

Schriften zum Strafrecht

Heft 183

**Die Bestimmtheit
des Beteiligungsvorsatzes**

Von

Nikolai Warneke



Duncker & Humblot · Berlin

NIKOLAI WARNEKE

Die Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes

Schriften zum Strafrecht

Heft 183

Die Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes

Von

Nikolai Warneke



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen
hat diese Arbeit im Sommersemester 2004
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 21

Alle Rechte vorbehalten
© 2007 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-12238-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Arbeit lag der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen im Sommersemester 2004 als Dissertation vor.

Für die Betreuung des Themas und wertvolle Hinweise bei dessen Bearbeitung danke ich Prof. Dr. Vogel. Danken möchte ich auch Prof. Dr. Dr. Kühl für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Besondere Erwähnung verdient Prof. Dr. Ronellenfitsch, der mir neben der Arbeit an seinem Lehrstuhl die Möglichkeit zur Promotion im Strafrecht eingeräumt hat.

Mein besonderer Dank gilt meinen Eltern und meinem Bruder Christian. Meinen Eltern, die mich während meiner gesamten Ausbildung unterstützt und mir immer zur Seite gestanden haben, widme ich diese Arbeit aus tiefer Dankbarkeit.

Für eine sehr schöne Zeit in Tübingen und viele gemeinsame Erlebnisse bedanke ich mich bei Sara Kress, Dominique-Pascal Frey, Ali B. Norouzi, Nils Schittenhelm, Judith Koppers, Simone Nagel, Stefan Burger, Volker Wedekind, Rieke Schivelbein, Anndin Werner und Rainer Vetter. Wertvolle Hilfe bei der Korrektur der Arbeit verdanke ich Sara Kress, Dominique-Pascal Frey, Daniela Mernitz und Uwe Voigt.

Tübingen, Juni 2006

Nikolai Warneke

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	13
I. Gegenstand der Untersuchung: Der Beteiligungsvorsatz	13
II. Aufgabe dieser Arbeit	14
1. Aktuelle Rechtsprechung	15
a) Zum Anstiftervorsatz	15
b) Zum Gehilfenvorsatz	16
aa) BGHSt 42, 135	16
bb) BayObLG NJW 1991, 2582	16
2. Der bisherige Meinungsstand in der Literatur	17
a) Zum Anstiftervorsatz	17
aa) Die Auffassung Roxins	17
bb) Kritik an den Thesen Roxins	19
cc) Die Auffassung Herzbergs	24
dd) Kritik an den Thesen Herzbergs	25
ee) Die Auffassung Ingelfingers	27
ff) Kritik an den Thesen Ingelfingers	29
gg) Allgemeine Lehrbuch- und Kommentarliteratur	31
b) Zum Gehilfenvorsatz	32
aa) Die Ansicht Roxins	32
bb) Die Ansicht Kindhäusers	33
cc) Die Ansicht von Loos	33
dd) Die Ansicht von Scheffler	34
ee) Die Ansicht von Fahl	34
ff) Die Ansicht von Wild	35
gg) Die Ansicht von Wolf	35
hh) Die Ansicht von Theile	35
c) Zusammenfassung des Meinungsstandes der Literatur zum Anstifter- und Gehilfenvorsatz	36
3. Auseinandersetzung mit der bisherigen Rechtsprechung und Lehre zum Teilnahmevorsatz	37
4. Zusammenfassung	40
§ 2 Rückgriff auf die Vorsatzlehren	46
I. Der Vorsatz des Alleintäters	46
II. Der Bezugspunkt des Vorsatzes	49

