

Entscheidungsbesprechung

BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20¹

Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme

1. Die bloße Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung (§ 129a StGB) rechtfertigt noch nicht die mittäterschaftliche Zurechnung aller aus ihr heraus begangenen Taten.
2. Für einen die Tatherrschaft begründenden Tatbeitrag kann es genügen, dass dieser Tatbeitrag eine herausragende Funktion für den ideologischen Zweck der einzelnen terroristischen Taten und damit auch für das Gelingen des Gesamtvorhabens erfüllt.

(Leitsätze der Verf.)

StGB § 25 Abs. 2

Wiss. Hilfskraft Constantin Schweer, B.A., Wiss. Mitarbeiter Florian Knoop, Osnabrück*

I. Entscheidungshintergrund

Gegenstand der Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH ist u.a. die Frage, ob die Angeklagte Zschäpe sich als Mittäterin gem. § 25 Abs. 2 StGB wegen vollendeten und versuchten Mordes strafbar gemacht hat. Dabei versucht sich der 3. Strafsenat darin, die ohnehin umstrittenen Voraussetzungen der Mittäterschaft auch auf diesen im Grenzbereich liegenden Fall zu übertragen. Die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde ist am 30.9.2022 vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen worden.²

II. Der Sachverhalt

Der Staatsschutzsenat des OLG München hatte die Angeklagte u.a. wegen vollendeten und versuchten Mordes in Mittäterschaft zu einer lebenslangen Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt und die besondere Schwere der Schuld festgestellt.

Zschäpe gründete mit Mundlos und Bönnhardt 1998 den „Nationalsozialistischen Untergrund“ (NSU). Von September 2000 bis April 2007 führten Bönnhardt und Mundlos zwölf ideologisch motivierte Mordanschläge aus.³

* Constantin Schweer ist Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht an der Deutschen Hochschule der Polizei. Florian Knoop ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Internationales Strafrecht sowie Strafrechtsvergleichung (Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn) an der Universität Osnabrück und Lehrbeauftragter für Strafrecht an der HSPV NRW.

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2021, 2896 und abrufbar unter: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=d77e32ed6e6e656688b034f108cb4de5&nr=131716&pos=3&anz=4&Blank=1.pdf>

² BVerfG, Beschl. v. 30.9.2022 – 2 BvR 2222/21.

³ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 6.

Nach der letzten Tat suizidierten sich Böhnhardt und Mundlos. Die Angeklagte setzte daraufhin die von ihr, Mundlos und Böhnhardt genutzte Wohnung in Brand und veröffentlichte zahlreiche Exemplare des – auf den neusten Stand gebrachten – Bekennervideos.⁴ Zschäpe selbst war bei keinem der Mordanschläge vor Ort.

III. Entscheidung des Senats

Der BGH hat die Revision der Angeklagten mit Beschl. v. 12.8.2021 gem. § 349 Abs. 2, Abs. 4 StPO, § 354 Abs. 1 StPO analog einstimmig als offensichtlich unbegründet verworfen. Das BVerfG entschied, dass dieser Beschluss die Verurteilte weder in ihrem Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletze, noch ihr der gesetzliche Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) entzogen wurde und ebenfalls der § 349 Abs. 2 StPO nicht willkürlich i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG angewendet worden sei.

IV. Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

Im deutschen Strafrecht gilt, anders als im Ordnungswidrigkeitenrecht (vgl. § 14 OWiG), kein Einheitstäterbegriff.⁵ Es wird unterschieden zwischen Täterschaft (in Form der Einzel-, der mittelbaren und der Mittäterschaft) und Teilnahme (Anstiftung oder Beihilfe). Die Frage, ob sich ein Beteiligter mit seinem Tatbeitrag als Täter einer bestimmten Straftat oder lediglich als Teilnehmer qualifizieren lässt, kurz gesagt die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme, ist in der Strafrechtswissenschaft seit langer Zeit umstritten. Dies ist nicht zuletzt darin begründet, dass die §§ 25 ff. StGB lediglich alle existierenden Täterschafts- und Beteiligungsformen nennen, ihre Abgrenzung untereinander aber offen lassen. Dabei sind die heutigen Positionen in Literatur und Rechtsprechung längst nicht mehr so weit voneinander entfernt wie zu Beginn der Debatte. Dennoch wird der asymptotische Abstand bisher von den Gerichten aufrechterhalten.

