

Der objektive Tatbestand der Anstiftung

Von Professor Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

Angelus de Ubaldis, Consil. 22, no 1: »qui animum occisoris inflammat ad homicidium perpetrandum, solum de persuasione tenetur, et sic est persuasor, non ordinator. Haec enim differunt inter se realiter et essentialiter, quia ille ordinat proprie, qui consilio suo textit et ordinat maleficium perpetrari ut superius pbatu ille autem persuadet, qui vel facturo vel non facturo aliquod demonstrat, ut animus persuasi ad crimen inducatur explicandum.«*

Es soll gezeigt werden, daß die objektive Beziehung zwischen Anstifterhandlung und Tätervorsatz, auf der die Zurechnung basiert, weder die Kausalität noch die Risikosteigerung sein kann und wie eine solche Beziehung psychischer »Kausalität« herzustellen ist. Da sie schwächer ist als selbst die der Gehilfenhandlung zum Erfolg, bedarf es zur Begründung der tätergleichen Strafbarkeit des Anstifters zusätzlicher Begriffsmerkmale der Anstiftung analog denen, die die Teilnahmelehre zur Rechtfertigung der Gleichstellung der Mittäterschaft mit der Alleintäterschaft entwickelt hat.

Dies Erfordernis besteht in einem gemeinsamen Tatplan, zu dessen Ausführung der Täter sich gegenüber dem Anstifter verpflichtet und sich so dessen Bestimmung bei der Tatausführung freiwillig unterordnet.

Die praktische Konsequenz ist die Ausscheidung der bloßen Raterteilung und der unverbindlichen Anregung zur Tat aus dem Bereich der Anstiftung und ihre Zuweisung zur bloßen psychischen Beihilfe. Daraus ergeben sich auch andere Lösungen für den sog. qualitativen Täterexzeß, die Differenzierung zwischen dem nur Tatgeneigten und dem sog. omnimodo facturus und die verschiedenen außertatbestandlichen Irrtümer von Anstifter und Täter.

Die Problematik der objektiven Beziehung zwischen Anstiftung und Tatentschluß

Im Bereich des objektiven Tatbestandes der Anstiftung gilt die Aufmerksamkeit der Wissenschaft heute vor allem der Bestimmung der Anstiftungshandlung. Umstritten ist, ob die Anstiftung auf den Einsatz bestimmter Mittel zur Hervorrufung des

* Zitiert nach der Ausgabe von 1532 (Savigny-Bibliothek). Frei übersetzt: Wer den Willen eines Mörders zur Begehung des Mordes entflammt, haftet nur wegen der Überredung und ist somit »Überredner«, nicht »Bestimmender«. Diese beiden (Arten) unterscheiden sich nämlich wirklich und wesentlich voneinander, weil nur jener *bestimmt*, der durch seinen Rat (den Tatplan) entwirft und die Durchführung des Verbrechens bestimmt, wie oben gezeigt. Hingegen *überredet* jener, der einem Tatentschlossenen oder (noch) nicht Tatentschlossenen irgendetwas vor Augen hält, damit der Wille des Überredeten auf die Begehung des Verbrechens gelenkt wird.

Tatenschlusses zu beschränken sei, die als »psychische Beeinflussung«¹, »geistige Beeinflussung«², »kommunikative Beeinflussung«³, »Verhaltensvorschlag«⁴ bezeichnet werden, oder ob jedes Mittel zur Erregung eines Tatenschlusses gleichermaßen genügt⁵. Dabei geht es den Vertretern einer Einschränkung vor allem darum, die Herstellung einer zur Tat provozierenden Situation auszunehmen, in der sich der Täter (scheinbar) spontan und unbeflußt zur Tat entschließt⁶.

Dem wird zunächst entgegengehalten, daß die angeführten Bestimmungen der Anstiftungshandlung gar nicht geeignet sind, dieses Ziel zu erreichen. Jede Erregung eines Tatenschlusses, auch die durch eine provozierende Situation, ist psychische Beeinflussung⁷, und die Herbeiführung einer solchen Situation kann auch auf kommunikativem Wege geschehen durch eine (wahre oder falsche) Tatsachenmitteilung. Vor allem aber wird eingewandt, daß das Ziel selbst ein falsches ist. Es werden nämlich gerade die raffinierten Methoden der Beeinflussung ausgeschlossen, die nicht selten sicherer zum Ziel führen als die allgemein anerkannten Anstiftungsmittel des ausdrücklichen Verhaltensvorschlages und für den Hintermann weniger riskant sind, da selbst der Haupttäter nicht sein Mitwisser ist⁸.

Dem setzt die Gegenposition, soweit sie von ihren Anhängern überhaupt begründet wird, nicht viel mehr entgegen, als den Hinweis auf die in § 48 a. F. nur beispielhaft aufgezählten kommunikativen Anstiftungsmittel und den in § 26 n. F. gebrauchten Ausdruck »zur Tat bestimmen«⁹. Dieser kann sicherlich, muß aber doch nicht notwendig, im Sinne der geforderten Einschränkung verstanden werden¹⁰. Noch spärlicher sind die für die Einschränkung der Anstiftung auf kommunikative Beeinflussung angeführten materiellen Argumente. Diese Einschränkung wird »unter Strafwürdigkeitsgesichtspunkten«¹¹ oder mit dem Hinweis auf die tätergleiche Strafbarkeit des Anstifters gefordert¹², ohne daß näher dargetan wird, warum ein Verbrechensvorschlag strafwürdiger ist als die Herbeiführung einer zum Tatenschluß provozierenden Situation und damit auch, ob dies für jedweden Verbrechensvorschlag zu trifft. Auch wird der Beeinflussung durch Verhaltensvorschlag eine besondere Intensität zugeschrieben¹³ und dem Vorschlagenden eine Herrschaft über die Tat, die die situative Beeinflussung nicht gewähren soll¹⁴.

1 Schönke-Schröder-Cramer, StGB, 21. Aufl. 1982, § 26, Rdnr. 7; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1981, Rdnr. 881; ähnlich: H. Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil 1967, S. 160.

2 Roxin, in: LK, 10. Aufl. 1978, § 26, Rdnr. 12; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, S. 551; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 3. Aufl. 1978, S. 559; Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1975, 14/104; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 116.

3 D. Meyer, Das Erfordernis der Kollusion bei der Anstiftung, Diss. Hamburg 1973, S. 34. 4 Schmidhäuser, AT, 14/101.

5 Samson, in: SK, § 26, Rdnr. 5; Lackner, StGB, 15. Aufl. 1983, Anm. 2; Preisendanz, StGB, 30. Aufl. 1978, § 26, Anm. 4; Herzberg, JuS 1976, 40 (41); Widmaier, JuS 1970, 241 (242 f.).

6 Vgl. die bei Fußnoten 1–4 Genannten.

7 Samson, in: SK, § 26, Rdnr. 5.

8 Widmaier, JuS 1970, 242 f.; Herzberg, JuS 1976, 41.

9 H. Mayer, AT 1953, S. 321; D. Meyer, JuS 1970, 529 f.

10 Vgl. Widmaier, JuS 1970, 242 f.; das räumt auch D. Meyer, JuS 1970, 529 f. ein.

11 Schmidhäuser, AT, 2. Aufl. 14/102.

12 Roxin, in: LK, § 26, Rdnr. 12; Schmidhäuser, AT, 2. Aufl., 14/104.

13 D. Meyer, JuS 1970, 529.

14 D. Meyer, MDR 1975, 982 (984).

Aber worin besteht diese, und besteht sie bei jedem Verhaltensvorschlag? Kann nicht in der Herstellung einer provozierenden Situation eine viel intensivere und beherrschendere psychische Beeinflussung des Täters liegen?

Die Klärung dieser Fragen erfordert eine Analyse eines anderen Elements des objektiven Tatbestandes der Anstiftung, der Beziehung zwischen der Anstiftungshandlung und ihrem Erfolg, dem vom Haupttäter gefaßten und in die Tat umgesetzten Tatenschluß.

Der Bestimmung dieser Beziehung wird in neuerer Zeit wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Man begnügt sich im allgemeinen damit, sie als »Hervorufen des Tatenschlusses« zu bestimmen¹⁵, ohne klarzustellen, ob damit Kausalität im gleichen Sinn gemeint ist, wie sie als Grundvoraussetzung der objektiven Zurechnung eines äußeren Erfolges gefordert wird, oder eine andersartige Beziehung. Nur die Gegner einer Einschränkung der Anstiftungsmittel sprechen expressis verbis von Verursachung des Tatenschlusses¹⁶, während deren Befürworter diesen Ausdruck, vielleicht bezeichnenderweise, vermeiden¹⁷.

Das Bewußtsein von der Problematik dieser Beziehung ist offenbar mit der sogenannten Lehre von der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zurückgedrängt worden. Diese, vor allem von den Hegelianern vertretene Lehre bestritt die Möglichkeit einer Verursachung des Tatenschlusses unter Berufung auf die Willensfreiheit des sich Entschließenden¹⁸. Daß diese Lehre jedenfalls im Bereich der Kausalität heute als erledigt gilt, auch wenn sie in der Lehre von den weiteren Voraussetzungen der objektiven Zurechnung eine Art Renaissance erlebt¹⁹, liegt an zwei Mängeln, die diese ihre Kernthese gar nicht betreffen: Ihrer falschen Bezeichnung und ihrer falschen Verwendung.

Die Bezeichnung »Unterbrechung des Kausalzusammenhangs« deutet darauf hin, daß ein Zusammenhang zunächst besteht und dann, nach der Unterbrechung, jeder Zusammenhang fehlt. Beides ist nicht gemeint. Es sollte vielmehr eine Art Verbot aufgestellt werden, einen nicht erzwungenen menschlichen Entschluß anders als als Anfangsglied in die Kausalerklärung einzufügen, so daß er nicht nur als Ursache späterer Wirkungen, sondern auch als selbst durch vorausgehende Ursachen bewirkt erscheint, das sog. Regreßverbot. Was hier durch das Auftreten eines freien Ent-

15 Schönke-Schröder-Cramer, § 26, Rdnr. 4; Stratenwerth, AT, Rdnr. 878; Jescheck, AT, S. 559.

16 Lackner, § 26 Anm. 1; Samson, in: SK, § 26, Rdnr. 5.

17 Vgl. die in Fußnote 15 Genannten, sowie: Jakobs, AT, S. 551 f.; Schmidhäuser, AT, 2. Aufl., 14/100 ff.; vgl. aber auch D. Meyer, JuS 1970, 529 f.

18 Z. B.: Köstlin, System des deutschen Strafrechts, I AT, 1855, S. 299 f. und S. 311 ff.; Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1893, S. 162; Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914, S. 204; v. Liszt / Eb. Schmidts, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927, S. 166; Frank, StGB, 18. Aufl. 1931, S. 14; Helmuth Mayer, LB 1936, S. 334; Köhler, GA 55 (1908), 1, (3); Klee, GA 67 (1919), S. 82 (100); Helmuth Mayer, FS Rittler, 1957, S. 243 (256).

