

# Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung, § 26 StGB: Soziale Desintegration mittels doppelt-pathologischen Diskurses – Teil 1\*

## Von Wahrheit und Absurdität der Anstiftungsstrafbarkeit und deren Abgrenzung zur Täterschaft

Von Wiss. Mitarbeiter **Oliver Harry Gerson**, Passau\*\*

„Die Gedanken sind frei, wer kann sie erraten, sie fliehen vorbei wie nächtliche Schatten. Kein Mensch kann sie wissen, kein Jäger erschließen, es bleibt dabei, die Gedanken sind frei.“

(dt. Volkslied; genaue Entstehungsgeschichte umstritten)

### I. Einleitung

Das deutsche Strafrecht kennt Täterschaft und Teilnahme. § 26 StGB normiert eine Teilnehmerstrafbarkeit. Wer sich auf eine Weise in den „Tatentschlussbildungsprozess“ des Täters einmischt, die diesen zur Begehung einer (bestimmten?) Tat bewegt, wird „gleich einem Täter“ bestraft. Weitgehend unproblematisch erscheint dabei, dass es einer vorsätzlichen, rechtswidrigen Haupttat bedarf.<sup>2</sup> Das ergeben Wortlaut und Telos: Wer gleich einem Täter bestraft werden soll, muss vergleichbares Unrecht erwirkt haben, der Fahrlässigkeitsvorwurf, auf Täter- wie Anstifterseite, genüge hierfür in der Regel nicht.<sup>3</sup> Der Anstifter leiste vielmehr die gewollte

„Initialzündung“<sup>4</sup> der Tat. Weitaus diffiziler vollzieht sich die Näherung an das Tatbestandsmerkmal „Bestimmen“. Bestimmen soll nach einer Ansicht „Verursachen“ bedeuten.<sup>5</sup> Dies wiederum klingt nach Kausalität, kann jedoch deshalb nicht als solche gemeint sein, da auf diese Weise eine unbestimmbare Weite in den Tatbestand Einzug halten würde.<sup>6</sup> Die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Lehre konkretisieren daher, dass es einer geistig-kollusiven Einflussnahme auf den Willen des Täters bedürfe, die den Tatentschluss hervorruft.<sup>7</sup> Das kann als „kommunikative Deutung“<sup>8</sup> der Anstiftungshandlung verstanden werden. Wer ist allerdings in der Lage, in fremde Köpfe zu sehen?<sup>9</sup> Kurzes

Frage kommt jedoch die Ahndung als Täter einer Fahrlässigkeitstat, vgl. *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 26 Rn. 1.

<sup>4</sup> *J. Schulz*, Die Bestrafung des Ratgebers, 1980, S. 145; kritisch zur Tauglichkeit dieser Metapher *Puppe*, NStZ 2006, 424 (425); vgl. jedoch die Begründung in BT-Drs. 5/4095, S. 12; die Anstiftung sei „Urform“ der Tatveranlassung, vgl. *Redmann*, Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, 2014, S. 23.

<sup>5</sup> Vgl. nur *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 26 Rn. 2 m.w.N.; *Hoyer* (Fn. 3), § 26 Rn. 4 f.

<sup>6</sup> So allerdings noch BGHSt 41, 242 (245); 45, 373 f.; *Weber*, in: *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 30 Rn. 63; dagegen *Heinrich* (Fn. 2), § 37 Rn. 1288; zur Historie der Kausalitätslehren zur Bestimmung von Täterschaft und Teilnahme *Bloy*, ZStW 117 (2005), 3 (11 ff.).

<sup>7</sup> *Haas* (Fn. 1), § 26 Rn. 9 m.w.N.; *Hoyer* (Fn. 3), § 26 Rn. 10 m.w.N.; weniger eindeutig hingegen BGH NStZ 2000, 321; BGH NStZ 2000, 421: „Unter Bestimmen ist die Einflussnahme auf den Willen eines anderen zu verstehen, die diesen zu dem im Gesetz beschriebenen Verhalten bringt. In welcher Form und durch welche Mittel die Einflussnahme erfolgt, ist gleich“; *Amelung*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 147 (152).

<sup>8</sup> „Kommunikation“ verkommt zum Modewort. Problematisch daran ist, dass es oftmals fälschlich zu eng verstanden wird. Jede zwischenmenschliche Interaktion stellt einen Kommunikationsakt dar, es bedarf nicht explizit des Gebrauchs von Sprache oder Worten. Nach *Watzlawick* (das sog. 1. Axiom, vgl. *Watzlawick/Beavin/Jackson*, Menschliche Kommunikation, 1990, S. 50 ff.) ist es daher unmöglich, „nicht nicht zu kommunizieren“. Mithin meint „kommunikative Deutung“ lediglich, dass es sich um eine Näherung handelt, die den zwischenmenschlichen Interaktionsprozess soziologisch-psychologisch versteht, nicht jedoch allein auf ein „Gespräch“ begrenzt.

<sup>9</sup> Abgesehen von den Neuro-Wissenschaften, deren Erkenntnisse durchaus hinzugezogen werden sollten, wenn es um die

\* Der zweite Teil folgt in ZIS 4/2016.

\*\* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Robert Esser, Universität Passau.

<sup>1</sup> Differenzierend *Schild*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 26 Rn. 13; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 6 f.; *Haas*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 26 Rn. 13; vertiefend und kritisch zum gängigen Verständnis *Timpe*, GA 2013, 145; vgl. schon *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 117.

<sup>2</sup> *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 26 Rn. 19 ff.; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, § 37 Rn. 1285; *Welzel* (Fn. 1), S. 99; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 228 (247); *Roxin* ([Fn. 1], § 26 Rn. 6, begründet dies damit, dass der Vorsatz zum subjektiven Tatbestand gehöre, und gerade keine Schuldform darstelle, wie die überkommene Lehre weiterhin annehme; dezidiert zeigt *Bloy* (ZStW 117 [2005], 3 [11 ff.]) den Streitstand auf, der sich auf jahrhundertealte Wurzeln zurückführen lässt; wenngleich dies zu kriminalpolitisch bedenklichen Strafbarkeitslücken führen kann, vgl. *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, Rn. 1002 ff. „Lücken“ im Strafrecht sind aufgrund seines ultima ratio-Charakters jedoch kein Manko, sondern dieser Rechtsmaterie immanent, so zutreffend *Bloy*, ZStW 117 (2005), 3 (16).

<sup>3</sup> Fahrlässige Anstiftung ist nicht strafbar, vgl. RGSt 73, 5; *Hoyer*, in: *Rudolphi u.a.* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2001 *bewusst alte Aufl.*?, Vor § 26 Rn. 34; in

Sinnieren offenbart somit, dass Strafbegründung und Wesensschau der Anstiftung komplizierter zu durchdringen sind, als zunächst vermutet.<sup>10</sup>

Was sollte und kann unter „Einfluss“ auf den Willen gemeint sein? Wie beeinflusst man fremde Gedanken, wenn man nicht Hypnotiseur, Mentalkünstler oder Sophist ist? Und weshalb sollte dieser Einfluss strafbar sein? Um den Topos des „offenen geistigen Kontakts“ – der nach Ansicht des *Verf.* weiterhin vorzugswürdig erscheint – nicht zur Leerformel<sup>11</sup> verkommen zu lassen, sind bestehende Ansätze zur Deutung des Strafgrundes, des Wesens und der Tathandlung der Anstiftung kritisch zu hinterfragen und auf ihre dogmatische sowie psychologische Stichhaltigkeit hin zu überprüfen.<sup>12</sup> Es soll in der dazu angestellten interdisziplinären Näherung jedoch nicht darum gehen, die tradierte Dogmatik der Täterschaft- und Teilnahmeregelungen der §§ 25 ff. StGB auszuhebeln<sup>13</sup>, sondern sie mithilfe eines Reframings<sup>14</sup> zu bestätigen. Fraglich ist daher, ob die kommunikative Deutung der Anstiftung stringent und nachvollziehbar das Wesen der Anstiftung als solches – sowie ihren Strafgrund im Besonderen – zu erklären vermag. Es wird sich zeigen, dass sie dies

---

Klärung seit langer Zeit ungelöster Fragen strafrechtlicher Grundsatzprobleme geht. Selten offenbaren sie die „einzige Lösung“, oftmals allerdings taugliche Anreize; vgl. instruktiv *Hillenkamp*, ZStW 127 (2015), 10.

