

## § 29: Teilnahme (Teil 1)

### I. Allgemeines – Strafgrund der Teilnahme

Die Beschäftigung mit den Strafgründen der Teilnahme ist auch für die Fallbearbeitung von Bedeutung, denn in Zweifelsfällen hilft der Rückgriff auf den Strafgrund der Teilnahme bei der Falllösung: Entspricht die Bestrafung einer Randfigur als Teilnehmer im konkreten Fall dem Sinn und Zweck der Strafgründe? Die folgenden Ausführungen gelten gleichermaßen für die Anstiftung und die Beihilfe. Es gibt mehrere Begründungsansätze des Strafgrundes der Teilnahme:

#### 1. Schuldteilnahmetheorie (vgl. *Mayer FS Rittler 1957 S. 243 ff.*; *Trechsel Der Strafgrund der Teilnahme 1967 S. 55*)

Die mittlerweile nicht mehr vertretene Schuldteilnahmetheorie sah den Strafgrund der Teilnahme darin, dass der Teilnehmer den Täter **in Schuld verstricke**.

- ⊕ Dieses Begründungsmuster wird im Falle eines Anstifters, der einen anderen zu dessen Tat bestimmt und ihn somit zum Täter macht, plastisch.
- ⊖ § 26 StGB setzt aber keine schuldhaftige Tat voraus („zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidrigen Tat“). Durch die Klarstellung in § 29 StGB überholt.

## 2. Verursachungs- bzw. Förderungstheorie (h.M., BGHSt 4, 358; Rudolphi ZStW 78 [1966] 92 ff.)

Diese Ansicht führt den Strafgrund der Teilnahme auf die mittelbare Einwirkung des Teilnehmers auf das durch die Tathandlung betroffene Rechtsgut zurück. Der Teilnehmer agiert also mittelbar durch den Täter rechtsgutsfeindlich. Entweder fördere der Teilnehmer die Tat (§ 27 StGB) oder er verursache sie (§ 26 StGB).

- ⊖ Es fehlt an der Benennung einer eigenständigen Schuld des Teilnehmers. Der Teilnehmer muss sich damit lediglich die Schuld des Täters zurechnen lassen, sein eigenes Unrecht wird also lediglich durch die konkrete Tathandlung des Täters ausgedrückt. Diese Theorie blickt damit zu stark auf das verwirklichte Erfolgsunrecht, ohne in angemessener Weise das Handlungsunrecht beim Teilnehmer zu erfassen, was insbesondere dann zu Problemen führen kann, wenn das angegriffene Rechtsgut dem Teilnehmer gegenüber gar keinen Schutz genießt; Bsp.: Nach der reinen Verursachungstheorie wäre etwa der Eigentümer zu bestrafen, der einen anderen zum Diebstahl einer ihm gehörenden Sache anstiftet.
- ⊕ Gleichzeitig verdeutlicht ein akzessorietätsorientierter Ansatz der Verursachungstheorie (vgl. *Roxin* Strafrecht AT II § 26 Rn.11 f.), dass der Teilnehmer nicht selbst die im Deliktstatbestand liegende Norm verletzt, sondern sein Unrecht in der Mitwirkung an der Normverletzung durch den Täter besteht.
- ⊕ Die Orientierung am Erfolgsunrecht ermöglicht es, den Teilnehmer nicht zu bestrafen, der an einem von ihm als solchen erkannten untauglichen Versuch des Haupttäters teilnimmt. Zwar ist auf

Täterseite volles Handlungsunrecht gegeben. Wer aber den Erfolgsunwert weder herbeiführen noch fördern will, macht sich nicht als Teilnehmer strafbar.

### **3. Theorie des selbstständigen Rechtsgutsangriffs des Teilnehmers (*Lüderssen* Zum Strafgrund der Teilnahme 1967 S. 117 ff.)**

Die obige Kritik an der Theorie der h.M. greift diese Konzeption auf und erklärt, der Teilnehmer nehme einen selbstständigen Rechtsgutsangriff vor und darin sei der Strafgrund zu sehen. Denn der Teilnehmer begehe eigenes Unrecht. Das Unrecht wird durch die Teilnahmehandlungen der §§ 26, 27 StGB beschrieben. Diese Teilnahmehandlungen kennzeichneten das Handlungsunrecht des Teilnehmers.

- ⊖ Gegen diese Theorie spricht, dass sie die Akzessorietät der Teilnahme – § 28 StGB (hierzu in den KK zu § 30) – zu der Haupttat nicht ausreichend berücksichtigt. Denn das Handlungsunrecht allein führt nicht stets zu einer Bestrafung; vgl. die straflose Teilnahme an einer Selbsttötung.

**Lit. zu I.:** *Kühl* AT § 20 Rn. 132; Übersicht bei *Geppert* Jura 2008, 34 f.

## II. Anstiftung (§ 26 StGB)

### 1. Strafgrund der Anstiftung

Die Theorien zum Strafgrund der Teilnahme sind quasi vor die Klammer gezogene Aspekte, die für beide Teilnahmeformen gleichermaßen gelten. Daneben ist es aber sinnvoll, sich auch den Strafgrund der Teilnahmeform der Anstiftung als solchen vor Augen zu halten, denn auch hier hilft die möglichst exakte Bestimmung des Strafgrundes bei der Lösung von Zweifelsfällen (die Relevanz der Diskussion für die Falllösung zeigt sich etwa in den auf KK 647 dargestellten Fällen des provozierenden Situationsarrangements).

