

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 12

Vorstufen der Beteiligung

Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit

Von

Klaus Letzgas



Duncker & Humblot · Berlin

KLAUS LETZGUS

Vorstufen der Beteiligung

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser

ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 12

Vorstufen der Beteiligung

Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit

Von

Dr. Klaus Letzgas



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Zur Aufnahme empfohlen von
Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck, Freiburg

Alle Rechte vorbehalten
© 1972 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-02707-1

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
1. Die Problemstellung	17
2. Methodisches Vorgehen und Abgrenzung des Themas	19
ERSTER TEIL	
Erscheinungsformen und Struktur von Vorstufen der Beteiligung	21
<i>Erstes Kapitel</i>	
Der Anstiftungsversuch	22
A. Wesen und Struktur der Anstiftung	22
B. Die Erscheinungsformen des Anstiftungsversuchs	24
I. Der erfolgreiche Anstiftungsversuch	25
1. Die Unvollständigkeit der Täterhandlung	25
a) Der Mangel im objektiven Tatbestand	25
b) Der Mangel im subjektiven Tatbestand	27
2. Die Unvollständigkeit der Anstiftungshandlung	31
a) Die untaugliche Anstiftung	32
b) Die unwirksame Anstiftung	34
II. Der erfolglose Anstiftungsversuch	35
1. Die erfolglose Anstiftung	36
a) Der Standort im Verbrechensablauf	37
b) Die Gründe der Erfolglosigkeit	37
2. Die mißlungene Anstiftung	40
a) Abgrenzung zur unbeendeten Anstiftung	40
b) Der Standort im Verbrechensablauf	41
c) Die Gründe des Mißlingens	42
3. Der qualitative Täterexzeß	43
a) Der Täter als plus und minus faciens	44
aa) Die Anstiftung des plus facturus et plus faciens	44
bb) Die Anstiftung des minus facturus et minus faciens	45
b) Möglichkeiten der Andersartigkeit und Darstellung der un- wesentlichen Abweichungsfälle	45

aa) Andere rechtliche Bewertung der begangenen Tat	46
bb) Andere tatsächliche Bewertung der begangenen Tat ...	49
α) Bewußt anderes Handlungsobjekt	50
β) Identität des Handlungsobjektes	51
c) Die Anstiftung des alias facturus et alias faciens	52
d) Die Anstiftung des aequae facturus, sed alias faciens	53
aa) Die aberratio ictus des Täters	53
bb) Der error in persona vel objecto des Täters	54
III. Die nur teilweise vollendete Anstiftung	60
1. Die Erscheinungsformen und ihre Beziehung zur versuchten Anstiftung	61
2. Dogmatische Bewertung und strafrechtliche Behandlung ...	62

Zweites Kapitel

Der Beihilfeversuch	65
A. Wesen und Struktur der Beihilfe	65
B. Erscheinungsformen des Beihilfeversuchs	67
I. Der erfolgreiche Beihilfeversuch	68
1. Die Beihilfe zum Versuch	68
2. Die unvollkommene Beihilfe	70
3. Die nicht kausale Beihilfe	71
a) Das Kausalitätsproblem bei der Beihilfe	71
b) Die nicht kausale Beihilfe	75
aa) Die zur Vorbereitungshandlung des Täters geleistete nicht kausale Beihilfe	76
α) Die untaugliche Beihilfe	77
β) Die unwirksame Beihilfe	78
γ) Die abgebrochene Beihilfe	80
bb) Die zur Ausführungshandlung geleistete nicht kausale Beihilfe	81
α) Die untaugliche Beihilfe	81
β) Die abgebrochene Beihilfe	82
II. Der erfolglose Beihilfeversuch	83
1. Die erfolglose Beihilfe	84
2. Die mißlungene Beihilfe	84

Drittes Kapitel

Das Sich-Bereiterklären und die Annahme des Anerbietens	86
A. Wesen und Erscheinungsformen	87