19 Otto, FS Maurach, S. 95 ff.; ders., Grundr. AT, 2. Aufl. 1982, S. 54; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 577, jeweils m. v. N.

schlusses unterbrochen werden soll, ist also nicht ein zunächst gegebener Kausalzusammenhang, sondern die zu gebende Kausalerklärung²⁰.

Vor allem aber hat diese Lehre entgegen ihrer verwirrenden Bezeichnung und des ihr deshalb häufig gemachten Vorwurfs²¹ wohlweislich nicht bestritten, daß es zwischen der Anstiftungshandlung und dem vom Täter gefaßten Entschluß einen Zurechnungszusammenhang gibt, sondern nur, daß dieser von der gleichen Art sei, wie der zwischen einer Handlung und dem von ihr verursachten Erfolg, nämlich ein zwangsläufiger durch Kausalgesetze vermittelter Bedingungszusammenhang, daher ihre Unterscheidung zwischen physischer und psychischer »Kausalität«²².

In Anspruch genommen wurde diese Unterscheidung zur Trennung der Anstiftung von der Täterschaft, insbesondere der mittelbaren²³, also als Gegenposition der Lehre vom intellektuellen Urheber, die diese beiden Beteiligungsformen zu einer zusammenfaßte²⁴. Dem wurde immer wieder entgegeng gehalten, daß sich die Unterscheidung zwischen physischer und psychischer Kausalität nicht mit der zwischen Anstiftung und Täterschaft decke, weil insbesondere die mittelbare Täterschaft einen in einem wie auch immer bestimmten Sinne freien Entschluß des Tatmittlers nicht ausschließt²⁵. Wird dieser z. B. über den durch seine Handlung verursachten tatbestandmäßigen Erfolg getäuscht, so entscheidet er sich zwar nicht für diesen, aber doch für irgendetwas anderes, nämlich für die Handlung selbst und den von ihm damit verfolgten Zweck. Da diese Entscheidung frei ist, kann sie nach der Lehre vom Regreßverbot nicht als Wirkung der Täuschung des mittelbaren Täters erklärt werden. Die Unterscheidung zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft müßte also auf andere Weise bestimmt werden²⁶.

Die Lehre von dem grundlegenden Unterschied zwischen einer Verursachung eines Erfolges in der Außenwelt durch Veränderungen in der Außenwelt (Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinn) und der Hervorrufung eines prinzipiell als frei postulierten menschlichen Entschlusses verschwand aus der Strafrechtsdogmatik, nicht weil ihre Unrichtigkeit nachgewiesen worden ist, sondern weil man sie im doppelten Sinne des Wortes nicht gebrauchen konnte. Einerseits taugte sie nicht zur Scheidung von Beteiligungsformen, andererseits gefährdete sie das einheitliche Konzept der Kausalität als eines (zwangsläufigen) Bedingungszusammenhangs.

Mit der Formel von der *conditio sine qua non* stellte man den Zusammenhang zwischen Anstiftungshandlung und Tatentschluß in genau der gleichen Weise durch hypothetisches »Wegdenken« her, wie man das von der Kausalverknüpfung von Ereignissen in der Außenwelt her gewohnt war. Hatte sich der Täter nach einem entsprechenden Vorschlag oder in einer provozieren-

20 Vgl. Frank, StGB, S. 14 f.

21 Behling, Grundzüge des Strafrechts, 10. Aufl. 1918, S. 92; ders., ZStW 28, 1908, 589 (598); von Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, 1907, S. 617.

22 Berner, Lehrbuch, S. 162; Frank, StGB, S. 15, 103 ff.; Klee, GA 67, 100.

23 Z. B. Köstlin, System, S. 299, 311 ff.; Frank, StGB, S. 104.

24 Vgl. nur Binding, Grundriß, 8. Aufl. 1913, S. 11 f.

25 Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, 1928, S. 111.

26 Behling, Grundriß, S. 92.

den Situation zur Tat entschlossen, so leuchtet die Behauptung unmittelbar ein, daß er den Tatentschluß ohne die Beeinflussung nicht gefaßt hätte. Aber was berechtigt zu dieser Behauptung, außer dem intuitiven Vor-Urteil, daß der Einfluß den Entschluß eben verursacht hat, und der Tatsache, daß wir keine anderen Ursachen dafür benennen können? Seit sich auch in der Strafrechtsdogmatik die Erkenntnis durchgesetzt hat, daß die Kausalität kein »Gedanken« ist, daß durch jene irrealen Konditionalsatz darzustellen wäre, den man durch die »Wegdenkmethode« erhält, sondern ein durch empirische Gesetze vermittelter Bedingungszusammenhang, zu dessen Auffindung dieses Verfahren eine zwar praktikable, aber nicht fehlerfreie, also nicht immer zuverlässige, heuristische Methode liefert²⁷, hätte die von den Hegelianern aufgestellte These, daß die sog. psychische Kausalität eine andere Beziehung sei als die Ursächlichkeit im allgemeinen (naturwissenschaftlichen) Sinne, eigentlich wieder Aktualität gewinnen müssen²⁸. Zur Verknüpfung von Veränderungen in der Außenwelt haben wir strikte allgemeine Kausalgesetze zur Verfügung, für psychische Reaktionen, insbesondere menschliche Entscheidungen, nicht.

Es ist nicht einmal nötig, sich mit den Hegelianern auf die Willensfreiheit festzusetzen oder auf deren Postulat als Grundlage der Verantwortlichkeit des Beeinflußten, um die Notwendigkeit einer andersartigen Bestimmung der psychischen Kausalität darzutun, denn selbst wenn auch menschliches Verhalten durch strikte allgemeine Gesetze determiniert ist, so kennen wir diese Gesetze nicht und können sie auch nicht ermitteln und in einem noch so bescheidenen Sinne durch Erfahrung bestätigen. Um eine solche Gesetzeshypothese zu erproben, müßten wir mit mehreren psychisch gleichen Personen oder mit einer Person mehrfach die gleiche Situation reproduzieren können. Auch der Determinist kann also die psychischen Kausalgesetze nicht anwenden, sondern nur ihre Existenz postulieren. Auch er muß also einen Zusammenhang zwischen dem als Ursache in Anspruch genommenen Antezedens und der Konsequenz in der Psyche anderweitig feststellen²⁹, um dann nachträglich zu postulieren, daß jenes Antezedens zusammen mit anderen, die er nicht vollständig anführen kann, durch ein striktes Gesetz mit der psychischen Wirkung verknüpft sein müsse, das er ebenfalls nicht kennt und nicht kennen kann.

Dabei wäre dem Strafrechtler mit einem solchen Postulat unbekannter Kausalgesetze nicht einmal mehr zu helfen, wenn noch andere Erklärungen für den Tatentschluß in Betracht kommen, wenn also der Täter möglicherweise ein *omnimodo facturus* war oder auch später ein anderer »Kausalfaktor« eintrat, der den vom Anstifter gesetzten überholt haben könnte. Dann

27 Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S. 19; Arthur Kaufmann, FS Eb, Schmidt, 1961, S. 200 (209).

28 Wohl als einziger hat Helmut Mayer dieses Problem in neuerer Zeit ernsthaft wieder aufgegriffen, vgl. FS Rittler, S. 254 ff.

29 Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, 1909, S. 168.

nämlich bricht der »Schluß« vom zeitlichen Nacheinander der Anstiftungshandlung und der Entschlußfassung auf deren verborgene kausalgesetzliche Verknüpfung vollends zusammen³⁰.

Wir können versuchen, die fehlenden Kausalgesetze durch Wahrscheinlichkeitsgesetze zu ersetzen. Dann wäre die der Kausalität entsprechende Zurechnungsbeziehung zwischen Handlung und Erfolg gegeben, wenn die Handlung die Wahrscheinlichkeit des Erfolgesintritts erhöht hätte. Tatsächlich müssen wir so verfahren, um überhaupt eine gesetzmäßige Beziehung zu erhalten, wenn nach der Handlung weiteres menschliches Verhalten in die Erklärung einbezogen werden muß, um schließlich für die letzte Phase des Prozesses eine kausalgesetzliche Verknüpfung herzustellen, oder auch, wenn der Prozeß so komplex ist, daß wir keine allgemeinen und strikten Gesetzmäßigkeiten für ihn angeben können³¹. Für das Problem der Anstiftung hat dies Verfahren zunächst den Vorteil, daß es zu einer Verknüpfung von Anstiftungshandlung und Tatentschluß führt, die die postulierte Entschlußfreiheit des Haupttäters nicht prinzipiell ausschließt.

Aber gerade in diesem Bereich treten auch bei dieser schwächeren Beziehung die Schwierigkeiten in hohem Maße auf, die wir bei der Suche nach psychischen Kausalgesetzen bereits kennengelernt haben. Eine Aussage über die Wahrscheinlichkeit eines Erfolges hat nur dann eine gewisse Objektivität, wenn alle relevanten Faktoren, die prinzipiell erkennbar sind, einbezogen werden. Ohne diese Regel kann man, je nachdem, ob man den einen oder anderen Faktor einbezieht oder wegläßt, zu verschiedenen, d. h. einander widersprechenden, Aussagen über die »objektiv gegebene Wahrscheinlichkeit« kommen³². Hier interessieren insbesondere diejenigen Faktoren, die durch die Eigenschaften des Angestifteten, seinen Charakter, sein Vorleben und seine psychische Situation gegeben sind, denn gerade die machen uns bei der Aufstellung von Erfahrungssätzen über die Wahrscheinlichkeit oder Gewißheit menschlichen Verhaltens spezifische Schwierigkeiten, weil sie nicht reproduzierbar sind. Je mehr das Verhalten in diesem Sinne persönlichkeitsbestimmt ist, desto schwieriger ist es also, allgemeine Aussagen über die für sein Eintreten relevanten Faktoren und deren Einfluß auf seine Wahrscheinlichkeit zu machen und empirisch zu bestätigen.

Über die Frage etwa, mit welcher Verzögerung ein Autofahrer auf eine plötzlich auftretende Situation reagieren wird, kann man durch wiederholte Experimente mit dem gleichen Autofahrer oder auch mit verschiedenen einigermäßen gut empirisch abgesicherte Wahrscheinlichkeitssätze ableiten. Ähnliches gilt für andere menschliche Leistungen, d. h. für Verhaltensweisen, deren Ziel festliegt oder als festgelegt vorausgesetzt wird. Darüber, mit welchen Mitteln eine bestimmte Person ein vorgegebenes Ziel verfolgen wird, lassen sich auf Beobachtungen dieser und anderer Perso-

nen gestützte Wahrscheinlichkeitsaussagen machen (vorausgesetzt, diese Mittelwahl hat außer der Effektivität keine Bedeutung für die Person) und in Grenzen auch darüber, wieweit sie bei dieser Mittelwahl und dem Mittelleinsatz Vorsichtsmaßregeln und Sorgfaltspflichten beachten wird. Die Entscheidung, eine bestimmte Straftat zu begehen oder nicht zu begehen, gehört zu den am stärksten im oben angedeuteten Sinne persönlichkeitsbestimmten³³. Allenfalls für den Serientäter, den Gewohnheitsverbrecher oder den Berufskiller lassen sich hierüber auf frühere Beobachtungen einigermaßen gestützte Wahrscheinlichkeitsregeln aufstellen. Unter Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten läßt sich in der Regel über die Bedeutung einer psychisch vermittelten Einwirkung auf diese Entscheidung nicht viel mehr sagen, als daß ganz allgemein viele oder auch die meisten Täter sich mit größerer Wahrscheinlichkeit zu der Tat entschließen würden, wenn ein anderer sie ihnen vorschlägt, sie befürwortet oder eine provozierende Situation schafft, als ohne dies.