#### a) Das Setzen einer notwendigen Bedingung – reine Verursachungstheorie (extensive Auslegung)

Es ließe sich argumentieren, der Strafgrund der Anstiftung liege in dem Setzen einer „für die Deliktsausführung notwendigen Bedingung“ (abl. LK/*Schünemann* § 26 Rn. 1).

- ⊖ Es ist allerdings ersichtlich, dass diese Umrisslinie zu weit gerät, denn gem. § 26 StGB ist der Anstifter „gleich einem Täter“ zu bestrafen; zu Recht wird daher darauf hingewiesen, dass Unrechtsgehalt von Täterschaft und Anstiftung sich in gewisser Hinsicht entsprechen müssen.

Die aktuellen Bemühungen der Verdeutlichung des Strafgrundes der Anstiftung sind folgerichtig von dem Bemühen getragen, die Reichweite der Anstiftung so zu konzipieren, dass eine Gleichstellung des Anstifters mit dem Täter tragfähig erscheint (vgl. LK/*Schünemann* § 26 Rn. 1).

## **b) Kollusive geistige Kommunikation – Theorie des geistigen Kontaktes (h.M.)**

Die h.M. sieht den Strafgrund der Anstiftung in der kollusiven geistigen Kommunikation zwischen Anstifter und Täter (vgl. *Roxin* AT II § 26 Rn. 74 ff.). Begründet wird dies damit, dass der Anstifter dem Täter nur dann in den Rechtsfolgen gleichgestellt werden könne, falls seine Einwirkung auf den Täter einen Grad erreiche, der die mangelnde Tatherrschaft im konkreten Geschehen ausgleiche. Diese Kompensation erfordere, dass der Anstifter im Wege einer kollusiven geistigen Kommunikation auf den Täter eindringe und diesem das „entscheidende Motiv zur Tatbegehung“ liefere (*Kühl* AT § 20 Rn. 172). Diese Theorie wird in verschiedenen Facetten vertreten, teilweise wird die kommunikative Beeinflussung für ausreichend erachtet, teilweise ein zielgerichtetes Auffordern gefordert.

## **c) Planherrschaft (restriktive Auslegung)**

Teilweise wird der Strafgrund der Anstiftung in der Planherrschaft des Anstifters gesehen (vgl. *Schulz* JuS 1986, 937 ff.). Erst die Planherrschaft über das Tatgeschehen lasse den Anstifter mit dem Täter gleichwertig erscheinen. Die Herrschaft über die Planung kompensiere die fehlende Tatherrschaft.

- ⊖ Diese Auffassung beschränkt die Anstiftung zu weitgehend. Die reine Beauftragung, die die Erstellung des Tatplanes dem Täter überlässt, wäre gar nicht erfasst (kritisch daher *LK/Schöne-mann* § 26 Rn. 6).

## *Prüfungsschema Anstiftung*

### **I. Tatbestand**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

- a) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat
- b) Bestimmen zu dieser Tat

#### **2. Subjektiver Tatbestand (sog. Doppelter Anstiftervorsatz)**

- a) Vorsatz bezüglich der Vollendung der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat
- b) Vorsatz bezüglich des Bestimmens

### **II. Rechtswidrigkeit**

### **III. Schuld**

## **2. „Bestimmen“ i.S.d. § 26 StGB**

Bestimmen ist das Hervorrufen des Tatentschlusses beim Täter. Welche Mittel für das Hervorrufen zu fordern sind, hängt jeweils davon ab, worin der Strafgrund der Anstiftung erblickt wird. Wer der reinen Verursachungstheorie folgen möchte, wird jedes Mittel für ausreichend erachten, dass letztlich den Tatentschluss

des Täters mitbedingt. Wer der Theorie des geistigen Kontaktes folgt, wird fordern müssen, dass gerade dieser kommunikative Prozess den Grund für die Tat darstellt.

Bedeutung erlangen die verschiedenen Theorien zum Strafgrund beim sog. **Situationsarrangement**. In diesen Fällen schafft eine Person eine Sachlage, deren Arrangement einen Dritten zu der Straftat anreizt bzw. verführt.

*Bsp.: A arbeitet in einem Supermarkt, er weiß, dass B in schweren Geldsorgen steckt. Deshalb lässt er den Safe, in dem die Tagesumsätze bis zum nächsten Morgen eingeschlossen werden, offen. B sieht dies und entwendet einen Teil der Tagesumsätze, um seine Schulden zu begleichen.*

Die Theorie der Planherrschaft kann hier keine Strafbarkeit annehmen. Die Theorie der reinen Verursachung hingegen gelangt zu einer Anstiftung. Der Fall des Situationsarrangements dient ihr geradezu als Paradebeispiel für die Richtigkeit einer extensiven Auslegung des Strafgrundes der Anstiftung. Diesbezüglich wird erklärt, dass restriktivere Auslegungen gerade solche finessenreichen Provokationen für eine spätere Tatbegehung aus dem Bereich der Anstiftung herausfallen ließen. „Schließlich kann die Sachlage so anreizend gestaltet werden, dass sich kaum jemand die gebotene außergewöhnliche Chance entgehen lassen wird“ (Kühl AT § 20 Rn. 171).