I. Das Sich-Erbieten	87
1. Wesen	88
a) Das echte (bedingte) Sich-Erbieten	88
b) Das unechte Sich-Erbieten	89
2. Erscheinungsformen	90
a) Das erfolgreiche Erbieten	90
b) Das erfolglose Erbieten	90
II. Die Annahme des Erbietens	91
1. Wesen	91
a) Die echte Annahme	91
b) Die unechte Annahme	91
2. Erscheinungsformen	92
a) Erfolgreiche und erfolglose Annahme	92
b) Unvollständige Annahme	92
III. Die Annahme der Aufforderung	93
1. Wesen und Erscheinungsform	93
2. Standort innerhalb der Formen des Anstiftungsversuchs	94
IV. Zusammenfassung	95
B. Dogmatische Einordnung in das System der Teilnahme	95
I. Die Annahme der Aufforderung	95
II. Das Erbieten und seine Annahme	96
1. Die Annahme des Erbietens	96
a) Als modifizierter Anstiftungsversuch	96
b) Als versuchte psychische Beihilfe	97
c) Als Erscheinungsform sui generis	98
2. Das Sich-Erbieten	98
a) Als versuchte Kettenanstiftung	98
b) Wesen und Erscheinungsform einer verkürzten Kettenanstiftung	99
3. Zusammenfassende Betrachtung	100

Viertes Kapitel

Die Verabredung 102

I. Geschichtliche Entwicklung	102
1. Das Komplott als Teilnahmeform	102
2. Die Strafbarkeit des unausgeführten Komplotts	103
II. Wesen und Struktur der Verabredung	105
1. Die Verabredung im System der Teilnahme	105
a) Die Verabredung als Vorstufe der Mittäterschaft	105

b) Die Verabredung im Verhältnis zu den anderen Tatbeständen des § 49 a	106
aa) Verabredung und versuchte Anstiftung	106
bb) Verabredung und Sich-Erbieten	107
c) Die Verabredung als wechselseitige Anstiftung zweier präsumptiver Täter	108
2. Die Verabredung als Vorstufe der Teilnahme	109

ZWEITER TEIL

Die Strafwürdigkeit von Vorstufen der Beteiligung 111

Erstes Kapitel

Die Strafwürdigkeit des Verbrechens und seiner besonderen Erscheinungsformen 113

A. Allgemeine Kriterien der Strafwürdigkeit	113
I. Die Aufgabe des Strafrechts	113
II. Die Strafwürdigkeit menschlichen Handelns	114
B. Besondere Erscheinungsformen des Verbrechens als Strafausdehnungsgründe	115
I. Das Zusammenwirken mehrerer Beteiligter	115
II. Die Strafwürdigkeit des Versuchs	116
III. Die Verbindung der Beteiligten- und Versuchshaftung	118
1. Die Teilnahme am Versuch	118
2. Die versuchte Teilnahme	119
IV. Die Strafwürdigkeit von einzelnen Vorbereitungshandlungen	120

Zweites Kapitel

Strafwürdigkeit von Vorstufen der Beteiligung 123

A. Die herkömmliche Begründung der besonderen Gefährlichkeit in Rechtsprechung und Literatur	123
I. Die Auffassung des Bundesgerichtshofes	123
II. Die Auffassung in der Literatur	124
B. Der besondere Gefährlichkeitsgehalt eines konspirativen Tatentschlusses	126
I. Suggestive Einflüsse	126
1. Suggestionwirkung bei der Anstiftung	127
a) Der Tatentschluß als Folge der suggestiven Einwirkung	127

