U r t e i l s a n m e r k u n g

Rücktritt vom Versuch der Anstiftung

StGB §§ 30 Abs. 1, 31 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Var. 1, 211

Glaubt der Anstifter, sein objektiv fehlgeschlagener Bestimmungsversuch sei gelungen, so richtet sich sein Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 Abs. 2 Alt. 1 StGB. Ein ernsthaftes Bemühen, den Erfolg zu verhindern, liegt nur vor, wenn der Anstifter alle Kräfte anspannt, um den vermeintlichen Tatentschluss des präsumtiven Täters rückgängig zu machen, und er dadurch die aus seiner Sicht bestehende Gefahr beseitigt, dass der Angestiftete die Tat begeht.

BGH, Urt. v. 14.6.2005 – 1 StR 503/04

Zum Sachverhalt: Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Hauptverhandlung vom 14. Juni 2005 für Recht erkannt: Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Regensburg vom 7. Juli 2004 wird verworfen. Der Angeklagte hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Aus den Gründen: Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchter Anstiftung zum Mord zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat keinen Erfolg.

I. 1. Der Angeklagte sah sich finanziellen Forderungen seiner geschiedenen Ehefrau ausgesetzt. Er ging davon aus, dass deren Lebensgefährtin die treibende Kraft hinter diesen Forderungen war. Deshalb entschloss er sich, den Lebensgefährten durch einen Auftragsmörder töten zu lassen. Durch Vermittlung eines Freundes kam er in Kontakt mit einem nicht offen ermittelnden Polizeibeamten mit dem Decknamen N., der sich als vermeintlicher Auftragsmörder ausgab.

Bei dem ersten Treffen mit N. am 30. März 2004 äußerte der Angeklagte, es gehe um die „Vollentsorgung“ dieses Lebensgefährten, der für immer spurlos verschwinden müsse. Eine „Vertreibung“ allein reiche nicht. Der Angeklagte unterrichtete N. im einzelnen über die von ihm ins Auge gefasste Vorgehensweise bei der Tötung. Derzeit sei die Gelegenheit zur Tatausführung günstig. Der Lebensgefährte sei regelmäßig alleine im Haus, weil die geschiedene Ehefrau ihren Vater im Krankenhaus besuche. Auf Frage von N., wie es mit der Bezahlung sei, händigte der Angeklagte diesem 4.000 Euro als Anzahlung aus und versprach, weitere 8.000 Euro nach dem Verschwinden des Lebensgefährten zu zahlen. N. gab daraufhin vor, zur Tatausführung bereit zu sein. Allerdings benötige er zur Tatausführung noch genauere Informationen zur Identifizierung des Hauses des Lebensgefährten. Deswegen bot der Angeklagte N. an, ihm bei einem weiteren Treffen am übernächsten Tag das Wohnhaus zu zeigen.

Bei diesem zweiten Treffen äußerte der Angeklagte, es sei eine Änderung eingetreten. Er habe ein Schreiben des

Rechtsanwalts seiner geschiedenen Ehefrau erhalten. Die dort genannte finanzielle Forderung könne er akzeptieren, und er wolle dies zunächst so regeln. Falls dies aber nicht funktionieren würde, solle die besprochene Sache „durchgezogen“ werden. Aus diesem Grund ging er auf den Vorschlag N.s ein, ihm trotzdem das Haus zu zeigen, um den Auftrag dann bei Bedarf durchführen zu können. Während der Fahrt zum Haus äußerte der Angeklagte, er selbst glaube nicht so recht daran, dass sich seine geschiedene Ehefrau an die Erklärung im Anwaltsschreiben halten würde. Deswegen könne N. auch die Anzahlung behalten. Er solle ihn alle zwei Monate anrufen, und er sage ihm dann, ob der Auftrag durchgeführt werden solle. Falls es zu keiner einvernehmlichen Regelung komme, sei es wohl schwierig, den Lebensgefährten seiner geschiedenen Ehefrau alleine im Haus anzutreffen, weil deren Vater dann nicht mehr im Krankenhaus liege. Er könne diese aber aus der Wohnung locken, so dass der Auftrag dann ausgeführt werden könne.

Nachdem der Angeklagte das Haus gezeigt, den Wohnungseingang beschrieben und den Namen des Lebensgefährten genannt hatte, äußerte N., es sei zu gefährlich, an dieser Stelle zu schießen. Der Angeklagte erwiderte, man brauche einen Schalldämpfer. Außerdem schlug er vor, den Lebensgefährten könne man mit einem Medikament willenlos machen und so aus der Wohnung bringen. Das solle N. letztlich selbst entscheiden. Bei der Verabschiedung sagte der Angeklagte, er würde sich melden, wenn die Sache anstehe. Der Angeklagte wurde am 23. April 2004 festgenommen. Bis dahin hatte er sich bei N. nicht mehr gemeldet.

2. Das Landgericht ist davon überzeugt, dass der Angeklagte bei seinem zweiten Treffen das Vorhaben, den Lebensgefährten töten zu lassen, nicht endgültig aufgegeben, sondern weiter daran festgehalten habe. Den Mordauftrag habe er aufgrund des Anwaltsschreibens deshalb nur vorläufig zurückgestellt. Die Zurückstellung habe er davon abhängig gemacht, dass er sich mit seiner Frau einigen könne. Hätte der Angeklagte bei einem Scheitern der Einigung den Mordauftrag erteilt, wäre dies keine neuerliche versuchte Anstiftung zum Mord gewesen; vielmehr hätte nur eine Tat im Rechtssinne vorgelegen. Deshalb sei er von der versuchten Mordanstiftung nicht nach „§ 31 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB“ strafbefreiend zurückgetreten.