Wer der h.M. folgt und eine **kommunikative Beeinflussung** fordert, muss sich die Frage stellen, wie diese kommunikative Beeinflussung beschaffen sein muss, welche Mittel der Kommunikation für ein Bestimmen i.S.d. § 26 StGB ausreichend sind. Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob ein kommunikatives Vermitteln i.S.e. Situationsarrangements ausreicht oder ob das kommunikative Bestimmen von einem Aufforderungs-

charakter geprägt sein müsse (so *Joerden* Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs 1988 S. 120 ff.).

Die typischen Fälle kommunikativer Beeinflussung werden mit „Überredung, Raterteilung, Beauftragung, Versprechen einer Belohnung“ benannt (*Kühl* AT § 20 Rn. 176). Wie verhält es sich aber, wenn einer Person lediglich eine Möglichkeit aufgezeigt wird oder ihr lediglich eine Frage gestellt wird?

Im Fall **BGHSt 34, 63** hatte A dem B geraten, eine Bank oder eine Tankstelle zu machen, um an Geld zu gelangen. Hier ist es fraglich, ob in diesem Satz ein „Bestimmen“ im Sinne einer kollusiven kommunikativen Beeinflussung gesehen werden kann.

In **BGH GA 1980, 183** hatte V, der bereits F vergewaltigt hatte, den D gefragt: „Willst du auch noch?“ Liegt hierin eine hinreichende kommunikative Beeinflussung?

Generell ist festzuhalten, dass die **Mittel der Anstiftung** vom Gesetz **nicht beschränkt** wurden, so formuliert *Schünemann*: „Es ist jedes Mittel geeignet, das den Tatentschluss beim Täter hervorrufen kann, auch etwa eine **konkludente Handlung**“ (LK/*Schünemann* § 26 Rn. 51). Insofern können auch unscheinbare und subtile Kommunikationshandlungen als Anstiftungshandlung gewertet werden, falls sich aus dem Gesamtkontext eine kommunikative Beeinflussung im Sinne einer zielgerichteten Aufforderung entnehmen lässt. Die Grenze wird an dem Punkt zu ziehen sein, an dem alltägliche Handlungen dem Täter als Impuls für eine spätere Tat dienen, ohne dass eine zielgerichtete Aufforderung gewollt war. Klassischerweise wird in dem Zusammenhang u.a. die Erörterung der Rechtslage durch einen Rechtsanwalt herangezogen. Wenn dieser lediglich verschiedene Handlungsmöglichkeiten – auch strafbewehrte – aufzeigt, ohne für die Vornahme der Straftat zu

votieren, der Beratene sich aber dennoch aufgrund der Rechtsberatung zu der Straftat entscheidet, fehlt es an der zielgerichteten Aufforderung. Die Abgrenzung ist also schwierig. Festzuhalten ist, dass „bloße Erwägungen oder Beschreibungen“ (LK/Schünemann § 26 Rn. 53) oder das Aufzeigen von Möglichkeiten dann nicht für eine Anstiftung ausreichen, falls sich nicht aus dem **Gesamtkontext** ergibt, dass hinter der unscheinbaren oder subtilen Ausdrucksweise ein eindeutiger Wille zu erkennen ist, den anderen zielgerichtet zu einer Straftat zu verleiten.

Insofern lässt sich der Fall BGH GA 1980, 183 auch nicht pauschal aufgrund der Bewertung der gestellten Frage „*Willst du auch noch?*“ lösen. Bedeutsam ist die **Analyse des Gesamtkontextes**; beispielhaftes Vorgehen zur Analyse des Gesamtkontextes bezüglich des Falles bei LK/Schünemann § 26 Rn. 53.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob eine **Anstiftung durch Unterlassen** möglich ist. Wer den Strafgrund der Anstiftung in der Planherrschaft sieht, wird diese Möglichkeit wohl generell verneinen müssen. Aber auch wenn man den Strafgrund der Anstiftung in der kollusiven kommunikativen Beeinflussung erblickt, erscheint es höchst fraglich, ob Fallgestaltungen denkbar sind, in denen einem Unterlassen der Charakter einer zielgerichteten Aufforderung zukommen könnte. Im Regelfall kann also in einem Unterlassen keine kollusive kommunikative Einwirkung auf den Täter erblickt werden, weshalb diese Form wohl nicht für ein Bestimmen i.S.d. § 26 StGB ausreicht, falls nicht der reinen Verursachungstheorie gefolgt wird. Man wird sich in dem Zusammenhang aber bewusst zu machen haben, dass es Fälle geben kann, in denen aufgrund einer vorab getroffenen Vereinbarung einer Nichthandlung ein Aufforderungscharakter zukommt. In diesen Zusammenhang ist der von *Jakobs* gebildete Fall zu sehen: „*Der Sohn erklärt, er werde im Interesse des Vaters den Hof abbrennen, aber dann dürfe der Vater sein Sparbuch nicht immer wegschließen; der Vater*

*lässt das Buch dort, wo es sich gerade befindet, offen liegen.*“ (Jakobs AT 29/104) Nach Schünemann liegt in der Unterlassung, das Sparbuch wieder wegzusperren, eine konkludente Tataufforderung und keine Anstiftung durch Unterlassen, da dem Unterlassen zuvor ein Bedeutungsgehalt verliehen wurde (LK/Schünemann § 26 Rn. 54).

