Eigentumspositionen achten. Nun sind die Mittel, die dem Staat zur Durchsetzung dieser Forderung zur Verfügung stehen, verschiedene: Schadensersatz oder Strafe, je nachdem, ob private Interessen im Vordergrund stehen oder denjenigen der ganzen Gemeinschaft gleichgeordnet sind.⁶ Was das Strafrecht angeht, wird

der Bürger durch die Strafanwendung für die Tat ex tunc verantwortlich gemacht und damit die verletzte Gültigkeit der Rechtsnorm – in der Form einer Verhaltensnorm – und mittelbar auch die Durchsetzungskraft der ganzen Rechtsordnung ex nunc wiederhergestellt.⁷

Die Aufgabe des Strafrichters ist es, einen Konflikt, der in der Vergangenheit aufgetreten ist, zu beurteilen und die Verantwortlichkeit dafür zu bestimmen.⁸ Es gibt dabei nur vier mögliche Ergebnisse: 1. Das Opfer ist verantwortlich für seine eigene Beeinträchtigung, 2. eine andere Person ist allein dafür verantwortlich, 3. die Tat muss mehreren Personen zugeschrieben werden oder 4. es geht um ein bloßes Naturgeschehen, ein unglückliches Ereignis, für das keine Person die Verantwortung trägt.⁹ Um eines dieser Ergebnisse zu erreichen, prüft die h.M. zunächst, ob ein Rechtsgut beeinträchtigt wurde, ob also ein zu missbilligender Erfolg – dessen Überprüfung im Tatbestand formell-explicit gefordert sein kann oder auch nicht – eingetreten ist,¹⁰ und sodann, ob dieser Erfolg auf eine zu missbilligende willkürliche Körperbewegung – oder im Falle der Unterlassung: ihr Fehlen – zurückzuführen ist.¹¹ Die so beschriebene Handlung und der Erfolg sind nach h.M. die beiden konstitutiven Momente des (vollständigen) Unrechtsbegriffes.¹² Demgegenüber plädieren andere Verfasser – mit Recht – für eine ex post-Beschreibung, die beide Unrechtsmomente vereinigt.¹³ Die Hauptfra-

¹ *Falcone*, ZIS, 2020, 212.

² *Schladitz*, ZIS 2020, 498.

³ Nachweise bei *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (217).

⁴ Nach *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 282, erfüllt die Rechtsordnung ihre Aufgabe der Freiheitssicherung nur, wenn sie „wirklichkeitsgestaltende Kraft besitzt“. Ähnlich ist es für *Sturma*, Philosophie der Person, 1997, S. 352, eine wesentliche Bedingung personaler Existenz, dass Personen fähig sind, „ihre Gegenwart in die Vergangenheit und Zukunft zu erweitern und im Verständnis dieser Erweiterungen ihr Leben praktisch auszugestalten“. Dazu *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 89: „Indem die Rechtsgemeinschaft den Straftäter für die Verletzung seiner Verpflichtung, sich an der Aufrechterhaltung eines Zustandes der Rechtlichkeit zu beteiligen, bestraft, bekräftigt sie ihren Willen, dem Grundsatz von der Gleichheit aller Rechtsunterworfenen auch weiterhin zu realer Wirksamkeit zu verhelfen.“ Siehe auch *ders.*, in: *Saliger/Isfen/Kim/Liu/Mylonopoulos/Tavares/Yamanaka/Zheng* (Hrsg.), Rechtsstaatliches Strafrecht, Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag, 2017, S. 985 (992 f.).

⁵ Den Bürger trifft unmittelbare Verantwortlichkeit für das staatliche Gemeinwohl nur im Rahmen der konkreten Aufgaben seiner gesellschaftlichen Rollen, *Depenheuer*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 55, 1996, S. 90 (107 ff.). Siehe auch *Gerhardt*, Partizipation, 2007, S. 343: „Das Gesetz repräsentiert die Verhaltenserwartung einer institutionellen Gemeinschaft.“

⁶ Insofern setzt die Strafe eine „Entprivatisierung“ des Konflikts zwischen Beteiligten und Opfer voraus. So *Appel*, Ver-

fassung und Strafe, 1998, S. 448 ff. Doch mit Recht meint *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 91, dass keineswegs die Belange, um derentwillen dem Täter jene Pflicht auferlegt wird, ihrerseits ebenfalls durchgängig solche der Allgemeinheit seien. In diesem Sinne wäre die Frage nach dem Legitimationsgrund der Mitwirkungspflicht von der Frage nach der pflichtentheoretischen Struktur des Verbrechensbegriffes unabhängig. Siehe auch *Renzikowski*, GA, 2007, 561 (568).

⁷ Nachweise bei *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (214).

⁸ Näher *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 325 ff.; *ders.* (Fn. 4 – FS Neumann), S. 991 ff.

⁹ *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 28 ff.

¹⁰ Dass auch die sog. Tätigkeitsdelikte einen Erfolg im verbrechensbegrifflichen Sinne haben, soll außer Frage stehen, siehe hierzu ausführlich *Walter*, in: *Fahl/Müller/Satzger/Swoboda* (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 327.

¹¹ Nachweise bei *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (214).

¹² Statt vieler *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 1: „Jede menschliche Handlung, im guten wie im schlechten, unterliegt zwei verschiedenen Wertaspekten. Sie kann einmal nach dem Erfolg bewertet werden, den sie herbeiführt (Erfolgs- oder Sachverhaltenswert), zweitens aber auch unabhängig vom Erreichen des Erfolges schon nach dem Sinn der Tätigkeit als solcher (Aktwert). [...] Beide Wertarten sind für das Strafrecht von Bedeutung.“

¹³ In analytischer bzw. normtheoretischer Terminologie formuliert: Auf der Stufe des Zuständigkeitsystems erscheint es wenig sinnvoll, von einer von der Sanktionsnorm (bzw. Be-

ge, die der Strafrichter beantworten muss, ist hiernach, wer für eine vergangene Tat zuständig war. Der Schlüsselbegriff dieses Zurechnungsschemas ist die Zuständigkeit, sodass das System der Zuständigkeiten die erste Stufe der allgemeinen Verbrechenslehre betrifft.¹⁴

Freilich erschöpft sich die Aufgabe des Strafrichters nicht in der Bestimmung der Zuständigkeiten für die Tat. Er muss vielmehr auch überprüfen, ob der Betreffende bzw. die Betreffenden im Tatzeitpunkt Alternativen zu ihrem Verhalten hatten. Die zweite Stufe der allgemeinen Verbrechenslehre ist die Zurechnung i.e.S., bei der der Strafrichter überprüfen muss, ob das Zurechnungssubjekt bzw. die Zurechnungssubjekte „Personen“ i.e.S. sind. Das ist der Fall, wenn das von ihm bzw. von ihnen bestimmte Ereignis als seine oder ihre „Handlung“ i.e.S. gilt. Die Handlung ist nicht als willkürliche Körperbewegung, sondern darüber hinaus als Stellungnahme gegenüber der Rechtsordnung definiert. Wer keine *freie* Entscheidung bezüglich der Befolgung einer Rechtsnorm äußern konnte, gilt demzufolge auch nicht als Zurechnungssubjekt im Rahmen dieser Verbrechenslehre.¹⁵

Dieser Begriffsbestimmung nach gelten als Zurechnungsunfähige i.w.S. nicht nur Minderjährige (§ 19 StGB) und diejenigen, die zur Tatzeit wegen einer krankhaften seelischen Störung usw. unfähig waren, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln (§ 20 StGB), sondern auch solche, die einem zurechnungsausschließenden Verbotsirrtum unterliegt (§§ 16, 17 StGB) oder von einer erheblichen Erschwerung der Motivation zu verhaltensnormgemäßem Verhalten betroffen sind (§§ 33, 35 StGB; § 5 Abs. 1 WStG; § 11 Abs. 2 SoldG; § 97 Abs. 2 StVollzG; usw.). Insofern gelten nicht diejenigen als Zurechnungssubjekte, die Rechtsgüter beeinträchtigt haben, sondern nur diejenigen, die in der Lage waren, die Normgeltung in Frage zu stellen.¹⁶

2. Dieses vereinfachte Schema bedarf in der Tat näherer Begründung, Vertiefung und weiterer Debatten. Dies gehört aber eher zur allgemeinen Zurechnungslehre überhaupt als zur strafrechtlichen Beteiligungslehre. Letztere muss zunächst die Frage beantworten, wann eine Tat mehreren Beteiligten zuzurechnen ist.¹⁷ Die Antwort erscheint relativ einfach: Eine Gemeinschaftlichkeit im Sinne der strafrechtlichen Beteiligungslehre liegt erst dann vor, wenn mindestens zwei Zurechnungssubjekte so verbunden sind, dass jeder durch

wertungsnorm) losgelösten Verhaltensnorm (bzw. Bestimmungsnorm) zu sprechen.

¹⁴ Grundsätzlich *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 29. Abschn. Rn. 28 ff.; *ders.* (Fn. 7), S. 26 ff.; *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 57 ff.

¹⁵ Siehe *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (214 ff. 217 ff.) m.w.N.

¹⁶ Siehe *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (217) m.w.N.

¹⁷ *Lesch*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 134 ff., 232 ff. 253 ff. und passim; *ders.*, ZStW 105 (1993), 271 (281 f.) und passim, spricht von „Gemeinsamkeit“. Doch der deutsche Gesetzgeber – in § 47 StGB i.d.F. 1872; in § 25 Abs. 2 StGB aktuell und seit 1975 – hat immer den Begriff „gemeinschaftlich“ verwendet. Da mit diesem traditionellen Begriff das gemeint ist, was auch hier ausgedrückt werden soll, ist er zu bevorzugen.

seine eigene Pflichtverletzung auch den anderen repräsentiert und umgekehrt.¹⁸ Zwei Elemente sind dafür notwendig: 1. mindestens zwei Zurechnungssubjekte – wie oben definiert – und 2. Pflichtverletzungen solcher Art, dass sie sich mehr als einem Zurechnungssubjekt – wenn auch nur mittelbar – imputieren lassen.¹⁹

Wenn man nun diese Grundformulierung zu Ende denkt, wird man bereits einen ersten Widerspruch mit der h.M. entdecken: Solange es bei der mittelbaren Täterschaft per se nur um *ein* Zurechnungssubjekt geht, müssen die von § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB erfassten Fallkonstellationen außerhalb der strafrechtlichen Beteiligungslehre stehen.²⁰ Wenn der Vordermann von einem Zurechnungsdefizit betroffen ist, dessen Entstehung oder Aufrechterhaltung ausschließlich dem Hintermann zuzuschreiben ist, so hat nur dieser Hintermann seine Treupflicht gegenüber der Rechtsordnung verletzt. Er ist daher in derselben Weise Alleinzurechnungssubjekt, wie wenn er die Rechtssphäre des Opfers eigenhändig beeinträchtigt hätte.²¹ Obwohl dieser Befund auf den ersten Blick problematisch erscheint, ist doch zu beachten, dass der deutsche Gesetzgeber trotz der Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft explizit keine unterschiedlichen Rechtsfolgen festgelegt hat.²²

Jedoch werden sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung beide Rechtsfiguren streng voneinander getrennt.²³

¹⁸ Zum Repräsentationsbegriff in der Beteiligungslehre – in restriktiver Fassung – siehe insbesondere *Kindhäuser*, in: Bohnert/Gramm/Kindhäuser/Lege/Rinken/Robbers (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, S. 627 (645 ff.); *Haas*, ZStW 119 (2007), 519 (534 ff.); *ders.*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008, S. 86 ff. Siehe dazu näher unten II.

¹⁹ Im Ergebnis auch *Jakobs*, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 2 ff.

²⁰ So meint *Jakobs* (Fn. 19), S. 37, die mittelbare Täterschaft sei „gerade *kein* Fall von Beteiligung, vielmehr ein phänotypisch verkappter Fall unmittelbaren Begehens“ (*Hervorhebung* im Original).

²¹ Siehe bereits *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (221) m.w.N.

²² So eindeutig § 25 StGB: „Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.“ Ferner besteht die mittelbare Täterschaft im Strafgesetzbuch erst seit 1975. Dazu *Schünemann/Greco*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 25 Rn. 79.