<sup>10</sup> *Schünemann* (Fn. 2), § 26 Rn. 1: „bis heute noch nicht vollumfassend befriedigend gelöst“; ebenso *Haas* (Fn. 1), Vor § 25 ff. Rn. 20; *Heghmanns*, GA 2000, 473; *Redmann* (Fn. 4), S. 23.

<sup>11</sup> Wie es vielen Begrifflichkeiten in diesem „Dunstkreis“ unterstellt werden kann, vgl. *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (516).

<sup>12</sup> In seiner Monographie analysiert *Redmann* ([Fn. 4], S. 92 ff.) anhand linguistischer Ausführungen zur Sprechakttheorie und zudem durch Hinzuziehung der Soziologie der Sanktionierung (im Sinne *Luhmanns*) eine leicht anders gelagerte Dimension der psycho-sozialen Deutung der Anstiftung. Zwar konkludiert auch er, dass es der „Korrumpierung“ bedarf. *Redmann* versteht sie allerdings als Ergebnis eines sozialen Zwanges, dem sich der Täter beugt. Die vorliegende Näherung greift hingegen den Gedanken der sozialen Desintegration und der kommunikativen Überlistung auf.

<sup>13</sup> So die unbegründete Angst vieler Juristen vor interdisziplinären Ansätzen, vgl. z.B. *Schild*, ZStW 94 (1982), 37 (39); zu Recht kritisch daher *Hassemer*, in: Arnold u.a. (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 115 (124); einen kurzen Abriss des Verhältnisses von Justiz und Soziologie gibt *Lautmann*, *Justiz – die stille Gewalt*, 2011, S. 11 ff.

<sup>14</sup> Reframing ist ein Begriff aus der Psychotherapie: Bestehende Konzepte werden in einen neuen Rahmen gesetzt, d.h. der Perspektivwechsel radikal forciert. Guter Humor nützt oftmals Techniken des Reframings, da sich geistreiche Pointen daraus ergeben, das Banalitäten des Seins in neues Licht gerückt und dadurch ungewohnt lächerlich, unterhaltsam, spitzfindig oder schlicht amüsant interpretiert werden können.

vorzüglich leisten kann, da der Anstiftung ein „Manipulations- und Korrumpierungsmoment“<sup>15</sup> innewohnt, das sich durch einen doppelt-pathologischen Diskurs auszeichnet: Strafgrund der Anstiftung ist die soziale Desintegration des Haupttäters durch die Verstrickung in eine gestörte Kommunikation mit der Gesellschaft mithilfe einer ebenso pathologischen Tathandlung: Der Schaffung einer kognitiv-kongruenten Wirklichkeitskonstruktion zweiter Ordnung.

## II. Strafgrund und Wesen der Anstiftung

Die Frage nach dem Strafgrund der Teilnahme bzw. der Anstiftung vermag zunächst zwar zu verwundern, schließlich scheint dieser in den §§ 26, 27 StGB normiert zu sein. Es darf jedoch die Existenz eines kriminologischen Phänomens nicht mit der Legitimation seiner Pönalisierung vermengt werden. Begründungsbedürftig<sup>16</sup> ist die strafrechtliche Ahndung des Teilnehmers nämlich aufgrund des vorherrschenden dogmatischen Verständnisses der §§ 26, 27 StGB: Auf der Basis des sog. restriktiven Täterbegriffs<sup>17</sup>, der als Täter lediglich denjenigen ansieht, der den Tatbestand verwirklicht<sup>18</sup> (Formulierung der BT-Delikte: „Wer“), ist davon auszugehen, dass die TeilnahmeStrafbarkeiten die Tatbestände des Besonderen Teils des StGB ausdehnen.<sup>19</sup> Wegen dieser *Strafbegründungsfunktion* der Teilnahmetatbestände bedarf es einer stichhaltigen Teleologie, auf der die normative Existenz der Beteiligungsformen basiert.<sup>20</sup> Der Strafgrund der Teilnahme und derjenige der Anstiftung im Besonderen – so viel sei vorweggenommen – sind dabei nicht völlig kongruent.<sup>21</sup> Beide Um-

---

<sup>15</sup> So auch übereinstimmend *Amelung* (Fn. 7), S. 147 ff.; in diesem Sinne auch die Abhandlung von *Redmann* (Fn. 4).

<sup>16</sup> Nach *Haas* ([Fn. 1], vor § 25 ff. Rn. 20) bis heute nicht abschließend geklärt.

<sup>17</sup> Wohl überwiegende Auffassung, vgl. die Nachweise bei *Schild* (Fn. 1), § 25 Rn. 20 in Fn. 1.

<sup>18</sup> *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 25 Rn. 1.

<sup>19</sup> *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 25 Rn. 3, vor § 26 Rn. 1; missverständlich daher *Puppe* (Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 2), die von der Anstiftung als „erfolgskongruentem Delikt“ spricht.

<sup>20</sup> *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, vor § 26, 27 Rn. 3; *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, § 64 vor Rn. 1 ff. S. 684; genau andersherum wäre es daher bei Annahme eines extensiven Täterbegriffs, da in diesem Fall die §§ 26, 27 StGB zu Gunsten des Täters strafeinschränkend wirken würden und somit keiner vertieften Legitimation bedürften (abgesehen von kriminalpolitischen Erwägungen zur Strafmilderung), vgl. *Heinrich* (Fn. 2), § 36 Rn. 1270; *Haas* (Fn. 1), vor § 25 ff. Rn. 2; ablehnend zum extensiven Täterbegriff *Roxin* (Fn. 1), § 25 Rn. 4; dieser sei stets gedankliche Grundlage der Einheitstäterlehren, vgl. *Murmann*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2014, Vor § 25 ff. Rn. 3; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 228 (230); der extensive Täterbegriff war z.B. noch in BGHSt 3, 5 zu finden.

<sup>21</sup> *Krey/Esser* (Fn. 2), Rn. 986 ff.; *Joecks* (Fn. 20), § 26 Rn. 2; *Heghmanns*, GA 2000, 473.

stände, d.h. Strafbegründungslegitimation der Teilnahme und Rechtfertigung der Sonderstellung der Anstiftung, gilt es daher näher zu beleuchten.

Zu trennen sind dabei – im Folgenden wie grundsätzlich – Strafgrund und Wesen der Teilnahme einerseits, sowie Tathandlung und Tatbestand der Anstiftung andererseits.<sup>22</sup> Zu unterscheiden sind diese Einzelaspekte mithilfe der richtigen Fragen: „Warum?“, „Wie?“ und „Unter welchen Umständen?“ Zur Strafbegründung („Warum?“) werden Schuld- und Unrechtsteilnahmetheorien sowie Verursachungstheorien in verschiedenen Abstufungen vertreten. Da die Anstiftung nahezu allgemein anerkannt eine Sonderstellung im Gefüge der Teilnahmeformen einnimmt, findet die Abgrenzung in der Dogmatik von Strafgrund, Wesen und Tathandlung jedoch nicht immer trennscharf statt. Verworren wird die Diskussion (trotz an sich klarer W-Fragen) vor allem deshalb, weil manche Autoren eine gemeinsame Strafbegründung für §§ 26, 27 StGB verlangen, wohingegen andere je nach Teilnahmeform unterscheiden wollen. Eng damit verbunden – und damit ein Konglomerat aus Wesen („Unter welchen Umständen?“) und Tathandlung („Wie?“) der Anstiftung – ist auch die erforderliche Konkretisierung des Merkmals „Bestimmen“, bei der weitere Deutungsansätze, wie der „Unrechtspakt“, das „Schaffen einer Tatgelegenheit“, oder eben der „offene geistige Kontakt“, eingeführt werden. Das Erfordernis des „geistig-kollusiven Zusammenwirkens“ wird zudem zum Teil unter „Strafgrund“ der Teilnahme behandelt<sup>23</sup>, andererseits als Annäherung an die Tathandlung „Bestimmen“ verstanden.<sup>24</sup> Die dubiose „Wesensschau“ schimmert dabei bei allen Deutungsansätzen durch und sollte daher als Instrument der Näherung nicht verkannt werden. Dem „komplexen Komplex“ ist somit, beginnend beim Strafgrund der Teilnahme im Allgemeinen, im Folgenden nachzuspüren.