b) Das Ausbleiben des Tatentschlusses trotz suggestiver Einwirkung	129
2. Suggestionwirkung bei der Verabredung	130
a) Wechselseitige Suggestion als zusätzliche Gefahrerhöhung ..	130
b) Minderung der Gefährdung durch wechselseitige Beeinflussung	131
II. Psychische Stärkung	132
1. Als Folge des organisierten und geplanten Zusammenwirkens einer Gruppe	132
2. Auswirkungen auf den Grad der objektiven Gefährlichkeit des Tatentschlusses	133
a) Bei der Anstiftung	133
b) Bei der Verabredung	133
c) Bei der versprochenen Beihilfe	133
d) Bei besonderen Deliktsformen	134
3. Die psychische Stärkung als Kriterium der Strafwürdigkeit ..	134
III. Zusammenfassung	135
C. Die einzelnen Erscheinungsformen	136
I. Der Anstiftungsversuch	136
1. Geschichtliche Entwicklung der Strafbarkeit und heutiger Meinungsstand	136
a) Dogmengeschichtlicher Rückblick zur versuchten Anstiftung im 19. Jahrhundert.....	136
b) Heutiger Meinungsstand	139
2. Differenzierende Behandlung einzelner Erscheinungsformen der versuchten Anstiftung.....	141
a) Willensübereinstimmung zwischen Anstifter und präsumtivem Täter	141
aa) Strafwürdigkeit der erfolglosen Anstiftung	141
bb) Strafwürdigkeit der unwirksamen Anstiftung	142
cc) Die mangelnde Strafwürdigkeit der untauglichen Anstiftung	143
b) Fehlende Willensübereinstimmung zwischen Anstifter und präsumtivem Täter	145
aa) Die Straflosigkeit der mißlungenen Anstiftung	145
bb) Die teilweise Strafwürdigkeit der versuchten Kettenanstiftung	146
cc) Die Strafwürdigkeit der unvollkommenen Anstiftung ..	149
II. Der Beihilfeversuch	152
1. Historische Entwicklung und heutiger Meinungsstand	152
a) Dogmengeschichtlicher Rückblick auf die Strafbarkeit der versuchten Beihilfe	152

b) Heutiger Meinungsstand	155
2. Untersuchung einzelner Erscheinungsformen der versuchten Beihilfe	157
a) Ausscheiden des rein physischen Beihilfeversuchs	157
b) Fehlende Einwirkung auf die Willensbildung des Täters ..	159
c) Zeitpunkt des Beihilfeversuchs	160
d) Psychische Einwirkung des Gehilfen auf den Täterwillen ..	160
aa) Die einzelnen Phasen der Willenshandlung	161
bb) Die psychische Stärkung als Gefährlichkeitskriterium ..	163
cc) Unterschiedliche Art und Intensität der psychischen Stärkung	164
α) Die psychische Stärkung als Ermöglichung oder als Unterstützung	165
β) Die spezifische Beteiligungsgefährlichkeit als Kriterium	166
3. Die zugesagte Beihilfe	168
a) Die psychische Stärkung als Folge eines gruppenspezifischen Faktors	168
b) Ähnliche bereits normierte Fälle einer zugesagten Beihilfe	169
aa) Die Regelung in den deutschen Partikularstrafgesetzbüchern	170
bb) Die vor der Tatbegehung zugesagte Begünstigung	170
c) Ergebnis und Folgerung	171
III. Die Annahme der Aufforderung, das Sich-Erbieten und dessen Annahme	172
1. Die Annahme der Aufforderung	174
2. Das Sich-Erbieten und dessen Annahme	175
a) Das Sich-Erbieten	175
aa) Die Strafwürdigkeit des erfolgreichen Erbietens	175
bb) Die Ungefährlichkeit des erfolglosen Erbietens	175
cc) Das Strafrecht und Polizeirecht	176
b) Die Annahme des Anerbietens	179
3. Ergebnis	180
IV. Die Verabredung	180
D. Strafwürdigkeit der mit Mängeln behafteten Konspiration	181
I. Der Mangel der Ernstlichkeit einer Erklärung	181
1. Der einheitliche Lösungsgesichtspunkt	182
2. Die mangelnde Ernstlichkeit bei der Anstiftung und deren Annahme	182
3. Die mangelnde Ernstlichkeit bei der Verabredung	183
4. Die mangelnde Ernstlichkeit beim Sich-Erbieten und dessen Annahme	183
5. Ergebnis	185

II. Die Untauglichkeit der Konspiration	185
1. Das Problem und die Strafwürdigkeit de lege ferenda	185
2. Die Strafbarkeit der untauglichen versuchten Beteiligung de lege lata	187

