

1725 BP 315

Greifswalder Universitätsreden

14

Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe

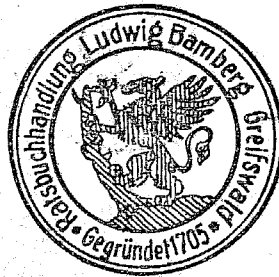
Rede

gehalten bei der Übernahme des Rektorats
am 15. Mai 1925

von

Professor

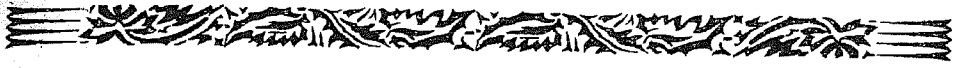
Dr. jur. P. Merkel



1925

Verlag Ratsbuchhandlung L. Bamberg
Greifswald

B 9304



Die Theoretiker unter den Kriminalisten beschäftigen sich vorzugsweise mit dem allgemeinen Teil des Strafrechts. Einige Streitfragen haben eine gewisse Berühmtheit erlangt; sie sind hauptsächlich auf den Umstand zurückzuführen, daß das zur Zeit noch geltende Strafgesetzbuch einige Lücken aufweist, die von der Rechtsprechung der Gerichte im Verein mit den Kriminalisten ausgefüllt werden müssen, um den täglich vorkommenden Fällen gerecht werden zu können. Als Beispiel führe ich den Rechtsirrtum an, der aus Anlaß des Beleidigungsprozesses gegen einen Zeitungsschreiber eine bedeutende Rolle auch außerhalb des Kreises der Berufsjuristen gespielt hat. Der Angeklagte hatte dem vorstorbenen Reichspräsidenten Landesverrat durch Beteiligung beim Munitionsarbeiterstreik vorgeworfen. Die Frage, ob die Motive des damaligen Arbeiter- und Parteiführers sein Vorgehen bei diesem Streik entschuldigen und ihn infolgedessen von dem Vorwurf befreien, ist im geltenden Recht nicht geregelt und wird daher recht verschieden beantwortet.

Als eine weitere hierhin gehörende Streitfrage wird auch die Abgrenzung von Mittäterschaft und Teilnahme, insbesondere von der Beihilfe, angesehen. Je länger ich mich beruflich damit beschäftigt habe, desto sicherer hat sich in mir die Überzeugung gefestigt, daß auf diesem Gebiet ein Anlaß zu Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten nicht aus dem Grunde bestehen kann, weil hier eine Lücke im Gesetz vorhanden wäre. Das Strafgesetzbuch sagt deutlich, daß Mittäter ist, wer gemeinschaftlich mit einem anderen eine strafbare Handlung ausführt, Gehülfe dagegen, wer dem Täter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder Tat wissentlich Hülfe leistet.

Aus diesen Gesetzesbestimmungen ergibt sich: wer die Straftat nicht ausführt, kann nicht Mittäter sein, selbst wenn er sich an der Tat in bewußter und gewollter Gemeinschaft mit anderen beteiligt. Man nehme folgenden Fall¹⁾: Zwei Leute verabreden einen Einbruchsdiebstahl. Der eine steht verabredermaßen Wache und schafft später das gestohlene Gut fort, der andere steigt ein und stiehlt zusammen, was ihm mitnehmerswert erscheint. Rechtzeitig von dem Genossen gewarnt, gelingt es ihm mit der gestohlenen Beute das Haus zu verlassen. Zuzugeben ist, daß den beiden Beteiligten bewußt war, daß sie gemeinschaftlich handelten. Aber nur der eine hat den Diebstahl ausgeführt, der andere hat seinem Genossen nur mit Rat und Tat Hülfe geleistet. Sein Wille, den Diebstahl gemeinschaftlich zu begehen, schließt nun den Willen zur Hülfeleistung bei der Tat in sich. Insoweit decken sich daher objektive Beteiligung und subjektive Auffassung von der Form der Beteiligung. Das Gericht darf also den Aufpasser nicht als Mittäter, kann ihn aber als Gehülfen bestrafen. Der Täter kann mit Zuchthaus von einem Jahr bis zu 10 Jahren, der Gehülfe mit Zuchthaus von einem Jahr bis zu 9 Jahren 11 Monaten bestraft werden. Nichts hindert das Gericht, den Gehülfen ebenso hoch zu strafen, wie den Täter, wenn es nur vermeidet, dem Gehülfen den Höchstbetrag der dem Täter angedrohten Strafe aufzuerlegen. Es kann sogar den Täter mit 2 Jahren, den Gehülfen dagegen mit 5 Jahren Zuchthaus bestrafen, wenn es beim Gehülfen eine Reihe straferschwerender Umstände annimmt, die beim Täter nicht vorliegen.

1) Der Fall ist vom III. Strafsenat des Reichsgerichts am 12. 5. 80 entschieden (Entsch. Bd. 2, 161 ff.). Das Reichsgericht greift zur Rechtfertigung seiner Ansicht, daß der Wachestehende Mittäter sei, auf die Motive zurück, die zwar das subjektive Moment in den Vordergrund stellen, aber das objektive Moment der gemeinschaftlichen Ausführung durchaus nicht so unbeachtet lassen, wie das Reichsgericht meint.

Entgegen diesem nach meiner Überzeugung dem Gesetz allein entsprechenden und meinem Rechtsgefühl in keiner Weise widerstreitenden Ergebnis hat das Reichsgericht beide Diebesgenossen als Mittäter angesehen. Es legt nur auf die Willensrichtung der Beteiligten entscheidendes Gewicht; wer zur Tat mit dem Vorsatz gemeinschaftlicher Ausführung mitwirkt, soll Mittäter sein, Gehülfe dagegen, wer sich an der Tat mit dem Vorsatz beteiligt, sie als fremde Tat zu fördern.

In diesem eben mitgeteilten Falle hatte der Gehülfe wenigstens im Augenblick der Tat mitgewirkt. Nicht einmal an diesem Erfordernis glaubt der höchste Gerichtshof festhalten zu müssen. Mehrere Leute hatten sich zu dem Zweck verabredet, dadurch von reichen Leuten Geld zu erpressen, daß sie ihnen Veröffentlichung ehrenrühriger Tatsachen androhten. Die Tätigkeit eines Mitangeklagten beschränkte sich auf die Sammlung von Material und die Abfassung der Artikel, deren Veröffentlichung hernach durch die anderen Beteiligten den Opfern der Erpressung angedroht worden ist. Er ist als Mittäter angesehen worden, trotzdem er die Ausführung der Erpressung nur vorbereitet hat und zur Zeit der Ausführung nicht einmal anwesend war²⁾.

Solche und ähnliche Entscheidungen muß ich als gesetzwidrig bezeichnen. Sie vernachlässigen völlig, ja bewußt die objektive Seite der Beteiligung an der Tat und legen ausschließlich Gewicht darauf, ob der Beteiligte die Tat als eigene oder als fremde gewollt hat. In dieser Auf-

2) Vgl. RG. II 16. 10. 83 Bd. 9, S. 76 ff. Die im Schrifttum verbreitete Auffassung, das RG. verlange wenigstens Mitwirkung im Augenblick der Ausführung, ist also nicht richtig. Vgl. neuerdings RG. I 14. 11. 24 Bd. 58, S. 409. Dort beruft sich das RG. für seine Ansicht, daß die Mitwirkung bei der Vorbereitung genüge, auf die Entsch. in Bd. 54, S. 152 (153) und Bd. 56, S. 329 (330). Vgl. auch RG. IV 14. 11. 22 E. Bd. 57, 145.

