

Entscheidung | Straf- und Strafprozessrecht

Dr. Nils Hauser* und Prof. Dr. Martin Heger

Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen

BGH, Urteil vom 29. November 2023 – 6 StR 179/23, zur Veröffentlichung bestimmt in BGHSt

<https://doi.org/10.1515/juru-2024-2038>**StGB § 30 Abs. 2 Var. 3 Alt. 2**

Die Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen (§ 30 Abs. 2 Variante 3 Alt. 2 StGB) setzt eine vom ernstlichen Willen getragene Einigung von mindestens zwei Personen voraus, gemeinschaftlich einen Dritten zur Begehung eines bestimmten Verbrechens anzustiften. Der Verwirklichung steht nicht stets entgegen, dass im Zeitpunkt der Übereinkunft die Person des präsumtiven Täters noch nicht feststeht und unklar ist, ob überhaupt ein solcher gefunden und bestimmt werden kann. (amtl. LS nach Rn. 8 und 11 der Gründe)

BGH, Urteil vom 29. November 2023 – 6 StR 179/23

Gründe

1 Die Staatsanwaltschaft legt den Angeklagten zur Last, seit August 2021 bis zum 5. April 2022 gemeinschaftlich versucht zu haben, einen anderen zur Begehung eines Mordes zu bestimmen oder hierzu anzustiften.

2 Das Landgericht hat die Angeklagten vom Anklagevorwurf freigesprochen. Hiergegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihren auf die Rüge der Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revisionen. Die vom Generalbundesanwalt vertretenen Rechtsmittel haben Erfolg.

I.

3 1. Nach den Feststellungen suchte der Angeklagte L. eine Person, die gegen Zahlung von bis zu 10.000 Euro bereit war, seinen Nachbarn Ha. wegen des zwischen ihnen bestehenden Zerwürfnisses, zahlloser Streitigkeiten und aus Ra-

che für dessen Strafanzeigen so schwer zu verletzen, dass jener dauerhaft kein selbstbestimmtes Leben mehr würde führen können und daher als Pflegefall aus dem Nachbarhaus würde ausziehen müssen. L. hielt es für möglich, dass der Täter Ha. unter Ausnutzung von dessen Arg- und Wehrlosigkeit töten würde, was er billigend in Kauf nahm. Er bevorzugte eine Brandstiftung, um eine Rückkehr Ha. s in das Nachbarhaus sicher auszuschließen.

4 Da L. nicht die erforderlichen Kontakte hatte, sprach er im Sommer 2021 den Angeklagten H. an, und beide »verabredete(n)« eine gemeinsame Suche nach einem Täter, wobei H. sich das Anliegen L. s, Ha. zu »beseitigen«, zu eigen machte, in der Folgezeit Absprachen mit Personen aus seinem Bekanntenkreis traf und den Kontakt zu L. herstellte. L. strebte eine Tatausführung vor Weihnachten 2021 an, weil er wegen der auf die Strafanzeigen Ha. s hin eingeleiteten Strafverfahren befürchtete, alsbald verhaftet zu werden. H. war bewusst, dass gerade durch sein Tätigwerden ein Täter gefunden werden und es nach endgültiger Einigung und Beauftragung durch L. zu der Gewalttat kommen könnte. Es bestand zwischen den Angeklagten keine Abrede dahin, dass L. eine von H. vermittelte Person auf jeden Fall beauftragen würde. Ferner blieb es L. unbenommen, eigenständig nach einem möglichen Täter zu suchen und diesen ohne Einbindung H. s zu beauftragen.

5 Nachdem H. in Umsetzung der Abrede L. drei Personen vermittelt hatte, erhielt er von einer unbekannt gebliebenen Person den Hinweis, dass die Polizei Kenntnis von der Tatplanung erhalten hatte, und teilte dies L. mit. Dieser stellte daraufhin am 14. November 2021 seine Bemühungen wegen des Entdeckungsrisikos vorerst ein, was er H. mitteilte, hielt sich ein »späteres Wiederaufgreifen der Verhandlungen über eine Beauftragung dritter Personen« jedoch offen.

6 2. Das Landgericht hat eine Strafbarkeit wegen versuchter Anstiftung zu einem Verbrechen (§ 30 Abs. 1 Satz 1 Variante 1 StGB) aus Rechtsgründen verneint. Die Angeklagten hätten sich lediglich der allgemeinen Tatbereitschaft der angesprochenen Personen versichert. Die Voraussetzungen für eine Verabredung der Angeklagten, zu einem Verbrechen anzustiften (§ 30 Abs. 2 Variante 3 Alt. 2 StGB), seien ebenfalls nicht erfüllt. Denn es fehle an einer hinreichenden

*Kontaktperson: Nils Hauser, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuere Rechtsgeschichte, Humbolt-Universität zu Berlin.

