

# Die Exzesszurechnung nach der neueren englischen Rechtsprechung

Von Rechtsanwalt Dr. **Andreas Dürr**, M.Jur. (Oxford), München\*

*Seit mehreren Jahren wird die Thematik der Exzesszurechnung in England/Wales weit über die Fachwelt hinaus diskutiert. In den zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Fällen Regina v. Jogee und Ruddock v. The Queen änderte der Oberste Gerichtshof des Vereinigten Königreichs am 18. Februar 2016 eine über dreißigjährige Rechtsprechung, nach welcher einem Tatbeteiligten der Exzess seines Komplizens bereits dann zugerechnet werden konnte, wenn er die Möglichkeit dieses Exzesses vorhersah. Diese niedrige Schwelle hob der Gerichtshof nun dahingehend an, dass der die Exzesstat nicht ausführende Beteiligte Vorsatz (intention) in Bezug auf die Begehung der Exzesstat durch den ausführenden Täter haben muss. Mit dieser nach Meinung vieler innerhalb wie außerhalb der Fachwelt überfälligen Rechtsprechungskorrektur machte der Gerichtshof vielen – gerade auch jugendlichen – Strafgefangenen Hoffnung auf eine Freilassung oder Strafmilderung, die in den meisten Fällen allerdings enttäuscht wurde. Dieser Beitrag zeichnet die englische Rechtsprechung zur Exzesszurechnung vor und nach R. v. Jogee nach. Darüber hinaus zeigt er auf, dass die Gefahr einer ausufernden Exzesszurechnung auch im deutschen Recht besteht.*

## I. Einführung

Regelungen des Allgemeinen Teils des Strafrechts finden nur äußerst selten über das Fachpublikum hinaus Aufmerksamkeit – ganz im Gegensatz zum Besonderen Teil. Dies erstaunt angesichts der Abstraktion der Fragestellungen jedoch nicht sonderlich. Ausnahmen lassen sich nur wenige ausmachen: Im deutschen Recht fiel einem etwa die Diskussion um die „kalte Amnestie“ bei Nazi-Verbrechen infolge von § 50 Abs. 2 StGB a.F. (heute: § 28 Abs. 2 StGB) ein – ein Thema das der nichtjuristischen Öffentlichkeit in jüngerer Zeit durch von Schirachs Roman „Der Fall Collini“ in Erinnerung gerufen wurde.<sup>1</sup>

Ein zweites Beispiel, das den Gegenstand dieses Beitrags bildet, findet sich aktuell im englischen<sup>2</sup> Recht und betrifft die sog. „joint enterprise“-Regel. The Guardian beispielsweise hat schon zahlreiche Beiträge<sup>3</sup> dazu veröffentlicht; die BBC strahlte im Jahr 2014 sowohl einen Film („Common“) als auch eine ausführliche Dokumentation („Guilty by Association“) über die Thematik aus.<sup>4</sup> Zivilgesellschaftlich bildete sich ferner die Bürgerinitiative JENGBA („Joint

Enterprise: Not Guilty by Association“)<sup>5</sup>, die u.a. zahlreiche Demonstrationen gegen die Regel organisiert hat. Der Hintergrund all dessen ist die empfundene Unverhältnismäßigkeit der (vormaligen) „joint enterprise“-Regel, bei der es um eine äußerst weitreichende Exzesszurechnung bei mehreren Tatbeteiligten geht, mit wiederum drastischen Auswirkungen sowohl auf die Verurteilung als auch auf die verhängte Strafe. Gerade Letztere ist in England generell und gerade auch bei jugendlichen Tätern tendenziell hoch.

Nicht nur diese öffentliche Aufmerksamkeit legt es nahe, der Figur des joint enterprise einen deutschsprachigen Beitrag zu widmen. Ein weiterer Grund besteht darin, dass der Oberste Gerichtshof des Vereinigten Königreichs in einem aufsehenerregenden Urteil, den zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Fällen R. v. Jogee und R. v. The Queen<sup>6</sup>, – wohl auch dem öffentlichen und juristischen Druck folgend – die vor 30 Jahren eingeschlagene Rechtsprechungslinie korrigierte.

Dabei wird in drei Schritten verfahren: Zunächst erfolgt ein kurzer Überblick über die Struktur des englischen Beteiligungsrechts, weil dieser Hintergrund für das Verständnis der Exzessproblematik im englischen Recht unerlässlich ist (II.). Daran schließt eine Darstellung der Figur des joint enterprise und ihrer Behandlung des Exzesses vor und nach R. v. Jogee an (III.). Schließlich wird die Behandlung des Exzesses im deutschen Recht aufgegriffen – die Diskussion um die joint enterprise-Regel erscheint auch für das deutsche Recht relevant, weil sich die Gefahr, der durch R. v. Jogee begegnet wurde, in der deutschen Rechtsprechung ebenfalls ausmachen lässt (IV.).

## II. Die Grundstruktur der Beteiligungsformen des englischen Strafrechts

Das englische Recht unterscheidet im Ausgangspunkt – wie das deutsche Recht – zwei Kategorien der Beteiligung an der Straftat: Täter (principals, 1.) und Teilnehmer (accessories, 2.). Hierbei ist jedoch zweierlei zu beachten: Einerseits decken sich die Anwendungsbereiche dieser beiden Formen nicht mit denen der Täter- und Teilnehmerschaft nach den §§ 25 ff. StGB, sodass im Folgenden auch ein cursorischer Vergleich vorgenommen wird. Andererseits kommt der Abgrenzung zwischen den beiden Formen im englischen Recht aus bestimmten Gründen eine nur untergeordnete Bedeutung zu (3.).

---

\* Der Autor ist als Rechtsanwalt im Fachbereich Wirtschaftsstrafrecht & Compliance tätig. Dieser Beitrag stellt eine erweiterte Version des Vortrags im Rahmen seiner mündlichen Doktorprüfung dar.

<sup>1</sup> Ferdinand von Schirach, Der Fall Collini, 2011.

<sup>2</sup> Mit „englisch“ ist das einheitliche Recht von England und Wales gemeint.

<sup>3</sup> <https://www.theguardian.com/law/joint-enterprise> (27.3.2019).

<sup>4</sup> Vgl. <http://www.bbc.com/news/uk-england-28148073> (27.3.2019).

---

<sup>5</sup> Vgl. <http://www.jointenterprise.co> (27.3.2019).

<sup>6</sup> Regina v. Jogee [2016] UKSC 8. Als für Übersee zuständiger Richterausschuss des Kronrats (Judicial Committee of the Privy Council) wurde zugleich der die identische Rechtsfrage aufwerfende jamaikanische Fall Ruddock v. The Queen [2016] UKPC 7, entschieden. Die gemeinsame Entscheidung ist abgedruckt in The Weekly Law Reports 2 (2016), 681, und wird hier einheitlich als „R. v. Jogee“ bezeichnet.

1. Täter (*principals*)

Die Täterschaft – neben dem Begriff *principal* ist auch die Bezeichnung *perpetrator* geläufig<sup>7</sup> – wird dem deutschen Recht ähnlich in drei Subformen eingeteilt: den gewöhnlichen unmittelbaren und schlicht als *principal* bezeichneten Täter (a), mehrere gemeinschaftlich handelnde Täter (*joint principals*, b) sowie den durch ein strafloses Werkzeug (*innocent agent*) handelnden Täter (c).

a) Grundform

In seiner Grundform weist der *principal* kaum sachliche Unterschiede zum Täter nach § 25 Abs. 1 Var. 1 StGB auf: Im deutschen<sup>8</sup> wie im englischen Recht<sup>9</sup> ist Täterschaft in diesem Sinne dann gegeben, wenn die Person die Merkmale des objektiven Tatbestands/*actus reus* unmittelbar eigenhändig erfüllt, also z. B. den tödlichen Schuss abfeuert. Unerheblich ist im englischen Recht allerdings, ob die tatbestandsausführende Person einen spezifischen Täterwillen aufweist, sodass im „Badewannenfall“<sup>10</sup> nach englischem Recht von Täterschaft auszugehen sein dürfte.<sup>11</sup> Auch die spezifische Rolle des Handelnden ist – bei mehreren Beteiligten – unerheblich.<sup>12</sup>