Damit ist über die Relevanz jenes psychischen Einflusses für den Entschluß eines bestimmten Haupttäters in einem Einzelfall kaum etwas gesagt. Wenn man darauf verzichtet, aus der Tatsache, daß dieser Entschluß im zeitlichen Anschluß an jene Beeinflussung tatsächlich gefaßt wurde, weitere »Schlüsse« auf dessen Bedeutung im Einzelfall zu ziehen, etwa indem man daraus einen verborgenen strengen Kausalzusammenhang oder auch nur die Relevanz für die objektive Wahrscheinlichkeit im Einzelfall entnehmen zu können meint, so bleibt zwischen Beeinflussung und Tatentschluß unter Kausalitätsgesichtspunkten nur eine sehr schwache Beziehung. Sie ist ungleich schwächer als diejenige Kausalitätsbeziehung, die etwa zwischen dem das Tatmittel liefernden Gehilfen und dem Taterfolg besteht, und auch schwächer als die oben angedeutete Beziehung der Erhöhung der objektiven Wahrscheinlichkeit, denn sie betrifft nur mittelbar den Einzelfall. Über diesen wird nämlich nicht mehr gesagt, als daß der Anstifter gegenüber dem Täter ein Mittel eingesetzt hat, das generell, d. h. bei den meisten potentiellen Tätern, geeignet ist, den Tatentschluß wahrscheinlicher zu machen.

Auch für die Unterscheidung zwischen Anstiftung und psychischer Beihilfe gibt diese Betrachtungsweise wenig her. Bedenkt man, daß der Tatentschluß nicht ein endgültiger Zustand ist, den der Täter durch »Entschlußfassung« irgendwann vor Tatbegehung erreicht, sondern das sich erst in der Tatausführung selbst endgültig konstituierende psychische Verhältnis zur objektiven Tat und ihrem Erfolg, so fragt sich, was die allgemein als Anstiftung anerkannte Anregung des Tatplans noch von der nur als psychische Beihilfe qualifizierten Bestärkung des Tatentschlusses unterscheidet, außer der Tatsache, daß sie am Anfang der Entwicklung der Tat steht.

Wenn die Anstiftung also mehr sein soll als ein selbst im Vergleich zur kausalen Beihilfe untergeordneter Tatbeitrag im Vorbereitungsstadium, dann ist sie nicht durch eine Kausalitätsbeziehung oder analog dazu durch eine gesetzmäßige Beziehung zu Tatentschluß und Taterfolg adäquat zu

30 Helmut Mayer, FS Rittler, S. 257 f.; Bernsmann, ARSP, 1982, S. 536 (547).

31 Stratenwerth, AT, Rdnr. 214 ff.; ders., FS Gallas, 1973, S. 227 (233); Puppe, ZStW 1983, 287 (293 ff.).

32 Puppe, ZStW 1983, 287 (307 f.) m. w. N.

33 Auf die sich daraus ergebenden Abstufungen der Beherrschbarkeit, indifferenten, fahrlässigen und vorsätzlichen Verhaltens anderer, hat bereits Coenders, Grundbegriffe, S. 178, aufmerksam gemacht.

beschreiben³⁴. Den Anspruch der scheinbar so einfachen Definition der Anstiftung als Verursachung des Tatentschlusses können wir auch nicht annähernd einlösen, solange wir dabei unter Verursachung das gleiche verstehen wie bei der Verknüpfung von Veränderungen in der Außenwelt, nämlich eine gesetzmäßige Bedingungsbeziehung. Wird diese Definition in der Praxis angewandt, so wird eine solche Beziehung nur postuliert, aber niemals auch nur rudimentär aufgezeigt oder gar bewiesen.

Ein Modell des psychischen Bewirkens fremder Entschlüsse

Angesichts dieses Befundes wird es nicht nur ehrlicher, sondern auch fruchtbarer sein, auf dieses Kausalitätsmodell im Bereich der Anstiftung ganz zu verzichten und zu versuchen, eine spezifische Beziehung des psychischen Bewirkens anhand der unmittelbaren Erfahrungen und der Vorstellungen zu entwickeln, die wir intuitiv davon haben, wie wir einander beeinflussen und uns beeinflussen lassen. Die Legitimation zu der sich daraus ergebenden Zweiteilung der Zurechnungsbeziehung gibt das Gesetz selbst, indem es die Anstiftung eben nicht als Verursachung des Tatentschlusses, sondern als Bestimmen zur Tat beschreibt.

Der alte Einwand gegen die Hegelianer, ein solcher Begriff der psychischen Kausalität eigne sich nicht zur Unterscheidung von Anstiftung und Täterschaft, insbesondere mittelbarer Täterschaft, trifft uns schon deshalb nicht, weil es gar nicht um diese Unterscheidung geht. Es muß von vornherein zugegeben werden, daß sich auch einige Fälle der mittelbaren Täterschaft nur als psychische Beeinflussung und nicht als Verursachung im allgemeingültigen Sinne erfassen lassen. Das gilt vor allem für die Veranlassung eines Schuldunfähigen, die strukturell eben eine Anstiftung ist, solange dieser noch vorsätzlich im natürlichen Sinne handelt. Daß diese Fälle nicht der Anstiftung, sondern der Täterschaft durch unmittelbare Erfolgsverursachung gleichgestellt werden, bedarf einer Begründung jenseits der Kausalität.

Es gibt andere Formen der mittelbaren Täterschaft, bei denen wir analog zur Kausalität wenigstens eine Wahrscheinlichkeitsbeziehung zwischen dem Handeln des Tä-

34 Bernsmann schlägt in ARSP 1982, 536 (548) vor, bei der Beschreibung psychischer Kausalität das Schema der gesetzmäßigen Erklärungen durch den auf Aristoteles zurückgehenden praktischen Syllogismus zu ersetzen, den er wie folgt schematisch darstellt:

P will, daß der Erfolg E eintritt.

P glaubt, daß in der Situation S die Handlung H eine Bedingung für den Eintritt von E ist und daß S besteht.

Also macht sich P daran, H zu tun.

Damit ist sicherlich eine logische Beziehung zwischen den Zielen, den Vorstellungen und den Handlungen einer Person aufgezeigt, aber nicht eine Beziehung zu etwaigen Fremdeinflüssen auf diese Zielsetzung oder diese Vorstellung, um deren Darstellung und Erklärung als »psychische Ursachen« es im Strafrecht allein geht. Es ist also allenfalls das letzte Glied der »psychischen Kausalkette« erklärt, und auch hierfür leistet der praktische Syllogismus nicht annähernd das, was eine Kausalerklärung leistet. Denn seine Prämissen sind nicht unabhängig von der conclusio zu beweisen, sondern werden in der Praxis umgekehrt erst aus dieser geschlossen. Damit wird das Schema mindestens in seiner praktischen Anwendung zirkelschlüssig.

ters und der durch ein Verhalten des Werkzeugs vermittelten Erfolgsverursachung herstellen können. Das ist der Fall, wenn der Tatmittler sich in einem Tatbestandsrituum befindet und aufgrund einer nur in geringem Maße persönlichkeitsbestimmten Entscheidung handelt. Darüber z. B., ob ein zum Schuß auf das angebliche Wildschwein aufgeforderter Jäger schießen wird, ehe er das Tier mit eigenen Augen gesehen hat oder nicht, lassen sich empirisch gestützte Wahrscheinlichkeitsregeln aufstellen. Ein solches Tatwerkzeug ist also berechenbarer als der Angestiftete, auch wenn dieser schuldunfähig ist.

Im Anschluß an unsere unmittelbaren Erlebnisse und intuitiven Vorstellungen von psychischer Beeinflussung haben die Hegelianer die Anstiftung als Hervorrufen des Tatmotivs beschrieben³⁵. Der Täter selbst wird seinen Entschluß dann auf den Anstifter zurückführen, wenn er sich aus den von diesem angegebenen oder auch suggerierten Gründen zur Tat entschlossen hat³⁶. Dabei beruht die Verantwortung des Täters für seinen Entschluß darauf, daß er nach dem Freiheitspostulat die Möglichkeit hat, diese Gründe für die Tat anzuerkennen oder zurückzuweisen und sich überhaupt nicht oder aus anderen Gründen zu der Tat zu entschließen. Aber von diesem Freiheitspostulat hängt die Anwendbarkeit unseres Modells des psychischen Bewirkens nicht ab³⁷. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Täter, der ein Motiv als Grund seines Tatentschlusses erlebt und anerkennt, wirklich eine freie Entscheidung für diese Tat und diesen Grund vollzieht oder nur den entsprechenden inneren Eindruck hat. Es genügt, daß wir für jede unserer Handlungen Gründe anerkennen; und solange wir aus prinzipiellen Gründen keine psychischen Kausalgesetze angeben können, können wir die Frage als sinnlos zurückweisen, ob der Täter sich nicht über die »wahren Gründe« seines Entschlusses geirrt haben könnte. Die wahren Gründe sind die, die er in seinem Bewußtsein als solche erlebt und anerkennt. Dieser innere Anerkennungsakt ist der Erfolg des Anstifters, seine Feststellung kann unmittelbar nur durch die Aussage des Haupttäters selbst erfolgen³⁸, insoweit gilt nichts anderes als für die Feststellung eines Vorsatzes. Ein solches Modell des psychischen Bewirkens hat strukturell Ähnlichkeit mit dem metaphysischen Kausalbegriff der Wirkursachen. Vielleicht geht dieser sogar auf solche inneren »Kausalerlebnisse« zurück. Wir erleben ein Motiv subjektiv als eine Art Triebkraft, die uns in einem bestimmten Verhalten drängt oder davon abhält und der wir nachgeben oder widerstehen.

Dieses Modell vom Bewirken des Tatentschlusses liefert uns bereits einen Grund dafür, daß wir dem Anstifter die Tat strenger zurechnen als dem Gehilfen, auch wenn dieser einen Kausalbeitrag im strengen Sinn zum Erfolg ge-

35 Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881, S. 400; Berner, Lehrbuch, S. 163 f.; Wachenfeld, Lehrbuch, S. 204; Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912, S. 171; M. E. Mayer, Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts, 1915, S. 392.