²³ Statt vieler *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl. 2019, S. 157 ff. und passim. Die Unterscheidung ist jedoch alles andere als eindeutig. Während die h.L. (so etwa *Schünemann* [Fn. 22] § 25 Rn. 60) im Allgemeinen das Verantwortungs- bzw. das Autonomieprinzip als Eckstein für die Konstitution der mittelbaren Täterschaft ansieht, erscheint sie besonders zweifelhaft in den Fallkonstellationen, in denen das Opfer an seiner eigenen Verletzung kausal mitwirkt. Dazu RGSt 26, 242; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 81 ff. Selbst *Welzel* (Fn. 12), S. 103, sah sie als

Dafür gibt es zwei dogmatische Hauptgründe: 1. Nach h.M. soll die Strafbarkeit des Versuches bei der mittelbaren Täterschaft früher einsetzen als bei der unmittelbaren Täterschaft. 2. Die sog. eigenhändigen Delikte könnten nur in der Beteiligungsform der unmittelbaren Täterschaft begangen werden, weshalb die mittelbare Täterschaft wie auch die Mittäterschaft ausscheiden müssten.²⁴ Dass keiner der genannten Gründe potent genug ist, um eine besondere dogmatische Folgerung für die mittelbare Täterschaft zu rechtfertigen, wird im Folgenden bewiesen.²⁵

a) Was den Versuchsbeginn bei der mittelbaren Täterschaft angeht, heißt es nach der h.M. zutreffend, dass ein unmittelbares Ansetzen i.S.d. § 22 StGB des Hintermanns bereits mit Beginn der Beeinflussung des Vordermanns (sog. Einzellösung²⁶) oder spätestens mit dem Verlust der Steuerungsmöglichkeiten (sog. modifizierte Einzellösung²⁷) gegeben ist. Bei der unmittelbaren Täterschaft ist freilich genau dasselbe der Fall: Wenn das Alleinzurechnungssubjekt sich gegen die Verhaltensnorm wendet, beginnt damit sein Versuch. Was danach geschieht, betrifft nur noch einen etwaigen Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg.²⁸

Fall mittelbarer Täterschaft. Kritisch *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 70. Abgesehen davon ist auch fraglich, ob die Zurechnungsdefizite des Vordermanns auf der Ebene des Unrechts, der Schuld oder auf beiden Ebenen liegen sollen. Dazu bereits *Falcone*, ZIS 2020, 212 (219), m.w.N.

²⁴ Vgl. *Jakobs* (Fn. 14), 21. Abschn. Rn. 105 ff. Von den Irrtumsfragen, die zur intensiven Gemeinschaftlichkeit gehören, kann hier abgesehen werden. Siehe dazu unten II.

²⁵ *Jakobs* (Fn. 19), S. 37 ff. Bereits *Schild*, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, S. 20 ff., wendet sich gegen die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft.

²⁶ Dazu statt vieler *Maurach*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1971, § 41 II. 5.; *Bockelmann/Volk*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1987, § 22 II. 3. b), § 27 VII. 2. b); *Puppe*, JuS 1989, 361 (363 f.); *dies.*, GA 2013, 514 (530 ff.); *Jakobs* (Fn. 19), 21. Abschn. Rn. 105.

²⁷ Zum ersten Mal in *Roxin*, in: *Schroeder/Zipf* (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 213. Danach in *ders.*, JuS 1979, 1 (11 f.); *ders.*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 25 Rn. 152.; *ders.* (Fn. 23), § 29 Rn. 230.

²⁸ *Kleszczewski*, Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat, 1998, S. 86 ff.; *ders.*, in: *Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk* (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 613 (633), sieht die Lage anders. Er will eine solide Begründung für die Einzellösung in den Voraussetzungen der Notwehr gefunden haben. Seiner Meinung nach ist nur Täter, wer eigenhändig die Rechtsstellung des Opfers beeinträchtigt. Dies trifft auch auf den mittelbaren Täter zu, aber nur in vier Fallkonstellationen. Allerdings geht er zu weit, wenn er hierin ein Argument gegen die Autonomie der Teilnahme sieht. Seines Er-

insofern ist es gleichgültig, ob der Vordermann ein menschliches oder ein nicht-menschliches Werkzeug ist.²⁹ Insofern kann es keinen Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft geben.³⁰

Ein Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft tritt nur dann in Erscheinung, wenn der Versuchsbeginn des Täters erst im Zeitpunkt der Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Opfers durch den Vordermann läge (sog. Gesamtlösung³¹). Wenn nun die Normwidrigkeit als überindividuelles Moment des Verbrechensbegriffs bei der Versuchsbestrafung in den Vordergrund tritt und sie Zurechnungsfähigkeit voraussetzt – *ultra posse nemo obligatur* –, dann kann man schwerlich erklären, weshalb der Versuchsbeginn erst zu einem Zeitpunkt angenommen werden soll, zu dem das Alleinzurechnungssubjekt keine Möglichkeit der Beherrschung des Geschehens mehr hat. Die formal bestimmte Gesamtlösung übersieht daher, dass der entscheidende Faktor der Versuchsbestrafung die kommunikative Dimension der Handlung ist, in der sich ein rechtsfeindlicher Wille äußert und auf diese Weise den gesellschaftlichen Frieden in Frage stellt. Die körperliche Bewegung als äußerliches Phänomen spielt hier nicht die entscheidende Rolle, sodass es wenig sinnvoll ist, den Versuchsbeginn des Alleinzurechnungssubjekts vom Verhalten des unfreien Vordermanns abhängig zu machen.³²

achtens ist die Autonomie insofern falsch, als sie ein Notwehrrecht gegen den Teilnehmer begründet, während dessen Ausübung gegen den Täter noch ausgeschlossen ist (ähnlich *van Weezel*, ZIS 2009, 432 [436]). Das ist aber ja richtig, denn *Kleszczewski* übersieht, dass die Bestimmung von Notrechten und Duldungspflichten sich nicht nur auf die Rechtsstellung des Opfers bezieht, sondern auch auf den Umfang der Pflicht- bzw. Obliegenheitsverletzung des Beteiligten. Wer sich gegen die Rechtsordnung (noch) nicht äußerte, hat auch nichts zu dulden.

²⁹ Anderer Ansicht ist *Küper*, JZ 1983, 361 (369), der die Charakterisierung des Vordermanns als „Werkzeug“ relativiert. Er übersieht jedoch, dass damit die mittelbare Täterschaft als Zurechnungsstruktur eine unersetzbare systematische Komponente verliert. Wie hier *Jakobs* (Fn. 19), S. 38 insbesondere Fn. 65.

³⁰ Dazu bereits *Eb. Schmidt*, in: *Hegler* (Hrsg.), Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930, Bd. 2, 1930, S. 74 (120, 128). Eine moderne Fassung in *Schild* (Fn. 25), S. 20 ff. Dass die herrschende (modifizierte) Einzellösung besser zum Strafgrund der Teilnahme passt, wird unten dargestellt.

³¹ Statt vieler *Küper*, JZ 1983, 361 (369); *Kadel*, GA 1983, 299; *Krack*, ZStW 110 (1998), 611 (628); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017 § 20 Rn. 90 ff. Diese Lösung wird insbesondere aus analytischer Perspektive verteidigt, siehe nur *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 39 Rn. 54.

³² Siehe *Jakobs* (Fn. 19), S. 38 insbesondere Fn. 65. Demgegenüber ist für *Haas* (Fn. 18 – Theorie), S. 65 ff., *ders.*, ZStW 119 (2007), S. 519 (541 f.), entscheidend, ob der Beteiligte faktisch die betroffene fremde Rechtssphäre usurpie-

b) Die Verbrechenskategorie der eigenhändigen Delikte ist ferner ebenfalls kein Grund, die mittelbare von der unmittelbaren Täterschaft dogmatisch zu trennen. Diese Kategorie beruht auf dem Befund, dass es Delikte gibt, die nur durch unmittelbare Täter begangen werden können, sodass die mittelbare Täterschaft und die Mittäterschaft ausscheiden.³³ Allerdings hat die Kategorie der eigenhändigen Delikte ihren Ursprung in einer bloßen Intuition, die freilich bereits im italienischen Strafrecht des Mittelalters präsent war³⁴ und die *Binding* später in die moderne deutsche Verbrechenslehre einführte.³⁵ So äußerte dieser Autor einen Satz, der nach heutigen Maßstäben – sowohl dogmatisch als auch soziologisch – problematisch klingt: „Ich möchte doch wissen, ob jemand, der zur Notzucht angestiftet hat, sich je rühmen würde, er hätte die Geschändete genossen?“³⁶ Im Anschluss an *Binding* gab es zahlreiche Versuche, diese Intuition wissenschaftlich zu untermauern.³⁷

Ob dies gelungen ist, erscheint aber mehr als fraglich.³⁸ So waren die ersten Versuche, eine Begründung und eine

ren kann, gleichgültig ob er vollverantwortlich oder nicht handelt. Insofern beruft er sich auf die polizeirechtliche Figur des Störers, für die ein Verschulden irrelevant ist. Die Handlung des Hintermannes könne dagegen die strafrechtlich geschützte Rechtsposition des Opfers nicht beeinträchtigen und daher sei sie für den Versuchsbeginn bedeutungslos. Gegen eine solche formale Begriffsbestimmung der Handlung bereits *Falcone*, ZIS 2020, 212 (216) m.w.N.

³³ Statt vieler *Langrock*, Das eigenhändige Delikt, 2001, S. 11 ff. m.w.N.; *Kreuzberg*, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, 2019, S. 629 ff.

³⁴ Siehe *Engelmann*, in: Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911, Bd. 2, 1911, S. 387.

³⁵ *Binding*, Der Gerichtssaal 1908, 1 (5); *ders.*, Der Gerichtssaal 1910, 87; *ders.*, Der Gerichtssaal 1911, 1. Kritisch bereits *v. Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 22. Aufl. 1919, § 50; *v. Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2, 1907, S. 641.

³⁶ *Binding*, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. 1, 1915, S. 268, Anm. 17. Kritisch *Herzberg*, ZStW 82 (1970), 896 (934): „Wer als Mittäter die geschändete Frau lediglich festgehalten hat, hat sie sicher nicht ‚genossen‘, aber das wird ja auch nicht vorausgesetzt.“ Ähnlich *Roxin* (Fn. 23), S. 403 ff.

³⁷ Zunächst etwa *Höpfer*, ZStW 22 (1902), 205 (213 ff.); *Bauer*, Die akzessorische Natur der Teilnahme, 1904, S. 101 ff. Später dann auch *Engelsing*, Eigenhändige Delikte, 1926, passim; *Wolf*, Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft, 1927, S. 182 ff.; *Müller*, Eigenhändige Verbrechen, 1928, S. 34 ff.; *Auerbach*, Die eigenhändige Delikte unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4. StrRG, 1978, passim.

³⁸ Für *Schubarth*, SchwZStr 114 (1996), 325, sind die eigenhändigen Delikte „Phantome“ und er leugnet ihre Existenz, denn sämtliche Tatbestände würden seines Erachtens auch in mittelbarer Täterschaft begangen werden können. Kritisch dazu *Stratenwerth*, SchwZStr 115 (1997), 86 (87 ff.); *Wohlers*, SchwZStr 116 (1998), 95 (96 ff.).

Systematik dieser Kategorie zu schaffen, rein formal – denn genau so wurde die Teilnahmelehre im Allgemeinen begründet.³⁹ In diesem Zusammenhang wird oft beiseitegelassen, dass *Binding* die Regel aufgestellt hat, dass eine eigenhändige Tatbestandsverwirklichung die Täterschaft begründet.⁴⁰ Vor diesem Hintergrund leuchtet es unmittelbar ein, dass nach *Bindings* Auffassung das Erfordernis der Eigenhändigkeit keine Ausnahme, sondern eher die „Ausnahme von der Ausnahme“ war. Mit anderen Worten war er der Meinung, dass man bei dieser Deliktskategorie bei der Regel bleiben müsse.⁴¹ Bereits aus diesem Grund muss das Schicksal der eigenhändigen Delikte unter einer nicht mehr formal begründeten Beteiligungslehre fraglich erscheinen.⁴²

Mit Blick auf diese Historie sind die Versuche, die Existenz eigenhändiger Delikte mit dem Wortlaut des Gesetzes zu begründen (sog. Wortlauttheorie⁴³), wenig überzeugend. In

³⁹ Grundsätzlich *Birkmayer*, in: Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 1908, S. 21; *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 408 ff.; *v. Liszt* (Fn. 35), S. 211; *M.E. Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1923, S. 380 ff.