Das vollverantwortliche Setzen einer Erfolgsursache durch das Opfer oder einen Dritten schließt in beiden Rechtsordnungen eine unmittelbare Täterschaft aus: Während nach deutschem Recht die objektive Zurechnung unterbrochen wird und in engen Grenzen noch eine mittelbare Täterschaft denkbar ist,<sup>13</sup> liegt im englischen Recht bei einer bewussten und willentlichen, den Erfolg herbeiführenden Handlung

eines anderen (d.h. des Opfers<sup>14</sup> oder eines Dritten<sup>15</sup>) ein sog. *novus actus interveniens* vor. In Bezug auf den Hintermann sei dann die „Kausalitätskette“ täterschaftlicher Zurechnung unterbrochen, sodass dieser nur noch Teilnehmer sein könne. Man will so eine Verwässerung der Abgrenzung zwischen Täter und Teilnehmer vermeiden,<sup>16</sup> was jedenfalls im englischen Recht hinnehmbar ist, weil einerseits der Schuldspruch die Beteiligungsform nicht benennt und andererseits die Rechtsfolgen ohnehin (fast) identisch sind (siehe unten II. 3.). Mitunter neigt die englische Rechtsprechung aber dazu, diese klare Abgrenzung zu verwischen.<sup>17</sup>

b) *Joint principals*

Im Einklang mit diesem formalen Ansatz hinsichtlich der Täterschaft geht man im englischen Recht nur dann von *joint principals*<sup>18</sup> (oder *co-principals*<sup>19</sup>) aus, wenn die Voraussetzungen des *actus reus* bei entsprechender subjektiver Seite (*mens rea*) von jedem Beteiligten zumindest teilweise *selbst* erfüllt werden.<sup>20</sup> Dies ist zum einen der Fall, wenn von mehreren Personen jeder ein objektives Merkmal des *actus reus* selbst verwirklicht und in Bezug auf ein anderes einen Komplizenbeitrag leistet – beispielsweise handelt es sich um zwei *Raubtäter*, wenn einer das Opfer durch Drohung oder Gewalt nötigt und der andere die Beute ergreift.<sup>21</sup> Zum anderen liegen *joint principals* vor, wenn mehrere Beteiligte dasselbe Element des *actus reus* im Zusammenwirken erfüllen,<sup>22</sup> z.B. wenn zwei Schläger durch ihre Hiebe zusammen den Tod des Opfers herbeiführen.<sup>23</sup>

Im Unterschied zur Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB umfasst der englische Täterbegriff also nicht die Konstellation, dass ein Beteiligter gar kein Tatbestandselement eigenhändig realisiert, z.B. weil er gar nicht am Tatort anwesend ist oder seine Beiträge während der Tatausführung nicht strikt ein Tatbestandsmerkmal erfüllen.<sup>24</sup>

<sup>7</sup> Auf Seite 685 von R. v. Jogee, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681, beispielsweise verwenden die Richter Lord Hughes und Lord Toulson beide Begriffe, aber im weiteren Urteil greifen sie häufiger auf den Terminus *principal* zurück; vgl. auch *Child/Ormerod*, *Smith & Hogan's Essentials of Criminal Law*, 2015, S. 480.

<sup>8</sup> Vgl. für das deutsche Recht *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 25 Rn. 37; *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 66. Aufl. 2019, § 25 Rn. 3.

<sup>9</sup> Vgl. für das englische Recht R. v. Jogee, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681 (685); *Smith*, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, 1991, S. 27 f.; *Ormerod/Laird*, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14. Aufl. 2015, S. 208 f.

<sup>10</sup> RGSt 74, 84.

<sup>11</sup> Nach *Joecks* (Fn. 8), § 25 Rn. 37, ist heutzutage auch im deutschen Recht bei eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung immer von Täterschaft auszugehen.

<sup>12</sup> Deutlich die Richter Lord Hughes und Lord Toulson in R. v. Jogee, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681 (685): „The actual perpetrator is known as a principal, even if his role may be subordinate to that of others.“

<sup>13</sup> Grundlegend BGHSt 35, 347 = NJW 1989, 912 („Katzenkönig“).

<sup>14</sup> *Glanville/Baker*, *Textbook of Criminal Law*, 4. Aufl. 2015, § 17-003.

<sup>15</sup> Vgl. *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 209 ff. m.w.N.

<sup>16</sup> Vgl. R. v. Kennedy [2008] 1 A.C. 269, 276–277, unter Verweis auf *Williams*, *Cambridge Law Journal* 48 (1989), 391 (398).

<sup>17</sup> Krit. daher *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 478, zu derartigen Überlegungen einiger Richter des Obersten Gerichtshofs in der Entscheidung R. v. Gnango [2011] UKSC 59; ebenso *Allen*, *Textbook on Criminal Law*, 12. Aufl. 2013, S. 228 f., in Bezug auf zwei Entscheidungen des Court of Appeal.

<sup>18</sup> *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 204 f., 212 f.

<sup>19</sup> *Ashworth/Horder*, *Principles of Criminal Law*, 7. Aufl. 2013, S. 419.

<sup>20</sup> Vgl. *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 212 f., 239.

<sup>21</sup> Vgl. *Smith* (Fn. 9), S. 28; *Hamdorf*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 208 (218 f.); *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 419 f.

<sup>22</sup> *Smith* (Fn. 9), S. 28 f.

<sup>23</sup> Vgl. *Macklin and Murrphy's Case*, *Lewin's Crown Cases* 2 (1838), 225 (zitiert nach *Ormerod/Laird* [Fn. 9], S. 212).

<sup>24</sup> Vgl. *Hamdorf*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 208 (219).

Umstritten war im deutschen Recht früher die erstgenannte joint principal-Konstellation, d.h., ob die unmittelbare Täterschaft die vollständige Tatbestandserfüllung voraussetzt oder schon bei eigenhändiger Erfüllung eines einzigen Tatbestandselements gegeben ist. Folgte man letzterer Ansicht, wäre im genannten Raubbeispiel nach deutschem Recht für die Beteiligten unmittelbare Täterschaft anzunehmen. Wegen der Erforderlichkeit einer Zurechnung wird heute jedoch einhellig von Mittäterschaft ausgegangen.<sup>25</sup>

c) *Innocent agency*

Einander ähnlich sind sich schließlich die mittelbare Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB und die Täterschaft kraft innocent agency im englischen Recht, wobei auch hier keine vollständige inhaltliche Übereinstimmung besteht.

Ähnlich sind sich die Institute zunächst insoweit, als beide unter Verzicht auf die unmittelbar eigenhändige Tatbestandserfüllung eine Täterschaft annehmen. Vor allem für das tendenziell formal-objektiv orientierte englische Recht ist dies bemerkenswert, wo jenes doch – wie gesehen – selbst für die Annahme von joint principals zumindest eine teilweise eigenhändige Erfüllung der Elemente des actus reus verlangt.<sup>26</sup>

Ein Unterschied zwischen beiden Konzepten ergibt sich allerdings insoweit, als nach englischem Recht der unmittelbar Ausführende straflos – eben ein *innocent* agent – sein muss. Der Strafbarkeitsmangel ist im englischen Recht für die Annahme der Täterschaft des Hintermanns zwingend, weil nach jener Rechtsordnung – wie gesehen – ein willentlicher Entschluss (des Vordermanns) zur Setzung einer Erfolgsursache in Kenntnis der Umstände (novus actus interveniens) in Bezug auf den Hintermann die Kausalitätskette unterbricht und jenen allenfalls zum Teilnehmer macht. Nach deutschem Recht hingegen schließt ein vollverantwortlicher Vordermann eine mittelbare Täterschaft des Hintermanns nicht unbedingt aus („Täter hinter dem Täter“).

2. *Teilnehmer (accessories)*

Teilnehmer nach englischem Recht – regelmäßig bezeichnet als accessory oder secondary party,<sup>27</sup> bisweilen auch als accomplice<sup>28</sup> – ist jeder einen sonstigen Beitrag zur Tat Leistende. Section 8 des Accessories and Abettors Act 1861 nennt insoweit zwar vier formale Teilnahmehandlungen (actus reus):

„Whosoever shall aid, abet, counsel, or procure the commission of any indictable offence<sup>29</sup>, whether the same be an offence at common law or by virtue of any Act passed or to be passed, shall be liable to be tried, indicted, and punished as a principal offender.“

Die genaue Abgrenzung zwischen diesen Begriffen ist allerdings nicht trennscharf und es finden sich nur vereinzelt Äußerungen dahingehend, dass sie im Einzelnen eine unterschiedliche Bedeutung haben müssten.<sup>30</sup> Wenn überhaupt, wird eine Abgrenzung über die Kriterien einer Einigung zwischen Täter und Teilnehmer sowie der Kausalität des Tatbeitrags für die Tat vorgenommen: So solle aiding weder eine Einigung noch einen kausalen Beitrag fordern, während bei abetting nur eine Einigung, aber keine Kausalität gegeben sei; procuring erfordere hingegen keine Einigung, aber einen kausalen Beitrag.<sup>31</sup> Das counselling wird dabei dem abetting entsprechend angesehen; der einzige Unterscheid soll darin bestehen, dass (früher) die Abgrenzung daran festgemacht wurde, ob die Ermutigung hier vor oder während der Tatbegehung erfolgte.<sup>32</sup> Die unscharfe Abgrenzung mag damit zu tun haben, dass durch dieses Statut ursprünglich gar keine abschließende Definition der auf common law beruhenden Teilnahme geschaffen werden, sondern lediglich auf ein schon existierendes Konzept Bezug genommen werden sollte; vielmehr sei es primär um die prozessuale Behandlung von Teilnehmern gegangen.<sup>33</sup>

Die neuere Rechtsprechung und Teile des Schrifttums fassen pragmatisch die Handlungen aiding, abetting und counselling zu den Oberbegriffen Hilfeleisten (assisting) sowie Ermutigen (encouraging) zusammen und verwenden eher diese, während allenfalls das procuring eine eigenständige Bedeutung haben soll.<sup>34</sup> Daher ist es auch üblich, dass in einer Anklageschrift alle vier Tatmodalitäten des genannten Statuts aufgeführt werden.<sup>35</sup>

Das Hilfeleisten/Ermutigen kann vor oder während der Ausführung der Haupttat, bei Anwesenheit oder in Abwesen-

<sup>25</sup> Zum Ganzen *Joecks* (Fn. 8), § 25 Rn. 39 ff. m.w.N.