1. Engischs Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit (1930) ..	49
2. Köhlers Lehre vom Vorsatz als unmittelbare Selbstverfehlung (1981)	50
3. Frischs Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten (1983)	51
a) Ratio der Vorsatzstrafe	51
aa) Zweckrationale Aspekte der Vorsatzstrafe	52
bb) Wertrationale Aspekte der Vorsatzstrafe	52
b) Der Bezugspunkt des Vorsatzes	52
aa) Der Tatbestand i.S.d. § 16 StGB	52
bb) Teilstücke des Tatbestandes	53
cc) Das tatbestandsmäßige Verhalten	54
(1) Das relevante Risiko	55
(2) Kenntnis des tatbestandsmäßigen Verhaltens	55
c) Zusammenfassung	56
4. Herzbergs Theorie der unabgeschirmten Gefahr (1986)	57
5. Puppes Normativierung des Vorsatzes (1992)	58
6. Jakobs Theorie des nicht unwahrscheinlichen Erfolgseintritts	59
7. Schroths Aneignung der unrechtskonstitutiven Bedingungen (1994)	61
III. Synthese der Betrachtungsansätze zum Vorsatz	62
IV. Erkenntnisgewinn zum Vorsatzbezugspunkt	64
§ 3 Vorsatzstrafe und Strafgrund	68
I. Die hervorgehobene Vorsatzbestrafung	68
II. Ratio der Vorsatzstrafe	69
1. Bisherige Betrachtungsansätze	69
a) Erhöhte Schuld	69
b) Die finale Handlungslehre	70
c) Entscheidung gegen das Rechtsgut	71
d) Kombinierte Begründungsansätze	71
2. Synthese	73
III. Grundgedanken staatlichen Strafeinsatzes	74
1. Legitimes Ziel staatlichen Strafeinsatzes	75
2. Eignung des Mittels	77
a) Absolute Straftheorien	77
b) Relative Straftheorien	78
aa) Spezialprävention	78
bb) Generalprävention	79
3. Erforderlichkeit des erhöhten Strafeinsatzes	79
IV. Erkenntnisgewinn	82

§ 4 Der Mindestinhalt des Tätervorsatzes	84
I. Der Bezugspunkt des Tätervorsatzes	84
1. Der notwendige Tatbestandsbezug	84
2. Kenntnis der Tatumstände, § 16 StGB, und des tatbestandsmäßigen Verhaltens	84
II. Konsequenzen für den Vorsatzinhalt aus dem Strafgrund der Vorsatzstrafe	87
1. Rückgriff auf den Strafgrund der Vorsatzstrafe	89
2. Die Distinktion zwischen Sanktionsnorm und Verhaltensnorm	91
3. Der Inhalt der Verhaltensnorm	94
4. Zusammenfassung	95
III. Der Inhalt des Tätervorsatzes	95
1. Wissen um objektiv relevante Gefahrschaffung	95
2. Subjektive Kenntnis des tatbestandsmäßigen Verhaltens	99
3. Keine Normativierung des Vorsatzes	99
4. Kritik an der Normativierung des Vorsatzes	100
IV. Vorsatzinhalt bei entfernten täterschaftlichen Begehungsformen	101
1. Extensiver und restriktiver Täterbegriff	102
2. Mittelbar täterschaftliche Tatbegehung	103
3. Mittäterschaftliche Tatbegehung	105
V. Der Mauerschützenfall, BGHSt 40, 218	106
VI. Der Mindestinhalt des Tätervorsatzes	107
§ 5 Der Mindestinhalt des Teilnehmersvorsatzes	109
I. Der Teilnehmersvorsatz	109
1. Konsequenzen aus dem Strafgrund der Vorsatzstrafe für die bisherigen Lösungsansätze	109
a) BGH: Das Kriterium des entscheidenden Tatmittels	110
b) Roxin: Die wesentlichen Dimensionen des Unrechts	111
c) Ingelfinger: Intellektuelle oder voluntative Dominanz des Anstifters	114
2. Zwischenergebnis zu den bisher vertretenen Ansichten	117
II. Der Tatbestandsbezug des Teilnehmersvorsatzes	118
1. Der erforderliche Tatbestandsbezug	118
a) Lösung über den außergesetzlichen Grundtatbestand	120
b) Vorgehen beim tatbestandsunscharfen Vorsatz	122
c) Lösung durch die Übertragung der Grundsätze der Wahlfeststellung	126
2. Zusammenfassung	129

