

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A und B verfügen weder über Geld noch über eine Unterkunft. Nach längerem Fußmarsch gelangen sie in ein Schrebergartengelände. Dort beschließen sie, C in seinem Garten zu überfallen, um sich sein Auto zu beschaffen. A soll C in ein Gespräch verwickeln, während B sich von hinten heranschleichen und C niederschlagen soll. Die Benommenheit oder Bewusstlosigkeit des C wollen sie ausnutzen, um ihm den Fahrzeugschlüssel abzunehmen. Während A bereits mit C spricht, kommt B der Gedanke, C zu töten, um sich ungestört und ohne Angst vor Verfolgung des Fahrzeugs bemächtigen zu können. Er zieht sein am Gürtel mitgeführtes Fahrtenmesser, packt den ahnungslosen C von hinten und sticht ihm zweimal tief in den Hals. Dabei wird die Halsschlagader getroffen. C sinkt zu Boden, versucht zu schreien und führt mit Armen und Beinen Abwehrbewegungen aus. Daraufhin versetzt B ihm weitere tiefe Stiche in den Bereich der linken Brust. C, jetzt wehrlos und tödlich getroffen, gibt nur noch schwache Lebenszeichen von sich. B packt ihn an den Armen und zieht ihn in den hinteren Bereich des Grundstücks, um einer Entdeckung durch Passanten zu entgehen. Das bereitet ihm Mühe. Auch wird er ungeduldig. Er fordert A auf, ihm zu

## Dezember 2008 Schrebergarten-Fall

*Mord / Beihilfe / Hilfeleisten / Raub mit Todesfolge / Mittäterexzess / sukzessive Mittäterschaft*

§§ 211, 27; 251, 249, 25 Abs. 2 StGB

**Leitsatz der Verf.:** Tritt jemand in Kenntnis und Billigung des bisher Geschehenen – auch wenn dieses in wesentlichen Punkten von dem ursprünglichen gemeinsamen Tatplan abweicht – in eine bereits begonnene Ausführungshandlung als Mittäter ein, dann bezieht sich sein Einverständnis auf die Gesamttat mit der Folge, dass ihm das gesamte Verbrechen strafrechtlich zugerechnet wird.

BGH, Urteil vom 18. Dezember 2007 – 1 StR 301/07; veröffentlicht in NStZ 2008, 280.

helfen. Dieser war zunächst erschrocken weggelaufen, als B plötzlich zustach. Damit hatte A nicht gerechnet, obwohl er wusste, dass B ein Fahrtenmesser bei sich trug. A entschließt sich dann aber doch, B zu helfen. Seine Bedenken stellt er zurück, weil er erschöpft ist und weil er hofft, dass sie mit dem Auto des C schnell und bequem vorankommen können. Gemeinsam schleifen A und B den verblutenden C weg, entnehmen seiner Hosentasche den Fahrzeugschlüssel und fahren mit dem Wagen davon. C verstirbt nach kurzer Zeit.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Wo die rechtlichen Probleme des Falles liegen, gibt bereits das tatsächliche Geschehen deutlich zu erkennen. Von einem gemeinsamen Plan weicht einer der Beteiligten ab, der danach auch den weiteren Ablauf beherrscht, während der andere sich zunächst distanziert, sich dann aber, nachdem das Geschehen weiter vorangeschritten ist, zu ei-

<sup>1</sup> Damit die Rechtsprobleme des Falles deutlich hervortreten, wird der Sachverhalt der Entscheidung etwas vereinfacht wiedergegeben.

nem Zusammenwirken wieder bereit findet. Es wird eingehend zu prüfen sein, ob und wie die Tat des eigenmächtig Handelnden (hier B) demjenigen zugerechnet werden kann, der während einer wesentlichen Phase die Tat des anderen nicht mitgetragen hat (hier A). Das Hauptaugenmerk wird also auf die Frage nach der Strafbarkeit des A gerichtet sein.