II. Die Überprüfung des Urteils hat keinen Rechtsfehler ergeben. Der Erörterung bedarf nur folgendes: Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen scheidet ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch der Anstiftung zum Mord aus.

1. Der Angeklagte hat nach seiner Vorstellung den präsumtiven Täter bereits beim ersten Treffen dazu bestimmt, einen Mord aus Habgier zu begehen. Der Versuch der Anstiftung war daher „erfolgreich“. Beide haben die Tat beim zweiten Treffen, welches mit dem ersten Treffen in einem engen zeitlichen Zusammenhang stand, weiter konkretisiert und zwar auch schon für den Fall, dass die Einigung mit der geschiedenen Frau scheitern würde. Das Tatopfer war individu-

alisiert und die Modalitäten der Tatausführung waren abgesprochen, wobei der präsumtive Täter insoweit die näheren Einzelheiten selbst festlegen sollte. Die Tat war so weit konkretisiert, dass sie der Angestiftete hätte begehen können, wenn er dies gewollt hätte (vgl. BGHR StGB § 30 Abs. 1 Satz 1 Bestimmen 3 und 4).

Die Bestimmung des nicht offen ermittelnden Polizeibeamten als präsumtiver Täter war allerdings – was der Angeklagte nicht wusste – objektiv fehlgeschlagen. Die Frage, nach welchen Regeln bei dieser Fallgestaltung ein strafbefreiender Rücktritt in Betracht kommt, ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang nicht ausdrücklich (vgl. BGH StV 1999, 596) entschieden worden. In diesem Fall beurteilt sich der Rücktritt allein nach § 31 Abs. 2 Alt. 1 StGB, denn die Tat ist „ohne Zutun“ des Angeklagten unterblieben (vgl. Roxin in LK 11. Aufl. § 31 Rdn. 27).

2. Der Angeklagte hat danach keine Straffreiheit erlangt, weil er sich nicht freiwillig und ernsthaft bemüht hat, die Tat zu verhindern.

a) Den Entschluss, den Lebensgefährten töten zu lassen, hat der Angeklagte nicht aufgegeben. Zwar hat er beim zweiten Treffen die zuvor schon getroffene Entscheidung, dass der Auftrag durchgeführt werden solle, vorläufig zurückgestellt. Damit hat er seine Entscheidung, die Tat ausführen zu lassen – wovon sich das Landgericht überzeugt hat – nur aufgeschoben, weil „er selbst ... nicht so recht daran glaube, dass sich seine geschiedene Ehefrau daran halten würde“. Deshalb legte der Angeklagte die Tatmodalitäten auch schon für den Fall des Scheiterns einer Einigung fest und zeigte N. das Haus des Lebensgefährten. Vor allem beließ er deswegen dem aus seiner Sicht weiter zur Tat entschlossenen präsumtiven Täter die Anzahlung und legte Wert darauf, mit diesem weiter in Kontakt zu bleiben. Insofern unterscheidet sich dieser Sachverhalt von der Fallgestaltung in BGHR StGB § 30 Beteiligung 1, wo der Angeklagte den Täter aus seiner Sicht noch nicht zur Tat bestimmt hatte und er deshalb bemüht war, „noch alles in der Schwebe zu lassen“.

b) Hätte der – nach der Vorstellung des Angeklagten – nach wie vor zur Tatausführung entschlossene N. nach einer erneuten Aufforderung die Tat begangen, so wäre diese Tat mit derjenigen identisch (§ 264 StPO) gewesen, zu der der Angeklagte ihn zuvor schon bestimmt hatte. Tatidentität hätte auch dann vorgelegen, wenn zwischen Treffen und Tatausführung längere Zeit verstrichen wäre oder wenn – dadurch bedingt – die Tatausführung hätte modifiziert werden müssen. Für diese Fallgestaltung waren nämlich schon beim zweiten Treffen Abreden getroffen worden. Insofern können die Grundsätze für die Tatidentität beim Rücktritt nach § 24 StGB (vgl. BGHSt 41, 368: mehrfaches Ansetzen zur Tatvollendung mit zeitlicher Zäsur) hier nicht in gleicher Weise Geltung beanspruchen. Das Zeitmoment beim Rücktritt vom Versuch nach § 24 StGB hat seinen Grund in der Begriffsbestimmung des Versuchs, der voraussetzt, dass zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar angesetzt wird (§ 22 StGB). Die versuchte Anstiftung zum Verbrechen ist hinge-

gen dadurch gekennzeichnet, dass die Tatausführung selbst noch nicht unmittelbar bevorsteht, sondern sich noch im Vorbereitungsstadium befindet. Das gilt auch dann, wenn – wie hier – aus der Sicht des Anstifters der Bestimmungsversuch bereits erfolgreich war.

