

Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung, § 26 StGB: Soziale Desintegration mittels doppelt-pathologischen Diskurses – Teil 2*

Von Wahrheit und Absurdität der Anstiftungsstrafbarkeit und deren Abgrenzung zur Täterschaft

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

II. Tathandlung der Anstiftung: „Bestimmen“ – Das „Wie?“ der Verführung

Folgerichtig ist nunmehr die Art und Weise der Korruptionshandlung einzugrenzen, mithin das „Wie?“ der Anstiftung zu klären. Da die aufgeführten Strafbegründungsansätze nach Ansicht einiger *Autoren* für die Teilnahmestrafbarkeit insgesamt gelten/gelten sollen (dazu oben ZIS 2016, 183 [184 ff.]), bedarf es zur Abgrenzung der Anstiftung aufgrund ihrer Sonderstellung weiterer Erwägungen.¹ Bedeutsam ist hierbei, dass bei der Klärung des objektiven Tatbestandes des § 26 StGB oftmals nicht streng zwischen dem Strafgrund der Anstiftung, ihrem Wesen und der Anstiftungshandlung unterschieden wird.² Diese Ungenauigkeiten ergeben sich insbesondere dann, wenn die Verursachungstheorien als taugliche Begründung für beide Teilnahmeformen herangezogen werden.³ Es ist daher auf die nächste Ebene zu wechseln: Der (angeblich) gemeinsame Strafgrund der §§ 26, 27 StGB muss zumindest auf Tatbestandsebene differenziert werden, um die tätergleiche Bestrafung des Anstifters zu rechtfertigen.⁴ Daher wird der Streit um den Strafgrund der Anstiftung auf das Tatbestandsmerkmal „Bestimmen“ verlagert. Der Streit ist damit dennoch keineswegs gelöst, sondern wird lediglich mit anderen Vorzeichen „eine Ebene tiefer“ perpetuiert.

Im Spektrum der Auffassungen zur Konkretisierung der Tathandlung der Anstiftung, des „Bestimmens“, divergieren drei wesentliche Linien⁵ mit zahlreichen Unterkategorien: Einige verstehen das Tatbestandsmerkmal „Bestimmen“ eng als „Pakt“, andere ursächlich-funktional als Schaffung einer Tatgelegenheit sowie die inzwischen überwiegende Ansicht als „kommunikativen Austausch“. Allen Deutungen haften Vorzüge und Mängel an. Es wird sich zeigen, dass die

„Wahrheit“ in diesem Fall sprichwörtlich wie tatsächlich dazwischen liegt, der „kommunikativen Deutung“ der inzwischen überwiegenden Auffassung jedoch zu recht der Vorzug gebühren sollte.

1. Unrechtspakt und Verbrechensvereinbarung

Unter dem Topos „Unrechtspakt“⁶ werden in der Literatur Vertreter gefasst, die sich zwar lediglich zum Teil einig in der Ausgestaltung der Strafbegründung der Anstiftung sind, allerdings auf vergleichbaren Prämissen bei der Bestimmung der Tathandlung aufbauen. Es verbindet sie das Verständnis der Anstiftung als vertragsähnliches Konstrukt.⁷ Es komme dabei nicht primär auf die psychische Einwirkung des Anstifters auf den Täter, sondern auf die Vereinbarung der Verbrechensbegehung an. Diese (in der engsten Deutung) „Unrechtsvereinbarung“ verpflichte den Anstifter zur Übernahme der Bürde der Unrechtsverantwortung der Tatverwirklichung und vice versa.⁸ Der „Tatentschluss“ wird damit als Merkmal herausdefiniert. Somit sei auch der bereits Entschlossene taugliches Objekt der Anstiftungshandlung⁹, da auch mit diesem ein Pakt über die gemeinsame Überbürdung der Tatbegehung geschlossen werden könne.¹⁰ *Autoren*, die keinen konkreten Unrechtspakt verlangen, nähern sich stattdessen von Seiten der Mittäterschaft, die sich von der Anstiftung über die Übereinkunft zur alleinigen Begehung durch den Täter unterscheidet.¹¹ Täter wie Teilnehmer konstruierten einen Organisationsakt, der die Delinquenz verantwortete. Entscheidend sei in jedem Fall, dass der Täter handle, weil der Anstifter diese Handlung provoziert hat¹², der Täter somit seinen „Entschluß in Abhängigkeit vom Willen des Beein-

* Fortsetzung von ZIS 2016, 183.

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

¹ *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, Rn. 986 ff.; *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 26 Rn. 2; *Heghmans*, GA 2000, 473 (475).

² Kritisch auch *Schild*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, vor §§ 26, 27 Rn. 13; der dies jedoch selbst in Rn. 14 vermischt; zu finden auch bei *Joecks* (Fn. 1), § 26 Rn. 10 ff.

³ *Heghmans*, GA 2000, 473 (475 f.).

⁴ *Joecks* (Fn. 1), vor § 26, 27 Rn. 17.

⁵ Nach *Redmann* (Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte, 2014, S. 42 ff.) seien es vier Linien: Verursachungstheorie, Theorie vom geistigen Kontakt, Sanktionierungstheorie und Dominanztheorie.

⁶ So vor allem bei *Puppe*, GA 1984, 101 (112); erneut *dies.*, GA 2013, 514 (517 ff.).

⁷ *Puppe*, GA 1984, 101 (112); *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2011, § 25 Rn. 3; zum Teil auch als „Dominanztheorien“ bekannt, vgl. *Redmann* (Fn. 5), S. 85 ff. m.w.N.

⁸ *Puppe*, GA 1984, 101 (118). Dieser Gedanke wird von *T. Zimmermann* (ZStW 124 [2012], 1023) für die Erläuterung der Korruptionsdelikte fruchtbar gemacht: „Bestimmen“ und „Korumpieren“ seien artverwandt, die Erforderlichkeit zweier reziprok verbundener Delinquenten der Anstiftung, wie der Korruption als „Sondertatbestand“ dazu, immanent.

⁹ Den es nach *Puppe* ([Fn. 19], § 22 Rn. 6) nicht gibt, da ansonsten Pläne und Vorhaben vor der eigentlichen Tatbestandsausführung strafrechtlich überinterpretiert würden.

¹⁰ *Puppe*, GA 1984, 101 (118).

¹¹ Zum Beispiel *Hoyer*, in: *Rudolphi u.a.* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2001, § 26 Rn. 12 ff.

¹² *Hoyer* (Fn. 11), § 26 Rn. 13 ff.

flussenden faßt und durchhält“.¹³ Zwar existieren unter den restriktiven Deutungen ebenfalls Auffassungen, die ein Willenselement mit einbeziehen.¹⁴ Dieses wird jedoch zumeist kausal aufgeladen, so dass der Tatentschluss des Täters auf der Beeinflussung durch den Anstifter gründen müsse.¹⁵

2. Ursächlich-funktionale Deutung der Tathandlung

Eine weitere, in diesem Sinne extensivere, Auffassung verlangt keinen sonstig gearteten Konsens der Akteure, sondern die kausale Herbeiführung des Tatentschlusses.¹⁶ Erforderlich sei die Schaffung einer Tatgelegenheit, die dem Täter Raum für seine Tathandlung biete. Gestützt werden diese Ansichten von dem Vorverständnis der Anstiftung als Verursachung der rechtswidrigen Haupttat.¹⁷

3. Kommunikative Deutung: Geistig-kommunikativer Manipulationsakt

Nach der inzwischen wohl überwiegenden Ansicht meint das „Bestimmen“ der Anstiftung das Erzeugen eines auffordernden Beziehungsgeflechts zwischen Anstifter und Täter, d.h. einer kollusiv-kommunikativen Beeinflussung des Haupttäters durch den Anstifter, die den Tatentschluss hervorruft.¹⁸ Eine bloße (Mit-)Verursachung des Tatentschlusses genüge nicht, stattdessen bedürfe es der Manipulation des Willens mithilfe des offenen geistigen Kontaktes.¹⁹ Die kommunikative Deutung knüpft damit zum Teil bereits an den Korruptionsgedanken an, was bei *Amelung* besonders deutlich wird.²⁰ Das manipulative, verführende Element wird als Wesen der Anstiftung in das „Bestimmen“ hineingelesen, das notwendige Element der Verursachung gleichwohl beibehalten.

4. Bewertung aus dogmatischer Sicht

Zunächst ist zu hinterfragen, welche dogmatischen Gründe für und wider die aufgezeigten Deutungen sprechen.

a) Unrechtspakt verwischt Grenzen zur Täterschaft

Das Erfordernis eines Unrechtspaktes hat für sich, dass es einen Anknüpfungspunkt für die Strafzumessung „gleich

einem Täter“ liefern kann. Ausschließlich derjenige Akteur, der sich mit der Tat des Täters identifiziere (de facto „Täterwille“ innehat²¹) erfülle das erforderliche Unrecht, um gleich einem Täter bestraft zu werden. Gegen das Erfordernis einer Unrechtsvereinbarung sprechen jedoch zahlreiche gewichtige Gründe:

Zum einen geht der Wortlaut des § 26 StGB davon aus, dass „ein anderer“ bestimmt wird.²² Ein funktionales, „gleichgesinntes“ (horizontales²³) Tätigwerden wie bei der Mittäterschaft wird sprachlich hingegen durch „mehrere gemeinschaftlich“ ausgedrückt, vgl. § 25 Abs. 2 StGB.²⁴ Demzufolge unterscheidet das Gesetz dezidiert perspektivisch: Es gibt Haupt- und Nebenfiguren der Tatbegehung²⁵, oder (veraltet) Akteure mit *animus auctoris* und solche mit *animus socii*.²⁶ Zusammenwirken auf Ebene der Gleichwertigkeit führt entweder zu einer Mittäterschaft, oder – wenn ein Tatbeitrag den anderen qualitativ wie quantitativ erheblich unterschreitet – zur Beihilfe, § 27 StGB.²⁷ Die Anstiftung steht systematisch wie phänotypisch hingegen der mittelbaren Täterschaft näher, § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB. Bei ersterer führt das Werkzeug die Tat des Hintermannes aus. Da dieser „die Zügel in der Hand hält“, d.h. kraft überlegenen Willens²⁸ oder Wissens²⁹ das Tatgeschehen hemmen oder fördern kann, wird der Handelnde zum (nicht strafbaren) Akteur, der Hintermann zur Zentralgestalt.³⁰ Die Anstiftung spaltet sich da-

²¹ Das klingt ebenso bei *Joecks* (Fn. 1), § 26 Rn. 17, an.

²² Das betont auch *Schild* (Fn. 2), § 26 Rn. 2.

²³ *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (472); *ders.*, ZStW 119 (2007), 492.