⁴⁰ Gegen die Kategorie der eigenhändigen Delikte bereits *v. Bar* (Fn. 35), S. 638 ff.; *Graetzer*, Mittelbare Täterschaft in Bezug auf ihre begriffliche Möglichkeit bei den einzelnen Deliktsklassen, 1907, S. 25 ff., 29 ff.; *Petri*, Die mittelbare Täterschaft, 1911, S. 42 ff., 52 ff.; *Krauss*, Die mittelbare Täterschaft im geltenden und künftigen Strafrecht, 1935, S. 71 ff.; *Piotet*, ZStW 69 (1957), 14 (39 f.), der jedoch zu weit geht: „Die Theorie der eigenhändigen Delikte überzeugt ebensowenig wie die der Sonderdelikte. Beide führen letztlich dazu, Tatbeteiligte, die es nicht verdienen, weil sie eigentlich Täter sind, in den Genuß der nur für Anstifter und Gehilfen vorgesehenen Privilegierung kommen zu lassen.“ (S. 40); *Frühauß*, Eigenhändige Delikte, 1959, passim; *Bunn*, Extensiver und restriktiver Täterbegriff, 1970, S. 265 ff.

⁴¹ Gegen die mittelbare Täterschaft als Tätertypus im Allgemeinen unter der damals herrschenden formal-objektiven Lehre siehe nur *Grünhut*, JW 1932, 366; a.A., und insofern wenig konsequent *Beling*, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, 1922, S. 102; *Zimmerl*, ZStW 54 (1935), 575 (583 ff.).

⁴² Es wird auch wenig beachtet, dass bei *Binding* neben der Täterschaft auch die Urheberschaft als Beteiligungstypus stand, sodass bei den eigenhändigen Delikten der Hintermann Urheber ist und seine Handlungen nicht straflos bleiben, siehe *Binding* (Fn. 34), S. 265; *ders.*, Der Gerichtssaal 1910, 87 (91). Die Strafbarkeitslücken, die in der heutigen Strafrechtsdogmatik durch diese Kategorie geschaffen werden – siehe unten –, lassen sich größtenteils mit der nur partiellen Übernahme der Lehren *Bindings* erklären: Anerkennung der eigenhändigen Delikte ohne gleichzeitige Anerkennung der Urheberschaft als Zurechnungsstruktur. Für die Anwendung der „Urheberschaft“ auf den Hintermann bei den eigenhändigen Delikten siehe *Lange*, Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, 1935, S. 77 ff.

⁴³ Statt vieler *Engelsing* (Fn. 37), S. 30 ff. und passim; *Wolf* (Fn. 35), S. 182 ff.; *Müller* (Fn. 37), S. 34 ff.

Betracht kämen vor allem diejenigen Tatbestände, die ein reflexives Verb als Tathandlung benennen – etwa das Sich-Befassen gem. § 132 StGB oder das An-sich-vornehmen-Lassen sexueller Handlungen gem. § 174 StGB.⁴⁴ Nun ist es äußerst schwierig, den Kreis der Tatbestände genauer zu bestimmen, denn welche Handlungen eine so nahe Beziehung zum Täter erfordern, dass sie keine Repräsentation erlauben, bleibt noch im Dunkeln. In der Tat führt der Mangel einer soliden Begründung und Begrenzung dieser Kategorie in der Strafrechtsdogmatik dazu, dass die Richter von Fall zu Fall kasuistisch entscheiden, ob es um ein eigenhändiges Delikt geht oder nicht.⁴⁵ Wenig hilfreich erscheint es auch, die eigenhändigen Delikte auf die Tätigkeitsdelikte zu begrenzen (sog. Körperbewegungstheorie⁴⁶).⁴⁷ Das Argument, dass bei solchen Delikten das Handlungsunrecht so bedeutend sei, dass eine Vermittlung nicht möglich ist, trifft nicht zu. Warum soll etwa beim Hausfriedensbruchs gem. § 123 StGB – ein Paradebeispiel für ein Tätigkeitsdelikt nach der h.L. – die mittelbare Täterschaft ausscheiden? Äußert einen minderen Unrechtsgehalt, wer Kinder und geistig Kranke in ein fremdes Haus eindringen lässt, im Vergleich zu demjenigen, der das fremde Haus selbst betritt?⁴⁸

Auch wenig erfolgreich waren meines Erachtens die Versuche, diese Kategorie materiell zu begründen. Von Bedeutung ist insoweit die in *Roxins* Habilitationsschrift vorgestellte Systematik mit drei unterschiedlichen Deliktgruppen: 1. täterstrafrechtliche Delikte, 2. verhaltensgebundene Delikte ohne Rechtsgüterverletzung und 3. höchstpersönliche Pflichtdelikte.⁴⁹ Unter die erstere Gruppe fallen Tatbestände wie § 181a StGB, die eher eine sich aufbauende Persönlichkeitshaltung des Täters als eine bestimmte Handlung erfordern. Die Tatbestände der zweiten Gruppe verlangen eine bestimmte Handlung des Täters, doch der Unrechtsgehalt betrifft nur eine Sittenwidrigkeit und keine Rechtsgutsverlet-

zung – etwa § 173 StGB.⁵⁰ Die dritte Deliktgruppe umfasst die unechten eigenhändigen Delikte,⁵¹ wobei diese in der Tat Pflichtdelikte sind, sodass insoweit auch die für die Pflichtdelikte entwickelten Beteiligungsregeln gelten. Zu dieser Gruppe zählt etwa § 153 StGB.⁵²

Die materielle Begründung der eigenhändigen Delikte konnte sich aber nicht durchsetzen.⁵³ Zum einen ist die dritte Deliktgruppe *Roxins*⁵⁴ bereits von einer Deliktskategorie abgedeckt, die eine deutlich potentere verbrechensbegriffliche Begründung aufweisen kann und daher vorzugswürdig ist (die besonderen Pflichtdelikte, siehe unten IV.). Zum anderen erscheint es wenig sinnvoll, eine dogmatische Kategorie zu etablieren, deren größten Teil solche Delikte ausmachen, die entweder aufgehoben wurden oder deren Verfassungsmäßigkeit fragwürdig ist.⁵⁵ Die Ablehnung der mittelbaren Täterschaft und die Fixierung auf die Körperbewegung in dieser Kategorie führten zudem zu inakzeptablen dogmatischen Konsequenzen im Bereich der *actio libera in causa*⁵⁶ und der Unterlassungsdelikte.⁵⁷

⁵⁰ Diese beiden ersten Kategorien umfassen Vorschriften, die mit einem freiheitlichen Strafrecht schwer zu vereinbaren sind. Bereits dies müsste ein entscheidendes Argument gegen dieses Konzept sein. Siehe *Hörnle*, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, S. 452 ff.

⁵¹ Diese Gruppe betrifft die Unterfälle der Garantensonderdelikte bei *Schünemann* (Fn. 22), § 25 Rn. 51.

⁵² Anderer Ansicht ist *Herzberg*, *ZStW* 82 (1970), 896 (896 ff.), der die eigenhändigen Delikte nach drei anderen Gruppen systematisiert: 1. täterbezogene Delikte, 2. Tatbestände, bei denen die mögliche Vollendung durch Dritte die Rechtsverletzung nicht verkörpern kann, und 3. verfahrensrechtlich abhängige eigenhändige Delikte. Zur ersten Gruppe würden dann die Tatbestände zählen, die der Täter an seinem eigenen Körper verübt (etwa Selbstverstümmelung gem. § 17 Abs. 1 WStG, Abtreibung gem. § 218 StGB a.F. und Vollrausch nach § 330a StGB). Unter der zweiten wären Tatbestände wie Untreue nach § 266 StGB oder Rechtsbeugung gem. § 339 StGB zu finden. Die dritte Gruppe umfasst die Tatbestände der uneidlichen Falschaussage und des Meineids nach §§ 153 ff. StGB. Dem folgend *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 26 II. 6. ff.

⁵³ Siehe *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 352 f.

⁵⁴ Dieses Verdikt trifft auch die zweite und dritte Deliktgruppe der Systematik von *Herzberg*, siehe Fn. 52.

⁵⁵ Dies wird von *Roxin* (Fn. 23 – Täterschaft), S. 907 f., nicht verkannt: „Die eigenhändigen Delikte sind immer ein Stiefkind der Teilnahmelehre gewesen. Sie sind es heute umso mehr als die von mir dieser Kategorie hauptsächlich zugeordneten Fälle, in denen der Gesetzgeber ohne Rücksicht auf mögliche Rechtsgüterverletzungen bestimmte Formen ihm als besonders verwerflich erscheinender Unmoral pönalisierte, inzwischen überwiegend von Strafe freigestellt worden sind.“

⁵⁶ Nach einer konsequenten Auffassung soll auch die eigene Instrumentalisierung des Täters bei diesen Delikten straflos bleiben, sodass die Grundsätze der *actio libera in causa* auf

⁴⁴ So *Jakobs* (Fn. 14), 21. Abschn. Rn. 20.

⁴⁵ Dieser Einwand ist unabhängig davon, wie die Kategorie der eigenhändigen Delikte gerechtfertigt wird. Vgl. die folgende Grundidee in *Roxin* (Fn. 23), S. 402: „Andererseits spricht die Hartnäckigkeit, mit der sich die eigenhändigen Delikte trotz theoretisch unzureichender Begründung [!, A.F.] behauptet haben, doch dafür, daß etwas Richtiges [?, A.F.] dahintersteckt.“

⁴⁶ Grundsätzlich *Beling* (Fn. 39), S. 203 ff., 225 ff.; danach statt vieler *Welzel* (Fn. 12), S. 107, 110; *Maurach* (Fn. 26), S. 200 ff.; *Mezger*, *Strafrecht*, Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1949, S. 417 ff.

⁴⁷ Solide Argumente gegen eine Sonderdogmatik für Tätigkeitsdelikte im Allgemeinen bei *Walter* (Fn. 10), S. 327 ff., insbesondere S. 329 ff.

⁴⁸ So auch *Roxin* (Fn. 23), S. 442 f., mit weiteren Beispielen.

⁴⁹ *Roxin* (Fn. 23), S. 457 ff. Dem folgend *Haft*, *JA* 1979, 651; *Samson*, in: Rudolphi/Horn/Samson (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6. Aufl. 1995, § 25 Rn. 26, 27; *Wohlens*, *SchwZStr* 116 (1998), 95 (103 ff.); *Langrock* (Fn. 33), S. 66 ff.; *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, § 25 Rn. 44 ff.

Zusammenfassend erscheinen insofern sowohl die Lehre der eigenhändigen Delikte als auch die mittelbare Täterschaft im Allgemeinen als Kennzeichen einer formal bzw. kausal begründeten Verbrechenslehre, die in einem normativen, verbrechensbegrifflich orientierten Zurechnungssystem prinzipiell wenig Platz haben.

II. Intensive Gemeinschaftlichkeit

1. Nach dem hiesigen Konzept sind nicht sämtliche von der h.M. von der mittelbaren Täterschaft umfassten Fälle so zu behandeln, als ob nur ein einziges Zurechnungssubjekt betroffen wäre. Ferner ist auch eine Gemeinschaftlichkeit gegeben, wenn neben dem Hintermann auch dem Vordermann die Verantwortung für die Tat zuzuschreiben ist. So kann der Richter eine solche Zuständigkeit des Vordermanns annehmen, wenn seine Handlung ein unerlaubtes Risiko geschaffen hat, womit die Tat auch als „sein Werk“ anzusehen ist.⁵⁸ In Betracht kommen vor allem diejenigen Fälle, in denen der Vordermann verantwortlich für seinen eigenen Zurechnungsdefekt ist, da er eine Obliegenheit verletzt hat.⁵⁹ So ist eine Gemeinschaftlichkeit zu bejahen, wenn kraft einer Obliegen-

die eigenhändigen Delikte keine Anwendung finden. Damit werden aber Strafbarkeitslücken geschaffen. Siehe *Jakobs* (Fn. 14), 17. Abschn. Rn. 67. *Roxin/Greco*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 20 Rn. 62, unterschätzen die praktische Relevanz dieses Problems.