fassung befangen sieht das Reichsgericht einen Beteiligten, der die ganze Tat für einen anderen begangen hat, lediglich deshalb, weil er sie im fremden Interesse verübt hat, nicht als Täter an, sondern als Gehülfen. Der Fall lag folgendermaßen³⁾: Jemand hatte seinen Hund mit dem eines anderen vertauscht; hinterher glaubte er sich bei dem Tausch überverteilt. Mit einem Freunde begab er sich in das Dorf, wo der Hund an der Kette gehalten wurde, und wartete im Dorfkrug. Der Freund stieg über die Mauer, löste den Hund von der Kette, hob ihn über die Mauer und ging mit ihm zum Dorfkrug, wo der Knecht den Hund an sich lockte und mitnahm. Hier ist es offensichtlich, daß der Freund die Wegnahme allein ausgeführt hat. Das Gesetz verlangt aber zum Diebstahl, daß die Wegnahme der fremden Sache in der Absicht erfolgen müsse, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen. Da der Freund an der Wegnahme kein eigenes Interesse gehabt habe, habe ihm die vom Gesetz geforderte Absicht gefehlt. Er sei daher nicht Täter, sondern Gehülfe des Diebstahls. Das Reichsgericht geht hier zu weit. Man kann auch einen Diebstahl in fremdem Interesse begehen; freilich muß man die Absicht haben, zunächst sich die Sache zuzueignen; wenn der Täter auch alsbald zugunsten eines anderen darüber verfügen will, so will er doch zunächst über die Sache so verfügen, als wenn sie ihm selber gehörte, und das deckt sich mit der Absicht, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen. Daher ist auch der Sohn eines Hauseigentümers mit Recht als Täter eines Diebstahls verurteilt worden, der den Wassermesser mit einem eingesetzten Rohrstück ausgeschaltet und dadurch ermöglicht hatte, daß die Hausbewohner das Wasser, ohne daß es den Messer durchflossen hatte, entnehmen konnten⁴⁾. Da dieser Fall gerade so gelagert ist, wie der vorhergehend mitgeteilte — Verübung eines Diebstahls in fremdem Interesse — so

3) RG. II 10. 6. 84 Rspr. Bd. 6, S. 416 f.

4) RG. II 26. 9. 13 E. Bd. 47, S. 324 f.

muß ein Widerspruch in der Auffassung des Reichsgerichts festgestellt werden.

Denkbar ist es, daß jemand, der die Tat objektiv ausführt, wegen seiner unselbständigen, sich unterordnenden Willensrichtung nicht als Mittäter, sondern als Gehülfe angesehen werden muß. Man braucht bei dem Fall mit dem Hund nur zu unterstellen, daß der frühere Eigentümer nicht über die Mauer klettern kann und sich daher eines Freundes bedient, der den Weisungen des anderen folgt; daß er ferner vor der Mauer steht und den Hund lockt. Unter solchen Voraussetzungen erscheint es bedenkenfrei, den früheren Eigentümer als Täter und den Freund als Gehülfen anzusehen. Denn hier fehlte dem Freund in jedem Zeitpunkt der Tat die Absicht, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen, er hat also den zum Diebstahl erforderlichen Vorsatz nicht vollständig gehabt. Bei dem früheren Eigentümer lag aber der Diebstahlsvorsatz vollständig vor, nicht nur die Aneignungsabsicht, sondern auch das Bewußtsein, daß er die fremde Sache dem jetzigen Eigentümer durch seinen Freund wegnehmen läßt, der seinen Willen dem Willen des die Tat Veranlassenden hierin uneingeschränkt unterordnete. Ein solcher die Tätigkeit des Anderen völlig beherrschender Wille führt dazu, daß sie so angesehen wird, als habe sie der mittelbare Täter selbst begangen ⁵⁾.

5) Insoweit bekenne ich mich also zur Ansicht derer, welche die Konstruktion der mittelbaren Täterschaft mittels eines dolosen Werkzeuges für richtig halten. Vgl. Frank, Kommentar, Note III 2 zum 3. Abschnitt und für den bei Anm. 3 mitgeteilten Fall Note VII 2 aß zu § 242. Dort finden sich weitere Lit.-Angaben. Vgl. auch Schwartz, Komm., Note 2 b zu § 47 und Lobe, RG. Kommentar, Einleitung XII, 6 b, welche die Konstruktion billigen, und Gerland, Grundriß S. 95 Anm. 1, sowie van Calker, Strafr., S. 66, die sie ablehnen. Fehlt dem Mittler (so nennt Lobe a. a. O. zutreffend den unmittelbaren Täter) die vom Gesetz geforderte Absicht überhaupt (z. B. dem Münzfälscher die Absicht, das nachgemachte Geld als echtes zu verwenden, ein Beispiel von

Die bisherigen Erörterungen können in folgende Sätze zusammengefaßt werden: Täter ist, wer die Straftat allein ausführt, einerlei ob er damit — wie es die Regel ist — in eigenen Interesse handelt oder in fremdem Interesse. Mittäter ist, wer die Straftat zusammen mit anderen ausführt, also selbst einen Teil ihrer Tatumstände verwirklicht und dabei gemeinschaftlich mit einem oder mehreren Beteiligten handelt, sich also bewußt ist, daß auch sie Tatumstände der Straftat verwirklichen und seine eigene Mitwirkung kennen und benützen. Gehülfe ist, wer mit dem Bewußtsein, daß ein anderer oder andere die Straftat ausführen, diese Tat wissentlich fördert.

Wer die Tat nicht ausführt, sondern nur fördert, ist auch dann nicht Mittäter, wenn er im Bewußtsein gemeinschaftlicher Ausführung handelt. Fehlt umgekehrt dem die Tat Ausführenden das Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit, dann kann er nur als Gehülfe angesehen werden. Ein solcher Fall wird aber kaum jemals vorkommen. Wer sich z. B. an einer Körperverletzung beteiligt, um den Täter behülfflich zu sein, und hierbei selbst Prügel austeilt, will selbst körperlich mißhandeln, hat also Täterwillen, einerlei ob er dem Mittäter zuliebe oder aus eigenem Interesse handelt. Die Ausnahme, die ich vorhin beim Diebstahl machte, hat ihren Grund in der zu engen Begrenzung des Tatbestandes.

Die Bedeutung des Wortes „ausführen“ wird wohl am besten klar, wenn man das Tatvorbild des Täters mit den Bestimmungen des Strafgesetzes vergleicht. Paßt das, was der Täter mit Wissen und Willen begangen hat, restlos auf eine der Bestimmungen des Strafgesetzes, dann hat der Täter diesen Tatbestand verwirklicht. Ausführen

Frank), dann würde ich überhaupt nicht von einem dolosen Werkzeug sprechen, weil gerade die Absicht der Handlung die sonst vorhandene Harmlosigkeit nimmt und sie zur Straftat umformt. Gl. Ans. Perten, Beihülfe zum Verbr., S. 134 ff. mit guter Literaturübersicht in Anm. 242.

heißt also die Merkmale eines solchen Tatumstandes verwirklichen⁶⁾. Wer eine Tat vorbereitet, führt sie noch nicht aus, ebensowenig wer einen anderen zur Begehung einer Straftat bestimmt oder wer, ohne selbst Tatbestandsmerkmale zu verwirklichen, die Tat oder den Täter fördert. Solche Formen der Beteiligung an einer Straftat sind als Anstiftung oder Beihilfe besonders geregelt, Um bei der Beihilfe zu bleiben, so sei nur noch erwähnt, daß nach dem Gesetz sowohl der Täter wie auch der Gehülfe vorsätzlich gehandelt haben muß. Denkbar ist natürlich auch fahrlässige Hülfeleistung zu vorsätzlicher Tat, z. B. ein Parterrefenster ist versehentlich nicht geschlossen worden,

6) Wäre ich Anhänger der objektiven Theorien, so würde ich mich zur sogenannten formal-objektiven Theorie bekennen, nicht zu der materiell-objektiven. Beide Ausdrücke stammen von Birkmeyer, der sich zur materiell-objektiven Teilnahmetheorie rechnet, ihr sogar durch eine besondere Ursachentheorie eine selbständige Note verliehen hat. Meine Auffassung deckt sich in den hier entscheidenden Punkten mit der von Allfeld (Lehrbuch [8], S. 216 fg.) und v. Liszt (Lehrb. [23], S. 220). Der Ausführung legt auch M. E. Mayer (Lehrbuch, S. 400 ff.) entscheidendes Gewicht bei, glaubt aber mit ihr angesichts der unbestimmten Fassung vieler Tatbestände (töten, in Brand setzen) nicht auskommen zu können und ergänzt sie durch die Formulierung: der Täter greift das Rechtsgut an, der Gehülfe bereitet den Angriff vor oder sichert ihn (S. 403). Hierin kann ich ihm nicht folgen. Wer den Balken mit Spiritus begießt, greift freilich das Rechtsgut an (S. 352), führt aber die Brandstiftung noch nicht aus, das geschieht erst durch das Anzünden. Giftmischen ist eine Angriffshandlung, die Tötung wird aber erst durch das Einflößen des Giftes ausgeführt. Anhänger der Ansicht, die Ausführen nicht nur für den Versuch, sondern auch bei der Mittäterschaft mit der Verwirklichung der Tatumstände gleichsetzt, sind Finger, Lehrbuch d. Deutsch. Straff., S. 355. Wachenfeld z. B. in Kohlers Encyklopädie, Bd. 5, S. 28. Weitere Angaben bei Birkmeyer, Vgl. Darst. Allg. T. Bd. 2 S. 21, und Perten, Beihilfe zum Verbrechen, S. 8, Note 9. Auch Coenders, Z. Str.R. 46, S. 9 versteht unter Ausführung dasselbe, verwendet aber den Begriff nicht zur Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe.