### 1. Strafbarkeit der Teilnahme – Das „Warum?“ der Strafbarkeit

Zunächst ist das Augenmerk auf die Frage zu richten, wie sich die Bestrafung des Teilnehmers dogmatisch erklären lässt. Zentraler Streitpunkt innerhalb der Strafbegründungsansätze ist, ob der Strafgrund der Teilnahme aus dem Täterunrecht abgeleitet werden muss, oder ob er stattdessen selbstständig ist.<sup>25</sup> Grundsätzlich stehen sich dazu bei der Strafbegründung der Teilnahmeformen der §§ 26, 27 StGB zwei Fronten gegenüber<sup>26</sup>:

Einerseits soll sich der Strafgrund der Teilnahme aus der Beteiligung an der Schuld bzw. dem Unrecht<sup>27</sup> der durch den Täter verwirklichten Tat ergeben. Diese sog. Schuld- oder Unrechtsteilnahmetheorien verstehen den Verwerflichkeitsaspekt (und damit den Strafgrund) der Teilnahme insbesondere in der Korrumpierung des Täters.<sup>28</sup> Dieser werde durch Überredung in die schuldhaftige Handlung verwickelt. Der Strafgrund der Teilnahme liege demzufolge darin, dass der Teilnehmer den Täter „in Schuld und Strafe verstrickt“:<sup>29</sup> „Worin immer man die besondere Schuld des Anstifters finden will, sie kann ja nur darin bestehen, daß der Weg zur Tat durch die Seele eines anderen genommen wird.“<sup>30</sup> Noch eindringlicher formulierte Mayer: „Mag der Angriff des Anstifters auf das Rechtsgut nicht so intensiv sein, dass man sagen könnte, er hat den Mord gemacht, so hat er doch jedenfalls den Mörder gemacht“.<sup>31</sup> Hintergrund dieser Näherung ist das Verständnis der Anstiftung als Akt der „Verführung“, der „Manipulation“ bzw. der „Seelenschändung“ und „Charakterverderbnis“.<sup>32</sup>

Völlig anders gehen hingegen die Verursachungstheorien vor.<sup>33</sup> Die Verursachungstheorien (von denen unterschiedliche Varianten existieren) stellen in unterschiedlicher Gewichtung darauf ab, dass die Anstiftungshandlung einen Anknüpfungspunkt der Verursachung des Taterfolgs erschaffe, der entweder einen eigenen bzw. selbstständigen Unwert des Teilnehmers erfülle<sup>34</sup>, oder mit dem Unrecht des Täters

<sup>27</sup> Unrecht und Schuld werden oftmals synonym verwendet, obwohl der Begriff Unrecht selbst nicht im StGB fixiert ist. Gleichwohl ist oftmals zu lesen, dass „Täterlehre Unrechtslehre sei“, vgl. Welzel (Fn. 1), S. 98, 112.

<sup>28</sup> Vgl. Mayer, in: Hohenleitner/Lindner/Nowakowski (Hrsg.), Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag, 1957, S. 243; Schaffstein, ZStW 57 (1938), 295 (323); zu Unrecht ebenso „in diesen Topf geworfen“ wird Less, ZStW 69 (1957), 43 (45 ff.): Dessen Lehre vom doppelten Unrechtsgehalt stellt jedoch auf psychologische Erwägungen, und nicht, wie etwa die Lehre Mayers oder Schaffsteins, auf ideologisch überladene Erwägungen völkischen Denkens ab; das verkennt z.B. Redmann (Fn. 4), S. 24 f.; zu den Schuldteilnahmetheorien auch Schild (Fn. 1), Vor § 26 Rn. 15 m.w.N.; zur Geschichte vgl. Trechsel, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 3 ff.

<sup>29</sup> Less, ZStW 69 (1957), 43 (44 f.); Heinrich (Fn. 2), § 36 Rn. 1273.

<sup>30</sup> Less, ZStW 69 (1957), 43 (45); zu dieser „Seelenmordtheorie“ Trechsel (Fn. 28), S. 7 f.; zur „Charakterverderbnis“ S. 8 ff.

<sup>31</sup> Mayer, zitiert nach Trechsel (Fn. 28), S. 20; a.A. Lüderssen (Fn. 26), S. 47 ff.

<sup>32</sup> Amelung (Fn. 7), S. 149.

<sup>33</sup> Redmann (Fn. 4), S. 30 ff.

<sup>34</sup> Mit unterschiedlicher Gewichtung bei Lüderssen und Schmidhäuser, vgl. die Nachweise bei Schünemann (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 11 f.; ablehnend zu beiden Roxin (Fn. 1), § 26 Rn. 13 ff.

<sup>22</sup> Korrekt dargelegt von Heghmanns, GA 2000, 473 (475).

<sup>23</sup> So zu finden bei Schünemann (Fn. 2), § 26 Rn. 2, der zwischen Strafgrund der Teilnahme und Strafgrund der Anstiftung zu trennen scheint, obwohl er zuvor den Strafgrund der Teilnahme durch akzessorischen Rechtsgutsangriff für beide Teilnahmeformen erklären möchte.

<sup>24</sup> BGH NSTZ 2009, 393; Krey/Esser (Fn. 2), Rn. 1037 m.w.N.

<sup>25</sup> Roxin (Fn. 1), § 26 Rn. 11.

<sup>26</sup> So schon Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 25.

mittelbar oder akzessorisch verwoben sei.<sup>35</sup> Einige heben dabei die Eigenständigkeit der Teilnahmetat hervor und stellen darauf ab, dass der Teilnehmer einen eigenen Unwertbeitrag (im Sinne des Handlungsunwerts) zur Rechtsgutverletzung leiste<sup>36</sup>, bzw. an der Rechtsgutverletzung des Täters zumindest mittelbar teilhabe (im Sinne des Erfolgsunwerts).<sup>37</sup> Hintergrund dieser Deutungen ist in der Regel das Vorverständnis der Anstiftung als „Initialzündung“ der vorsätzlich-rechtswidrigen Haupttat. Innerhalb dieser Deutungen wird das Teilnahmeunrecht zum Teil als solches vom Unrecht der Haupttat getrennt, die Akzessorietät mithin gelockert oder sogar aufgegeben und der Strafgrund der Anstiftung isoliert aus der Verursachung der Tathandlung des Täters durch den Anstifter abgeleitet.<sup>38</sup> Eine solche Verselbstständigung des Teilnehmerdeliktes ist allerdings mit dem Gesetz nicht vereinbar, da § 28 Abs. 1 StGB die grundsätzliche Akzessorietät<sup>39</sup> der Teilnahme fixiert.<sup>40</sup> In modifizierter Form geht die „akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie“<sup>41</sup> daher davon aus, dass der Strafgrund der Teilnahme (und damit auch der Anstiftung) in der zumindest mittelbaren Herbeiführung der tatbestandlichen Rechtsgüterverletzung liege.<sup>42</sup> Dafür muss das verletzte Rechtsgut dem Teilnehmer gegenüber ebenfalls schützenswert sein.<sup>43</sup> Strafgrund sei die Herbeiführung der tatbestandlichen Handlung des Haupttäters, wobei der Unrechtsgehalt der Haupttat das Teilnahmeunrecht determiniere (daher „akzessorisch“). Die §§ 26, 27 StGB wirkten als „Tatbestandsausdehnungsgründe“, da sie den restriktiven Täterbegriff auf die Teilnahme ausweiteten.<sup>44</sup> Diese inzwischen überwiegende zweite Ansicht lehnt die

Konstruktion der Schuldteilnahme des Anstifters vollumfänglich ab.

Leicht differenzierend geht *Roxin* mit der durch ihn etablierten Lehre vom akzessorischen Rechtsgutsangriff davon aus, dass der Anstifter zugleich einen eigenen Angriff auf das Rechtsgut ausübe.<sup>45</sup> Die Lehre vom akzessorischen Rechtsgutsangriff versucht somit die reine und die akzessorische Verursachungstheorie zu verknüpfen,<sup>46</sup> und stellt bei der Strafbegründung der Teilnahme sowohl auf das Unrecht der Haupttat, als auch auf den akzessorischen Rechtsgutsangriff des Teilnehmers ab.<sup>47</sup> Insgesamt abgelehnt werden psychologische oder soziologische Deutungen.<sup>48</sup>

## 2. Stellungnahme

Die Ablehnung der vorgebrachten Begründungsmodelle der Teilnehmerstrafbarkeit ergeht zumeist aus dem Aufzeigen von Problemkonstellationen.<sup>49</sup>

### a) Verursachungstheorien bieten keine Abgrenzung zwischen Anstiftung und Beihilfe

So spreche gegen die akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie, dass Fälle der straflosen notwendigen Teilnahme<sup>50</sup> und der Aufforderung zur Strafvereitelung, § 258 StGB, nicht reibungsfrei gelöst werden können.<sup>51</sup> In diesen Konstellationen liegt allerdings ebenfalls ein Mitwirken an einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat vor, so dass sich die Straflosigkeit der Teilnahme in diesen Fällen nicht mit der determiniert-akzessorischen Unrechtsbeteiligung rechtfertigen ließe.<sup>52</sup> Gleichwohl handelt es sich dabei um Fälle, die je nach Sonderkonstellation des Besonderen Teils zu lösen sind und daher nicht grundsätzlich gegen die akzessorietätsorientierte(n) Verursachungstheorie(n) sprechen.<sup>53</sup> Fraglich bleibt allerdings, ob die Verursachungstheorien tatsächlich beide Teilnahmeformen in §§ 26, 27 StGB erklären können und zudem stichhaltig darzulegen vermögen, was den Anstif-

<sup>35</sup> BGHSt 4, 355 (358); *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 1 m.w.N.

