

## B u c h r e z e n s i o n

**Lutz Nepomuck**, Anstiftung und Tatinteresse, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2008, 341 S., € 92,-

I. Begrüßenswert ist, dass der *Verf.* die bereits in älterer Zeit gelegentlich vertretene Ansicht, der Anstifter sei härter zu bestrafen als der Täter<sup>1</sup>, nicht teilt. Zu Recht verneint er auch die vereinzelt befürwortete Meinung, die Anstiftung sei generell milder zu bestrafen als die Täterschaft.<sup>2</sup> Ausgangspunkt seiner Überlegungen bleibt die gesetzlich angeordnete Gleichbestrafung von Anstifter und Täter. Dem den Grad des Unwerts der Anstiftung entsprechenden Strafwürdigkeitsgehalt will er wie folgt Rechnung tragen: Zum einen schlägt er eine entschiedene Restriktion des Anstiftungsbegriffes vor. Der „Begriff ‚Zur-Tat-Bestimmen‘ [sei] so zu definieren, dass die tätergleiche Bestrafung gerechtfertigt erscheint“ (S. 17). Zum anderen: Liegen die von ihm erarbeiteten Kriterien einer qualifizierten Tataufforderung nicht vor, kommt nur noch eine Strafbarkeit wegen Beihilfe in Betracht (S. 167 ff.).

Mit dieser Umordnung von Fällen der Anstiftung in die Beihilfe betritt der *Verf.* kein Neuland.<sup>3</sup> Für sie wurde bereits in älterer Zeit plädiert und sie wird auch in neuerer Zeit befürwortet. Dass sie der Sache nach ebenfalls nur Ausdruck einer abgestuften Strafwürdigkeit der Anstiftung ist, sollte nicht verkannt werden.<sup>4</sup>

Wenn der *Verf.* sich gleichwohl gegen eine den Grad der Strafwürdigkeit entsprechende fakultative Strafmilderung für die Anstiftung entscheidet, so hat das seinen Grund in der ihm fehlenden Hoffnung auf eine dahingehende Gesetzesänderung (S. 16). Diese Argumentation legt den Verdacht nahe, nicht frei von Positivismus und Pragmatismus zu sein, wo es doch um die Lösung dogmatischer Fragen gehen sollte. Überdies: Im Hinblick auf die Rechtsanwendung ist höchst zweifelhaft, ob die Gerichte etwa früher im Sinne der vom *Verf.* erhobenen Forderung nach Begrenzung der Anstiftung entscheiden werden als der Gesetzgeber hinsichtlich der Einführung einer fakultativen Strafmilderung. Jedenfalls vermag das Unternehmen des *Verf.* nur zu überzeugen, wenn seine Bestimmung des Anstiftungsbegriffes zu einer sachgerechten Lösung und nicht nur zu einer fragwürdigen Problemsorgung durch Umordnung in die Beihilfe führt. Das wäre beklagenswert.

Im Einzelnen:

Im Vordergrund aller Überlegungen des *Verf.* steht die Klärung der Tathandlung. Was heißt „Zur-Tat-Bestimmen“ i.S.d. § 26 StGB? Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit ein Verhalten – in Abgrenzung zum „Zur-Tat-Hilfeleisten“ i.S.d. § 27 StGB – als Anstiftungsmittel be-

griffen werden kann? Im Hinblick auf die Lösung der so gestellten Aufgabe untersucht der *Verf.* zunächst den Auslegungsmaßstab. Nach kritischer Betrachtung der Lehre von den sachlogischen Strukturen (S. 19 ff.) sowie des allgemeinen Sprachgebrauchs (S. 26 ff.) im Rahmen ontologischer Auslegung entscheidet er sich gut vertretbar für die ontologisch-normative Auslegung (S. 29 ff.).