Martin Heger, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht und Neuere Rechtsgeschichte, Humbolt-Universität zu Berlin.

Konkretisierung der vorgesehenen Anstiftung. Zwar müsse der Anstifter keine detaillierten Vorgaben machen, wenn ihm die Art der Tatausführung gleichgültig sei. Erforderlich sei jedoch eine hinreichend konkretisierte Anstiftungshandlung. Die allgemeine Verabredung, irgendeine Person zu finden, sei vage und liege lediglich im straflosen Vorbereitungsstadium. Die Absprachen mit den aus Sicht der Angeklagten tatbereiten Personen seien inhaltlich nicht konkret gewesen. Ferner habe es an der hinreichenden Verbindlichkeit der Abrede zwischen den Angeklagten gefehlt; die Übereinkunft sei nicht auf eine zwingende gemeinsame Umsetzung gerichtet gewesen. Mangels Eigeninteresses des Angeklagten H. habe der Angeklagte L. jederzeit eigenständig eine Person suchen und beauftragen oder davon Abstand nehmen können. Für eine Strafbarkeit wegen Sich-Bereiterklärens zur gemeinschaftlichen Anstiftung zu einem Verbrechen beziehungsweise Annahme dieses Erbittens (§ 30 Abs. 2 Varianten 1 und 2 StGB) fehle es ebenfalls an der hinreichend konkretisierten Anstiftungshandlung.

II.

7 1. Die Freisprüche halten revisionsgerichtlicher Nachprüfung nicht stand; die Urteilsgründe belegen die tatbestandlichen Voraussetzungen einer verabredeten Anstiftung im Sinne von § 30 Abs. 2 Variante 3 Alt. 2 StGB.

8 a) Diese setzt eine vom ernstlichen Willen getragene Einigung von mindestens zwei Personen voraus, gemeinschaftlich einen Dritten zur Begehung eines bestimmten Verbrechens anzustiften (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 1982 – 3 StR 437/81, NStZ 1982, 244; Beschlüsse vom 21. November 2018 – 1 StR 506/18, NStZ 2019, 655, 656; vom 16. März 2011 – 5 StR 581/10, BGHR StGB § 30 Abs. 2 Verabredung 8). Die in Aussicht genommene Tat muss zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen, nicht aber bereits in allen Einzelheiten festgelegt sein (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. November 2018 – 1 StR 506/18, a.a.O.; vom 9. Februar 1994 – 2 StR 557/93; Roxin, Strafrecht AT Bd. II, S. 307 Rn. 56). Daher können – entsprechend der Absprache eines Tatplans zwischen Mittätern – Zeit, Ort und Modalitäten der Ausführung im Einzelnen noch offen sein (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 – 3 StR 140/07, NStZ 2007, 697), solange sie nicht völlig im Vagen bleiben, weil dann die Strafbarkeit zu weit ins Vorfeld der eigentlichen Tat vorverlagert würde (vgl. BGH, Beschluss vom 21. November 2018 – 1 StR 506/18, a.a.O.). Darüber hinaus muss der Übereinkunft der Täter das Versprechen mittäterschaftlicher Tatbeiträge zugrundeliegen (vgl. RG, Urteile vom 27. November 1924 – II 754/24, RGSt 58, 392, 393; vom 26. Oktober 1925 – II 503/25, RGSt 59, 376, 379); unzureichend ist es, wenn ein Beteiligter lediglich als Ge-

hilfe tätig werden will (vgl. BGH, Urteile vom 4. Mai 1988 – 2 StR 82/88, BGHR StGB § 30 Abs. 2 Verabredung 3; vom 13. Oktober 1992 – 1 StR 517/92, NStZ 1993, 137, 138; Beschluss vom 10. Dezember 1987 – 1 StR 623/87).

9 b) Daran gemessen tragen die Urteilsgründe eine verabredete Anstiftung.

10 aa) Die erstrebte Tat wurde anhand der sie kennzeichnenden Merkmale als konkret-individualisierbares Geschehen ernstlich verabredet. Dies gilt sowohl für das Bestimmen eines präsumtiven Täters als auch für die von diesem zu begehende Haupttat. Fest standen nach der Abrede weiter das Tatopfer, die in Betracht gezogene Begehungsweise bei der Bestimmung des präsumtiven Täters und das Tatmotiv. Dies gilt gleichermaßen für den Tatzeitraum. Denn die Tat sollte möglichst vor Weihnachten 2021 und ausgeführt werden, wenn die beiden Angeklagten ortsabwesend wären.