c) Hinsichtlich des Rücktritts des Anstifters bei einem tatsächlich zur Tat entschlossenen Angestifteten gilt: Wer einen anderen zur Begehung eines Verbrechens auffordert, setzt damit in jedem Falle Kräfte in Richtung auf das angegriffene Rechtsgut in Bewegung, über die er nicht mehr die volle Herrschaft behält (BGHSt 1, 305, 309). Die Gefahr der Tatbegehung besteht erst recht, wenn der Bestimmungsversuch erfolgreich war. Will der Anstifter diesen Erfolg verhindern, muss er alle Kräfte anspannen, um die Tat abzuwenden (BayObLG JR 1961, 269, 270). Er muss das aus seiner Sicht Notwendige und Mögliche vollständig tun; es reicht nicht aus, dass er nur die Wirkung seiner Beeinflussung zeitweise unschädlich macht (BayObLG aaO; Roxin aaO § 31 Rdn. 26). Insbesondere liegt ein ernsthaftes Bemühen, den Erfolg zu verhindern, nur vor, wenn der Anstifter alle Kräfte anspannt, um den Tatentschluss des Angestifteten rückgängig zu machen und er dadurch die Gefahr beseitigt, dass dieser die Tat begeht. Diese Grundsätze gelten entsprechend, wenn – wie hier – der Anstifter nur glaubt, einen anderen erfolgreich zur Tatbegehung bestimmt zu haben, dieser aber nicht wirklich tatbereit ist.

Derartige Bemühungen hat der Angeklagte nicht entfaltet. Er beließ dem vermeintlich weiterhin fest zur Tatausführung entschlossenen Angestifteten die Anzahlung. Da dieser nach der Vorstellung des Angeklagten aus Habgier handelte, musste er damit rechnen, dass der Angestiftete aufgrund seines fortbestehenden Tatentschlusses weiterhin nachhaltig an der Ausführung des Auftrages interessiert war. Es bestand insbesondere die Gefahr, dass der Angestiftete sich die restliche Entlohnung verdienen wollte und deshalb die Tat eigenmächtig ausführen oder den Angeklagten unter Zugzwang setzen würde. Aus Sicht des Angeklagten war deshalb die von ihm hervorgerufene Gefahr der Tatbegehung nicht abgewendet. Ernsthafte Rücktrittsbemühungen liegen danach nicht vor.

Anmerkung: Das vorstehende Urteil des *I. Strafsenats* verdient keine Zustimmung. Dies liegt insbesondere daran, dass bereits das Vorliegen der Voraussetzungen einer „versuchten Anstiftung“ nach § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB zu Unrecht bejaht wurde (dazu unter I.). Ferner vermögen auch die Ausführungen zum Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB nicht zu überzeugen (dazu unter II.).

I. Der *Senat* geht in seinem Urteil unter II. 1¹ ausdrücklich davon aus, dass der Angeklagte die Voraussetzungen der „versuchten Anstiftung“ zum Mord nach §§ 211, 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB bereits bei seinem ersten Gespräch mit N. erfüllt hat. Auch wenn der *Senat* bei seiner Begründung die weitere Konkretisierung der Tat beim zweiten Treffen der beiden mitberücksichtigt hat, lässt sich die in den Mittelpunkt

¹ ZIS 2006, 99.

seiner Erörterung gerückte Frage, ob durch die – vor der weiteren Konkretisierung erfolgte – vorläufige Zurückstellung des Tötungsauftrags der Angeklagte strafbefreiend zurückgetreten ist, nur verstehen, wenn zu diesem Zeitpunkt eine Strafbarkeit grundsätzlich begründet war. Daran lässt sich jedoch zweifeln, da der *Senat* selbst unter I. 1., 2. Abs.² seiner Urteilsgründe festgestellt hat, dass diese anschließende weitere Konkretisierung zur Tatausführung notwendig war, nämlich zur Identifizierung des Hauses des Opfers und damit des Opfers selbst.

1. Um die genauen Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB bestimmen zu können, bedarf es zunächst eines Blicks auf die systematische Stellung und den Zweck der Vorschrift. Trotz der amtlichen Überschrift – „Versuch der Beteiligung“ – handelt es sich nicht um eine Sondervorschrift des Versuchs oder eine der Beteiligung, sondern um eine Regelung, nach der spezielle Formen der Verbrechensvorbereitung unter Strafe gestellt werden.³ Ohne weiteres lassen sich daher insbesondere die Kriterien für den Versuch der Tatbestandsverwirklichung nach § 22 StGB nicht auf den Versuch, jemanden zu einer Verbrechensbegehung nach § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB zu bestimmen, übertragen. Dies wird deutlich, wenn man die Funktion des § 22 StGB betrachtet: Er bestimmt die Grenze von Vorbereitung und Versuch. Ein Versuch ist die Betätigung eines rechtsfeindlichen Willens, die das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der Rechtsordnung zu erschüttern und den Rechtsfrieden zu beeinträchtigen vermag und deshalb grundsätzlich strafbar ist.⁴ Ein an sich folgenloses Verhalten wird bestraft, weil zumindest nach der Vorstellung des Täters das Rechtsgut bereits unmittelbar gefährdet ist. Die verschiedenen Varianten des § 30 StGB beschreiben jedoch zeitlich weiter vorgelagerte Vorbereitungshandlungen, bei denen sich die Strafwürdigkeit nicht aus der die Allgemeinheit erschütternden Nähe zur Tatbestandsverwirklichung ergeben kann, sondern aus der konspirativen Bindung mehrerer, die gegenüber anderen Vorbereitungshandlungen eines Alleintäters eine besondere Gefährlichkeit aufweist.⁵ Die besondere Gefährlichkeit der „versuchten Anstiftung“ nach § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB besteht nun speziell darin, dass jemand das von ihm angestoßene kriminelle Geschehen derart aus der Hand gibt, dass es sich ohne weiteres Zutun bis zur Vollendung der Tat fortentwickeln kann.⁶

² ZIS 2006, 99.