<sup>26</sup> Vgl. *Hamdorf*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 208 (218 f.).

<sup>27</sup> Vgl. *R. v. Jogee*, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681 (685).

<sup>28</sup> Vgl. *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 480. *Smith* (Fn. 9), S. 1 Fn. 2, bezeichnet mit diesem Begriff jedoch sowohl principals als auch accessories, meint in deutscher Terminologie also alle Beteiligten.

<sup>29</sup> Für im summarischen Verfahren abzuurteilende Delikte sowie solche mit Wahlmöglichkeit („summary offences“, „offences triable either way“) vgl. *Magistrates’ Courts Act* 1980, section 44.

<sup>30</sup> So *Attorney General’s Reference* (No.1 of 1975) [1975] Q.B. 773; krit. *Jefferson*, *Criminal Law*, 12. Aufl. 2015, S. 155.

<sup>31</sup> *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 215 ff.; *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 430 f.

<sup>32</sup> *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 216 f.

<sup>33</sup> *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 422.

<sup>34</sup> Vgl. *R. v. Jogee*, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681 (686); *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 214. Jedenfalls in der älteren Rechtsprechung wurde noch zwischen aiding and abetting einerseits und counselling and procuring andererseits differenziert. Dabei sollte Ersteres bei Anwesenheit am Tatort und Letzteres bei Tatortabwesenheit vorliegen, vgl. *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 423.

<sup>35</sup> *Jefferson* (Fn. 30), S. 155.

heit des Teilnehmers erfolgen.<sup>36</sup> Für sukzessive Hilfeleistungen kommen im englischen Recht hingegen selbstständige Tatbestände zur Anwendung, insbesondere der der strafvereitelnden Unterstützung (assisting an offender) nach Criminal Law Act 1967, section 4.<sup>37</sup>

Das Bewirken (procuring) einer Haupttat verlangt als einzige Teilnahmemodalität nach überwiegender Meinung einen kausalen Beitrag.<sup>38</sup> Im Unterschied zur Täterschaft kraft innocent agency macht sich der Vordermann hier allerdings strafbar, wobei es teilweise abweichende Gerichtsentscheidungen im Hinblick auf eigenhändige Delikte gibt.<sup>39</sup> Der Anwendungsbereich des procuring ist beispielsweise eröffnet, wenn der Vordermann ohne mens rea handelt – und daher die Kausalkette im obigen Sinne nicht unterbrochen wird –, aber dennoch wegen einer strict liability offence bestraft werden kann (etwa Fahren im alkoholisiertem Zustand, nachdem der Hintermann Alkohol in das Getränk des gutgläubigen Vordermanns geschüttet hatte)<sup>40,41</sup>

#### a) Die innere Seite der Teilnahmetat

In subjektiver Hinsicht (mens rea) muss der Teilnehmer seinen Beitrag dem Grundsatz nach vorsätzlich (intent) leisten und im Hinblick auf die Haupttat Kenntnis (knowledge) der wesentlichen objektiven wie tätersubjektiven Tatsachen haben.<sup>42</sup> Vorsatz (intent) umfasst nach überwiegender Ansicht nicht nur eine zweckgerichtete Absicht (direct intent), sondern auch sicheres Wissen (oblique intention).<sup>43</sup> Allerdings ist die Rechtsprechung alles andere als kohärent, denn es finden sich auch Entscheidungen, in denen sogar „bewusste Fahrlässigkeit“ (recklessnes) für ausreichend erachtet wurde, während andere – dem diametral entgegengesetzt – ein Bezwecken der Haupttat (purpose) verlangen.<sup>44</sup>

#### 3. Die geringere Relevanz der Unterscheidung

Insgesamt zeigt sich, dass der Anwendungsbereich der Täterschaft im deutschen Recht tendenziell umfassender ist als im englischen, womit das Umgekehrte für die Teilnahme gilt. Dies mag auch daran liegen, dass es im englischen Recht kein „Bedürfnis“ nach einer Ausweitung der Täterstrafbarkeit

gibt: Während nämlich im deutschen Recht die Unterscheidung von einiger Bedeutung für die Klarstellung des Schuldspruches und die Straffrahmen (vgl. § 27 Abs. 2 StGB) ist, wird der Teilnehmer im englischen Recht nach Accessories and Abettors Act 1861, section 8 (s.o.) wie ein Täter angeklagt, verurteilt und bestraft.<sup>45</sup> Somit ist die Unterscheidung zwischen beiden Kategorien im englischen Recht von weitaus geringerer Bedeutung.<sup>46</sup>

Dies geht sogar so weit, dass selbst dann aus dem einschlägigen Delikt verurteilt werden kann, wenn in tatsächlicher Hinsicht nicht geklärt werden kann, welcher von zwei Beteiligten den Tatbestand selbst erfüllt hat und welcher den anderen dabei unterstützt hat. Mithin muss nur bewiesen werden, dass der Angeklagte entweder Täter oder mindestens Teilnehmer war und eine nichtstrafbarkeitsbegründende Sachverhaltskonstellation ausgeschlossen werden kann.<sup>47</sup> Unter demselben Tatbestand ist in solchen Fällen<sup>48</sup> eine alternative Anklage ähnlich einer unechten Wahlfeststellung möglich,<sup>49</sup> ohne dass – sehr zum Missfallen von Opfern und deren Angehörigen – genauer aufgeklärt werden muss, wer welchen Tatbeitrag geleistet hat.<sup>50</sup>

Dennoch ist die Unterscheidung zwischen Täter und Teilnehmer nicht vollkommen irrelevant, sodass im englischen Recht auch nicht de facto ein Einheitstätersystem gesehen werden kann.<sup>51</sup> Vor allem auf der Ebene der mens rea macht sich der Unterschied bemerkbar, insbesondere bei verschuldensunabhängigen Haupttaten (strict liability offences): Wäh-

<sup>45</sup> Deziert gegen das deutsche Modell *Ashworth/Holder* (Fn. 19), S. 421 f.

<sup>46</sup> *Hamdorf*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 208 (218); vgl. auch *Fletcher*, *Rethinking Criminal Law*, 1978, S. 637.

<sup>47</sup> *R. v. Jogee*, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681 (685, 705); *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 481 f.

<sup>48</sup> Allerdings soll dort, wo möglich, der Tatbeitrag in der Anklage spezifiziert werden, vgl. *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 206.

<sup>49</sup> *Ashworth/Holder* (Fn. 19), S. 421; *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 481.

<sup>50</sup> Eine ähnliche Kritik formuliert *Puppe*, *ZIS* 2007, 234 (239), im Hinblick auf die Behandlung von Mittätern nach § 25 Abs. 2 StGB: „Die Lösung [für Kausalitätsprobleme] besteht darin, dass man nicht die Mittäterschaft des Angeklagten damit begründet, dass er einen kausalen Tatbeitrag für die Tatbestandsverwirklichung geleistet hat, sondern umgekehrt die Kausalität damit, dass er Mittäter ist und ihm daher das Verhalten anderer Tatgenossen wie eigenes zuzurechnen ist.“

<sup>51</sup> Vgl. *Jackson*, *Complicity in International Law*, 2015, S. 22 ff., der drei Ebenen der Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheidet: das Vorhandensein unterschiedlicher Kategorien, unterschiedliche Schuldsprüche sowie unterschiedliche Bestrafung. Im englischen Recht sei nur eine Differenzierung auf der ersten Ebene vorhanden, aber nicht auf Ebene von Verurteilungstenor und Bestrafung. Aus Gründen der Klarstellung (fair labelling) sieht er ein solches Modell allerdings kritisch.

<sup>36</sup> *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 214.

<sup>37</sup> *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 279.

<sup>38</sup> *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 216 f.

<sup>39</sup> Vgl. *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 488 f., die die Anwendung des procuring auf Fälle kritisch sehen, in denen der Vordermann z.B. infolge eines Irrtums ohne mens rea handelt und Täterschaft des Hintermanns kraft innocent agency wegen der tatbestandlich geforderten Eigenhändigkeit ausscheidet.