11 bb) Dem steht nicht entgegen, dass im Zeitpunkt der Übereinkunft die Person des präsumtiven Täters nicht feststand und unklar war, ob überhaupt ein solcher gefunden und bestimmt werden kann. Hierbei handelt es sich um vom Willen der Beteiligten losgelöste Bedingungen (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1958 – 2 StR 500/58, BGHSt 12, 306, 309; LK-StGB/Schünemann/Greco, 13. Aufl., § 30 Rn. 63; MüKo-StGB/Joecks/Scheinfeld, 4. Aufl., § 30 Rn. 66; Maurach JZ 1961, 137, 139), denen mit Blick auf den Zweck der zeitlichen Vorverlagerung der Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 StGB keine Bedeutung zukommt (vgl. etwa zur Kettenanstiftung BGH, Urteil vom 8. Juli 1954 – 3 StR 796/53, BGHSt 6, 359, 361; Beschluss vom 2. November 2021 – 3 StR 259/21, NStZ-RR 2022, 49, 50; Heine/Weißer in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 26 Rn. 15; jeweils m. w. N.). Die Angeklagten waren fest entschlossen, nach erfolgreicher Suche die tatgeneigte Person anzustiften. Gegenteiliges folgt nicht daraus, dass nach den Feststellungen keine der von H. vermittelten Personen beauftragt wurde. Denn diese erwiesen sich mangels Neigung, die Tat selbst auszuführen, als ungeeignet.

12 cc) Unerheblich ist ferner, dass es nach der getroffenen Abrede dem präsumtiven Täter überlassen bleiben sollte, bei welcher geeigneten Gelegenheit und auf welche Weise er die Tat ausführen würde. Es genügt vielmehr, dass die Angeklagten diese Umstände billigend in Kauf nahmen; denn bedingten Vorsatz in diesem Sinn hat ein Straftäter auch dann, wenn er aus Gleichgültigkeit mit jeder eintretenden Möglichkeit einverstanden ist (vgl. BGH, Urteile vom 12. Januar 2005 – 2 StR 229/04, NJW 2005, 996, 997; vom 10. Juni 1998 – 3 StR 113/98, BGHSt 44, 99, 102).

13 dd) Die Urteilsgründe belegen auch ein gemeinschaftliches Vorgehen der Angeklagten. Dabei sollte H., der sich das Interesse L. s an der Tötung Ha. s »zu eigen gemacht« hatte, ein wesentlicher Tatbeitrag zukommen. Er verfügte über

Beziehungen ins kriminelle Milieu, die er absprachegemäß nutzen sollte, um geeignete Personen anzusprechen; L. verfügte über solche Verbindungen nicht. Entgegen der Annahme des Landgerichts ist vor diesem Hintergrund auch der Umstand ohne Bedeutung, dass Gegenstand der Abrede nicht war, in jedem Fall gemeinsam auf mögliche Täter zuzugehen. Vielmehr begründete schon die Willensbindung der Beteiligten eine Gefahr für das durch die vorgestellte Tat bedrohte Rechtsgut, weil bereits die wechselseitige psychische Bindung den Anstiftungsversuch und die Begehung der Haupttat wahrscheinlicher macht (vgl. BT-Drucks. I/3713, S. 32; IV/650, S. 154; BGH, Urteile vom 4. Oktober 1957 – 2 StR 366/57, BGHSt 10, 388, 389; vom 13. Januar 2010 – 2 StR 439/09, BGHR StGB § 30 Abs. 2, Konkurrenzen 1; Beschluss vom 16. März 2011 – 5 StR 581/10, a. a. O.; NK-StGB/Engländer, 6. Aufl., § 30 Rn. 38).

14 2. Die Sache bedarf daher neuer Verhandlung und Entscheidung. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen können nicht bestehen bleiben, weil die Angeklagten sie mangels Beschwer nicht mit der Revision angreifen konnten (vgl. BGH, Urteil vom 5. Februar 2020 – 5 StR 390/19, Rn. 12).