Drittes Kapitel

**Beschränkung der Strafbarkeit
auf bestimmte Deliktstatbestände**

A. Die Beschränkung als grundsätzliche kriminalpolitische Entscheidung	189
I. Kritik bei der Einführung des § 49 a	189
II. Verhältnis von Strafwürdigkeit und Strafbarkeit	189
B. Möglichkeiten der Einschränkung	190
I. Beschränkung auf besonders wertvolle Rechtsgüter	190
1. Als sachgerechte kriminalpolitische Entscheidung	190
2. Größere Gefährlichkeit bei wertvollen Rechtsgütern	192
II. Beschränkung auf bestimmte Kriminalitätsformen	193
1. Der Schutz staatlicher und militärischer Interessen	193
a) Im politischen Strafrecht	193
b) Im Bereich der öffentlichen Ordnung	195
c) Im Militärstrafrecht	195
2. Spezifisches Eigeninteresse eines Beteiligten	195
a) Bei eigenhändigen Delikten und echten Sonderdelikten	196
aa) Bei den Aussagedelikten	196
bb) Bei den echten Amtsdelikten	196
cc) Beim Verrat von Geschäftsgeheimnissen	197
b) Bei anderen Kriminalitätsformen	197
aa) Als eine allgemeine Erscheinung	197
bb) Bei der Begünstigung und der Gefangenenbefreiung ..	198
cc) Bei der Abtreibung	198
dd) Bei politischen und militärischen Delikten	198
3. Über- und Unterordnungsverhältnis von Beteiligten	199
III. Zusammenfassung	200
C. Die strafbegründende personale Verbrechensqualifikation	201
I. Die Problemstellung und ihre Lösungsmöglichkeiten	201
1. Problemstellung und gesetzliche Regelung	201
2. Verbrechensqualifikation in der Person des Handelnden	202
3. Verbrechensqualifikation in der Person des präsumtiven Täters	203
4. Weitere Lösungsmöglichkeiten	204

II. Eigene Stellungnahme de lege lata	204
1. Grundsätzlicher Vorrang des Präventionsgedankens gegenüber dem Schuldprinzip	205
2. Verbrechensqualifikation wegen der Täterpersönlichkeit	205
3. Verbrechensqualifikation bei der Verabredung	206
4. Die Problematik bei notwendig Beteiligten	208
III. Weitere Möglichkeiten einer Regelung de lege ferenda	209
1. Die Regelung des Alternativentwurfs	209
2. Die Bestimmung nach dem Grunddelikt	209

Viertes Kapitel

Einordnung der strafwürdigen Fälle in das System des Strafrechts 211

I. Die Verletzung eines eigenständigen Rechtsgutes — delictum sui generis	211
1. Darstellung der vertretenen Auffassungen	211
2. Ablehnung der Ansichten vom delictum sui generis	213
a) Als Angriff auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung	213
b) Als Angriff auf die rechtstreuere Gesinnung	214
c) Ergebnis	214
II. Der konspirative Tatentschluß als eine besondere Erscheinungsform des Verbrechens	215
1. Die Möglichkeiten der dogmatischen Zuordnung	215
2. Nach der Teilnahmetheorie	216
a) Auf der Grundlage der Schuld- oder Unrechtsteilnahmetheorie	216
b) Auf der Grundlage der Verursachungstheorie	218
3. Nach der Vorbereitungstheorie	219

Zusammenfassung und Gesetzesvorschlag 222

A. Ergebnisse	222
B. Gesetzesvorschlag	224

Literaturverzeichnis 227

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs. ... S. ...	Absatz ... Satz ...
AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil 1966
a. F.	alte Fassung
Allg. Teil	Allgemeiner Teil
and. Ans.	anderer Ansicht
Anm.	Anmerkung
art., Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
Bes. Teil	Besonderer Teil
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (zitiert nach Band, Teil und Seite)
BGH	Bundesgerichtshof; Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
BJM	Bundesjustizministerium
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
CCC	Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (Constitutio Criminalis Carolina) von 1532
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag; Verhandlungen des Deutschen Juristentages
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
DR	Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
DStR	Deutsches Strafrecht, Neue Folge (zitiert nach Jahr und Seite)
E	Entwurf
E 1909	Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung, Berlin 1909
E 1911	Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches v. Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt nebst Begründung, Berlin 1911