1. Grundsätzliche Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

a) Literatur

Ausgangspunkt der Diskussion innerhalb der Literaturstimmen war die Frage, ob die Qualität eines Verursachungsbeitrags nach objektiven Kriterien oder nach den subjektiven Vorstellungen und Einstellungen des Täters zur Tat beurteilt werden muss.

Innerhalb des (kleineren) subjektiven Lagers wurde wiederum darum gestritten, ob der Wille oder der Grad des Interesses am Taterfolg maßgebliches Kriterium für die Unterscheidung zwischen Täter- und Teilnehmerwillen sein sollte. Nach der Dolus-Theorie kommt es darauf an, ob der Handelnde seinen Willen dem eines anderen unterordnet oder dies gerade nicht zulässt.⁶ Maßgeblich ist nach dieser Theorie also ein Überlassen der Entscheidung, ob die Tat begangen wird. Wer die Entscheidungsmacht für sich proklamiert, ist Täter. Bei Vertretern der herrschenden objektiven Betrachtungsweise kam zunächst vor dem Hintergrund eines restriktiven Täterbegriffs⁷ die formal-objektive Theorie auf.⁸ Täter konnte demnach nur sein, wer die tatbestandsmäßige Handlung eigenhändig

⁴ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 9.

⁵ Vgl. m.w.N. Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, Vor § 25 Rn. 1.

⁶ Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 76.

⁷ Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 ff. Rn. 4.

⁸ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, Vor § 25 Rn. 4.

vorgenommen und somit alle Tatbestandsmerkmale in seiner Person verwirklicht hatte.⁹ Dass diese Sichtweise lückenhaft ist und insbesondere für die in § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB genannte mittelbare Täterschaft keinen Raum lässt, sorgte für das Vordringen der materiell-objektiven Theorien. Sie setzen als normativ aufgeladene Betrachtungsweisen auf die Gefährlichkeit des Tatbeitrags als Abgrenzungskriterium.¹⁰ Die wichtigste der materiell-objektiven Theorien bildet die Tatherrschaftslehre, die oft auch als eigene Theorie dargestellt wird.¹¹ Sie umgeht die Schwächen der anderen materiell-objektiven Sichtweisen, die beispielsweise den Grad der Gefährlichkeit des Tatbeitrags vom Anstifter schwer von dem des mittelbaren Täters unterscheiden können. Dies gelingt ihr dadurch, dass sie weder ausschließlich auf objektive noch auf subjektive Kriterien abstellt. Sie bewertet die Rolle eines Beteiligten anhand beider Faktoren.

Nach der Tatherrschaftslehre¹² ist also Täter, wer als „Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens“¹³ den Geschehensablauf vorsätzlich in seinen Händen hält und somit die Tatbestandsverwirklichung nach seinem Willen hemmen oder ablaufen lassen kann.¹⁴ In ihrer funktionalen Ausrichtung kann die Tatherrschaftslehre alle Erscheinungsformen sachgerecht erfassen: Die Handlungsherrschaft beim unmittelbaren Täter, die Wissens- oder Willensherrschaft beim mittelbaren Täter und schließlich die funktionelle Tatherrschaft in der Tatplanungsphase bei Mittätern.¹⁵