²⁴ *Krey/Esser* (Fn. 1), Rn. 812 ff., ablehnend Rn. 850 ff.: Keine normative Basis und zugleich Einfallstor der Willkürlichkeit.

²⁵ *Welzel* (Fn. 18), § 15, S. 107.

²⁶ Vgl. *Krey/Esser* (Fn. 1), Rn. 814 ff.; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, § 33 Rn. 1205 ff. m.w.N.; *Welzel* (Fn. 18), § 15, S. 108; *Haas*, ZStW 119 (2007), 519 (520 ff.); dazu noch RGSt 74, 85 (Badewanne; vgl. dazu *Hartung*, JZ 1954, 430 f.); BGHSt 18, 87 (Staschinskij); dazu *Baumann*, NJW 1963, 561; die neue Kombinationstheorie der Rechtsprechung, die sich der Tatherrschaftslehre annähert in BGHSt 36, 363 (367); BGH NSTZ 1987, 364; BGH NSTZ 1988, 406; BGH StV 1998, 540; vgl. auch BGHSt 32, 38 (42); 32, 165 (178); 35, 347 (353); eingehend *Roxin* (Fn. 18), § 25 Rn. 22 ff.; *Hoyer* (Fn. 11), § 25 Rn. 6.

²⁷ Eine quantitative Reihung lehnt jedoch *Schild* ([Fn. 2], vor § 26 Rn. 5) ab; dagegen ebenso *Bloy*, ZStW 117 (2005), 3 (20 f.).

²⁸ *Krey/Esser* (Fn. 1), Rn. 874; *Roxin* (Fn. 18), § 25 Rn. 45 f.: Willensherrschaft kraft Nötigung, Irrtum, organisatorischer Machtapparate; zu letztem erneut *ders.*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Fn. 20), S. 387.

²⁹ *Murmann*, JA 2008, 321 (322).

³⁰ Instruktiv *Murmann*, JA 2008, 321; zur Begrifflichkeit der Zentralgestalt eingehend *Roxin* (Fn. 18), § 25 Rn. 10 ff.; kritisch dazu *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (474), der dies für eine vorjuristische Verklärung hält; kritisch auch *Hoyer* (Fn. 11), § 25 Rn. 16.

¹³ *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 22/22.

¹⁴ So z.B. *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, Kap. 9, S. 521 ff.

¹⁵ Vgl. *Joecks* (Fn. 1), § 26 Rn. 11 m.w.N.

¹⁶ Dazu *Joecks* (Fn. 1), § 26 Rn. 12 ff.; zum geschichtlichen Ursprung vgl. *Redmann* (Fn. 5), S. 48 ff.

¹⁷ Ablehnend hierzu *Joecks* (Fn. 1), § 26 Rn. 13 f.

¹⁸ Vgl. BGH NSTZ 2009, 393; *Krey/Esser* (Fn. 1), Rn. 1037 m.w.N.; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rdn. 74 ff.; ähnlich *Hoyer* (Fn. 11), § 26 Rn. 10; *Rogall*, GA 1979, 11 (12); *Geppert*, Jura 1997, 299 (304); *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, § 16, S. 116.

¹⁹ *Krey/Esser* (Fn. 1), Rn. 1038; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 64 Rn. 1, S. 686.

²⁰ *Amelung*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 147 m.w.N.

von lediglich „strafverfolgungstechnisch“, nicht jedoch perspektivisch ab. Der Unterschied bei der Anstiftung liegt allein darin, dass der handelnde „Vordermann“ der Anstiftung keinen Strafbarkeitsdefekt hat. Daher kann er selbst Täter sein. Dass der Hintermann in dieser Konstellation nicht ebenso Täter ist, aber dennoch wie ein solcher bestraft werden soll, ist mithin erklärungsbedürftig. Keine taugliche Lösung für diese Unebenheit in der Systematik ist es dann, einen „Pakt“ zu fordern. Zwar ist nachvollziehbar, dass ein Merkmal herangezogen wird, dass die Bestrafung „gleich einem Täter“ legitimieren können soll. Der Grund der Bestrafung liegt allerdings schon bei der mittelbaren Täterschaft darin, dass der Hintermann die Tat als eigene will und sich eines Werkzeugs bedient. Damit ist er qua Tatherrschaft³¹ alleiniger Täter der Tat.³² Der „Unrechtspakt“ erforderte ebenfalls, dass der Anstifter die Tat als „eigene will“, zudem aber auch die vorsätzliche Begehung des anderen wünscht. Das ist allerdings nahezu schizophren, wollte der Anstifter die Tat damit schließlich als eigene, um sie gleichzeitig als fremde Tat zu forcieren. Daher gerät diese Deutung in Abgrenzungsschwierigkeiten zur Mittäterschaft und zur mittelbaren Täterschaft.³³ Auch dort möchte jeder Täter die Tat als eigene, sowie gleichzeitig die des anderen, in funktionaler Verknüpfung verwirklichen.³⁴

Der Unrechtspakt als Substrat der Anstiftungshandlung deformierte die Anstiftung somit zur „einseitigen Mittäterschaft“, bei der im Unterschied zur „normalen Mittäterschaft“ lediglich ein einziger Beteiligter die Tat als eigene und fremde will. *Puppe* geht daher in vielen Fällen – nach ihrer Auffassung konsequent – eher vom Vorliegen einer Anstiftung aus: „Mittelbarer Täter ist nur derjenige, der sich zur Tatausführung eines unfreien Werkzeugs bedient. Wer lediglich im Vorbereitungsstadium einen bestimmenden Einfluss auf den Täter ausübt, ist eben Anstifter. Der Agentenführer und der viel berufene Bandenchef sind nicht Täter, sondern Prototypen des Anstifters. Wer weder maßgeblich an der Tatausführung teilnimmt, noch im Vorbereitungsstadium einen bestimmenden Einfluss auf den oder die Täter ausübt, ist Gehilfe.“³⁵ Für *Jakobs* ergibt sich ebenfalls kein Widerspruch, da er in Täterschaft und Teilnahme keine qualitative, sondern

lediglich eine quantitative Differenzierung erkennen will.³⁶ Das ist jedoch systematisch mit den §§ 25 ff. StGB kaum vereinbar (vgl. Wortlaut §§ 26, 27 StGB: „einen anderen zu dessen [...] Tat“) und ebnet jede Trennung der Beteiligungsformen ein (vgl. aber Titelüberschrift: Täterschaft und Teilnahme), so dass kein Zugewinn darin gesehen werden kann.³⁷ Ein fließender Übergang von Täterschaft zur Teilnahme käme einem Einheitstätermodell gleich, welches mit dem Schuldprinzip und dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG kollidieren würde und gegen welches sich der Gesetzgeber durch Schaffung der §§ 25 ff. StGB eindeutig ausgesprochen hat.³⁸

Demzufolge leuchtet die Forderung nach dem Unrechtspakt bzw. der gemeinsamen Entschlussfassung bei einseitiger Unterordnung zunächst zwar unzweifelhaft ein: Die Bestrafung gleich einem Täter muss ein „Mehr“ sein als bloßes Zuhelfen, da ansonsten die Abgrenzung zur Beihilfe verwaschen würde.³⁹ Müsste der Anstifter mit dem Täter allerdings eine Vereinbarung (unabhängig ob faktisch, synallagmatisch, reziprok oder moralisch⁴⁰) über die Begehung schließen, würde die Anstiftung zur „kupierten Mittäterschaft“, anstatt, wie es sich ihrem Sinn und Zweck nach ergibt, zur perspektivisch (vertikalen!⁴¹) „kleinen“ mittelbaren Täterschaft.⁴² „Bestimmen“ verlangt daher keinen Unrechtspakt. Ebenso kann dieser kein Erfordernis der Strafbegründung der Anstiftung darstellen.

b) Ursächlich-funktionale Deutung ist tatbestandlich zu weit

Gegen das „Bestimmen“ im Sinne eines ursächlichen Hervorrufens in Form der Schaffung einer Tatgelegenheit spricht, dass dies den Tatbestand der Anstiftung unerträglich weit hielte.⁴³ Dabei muss streng unterschieden werden, ob Verur-

³¹ Dazu instruktiv *Roxin* (Fn. 18), § 25 Rn. 13 ff., 27 ff.; Kritik und Dekonstruktion der Tatherrschaftslehre bei *Haas*, ZStW 119 (2007), 519 (523 ff.); *ders.*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, vor § 25 ff. Rn. 10 ff.; vgl. auch *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (475 ff.).

³² *Krey/Esser* (Fn. 1), Rn. 875.

³³ *Roxin* (Fn. 18), § 26 Rn. 89; *Schünemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 26 Rn. 10; *Schild* (Fn. 2), vor § 26 Rn. 17; *Haas* (Fn. 31), § 26 Rn. 11; *Puppe* (NSStZ 2006, 424 [425]) sieht das gerade als Zugewinn des Unrechtspaktes; ebenso zu erkennen in *dies.* (Fn. 7), § 22 Rn. 4, und *dies.*, GA 1984, 101 (113).

³⁴ Eingehend *Haas*, ZStW 119 (2007), 519 (534 ff.): „Mandatierung des jeweils anderen“.

³⁵ *Puppe*, NSStZ 2006, 424; *dies.* (Fn. 7), § 22 Rn. 5.

³⁶ So z.B. *Jakobs*, in: *Dölling* (Hrsg.) *Jus humanum*, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 561 (571).

³⁷ Ablehnend auch *Schild* (Fn. 2), vor § 26, 27 Rn. 17.

³⁸ *Krey/Esser* (Fn. 1), Rn. 784; *Murmann*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, vor § 25 ff. Rn. 1; *Maiwald*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Fn. 20), S. 283; *Schünemann* (Fn. 33), vor § 25 Rn. 5 ff.; strenge Grenzen sehen auch *Jescheck/Weigend* (Fn. 19), § 61 Rn. 1 ff., S. 645 ff. und *Roxin* (Fn. 18), § 25 Rn. 2 ff. A.A. *Rotsch*, in: *Gropp u.a.* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Günter Heine, 2016, S. 309 (311 ff.).

³⁹ *Puppe*, GA 1984, 101 (118 f.); *Heghmanns* (GA 2000, 473 [479 f., 485]) vertritt auch bei der Beihilfe das Erfordernis eines Unrechtspaktes, lehnt es aber bei der Anstiftung ab.

⁴⁰ Unzweifelhaft fühlt man sich aus interaktionistischen (d.h. „zwischenmenschlichen“) Erwägungen an Abreden gebunden. Um solche Mikrophänomene fruchtbar machen zu können, müsste jedoch die Psychologie insgesamt wesentlich stärker in die Rechtsdogmatik integriert werden.

⁴¹ *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (503).

⁴² Vgl. auch *Schild* (Fn. 2), vor §§ 26, 27 Rn. 17, § 26 Rn. 6 m.w.N., 17 m.w.N.; *Heinrich* (Fn. 26), § 33 Rn. 1193.