<sup>40</sup> Attorney General's Reference (No.1 of 1975) [1975] Q.B. 773.

<sup>41</sup> *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 489.

<sup>42</sup> So jüngst *R. v. Jogee*, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681 (686); *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 224; *Ashworth/Holder* (Fn. 19), S. 434.

<sup>43</sup> Vgl. zur Diskussion *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 225 ff. m.w.N.

<sup>44</sup> *Ashworth/Holder* (Fn. 19), S. 432 ff., 450.

rend nämlich für die Verurteilung als Täter schon die Erfüllung der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen (*actus reus*) ausreicht, muss der Teilnehmer an einem solchen Delikt die subjektiven Voraussetzungen (*mens rea*) der Teilnahme aufweisen.<sup>52</sup> Teilweise zeigen sich auch Unterschiede in den Rechtsfolgen, wenn etwa dem Täter gewisser Verkehrsdelikte die Fahrerlaubnis entzogen werden muss und dies beim Teilnehmer in das Ermessen des Gerichts gestellt wird.<sup>53</sup> Schließlich ist eine Teilnahmestrafbarkeit in Bezug auf gewisse Delikte ausgeschlossen, z. B. ist keine Teilnahme natürlicher Personen möglich, wenn ein Unternehmen Täter eines Totschlags (*corporate manslaughter*) ist.<sup>54</sup>

### III. Die Figur des *joint enterprise*

Die richterrechtlich entwickelte Figur des *joint enterprise* ist wegen ihrer (bislang) umstrittenen Kategorisierung schwer im obigen System zu erfassen (1.). Ihre hauptsächliche (eigenständige) Bedeutung hatte sie bislang im Bereich der Exzesszurechnung (2.), jedoch ist nach *R. v. Jogee* fraglich, ob daran noch festzuhalten sein wird (3.).

#### 1. Die unklare Terminologie und Kategorisierung im englischen Beteiligungssystem

Der Begriff des *joint enterprise* ist kein *terminus technicus*,<sup>55</sup> sondern wird in einem weiten Sinne für Fallkonstellationen verwendet, in denen mehrere Personen eine Tat begehen – so auch für Mittäter (*joint principals*) oder gewöhnliche Täter-Teilnehmer-Konstellationen.<sup>56</sup> In einem engen Sinne ist mit dem Begriff eine Exzesszurechnungssituation gemeint, in der mehrere Komplizen zusammen ein Delikt A begehen wollen (*common criminal end* oder *common criminal purpose*) und bei dieser Begehung einer ein nicht verabredetes Exzessdelikt B verwirklicht.<sup>57</sup> Die Figur des *joint enterprise* fungiert dabei als Instrument der Zurechnung des Exzessdelikts zu dem anderen Komplizen.

Jedenfalls bis zu *R. v. Jogee* wurde intensiv diskutiert, ob es sich um eine Unterform einer gewöhnlichen Teilnahme am Exzessdelikt oder um eine dritte, eigenständige Kategorie der Beteiligung handelt.<sup>58</sup> Überwiegend – und dem folgt unmissverständlich auch *R. v. Jogee* – werden *joint enterprise*-Fälle nur als Unterfälle der normalen Teilnahme mit der Besonderheit angesehen, dass das *assisting/encouraging* gerade im Abschließen einer Vereinbarung (*agreement*) besteht, die für

die Teilnahme im Allgemeinen keine notwendige Voraussetzung ist.<sup>59</sup>

Für die Zwecke dieses Beitrags steht jedoch die Frage im Vordergrund, an welche Voraussetzungen die Zurechnung eines Exzessdelikts vor/nach *R. v. Jogee* geknüpft ist/war:

#### 2. Die Exzesszurechnung bislang

##### a) *Chan Wing-Siu*

Die bisherige Rechtsprechung beruhte auf dem 1984 ergangenen Urteil *Chan Wing-Siu*<sup>60</sup> des geheimen Kronrats (*Judicial Committee of the Privy Council*). In dem Fall aus Hongkong wollten nach der Version der Anklage drei Angeklagte einen Mann in dessen Wohnung ausrauben (*robbery*). Alle drei drangen, jeweils mit einem Messer ausgerüstet, in die Wohnung ein, nachdem die Ehefrau des späteren Opfers die Tür geöffnet hatte. Während einer der Angeklagten die Ehefrau „in Schach hielt“, drängten die anderen beiden den Ehemann in die Küche, wo er schließlich abgestochen wurde. Alle drei Angeklagten – also auch der, der nicht in der Küche war – wurden wegen Mordes (*murder*) verurteilt (und mit dem Tode bestraft).

Vor dem *Privy Council* wurde die Belehrung der Jury durch den Verfahrensrichter gerügt, wonach es für eine Mordverurteilung ausreichte, dass der jeweilige Angeklagte entweder selbst mit dem Vorsatz einer schweren Körperverletzung<sup>61</sup> zustach oder dass einer der anderen dies tat und der jeweilige Angeklagte diese Möglichkeit ins Auge fasste (*contemplated that either of his companions might use a knife to cause serious bodily injury*).

Sir Robin Cooke als Berichterstatter wies diese Rüge zurück und stellte fest, dass es sich hier nicht um eine gewöhnliche Teilnahme handele, bei der der Angeklagte vorsätzlich in Bezug auf das Delikt handeln müsse. Vielmehr könne eine Verurteilung auf Basis eines umfassenderen Prinzips erfolgen, wonach eine Zurechnung bereits dann erfolgt, wenn der Teilnehmer das Delikt des unmittelbar Ausführenden als Folge der gemeinsamen deliktischen Unternehmung nur vorhersieht, worin eine Billigung (*authorisation*) zu sehen sei:

„In the typical case [of aiding and abetting], the same or the same type of offence is actually intended by all the parties acting in concert. In view of the terms of the directions to the jury here, the Crown does not seek to support the present convictions on that ground. The case must depend rather on the wider principle whereby a secondary party is criminally liable for acts by the primary offender of a type which the former foresees but does not necessarily intend. That there is such a principle is not in doubt. It turns on contemplation or, putting the same idea in oth-

<sup>52</sup> *Hamdorf*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 208 (218); *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 207.

<sup>53</sup> *Road Traffic Offenders Act 1988*, section 34 (5).

<sup>54</sup> *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007*, section 18 (1).

<sup>55</sup> *R. v. Jogee*, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 688 (703).

<sup>56</sup> *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 239 f.

<sup>57</sup> *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 437; *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 240.

<sup>58</sup> *Ashworth/Horder* (Fn. 19), S. 437 m.w.N.; *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 504 m.w.N.

<sup>59</sup> *R. v. Jogee*, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681 (688, 703 f.); *Ormerod/Laird* (Fn. 9), S. 243.

<sup>60</sup> *Chan Wing-Siu v. The Queen* [1985] A.C. 168.

<sup>61</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung in England, aber – jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt – auch in Hongkong, reicht für Mord ein Vorsatz in Bezug auf die Herbeiführung einer schweren Körperverletzung aus.

er words, authorisation, which may be express but is more usually implied. It meets the case of a crime foreseen as a possible incident of the common unlawful enterprise. The criminal liability lies in participating in the venture with that foresight.“<sup>62</sup>

*Smith* bezeichnete diese (neue<sup>63</sup>) Zurechnungsfigur als eine „parasitic accessory liability“<sup>64</sup>. Erforderlich war danach eine lediglich kognitive Erfassung der potenziellen Begehung des Exzessdelikts.

### b) *Powell and English*

Bezogen auf England erhielt dieses Prinzip 1997, in den verbundenen Fällen *R. v. Powell* und *R. v. English*<sup>65</sup>, ausdrückliche Anerkennung vom House of Lords, nachdem es unterinstanzlich schon angewendet worden war:

In *Powell* bestand der Zweck des drei Personen umfassenden joint enterprise darin, von einem Händler Drogen zu kaufen. Im Zuge dieses Vorhabens wurde der Drogendealer jedoch erschossen, wobei nicht aufgeklärt werden konnte, welcher der drei Angeklagten geschossen hatte. Dennoch wurden alle wegen Mordes verurteilt, nachdem die Jury dahin belehrt worden war, dass es ausreichte, wenn die beiden Nichtschützen weiterhandelten, obwohl sie realisierten, dass der Dritte morden könnte.

*English* griff zusammen mit einer weiteren Person einen Polizisten an, um jenen durch Schläge mit einem Holzpfosten zu verletzen. Dabei zog der Komplize jedoch ein Messer und tötete den Polizisten. Obwohl *English* möglicherweise gar nicht wusste, dass sein Komplize ein Messer bei sich hatte, wurde er wegen Mordes verurteilt. Denn der Verfahrensrichter hatte die Jury dahin belehrt, dass es ausreichte, wenn *English* realisierte, dass der Komplize möglicherweise mit dem Holzpfosten töten würde. Zu einer Exzesskonstellation kam hier also eine weitere Kausalabweichung hinzu.