36 Vgl. Jakobs, AT, S. 551 f.

37 Coenders, ein erklärter Determinist, hält eine besondere Bestimmung der »Kausalität im psychischen Bereich« zu Recht schon deshalb für notwendig, weil wir die Kausalgesetze in diesem Bereich nicht kennen, vgl. Grundbegriffe, S. 163 ff.

38 Bernsmann, ARSP 1982, S. 553.

leistet hat. Hat der Gehilfe diesen Beitrag einmal geleistet, so wirkt er nur noch »blind« kausal fort, der Anstifter hat, indem er das Motiv des Täters liefert, das diesen zur Tat bestimmt und bei deren Ausführung weiter beeinflusst, Teil an der finalen Überdetermination des Kausalprozesses durch den Haupttäter. Er hat das Ziel vorgegeben, das der Täter nun planmäßig ansteuert.

Nun ist die Bestimmung der Anstiftung als Erregung des Tatmotivs in mehrfacher Hinsicht problematisch. Zunächst kann der Täter mehrere Gründe für seinen Tatentschluß haben, von denen der Anstifter nur einen hervorgerufen hat. Dies müßte, will man nicht in undurchführbare Unterscheidungen zwischen diesen Motiven etwa nach Haupt- und Nebenmotiven geraten, für die Anstiftung genügen. Vor allem aber ist die Bestimmung manipulierbar. Bezeichnet man als Motive die Gründe, aus denen der Täter ein bestimmtes Ziel anstrebt, so ändern sich diese mit dem Ziel. Wir können aber für keine Handlung nur eines eindeutig als deren Ziel bestimmen. Aus der Lehre von der Absicht ist uns diese Problematik vertraut. Es gibt stets eine endlose Kette von Zwischenzielen, von denen ein jedes Mittel zu weiteren Zielen ist. Je nachdem, welches wir davon ins Auge fassen, kann ein Verhaltensvorschlag als Erregung des Tatmotivs erscheinen oder nur als Ratschlag zur Erreichung des vom Täter bereits angestrebten Zieles. Wer dem Kunstdieb sagt, wer der Eigentümer der von diesem angestrebten Gemälde ist, liefert ihm das Motiv dafür, gerade diesen Eigentümer zu bestehlen. Nimmt man aber als dessen Ziel die Erlangung jener Bilder, so hatte er sich dies bereits vorgesetzt, und der Tip erscheint nur als hilfreicher Rat zu dessen Erreichung, mithin als psychische Beihilfe. Das ist nichts anderes als das in der Dogmatik der Anstiftung bekannte Problem des omnimodo facturus und der Identität der Tat, denn das Ziel, um das es bei der Erregung des Motivs geht, ist eben die Haupttat selbst. Das Problem stellt sich für diejenigen, die die Anstiftung als Verursachung des Tatentschlusses definieren, prinzipiell in der gleichen Weise bei der Bestimmung des Tatentschlusses.

Es fragt sich aber, ob die Erregung des Tatentschlusses i. S. eines psychischen Bewirkens genügen kann, um die tätergleiche Bestrafung des Anstifters zu rechtfertigen. Im Vergleich zum Haupttäter und sogar zum kausalen Gehilfen ist seine Beziehung zum Erfolg trotz seines oben angesprochenen Anteils an der finalen Überdetermination immer noch relativ schwach. Setzen wir den Täter als frei, so hat der Anstifter diesen Anteil nur gewissermaßen von Täters Gnaden, und dieser kann ihn ihm jederzeit entziehen. Aber auch wenn wir uns den Täter als von verborgenen Kausalgesetzen determiniert vorstellen, so erwächst dem Anstifter daraus noch keine Herrschaft über Tatentschluß und Taterfolg. Denn auch ihm sind diese Gesetze ja verborgen, er kann sie nicht anwenden, er kann nicht einmal einigermaßen fundierte Wahrscheinlichkeitsaussagen darüber machen, wie der Täter auf seinen Vorschlag oder auf die von ihm manipulierte Situation reagieren wird. Mag der Determinist nach der Tat sagen, der Anstifter habe sie zwangsläufig herbeigeführt, so bleibt die Anstiftung als Mittel der Erfolgsherbeiführung doch ein recht unsicheres und unbeherrschbares Verfahren³⁹.

39 Auf die objektive Bedeutung dieses Unterschiedes zwischen physischem und psychischem Bewirken für den Deterministen weist bereits *Coenders*, Grundbegriffe, S. 171 ff., hin.

Weitere Erfordernisse zur Annäherung der Anstiftung an die Täterschaft

Auf der Stufe der Kausalität erscheint also die Beziehung des Anstifters zum Erfolg wesentlich schwächer und unsicherer als die des Täters und sogar als die der mitursächlichen physischen Beihilfe. Der Befund ist weder erstaunlich noch entmutigend. Auch für den Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe hat man formale Kriterien auf der Ebene der Kausalität gesucht und diesen Versuch längst aufgegeben, ohne daß deshalb die Unterscheidung selbst preisgegeben werden mußte. Die auf den ersten Blick so handliche Formel von der Verursachung des Tatentschlusses als formales Kriterium der Anstiftung hat es bisher weitgehend verhindert, daß die Dogmatik sich auch in diesem Bereich in ähnlicher Richtung entwickelte, also zu Distinktionen und Kriterien, die nicht der physischen Kausalität, sondern dem Zusammenwirken und der gegenseitigen Beeinflussung unter Menschen adäquat sind. Daß die Gleichstellung des Anstifters mit dem Täter dem spontanen Rechtsempfinden nicht kraß zuwiderläuft, liegt daran, daß man sich unter dem Anstifter mehr vorstellt als denjenigen, der ganz am Anfang des Vorbereitungsstadiums einen für das Endergebnis unbedeutenden oder doch in seiner Bedeutung kaum erfaßbaren Beitrag leistet. Der Prototyp des Anstifters ist der Drahtzieher im Hintergrund, der sich die »Drecksarbeit« und das Risiko von anderen abnehmen läßt, »nicht selten die Seele des Verbrechens und sein hauptsächlichlicher Nutznießer«⁴⁰. Aber was von diesem zunächst stark gefühlsbetonten Bild von persönlicher Feigheit, Ausbeutertum und Korruption läßt sich in Unrechtskategorien einfangen, ohne in illegitimes Gesinnungsstrafrecht zu verfallen?

Die Schuldteilnahmelehre und ihre der limitierten Akzessorität der Anstiftung angepaßten Nachfolge-theorien haben dies versucht, indem sie Anstiftung auch als Unrecht gegen den Täter verstehen, den der Anstifter in Schuld und Strafe oder wenigstens in soziale Desintegration führt⁴¹. Das bedeutet die Anerkennung eines Rechtsguts der Integrität des Täters oder auch des Rechtsfriedens, verstanden als Freiheit von Straftaten schlechthin und der mehr oder weniger intensiven Verführung als eines strafbaren Angriffs auf eines dieser Rechtsgüter. Lassen wir zunächst die Frage offen, ob dieser Rekurs auf ein weiteres zur Teilnahme am Unrecht der Haupttat hinzutretendes selbständiges Unrecht der Anstiftung, begangen an dem eigenverantwortlichen Täter, legitim und zur Erklärung der Strafwürdigkeit der Anstiftung notwendig ist. Denn ehe dieser Schritt getan wird, sollte geklärt sein, ob nicht die Beziehung des Anstifters zum Unrecht der Haupttat selbst als eine engere und intensivere bestimmt werden könnte und sollte, als dies bisher geschehen ist.

Auch bei der Mittäterschaft tritt die Frage auf, warum sie der Alleintäterschaft gleichgestellt und in mancher Hinsicht (Rücktrittsvoraussetzungen) sogar strenger behandelt wird als die Alleintäterschaft. Muß sich doch der

40 *Sauer*, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl. 1955, S. 220.

41 Vgl. *Zimmerl*, Zur Lehre vom Tatbestand, 1928, S. 117; *Helmut Mayer*, LB, 1936, S. 333; aus neuerer Zeit vor allem: *Helmut Mayer*, FS Rittler, S. 254; *Trechsel*, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 12 f.

Mittäter die Tatherrschaft, die den Alleintäter vor dem Gehilfen auszeichnet, mit anderen teilen. Auch sein Tatbeitrag ist nicht für sich allein nur in Verbindung mit kausaldeterminierten Prozessen gesetzmäßige Bedingung des Erfolges, sondern erst in Verbindung mit den im Rechtssinne freien und prinzipiell unberechenbaren Tatbeiträgen seiner Genossen. Trotzdem werden dem Mittäter diese Tatbeiträge wie eigenes Handeln zugerechnet. Grundlage dafür ist der gemeinsame Tatentschluß⁴². Der aber muß dann etwas anderes sein als die bloße inhaltliche Koinzidenz im übrigen voneinander unabhängiger Einzelentschlüsse. Die Mittäter haben sich vielmehr vor oder bei der Tatausführung durch einen Unrechtspakt miteinander verbunden und sich gegenseitig faktisch verpflichtet. Mit einem Beitrag zur Tatausführung erfüllt dann jeder Tatgenosse zu seinem Teil diesen Unrechtspakt, worin sich dessen faktische Wirksamkeit realisiert. Darin liegt der Einfluß des Mittäters auf den Beitrag des Genossen, aufgrund dessen er ihm zugerechnet wird⁴³.

Dieser Gedanke läßt sich auf die Anstiftung übertragen. Danach genügt nicht schon die für den Täter »unverbindliche« Anregung oder Anreizung zur Tat, die sich in der einmaligen Einwirkung erschöpft und alles weitere dem freien Belieben des Täters überläßt. Auch der Anstifter muß vielmehr eine Art Pakt mit dem Täter schließen, ihm ein Versprechen oder eine Verpflichtung zur Tat abnehmen, die diesen zwar nicht rechtlich, aber doch faktisch binden und ihm das Aufgeben des Tatplans erschweren soll. Er muß einen derartigen Anteil an der Planung, wenn auch nicht an der Ausführung der Tat nehmen, daß man wie beim Mittäter von einem gemeinsamen Tatplan, wenn auch nicht von einer gemeinsamen Tatausführung, sprechen kann⁴⁴.

42. Schönke-Schröder-Cramer, § 25, Rdnr. 62; Samson in SK, § 25, Rdnr. 43; Stratenwerth, AT, Rdnr. 810 ff.; Jescheck, AT, S. 549; Schmidhäuser, AT, 2. Aufl. 14/13 f.; Welzel, LB, S. 107; ders., ZStW 58 (1939), 491 (549 ff.).