⁵⁷ Aufgrund des Mangels einer bestimmten Körperbewegung sind die Unterlassungen mit den eigenhändigen Delikten – in ihrer herkömmlichen Formulierung – schwierig zu vereinbaren. Das Problem wird wohl deshalb übersehen, weil sämtliche Unterlassungsdelikte oftmals unkritisch als Pflichtdelikten eingeordnet werden. Siehe nur *Herzberg*, ZStW 82 (1970), 896 (901). Dass der geforderte besondere Handlungsunwert – so *Satzger*, JURA 2011, 103 – hier fehlt, ist meines Erachtens evident.

⁵⁸ Vgl. *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 268.

⁵⁹ Zum Obliegenheitsbegriff siehe grundsätzlich *Jakobs* (Fn. 14), 7. Abschn. Rn. 17, 19. Abschn. Rn. 44, 21. Abschn. Rn. 58a, 21. Abschn. Rn. 84, 29. Abschn. Rn. 46 ff.; *Lesch*, JA 1996, 607 (608); *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 299 ff. Für die analytische Perspektive siehe insbesondere *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976, S. 49 f.; *ders.*, Rechtstheorie 1991, 457; *Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988, S. 46 ff.; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 65 ff.; *ders.*, GA 1994, 197 (204); *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 74 ff.; *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 2009, S. 69 ff. Die Hauptidee – „Obliegenheit als Dili-genzpflicht“ – wurde bereits von *Feuerbach* (Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde II, 1800, S. 208) besonders prägnant vorgestellt: Für den Bürger ist es nicht nur verbindlich geboten, jenen gesetzwidrigen Effekt nicht unmittelbar zu wollen, sondern auch alles zu tun oder zu unterlassen, damit nicht durch ihn jener Effekt auch entgegen seiner Absicht eintritt. „Diese Nötigung“ sei „die Verbindlichkeit zum gehörigen Fleiße (obligatio ad diligentiam)“.

heitsverletzung der Vordermann später nicht in der Lage ist, seine Pflicht zu erfüllen.⁶⁰ In diesem Fall sind Vorder- und Hintermann so verbunden, dass die Tat beiden – und zwar ceteris paribus ohne qualitative Unterschiede – zuzurechnen ist.⁶¹ Als Beispiel kann man sich eine Vorspiegelung des Hintermannes vorstellen, die einen vermeidbaren Tatbestands- oder Verbotsirrtum des Vordermanns hervorruft, oder die Ausnutzung einer Notstandslage durch den Hintermann, deren Schaffung dem Vordermann zuzurechnen ist.⁶² Wenn die h.L. in diesen Fällen den Vordermann als ein „menschliches Werkzeug“ ansieht, kann sie schwerlich erklären, wie ein Werkzeug zugleich verantwortlicher Täter einer – fahrlässigen oder schuldgeminderten – „Haupttat“ sein kann.⁶³

Diese wechselseitige Akzessorietät zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft widerlegt die h.A., die eine Akzessorietät bloß zwischen Teilnahme und Täterschaft anerkennt.⁶⁴ Doch auch die mittelbare Täterschaft ist minimal akzessorisch ausgestaltet, indem nicht nur eine Handlung im herkömmlichen Sinne, sondern zudem die Verwirklichung des objektiven Tatbestands durch den Vordermann vorausgesetzt ist.⁶⁵ So ist nach h.M. „nur“ unmittelbare Täterschaft anzunehmen, wenn der Vordermann etwa kraft vis absoluta oder kraft unvermeidbarer Bewusstlosigkeit keine „Handlung“ vornimmt.⁶⁶ Handelt der Vordermann nicht einmal

⁶⁰ Insofern findet die Obliegenheitsverletzung im Vorfeld der unmittelbar verletzenden Handlung – der Pflichtverletzung i.e.S. – statt. Dazu näher *Neumann*, Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985, S. 231 ff. und passim.

⁶¹ *Jakobs* (Fn. 19), S. 50 ff.

⁶² Siehe bereits *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (220 f.).

⁶³ Schon *Pufendorf* (De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo, Cap. I § 27) sprach von einem „velut instrumento uti“. Auch *Feuerbach/Mittermeier* (Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, § 46 I.) unterschied zwischen dem Hintermann, der einen anderen zu einer Handlung bestimmt, die bei dem Täter Verbrechen ist, und dem Hintermann, „welcher einen anderen als Werkzeug zum Verbrechen“ bestimmt. Der Begriff „Werkzeug“ ist seit 1880 in der Rechtsprechung zu finden. Siehe etwa RGSt 1, S. 147. Ein verantwortliches Werkzeug – etwa beim vermeidbaren Irrtum – ist in der Tat eine contradictio in terminis und der Begriff des Werkzeugs ist ferner insofern unzutreffend, als er die Zuständigkeit des Vordermannes für sein eigenes Zurechnungsdefizit unsichtbar macht.

⁶⁴ Grundsätzlich *Dencker* (Fn. 58), S. 198 ff.; *Jakobs*, GA 1996, 253; *ders.* (Fn. 19), S. 22 ff. und passim; *Rotsch* (Fn. 53), S. 422 ff., 457 ff. Im Ergebnis auch bereits *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 281 ff., der zwischen den Beteiligungstypen als Bestrafungsfiguren qualitativ nicht unterscheidet, da bei sämtlichen Handlungen ein missbilligtes Risiko geschaffen werde.

⁶⁵ Vgl. *Rotsch* (Fn. 53), S. 422 ff.; *Kleszczewski* (Fn. 28 – FS Puppe), S. 617 f.

⁶⁶ Siehe bereits *Petri* (Fn. 40), S. 24. Aktuell in *Roxin* (Fn. 23), S. 142 ff.

objektiv strafatbestandsmäßig, kommt in Bezug auf den Hintermann allenfalls eine versuchte Tat in mittelbarer Täterschaft in Frage.⁶⁷

Des Weiteren hat auch die Mittäterschaft akzessorische Züge und setzt die Verwirklichung des objektiven Tatbestands voraus.⁶⁸ Ferner besteht die primäre Funktion der Mittäterschaft darin, die ganze Tat mehr als nur einem Subjekt zuzurechnen, wenn die objektiven Tatbestandsmerkmale durch verschiedene Personen verwirklicht werden.⁶⁹ So wird beim sog. zusammengesetzten Delikt wie dem Raub gem. § 249 StGB die Gewalthandlung von A und die Wegnahmehandlung von B dem jeweils anderen zugerechnet, wohingegen ohne die Struktur der Mittäterschaft A nur wegen Nötigung gem. § 240 StGB und B nur wegen Diebstahls gem. § 242 StGB strafbar wäre.⁷⁰ Die wechselseitige Akzessorietät der Mittäterschaft und das Erfordernis objektiver Tatbestandsmäßigkeit sind hier evident.⁷¹

2. Eine gemeinschaftliche Organisation erfordert ferner, dass die Zurechnungssubjekte rechtswidrig handeln. Wenn auf den Vordermann ein Rechtfertigungsgrund zutrifft, kann der Hintermann entweder als Alleinzurechnungssubjekt – bzw. mittelbarer Täter – angesehen werden oder seine Handlung muss straflos bleiben. Nun hat dieser Befund mit der (limitierten) Akzessorietät im herkömmlichen Sinne wenig zu tun.⁷² Anders formuliert: Wer jemandem hilft, der sich in

einer Notwehrlage befindet, handelt nicht deshalb rechtmäßig, weil er an der Verteidigung eines fremden Rechtsraums gegen Missachtung *mitwirkt*, sondern deshalb, weil er *selbst* diesen Rechtsraum verteidigt.⁷³ In solchen Fällen vertritt der Bürger den Staat in seiner schützenden Funktion, der zur Zeit des rechtswidrigen Angriffs nicht zur Verteidigung bereitsteht.⁷⁴ Dies hat der deutsche Gesetzgeber in den §§ 32, 34 StGB richtig nachvollzogen, wenn er die Abwendung eines Angriffs bzw. einer Gefahr „von sich oder einem anderen“ einschließt.⁷⁵ Mit der Teilnahme an einer „rechtswidrigen“ Haupttat i.S.d. §§ 26, 27 StGB hat das nichts zu tun.⁷⁶

Erst nach dieser Argumentation findet die Rechtswidrigkeit der Teilnahme an der Handlung eines vom Erlaubnistatbestandsirrtum betroffenen Täters eine treffende Begründung. So sind die Handlungen von Täter und Teilnehmer in dieser Fallkonstellation gleichermaßen rechtswidrig, da keiner von ihnen einen fremden Rechtsraum gegen Missachtung verteidigt, sondern – im Gegenteil – sie einen solchen verletzen, und zwar unabhängig davon, ob der Täter seine eigene Handlung für gerechtfertigt hält oder nicht. Wenn die h.M. – sog. eingeschränkte Schuldtheorie⁷⁷ – eine strafbare Teilnahme für unmöglich hält, weil es an einer vorsätzlich begangenen Haupttat fehlt,⁷⁸ verhält sie sich inkonsequent und kehrt in der Tat zur von ihr geschmähten Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zurück.⁷⁹ Demgegenüber ist eine Gemeinschaftlichkeit von zwei Zurechnungssubjekten anzunehmen, wenn der Vordermann seine Ermittlungsobliegenheit verletzt hat (vermeidbarer Erlaubnistatbestandsirrtum). Nur in dieser Fallkonstellation – und nicht umgekehrt bei einem unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum des Täters – sind die Rechtsfolgen der strengen Schuldtheorie auf die Teilnahmelehre zu übertragen.⁸⁰ Eine so konzipierte Gemeinschaftlichkeit als gegenseitige Akzessorietät erlaubt auch eine bessere Begründung der Rechtmäßigkeit der Handlung des

⁶⁷ Wenn man beim Versuchsbeginn demgegenüber die Gesamtlösung annimmt, ist ferner nicht nur der Erfolg, sondern auch die Handlungszurechnung des mittelbaren Täters akzessorisch (!), vgl. *Kleszczewski* (Fn. 28 – FS Puppe), S. 617 f.

⁶⁸ Treffend *Küper*, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, S. 60 f.; *Lesch* (Fn. 27), S. 271 ff.; *ders.*, ZStW 105 (1993), 271 (274 f.); *Dencker* (Fn. 58), S. 137, 195 ff.; *ders.*, in: Prittwitz/Baurmann/Günther/Kuhlen/Merkel/Nestler/Schulz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, 2002, S. 525 (533); *Kindhäuser* (Fn. 18), S. 644; *Haas* (Fn. 18 – Theorie), S. 30 ff.; *Jakobs* (Fn. 19), S. 35 ff. Dies wird von *Schumann* (Fn. 23), S. 44 ff. und passim, *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 72 ff., 100 ff. und passim, und von den Vertretern der funktionellen Tatherrschaft (grundsätzlich *Roxin* [Fn. 23], S. 307 ff.) übersehen.

⁶⁹ Freilich nimmt die h.M. auch dann Mittäterschaft an, wenn sämtliche Täter vereinbarungsgemäß alle objektiven Tatbestandsmerkmale verwirklichen. Doch würde angesichts der Tatbestandsmäßigkeit auch die Zurechnungsstruktur der (parallelen) Alleintäterschaft ausreichen. Siehe *Lesch*, ZStW 105 (1993), 271 (274 f.).

⁷⁰ Statt vieler *Haas* (Fn. 18 – Theorie), S. 32 ff.

⁷¹ Bei den sog. Konvergenzdelikten – etwa § 121 StGB – verlangt das Gesetz insofern Akzessorietät, als ohne die Kooperation von mehr als zwei Zurechnungssubjekten die Straftat nicht vollendet werden kann, siehe *Küper*, GA 2003, 363 (377).

⁷² Treffend daher *Baumann/Brauneck/Hannack/Kaufmann/Klug/Lampe/Lenckner/Maihofer/Noll/Roxin/Schmitt/Schulz/Stratenwerth/Stree*, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1969, S. 676.

⁷³ Diese Grundkonzeption – für den Vordermann – bei *Neumann* (Fn. 60), S. 166; *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 262.

⁷⁴ *Pawlik*, ZStW 114 (2002), 259 (295).

⁷⁵ Siehe *Haas*, Notwehr und Nothilfe, 1978, S. 97.

⁷⁶ *Kleszczewski* (Fn. 28 – FS Puppe), S. 623.