ein Dieb benützt diesen Umstand. Denkbar ist auch vorsätzliche Beihilfe zu fahrlässiger Straftat, z. B. jemand vertauscht die Medizin mit einer Morphiumlösung. Die unachtsame Krankenschwester gibt dem Patienten das Gift. Beide Fälle sind gesetzlich nicht geregelt. Die Praxis läßt fahrlässige Beihilfe zu vorsätzlichem Tun straflos und bestraft den vorsätzlichen Helfer zu fahrlässigem Tun als mittelbaren Täter, ebenso auch den Helfer zu einer Tat, für die der Täter wegen Irrtums oder wegen Geisteskrankheit nicht verantwortlich gemacht werden kann, wenn der Helfer diese Umstände kennt⁷⁾. Der unmittelbare, aber nicht verantwortliche oder nicht vorsätzlich handelnde Täter wird als Werkzeug dessen angesehen, der durch ihn den Tatbestand der Straftat verwirklichen läßt. Die Handlungen des Werkzeuges werden dem mittelbaren Täter zugerechnet, als ob er selbst sie begangen hätte. Auch solche durch Benützung der Tätigkeit eines Werkzeuges herbeigeführte Straftaten sind als „ausgeführt“ anzusehen.

Nach dieser durch Erläuterung des Begriffes „ausführen“ veranlaßten Abschweifung komme ich wieder auf den Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe. Wie läßt es sich erklären, daß das Reichsgericht und mit ihm die Vertreter der subjektiven Anschauung so wenig Gewicht auf die Gesetzesworte legen und die objektive Seite der Beteiligung förmlich bewußt vernachlässigen? Das läßt sich darauf zurückführen, daß man seit über 100 Jahren die Art der Verursachung für die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme als maßgebend angesehen hat⁸⁾.

7) Davon wird weiter unten noch die Rede sein. Vgl. Anm. 20.

8) Als erster hat Feuerbach (Lehrbuch, 14. Aufl. §§ 44 ff.) den Unterschied auf die Verursachung gegründet. Täter ist nach ihm der physische Urheber, Anstifter der intellektuelle Urheber, Hauptgehilfe der indirekte mittelbare Urheber; sie alle setzen die Hauptursache, der einfache Gehülfe dagegen nur eine Nebenursache. Daß erst Feuerbach die Teilnahmelehre in wissenschaftliche

Noch schlimmer wurde die Verwirrung, als man dazu kam, die Handlung (Unterlassung) des Beteiligten auf ihre Ursachenqualität schlechthin zu prüfen. Je nach dem Standpunkt, den man zur Frage nach der Ursachenqualität einer menschlichen Handlung einnahm, mußte man zu einer verschiedenen Behandlung des Unterschiedes gelangen. Wer nur die Handlung des Täters, nicht aber die des Anstifters oder Gehülfen als Ursache ansieht, muß die Unterscheidung nach objektiven Gesichtspunkten vornehmen. Wer dagegen auf dem Standpunkt steht, daß eine menschliche Handlung, wenn sie auch nur eine untergeordnete Bedingung für den kriminellen Erfolg gewesen ist, als dessen Ursache zu gelten hat, der sieht sich außerstande, die Handlung des Gehülfen von der des Mittäters nach objektiven Gesichtspunkten zu trennen; er kommt daher zur Unterscheidung nach subjektiven Momenten, also danach, ob der Täter die Tat als eigene oder als fremde wollte⁹⁾. Daran ließe sich wenig aussetzen, wenn der Aus-

Form gebracht hat, wird auch von Birkmeyer a. a. O. S. 10 hervorgehoben; auch andere dort Anm. 1 angeführte Schriftsteller haben es bestätigt.

9) Notwendig ist diese Folgerung nicht. Manche leugnen für die Kausalität den Unterschied zwischen Ursache und Bedingung und halten trotzdem die Art der Verursachung für entscheidend. So z. B. Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, S. 263 ff. Nach ihm müssen der physische Urheber und der Hauptgehülfe im Sinne Feuerbachs als Täter (Mittäter) gelten, entsprechenden Vorsatz vorausgesetzt. Anders wieder Frank, Kommentar, Note H zum dritten Abschnitt. Wer die Ursache setzt, ist Täter, wer nur eine Bedingung setzt, Anstifter oder Gehülfe. Dabei betrachtet er als Ursache die unmittelbare Kausalität, als Bedingung die psychisch oder physisch vermittelte Kausalität. Vgl. Note III 2 a zu § 1. Ähnlich unterscheidet Gerland, Grundriß, S. 93 im Anschluß an Löning, dem sich wieder Wuttig, die fahrlässige Teilnahme, 1902, und Goetz, Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe, 1910, angeschlossen haben, zwischen Kollateral- und Deszendenzmitwirklichkeiten, ohne in den Fehler zu verfallen, die Kolla-

gangspunkt selbst richtig wäre. Zunächst muß ich es als irrig ansehen, in einem menschlichen Verhalten die Ursache sehen zu wollen. Ursache kann nur die Gesamtheit aller Bedingungen für einen Erfolg sein, man kann nicht eine der Bedingungen herausuchen und ihr allein Ursachenqualität zusprechen, während man die Ursächlichkeit der anderen Bedingungen leugnet. Ein Beispiel wird das klar machen: Hätte A den B nicht gestoßen, dann wäre B nicht ins Wasser gefallen. Wäre B nicht während des Sturzes auf einen Stein gestoßen, so wäre er nicht betäubt worden und wäre, da er des Schwimmens kundig war, nicht ertrunken. Ich stelle mich zunächst auf den bisher von der Wissenschaft eingenommenen Standpunkt und werfe die Frage auf: Was ist die Ursache für den Tod des B, der Stoß oder der unglückliche Sturz oder das Eindringen von Wasser in die Lunge? Man wird die Frage verschieden beantworten, je nachdem man dieses Ereignis als Kriminalist,

teralmitwirksamkeit als Ursache zu bezeichnen. Auch van Calker, Strafrecht, S. 60 geht von der Verursachung im Frank'schen Sinne aus, legt aber dann schließlich auf die Gesetzesworte entscheidendes Gewicht (S. 62), ohne den Begriff „ausführen“ näher zu bestimmen. Eine ganz vorzügliche Übersicht über den Stand der Ansichten liefert Perten in seiner grundlegenden Abhandlung über die Beihilfe zum Verbrechen. Breslau 1918. Er will ebenfalls die Art der Verursachung entscheidend sein lassen (de lege ferenda! Nur von diesem Standpunkt aus untersucht er den Unterschied.) Maßgebend erscheint ihm die größere oder geringere konkrete und generelle Gefährlichkeit der Handlung des Beteiligten, soweit sie vorsätzlich ist. Nach meiner Ansicht hat Perten das Problem nicht gefördert. Gerade in zweifelhaften Fällen (in den Grenzfällen) versagt die Theorie und man muß doch auf formelle Unterschiede zurückkommen. Seine Theorie wäre höchstens für Art und Maß der Strafbarkeit des Beteiligten von Wert, wenn die Gesetzgebung hierin zu wünschen übrig ließe. Das ist aber für die deutsche Gesetzgebung nicht der Fall. Namentlich der Entwurf von 1925 scheint mir die richtige Lösung gefunden zu haben, wenn er für den Gehülfen eine Strafmilderung nicht vorschreibt, aber zuläßt.