³ BGHSt 44, 91 (95); *Bloy*, JR 1992, 493 f.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 28 Rn. 2.

⁴ Vgl. zum Strafgrund des Versuchs nur *Lackner/Kühl*, Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl. 2004, § 22 Rn. 11 m.w.N.

⁵ BGHSt 44, 91 (95); *Geppert*, Jura 1997, 546 (547); *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, 7. Aufl., 35. Lieferung, Stand: Januar 2001, § 30 Rn. 11; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 30 Rn. 1; *Roxin* (Fn. 3), § 28 Rn. 5; jeweils m.w.N.

⁶ BGHSt 44, 99 (103); *Bloy*, JR 1992, 493 (495); *Geppert*, Jura 1997, 546 (550 f.); *Hoyer* (Fn. 5), § 30 Rn. 11; *Roxin* (Fn. 3), § 28 Rn. 5.

Aus diesem Grundgedanken des Einflussverlusts, wonach der Bestimmende nicht mehr allein beherrschen kann, ob die Tat ausgeführt wird oder nicht, lassen sich nun folgende Anforderungen an ein nach § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB strafbares Anstiftungsverhalten stellen: In objektiver Hinsicht ist notwendig, dass der Anzustiftende durch das Verhalten des Anstiftenden in die Lage versetzt worden ist, die Tat auszuführen; sämtliche für die Ausführung der Haupttat notwendigen Mitwirkungshandlungen des Bestimmenden, sowohl informativer als auch tatsächlicher Art, müssen bereits erbracht worden sein. In subjektiver Hinsicht ist – wie bei einer vollendeten Anstiftung – Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz ausreicht. Es handelt sich dabei inhaltlich um denselben Vorsatz wie bei § 26 StGB; er muss sich also sowohl auf die Haupttat als auch auf die Bestimmungshandlung – einschließlich ihrer objektiven Voraussetzungen – beziehen. Eine über die Anforderungen an diese Vorsatzform hinausgehende Ernstlichkeit des Anstiftungsversuchs ist nicht erforderlich.⁷

2. Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Sachverhalt an, scheidet zunächst eine Strafbarkeit nach §§ 211, 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB durch das erste Gespräch zwischen dem Angeklagten und N. aus objektiven Gründen aus, da die Ausführung der Tat für N. nicht möglich gewesen wäre, auch wenn er diese tatsächlich vorgehabt hätte, da er zu diesem Zeitpunkt noch weitere Informationen zur Identifizierung des Opfers benötigt hatte. In objektiver Hinsicht lagen die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB erst vor, nachdem der Angeklagte zwei Tage später beim zweiten Treffen mit N. das Haus gezeigt, den Wohnungseingang beschrieben und den Namen des Opfers genannt hatte. Erst ab diesem Zeitpunkt hätte N. die Tat ausführen können.

Das Koinzidenz- bzw. Simultaneitätsprinzip verlangt jedoch, dass – gerade – zu diesem Zeitpunkt auch die subjektiven Anforderungen an eine strafbare Handlung vorgelegen haben müssen. Das ist jedoch zweifelhaft, da der Angeklagte zuvor den Tötungsauftrag zurückgestellt und das „Durchziehen der Sache“ davon abhängig gemacht hatte, dass er sich mit seiner geschiedenen Ehefrau über deren finanzielle Forderungen nicht einig werden würde. Der Angeklagte hatte die Ausführung der Tat durch N. also unter einen ausdrücklichen Vorbehalt gestellt. Dies ändert zwar nichts daran, dass der Angeklagte zur Vornahme seiner eigenen Handlung („Bestimmungsversuch“) unbedingt entschlossen war;⁸ schließlich hat er sie ja auch vorgenommen. Für einen Anstiftersvorsatz ist jedoch zu verlangen, dass der Anstifter davon ausgeht, dass die Tat von dem Anzustiftenden auch ausgeführt werden wird. Da – wie gesagt – Eventualvorsatz grundsätzlich genügt, muss der Angeklagte also mindestens ernsthaft mit der Möglichkeit gerechnet haben, dass N. die Tat auch ausführen will, also unbedingt zur Tat entschlossen war, ohne dass der Angeklagte ihn dazu noch endgültig hätte auffordern müssen.

⁷ BGHSt 44, 99 (101 ff.); *Bloy*, JZ 1999, 157 (158 f.); *Roxin*, NStZ 1998, 616 f.

⁸ Anders der 3. *Strafsenat* zu einem insofern vergleichbaren Sachverhalt; vgl. BGHR StGB § 30 Beteiligung 1.

Ob dies der Fall war, wird aus dem mitgeteilten Sachverhalt nicht zweifelsfrei deutlich. Immerhin lässt die Formulierung des *Senats* unter II. 2. c), 2. Abs.⁹ – der Angeklagte hätte damit rechnen müssen, dass der vermeintlich Angestiftete die Tat ohne die Anweisung ausführen könnte – darauf schließen, dass er tatsächlich nicht davon ausging. Es ist auch eher lebensfremd, dass ein entgeltlicher Auftragsmord ausgeführt wird, ohne dass der Auftrag dazu endgültig gegeben wird; die Ausführungen des *Senats* zu einem denkbaren Motiv sind eher spekulativer Natur.