Leitgesichtspunkte einer solchen Auslegung sind Sinn und Zweck einer Norm (S. 31 ff.), das Verhältnismäßigkeitsprinzip (S. 33 ff.), die Strafrahmenssystematik (S. 37 ff.), Strafzweckrationalität und Strafzwecktheorien (S. 39 ff.). Eine diesen Vorgaben entsprechende Auslegung führt den *Verf.* zu folgendem – vorläufig abstrakten – Verständnis des Begriffs „Zur-Tat-Bestimmen“: Eine auf geistigem Wege vollzogene Vermittlung eines typischerweise unersetzbaren Tatanreizes bei übergeordnetem Tatinteresse (sog. Anstiftungsspezifika, S. 57 ff., 315). Eine solche Einwirkung entspreche der bei mittelbarer Täterschaft erbrachten. Möge diese in Bezug auf die Haupttatbegehung auch eine etwas höhere Erfolgswahrscheinlichkeit als die Anstiftung begründen; strafzweckrational betrachtet handle es sich jedoch insoweit um eine quantité négligeable (S. 75 ff., 315). Demgegenüber zeichne sich die Beihilfe gerade durch Erbringen eines typischerweise ersetzbaren Tatbeitrages bei untergeordnetem Tatinteresse aus, z.B. psychische Beihilfe (S. 58 f., 68 f.).

Diese Kombination aus quantitativ-objektiven und qualitativ-subjektiven Momenten erscheint sowohl hinsichtlich der ersteren als auch der letzteren und damit insgesamt bedenklich. Hält man dafür, dass der Begriff des ersetzbaren Tatbeitrages der Sache nach einen entbehrlichen Tatbeitrag umschreibt und ein unersetzbarer einen unentbehrlichen, dann hat *Köstlin* dieser Unterscheidung im Kontext von Urheberchaft und Beihilfe schon 1855 zu Recht folgendes entgegengehalten: „Soll bloß die größere oder geringere Wirksamkeit für den Erfolg entscheiden, so entsteht ein Prozess ins Unendliche, dem nur die Willkür Grenzen stecken kann [...]. Denn bei einem bestimmten Erfolg ist ebenso Alles notwendig, wie Alles zufällig. Auch hat die Praxis gezeigt, dass mit jenen quantitativen Bestimmungen Urheber in Gehilfen und Gehilfen in Urheber verwandelt werden.“<sup>5</sup>

Die Bedenken gegen die qualitativ-subjektiven Momente – über- bzw. untergeordnetes Tatinteresse – sind so alt wie diese Kriterien selbst.<sup>6</sup> Dies wird vom *Verf.* auch nicht verkannt (S. 69 ff.). Dass diese Kritik sein zweites Anstiftungsspezifikum aber nicht treffen soll, ist damit solange nicht ausgemacht wie dieses subjektive Anstiftungsspezifikum (überdies ebenso wie das objektive des [un-]ersetzbaren Tatanreizes) nicht aus dem Olymp der Abstraktion in die Niederungen der Konkretisierung herabgeholt worden ist: Denn sowohl die Ersetzbarkeit des Tatanreizes als auch der Grad des Tatinteresses sind Steigerungsbegriffe mit fließenden Übergängen, die eine hinreichend bestimmte dogmatische Abgrenzung der Teilnahmeformen gerade nicht ermögli-

<sup>1</sup> Vgl. *Geib*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1861, S. 349 m.w.N.

<sup>2</sup> Vgl. *Geib* (Fn. 1), S. 350 m.w.N.; *Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 215.

<sup>3</sup> Vgl. *Meyer*, Die Strafwürdigkeit der Anstiftung dem Grade nach, 1970, S. 6 ff. m.w.N.

<sup>4</sup> Vgl. *Meyer* (Fn. 3), S. 6 ff. m.w.N.

<sup>5</sup> *Köstlin*, System des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1855, S. 275 ff., 278, 299.

<sup>6</sup> Vgl. *Meyer* (Fn. 3), S. 74 ff., 198 ff. m.w.N.

chen. Auch das wird vom *Verf.* nicht übersehen (S. 61 Fn. 8). Dass schließlich auch eine Zusammenführung der genannten Kriterien unter dem Prinzip der (vermeintlichen) Entscheidungsherrschaft<sup>7</sup> zur weiteren Klärung der Anstiftungsspezifika ungeeignet ist, wird vom *Verf.* ebenfalls zugestanden: Er räumt diesem Prinzip lediglich die Funktion einer abstrahierenden Beschreibung der normativ fundierten Anstiftungsspezifika ein (S. 85 f.).

Zwecks weiterer Konkretisierung des tatbestandsmäßigen Anstiftungsverhaltens setzt sich der *Verf.* im Folgenden mit dem in Rechtsprechung und Literatur vorfindlichen Meinungsstand zur Auslegung der Tathandlung des „Zur-Tat-Bestimmens“ auseinander (S. 88 ff.).