Vorab muss freilich die **Strafbarkeit des B** geklärt sein, der nach der gemeinsamen Planung das Heft allein in die Hand genommen hat. Sein Verhalten lässt sich zum einen unschwer als **Mord** gem. § 211 StGB in den Begehungsvarianten der Heimtücke, der Habgier und der Absicht, eine Straftat zu ermöglichen, einordnen. Zum anderen hat er einen qualifizierten Raub begangen. Als schwerste Qualifikationsstufe ist der **Raub mit Todesfolge** gem. § 251 StGB verwirklicht.<sup>2</sup> Diese Taten hat er in der Konkurrenzform der Tateinheit gem. § 52 StGB begangen.<sup>3</sup>

Wenn man jetzt die **Mitwirkung des A** an diesen Taten untersucht, drängt es sich auf, einen Unterschied im Prüfungsansatz zu machen. Den Mord hat B praktisch allein ausgeführt. Hier kommt für A lediglich Beihilfe gem. § 27 StGB in Betracht. Dagegen könnte ihm der Raub mit Todesfolge als Mittäter gem. § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden, weil er zu Beginn und dann wieder zum Schluss an einem gefährlichen Raubgeschehen mitwirkte.

Von zentraler Bedeutung für die **Prüfung der Mordbeihilfe** ist die Frage nach den Anforderungen an das gesetzliche Merkmal der **Hilfeleistung**. Die Auffassungen dazu gehen weit auseinander.<sup>4</sup>

Möglicherweise kommt es auf den Meinungsstreit im vorliegenden Fall aber gar nicht an. Denn immerhin ist man sich darin einig, dass bloße Bemühungen um Hilfeleistung, die in keiner Weise Wirkung gezeigt haben, nicht ausreichen.<sup>5</sup> Das lässt sich daraus ableiten, dass der Gesetzgeber den Beihilfeversuch im Unterschied zur versuchten Anstiftung (zu einem Verbrechen, § 30 Abs. 1 StGB) straflos gelassen hat.<sup>6</sup>

Wirksam unterstützt hat A nur das Wegschleifen des Opfers. Maßgeblich ist aber das tatbestandlich relevante Geschehen, hier also die Tötung des C. Dieser war durch die zahlreichen Stiche tödlich verletzt. Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, dass das Wegschleifen einen früheren Todeseintritt herbeigeführt oder sich auf die Art des Todes ausgewirkt hat.

Es wäre jedoch voreilig, mit dieser Begründung bereits ein abschließendes Ergebnis zu formulieren. Im Meinungsstreit um die Anforderungen an die Hilfeleistung findet sich unter der Bezeichnung **„Förderungstheorie“** eine Auffassung, die sich mit weniger als einer kausalen Einwirkung auf Handlung und Erfolg der Haupttat begnügt.<sup>7</sup> Sie wird insbesondere von der Rechtsprechung vertreten.<sup>8</sup> Es soll genügen, wenn die Haupttat irgendwie erleichtert oder gefördert wurde. Als Beispiel für ein nichtkausales Fördern wird das „Schmierestehen“ bei einem Einbruch genannt, von dem der Täter nichts weiß und das unnötig war, weil keine störenden Personen erschienen sind.<sup>9</sup>

Ob das recht unklare Kriterium einer irgendwie gearteten Förderung im vorliegenden Fall eine Strafbarkeit wegen Mordbeihilfe zu begründen vermag,

<sup>2</sup> Mit der Formulierung in § 251 StGB, wonach der Täter die Todesfolge „wenigstens“ leichtfertig verursacht haben muss, umfasst der Tatbestand auch die vorsätzliche Tötung.

<sup>3</sup> Vgl. BGHSt 39, 100.

<sup>4</sup> Vgl. die Übersicht bei Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 12. Aufl. 2006, S. 153 ff.

<sup>5</sup> Vgl. Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 214.

<sup>6</sup> Vgl. zu diesem Argument Frister, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2008, § 28 Rn. 38 ff.

<sup>7</sup> Vgl. Hillenkamp (Fn. 4), S. 155 f.

<sup>8</sup> Z. B. BGHSt 46, 107, 109.