Anmerkung

A. Einleitung

Im vorliegend zu besprechenden Urteil vom 29. 11. 2023 beschäftigt sich der BGH bereits zum zweiten Mal in kurzer Folge mit der Anwendung und Auslegung von § 30 StGB. Während der 5. Senat sich im September noch mit § 30 Abs. 1 StGB und der Abgrenzung von mittelbarer Täterschaft und Anstiftung bei beabsichtigter Durchführung durch einen Strafunmündigen beschäftigte,¹ behandelt der 6. Senat nunmehr die Verabredung zu einem Verbrechen nach § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB, genauer gesagt die Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen, § 30 Abs. 2 Var. 3 Alt. 2 StGB. Die Entscheidung des 6. Senats liefert – trotz des übersichtlichen Umfangs der Begründung – einige interessante Klarstellungen zur in der Literatur erstaunlich wenig behandelten² Alternative 2 des § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB

(B.),³ die mit Blick auf die Vorverlagerung der Strafbarkeit durch § 30 StGB jedoch einige Bedenken hervorrufen (C.).

B. Klarstellungen zur Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen

Zum einen behandelt der Senat den notwendigen Konkretisierungsgrad hinsichtlich der Person des präsumtiven Täters bei der Verabredung zu einer Anstiftung zu einem Verbrechen und die notwendige Reichweite des auf die Tatmodalitäten des präsumtiven Täters bezogenen Eventualvorsatzes des Anstifters näher (I.). Zum anderen geht es um die Frage, welcher Grad an Gemeinschaftlichkeit in der Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen vorgesehen sein muss (II.).

I. Anforderungen an die Konkretisierung der Person des und der Tatmodalitäten des präsumtiven Täters

Eingangs führt der Senat entsprechend der ständigen Rechtsprechung des BGH aus, dass innerhalb der Verabredung Zeit, Ort und Modalitäten der Tat offenbleiben können, solange »sie nicht völlig im Vagen bleiben, weil dann die Strafbarkeit der eigentlichen Tat vorverlagert würde«⁴.

Der Senat stellt klar, dass es für die Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen unerheblich ist, ob die anzustiftende Person bereits ausgewählt ist oder ob eine solche Person überhaupt gefunden werden und zur Tat angestiftet werden kann. Denn hierbei handele es sich um Bedingungen, die für das Vorliegen des Willens zur Anstiftung einer Person wegen des Zwecks der zeitlichen Vorverlagerung der Strafbarkeit des § 30 Abs. 2 StGB nicht von Bedeutung seien.⁵ Hiermit überträgt der Senat die Rechtsprechung des 2. Senats zu ungewissen, vom gefassten Entschluss zur Begehung der Tat unabhängigen Bedingungen im Rahmen der Verabredung zu einem Verbrechen⁶ sowie diejenige des 3. Senats zur Unkenntnis von der Person des

1 BGH, Beschluss v. 13. 9. 2023 – 5 StR 200/23, JR 2024 (<https://doi.org/10.1515/juru-2024-2010>, Stand: 6. 4. 2024, mit Anmerkung Kudlich/Bhatti); auch in BeckRS 2023, 36742; weitere Entscheidungsbesprechungen bei Eisele, JuS 2024, 272ff.; Jäger, JA 2024, 344ff.; Beukelmann, NJW-Spezial 2024, 58ff.

2 Vgl. bspw. ohne Erwähnung bei Kretschmer, JA 2022, 388ff.; Dessencker, JA 2005, 549, 551f.; Roxin, Strafrecht AT Bd. 2, 2003, § 28, Rn. 43ff.; kurze Erwähnung bei Heger/Lackner/Kühl/Heger StGB 30. Aufl. 2023, § 30, Rn. 1ff.; Joecks/Scheinfeld/MüKo StGB 4. Aufl. 2020, § 30, Rn. 53ff.; Heger/Petzsche/Matt/Renzikowski, StGB 2. Aufl. 2020, § 30 Rn. 19ff.; Hei-

ne/Weißer/Schönke/Schröder, StGB 30. Aufl. 2019, § 30, Rn. 24; Hinderer, JuS 2011, 1072, 1075; etwas ausführlicher und mit Hinweis darauf, dass die Anforderungen an das geplante Zusammenwirken bisher nicht zufriedenstellend geklärt seien, Engländer/NK-StGB 6. Aufl. 2023, § 30, Rn. 38.

3 Zum Urteil des 6. Senats vgl. auch Eisele, JuS 2024, 274ff.; Kudlich, JA 2024, 342f.; Beukelmann/Heim, NJW-Spezial 2024, 89; kritisch Mitsch, NJW 2024, 369ff.