Auch die Tatherrschaftslehre ist nicht ohne Kritik geblieben. *Freund* und *Rostalski* merken beispielsweise an, dass die Tatherrschaftslehre nicht sinnvoll in den strafrechtlichen Deliktsaufbau integriert werden könne.¹⁶ *Heine* und *Weißer* kritisieren, dass die Theorie nicht vor die Klammer gezogen werden könne und letztlich immer ein unsicherer Bereich zurückbleibe.¹⁷ Diesem Problem widmen sich bereits neuere Ansätze in der Literatur, die bei jedem Straftatbestand handlungsspezifisch bestimmen wollen, wo die Teilnahme aufhört und die Täterschaft beginnt.¹⁸

b) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung unterscheidet seit jeher zwischen Täter und Teilnehmer, indem sie auf den Willen der Agierenden abstellt. Schon 1881 differenzierte das Reichsgericht zwischen Täterwillen (*animus auctoris*) und Teilnehmerwillen (*animus socii*).¹⁹ Diese rein subjektive Betrachtungsweise ließ den konkreten Tatbeitrag einer Person gänzlich außer Acht. Zumindest bei vollständig eigenhändiger Begehung der Tat durch eine Person ist diese Sichtweise, wenn sie eine Täterschaft mangels Täterwillen ablehnt, heute nach § 25 Abs. 1 StGB nicht mehr vertretbar.²⁰ Diese extrem subjek-

⁹ Heute noch vertreten von *Freund/Rostalski*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 36.

¹⁰ *Gropp/Sinn*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 64; *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, Vor §§ 25 ff. Rn. 56.

¹¹ *Heine/Weißer* bezeichnen sie auch als Weiterentwicklung der materiell-objektiven Theorien: *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 Rn. 57.

¹² Siehe zu den verschiedenen Ausprägungen der Tatherrschaftslehre: *Schild*, *Tatherrschaftslehren*, 2009.

¹³ *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11. Aufl. 2022, S. 29.

¹⁴ Vgl. *Maurach/Gössel/Zipf*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1984, § 47 Rn. 87 ff.; *Valerius*, *NJW* 2021, 2851 (2852 Rn. 4).

¹⁵ Vgl. *Gropp/Sinn*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 86; *Freund/Rostalski*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 43.

¹⁶ *Freund/Rostalski*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 46 ff.

¹⁷ *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 Rn. 59.

¹⁸ Vgl. m.w.N. *Freund/Rostalski*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, § 10 Rn. 52.

¹⁹ RGSt 3, 181.

²⁰ OLG Stuttgart *NJW* 1978, 715 (716); *Heine/Weißer*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 ff. Rn. 54.

tive Abgrenzung war der Rechtsprechung nur möglich, da sie mehrheitlich den extensiven Täterbegriff vertrat, der alle Tatbeiträge als gleichwertig ansah.²¹ Heute hält der BGH zwar formal noch immer an der subjektiven Betrachtungsweise fest, hat sich aber der Literatur stark angenähert. Zwar ist das Hauptkriterium im Rahmen einer Gesamtabwägung noch immer der Wille des Agierenden, ob dieser Wille allerdings auf eine Täterschaft oder nur auf eine Teilnahme gerichtet ist, bestimmt der BGH anhand von vier Kriterien: Art und Umfang der Tatbeteiligung, Interesse am Taterfolg, Wille zur Tatherrschaft und Tatherrschaft.²²

Damit vereint der BGH, ähnlich zur Tatherrschaftslehre, objektive und subjektive Kriterien und sorgt durch das Einstellen der Tatherrschaft in die Abwägung dafür, dass unterschiedliche Ergebnisse zur Ausnahme werden. Ob die Rechtsprechung sich der Tatherrschaftslehre in Zukunft vollumfänglich anschließen wird, bleibt abzuwarten.

V. Begründung des Senats

Zunächst stellt der 3. Strafsenat fest, dass allein die Zugehörigkeit zu einer terroristischen Vereinigung nicht ausreichen könne, um Taten, die aus dieser terroristischen Vereinigung heraus begangen wurden, dem einzelnen Vereinigungsmitglied zurechnen zu können. So müsse nach den allgemeinen Kriterien im Einzelfall geprüft werden, inwieweit sich das betreffende Mitglied als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe beteiligt habe oder ob kein strafbarer Tatbeitrag geleistet worden sei.²³ Somit war der bloße Umstand, dass Zschäpe Mitglied im NSU war, für die Frage der Mittäterschaft (vorerst) ohne Bedeutung.

