

**9. Wie ist ein Anstifter zu beurteilen, der durch dieselbe natürliche Handlung einen anderen zu mehreren selbständigen oder mehrere andere zu mehreren in Allein- oder Mittäterschaft zu begehenden Straftaten anstiftet?**

I. Straffenat. Urf. v. 3. Dezember 1935 g. S. u. a. 1 D 1195/34.

I. Schwurgericht Schweinfurt.

Aus den Gründen:

Der Angeklagte A. hat durch dieselbe Äußerung die Angeklagten S. und G. zum Meineid angestiftet. Dann ist er aber zu Unrecht wegen zweier selbständiger Verbrechen der Anstiftung zum Meineid schuldig erkannt und zu einer Gesamtstrafe verurteilt worden.

Die Entscheidung des Schwurgerichts entspricht allerdings der bisherigen Rechtsprechung des RG. Dieser liegt folgender Gedankengang zugrunde: Den Anstifter treffe nach § 48 Abs. 2 StGB. die Strafe der Handlung, zu der er wissentlich angestiftet habe; er hafte für die Handlung eines andern, die er vorsätzlich hervorgerufen habe. Aus dieser unselfständigen, von der Haupttat bestimmten Natur der Anstiftung und insbesondere aus der Anwendbarkeit der für den Täter vorgesehenen Strafandrohung auf den Anstifter folge notwendig, daß bei einer einzigen Anstiftung zu mehreren Straftaten auch für die Anstiftung sachliches Zusammentreffen so vieler Straftaten anzunehmen sei, wie nach dem Willen des Anstifters vom Angestifteten verübt werden sollten und verübt worden sind; hierbei sei es gleichgültig, ob die Anstiftung an eine Person gerichtet gewesen sei, die infolge der Anstiftung mehrere selbständige Straftaten begehe, oder gleichzeitig an mehrere Personen, von denen jede für sich die durch die Anstiftung verursachte Missetat ausführe. Von einem rechtlichen Zusammentreffen i. S. des § 73 StGB. könne nicht die Rede sein, weil die Anstiftung für sich allein ein „indifferentes Akt“ sei und kein Strafgesetz verleihe, unter „Handlung“ in den §§ 73, 74

StGB. aber „strafbare Handlungen“ zu verstehen seien. Die durch den Anstifter herbeigeführte Haupttat sei als die ihm zuzurechnende strafbare Handlung anzusehen; wenn daher infolge der Anstiftung und nach dem Willen des Anstifters mehrere selbständige strafbare Handlungen begangen worden seien, so lägen auch bei dem Anstifter ebensoviele selbständige Handlungen vor, so daß § 74 StGB. gegen ihn zur Anwendung komme (vgl. die Entscheidung in RGSt. Bd. 5 S. 227, 229 und die ihr folgenden Entscheidungen in RGSt. Bd. 8 S. 153, 158—160, Bd. 38 S. 26, 27 unten, Bd. 51 S. 97, 101 a. E.). Hiermit übereinstimmend hat die Entscheidung RGSt. Bd. 4 S. 95, 97—98 ausgesprochen, eine einheitliche, als eine Handlung sich darstellende Beihilfe zu mehreren selbständigen Handlungen könne wegen der unselbständigen Natur der Beihilfe selbst dann nicht angenommen werden, wenn sich die Beihilfe nach ihrer Beschaffenheit als ein Tätigkeitsakt darstelle. (Ebenso RGStpr. Bd. 3 S. 684; RGSt. Bd. 11 S. 37, 39 und S. 56, 59—60, Bd. 54 S. 164, 165 a. E. Vgl. auch RGSt. Bd. 57 S. 352, 354 a. E.)

