

1. Sachverhalt¹

A und B sind alkoholisiert am Tatabend in der Stadt unterwegs. Nachdem sie bereits gegenüber einem anderen Passanten gewalttätig in Erscheinung getreten sind, wenden sie sich nunmehr dem bislang unbeteiligten C zu. A fordert diesen auf, mit ihm zu kämpfen und beginnt, auf ihn einzuschlagen. B, der sich an den Gewalttätigkeiten gegen C nicht beteiligt, versucht A zu beschwichtigen, den C in Ruhe zu lassen.

Im weiteren Verlauf wendet sich A dem unbeteiligten D zu und schlägt ihm unvermittelt heftig ins Gesicht. Der durch einen Schlaganfall gesundheitlich vorgeschädigte D geht sofort zu Boden und bleibt verteidigungsunfähig liegen. Daraufhin tritt A ihm mehrfach in den Bauch und gegen den Oberkörper.

Unvorhergesehen läuft nun B zu dem am Boden liegenden D und tritt ihm mit roher Gewalt von oben auf den Kopf. Unmittelbar danach flüchtet B, während A mit der Faust noch zwei- bis dreimal „in Richtung Gesicht, möglicherweise auch gegen den Körper“ des D schlägt. D erleidet potentiell lebensgefährliche Schädelverletzungen wodurch ein erhöhtes Risiko eines weiteren Schlaganfalls für ihn besteht.

Juli 2012

Der wankelmütige Mittäter

Sukzessive Mittäterschaft / Mittäterexzess

25 Abs. 2 StGB

Leitsatz der Bearbeiter:

1. Ein gemeinsamer Tatplan kann konkludent durch arbeitsteilige Tatausführung gefasst werden.
2. Für die Annahme der sukzessiven Mittäterschaft muss das Fördern der weiteren Tatausführung durch den Hinzutretenden von dessen Vorstellung getragen werden, dass der Taterfolg eintritt.
3. Eine außerplanmäßige Handlung eines Täters kann im Rahmen der Mittäterschaft einen Mittäterexzess darstellen.

BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 – 5 StR 360/11; veröffentlicht in NSTZ 2012, 207

Das Landgericht verurteilt B wegen gefährlicher sowie schwerer Körperverletzung. Von einer Verurteilung wegen versuchten Totschlags sieht es mangels Einsichtsfähigkeit ab und hält eine kurzzeitige, tiefgreifende Bewusstseinstörung des B für gegeben. A wird wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit schwerer und gefährlicher Körperverletzung verurteilt. A legt Revision zum BGH ein. Zu Ungunsten des B legt auch die Staatsanwaltschaft Revision zum BGH ein. Der Sachverhalt bleibt insgesamt jedoch aufklärungsbedürftig.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Kernproblematik des Urteils besteht in der Anwendung der Rechtsinstitute sukzessive Mittäterschaft und Mittäterexzess.

Mittäterschaft ist die gemeinschaftliche Begehung einer Tat. Sie setzt ei-

¹ Wir haben den Sachverhalt der Entscheidung gekürzt und leicht verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

nen gemeinsamen Tatplan und eine gemeinsame Durchführung voraus. § 25 Abs. 2 StGB² fungiert insofern auch als Zurechnungsnorm. Das Institut der Mittäterschaft regelt, dass Tat handlungen wechselseitig zugerechnet werden, sofern keine speziellen Tätermerkmale verwirklicht werden müssen. Das Wesen der Mittäterschaft ist es, durch funktionales arbeitsteiliges Handeln den größtmöglichen Taterfolg zu erzielen.³

Wesentliches subjektives Erfordernis der Mittäterschaft ist der gemeinsame Tatplan. Dieser bestimmt auch die Grenze der Zurechenbarkeit.⁴ Der BGH führt hinsichtlich des **Tatplans** aus es sei notwendig für die Mittäterschaft, „dass [...] alle im bewussten und gewollten Zusammenwirken handeln“, ausdrücklich oder konkludent.⁵ In jedem Fall muss ein irgendwie gearteter Kommunikationsvorgang zwischen den Beteiligten bestehen.