4 Rz. 8; BGH, Beschluss vom 21. November 2018 – 1 StR 506/18, JR 2019, 199.

5 Rz. 11.

6 BGH, Urteil vom 3. 12. 1958 – 2 StR 500/58, NJW 1958, 777, 778.

Haupttäters bei der Kettenanstiftung⁷ auf die Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen.

Darüber hinaus führt der Senat aus, dass es unerheblich sei, dass – nach der vorgestellten Anstiftung – es dem präsumtiven Täter überlassen werden sollte, bei welcher Gelegenheit und wie er die Tat ausführen würde. Denn die Angeklagten seien aus Gleichgültigkeit mit jeder Tatbegehung einverstanden gewesen, hätten daher eventualvorsätzlich gehandelt.⁸

II. Anforderungen an die Gemeinschaftlichkeit der verabredeten Anstiftung

Der Senat lässt es hinsichtlich des für die Verabredung zur Anstiftung notwendigen⁹ gemeinschaftlichen Vorgehens – i.S.v. mittäterschaftlichen Beiträgen, nicht bloßer Gehilfentätigkeit¹⁰ – ausreichen, dass nur einer der beiden Angeklagten auf potentielle Täter zugehen sollte, während der andere nach Ansicht des Senats allein durch die Nutzung seiner Beziehungen in kriminelle Milieus zwecks Anwerbung eines präsumtiven Täters einen wesentlichen Tatbeitrag geleistet habe. Es sei weiterhin auch unschädlich, dass die beiden Angeklagten also nicht vorhatten, gemeinsam auf potentielle Täter zuzugehen, sondern sich die Tatbeiträge eines der beiden Angeklagten bei der verabredeten Anstiftung in Vorbereitungshandlungen erschöpfen sollten. Es sei bereits die gegenseitige Willensbindung der Angeklagten, die den Anstiftungsversuch und die Begehung der Haupttat wahrscheinlicher mache und damit bereits eine Gefahr für das durch die vorgestellte Tat bedrohte Rechtsgut bedeute.¹¹

Der Senat überträgt damit die in der eigenen und der Rechtsprechung des 2. Senats etablierten Anforderungen hinsichtlich des vorgestellten Tatbeitrags an die Verabredung zu einem Verbrechen, § 30 Abs. 2 Var. 3 Alt. 1 StGB, bzw. die Annahme des Erbietens eines anderen zur Begehung eines Verbrechens, § 30 Abs. 2 Var. 2 StGB, auf die

Verabredung zur Anstiftung zu ebenjenem i.S.v. § 30 Abs. 2 Var. 3 Alt. 2 StGB. So hatte der Senat es bereits zuvor ausreichen lassen, wenn einer der Täter im Rahmen der Verabredung zu einem Verbrechen durch ein bloßes Mitwirken bei der Vorbereitung zu jenem Verbrechen beitragen sollte.¹² Der 2. Senat hatte ausreichen lassen, wenn einer der Täter das Erbieten eines anderen zur Begehung eines Verbrechens angenommen hatte, § 30 Abs. 2 Var. 2 StGB, ohne jedoch selbst ein Rechtsgut konkret zu gefährden.¹³ Ebenfalls nach dem 2. Senat sei »[b]ereits die Verabredung der Verbrechen [...] der Beginn des Rechtsgutsangriffs«.¹⁴

C. Bewertung

Das Urteil des 6. Senats überträgt die Rechtsprechung des BGH zu den übrigen Ausprägungen des § 30 Abs. 2 StGB konsequenterweise auch auf § 30 Abs. 2 Var. 3 Alt. 2 StGB. Sowohl hinsichtlich der objektiven (I.) als auch der subjektiven Tatseite (II.) verbleiben jedoch Bedenken gegenüber dieser wenig restriktiven Auslegung des § 30 Abs. 2 StGB.

I. Objektive Tatseite

Entscheidend für die Strafbarkeit der beiden Angeklagten im hiesigen Fall war auf objektiver Tatseite,¹⁵ ob für die Begründung verabredeter »Mittäterschaft« im Rahmen des § 30 Abs. 2 StGB die nach jener Verabredung vorgestellte Bewirkung reiner Tatvorbereitungshandlungen ausreichend sein kann. Zwar vertreten ein großer Teil der Lehre und die Rechtsprechung mit Blick auf die Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB, dass eine Mitwirkung an der Tatvorbereitung für die Begründung von Täterschaft – teilweise unter der Einschränkung, dass das Minus bei der Ausführung durch ein Plus bei der Planung und Vorbereitung ausgeglichen werden müsse – ausreichen könne.¹⁶ Die Übertragung dieser Grundsätze ist jedoch vor dem Hintergrund der einhelligen Ansicht in der Literatur, dass § 30 StGB infolge der geringen objektiven Gefährlichkeit – dem Ausgangspunkt jeder Kriminalisierung von Vorbereitungs-

⁷ M.w.N. BGH, Beschluss v. 2. 11. 2021 – 3 StR 259/21, NStZ-RR 2022, 49, 50; BGH, Urteil vom 8. 7. 1954 – 3 StR 796/53, NJW 1954, 1896.