⁷⁷ Statt vieler BGHSt 3, 107; BGH NSTz 1983, 500; *Schroth*, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafrechtsgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 595; *Jescheck/Weigend* (Fn. 52), § 41 III.; *Kühl* (Fn. 31), § 13 Rn. 70 ff.; *Roxin/Greco* (Fn. 56), § 14 Rn. 64 ff.

⁷⁸ So *Herzberg*, JA 1989, 294 (299); *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl. 2016, Vor § 26 Rn. 37.

⁷⁹ Treffend *Jakobs* (Fn. 14), 11. Abschn. Rn. 59; 22. Abschn. Rn. 11. Ähnlich *Streng*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 469.

⁸⁰ Vgl. *Heuchemer*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2005, S. 320 ff.; *ders.*, JuS 2012, 795.

Vordermanns, wenn die Handlung des Hintermanns von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt ist.⁸¹

3. Eine Gemeinschaftlichkeit erfordert, dass die Tat mindestens zwei Zurechnungssubjekten zugeschrieben werden kann. Einen solchen Status können also nur diejenigen Beteiligten erreichen, die zurechnungsfähig i.w.S. sind. Insofern erfordert die Zurechnungsfähigkeit, dass dem Subjekt zum Tatzeitpunkt Handlungsalternativen zur Verfügung standen.⁸² Daran fehlt es, wenn die Handlung des Täters durch Not, unzureichendes Erkenntnisvermögen oder Unkenntnis bestimmt wurde und das Subjekt für diesen Zurechnungsunfähigkeitsgrund nicht selbst zuständig ist.⁸³ In herkömmlicher Terminologie gesprochen setzt die Beteiligungslehre die Schuld sämtlicher Beteiligten voraus, womit die strenge Akzessorietät gegenüber der limitierten Akzessorietät vorzuziehen ist.⁸⁴ Dieser Befund steht im Kontext einer allgemeinen Kritik der strengen Trennung zwischen Unrecht und Schuld, einer Kritik, die im Großen und Ganzen zu der Auffassung zurückkehrt, dass eine Unterscheidung zwischen Tat und Täter gemäß der Grundstruktur der Verbrechenslehre nicht möglich ist.⁸⁵

a) Eine solche Stellungnahme, die die Trennung von Unrecht und Schuld für unmöglich hält, muss mit der Kritik umgehen können, diese Trennung werde bei den Vorschriften über die Maßregeln der Besserung und Sicherung ausdrücklich vorgekommen. So wird vorgebracht, dass man im Zustand der Schuldunfähigkeit durchaus eine rechtswidrige Tat begehen könne. *Schladitz* beruft sich auf die Unterscheidung

⁸¹ So ist etwa, wenn jemand in rechtfertigendem Notstand dem Täter hilft, eine Bank zu überfallen, nicht nur die Handlung des Hintermannes, sondern auch diejenige des Vordermannes objektiv gerechtfertigt; wenn dieser die Notlage erkennt, handelt es sich um einen (untauglichen) Versuch. Die h.M. ist so sehr von der kausalen Zurechnungslehre geprägt, dass sie nur die Akzessorietät vom vorletzten zum letzten Kettenglied akzeptieren kann, jedoch nicht andersherum. Nun muss eine normativ bestimmte Gemeinschaftlichkeit, für die die Befunde der kausalen Zurechnungslehre keine Rolle spielen, auch das Handeln sämtlicher Mitglieder der Gemeinschaft als objektiv gerechtfertigt ansehen, wenn mindestens einer gerechtfertigt handelt; und zwar unabhängig davon, welche Stellung er in der Kausalkette einnimmt. Dieser Befund ist meines Erachtens eine logisch zwingende Folge der wechselseitigen Akzessorietät der Beteiligung und der (bloß) quantitativen Differenz von Täterschaft und Teilnahme. Anders wohl *Jakobs* (Fn. 19), S. 22 ff., 28 ff. Vgl. neuerdings *Robles Planas*, in: Hilgendorf/Lerman/Córdoba (Hrsg.), *Brücken bauen*, Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag, 2020, S. 617 (627): „Dieser Zusammenhang [zwischen den Beteiligten, A.F.] ist objektiv-normativer Natur und die Akzessorietät ist aus diesem Grund nur auf die objektive Seite des Unrechts der Tat bezogen“. (*Hervorhebung im Original*).

⁸² Siehe *Falcone*, ZIS 2020, 212 (217).

⁸³ Siehe *Falcone*, ZIS 2020, 212 (218).

⁸⁴ Siehe *Falcone*, ZIS 2020, passim.

⁸⁵ Siehe *Falcone*, ZIS 2020, 212 ff. m.w.N.

zwischen der Bestimmungs- und der Bewertungsfunktion der Primärnorm: Wer die Unmöglichkeit schuldlosen Unrechts propagiere, überspanne die Bestimmungsfunktion und ignoriere die Bewertungsfunktion der Primärnorm. Es wird Folgendes behauptet: „[W]enn im konkreten Einzelfall die Bestimmungsfunktion aus normativen oder tatsächlichen Gründen keine Wirksamkeit entfaltet, kann immer noch die Bewertungsfunktion greifen und ein Handeln als rechtswidrig bewerten.“⁸⁶ Hier handelt es sich jedoch um eine *petitio principii*, denn es wird gerade vorausgesetzt, was gezeigt werden müsste, nämlich aus welchem rechtstheoretischen Grund ein schuldloses Unrecht konzipiert werden kann.⁸⁷

Insofern muss man klarstellen, dass der Satz, dass „jemand im Zustand der Schuldunfähigkeit sehr wohl eine rechtswidrige Tat begehen kann“,⁸⁸ wenig über den Anwendungsbereich von Maßregeln aussagt. Ferner hat der BGH festgestellt, dass etwa Irrtümer i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, die auf eine geistige Krankheit zurückzuführen sind, eine Unterbringung gem. § 63 StGB nicht ausschließen.⁸⁹ Daran lässt sich erkennen, dass Maßregeln schlechte Zeugen für die Konstitution eines schuldlosen Unrechts in der Verbrechenslehre sind, denn sie können auch dann Anwendung finden, wenn kein Unrecht vorliegt.⁹⁰ Dies ist per se ein klares Zeichen dafür, dass Maßregeln von einer anderen Begründung getragen werden als die Strafe – Maßregeln dienen prinzipiell der Vermeidung künftiger Gefahren. Daher ist davon auszugehen, dass Maßregeln eher den Prinzipien des Polizeirechts als denjenigen des Strafrechts i.e.S. folgen.⁹¹ Nur wenn man von diesem klaren Befund absieht, kann man hier von einem „bloßen Rettungsversuch“ sprechen.⁹²

b) Mir wird auch vorgeworfen, dass ich in meinen Ausführungen eine von *Roxin* diskutierte Fallgestaltung ignoriere.⁹³ Es geht um die Konstellation, in der der Außenstehende bzw. Hintermann den in die Notstandslage Geratenen auffor-

⁸⁶ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (503).

⁸⁷ Somit bleibt die Kritik an der Leistungsfähigkeit der Unterscheidung zwischen Bewertungs- und Bestimmungsnorm – mindestens hinsichtlich dieses Zwecks – in *Falcone*, ZIS 2020, 212 (215), weiterhin bestehen.

⁸⁸ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (501).

⁸⁹ Statt vieler BGHSt 3, 289; 10, 357.

⁹⁰ So sogar die h.M. Grundsätzlich *Silva Sánchez*, GA 2013, 609 (611 ff.). Siehe auch *van Gemmeren*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 2. Aufl. 2011, § 63 Rn. 13; *Hanack*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 63 Rn. 24.

⁹¹ *Silva Sánchez*, GA 2013, 609 (611 ff.). Siehe auch *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 247: „Jemand, der seiner Obliegenheit zu einer nicht-bedrohlichen Selbstdarstellung kontinuierlich in schwerwiegender Weise zuwiderhandelt, muß es sich gefallen lassen, daß er nach Durchführung eines entsprechenden staatlichen Verfahrens als zumindest zurzeit nicht gesellschaftsfähig behandelt und deshalb in Sicherungsverwahrung genommen wird.“

⁹² So jedoch *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (502).

⁹³ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (500).

dert, die Gefahr durch eine rechtswidrige Tat von sich abzuwenden, und der Angesprochene diesen Rat befolgt. *Roxins* Lösung lautet, dass der Außenstehende nicht mittelbarer Täter sei, weil dieser die tatbestandsmäßige Situation nicht beherrsche, da der Motivationsdruck nicht von ihm, sondern von der von ihm unabhängigen Situation, scil. der Notstandslage, ausgehe – auch *Schladitz* hält dies für korrekt.⁹⁴

Freilich ist mir diese Fallgestaltung nicht unbekannt.⁹⁵ Zu der genannten Stelle habe ich Folgendes geschrieben: „Strittiger ist jedoch der Fall, dass jemand eine nicht von ihm geschaffene Notstandslage ausnutzt, um durch den in Not Geratenen einen von ihm gewünschten Erfolg zu bewirken, sei es, dass er ihn veranlasst, sei es, dass er ihm dabei behilflich ist. Nach *Roxin* ist der Hintermann nur dann mittelbarer Täter, wenn er mit Hilfe seines überwiegenden Einflusses gegenüber dem anderen die äußere Situation verändert und damit Schicksal spielt.“ Die Auffassung von *Schladitz*, dass nach *Roxin* der Außenstehende in sämtlichen Fällen, in denen er dem in Not Geratenen hilft, Teilnehmer sei, ist daher nicht korrekt. Wie *Roxin* deutlich klarstellt, hängt dies von seinem Beitrag ab. Doch halte ich diese Lösung für höchst unsicher, denn bei welchem Beitrag das Zurechnungssubjekt die „Zentralgestalt“ und damit der „Tatherr“ wird, ist alles andere als eindeutig.⁹⁶ Meines Erachtens wäre es sinnvoller, ihn nur dann als ein Zurechnungssubjekt anzusehen, wenn der Vordermann für seine eigene Notlage nicht zuständig ist. Insofern muss erst bei der Strafzumessung quantitativ analysiert werden, wie bedeutend der Beitrag des Hintermanns war.⁹⁷

c) Es wird auch die Meinung vertreten, dass das Erfordernis strafrechtlicher Verantwortung sämtlicher Gemeinschaftsmitglieder beim vermeidbaren Verbotsirrtum des Vordermanns problematisch sei. Als Beispiel wird der berühmte „Katzenkönig-Fall“⁹⁸ vorgebracht. *Schladitz* hält die Entscheidung des BGH – und diejenige der h.M., die eine mittelbare Täterschaft annimmt – für korrekt, da die qualitative

Unterscheidung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung von der „Art und Tragweite des Irrtums und der Intensität der Einwirkung des Hintermannes“ abhängen⁹⁹. Ferner fragt *Schladitz*: „Will *Falcone* in diesem Fall den Hintermann als Anstifter qualifizieren?“, und schließt Folgendes an: „Wenn er diese Frage mit der h.M. verneint – und dafür gibt es gute Gründe –, müsste er einen Täter hinter dem Täter anerkennen, sodass bei der mittelbaren Täterschaft (zumindest in Einzelfällen) doch zwei Zurechnungssubjekte agieren können. Dann aber wäre der von *Falcone* behauptete dogmatische Gleichschritt von unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft aufgebrochen. Bleibt *Falcone* demgegenüber bei seinem Dogma, würde er die Regeln der von ihm selbst gelobten Tatherrschaftslehre aufweichen und den Hintermann trotz seines bestimmenden Einflusses als Teilnehmer qualifizieren.“¹⁰⁰

Erstens ist es meines Erachtens selbstverständlich, dass eine Theorie, die über einen langen Zeitraum derart viele Anhänger sowohl in der Judikative als auch in der Lehre gewonnen hat, zunächst respektiert werden muss. Nun ist freilich meine Auffassung dennoch sehr weit von der Tatherrschaftslehre entfernt.¹⁰¹ Zweitens ist meines Erachtens für die Lösung des angeführten „Katzenkönig-Falles“ zuerst zu klären, ob es um ein oder zwei Zurechnungssubjekte geht. Solange Letzteres der Fall ist, ist es bei den allgemeinen Pflichtdelikten im Rahmen der Zurechnungslehre wenig relevant, ob auf den Hintermann die Figur der mittelbaren Täterschaft oder die der Anstiftung anzuwenden ist. Anders

⁹⁴ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (500).