Dem House of Lords wurde in beiden Fällen die Frage vorgelegt, ob es in Bezug auf einen Teilnehmer ausreicht, dass dieser die Möglichkeit des vorsätzlichen Mordes durch den Haupttäter vorhersah, oder ob er stattdessen selbst Mordvorsatz (also hinsichtlich einer Tötung bzw. einer schweren Körperverletzung) haben muss. Im Fall *English* kam als zweite Frage hinzu, ob die Abweichung zwischen der vorhergesehenen/intendierten und der tatsächlich ausgeübten Tötungshandlung beachtlich ist.

Lord Hutton als Berichterstatter beantwortete die erste Frage nach einer Rechtsprechungsanalyse dahingehend, dass – im Gegensatz zu der obigen Formulierung in *Chan Wing-Siu* – eine (stillschweigende) Billigung für die Zurechnung eines Exzessdelikts nicht notwendig sei, sondern die Realisierung der Möglichkeit der Begehung ausreiche:

<sup>62</sup> *Chan Wing-Siu v. The Queen* [1985] A.C. 168, 175.

<sup>63</sup> *R. v. Jogee*, *The Weekly Law Reports* 2 (2016), 681, 700; *Hamdorf*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 208 (221).

<sup>64</sup> *Smith*, *Law Quarterly Review* 113 (1997), 453 (455).

<sup>65</sup> *R. v. Powell* (Anthony); *R. v. English* [1999] 1 A.C. 1.

„Therefore when two parties embark on a joint criminal enterprise one party will be liable for an act which he contemplates may be carried out by the other party in the course of the enterprise even if he has not tacitly agreed to that act.“<sup>66</sup>

Dem Einwand, dass es inkonsequent sei, eine Mordverurteilung bei einem Haupttäter an dessen Vorsatz (intention to kill or cause grievous bodily harm) zu knüpfen, für einen Teilnehmer in subjektiver Hinsicht aber weniger zu verlangen, entgegnete das Gericht mit der Feststellung, dass das common law eben nicht nur auf Logik basiere. Vielmehr finde diese Differenzierung ihre Rechtfertigung in dem praktischen Bedürfnis nach einer wirksamen Bekämpfung von „Gang“-Kriminalität:

„My Lords, I recognise that as a matter of logic there is force in the argument advanced on behalf of the appellants, and that on one view it is anomalous that if foreseeability<sup>67</sup> of death or really serious harm is not sufficient to constitute mens rea for murder in the party who actually carries out the killing, it is sufficient to constitute mens rea in a secondary party. But the rules of the common law are not based solely on logic but relate to practical concerns and, in relation to crimes committed in the course of joint enterprises, to the need to give effective protection to the public against criminals operating in gangs.“<sup>68</sup>

Lord Steyn fügte dem die einem joint criminal enterprise immanente Eskalationsgefahr hinzu, die es durch eine strenge Haftung einzudämmen gelte.<sup>69</sup> Eine zweite Erwägung des Berichterstatters für unterschiedliche subjektive Anforderungen war, dass der Teilnehmer im Gegensatz zum Haupttäter nicht situativ entscheiden müsse, ob er seinen Tatbeitrag verwirkliche:

„A further consideration is that, unlike the principal party who carries out the killing with a deadly weapon, the secondary party will not be placed in the situation in which he suddenly has to decide whether to shoot or stab the third person with intent to kill or cause really serious harm.“<sup>70</sup>

Die Antwort auf die vorgelegte Frage lautete mithin:

„[It] is sufficient to found a conviction for murder for a secondary party to have realised that in the course of the

<sup>66</sup> *R. v. Powell* (Anthony); *R. v. English* [1999] 1 A.C. 1, 20.

<sup>67</sup> Dass hier sogar von Vorhersehbarkeit anstatt von Vorhersehen der Möglichkeit die Rede ist, dürfte auf einem Versehen beruhen, weil im weiteren Verlauf des Urteils wieder vom Vorhersehen die Rede ist.

<sup>68</sup> *R. v. Powell* (Anthony); *R. v. English* [1999] 1 A.C. 1, 25.

<sup>69</sup> *R. v. Powell* (Anthony); *R. v. English* [1999] 1 A.C. 1, 14.

<sup>70</sup> *R. v. Powell* (Anthony); *R. v. English* [1999] 1 A.C. 1, 26.



joint enterprise the primary party might kill with intent to do so or with intent to cause grievous bodily harm.“<sup>71</sup>

Die zweite Frage nach der Kausalabweichung beantwortete das Gericht zugunsten von English. Es ließ das Vorhersehen allein der abstrakten Tatbestandserfüllung nicht ausreichen, sondern bezog es auf die konkrete tatbestandserfüllende Handlung. Daher hob es die Verurteilung wegen Mordes auf, weil Messerstiche eine andere Qualität haben als Schläge mit einem Holzpfosten. Allerdings qualifizierte das Gericht dies wiederum insoweit, als eine Zurechnung dann möglich sei, wenn das tatsächlich benutzte Werkzeug genauso gefährlich wie das vorhergesehene ist. Daher wäre eine Zurechnung nach Ansicht des Gerichts möglich gewesen, wenn English einen Mord durch eine Schusswaffe vorhergesehen hätte, der dann tatsächlich mit einem Messer ausgeführt worden wäre.<sup>72</sup>

### c) Auswirkungen dieser Rechtsprechung

Diese bis Anfang 2016 durchgehaltene Rechtsprechung hatte besonders gravierende Auswirkungen, wenn die Exzesstat, wie meistens, in einem Mord bestand. Da der die Möglichkeit dieses Mordes durch seinen Komplizen nur vorhersehende Teilnehmer aufgrund der oben genannten prozessualen Behandlung von Teilnehmern auch wegen Mordes verurteilt und bestraft wurde, bedeutete dies bei über 21 Jahre alten Tätern eine lebenslange Gefängnisstrafe (imprisonment for life). Dies hat zwar, wie im deutschen Recht, nicht notwendig die tatsächliche Vollstreckung der Freiheitsstrafe bis zum Lebensende zur Folge. Denn nach dem Criminal Justice Act 2003, section 269 i.V.m. Schedule 21 wird in derartigen Fällen vom Richter eine Mindestvollstreckungsdauer (tariff), abhängig von der Schwere der Tat und den Umständen des Täters, festgelegt, vor der die Vollstreckung nicht ausgesetzt wird. Allerdings belaufen sich derartige Mindestvollstreckungsdauern in der Regel auf Jahrzehnte und können im äußersten Fall sogar die restliche Lebenszeit (sog. whole-life order) umfassen.<sup>73</sup>

Da es sich in joint enterprise-Fällen typischerweise um „Gang“-Kriminalität handelte, waren besonders häufig Jugendliche und junge Erwachsene – diese oft dazu der schwarzen oder asiatischen Community angehörend – von derartigen Verurteilungen betroffen. Dort sind die Strafen für einen Mord ebenfalls beachtlich: Bei unter 21 Jahre alten Tätern wird ebenfalls zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt, jedoch sind in diesen Fällen whole-life orders nicht möglich.<sup>74</sup> Unter 18-Jährige werden At Her Majesty’s Pleasure zunächst

auf unbestimmte Zeit eingesperrt – die Ausgangsmindestvollstreckungsdauer beträgt hier aber immerhin zwölf Jahre.<sup>75</sup>

### 3. Der Exzess nach R. v. Jogee

Diese weite Zurechnungsregel wurde im Februar 2016 durch R. v. Jogee modifiziert. Im Folgenden wird gezeigt, worin die Rechtsprechungsänderung bestand (a), was die Gründe dafür waren (b) und wie sich diese auf Altfälle auswirkt (c).

#### a) Die Erhöhung der subjektiven Schwelle

In den der Entscheidung zugrunde liegenden Fällen waren sowohl Jogee als auch Ruddock wegen Mordes verurteilt und mit lebenslanger Haft bestraft worden.<sup>76</sup> Beide Verurteilungen basierten auf der joint enterprise-Doktrin, d.h. auf dem bloßen Vorhersehen der Möglichkeit eines Exzesses des jeweiligen Komplizen im Rahmen der gemeinsamen Begehung eines Grunddelikts. In Jogee bestand das Grunddelikt in einem tätlichen Angriff auf das Opfer, bei Ruddock in einem Raub.<sup>77</sup>

Die wesentliche Aussage der Entscheidung besteht nun darin, dass das bloße Vorhersehen der Möglichkeit des Exzessdelikts nicht mehr für eine Verurteilung des nicht eigenhändig die Tathandlung ausführenden Komplizen wegen des Exzessdelikts ausreicht. Vielmehr muss er die Begehung des Exzessdelikts vorsätzlich (intent) unterstützen, was auch einen Vorsatz im Hinblick auf die ggf. erforderliche<sup>78</sup> mens rea des Täters einschließt. Das kognitive Vorhersehen der Möglichkeit ist dabei nur noch für die prozessuale Beweisbarkeit dieses Vorsatzes von Belang:

„We consider that the proper course for this court is to restate, as nearly and clearly as we may, the principles which had been established over many years before the law took a wrong turn. The error was to equate foresight with intent to assist, as a matter of law; the correct approach is to treat it as evidence of intent. The long-standing pre Chan Wing-Siu practice of inferring intent to assist from a common criminal purpose which includes the further crime, if the occasion for it were to arise, was always a legitimate one; what was illegitimate was to treat foresight as an inevitable yardstick of common purpose.“<sup>79</sup>

Dem weiteren Beteiligten muss nach der neuen Rechtsprechung damit nachgewiesen werden, dass sein Vorsatz auch

<sup>71</sup> R. v. Powell (Anthony); R. v. English [1999] 1 A.C. 1, 27.