Dass der *Senat*, der soweit ersichtlich von denselben Anforderungen an eine Strafbarkeit nach § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB ausgeht, zu einem anderen Ergebnis kommt, begründet er – wie bereits angedeutet – damit, dass der Angeklagte die an den „Versuch der Anstiftung“ zu stellenden Voraussetzungen bereits beim ersten Treffen erfüllt hat. Die Anstiftung sei bereits zu diesem Zeitpunkt „erfolgreich“ gewesen. Dass die weitere – für die Tatausführung notwendige – Konkretisierung erst beim zweiten Treffen vorgenommen wurde, ist wohl deshalb unerheblich, da die Treffen in einem engen zeitlichen Zusammenhang standen (unter II. 1., 1. Abs.¹⁰). Sieht man davon ab, dass bei einem zeitlichen Abstand von zwei Tagen nicht so ohne weiteres von einem engen Zusammenhang ausgegangen werden sollte und der Begriff „erfolgreich“ hinsichtlich eines „Versuchs“ nicht unbedingt klärend wirkt, liegt in dieser Einbeziehung ein klarer Verstoß gegen das Koinzidenz- bzw. Simultaneitätsprinzip: Der Vorsatz muss nun einmal im Zeitpunkt der Tathandlung vorliegen; wenn also die Konkretisierung während des zweiten Treffens des Angeklagten mit N. notwendiger Teil der Bestimmungshandlung ist, muss auch zu diesem Zeitpunkt Vorsatz gegeben sein. Zur Verdeutlichung ein Beispiel: Ein „Räuber“, der nach der Gewaltanwendung und während der Wegnahme plötzlich zu der falschen Vorstellung gelangt, die anvisierte Beute gehöre eigentlich ihm, handelt zum Zeitpunkt der Tat ohne Vorsatz, da er zwar während des ersten Teilakts einen Raubvorsatz besitzt, während des zweiten Teilakts jedoch nicht, so dass er nicht wegen eines vollendeten Raubs bestraft werden kann. Vergleichbar fehlt dem Angeklagten im hier behandelten Sachverhalt während des für die Annahme einer „versuchten Anstiftung“ notwendigen zweiten Teilakts des Geschehens wie oben gezeigt der Vorsatz. Er handelte zu dem Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 StGB schließlich erst gegeben waren, ohne Anstiftervorsatz, so dass er freizusprechen gewesen wäre.

3. Der Vollständigkeit halber soll nicht unerwähnt bleiben, dass dem hier zugrunde gelegten engen Verständnis des § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB verschiedentlich widersprochen wird. Zu drei Haupteinwänden soll hier noch in der gebotenen Kürze Stellung genommen werden:

a) Nach seinem Wortlaut verlangt § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB lediglich den „Versuch“ eines Bestimmens. Damit werde – so wird angeführt – eine eindeutige Parallele zu den

Vorschriften über den Versuch in §§ 22 f. StGB gezogen, so dass deren Grundsätze maßgeblich seien. Insbesondere lägen die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 S. 1 StGB schon mit Beginn der Einwirkung auf den Anzustiftenden vor.¹¹ Oben wurde bereits erläutert, dass eine solche parallele Auslegung angesichts der verschiedenen Grundgedanken der versuchten Tatbestandsverwirklichung einerseits und der konspirativen Vorbereitungshandlungen andererseits unangemessen ist. Dass derselbe Begriff in unterschiedlichen Sachzusammenhängen unterschiedlich verwendet wird, ist möglich und auch durchaus nicht selten. Die „versuchte Anstiftung“ ist schließlich insofern auch nur ein „Versuch“, als das Verhalten nicht zu einer vollendeten oder wenigstens versuchten Haupttat geführt hat, der § 26 StGB also nicht vollständig erfüllt worden ist. Um den sachlichen Unterschied zu einem Versuch nach § 22 StGB zu betonen, wird daher auch vorgeschlagen, nicht von einer „versuchten“ Anstiftung, sondern von einer missglückten¹² oder erfolglosen¹³ Anstiftung zu sprechen.

b) Ferner steht auch § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB der hier vertretenen restriktiven Auslegung des § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB nicht entgegen. Die Vorschrift unterscheidet zwar – ähnlich wie § 24 Abs. 1 S. 1 StGB – zwei Rücktrittshandlungen. Aus der gesetzlichen Annahme, dass es Fallkonstellationen gibt, in denen ein bloßes Aufgeben des Bestimmens genügt, um die Gefahr für das Rechtsgut abzuwenden, folgt jedoch nicht, dass es Fälle der „versuchten Anstiftung“ geben muss, in denen der Bestimmende noch nicht alle nach seiner Vorstellung notwendigen Mitwirkungshandlungen erbracht hat. Denn auch wenn man dies wie hier verlangt, besteht ein Anwendungsbereich für § 31 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB: Hat der Bestimmende zunächst – also bei Vornahme seiner Handlung – nach seiner Vorstellung alles getan, damit der zu Bestimmende die Tat ausführen könnte, dieser jedoch kein Interesse an der Tatbegehung, da beispielsweise die versprochene Bezahlung zu gering ist, ist ein bloßes Aufgeben zur Vermeidung einer Haupttat ausreichend, wenn aus Sicht des Bestimmenden zum Zeitpunkt des Rücktritts, auf den es bei § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB ankommt (Gesamtbetrachtungslehre und Rücktrittshorizont), keine Gefahr besteht, dass der präsumtive Täter die Tat doch noch begeht.¹⁴