⁴³ *Roxin* (Fn. 18), § 26 Rn. 76 m.w.N.; *Amelung* (Fn. 20), S. 152 ff.; *Puppe*, GA 1984, 101 (121 f.); ansonsten wären

sachung als Strafgrund der Anstiftung, oder als deren Tathandlung verstanden wird.⁴⁴ Vor allem die Ausweitung auf die Tathandlung gerät nämlich in Untiefen. „Bestimmen“ ist nach dem Wortsinn nicht lediglich „verursachen“.⁴⁵ Erstes impliziert einen Akt der Aussonderung, der Wahl, Abstraktion und Finalität.⁴⁶ Die Wahl eines Bundeskanzlers wurde selbstredend durch die Mehrheit der Stimmen im Bundestag „verursacht“. Man ginge jedoch darin fehl, die bewusste Entscheidung des Einzelnen zur Stimmabgabe als diffusen Zustand des „Aufeinanderberuhens“ zu missdeuten. Kausalität ist bloße Verknüpfung von Ursache und Folge, ihr fehlt das sinnstiftende und sinngebende Element⁴⁷, da sie ein naturwissenschaftlicher und gerade kein sozialer Vorgang ist. Demnach wäre auch die Mutter des Täters Anstifter, da sie – qua Geburt – kausal dazu beitrug, dass dieser sich irgendwann zur Tat entschloss: Ohne Geburt keine Schaffung einer Tatgelegenheit. Es bedürfte zur Verhinderung solch absurder Ergebnisse der Hinzuziehung der Konkretisierungsmechanismen objektiver Zurechnung.⁴⁸ Auch diese Methode ist aber erschreckend uneindeutig: Ist jemand, der mit einem Klappmesser in der Öffentlichkeit herumspielt, ein Anstifter, weil ein Dritter sich dieses aneignet und damit eine Körperverletzung begeht? Schließlich stellt es eine rechtlich missbilligte Gefahr dar, mit einem Messer in der Öffentlichkeit herumzuprahlen, da auf diese Weise „lange Finger“ angelockt werden, was sich schließlich im konkreten Erfolg der Verletzung eines Dritten realisiert hat.⁴⁹ Einem solchen „Täter“ ist jedoch in der Regel ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen und nicht etwa eine Anstiftung zu unterstellen. Es fehlt offenkundig an der bewussten Auswahl „eines anderen“, § 26 StGB, zur Begehung einer Tat.

Reine Ursächlichkeitsansätze bei der Bestimmung der Anstiftungshandlung geraten daher in Begründungsschwierigkeiten, wenn „fahrlässige Teilnahme“ von Fahrlässigkeit abgegrenzt werden soll. Die Schaffung einer Tatgelegenheit ist somit kein hinreichendes Kriterium zur Konkretisierung der Tathandlung der Anstiftung.⁵⁰

auch einfache Fragen umfasst, vgl. *Riklin*, GA 2006, 361. In jedem Fall kann nicht pauschal beantwortet werden, wie mit Fragen zu verfahren ist. Sofern sie manipulativen Charakter entfalten (dazu sogleich), sind sie ebenfalls geeignet, den Täter zu bestimmen.

⁴⁴ Das Wechselspiel aus „Verursachungstheorie“, die den Strafgrund darstellen soll und „ursächlichem Hervorrufen des Tatentschlusses“ als Tathandlung der Anstiftung ist zumindest terminologisch unglücklich.

⁴⁵ *Amelung* (Fn. 20), S. 147.

⁴⁶ *Schild* (Fn. 2), § 26 Rn. 5; ebenso *Puppe*, NSStZ 2006, 424 (426).

⁴⁷ *Bloy*, ZStW 117 (2005), 3 (13 f.); zudem missachtet sie den Willen des Täters, *Haas* (Fn. 31), § 26 Rn. 15.

⁴⁸ So z.B. *Jakobs*, GA 1997, 553 (558 ff.); *Lesch*, ZStW 105 (1993), 271 (280 ff.); gegen die Heranziehung dieser Wertungen *Bloy*, ZStW 117 (2005), 3 (15 f.).

⁴⁹ Zu diesem Problemkreis auch *Heinrich* (Fn. 26), § 37 Rn. 1290 ff.

⁵⁰ *Schild* (Fn. 2), vor § 26, 27 Rn. 9.

c) Stattdessen: Geistig-kommunikativer Kontakt durch Manipulation

Präferiert wird daher weiterhin die aufgezeigte kommunikative Deutung. Der durch offenen geistigen Kontakt Beeinflusste begeht eine Tat, die dem Manipulator (d.h. dem Anstifter) angelastet werden kann. Es bedarf daher der Hervorrufung des Tatentschlusses in einem anderen durch eine Kommunikation mit Aufforderungscharakter, welche die vorsätzliche, rechtswidrige Begehung der Haupttat indiziert. Das „Bestimmen“ ist demnach das ursächliche (d.h. einwirkende) Hervorrufen dieses Tatentschlusses beim Täter durch offenen geistigen Kontakt.⁵¹ Diese kommunikative Deutung vereint eindeutige dogmatische Vorzüge:

Systematisch gleicht sie sich dem „Bestimmen“ in § 30 StGB an, der in Abs. 2 ein „bereit erklären“ normiert, was auf Reziprozität⁵² und kognitiven Austausch zwischen Bestimmtem und Bestimmendem rückschließen lässt. Zudem wird an § 48 StGB a.F. angeknüpft, der beispielhaft Formen für Anstiftungshandlungen aufzählte, die allesamt kommunikativen Charakter („Drohung, Gewalt, Irrtum“)⁵³ aufwiesen: „Als Anstifter wird bestraft, wer einen anderen zu der von demselben begangenen mit Strafe bedrohten Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat“ (Fassung bis 1975). Dass die Neuschaffung des § 26 StGB diesen gesetzlichen Impetus ablegen wollte, ist nicht zu erkennen.⁵⁴ Darüber hinaus wird durch das Erfordernis des kommunikativen Austausches ein Abgrenzungskriterium geschaffen, dass die besondere Struktur der Anstiftung einerseits von der Täterschaft abgrenzt (da kommunikativer Austausch auch ohne Tatherrschaft möglich ist, dazu sogleich), andererseits jedoch ein „Mehr“ zur Beihilfehandlung darstellt, da bei dieser jede Form der Förderung der Tat genügt, sie somit vollständig jeden reziproken Elementes entledigt ist.⁵⁵ Der kommunikative Aspekt zeigt zudem das Wesen der Anstiftung als „Verführungs- und Manipulationshandlung“ sinnstiftend auf.

⁵¹ BGH, Urt. v. 20.1.2000 – 4 StR 400/99 = BGHSt 45, 373 (374) = NJW 2000, 1877; BGH, Urt. v. 22.3.2000 – 3 StR 10/00 = NSStZ 2000, 421; *Schünemann* (Fn. 33), § 26 Rn. 17; *Heine/ Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 26 Rn. 1; *Krey/ Esser* (Fn. 1), Rn. 984; *Heinrich* (Fn. 26), § 37 Rn. 1287; *Redmann* (Fn. 5), S. 83 m.w.N.

⁵² Reziprozität ist ein tief im Menschen verwurzeltes Prinzip, dass nahezu jeder Sozialisation innewohnt, vgl. nur *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, § 19 S. 162 ff.

⁵³ Dazu noch *Welzel* (Fn. 18), § 16, S. 116.

⁵⁴ *Redmann* (Fn. 5), S. 84 m.w.N.

⁵⁵ Ob die Handlung wenigstens kausal sein muss, ist ebenso umstritten, vgl. *Roxin* (Fn. 18), § 26 Rn. 184 ff.

5. Zwischenfazit: Kommunikative Näherung dogmatisch vorzugswürdig

Sofern den Strafgrund der Anstiftung noch ein „Patt“ aus Korruptionstheorien beherrschte, ist bei der Tathandlung der Anstiftung der kommunikativen Deutung eindeutig der Vorzug zu gewähren. „Bestimmen“ meint vom Wortlaut mehr als Verursachen, jedoch weniger als einen Pakt.⁵⁶ Systematisch muss es etwas anderes als Kausalität sein, da ansonsten die tätergleiche Bestrafung nicht zu legitimieren ist, andererseits wäre eine Unrechtsvereinbarung „zu viel des Guten“, da auf diese Weise ein Täterwille verlangt würde, der die Abgrenzung zur Täterschaft vollends einebnete. Historisch enthielt bereits § 48 StGB a.F. kommunikative Elemente, die die Anstiftungshandlung nicht abschließend umschrieben.⁵⁷ Dass der Gesetzgeber von dieser kommunikativen Deutung abdriften wollte, ist nicht anzunehmen. Zuletzt ist der Telos der Anstiftung der einer „Verführungs- und Manipulationshandlung“. Der Anstifter fungiert als „geistiger Brandstifter“ und weckt als „Initialzündung“ den Tatentschluss des Täters⁵⁸, den dieser aufnimmt, wodurch er sich in einen pathologischen Diskurs mit der Gesellschaft begibt (dazu oben ZIS 2016, 183 [188 ff.]). Damit ist die kommunikative Deutung nach den tradierten Auslegungsmethoden die passgenaue Näherung an Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung. Dogmatisch überzeugt der „offene geistige Kontakt“ umfassend. Zu prüfen ist abschließend, ob er auch außerhalb der juristischen Hermeneutik Bestand haben kann.

III. Psychosoziale Stringenz der kommunikativen Deutung

Fraglich ist neben der dogmatischen Herleitung, ob die kommunikative Deutung zur Bestimmung der Anstiftungshandlung – und damit ihre Wesensschau – auch aus individualpsychologischer Sicht haltbar und vertretbar erscheint. *Jescheck/Weigend* formulierten diesbezüglich, dass Anstiftung des Einsatzes „bestimmter Mittel, die über die Psyche des Haupttäters Einfluss auf die Tausführung gewinnen“, bedürfe.⁵⁹ Unstreitig ist der Anstifter demnach „Verführer“, unabhängig davon, ob dafür tatsächlich der martialische Begriff des „Seelenschänders“⁶⁰ verwendet werden muss. Kognitive Beeinflussung ist gleichwohl ein unergründlich weites Feld, dem sich im Folgenden anhand einiger Grundlagenüberlegungen gewidmet werden soll. Diese werden einerseits aufzeigen, dass die juristisch-dogmatische Näherung zu holzschnittartig mit dem Phänomen der Anstiftung umgeht, andererseits allerdings gerade diese „Naivität“ die größtmögliche Bestimmtheit in der Handhabung der konkreten Anstiftungshandlung offeriert. Vor umfassender Psychologisierung ist

dabei zu warnen⁶¹, was gleichwohl nicht bedeutet, dass ein Blick über den Tellerrand per se zu vermeiden wäre: „Würden wir alle Fragen unseres juristischen Tagesgeschäfts mit einer rechtsphilosophischen, -historischen oder -soziologischen Meta-Analyse überfrachten, müsste das Rechtssystem mit einem lauten Ächzen zum Stillstand kommen.“⁶² Das ist richtig, indes lediglich eine Seite der Medaille. Nicht umhin kommt man um die Erkenntnisse der „Bindestrich“-Wissenschaften, wenn sie die gefundenen Ergebnisse der Dogmatik gerade verifizieren können. Daher ist dezidiert auf die Besonderheiten der Wahrnehmungsbeeinflussung durch Handlung und Kommunikation sowie die Möglichkeiten und Grenzen der Manipulationswirkung „geistigen Kontaktes“ einzugehen.