<sup>72</sup> R. v. Powell (Anthony); R. v. English [1999] 1 A.C. 1, 30.

<sup>73</sup> Die Festsetzung eines „whole-life term“ verstößt nicht gegen Art. 3 EMRK, sofern bei besonderen Umständen de iure und de facto eine vorzeitige Haftentlassung möglich ist. Ob dies für das englische Recht zutrifft, war in den letzten Jahren Gegenstand einiger Entscheidungen englischer Gerichte und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, vgl. dazu EGMR, Urt. v. 17.1.2018 – 57592/08 (Hutchinson v. Vereinigtes Königreich) m.w.N.

<sup>74</sup> Criminal Justice Act 2003, section 269 (4).

<sup>75</sup> Vgl. zum tariff-System auch

[http://www.cps.gov.uk/legal/s\\_to\\_u/sentencing\\_-\\_mandatory\\_life\\_sentences\\_in\\_murder\\_cases/](http://www.cps.gov.uk/legal/s_to_u/sentencing_-_mandatory_life_sentences_in_murder_cases/) (27.3.2019).

<sup>76</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (683).

<sup>77</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (709–711).

<sup>78</sup> Bei strict liability-Delikten bedarf es also nur des Vorsatzes des Teilnehmers im Hinblick auf die objektiven Umstände der Haupttat, vgl. R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (708).

<sup>79</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (705).

die „Exzesstat“ für den Fall umfasst, dass sich eine entsprechende „Exzesssituation“ stellte (sog. conditional intent).<sup>80</sup>

### b) Gründe für die Rechtsprechungsänderung

Eine Reihe von Gründen bewog den Gerichtshof zu seiner Korrektur der Rechtsprechung, welche seiner Meinung nach in Chan Wing-Siu in eine falsche Richtung abgelenkt war. So seien nach Ansicht des Gerichtshofs sowohl in Chan Wing-Siu als auch in Powell die (englischen) Präzedenzfälle nur unvollständig analysiert worden.<sup>81</sup> Ferner sei die alte Regel nicht nur schwierig für die Gerichte zu handhaben, sondern auch hoch umstritten gewesen, wenngleich der Gerichtshof ebenso den in der Öffentlichkeit häufig wahrnehmbaren Irrtum richtigstellte, wonach die bloße Anwesenheit einer Person am Tatort eines Delikts eine Zurechnung begründe.<sup>82</sup> Darüber hinaus handele es sich bei der Teilnehmerstrafbarkeit (secondary liability) um einen wichtigen Aspekt des common law, der bei falscher Anwendung korrigiert werden müsse.<sup>83</sup>

Insbesondere nahm der Gerichtshof Anstoß an der auf Strafbarkeitslücken basierenden Begründung für die Annahme des Vorhersehensstandards. So entgehe der Teilnehmer, der keinen Vorsatz in Bezug auf das Exzessdelikt hat, deswegen keiner Strafbarkeit wegen der Exzesstat. Denn nach englischem Recht wäre er regelmäßig des Totschlags (manslaughter), der im englischen Recht eine Art Erfolgsqualifikation sein kann, mit einer potenziell lebenslangen Freiheitsstrafe schuldig.<sup>84</sup> Daher sei auch nicht belegt, dass eine effektive Bekämpfung der „Gang“-Kriminalität vor Chan Wing-Siu nicht möglich gewesen sei.<sup>85</sup> Schließlich wies der Gerichtshof das Argument zurück, dass der Komplize mehr Zeit zum Nachdenken habe. Dies sei in vielen Fällen gerade nicht gegeben, da auch das Grunddelikt spontan begangen werden könne (als Beispiel führt der Gerichtshof eine Barschlägerei an).<sup>86</sup>

Gerade in Mordfällen führte der Vorhersehensstandard in Bezug auf den Teilnehmer zu einer Ausweitung des ohnehin

schon geringe subjektive Anforderungen stellenden Mordtatbestands zulasten des Totschlagstatbestands.<sup>87</sup> Denn damit stelle sich der Mord in Bezug auf den Teilnehmer als eine Art Erfolgsqualifikation<sup>88</sup> dar mit der seltsamen Folge, dass beim Teilnehmer geringere Anforderungen an die innere Tatseite gestellt werden als beim Haupttäter, welcher den Vorsatz zur Tötung bzw. zu einer schweren Körperverletzung (intention to kill or to cause grievous bodily harm)<sup>89</sup> haben muss.<sup>90</sup>

Schließlich bringe die Rechtsprechungsänderung das common law in Einklang mit dem jüngeren geschriebenen Gesetzesrecht (statutory law).<sup>91</sup> Denn der Gesetzgeber habe in Serious Crime Act 2007, section 44 (2)<sup>92</sup> – einem Statut, das gewisse „Teilnahmehandlungen“ unabhängig von der Begehung der Haupttat selbstständig unter Strafe stellt – explizit ausgeführt, dass dort das bloße Vorhersehen, eine Handlung würde zu einer Straftat ermutigen/Hilfe leisten, für sich genommen gerade noch nicht ausreiche, um auf den erforderlichen Vorsatz zur Ermutigung/Hilfeleistung zu schließen. Dazu ist allerdings anzumerken, dass das Statut entgegen dem Verständnis des Gerichtshofs nicht vom joint enterprise-Standard des Vorhersehens der Möglichkeit spricht, sondern von bloßer Vorhersehbarkeit (foreseeable

<sup>87</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (704).

<sup>88</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (704). Vgl. dazu schon Lord Steyn in R. v. Powell (Anthony); R. v. English [1999] 1 A.C. 1, 13–14, der diesen Einwand sah, ihn aber für hinnehmbar hielt, weil es sich eben um keine *echte* Erfolgsqualifikation handele. So sei nämlich zu unterscheiden zwischen Rücksichtslosigkeit (recklessness) im Hinblick auf eine Todesverursachung und im Hinblick auf eine vorsätzliche Tötung durch einen anderen (im Anschluss an eine Differenzierung von *Smith*, Law Quarterly Review 113 [1997], 453, 464).

<sup>89</sup> Vgl. *Ashworth/Holder* (Fn. 19), S. 244.

<sup>90</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (704); vgl. schon *Child/Ormerod* (Fn. 7), S. 509. Freilich ist zu beachten, dass die Anforderungen zwischen Haupttäter und Komplizen auch nach neuer Rechtsprechung nicht völlig identisch sind. Denn der Vorsatz des Komplizen bezieht sich gerade auf die Begehung der Haupttat durch den Täter mit entsprechenden objektiven und ggf. erforderlichen subjektiven Elementen, während der Haupttäter selbst das nach dem jeweiligen Tatbestand ggf. erforderliche mens rea-Element aufweisen muss.

<sup>91</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (705); krit. zu diesem Argument *Buxton*, Criminal Law Review 5 (2016), 324 (330 f.); *Virgo*, Archbold Review 9 (2016), 6.

<sup>92</sup> Serious Crime Act 2007, section 44:

„Intentionally encouraging or assisting an offence

(1) A person commits an offence if—

(a) he does an act capable of encouraging or assisting the commission of an offence; and

(b) he intends to encourage or assist its commission.

(2) But he is not to be taken to have intended to encourage or assist the commission of an offence merely because such encouragement or assistance was a foreseeable consequence of his act.“

<sup>80</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (706 f.).

<sup>81</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (704); zu dieser These wiederum krit. und mit einer eindrucksvollen Wiedergabe der Rspr. mehrerer Jahrhunderte *Stark*, Cambridge Law Journal 75 (2016), 550.

<sup>82</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (703 f.).

<sup>83</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (704).