c) Schließlich ergibt sich auch aus § 30 Abs. 1 S. 3 StGB nicht, dass die Regelungen über den Versuch auf § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB anzuwenden sind. Die Bedeutung der dort angeordneten entsprechenden Geltung des § 23 Abs. 3 StGB liegt vor allem darin, dass im Wege eines Umkehrschlusses klargestellt wird, dass eine Bestrafung auch dann zu erfolgen hat, wenn tatsächlich keine Gefahr bestand, dass beim zu Bestimmenden ein Tatentschluss entsteht oder die Tat ausgeführt werden würde. Die Strafbarkeit dieses sog. untauglichen

⁹ ZIS 2006, 100.

¹⁰ ZIS 2006, 99.

¹¹ *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2001, § 30 Rn. 19; ebenso *Hoyer* (Fn. 5), § 30 Rn. 32.

¹² *Bloy*, JR 1992, 493 (494).

¹³ *Kühl*, NStZ 2006, 94 (95).

¹⁴ *Graul*, JR 1999, 249 (252).

Anstiftungsversuchs lässt sich de lege lata nicht bestreiten, ist aber kriminalpolitisch umstritten.¹⁵

Die Auslegung des § 30 Abs. 1 S. 3 StGB ist jedoch nicht so einfach, wie es auf den ersten Blick erscheint. Neben dem genannten Umkehrschluss ist nämlich ein direkter Anwendungsbereich der Vorschrift kaum zu finden. Der Beispielfall, dass jemand einen anderen auffordert, seinen Feind durch Kamillentee zu vergiften,¹⁶ erscheint nämlich nur dann nicht strafwürdig, wenn der Angestiftete sich vornimmt, die Tat tatsächlich so auszuführen; ein sehr unwahrscheinlicher Fall. Lässt er sich jedoch durch die ernst gemeinte Aufforderung zu einer Tötung bestimmen und wählt er dafür ein taugliches Tatmittel, dürfte der Bestimmende sich einer Anstiftung zum Totschlag strafbar gemacht haben, da die Verwendung eines anderen Tatmittels keine die Zurechnung zum Anstiftersvorsatz ausschließende wesentliche Abweichung des Kausalverlaufs sein wird. Wenn das so ist, lässt sich jedoch die fehlende Strafwürdigkeit einer „versuchten Anstiftung“ in einem solchen Fall nicht begründen. Anders gewendet: Allein dadurch, dass man zu einer Tat mit einem Tatmittel anstiftet, bei dem man aus grobem Unverstand verkannt hat, dass es dazu völlig ungeeignet ist, verliert die Aussage, dass man die Tat begehen soll, nicht an Bedeutung. Es ist nicht recht einzusehen, warum eine Bestimmungshandlung ihre Strafwürdigkeit verlieren soll, nur weil man zusätzlich einen – für die Begründung der Strafbarkeit gerade nicht erforderlichen – Vorschlag unterbreitet, auch wenn man dadurch einen mäßigen Verstand offenbart.

Möchte man § 30 Abs. 1 S. 3 StGB einen Sinn geben, darf man die entsprechende Geltung des § 23 Abs. 3 StGB nicht wörtlich verstehen. Entscheidend dürfte vielmehr der hinter der Vorschrift stehende Rechtsgedanke sein. Der grob unverständige Versuch bedarf deshalb nicht unbedingt einer Strafe, weil ein derartig betätigter rechtsfeindlicher Wille keinen die Rechtsgemeinschaft erschütternden Eindruck hinterlässt: Der Strafgrund des Versuchs im Sinne von § 22 StGB kommt in solchen Fällen nicht zum Tragen.¹⁷ Auf den § 30 Abs. 1 StGB bezogen könnte man – und sollte dies auch – dessen S. 3 so verstehen, dass eine Strafmilderung oder ein Absehen von Strafe in solchen Fällen möglich sein soll, in denen der Strafgrund der „versuchten Anstiftung“ nicht eingreift. Sieht man mit dem BGH und der herrschenden Ansicht im Schrifttum diesen Grund zutreffend in der durch den Einflussverlust des Bestimmenden über das weitere Geschehen entstehenden Gefahr, muss man die Milderungsmöglichkeiten auf solche Bestimmungshandlungen ausdehnen, die im konkreten Fall generell nicht geeignet sind, den beabsichtigten Deliktserfolg herbeizuführen, also auf Handlungen, die abstrakt ungefährlich sind. Dies ist eine sinnvolle entsprechende Anwendung des § 23 Abs. 3 StGB auf die „versuchte Anstiftung“. Es ist zuzugeben, dass eine exakte Grenzziehung nicht immer einfach sein dürfte und einer genaueren Darstel-

lung bedarf, was jedoch im Rahmen dieser kurzen Anmerkung nicht geleistet werden kann. Im vorliegenden Fall ist die Handlung des Angeklagten jedenfalls nicht deshalb generell ungefährlich, weil der präsumtive Täter als verdeckt ermittelnder Polizeibeamter die angetragene Tat niemals ausgeführt hätte. Hätte der Angeklagte bereits beim ersten Treffen mit N. die Tat soweit konkretisiert, dass N. sie hätte ausführen können, wären die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 S. 1 StGB gegeben gewesen.