E 1913	Entwurf der Strafrechtskommission 1913 = Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, T. 1, 1920
E 1919	Entwurf von 1919 = Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, T. 2, 1920
E 1925	Reichratsvorlage des amtlichen Entwurfes eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, 1925. Nachdruck als Materialien Bd. III (1954)
E 1927	Reichstagsvorlage eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, 1927, Nachdruck als Materialien Bd. IV (1954)
E 1936	Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches, 1936, Bonn 1954
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 (mit Begründung) — Bundestagsvorlage — Bonn 1962
Festg.	Festgabe
Festschr.	Festschrift
GA	1880—1933: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begr. von Th. Goldammer (zitiert nach Band, Jahr und Seite) 1953 ff. Goldammer's Archiv für Strafrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
Ges.	Gesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949
ggf.	gegebenenfalls
GS	Der Gerichtssaal (zitiert nach Band, Jahrgang und Seite)
HES	Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
H. H.	Holtzendorffs Handbuch (zitiert nach Band und Seite)
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (zitiert nach Jahr und Nummer)
i. d. F.	in der Fassung
IKV	Internationale Kriminalistische Vereinigung (Mitteilungen zitiert nach Band, Jahrgang und Seite)
i. S. v.	im Sinne von
JR	Juristische Rundschau (zitiert nach Jahr und Seite)
JuS	Juristische Schulung (zitiert nach Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
LK	Leipziger Kommentar
LM	Entscheidungen des BGH im Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes hrsg. v. Lindenmaier, Möhring u. a. 1951 ff.
Materialien	Materialien zur Strafrechtsreform Bd. I Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, Bd. II, 1 Rechtsvergleichende Arbeiten Allgemeiner Teil, 1954

MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
Model Penal Code	The American Law Institut, Model Penal Code. Proposed Official Draft, 1962
MStGB	Militärstrafgesetzbuch i. d. F. vom 10. 10. 1940
n. F.	neue Fassung
N. F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahr und Seite)
NZWehrr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht (zitiert nach Jahr und Seite)
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone; Entscheidungen in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24. 5. 1968
PolG	Polizeigesetz
PrPVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz v. 1. 6. 1931
RAbgO	Reichsabgabenordnung v. 13. 12. 1919 i. d. F. vom 22. 5. 1931
RdNr.	Randnummer
RG	Reichsgericht; Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)
RGBl. I	Reichsgesetzblatt Teil I
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
SchwZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Spalte)
s. o. S.	Siehe oben Seite . . .
StÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
str.	strittig
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
s. u. S.	Siehe unten Seite . . .
unbestr.	unbestritten
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909
VDA	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 1908
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung (zitiert nach Band und Seite)
WStG	Wehrstrafgesetz vom 30. 3. 1957 i. d. F. vom 1. 9. 1969
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (zitiert nach Jahr und Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Band, Jahr und Seite)