<sup>9</sup> Ebert, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 214.

erscheint allerdings zweifelhaft. Es mag zwar sein, dass bei natürlicher Betrachtung zu einem Tötungsgeschehen auch noch Handlungen gehören, die den Umgang mit einem tödlich verletzten Opfer oder mit der Leiche betreffen. Auch könnte einbezogen werden, dass A durch die Mithilfe beim Wegschleifen einen Beitrag zur Erleichterung der Straftat geleistet hat, die mit der Tötung ermöglicht werden sollte.

Eine wirklich überzeugende Begründung für die Annahme einer Hilfeleistung im Sinne einer Förderung ergibt sich daraus jedoch kaum. Wegen des Prinzips der **Akzessorietät der Teilnahme**<sup>10</sup> wird es dabei bleiben müssen, dass der tatbestandliche Bezug maßgeblich ist. Was nach der Ausführung der Tötungshandlung und dem Erreichen einer finalen Phase des Sterbevorgangs geschehen ist, dürfte als Bezugspunkt für eine fördernde Beihilfehandlung ausscheiden. Eine Verlängerung dieser Zeitphase bei einem Mord zur Ermöglichung einer Straftat erscheint bedenklich, weil dieses Mordmerkmal rein subjektiver Natur ist. Das alles spricht eher für eine Verneinung der Beihilfe und für eine Einordnung als Anschlussstat. Die hier allein in Betracht kommende Strafvereitelung bleibt allerdings im Ergebnis straflos. A wollte zugleich verhindern, dass er selbst bestraft wird. Damit greift der Straflosigkeitsgrund in § 258 Abs. 5 StGB ein.

Bei der Untersuchung einer **Zurechenbarkeit des Raubes mit Todesfolge** unter dem Gesichtspunkt der Mittäterschaft müssen zusätzlich zu den gesetzlichen Grundlagen Rechtsfiguren aus der Dogmatik herangezogen werden. Gemeint sind der Mittäterexzess und die sukzessive Mittäterschaft.

Als „**Exzess**“ wird ein Abweichen eines Mittäters vom gemeinsamen Tatentschluss bezeichnet, das dem anderen nicht mehr zugerechnet werden kann, weil es die Grenzen dessen überschreitet, was verabredet wurde und

auf Grund der Absprache zu erwarten war.<sup>11</sup> Die Verneinung einer Zurechnung kann sich auf die Tat insgesamt, auf Teile der Tat oder auf Erschwerungsgründe erstrecken.

Unter „**sukzessiver Mittäterschaft**“ versteht man das Entstehen einer Mittäterschaft im Zuge der Tatausführung durch das Hinzutreten eines anderen.<sup>12</sup> Kommt es ausdrücklich oder konkludent zu einer Willensübereinstimmung und einer gemeinschaftlichen Ausführung noch ausstehender Tat handlungen, so ist es grundsätzlich möglich, dem Hinzutretenden auch dasjenige zuzurechnen, was der andere zuvor bereits allein verwirklicht hat. In welchem Umfang das geschehen kann, ist allerdings sehr umstritten.

Mittäterexzess und sukzessive Mittäterschaft **wirken gegensätzlich**. Der Mittäterexzess engt die mittäterschaftliche Zurechnung ein, die sukzessive Mittäterschaft erweitert sie.

Verfolgt man den zeitlichen Ablauf des Tatgeschehens, so ist zunächst ein Mittäterexzess festzustellen: Mit dem Einsatz tödlicher Raubgewalt überschritt B die Grenzen der Absprache und auch dessen, was auf der Grundlage dieser Absprache aus der Sicht des A zu erwarten war. Für diese Phase des Geschehens scheidet eine Strafbarkeit des A wegen mittäterschaftlich begangenen Raubes mit Todesfolge aus.

Dagegen kommt eine Bestrafung gem. §§ 251, 25 Abs. 2 StGB wieder in Betracht, wenn die Mitwirkung des A in der Endphase des Geschehens in den Blick genommen wird. Dass B zur Ausführung des Raubes tödliche Gewalt eingesetzt hatte, könnte A nun unter dem Gesichtspunkt sukzessiver Mittäterschaft zugerechnet werden.