### a) Konkretisierung von Tat und Täter

Das Bestimmen enthält des Weiteren die objektive Komponente einer konkreten Tat, zu der bestimmt und eines konkreten Täters, der zu der Tat bestimmt werden soll. Die Notwendigkeit dieser Eingrenzung wird augenscheinlich: *A sagt zu B: „Irgendwer müsste dem aufgeblasenen C mal zeigen, wo der Hammer hängt.“* Falls B nun den C schlägt, kann nicht davon gesprochen werden, dass A ihn zu dieser Tat angestiftet habe. Es fehlt völlig an einem konkreten Tatbild.

Fraglich ist aber, wie diese Konkretisierung von Tat und Täter beschaffen sein muss. Die Bedeutung dieser Problematik kann man sich anhand der Frage aus BGHSt 34, 63 nochmals verdeutlichen. Umreißt die Aussage „Dann müsstest du eine Bank oder eine Tankstelle machen“ ein konkretes Tatgeschehen?

- Der **BGH** arbeitete in dieser Entscheidung individualisierende Merkmale heraus, die eine Anstiftung enthalten müsste, es wurden **„Objekt, Ort, Zeit und sonstige Umstände der Tatausführung“** benannt (BGHSt 34, 66). Bei einem völligen Fehlen dieser Merkmale sei die Tat so schwach umrissen, dass nicht mehr von einem Bestimmen gesprochen werden könne. Insofern ist zu fordern, dass die Tat als „konkret-individualisierbares Geschehen erkennbar“ wird (vgl. Kühl AT § 20 Rn. 192).

- Dagegen lässt es **Roxin** ausreichen, dass die Tat in ihren **wesentlichen Unrechtsdimensionen** erkennbar ist. Im Gegensatz zum konkret-individualisierbaren Geschehen soll also in diesem Fall eine generell-abstrakte Umschreibung der Tat ausreichen. Es soll genügen, wenn „die Fixierung eines bestimmten Tatbestandes und der wesentlichen Dimension des Unrechts“ vorliegt. Die Dimension des Unrechts wird deutlich, „wenn neben dem Tatbestand die ‚Tatobjekte nach allgemeinen Artmerkmalen‘ festgelegt sind, so dass im Sachverhalt der Entscheidung BGHSt 34 63 eine Anstiftung nicht an der mangelnden Bestimmtheit der Tat scheitern würde“ (LK/Roxin 11. Aufl. 2003 § 26 Rn. 47). Nach *Roxin* muss also der konkrete Tatbestand, zu dem angestiftet werden soll, und die Unrechtsdimension erkennbar sein, denn die Aussage: „Dann schlag halt zu“ umfasst sprachlich gleichermaßen die leichte Backpfeife einerseits und tödliche Schläge gegen den Kopf andererseits. Diese Offenheit müsse durch die wesentliche Konturierung der Unrechtsdimension eingegrenzt werden (vgl. LK/Roxin 11. Aufl. 2003 § 26 Rn. 52 f.).

Bezüglich des Täters wird allgemein gefordert, dass es sich um einen bestimmten Personenkreis handelt, an den sich der Anstifter richtet. Bestimmt ist der Personenkreis, wenn sich die angesprochenen Personen aus der Sicht des Anstifters ermitteln lassen.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Anforderungen an die Bestimmtheit des Vorsatzes beim Anstifter*:

<http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/teilnahme/anstiftung/anstiftervorsatz/>

## b) **Omnimodo Facturus**

Mit dem Begriff des *omnimodo facturus* wird angesprochen, dass § 26 StGB als objektive Voraussetzung verlangt, dass die Bestimmungshandlung ursächlich für den Tatentschluss war. Falls also A versucht, D zu einem Handtaschendiebstahl anzustiften, zu dem D schon zuvor entschlossen war, so liegt hierin **keine ursächliche Bestimmungshandlung**. Der *omnimodo facturus* ist bereits zur Tat entschlossen und kann daher nicht mehr angestiftet werden. Hier ist an eine versuchte Anstiftung sowie an eine psychische Beihilfe, § 27 StGB, zu denken.

Der Fall des *omnimodo facturus* ist aber von zwei anderen Fallgestaltungen zu trennen. Erfolgreich angestiftet kann noch die Person werden, die lediglich **tatgeneigt** ist. Als *tatgeneigt* werden Personen umschrieben, die noch unschlüssig sind, ob sie eine Tat begehen sollen oder nicht. Wenn eine solche Person zur Tatbegehung überredet wird, so liegt eine Anstiftung vor.