Dazu greift er zurück auf die Strafgrundlehren und handelt von der reinen Verursachungstheorie, der Schuldteilnahme-, Unrechtsteilnahmetheorie, *Heghmanns* Lehre von der abstrakten Doppelgefahr und geht auf grammatikalisch, gesetzestechisch und teleologisch-normativ fundierte Argumente ein.

Sein Ergebnis lautet: Alle diese Lehren sind nicht geeignet, das tatbestandsmäßige Anstiftungsverhalten adäquat einzugrenzen.

Vom eigenen Standpunkt aus konsequent vermag auch weder die Lehre von der kommunikativen noch die von der offenen Beeinflussung den *Verf.* zu überzeugen: Es fehle an hinreichender Tatbestandsrestriktion (S. 105, 107). Auch die Lehre *Roxins* von der zielgerichteten Tataufforderung und andere Aufforderungslehren bedürften weiterer Präzisierung (S. 107 ff.). *Frischs* Lehre vom deliktischen Sinnbezug sei als maßgebliche Beschreibung des tatbestandsmäßigen Anstiftungsverhaltens nicht ausreichend (S. 117). *Christmanns* Lehre von der Schaffung eines tatbefürwortenden Grundes trifft ebenfalls das Verdikt, keine hinreichende Restriktion der Anstiftungsnorm zu gewährleisten (S. 123). *Schumanns* Solidarisierungstheorie lasse die Notwendigkeit einer Bestrafung vermissen (S. 126). *Schulz'* Lehre von der Planherrschaft zeichne sich einmal durch unzureichende normative Fundierung des Kriteriums, zum anderen durch ein vermeidbares Maß an Rechtsunbestimmtheit und Rechtsunsicherheit aus (S. 130). *Hilgendorfs* Lehre von der Vermittlung eines über dem alltäglichen Reizpegel liegenden Tatanreizes geht dem *Verf.* u.a. in der Tatbestandsrestriktion nicht weit genug (S. 131 ff.). *Steins* Lehre von der Beeinträchtigung der Motivationskraft der dem Vordermann auferlegten Verhaltenspflicht führe u.a. dazu, in einer Reihe von Fällen psychische Beihilfe als Anstiftung einzuordnen (S. 136). Es folgt eine Auseinandersetzung mit den Lehren von der voluntativen und/oder intellektuellen Dominanz (S. 136 ff.), den Motivationsherrschaftslehren, *Joerdens* Lehre von der sanktionsbewehrten Tataufforderung (S. 144 ff.), *Köhlers* Lehre von der willensbestimmenden Tatmacht (S. 146 ff.), *Amelungs* Lehre von der korrumpierenden Aufforderung zu strafbedrohtem Verhalten (S. 150 ff.), den Mandatsatheorien (S. 155 ff.) und abschließend *Kohlers* Lehre von der Anstiftung als absichtlichem Handeln (S. 164 ff.).

Dieser Meinungsstand zur Auslegung der Tathandlung ist weithin umsichtig aufbereitet. Auch ist durchaus nachvollziehbar, dass diese Lehren im Ergebnis dem *Verf.* nicht dazu geeignet erscheinen, die von ihm erarbeiteten Anstiftungsspezifika zu falsifizieren. Nicht zu überzeugen vermag allerdings die von ihm vielfach gewählte argumentative Vorgehensweise, soweit der Gegenseite die eigene Position am Ende mehr oder weniger schlicht apodiktisch entgegengehalten wird (vgl. S. 101, 105, 114, 117, 123, 130, 133 ff., 136, 142).

Das gilt jedoch nicht im Kontext mit den Lehren von *Joerden*, *Köhler* und *Amelung*.

Aus ihren Lehren entnimmt der *Verf.* im Wesentlichen die Konkretisierung seiner Anstiftungsspezifika durch die Aspekte der sanktionsbewehrten Tataufforderung und der Tataufforderung unter Ausnutzung eines Autoritäts- oder Abhängigkeitsverhältnisses. Mit dieser Qualifizierung der Tataufforderung sollen die normativ maßgeblichen Anstiftungsspezifika in einer dem Bestimmtheitsgrundsatz gerecht werdenden Weise präzisiert werden. Im Einzelnen:

„Voraussetzung der sanktionsbewehrten Tataufforderung ist, dass der Anstifter dem Täter für den Fall der Tatbegehung ausdrücklich oder konkludent einen Vorteil oder für den Fall des Unterbleibens der Tatbegehung den Eintritt eines Nachteils in Aussicht stellt. Die Realisierung der angekündigten Sanktion muss – zumindest in den Augen des Täters – vom Willen des Anstifters abhängen“ (S. 167). Eine Tataufforderung unter Ausnutzung eines Autoritäts- oder Abhängigkeitsverhältnisses liegt vor, „wenn der Haupttäter die Tat in Abhängigkeit von dem in der Aufforderung zum Ausdruck kommenden Tatwillen der Autoritätsperson begeht, ohne dass die Aufforderung expressis verbis oder durch schlüssiges Verhalten mit einer konkreten Sanktion verbunden werden muss [...]. In derartigen Konstellationen vermittelt die Autoritätsperson ebenso wie in den Fällen einer sanktionsbewehrten Tataufforderung einen typischerweise unersetzbaren Tatanreiz bei übergeordnetem Tatinteresse, so dass die Einordnung als Anstiftung angemessen ist“ (S. 168).

„Beihilfetyppisch“ ist demgegenüber, „dass die Gehilfenhandlung ersetzbaren Charakter hat. Zudem liegt durchgängig kein durch das objektive Verhalten indiziertes übergeordnetes Tatinteresse des Gehilfen vor. Diese Kennzeichnung der Beihilfe insgesamt – Leistung eines grundsätzlich ersetzbaren Tatbeitrags bei untergeordnetem Tatinteresse – rechtfertigt die unterschiedliche Bestrafung von Anstiftung und Beihilfe unter dem Gesichtspunkt einer strafzweckrational fundierten, strafrahmensystematischen Auslegung“ (S. 169).

Festzuhalten ist in diesem Kontext einmal, dass den so konkretisierten quantitativ objektiven Verhaltensmomenten an dieser Stelle wohl erstmals ausdrücklich auch die zusätzliche Funktion einer Indiztatsache für das übergeordnete Tatinteresse zugeschrieben wird. Das erklärt, warum der *Verf.* auf eine weitergehende Analyse dieses zweiten (S. 66) kumulativ geforderten subjektiven Moments bislang verzichtet hat.

Zum anderen: Die konkretisierten Anstiftungsspezifika erweisen sich im Kontext mit den im Gesetz früher genannten Anstiftungsmitteln (§ 48 StGB a.F.) zunächst einmal der Sache nach – mögen auch die Voraussetzungen z.T. divergie-

<sup>7</sup> Vgl. dagegen *Meyer* (Fn. 3), S. 124, ferner § 30 StGB.

ren – nur als deren erneute teilweise Festschreibung: Die sanktionsbewehrte Tataufforderung betrifft zum einen die Tathandlung der Drohung, zum anderen das Geben von Geschenken oder Versprechen. Die Tataufforderung unter Ausnutzung eines Autoritäts- oder Abhängigkeitsverhältnisses betrifft das Tatmittel des Missbrauchs des Ansehens oder der Gewalt. Bezogen auf diese Konstellationen war seit jeher nur die Abscheidung der Anstiftung von der mittelbaren Täterschaft bzw. Mittäterschaft umstritten, was auf ihren hohen vergleichsweise täterschaftlichen Strafwürdigkeitsgehalt hin deutet. Im Übrigen fällt auf, dass der *Verf.* im Rahmen seiner Konkretisierung der Anstiftungshandlung der Variante „absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums“ (§ 48 StGB a.F.) keine Aufmerksamkeit schenkt trotz seiner umfangreichen Aufarbeitung des Tatmittels: Von Versprechungen über Wünsche, Bitten, Beauftragungen, Rechtsauskünfte bis hin zum Bereitstellen eines Tatplanes – ein bunter Strauß, dem das Interesse von Rechtsprechung und Literatur bei Beantwortung der Frage nach der Tauglichkeit des Anstiftungsmittels gegolten hat (S. 171-241).

Da im Übrigen auch niemand die besondere, in etwa tätergleiche Strafwürdigkeit einer Anstiftung, die mit den früher im Gesetz genannten Anstiftungsmitteln begangen wird, bestreitet,<sup>8</sup> es sei denn, man folgt der nur noch sehr vereinzelt vertretenen Lehre von der generellen Strafmilderung, stellt sich die Frage, worin liegt eigentlich der besondere Gewinn der vom *Verf.* herausgestellten Anstiftungsspezifika?