4. Als Ergebnis ist festzuhalten, dass der Angeklagte sich schon nicht einer versuchten Anstiftung zum Mord schuldig gemacht hat, da er zu dem Zeitpunkt, in dem die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB schließlich objektiv vorlagen, keinen Vorsatz (mehr) hatte.¹⁸ Ein Freispruch erscheint auch aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten sympathisch, bedenkt man, dass der strafbarkeitsbegründende Einflussverlust des Angeklagten erst objektiv eingetreten war, nachdem ein verdeckt ermittelnder Polizeibeamter ihn ausdrücklich dazu aufgefordert hatte; der Angeklagte selbst hatte beim zweiten Treffen zunächst gar nicht vor, N. die für eine Identifizierung des ausgewählten Opfers notwendigen Informationen zu geben.

II. In aller Kürze soll gleichwohl noch auf die Argumentation des I. *Strafsenats* hinsichtlich eines möglichen Rücktritts des Angeklagten durch die vorläufige Zurückstellung seines Tötungsauftrags eingegangen werden. Geht man mit dem *Senat* davon aus, dass der Angeklagte bereits beim ersten Treffen § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB erfüllt hatte, ist die Verneinung eines strafbefreienden Rücktritts nach § 31 StGB durch den *Senat* ebenfalls nicht überzeugend.

1. Zutreffend ist jedoch zunächst, dass für die Beurteilung des Rücktritts auf § 31 Abs. 2 Var. 1 StGB abzustellen ist. Grund dafür ist, dass nach Ansicht des *Senats* ein beendeter „Anstiftungsversuch“ vorlag, da N. nach der hier maßgeblichen Vorstellung des Angeklagten die Tat hätte ausführen können. Um von einem solchen „Anstiftungsversuch“ zurückzutreten, muss man insbesondere die Gefahr, dass der Haupttäter die Tat begeht, abwenden. Eine solche Verhinderung der Haupttat ist jedoch im eigentlichen Sinn nicht möglich, wenn der „Versuch“ untauglich war, wenn es also objektiv gar nicht möglich war, dass es zu einer Haupttat kommt. So lag der Fall hier, da N. als verdeckt ermittelnder Polizeibeamter die Tat niemals ausgeführt hätte. Da Versuch und Rücktritt stets aus der subjektiven Sicht des Täters zu beurteilen sind, bestimmt § 31 Abs. 2 Var. 1 StGB – sachlich übereinstimmend mit § 24 Abs. 1 S. 2 StGB –, dass in Fällen, in denen der Anstiftende die Untauglichkeit seines Bestimmens noch nicht erkannt hat, ein Rücktritt auch noch möglich sein soll, wenn der Täter sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Tat zu verhindern.¹⁹ Diese subjektive Betrachtungsweise ist wie gezeigt angesichts der grundsätzlichen Strafbarkeit des untauglichen „Bestimmungsversuchs“ auch für § 30 Abs. 1

¹⁵ Vgl. nur *Roxin* (Fn. 3), § 28 Rn. 23 m.w.N.; die Regelung verteidigend *Geppert*, Jura 1997, 546 (551).

¹⁶ *Roxin*, in: Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 11. Aufl. 2003, § 30 Rn. 31.

¹⁷ *Roxin* (Fn. 3), § 29 Rn. 369.

¹⁸ So wohl auch *Kühl*, NSTZ 2006, 94 (95).

¹⁹ Vgl. *Kudlich*, JuS 1999, 349 (351).

S. 1 Var. 1 StGB maßgeblich. Weniger überzeugend ist jedoch, diese Konstellation als „objektiv fehlgeschlagener Versuch“ zu bezeichnen: Nimmt man den Begriff wörtlich, würde es sich um eine Konstellation handeln, in der objektiv der Täter davon ausgeht, dass der Versuch nach seiner Vorstellung nicht mehr zum Erfolg führen kann. Das ist hier ersichtlich nicht gemeint; man sollte daher besser von einem unerkannt untauglichen Versuch sprechen.

2. Der Ansicht des *Senats*, die Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 Var. 1 StGB lägen nicht vor, ist jedoch nicht zuzustimmen. Er begründet dies mit zwei Argumenten: Zum einen habe der Angeklagte den Entschluss, die Tötung ausführen zu lassen, nicht aufgegeben (unter II. 2.a und b)²⁰; zum anderen habe er sich auch nicht ernsthaft genug bemüht, die Tat zu verhindern (unter II. 2. c)²¹.