als Arzt, als Zeitungsreporter oder als beruflich Unbeteiligter betrachtet. Mir ist es nun nicht zweifelhaft, daß keiner der Beurteiler dieses Vorganges Recht hat. Der Tod ist sicherlich auf diese Bedingungen in ihrer Gesamtheit zurückzuführen. Nicht darauf kommt es an, ob eine der Bedingungen mehr als die anderen zu dem Ereignis beigetragen hat — danach ist bisher immer gefragt worden —, sondern ob dem Umstande die Eigenschaft als Bedingung zukommt, derart, daß ohne ihn das Ereignis nicht eingetreten wäre oder doch zum mindesten nicht zu dieser Zeit, nicht an diesem Ort, nicht in dieser Stärke usw.¹⁰⁾. Wer einem Sterbenden Gift gibt, setzt eine Bedingung zu seinem Tode, da er ohne das Gift nicht so bald gestorben wäre. Wer zusammen mit einem anderen einen Dritten mißhandelt, vermehrt die Mißhandlungen, hat die Körperverletzung demnach mitverursacht. Der Kriminalist soll also nur feststellen, ob sich die Tat auf ein menschliches Verhalten zurückführen läßt, m. a. W., ob für den Erfolg das menschliche Verhalten eine Bedingung, also *ursächlich* war, nicht aber ob es die *Ursache* war. Denkt er sich das menschliche Verhalten weg und muß dann notwendig auch der eingetretene kriminell bedeutungsvolle Erfolg anders ausfallen oder gänzlich entfallen, dann ist die notwendige kausale Verknüpfung zwischen Verhalten und Erfolg gegeben, mag er nun das

10) Hierin muß ich Coenders entgegenreten, der in seinen Grundbegriffen a. a. O. und in der Z.Str.Wiss. 46, S. 1 ff. unter Bedingung nur ein solches Ereignis (vom Standpunkt des Kriminalisten aus: ein solches willkürliches menschliches Verhalten) ansieht, bei dessen Wegfall auch der Erfolg entfallen muß. Bedingung ist ihm also nur die *condicio sine qua non*, für mich aber auch eine *condicio sine qua aliter*. Wer dem Täter einen Dietrich leiht, der bei der Anwendung abbricht (Ein Beispiel bei Köhler, Lehrbuch, S. 529 Anm. 3), liefert eine Bedingung für die Tat, indem sie die Tat zunächst gefördert hat. Mit Köhler und Wachenfeld, den Köhler anführt, betrachte ich das Verleihen des Dietrichs als strafbare Beihilfe.

menschliche Verhalten Ursache nennen (was ungenau und übertrieben, also wissenschaftlich unzulässig ist) oder Bedingung (was richtig ist) oder endlich ursächlich (was ebenfalls nicht zu beanstanden ist). So einfach löst sich diese Frage, die schon manches Kopfzerbrechen verursacht und Ströme von Tinte, Pfunde von Druckerschwärze gekostet hat. Selbstverständlich waren die Bemühungen herauszubringen, welche unter den Bedingungen für einen Erfolg als dessen Ursache zu gelten habe, nicht vergeblich. Sie haben zu der sich heute ganz allmählich bahnbrechenden Erkenntnis geführt, daß man keiner der Bedingungen vor den anderen den Rang als Ursache zuweisen darf, daß es aber auch gar nicht nötig ist¹¹⁾. Ein Zustand, eine Handlung oder allgemeiner ausgedrückt: ein willkürliches Verhalten muß nur überhaupt in kausale Verbindung mit dem

11) Von den Kriminalisten hat dies m. W. M. E. Mayer zuerst erkannt. Vgl. Lehrbuch S. 136 ff. Nur in einem Punkt glaube ich noch weiter gehen zu müssen, den ich in der vorhergehenden Anmerk. klargestellt habe. Nicht nur dasjenige menschliche Verhalten ist Bedingung, ohne das der Erfolg nicht eingetreten wäre, sondern auch dasjenige, ohne das der Erfolg anders eingetreten wäre. Leider habe ich bei den auf E. M. Mayer folgenden Schriftstellern keinen gefunden, der von dem unrichtigen Ausgangspunkt abgekommen ist, nach der Ursachenqualität der oder jener Bedingung zu fragen. Köhler, Lehrbuch, S. 194 ff. bekennt sich ebenso wie Sauer, Grundlagen, S. 430 ff. zu der Theorie der adäquaten Verursachung. Lobe im RG. Komm. scheint mehr der Köhlerschen Theorie von der Ursachenqualität der Kraft erzeugenden Bedingung zuzuneigen (vgl. Einleitung XV), beschränkt seine Untersuchung aber durchaus zweckmäßig auf die menschlichen Willensäußerungen. Ebenso auch Binding in der 2. Aufl. seiner Normen (1914) Bd. 1, S. 488 ff.), wo er aber nach einigen ganz andersartigen Ansätzen S. 492 plötzlich wieder auf seine Übergewichtstheorie zurückkommt. Gerland, Grundriß, S. 90 f., van Calker, Strafrecht, 2. Aufl., S. 21 f. und Frank, Kommentar Note III zu § 1 halten an der Theorie von der Ursachenqualität der *condicio sine qua non* fest, ebenso Beling in der neuesten Aufl. seines Grundrisses, sowie die neuesten Auflagen des v. Lisztschen Lehrbuches.

Erfolg gebracht werden können¹²⁾. Nehmen wir ein Beispiel: Ein Zimmerherr hat sich eine Rauchvergiftung zugezogen. Die Hausfrau hatte die Ofenklappe geschlossen, damit bei der Reinigung des Schornsteins kein Ruß in das Zimmer käme. Das Hausmädchen hat Feuer angemacht, ohne zu bemerken, daß die Klappe zu war. Der Zimmerherr ist betrunken nach Hause gekommen und hat sich aufs Sofa gelegt, wo er sofort eingeschlafen ist. Keine von den drei Handlungen oder Unterlassungen ist die Ursache für die Rauchvergiftung, jede aber ist ursächlich dafür.

Ist nun, wie wir gesehen haben, die Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung wissenschaftlich nicht haltbar, so kann man sie auch nicht zur Abgrenzung von Beihilfe und Mittäterschaft verwenden¹³⁾, wie es insbesondere Birkmeyer getan hat, indem er die für den Erfolg überwiegende Bedingung als Ursache und das Verhalten des Mittäters als überwiegende Bedingung, mithin als Ursache ansah. So konnte er zu dem Satz kommen: wer verursacht, ist Täter (Mittäter), wer nur eine Bedingung setzt, ist Gehülfe. Sehr häufig wird man nicht unterscheiden

12) Mehr und mehr verbreitet sich unter den Anhängern der Aequalenztheorie die Ansicht, daß bei den durch den Erfolg qualifizierten Delikten die Adäquanztheorie zur Korrektur der unbefriedigenden Ergebnisse (Straferhöhung trotz völlig fehlender Schuld an dem schweren Erfolg) herangezogen werden muß. Dieser von Frank, Komm. Note III 2 b zu § 1 aufgestellten Ansicht schließe ich mich an. Die dort angeführten Anhänger Franks möchte ich noch ergänzen durch Gerland, Grundriß, S. 93 und van Calker, Strafrecht, S. 22. Eine unzulässige Verbesserung des Strafrechts kann ich im Gegensatz zu M. E. Mayer (S. 143 f.) darin nicht sehen, glaube aber mit ihm, daß die Neugestaltung des Strafrechts (sämtliche Entwürfe verlangen fahrlässige Herbeiführung des schweren Erfolges) der Theorie von der adäquaten Verursachung die Daseinsberechtigung wenigstens im Strafrecht nehmen wird.

13) Dieser Ansicht sind die Vertreter der formal-objektiven Theorie, die in Anm. 6 angegeben sind, selbstverständlich auch alle Subjektivisten.

können, wer die überwiegende Bedingung gesetzt hat, wie z. B. in folgendem Fall: Die Frau eines gewerbsmäßigen Fahrraddiebes hat eine besonders günstige Gelegenheit zu einem solchen Diebstahl beobachtet; sie holt ihren Mann aus einer nahegelegenen Wirtschaft, unterrichtet ihn unterwegs und begibt sich in das Haus, wo sie den zurückkehrenden Radfahrer durch eine Frage aufhält. Der Mann besteigt das Rad und fährt mit ihm davon. Wer hat hier zu dem Diebstahl die überwiegende Bedingung gesetzt? Doch wohl die Frau? Und doch würde auch Birkmeyer sie nicht als Täterin des Diebstahls und den Mann als Gehülfen ansehen. Auch von Buri geht von der Ursachenqualität des Verhaltens der an einer Tat Beteiligten aus. Seine Untersuchungen führen ihn aber zu dem entgegengesetzten Ergebnis. Er hält es für unmöglich, die Bedingungen, welche die Beteiligten gesetzt haben, nach objektiven Gesichtspunkten verschieden zu würdigen. Jede Bedingung ist Mitursache, also Ursache. Und daher müsse man zwischen Mittäterschaft und Beihülfe danach unterscheiden, ob der Beteiligte den Urheberwillen gehabt, die Tat als eigene gewollt habe, oder ob er den Willen als Genosse gehabt, die Tat als fremde gewollt habe. In dem oben gebrauchten Beispiel ist die Frau also Mittäterin, wenn sie die Tat als eigene, Gehülfin, wenn sie die Tat als fremde gewollt hat. Diese Auffassung hat sich das Reichsgericht, wie ich schon erwähnte, zu eigen gemacht und ihr dadurch eine überragende Bedeutung verliehen.