<sup>36</sup> So z.B. früher *Lüderssen* (Fn. 26), S. 25, 28, 117 ff., 161 ff.; ablehnend *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 13.

<sup>37</sup> BGHSt 4, 355 (358); *Rudolphi*, ZStW 78 (1966), 92; *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 4; 21; § 26 Rn. 3: Der Anstifter bekomme Handlungs- und Erfolgsunrecht zugerechnet, der Gehilfe lediglich das Erfolgsunrecht.

<sup>38</sup> So z.B. *Lüderssen* (Fn. 26), S. 117 ff.; dazu *Bloy*, ZStW 117 (2005), 3 (18 m.w.N.).

<sup>39</sup> *Haas* (Fn. 1), Vor § 25 ff. Rn. 1.

<sup>40</sup> Ablehnend daher *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 13; *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 9; *Haas* (Fn. 1), Vor § 25 ff. Rn. 21; *Hoyer* (Fn. 3), vor § 26 Rn. 14.

<sup>41</sup> *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 11, 26 ff.; *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 14; *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 10 m.w.N.

<sup>42</sup> Vgl. BGHSt 4, 355 (358); *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 1 m.w.N.

<sup>43</sup> *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 32; *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 1.

<sup>44</sup> *Jescheck/Weigend* (Fn. 20), § 61 Rn. 1 S. 648; *Schild* (Fn. 1), vor § 26 Rn. 2; *Murmann*, JA 2008, 321; *Krey/Esser* (Fn. 2), Rn. 793; zum extensiven Täterbegriff, der auch Anstifter und Gehilfe als Täter versteht vgl. *Roxin* (Fn. 1), § 25 Rn. 4; *Jescheck/Weigend* (Fn. 20), § 61 Rn. 1 S. 649 ff. m.w.N.; nach diesem wären die §§ 26, 27 StGB Strafeinschränkungsgründe, vgl. *Heinrich* (Fn. 2), § 33 Rn. 1180; zur Historie *Welzel* (Fn. 1), S. 99 f.

<sup>45</sup> *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 11; dafür auch *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 7; *Murmann* (Fn. 20), vor § 25 ff. Rn. 17.

<sup>46</sup> *Schild* (Fn. 1), Vor §§ 26, 27 Rn. 14; ebenso *Redmann* (Fn. 4), S. 35.

<sup>47</sup> *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 11; vgl. schon Rn. 1: „Die Teilnahme ist ein selbstständiger Rechtsgutsangriff durch täterschaftslose, vorsätzliche Mitwirkung an einer mit Tatbestandsvorsatz begangenen tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Tat.“

<sup>48</sup> So *Schünemann* (Fn. 2), § 26 Rn. 1, da ansonsten z.B. psychische Beihilfe nicht abgegrenzt werden könnte; *Puppe*, GA 1984, 101; differenzierend jedoch 108 ff.; a.A. *Less*, ZStW 69 (1957), 43 (51).

<sup>49</sup> Eingehend *Heinrich* (Fn. 2), § 36 Rn. 1277 ff.; *Bloy*, ZStW 117 (2005), 3 (22 ff.); *Lüderssen* (Fn. 26), S. 52 ff.

<sup>50</sup> Eingehend *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 41 ff.; *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 31 ff.; *Trechsel* (Fn. 28), S. 70 ff.; mit alternativem Lösungsweg *Heghmanns*, GA 2000, 473 (488).

<sup>51</sup> *Haas* (Fn. 1), Vor § 25 ff. Rn. 32.

<sup>52</sup> Differenzierend *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 15.

<sup>53</sup> *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 37.

ter im Ergebnis strafwürdiger macht als den Gehilfen. Die Systematik der Teilnahme- zu den Täterstrafbarkeiten müsste nämlich denkllogisch (und historisch) von einer dreistufigen Einteilung ausgehen<sup>54</sup>: Bestrafung des Täters nach § 25 StGB, Bestrafung des Anstifters im Sinne des Täters, § 26 StGB, die fakultativ gemildert werden sollte, und Beihilfe, § 27 StGB, die obligatorisch gemildert werden muss, §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB. Der § 26 StGB enthält jedoch keine Option zur fakultativen Strafmilderung, was einen Bruch der Systematik darstellt.<sup>55</sup> Dadurch wird deutlich, dass die Anstiftung „zwischen den Stühlen steht“, mithin weder Täterschaft noch Teilnahme zu sein scheint.

Daher genügen die reinen Verursachungstheorien von vornherein nicht als Anknüpfungspunkt des Strafgrundes der Anstiftung.<sup>56</sup> Die Teilnahme muss ein Momentum der Akzessorität (vgl. § 28 Abs. 1 StGB) beibehalten, das sie an den Unrechtsgehalt (und nicht lediglich den Erfolg) der Haupttat knüpft.<sup>57</sup> Auch die modifizierten Verursachungstheorien können nicht erklären, weshalb der Anstifter gleich einem Täter bestraft werden soll. Da sie sich zur Legitimation sowohl von Beihilfe und Anstiftung heranziehen lassen (was angeblich ihr Vorzug sei), bieten sie keine befriedigende Antwort auf den systematischen Bruch, aufgrund dessen es § 26 StGB an einer fakultativen Strafmilderungsmöglichkeit ermangelt. Damit wird die Strafbegründung der Anstiftung derjenigen der Teilnahme weitgehend angeglichen. Wenn die limitiert akzessorische Beteiligung jedoch Strafgrund der Teilnahme en toto sei, was macht dann den Anstifter strafwürdiger als den Gehilfen? Ein Ausweg könnte lediglich die stärkere Bindung an den Handlungsunwert sein.<sup>58</sup> Die Tathandlung der Anstiftung ist derjenigen der Beihilfe jedoch grundverschieden, „bestimmen“ und „Hilfe leisten“ sind nicht vergleichbar.<sup>59</sup> Einen Ausweg aus dem Differenzierungsmangel bietet *Roxin*, dessen Lehre vom akzessorischen Rechtsgutseingriff die Beihilfe als unselbstständigen, die Anstiftung hingegen als selbstständigen Angriff auf das Rechtsgut des Opfers versteht.<sup>60</sup> *Roxin* füllt den Unterschied zwischen Beihilfe und Anstiftung auf, indem er für zweite ein

„Auffordern“ verlangt, was allerdings nicht darüber hinweghilft, dass § 26 StGB ein „Bestimmen“ erfordert.<sup>61</sup>

Die Verursachungstheorien jeglicher Ausprägung verlagern damit das Problem der tätergleichen Bestrafung von der Strafbegründung der Anstiftung auf die Anstiftungshandlung des „Bestimmens“.<sup>62</sup> Die Verursachungstheorien werden daher dem Wesen der Anstiftung als „besondere Teilnahmeform“ – wie sie das Gesetz vorsieht – systematisch und teleologisch nicht gerecht. Zuzustimmen ist ihnen jedoch bei der Behauptung des Erfordernisses der limitierten Akzessorität der Teilnahme strafbarkeit, wie es sich aus §§ 26, 27, 28 Abs. 2, 29 StGB ableiten lässt: Der Unwertgehalt, den der Anstifter erwirkt, ist mit dem Unrecht der durch den Täter verwirklichten Tathandlung untrennbar verbunden.