a) Zunächst zu der in § 31 Abs. 2 Var. 1 StGB ausdrücklich genannten Voraussetzung, dem ernsthaften Bemühen: Hierfür muss richtigerweise ein Verhalten ausreichen, von dem der Täter annimmt, dass es sicher verhindern werde, dass die Tat ausgeführt wird. Nach seiner Vorstellung besteht dann nicht mehr die Möglichkeit, dass es zur Vollendung der Haupttat kommen kann. Dann ist aber auch nach der ratio der Rücktrittsvorschriften seine Bestrafung nicht mehr notwendig, da er sich als nicht so gefährlich erwiesen hat und daher weder spezial- noch generalpräventive Bestrafungsbedürfnisse bestehen.²² Ein darüber hinaus gehendes optimales Verhinderungsverhalten für § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB wie auch für § 24 Abs. 1 S. 2 StGB zu verlangen, das hier beispielsweise darin hätte bestehen können, dass der Angeklagte den Tötungsauftrag nicht nur vorübergehend zurückgenommen und die geleistete Anzahlung zurückverlangt hätte, erscheint vor dem Hintergrund der ratio der §§ 24, 31 StGB nicht angezeigt²³: Hält er eine optimale Verhinderungshandlung nun einmal nicht für notwendig, um die Ausführung der Haupttat zu verhindern, gibt es keinen Grund, die Vornahme einer solchen zu verlangen. Die Konsequenzen dieser Ansicht erscheinen ebenfalls sachgerecht: Irrt sich der Täter darüber, dass seine Rücktrittsbemühungen den Erfolg sicher abwenden würden, wäre er im Falle eines an sich tauglichen Versuchs wegen einer vollendeten Tat strafbar; im Falle eines untauglichen Versuchs würde er straflos bleiben. Aber ist dies nicht nur die für den Täter günstige Kehrseite der für ihn ungünstigen Bestrafung wegen eines Versuchs, der keinerlei objektive Gefahren für das angegriffene Rechtsgut birgt?

b) Auch der zweite Grund für die Ablehnung eines Rücktritts nach § 31 Abs. 2 Var. 1 StGB kann nicht recht überzeugen: Der Angeklagte habe durch die Zurückstellung die Tat nicht aufgegeben. Zunächst verwundert, dass ein Aufgeben

überhaupt verlangt wird, da dieser Begriff – anders als in § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB – in dem hier einschlägigen § 31 Abs. 2 Var. 1 StGB nicht genannt ist. In der Sache dürfte dies aber zutreffend sein, da eine Tatverhinderung impliziert, dass der Zurücktretende den Entschluss gefasst hat, auf die Verwirklichung der (durch den Haupttäter zu begehenden) Tat zu verzichten; nichts anderes meint der Begriff „Aufgeben“. Aus diesen Überlegungen wird aber nun deutlich, um welche Tat es hinsichtlich des „Aufgebens“ nur gehen kann, nämlich um die Tat des Anstiftenden selbst – also um den „Bestimmungsversuch“ des Angeklagten – und gerade nicht um die Tat des vermeintlichen späteren Haupttäters N. Davon scheint der *Senat* (unter II. 2. b)²⁴ jedoch auszugehen, wobei er unverständlicherweise auf den prozessualen Tatbegriff im Sinne von § 264 StPO rekurriert, um den es jedoch bei den §§ 24, 31 StGB nicht gehen kann.²⁵ Somit bleibt für diesen Fall zu klären, ob die nach der Vorstellung des Angeklagten für die Begehung der Tat notwendige spätere Benachrichtigung des N. eine neue Tat im Sinne von § 30 Abs. 1 S. 1 StGB wäre oder die bloße Fortsetzung der nur zurückgestellten ursprünglichen Beauftragung.²⁶ In der Sache geht es hier um den im Rahmen von § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB bekannten Streit, inwieweit die Tataufgabe für den Täter endgültig sein muss. Stellt man hier auch auf den Gedanken der Gefährdungsumkehr ab, genauer darauf, ob beim Täter nur noch eine bloße Tatgeneigtheit zurückbleibt,²⁷ muss wohl entgegen der Ansicht des *Senats* ein Aufgeben bejaht werden, da er die Tat gerade deswegen zurückgestellt hatte, weil er nicht mehr unbedingt zur Tötung des Lebensgefährten seiner geschiedenen Ehefrau entschlossen war. Die schließlich nicht mehr erfolgte endgültige Beauftragung des N. zur Tötung wäre daher ein erneuter Bestimmungsversuch gewesen.

Wiss. Assistent Andreas Mosenheuer, Augsburg

Re z e n s i o n e n

Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, C.F. Müller Verlag, 6., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 2003, XXXIV, 721 S., Hardcover, € 73,-

I. Die derzeit wohl umfangreichste „systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts“ ist in insgesamt 78 Paragraphen in sieben Kapiteln mit zu meist mehreren Abschnitten gegliedert.

1. Im ersten Kapitel bietet der Autor eine „Einführung in das Strafverfahrensrecht“, in dessen erstem Abschnitt er einen flüchtigen Überblick über den Gang des Strafverfahrens bietet (§ 1), dabei allerdings wohl zu Unrecht behauptet, „alle um Informationen angegangenen Personen“ müßten

²⁰ ZIS 2006, 100.

²¹ ZIS 2006, 100.

²² Vgl. zur insoweit parallelen ratio des § 24 StGB *Roxin* (Fn. 3), § 30 Rn. 4 ff. m.w.N.

²³ So aber die wohl h.M. für § 24 Abs. 1 S. 2 StGB; vgl. die Nachweise bei *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 24 Rn. 20, § 30 Rn. 6.

²⁴ ZIS 2006, 100.

²⁵ Vgl. nur BGHSt 39, 221 (230).

²⁶ So auch *Kühl*, NSTZ 2006, 94 (95).

²⁷ Vgl. nur *Roxin* (Fn. 3), § 30 Rn. 158 ff.