Die zweite Fallgestaltung betrifft die **allgemeine Bereitschaft** einer Person, eine Straftat zu begehen. Wird diese allgemeine Bereitschaft im Wege eines kommunikativen Prozesses zu einer **konkreten Tat** bestimmt, so liegt ebenfalls eine Anstiftung vor.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *omnimodo facturus*:

<http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/teilnahme/anstiftung/omnimodo-facturus/>

### c) Das Bestimmen zu einer Entschlussänderung

In diesem Zusammenhang werden die Fälle besprochen, dass ein bereits zu einer Tat Entschlossener vom Anstifter zu einer Änderung seines Entschlusses gebracht wird. Die Fälle, die hier besprochen werden, sind die Um-, Ab- und Aufstiftung.

#### aa) Umstiftung

Die Umstiftung betrifft den Fall, dass A den D, der bereits zu einem Diebstahl entschlossen war, dazu anstiftet, anstatt des Diebstahls einen Betrug, § 263 StGB, zu begehen. Hier liegt eine Anstiftung des A zu einem Betrug vor.

#### bb) Abstiftung

Hierbei handelt es sich um den Fall, dass ein Täter, der zu einer Tat entschlossen ist, zu einer leichteren Begehungsweise an- bzw. abgestiftet wird.

Bsp.: *Der Täter ist zu einem Raub mit Waffeneinsatz entschlossen. Seine Frau rät ihm davon ab, weil sie vor kurzem im Fernsehen gesehen habe, dass ein Räuber im Kugelhagel der Polizei umgekommen sei, weil er seine Waffe gezogen habe. Der Täter lässt sich von der Schilderung seiner Ehefrau beeindrucken und lässt die Waffe zu Hause. Hat sich die Ehefrau der Anstiftung zu einem einfachen Raub § 249 I StGB, strafbar gemacht?*

Hier scheidet eine Anstiftung zu § 249 I StGB aus, da ja der Täter zu dieser Tat bereits entschlossen war. In Frage kommt allerdings eine psychische Beihilfe zur Raubtat. Hier ist aber anerkanntermaßen auf das Institut

der **objektiven Zurechnung** zurückzugreifen. Da der Täter lediglich ein **Risiko verringert** hat, ist ihm der durch die psychische Beihilfe miterwirkte Taterfolg nicht zurechenbar.

Diese Grundregeln der Abstiftung werden ebenfalls dann angewendet, wenn innerhalb desselben Delikts abgestiftet wird; Bsp.: *Täter T war entschlossen, 10.000 Euro zu stehlen, nach Einwirkung eines Dritten entwendet er nur noch 3.000 Euro.*

### cc) Aufstiftung

Hierbei handelt es sich um Fallgestaltungen, in denen eine Person bereits zur Begehung einer Straftat entschlossen ist, der Anstifter dann allerdings auf dessen Entschluss dahingehend einwirkt, dass der Täter eine schwerere Tat begeht.

Bsp.: *D ist bereits zu einem Diebstahl entschlossen. Er möchte in den Geschäftsräumen des G Flachbildschirme entwenden. F ist besorgt um ihren Ehemann und bittet ihn zur Sicherheit eine Waffe mitzunehmen, sie habe in der Zeitung gelesen, dass einem Dieb, der auf frischer Tat ertappt worden sei, die Flucht mittels Waffendrohung gelungen sei. D wird unsicher und geht auf den Vorschlag seiner Frau ein.*

Hier stellt sich das folgende Rechtsproblem: D war bereits zu einem Diebstahl gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB entschlossen, diesbezüglich ist er als omnimodo facturus zu behandeln. Wie ist nun aber die Anstiftung der F bezüglich der Verwirklichung des § 244 I Nr. 1 1. Var. StGB zu behandeln? Der Qualifikationstatbestand des § 244 StGB baut auf § 242 StGB auf. Es ist also zu bedenken, dass eine Anstiftung zu § 244 StGB normalerweise eine Anstiftung zu § 242 StGB beinhalten würde.

Das Problem der Aufstiftung stellt sich nur bei einer Aufstiftung zu Qualifikationstatbeständen. Soweit eine Aufstiftung eine Anstiftung zu einem selbstständigen Tatbestand enthält, wird das Problem der Aufstiftung nicht diskutiert. Weitgehend Einigkeit besteht also darüber, dass bei einer Aufstiftung von Diebstahl (§ 242 StGB) zum Raub (§ 249 StGB) eine Anstiftung zum Raub vorliegt. Zwar sind auch hier Tatbestandsmerkmale des Diebstahls im Raub enthalten, der gesonderte, eigenständige Tatbestand des Raubes überwiegt im Unrechtsgehalt aber so wesentlich, dass diese Bedenken zurücktreten (vgl. LK/Schünemann § 26 Rn. 34).

Zu dem Rechtsproblem der Aufstiftung haben sich folgende Theorien herausgebildet:

**(1) Qualifikationstheorie (vgl. Otto AT § 22 Rn. 38; Lackner/Kühl § 26 Rn. 2a)**

Nach dieser Auffassung liegt in der Aufstiftung eine Anstiftung zur gesamten Tat, da jene in ihrem Unrechtsgehalt nicht teilbar sei. Diese neue Tat bilde ein selbstständiges, neues Unrecht und nicht lediglich ein Mehr an Unrecht. Der Täter sei also kein omnimodo facturus in Bezug auf den neuen, wesentlich erhöhten Unrechtsgehalt gewesen, der sich etwa in der Verwirklichung eines Qualifikationstatbestandes manifestiert.

