

## Examinatorium Strafrecht / AT / Täterschaft und Teilnahme 6 / Agent provocateur – Arbeitsblatt Nr. 20

# Anstiftervorsatz beim agent provocateur

**Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung:** Der verdeckte Ermittler T hat A und B im Verdacht, besonders in den Sommermonaten Einbruchsdiebstähle in Villenvierteln durchzuführen. Da er die beiden auf frischer Tat ertappen will, teilt er ihnen bei einem Treffen mit, der Eigentümer der Villa X sei vom 14.–26. März im Urlaub, das Haus sei in dieser Zeit unbewohnt und nicht durch eine Alarmanlage gesichert. Die Gelegenheit sei günstig, sie sollten „jetzt zuschlagen“. Dabei geht T davon aus, dass die das Haus beobachtenden Polizeibeamten zwar das Einbrechen nicht verhindern können, die beiden jedoch beim Verlassen des Hauses festnehmen können. Er rechnet jedoch auch damit, dass A und B eventuell mit der Beute entkommen können. Tatsächlich stellen sich A und B so geschickt an, dass die vor dem Haus in einem Versteck postierten Polizeibeamten vom Einbruch nichts mitbekommen. Hier haben sich A und B jedenfalls wegen eines Wohnungseinbruchsdiebstahls, § 244 I Nr. 3 StGB (möglicherweise zudem §§ 244 I Nr. 2, IV, 244a StGB) strafbar gemacht. T hat sie zu dieser Tat durch seine Hinweise bestimmt. Fraglich ist, ob in einem solchen Fall eine Anstiftung vorliegt. Diese scheidet jedenfalls dann aus, wenn der „agent provocateur“ lediglich den Versuch, nicht aber die Vollendung der Tat in seinen Vorsatz mit aufnimmt. Umstritten sind jedoch diejenigen Fälle, in denen die Tat bereits in Teilen vollendet wurde (hier bezüglich der ansonsten konsumierten Delikte der Sachbeschädigung und des Hausfriedensbruches) und eine weitere Gefährdung des Rechtsguts nicht ausgeschlossen werden kann.

## 1. Theorie von der Rechtsgutsgefährdungsgrenze

- Vertreter:** *Baumann*, JuS 1963, 125 (133 f.); *Jescheck/Weigend*, § 64 II 2b; *Plate*, ZStW 84 (1972), 294 (306 f.); *Schmidhäuser*, LB, 14/108.
- Inhalt:** Anstiftung scheidet nur in den Fällen aus, in denen es der Anstifter lediglich zum Versuch der Haupttat unter Ausschluss weiterer Gefährdung des Tatobjekts kommen lassen will. Kann die Vollendung der Tat nicht ausgeschlossen werden oder ist eine formelle Vollendung der Tat sogar notwendig, liegt immer eine Anstiftung vor.
- Argument:** Bereits in der Möglichkeit der Rechtsgutsgefährdung liegt die für den Teilnehmer strafbegründende Angriffsrichtung für das Rechtsgut. Die bloße Abwehrbereitschaft des agent provocateur kann dem Handeln nicht den rechtsgutsverletzenden Charakter nehmen. Ferner muss der straffreie Spielraum, der zu Lasten des Rechtsgutsträgers geht, eingeschränkt werden.
- Konsequenz:** Sobald eine Gefährdung des Rechtsguts nicht ausgeschlossen oder die Tat formell vollendet ist, ist nur noch § 34 möglich.
- Kritik:** Die Verlagerung des Problems auf den Bereich des § 34 StGB ist nicht zufriedenstellend, da dessen Anwendung gerade im Bereich des Handelns von Amtsträgern umstritten ist. Auch wird hier bewusst fahrlässiges Verhalten (Rechtsgutsgefährdung) zu vorsätzlichem Verhalten gemacht. Nur dolus eventualis kann jedoch vorsätzliches Verhalten begründen.