Sodann legt der Senat die Voraussetzungen der Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB dar. Dazu bedarf es laut BGH eines gemeinsamen Tatplans sowie eines eigenen Tatbeitrags, welcher sich so in die Tat einfügen lässt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Es bedürfe nicht zwingend einer Mitwirkung am Kerngeschehen selbst. Zudem sei eine Anwesenheit am Tatort nicht erforderlich. Ausreichen könne vielmehr auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, welcher sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränke. Ob letztlich die fremden Tatbeiträge gem. § 25 Abs. 2 StGB zuzurechnen sind, sei aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Um die Umstände des Einzelfalls greifbarer zu machen, führt der BGH weiter an, dass Kriterien wie der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung sowie die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu herangezogen werden sollen.²⁴ Darüber hinaus könne auch die psychische Förderung der Tat, insbesondere die Bestärkung des Tatwillens des Handelnden einen relevanter Tatbeitrag i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB darstellen.²⁵

Der Senat stellt sodann fest, dass Zschäpe bei keinem der aufgeführten Tathandlungen selbst vor Ort war. Zudem vertritt der BGH entgegen der Ansicht des OLG München die Auffassung, dass die Angeklagte durch ihre Mitwirkung an der Tatplanung im Vorfeld keinen gestaltenden Einfluss auf das

²¹ Vgl. RGSt 9, 75; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 ff. Rn. 7 f.

²² Siehe nur BGH, Urt. v. 29.7.2021 – 1 StR 83/21; BGH, Beschl. v. 11.7.2017 – 2 StR 220/17; BGH, Urt. v. 14.12.2005 – 2 StR 466/05.

²³ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 49.

²⁴ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 50.

²⁵ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 51.

„Ob“, „Wann“, „Wo“ und „Wie“ der Tatbegehung hatte.²⁶ Es sei nicht erkennbar, dass sie noch in irgendeiner Form auf die Deliktsverwirklichung hätte Einfluss nehmen können. Gerade dies sei auch der Unterschied zu dem sogenannten „Schmieresteher“, welcher sehr wohl durch seine Funktion als Wachposten auf die Handlung einwirken könne.²⁷ Dies spreche gegen die Tatherrschaft oder eine so gewichtige Handlung im Vorfeld, welche das Minus im Ausführungsstadium kompensieren könne, sodass im Ergebnis eine Zurechnung der Handlung von Mundlos und Böhnhardt gem. 25 Abs. 2 StGB verneint werden müsse.

Sodann bezieht sich der *Senat* unter dem Gesichtspunkt der Tatherrschaft auf das von der Angeklagten abgegebene Versprechen, die tatbedingte Abwesenheit zu „legendieren“, Beweismittel zu vernichten und das Bekennervideo in der aktuellen Version zu verbreiten. Dieses erforderte bei jeder einzelnen Tat die Anwesenheit im Bereich der als Zentrale genutzten Wohnung.²⁸ Erst durch die Veröffentlichung der Bekennervideos sollte sich ein Zusammenhang herstellen lassen, der den eigentlichen Grundgedanken des NSU finalisieren sollte. So waren Mundlos, Böhnhardt und Zschäpe der Meinung, dass erst hierdurch eine Staats- und Gesellschaftsform in Deutschland entsprechend ihren nationalsozialistisch-rassistischen Vorstellungen herbeigeführt werden könne.²⁹ Demgemäß war die Angeklagte entscheidend dafür verantwortlich, dass das über die Deliktsverwirklichung hinausgehende (übergeordnete) Ziel der Taten erreicht werden konnte. Der BGH stellt überdies fest, dass die Zusage der Angeklagten somit sinnstiftend und handlungsleitend gewesen sei, da der gesamte Zweck der Vereinigung mit den Handlungen von Zschäpe stehen und fallen sollte. Demnach führte die Angeklagte eine wesentliche Funktion aus, von der das Gelingen des Gesamtvorhabens abhängen solle.³⁰ Darüber hinaus sei der Ausgang jeder einzelnen Tat maßgeblich von ihrem Willen abhängig gewesen, da sie mit den Zusagen psychisch in hohem Maße auf die Deliktsverwirklichung Einfluss genommen habe. Dies stelle einen über die Beteiligung an der Tatplanung hinausgehenden bedeutenden objektiven Tatbeitrag dar.³¹