Einleitung

1. Die Problemstellung

Vor einiger Zeit ging durch die deutschen Tageszeitungen¹ der Fall des Gastwirts Leo Gollmitzer aus München, der den neunzehnjährigen Hilfsarbeiter Robert K. für 12.000 DM gewinnen wollte, die lebenslustige 56-jährige Josefine F., deren Schuldner und testamentarisch eingesetzter Erbe Gollmitzer war, in ihrem Bungalow in Las Palmas mit dem Pflanzenschutzmittel E 605 während eines Schäferstündchens zur Erblasserin zu machen. Robert ging zum Schein auf das Angebot ein, ließ sich von Gollmitzer ein Flugticket München — Las Palmas — München und 400 DM Reisegeld aushändigen. Nach Umtausch der Flugkarte in Bargeld startete er zu einer grandiosen, einwöchigen Bierreise, bei der er das ganze Geld von insgesamt 1.280 DM vertrank. Durch einen Zufall kam die Geschichte einige Monate später heraus. Die Quittung für diesen „Mord auf Bestellung“ erhielt Gollmitzer vom Schwurgericht München in Gestalt von acht Jahren Zuchthaus wegen versuchter Anstiftung zum Mord. Obwohl das Leben der Josefine F. — schon nach laienhafter Vorstellung — mehr gefährdet gewesen wäre, wenn Gollmitzer, der zudem Josefine und ihre Lebensgewohnheiten persönlich gut kannte, selbst mit dem Gift nach Las Palmas geflogen und sein Mordplan einen Tag vor Ausführung der Tat von Josefine entdeckt worden wäre, hätte er trotz Vorbereitung seines Planes in allen Einzelheiten nach dem geltenden Recht nicht bestraft werden können, da nur eine straflose Vorbereitungshandlung vorgelegen hätte.

Wenn andererseits radikale Gruppen in aller Öffentlichkeit ihre nächsten Gewaltaktionen, z. B. gegen den Springer-Konzern oder gegen Ausstellungen oder Veranstaltungen aller Art planen, oder wenn sie wie vor zwei Jahren vor den Toren amerikanischer Kasernen die Soldaten mit Spruchbändern, Lautsprechern und Luftballons zum Verlassen der Armee bewegen wollen, taucht in der Öffentlichkeit immer wieder die Frage auf, ob es nicht möglich sei, neben polizeilichen Mitteln auch mit Hilfe des Strafgesetzes derartige Handlungen zu verhindern und drohende Gewaltakte bereits im Keime zu ersticken. Gedacht wird dabei in erster Linie an die Bestimmungen über versuchte Anstiftung

¹ Vgl. Stuttgarter Zeitung vom 3., 4. und 6. 12. 1968.

(§ 49 a Abs. 1), Verabredung (§ 49 a Abs. 2), Aufforderung zu strafbaren Handlungen (§ 111) oder im letzteren Beispiel an die Spezialvorschriften der versuchten Verleitung zu militärischem Ungehorsam und zur Fahnenflucht (§§ 109 b und 109 c StGB)².

Diese Fälle aus der Rechtspraxis deuten bereits die Probleme an, um welche es vom Tatsächlichen her in der vorliegenden Untersuchung geht. Und die Lebenswirklichkeit bzw. die Forderungen, welche diese an das Strafrecht stellt, sollen auch bei der folgenden, der Materie nach eindeutig dogmatischen Untersuchung durchweg im Hintergrund stehen, da eine Dogmatik „l'art pour l'art“, wie sie in vergangener Zeit leider allzu häufig anzutreffen war, weder sinnvoll noch effektiv ist.

Rechtspolitisch geht es deshalb im folgenden um die Frage, wie weit die kriminalpolitische Verteidigungslinie vorverlegt werden darf, und in welcher Art und Weise der verbrecherische Wille manifestiert sein muß, damit der Staat mit Strafe reagieren kann. Da das Strafrecht seiner Natur nach grundsätzlich reaktiv ist und lediglich durch die Strafandrohung eine gewisse präventive Wirkung hat, müssen schon sehr gewichtige kriminalpolitische Bedürfnisse dafür sprechen, wenn auch eine Bestrafung im konkreten Fall zur Präventivwirkung herangezogen werden soll, wie dies z. B. im oben geschilderten Fall der Verhinderung von drohenden Gewaltmaßnahmen gefordert wird. Für derartige Präventivmaßnahmen ist nämlich seiner Natur nach vornehmlich das Polizeirecht zuständig, welches die geeigneten rechtlichen Möglichkeiten besitzt, um gegen Störer vorzugehen. Der Fall des Gastwirts Gollmitzer zeigt aber auch, daß es offensichtlich nicht nur um Verhinderung von konkreten Straftaten geht, sondern daß gewisse vorbereitende Handlungen der Schwerstkriminalität der großen Schuld des Täters oder — anders ausgedrückt — allein des Handlungsrechts wegen bestraft werden sollen.