⁹⁵ Siehe *Falcone*, ZIS 2020, 212 (220).

⁹⁶ Vgl. bereits *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 40; *Hardwig*, JZ 1965, 667 (668). Wie ich (*Falcone*, ZIS 2020, 212 [220]) dargelegt habe, unterscheidet *Roxin* die beiden Fälle, dass der Hintermann eine Bombe und dass er „bloß“ eine Pistole zur Verfügung stellt. Ob sich daraus ein leistungsfähiges Kriterium für die (qualitative) Unterscheidung zwischen (mittelbarer) Täterschaft und Teilnahme ableiten lässt, erscheint meines Erachtens mehr als fraglich.

⁹⁷ Siehe *Lesch* (Fn. 17 – Beihilfe), S. 195 ff., 274 ff.; *ders.*, ZStW 105 (1993), 271 (281 ff.); *Dencker* (Fn. 58), S. 249 ff. 270 ff.; *Jakobs*, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 561 (570 f.); *ders.*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Fn. 28), S. 547 (558); *ders.* (Fn. 9), S. 79 f.; *ders.* (Fn. 19), S. 50 ff.; *Reyes Alvarado*, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 553 (567 ff.); neuerdings auch *Robles Planas* (Fn. 79), S. 622. Im Ergebnis auch *Rotsch* (Fn. 53), S. 419 ff.

⁹⁸ BGHSt 36, 347 (352 ff.).

⁹⁹ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (500), unter Berufung auf die Entscheidung des BGH.

¹⁰⁰ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (506). „Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch“, so *Schladitz*, „für wie austauschbar *Pawlik* Anstiftung und mittelbare Täterschaft scheinbar hält. So formuliert *Pawlik*: ‚Die Straftat, auf welche die Teilnahmehandlung sich bezieht, muss *schuldhaft* begangen worden sein; wo es daran fehlt, ist dem Destabilisierungsbeitrag des Hintermannes über die Figur der mittelbaren Täterschaft Rechnung zu tragen‘. Diese Ausführungen indizieren, dass das bloße Defizit des Vordermannes hinreichend für die mittelbare Täterschaft (und somit nach h.M. die Tatherrschaft) des Hintermannes ist.“ So wie ich die Auffassung *Pawliks* (Fn. 4 – Unrecht) verstehe, ist diese Kritik unzutreffend. Die Verbindung des Hintermannes zur zurechnungsdefizienten Tat des Vordermannes in der Form einer pragmatischen *Ausnutzung* – als Erfordernis der mittelbaren Täterschaft – wurde im Satz konkludent so eingeschlossen, dass auf keinen Fall die unschuldige Handlung des Vordermannes per se für die Annahme einer mittelbaren Täterschaft ausreicht. Siehe auch *Pawlik*, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Fn. 77), S. 133 (153).

¹⁰¹ Aufgrund der Vielfältigkeit der unterschiedlichen Tatherrschaftslehren, die in der heutigen Debatte in Betracht kommen, ist es schwierig, von einer „Tatherrschaftslehre“ zu sprechen. In der Tat kommen so viele Lösungsvorschläge in Betracht, dass das Tatherrschaftskriterium nur einen umfassenden Oberbegriff darstellt, siehe *Falcone*, ZIS 2020, 212 (219).

als *Schladitz* meine ich nun, dass mittelbare Täterschaft und Anstiftung sich bezüglich der Steuerungsmacht der Hintermänner (nur) *quantitativ* und nicht (bereits) *qualitativ* unterscheiden. Aus diesem Grund sollte diese Differenzierung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung erst bei der Strafzumessung – und nicht schon auf Tatbestandsebene – zum Thema gemacht werden. Demgegenüber sind starke bzw. institutionelle Differenzierungen zwischen Täterschaft und Teilnahme im Zuständigkeitssystem erst bei der Verbrechenskategorie der besonderen Pflichtdelikte auszumachen.¹⁰²

d) Des Weiteren gilt dies mutatis mutandis auch für den Fall, dass der Vordermann einem unvermeidbaren Verbotsirrtum und der Hintermann einem vermeidbaren Verbotsirrtum unterliegt. Letzterer wäre als Anstifter zu beurteilen, „da seine bloß potentielle Kenntnis des Verbots ihm keinen beherrschenden Einfluss vermittelt“.¹⁰³ Doch wird hier übersehen, dass es in dieser Fallkonstellation nur *einen* Bürger gibt, der eine freie Entscheidung gegen die Rechtsordnung getroffen hat. Nur die Handlung des Hintermanns kann als Kommunikation verstanden werden; nur einer von beiden hat (zuvor) eine Ermittlungsobliegenheit verletzt und sich deswegen schuldig gemacht. Eine freiheitstheoretisch orientierte Zurechnungslehre kann nur nach Maßgabe dieses Kriteriums bestimmen, wer der „Tatherr“ ist. Wer demgegenüber keine freie Entscheidung getroffen hat, kann auch nicht als (schuldloser) Täter betrachtet werden. Symbolisch-kommunikativ ist seine Körperbewegung nicht mehr als ein bloßes Naturereignis.¹⁰⁴

III. Extensive Gemeinschaftlichkeit

1. Bis jetzt wurde nur wenig über die Gemeinschaftlichkeit im extensiven Sinne gesagt. Diese ist systematisch so wenig mit der intensiven Gemeinschaftlichkeit verbunden, dass die bei letztere Bereich getroffenen theoretischen Entscheidungen nicht auf erstere übertragen werden können.

Doch muss eine freiheitsorientierte Zurechnungslehre auch den Begriff der Gemeinschaftlichkeit im extensiven Sinne aus dem allgemeinen Verbrechensbegriff deduzieren. So wird es für die Bestimmung der extensiven Gemeinschaftlichkeit notwendig, sich auf beide Grundmerkmale des Verbrechensbegriffs zu berufen: Handlung und Erfolg. In diesem Sinne ist die Handlung zuallererst ein Gegenstand der freien Organisation des Zurechnungssubjekts und der Erfolg betrifft in erster Linie die freie Ausübung der Grundrechte des Opfers.¹⁰⁵ Des Weiteren bedeutet die Handlung dann eine individuelle Stellungnahme gegenüber der Rechtsordnung und gilt insofern als kommunikative Verletzung einer Verhaltensnorm, deren Funktion es ist, die Gemeinschaft nach allge-

mein anerkannten Werten zu ordnen.¹⁰⁶ Demgegenüber ist der Erfolg das Verbrechensmoment, das diskursiv die Tat als solche – d.h. abgesehen von den Beteiligten und ihrer Zurechnungsfähigkeit – bestimmt. In diesem Sinne ist es zumindest vage, eine Tat etwa als vorsätzlich oder fahrlässig zu definieren: Vorsätzlich oder fahrlässig sind die Handlungen der Beteiligten, die alle gemeinsam mit dem Erfolg die Tat bilden.¹⁰⁷

So muss der Strafrichter zuallererst feststellen, dass die Rechtsstellung des Opfers beeinträchtigt wurde. Erst danach muss er überprüfen, als Folge welcher Handlungen sich diese Beeinträchtigung erklären lässt. Anders formuliert: Der Strafrichter muss entscheiden, wer durch ein von ihm geschaffenes unerlaubtes Risiko für den Gesamterfolg zuständig ist.¹⁰⁸ Insofern existiert in der Beteiligungslehre eine *symbolische Repräsentation*: Das Zurechnungssubjekt, das durch die Schaffung eines unerlaubten Risikos als letztes Glied der Kausalkette die Rechtsstellung des Opfers bzw. sein Grundrecht verletzt, repräsentiert auch die davor handelnden Glieder, die mit ihrer Handlung jeweils das erlaubte Risiko überschritten haben.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Siehe *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (217 f.) m.w.N.

¹⁰⁷ Sowohl *Freund* (bereits *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1. Aufl. 1998, § 10 Rn. 46 f., 66; aktuell *ders./Rostalski*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 63 ff.) als auch (schon deutlicher) *Haas* (ZStW 119 [2007], 519 [526 ff.]; *ders.* [Fn. 18 – Theorie], S. 40 ff.), sowie *Renzikowski* (in: Hefendehl/Hörnle/Greco [Hrsg.], *Streitbare Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, 2014, S. 495 [500 ff.]), werfen der Tatherrschaftslehre vor, keinen konstanten Tatbegriff zu haben. Dies ist insofern richtig, als dabei die Tat dergestalt vom Täter abhängt, dass im Endeffekt die Tat ist, „was der Täter macht“. Demzufolge wird die Tat von den Zurechnungsfähigkeiten des Beteiligten so bestimmt, dass etwa bei der mittelbaren Täterschaft „die Tat“ (i.e.S.) bereits mit der Handlung des Hintermannes beginnt, während sie bei der unmittelbaren Täterschaft erst mit derjenigen des Vordermannes beginnt. Eine zurechnungsfähigkeitsunabhängige Tat gibt es daher nicht. Unzutreffend ist daher die Gegenkritik von *Orozco López* (ZIS 2020, 233 [235 f.]), wenn er den Tatbegriff im Rahmen der (*Roxinschen*) Tatherrschaftslehre mit der (Haupt-)Handlung identifiziert – „Tatherrschaft im *Roxinschen* Sinne ist demnach [...] Handlungsbeherrschung“ (S. 236). Nochmals: Wenn die Tatherrschaft „Herrschaft über die Tat“ ist, dann muss die Tat begrifflich unabhängig von der Täterschaft – und daher der Zurechnungsfähigkeit der Beteiligten – bestimmt werden, muss ihr also begriffslogisch vorausgehen. Ansonsten ist das Argument zirkulär. Die Kritik bleibt also bestehen.

¹⁰⁸ Dies ist die richtige Perspektive. Siehe oben I.

¹⁰⁹ Aus welchem Grund diese Repräsentation stattfindet, kann hier nicht ausführlich erklärt werden. Diese betrifft die Begründung und die Grenzen des sog. Regressverbots. Siehe grundsätzlich *Jakobs* (Fn. 19), S. 11 ff. und passim; *Lesch*, ZStW 105 (1993), 271 (286 ff. und passim); *Robles Planas* (Fn. 81), S. 620 f. Dieser begriffliche Apparat erlaubt es, die

¹⁰² Siehe unten IV.

¹⁰³ So *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (505). In derselben Richtung meint auch *Schünemann* (Fn. 20), § 25 Rn. 93, dass die bloße Möglichkeit der Verbotskenntnis den Hintermann so wenig zum Tatherr mache, wie sie beim Ausführenden eine Herrschaft des Tatveranlassers ausschließe.

¹⁰⁴ Nachweise bereits bei *Falcone*, ZIS 2020, 212 (220 f.).

¹⁰⁵ Siehe *Falcone*, ZIS, 2020, 212 (213 f.) m.w.N.

2. Daraus ergibt sich ein erster Befund: Während sämtliche Zurechnungssubjekte für den Taterfolg zuständig sind, ist jeder Beteiligte nur für seine eigene Handlung verantwortlich. In herkömmliche Terminologie übersetzt: Wenn das Handlungsunrecht individuell – oder besser: personal – ist, ist das Erfolgsunrecht kollektiv – oder besser: gemeinschaftlich. Vor diesem begrifflichen Hintergrund ist es wenig sinnvoll, von einer extensiven Akzessorietät zu sprechen. So ist rechtsvergleichend etwa die Entscheidung des argentinischen Gesetzgebers in Art. 47 Abs. 2 CP zu begrüßen, weil er den Teilnahmeversuch vom Eintritt der „Haupttat“ unabhängig macht.¹¹⁰ Dies ist insofern korrekt, als das Zurechnungssubjekt mit seiner Stellungnahme gegen die Rechtsordnung bereits alles getan hat, was seine Verantwortung für den Versuch begründet. Was den Versuch angeht, hat der Beteiligte alles getan, was nötig ist.¹¹¹ Was danach kommt, ist – jedenfalls für ihn – bloße Kausalität, die nur für eine etwaige Erfolgszurechnung relevant sein könnte.¹¹²

Nach diesem Schema erscheint die Entscheidung der h.M., den Teilnahmeversuch vom Eintritt der – mindestens versuchten – „Haupttat“ abhängig zu machen, wenig überzeugend. So ist es schwierig zu erklären, wieso der Versuch als Stellungnahme gegen die Geltung der Verhaltensnorm erst dann strafbar ist, wenn der Vordermann bzw. der Täter die „Haupttat“ realisiert. Freilich muss dies für die Erfolgszurechnung relevant sein, aber weshalb eine Versuchszurechnung bei der Handlung des Vordermanns die Haupttat „abwarten“ muss, ist kaum erklärbar. Dass eine andere Auslegung der §§ 25 ff. StGB zu bevorzugen ist, wird im Folgenden dargestellt.