⁸ Rz. 12, unter Verweis auf BGH, Urteil vom 12. 1. 2005 – 2 StR 229/04, NJW 2005, 996 ff.; BGH, Urteil vom 10. Juni 1998 – 3 StR 113/98, NJW 1998, 2835 ff.

⁹ Nach allgemeiner Ansicht muss die Verabredung auf eine mittäterschaftliche Begehung abzielen, vgl. Heger/Lackner/Kühl/Heger, § 30, Rn. 6; Cornelius/BeckOK StGB 60. Ed. 1. 2. 2024, § 30, Rn. 16; Engländer/NK-StGB 6. Aufl. 2023, § 30, Rn. 33; Heger/Petzsch/Matt/Renzikowski § 30, Rn. 19; Joecks/Scheinfeld/MüKo StGB 4. Aufl. 2020, § 30, Rn. 54; Heine/Weißer/Schönke/Schröder, § 30, Rn. 24.

¹⁰ Rz. 8.

¹¹ Rz. 13.

¹² BGH, Beschluss vom 16. 3. 2011 – 5 StR 581/10, NStZ 2011, 570, 571 f., Rz. 17.

¹³ BGH, Urteil vom 4. 10. 1957 – 2 StR 366/57, NJW 1957, 1770, 1771.

¹⁴ BGH, Urteil vom 13. 1. 2010 – 2 StR 439/09, NJW 2010, 623, 624, Rz. 13.

¹⁵ Denn die Verabredung zur mittäterschaftlichen Begehung begründet im Rahmen von § 30 Abs. 2 StGB die Strafbarkeit, vgl. Heger, JA 2002, 628, 629.

¹⁶ Übersicht bei Heger/Lackner/Kühl/Heger, § 25 Rn. 11 f.; vgl. auch Joecks/Scheinfeld/MüKo StGB, § 25, Rn. 198 f.

handlungen¹⁷ – des jeweils zugrundeliegenden tatsächlichen Geschehen restriktiv ausgelegt werden soll,¹⁸ zu betrachten.

Wenngleich auch nicht »immer ganz klar wird, was [aus der geforderten restriktiven Auslegung] konkret folgt«¹⁹, mag mit Blick auf die weite Vorverlagerung²⁰ der Strafbarkeit²¹ durch § 30 Abs. 2 Var. 3 Alt. 2 StGB aus der Beachtung dieser restriktiven Auslegung folgen, dass eine schlichte Übertragung der herrschenden Meinung bezüglich der Begründung von Mittäterschaft auch durch bloßes Tätigwerden im Vorbereitungsstadium im Rahmen des § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB unstatthaft ist.

Es ist also nicht unbedingt notwendig, unmittelbar die gesamte Begründung von Mittäterschaft durch Mitwirken allein an der Vorbereitung in Zweifel zu ziehen,²² um die vorliegende Entscheidung kritisch zu hinterfragen. Es reicht bereits, die »doppelte« Vorverlagerung – einerseits durch den § 30 Abs. 2 Var. 3 Alt. 2 StGB als »Vorstufe zur Mittäterschaft«²³ an sich, andererseits durch das verabredete, bloße Tätigwerden eines der Angeklagten im Vorbereitungsstadium – aus, die Übertragung für kritikwürdig zu erachten. In der vorliegenden Konstellation wird einer der Täter dafür bestraft, dass er sich mit einem anderen verabredete, eine Anstiftung zu einem Verbrechen zu begehen, aber bei dieser Anstiftung der Verabredung gemäß nur in deren Vorbereitungsstadium tätig werden sollte. Viel weiter kann eine strafwürdige Handlung wohl *de lege lata* und insbesondere im Rahmen von § 30 StGB von der Rechtsgutsverletzung nicht entfernt sein.²⁴

Es ist daher im Rahmen insbesondere des § 30 Abs. 2 StGB eine »tatgerichtete Interpretation«²⁵ der Tatbestandsmerkmale geboten, um jener restriktiven Auslegung des § 30 StGB Rechnung zu tragen. Soweit also bereits der § 30 Abs. 2 Var. 3 Alt. 2 StGB die Strafbarkeit wesentlich vorverlagert, ist dem zumindest dadurch zu begegnen, dass innerhalb des Tatbestandsmerkmals der Gemeinschaftlichkeit der Verabredung die Vorbereitung schon vorangeschritten, mithin ein mehr oder weniger starker Tatbezug vorhanden sein muss.