43. Diesen Einfluß als mittelbare Täterschaft zu qualifizieren, wie es Kohlrausch-Lange, 43. Aufl. 1961, Vorbemerkung I C Vor § 47; Schönke-Schröder, 18. Aufl. 1973, § 25 Rdnr. 3; Baumann, AT, 8. Aufl. 1977, S. 554, und gelegentlich auch das RG (58, 279; 66, 240; 71, 24) getan haben, ist weder notwendig noch sachlich richtig; vgl. Welzel, LB, S. 107; ders., ZStW 58, 555; Roxin in LK, § 25, Rdnr. 10; ders., Täterschaft und Tatherrschaft, 3. Aufl. 1975, S. 276; jetzt auch Schönke-Schröder-Cramer, § 25, Rdnr. 62. Richtig ist es nicht, weil der Tatgenosse prinzipiell frei handelt und deshalb nicht Werkzeug in der Hand des Mittäters ist; notwendig ist es nicht, weil der Mittäter durch seine Teilhabe an der Tatausführung einen anderen Zugang zur Tatherrschaft hat und diese ihm nicht erst durch ein Werkzeug vermittelt werden muß. Der Einfluß eines Mittäters auf den Tatbeitrag des anderen ist treffend und auch ausreichend dadurch charakterisiert, daß der andere mit seinem Tatbeitrag auch dessen Willen mitvollzieht, vgl. Welzel, ZStW 58, 551; vgl. auch Gallas, DRZ 1950, S. 67; dagegen Roxin, Tatherrschaft, S. 278. Zu den Beiträgen der Tatgenossen hat der Mittäter nicht das Verhältnis des mittelbaren Täters, wohl aber, wie wir noch sehen werden (siehe unten Fn. 58), das des Anstifters.

44. Dieser Gedanke klingt in der Literatur verschiedentlich an, ohne daß daraus jedoch Konsequenzen für die Bestimmung, und d. h. im Vergleich zur h. L. Einschränkung, des Tatbestandes der Anstiftung gezogen würden: So wenn H. Mayer, FS Rittler, S. 254, das spezifische Gravamen der Anstiftung in der »Vereinigung der Willen« erblickt, Eser, GA 1958, S. 321 (325) die tätergleiche Strafandrohung für den Anstifter damit erklärt, daß er »dem Täter, bevor er seine gesamte Rolle ausgespielt hat, einmal, wenn auch nur für einen Augenblick, als Herr« gegenübertritt; zustimmend Lüderssen, Straf-

Eine solche Unrechtsvereinbarung ist nur durch Kommunikation möglich. Aber nur unter dieser weiteren Einschränkung wird das von der h. L. vertretene Erfordernis der kommunikativen Beeinflussung auch sinnvoll⁴⁵. Es ist in der Tat nicht einsichtig, daß beispielsweise die Methoden, mit denen Jago Othello zur Tötung von Desdemona veranlaßt, höchstens als psychische Beihilfe strafbar sein sollen, wenn ein noch so halbherzig und unengagiert vorge-tragener verbaler Vorschlag zur Anstiftung genügen soll⁴⁶. An dieser Diskrepanz ist auch kaum etwas dadurch zu ändern, daß man wenigstens eine Befürwortung des Verbrechens durch den Vorschlagenden verlangt⁴⁷. Solange es irrelevant bleibt, welche Bedeutung diese Befürwortung für den Haupttäter hat, bleibt das ein reines Gesinnungsmerkmal.

Durch das skizzierte Erfordernis des Unrechtspaktes und des gemeinsamen Tatplans wird die Anstiftung der Mittäterschaft angenähert. Sie bleibt insofern eine schwächere Beziehung zum Taterfolg, als der Anstifter nicht an der Ausführung teilnimmt und demzufolge auch seinen Einfluß auf den Täter in diesem Stadium nicht mehr erneut geltend machen kann. Stärker ist sie aber insofern, als der Täter sich bei Planung und auch bei Ausführung der Tat in gewissem Grade dem Anstifter unterordnet. Solange diese Unterordnung freiwillig und eigenverantwortlich geschieht, ändert sie nichts an seiner Tatherrschaft. Die volle Verantwortlichkeit des Täters für diese seine Unterordnung ändert aber nichts daran, daß sie auch dem Anstifter rein tatsächlich eine spezifische Form der Herrschaft über Täter und Tat gewährt. Damit nähert sich die Anstiftung in einer Hinsicht auch der mittelbaren Täterschaft.

Diese Herrschaft des Anstifters besteht darin, daß der Haupttäter seinen Tatentschluß und damit die Ausführung vom Fortbestehen der Unrechtsvereinbarung und damit vom Willen des Anstifters abhängig macht⁴⁸. Insofern hat der Anstifter eine stärkere Stellung als der Mittäter.

grund der Teilnahme, 1967, S. 58; D. Meyer, Diss. 1973, S. 34, der die These aufstellt »es ist vielmehr ähnlich wie bei der Mittäterschaft eine geistige Kommunikation, ein kollusives Zusammenwirken der Beteiligten (Anstifter und Haupttäter) erforderlich«, wobei offenbleibt, ob damit mehr gemeint ist, als das Erfordernis des Verhaltensvorschlags; Jakobs, AT, S. 551 f., fordert, daß »der Täter seinen Entschluß in Abhängigkeit von dem Willen des Anstifters faßt, mag er ihn auch später unabhängig von diesem Willen durchhalten«. Es fragt sich aber, warum es, wenn eine Parallele zur Mittäterschaft gezogen werden soll, auf die Vereinigung der Willen, das Auftreten des Anstifters als »Herr« des Täters, das kollusive Zusammenwirken, die Abhängigkeit des Tatentschlusses allein in irgendeinem Zeitpunkt vor Tatbeginn ankommen soll, während die Wirksamkeit all dieser Momente in der Tatausführung selbst gerade nicht verlangt wird.

45. Ähnlich Jakobs, AT, S. 551 f.

46. Herzberg, JuS 1976, 41.

47. Roxin, in LK, § 26 Rdnr. 11; Jakobs, AT, S. 551 f.

48. Insofern sind die hier aufgestellten Anforderungen an die Anstiftung auch noch enger als die von Jakobs vertretenen. Nach ihm genügt es, »wenn der Täter ... seinen Entschluß in Abhängigkeit vom Willen des Beeinflussenden faßt, mag er ihn auch später unabhängig von diesem Willen durchhalten«, Jakobs, AT, S. 551 f. (Hervorhebung von mir).

Man kann sich dies anschaulich machen, indem man analog der *conditio-sine-qua-non*-Formel die heuristische Formel aufstellt: Anstiftung (und nicht nur psychische Beihilfe) liegt dann vor, wenn der Täter die Tat ebenfalls aufgegeben hätte, sofern der Anstifter von der gemeinsamen Unrechtsabrede zurückgetreten wäre. Mehr als eine Veranschaulichung ist diese Formel allerdings nicht und hat insofern Ähnlichkeit etwa mit den Frank'schen Formeln zu Vorsatz und Rücktritt. Denn wenn der Anstifter tatsächlich nicht zurückgetreten ist, bleibt die Aussage rein fiktiv und ihr Sinn zweifelhaft, solange wir für menschliches Verhalten keine allgemeinen Gesetze aufstellen können, anhand derer wir Aussagen auch über die Entwicklung von fingierten Situationen machen können. Gemeint ist die psychische Tatsache, daß der Täter in freier Entscheidung die Vereinbarung mit dem Anstifter zu einem, wenn auch nicht zum alleinigen, Grund seines Handelns im Ausführungsstadium macht.

Dieses Erfordernis der Unrechtsabrede, daß die Anstiftung in einer Hinsicht der Mittäterschaft, in einer anderen der mittelbaren Täterschaft annähert, vermag ihre tatgleiche Ahndung eher zu rechtfertigen als das Kriterium der Erregung des Motivs oder des Tatentschlusses für sich allein. Es entspricht besser der intuitiven Vorstellung, die die Allgemeinheit vom Typus des Anstifters und seiner Rolle bei der Entwicklung eines Verbrechens hat. Auch die in § 48 a. F. beispielhaft aufgeführten Anstiftungsmittel deuten (abgesehen von der der mittelbaren Täterschaft mindestens nahekommenden Irrtumserregung) eine solche Unrechtsvereinbarung an, so Versprechungen und Geschenke, oder eine psychische Überlegenheit des Anstifters gegenüber dem sich ihm unterordnenden Täter, so die Drohung und der Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt. Schließlich weist auch das Wort »bestimmen« darauf hin, daß man sich unter Anstiften eben doch mehr vorstellt als eine Anregung zum Tatenschluß durch einen unverbindlichen Vorschlag oder auch eine provozierende Situation⁴⁹.

Unleugbar impliziert dieses Erfordernis der Unrechtsabrede allerdings auch neue Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen Anstiftung und psychischer Beihilfe, die denen zwischen Mittäterschaft und Beihilfe ähnlich, aber in gewisser Hinsicht auch schwieriger sind. Kann man bei mehreren an

49 Was wir unter Anstiftung verstehen, deckt sich weitgehend mit dem »mandatum« der gemeinrechtlichen Doktrin der Kommentatoren. Diese Doktrin hatte den Unterschied zwischen einem vom Täter in freiwilliger Unterordnung angenommenen und ausgeführten Auftrag (mandatum) und der von ihm bloß aufgegriffenen unverbindlichen Anregung (consilium) bereits klar herausgearbeitet und in seinen Konsequenzen entfalltet. Vgl. dazu *Engelmann*, FS Binding, II, 1911, S. 387 (414 ff.). Wenn das mandatum als geistige Urheberchaft und das consilium, sofern der Ratgeber den Tatenschluß angeregt hat, als Anstiftung übersetzt wird, so ist das mindestens mißverständlich. Denn der Mandant wurde durchaus unterschieden von dem ein unfreies Tatwerkzeug beherrschenden (mittelbaren) Täter, vgl. *Engelmann*, a. a. O., S. 405 ff., und der Ratgeber (Konsulent) wurde auch dann, wenn er den Tatenschluß angeregt hatte, eher dem Gehilfen und nicht wie der Mandant dem Täter gleichgestellt, vgl. *Engelmann*, a. a. O., S. 596 ff.

Schon in Dig. 3, 2, 20 wird die Beeinflussung durch Täuschung dem Verbrechensvorschlag gleichgestellt und beide als für Anstiftung (mandatum) nicht ausreichend erachtet. *Mommsen*, Römisches Strafrecht, 1899, S. 98 f., versteht die Stelle dahin, daß in der römischen Doktrin der bloße Ratgeber grundsätzlich nicht als Anstifter galt.

der Ausführung Beteiligten aus dem Anteil, den der einzelne an dieser nimmt, gewisse Rückschlüsse auch auf seine mehr oder weniger mitbeherrschende Rolle innerhalb der Tätergruppe ziehen, so gibt es für den Anstifter kein entsprechendes Indiz dafür, ob es ihm gelungen ist, sich den Täter wirklich faktisch zu verpflichten. Als Indiz dafür kommt lediglich die Art und Intensität seiner Beziehung zum Täter in Frage und dessen Interesse, den Anstifter zufriedenzustellen.