III.	Der Bezugspunkt des Teilnehmersvorsatzes	130
1.	Die Distinktion zwischen Sanktionsnorm und Verhaltensnorm	130
a)	Der Unrechtsgrund der Teilnahme	131
aa)	Teilnahme als abgeleitetes Unrecht	131
bb)	Teilnahme als eigenständiges Unrecht	133
b)	Zusammenfassung	134
2.	Der Inhalt der Verhaltensnorm	135
IV.	Der Mindestinhalt des Teilnehmersvorsatzes	140
§ 6	Der Beteiligungsvorsatz	142
I.	Konsolidierung der eigenen Lösung	142
1.	Vereinheitlichung des Vorsatzbegriffes	142
a)	Bei Täter und Teilnehmer	142
b)	Für den Besonderen Teil	143
2.	Vereinbarkeit mit der gesetzlichen Systematik	144
3.	Vereinbarkeit mit § 111 StGB	145
II.	Straftheoretische Zulässigkeit eines abstrahierten Vorstellungsinhaltes ..	146
1.	Ausgangspunkt § 16 StGB	146
2.	Grundgedanke der Vorsatzstrafe	150
a)	Strafrecht als Rechtsgüterschutz	150
b)	Normentheoretische Einwände	151
3.	Die Beteiligungsformenlehre	156
III.	Praktische Konsequenzen eines abstrahierten Vorstellungsinhaltes	159
1.	Ausdehnung der Strafbarkeit?	159
2.	Vereinbarkeit mit der früheren Rechtsprechung	159
a)	Zur entfernten täterschaftlichen Beteiligung	160
aa)	RGSt 57, 307	160
bb)	BGHSt 16, 12	160
b)	Zur Anstiftung	161
aa)	RGSt 1, 100 – Dienstmagd	161
bb)	RGSt 34, 327 – Hilfe bei Frauenleiden	161
cc)	OGHSt 2, 23 – Verleitung zur Rechtsbeugung	162
dd)	BGHSt 6, 359 – Kettenanstiftung	163
ee)	BGHSt 15, 276 – „Kindesmißbrauch“	163
ff)	BGH 2 StR 229/04 – Kettenanstiftung II	164
b)	Zur Beihilfe	165
aa)	BGH MDR 1955, 143 – Raubüberfall	165
bb)	BGH GA 1959, 185 – Schmuggel	165
cc)	BGH NStZ 1990, 501 – Zeitzünder	166
IV.	Zusammenfassung	166

Inhaltsverzeichnis	11
§ 7 Die „Bestimmtheit“ des Beteiligungsvorsatzes	168
I. Die Nichtexistenz eines unbestimmten Vorsatzes	168
II. Begrenzungsfunktion des objektiven Tatbestandes	169
III. Exkurs: Irrtumskonstellationen	170
IV. Lösung problematischer Fälle	171
1. BGHSt 34, 63 – Tankstellen-Fall	172
2. BGHSt 42, 135 – falsches Wertgutachten	174
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	176
Literaturverzeichnis	179
Sachregister	187

§ 1 Einleitung

I. Gegenstand der Untersuchung: Der Beteiligungsvorsatz

Gegenstand dieser Untersuchung ist der Beteiligungsvorsatz im Hinblick auf das Erfordernis der Bestimmtheit. Zugrunde liegende Frage ist, wie konkret die Vorstellungen des Täters oder Teilnehmers von einer fremden Tat sein müssen, damit ihnen die Tat subjektiv zugerechnet werden kann. Diese Frage ist zunächst für die Vorstellungen des Anstifters und Gehilfen von der durch den Täter begangenen Haupttat relevant geworden, es zeigt sich aber, daß auch entfernte täterschaftliche Begehungsformen Bestimmtheitsprobleme aufwerfen. Umstritten ist dabei, ob der an der Tat Beteiligte, der jedoch nicht unmittelbar anwesend ist, eine Vorstellung hinsichtlich konkreter Gegenbenheiten der Tat wie Tatort, Tatzeit und Tatopfer aufweisen muß und wie diese im einzelnen beschaffen sein muß.