Schließlich stellt der BGH fest, dass Zschäpes Tatinteresse nicht hinter demjenigen ihrer beiden Komplizen zurückgeblieben habe.³² So sei das hohe Tatinteresse schon in der politisch-ideologischen Einstellung der Angeklagten zu erkennen. Es sei nicht ersichtlich, dass das Fernziel des NSU nicht gleichermaßen auch von ihr angestrebt worden sei.³³ Diesem großen Tatinteresse komme nicht deshalb eine geringere Bedeutung für eine Beteiligung der Angeklagten als Mittäterin gem. § 25 Abs. 2 StGB zu, da es sich mit den übergeordneten gemeinsamen Zielen aller Mitglieder des NSU decken würde. Zwar könne die Zugehörigkeit einer terroristischen Vereinigung für sich gesehen nicht automatisch zur mittäterschaftlichen Zurechnung der Tat nach § 25 Abs. 2 StGB führen. Dies bedeute nicht, dass die Kriterien, die für das Vorliegen der Vereinigung bedeutsam sind, aus diesem Grund für die Qualifizierung der Tatbeteiligung an Gewicht verlieren.³⁴

Somit liegen nach Ansicht des *Senats* unter einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände des Einzelfalls die Voraussetzung der Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB vor, sodass sich die Angeklagte als Mittäterin strafbar gemacht hat.

²⁶ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 56.

²⁷ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 57.

²⁸ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 58.

²⁹ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 59.

³⁰ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 60.

³¹ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 61.

³² BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 62.

³³ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 63.

³⁴ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 64.

VI. Kritische Würdigung

Der Beschluss des 3. *Strafsenats* begegnet hinsichtlich der Begründung der Mittäterschaft dogmatischen Bedenken.

So heißt es in § 25 StGB, Täter ist, wer die Straftat selbst (§ 25 Abs. 1 Var. 1 StGB), durch einen anderen (§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB) oder mit anderen gemeinschaftlich (§ 25 Abs. 2 StGB) begeht. Folglich wird gefordert, dass die Tat begangen werden muss. Dies spricht für die Tatherrschaftslehre. Denn für das Beherrschen einer Tat ist die Steuerungsmacht und deren bewusste Ausübung ausschlaggebend.³⁵ Tatherrschaft setzt nicht nur ein „Beherrschen-wollen“, sondern auch ein „Beherrschen-können“ voraus.³⁶ Fraglich erscheint unter Betrachtung dieses Wortlautes, wie eine wertende Gesamtbetrachtung auf Grundlage der Kriterien, Grades des eigenen Interesses an der Tat, Umfang der Tatbeteiligung sowie Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu hergeleitet werden kann. Das subjektive Element „Interesse an der Tat“ findet keinen Niederschlag in § 25 StGB, wobei es leicht hätte verankert werden können. Eine denkbare Lösung wäre demnach gewesen, den Gesetzeswortlaut so zu ändern, dass es hieße, „Täter ist, wer die Straftat begeht oder ein erhebliches Eigeninteresse an der Tat hat“. Dass der Gesetzgeber dies jedoch gerade nicht wollte, lässt sich aus den Gesetzesmaterialien entnehmen. So erkannte der Gesetzgeber zum damaligen Zeitpunkt, dass sich entgegen der objektiven Teilnahmelehre in der Rechtsprechung eine subjektive Auffassung durchsetzen konnte. Danach sollte die Kennzeichnung und Bewertung einer Tatbeteiligung somit grundsätzlich von inneren Tatsachen, also v.a. von dem Willen des Tatbeteiligten abhängen. Das würde dazu führen, dass das äußere Tatbild als maßgebendes Unterscheidungsmerkmal in den Hintergrund trete.³⁷ So befürchtete der Gesetzgeber weiter, dass durch die misslungene Schwerpunktsetzung auf die innere Willensrichtung des Täters die Teilnahmeformen an Umriss und Gestalt verlieren würden und dies sachwidrige und unbefriedigende Ergebnisse zur Folge haben könnte. Um dem entgegenzuwirken, sollte die Neufassung der Vorschrift über die Täterschaft (heute § 25 Abs. 2 StGB) dem Gedanken der Tatherrschaft mehr Beachtung schenken.³⁸