Beide Ansichten, die objektive und die subjektive, sind nicht richtig. Die Kausalität der Handlung oder Unterlassung des Beteiligten spielt für den Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihülfe überhaupt keine Rolle. Es ist, wie auch sonst, in Zweifelsfällen nur zu prüfen, ob sie überhaupt gegeben ist. Ein Beispiel ¹⁴⁾: Das Dienstmädchen hat

14) Ein ähnliches Beispiel findet sich in den v. Lisztschen Strafrechtsfällen und bei Köhler, Lehrbuch, S. 501.

die Haustüre offen gelassen, um dem Dieb einen bequemen Zugang zu verschaffen. Dieser steigt aber durch ein Fenster in die Wohnung. Das Mädchen kann nicht wegen Beihilfe zur Verantwortung gezogen werden, weil ihre Unterlassung für die Tat nicht fördernd, nicht kausal war¹⁵⁾. Im allgemeinen hat man keinen Anlaß, die Kausalität des Verhaltens des Beteiligten besonders zu prüfen, weil sie sich von selbst ergibt. Das gleiche gilt auch von der Frage, ob einer der Beteiligten Mittäter oder Gehülfe ist. Anlaß zur besonderen Prüfung, ob die Kausalität gegeben ist oder welche Form der Beteiligung vorliegt, besteht nur, wenn es nicht von vornherein klar ist, ob das Verhalten des Beteiligten kausal gewesen ist oder welche Rolle der Beteiligte bei der Tat gespielt hat. Ergeben sich aber Zweifel über die Form der Beteiligung, so darf man nicht von der Kausalität, sondern muß von der Art der Beteiligung ausgehen. Täter kann nur sein, wer die Tat selbst begeht, Gehülfe nur, wer die Tat oder den Täter fördert, ohne die Tat selbst zu begehen. Auf das Interesse an der Tat kommt es dabei nicht an, das kann beim Gehülfen sogar überwiegen. Unterstellen wir bei dem vorhin genannten Beispiel, daß die Frau die gestohlenen Räder verkauft und davon ihren Lebensunterhalt bestreitet, der Mann aber nicht ihr Ehemann, sondern ein Käufer eines früher gestohlenen Fahrrades ist, der ihr

15) Kausal war die Beihilfe auch, wenn sie physische Förderung der Tat bezweckte, tatsächlich aber nur psychische Förderung des Täters bewirkte. Auch die Bestrafung des Gehülfen läßt sich bei dieser Sachlage rechtfertigen, weil dessen Vorsatz auf Förderung der Tat und damit auch des Täters ging und insoweit Vorsatz und Erfolg übereinstimmen. Der Begründung der RG. Entsch. I v. 18. 3. 24 Bd. 58 S. 113 ff. kann ich nicht zustimmen. Zu der schließlich vorgenommenen Abtreibung war die Hergabe des Pessars und des Mutterspiegels nicht von Wirksamkeit, nicht einmal den Entschluß der Täterin haben sie bestärkt. Und hätten sie diese Wirkung vorher gehabt, so waren sie doch für den Entschluß der Schwangeren, sich einer Lohnabtreiberin anzuvertrauen, nicht von Einfluß.

zu diesem weiteren Rade nur verhelfen will, so ändert das an der Beurteilung des Falles nicht das Geringste; der Mann ist Täter, die Frau Gehülfin des Diebstahls.

Der Ausgangspunkt für die Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe muß demnach ein objektiver sein. Wer nicht ausführt, also kein einziges Merkmal des Tatbestandes verwirklicht, ist nicht Täter, also auch nicht Mittäter. Wer z. B. die Leiter tragen hilft und während des Einsteigens und Stehlens Wache steht, ist nicht Dieb, selbst wenn er von der Diebesbeute den Löwenanteil bekommen sollte. Wer dagegen mit in das Gebäude eindringt und hier aufpaßt, um dem Genossen ungestörtes „Arbeiten“ zu ermöglichen, hat selbst einen Tatumstand des erschwerten Diebstahls verwirklicht, kann also als Mittäter behandelt werden, wenn er den entsprechenden Vorsatz hat¹⁶⁾. Und diese Einschränkung führt auf die zweite Prüfung, ohne die sich zwischen Mittäterschaft und Beihilfe in zweifelhaften Fällen nicht richtig unterscheiden läßt, auf die Prüfung des

16) Gerade an diesem Beispiel zeigt sich, daß ich mich nicht restlos zu den Vertretern der formal-objektiven Theorie rechnen kann, denen ich sonst am nächsten stehe. Hat der Beteiligte wesentlich ein untergeordnetes Glied des in Frage kommenden Tatbestandes verwirklicht, so ist es denkbar, daß er sich der objektiv vorhandenen Gemeinschaft der Ausführung nicht bewußt ist. Er steigt mit ein, aber er stiehlt nicht, er verwirklicht nur einen Zusatztatbestand, aber nicht Teile des Grundtatbestandes. Hat dagegen ein schreibgewandter Mensch die Urkunde gefälscht oder fälschlich angefertigt, von der dann ein anderer Gebrauch macht, so hat er sämtliche Tatumstände der Urkundenfälschung in seinen Vorsatz aufgenommen und objektiv einen wesentlichen Teil der Straftat ausgeführt. Sein Wille, dem anderen behülflich zu sein, kann ihn nicht zum Gehülfen stempeln. Das mangelnde eigene Interesse an der Tat kann nicht dazu führen, ihn nicht als Mittäter anzusehen. Insofern stimme ich M. E. Mayer (Lehrbuch, S. 404) zu, der diesen Fall ebenso entscheidet. Wenn er aber auf die Vorstellung des Beteiligten überhaupt kein Gewicht legt, wie auch die übrigen Vertreter der formal-objektiven Theorie, so halte ich das nicht für richtig.

Vorsatzes des Beteiligten. Verwirklicht er einen untergeordneten, nebensächlichen Teil der Straftat und ist sich dabei nicht bewußt, daß er ausführt, also etwas tut, was der Richter beim Vergleich mit dem in Betracht kommenden gesetzlichen Tatbestand als dessen teilweise Verwirklichung ansehen muß, glaubt er vielmehr nur mit dem, was er tut, dem Täter oder der Tat förderlich zu sein, dann darf der Richter nur wegen Beihilfe verurteilen. Er kommt zu diesem Ergebnis durch folgenden Gedankengang: der Beteiligte hat, objektiv betrachtet, gemeinschaftlich ausgeführt; dies war ihm aber nicht bewußt; er war der Meinung, daß er die Tat des anderen nur unterstütze. Teilweise Ausführung der Tat schließt deren Förderung in sich. Insoweit deckt sich der Vorsatz des Beteiligten mit dem, was er objektiv getan hat. Infolgedessen kann und muß er als Gehülfe verurteilt werden, obwohl er objektiv Mittäter ist.