1. Menschliche Interaktion als Summe sinnstiftender Einzelhandlungen

Was kann Hervorrufen, Einflussnehmen oder geistiger Austausch tatsächlich bedeuten? Schnell liegt die Vermutung nahe, dass es sich hierbei um ausfüllungsbedürftige Begriffe handelt, die eine Schablone bieten, die überstülpt wird, ohne zu hinterfragen, ob es solche Phänomene überhaupt geben kann.⁶³ Zuvörderst ist daher die denkbare Bandbreite des „Einflussnehmens“ auszuloten.

Der menschliche Wille ist und bleibt ein Mysterium. Es wird gestritten, ob er überhaupt existiert, ob er determiniert oder frei ist⁶⁴, wie er sich entwickelt und wie er optimiert⁶⁵

⁶¹ Was der Grund dafür sein könnte, dass sich *Redmann* (Fn. 5), S. 92 ff., zwar intensiv mit der Sprechakttheorie nach *Searle* und auch der Soziologie der Sanktionierung nach *Luhmann* befasst, eine Vertiefung in der interaktionistischen Ebene jedoch unterbleibt; vgl. aber die Ansätze ab S. 115 ff.; zudem ist die Sprechakttheorie zu „eng“, um tatsächlich alle Tatbestände und -varianten des Strafrechts abzubilden. Von der Sprechakttheorie aus betrachtet wäre es ein Leichtes gewesen, tiefer in die Individualpsychologie einzutauchen.

⁶² *Gutmann*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion in der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 93 (96); vgl. aber die umfassende interdisziplinäre Analyse des Strafverfahrens von *Gerson*, *Das Recht auf Beschuldigung – Strafprozessuale Verfahrensbalance durch kommunikative Autonomie*, 2016 (im Erscheinen).

⁶³ Der Kampf um Meinungen ist stets ein Kampf um Worte.

⁶⁴ Der Streit zwischen Determinismus, Indeterminismus und Kompatibilismus ist so alt wie die Philosophie und wird weiterhin geführt, vgl. nur *Hirsch*, ZIS 2010, 62 (63 ff. m.w.N.); die Kontroverse werde jedoch seit langem nicht mehr so hitzig ausgefochten wie noch zu Beginn des 21. Jahrhunderts, vgl. *Baltzer*, in: *Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner* (Hrsg.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, 2015, S. 25; siehe auch *Achenbach*, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, S. 149; differenzierend *Herzberg*, in: *Schröder/Hellmann* (Hrsg.), *Festschrift für Hans Achenbach*, 2011, S. 157 (170); dazu auch *Gerson* (Fn. 62), Teil 2 Abschnitt 7.

⁵⁶ *Roxin* (Fn. 18), § 26 Rn. 89.

⁵⁷ Eingehend *Redmann* (Fn. 5), S. 78 ff.

⁵⁸ *Murmann* (Fn. 38), § 26 Rn. 1.

⁵⁹ *Jescheck/Weigend* (Fn. 19), § 64 Rn. 2, S. 687.

⁶⁰ So *Less*, ZStW 69 (1957), 43 (45); zu dieser „Seelenmordtheorie“ auch *Trechsel*, *Der Strafgrund der Teilnahme*, 1967, S. 7 f.; zur „Charakterverderbnis“ S. 8 ff. und 12.

werden kann. Der Strafrechtsdogmatiker ist jedoch gezwungen, es sich an dieser Stelle einfach zu machen: Um von einer Willensbeeinflussung ausgehen zu können, muss es überhaupt einen Willen geben, der zudem zumindest so frei ausgestaltet ist, dass er beeinflusst werden kann.⁶⁶ All diejenigen Ansichten, die dies (womöglich zu Recht ...) verneinen, sind der Fiktion der Anstiftung „als ob“ nicht zuträglich.⁶⁷ Ein Mindestmaß an personaler und kognitiver Autonomie muss demzufolge gegen den Widerstand gewisser Strömungen der Psychologie und Hirnforschung⁶⁸ verteidigt werden, um Strafrechtswissenschaft im eigentlichen Sinne weiterhin sinnvoll betreiben zu können.

Die abstrakte Freiheit des Willens ist damit ein formbares Konstrukt, plastisch beschrieben eine individuell angeordnete Reihung von Modellen und Konzepten.⁶⁹ Eine Willensbeeinflussung (d.h. ein Einwirken auf diese Konzepte) ist vorstellbar über verbales und nonverbales (d.h. konkludentes) Verhalten. Dabei ist zu bedenken, dass Beeinflussung und Einwirkung keine einseitigen Prozesse sind. Menschliche Interaktion stellt einen dialogischen Vorgang dar, der kommunikative Akt vollzieht sich dabei über die Entsendung und den Empfang sinnstiftender Einzelmerkmale. Die Reizaufnahme erfolgt bottom up⁷⁰, d.h. die primär rezipierten Reize werden

⁶⁵ Mentales Training und Neuro-linguistisches Programmieren erwachsen solcherlei Erwägungen.

⁶⁶ Vorzugswürdig sind daher Näherungen wie die *Frankfurts*. *Frankfurt* (The Journal of Philosophy 68 [1971], 5 [6 f., 10 ff.]) trennt in verschiedene Abstufungen des „Wollen-Wollens“: „first-order-volitions“ lägen auch bei Tieren vor, denn es handle sich um die Wünsche und Triebe, denen man nachgehe, sobald sie hervorträten („wanton“). Die „second-order-volitions“ umfassen nach *Frankfurt* die selbstreflexive Gewichtung der Bedürfnisse und Wünsche, d.h. also das Nachsinnen über das Handelnwollen, was wiederum dem Menschen als Spezies eigen und exklusiv sei („person“). Gleichwohl soll es sogar höhere „volitions“ als die der second order geben, da lediglich so der gesteigerten Komplexität des freien menschlichen Willens gerecht widerfahren werde, vgl. S. 16 ff.; diese Modelle möchte z.B. *Bung* (in: Albrecht/Kirsch/Neumann/Sinner [Hrsg.], Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 65 [67 ff.]) für die deutsche Schulddiskussion fruchtbar machen; dazu auch *Gerson* (Fn. 62), Teil 2 Abschnitt 7.

⁶⁷ Die Denkschule des „als ob“ geht auf *Vaihinger* zurück und setzt Fiktionen an den erkenntnistheoretischen Schnittstellen, an denen eine Streitlösung unmöglich und zudem kontraproduktiv wäre.

⁶⁸ Zu nennen sind hier *Libet*, *Singer*, *Prinz* und *Roth*.

⁶⁹ Konzepte sind zurechtgelegte Anschauungsmuster über Sachverhalte. Dass Dinge „so und so“ sind und sich „je nachdem“ verhalten. Denken nutzt Konzepte zur Herausbildung kognitiver Sicherheit. Es stimmt daher, dass man nicht wirklich Neues erdenkt, sondern lediglich „seine Vorurteile neu ordnet“.

⁷⁰ *Geipel*, Handbuch der Beweiswürdigung, 2013, Kap. 13 Rn. 21 m.w.N.; *Roth*, APuZ 2008, 6 (7); *Jansen*, Zeuge und Aussagepsychologie, 2012, Rn. 500 f. m.w.N.

als Ausgangspunkt der weiteren Aufnahme fixiert, die fortschreitende Interpretation ankert⁷¹ auf dem richtungsgebenden, ersten Einfluss. „Der Zwang, der von Worten ausgehen kann oder von einer hohen Belohnung, ist oft viel stärker als der, den eine Drohung ausübt. Der Anstifter macht sich zum Herrn fremden Willens, er verengt ihm die Möglichkeit, sich frei zu entscheiden, er schaltet sich in den Motivationsprozeß eines anderen ein zu dem Zweck, sich ihn zu unterwerfen.“⁷²

Was bedeutet das für den Beginn eines Gesprächs zwischen Individuen?

a) Kommunikation als Interpretation

„Man kann nicht nicht kommunizieren“ (nach *Watzlawick*). Jede sinnstiftende Handlung sendet ein Signal an die Außenwelt, das wahrgenommen und verarbeitet wird. Sender A entäußert einen Reiz (z.B. eine Abfolge von Lauten, die ein verständiger Hörer als Sprache einordnet), der dem Rezipient übermittle wird. Die Aufnahme des Reizes erfolgt nunmehr nicht wie in einer „black box“, d.h. kongruent, sondern stattdessen *interpretativ*.⁷³ Dazu ein Beispiel:

Äußert der Sender, mit Fingerzeig auf ein dreibeiniges Möbelstück: „Das ist ein Tisch“, bedarf es unzähliger Einzel-faktoren, um eine geglückte Kommunikation erwirken zu können. Diese verteilt sich paritätisch auf beide Interaktionspartner, A und B.

Der Sender A muss seinen Reiz („Das ist ein Tisch“) auf die Art und Weise meinen, wie er ihn entäußert: Irrt er sich über den Sinngehalt seiner Äußerung, ist bereits der erste Makel gesetzt. So kann es sein, dass er der verwendeten Sprache nicht vollumfänglich mächtig ist und das bezeichnete Objekt anders heißt (Sender zeigt auf einen Stuhl, meint auch einen Stuhl, sagt aber „Tisch“). Möglich ist auch, dass er eine ironisierende oder kontextabhängige Deutung vorgenommen hat (es fehlt an Stühlen und A möchte die heikle Situation durch erneutes Aufzeigen der Überpräsenz von Tischen demonstrieren). Darüber hinaus ist denkbar, dass er den Reiz nicht an den Rezipienten adressiert hat, sondern einen anderen Adressaten im Auge hatte. B war möglicherweise lediglich zufällig in Hörweite oder hätte die Information nicht wahrnehmen sollen/dürfen.