Durch den Beschluss des *Senats* wird diese formelhafte Rechtsprechung jedoch zementiert und zugleich unpräzise erweitert. Von dem Wortlaut, dem ursprünglichen Sinn und Zweck und der systematischen Stellung des § 25 Abs. 2 StGB entfernt sie sich dadurch zunehmend. So ist nicht ersichtlich, in welchen Fällen die Voraussetzungen der Beihilfe vorliegen sollen und wie genau diese nachvollziehbar abzugrenzen sind. Die Kriterien des BGH liefern hierfür keine tragfähigen Anhaltspunkte. Die hier zugrunde liegende Argumentation eröffnet zudem eine neue Dimension, die der Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB ausufernde Anwendungsbereiche eröffnen kann. So stellt der BGH bzgl. der Tatherrschaft nunmehr nicht auf jede einzelne Tat ab, sondern zieht das Große und Ganze, also den Sinn und Zweck der terroristischen Vereinigung, heran. Indem er die Mikroebene verlässt und die Makroebene betritt, verschwimmen die Grenzen zwischen den Voraussetzungen zur Mittäterschaft und denen einer terroristischen Vereinigung. So betont der BGH, dass eine automatische Zurechnung aufgrund der Tatsache, dass Zschäpe Mitglied im NSU war, nicht ausreicht, um die Mittäterschaft zu begründen.³⁹ Er führt jedoch danach aus, dass gerade diese Mitgliedschaft und die gewichtige Rolle, welche Zschäpe in Form der „Legendierung“ und anschließenden Versendung der Beken-

³⁵ Schünemann/Greco, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, § 25 Rn. 9.

³⁶ Vgl. Niehaus, DAR 2015, 720.

³⁷ BT-Dr. IV/650, S. 147.

³⁸ BT-Dr. IV/650, S. 147.

³⁹ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 49.

nervideos zugekommen sei, dann doch eine Mittäterschaft begründen könne.⁴⁰ Diese Argumentation führt letztlich dazu, dass der objektive Tatbeitrag zur konkreten Tat zunehmend an Bedeutung verliert und die Mittäterschaft je nach Präferenz konstruiert werden kann. Ob diese Rechtsprechung dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs 2 GG (nulla poena sine lege certa) entspricht, erscheint zweifelhaft.

Dass die Bedenken des Gesetzgebers hinsichtlich sachwidriger oder zumindest unbefriedigender Ergebnisse nicht ganz von der Hand zu weisen sind, wird an folgendem Beispiel deutlich.⁴¹ Am 7.4.1977 wurde der damalige Generalbundesanwalt *Buback* durch das „Kommando Ulrike Meinhof“ der Roten Armee Fraktion (sog. RAF) ermordet. Auch hier musste der BGH die Beihilfe zur Mittäterschaft abgrenzen. So wurde der Beschuldigten nachgewiesen, dass sie als Mitglied der RAF (welche als terroristische Vereinigung eingestuft wurde)⁴² zwar bei der Tatausführung nicht vor Ort war, aber den Befehl der in Stammheim inhaftierten Führungsmitglieder der RAF – „Der General muss weg“ – an die letztlich ausführenden Täter weitergab.⁴³ Zudem konnten durch eine nachträgliche DNA-Analyse Speichelspuren der Beschuldigten auf den Selbstbeichtigungsschreiben der RAF nachgewiesen werden.⁴⁴ Darüber hinaus wurde festgestellt, dass die Beschuldigte sehr fanatisch gewesen sei und keinen Millimeter von der Linie der RAF abweichen wollte. In einem nachträglich von der Beschuldigten angefertigten Schreiben war zu lesen: „Natürlich würde ich es heute nicht mehr machen“.⁴⁵ Gleichwohl entschied der BGH, dass die Voraussetzungen der Mittäterschaft nicht erfüllt gewesen seien. Er wies darauf hin, dass eine untergeordnete Tätigkeit schon objektiv darauf hinweise, dass die Beteiligte nur Gehilfin sein könne. Allein aus dem Umstand, dass die Beschuldigte als Führungsperson der Kerngruppe der RAF angehörte und diese maßgeblich mitentschied, dass die „Offensive 77“ durchgeführt wurde, könne kein dringender Verdacht für die Mittäterschaft an der konkreten Straftat begründet werden.⁴⁶ Ließe man dies zu, hätte dies zur Folge, dass Unterschiede bei der rechtlichen Bewertung von Tätigkeiten, die das Tatbestandsmerkmal der mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung i.S.d. § 129a StGB ausfüllen, und solchen, die der Begehung einer konkreten Straftat dienen, weitestgehend verwischen.⁴⁷ Schließlich sei anzunehmen, dass das Tatinteresse der Beschuldigten sehr groß gewesen ist. Jedoch komme diesem Abgrenzungskriterium keine wesentliche Bedeutung zu, da die Tatherrschaft ausschließlich bei den unmittelbaren Tätern des Attentats lag.⁴⁸ Der 3. Strafsenat entschied, dass der geschilderte Fall mit dem hiesigen nicht vergleichbar sei. So habe die Beschuldigte weder einen bestimmten Einfluss auf die Planung der Tat noch eine Funktion ausgeübt, die für das ideologische und/oder politische Ziel von ausschlaggebender Bedeutung gewesen wäre.⁴⁹