Freilich wird jetzt die schon ange deutete Problematik der Reichweite dieser Rechtsfigur relevant. Streit besteht darüber, ob auch abgeschlossene Tat teile, durch die ein Erschwerungsgrund

<sup>10</sup> Vgl. dazu *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 38. Aufl. 2008, Rn. 551.

<sup>11</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 5), § 20 Rn. 117 f.

<sup>12</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *Kühl* (Fn. 5), § 20 Rn. 126 ff.

verwirklicht wurde, dem Hinzutretenden zugerechnet werden können.<sup>13</sup>

Die Rechtsprechung neigt dazu, die Zurechnungsfigur der sukzessiven Mittäterschaft **extensiv** anzuwenden. Solange die Tat noch nicht beendet ist, soll das bis zum Beitritt verwirklichte bei Kenntnis und Billigung des Hinzutretenden in vollem Umfang zugerechnet werden können.<sup>14</sup>

Das Schrifttum plädiert demgegenüber für einen **restriktiven** Umgang mit der sukzessiven Mittäterschaft.<sup>15</sup> Sie schließt Tattelle, die vor dem Hinzutreten schon vollständig verwirklicht wurden, von einer Zurechnung aus. Das Hauptargument betrifft die subjektive Tatseite. Dem Hinzutretenden werde ein Tatvorsatz unterstellt, der bei dem vorangegangenen Tatgeschehen nicht vorhanden gewesen sei. Der Vorsatz als unverzichtbares Unrechtselement müsse aber der Tat vorangehen und sie begleiten. Ein nachträglicher „Vorsatz“ sei dagegen strafrechtlich irrelevant.

Folgt man dieser Literaturmeinung, so ist eine Strafbarkeit des A wegen mittäterschaftlich begangenen Raubes mit Todesfolge zu verneinen. Jedoch kann mit der Begründung, dass in der tödlichen Raubgewalt die zuvor abgesprochene körperversetzende Raubgewalt als Minus enthalten sei, eine Strafbarkeit als Mittäter an einem Raub angenommen werden.<sup>16</sup> Da A zudem davon wusste, dass B ein Messer mitführte, liegt danach ein schwerer Raub gem. § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB vor.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Die Entscheidung des BGH ist in beiderlei Hinsicht nachteilig für A. Das Gericht hält ihn sowohl der Beihilfe zum Mord als auch des mittäterschaftlich begangenen Raubes mit Todesfolge für schuldig. Die Hoffnung auf klärende Worte zu den oben dargelegten Problemen erfüllt sich aber nicht.

Ganz ohne Begründung bleibt die Annahme, dass A Beihilfe zum Mord begangen habe. Die Entscheidung befasst sich ausschließlich mit der Frage der Zurechenbarkeit des von B verwirklichten Raubes mit Todesfolge.

Zunächst fasst der Senat knapp die **Leitlinien der Rechtsprechung für die sukzessive Mittäterschaft** zusammen. Sie liege vor, „wenn jemand in Kenntnis und Billigung des bisher Geschehenen – auch wenn dieses in wesentlichen Punkten von dem ursprünglichen gemeinsamen Tatplan abweicht – in eine bereits begonnene Ausführungshandlung als Mittäter eintritt“<sup>17</sup>. Sein Einverständnis umfasse die „Gesamtat“<sup>18</sup>, was zur Folge habe, dass ihm das gesamte Verbrechen zugerechnet werde. Ausgenommen sei nur dasjenige, was schon vollständig abgeschlossen vorliege.<sup>19</sup> Fazit: „Der die Mittäterschaft begründende Eintritt ist demnach noch möglich, solange der zunächst allein Handelnde die Tat noch nicht beendet hat.“<sup>20</sup>

Bei der Übertragung auf den vorliegenden Fall kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Abweichung der Tatausführung vom ursprünglichen Plan letztlich „unerheblich“<sup>21</sup> sei. A habe seine zwischenzeitlichen Bedenken gegen das Zustecken durch B zurückgestellt. Durch die Mitwirkung am Wegschleifen

<sup>13</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 5), § 20 Rn. 129; *Rengier*, Strafrecht BT I, 10. Aufl. 2008, § 7 Rn. 44 ff. (speziell zum Raub).