- ⊖ Problematisch ist, dass dem Anstifter ein Erfolgsunrecht – Anstiftung zum Grundtatbestand – angelastet wird, das er nicht verursacht hat. Fraglich, ob allein der Qualifikationstatbestand ein derart erhöhtes wesensverschiedenes Unrecht in sich trägt, dass eine Bewertung eines selbstständigen neuen Unrechts tragfähig erscheint.

## **(2) Aliud-Theorie (vgl. *Gropp AT § 10 Rn. 265 f.; Kindhäuser AT § 41 Rn. 14*)**

Diese Theorie geht davon aus, dass lediglich zu einem **aliud** und nicht zu einem **Mehr** angestiftet werden kann. Soweit der Täter bereits zu einem Teil einer Straftat entschlossen war, ist er insoweit omnimodo facturus. Der Begriff des Steigerns entspreche nicht dem des Hervorrufens i.S.d. § 26 StGB. Soweit es sich lediglich um ein Mehr handelt, ist an die Möglichkeit der psychischen Beihilfe, § 27 StGB, zu denken. Inwieweit der Qualifikationstatbestand ein aliud, also ein **wesentlich erhöhtes Unrecht**, enthält, ist jeweils normativ zu ermitteln.

- ⊖ Diese Theorie stellt mit der Forderung der selbstständigen Ermittlung des aliud-Gehalts eines Qualifikationstatbestandes hohe Anforderungen an den Rechtsanwender, ohne einheitliche Abgrenzungskriterien bereitzustellen. -> Problem der Rechtsunsicherheit

## **(3) Unwertsteigerungstheorie (vgl. *BGHSt 19, 339*)**

Entscheidend ist nach dieser Theorie, ob der Unrechtsgehalt des Tatbildes durch die Aufstiftung erheblich erhöht wird. Dies kann auch innerhalb ein und desselben Straftatbestandes der Fall sein.

Dazu der BGH in der oben angegebenen Entscheidung:

„Weil die Täter zu dieser Ausführungsart von sich aus noch nicht bereit waren, der Angeklagte sie dazu erst verleitet hat, liegt nicht nur psychische Beihilfe, sondern Anstiftung vor. Der Senat ist der Auffassung, dass es für diese Beurteilung nicht entscheidend darauf ankommt, ob die Täter zur Verwirklichung eines anderen

mit schwererer Strafdrohung bewehrten Tatbestandes veranlasst werden, sondern auf den **erheblich erhöhten Unrechtsgehalt**, der auch in der **gefährlichen Ausführungsart** liegen kann, ohne dass sich an der rechtlichen Beurteilung der Tat etwas ändert.“

⊖ Es bestehen keine einheitlichen Abgrenzungskriterien, was zu Rechtsunsicherheit führt.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Auf-/Hochstiftung*:

<http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/teilnahme/anstiftung/aufstiftung/>

#### **d) Erlaubnistatbestandsirrtum und Anstiftung**

Fraglich ist, ob eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat auch dann vorliegt, wenn der Angestiftete unter Einfluss eines Erlaubnistatbestandsirrtums handelt. Bedeutung gewinnt diese Frage, wenn der Täter ein Sonderdelikt oder eigenhändiges Delikt begeht, denn in dem Fall kann der Anstifter nicht als mittelbarer Täter fungieren, falls er diese Sonderstellung selbst nicht aufweist.

Ob eine **vorsätzliche rechtswidrige Haupttat** vorliegt, hängt letztlich davon ab, welcher Theorie – vgl. KK 298 ff. – bezüglich der **Einordnung des Erlaubnistatbestandsirrtums** gefolgt wird. Wer mit der eingeschränkten Schuldtheorie den Vorsatz entfallen lässt, kann den, der den Täter zur Tat bestimmt hat, nicht wegen Anstiftung zu dieser Tat bestrafen, weil es an dem Tatbestandsmerkmal des § 26 StGB der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat fehlt. Wer der strengen oder rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie folgt, nach der der Erlaubnistatbestandsirrtum lediglich zu einem Entfallen der Schuld führt, kann wegen Teilnahme bestrafen.

### **3. Subjektive Voraussetzungen der Anstiftung**

Der Vorsatz des Anstifters muss sich sowohl auf die objektiven Tatbestandsmerkmale der Haupttat (einschl. ihrer Vollendung) als auch auf das Hervorrufen des Tatentschlusses beziehen. Man spricht vom Erfordernis eines sog. doppelten Anstiftervorsatzes.

#### **a) Vorsatz bezüglich der objektiven Tatbestandsmerkmale**

##### **aa) Bestimmtheit der Tat**

Der Vorsatz bezüglich der Haupttat muss sich auf eine bestimmte Tat beziehen; zur Konkretisierung von Tat und Täter vgl. oben KK 650 f.

##### **bb) Auswirkung des error in persona des Haupttäters auf den Anstifter**

Fraglich ist, wie sich der error in persona des Haupttäters auf den Anstifter auswirkt. Bedeutung erlangte diese Problematik durch den sog. Rose-Rosahl-Fall, den das Preußische Obertribunal zu entscheiden hatte, GA 7 (1858), 322 ff.

