

Tatbestände besonderer Beihilfe im Strafrecht

Eine Untersuchung der allgemeinen Beihilfe und der besonderen Beihilfe in den §§ 120 Abs. 1 und 219b Abs. 1 StGB sowie §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2 und 20a Abs. 1 Nr. 3 KWKG

Inauguraldissertation

zur

Erlangung des akademischen Grades

Doktor der Rechtswissenschaften

der Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Marc G. Trost, geb. am 01.11.1972 in Teterow

Abgabedatum 14. April 2009

Erstgutachter: Prof. Dr. Bernhard Hardtung, Juristische Fakultät der Universität Rostock

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christoph Sowada, Juristische Fakultät der Universität Greifswald

Verteidigungsdatum: 24.03.2010

INHALTSVERZEICHNIS

1. Abschnitt: Einleitung	1
A. Problematik	1
B. Gang der Untersuchung.....	3
C. Begriffsbestimmung.....	3
2. Abschnitt: Die allgemeine Beihilfe in § 27	6
A. Die vollendete Beihilfetat	6
I. Die Tathandlung: Das Hilfeleisten	6
II. Die vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat.....	8
1. Der Begriff der „Tat“	8
2. Die Beschränkung auf vorsätzlich begangene rechtswidrige Taten	9
3. Die versuchte Tat als Tat im Sinne des § 27 Abs. 1	9
III. Die subjektiven Voraussetzungen.....	12
IV. Die Bestrafung der Beihilfe	12
B. Der Versuch der Beihilfe	13
I. Die Straflosigkeit des Versuchs.....	13
II. Die Voraussetzungen eines Beihilfeversuchs	14
1. Die Vorstellung von der Verwirklichung des Beihilfetatbestandes.....	14
2. Das unmittelbare Ansetzen zum Hilfeleisten.....	15
3. Das Erfordernis einer ins Versuchsstadium gelangten Haupttat	15
III. Zwischenergebnis	26
C. Die Teilnahme an einer Beihilfe	26
I. Die Beihilfetat als Haupttat einer Teilnahme im Sinne der §§ 26, 27 Abs. 1.....	26
1. Ansicht der Rechtsprechung	27
2. Ansicht des herrschenden Schrifttums.....	33
3. Abweichende Ansichten	35
4. Eigene Ansicht.....	36
II. Die Bestrafung der Teilnahme an einer allgemeinen Beihilfe.....	41
1. Rechtsprechung.....	41
2. Schrifttum....	44
3. Eigene Ansicht.....	46

D. Zusammenfassung.....	56
3. Abschnitt:Die besondere Beihilfe in §§ 120 Abs. 1 und 219b Abs. 1 StGB sowie §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2 und 20a Abs. 1 Nr. 3 KWKG	58
A. Die besondere Beihilfe in § 120 Abs. 1 Var. 3	58
I. Einführung.....	58
II. Der Tatbestand der vollendeten besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1	59
1. Die Tathandlung: Das Fördern des Entweichens.....	59
2. Die zu fördernde Handlung.....	60
a. Das Entweichen als vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen 61	
(1) Die täterschaftliche Interpretation des Förderns	62
(2) Stellungnahme.....	62
(3) Ergebnis.....	70
b. Der Versuch des Entweichens als zu fördernde Handlung.....	70
c. Ergebnis	76
3. Die subjektiven Voraussetzungen.....	77
4. Die Bestrafung des Förderns.....	77
5. Zwischenergebnis	82
III. Der Versuch des Förderns.....	82
1. Strafbarkeit des Versuchs	82
2. Die Voraussetzungen des Versuchs.....	85
a. Die Vorstellung von der Verwirklichung des Fördertatbestandes.....	86
b. Das unmittelbare Ansetzen zum Fördern.....	86
c. Das Erfordernis einer ins Versuchsstadium gelangten Selbstbefreiung	87
(1) Ansicht der Rechtsprechung	87
(2) Ansicht des herrschenden Schrifttums	88
(3) Gegenansicht	89
(4) Stellungnahme.....	89
(5) Ergebnis.....	94
3. Zwischenergebnis	95
IV. Die allgemeine Teilnahme am Fördern	95
1. Das Fördern des Entweichens als Haupttat einer allgemeinen Teilnahme.....	96
2. Die Bestrafung einer allgemeinen Teilnahme am Fördern des Entweichens	97
a. Ansicht der Rechtsprechung	97