II. Subjektive Tatseite

Ähnliche Bedenken lassen sich auch gegenüber der Entscheidung des BGH auf subjektiver Tatseite ins Feld führen. Auch hier ging es im Kern darum, ob die im Rahmen der Verabredung zu einem Verbrechen und der Kettenanstiftung durch diesen anerkannten Grundsätze – hier die Unkenntnis von der Person des präsumtiven Täters und der genauen Art und Weise der Tatbegehung durch den letzteren im Zeitpunkt der Verabredung – auf die Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen übertragen werden können.²⁶ Dabei lässt sich hinsichtlich der übertragenen Rechtsprechung bezüglich der Unkenntnis von der Person des präsumtiven Täters auf die hiesige Situation ein bedeutender Unterschied ausmachen: Während in der vom Senat in Bezug genommenen Entscheidung des 2. Senats eine von den Tatbestandsmerkmalen unabhängige Bedingung (der Erfolg eines Gefängnisausbruchs) als unbeachtlich für die Verabredung eines Verbrechens erachtet wurde,²⁷ geht es vorliegend um die Person des präsumtiven Täters, die – über das subjektive Merkmal des Vorsatzes, welcher sich auf eine ausreichend konkretisierte Handlung beziehen muss²⁸ – im Rahmen der Anstiftung große Tatnähe aufweist. Dass gerade die Beachtlichkeit der Kenntnis von der Person des Täters unter Verweis auf den Zweck des § 30 StGB – die zeitliche Vorverlagerung der Strafbarkeit – verneint wird, entbehrt nicht einer gewissen Ironie. Denn, wenngleich bei

¹⁷ Petzsche, Strafrecht und Terrorismusbekämpfung, 2013, S. 105.

¹⁸ Cornelius/BeckOK StGB 60. Ed. 1. 2. 2024, § 30, Rn. 2; Engländer/NK-StGB 6. Aufl. 2023, § 30, Rn. 4; Heger/Petzsch/Matt/Renzikowski, StGB, § 30, Rn. 2; Joecks/Scheinfeld/MüKo StGB 4. Aufl. 2020, § 30, Rn. 3; Heine/Weißer/Schönke/Schröder, StGB, § 30 Rn. 1; Bloy, JZ 1999, 156, 157; Schröder, JuS 1967, 289, 290; kritisch auch Jakobs, ZStW 1985, 751, 751ff.; besonders restriktiv Letzgas, Vorstufen der Beteiligung, 1972, S. 135.

¹⁹ Engländer/NK-StGB, § 30, Rn. 4.

²⁰ Zur Begriffsdefinition *Sinn*, in: Sinn/Gropp/Nagy (Hrsg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, 2011, S. 13ff.

²¹ Vgl. zur Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen auch Petzsche, ZStW 2019, 576, 593: »Demnach sind Tatbestände desto restriktiver auszulegen, je weniger das in ihnen beschriebene Handeln etwas mit einer Tat zu tun hat.«

²² Vgl. bspw. Mitsch, NJW 2024, 369, 371 unter Hinweis auf Roxin, Strafrecht AT Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 198.

²³ Kretschmer, JA 2022, 388, 390, so bereits Roxin, Strafrecht AT Bd. 2, 2003, § 28, Rn. 60; OLG Hamm, Urteil vom 6. 3. 1959 – 1 Ss 33/59, NJW 1959, 1237.

²⁴ Eine noch weitere Vorverlagerung ist insbesondere im Terrorismusstrafrecht zu beobachten, vgl. Petzsche, ZStW 2019, 576, 585ff.; vgl. zur extremen Vorverlagerung der Strafbarkeit durch Kombination von § 30 und § 129 a Abs. 1 StGB Gundelach, StV 2018, 110, 110ff.

²⁵ Petzsche, ZStW 2019, 576, 593f.

²⁶ Vgl. bspw. für eine restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Bestimmens i.S.v. §§ 26, 30 StGB Krüger, JA 2008, 492, 498; vgl. ebenfalls für eine restriktive Auslegung des § 30 Abs. 2 StGB Schiemann, NSTZ 2019, 186, 189; Dessecker, JA 2005, 549, 554.