*Bsp: A stiftet den B an, den C zu töten. Er gibt ihm genaue Instruktionen über Tatablauf und eine Fotografie zwecks Identifizierung des C mit. B lauert dem C in der Nacht auf. Er sieht D, den er für C hält, und erschießt D.*

Bei B liegt ein unbeachtlicher error in persona vor. Wie wirkt sich aber dieser nun auf die Anstiftung des A aus? Hierzu haben sich mehrere Theorien herausgebildet:

### **(1) Unbeachtlichkeitstheorie (PrOT GA 7 (1858), 322 ff.)**

Die Unbeachtlichkeit des Irrtums auf Seiten des Täters ist auch für den Anstifter unbeachtlich, was aus der **Akzessorietät der Teilnahme** zur Haupttat folge. Ferner habe der Anstifter den Tatentschluss beim Täter hervorgerufen, was dafür spreche, ihm den Irrtum des Angestifteten zuzurechnen.

- ⊖ Die Kritiker bilden die Fallgestaltung, dass der Täter, nachdem er seinen Irrtum entdeckt habe, die richtige Person, in unserem Fall C, auch noch erschieße. Dieses Beispiel, in dem der Anstifter wegen der Anstiftung zu beiden Taten zu bestrafen sei, obschon sein Vorsatz sich hierauf gar nicht bezogen habe, zeige, dass die Unbeachtlichkeitstheorie zu dem falschen Ergebnis gelange (sog. *Bindingsches* Blutbadargument).

### **(2) Wesentlichkeitstheorie (heutige Rechtsprechung; *Streng* JuS 1991, 913)**

Diese Theorie differenziert danach, ob der error in persona des Haupttäters eine wesentliche Abweichung im Kausalverlauf für den Vorsatz des Anstifters darstellt. Nur bei Vorliegen einer unwesentlichen Abweichung sei die Haupttat noch vom Vorsatz des Anstifters umfasst.

- ⊖ Das Kriterium der Wesentlichkeit wird als zu unspezifisch kritisiert, die Ergebnisse seien nicht vorhersehbar und es drohen Billigkeitsentscheidungen und Rechtsunsicherheit.

### **(3) Aberratio-ictus-Theorie (LK/Schünemann § 26 Rn. 85)**

Der error in persona des Haupttäters stelle sich als aberratio ictus für den Anstifter dar. Für diese Lösung spreche die strukturelle Ähnlichkeit der Situationen. Der in Gang gesetzte Kausalverlauf irre vom vorgestellten ab. Wie die aberratio ictus zu behandeln ist, hängt davon ab, welcher Theorie gefolgt wird, siehe hierzu KK 175 ff.

Wer die aberratio für unbeachtlich erklärt, kommt zu einer vollendeten Anstiftung.

Wer ihn für beachtlich erklärt, kommt zu einer nach h.M. versuchten Anstiftung zum vollendeten Delikt (vgl. LK/Schünemann § 26 Rn. 90) und zu einer Fahrlässigkeitstat.

- ⊖ Der Anstifter wird gegenüber dem Täter privilegiert (nur Versuchsstrafbarkeit und Möglichkeit der Strafmilderung, vgl. § 30 I 2, 3 StGB).

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Auswirkung des error in persona des Haupttäters auf den Vorsatz des Anstifters*:

<http://strafrecht-online.org/problemfelder/at/teilnahme/anstiftung/error-persona/>

**Lit.:**

*Heinrich* AT Rn. 1307 ff.

### cc) Der Anstiftervorsatz beim Fall des *agent provocateur*

Mit dem Begriff des *agent provocateur* werden allgemein die Fallgestaltungen erfasst, in denen eine Person jemanden zu einer Straftat überredet, um diese bei Begehung der Straftat festnehmen zu können.

*Bsp.: Der polizeiliche Lockspitzel provoziert einen Rauschgifthandel mit B. Im Rahmen des Tauschgeschäfts wird B festgenommen.*

In diesen Fällen muss man sich in erster Linie des Grundsatzes vergewissern, dass der Vorsatz des Anstifters die Vollendung der Haupttat umfassen muss. Nach der **Lehre von der formellen Vollendungsgrenze** (vgl. *Kühl* AT § 20 Rn. 203) scheidet deshalb eine Anstiftung aus, wenn der Anstifter es lediglich zum Versuch der Haupttat kommen lassen will, um den Täter in der Versuchssituation festzunehmen. Vollendete Anstiftung kann nur angenommen werden, falls der Täter die formelle Vollendung der Tat in seinen Vorsatz aufnimmt.

An dieser Theorie wird aber **kritisiert**, dass es zu Strafbarkeitslücken komme, wenn die Anforderungen für die vollendete Anstiftung an Vollendungsgrenzen geknüpft würden.

Nach der **Lehre von der materiellen Vollendungsgrenze** (*Otto* AT § 22 Rn. 42) kommt eine Strafbarkeit des Anstifters nur dann in Frage, wenn er es zur Beendigung – reine Vollendung genügt nicht – der Haupttat kommen lassen wolle. Begründet wird dies damit, dass die Strafbarkeit des Teilnehmers auf einem Rechtsangriff basiere. Ein solcher sei aber nicht vom Anstifter gewollt, falls der Täter vor Beendigung überführt und das Diebesgut gesichert werden solle.