Der Gedankengang der grundlegenden Entscheidungen in RGSt. Bd. 4 S. 95 und Bd. 5 S. 227 entsprach der zur Zeit ihrer Erlassung herrschenden Denkweise und wurde auch im Schrifttum der damaligen Zeit vertreten.<sup>1</sup> Er widerspricht aber der natürlichen Betrachtungs- und Denkweise, die in der Rechtsprechung des RG. im Laufe der Zeit zum Durchbruch gekommen ist. Die Regelung, die Anstiftung und Beihilfe im geltenden Recht gefunden haben, bedingt allerdings eine weitgehende Abhängigkeit der Teilnahmehandlungen von der Haupttat oder den Haupttaten, auf die sie sich beziehen. Das ergibt sich schon aus der Fassung der §§ 48 und 49 StGB. Hiernach kann der Anstifter und der Gehilfe — vorbehaltlich der im § 4 JGG. vorgesehenen Ausnahme — nur bestraft werden, wenn sich die Haupttat, zu der er angestiftet oder Hilfe geleistet hat, als „strafbare Handlung“ (§ 48 StGB.), als „Verbrechen oder Vergehen“ (§ 49 StGB.), also als äußerlich rechtswidrige und innerlich schuldhaftige Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes darstellt, und der Anstifter und der Gehilfe haften auch nur entsprechend dem Umfang, in dem die Haupttat verwirklicht worden ist; auch ist die Strafe für den Anstifter und für den Gehilfen

<sup>1</sup> Vgl. Binding *StB.* 1885 Bd. 1 S. 586—587; Virkmeyer *Lehre von der Teilnahme* 1890 S. 180. D. E.

nach dem Gesetz festzusetzen, daß auf die Haupttat anzuwenden ist. Eine nicht gerade zwingende, aber naheliegende und dem natürlichen Rechtsgefühl entsprechende Folgerung aus der Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat geht ferner dahin, daß mehrere gleichartige Teilnahmeformen (mehrere Anstiftungs- oder mehrere Beihilfehandlungen), die sich auf dieselbe Haupttat beziehen, rechtlich zu einer einheitlichen Anstiftung oder Beihilfe zusammengefaßt werden.<sup>1</sup> Auch die Folgerung ist mit dem natürlichen Rechtsempfinden vereinbar, daß eine einheitliche Anstiftung oder eine einheitliche Beihilfe zu mehreren rechtlich oder sachlich zusammen-treffenden Gesetzesverletzungen desselben oder verschiedener Haupt-täter rechtlich auch beim Anstifter oder Gehilfen als eine Mehrheit von Gesetzesverletzungen beurteilt wird. Dagegen widerstrebt es der natürlichen Betrachtungsweise, eine einheitliche natürliche Handlung als zwei selbständige Handlungen anzusehen. Dem Gesetzgeber (und erst recht der Rechtslehre) fehlt die Macht, zu bestimmen, daß entgegen den tatsächlichen Vorgängen zwei verschiedene Handlungen dasselbe seien wie eine einzige Handlung; er kann nur anordnen, daß die Folgen dieser beiden wesensverschiedenen Begehungsarten dieselben oder ähnliche sein sollen.<sup>2</sup> Das geltende Recht enthält aber — abgesehen von bestimmten Ausnahmen in Sondergesetzen, z. B. § 418 Abs. 1 Satz 2 RAbgD., § 158 BZG. — keine solche Anordnung; vielmehr ist nach § 73 StGB. gegen den, der durch dieselbe Handlung (im natürlichen Sinne) mehrere Straf-gesetze verletzt, nur auf eine — dem schwersten Gesetz zu entnehmende — einheitliche Strafe zu erkennen; dagegen verwirkt nach § 74 StGB. mehrere Strafen, wer durch mehrere selbständige Handlungen (im natürlichen Sinne) mehrere Verbrechen oder Vergehen oder dasselbe Verbrechen oder Vergehen mehrmals begeht; diese Strafen sind, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen, auf eine Gesamt-strafe zurückzuführen. Es ist nicht einzusehen, weshalb diese Vor-schriften für Anstiftungs- und Beihilfehandlungen nicht gelten sollen. Nicht durchschlagend sind die Gründe, die die Entscheidung RGSt. Bd. 5 S. 227 dafür anführt, daß § 73 auf eine durch einen ein-

<sup>1</sup> Vgl. Olschhausen-Miethammer N. 3, 18b zu § 73 StGB.; Lobe Einführung in den allgemeinen Teil des StGB. 1933 S. 165 unter f. D. E.