#### b) Schuldteilnahmetheorien nicht mit § 29 StGB vereinbar

Für die Schuldteilnahmetheorien spricht, dass der Anstiftung ihrem Sinn und Zweck nach ein Element der „Verführung“ und der „Manipulation“ innewohnt, welchem sich die Metaphern der „Korrumpierung“ und „Schuldverstrickung“ tauglich annähern. Auf diese Weise wird das Wesen der Anstiftung als „geistige Urheberchaft“ der Straftat fixiert.<sup>63</sup> Den Schuld- bzw. Unrechtsteilnahmetheorien alter Prägung ist gleichwohl vorzuwerfen, dass sie inzwischen contra legem argumentieren, da sie durch das alleinige Erfordernis der Korrumpierung oder „Unrechtsverstrickung“ dem Sinn und Zweck des § 29 StGB zuwider laufen.<sup>64</sup> Das ergibt sich aus einer Gesamtschau der Systematik: §§ 26, 27 StGB setzen lediglich eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat voraus. § 29 StGB steht hingegen für den Leitsatz „Jeder nach seiner Schuld“.<sup>65</sup> Aus § 29 StGB ergibt sich daher, dass der Teilnehmer auch dann strafbar ist, wenn es an der Schuld des Haupttäters fehlt (sog. „limitierte Akzessorität“).<sup>66</sup> „Schuldverstrickung“ kann somit nicht mehr Strafgrund sein. Die vorgebrachte gesetzssystematische Kritik an den Schuldteilnahmetheorien vermag daher zu überzeugen. Der Strafgrund des Teilnehmers kann sich nicht (mehr) allein aus der Schuld des Täters ableiten, da es für einen sinnvollen Anwendungsrahmen des § 29 StGB eines eigenständigen Anknüpfungspunkts der Schuld des Teilnehmers bedarf. Somit ist zumindest die reine Schuldteilnahmetheorie nicht mehr mit dem Gesetz vereinbar.<sup>67</sup> Ob allerdings auch das *Korrumpieren*

<sup>54</sup> So *Roxin* (Fn. 1), § 25 Rn. 1; *Puppe* (Fn. 19), § 22 Rn. 1; *Maiwald*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Fn. 8), S. 283 (291); vgl. *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 25 Rn. 1 f., der auf die Ursprünge in früheren Kodifikationen eingeht.

<sup>55</sup> Überzeugend *Krey/Esner* (Fn. 2), Rn. 794 ff. mit Alternativvorschlag: „Die Strafe für den Anstifter kann nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden“; kritisch auch *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 19; *Heghmanns*, GA 2000, 473.

<sup>56</sup> *Schünemann* (Fn. 2), § 26 Rn. 2; *Haas* (Fn. 1), § 26 Rn. 10.

<sup>57</sup> *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 4 f.; 7: „akzessorischer Rechtsgutsangriff“.

<sup>58</sup> Zu finden bei *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 4; 21; 3 26 Rn. 3?: Der Anstifter bekomme Handlungs- und Erfolgsunrecht zugerechnet, der Gehilfe lediglich das Erfolgsunrecht. *red. s. Fn 37!*

<sup>59</sup> *Schild* (Fn. 1), vor § 26, 27 Rn. 9; ebenso *Heghmanns*, GA 2000, 473.

<sup>60</sup> *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 74 ff.

<sup>61</sup> *Amelung* (Fn. 7), S. 149.

<sup>62</sup> *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 6.

<sup>63</sup> Die Trennung in Urheber (auctor) und Gehilfe (socius) war bereits dem preußischen Strafgesetzbuch von 1851 bekannt, *Maiwald* (Fn. 54), S. 283.

<sup>64</sup> Dagegen auch *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 4; *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 6.

<sup>65</sup> *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 4.

<sup>66</sup> Vgl. nur *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 5; *Hünfeld*, ZStW 99 (1987), 228.

<sup>67</sup> *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 16; *Heghmanns*, GA 2000, 473 (475).

(„durch schlechten Einfluss verderben“) dadurch ebenso obsolet geworden ist, gilt es sogleich zu hinterfragen.<sup>68</sup>

c) *Stattdessen: Modifizierte Schuldteilnahmetheorie – Soziale Desintegration und pathologischer Diskurs*

Den durch Einfügung des § 29 StGB versperrten Weg über die Schuldteilnahmetheorien umgeht die Unrechtsteilnahmetheorie<sup>69</sup>/modifizierte Schuldteilnahmetheorie, wie sie von *Trechsel* entwickelt wurde.<sup>70</sup> Anstelle des Rekurses auf die Partizipation an der Schuld des Täters sieht *Trechsel* das Strafunrecht des Anstifters darin, dass er die soziale Desintegration des Täters erwirke.<sup>71</sup>

Das lässt sich kriminologisch gut hören: Unrecht stellt soziologisch betrachtet einen asozialen Prozess bzw. Zustand dar.<sup>72</sup> Dieser drohe sowohl dem schuldhaft, wie dem nicht schuldhaft handelnden Täter in gleichem Maße, da beide durch ihre Tat in die Mühlen der Justiz geraten. Als „säkularisierter Seelenmord“<sup>73</sup> treibe der Anstifter den Angestifteten daher zugleich ungebremst in einen Konflikt mit der Gesellschaft. Rechtsgut der Teilnahmevorschriften und insbesondere der Anstiftung sei folglich die soziale Integration des Haupttäters.<sup>74</sup> Den eigenständigen Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit des Teilnehmers bilde mithin dessen tadelnswertes, sozialschädliches Verhalten der – durch die Anstiftung erzeugten – Stigmatisierung des Täters.<sup>75</sup> Die „Charakterver-

derbnis“ der Korruption der ursprünglichen Schuldteilnahmetheorien wird demnach durch „soziale Stigmatisierung“ ersetzt bzw. modifiziert.

*Roxin*<sup>76</sup> führt gegen die Unrechtsteilnahme- bzw. „modifizierte Schuldteilnahmetheorie“ (in der Interpretation *Trechsel*) an, dass deren Konstruktion nicht auf die dogmatische Unterfütterung der Beihilfe übertragbar sei.<sup>77</sup> Da bei dieser Teilnahmeform der Täter in der Regel schon zur Tat entschlossen sei, wurde die angeblich strafbegründende Desintegration bereits vollzogen.<sup>78</sup> Zudem sei „soziale Desintegration“ an und für sich ein schwammiger Begriff, der sich nicht zur Abgrenzung eigne.<sup>79</sup> Darüber hinaus pönalisieren die Unrechtsteilnahmetheorie als Anknüpfungspunkt der Strafe des Anstifters dessen sozialschädliches Verhalten der Desintegration des Täters, wohingegen der Strafgrund des Täters sich aus der Verletzung eines Rechtsguts des Opfers ergebe. Auf diese Weise sei die Rechtfertigung der Bestrafung „gleich einem Täter“ umso schwerer zu bewerkstelligen, da die Desozialisierung des Täters kaum mit der Rechtsgutverletzung beim Opfer kongruent gestellt werden könne.<sup>80</sup>

Dagegen lässt sich anbringen, dass die Unrechtsteilnahmetheorie/modifizierte Schuldteilnahmetheorie nicht allein deshalb ablehnenswert erscheint, weil sie lediglich die Anstiftung erklären kann. Die Anstiftung steht, wie aufgezeigt, zwischen den Stühlen, was eine Sonderstellung und damit zeitgleich eine Sonderbegründung ihres Seins und Sollens durchaus rechtfertigt.<sup>81</sup> Weiterhin ist zu konstatieren, dass auch der Gehilfe die Desintegration zumindest fördert, wobei *Roxin* diesbezüglich zu Recht auf die Vagheit einer solchen Beeinflussung verweist. Zudem ist richtig, dass Begründungsdifferenzen auftreten, wenn legitimiert werden muss, weshalb die soziale Desintegration des Täters die gleiche (Straf-)Behandlung nach sich ziehen solle, wie die durch den Täter verursachte Rechtsgutverletzung.<sup>82</sup> Jedoch ist die Freiheit von Strafverfolgung ein hohes Gut. Nunmehr anzuführen, dass sozial desintegriert lediglich derjenige werden könne, der dies nicht schon sei<sup>83</sup>, verkommt zum Hohn. Eine solche Argumentation redete einer Klassenjustiz den Mund, die die Wertigkeit des Achtungsanspruchs aus Stellung und Status des Betroffenen ableitete. Dem widersprach das RG schon in anderem Kontext: Der Entstellung im Sinne des § 226 StGB steht nicht entgegen, dass der Betroffene schon

<sup>68</sup> Für eine Beibehaltung des Korruptionsgedankens *Amelung* (Fn. 7), S. 151; ihm folgend *Redmann* (Fn. 4), S. 44.