An dieser Ansicht wird ebenfalls die sehr weitreichende Straffreiheit trotz Rechtsgutsgefährdung **kritisiert**. Die **Theorie der Rechtsgutsgefährdungsgrenze** (vgl. *Jescheck/Weigend* S. 687 ff.) knüpft die Strafbarkeit des Anstifters deshalb an das Merkmal der Rechtsgutsgefährdung. Nur wenn der Anstifter eine solche nicht in seinen Vorsatz aufnehme und es lediglich zu einem Versuch kommen lassen wolle, liege keine vollendete Strafbarkeit vor. Soweit der Anstifter eine Rechtsgutsgefährdung also nicht ausschließen könne, liege eine vollendete Anstiftung vor. Begründet wird dies mit dem Angriff auf das Rechtsgut, der in der Anstiftung als solcher liege. Der rechtsgutsverletzende Charakter der Anstiftung werde durch die Abwehrbereitschaft des *agent provocateur* nicht aufgehoben.

An dieser Theorie wird kritisiert, dass letztlich die bewusste Fahrlässigkeit (= Wissen um die Rechtsgutsgefährdung) als ausreichend für vorsätzliches Verhalten erachtet wird. Deshalb wird von der Theorie der formellen Vollendungsgrenze ein Gefährdungsvorsatz dahingehend gefordert, dass eine Vollendung zumindest – bedingt vorsätzlich – in Kauf genommen wird.

Die **Theorie von der irreparablen Rechtsgutsverletzung** (MK/*Joecks* § 26 Rn. 67 f.) stellt lediglich darauf ab, ob der Täter eine irreparable Schädigung des Rechtsgut vorsätzlich in Kauf nimmt oder ob er diese auf jeden Fall verhindern und somit dem Opfer gerade keinen Schaden zufügen will, in einem solchen Fall fehle es an dem Rechtsgutsangriff, der strafbarkeitsbegründend für die Teilnahme sei.

Dieser Theorie wird entgegengehalten, dass eine Grenzziehung bezüglich der Frage, wann eine irreparable Rechtsgutsverletzung vorliege, letztlich in das Ermessen des jeweiligen Rechtsanwenders gestellt sei und dass daher willkürliche Entscheidung drohten.

## **dd) Exzess des Haupttäters**

Weicht der Angestiftete von dem ab, was vom Anstiftervorsatz umfasst war, gilt grundsätzlich, dass der Anstifter nur so weit haftet, wie sein Vorsatz beschaffen war:

Wenn die Tat über den Anstiftervorsatz hinausgeht, Raub, § 249 StGB, statt Diebstahl, § 242 StGB, liegt lediglich eine Anstiftung zum Diebstahl vor. Der Anstifter haftet also nicht für den Exzess des Täters, außer es liegt eine unwesentliche Abweichung der Tat vom Anstiftervorsatz vor, denn bei einer unwesentlichen Kausalabweichung ist der Kausalverlauf vom Vorsatz umfasst, vgl. KK 170 f.

Wenn der Angestiftete statt des Raubes, der vom Anstiftervorsatz umfasst war, lediglich einen Diebstahl begeht, so hat sich der Anstifter wegen einer vollendeten Anstiftung zum Diebstahl, §§ 242 I, 26 StGB in Tateinheit mit einer versuchten Anstiftung zum Raub, §§ 249 I, 30 I StGB, strafbar gemacht.

### **Lit:**

LK/Schünemann § 26 Rn. 83

## **b) Vorsatz bezüglich des Bestimmens des Täters zu der Tat**

Ferner muss der Anstiftende den Vorsatz haben, den Täter zu der konkreten Tat durch seine Handlungen zu bestimmen.

#### 4. Sonderfälle

Als Sonderfälle der Anstiftung sind die Kettenanstiftung, die Beihilfe zur Anstiftung und die Anstiftung zur Beihilfe zu beachten.

Bsp.:

- *A schlägt B vor, den C darauf aufmerksam zu machen, dass es in Ds Haus viele Wertgegenstände gebe, mit denen C seine Schulden bezahlen könne* → Kettenanstiftung durch A.
- *A schreibt C einen Brief, in dem er ihn auf die Möglichkeit eines Einbruchsdiebstahls bei E aufmerksam macht. B überbringt den Brief wohlwissend um dessen Inhalt* → Beihilfe zur Anstiftung durch B.
- *A schlägt B vor, doch bei einem Tankstellenüberfall für C Schmiere zu stehen* → Anstiftung zur Beihilfe durch A.

Dabei ist die Anstiftung zur Anstiftung (= Kettenanstiftung) wie eine Anstiftung zur Haupttat zu behandeln, während die Beihilfe zur Anstiftung und die Anstiftung zur Beihilfe als Beihilfe zur Haupttat zu qualifizieren sind (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 816; *Kühl* AT § 20 Rn. 242b).

## **Wiederholungs- und Vertiefungsfragen**

- I. Ist die geistige Kommunikation ein Spezifikum der Anstiftung und/oder der Beihilfe?
- II. Warum hat man Zweifel, beim agent provocateur eine Anstiftung anzunehmen?