<sup>14</sup> Z. B. BGH NStZ 1996, 227.

<sup>15</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *Kühl* (Fn. 5), § 20 Rn. 129; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2004, § 12 Rn. 88.

<sup>16</sup> Mit der Annahme eines Plus-Minus-Verhältnisses wird das Vorliegen eines Tatumstandsirrtums wegen einer wesentlichen Abweichung verneint; vgl. *Walter*, NStZ 2008, 548, 550.

<sup>17</sup> BGH NStZ 2008, 280, 281.

<sup>18</sup> BGH NStZ 2008, 280, 281.

<sup>19</sup> Damit sind so genannte Zustandsdelikte (dazu *Wessels/Beulke*, Fn. 10, Rn. 33), wie z. B. Körperverletzung, gemeint; vgl. BGH bei Dallinger MDR 1969, 533, sowie *Walter* NStZ 2008, 548, 551.

<sup>20</sup> BGH NStZ 2008, 280, 281.

<sup>21</sup> BGH NStZ 2008, 280, 281.

des Opfers sowie an der Entwendung des Schlüssels und des Fahrzeugs habe sich „sein Vorsatz sukzessiv auf die zum Tod führende Gewalthandlung des Mittäters erstreckt“<sup>22</sup>.

Abschließend heißt es noch knapp, dass A hinsichtlich des Todeseintritts auch leichtfertig gem. § 251 StGB gehandelt habe, weil er die Tathandlung des B gebilligt und beim Verstecken des Opfers mitgeholfen habe. Dies bedürfe wegen der Art des Messereinsatzes durch B „keiner näheren Ausführung“<sup>23</sup>.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wenn der Entscheidungsinhalt auch enttäuscht, so verdient der Fall doch im Ausbildungszusammenhang Beachtung. Er ist examensrelevant, weil der Sachverhalt Grundfragen der Beteiligungslehre aufwirft. Zu klären ist, welche Mindestanforderungen an eine Beihilfehandlung zu stellen sind und wie im Bereich der Mittäterschaft Abweichungen und Formen nachträglichen Zusammenwirkens strafrechtlich zu erfassen sind.

Bestätigt wird unsere Einschätzung durch zwei umfangreiche Entscheidungsbesprechungen, die teilweise auch didaktisch ausgerichtet sind.<sup>24</sup>

Die angesprochenen beiden Themenfelder sind recht groß. Empfohlen sei, sich jedenfalls mit der Hilfe zusammenfassender Darstellungen zu informieren.<sup>25</sup>

Wir müssen es dabei belassen, dass wir im Zusammenhang mit der sukzessiven Mittäterschaft auf ein Problem aufmerksam machen, das im vorliegenden Fall zwar keine Rolle spielt, aber in

der Ausbildungsliteratur häufig eine zentrale Stelle einnimmt. Es geht um die Frage, ob eine bereits vollendete Tat demjenigen zugerechnet werden kann, der **erst in der anschließenden Phase der Beendigung mitwirkt**, also dann, wenn das Tatgeschehen, insbesondere durch Sicherung des Erfolges, erst tatsächlich zum Abschluss gelangt.<sup>26</sup> Angesprochen sind damit Tatbestände mit vorverlagelter Tatvollendung, wie z. B. der Diebstahl.<sup>27</sup> Die Fragwürdigkeit einer Zurechnung durch „Rückrechnung“ tritt hier besonders deutlich zutage.

Die Rechtsprechung hat keine Bedenken, auch nach vollständiger Erfüllung des Tatbestandes eine mittäter-schaftliche Zurechnung zu ermöglichen, sofern der Hinzutretende in der Beendigungsphase noch Wesentliches zu einem erfolgreichen Abschluss der Tat beiträgt, etwa beim Diebstahl nach vollendeter Wegnahme durch Mithilfe bei der Beutesicherung.<sup>28</sup>

Die ganz überwiegende Ansicht in der Literatur spricht sich dagegen aus.<sup>29</sup> Sie rügt eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 StGB. Da die Beendigungsphase kein Bestandteil des Tatbestandes sei, werde die Strafbarkeit über gesetzliche Grenzen hinaus ausgedehnt. Die Mittäterschaft verliere ihren Tatbestandsbezug.

