

**Strafrechtliche Abhandlungen**

**Neue Folge · Band 38**

# **Die Bestrafung des Ratgebers**

**Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe**

**Von**

**Dr. Joachim Schulz**



**DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN**

JOACHIM SCHULZ

**Die Bestrafung des Ratgebers**

**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 38**

# Die Bestrafung des Ratgebers

Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe

Von

Dr. Joachim Schulz



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen  
von Prof. Dr. G. Bemann, Hagen

Alle Rechte vorbehalten  
© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1980 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 04654 4

## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> . . . . .	<b>9</b>
-----------------------------	----------

### *Erster Abschnitt*

#### **Der Meinungsstand zum Problem der Umstimmung**

<i>A. Einführung in die Problemstellung</i> . . . . .	<b>11</b>
<i>B. Die analytischen Meinungen</i> (Das Problem der Entschlußergänzung) . . . . .	<b>16</b>
I. Grundlagen . . . . .	<b>16</b>
1. Die Unterscheidung von Tatplanergänzung und Tatplanmodifikation . . . . .	<b>16</b>
2. Die Unklarheit des Ergänzungsbegriffs (Die Funktionalität von plus und aliud) . . . . .	<b>17</b>
3. Folgen der Funktionalität von plus und aliud . . . . .	<b>20</b>
a) Ein abstrakter Begriff von „Ergänzen“ . . . . .	<b>21</b>
aa) Welzel . . . . .	<b>22</b>
bb) Samson . . . . .	<b>22</b>
cc) Die sonstigen Anhänger der analytischen Theorie . . . . .	<b>27</b>
b) Der ceteris-paribus-Gedanke . . . . .	<b>29</b>
4. Resümee . . . . .	<b>31</b>
II. Das analytische Trennungsprinzip und seine Berechtigung . . . . .	<b>31</b>
1. Das Problem der Gesamtverantwortung des Ratgebers in den Ergänzungsfällen . . . . .	<b>32</b>
a) Die radikale Fassung des Trennungsprinzips (Eser) . . . . .	<b>32</b>
b) Das gemäßigte Trennungsprinzip . . . . .	<b>42</b>
aa) Das plus führt zu einem Tatbestandswechsel . . . . .	<b>43</b>
bb) Das plus führt zu keinem Tatbestandswechsel . . . . .	<b>49</b>
2. Resümee . . . . .	<b>54</b>
III. Zusammenfassende Würdigung der analytischen Meinung . . . . .	<b>54</b>

<i>C. Die einzelnen Identitätskriterien</i> (Das Problem des aliud) .....	56
I. Die phänomenalen Identitätskriterien .....	57
1. Der Unterschied zwischen phänomenalen und normativen Identitätskriterien .....	57
2. Die Ausprägungen des phänomenalen Identitätskriteriums .....	61
a) Die Übernahme der Lösungen des Exzeßproblems .....	61
aa) Die dogmatische Einordnung des Exzeß- problems nach der herrschenden Lehre und ihre Konsequenzen .....	62
bb) Die Verantwortlichkeitsfrage beim Exzeß und beim Ratgeber .....	71
cc) Der Zusammenhang zwischen Exzeß- und Ratgeberproblematik .....	72
b) Sonstige Übernahmeföglichkeiten .....	74
aa) Die Wahlfeststellung .....	74
bb) Natürliche Handlungseinheit und Fortsetzungszusammenhang .....	75
c) Die natürliche Betrachtungsweise .....	76
aa) Die praktische Unvermeidbarkeit der natürlichen Betrachtungsweise .....	76
bb) Die theoretische Notwendigkeit der natürlichen Betrachtungsweise .....	78
cc) Natürliche Betrachtungsweise und juristische Rationalität .....	80
dd) Natürliche Betrachtungsweise und Unrecht (Die Auffassung Storcks) .....	84
ee) Natürliche Betrachtungsweise und der Übergewichtsgedanke (Die Auffassung Roxins) .....	87
3. Die Berechtigung des phänomenalen Identitätskriteriums (Die Ansicht Samsons und Heinzes) .....	91
II. Die normativen Identitätskriterien .....	101
1. Die Funktion des normativen Identitätskriteriums .....	101
2. Der Inhalt des normativen Identitätskriteriums .....	103
a) Das Rechtsgut als konstitutives normatives Identitätskriterium (Heinze, Samson) .....	105

b) Das Rechtsgut als limitierendes normatives Identitätskriterium (Stork) .....	115
c) Exkurs: Die Ansicht des Bundesgerichtshofs .....	120
3. Zusammenfassung .....	122

*Zweiter Abschnitt*

**Der Begriff des omnimodo facturus**

I. Allgemeines .....	124
II. Der omnimodo-facturus-Begriff in Literatur und Rechtsprechung .....	125

*Dritter Abschnitt*

**Die Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe  
nach dem Strafgrund der Anstiftung  
(Die eigene Ansicht)**