<sup>2</sup> So auch Grau in Görtner Das kommende Strafrecht Allgemeiner Teil 2. Aufl. S. 226. D. E.

heitlichen Akt begangene Anstiftung zu mehreren selbständigen Straftaten nicht anwendbar sei. Die Strafbarkeit der Anstiftungs- und Beihilfehandlungen ist zwar abhängig von der Begehung der Haupttat; wird aber die Haupttat — mindestens in der Form des Versuches — begangen, so werden auch sie zu „strafbaren Handlungen“ im Sinne der Überschrift des fünften Abschnitts des StGB. Die in den §§ 73 und 74 verwendeten Worte „eine und dieselbe Handlung“ und „mehrere selbständige Handlungen“ aber bezeichnen gerade die natürlichen Handlungen, die dadurch, daß sie gegen Strafgesetze verstoßen, zu „strafbaren Handlungen“ i. S. der Überschrift werden (RSt. Bd. 62 S. 83, 87)<sup>1</sup>. Daß § 73 auch dann anwendbar ist, wenn durch dieselbe Handlung dasselbe Strafgesetz mehrfach verletzt wird (sog. gleichartige Lateinheit), ist jetzt in der Rechtsprechung des RG. anerkannt.<sup>2</sup> Es ist auch vom Standpunkte der Billigkeit aus nicht einzusehen, weshalb die Handlungseinheit bei der Teilnahme anders bewertet werden soll als bei der Täterschaft. Den Vorschriften der §§ 73 flg. StGB. liegt unzweifelhaft der Gedanke zugrunde, daß bei sonst gleichen Verhältnissen das Maß der Schuld geringer sei, wenn mehrere Gesetzesverletzungen durch eine einzige Willensbetätigung begangen würden, als wenn das durch mehrere selbständige Willensbetätigungen geschehe.<sup>3</sup> Ob dieser Gedanke richtig ist, kann hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist das der Standpunkt des geltenden Rechtes, und von diesem Standpunkte aus ist es unbillig, die mildere Beurteilung nur beim Täter, nicht auch beim Teilnehmer anzuwenden. Vom Standpunkte des „Willensstrafrechts“ aus kann man zu der Auffassung gelangen, daß rechtliches und sachliches Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen bei der Bestrafung gleichartig zu behandeln seien; hierfür hat sich die amtliche Strafrechtskommission in der ersten Lesung entschieden, aber nicht — was an sich rechtlich möglich wäre — in der Weise, daß durch die mehreren Gesetzesverletzungen mehrere Strafen verwirkt sein sollen, sondern in der Weise, daß ohne Rücksicht darauf, ob es sich um rechtliches oder sachliches Zusammentreffen handelt, auf eine Einheitsstrafe erkannt

<sup>1</sup> Vgl. auch Olshausen-Niehammer N. 1 zu § 73 StGB. und das dort angeführte Schrifttum. D. E.

<sup>2</sup> Vgl. Olshausen-Niehammer N. 16 zu § 73 StGB. und das dort angeführte Schrifttum. D. E.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu Binding §b. Bd. 1 S. 575. D. E.

werden soll. Hierzu wird im amtlichen Bericht bemerkt, daß es im Falle des rechtlichen Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen unnatürlich sein würde, für jede einzelne Gesetzesverletzung Einzelstrafen wie bei einer Gesamtstrafenbildung auszuwerfen; zwar werde bei der Tateinheit die Strafwürdigkeit des verbrecherischen Willens dadurch gesteigert, daß sich dieser nicht auf eine, sondern auf mehrere Gesetzesverletzungen erstrecke; aber dieser höhere Grad der Strafbarkeit dürfe nicht darüber hinwegtäuschen, daß nur ein einziger natürlicher Vorgang vorliege, der auch nur einmal bestraft werden könne.<sup>1</sup> Das erhöhte Strafbedürfnis, das beim Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen besteht, kann auch im Falle der Tateinheit in der Regel innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Nur in den äußerst seltenen Fällen, in denen der Richter schon für eine Gesetzesverletzung die zulässige Höchststrafe oder eine an das Höchstmaß nahe heranreichende Strafe für angemessen hält und infolgedessen für die Berücksichtigung der weiteren Gesetzesverletzung kein oder nur wenig Raum bleibt, ist dem Richter bei Annahme von Tateinheit in dem Höchstmaß der schwersten Strafe eine unüberschreitbare Grenze gesetzt; das entspricht aber dem Willen des Gesetzes, der im § 73 StGB. zum Ausdruck kommt. Nach den bisherigen Beschlüssen der Strafrechtskommission soll hier dadurch abgeholfen werden, daß zugelassen wird, das Höchstmaß der Strafe zu überschreiten.