Keinen Tatplan hingegen verlangt *Jakobs*, der einen Einpassungsbeschluss genügen lässt.⁶ Durch einen solchen verbindet der nicht unmittelbar ausführende, aber gestaltend mitwirkende Beteiligte seinen Beitrag mit dem Tun des Ausführenden. Im Endeffekt wird man verneinen müssen, dass die bloße Einpassung einer Handlung in eine Tat ausreichend für die Annahme eine Mittäterschaft ist, da gerade die beidseitig bewusste Arbeitsteilung das Kernstück der Mittäterschaft darstellt.⁷ Das erforderliche Einvernehmen zwischen den Beteiligten kann sowohl vor als auch

noch während der Ausführung der Tat begründet werden, wobei man dann von sukzessiver Mittäterschaft spricht.⁸

Generell anerkannt ist die Möglichkeit der **sukzessiven Mittäterschaft**, wenn jemand in eine begonnene Ausführungshandlung als Mittäter eintritt.⁹ Sukzessiver Mittäter ist beispielsweise jemand, der bei einem Diebstahl nach der Entwendung eines Teils der Beute bei der Wegnahme des restlichen Diebesguts mitwirkt, sofern die nachträgliche Beteiligung im Einverständnis aller anderen Mittäter erfolgt. Voraussetzung für die Annahme einer sukzessiven Mittäterschaft ist, dass sich der Handelnde dem Täter durch Förderung der Tat im Sinne eines für die Tatbestandsverwirklichung ursächlichen Beitrags anschließt.¹⁰

Verdeutlicht sei dies an einem kürzlich vom BGH entschiedenen Fall:¹¹ X und Z machen beide amouröse Avancen gegenüber einer Dritten. Das Verhalten von Z gefällt dem ebenfalls anwesenden Y überhaupt nicht, der daraufhin beginnt auf diesen einzuschlagen. Nach einigen Schlägen beteiligt sich X an den Körperverletzungshandlungen gegenüber Z. Dieser verstirbt an den Folgen der Verletzungshandlungen. Generell müssen beide Täter sich auf Grund der mittäterschaftlichen, iterativen Begehungsweise die Tatbeiträge des anderen zurechnen lassen. Es konnte jedoch nicht festgestellt werden, welche Handlung den Tod herbeigeführt hat. Daher ist der BGH in dubio pro reo davon ausgegangen, dass bereits vor Hinzutreten des X der Z die todesursächliche Handlung ausgeführt haben könnte. X musste sich infolgedessen zwar die Körperverletzungshandlungen des Z zurechnen lassen, jedoch nicht den Eintritt der

² Alle folgenden §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

³ *Joecks*, Studienkommentar, 9. Aufl. 2010, § 25 Rn. 67; *Schünemann*, in Leipziger Kommentar (LK), 12. Aufl. 2006, § 25 Rn. 155.

⁴ *Joecks*, in Münchener Kommentar (MüKo), Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 233.

⁵ BGHSt 37, 292.

⁶ *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, 21/43.

⁷ *Hoyer*, in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), Stand 2012, § 25 Rn. 127.

⁸ BGH NSTe, § 25 Nr. 4; *Joecks*, in MüKo (Fn. 7), § 25 Rn. 230.

⁹ BGHSt 2, 345; BGH GA 1986, 229; *Schünemann*, in LK (Fn. 3), § 25 Rn. 197.

¹⁰ *Heine*, in Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 25 Rn. 91.

¹¹ BGH NSTz 2009, 631.

schweren Folge. Er konnte lediglich wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt werden.

Eine Mittäterschaft ist abzulehnen, wenn das Tun des später Eintretenden auf den weiteren Geschehensverlauf ohne Einfluss bleibt. So verhält es sich in dem folgenden Fall:¹² X und Y geraten nach einem Überfall auf Z mit diesem in eine tätliche Auseinandersetzung. Y will den Z als einzigen Zeugen der Tat beseitigen. Er sticht aus diesem Grund mit einem Messer in dessen Rumpf, wobei dieser Stich nicht tödlich ist. Im weiteren Verlauf wird sechsmal auf Z eingestochen und er verstirbt. Wer dem Z die tödliche Verletzung beigebracht hat, lässt sich im Nachhinein nicht mehr feststellen. X billigt Ys Verhalten, spätestens als Z bereits tödlich verletzt am Boden liegt. Er ist gleichzeitig mit der Tötung einverstanden und schneidet Z noch zweimal mit dem Messer in den Hals. Zu X Gunsten ist jedoch davon auszugehen, dass Y den tödlichen Stich ausgeführt hat und die durch ihn ausgeführten Schnitte den Eintritt des Todes auch nicht beschleunigten. Somit konnte X keinen für die Tötung ursächlichen Tatbeitrag leisten und eine mittäterschaftliche Mitwirkung kommt nicht in Betracht.