<sup>84</sup> Vgl. R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (702 f.). Es handelt sich dabei um einen „constructive manslaughter“, eine Art Erfolgsqualifikation, die voraussetzt, dass eine rechtswidrige und gefährliche Handlung den Tod des Opfers verursacht hat, vgl. dazu im Einzelnen *Ashworth/Holder* (Fn. 19), S. 286 ff.; a.A. zur Möglichkeit des Rückgriffs auf manslaughter *Baker*, Journal of Criminal Law 80 (2016), 446, der stattdessen eine Verurteilung nach den Serious Crime Act 2007, sections 44, 45 vorschlägt.

<sup>85</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (703).

<sup>86</sup> R. v. Jogee, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (703).



consequence). Genau diese Unterscheidung erscheint auch in Criminal Justice Act 1969, section 8 (1) angelegt, auf den der Gerichtshof ebenfalls rekurriert, wonach die Tatsache, dass ein Erfolg die natürliche und wahrscheinliche Konsequenz einer Handlung ist, gerade noch nicht notwendig den Vorsatz oder das Vorhersehen belegen müsse (Criminal Justice Act 1969, section 8 [1]<sup>93</sup>).

c) *Reaktionen und Auswirkungen auf Altfälle*

Das Urteil wurde sowohl in der Fachwelt als auch in der Öffentlichkeit überwiegend positiv aufgenommen.<sup>94</sup> Es wird aber auch davor gewarnt, seine Wirkung zu überschätzen, denn rein praktisch gesehen dürfte im Rahmen einer Beweiswürdigung nur in Ausnahmefällen nicht von einem Vorhersehen des etwaigen Exzesses bei gleichzeitiger Weiterbeteiligung auf den bedingten Vorsatz (conditional intention) geschlossen werden.<sup>95</sup> Immerhin von Jooee selbst ist aber öffentlich bekannt, dass er nach erneuter Verhandlung nur noch wegen Totschlags (manslaughter) zu einer Gefängnisstrafe von zwölf Jahren verurteilt wurde (anstatt der ursprünglichen lebenslangen Freiheitsstrafe bei einer Mindestvollstreckungsdauer von 20 Jahren wegen Mordes, die vom Court of Appeal noch auf 18 Jahre herabgesetzt worden war<sup>96</sup>).<sup>97</sup>

Wenig Anlass zur Freude haben die vielen auf Grundlage der alten Rechtsprechung Verurteilten (*Buxton* nennt die Zahl von 300 bis 500 Strafgefangenen, die eine obligatorisch lebenslange Freiheitsstrafe absitzen und von Jurys verurteilt wurden, welche nach dem Chan Wing Siu-Prinzip belehrt worden waren<sup>98</sup>). Die Richter stellten in *R. v. Jooee* nämlich klar, dass diese Entscheidung nicht zur Folge habe, dass alle

früheren Verurteilungen hinfällig (invalid) wären.<sup>99</sup> Der einzige Weg, eine solche Verurteilung anzugreifen, besteht in der außerordentlichen Zulassung eines späten Rechtsmittels (exceptional leave to appeal out of time) durch den Court of Appeal. Allerdings ist dieser Weg nicht allein wegen einer Rechtsprechungsänderung erfolgsversprechend. Vielmehr muss ein erhebliches Unrecht dargelegt werden (substantial injustice).<sup>100</sup>

Bislang jedoch hat der Court of Appeal von England/Wales – unter lautstarkem Protest<sup>101</sup> – die meisten derartiger Anträge abgelehnt, weil in keinem der Fälle eine substantial injustice in dem Sinne dargetan war, dass es bei Belehrung nach neuer Rechtsprechung nicht zu der jeweiligen Verurteilung gekommen wäre.<sup>102</sup> Auch der Court of Appeal von Nordirland hat in einem Musterverfahren alle derartigen Anträge abgelehnt.<sup>103</sup> Die restriktive Haltung der Gerichte hat mittlerweile Kritik vonseiten mehrerer Parlamentsmitglieder hervorgerufen.<sup>104</sup>

Soweit ersichtlich, war bislang überhaupt erst ein einziger Antrag erfolgreich: Dieser betraf den Fall eines Mannes namens John Crilly, der mit einem Komplizen in eine Wohnung einbrach. Um sicherzugehen, dass niemand zu Hause war, klingelte Crilly an der Haustür. Der schwerhörige Bewohner, ein älterer Herr, nahm dies jedoch nicht wahr, sodass die Komplizen nach Betreten des Hauses auf diesen trafen, wo Crillys Mitkomplize ihn – für Crilly überraschend – mit einem Schlag tötete. In diesem Fall wurde Crillys ursprüngliche Mordverurteilung (neben Raubes) durch eine wegen Totschlags ersetzt – mittlerweile ist er auf freiem Fuß.<sup>105</sup>

<sup>93</sup> Criminal Justice Act 1967, section 8:

„Proof of criminal intent

A court or jury, in determining whether a person has committed an offence,

(a) shall not be bound in law to infer that he intended or foresaw a result of his actions by reason only of its being a natural and probable consequence of those actions; but [...].“

<sup>94</sup> Vgl. *Persaud/Hughes*, The Law Society Gazette v. 11.4.2016, abrufbar unter

<https://www.lawgazette.co.uk/practice-points/joint-enterprise-wrong-turn-in-common-law/5054584.article>

(27.3.2019); *Warburton*, Journal of Criminal Law 80 (2016), 160; krit. etwa *Buxton*, Criminal Law Review 5 (2016), 324; *Stark*, Cambridge Law Journal 75 (2016), 550.

<sup>94</sup> *R. v. Jooee*, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (703 f.).

<sup>95</sup> Krit. etwa *Parsons*, Journal of Criminal Law 80 (2016), 173 (176); ähnlich *Omerod/Laird*, Criminal Law Review 8 (2016), 539 (552); *Stark*, Cambridge Law Journal 76 (2017), 4 (6).

<sup>96</sup> *Buxton*, Criminal Law Review 5 (2016), 324 (327).

<sup>97</sup> *Bowcott*, The Guardian v. 12.9.2016, verfügbar unter <https://www.theguardian.com/law/2016/sep/12/ameen-jooee-jailed-manslaughter-police-officer-joint-enterprise-test-case> (27.3.2019).

<sup>98</sup> *Buxton*, Criminal Law Review 5 (2016), 324 (332).

<sup>99</sup> *R. v. Jooee*, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (708). Auch im deutschen Recht ermöglicht eine Gesetzes- oder Rechtsprechungsänderung keine Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 5 StPO, vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 61. Aufl. 2018, § 359 Rn. 24.

<sup>100</sup> *R. v. Jooee*, The Weekly Law Reports 2 (2016), 681 (708); so dann auch der Court of Appeal selbst in *R. v. Johnson et al.* [2016] EWCA Crim 1613 Rn. 18–20.

<sup>101</sup> *Bowcott*, The Guardian v. 31.10.2016, verfügbar unter <https://www.theguardian.com/law/2016/oct/31/appeal-court-upholds-joint-enterprise-guilty-verdicts> (27.3.2019).

<sup>102</sup> *R. v. Johnson et al.* [2016] EWCA Crim 1613; *R. v. Varley* [2017] EWCA Crim 268 Rn. 32–36; *R. v. Agera* [2017] EWCA Crim 740 Rn. 36; *R. v. Smith* [2017] EWCA Crim 712 Rn. 35; krit. zu diesem hohen Standard *Buxton*, Criminal Law Review 2 (2017), 123 (124).

<sup>103</sup> *The Queen v. Skinner et al.* [2016] NICA 40 Rn. 88–103.

<sup>104</sup> *Bowcott*, The Guardian v. 25.1.2018, verfügbar unter <https://www.theguardian.com/law/2018/jan/25/senior-tories-urge-government-to-review-joint-enterprise-laws> (27.3.2019).

<sup>105</sup> *R. v. Crilly* [2018] EWCA Crim 168. Näheres bei *Hughes*, The Justice Gap, verfügbar unter <http://www.thejusticegap.com/john-crilly-first-successful-joint-enterprise-appeal-post-jooee/> (Abruf v. 27.3.2019).

#### IV. Joint enterprise im deutschen Recht – Anlass für eine Klarstellung der Rechtsprechung zum Mittäterexzess?

Die englische Rechtsprechungsänderung gibt Anlass dazu, sich mit der Behandlung solcher Fälle im deutschen Recht auseinanderzusetzen. Im Folgenden soll daher auf den Mittäterexzess eingegangen werden, wo die Problematik des Exzesses im deutschen Recht am meisten Aufmerksamkeit findet<sup>106</sup> und welcher bei funktionaler Betrachtung den joint enterprise-Konstellationen am ehesten entspricht.

Bei der Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB bildet der gemeinsame Tatplan sowohl den Grund als auch Grenze mittäterschaftlicher Zurechnung.