Leichter ist die Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe, wenn das, was der Beteiligte getan hat, objektiv nicht als Ausführung, sondern nur als Hilfeleistung angesehen werden kann. Die Ermordung *Rathenaus* ist ja, wie bekannt, in der Weise vor sich gegangen, daß sein Kraftwagen von einem anderen überholt worden ist, in dem sich die Täter befanden und von dem aus sie die tödlichen Schüsse abgegeben haben. Unterstellt man, daß dem Angeklagten *Techow*, dem Führer des Kraftwagens, hätte nachgewiesen werden können, er habe mit dem Bewußtsein und mit dem Willen gehandelt, daß seine Tätigkeit ein Teil der gemeinschaftlichen Ausführung des Mordes sei, so hätte er trotzdem nur wegen Beihilfe zum Morde verurteilt werden können, weil er selbst nicht getötet hat, mag auch seine Tätigkeit zur Ausführung des Mordes noch so unentbehrlich gewesen sein¹⁷⁾. Man sieht: War der Wille eines Beteiligten,

17) Vgl. *Alsberg*, der *Rathenaus*-Prozeß in der *D. Jur.-Ztg.* 1922, S. 664 f. Er würde auf Grund der oben angenommenen Feststellung ebenso wie *Ebermayer*, von dessen Ausführungen

der nicht ausgeführt hat, auf gemeinschaftliche Ausführung gerichtet, so ging er weiter als seine objektive Beteiligung, die nur in einer Förderung der Tat oder des Täters bestand. Ebenso wie in dem vorhin besprochenen Falle die über den Willen des Beteiligten hinausgehende objektive Beteiligung dem Diebesgenossen nicht zugerechnet werden konnte, kann hier der über die objektive Beteiligung hinausgehende Wille dem Mordhelfer nicht zugerechnet werden; vorhin reichte der Wille nicht so weit wie die Beteiligung, hier reichte die Beteiligung nicht so weit wie der Wille; vorhin mußte aus subjektiven, hier muß aus objektiven Gründen der Beteiligte wegen Beihülfe verurteilt werden.

Auf diese Weise läßt sich nach meinem Dafürhalten allein richtig zwischen Beihülfe und Mittäterschaft unterscheiden weder allein nach dem Maße der Beteiligung noch allein nach der Willensrichtung des Beteiligten, sondern sowohl nach objektiven wie auch nach subjektiven Gesichtspunkten, keinenfalls aber danach, ob der Beteiligte für das strafrechtlich bedeutsame Ereignis die Ursache oder nur eine Bedingung gesetzt hat. Denn keiner der Beteiligten hat die Ursache gesetzt, jeder hat nur eine Bedingung geliefert. Und bedingend oder, wie man auch sagen kann, ursächlich muß jeder von ihnen gewesen sein; sonst kann sein Verhalten nicht einmal als Beihülfe in Betracht kommen. Wer den Unterschied nach dem Maß der Verursachung bestimmen will, setzt sich überdies, wie ich zu Anfang ausgeführt habe, über den Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen über Mittäterschaft und Beihülfe hinweg, nach denen ebenfalls die

er berichtet, Techow als Mittäter angesehen haben. Beide sind Anhänger der subjektiven Theorie. Auch Coenders, obwohl im Grunde Objektivist, würde Mittäterschaft annehmen auf Grund der Auffassung, daß Techow eine Bedingung zum Erfolg geliefert hat (Bedingung im Sinne der *condicio sine qua non*. Vgl. Anm. 10). Richtig entscheidet diesen Fall auch van Calker, Strafrecht, S. 61. „Kraftwagen steuern ist nicht Töten.“

Form der Beteiligung an der Straftat in Verbindung mit der Willensrichtung des Beteiligten dafür entscheidend ist, ob er als Mittäter oder als Gehülfe anzusehen ist ¹⁸⁾).

Dieses Ergebnis steht übrigens auch im Einklang mit der Behandlung aller übrigen Fälle im Strafrecht. Besonders überzeugend ist der Fall des Versuchs: Es wird jemand mit einer Schußverletzung bewußtlos aufgefunden. Objektiv liegt hier eine Körperverletzung vor. Ergibt die Untersuchung, daß der Täter den Verletzten töten wollte, dann kann Körperverletzung nicht in Frage kommen, es müßte denn sein, daß der Täter auch damit einverstanden war, wenn der Schuß ein solches Ergebnis hatte. Hat er die Tat mit Überlegung ausgeführt, dann ist er des Mordversuchs schuldig. Hat er die Tat ohne Überlegung ausgeführt, dann liegt nur Versuch des Totschlages vor. Der Versuch charakterisiert sich, wie man sieht, dadurch, daß das objektive Ergebnis hinter dem Vorsatz zurückbleibt. Es ist nur ein Teil dessen verwirklicht, was der Täter verwirklichen wollte. Aus objektiven Gründen wird er geringer gestraft, als wenn er die Tat seinem Vorsatz entsprechend vollendet hätte. Und hatte er mit dem, was er vorhatte, noch nicht einmal den Anfang der Ausführung erreicht, dann wird er grundsätzlich überhaupt nicht gestraft. Der Dieb, der sich in das Haus hat einsperren lassen und hier nun vor Einbruch der Dunkelheit von einem Hausbewohner gefunden wird, kann nicht wegen Diebstahlsversuchs, sondern allenfalls nur wegen Hausfriedensbruches verurteilt werden. Der

18) Auch bei den Objektivisten finden sich gelegentlich Bemerkungen, wonach sie das subjektive Element nicht völlig außer Acht lassen. Aber es wird nur geprüft, welchen Einfluß es hat, wenn einer der Beteiligten überhaupt nicht vorsätzlich oder nicht zurechenbar gehandelt hat. Darauf kommt es mir an dieser Stelle noch nicht an; vgl. darüber S.24f. Hier handelt es sich um die Willensrichtung des Beteiligten im Vergleich mit der Form seiner Beteiligung als Mittäter oder als Gehülfe.

Zechpreller, der, bevor er Speise und Getränk bestellt, als mittellos entlarvt wird, kann überhaupt nicht gestraft werden. Hierin, in der Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen, verfährt übrigens das Reichsgericht durchaus objektiv und bezeichnet als Ausführung richtig die Verwirklichung von Tatumständen der vorgetzten Straftat¹⁹⁾. Es ist nicht einzusehen, warum es auf das Wort „ausführen“ in § 47, der Gesetzesbestimmung über Mittäterschaft, kein Gewicht legt.

Auch der umgekehrte Fall, daß nämlich die objektive Folge der Handlung oder Unterlassung eines Täters über das hinausgeht, was er begehen wollte, muß in anderen Fällen ebenso behandelt werden, wie bei der Beihilfe. Greifen wir auf das Beispiel zurück, daß jemand mit einer Schußverletzung bewußtlos aufgefunden wird. Ich setze hinzu, daß er auf dem Transport in das nächste Dorf stirbt. Ergibt die Untersuchung, daß der Täter sein Opfer nicht töten, sondern nur verletzen wollte, so kann er, trotzdem objektiv Tötung vorliegt, nicht wegen Mordes oder Totschlags verurteilt werden, sondern nur wegen Körperverletzung mit Todesfolge. Wenn es also in allen anderen Fällen eine allgemein beachtete und befolgte Grundregel des Strafrechts ist, daß die objektive und die subjektive Seite einer Tat zusammenstimmen muß, um zur Verurteilung des Täters wegen des von ihm herbeigeführten Erfolges zu führen, so darf ohne zwingenden Grund von dieser Regel auch nicht abgewichen werden, wenn festzustellen ist, ob ein an einer Straftat Beteiligter Mittäter oder Gehülfe ist. Ein solcher Grund ist nicht vorhanden, im Gegenteil: das Gesetz zwingt geradezu zur Befolgung der allgemeinen Regel auch in diesem Falle.

19) Das geht schon aus den Generalregistern zu den Bänden 1—55 der RG. Entsch. hervor. Vgl. die Seiten 14, 9 und 11 dieser Register.