Ein weiteres Problem, welches das Urteil aufwirft, ist der **Exzess eines Mittäters**. Dieses Rechtsinstitut wird nicht kontrovers diskutiert. Einem Mittäter sind generell nur diejenigen Tatbeiträge Anderer zuzurechnen, welche sich im zumindest grob umrissenen Rahmen eines gemeinsamen Tatplans bewegen.¹³ Dabei ist zu beachten, dass der Einzelne nur bis zur Grenze seines Vorsatzes haftet.¹⁴ Verwirklicht also ein Mittäter Qualifikationsmerkmale oder Straftaten, die vom Vorsatz des anderen abweichen, scheidet eine Zurechnung über § 25 Abs. 2 aus. Ein Mittäter kann aufgrund zusätzlich begangener

Straftaten oder Qualifikationen nur dann bestraft werden, wenn er mit der Begehung dieser wenigstens gerechnet und sie in Kauf genommen hat. Anders verhält es sich, wenn ein Mittäter sich aus Gleichgültigkeit auch ohne konkretisierende Vorstellung von vornherein mit allem ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden erklärt oder an der Vollendung nicht im Tatplan enthaltener Taten vorsätzlich mitgewirkt hat.¹⁵ In diesem Falle ist eine mittäterschaftliche Strafbarkeit nicht ausgeschlossen.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Ingesamt rügt der BGH in seinem Urteil Unklarheiten hinsichtlich des Zurechnungsmaßstabes. Er stimmt dem Landgericht darin zu, dass der gemeinsame Tatplan auch konkludent durch arbeitsteilige Tatausführung gefasst werden kann. Jedoch weist er darauf hin, dass die Feststellung, B habe D völlig unvorhergesehen auf den Kopf getreten, vom Landgericht nicht berücksichtigt wurde. Nach Ansicht des BGH kommt im Hinblick auf dieses Geschehen unter Umständen ein Mittäterexzess in Betracht.

Als fragwürdig erweisen sich nach Auffassung des BGH die Anknüpfungstatsachen des Landgerichts bezüglich des mittäterschaftlichen Totschlagsversuchs. Es ergeben sich auch aus dem Zusammenhang der bezüglich des Zurechnungsmaßstabes widersprüchlichen Urteilsgründe keine tragfähigen Anknüpfungspunkte. Dabei ist die Angabe des Maßstabes, an welchem das Landgericht die Bewertung des Tatgeschehens als mittäterschaftlich begangenen Totschlagversuch misst, unentbehrlich.

Abschließend sieht der BGH für die Annahme eines sukzessiv gefassten Tatplans die nachträgliche Billigung einer Handlung als nicht ausreichend an. Offen bleibt, ob A seine an den Fußtritt von B anschließenden Gewaltanwendungen möglicherweise als todesför-

¹² BGH NSTz 1998, 565.

¹³ BGHSt 36, 231; BGH, GA 1986, 450.

¹⁴ Joecks, in Studienkommentar (Fn. 3), § 25 Rn. 73.

¹⁵ Joecks, in MüKo (Fn. 4), § 25 Rn. 236; Schönemann, in LK (Fn. 3), § 25 Rn. 176.

dernd oder todesbeschleunigend erfasst hat. Dabei wird ebenfalls nicht eingehend vom Landgericht erörtert, in welchem Zustand sich A befand, nachdem B den Tritt ausgeführt hatte und A anschließend wieder hinzutrat. Zudem erscheint die Ablehnung des Tötungsvorsatzes bei B rechtlich bedenklich. Dies wurde vom Landgericht zwar mit der Annahme einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung gerechtfertigt, jedoch erscheint diese Begründung dem BGH lückenhaft und widersprüchlich.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Auch wenn der vorliegende Sachverhalt aufklärungsbedürftig ist, sind für die Studierenden wichtige Erkenntnisse aus dem Urteil ableitbar. Die Aktualität der Thematik bedeutet eine besondere Examensrelevanz. Denn in jüngster Zeit haben deutschlandweit eine Reihe von gewalttätigen Übergriffen von aggressiven und alkoholisierten Jugendlichen gegenüber unbeteiligten Passanten für Aufsehen gesorgt.¹⁶ Zudem besitzen Täterschaft und Teilnahme in der juristischen Ausbildung eine immer währende Aktualität. Als Spezialproblem stellt sich dabei die sukzessive Mittäterschaft dar. Für die Behandlung dieses problembehafteten Rechtsinstituts gilt es, einigen Kerngedanken des deutschen Strafrechts in besonderem Maße Beachtung zu schenken.