Wie ich bereits wiederholt betont habe, verlangt die gemeinschaftliche Organisation im strafrechtlichen Sinne mindestens zwei Zurechnungssubjekte, die einander so repräsentieren,

dass ihnen die Tat kollektiv zugerechnet werden kann. Ebenfalls festgestellt wurde, dass es bei der mittelbaren Täterschaft im herkömmlichen Sinne nur eine Gemeinschaftlichkeit zwischen Vorder- und Hintermann geben kann, wenn kraft einer Obliegenheitsverletzung – etwa durch vermeidbaren Irrtum – der Vordermann ebenfalls zum Täter wird. Und schließlich wurde auch festgestellt, dass der Versuch des Hintermannes nur von seiner Handlung und nicht von derjenigen des Vordermanns abhängt. Nun ist daher dasselbe Prinzip auf die Mittäterschaft zu erweitern: Auch die Handlung eines Mittäters ist für die anderen nur angesichts des tatbestandsmäßigen Erfolges für sie relevant (sog. Einzellösung¹¹³). Dasselbe muss für die Teilnahme i.e.S. gelten. So ist die Entscheidung des Gesetzgebers bei der Bestrafung des Anstiftungsversuches gem. § 30 Abs. 1 StGB richtig. Dass diese Vorschrift inkompatibel mit der herrschenden Auffassung von der extensiven Akzessorietät ist, dürfte meines Erachtens evident sein.¹¹⁴

Aus dieser Perspektive sieht die gesamte Systematik der §§ 22 ff., 25 ff. StGB deutlich anders aus. Sowohl der Versuch der mittelbaren Täterschaft als auch derjenige der Mittäterschaft sowie der Anstiftung fangen bereits mit dem Beitrag des betreffenden Beteiligten an. Die Straflosigkeit der versuchten Beihilfe erscheint de lege lata nach diesem Konzept freilich unsystematisch. Doch handelt es sich hier um eine Gerechtigkeitsentscheidung des Gesetzgebers, die der Strafrichter beachten muss.¹¹⁵

IV. Gemeinschaftlichkeit bei besonderen Pflichtdelikten

1. Die Hauptaufgabe der Rechtsordnung ist es, den Bürgern zu ermöglichen, ihr Leben nach ihren eigenen Weltanschauungen zu bestimmen. Dafür müssen sie darauf vertrauen können, dass ihre Freiheitssphäre durch die anderen Mitbürger respektiert wird. Erst danach können sie sich auf weniger dringende Tätigkeiten konzentrieren. In diesem Sinne besteht die grundsätzliche Norm des interpersonellen Verhaltens darin, dass jeder den anderen so sein lassen muss, wie er ist. So trifft jeden Bürger gegenüber den anderen die Pflicht zu einer negativen Mitmenschlichkeit, also die Pflicht, die Rechtssphären Dritter zu beachten und eigene Ingerenz zu vermeiden. Erste Aufgabe einer freiheitsorientierten Verbrechenslehre ist daher, die Respektierungszuständigkeiten der

Erfordernisse des Schuldgrundsatzes deutlich zu machen und gleichzeitig zu erklären, warum die Folgen der Handlung *Alters* auch *Ego* zuzuschreiben sind. Demgegenüber findet das subjektive Merkmal des Willenskonnex (Begriff von *Schroeder* [Fn. 96] S. 147) erst bei der subjektiven Zurechnung – imputatio i.e.S. – Raum. Näher *Lesch*, *ZStW* 105 (1993), 271 (276 ff.).

¹¹⁰ Siehe *Sancinetti* (Fn. 105), S. 743 ff.

¹¹¹ Grundsätzlich *Schmidhäuser*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl. 1984, S. 265 ff.; *Stein*, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, S. 241 ff.; *Lüderssen*, in: Kühne (Hrsg.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses, 1995, S. 449 (451 f.).

¹¹² Tatsächlich wird die „Haupttat“ oft als objektive Strafbarkeitsbedingung angesehen. Siehe *Schmidhäuser* (Fn. 112), S. 265 ff.; *Maurach/Gössel/Zipf*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 1989, § 52 Rn. 19; *Lüderssen* (Fn. 112), 455 f.; *M.-K. Meyer*, *Beiträge zum Strafrecht*, 2007, S. 1 ff. Nach *Lüderssens* Auffassung (bereits in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk [Hrsg.], *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, 1979, S. 181) ist der Erfolg in diesem Zusammenhang von den objektiven Strafbarkeitsbedingungen nicht streng zu unterscheiden.

¹¹³ Statt vieler *Roxin* (Fn. 23), § 29 Rn. 297 m.w.N.

¹¹⁴ *Schmidhäuser* (Fn. 112), § 11 Rn. 108; *Jescheck/Weigend* (Fn. 52), § 65 I. 3.; *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, S. 720 ff. Vgl. auch *Maurach*, *JZ* 1961, 138 (138).

¹¹⁵ Im Allgemeinen gehört es zu den verfassungsrechtlichen Kompetenzen des Gesetzgebers, das Ausmaß der Strafanwendung zu beeinflussen. Wenn er daher die Entscheidung trifft, dass bei *sämtlichen* Beteiligungshandlungen die Strafe die Haupttat – in der Form einer objektiven Strafbedingung – „abwarten“ soll, muss der Strafrichter dem folgen. Und das ist auch richtig so, denn die Strafanwendung bezieht sich nicht nur auf eine systematische Zurechnungslehre, sondern auch auf kulturelle Bedürfnisse der Gemeinschaft. Näher *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 47 f., 116 f.

Bürger zu bestimmen.¹¹⁶ Allerdings ist ein solches Programm im Hinblick auf die Gewährleistung sämtlicher Freiheitssphären insofern unvollständig, als deren Schutz oft auch überpersonale Rahmenbedingungen verlangt. In Betracht kommen vor allem Tätigkeiten im Rahmen staatlicher Organisation, das Eltern-Kind-Verhältnis, die Eheschließung und die Gefahrengemeinschaft. Bei solchen *Ermöglichungszuständigkeiten* reicht die Vermeidung fremder Ingerenz nicht aus, vielmehr wird außerdem ein positiver Beitrag verlangt. Eine solche positive Mitmenschlichkeit erfordert nicht nur den Schutz, sondern auch die Verbesserung des betreffenden Interesses.¹¹⁷

2. Insofern besteht die wesentliche dogmatische Folgerung aus der Verletzung einer Ermöglichungszuständigkeit darin, dass nur dem institutionell Verpflichteten die Tat als Täter zugerechnet werden kann. In diesem Sinne ist es zwar gleichgültig, ob er eigenhändig oder durch einen Dritten die Rechtsstellung des Opfers beeinträchtigt. Solange er für die Tat verantwortlich ist, wird er zum Täter – was freilich die Möglichkeit nicht ausschließt, dass anderen besonders Verpflichteten ebenfalls die Tat als ihre Tat zugerechnet wird und sie damit zu Mittätern werden.¹¹⁸ So wird die Akzessorietät bei den besonderen Pflichtdelikten ja nur einseitig verstanden, indem nur die Handlung des extraneus für diejenige des intraneus akzessorisch wird – und nicht umgekehrt. Daher ist ein restriktiver Täterbegriff im strengeren Sinne nur bei dieser Verbrechenskategorie zu finden.¹¹⁹

Jedoch äußert *Schladitz* in seiner Kritik an meinem Vorschlag der Renaissance der strengen Akzessorietät die Erwartung, dass dieser Vorschlag Probleme im Falle einer besonderen Pflichtverletzung mit sich bringen würde. Konkret stellt er drei Fallkonstellationen vor:¹²⁰

¹¹⁶ Diese Grundkonzeption bereits bei *Hegel*, Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818–1831, Bd. 4, 1974, S. 176. Zu den Respektierungszuständigkeiten siehe insbesondere *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 2. Aufl. 1996, S. 29; *ders.* (Fn. 9), S. 25 ff.; *Köhler* (Fn. 73), S. 282; *Kersting*, in: Brieskorn/Wallacher (Hrsg.), *Homo oeconomicus: Der Mensch der Zukunft?*, 1998, S. 107; *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 29–31, 67 ff.; *González-Rivero*, Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen, 2001, S. 140 ff.; *Zabel*, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007, S. 165 ff.; *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 158 ff.

¹¹⁷ Zu den Ermöglichungszuständigkeiten statt vieler *Jakobs* (Fn. 14), 28. Abschn. Rn. 57 ff.; *ders.* (Fn. 9), S. 83 ff.; *Müssig*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 165; *Sánchez-Vera* (Fn. 119), S. 70 ff.; *Pawlik* (Fn. 4 – Unrecht), S. 186 ff.

¹¹⁸ Ursprünglich in *Roxin* (Fn. 23), S. 352 ff. Siehe auch *Jakobs* (Fn. 14), 21. Abschn. Rn. 116; *ders.* (Fn. 9), S. 85; *Lesch* (Fn. 15), S. 299; *Pariona Arana*, Täterschaft und Pflichtverletzung, 2010, S. 155 ff. m.w.N.

¹¹⁹ *Lesch* (Fn. 17), S. 299 ff. und passim.

¹²⁰ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (501, 505 f.).

a) Erstens ist er scheinbar der Auffassung, dass eine Prozesspartei, die einen (unvermeidbaren) Verbotsirrtum des Richters hervorruft, und dieser sodann ein rechtsbeugendes Urteil spricht, wegen Anstiftung zu einer schuldlosen Haupttat zu bestrafen sei. Die von mir vorgeschlagene Lösung der doppelten Strafflosigkeit hält *Schladitz* für unzutreffend: „Mir will tatsächlich nicht recht einleuchten, wie bloße Naturkausalität zum Sprechen eines (falschen) Urteils führen können soll, wird doch mittels Urteilen von Richtern ‚Recht erkannt‘ und somit eine durch den Menschen geschaffene Kultur-Leistung angewandt.“¹²¹ In diesem Fall kann freilich die irrtumsschaffende Prozesspartei nicht Täter werden, da sie nicht besonders zuständig für die Rechtspflege ist; und auch nicht Anstifter, denn es gibt keine „schuldhafte Haupttat“. Die doppelte Strafflosigkeit ist wie erörtert insofern richtig, als mit der Erklärung durch einen Richter, dass ein vorangegangenes Urteil rechtsbeugend war, gleichzeitig dessen „Kultur-Leistung“ – so die Terminologie von *Schladitz* – aufgehoben wird. So wird mit der Handlung des (zweiten) Richters festgestellt, dass diejenige des ersten nicht schuldhaft gewesen ist, und somit wird mit dem zweiten Urteil die Rechtsordnung symbolisch wiederhergestellt. Wie der extraneus für die Rechtspflege nicht zuständig ist, ist ihm der tatbestandsmäßige Erfolg genauso wenig wie dem intraneus zuzurechnen. Ohne die Bildung einer Gemeinschaftlichkeit zwischen Vorder- und Hintermann kann der Erfolg keinem Zurechnungssubjekt zugeschrieben werden.¹²²

b) Zweitens behauptet *Schladitz* Folgendes: Wenn der handelnde intraneus einem Erlaubnistatbestandsirrtum erliege, der von einem Hintermann und extraneus hervorgerufen wurde, dann scheidet eine mittelbare Täterschaft des Hintermanns mangels Sonderpflicht ebenso wie eine Anstiftung – auf Basis der eingeschränkten Schuldtheorie – aus. So versucht die h.M. die Strafbarkeit des Hintermannes wegen Anstiftung des intraneus zu konstruieren, weil anderenfalls Strafbarkeitslücken drohten, da die mittelbare Täterschaft des

¹²¹ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (501). So wie ich es sehe, wendet sich *Schladitz* hier nicht nur gegen meine Kritik an den Grenzen der Akzessorietät, sondern zeigt sich ferner etwas skeptisch gegenüber der Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums des Richters beim Verbrechen der Rechtsbeugung gem. § 339 StGB. Bei zivilrechtlichen Sachverhalten mit Auslandsbezug kann man sich etwa den Fall vorstellen, dass eine Prozesspartei ausländische Rechtsvorschriften verfälschend zitiert, die andere Prozesspartei sich dagegen wendet und der Richter gleichwohl das verfälschte fremde Recht rechtsbeugend anwendet. Erachtet man den Irrtum über Vorschriften des ausländischen Rechts als Verbotsirrtum, dann hat man es mit einem Verbotsirrtum beim Vordermann bzw. dem Richter zu tun, der durch den Hintermann bzw. die Prozesspartei herbeigeführt wurde.