Wenn der Hehler dem Berufseinbrecher vorschlägt, ihm genau bestimmte Wertsachen zu »beschaffen«, und dieser das auch tut, so mag es sein, daß dessen Wunsch, die Sachen zu besitzen, für den Einbrecher keine Bedeutung hat, außer daß er hierin eine einfache Absatzmöglichkeit für die Ware sieht, die er aber unabhängig hiervon stehlen will. Es ist ebenso möglich, daß er gerade deshalb diesen Diebstahl begeht, um den Wunsch des Hehlers zu erfüllen und ihm sein Wort zu halten. Man kann an dem Sinn einer solchen Unterscheidung zweifeln, denn der Dieb stand ja nie vor der Frage, ob er sich auch ohne die Vereinbarung mit dem Hehler zur Tat entschließen soll, aber unser Modell des psychischen Bewirkens beruht auf der Annahme, daß der einzelne sich selbst Rechenschaft über die Gründe seines Handelns gibt und sich stets mit der Handlung auch für bestimmte Handlungsgründe entscheidet, nicht auf der Formel von der notwendigen Bedingung. Anhaltspunkte dafür sind etwa die Intensität und Dauerhaftigkeit der Geschäftsbeziehung zum Hehler, die Möglichkeiten des Täters, die Ware anderweitig ebenso günstig abzusetzen, das persönliche Verhältnis der Beteiligten. Wie bei der Erregung des Tatentschlusses wird an das Kausalerlebnis des Täters angeknüpft, das unmittelbar nur er selbst hat.

Bei der Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe haben wir prinzipiell die gleichen Probleme. Nach der Animustheorie wie nach der Täterschaftslehre spielt hier die Unterscheidung eine, wenn nicht die entscheidende, Rolle, ob sich ein an der Ausführung Beteiligter dem anderen unterordnet oder nicht. Davon kann es abhängen, ob ein und derselbe Anteil an der Tатаusführung, etwa das Schmierestehen oder der Abtransport der Beute, den Beteiligten zum Mittäter oder nur zum Gehilfen macht. Dabei besteht für ihn oft gar nicht die Notwendigkeit, sich selbst darüber tatsächlich schlüssig zu werden, ob er sich nun unterordnen will oder nicht. Auch hier sind wir oft genug auf bloße Indizien zur Feststellung dieser psychischen Befindlichkeit angewiesen, wie das Eigeninteresse am Taterfolg, den Anteil an der Beute und vor allem das Verhältnis zu den Tatgenossen.

Auch hier wird die Fragestellung durch Hypothesen über irrealis Abläufe veranschaulicht wie die, daß der Gehilfe die Tat ohne den Täter nicht zu Ende geführt hätte. Wie bei der Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe bekommt man aber auch beim Erfordernis der Unrechtsabrede für die Anstiftung ein schiefes Bild von seiner Tauglichkeit als Unterscheidungskriterium zwischen Anstiftung- und bloßer psychischer Beihilfe, wenn man nur die Grenzfälle betrachtet: In der Regel wird sich eindeutig klären lassen, ob der Ratgeber oder Aufwieger einen solchen Pakt mit dem Täter schließt oder das Wie und Ob der Tat dem Belieben des Täters überläßt. Es ist also

nicht berechtigt, die hier skizzierte Unterscheidung zwischen Anstiftung und bloßer psychischer Beihilfe als unsinnig oder praktisch undurchführbar zurückzuweisen, mindestens solange man die Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe nach der subjektiven oder auch nach der materiell objektiven Theorie (Lehre von der funktionalen Tatherrschaft) anerkennt.

Das Problem des sog. *Omnimodo facturus*

Einige andere Probleme der Dogmatik der Anstiftung werden durch das Erfordernis des Unrechtspaktes wenn nicht völlig gelöst, so doch in ihrer Bedeutung erheblich reduziert. Das gilt zunächst für das Problem der Unterscheidung zwischen dem nur Tatgeneigten und dem *omnimodo facturus*, das die Anstiftungsdogmatik vor die Notwendigkeit stellt, jenseits der Tatbestände und damit ohne gesetzliche Legitimation Identitätskriterien für die einzelne Tat aufzustellen, um danach zu entscheiden, ob der Täter zum Zeitpunkt des Vorschlages bereits zu derselben Tat entschlossen war oder zu einer anderen oder mangels hinreichender Bestimmtheit seiner Pläne noch zu keiner »konkreten« Tat⁵⁰.

Das Problem wird zunächst dadurch erheblich reduziert, daß der bloße Ratgeber, der mit dem Täter überhaupt keine Vereinbarung über die Tat trifft, sondern ihm lediglich irgendeine Modifikation seines Plans vorschlägt, von vornherein nur Gehilfe ist. Damit erledigt sich auch zum Teil schon das vieldiskutierte Problem des Ratgebers, der eine qualifizierte Form der Tatbegehung anregt oder von ihr abrät⁵¹. Aber wie ist derjenige zu beurteilen, der sich in einen i. S. jener Identitätskriterien bereits hinreichend konkretisierten Tatplan einschaltet, indem er eben über diese Tat mit dem Täter eine Vereinbarung schließt, ohne deren Identität zu ändern? Hier ist nach h. L. zu unterscheiden zwischen dem bloßen Gehilfen, der den bereits vorhandenen Tatentschluß lediglich bestärkt, und dem Anstifter, der in dem noch schwankenden Täter den endgültigen Tatentschluß erst hervorruft⁵². Ändert der Beteiligte allerdings die Identität der Tat, so ist er in jedem Falle Anstifter zu einer neuen, mag der Täter auch zu der anderen Tat bereits entschlossen gewesen sein.

Aber zunächst setzt dies voraus, daß man vor Beginn der Ausführungshandlung zwischen dem nur Tatgeneigten und dem bereits Entschlossenen, dem *omnimodo facturus*, überhaupt unterscheiden kann. Das ist nur möglich unter der Prämisse, daß der Täter den Tatentschluß irgendwann vor Beginn der Tat fassen kann. Es besteht also die Vorstellung, daß er irgendwann in der Vorbereitungsphase einen inneren Zustand der endgültigen Entschlossenheit erreicht durch einen rein psychischen Akt, den man eben als das »Fassen« des Entschlusses bezeichnet.

⁵⁰ Vgl. dazu Schulz, Die Bestrafung des Ratgebers, 1980, S. 56 ff.

⁵¹ Vgl. dazu insbesondere Benmann, FS Gallas, S. 273; Schulz, Die Bestrafung des Ratgebers.

⁵² Rudolphi, Strafverteidiger 1982, 520; Roxin, GS-Schröder, S. 145 (160 f.); ders., in LK, § 27, Rdnr. 13; Schönke-Schröder-Cramer, § 27, Rdnr. 12; BGHSt 8, 391.

Diese Figur des *omnimodo facturus* ist tatsächlichen wie rechtlichen Einwänden ausgesetzt. Zunächst fragt sich, was man sich unter diesem innerpsychischen Akt der Entschlußfassung vorstellen und woran man ihn erkennen soll. Weiter ist unklar, ob er, wenn es ihn gibt, irgendeine strafrechtliche Bedeutung hat, und zwar eine, die es sinnvoll macht, eine Unterscheidung zwischen Anstifter und Gehilfen an ihn anzuknüpfen. Mag der Täter auch in manchen Fällen ein solches inneres Ergebnis haben, so wird er doch in anderen selbst bei ehrlicher Gewissenserforschung keinen bestimmten Zeitpunkt zwischen Tatplanung und Ausführung angeben können, in dem er den Tatentschluß endgültig gefaßt hat. Auch kann das eigene Urteil des Täters über seine Entschlossenheit trügerisch sein, wenn er später doch wieder schwankend wird, und erst recht, wenn er schließlich vor der Tat zurückschreckt. Für die Strafbarkeit des Täters wegen Versuchs oder Vollendung kommt es auf diese Endgültigkeit des Entschlusses auch in keiner Weise an. Er mag sich bis zur Deliktsbeendigung seiner Entschlossenheit nicht sicher sein und sich den Rücktritt vorbehalten, so hat er doch den strafrechtlich relevanten Tatentschluß gehabt⁵³. Denn für den ist allein entscheidend, daß er sich in der kritischen Situation des Ansetzens zur Tat als *atmächtig* erweist.

Dieser Gedanke liegt der Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch zugrunde, wie die heute h. L. sie vornimmt, indem sie weder auf formale Tatbestandskriterien noch auf die objektive Gefahr abstellt, sondern darauf, ob der Vorsatz »die Feuerprobe der kritischen Situation bestanden«⁵⁴, der Täter nach seiner subjektiven Vorstellung von der Tatsituation und seinem Tatplan die Schwelle zum »jetzt geht's los« überschritten hat⁵⁵. Die Versuchsdogmatik geht also davon aus, daß es irgendwann zwischen dem ersten Gedanken an eine Tat und deren Beendigung eine kritische Situation gibt, die sich als die Zäsur zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch eignet, eben weil sich in ihr entscheidet, ob ein wirklicher *atmächtiger* und deshalb strafrechtlich relevanter Deliktvorsatz vorliegt. Dabei ist aber die *Atmächtigkeit* nicht bloß irgendein Indiz für den Tatentschluß, sondern sein konstitutives Element. Der strafrechtlich relevante Tatentschluß entsteht also erst mit und in der Tat. Wie der Wille die Tat, so macht erst die Tat den Willen.

Ist nun aber die Anstiftung Erregung eines Tatentschlusses, so tritt auch deren Erfolg erst mit dem Beginn der Tat ein, in der sich der Entschluß nicht nur manifestiert, sondern auch konstituiert. Die Lehre vom *omnimodo facturus* ist also unvereinbar mit den Grundgedanken der Versuchs- und auch der Vorsatzlehre⁵⁶. Zumindest aber fehlt jede Begründung dafür, daß sie von

⁵³ Vgl. Roxin, GS-Schröder, S. 158.

⁵⁴ Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen, S. 146 f.; Roxin, GS-Schröder, S. 157 f.

⁵⁵ BGHSt 28, 163; Dreher-Tröndle, StGB, 41. Aufl. 1983, § 22, Rdnr. 11.

⁵⁶ Der Versuch Roxins, in GS-Schröder, S. 145 f., die Lehre vom *omnimodo facturus* mit der Versuchsdogmatik zu verbinden, scheitert an der Unvereinbarkeit beider, die gerade bei ihm deutlich wird. Auf S. 158 legt Roxin dar, daß jene Endgültigkeit des Tatentschlusses, durch die die Rechtsprechung den *omnimodo facturus* vom Tatgeneigten

einem anderen Begriff des Tatentschlusses ausgeht, eben von jener festen Entschlossenheit, die der omnimodo facturus irgendwann im Vorstadium der Tat erreicht. Sie ist nach der Lehre vom omnimodo facturus der Erfolg der Anstiftung, der sie von der bloßen psychischen Beihilfe unterscheidet. Aber als strafbarer Erfolg eignet sie sich in mehrfacher Hinsicht nicht. Sie ist für die Strafbarkeit des Täters selbst nicht nur nicht erforderlich, sondern ohne jede Relevanz. Sie ist ein bloßes inneres Erlebnis des Täters, obendrein manchmal ein trügerisches. Die Erregung solcher Entschlossenheit kann also auch nicht das spezifische Unrecht der Anstiftung ausmachen, für das ja auch der Grundsatz gilt: *de cogitatio poena nemo patitur*. Schließlich fragt sich, wie die Strafbarkeit des Anstifters zu begründen und wie er vom Gehilfen zu unterscheiden sein soll, wenn der Täter jenen Zustand des omnimodo facturus nie erreicht, sondern bis zur Beendigung sich innerlich den Rücktritt vorbehält.