b. Ansicht des Schrifttums	99
c. Eigene Ansicht	100
V. Zusammenfassung	107
B. Die besondere Beihilfe in § 219b Abs. 1	109
I. Einführung	109
II. Der Tatbestand der besonderen versuchten Beihilfe in § 219b Abs. 1	111
1. Verfassungsgemäßheit	111
2. Die Tathandlung: Das Inverkehrbringen von Mitteln oder Gegenständen, die zum Schwangerschaftsabbruch geeignet sind	112
3. Die zu fördernde Handlung	113
a. Der Schwangerschaftsabbruch als vorgestellte vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat	113
b. Der Versuch des Schwangerschaftsabbruches als vorgestellte vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat	114
c. Ergebnis	115
4. Die subjektiven Voraussetzungen	115
5. Die Bestrafung des Inverkehrbringens	116
6. Zwischenergebnis	117
III. Der Versuch des Inverkehrbringens	117
1. Die Straflosigkeit des Versuchs	117
2. Zwischenergebnis	119
IV. Die allgemeine Teilnahme am Inverkehrbringen	119
1. Das Inverkehrbringen als Haupttat einer allgemeinen Teilnahme	119
2. Die Bestrafung einer allgemeinen Teilnahme am Inverkehrbringen	120
a. Allgemeine Ansicht	121
b. Stellungnahme	121
V. Zusammenfassung	126
C. Die besondere Beihilfe in §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2 und 20a Abs. 1 Nr. 3 KWKG	128
I. Einführung	128
1. Historie	128
2. Die Strafvorschriften im Überblick	129
3. Die Notwendigkeit der besonderen Beihilfe im KWKG	130
II. Der Tatbestand der vollendeten besonderen Beihilfe in §§ 19–20a KWKG	137

1. Die Tathandlung: Das Fördern einer in §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2, 20a Abs. 1 Nr. 3 KWKG genannten Handlung	137
2. Die zu fördernde Handlung.....	138
a. Die Tathandlung der §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2, 20a Abs. 1 Nr. 3 KWKG als vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen.....	138
b. Der Versuch der in §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 20 Abs. 1 Nr. 1, 20a Abs. 1 Nr. 1 KWKG genannten Tat als zu fördernde Handlung.....	144
3. Die subjektiven Voraussetzungen.....	147
4. Die Bestrafung des Förderns.....	148
a. Die Vorsatzstrafe	148
b. Die Fahrlässigkeitsstrafe.....	151
5. Zwischenergebnis	152
III. Der Versuch des Förderns.....	153
1. Strafbarkeit des Versuchs	153
2. Die Voraussetzungen des Versuchs.....	155
a. Die Vorstellung von der Verwirklichung des Fördertatbestandes.....	155
b. Das unmittelbare Ansetzen zum Fördern.....	155
c. Das Erfordernis einer ins Versuchsstadium gelangten Tat nach Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG.....	156
(1) Ansicht der Rechtsprechung	156
(2) Ansicht Schrifttums.....	158
(3) Stellungnahme.....	159
3. Zwischenergebnis	162
IV. Die allgemeine Teilnahme am Fördern	163
1. Das Fördern einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Tat als Haupttat einer allgemeinen Teilnahme	163
2. Die Bestrafung einer allgemeinen Teilnahme am Fördern einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Tat	163
a. Ansicht der Rechtsprechung	164
b. Ansicht des Schrifttums	165
c. Eigene Ansicht.....	165
V. Zusammenfassung	171
4. Abschnitt: Schlussbetrachtung	173

LITERATURVERZEICHNIS

Arzt, Gunter; Weber, Ulrich: Strafrecht. Besonderer Teil, Bielefeld 2000.

Barthelmeß, Martin: Strafbarkeit im Vorfeld des Fördertatbestandes des § 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG, wistra 2001, 14 ff.

Baumann, Jürgen: Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963, 51 ff.

Baumann, Jürgen; Weber, Ulrich; Mitsch, Wolfgang; Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003.

Baunack, Martina: Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe, Berlin 1999.