Auf Seite des Rezipienten B potenzieren sich die Fehldeutungen sogar. Möglicherweise versteht B die Äußerung

⁷¹ Ankereffekte (d.h. priming) stellen einen der am besten erforschten und gleichzeitig wirkmächtigsten Faktor für Wahrnehmungsverzerrungen dar, vgl. nur *Englich*, in: Bierhoff (Hrsg.), Handbuch der Sozialpsychologie und Kommunikationspsychologie, 2006, S. 309 (311 ff.); *Murphy/Zajonc*, Journal of personality and social psychology 64 (1993), 723; *Higgins/Rholes/Jones*, Journal of Experimental Social Psychology 13 (1977), 141.

⁷² Mit viel psychologischem Grundverständnis bereits *Less*, ZStW 69 (1957), 43 (50).

⁷³ Nach der „kognitiven Wende“ einhellige Ansicht; einen leicht anderen Weg beschreitet daher *Redmann* (Fn. 5), S. 92 ff., der auf die Sprechakttheorie nach *Searle* abstellt.

nicht, weil er der verwendeten Sprache nicht mächtig ist.⁷⁴ Dann zumindest könnte er durch das Zeigen auf das Möbel erschließen, um was es A geht. Dennoch ist alles andere als gewiss, dass jedes Zeigen auf einen Gegenstand permanent der Absicherung der Terminologie gilt, schließlich käme es einer „GaGa-Welt“ gleich, würden sich mündige Individuen dauerhaft im Duktus „Das ist ein Tisch“, „Das ist ein Baum“, „Das ist ein Mittagessen“ unterhalten. Unter gleichsprachigen Individuen herrscht stattdessen weitgehender Konsens⁷⁵ über Worte vor, da dieser erste Akt der Konzeptfindung bereits lange vorgelagert in der frühkindlichen Phase der Sprachentwicklung⁷⁶ stattgefunden hat. Der Rückschluss von der Geste des A auf den Sinngehalt seiner Aussage ist mithin fehlerbehaftet. Es könnte zudem sein, dass B die Aussage falsch versteht, da er schlecht hört, der Sender nuschelt, oder Störgeräusche vorliegen („Das ist ein Fisch“). Es könnte auch sein, dass er die ironisierende oder kontextabhängige Deutung missdeutet, nicht erkennt, oder falsch auslegt. Zu guter Letzt ist möglich, dass ein individuelles Vorstellungsbild mit dem Gesagten schlicht nicht korreliert und daher Konfusion eintritt (Rezipient kennt ausschließlich vierbeinige Tische und hielt das aufgezeigte Möbel für einen Hocker).

In jedem der aufgezeigten Fälle ändert sich die interpersonale Kommunikation abhängig vom primären Reiz. Äußert A, was er meint, und versteht B, was A sagen wollte, ist der Austausch gelungen, auf dem gemeinsamen kognitiven Konsens kann aufgebaut werden. Jeder Fehler in diesem Prozess erteilt der Kommunikation hingegen Schlagseite:

Sollte einer der beiden Akteure der verwendeten Sprache nicht mächtig sein, wird im Anschluss an die Äußerung Zeit dafür verwendet werden müssen, zu klären, was gemeint war und was wirklich verstanden wurde. Wissen hingegen beide, um was es gehen sollte, liegt allerdings ein Verhörer oder

⁷⁴ Sprachgrenzen können Denkgrenzen sein, das geht philosophisch auf *Wittgenstein* zurück und findet sich auch in der heutigen Sprachpsychologie wieder.

⁷⁵ Nicht zu verwechseln ist der soziale Konsens mit dem diskursiven Konsens, wie ihn etwa die Diskurstheorie verwendet. Der Konsens der Diskurstheorie ist formalisiert und dient, je nach Diskurstheoretiker, höheren Zielen (Wahrheit, Moralität, Legitimität etc.). Der soziale Konsens hingegen ist Grundbedingung menschlichen Zusammenlebens, er legt die Grundmaximen der Gesellschaft fest, zu denen u.a. auch die Sprache, Umgangsformen, gegenseitiges Vertrauen etc. gehören. Es ist quasi der „Urkonsens“, der den Ausbruch aus dem „Krieg jeder gegen jeden“ ermöglichte; zum Konsens des Diskurses im Gegensatz zum Konsens des Radikalen Konstruktivismus vgl. *Gerson* (Fn. 62), Teil 2 Abschnitt 1 und 2.

⁷⁶ Die Entwicklung von sprachbasierten Schemata beginnt im Kindesalter. Diese werden zunehmend kohärenter und bilden das objektive Bewusstsein der Außenwelt, vgl. *Piaget*, *Der Aufbau der Wirklichkeit beim Kinde*, 1974 (Übersetzung der französischen Originalausgabe *La construction du réel chez l'enfant*, 1950), S. 11 ff.; zu *Piaget* und dessen Bedeutung für den Radikalen Konstruktivismus vgl. v. *Glaserfeld*, *Radical Constructivism, A Way of Knowing and Learning*, 1995, S. 53 ff.

Versprecher vor, wird Konfusion eintreten, die Nachfragen provoziert oder – bei Nichtaufdeckung – ein Missverständnis befruchtet und perpetuiert. Dabei ist wichtig zu erkennen, dass erneut „nicht nicht kommuniziert werden kann“. Der nuschelnde A, der „Das ist ein Fisch“ geäußert hat, wird lediglich dann Rückschlüsse auf seine Verständlichkeit schließen können, wenn B tatsächlich reagiert. Nimmt B die Aussage lediglich hin, ist ein Rückschluss hingegen erneut interpretationsbehaftet: Möglicherweise hat B trotz undeutlicher Aussage „Tisch“ verstanden. Womöglich hat er zwar „Fisch“ vernommen, den Hörfehler jedoch selbst bereinigt und sich die Mühe der verbalen Korrektur erspart. Denkbar ist auch, dass B überhaupt nichts verstanden hat und nicht reagiert, weil er sich nicht angesprochen gefühlt hatte. Es bleibt in jedem Fall paradox: „Die Sprache ist ein Labyrinth von Wegen. Du kommst von einer Stelle und kennst dich aus; du kommst von einer anderen Stelle, und du kennst dich nicht mehr aus.“⁷⁷

Kurzum: Geglückte Kommunikation ist Zufall. Das vernünftige Spielchen kann darüber hinaus ad infinitum weitergetrieben werden, da neben die sprachliche Ebene zudem Gesten, Mimik, Begleitumstände, Erfahrungen, Gefühle, Stimmungslagen, Absichten etc. treten, die ebenfalls interpretiert und abgeglichen werden müssen. „Faktischer Konsens kann, wenn man darunter gleichzeitiges und gleichsinniges Erleben versteht, [...] nur ein sehr seltenes Ereignis sein, und jedenfalls kann es in Bezug auf konkreten, verweisungsreichen Sinn nicht einmal voll adäquates aktuelles Erleben, geschweige denn vollen Konsens geben.“⁷⁸ Ob das, was gesagt wurde, das ist, was gemeint wurde, bleibt Ansichtssache, im Grunde somit sozialer Kompromiss. Hinzu kommt die dauerhafte Interpretationsschematik menschlicher Wahrnehmung.⁷⁹ Reizaufnahme ist kein linearer Akt, sondern ein innerhalb des Individuums stetig dialogisches Abgleichen. Das Aufgenommene wird mit Bekanntem und Tradierten korreliert und in vorgestanzte Schubladen einsortiert. Schemata und Heuristiken erleichtern die Reduktion allumfassender Komplexität: Beschränkte Sinnesorgane⁸⁰ liefern Wahrnehmungsfetzen, die durch Interpretation zu individuell stimmigen Konstrukten verklebt werden.⁸¹ Der rezipierte

⁷⁷ *Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen*, Nachdruck 2003, S. 134.

⁷⁸ *Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 1972, S. 67.

⁷⁹ Im Sinne *Lenks*, *Erfassung der Wirklichkeit*, 2000, S. 7.

⁸⁰ Das lässt sich am besten anhand optischer Täuschungen belegen. Sogar wenn man sie als solche erkennt, funktionieren sie weiterhin, da der mechanische Vorgang der Reizverarbeitung nicht durch „vernünftiges“ Denken überwunden werden kann. Man erkennt, dass es sich um eine Täuschung handelt, nimmt sie dennoch weiterhin wahr.

⁸¹ Lesenswert *Fischhoff/Beyth*, *Organizational Behavior and Human Performance* 13 (1975), 1; Anschlussstudien von *Ofir/Mazursky*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 69 (1997), 51; *Anderson/Lowe/Reckers*, *Journal of Economic Psychology* 14 (1993), 711 (715 ff.); *Christensen-Szalanski/Willham*, *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 48 (1991), 147.

Inhalt des Gegenübers wiederum ist abhängig von unzähligen Verzerrungsfaktoren, da – vor allem bei Überredungs- oder Überzeugungsanstrengungen – psychosoziale Reaktanzphänomene auftreten. Vorgefestigte Ansichten werden dauerhaft verteidigt⁸², dissente Informationen somit entweder ignoriert, umgedeutet oder in ihrer Bedeutung abgeschwächt.⁸³ Das Individuum strebt dabei nach kognitiver Balance⁸⁴, die vor vehementer Erschütterung mithilfe von Selbstreferenzen⁸⁵ und Rückschaufehlern⁸⁶ verteidigt wird. Ob das Wahrgenommene einen Bezug zur Realität, d.h. zur „ontologischen Wahrheit“ hat, ist dem Einzelnen dabei nicht erfahrbar.⁸⁷ Das konstruierte Bild (das Ergebnis des Reizverarbeitungsprozesses) stellt ausschließlich die subjektive Wirklichkeit des Individuums dar. „Das ist ein Tisch“ ist damit im Idealfall eine intersubjektive Verständigung auf den Umstand, dass es sich beim aufgezeigten Möbel um einen Gegenstand handelt, der in unserem Kulturkreis als Ablage verwendet wird. Die Wahrscheinlichkeit, dass dieser Informationsaustausch gelingt, ist gering. Die Universalität der Aussage hingegen ist null, den in einer Welt, in der Tische „Stuhl“, Stühle „Pferd“ und Pferde „Zug“ heißen, verkommt die Allgemeingültigkeit einer „wahren“ Aussage zum kontextabhängigen Konsens.⁸⁸

Die erste Erkenntnis bezogen auf den „offenen geistigen Kontakt“ ist mithin: Er ist bereits, er muss nicht erst erschaffen werden. Jeder zwischenmenschliche Kontakt ist kognitive Begegnung, die geistige Prozesse nach sich zieht, die aufgrund ihrer mannigfaltigen Interpretationsverzerrungen und -fehler permanent offen ausgestaltet sind: Wahrnehmung ist Interpretation, Kommunikation ist gelenkte Konstruktion. Geeigneter als „Unrechtsakt“ oder „Verursachung“ beschreibt der „offene geistige Kontakt“ somit den dauerhaften Zustand des schwelenden Missverständnisses menschlicher Kommunikation.

b) Manipulation als Erschaffung nicht-kontingenter Wirklichkeitskonstruktionen

Kommunikativer Austausch ist demzufolge ein Akt der Interpretation, d.h. geistiger Kontakt damit nicht lediglich möglich, sondern unvermeidbar: „Man kann nicht nicht kommunizieren“. Wie findet unter diesen Umständen Beeinflussung statt? Beeinflussung meint den Einfluss auf den individuellen Akt der Konzeptfindung. Sie impliziert drei Ebenen: Den Akt der Kommunikation, den Akt der Manipulation und den Akt der Verantwortungsübernahme.