In besonderen — gleichfalls nur sehr seltenen — Fällen kann die hier vertretene Auffassung zu dem Ergebnis führen, daß ein Anstifter oder Gehilfe, der durch dieselbe Handlung zu zwei oder mehr selbständigen Straftaten angestiftet oder Hilfe geleistet hat, aber nur wegen Anstiftung oder Beihilfe zu einer Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist, infolge Verbrauchs der Strafflage nicht mehr verfolgt werden kann, wenn sich nachträglich herausstellt, daß sich seine einheitliche Teilnahmehandlung auch noch auf eine weitere Haupttat erstreckt hat. Allein auch hier gilt für die Teilnahme nichts anderes als für die Täterschaft, die sich in einer Handlung erschöpft. Wer durch rechtskräftiges Urteil wegen verbotenen Schießens bestraft ist, kann, weil die Strafflage verbraucht ist, nicht mehr verfolgt werden, wenn nachher ermittelt wird, daß er durch

<sup>1</sup> Pal. Grau a. a. D. S. 230. D. C.

denjenigen Schuß vorsätzlich einen Menschen getötet hat oder hat töten wollen. Diese — für sich betrachtet unerfreulichen — Ergebnisse beruhen auf der Rechtsprechung über die Rechtskraft und den Verbrauch der Strafkraft. Ob sie wegen der Bedeutung der Rechtskraft in Kauf genommen werden müssen, oder ob nach den heute geltenden Rechtsanschauungen eine Änderung jener Rechtsprechung geboten ist, oder ob es dem Gesetzgeber überlassen werden muß, eine Änderung herbeizuführen, braucht hier nicht geprüft zu werden. Jedenfalls rechtfertigen es die hier erörterten seltenen Fälle nicht, an der Annahme festzuhalten, daß bei der Teilnahme unter Umständen dieselbe Handlung mehreren selbständigen Handlungen gleichzusetzen sei.

Auf Grund dieser Erwägungen muß angenommen werden, daß nach geltendem Recht bei einer Anstiftung oder Beihilfe zu mehreren Gesetzesverletzungen, die in einer einzigen Handlung besteht, stets rechtliches Zusammentreffen vorliegt, gleichviel, ob die mehreren Gesetzesverletzungen von einem Haupttäter in Lateinheit oder in Tatmehrheit oder ob sie von verschiedenen Haupttätern begangen werden. Diese Meinung wird auch im neueren Schrifttum weit überwiegend vertreten.<sup>1</sup>

Legt man diese Ansicht im vorliegenden Fall zugrunde, so ist der Angeklagte A. zweier in Lateinheit stehender Verbrechen der Anstiftung zum Meineide schuldig, da nur eine Äußerung gegenüber S. und G. in Betracht kommt und nicht etwa zwei aufeinander folgende Äußerungen gegenüber einem jeden von ihnen. In diesem Sinne ist der Schuldspruch zu berichtigen. Infolgedessen ist der Ausspruch der Gesamtstrafe, der Einzelstrafen und der Nebenstrafe — nicht auch der Nebenfolge nach § 161 Abs. 1 StGB. — aufzuheben und die Sache zu neuer Straffestsetzung zurückzuverweisen.

<sup>1</sup> Vgl. Lobe a. a. O. S. 164, 165 und das dort angeführte Schrifttum Gl. V. übrigens auch schon Merkel in H. J. Bd. 4 S. 227 und Büniger in JStR. Bd. 8 S. 714. D. E.