Beling, Ernst: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

Bergholter, Wilhelm: Die Gefangenenbefreiung, Rostock 1923.

Berner, Albert Friedrich: Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 18. Aufl., Leipzig 1898.

Bieneck, Klaus, Anmerkung zum Urteil LG Stuttgart vom 01.10.1996, AW-Prax 1997, 64 ff.

Bieneck, Klaus; Kieninger, Jörg: Zu den Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal „Entwickeln“ einer Kriegswaffe und zu den Voraussetzungen für die Bestrafung wegen des versuchten „Förderns“ der Entwicklung einer derartigen Waffe, wistra 2001, 436 ff.

Binding, Karl: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil. Zweiter Band. Zweite Abteilung, Leipzig 1905.

Bockelmann, Paul: Strafrechtliche Untersuchungen, Göttingen 1957.

Busch, Jost-Dietrich: Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49a StGB, Marburg 1964.

Busch, Jost-Dietrich: Die Teilnahme an der versuchten Anstiftung, NJW 1959, 1119 ff.

Busch, Richard: Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB, in: Festschrift für Reinhart Maurach, Hrsg.: Friedrich-Christian Schroeder, Heinz Zipf, Karlsruhe 1972, S. 245 ff.

Dalitz, Paul: Die Gefangenenbefreiung im geltenden und künftigen Deutschen Strafrecht, Greifswald 1924.

Dreher, Eduard: Grundsätze und Probleme des § 49a StGB, GA 1954, 11 ff.

Dreher, Eduard: Kausalität der Beihilfe, MDR 1972, 553 ff.

Duden: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Hrsg.: Wissenschaftlicher Rat und Mitarbeiter der Dudenredaktion unter Leitung von Günther Drosdowski, 2. Aufl., Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich 1994.

Epping, Volker: Die Novellierungen im Bereich des Rüstungsexportrechts, RIW 1991, 461 ff.

Erbs, Georg; Kohlhaas, Max: Strafrechtliche Nebengesetze, Band II, Stand: Oktober 2002, München, 2003.

Federer, Georg: Die Gefangenenbefreiung nach geltendem Recht und den neuesten Strafgesetzentwürfen, Schramberg 1932.

Fincke, Martin: Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, Berlin 1975.

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Aufl., München, 2008.

Franzheim, Horst, Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, Berlin, 1961.

Freund, Georg: Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung. Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der „harmonisierten“ Strafraumen für die Strafzumessung, GA 1999, 509 ff.

Geerds, Friedrich: Begünstigung und Hehlerei. Zur kriminologischen Problematik der §§ 257, 259, 260 StGB und zu daraus zu ziehenden strafrechtlichen Konsequenzen, GA 1988, 243 ff.

Geppert, Klaus: Die Anstiftung (§ 26 StGB), Jura 1997, 358 ff.

Geppert, Klaus: Die Beihilfe (§ 27 StGB), Jura 1999, 266 ff.

Geppert, Klaus: Die versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 StGB), Jura 1997, 546 ff.

Gössel, Karl Heinz; Dölling, Dieter: Strafrecht. Besonderer Teil 1, 2. Aufl., Heidelberg 2004.

Goldammer: Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten, Theil I, Berlin 1851.

Gribbohm, Günter: Strafrechtsgeltung und Teilnahme, Zur Akzessorietät der Teilnahme im internationalen Strafrecht, JR 1998, 177 ff.

Gröger, Heide: Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes im Exportkontrollrecht: Rechtsvergleichende Untersuchung der Unrechtsgrenzen: Deutschland – USA, Freiburg 2001.

Gropp, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 2005.

Haft, Fritjof: Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 2004.

Hälschner, Hugo, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bonn, 1881.

Hardtung, Bernhard: Per Fax in die Freiheit – Ein Bericht über eine strafrechtliche Hausarbeit, JuS 1998, 719 ff.

Hardwig, Werner: Über den Begriff der Täterschaft, JZ 1965, 667 ff.

Herzberg, Rolf Dietrich: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15.12.1976, JR 1977, 469.

Herzberg, Rolf Dietrich: Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, 1 ff.

Herzberg, Rolf Dietrich: Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme, ZStW 99 (1987), 49 ff.