<sup>69</sup> *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 6.

<sup>70</sup> *Trechsel* (Fn. 28), S. 54 f.; *Redmann* (Fn. 4), S. 26; als Gedanke bereits bei *Welzel* (Fn. 1), S. 112: „Der Grund für die Strafbarkeit der Teilnahme liegt darin, daß diese den Entschluß zu einer sozial unerträglichen und darum rechtswidrigen Handlung hervorgerufen oder ihre Durchführung gefördert hat.“; ablehnend gleichwohl *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 228 (233 ff.).

<sup>71</sup> *Trechsel* (Fn. 28), S. 32 ff., 55 ff.

<sup>72</sup> *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (486).

<sup>73</sup> *Trechsel* (Fn. 28), S. 12.

<sup>74</sup> Dazu *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 8, gleichwohl ablehnend Rn. 9.

<sup>75</sup> Zu den stigmatisierenden Wirkungen eines Ermittlungsverfahrens *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 2013, 1. Kap. Rn. 19; *Satzger*, Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, Gutachten C für den 65. Deutschen Juristentag, 2004, C 82; *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241 (2242); *Esser*, in: *Esser/Günther/Jäger* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag, 2013, S. 539; *Lindner*, StV 2008, 210; *L. Schulz*, Normiertes Misstrauen, 2001, S. 547; *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 56 (61); *Kühne*, NJW 1979, 617; vgl. auch die pointierte Formulierung des BayVerfGH, *Entsch. v. 7.2.2006 – Vf. 69-VI-04*, Rn. 42, zu verdachtsunabhängigen Durchsuchungen: „Hinzu kommt, dass der Akt polizeilichen Durchsuchens für einen außenstehenden Beobachter sofort den Eindruck erweckt, der Betroffene habe sich in irgendeiner Weise nicht gesetzmäßig verhalten. Insoweit kann eine Durchsuchung

von Sachen durch Polizeibeamte vom Betroffenen als diskriminierend oder stigmatisierend empfunden werden.“

<sup>76</sup> *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 18 ff.

<sup>77</sup> Ebenso *Redmann* (Fn. 4), S. 26; *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 5, für die Schuldteilnahmelehre im Gesamten und in Rn. 6 ablehnend zu *Trechsel*.

<sup>78</sup> Zudem würde so dem Gehilfen eine Art Handlungspflicht auferlegt, vgl. *Haas* (Fn. 1), § 27 Rn. 1.

<sup>79</sup> Ebenso *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 10; ähnlich *Hegmanns*, GA 2000, 473 (475).

<sup>80</sup> *Roxin* (Fn. 1), § 26 Rn. 19; *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 9.

<sup>81</sup> Ebenso *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 19.

<sup>82</sup> So kritisch *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 6.

<sup>83</sup> *Schünemann* (Fn. 2), Vor § 26 Rn. 10.

zuvor unansehnlich gewesen ist.<sup>84</sup> Das strafprozessuale Ermittlungsverfahren ist zudem gekennzeichnet von „Hierarchie, Zwang und Verletzung“ (Hasemer<sup>85</sup>). Betrachtet man die enormen Folgewirkungen, die ein polizeiliches bzw. staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren nach sich zieht, wird kaum bestritten werden können, dass das Recht, nicht in ein Strafverfahren hineingezogen zu werden, tauglichen Anknüpfungspunkt für sozialen Tadel bieten kann.<sup>86</sup> Freiheit vor sozialer und strafrechtlicher Stigmatisierung sollte in einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft kein „verschwommenes Rechtsgut“, sondern eine Selbstverständlichkeit sein.<sup>87</sup>

Diesem letzten Gedanken gegenüber opponiert Roxin<sup>88</sup> insoweit, als er dem Angestifteten keine schützenwerte Position zusprechen möchte. Der Täter sei „nicht Opfer des Anstifters, sondern dessen Komplize“.<sup>89</sup> Aufgrund der weiterhin vorliegenden Selbstverantwortung des Täters liege seine Desintegration weitgehend in eigener Hand, die Förderung dieser „Selbstgefährdung“ durch den Anstifter sei hingegen straflos, die Unrechtsteilnahmetheorie somit in sich widersprüchlich: „Ein Strafschutz gegen schlechte Einflüsse ist unserer Rechtsordnung fremd“.<sup>90</sup>

Dieser letzte (zunächst sehr überzeugende) Einwand bedarf der tieferen Analyse, da sich daran die Frage klären lässt, was das „Wesen“ der Anstiftung tatsächlich ausmacht. Die Gedanken Roxins sind absolut vorzugswürdig, sofern sie Fälle beschreiben, in denen sich der Täter „frei“ zur angestifteten Handlung entscheidet. Die Idee des „selbstbestimmten Bürgers“ führt ohnehin bei vielen Autoren zu der Auffassung, dass sich der Täter stets „selbstbestimmt“ zur Tathandlung entschieße, mithin das Verbrechen Ausdruck der Gesinnung sei, „nicht anders handeln“ zu wollen.<sup>91</sup> Lampe kommt bei seinem Versuch der Erläuterung zur Verantwortungszurechnung für sozialschädliches Verhalten nahezu konsequent zu folgender Näherung: „Je stärker der Konsens eines Täters mit seiner Tat vom sozialen Grundkonsens abgewichen ist (d.h. sich von ihm entfernt hat), desto größer ist seine Verantwortung für das begangene Unrecht. Die stärkste Abweichung vom Grundkonsens beinhaltet der unbedingte Wille, eine Straftat ‚als eigene‘ zu begehen. Geringer ist die Abweichung beim bedingten Tatvorsatz, noch geringer ist sie bei der Tathandlungslässigkeit, weil dort die Zielrichtung des Willens an der

Tat vorbeiläuft.“<sup>92</sup> Setzt das zuvörderst jedoch nicht voraus, dass der Täter geistig autonom handeln können muss, um mit der Tat im Konsens zu sein?

#### aa) Brüchige Autonomie des Täters

Solcherlei Näherungen überinterpretieren die tatsächliche Autonomie<sup>93</sup> des durch einen Teilnehmer determinierten Täters, da sich dieser in einem speziellen Interaktionsgefüge manipulativer Kommunikation befindet.<sup>94</sup> Vor der Feststellung, dass der Angestiftete selbstgefährdend auf die Seite des Unrechts trat, ist zumindest zu hinterfragen, ob sich ein Täter in einer Anstiftungssituation überhaupt „frei“ entscheiden konnte. Das ist ein komplexes Themenfeld, das – aus der Dogmatik heraus – in die sozio-psychologische Forschung hinein führt.<sup>95</sup> Zum Schutze der Autonomie des Individuums ist maßgeblich, dass dieses sich freibestimmt in sein soziales Interaktionsgefüge einbringen kann. Sofern von außen massiv und gemeinschädlich auf dieses Gefüge eingewirkt wird, treten Ausgleichs- und Abwehrmechanismen zu Tage, um die drohende Gefahr der Destabilisierung zu umgehen.<sup>96</sup> Wie ist

<sup>92</sup> Lampe, ZStW 119 (2007), 471 (490).

<sup>93</sup> Dazu auch Lampe, ZStW 119 (2007), 471.

<sup>94</sup> Amelung (Fn. 7), S. 162.

<sup>95</sup> Zugrunde gelegt wird hier ein radikal konstruktivistisches Verständnis zwischenmenschlicher Interaktion. Diese Strömung geht von der Prämisse aus (dahingestellt, ob sich philosophisch [Vico; Schopenhauer; Wittgenstein], soziologisch [Piaget; v. Glasersfeld; Luhmann; zum Teil Teubner], psychologisch [Piaget; Watzlawick], biologisch [Maturana; Varela], kybernetisch [v. Foerster] oder quantenphysikalisch [Schrödinger] genähert wird), dass dem Individuum die Erkenntnis ontologischer Wirklichkeit(en) verwehrt ist. Gemeinsame Einsicht aller Strömungen des Konstruktivismus ist daher, dass menschliche Wahrnehmung bloßes Produkt der Erkenntniskräfte des Subjektes ist. „Radikal“ nennt sich die Strömung des Konstruktivismus, die die Erkenntnis einer objektiv erfahrbaren Welt (und zum Teil auch deren Existenz) endgültig negiert. Grundannahme des Radikalen Konstruktivismus ist, dass Wissen und Erkenntnis keinen passiven Zustand darstellen, sondern durch Sinneseindrücke und Erfahrungen konstituiert werden. Dieses Wissen wird aktiv vom Subjekt gebildet. Zum Ganzen mehr in Teil 2.