#### 5. Kritik

Mangels Begründung ist nicht nachzuvollziehen, worauf der BGH die Annahme stützt, dass A sich der Beihilfe zum Mord schuldig gemacht habe.

<sup>22</sup> BGH NStZ 2008, 280, 281.

<sup>23</sup> BGH NStZ 2008, 280, 281.

<sup>24</sup> *Murmann*, ZJS 2008, 465 ff. (abrufbar unter [www.zjs-online.com](http://www.zjs-online.com)); *Walter*, NStZ 2008, 548 ff.

<sup>25</sup> Vorschläge: *Hillenkamp* (Fn. 4), S. 153 ff. (zu den Anforderungen an die Hilfeleistung bei § 27 StGB); *Murmann*, ZJS 2008, 465 ff. (zur sukzessiven Beteiligung).

<sup>26</sup> Vgl. zum Begriff der Beendigung *Wessels/Beulke* (Fn. 10), Rn. 591 ff.

<sup>27</sup> Etwas anderes gilt für Dauerdelikte, wie z. B. Freiheitsberaubung, bei denen anerkanntermaßen sukzessive Mittäterschaft auch in der Phase der Beendigung möglich ist; vgl. *Kühl* (Fn. 5), § 20 Rn. 126.

<sup>28</sup> Z. B. BGH NStZ 2003, 85.

<sup>29</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 5), § 120 Rn. 127 f.; *Heinrich*, Strafrecht AT II, 2005, Rn. 1237.

Die Ausführungen des BGH zur Strafbarkeit des A wegen mittäterschaftlich begangenen Raubes mit Todesfolge sind eher von Nachteil für die extensive Handhabung der Figur der sukzessiven Mittäterschaft durch die Rechtsprechung. Wie bedenklich diese Position ist, tritt offen zutage, wenn davon die Rede ist, dass sich auf Grund der nachträglichen Mitwirkung des A dessen Vorsatz auf die tödlichen Stiche durch B „erstreckt“<sup>30</sup> habe. Die Formulierung macht deutlich, dass der mittäterschaftlichen Zurechnung kein tatsächlich vorhandener, sondern ein konstruierter Vorsatz zugrunde liegt.

Es verdient jedoch Beachtung, dass Gegenstand der Entscheidung **kein Normalfall der sukzessiven Mittäterschaft** ist. Dieser besteht darin, dass sich eine zuvor nicht beteiligte Person einem Alleintäter anschließt. Hier war der sukzessiven Mittäterschaft aber schon ein Teilstück an Mittäterschaft vorangegangen. A war sich zunächst mit B darin einig, dass und wie die Tat begangen werden sollte, und er erbrachte auch bereits seinen Tatbeitrag. Zudem führte B keine völlig andersartige Lage herbei, als er vom Tatplan abwich.<sup>31</sup>

Diese Besonderheit des Falles lässt es nicht völlig abwegig erscheinen, dass A für die Erschwerung der Tatumstände durch B mithaftet soll. Der Gedanke einer Haftungsverschärfung für Personen, die sich gemeinsam zur Begehung einer Straftat entschlossen haben, kommt z. B. auch dadurch zum Ausdruck, dass das Gesetz erhöhte Anforderungen an einen strafbefreienden Rücktritt stellt (§§ 24 Abs. 2, 31 StGB). Da die Annahme einer mittäterschaftlichen Verwirklichung der taterschwerenden Umstände aber, wie gezeigt, durchgreifenden Einwänden ausgesetzt ist, kann dieser Gesichtspunkt nur im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden.

*(Prof. Dr. Klaus Marxen / Josua Rösing)*

<sup>30</sup> BGH NStZ 2008, 280, 281.

<sup>31</sup> Vgl. die Ausführungen unter 2. und in Fn. 16 zum Plus-Minus-Verhältnis.