¹²² Nachweise bei *Falcone*, ZIS 2020, 212 (222). Wenn nun der Beitrag des Hintermannes – je nach Umfang der Handlungen – keine psychische Beihilfe ist, sondern eher die Form einer Anstiftung hat, dann hat dies nicht seine Strafflosigkeit zur Folge, sondern unterfällt als Anstiftungsversuch der Vorschrift des § 30 Abs. 1 StGB.

extraneus mangels deliktspezifischer Tätervoraussetzungen nicht in Frage kommt.¹²³ Für meine These wäre vor allem dann der Fall problematisch, dass der intraneus keine Obliegenheit verletzt hat, sodass er nicht zu einem Gemeinschaftsmitglied wird. Demgegenüber meint *Schladitz* als Vertreter der Minderheitsmeinung, dass die doppelte Straflosgigkeit doch zutreffend sei.¹²⁴

Unter der gegebenen gesetzlichen Lage, die die Teilnahme gem. §§ 26, 27 StGB (irrtümlich) auf vorsätzliche Handlungen des Täters beschränkt, sind bei den besonderen Pflichtdelikten die dogmatischen Folgerungen der strengen Schuldtheorie zu bevorzugen. In diesem Sinne soll der Vorsatz des Täters bzw. intraneus ja bestätigt werden, indem die Bestrafung des Hintermanns wegen Anstiftung gem. § 26 StGB zur regelmäßigen Rechtsfolge wird.¹²⁵ Doch wäre es systematisch deutlich angemessener, wenn der Gesetzgeber eine schuldhaftige Handlung und nicht bloß eine irgendwie qualifizierte Art von Handlung fordern würde. Diese Korrektur ist hingegen bei den allgemeinen Pflichtdelikten nicht nötig, denn der Hintermann kann unproblematisch als mittelbarer Täter bestraft werden, wenn er Wissensmängel des Vordermannes ausnutzt.¹²⁶

c) Drittens stellt *Schladitz* den Fall vor, dass auch die Teilnahme an einer unvorsätzlichen Haupttat vom Gesetzgeber gelegentlich als strafwürdig angesehen wird. In Frage komme vor allem § 160 StGB, wenn man mit der h.L. die Anwendung der Vorschrift auf die gutgläubige falsche Aussage des Vordermannes beschränkt. *Schladitz*' Auffassung zufolge zeitigt der gewichtige strukturelle Unterschied zwischen Täterschaft und Teilnahme auch im Rahmen von § 160 StGB in derjenigen Konstellation Auswirkungen, in der der Vordermann unerkannt bösgläubig ist. Seiner Meinung nach verwirklicht der Hintermann nicht eine vollendete Verleitung zur Falschaussage.¹²⁷ Diese Lösung halte ich für korrekt und mit dem von mir vorgeschlagenen Konzept für inkompatibel. Die zentrale Begründung für diese Lösung lautet, dass der Hintermann bzw. der Täter nicht für den tatbestandsmäßigen Erfolg – die falsche Aussage des Vordermanns – zuständig ist. Wegen des besseren Wissens des Vordermanns ist dieser Erfolg ihm exklusiv zuzurechnen – ähnlich wie bei der Fallkonstellation des omnimodo facturus.¹²⁸ Nun bleibt die Infragestellung der Geltung der Verhaltensnorm durch den Hin-

termann bestehen. Ergebnis davon ist die Bestrafung des Hintermanns wegen eines (untauglichen¹²⁹) Versuches gem. § 160 Abs. 2 StGB.¹³⁰

Doch mag *Schladitz* hier ein Argument gegen meine These finden, wonach die vollendete Anstiftung einer unerkannten unvermeidbar verbotsirrtümlichen Täterschaft abzulehnen ist und nur eine versuchte Anstiftung gem. § 30 Abs. 1 StGB in Frage kommt. Seiner Meinung nach ist der Hintermann ein Anstifter zur rechtswidrigen Tat des im Verbotsirrtum Handelnden. Den bereits formulierten Grund halte ich noch für entscheidend: „Die Lösung der limitierten Akzessorietät [...] ist insofern unzutreffend, als sie außer Acht lässt, dass der Verlauf bis zur Vollendung der Haupttat ein anderer ist, als sich ihn der Hintermann vorgestellt hat. Und diese Abweichung begründet sich in der für eine normative Zurechnungslehre wichtigen Unterscheidung: Sinn oder Natur.“¹³¹ Daher ist seine Auffassung unzutreffend, wenn er meint, „diese Fehlvorstellung [des Anstifters, A.F.] geht aber nicht so weit, dass sie gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB auch den Vorsatz i.S.d. § 26 StGB ausschließt“.¹³² Doch muss der Vorsatz des Anstifters gem. § 26 StGB (auch meines Erachtens) bejaht werden können – daher die Versuchsstrafbarkeit! Nur kann der Erfolg ihm (aus den oben genannten Gründen) nicht zugerechnet werden.¹³³

V. Ergebnis

1. Die Beteiligungslehre setzt voraus, dass die Tat mindestens zwei Zurechnungssubjekten zuzuschreiben ist. Dieser Befund hat zur Folge, dass nicht sämtliche Fallkonstellationen der mittelbaren Täterschaft zur Beteiligungslehre gehören. In diesem Sinne bildet der Vordermann mit dem Hintermann nur dann eine normative Gemeinschaft, wenn der Vordermann eine Obliegenheit verletzt hat. Kann man demgegenüber die Tat auch einem schuldhaft handelnden Vordermann nicht imputieren, dann besteht keine Gemeinschaftlichkeit und die Tat lässt nur ein Alleinzurechnungssubjekt erkennen. Ist dies der Fall, dann muss die mittelbare Täterschaft dogmatisch genauso behandelt werden wie die unmittelbare Täter-

¹²³ Siehe oben II.

¹²⁴ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (505).

¹²⁵ Des Weiteren entspricht diese Lösung besser dem Wortlaut des § 17 StGB, der keine Unterscheidung zwischen Erlaubnisirrtum und Erlaubnistatbestandsirrtum zum Ausdruck bringt. Nachweise oben unter II.

¹²⁶ Für den Vorsatzbegriff qua dolus malus siehe *Falcone*, ZIS 2020, 212 (221 f.) m.w.N.

¹²⁷ *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (506 f.).

¹²⁸ Eine vollendete Verleitung zur Falschaussage gem. § 160 StGB bejahen aber BGHSt 21, 116; *Rudolphi*, in: *Rudolphi/Horn/Samson* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8. Aufl. 2007, § 160 Rn. 4; *Vormbaum*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 160 Rn. 21 ff.

¹²⁹ Ein bösgläubiger Vordermann kann objektiv nicht gem. § 160 StGB verleitet werden. Dazu bereits *Gallas*, in: *Bockelmann/Kaufmann/Klug* (Hrsg.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, 1969, S. 600. Siehe auch *Eschenbach*, JURA 1993, 407; *Schroeder*, in: *Maurach/Schroeder/Maiwald*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 10. Aufl. 2012, § 75 VI. 3.. Zur Diskussion statt vieler *Ruß*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 160 Rn. 2.

¹³⁰ Daher erscheint die Unterscheidung zwischen einem auf mittelbare Täterschaft und einem auf Anstiftung gerichteten Vorsatz, die *Schladitz* (ZIS 2020, 498 [506 Fn. 109, 110]) hier vornimmt, unnötig: Der Hintermann bei § 160 StGB ist (bei materieller Betrachtung) kein mittelbarer, sondern eher ein unmittelbarer Täter.

¹³¹ *Falcone*, ZIS 2020, 212 (221) m.w.N.

¹³² *Schladitz*, ZIS 2020, 498 (507).

¹³³ *Falcone*, ZIS 2020, 212 (221).

schaft. Unterschiede könnten sich vor allem unter zwei Aspekten ergeben: Bei den eigenhändigen Delikten ist die mittelbare Täterschaft ausgeschlossen und bei der mittelbaren Täterschaft beginnt – nach der h.M. – der Versuch bereits mit der Handlung des Hintermanns. Doch für eine freiheitsorientierte Zurechnungslehre bestehen beide Probleme nur scheinbar. Einerseits ist wie gezeigt die formal begründete Kategorie der eigenhändigen Delikte mit einer normativen Beteiligungslehre schwerlich zu vereinbaren. Andererseits beginnt der Versuch des Hintermannes bereits mit seiner kommunikativen Stellungnahme gegen die Rechtsordnung, was keine Ausnahme, sondern die Regel darstellt und zutreffend ist.

2. Die Gemeinschaftlichkeit besitzt eine interne bzw. intensive Seite. So habe ich bereits in meinem ersten Aufsatz zu diesem Thema die Meinung vertreten, dass ohne Schuld des betreffenden Teilnehmers dieser keine Gemeinschaftlichkeit begründen kann. Im vorliegenden Beitrag wurde bewiesen, dass dieser Befund keine abzulehnende dogmatische Folgerung mit sich bringt. So erfordert die Gemeinschaftlichkeit eine schuldhafte Handlung sämtlicher Mitglieder; ohne sie kann es nur ein Alleinzurechnungssubjekt geben. Aber auch die Tatbestandsmäßigkeit aller Handlungen wird vorausgesetzt, was bei der mittelbaren Täterschaft evident ist: Ohne tatbestandsmäßige Handlung des Vordermanns kann es nur einen Versuch des Hintermanns geben. Dasselbe gilt für die Mittäterschaft bei den sog. zusammengesetzten Delikten, wobei eine parallele Alleintäterschaft das gesamte Unrecht nicht ausreichend widerspiegeln kann. Schließlich geschieht Ähnliches mit der Rechtswidrigkeit: Jeder Bürger handelt rechtmäßig, wenn er einem anderen hilft, der sich etwa in einer Notstandslage i.S.d. § 34 S. 1 StGB befindet. Dies hat aber mit einer (limitierten) Akzessorietät wenig zu tun, sondern betrifft eher die Regeln der Rechtfertigungsgründe. Nicht nur wer sich gerechtfertigt verteidigt, sondern auch wer ihm hilft, schützt die betreffende Rechtsstellung.

3. Des Weiteren besitzt die Gemeinschaftlichkeit auch eine externe bzw. extensive Seite, die sich ebenfalls aus dem Verbrechensbegriff deduzieren lässt. So muss von vornherein Folgendes klargestellt werden: Während jede Handlung eine personale Stellungnahme gegen die Rechtsordnung darstellt, ist der Erfolg kollektiv. Daher muss der Versuchsbeginn sich auf die Handlung des betreffenden Beteiligten beziehen. Eine extensive Akzessorietät erscheint so nicht nur systematisch unangemessen, sondern ist auch mit einem materiellen Verbrechensbegriff schwerlich zu vereinbaren. *De lege lata* ist eine solche Auslegung möglich, wenn man sich für die Einzellösung sowohl bei der mittelbaren Täterschaft als auch bei der Mittäterschaft entscheidet. Auch der Anstiftungsversuch gem. § 30 Abs. 1 StGB stützt diese Auffassung. Die Entscheidung des Gesetzgebers, den Beihilfeversuch straflos zu lassen, erscheint zwar inkonsequent, muss jedoch zwingend beachtet werden.

4. Anders als die (bis jetzt vorgestellten) allgemeinen Pflichtdelikte kennen die besonderen Pflichtdelikte eine Akzessorietät im herkömmlichen Sinne: Nur die Handlung des Teilnehmers ist von der Handlung des Täters abhängig – nicht aber umgekehrt. Grund dafür ist, dass nur der besonders Verpflichtete in der Lage ist, die Rechtsstellung des Opfers

per se zu beeinträchtigen. Jedoch wird auch in dieser Kategorie eine schuldhafte Handlung sämtlicher Teilnehmer gefordert, was, wie ausführlich gezeigt wurde, keine dogmatisch inakzeptablen Folgen hat.