Eine andere, hier nicht behandelte Frage ist, inwieweit konkrete Vorstellungen des Täters oder Teilnehmers, z. B. bzgl. eines bestimmten Opfers oder bzgl. einer nur „dosierten“ Verletzung des Rechtsgutes zum Ausschluß des Vorsatzes führen können. Diese Fälle, die wie der Rose-Rosahl-Fall¹ auch für den Beteiligungsvorsatz Bedeutung haben, sind von der hier behandelten Konstellation zu unterscheiden. Bei ihnen geht es um die umgekehrte Konstellation, nämlich unter welchen Voraussetzungen der Taterfolg, der von einer Vorstellung des Täters oder Teilnehmers abweicht, diesem noch zum Vorsatz zugerechnet werden kann. Sie betreffen eine Irrtumsfrage, bei der zu ermitteln ist, inwieweit Vorstellung von der Tat und tatsächliches Geschehen voneinander differieren können, ohne die subjektive Zurechnung zu unterbrechen. Daß zwar die Anforderungen an die Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes mit der Zurechnung einer von der Vorstellung des Beteiligten abweichenden Tat direkt zusammenhängen, liegt auf der Hand: Denn ist ein bestimmtes Merkmal nicht Gegenstand des Vorsatzes, kann eine Abweichung der Haupttat von diesem Vorstellungsinhalt die subjektive Zurechnung nicht unterbrechen. Vorgelagert, und für das hier behandelte Problem der Bestimmtheit des Vorsatzes allein ausschlaggebend, ist jedoch die Frage, welche Merkmale für den Mindestinhalt des Vorsatzes von der Vorstellung des Beteiligten umfaßt sein müssen.

¹ prOT GA 1859, 322.

Gegenstand dieser Arbeit sind die Mindestanforderungen an den Vorsatz in bezug auf die Bestimmtheit der Tat. Dabei ist festzustellen, ob konkrete Vorstellungen des Täters oder Teilnehmers konstitutiv für die Bejahung vorsätzlichen Handelns sind und ob bei fehlender Vorstellung von individualisierenden Umständen der Tat, der Vorsatz verneint werden muß.

In den neueren höchstrichterlichen Entscheidungen² zu den Anforderungen an die Bestimmtheit des Anstifter- und Gehilfenvorsatzes hat der BGH Kriterien für die Bestimmtheit des Vorsatzes des Teilnehmers aufgestellt. Diese Kriterien orientieren sich jedoch stark an Einzelfällen. Die Entscheidungen des BGH sind in Teilen der Literatur auf Kritik gestoßen, wobei die Literatur unter sich kein geschlossenes Meinungsbild abgibt. So treten Teile der Literatur für verschärfte Anforderungen an die Bestimmtheit des Teilnehmervorsatzes ein, während andere Autoren geringere Anforderungen als die des BGH genügen lassen.

Durch die Anerkennung der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft in den Mauerschützenprozessen gegen die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates der ehemaligen DDR³ stellen sich Bestimmtheitsprobleme nunmehr auch bei entfernten täterschaftlichen Begehungsformen. Aufgrund der zeitlichen und räumlich-organisatorischen Entfernung des einzelnen Mitglieds des Verteidigungsrates von der Tatbegehung, stellt sich die Frage, wie konkret die Vorstellung des Hintermannes von der Tat des Vordermannes sein muß, um dem Hintermann das Handeln des Vordermannes zum Vorsatz zurechnen zu können. Eine kritische Auseinandersetzung mit der Lehre von der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft und dem genannten Urteil ist unter diesem Aspekt bisher nicht erfolgt. Im Ergebnis ist festzuhalten, daß weder die Anforderungen an die Bestimmtheit des Teilnehmervorsatzes noch an den Vorsatz entfernter täterschaftlicher Beteiligungsformen in Literatur und Rechtsprechung abschließend geklärt sind.