Zum Schluß sei noch die Frage aufgeworfen und beantwortet, ob denn die gesetzliche Regelung in allen Fällen zu befriedigenden Ergebnissen führt, wie sie bisher festgestellt werden konnten. Die Frage muß verneint werden, aber aus einem ganz besonderen, bisher nicht erörterten Grunde, der mit der Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe nichts zu tun hat. § 47 verlangt von den Mittätern gemeinschaftliche Ausführung; jeder der Mittäter muß also für das, was er tut, verantwortlich gemacht werden können und die übrigen Mittäter müssen sich dessen auch bewußt gewesen sein. Ebenso muß der Haupttäter verantwortlich gemacht werden können und der Gehülfe sich dessen bewußt gewesen sein; hier kommt noch hinzu, daß die Strafbarkeit des Gehülfen von der Strafbarkeit der Haupttat abhängig gemacht ist. In einem Satz zusammengefaßt muß man also verlangen: Die Mittäter und ebenso der Haupttäter und der Gehülfe müssen schuldhaft und vorsätzlich gehandelt haben und jeder der Mittäter muß geglaubt haben, daß auch die anderen die gleiche Willensrichtung besitzen, wie sie selbst. Große, ja zuweilen unüberwindliche Schwierigkeiten ergeben sich, wenn entweder einer der Beteiligten, ohne daß dies den übrigen bekannt ist, wegen Geisteskrankheit nicht verantwortlich gemacht werden kann oder wenn er etwas anderes, insbesondere den Tatbestand einer anderen Straftat verwirklichen will, als die übrigen Beteiligten. Es übergibt z. B. jemand einem anderen auf dessen Verlangen ein Schriftstück mit Enthüllungen kompromittierender Verhältnisse zum Zweck einer Erpressung. Der andere ändert aber seinen Entschluß und spiegelt dem Betroffenen vor, es sei ihm gelungen, dem Verfasser das Schriftstück abzukaufeln; er bittet ihn nun um Ersatz seiner Auslagen und erhält sie auch. Hier sollte Beihilfe zu einer Erpressung geleistet werden, der Haupttäter hat aber einen Betrug begangen. Hierzu war ihm das Schriftstück behülflich, insofern hat dessen Verfasser objektiv Beihilfe geleistet, er

hat es aber nicht wissentlich getan. Nach geltendem Recht kann der Gehülfe, trotzdem seine Handlung die Tat des Haupttäters ermöglicht hat und trotzdem sein Vorsatz auf Unterstützung einer Straftat gerichtet war, nicht bestraft werden. Dieses unbefriedigende Ergebnis kann nur durch eine besondere Gesetzesbestimmung abgewendet werden, die etwa folgendermaßen zu fassen wäre: War die Anstiftung oder die Beihülfe auf eine andere Straftat gerichtet, hatte sie aber die vom Haupttäter vorsätzlich begangene Straftat angeregt oder gefördert, so ist der Anstifter (der Gehülfe) wegen Beteiligung an der Tat, die er anregen oder fördern wollte, jedoch nach Maßgabe des dadurch bewirkten Erfolges zu bestrafen. Eine solche Bestimmung fehlt in allen Entwürfen zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch, die 1909, 1913, 1919 und 1925 ausgearbeitet worden sind. Der Grund dazu liegt sicherlich darin, daß Fälle in der Art des eben gebrachten außerordentlich selten sind, und daß die zweifellos vorkommenden Verschiedenheiten zwischen dem Vorsatz des Täters und des Teilnehmers den Beteiligten nicht zum Bewußtsein kommen, weil ihnen ja — glücklicherweise — die Fähigkeit zur juristisch scharfen Unterscheidung der verschiedenen Tatbestände fehlt.

Nicht so selten und daher auch schon wiederholt Gegenstand der Rechtsprechung des Reichsgerichts gewesen sind die Fälle, in denen dem Täter die Fähigkeit fehlt, für seine Tat verantwortlich gemacht zu werden, ohne daß dies dem Teilnehmer bekannt ist. Für Mittäter ist ein solcher Umstand nicht von Belang, weil jeder von ihnen Tätervorsatz hat und infolgedessen der Umstand, daß einer von ihnen wegen Geisteskrankheit nicht verantwortlich gemacht werden kann; den anderen Mittätern nicht zugute kommt. Anders aber bei der Anstiftung und der im Rahmen dieses Vortrages interessierenden Beihülfe. Diese Teilnahmeformen entlehnen ihre Strafbarkeit von der Strafbarkeit der Haupttat, der Gehülfe kann daher nicht wegen Beihülfe gestraft

werden, wenn die Haupttat wegen mangelnder Schuldfähigkeit des Haupttäters straflos gelassen werden muß²⁰⁾. Dies ist eine Lücke im Gesetz, die noch nicht vom Entwurf von 1909, dagegen von den drei folgenden Entwürfen ausgefüllt worden ist. Sachlich stimmen die Entwürfe von 1913 und 1919 überein; sie bestimmen, um mit § 29 des Entwurfes von 1919 zu reden, es sei für die Strafbarkeit des Gehülfen ohne Bedeutung, ob der andere (nämlich der

20) Ebenso RG. I 20. 6. 18 Bd. 52, S. 197 fg. Noch weiter geht das RG. (V. 7. 12. 06 Bd. 40, S. 25 fg.), wenn es auch die Möglichkeit strafbarer Mittäterschaft mit einem Unzurechnungsfähigen verneint. Das kann ich nicht für richtig halten, weil die Bestrafung des Mittäters nicht von der Strafbarkeit des Genossen abhängig ist. Zuzugeben ist, daß der Zurechnungsfähige nicht als Mitäter, sondern als Alleintäter behandelt werden muß, weil objektiv Mittäterschaft nicht gegeben ist. Gl. Ansicht z. B. v. Liszt und Frank. — In der Literatur finden sich über die Behandlung der Anstiftung und Beihilfe an der Tat eines Unzurechnungsfähigen vier Ansichten: die eine sieht sich mit dem RG. und mir außerstande, Anstifter und Gehülfen zu bestrafen, weil es an einer strafbaren Haupttat fehlt. Für mittelbare Täterschaft ist nur Raum, wenn der die Tat Anregende oder Fördernde die mangelnde Schuldfähigkeit des Haupttäters kennt. Die andere Ansicht sieht den scheinbaren Anstifter oder Gehülfen, wenn er imstande war, die Geisteskrankheit des Ausführenden zu erkennen, als fahrlässigen Selbsttäter an. Die dritte Ansicht legt auf den Geisteszustand des Täters und auf die Abhängigkeit der Strafbarkeit des Teilnehmers von der Strafbarkeit der Haupttat kein Gewicht und straft den Teilnehmer wegen mittelbarer Täterschaft, die objektiv gegeben ist. So weit in der Vernachlässigung des subjektiven Moments geht die vierte Ansicht nicht. Sie straft zwar den Anstifter eines Unzurechnungsfähigen gleich dem Täter, aber nur deshalb, weil auch der vorsätzliche Anstifter zur vorsätzlichen Tat gleich dem Täter gestraft wird. Den Helfer zu verantwortungsfreiem Tun aber straft sie innerhalb des nach §§ 49 und 44 ermäßigten Strafraumens. Eine Übersicht über den Stand der Ansichten mit Literaturangaben findet sich im Kommentar von Frank, Note II 1 zum 3. Abschnitt. van Calker, Strafrecht, S. 65 bekennt sich zu der ersten Ansicht. Schwartz, Kommentar, Note 1 a zu § 48 hält den Teilnehmer für den unmittelbaren Alleintäter, was er ja nicht einmal objektiv ist.

Haupttäter) das Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich begeht und ob er zurechnungsfähig ist und ob der Gehülfe dies weiß. Daraus ergibt sich: wer dem, der einen anderen körperlich verletzen will, sein Messer leiht, ist der Beihülfe zur Körperverletzung schuldig. Ist dem Verleiher des Messers bekannt, daß der eigentliche Täter unzurechnungsfähig ist, so muß geprüft werden, ob er Täterwillen hatte oder nicht ²¹⁾. Hatte er Täterwillen, so wird er so behandelt, als habe er den Messerstich selbst ausgeführt; hatte er ihn nicht, so ist er wegen Beihülfe zur gefährlichen Körperverletzung zu strafen. War dem Verleiher des Messers nicht bekannt, daß der Täter geisteskrank war, so hindert das nicht, ihn gleichwohl wegen Beihülfe zur gefährlichen Körperverletzung zur Verantwortung zu ziehen. Hiermit kann man sich einverstanden erklären. Aber wie man sich vorstellen soll, daß ein Mensch, der einem Geisteskranken eine Straftat ermöglicht, keinen Täterwillen hat, wenn er den Zustand kennt, ist mir undenkbar. Ob ihn der Geisteskranke um die Hülfe gebeten hat oder ob sie von ihm selbst ausging, ist doch belanglos. Er hat den Willen, daß der Geisteskranke die Tat begeht, mag er an ihr ein eigenes Interesse haben oder nicht, und dieser Wille stempelt ihm zum mittelbaren Täter. Ob übrigens die schwierige Aufdeckung der Seelenvorgänge des Beteiligten dem Richter immer gelingen wird? Versucht müßte es werden, wenn die gekünstelten und verwickelten Bestimmungen Gesetz werden sollten ²²⁾.

21) So die Begründung zum Entwurf von 1919 S. 45.