I. Grundlegung der Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe .....	130
1. Der Strafgrund der Anstiftung im Rahmen der allgemeinen Teilnahmelehre .....	130
2. Der Strafgrund der Anstiftung als Sonderproblem der Teilnahmelehre .....	132
a) Die Korruption des Täters als Straf(erhöhungs)grund der Anstiftung .....	133
b) Die besondere Gefährlichkeit des Anstifters als Straf(erhöhungs)grund der Anstiftung .....	135
3. Der Strafgrund der „beratenden“ Anstiftung (Die Planherrschaft) .....	137
4. Die Schaffung oder Veränderung des deliktischen Sinnzusammenhangs als Haupttyp der Planherrschaft .....	145
II. Neuralgische Fälle der Planherrschaft .....	151
1. Deliktischer Sinnzusammenhang und Motiv .....	151
2. Innertatbestandliche Quantitätssteigerungen .....	154
3. Deliktischer Sinnzusammenhang und höchstpersönliche Rechtsgüter .....	156

4. Die omnimodo-factorus-Frage . . . . .	161
5. Deliktischer Sinnzusammenhang nur Haupttyp der Planherrschaft . . . . .	162
III. Normative Grenzen des Planherrschaftsgedankens . . . . .	164
1. Die Bestimmung des normativen Identitätskriteriums . . . . .	164
2. Normatives Identitätskriterium und analytische Meinung . . . . .	172
IV. Die „Abstiftung“ . . . . .	176
<b>Ergebnis . . . . .</b>	<b>179</b>
<b>Literatur . . . . .</b>	<b>180</b>

## Einleitung

Der Anstifter wird gleich dem Täter bestraft (§ 26 StGB); die Strafe des Gehilfen ist dagegen – obligatorisch – zu mildern (§ 27 Abs. 2 Satz 2 StGB). Ist die versuchte Anstiftung mit Strafe bedroht, falls es sich um ein Verbrechen handelt, so bleibt die versuchte Beihilfe immer straflos.

Von den Rechtsfolgen her gesehen ist also die Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe ebenso bedeutsam wie die von Täterschaft und Teilnahme. Gehört die Bestimmung des Täterbegriffs zu den am meisten diskutierten Problemen der Dogmatik, so sucht man eine Monographie, die sich mit der Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe umfassend auseinandersetzt, bislang vergeblich. Bis zu einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1967 (BGHSt 19, S.399 ff.) findet sich sogar neben einigen kurzen Bemerkungen in einem Teil der Kommentare und Lehrbücher überhaupt keine Abhandlung, die sich dieser Problematik widmet.

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, wie Anstiftung und Beihilfe voneinander abzugrenzen sind, ist der Grundsatz, daß der Täter nicht mehr angestiftet werden kann, *wenn* und *soweit* er vor der Beeinflussung durch den Teilnehmer bereits tatentschlossen (*omnimodo facturus*) war. Unter dieser Voraussetzung kann nur (psychische) Beihilfe vorliegen.

Spaltet man den Tatentschluß des Täters in seine voluntative und in seine intellektuelle Seite auf, so lassen sich drei Problembereiche unterscheiden:

1. Wo verläuft die Grenze zwischen dem Hervorrufen des Willens zur Tat und dem *Bestärken* eines schon vorhandenen Willens?
2. Wie konkret müssen die Vorstellungen des Täters vom zukünftigen Tatgeschehen sein, damit ein Hinzufügen von weiteren Einzelheiten den Entschluß nicht hervorruft, sondern nur *ergänzt*?
3. Welche Elemente der schon vorhandenen Tatplanung eines *omnimodo facturus* dürfen verändert werden, ohne daß ein neuer Tatentschluß hervorgerufen, daß vielmehr der alte nur *modifiziert* wird?

Entsprechend dem Anlaß der angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofes befassen sich die Darstellungen in der Literatur fast ausschließlich mit dem dritten Problembereich, allerdings zumeist auf Teilaspekte beschränkt. Dagegen wird den anderen Fragen so gut wie keine Aufmerksamkeit geschenkt. Noch weniger wird der Blick darauf gerichtet, ob sich zwischen den Problemen aus übergeordneten Gesichtspunkten heraus Verbindungslinien ergeben.

Auch die vorliegende Untersuchung befaßt sich nicht mit der Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe insgesamt, sondern nur mit den unter 2. und 3. aufgeworfenen Fragen. Damit soll versucht werden, für die intellektuelle Komponente des Täterentschlusses eine übergreifende Lösung zu finden. Die voluntative Komponente bleibt ausgeklammert, scheint es doch so zu sein, daß hier dogmatische Erwägungen zur Lösung wenig beitragen, daß es sich überwiegend um eine Sachverhaltsfrage handelt. Dies bedarf jedoch noch weiterer Klärung.

Der Struktur des Diskussionsstandes entsprechend soll mit Frage 3., der Umstimmungsproblematik, begonnen werden (1. Abschnitt). Hierbei wird sich erweisen, daß eine fundierte Lösung ohne gleichzeitige Beantwortung der Frage 2. (2. Abschnitt) nicht möglich ist. Auf der so gewonnenen Basis soll anschließend die Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe einer neuartigen Lösung zugeführt werden.