Die h. L., die für die Anstiftung nicht mehr verlangt als irgendeine Mitbeteiligung am Zustandekommen des Tatentschlusses, braucht die Figur des omnimodo facturus, um nicht jede psychische Beeinflussung des Täters als Anstiftung bestrafen zu müssen. Wir aber besitzen mit der den Täter faktisch bindenden Unrechtsvereinbarung ein neues Charakteristikum der Anstiftung, das ihre Unterscheidung von der psychischen Beihilfe analog zur Differenzierung zwischen Mittäterschaft und physischer Beihilfe gestattet. Wer dem Täter zur Tat zuredet, einen weiteren Tatgrund vorschlägt, einen technischen Rat erteilt oder ihn wie auch immer in bezug auf die Tatbegehung psychisch beeinflusst, ist solange nicht Anstifter, sondern nur Gehilfe, wie er sich den Täter nicht durch eine Unrechtsvereinbarung zur Tat verpflichtet, die diesen im Moment der Tatausführung motiviert oder mitmotiviert. Ob der

unterscheidet, gar kein Erfordernis des Tatentschlusses ist, dieser vielmehr auch dann gegeben ist, wenn der Täter bis zur Beendigung der Tat schwankt und sich einen Rücktritt vorbehält. Mit Recht sieht er im Anfang der Ausführung das Kriterium, das allein die Unterscheidung zwischen dem Tatenschluß unter Rücktrittsvorbehalt und der bloßen Tatgeneigtheit ermöglicht. S. 159 aber wird der Tatenschluß wieder ganz unabhängig von jeder Tatausführung dahin bestimmt, daß »der Verwirklichungswille das Übergewicht erlangt«. Anstifter ist danach der, »der den deliktisbegünstigenden Tendenzen in der Psyche des Täters das Übergewicht verschafft« (S. 160). Es fragt sich zunächst, ob dieses Übergewichtskriterium überhaupt sinnvoll ist. Die Erfahrungen mit methodisch ähnlichen Bestimmungsversuchen, etwa der konkreten Gefahr oder der Ursache (individualisierende Kausalitätstheorie), sprechen dagegen. Mag es unserer psychischen Erfahrung entsprechen, daß unsere Pläne mehr oder weniger schwankend sein können, so ist es doch nicht nur eine Frage der Abgrenzung des Übergewichtskriteriums in Grenzfällen, sondern seiner sinnvollen Bestimmung, ob und wie ein Schwanken quantifizierbar ist. Bezeichnenderweise spricht Roxin selbst hier nur in Bildern (»Übergewicht«, »Zünglein an der Waage«). Vor allem aber müßte auch dieser Übergewichtszustand ebenso wie die feste Entschlossenheit vor der Tatausführung und unabhängig von ihr ein endgültiger geworden sein, wenn er zu einer Unterscheidung von omnimodo facturus und Tatgeneigtheit im Vorstadium der Tat taugen soll. Die Erfahrung lehrt aber, daß der Täter sich bis zur Tatausführung mal mehr und mal weniger fest entschlossen fühlen kann. Ist der Ratgeber, der der Tatgeneigtheit einmal das Übergewicht verschafft hat, Anstifter oder Gehilfe, wenn dieser Grad der Entschlossenheit wieder unter das Mindestniveau sinkt und dann, sei es mit oder ohne weiteren Fremdeinfluß, wieder steigt?

Täter selbst, bevor dieser Unrechtspakt geschlossen wurde, an eine derartige Tat oder die »konkrete« Tat überhaupt noch nicht gedacht, sie erwogen oder i. S. der Lehre vom omnimodo facturus sich hinreichend fest zu ihr entschlossen hatte, ist dafür ohne Bedeutung. Entscheidend ist allein, daß im Moment der Tatausführung das Motiv den Tatenschluß mitträgt, die Vereinbarung mit dem Anstifter zu erfüllen^{57, 58}.

Hat der Anstifter vor diesem Zeitpunkt den mit dem Täter eingegangenen Unrechtspakt aufgekündigt, so kann der Täter nicht mehr das Motiv haben, diesen Pakt zu erfüllen. Das bedeutet nicht, daß der Anstifter durch bloße Aufkündigung des Verbrechenspakts entgegen § 24 II mit strafbefreiender Wirkung zurücktreten könne. Solange sich der Täter auch nur einen der von ihm vorgeschlagenen Gründe zum Motiv der Tatausführung nimmt, bleibt er wegen psychischer Beihilfe für Versuch und Vollendung mitverantwortlich⁵⁹. Ist das aber nicht mehr der Fall, läßt sich also der Täter bei der Tatausführung in keiner Weise mehr von den Vorschlägen des anderen beeinflussen, so ist eine Strafbarkeit wegen psychischer Beihilfe oder gar Anstiftung zum Versuch noch gar nicht begründet, und die Frage nach einer Strafbefreiung durch Rücktritt stellt sich erst gar nicht⁶⁰.

57 Auch hier ist ein Blick auf die spätmittelalterliche Doktrin von *mandatum* und *consilium* instruktiv. Im Gegensatz zum *consilium* hielt sie beim *mandatum* die Frage für irrelevant, ob der Täter ein »*alias facturus*« gewesen sei, und für allein entscheidend, ob er die Tat schließlich »*gratia mandatis*« begangen habe, vgl. Engelmann, FS-Bindung, II, S. 428 ff.

Bartholus, D. n. de injur. l. 11, § 3 no 19: »Ista autem distinctio, an erat *alias facturus* vel non, non habet locum in *mandator*: quia pro certo praesupponitur, quod (*mandatarius*) non erat facturus, nisi *gratia mandantis*«, zitiert nach Engelmann, S. 429, dort weitere Belege. Nach Engelmann wird der Ausdruck »*omnimodo facturus*« von den italienischen Juristen nur auf den Täter angewandt, der vom Mandanten »in keiner Weise zur Ausführung bestimmt« wurde, vgl. a. a. O., S. 431.

58 Daraus ergibt sich, daß jeder Mittäter, gleichgültig ob er den Tatplan angeregt hat oder sich ihm nur angeschlossen hat, Anstifter (oder Mitanstifter) seiner Tatgenossen ist, weil er mit einem Unrechtspakt geschlossen hat, der sich motivierend in deren Ausführungshandlungen ausgewirkt hat. Damit ist eine Grundlage für die Zurechnung der fremden Tatbeiträge bei der Mittäterschaft gegeben. Es liegt aber nicht in der Konsequenz dieser Auffassung, daß an die Beteiligung des Mittäters an der Tatausführung keinerlei Anforderungen mehr zu stellen wären, weil der gemeinsame Tatplan allein für die Zurechnung der Beiträge der Tatgenossen genügt. Das wäre nur richtig, wenn wegen der Gleichheit der Strafdrohungen eine Wertdifferenz zwischen Anstiftung und Täterschaft ganz gezeugnet würde. Eine Wertdifferenz, bedingt durch die Tatferne des Anstifters und die Handlungsfreiheit des Täters, besteht aber auch bei den hier vorgeschlagenen weiteren Einschränkungen der Anstiftung fort. Diese muß bei der Mittäterschaft durch das Gewicht des eigenen Tatbeitrags des Mittäters ausgeglichen werden, der deshalb auch über den des Gehilfen hinausgehen muß.

59 Die Situation des Anstifters ist analog der des Mittäters, der sich vor Beginn der Tatausführung von dem Tatplan lossagt, den die Tatgenossen dann unter Verwertung seiner im Vorbereitungsstadium geleisteten Beiträge ohne ihn durchführen. Auch hier ist der Rücktritt nicht vollständig, so daß eine Haftung als Gehilfe übrigbleibt. Es entfällt jedoch (entgegen BGH 28, 436) die Haftung des Mittäters, weil deren Voraussetzungen nicht erfüllt sind, vgl. Rudolphi, FS Bockelmann, 1979, S. 369 (383 f.); Schmidhäuser, AT, 2. Aufl., 1423.

60 Vgl. Grünwald, FS Welzel, S. 701 (705 f.).

Die h. L., die für die Anstiftung die Verursachung oder Erregung des Tatenschlusses genügen läßt, braucht die Figur des omnimodo facturus, um nicht jeden Rat und jede Zustimmung als Anstiftung strafen zu müssen, die sich bei Tatausführung irgendwie modifizierend oder bestärkend auf den Tatenschluß auswirkt. Sie muß sich deshalb mit der in der Lehre vom Versuch und der Lehre vom Vorsatz anerkannten Bestimmung des Tatenschlusses als des sich in und mit der Handlung konstituierenden Willens in Widerspruch setzen. Dabei bleibt auch unklar, was jene psychische Befindlichkeit des omnimodo facturus eigentlich ist und wann und wodurch sie erreicht wird, die nun an die Stelle des Tatenschlusses als des sich ins Werk setzenden Willens treten soll.

Abweichungen und Irrtümer des Haupttäters

Auch das Problem des sog. qualitativen Exzesses (Vorsatzwechsel des Täters) stellt sich im Lichte des Unrechtspakterfordernisses anders und einfacher dar. Wenn der Täter ein anderes, aber tatbestandlich gleichwertiges Tatobjekt wählt, als mit dem Anstifter verabredet, so ist damit noch nicht ausgeschlossen, daß der Anstifter den schließlich ausgeführten Tatenschluß angeht hat. Um trotzdem zu dem Ergebnis zu kommen, daß er gleichwohl nicht für die ausgeführte Tat haftet, wird die Konstruktion der aberratio ictus bemüht. Der Täter erscheint als ein Werkzeug in der Hand des Anstifters, das fehlt⁶¹.

Aber zur Lösung des Problems ist es weder notwendig noch auch nur hilfreich, das Verhältnis der Beteiligten auf ein derart mechanistisches Modell zu reduzieren, das der Anstiftung inadäquat ist, weil es die Form des Einflusses eines Anstifters ebenso falsch beschreibt wie die Rolle des Täters. Aus dem gleichen Grunde läßt sich auch nicht aus der Evidenz des Ergebnisses beim qualitativen Exzeß etwas für die Richtigkeit der h. L. zur aberratio ictus herleiten⁶². Der Anstifter haftet für den qualitativen Exzeß des Täters deshalb nicht, weil der gemeinsame Tatplan nicht mehr der Grund für das Handeln des Täters ist, der Täter diese Abrede also mit der Wahl des neuen Tatobjekts aufgekündigt hat. Und er haftet auch nur dann nicht, wenn dies der Fall ist. Wählt der Täter dagegen das andere Objekt, weil er meint, damit die Abmachung mit dem Anstifter ebensogut oder gar besser zu erfüllen, so ist der Anstifter auch für diesen Erfolg verantwortlich, vorausgesetzt, er war für ihn nicht unvorhersehbar.