Bei der Zurechnung von (vermeintlichen) Exzesshandlungen zwischen Mittätern legt die Rechtsprechung einen vielfach zitierten Maßstab an, der an die Rechtsprechung aus der Zeit vor R. v. Jogee erinnert:

„Jeder Mittäter haftet zwar für das Handeln der anderen nur im Rahmen seines Vorsatzes, ist also für den Erfolg nur insoweit verantwortlich, als sein Wille reicht; ein Exzess der anderen fällt ihm nicht zur Last [...]. Jedoch werden Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muss, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat; ebenso ist er für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seines Tatgenossen gleichgültig ist [...].“<sup>107</sup>

Diese aus sich heraus nicht glasklare Passage eröffnet zwei Deutungsmöglichkeiten: Zum einen könnte sie beinhalten, dass der BGH ein „Rechnenmüssen“ mit der Exzesshandlung an sich als zurechnungsbegründend auffasst, dass er also Handlungen, mit denen gerechnet werden muss, *unwiderleglich* als vom Vorsatz umfasst erachtet. Dies würde der englischen Rechtsprechung vor R. v. Jogee mit dem Unterschied ähneln, dass schon die Vorhersehbarkeit – nicht das tatsächliche Vorhersehen der Möglichkeit des Exzesses – ausreicht. Zum anderen könnte das „Rechnenmüssen“ als bloßer Beweiswürdigungsumstand anzusehen sein, von dem man *widerleglich* auf eine Billigung der Exzesshandlung schließt. So verstanden würde die deutsche Rechtsprechung inhaltlich der Rechtsprechung nach R. v. Jogee entsprechen. Anders gewendet ist es fraglich, ob das „Rechnenmüssen“ selbst das maßgebliche Zurechnungskriterium oder ob es lediglich Indiz für das Vorliegen einer anderen Zurechnungsgröße (Billigen im Rechtssinne und damit Vorsatz) ist.

Eine genauere Analyse des Fallrechts liefert zumindest keine zweifelsfreie Antwort. Der BGH scheint eine Billigung der (Exzess-)Handlung zu verlangen und das Rechnenmüssen in folgedessen nur einen Beweiswürdigungsansatz darzustellen.

<sup>106</sup> Vgl. dazu aus jüngerer Zeit BGH, Beschl. v. 11.5.2016 – 1 StR 77/16; BGH, Urt. v. 4.11.2016 – 4 StR 195/16; BGH, Urt. v. 14.12.2016 – 2 StR 177/16 = NStZ 2017, 272; BGH, Beschl. v. 18.1.2018 – 2 StR 342/17.

<sup>107</sup> Statt vieler BGH NStZ 2005, 261 f.

len.<sup>108</sup> In diese Richtung geht vor allem eine Formulierung des 4. Strafsenats, die impliziert, dass das Rechnenmüssen nicht notwendig zur Zurechnung führen muss:

„Regelmäßig werden die Handlungen eines Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden musste, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat.“<sup>109</sup>

Andererseits findet sich etwa auch eine Formulierung, wie die folgende, die nahelegt, dass das Rechnenmüssen per se das maßgebliche Zurechnungskriterium sei:

„Die von der Kammer insoweit vorgenommene Zurechnung des Handelns der Mittäter (UA S. 45) stellt sich als bedenklich dar, da das Landgericht keine Erwägungen dazu anstellt, ob der Angeklagte mit den durch die Mittäter verursachten Verwüstungen rechnen musste (was für eine Zurechnung ausreichen würde [...]).“<sup>110</sup>

Zweifelhaft ist die BGH-Rechtsprechung zudem, soweit sie in Exzessfällen noch im Rahmen von Erfolgsqualifikationen an die Exzesshandlung anknüpft und beim Fahrlässigkeitsvorwurf (§ 18 StGB) auf das mit dem Rechnenmüssen sachlich identische Kriterium der Vorhersehbarkeit des Exzesses rekurriert.<sup>111</sup> Sollte nun das Rechnenmüssen maßgeblicher Zurechnungsmaßstab sein, ergäbe sich ein Widerspruch: Denn entweder muss mit der Exzesshandlung gerechnet werden – dann ist sie im Rahmen des Vorsatzdelikts zurechenbar – oder es muss nicht mit ihr gerechnet werden – dann ist sie mit ihrem Erfolg aber auch nicht vorhersehbar im Rahmen des § 18 StGB. Sollte demgegenüber die Billigung der Maßstab für die Handlungszurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB sein und eine solche wegen Exzesses gerade nicht vorliegen, erscheint es jedenfalls inkonsequent, für den Zurechnungsbezugspunkt der Erfolgsqualifikation unmittelbar an die Exzesshandlung anzuknüpfen und nicht an die noch einvernehmlich das Grunddelikt erfüllenden und damit mittäterschaftlich zurechenbaren Tathandlungen<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1973, 377: „Danach könnte das Urteil nur dann Bestand haben, wenn es eine eindeutige Feststellung dahingehend enthielte, daß die Angeklagten eine Gewaltanwendung des Schweregrades gebilligt hätten, wie sie G. angewendet hat.“ BGH NStZ 2002, 597 (598): „[...] legen nahe, dass der Angekl. sich mit der konkreten Vorgehensweise des Mitangekl. J einverstanden erklärt hat oder sie ihm zumindest gleichgültig war.“

<sup>109</sup> BGH NStZ 2012, 563.

<sup>110</sup> BGH, Beschl. v. 18.1.2018 – 2 StR 342/17; vom Rechnenmüssen als maßgeblicher Zurechnungsgröße scheint auch BGH NStZ 2013, 400, auszugehen.

<sup>111</sup> So wohl BGH NStZ 2005, 93 (94, „Schweinetrogfall“); deutlicher in BGH NStZ 2013, 280 (281); anders wohl BGH, Urt. v. 14.12.2016 – 2 StR 177/16 = NStZ 2017, 272, wo dieser Weg gar nicht in Betracht gezogen wird.

<sup>112</sup> So Heinrich NStZ 2005, 95 (96).

Wegen dieser Unklarheit ist es wünschenswert, dass der BGH die englische Rechtsprechungsänderung zum Anlass nimmt, seine eigene Rechtsprechung zur Exzesszurechnung einmal umfassend klarzustellen. Dabei hätte er auch Gelegenheit zu zeigen, dass er von der Rechtsentwicklung in anderen Rechtsordnungen Kenntnis nimmt, was im Sinne der immer wichtigeren Rolle der Rechtsvergleichung nur zu begrüßen wäre.

Diese Klarstellung sollte zugunsten des Maßstabs der Billigung erfolgen, auf das ein Rechnenmüssen/eine Vorhersehbarkeit lediglich hindeuten mag. Wäre das Rechnenmüssen/die Vorhersehbarkeit selbst der Maßstab, liefe dies auf eine reine Fiktion hinaus: Wenn der Mittäter mit der Exzesshandlung nur rechnen und sie sich nicht besonders vorstellen musste, bedeutete dies letztlich, dass der Vorsatz trotz Fehlens sowohl der kognitiven als auch der voluntativen Komponente und damit in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen fingiert würde. Letztlich beruhte die Mithaftung auf der bloßen Vorhersehbarkeit einer Handlung des Mittäters, was in der Sache eine Fahrlässigkeitshaftung darstellte. Insofern sind auch vereinzelte kritische Stimmen zu diesem Rechnenmüssensmaßstab nachvollziehbar.<sup>113</sup>

## V. Ergebnis

Im Ergebnis zeigt sich, dass die Frage der Exzesszurechnung rechtsordnungsübergreifend komplex ist und sich Tendenzen zeigen, vom allgemeinen Vorsatzerfordernis Abstriche zu machen.<sup>114</sup> Eine Abweichung oder Lockerung von allgemeinen Grundsätzen der Strafbarkeit ist jedoch nicht angezeigt, schon um nicht irgendwann den Boden des Schuldstrafrechts zu verlassen. Der englische Oberste Gerichtshof hat in einer vielbeachteten Entscheidung einen Schritt in die richtige Richtung getan. Es wäre zu begrüßen, wenn die BGH-Rechtsprechung die Entwicklung in England aufgreifen und ihre Positionierung im Hinblick auf die Zurechnung zwischen Mittätern ebenfalls unmissverständlich klarstellen würde.

---

<sup>113</sup> Vgl. *Puppe*, ZIS 2007, 234 (238): „Auch hier ist die Praxis mit der mittäterschaftlichen Zurechnung allzu rasch bei der Hand. Dass der Mittäter mit einer Abweichung von dem Tatplan rechnen musste, genügt jedenfalls nicht, ihm diese Abweichung als eigene Handlung und als vorsätzlich von ihm mitverursachten Erfolg zuzurechnen [...]“. Krit. zum – parallelen – Zurechnungsmaßstab der „Gleichgültigkeit“ *Eidam*, NSTZ 2017, 273 (274): „Wer auf so etwas wie eine Gleichgültigkeit abstellt, driftet ins Ungewisse ab [...]“.

<sup>114</sup> Zu weiteren europäischen Rechtsordnungen, vgl. *Weißer*, Täterschaft in Europa, 2011, S. 486 ff.