²⁷ Auch nur auf diese Konstellation bezieht sich die zustimmende Literatur, vgl. bspw. Joecks/Scheinfeld/MüKo StGB, § 30, Rn. 66.

²⁸ Heger/Lackner/Kühl/Heger, § 26, Rn. 4; Kudlich/BeckOK StGB 60. Ed. 1. 2. 2024, § 26, Rn. 19; Schild/Kretschmer/NK-StGB 6. Aufl. 2023, § 26, Rn. 11; Haas/Matt/Renzikowski, StGB 2. Aufl. 2020, § 26, Rn. 30; Joecks/Scheinfeld/MüKo StGB, § 30, Rn. 54; Heine/Weißer/Schönke/Schröder, § 26, Rn. 18.

der vollendeten Anstiftung die genaue Kenntnis von der Person des Täters nur vereinzelt gefordert wird,²⁹ ist es gerade die durch § 30 StGB bewirkte zeitliche Vorverlagerung der Strafbarkeit für eine nur geplante Anstiftung, die eine restriktivere Auslegung als beim vollendeten Delikt notwendig macht.

Auch hinsichtlich der Art und Weise der geplanten Tatbegehung lässt sich ähnlich argumentieren. Und im Rahmen dieser ist der Senat – wie aufgezeigt – auf die zu beachtende zeitliche Vorverlagerung der Strafbarkeit eingegangen. Er überträgt diesen Gedanken jedoch nicht auf die übrigen, hier dargestellten, Tatbestandsmerkmale des § 30 Abs. 2 StGB und scheint auch eine wesentlich weniger strenge Restriktion der Auslegung derselbigen vor Augen zu haben.

D. Schlussbetrachtung

Im hiesigen Falle könnte eine solche restriktive Auslegung bedeuten, eine Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 Var. 3 Alt. 2 StGB abzulehnen, da einerseits im Rahmen der Verabredung für einen der Angeklagten lediglich Vorbereitungshandlungen bei der Anstiftung vorgesehen waren und andererseits die Person des Haupttäters noch nicht bekannt und die Tatmodalitäten ebenfalls nicht geklärt waren. Damit fehlt der zwischen den Angeklagten getroffenen Verabredung und der verabredeten Anstiftung, d.h. insbesondere dem Bestimmen eines präsumtiven Täters, die nach restriktiver,

»tatgerichteter« Auslegung notwendige Nähe zur Tat. Man könnte eine restriktive Auslegung des § 30 Abs. 2 StGB jedoch auch weniger strikt auffassen und zum gegenteiligen Ergebnis gelangen. Wichtiger als die konkrete Ausformung einer solchen restriktiven Auslegung erscheint es, eine solche überhaupt als notwendig anzuerkennen.

Die vorgeschlagene restriktive Auslegung würde zwar gegebenenfalls eine Fragmentierung der Dogmatik zu § 25 Abs. 2 StGB und § 30 Abs. 2 StGB nach sich ziehen, jedoch der geringen objektiven Gefährlichkeit und Vorverlagerung der Strafbarkeit bei und daher gebotenen restriktiven Auslegung des § 30 Abs. 2 StGB Rechnung tragen.

An der Entscheidung zu begrüßen ist, dass der Senat die Voraussetzungen des Zusammenwirkens im Rahmen des § 30 Abs. 2 Var. 3 Alt. 2 StGB konkretisiert. Einer – nicht notwendigerweise der hier dargestellten – restriktiven Auslegung hat sich der BGH und auch der hiesig entscheidende Senat bereits mit Blick auf die Begründung von »Mittäterschaft« im Rahmen der Verabredung bei anderen Varianten des § 30 Abs. 2 StGB, namentlich der Verabredung zum Verbrechen, Var. 3 Alt. 1, und der Annahme des Erbietens eines anderen zur Begehung eines solchen, Var. 2, nicht angeschlossen. Insofern ist es konsequent, dass der Senat die Rechtsprechungslinie des BGH hinsichtlich der objektiven wie auch der subjektiven Tatseite bei der Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen fortsetzt. Es hätte aber durchaus Anlass gegeben, die Bedeutung restriktiver Auslegung im Rahmen des § 30 Abs. 2 StGB stärker zu betonen, was am Ergebnis, der Strafbarkeit der beiden Angeklagten wegen Verabredung zur Anstiftung zu einem Verbrechen, nicht notwendigerweise etwas geändert hätte.

29 M.w.N. Joecks/Scheinfeld/MüKo StGB, § 26, Rn. 67.