<sup>96</sup> Zusammenfassend können diese als Reaktanzmechanismen bezeichnet werden. Der Mensch strebt nach Sicherheit, so dass er „Störfeuer“ zu löschen, zu umgehen oder zu unterdrücken sucht. Manipulationen von außen werden daher entweder vom „System Mensch“ absorbiert, bekämpft oder verdrängt. Wie diese Mechanismen sich entwickeln und auswirken, ist umstritten, und innerhalb der betroffenen wissenschaftlichen Zweige noch ungeklärt. Klar ist lediglich, dass individualpsychologische Phänomene wie das Coping zu Abwehrmechanismen führen (kognitive Dissonanzen/Cluster-Illusionen), die auf sozio-psychologische Ebene ausstrahlen, d.h. sich auch gesamtgesellschaftlich bemerkbar machen. Beginnt beispielsweise eine staatliche Fernsehanstalt damit, permanent rassenideologische Propaganda zu senden, werden individualpsychologische Phänomene (Zustimmung vs. Ab-

<sup>84</sup> RGSt 39, 419.

<sup>85</sup> Zitiert nach Lindner, Verfassungsrechtliche Grenzen der Akteneinsicht, in: Texte und Ergebnisse des 38. Strafverteidigertages Dresden 2014, 2015, S. 79, 80.

<sup>86</sup> Bockemühl, in: Bockemühl (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 6. Aufl. 2015, 2. Teil Kap. 1 Rn. 2; Meier, GA 2004, 441 (444 ff.); vgl. auch Bellinghausen, ZWH 2013, 395.

<sup>87</sup> Ablehnend jedoch auch Schild (Fn. 1), Vor § 26 Rn. 15.

<sup>88</sup> Roxin (Fn. 1), § 26 Rn. 20.

<sup>89</sup> Ähnlich bei Lüderssen (Fn. 26), S. 55 m.w.N.

<sup>90</sup> Roxin (Fn. 1), § 26 Rn. 11; zustimmend Hoyer (Fn. 3), Vor § 26 Rn. 9; Redmann (Fn. 4), S. 27.

<sup>91</sup> Statt vieler Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 150.

es jedoch zu bewerten, wenn der Täter zwar mit dem Anstifter im Konsens liegt, dieser die Übereinkunft allerdings forciert, ertäuscht oder vorgespiegelt hat?<sup>97</sup> Mithilfe dieser Manipulation wird die „Flucht auf die Seite des Unrechts“ zumindest unterstützt, was es in Teil 2 näher darzulegen gilt.

*bb) Desintegration durch pathologischen Diskurs mit der Gesellschaft*

Zu opponieren ist auch den Stimmen, die behaupten, dass es sich bei „sozialer Desintegration“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff (im untechnischen Sinn!) handle. Ein Rechtsbegriff ist lediglich dann „schwammig“, wenn er es in den Augen des Kritikers sein soll: Sprachgrenzen sind Denkgrenzen (*Wittgenstein*). Wer sich daher auf die Vagheit eines Begriffes beruft, gerät schnell in trübes Fahrwasser, da er der Vagheit der Gedanken verfallen kann. Zuzugestehen ist jedoch jedem Kritiker der modifizierte Schuldteilnahmetheorie, dass das alleinige Rekurrenieren auf die dem Täter drohenden Strafverfolgungsmaßnahmen nicht als Strafgrund ausreichen kann. Stattdessen ist der Gedanke der Korrumperung fruchtbar zu machen, nicht jedoch als „Schuldverstrickung“ alter Prägung, sondern in moderner Form, als Auslöser eines *pathologischen Diskurses*. Betrachtet man sich die Begrifflichkeit „soziale Desintegration“ genauer, wird auch deren modifizierter Sinngehalt deutlich:

„Sozial“ spielt darauf an, dass es um die Situierung des Täters im gesellschaftlichen Gefüge gehen muss. Zusammenleben ist durch Rollennormen geprägt. Jedes Individuum agiert innerhalb fixer Rollenbilder, die ihm durch Zuschrei-

---

lehnung) zu individuellen Handlungen (Konsens vs. Senderwechsel) führen. Findet dies übergreifend und gesamtgesellschaftlich statt, ändert die Manipulation die Gegebenheiten („Rechtsruck“ der Gesellschaft vs. Boykott des Senders). Dahinstehen soll an dieser Stelle, ob sich diesbezüglich eher systemtheoretisch, konfliktbezogen oder interaktionistisch eher genähert werden müsste, um das Phänomen zu durchleuchten. In der in dieser Abhandlung zu Grunde gelegten radikal konstruktivistischen Näherung (siehe Fn. 95) verschwimmen diese Systemgrenzen und konzentrieren die Interaktionsprozesse auf die Pathologie der Kommunikation.

<sup>97</sup> Diesen Gedanken baut insbesondere *Amelung* ([Fn. 7], S. 156) aus, indem er, in Anschluss an *Luhmann*, dessen Modelle zur Erwartungskontingenz und zum Belohnungsstreben fruchtbar machen möchte. Dem ist an sich zuzustimmen, jedoch ist der individualpsychologischen Übertragbarkeit der *Luhmannschen* Thesen zu widersprechen. Seine „Supertheorie“ beschreibt einen sozialen Mechanismus der Meso- und Makroebene. Zur Erläuterung, weshalb der Einzelmensch sich dem Anstifter nur schwerlich entziehen kann, ist hingegen psychologisch bzw. interaktionistisch (d.h. auf Mikroebene) zu argumentieren. Das ist dem Denken *Luhmanns* zwar artverwandt (da er operanter Konstruktivist war), jedoch nicht identisch; auch *Redmann* (Fn. 4), S. 107 ff. knüpft an die Soziologie der Sanktionierung an, nicht hingegen an die individualpsychologische Ebene.

bung anhaften.<sup>98</sup> Das Zusammenleben funktioniert dabei, vereinfacht ausgedrückt, über Mechanismen der Kontingenz<sup>99</sup>: Erwartetes und erwartbares Verhalten können entweder im Einklang stehen oder nuanciert variieren.<sup>100</sup> Wird die Kluft zwischen beiden Prämissen zu groß, treten Enttäuschungs- und Lernprozesse auf.<sup>101</sup> Jede sinnstiftende Handlung impliziert dabei kommunikative Elemente, jeder Einzelakt des Individuums im sozialen Gefüge ist indes Diskurs und Perturbation zugleich. Devianz ist darin (zunächst!) reine Konstruktion, somit „krankter Diskurs“: „Abweichendes Verhalten ist das Verhalten, das Menschen so bezeichnen“ (*Becker*).<sup>102</sup> Das Delikt „Subventionsbetrug“, § 264 StGB, besteht daher nicht, weil es „gut“ oder „richtig“ ist, sondern weil es als solches *erschaffen* wurde. Kriminalität ist damit lediglich die Zuschreibung eines negativen Erwartungsbündels, vergleichbar einem Sack Kartoffeln, der nicht aufgerissen werden kann, ohne dass sich dafür kommunikativ gerechtfertigt werden müsste. Begeht ein Täter eine Tat (reißt er also einen Kartoffelsack auf), wird er in den pathologischen

---

<sup>98</sup> Rollen sind nach *Popitz* (*Der Begriff der sozialen Rolle als Element der soziologischen Theorie*, 1975, S. 8 ff.) ableitbar aus sozialer Normierung und sozialer Differenzierung (a.A. „Erwartungsbündel“, vgl. *Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 1972, S. 86). Soziale Normierung beschreibt die Gleichförmigkeit von Verhaltensweisen und Gesellschaftsstrukturen, während die Differenzierung die konkreten Abweichungen der sozialen Sphären beinhaltet. Der Einzelne und die Gesellschaft können als „vermittelt“ verstanden werden; d.h. dass sich Individuen untereinander austauschen, indem der Einzelne als Träger gesellschaftlich antizipierter Attribute und Verhaltenserwartungen erscheint. Der Großteil gesellschaftlicher Vorgänge intendiert, Vakanzen zu vermeiden. Derlei Bedürfnisse werden durch die Zuschreibung von Erwartungen (Rollennormen) an das generalisierte Individuum herangetragen; vgl. auch *Popitz* (Fn. 98), S. 6; würde der Einzelne hingegen wie ein Roboter lediglich in seinen Rollen zappeln, wäre er ein „soziologischer Depp“, vgl. *Röhl*, *Rechtssoziologie*, 1987, § 38 S. 322.