Angesichts der zum Teil sehr knappen Äußerungen in Literatur und Rechtsprechung kann sich die Diskussion des Meinungsstandes nicht darin erschöpfen, die entsprechenden Passagen zu referieren und entweder als unvollständig, mithin wenig aussagekräftig, abzutun, oder aber eine bestimmte Interpretation als allein zutreffend zu unterstellen. Kann eine Äußerung in verschiedener Weise verstanden werden, so sollen vielmehr die einzelnen Möglichkeiten dargestellt und auf ihre Konsequenzen hin überprüft werden. Es ist also möglich, daß einem Autor Ansichten zugesprochen werden, die er seinem eigenen Verständnis nach nicht vertritt. Das ist aber prinzipiell kein Schaden, da auf diese Weise die möglichen und nicht nur die tatsächlich vertretenen Meinungen in den Diskussionsstand einbezogen werden. Damit verbreitert sich das Untersuchungsfeld.

An einigen Punkten der folgenden Untersuchung wird auf logische, sprach- und wissenschaftstheoretische Fragen eingegangen werden. In dem Dilemma, hierbei zwischen zwei verschiedenen gleichermaßen möglichen Ansätzen wählen zu müssen, fiel die Entscheidung, keine Arbeit mit dem Titel „Ausgewählte Probleme der Logik, Semantik und Hermeneutik am Beispiel der Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe“ zu schreiben.

Auf die entsprechenden Fragen wird daher nur im unbedingt notwendigen Umfang eingegangen werden. Der an diesen Fragen interessierte Leser wird die Ausführungen vielfach als zu kurz empfinden und insbesondere ein Eingehen auf den Streitstand vermissen.

Andere Leser werden sie als zu ausführlich oder gar überflüssig ansehen. Es erscheint jedoch als Gebot intellektueller Redlichkeit, wenigstens die Prämissen der Argumentation auch für den in diesen Fragen nicht bewanderten Leser darzulegen. Anspruch auf Originalität wird für diese Passagen nicht erhoben.

## *Erster Abschnitt*

### **Der Meinungsstand zum Problem der Umstimmung**

#### **A. Einführung in die Problemstellung**

Wer den Entschluß eines anderen zu dessen rechtswidriger Haupttat hervorruft, wird wegen Anstiftung bestraft (§ 26 StGB). Daraus kann jedoch nicht – e contrario – gefolgert werden, daß der bereits tatentschlossene Haupttäter in keinem Fall mehr angestiftet werden könne, daß also der Ratgeber des omnimodo facturus immer nur (psychische) Beihilfe begehe. Das zeigt bereits ein einfaches Beispiel.

Der Berufsverbrecher A will im Auftrage des B am 06.05.1976 ein Gemälde des X stehlen. C überredet ihn, statt dessen – für eine beträchtliche Geldsumme – C's Ehefrau zu vergiften.

C hat zum Mord angestiftet, nicht etwa nur Beihilfe geleistet. Denn zu dieser Tat war A vor der Einwirkung des C nicht entschlossen. Kein Element des ursprünglichen Entschlusses findet sich im Mordentschluß wieder, außer der (allgemeinen) Bereitschaft, an einem bestimmten Tag (irgend-) ein Delikt zu begehen. Dieser Umstand vermag jedoch nicht die Strafbarkeit wegen Anstiftung auszuschließen. Hätte nämlich vor der Einwirkung des C nur diese allgemeine Bereitschaft vorgelegen, ohne auf ein bestimmtes Delikt konkretisiert zu sein, so handelte es sich unstreitig<sup>1</sup> um Anstiftung. Der Wille, irgendein Verbrechen zu begehen, ist noch kein Entschluß im Sinne des § 26 StGB. Der Entschluß kann demnach noch hervorgerufen werden.

Genausowenig kann aber gefolgert werden, daß jede Modifikation des ursprünglichen Entschlusses deswegen Anstiftung sei, weil der Ratgeber in diesem Fall (mit-) ursächlich für den konkreten endgültigen Tatentschluß geworden ist. Damit würde nämlich die psychische Beihilfe auf die emotionale Bestärkung des bereits Tatentschlossenen reduziert. Beihilfe durch Rat wäre undenkbar. Das aber widerspräche dem Gesetz, das den § 48 a.F. StGB, der diese Form der Beihilfe ausdrücklich vorsah, insoweit nicht ändern wollte<sup>2</sup>. Eine Verschiebung der Grenze zwischen Anstiftung und Beihilfe war nicht beabsichtigt.

<sup>1</sup> Vgl. an dieser Stelle statt aller Schönke / Schröder / Cramer § 26 RdNr. 5 m.w. Nachw.

<sup>2</sup> Allg. Ansicht. Vgl. z.B. Dreher § 27 RdNr. 7; Jescheck, AT, S. 563; Lackner § 27 Anm. 3; Samson in SK § 27 RdNr. 11; Schönke / Schröder / Cramer § 27 RdNr. 2.