Um das Phänomen der Beeinflussung zu verstehen, ist erneut an das oben Ausgeführte zu erinnern: Jedes Individuum konstruiert durch Wahrnehmungsinterpretation seine eigene, individuelle, subjektive Welt. Damit ist zwar das Individuum selbst autonom, nicht gilt das hingegen für seine „Realitäten“. Diese sind dauerhaft Außenreizen ausgesetzt, die sie entweder bestätigen, widerlegen, abgleichen, verhärten usw. Einer der vielen Einflussfaktoren ist die kognitive Penetration durch Handlung eines Dritten mittels Kommunikation. Die subjektive Welt des Manipulators und die subjektive Welt des Manipulierten sind dabei so lange selbstreferenziell, bis die Perturbation (in diesem Fall einseitig) forciert wird.⁸⁹ Das führt sprichwörtlich zum „Krieg der Welten“. Dieser Krieg kennt zahlreiche Methoden der Kriegsführung, von der Überwältigung⁹⁰, über die List⁹¹ bis hin zum Schulterchluss⁹². Wird ein Wille beeinflusst, wird gleichwohl nicht in dem Sinne wirklich auf ein Vorstellungsbild eingewirkt, dass ein Gedanke in den Kopf „eingepflanzt“ würde.⁹³ Zwar ist dieses möglich, fällt allerdings in die psychologische und psychotherapeutische Diagnostik und Behandlung.⁹⁴ Beeinflussung

⁸² *Schünemann*, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätentstehung und Kriminalitätskontrolle*, 1983, S. 1117 (1131 ff.); ausführlich zum parallel verlaufenen „Assimilations-Kontrast“ bzw. zur Social Judgment Theorie nach *Sherif/Hovland*, vgl. *Raab/Unger/Unger*, *Marktpsychologie, Grundlagen und Anwendung*, 2010, Kap. 2, S. 22 f. m.w.N. Zum Teil werden weitere Formen unterschieden: Elimination, Addition, Substitution, Zieländerung, Leugnung, Revidierung, Mischformen, vgl. *Raab/Unger/Unger* (a.a.O.), Kap. 4, S. 43 f.; *Röhl* (Fn. 52), § 28 S. 238 f.; ⁸³ *Raab/Unger/Unger* (Fn. 82), Kap. 4, S. 42.

⁸⁴ *Festinger*, *A theory of cognitive dissonance*, 1962.

⁸⁵ *Watzlawick/Ulrich*, *Wie wirklich ist die Wirklichkeit?, Wahn – Täuschung – Verstehen*, 1976 (Sonderausgabe 2003), S. 73.

⁸⁶ *Bernard*, *forum poenale* 2013, 112 (114).

⁸⁷ Das ist Kernaussage des Konstruktivismus, vgl. nur *Sutter*, *Interaktionistischer Konstruktivismus*, 2009, S. 42; *Gerson* (Fn. 62), Teil 2 Abschnitt 2 und 7.

⁸⁸ Damit ist die Brücke zu den Diskurstheorien geschlagen, vgl. Fn. 75.

⁸⁹ *Watzlawick/Ulrich* (Fn. 85), S. 6; *Krotz*, in: *Karmasin/Rath/Thomaß* (Hrsg.), *Kommunikationswissenschaft als Integrationsdisziplin*, 2014, S. 19 (34); das erkennt auch *Puppe*, *GA* 1984, 101 (102).

⁹⁰ Bzw. Unterwerfung.

⁹¹ Der Definitionenstreit zwischen List und Täuschung ist noch nicht ausgefochten.

⁹² *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 28. Aufl. 2014, § 9 Rn. 1; *Wilhelm*, *Vom Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung, Texte und Ergebnisse des 38. Strafverteidigertages Dresden*, 21.-23. März. 2014, 2015, S. 7 (26 ff.). Neutralere Beziehungsgeflechte sind die sog. „Kontaktsysteme“, vgl. *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 1978, S. 75. Das BVerfG (Beschl. v. 1.7.2014 – 2 BVR 989/14 = StV 2014, 649) möchte darunter beispielsweise auch das Zusammenspiel von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung bei der Absprache nach § 257c StPO verstehen; zur Wirkmächtigkeit von Schulterchlüssen auch *Gerson* (Fn. 62), Teil 1 Abschnitt 3.

⁹³ So bereits zutreffend *Less*, *ZStW* 69 (1957), 43 (50 ff. m.w.N.), zu den zur damaligen Zeit herrschenden Erkenntnissen der Psychologie.

⁹⁴ Instruktiv zu Formen und Funktionen von Hypnose vgl. *Wadden/Anderton*, *Psychological Bulletin* 91 (1982), 215.

im täglichen Umgang findet hingegen über die Erschaffung einer anders gelagerten Wirklichkeitskonstruktion statt.⁹⁵

Um dies zu verdeutlichen, ein weiteres Beispiel: Betrachtet man eine Szene, in der A dem B mit der flachen Hand auf die Wange schlägt, ist die ontologische Realität klar: A schlägt B. Das ist die Wirklichkeit erster Ordnung⁹⁶, die korrespondenztheoretische Übereinstimmung von Realität und Wahrnehmung. Durch Interpretation wird diese erste Ordnung (die „wirkliche Welt“) modifiziert:

Handelt es sich um einen Streit, bei dem A den B beleidigt hat und zusätzlich handgreiflich wird, handelt es sich wohl um eine Ohrfeige. A greift B an und begeht eine Körperverletzung, § 223 StGB. Abgeleitete Realität 1: Angriff des A auf B durch Ohrfeige.

Ist das Umfeld hingegen eine Spielszene und sind A und B Schauspieler, liegt zwar weiterhin eine Ohrfeige vor. Die Deutung ist allerdings eine andere: Weder wurde B beleidigt, noch lag ein sonstiger Angriff auf geschützte Rechtsgüter vor. Selbst wenn dies tatbestandlich angenommen wurde, war B einverstanden und willigte zumindest in die Körperverletzung ein. Abgeleitete Realität 2: Kein Angriff des A auf B durch Ohrfeige, sondern harmlose Spielszene.

Wieder anders ist die Sachlage zu beurteilen, wenn B eine stechbereite Hornisse auf der Wange saß, er in beiden Händen jedoch schwere Einkaufstaschen trägt und sie daher nicht selbst entfernen konnte. Der Schlag des A ist in diesem Fall keine Ohrfeige, sondern eine erforderliche Hilfe, um den wesentlich schmerzhafteren Stich des Insekts abzuwehren. Abgeleitete Realität 3: Kein Angriff des A auf B, sondern erwünschte Hilfe.

Je nach Begleitumständen und Informationsmaß ändert sich die Interpretation der Wirklichkeit erster Ordnung. Ontologische Realität erster Ordnung (die „wirkliche Welt“) bleibt dem Individuum dauerhaft verwehrt, da er interpretativ wahrnimmt, d.h. seine Umwelt aktiv als Prozess der Beschreibung und Erfindung erfährt. „Das vermeintlich Gefundene ist ein erfundenes, dessen Erfinder sich des Aktes seiner Erfindung nicht bewußt ist, sondern sie als etwas von ihm Unabhängiges zu entdecken vermeint und zur Grundlage seines ‚Wissens‘ und daher auch seines Handelns macht.“⁹⁷ Das zeitigt enorme Auswirkungen auf die Erkenntnisweite: Der Mensch ist lediglich zur Wahrnehmung von Wirklichkeiten abgeleiteter, zweiter Ordnung fähig. Er erkennt entweder einen wirklichen Angriff auf B, einen vermeintlichen in der

Spielszene, oder eine Hilfsaktion vor dem unangenehmen Hornissenstich. Drei Beobachter erfahren damit (mindestens!) drei subjektive Welten. Fragen auf dieser reflexiven Ebene der „Wahrheit“ – der sog. Wirklichkeit zweiter Ordnung – zeigen auf, dass bereits der erste Schritt der Interpretation eines Außenreizes den Zugang zur „Wahrheit“ grundlegend verändert.⁹⁸ Ob die eigene Interpretation der Szenerie mit der „wirklichen Wirklichkeit“ korrespondiert, ist dabei allein dem Zufall geschuldet, da es abhängig ist von individueller Auffassungsgabe, Informationsstand und der Fähigkeit zur irrtumsfreien Sachverhaltseinschätzung: Konnte der Beobachter die Drehkulissen erkennen? War die hornissengeschmückte Wange ihm zugewandt? Wie weit stand er entfernt? Was ging dem Schlag an Vorfeldumständen voraus? Wie viel Erfahrung hat der Rezipient mit Gewalt in der Öffentlichkeit, ist er ein wacher Beobachter oder eher ein „träger Geist“? usw.

Wirklichkeiten erster Ordnung werden demzufolge durch interpretative Näherung erfahren, die Ableitung ist Konstruktion, d.h. die subjektive Welt des Einzelnen bestimmt sich durch seinen Auffassungsgabe und seinen Informationsstand. Bei knapp sieben Milliarden Menschen existieren daher mindestens so viele Interpretationen der „identischen“ Szene, wenngleich sich viele ihrem „sozialen Sinngehalt“ nach ähneln und angleichen werden.