22) Schwierigkeiten bereitet die Teilnahme an der Tat eines Kindes und eines Jugendlichen trotz § 4 des Jug.Ger.Ges. Wohl die beste Übersicht über die Literatur zu dieser Streitfrage vor dem Jug.Ger.Ges. bietet Perten, Beihülfe, S. 133 in der Note 241. Vorauszuschicken ist, daß ein Kind und ein ohne Unterscheidungs- oder Hemmungsvermögen handelnder Jugendlicher nicht zurechnungsfähig sind, das Kind, weil es noch nicht straffähig ist, der Jugendliche, weil seine geistige oder sittliche Entwicklung ihn noch nicht zu einem Schuldurteil befähigte oder zu einem Zurückschrecken

Bedeutend einfacher ist die Lösung der Frage nach dem Entwurf von 1925, der in § 27 bestimmt: Die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehülfen ist unabhängig von der Strafbarkeit dessen, der die Tat ausführt²³⁾. Für unseren

vor dem Schädlichen oder Verwerflichen seines Verhaltens und seiner Folgen instandsetzte. Gl. Ansicht Frank, Kommentar in den Noten II zu den §§ 2 u. 3 des Jug.Ger.Ges. Dort weitere Literaturangaben. Vgl. auch van Calker, Strafrecht, S. 33 f.; Schäfer und Hartung, Strafrecht, S. 259, Anm. 3 u. 4. Daraus folgt: Kannte der Teilnehmer das Alter des Kindes, dann ist er mittelbarer Täter; gl. Ansicht Schäfer und Hartung, S. 260 Note 7. Als Begünstiger oder Hehler ist er strafbar, obwohl die Tat des Kindes nicht strafbar ist. Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Teilnehmer die noch nicht abgeschlossene geistige oder sittliche Entwicklung des Jugendlichen kannte. Waren ihm diese Verhältnisse nicht bekannt, so wird er seinem Vorsatz entsprechend behandelt; auf die objektive Sachlage wird also keine Rücksicht genommen. Denkbar ist allerdings auch die Ansicht Franks, in jedem Falle Anstiftung, Beihilfe, Begünstigung und Hehlerei anzunehmen. Nicht der Wortlaut des § 4 zwingt dazu, aber die Erwägung, daß diese Auffassung zu einheitlicher Behandlung aller Fälle führt und daher für die Praxis leichter zu handhaben ist. Für den Gehülfen ist sie auch insofern günstiger, weil sie in jedem Falle zur Strafermäßigung führt.

23) Darin, daß die Regelung der Täterschaft und der Teilnahme im amtlichen Entwurf nicht ausreicht und weder den Anforderungen der Theorie noch — was viel schlimmer ist — den Bedürfnissen der Praxis genügt, stimme ich mit den Kritikern des Entwurfes (Wach in der D.Jur.Ztg. 1925, S. 535 f.; Coenders, Z.Str.Wiss. 46, S. 12) überein. Eine dem geltenden Recht entsprechende Bestimmung über Mittäterschaft halte ich für notwendig. Anstiftung und mittelbare Täterschaft dürfen nicht miteinander vermengt werden, denn mittelbare Täterschaft ist eine Form der Täterschaft und Anstiftung ist die Bestimmung (nicht die Veranlassung!) eines anderen dazu, daß er Täter wird, also das Gegenteil von Täterschaft.

Meine Kritik möchte ich der Kürze halber in folgende Gesetzesvorschläge zusammenfassen:

§ 1. Täter ist, wer die Tat selbst ausführt oder durch einen anderen ausführen läßt, der nicht vorsätzlich handelt oder nicht zurechnungsfähig ist.

Fall bedeutet dies: Kannte derjenige, der das Messer hergab, die Geisteskrankheit des Täters, dann kann er, einerlei, ob er die Tat als eigene oder als fremde wollte, als Täter zur Verantwortung gezogen werden, weil er sich durch die Hergabe des Messers das, was der Geisteskranke damit tat, zu eigen gemacht hat; dabei macht es keinen Unterschied, ob die Anregung zur Hergabe des Messers vom Geisteskranken oder vom Besitzer des Messers ausgegangen ist. Kannte der Verleiher des Messers die Geisteskrankheit des Täters nicht, dann glaubte er Gehülfe zu sein und ist es ja auch, vom rein objektiven Standpunkt aus gesehen, gewesen. Der § 27 des Entwurfes von 1925 ermöglicht es, ihn wegen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung zu bestrafen. Ist der Verletzte getötet worden, dann trifft den Gehülfen die erhöhte Strafe wegen schwerer Körperverletzung, wenn er diese Folge hat voraussehen können. Wegen Beihilfe zum Mord oder Totschlag kann er nicht verurteilt werden, weil er mit dem Tod des Verletzten nicht einverstanden gewesen

Er bleibt als Täter auch dann strafbar, wenn sich nachträglich ergibt, daß der andere vorsätzlich gehandelt hat oder zurechnungsfähig gewesen ist.

§ m. Führen mehrere eine Straftat gemeinschaftlich aus, so wird jeder als Täter bestraft.

§ n. Anstifter ist, wer den Täter zu seiner vorsätzlichen Tat vorsätzlich bestimmt.

Gehülfe ist, wer zu einer vorsätzlichen Straftat oder ihrem Täter vorsätzlich Hülfe leistet.

Die Teilnehmer werden gleich dem Täter bestraft, jedoch kann die Strafe des Gehülfen gemildert werden. (§ x.)

§ o. Hat der Täter eine andere Straftat vorsätzlich begangen, so ist der Teilnehmer wegen Beteiligung an der Straftat, die er anregen oder fördern wollte, jedoch nach Maßgabe des dadurch bewirkten Erfolges zu bestrafen.

§ p. Der Teilnehmer bleibt als solcher auch dann strafbar, wenn sich nachträglich ergibt, daß der Täter nicht vorsätzlich gehandelt hat oder nicht zurechnungsfähig gewesen ist.

ist. Solche Fälle können demnach an der Hand des § 27 in befriedigender Weise entschieden werden.

Die damit abgeschlossenen Untersuchungen möchte ich in folgende Sätze zusammenfassen:

Zwischen Mittäterschaft und Beihilfe kann nicht derart unterschieden werden, daß der Mittäter die Ursache, der Gehülfe nur eine Bedingung setzt. Keiner liefert die Ursache, jeder muß dagegen kausal gewesen sein. Auf die Quantität der Beteiligung kommt es nicht an, sondern nur auf die Qualität, ob sie nämlich als Verwirklichung von Tatumständen anzusehen ist oder nur als Förderung der Tat des Täters.

Die Unmöglichkeit zwischen Ursache und Bedingung zu unterscheiden, darf aber auch nicht dazu führen, den objektiven Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe zu leugnen und den Unterschied nur in der Willensrichtung der Beteiligten zu erblicken. Das widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes und der Grundregel des Strafrechts, wonach der objektive Befund mit der Willensrichtung dessen übereinstimmen muß, auf dessen Tun oder Lassen der Befund zurückzuführen ist.

Führt der Beteiligte nicht aus, so kann er trotz seines Bewußtseins gemeinschaftlicher Ausführung, also trotz seiner weitergehenden Vorstellung nicht als Mittäter, wohl aber, wenn er die Tat oder den Täter gefördert hat, als Gehülfe verurteilt werden. — Ist sich der Beteiligte nicht bewußt, daß er einen untergeordneten Teil des Tatbestandes verwirklicht, also ausführt, so ist seine Vorstellung hinter der objektiven Form der Beteiligung zurückgeblieben; aus diesem subjektiven Grunde kann er nur als Gehülfe verurteilt werden.

Diesen Grundregeln genügen auch die geltenden Bestimmungen über Mittäterschaft und Beihilfe. Nur muß die Beihilfe von der allzu großen Abhängigkeit von der Strafbarkeit der Haupttat losgelöst werden, wie dies der Ent-

wurf von 1925 vorschlägt. Außerdem sollte noch Vorsorge dafür getroffen werden, daß der an fremder Tat Beteiligte auch dann gestraft werden kann, wenn der Täter eine andere Straftat begangen hat, als die, zu der ihn der Beteiligte wissentlich veranlaßt oder zu der er ihm wissentlich geholfen hat.

Bleibt man bei den geltenden Gesetzesbestimmungen über Mittäterschaft und Beihilfe und werden diese in der angegebenen Weise ergänzt, dann werden, wie ich glaube, alle vorkommenden Fälle in juristisch einwandfreier und das Rechtsgefühl befriedigender Weise entschieden werden können.