II. Aufgabe dieser Arbeit

Aufgabe dieser Arbeit ist es, den bisherigen Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Bestimmtheit des Teilnahmevorsatzes aufzuarbeiten und einer kritischen Analyse zu unterziehen. Den dabei aufgefundenen Unstimmigkeiten soll nachgegangen werden, um den ihnen zugrundeliegenden Betrachtungsansatz zu korrigieren. Ziel ist es, ein widerspruchsfreies System der Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes zu entwickeln, das mit der allgemeinen Vorsatzlehre harmoniert. Dabei ist die Frage nach den Anforderungen an die Bestimmtheit des Vorsatzes auch bei entfernten täter-

² BGHSt 34, 63 ff. zum Anstiftervorsatz; BGHSt 42, 135 zum Gehilfenvorsatz.

³ BGHSt 40, 218.

schaftlichen Begehungsformen wie z.B. der mittelbaren Täterschaft zu beantworten und das gefundene Ergebnis in ein System des Beteiligungsvorsatzes einzuordnen.

Im ersten Teil der Untersuchung werden anhand der Rechtsprechung die bisher vertretenen Ansichten zur Bestimmtheit des Anstifter- und Gehilfenvorsatzes dargestellt. Daran schließt sich eine kritische Auseinandersetzung an, die zum zweiten Teil der Arbeit, einer von den bisherigen Konzeptionen abweichenden Lösung überleitet.

1. Aktuelle Rechtsprechung

a) Zum Anstiftervorsatz

In BGHSt 34, 63 hatte sich der Zweite Strafsenat mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Angeklagte, der vom Zeugen nach den Möglichkeiten einer Flucht ins Ausland gefragt wurde, wegen Anstiftung zu einer schweren räuberischen Erpressung strafbar ist, weil er den Zeugen fragte, ob dieser Geld habe, und als dieser verneinte, äußerte: „Dann müßtest Du eine Bank oder Tankstelle machen.“

Wie bereits das LG Frankfurt a.M. als Vorinstanz verneint der BGH die Voraussetzungen einer Anstiftung, weil sich die Aufforderung des Angeklagten nicht auf eine konkrete Tat, sondern lediglich auf eine gattungsmäßig beschriebene Mehrzahl gleichartiger Tatmöglichkeiten bezog.⁴

Dabei stellt der BGH für die Bestimmtheit des Anstiftervorsatzes folgende Kriterien auf: Der Vorsatz des Anstifters muß sich auf die Ausführung einer zwar nicht in allen Einzelheiten, wohl aber in ihren wesentlichen Merkmalen oder Grundzügen konkretisierten Tat richten.⁵ Die Beschränkung der Tatobjekte auf Banken oder Tankstellen reiche nicht aus, um die Haupttat als individualisierbares Geschehen hervortreten zu lassen. Das Tatbild, wie es in der Vorstellung des Angeklagten vorhanden war, bleibe in Ermangelung individualisierender Merkmale (Tatobjekt, Tatort, Tatzeit und sonstiger Umstände der Tatausführung) unbestimmt.⁶ Welche zur Tatindividualisierung tauglichen Merkmale jeweils erforderlich sind, entziehe sich einer generell-abstrakten Bestimmung und könne nur nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles entschieden werden.⁷

⁴ BGHSt 34, 63, 66.

⁵ BGHSt 34, 63, 66.

⁶ BGHSt 34, 63, 66.

⁷ BGHSt 34, 63, 67.