Was ist in dieser kognitiv-psychologischen Einbettung nun unter Manipulation zu verstehen? Manipulation (manus: „Hand“; plere: „halten“; im übertragenen Sinne etwa Hand anlegen, Kunstgriff) kann als Oberbegriff zahlreicher willensbeeinflussender Handlungen gefasst werden. Sie variiert in allen Abstufungen allerdings lediglich graduell, nicht strukturell. Unter Manipulation im weiteren Sinne fallen u.a. Überreden, Motivieren, Drängen, Drohen etc., d.h. jede Form der Einwirkung auf den Willensbildungsprozess eines Dritten, der diesen fördert, mindert oder variiert. Wichtig ist dabei: Diese Formen der Beeinflussung setzen eine Übereinstimmung im subjektiven Weltbild voraus: Motivator und Motivierter sprechen über die weitgehend identische Lebenswelt, da sogar eine Drohung ausschließlich in den Fällen wirkt, in denen der Bedrohte das konfrontierte Übel „versteht“.⁹⁹ Es genügt nicht allein, dass der Manipulator das Gefühl beim Manipulierten erweckt, nicht „Nein“ sagen zu können oder eine Autorität fürchten zu müssen.¹⁰⁰ Das verstärkt die Wirkung zwar durchaus, ist jedoch nicht der Wesenskern der Manipulation. Diese kognitive Gleichrichtung ist streng von der kognitiven (und kommunikativen!) Entmündigung zu unterscheiden: Manipulation im engeren Sinne ist Instrument der Überlistung: Es ist das bewusste Verheimlichen, Umdeuten oder Indoktrinieren von Umständen, die zur Konstruktion einer nicht kontingenten Wirklichkeit zwei-

⁹⁵ Anders geht *Amelung* (Fn. 20), S. 163 ff. die Sache an: Er nutzt die Erkenntnisse der Sprechakttheorie, um darzulegen, dass die Anstiftungshandlung positiv und negativ sanktionierenden Motivationscharakter entfaltet. Das ist absolut zustimmungswürdig, wirkt sich jedoch nicht erst auf die Bestimmenshandlung, sondern bereits auf den Strafgrund aus. Die Motivationswirkungen von Sprechakten sind zwar Grundlage des kommunikativen Austausches, indes keine Besonderheit der Anstiftung.

⁹⁶ Begriff nach *Watzlawick*.

⁹⁷ *Watzlawick*, Die erfundene Wirklichkeit, Wie wissen wir, was wir glauben?, Beiträge zum Konstruktivismus, 1978, S. 9 f.

⁹⁸ *Benkel*, BIOS 2011, 6 (12 ff.); dazu auch *Gerson* (Fn. 62), Teil 2 Abschnitt 7.

⁹⁹ Nur dann macht es z.B. Sinn, bei § 240 StGB eine Drohung abzulehnen, wenn der Bedrohte durch „besonnene Selbstbehauptung“ widerstehen konnte.

¹⁰⁰ So vor allem *Redmann* (Fn. 5), S. 116 ff. im Anschluss an *Amelung*.

ter Ordnung beim Beeinflussten beitragen: Lebensrealität des Manipulators und erzeugte Lebenswelt des Manipulierten sind weder gleichgerichtet noch identisch, sondern aufgrund der Manipulation verschieden. Untechnisch gesprochen „irrt“ der Täter über den (herrschenden) sozialen Konsens der Lebenswelt.¹⁰¹

aa) Manipulation i.e.S. (nicht-kontingente Wirklichkeiten): Mittelbare Täterschaft

Das ist auf das materielle Strafrecht und die Abgrenzungsfrage der Teilnahme (speziell des § 26 StGB) zur Täterschaft übertragbar und stützt gleichzeitig das Kriterium der „Tatherrschaft“. Am Beispiel der „Ohrfeige“ kann dies verdeutlicht werden: Betrachten C und D die Szenerie um A und B, entspinnt sich automatisch ein „Interpretationsvieleck“: Erkennt beispielsweise C, dass es sich um eine Schauspielszene handelt und bemerkt zugleich, dass dies dem D nicht bewusst ist, hat er einen Interpretationsvorsprung (d.h. einen Wissensvorsprung) gegenüber dem D inne. Fordert er – darauf basierend – den D auf, dem B aufgrund des Angriffs durch A zu Hilfe zu eilen und A wegzustoßen, weil B angeblich massiv von A attackiert werde, manipuliert er den D (im engsten Sinne!). Er offenbart ihm Informationen, die bei D eine Konstruktion erwirken, die diesen zu der Überzeugung gelangen lassen, dass B hilfebedürftig ist. Während C richtigerweise die Ungefährlichkeit der Situation erkennt, interpretiert D einen Angriff auf B und leistet vermeintlich Nothilfe, § 32 StGB. Cs Lebensrealität und die des beeinflussten D sind aufgrund der Manipulation des C indes nicht mehr kontingent, wobei der C den Interpretationsvorsprung innehatte. Könnte der eingreifende D unter keinen Umständen erahnen, dass er falsch konstruiert hat, unterlag er einem Erlaubnistatbestandsirrtum, der ihm (unabhängig von dem Streitstand), zum nicht strafbaren Werkzeug des C verkommen lässt. C ist daher als mittelbarer Täter nach § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zur Verantwortung zu ziehen.¹⁰²

bb) Manipulation i.w.S. (kontingente Wirklichkeiten): Anstiftung

Bei der Anstiftung nach § 26 StGB liegt die Lage komplizierter. Sofern auch D erkennt, dass es sich lediglich um einen Filmdreh handelt, wird seine Konstruktion derjenigen des C gleichwertig. Beide, C und D, gehen von einem subjektiv-kontingenten Interpretationskonstrukt aus: Sogar wenn beide falsch liegen (es handelt sich z.B. tatsächlich um einen echten Angriff durch A), ist ihrer beider Wirklichkeit zweiter Ordnung kongruent, sie befinden sich „im Konsens über die soziale Bedeutung der Szenerie“. Lässt sich der D in dieser Konstellation dennoch überreden, den A anzugreifen, kann

dies nicht an einer Fehldeutung der wahrgenommenen Umstände allein liegen, da der C dem D gegenüber keinen Interpretationsvorsprung innehat. Stattdessen findet eine kommunikative und kognitive Übereinkunft zwischen C und D statt. Es bedarf der Übernahme der Gedanken des C durch D und eines Konsenses über die Tatbegehung. Mithin wird ein zunächst verblüffendes Ergebnis erzeugt: Der „geistige Kontakt“, ist eine kognitive Übereinkunft von C und D, da sie das identische Wahrnehmungskonstrukt teilen müssen (oder das zumindest glauben¹⁰³), um die Tat begehen zu können. Daher scheint die Initialzündung durch C, die er dem D übermittelt, und die dieser übernimmt, konsekutiv tatsächlich einem „Pakt“ gleichzukommen. Dieser bewirkt gleichwohl nicht, dass sich beide über das Unrecht der Tat einig sind (wie es *Puppe* annehmen würde), sondern dass beide das identische Wirklichkeitskonstrukt wahrnehmen und der Angestiftete der vorgeschlagenen Tatbegehung in dieser Form zustimmt. Irrt der Anstifter über die Welt, die er dem Täter instruiert hat und begeht dieser daher eine aliud-Tat, die der Anstifter nicht vorhersehen konnte, kommt lediglich versuchte Anstiftung in Betracht, § 30 StGB.¹⁰⁴

c) Verantwortungsübernahme als Zurechnung

Problematisch ist auch die Behandlung des bereits zur Tat Geneigten (*omnimodo facturus*). Dieses Problem ist über den Zeitpunkt der zurechenbaren Verantwortungsübernahme zu entscheiden.

Fraglich ist vor allem, ob der bereits Tatgeneigte noch angestiftet werden kann. Das ist im Gegensatz zu *Puppe* zu verneinen.¹⁰⁵ Zwar wäre theoretisch konstruierbar, dass der Anstifter auf den fixierten Plan des Täters „aufsattelt“. Der Strafgrund der Anstiftung liegt allerdings nicht in der gemeinsamen Tatüberzeugung (so bei der Mittäterschaft), und nicht allein in der Akzessorietät der Teilnahme, sondern in der Initialzündung durch den Anstifter, der, ohne selbst tatbestandsmäßig zu handeln, das tatbestandsmäßig geschützte Rechtsgut mittelbar angreift¹⁰⁶ und den Täter durch Manipu-

¹⁰¹ Rechtliche Irrtümer in Täterschaft-/Teilnahmekonstellationen bergen diverse Untiefen, vgl. eingehend *Bloy*, ZStW 117 (2005), 3 (5 ff.).

¹⁰² *Roxin* (Fn. 18), § 25 Rn. 67; *Schünemann* (Fn. 33), § 25 Rn. 88; *Haas* (Fn. 31), § 25 Rn. 13; *Murmann*, JA 2008, 321 (323); *Hoyer* (Fn. 11), § 25 Rn. 72; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 228 (237).

¹⁰³ Hier liegt das Einfallstor für rechtliche Irrtumskonstellationen, vgl. *Bloy*, ZStW 117 (2005), 3 (25 ff.); zum Exzess eingehend *Weßlau*, ZStW 104 (1992), 105.

¹⁰⁴ *Joecks* (Fn. 1), vor § 26 Rn. 63; *Hoyer* (Fn. 11), vor § 26 Rn. 44. Das Problem wird über die „Wesentlichkeit“ der Abweichung, d.h. im Grunde wie beim Exzess gelöst, vgl. *Haas* (Fn. 31), § 26 Rn. 36 ff.; *Hoyer* (Fn. 11), § 25 Rn. 142 f., der genauer in vorsätzlichen und fahrlässigen Exzess trennt.

¹⁰⁵ BGHSt 45, 373 (374); ebenso BGH NStZ 1994, 29 (30); *Roxin* (Fn. 18), § 26 Rn. 65; *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 228 (249); *Jescheck/Weigend* (Fn. 19), § 64 Rn. 2c, S. 689; *Puppe* geht hingegen davon aus, dass es die Rechtsfigur des *omnimodo facturus* nicht gebe, da im Moment der Beeinflussung des Tatentschlusses die Ausführungshandlung noch nicht begonnen habe. Pläne und Vorhaben seien jedoch strafrechtlich irrelevant, vgl. *Puppe* (Fn. 7), § 22 Rn. 6; *dies.*, GA 1984, 101 (117); *dies.*, GA 2013, 514 (520); ähnlich auch *Hoyer* (Fn. 11), § 26 Rn. 8 f.