Die beiden eingangs geschilderten Fälle haben vom Sachverhalt her wenig Gemeinsames, rechtlich weisen sie jedoch die Gemeinsamkeit auf, daß einmal lediglich Vorbereitungshandlungen vorliegen, zum anderen jeweils mehrere Personen an dieser Vorbereitungshandlung in irgendeiner Art und Weise beteiligt sind, es sich mithin um Vorstufen der Beteiligung handelt, die de lege lata in § 49 a geregelt sind. Damit deutet sich auch bereits der dogmatische Standort der Untersuchung an. Er ist sowohl in der Teilnahmelehre als auch in der Lehre vom Versuch zu finden, wobei gerade die Verbindung dieser beiden, ihrem Wesen und ihrer Struktur nach wenig Gemeinsamkeiten aufweisenden besonderen Erscheinungsformen des Verbréchens, zu erheblichen Schwierig-

² Vgl. hierzu *Jescheck*, NZWehrr 1969, 130 f.

keiten in der Rechtsanwendung führen kann, die nicht nur ein nahezu unerschöpfliches Reservoir für Übungsklausuren bilden, sondern auch zu zahlreichen höchstrichterlichen Entscheidungen zur Auslegung der einzelnen Tatbestandsmodalitäten des § 49 a geführt hat³.

2. Methodisches Vorgehen und Abgrenzung des Themas

Methodisch bestehen bei der folgenden Untersuchung mehrere Schwierigkeiten. Einmal muß, um überhaupt irgendeinen festen Anhaltspunkt zu haben, von bestimmten Erscheinungsformen des geltenden Rechts ausgegangen werden, zum andern soll aber gerade das soziale und kriminalpolitische Problem den Ausgangspunkt bilden, damit nicht bereits durch gesetzliche Regelungen eine — vielleicht falsche — Vorentscheidung getroffen ist. Deshalb sollen zunächst in einem ersten Teil die möglichen tatsächlichen Erscheinungsformen von Vorstufen einer Beteiligung dargestellt werden, wobei die geltende gesetzliche Regelung der Teilnahme und des Versuchs zugrunde gelegt wird. Da es zahlreiche und sehr unterschiedliche Figuren gibt, die als Fälle der *versuchten Anstiftung* eingestuft werden, wird besonders auf diesem Gebiet eine sehr genaue Strukturanalyse notwendig sein. Erst in einem zweiten Teil soll dann auf die Strafbarkeit de lege lata und die Strafwürdigkeit de lege ferenda der entsprechenden Erscheinungsformen eingegangen werden.

Die zweite methodische Schwierigkeit besteht darin, auf der einen Seite zu kriminalpolitisch befriedigenden Ergebnissen zu kommen, die zudem der materiellen Gerechtigkeit und den rechtsstaatlichen Erfordernissen entsprechen müssen, was ein mehr induktives Vorgehen nahelegt, auf der anderen Seite aber auch die vielfältigen Erscheinungsformen unter einheitlichen dogmatischen und systematischen Gesichtspunkten zu sehen, was für ein mehr deduktives Vorgehen spricht. Daher wird man zwangsläufig des öfteren zweiseitig arbeiten müssen und eine Synthese von Problem- und Systemdenken anstreben, um so ein Höchstmaß von Systemtreue mit brauchbaren kriminalpolitischen und gerechten Einzelergebnissen zu verbinden⁴.

Eine weitere methodische Schwierigkeit besteht schließlich darin, auf der einen Seite eine de lege ferenda Regelung vorzuschlagen, was zwar wegen des vor kurzem verabschiedeten Zweiten Gesetzes zur Reform

³ Auf die überdurchschnittlich hohe Zahl von Zweifelsfragen und Revisionsentscheidungen zu § 49 a weisen insbesondere hin: *Fränkel*, *Niederschriften* Bd. II, S. 209; *Lange*, ebd. S. 263; *Rösch*, ebd. S. 214.

⁴ So auch *Maurach* in seiner Abhandlung über die Verbrechensverabredung, *JZ* 1961, 137.