Man könnte ihn darin sehen, dass auf der Grundlage des Konzeptes des *Verf.* für die in § 48 StGB a.F. genannten „anderen Mittel“ der Anstiftung wie etwa schlichte Bitte, schlichter Rat, schlichte Aufforderung, also Tathandlungen ohne weitere Qualifizierungen, in § 26 StGB kein Raum bleibt und sie schon deshalb, sollen sie nicht straflos bleiben, der Beihilfe zugeordnet werden müssen. Mit dieser Ausgrenzung von Anstiftungsfällen durch Umordnung in die Beihilfe und der Funktion des § 27 StGB als Auffangtatbestand ist jedoch die Diskussion über die Strafwürdigkeit derartiger Handlungen keineswegs beseitigt. Denn nicht nur die Voraussetzungen etwa der Strafbarkeit psychischer Beihilfe sind nicht unbestritten<sup>9</sup> mit der Folge, dass die Frage nach der Zurechnung des Beihilfebeitrags, der nach Ansicht des *Verf.* lediglich einen „ersetzbaren Tatanteil bei untergeordnetem Tatinteresse“ ausmacht, durchaus weiterer Klärung bedarf.

Auch die Frage nach der Strafbarkeit sog. neutraler Beihilfehandlungen ist bislang noch nicht eindeutig beantwortet.<sup>10</sup> Deshalb kann diese Problematik nicht schon mit dem Hinweis als gelöst angesehen werden, dass bestimmte Sachverhalte angemessener als Beihilfe einzuordnen seien, weil insoweit ein Strafrechtseinsatz vergleichsweise wenig geeignet erscheine, Rechtsgüterschutz zu bewirken (vgl. S. 37).

Vom hier vertretenen Standpunkt erscheint als sachgerecht allein die Frage, ob es der Beihilfe neutraler Handlungen vergleichbare Anstiftungsfälle gibt, auf die deshalb nicht mit Strafe reagiert werden sollte, weil sie ebenfalls keinen als strafwürdig erkannten Unwert darstellen.

Insgesamt trägt der vom *Verf.* eingeschlagene Weg der Umordnung von Fällen nicht qualifizierter Anstiftung in die Beihilfe derzeit mehr den Charakter einer bloßen Problem-entsorgung als den einer Problemlösung. Er vermag den nicht zu überzeugen, der Anstiftung und Beihilfe dem Begriffe nach weiterhin unterscheidet und dabei weder mit der subjektiven Theorie liebäugelt noch sich an quantitativen Momenten der (Un-)Ersetzbarkeit orientiert, sondern in der Hoffnung auf ein Einsehen des Gesetzgebers für eine den Graden der Strafwürdigkeit der Anstiftung entsprechende fakultative Strafmilderung plädiert.<sup>11</sup>

II. In einem zweiten Teil, bei dem es um Fälle der Aufstiftung, Umstiftung und Abstiftung geht, problematisiert der *Verf.* den Anstiftungserfolg; d.h. er geht der Frage nach „ob der Hintermann den Haupttäter zu dessen Tat i.S.d. § 26 StGB bestimmt hat“ (vgl. S. 18, 242 ff.). Die von ihm vorgeschlagenen Lösungen sind durchweg gut vertretbar.

III. Trotz der vorstehend zum Teil kritischen Bemerkungen, trotz mancher nur wortgewaltiger Sentenzen des *Verf.* ohne eigentlichen materialen Kern sowie gelegentlich zu breiter Darstellung bzw. unnötiger Wiederholung handelt es sich um eine weithin kenntnisreiche Studie, vor allem zu den neueren Lehren der Anstiftung. Es bleibt zu hoffen, dass angeregt durch die Lektüre dieser Arbeit die Diskussion um die Strafwürdigkeit der Anstiftung fortgesetzt wird.

*Prof. Dr. Maria-Katharina Meyer, Hamburg*

<sup>8</sup> Meyer (Fn. 3), S. 186 ff. m.w.N.

<sup>9</sup> Vgl. nur Weber, in: Baumann/ders./Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 31 Rn. 13 ff. m.w.N. zu Förderungstheorie, Verursachungslehren, Varianten der Risikohöhenlehren.

<sup>10</sup> Vgl. Weber (Fn. 9), § 31 Rn. 32 ff. m.w.N.

<sup>11</sup> Vgl. Meyer (Fn. 3), S. 207 ff.