Die Divergenz der juristischen Argumentation kann nicht widerspruchsfrei erklärt werden. In beiden Fällen war die Angeklagte/Beschuldigte nicht an der Tatausführung beteiligt, hatte keinen Einfluss auf das Tatgeschehen, konnte sich jedoch in hohem Maße mit den übergeordneten Zielen der

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 64.

⁴¹ BT-Dr. IV/650, S. 147.

⁴² BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 8.

⁴³ BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 16.

⁴⁴ BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 14.

⁴⁵ BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 15.

⁴⁶ BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 37.

⁴⁷ BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 37.

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 23.12.2009 – 1 BJs 26/77-5 StB 51/09, Rn. 38.

⁴⁹ BGH, Beschl. v. 12.8.2021 – 3 StR 441/20, Rn. 66.

terroristischen Vereinigung identifizieren und hatte demnach ein starkes eigenes Interesse an der Tatvollendung.

Diese unterschiedliche Beurteilung der doch zumindest sehr ähnlich gelagerten Sachverhalte zeigt, dass neben der dogmatischen Begründbarkeit ein zu großer Freiraum für politische Erwägungen bleibt. Dabei hätte der *Senat* gerade hier unter Beweis stellen können, dass sich die Judikative nicht von dem allgemeinen Stimmungsbild der Gesellschaft treiben lässt, sondern objektiv und stringent Recht spricht, selbst wenn dies zur Folge gehabt hätte, Zschäpe als Gehilfin lediglich zu einer Freiheitsstrafe von maximal 15 Jahren verurteilen zu können und sie somit aufgrund der bisher bereits verbüßten Haftzeit am Tag der Urteilsverkündung freilassen zu müssen (vgl. § 57 Abs. 1 StGB). Gerade vor dem Hintergrund jüngster Gruppenproteste (Stichwort „Letzte Generation“), die sich durch ein hohes Maß an ideologischer Verbundenheit auszeichnen, wäre unter Umständen eine Übertragung der BGH-Rechtsprechung auf solche von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG geschützten und somit legitimen Formen des Protests möglich, was aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unbedingt zu verhindern ist. Selbstredend sind Täter, die ihre politischen Ansichten unter Begehung von Straftaten verbreiten wollen, zur Rechenschaft zu ziehen. Es sollte allerdings sichergestellt sein, dass eine Zurechnung des jeweiligen Tatbeitrags auf weitere Mitglieder der Gruppierung und somit die Einordnung als (Mit-)Täter nur in den engeren Grenzen der funktionalen Tatherrschaftslehre möglich ist.