## 2. Theorie von der formellen Vollendungsgrenze

- Vertreter:** *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Eisele*, § 26 Rn. 48 ff.; *Bitzilekis*, ZStW 99 (1987), 723 (744 ff.); *Gropp/Sinn*, § 10 Rn. 275; *Kühl*, § 20 Rn. 203; *Küper*, GA 1974, 330 f.; *Seier/Schlehofer*, JuS 1983, 50 (53); *SK-Hoyer*, Vor §§ 26-31 Rn. 66; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 12 Rn. 150.
- Inhalt:** Anstiftung scheidet in den Fällen aus, in denen es der Anstifter lediglich zum Versuch der Haupttat kommen lassen will. Dabei spielt keine Rolle, wenn der Anstifter eine weitere Gefährdung nicht ausschließen kann. Nimmt er hingegen auch die formelle Vollendung der Tat in seinen Vorsatz mit auf, so liegt immer Anstiftung vor.
- Argument:** Notwendig für die Anstiftung ist ein vorsätzliches Verhalten hinsichtlich des Erfolgseintrittes. Vorsatz liegt auch dann vor, wenn der Erfolg billigend in Kauf genommen wird. Er fehlt hingegen, wenn lediglich ein Gefährdungsvorsatz vorliegt, es sich hinsichtlich des Erfolges jedoch nur um bewusste Fahrlässigkeit handelt. Ab dem Zeitpunkt der Vervollendung, also der eingetretenen Rechtsgutsverletzung, bieten die Vorschriften über die Rechtswidrigkeit aber die besseren Abwägungskriterien.
- Konsequenz:** Sobald die Tat vollendet ist, ist nur noch § 34 StGB möglich.
- Kritik:** Es erscheint oft kriminalpolitisch sinnvoll und notwendig, die Vervollendung des Delikts abzuwarten, um den Täter zu überführen. Eine bleibende Rechtsgutsverletzung ist dabei in vielen Fällen nicht zu erwarten. Diese Fälle über § 34 zu lösen, erscheint insbesondere im Hinblick auf die Fragwürdigkeit dessen Anwendung bei Amtsträgern nicht sinnvoll.

## 3. Theorie von der materiellen Vollendungsgrenze

- Vertreter:** *Franzheim*, NJW 1979, 2016; *Janssen*, NStZ 1992, 238; *Krey/Esser*, Rn. 1061 ff.; *Krey/Hellmann/M. Heinrich*, BT 2, Rn. 46; *Krey*, Miyazawa-FS 1995, S. 601; *LK-Roxin*, 11. Aufl., § 26 Rn. 67 ff.; *Otto*, § 22 Rn. 42.
- Inhalt:** Anstiftung scheidet in den Fällen aus, in denen es der Anstifter nur zum Versuch oder lediglich zur formellen Vervollendung der Haupttat kommen lassen will. Er ist nur dann Anstifter, wenn er auch die materielle Beendigung der Haupttat will.
- Argument:** Der Anstifter will dem Rechtsgutseinhaber letztlich keinen Schaden zufügen. Es fehlt daher an einem die Anstifterstrafbarkeit begründenden materiellen Rechtsgutsangriff. Die Erweiterung der Straffreiheit ist zudem aus kriminalpolitischen Gründen sinnvoll.
- Konsequenz:** Sobald die Tat beendet ist, ist nur noch § 34 StGB möglich.
- Kritik:** Die Erweiterung der Straffreiheit greift hier zu weit. Wann die Haupttat nun materiell beendet ist und wann nicht, wird nur schwer festzustellen sein. Eine Grenzziehung in diesem Bereich kann nur willkürlich sein.

## 4. Theorie von der irreparablen Rechtsgutsverletzung

- Vertreter:** *Fischer*, § 26 Rn. 12; *Geppert*, JURA 1997, 362; *Heinrich*, Rn. 1315; *Köhler*, S. 530 f.; *Kretschmer*, JURA 2008, 265 (267); *Lackner/Kühl/Heger-Heger*, § 26 Rn. 4; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 51 Rn. 35; *Rengier*, § 45 Rn. 71; *Schönke/Schröder-Heine/Weißer*, § 26 Rn. 23; *Schwarzburg*, NStZ 1995, 469 (470 f.); vgl. auch *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 893; iE auch OLG Oldenburg NJW 1999, 2751 und BGH NStZ 2008, 41.
- Inhalt:** Anstiftung scheidet in den Fällen aus, in denen es der Anstifter nicht zu einer irreparablen Rechtsgutsverletzung kommen lassen will. Auf die Vervollendung oder Beendigung der Tat kommt es dabei nicht an.
- Argument:** Der Anstifter will dem Rechtsgutseinhaber letztlich keinen Schaden zufügen. Es fehlt daher an einem die Anstifterstrafbarkeit begründenden materiellen Rechtsgutsangriff. Dieser liegt selbst bei kurzfristiger Rechtsgutsbeeinträchtigung nur dann vor, wenn das Rechtsgut irreparabel verletzt ist. Das Beispiel des Diebstahls in Kaufhäusern zeigt, dass es hinsichtlich des verletzten Rechtsguts völlig gleichgültig ist, ob man den Täter bei Ergreifen des Gegenstandes, beim Einstecken desselben oder beim Verlassen des Gebäudes überführt.
- Konsequenz:** Sobald das Rechtsgut irreparabel verletzt ist, ist nur noch § 34 StGB möglich.
- Kritik:** Eine Grenze, wann eine Rechtsgutsverletzung irreparabel ist, kann kaum gefunden werden. Diese Grenzziehung erscheint daher willkürlich.