¹⁰⁶ *Schünemann* (Fn. 33), vor § 26 Rn. 1.

lation einer nicht-kontingenten Wirklichkeitskonstruktion sozial desintegriert. Chronologisch betrachtet muss der Akt der Beeinflussung daher *zeitlich vor* der Überzeugung zur Tat liegen.¹⁰⁷ Ausschließlich in diesen Fällen übernimmt der Anstifter die Verantwortung für die „geistige Urheber-schaft“¹⁰⁸ der Tat.¹⁰⁹ Zudem hat der Anstifter keine Tatherrschaft inne¹¹⁰, da ein Rest an Selbstständigkeit und Interpretationshoheit beim Täter verbleiben muss, um diesen nicht als „Werkzeug“ einzustufen.¹¹¹

2. Zwischenfazit: „Bestimmen“ als kommunikativer Manipulationsakt sozialer Desintegration – Pathologischer Diskurs erster Stufe

Der offene geistige Kontakt ist damit tatsächlich die taugliche Formel zur Beschreibung der Tathandlung des „Bestimmens“ und fügt sich in die Wesensdeutung der Anstiftung stimmig ein. Entscheidend ist, dass der Anstifter zeitlich vor der Übernahme der Tatidee durch den Täter zurechenbar auf diesen kommunikativ eingewirkt hat. Zeitlich nachgelagerte und intensiv manipulative Einwirkungen fallen damit aus dem Anwendungsbereich der Anstiftung heraus. Diese Deutung kommt der Näherung von J. Schulz nahe, der Anstiftung als „Planherrschaft“ („Entscheidungsherrschaft“¹¹²/in besonderen Konstellationen Irrtumsherrschaft¹¹³) versteht: „Gehilfe ist, wer sich mit seinem Rat in die vom Täter gesetzte Vorgabe einfügt, Anstifter, wer die Vorgabe schafft oder motiviert“.¹¹⁴ Terminologisch stimmiger ist jedoch *Lampe* beizupflichten, der diese Phänomene nicht der Herrschaft, sondern der Macht zuordnen möchte.¹¹⁵ Demzufolge kann genauso

von Planungsmacht und Irrtumsmacht gesprochen werden, was jedoch, anders als bei *Lampe*, nicht zu einer Abkehr von der Konstruktion der Tatherrschaft ihrem Sinngehalt nach führen soll.¹¹⁶

Die Abgrenzung der Anstiftung von der mittelbaren und der Mittäterschaft ist demnach nicht anhand der Qualität der Unrechtsvereinbarung zu erklären, sondern mithilfe der Intensität der Manipulation. Bleibt der Vordermann autonom¹¹⁷, kann er selbst Tatherrschaft ausüben, um Täter zu sein. Ausschließlich in den Fällen, in denen Manipulator und Manipulierter von einer identischen Wirklichkeit zweiter Ordnung ausgehen, ist Anstiftung überhaupt möglich. Wird der Manipulierte hingegen zu einer anderen (u.U. nicht strafbaren) Wirklichkeit veranlasst, liegt mittelbare Täterschaft vor. Da die Beeinflussung bei der Anstiftung nicht so weit gehen darf, dass ein „falsches“ Wirklichkeitsbild entsteht, wird die Frage nach der Verantwortlichkeit des Anstifters auf den Zeitpunkt der zurechenbaren Kommunikation verlagert.¹¹⁸ Manipuliert der „Hintermann“ den „Vordermann“ so stark, dass kein eigener Raum für eine individuelle Interpretation der Umstände mehr überbleibt, handelt es sich um eine Tatherrschaft kraft überlegenen Wissens, mithin mittelbare Täterschaft. Wurde der andere lediglich „überredet“, übernimmt der Vorschlag jedoch eigenständig, bleibt Raum für die Verankerung der Anstiftung. Die eigenständige Übernahme des Vorschlags ist als Vereinbarung zu verstehen bzw. als Konsens über die Verbrechensbegehung unter Zugrundelegung kongruenter und kontingenter Wirklichkeitskonstruktionen. Mittäterschaft grenzt sich von beidem durch die gemeinsame Begehung der Tat unter Zugrundelegung eines gemeinsamen Tatplanes ab. Demnach trennt den Anstifter vom mittelbaren Täter der Grad der Manipulation, vom Mittäter hingegen der Zeitpunkt der Intervention.

IV. Fazit: Anstiftung als doppelt-pathologischer Diskurs

Mithin kann keine der dargebotenen Begründungsansätze zu Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung neben der kommunikativen Deutung vollumfänglich überzeugen.¹¹⁹

Die Schuldteilnahmetheorie i.e.S. ist nicht mehr mit dem Gesetz vereinbar. Sie durch die Verursachungstheorien verschiedener Ausgestaltung abzulösen kann nicht funktionieren, da diese den erhöhten Strafrahmen der Anstiftung gegenüber der Beihilfe nicht erklären können. Um dem Wesen der Anstiftung daher gerecht zu werden, ist der Umstand der sozialen Desintegration und der Korruption des Täters

¹⁰⁷ Ebenso *Krey/Esser* (Fn. 1), Rn. 987 ff.; a.A. freilich *Puppe* (Fn. 7), § 22 Rn. 6 f., was jedoch daran liegt, dass sie den omnimodo facturus ablehnt, da Pläne und Vorhaben im Strafrecht irrelevant seien und es daher lediglich auf die Tatausführung ankomme; vgl. auch *dies.*, GA 1984, 101 (117).

¹⁰⁸ *Krey/Esser* (Fn. 1), Rn. 987: „primärer Urheber“; dieser Gedankengang geht auf *Feuerbach* zurück, der zwischen mandantum und concilium (in der Fortführung *Carzops* und *Pufendors*) trennte, vgl. *Haas*, ZStW 119 (2007), 519 (537 ff.); *Lüderssen*, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 61; *Trechsel* (Fn. 60), S. 5; 46 ff.; zur Scheu der Fachdiskussion vor dem Urheberbegriff auch *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (473); *Maiwald* (Fn. 38), S. 285 ff.

¹⁰⁹ Das Verantwortungsprinzip ist wesentliches Merkmal der Tatherrschaftslehre, vgl. *Schünemann*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Fn. 20), S. 401 (402 ff.); bei Wissensüberlegenheit allerdings ebenso in Form der Irrtumsherrschaft; differenzierend *Hoyer* (Fn. 11), § 25 Rn. 93 ff.; zur Geschichte des Urhebergedankens bei der Anstiftung *Maiwald* (Fn. 38), S. 293.

¹¹⁰ Das ist der Teilnahme immanent, vgl. *Krey/Esser* (Fn. 1), Rn. 813 und Rn. 983.

¹¹¹ *Jescheck/Weigend* (Fn. 19), § 61 Rn. 2 f., S. 664.

¹¹² *Schild* (Fn. 2), § 26 Rn. 5.

¹¹³ *Hünerfeld*, ZStW 99 (1987), 228 (243) m.w.N.

¹¹⁴ *J. Schulz*, Die Bestrafung des Ratgebers, 1980, S. 145; in diesem Sinne auch *Joecks* (Fn. 1), § 26 Rn. 20.

¹¹⁵ *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (479 ff.).

¹¹⁶ Zu *Lampes* eigener (eher verwirrenden Terminologie) von Tatmacht, Herrschaft, Herrschaftsmacht vgl. *Lampe*, ZStW 119 (2007), 471 (481 ff.).

¹¹⁷ Das Merkmal der Autonomie ist bei *Renzikowski* herausgearbeitet: Vorliegen von Autonomie beim Vordermann schließt mittelbare Täterschaft beim Hintermann aus; ähnlich auch *Schumann* in seinem Modell der „Selbstverantwortung“; kritisch zu diesen Konzepten der Autonomie gleichwohl *Roxin* (Fn. 18), § 25 Rn. 177 und 182 m.w.N.

¹¹⁸ Zum Zurechnungsproblem instruktiv *Schild* (Fn. 2), § 26 Rn. 17 ff.

¹¹⁹ So auch das Fazit von *Amelung* (Fn. 20), S. 178.

erneut in die Erwägungen zur Strafbegründung mit einzubeziehen. Der Anstiftung immanent ist ein Element der „Verführung“, der „Manipulation“ und der „Korrumpierung“. Der Täter wird in einen pathologischen Diskurs mit der Gesellschaft gedrängt, da er eine Tat kommunikativ verantworten muss, die geistig vom Anstifter herrührt. Wesen der Anstiftung ist die Korrumpierung des Täters, Strafgrund die dadurch erzeugte soziale Desintegration in Kombination mit der mitbewirkten Rechtsgutverletzung mittels des Täters (dazu bereits oben ZIS 2016, 183 ff.).¹²⁰

Diese Deutung entfaltet zudem Auswirkungen auf die Tathandlung des „Bestimmens“:

Das Erfordernis eines Unrechtspaktes erkennt zwar, dass der Anstifter die Tat als solche wollen muss und dass es einer „Einigung“ darüber bedarf. Da diese Auffassung allerdings kein zeitliches Moment hinzuzieht, gelingt ihr die Abgrenzung zur „Einigung“ der Mittäterschaft nicht.¹²¹ Jede Form der Teilnahme bedarf eines irgendwie gearteten „Unrechtspaktes“. Zudem hinkt die Vertragsnähe: Das reziproke Element kann vorliegen, ist jedoch keine hinreichende Bedingung des intersubjektiven Konsenses zwischen Anstifter und Täter.

Der funktional-ursächlichen Theorie ist zuzugestehen, dass sie zu Recht die Schaffung einer Tatbegehung fordert, die zeitlich *vor* der Ausnutzung durch den Täter liegen muss. Die Initialzündung durch den Anstifter schafft Raum für die kognitive Übereinkunft, den Tatentschluss des Anstifters übernehmen zu wollen. Dieser Ansatz impliziert damit zwar das Zeitmoment, ihm ermangelt indes das kollusive Element, welches das „Bestimmen“ von der bloßen „Zurechnung“ bzw. der Kausalität abgrenzt. Die akzessorische Anknüpfung an das Unrecht des Täters (bzw. an die selbstständige Rechtsgutsverletzung) umgeht zwar die Weite der reinen Verursachung, wird dem Wesen der Anstiftung als „Verführungshandlung“ allerdings nicht vollumfänglich gerecht.

Dem Erfordernis des „offenen geistigen Kontaktes“ ist hingegen zuzugestehen, dass er menschliche Interaktion als Grundbedingung jeder Beeinflussung voraussetzt. Zu weit ginge diese Ansicht lediglich dann, wenn pauschal „Manipulation“ verlangt werden würde. Manipulation reicht, wie aufgezeigt, von der Demonstration von Handlungsalternativen bis zur Konstruktion von Wirklichkeiten zweiter Ordnung. Kognitiver Austausch kann damit sowohl Mittäterschaft, als auch mittelbare Täterschaft oder Anstiftung erzeugen. Entscheidend für die Abgrenzung und damit das „Wesen“ der Anstiftung ist daher der einseitig vom Anstifter hervorgerufene Konsens identisch vorgestellter Welten, wobei der Anstifter keinen wesentlichen Interpretationsvorsprung innehaben darf. Dies ist durch das Erfordernis des „offenen geistigen Kontakts, der den Tatentschluss hervorruft“, bestmöglich umschrieben.

Die Anstiftung beinhaltet daher einen doppelt-pathologischen Diskurs („Korrumpierung“ = Wesen der Anstiftung):

Die Manipulation durch den Anstifter (pathologischer Diskurs erster Ebene = Tathandlung) führt zur sozialen Desintegration (pathologischer Diskurs zweiter Ebene = Straf-

grund) des Täters. Es bedarf für ein Bestimmen im Sinne des § 26 StGB daher der zeitlich vorgelagerten, zurechenbar-kommunikativen Steuerung des Täters im kognitiven Einklang der beidseitig kongruent vorausgesetzten Wirklichkeitskonstruktion.

¹²⁰ Ebenso *Amelung* (Fn. 20), S. 151.

¹²¹ A.A. freilich *Puppe* (Fn. 7), § 22 Rn. 6.