<sup>99</sup> Hier kann, anders als soeben (vgl. Fn. 97) an *Luhmann* angeknüpft werden, da es sich um ein soziales und gerade kein individualpsychologisches Modell handelt.

<sup>100</sup> Dazu *Luhmann* (Fn. 98), S. 34 ff., 40 ff.; diese Gedanken greift auch *Amelung* ([Fn. 7], S. 166) auf.

<sup>101</sup> Zum erwartbaren Verhalten *Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 2013, S. 163 f.; *Noll*, in: *Bockelmann* (Hrsg.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, 2009, S. 125 (126).

<sup>102</sup> Damit wird explizit auf die interaktionistische Theorie zur Kriminalitätserklärung angespielt (*Labeling*). Zwar existieren weitere Ansätze, stimmig ist jedoch, gerade in Kombination mit der konstruktivistischen Näherung, ausschließlich diese Deutung; einfürend zur Theorie der Kriminalität *Hess/Scheerer*, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* (Sonderheft 43: *Kriminalsoziologie*) 2004, 69; *Fabricius*, *MschKrim* 2015, 116; einen ähnlichen Weg, allerdings speziell für das Erfolgsunrecht, beschreitet *Sommer*, *Das fehlende Erfolgsunrecht*, 1987, S. 170 ff.



Diskurs mit der Gesellschaft gezogen. Metaphorisch heißt es nun: „Warum hast du das getan?“<sup>103</sup> Die Antwort des Täters entscheidet im weiteren Verlauf über die (strafrechtliche Replik) des Staates. Wusste der Täter, was er tat?<sup>104</sup> War er gerechtfertigt oder entschuldigt?<sup>105</sup> Was bewog ihn?<sup>106</sup> Die Antwort des Täters determiniert Strafverfolgung<sup>107</sup>, Strafzumessung<sup>108</sup>, Strafvollzug<sup>109</sup> und Resozialisierung<sup>110</sup>.

Welche *Rolle* kommt in diesem Modell einem Anstifter zu? Der Anstifter ist quasi der „Türöffner zur Kriminalität“: Er drängt den Täter in den pathologischen Diskurs mit der Gesellschaft hinein; er ist permanenter Teil der Antwort: „Warum hast du das getan?“ – „Weil er (Anstifter) mich dazu überredet hat“. Folgerichtig zeigt bereits die Etymologie auf, dass „anstiften“ nach dem Wortsinn „verleiten“ heißt.<sup>111</sup> Die Verführung zur Tat, die Manipulation hin zum Tatentschluss – d.h. die Auslösung des pathologischen Diskurses – ist Anknüpfungspunkt des Unwerturteils. Das Wesen der Anstiftung liegt somit darin, dass der Anstifter dem Täter die Beantwortung von Fragen überbürdet, die er sich zum Teil selbst stellen lassen müsste, denn „seine Tat“ ist die *geistige Urheberschaft* der Delinquenz, die den Haupttäter in die soziale Isolation treibt.

Konkludiert werden kann damit, dass „soziale Desintegration“ ein Baustein des Wesens der Anstiftung („Unter welchen Umständen?“) ist und den Strafgrund wesentlich mitbestimmt.<sup>112</sup> Mithin ist „soziale Desintegration“ womöglich nicht der alleinige Strafgrund der Teilnahme als Ganzes. In jedem Fall ist sie allerdings als Strafgrund in die Debatte im Rahmen der Anstiftung mit einzugliedern, was zudem bei der Strafzumessung Bedeutung erlangen kann.<sup>113</sup>

<sup>103</sup> Bloy, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 59 (69); vgl. vor allem *Bung*, RW 2014, 546 (550).

<sup>104</sup> Das eröffnet die Klärung der §§ 20, 21 StGB.

<sup>105</sup> §§ 32 ff. StGB; 904, 227 BGB; 127 StPO etc.

<sup>106</sup> Motivsuche; Mordmerkmale etc.

<sup>107</sup> Schweigen (d.h. ein Berufen auf nemo-tenetur) kann ein Ermittlungsverfahren ebenso „drehen“, wie ein Geständnis oder eine Verständigung, die den Prototyp der kommunikativen Konfliktbewältigung darstellt.

<sup>108</sup> Da nach § 261 StPO das Urteil aus dem „Inbegriff“ der Beweisaufnahme geschöpft werden soll, ist die kommunikative Interaktion des Beschuldigten während des Verfahrens Maßstab seiner Bestrafung.

<sup>109</sup> Zu partizipatorisch-kommunikativen Elementen im Strafvollzug vgl. *Stossun/Walkenhorst*, Forum Strafvollzug 2015, 76; *Galli/Weilandt/S.*, Forum Strafvollzug 2015, 82; ebenso bereits *Kunz*, ZStW 101 (1989), 75.

<sup>110</sup> Ein weites Feld, das hier nicht umfassend beackert werden kann.

<sup>111</sup> *Amelung* (Fn. 7), S. 150.

<sup>112</sup> *Less*, ZStW 69 (1957), 43 (54); *Joecks* (Fn. 20), Vor § 26, 27 Rn. 6.

<sup>113</sup> Diese Tendenz bestand von Beginn an, vgl. *Trechsel* (Fn. 28), S. 15 m.w.N.

*d) Zwischenfazit: Pathologischer Diskurs als Wesen, soziale Desintegration und akzessorischer Rechtsgutsangriff als Strafgrund der Anstiftung*

Die Anstiftung, § 26 StGB, ist der Beihilfe, § 27 StGB, gesetzessystematisch wie inhaltlich verschieden. Sie verlangt eine Bestrafung gleich einem Täter, die keine fakultative Milderung zulässt, vgl. § 26 StGB. Zudem trägt sie als Wesenskern den Makel der Korruptionierung in sich, die den Täter verführt, manipuliert und sozial isoliert.<sup>114</sup> Die Verursachungstheorien, die sich zumeist als gemeinsame Strafbegründung beider Teilnahmeformen verstehen, müssten jedoch erst noch belegen, ob sie taugliche Abgrenzungskriterien zur Beihilfe bieten können. Da der Strafgrund aus gesetzessystematischen Gründen nicht mehr an schuldhaftes Handeln des Täters geknüpft werden kann, sind die Verursachungstheorien scheinbar die einzige „Alternative“. Das verlagert die Wesensschau der Anstiftung jedoch von der Strafbegründung in die Tatbestandsebene. Da die Verursachungstheorien nicht zwischen §§ 26 und 27 StGB differenzieren, muss daher über die Bestimmung der Tathandlung der Anstiftung erreicht werden, was deren Strafbegründung nicht zu leisten vermag: Die taugliche Abgrenzung von der Beihilfe einerseits und der Täterschaft andererseits.

Keine Option (mehr) ist hingegen das Rekurren auf die Schuldverstrickung. Schuldhaftes Handeln des Täters ist wegen § 29 StGB keine Voraussetzung der Teilnehmerstrafbarkeit. Dennoch ist den Schuldteilnahmetheorien zuzugestehen, dass das „Korruptieren“ des Täters dem Wesen der Anstiftung als „Verführung“ und „Manipulation“ näher zu kommen scheint, als das alleinige Abstellen auf eine (Mit-)Verursachung der Tathandlung bzw. der Rechtsgutverletzung.<sup>115</sup>

Vorzugswürdig erscheint es daher, stattdessen die Korruptionierung des Täters nach neuem Verständnis – d.h. die soziale Desintegration – als gewichtigen Aspekt der Strafbegründung der Anstiftung mit einzubeziehen.

Die ersten beiden Fragen („Warum?“ und „Unter welchen Umständen?“) sind mithin geklärt: Der Aspekt der sozialen Desintegration durch Verführen zum pathologischen Diskurs sollte bei der Frage nach dem Strafgrund der Anstiftung reaktiviert werden. Verführen und Korruptieren – d.h. der (doppelt<sup>116</sup>)-pathologische Diskurs – machen das *Wesen* der Anstiftung aus. *Strafgrund* der Anstiftung ist daher die soziale Desintegration des Täters durch Verstrickung in diesen pathologischen Diskurs, deren Unwert zudem am eigenständigen limitiert-akzessorischen Rechtsgutsangriff des Anstifters hängt.

<sup>114</sup> Ebenso *Amelung* (Fn. 7), S. 176 ff.

<sup>115</sup> *Amelung* (Fn. 7), S. 150 ff.

<sup>116</sup> Dazu in Teil 2.