In einer Sachverhaltsbeurteilung ist der Zeitpunkt, in welchem der Vorsatz gefasst wird, entscheidend. Nach dem Simultaneitätsprinzip muss dieser zum Zeitpunkt der Tat vorliegen. Ein nachträglich gefasster **dolus subsequens** reicht insofern nicht aus.¹⁷ Lässt sich der Zeitpunkt des Vorsatzes nicht eindeutig feststellen, muss nach dem

Grundsatz „**in dubio pro reo**“ davon ausgegangen werden, dass dieser zum Zeitpunkt der Tat (noch) nicht vorlag. Aus dem Grundsatz folgt, dass das Gericht seine Verurteilung nur auf Tatsachen stützen darf, die nachgewiesen sind.¹⁸

Der Klassiker unter den Meinungsstreitigkeiten über die Anwendung von sukzessiver Mittäterschaft zwischen Vollendung oder Beendigung spielt ausschließlich bei Delikten mit überschießender Innentendenz eine Rolle. Bei den hier einschlägigen Körperverletzungs- und Tötungsdelikten ist dieser nicht relevant, da Vollendung und Beendigung der Tat zusammenfallen. Dennoch soll an dieser Stelle aufgrund der hohen Examensrelevanz dieser wichtige Streitstand kurz erläutert werden.

Generell sind zeitliche Grenzen und Zurechenbarkeit der sukzessiven Mittäterschaft umstritten.¹⁹ Erforderlich für die sukzessive Mittäterschaft ist – wie oben unter 2. erwähnt – ein nachträgliches gegenseitiges Einverständnis sowie Kenntnis und Billigung des bisher Geschehenen.²⁰ Wenn dies vorliegt, wird dem Eintretenden nach Meinung des BGH das bisher Geschehene, sofern es sich dabei nicht um bereits abgeschlossene Tatteile handelt, gem. § 25 Abs. 2 stets zugerechnet. Er ist der Ansicht, dass sukzessive Mittäterschaft auch zwischen Vollendung und Beendigung einer Tat noch möglich ist und geht damit von einem extensiven Begriff der Mittäterschaft aus.²¹ Ein Großteil der Literatur verfolgt hingegen einen restriktiven Mittäterschaftsbegriff;

¹⁶ *Eppelsheim*, Wer gegen den Kopf tritt, will töten, FAZ - Online vom 06.10.2009, <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/jugendliche-gewalt-gegen-den-kopf-tritt-will-toeten-1624226.html>.

¹⁷ *Vogel*, in LK (Fn. 3), § 15 Rn. 52.

¹⁸ *Danecker*, in LK (Fn. 3), Anh. § 1 Rn. 1.

¹⁹ Beispiel: X entwendet in der Fabrikanlage des O schwere Metallteile und versteckt sie in einem Gebüsch unmittelbar neben der Fabrik. Y billigt die Tat des X und unterstützt diesen gegen Zuspruch eines Anteils an der Beute beim Wegschaffen der Teile.

²⁰ *Joecks*, in MüKo (Fn. 4), § 25 Rn. 216.

²¹ BGH NStZ 2000, 594; *Fischer*, StGB Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 25 Rn. 21.

hiernach soll sukzessive Mittäterschaft nur bis zur tatbestandlichen Vollendung des jeweiligen Delikts möglich sein.²²

Erwähnenswert für die sachgerechte Erfassung der Thematik ist, dass sich Probleme ergeben können, wenn die Tat im Versuchsstadium stecken geblieben ist. Dabei ist es umstritten, ab welchem Zeitpunkt die Tatbeiträge der Mitäter als gemeinsam erbracht angesehen werden. Nach der **Gesamtlösung** beginnt der Versuch der mittäterschaftlichen Tat dann, wenn ein Mitäter das Versuchsstadium erreicht hat.²³ Die **Einzellösung** stellt demgegenüber auf den Tatbeitrag des Einzelnen ab.²⁴