Damit ist auch darüber entschieden, welche Bedeutung der error in objecto des Täters für den Anstifter hat, nämlich keine. Denn auch hier hat sich die Anstiftung in der Tatausführung voll ausgewirkt, und wenn das Ergebnis dann trotzdem nicht den Wünschen von Täter und Anstifter entspricht, so entlastet dies den Anstifter ebensowenig wie den Täter.

61 *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Kausalverlauf, 1971, S. 58 ff.; *Bemmann*, MDR 1958, 822; *Rudolphi* in SK, § 16, Rdnr. 30; *Lackner*, § 26, Anm. 4; *Stratenwerth*, AT, Rdnr. 284; *Jescheck*, AT, S. 561; *Schmidhäuser*, AT, 2. Aufl. 14/123.

62 So *Hillenkamp*, Vorsatzkonkretisierungen, S. 58 ff., 86 ff.

Auch hier tritt wieder das Argument auf, der error in objecto des Täters sei für den Anstifter eine aberratio ictus und schließe deshalb dessen Erfolgshaftung aus⁶³. Aber die andauernde Uneinigkeit in der Lehre darüber, ob diese Konstellation der Anstiftung eher der aberratio ictus zuzurechnen ist⁶⁴ oder dem error in objecto⁶⁵, deutet darauf hin, daß der Fehler bereits in der Fragestellung liegt. Die Unterscheidung ist auf den Täter gemünzt, und zwar nur auf denjenigen, der sein Opfer im Augenblick der Tat vor sich sieht. Schon für den Täter, der aus der Ferne auf sein Objekt einwirkt oder sein Opfer in eine vorbereitete Falle gehen läßt, verliert die Differenzierung zwischen error in objecto und aberratio ictus jeden Sinn. Auf den Anstifter passen beide Begriffe nicht, der der aberratio ictus nicht, weil sie ein rein mechanistisches Modell der Anstiftung voraussetzt, der des error in objecto nicht, weil der tatferne Anstifter gar nicht Gelegenheit zu solch einem Irrtum hat. Im übrigen entbehrt die gesamte Unterscheidung zwischen aberratio ictus und error in objecto jeder Legitimation aus dem Gesetz und widerspricht dem Grundsatz, daß es für die Zurechnung des Erfolges nicht darauf ankommt, ob er den außertatbestandlichen Vorstellungen und Zielsetzungen des Täters oder Beteiligten entspricht, was hier allerdings nicht näher dargelegt werden kann⁶⁶.

Ob der Erfolg des Täters auch dem Anstifter zugerechnet wird, hängt allein davon ab, ob er seiner tatbestandlichen Qualität nach vom Vorsatz des Anstifters gedeckt ist und ob zwischen der Anstiftungshandlung einerseits und der Täterhandlung und deren Erfolg andererseits diejenige objektive Beziehung besteht, die nach dem oben Dargelegten die Anstiftung ausmacht. Das ist dann der Fall, wenn sich der Täter bei Ausführung der Tat von dem gemeinsamen Tatplan und den vom Anstifter angeregten Motiven hat leiten lassen, mag er dabei auch einem Irrtum unterlegen sein, den die h. L. als error in objecto klassifiziert oder als aberratio ictus. Selbst wenn der Täter den Vorschlag des Anstifters mißverstanden hat und deshalb ein anderes Tatobjekt wählt, als der Anstifter meinte, sind diese beiden Voraussetzungen der Erfolgshaftung des Anstifters erfüllt, mag man auch diese Irrtumskonstellation wegen des gewissermaßen mechanischen Charakters des Übermittlungsfehlers noch am ehesten als eine aberratio ictus des Anstifters bezeichnen, wenn man auf der selbständigen Existenzberechtigung dieser Irrtumskategorie besteht.

Zusammenfassung

Mit der Formel von der Verursachung des Tatenschlusses wird das spezifische Gravamen der Anstiftung auf der Kausalitätsebene gesucht. Bei der Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe hat man diesen Versuch längst aufgegeben und andere, an den Besonderheiten menschlicher Zusammenarbeit und gegenseitiger Beeinflussung orientierte Unterscheidungskriterien entwickelt. Es ist an der Zeit, diesen Schritt

63 *Bemmann*, MDR 1958, 822.

64 *Bemmann*, MDR 1958, 822; *Rudolphi* in SK, § 16, Rdnr. 30; *Lackner*, § 26, Anm. 4; *Stratenwerth*, AT, Rdnr. 284; *Jescheck*, AT, S. 561; *Schmidhäuser*, AT, 2. Aufl., 14/123.

65 *Backmann*, JuS 1971, 119 f.; *Schönke-Schröder-Cramer*, Vor § 25, Rdnr. 47; *Dreher-Tröndle*, § 26, Rdnr. 15; *Maurach-Zipf*, ATI, 5. Aufl. 1977, S. 346.

66 Vgl. dazu: *Puppe*, GA 1981, 1 ff.

auch in der Lehre von der Anstiftung zu tun, denn gerade auf der Ebene der Kausalität erweist sich die Beziehung der Anstiftung zum Taterfolg als vager und schwächer als selbst die der kausalen Beihilfe. Das Prinzip der gesetzlichen Verknüpfung zwischen Ursache und Wirkung ist auf die Anstiftung nicht anwendbar, für den Indeterministen weil es falsch, für den Deterministen, weil es undurchführbar ist. Denn auch der Determinist kann die Kausalgesetze, die er für psychische Prozesse postuliert, weder angeben noch empirisch belegen. Auch der Anstifter selbst kennt solche Kausalgesetze nicht. Bei der Verknüpfung zwischen Anstiftungshandlung und Tatentschluß können wir uns nur an unsere eigenen ganz subjektiven Erfahrungen und Vorstellungen von gegenseitiger psychischer Beeinflussung halten. Wir erfahren die Beeinflussung durch einen anderen als Weckung eines Handlungsmotivs, das wir als Grund eines Entschlusses akzeptieren oder zurückweisen können. Wenn ein fremder Einfluß überhaupt eine Relevanz für unsere Entscheidung gewinnt, erfahren wir ihn als eine Art Kraft, die uns zu einem bestimmten Verhalten drängt und der wir nachgeben oder widerstehen müssen. Daß wir diese vage und intuitive Verknüpfung von Anregung und Tatentschluß so ohne weiteres einer gesetzmäßigen Kausalbeziehung zwischen Zuständen und Veränderungen in der Außenwelt gleichstellen, liegt daran, daß wir uns auch eine strikte Kausalbeziehung weniger als durch Gesetze als vielmehr durch Kräfte (sog. Wirkursachen) hergestellt vorstellen. Damit wird aber eine wesentliche Schwäche der Beziehung der Anstiftung zum Erfolg verdeckt: sie ist im Gegensatz zur Kausalität nicht zwangsläufig und im Gegensatz zur Risikosteigerung objektiv nicht durch Wahrscheinlichkeitsregeln berechenbar. Wird diese Schwäche der Anstiftung nicht durch zusätzliche Begriffserfordernisse der Anstiftung ausgeglichen, so läßt sich deren Gleichstellung mit der Täterschaft nicht rechtfertigen; sie wäre dann allenfalls als eine besonders leichte Form der Beihilfe zu erfassen.

Ein solches Erfordernis, das die Anstiftung der Mittäterschaft und der mittelbaren Täterschaft annähert, ist eine Tatplangemeinschaft mit dem Täter, in der sich dieser dem Anstifter in bezug auf die Tatausführung freiwillig unterordnet. Der Anstifter muß nicht nur irgendeine Motivation des Täters anregen, sondern das Motiv, einen mit ihm selbst geschlossenen Unrechtsakt zu erfüllen. Dies gewährt dem Anstifter eine gerade für psychische Beeinflussung typische, von den verschiedenen Formen der Täterschaft wohl unterscheidbare Herrschaft über die Tatausführung und damit über die finale Überdetermination des »blindkausalen« Prozesses, der zum Taterfolg führt.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Schuldteilnahmetheorie ist dieses Erfordernis sinnvoll. Es charakterisiert die allgemeine Vorstellung vom Typus des Anstifters treffender als die Formel von der Verursachung oder Hervorrufung des Tatentschlusses und findet eine Stütze in den in § 48 a. F. beispielhaft angeführten klassischen Anstiftungsmitteln ebenso wie in dem Ausdruck »zur Tat bestimmen«, den das Gesetz statt hervorrufen oder verursachen hier gebraucht.

Damit scheidet der bloße Tip- oder Ratgeber, der dem Täter die Ausführung der Tat völlig anheimstellt, ohne weiteren Anteil daran zu nehmen, aus dem Bereich der Anstiftung aus. Dadurch vereinfacht sich wesentlich die Unterscheidung zwischen Anstiftung und psychischer Beihilfe. Das Problem des omnimodo facturus ist ein Scheinproblem, da sich der Tatentschluß erst mit der Tatausführung bildet, wie die Versuchsdogmatik lehrt. Dieser Erkenntnis konnte sich die Lehre von der Anstiftung als Verursachung des Tatentschlusses nicht stellen, weil sie sonst jeden noch so unbedeutenden Ratschlag, jede verbale Billigung eines Tatplans als Anstiftung hätte bestrafen müssen.

Das Erfordernis des Verbrechenspaktes liefert für verschiedene Ergebnisse der h. L. zur Anstiftung einfache Erklärungen. So gewinnen die Forderung nach einer

kommunikativen und der Ausschluß einer nur situativen Beeinflussung erst von daher einen Sinn, ebenso der Ausschluß der Haftung des Anstifters bei sog. qualitativem Exzeß, bei dem sich der Täter nicht mehr an den gemeinsamen Tatplan hält. Die verschiedenen Fälle von Irrtümern des Täters und des Anstifters löst die h. L. für den Anstifter mit Hilfe von Begriffen und Distinktionen, die für den Täter und für den Kausalprozeß in der Außenwelt entwickelt wurden. Auch hier wird die Anstiftung in das Prokrustesbett einer rein mechanistischen Begriffsbildung gespannt, die ihr Wesen und den Grund ihrer Strafwürdigkeit verfehlt. All diese Irrtümer und Abweichungen sind unbeachtlich, solange sich der Täter bei der Tatausführung von der mit dem Anstifter getroffenen Abrede bestimmen (mitbestimmen) läßt, denn dann ist der objektive Tatbestand der Anstiftung erfüllt. Und solange die von ihm begangene Tat einem Tatbestand unterfällt, der vom Bestimmungsvorsatz des Anstifters gedeckt ist, ist der subjektive Tatbestand der Anstiftung erfüllt.

Es sei hier ausdrücklich die kriminalpolitische Frage offengelassen, ob auch nach unserem engeren Anstiftungsbegriff die Anstiftung noch als weniger strafwürdig erscheint als die Täterschaft. Ohne diese Einschränkung ist ihre Gleichstellung mit der Täterschaft jedenfalls nicht zu rechtfertigen.