5. Kritik

Wir empfinden es als erfreulich, dass der BGH im Ausgangsfall mit der ungenauen Annahme der sukzessiven Mittäterschaft des Landgerichts nicht übereinstimmt und den Fall zurück verweist. Denn die Annahme einer sukzessiven Mittäterschaft würde zu einem paradoxen Ergebnis führen: Wäre der Erfolg des Todes bei D eingetreten, könnte dies dem A nicht über § 25 Abs. 2 zugerechnet werden. Die Tat wäre bereits beendet und eine Zurechnung der Beiträge, wie oben bereits dargestellt, somit nicht möglich. Da jedoch der Tritt lediglich zum Versuch des Totschlags führte, ist eine Zurechnung über § 25 Abs. 2 möglich. Generell lässt sich auch im vorliegenden Fall die Tendenz des BGH erkennen, die Mittäterschaft extensiv auszulegen.²⁵

Anstelle der sukzessiven Mittäterschaft empfiehlt der BGH eine erneute Sachverhaltsüberprüfung dahingehend, ob ein Mittäterexzess vorliegt. Für uns ist nicht ersichtlich, inwiefern in der vorliegenden Konstellation zum Zeit-

punkt des Fußtritts durch B überhaupt noch von einer Mittäterschaft ausgegangen werden kann. Wie oben ausgeführt, setzt die Mittäterschaft einen gemeinsamen Tatplan voraus. Laut Sachverhalt wirkt B auf A beschwichtigend ein und hält ihn davon ab, weitere Gewalttaten gegen C zu begehen. Daher erscheint es uns inkonsequent nach diesem Vorfall weiterhin von dem Bestehen eines gemeinsamen Tatplans auszugehen.

Eine Mittäterschaft durch die erneute Fassung eines gemeinsamen Tatplans wäre nur dann denkbar, wenn es zwischen A und B wiederum zu einem verbalen oder physischen Kommunikationsvorgang gekommen wäre. Umgekehrt wäre eine mittäterschaftliche Beteiligung abzulehnen, wenn A die Tat des B nicht wahrgenommen hätte und keine vorherige Verabredung stattfand. Hätten sich A und B geeinigt, D gemeinschaftlich zu verprügeln sowie ihm mit (bedingtem) Tötungsvorsatz auf den Kopf zu treten, wäre eine Mittäterschaft hinsichtlich eines versuchten Totschlags gegeben. Anders liegt der Fall jedoch, wenn bei A kein bedingter Tötungsvorsatz vorläge. Dann wäre die Tathandlung durch B ein, wie vom BGH angedachter, dem A nicht zurechenbarer Mittäterexzess. Eine sukzessive Mittäterschaft zum versuchten Totschlag, welche das Landgericht in seiner ursprünglichen Entscheidung angenommen hat, könnte allenfalls auf der Grundlage anzunehmen sein, dass A sich seine Handlungen als todesfördernd vorgestellt hat. Darüber hinaus wäre in diesem Falle jedoch zu beachten, dass A mit dem Ablassen von D von dem versuchten Totschlag zurückgetreten sein könnte.

Nimmt das Landgericht nach erneuter Überprüfung des Sachverhalts eine Mittäterschaft an, würde dies nicht zu demselben Paradoxon führen wie die bisherige Annahme einer sukzessiven Mittäterschaft des A; eine Zurechnung des Totschlagsversuchs hinge wie bei einer Beendigung von der vorherigen

²² *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2. Aufl., 2009, Rn. 1237; *Schünemann*, in LK (Fn. 3), § 25 Rn. 197.

²³ *Joecks*, in MüKo (Fn. 4), § 25 Rn. 260.

²⁴ *Hillenkamp*, in LK (Fn. 3), § 22 Rn. 171.

²⁵ Siehe schon *Marxen/Rösing*, in FAMOS 12/08; BGH NSTZ 2008, 280.

Billigung der Handlung des B durch A ab. Der gemeinsame Tatplan müsste dann noch bestanden haben. Wie oben bereits erwähnt, führt der BGH zum Tatplan aus, dass ein "bewusstes und gewolltes Zusammenwirken" erforderlich ist. Ob und wie sich ein derartiges Zusammenwirken nach dem Beschwichtigungsversuch des B noch annehmen lässt, erscheint höchst fraglich.

(Bosse Kühn / Leonie Lockau)