Holthausen, Dieter: Anmerkung zum Urteil des LG Stuttgart vom 01.10.1996, NStZ 1997, 290 ff.

Holthausen, Dieter: Zum Tatbestand des Entwickelns atomarer, biologischer und chemischer Waffen (§§18-20 KWKG), wistra 1998, 209 ff.

Holthausen, Dieter: Zum Tatbestand des Förderns in den neuen Strafvorschriften des Kriegswaffenkontrollgesetzes (§§ 16–21 KWKG), NJW 1991, 203 ff.

Horn, Eckhard: Das „Inverkehrbringen“ als Zentralbegriff des Nebenstrafrechts, NJW 1977, 2329 ff.

Jakobs, Günther: Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), 551 ff.

Jakobs, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin, New York 1993.

Jarass, Hans D., Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl., München 2002.

Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.

Joecks, Wolfgang: Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 4. Aufl., München 2003.

Joerden, Jan C.: Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, Berlin 1988.

Jung, Heike: Die Inlandsteilnahme an ausländischer strafloser Haupttat, Regelungsgehalt und Problematik des § 9 Abs. 2 Satz 2 StGB, JZ 1979, 325 ff.

Kindhäuser, Urs: Strafrecht Besonderer Teil I, 4. Aufl., Baden-Baden 2005.

Koch, Otto: Die Befreiung und das Entweichenlassen von Gefangenen und behördlich Verwahrten nach dem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich und nach dem Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1927, Jena 1933.

Köhler, Michael: Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, Heidelberg, New York, 1997.

Kohlrausch, Eduard; Lange, Richard; Strafgesetzbuch, 39. und 40. Aufl., Berlin 1950.

Kommentar zum Strafgesetzbuch. Reihe Alternativkommentare, Hrsg.: Rudolf Wassermann, Band 3, Neuwied, Darmstadt 1986 (zit.: AK-Bearbeiter).

Kreuzer, Olaf: Anmerkung zum Urteil des LG Stuttgart vom 01.10.1996, NStZ 1997, 292.

Krey, Volker: Strafrecht Besonderer Teil: Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, Band 1, 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 2002.

Kühl, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2008.

Küper, Wilfried: Strafrecht Besonderer Teil: Definitionen und Erläuterungen, 5. Aufl., Heidelberg 2002.

Küper, Wilfried: Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979, 775 ff.

Lackner, Karl; Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 25. Aufl., München 2004.

Lambach, Eugen: Die Gefangenenbefreiung, Straßburg 1917.

Laufhütte, Heinrich; Wilkitzki, Peter: Zur Reform der Strafvorschriften über den Schwangerschaftsabbruch, JZ 1976, 329 ff.

Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch, Hrsg. Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann, 12. Aufl., Berlin 2007 (zit.: LK-Bearbeiter).

Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch, Hrsg. Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky, 11. Aufl., Berlin 2003 (zit.: LK-Bearbeiter¹¹).

Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch, Hrsg.: Heinrich Jagusch, E. Mezger, August Schaefer, W. Werner, 10. Aufl., Berlin 1989, (zit.: LK-Bearbeiter¹⁰).

Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch, Hrsg.: Hans-Heinrich Jescheck, Wolfgang Ruß, Günther Willms, 8. Aufl., Berlin 1957 (zit.: LK-Bearbeiter⁸).

Letzgus, Klaus: Vorstufen der Beteiligung, Berlin 1972.

v. Liszt, Franz: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin, Leipzig 1927.

Lüderssen, Klaus: Zum Strafgrund der Teilnahme, Baden-Baden 1967.

Martin, Ludwig: Beihilfe zur Anstiftung, DriZ 1955, 290 f.

Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965.

Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., Karlsruhe 1971.

Maurach, Reinhart; Gössel, Heinz; Zipf, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 7. Aufl., Heidelberg 1989.

Maurach, Reinhart; Schroeder, Friedrich-Christian; Maiwald, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 9. Aufl., Heidelberg 2003.

Mayer, Max Ernst: Die Befreiung von Gefangenen, Leipzig 1906.

Meine, Hans-Gerd: Die Strafbarkeit von Embargoverstößen nach § 34 Abs. 4 AWG, wistra 1996, 41 ff.

Meister, H.G.: Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg vom 30.07.1947, MDR 1948, 27 f.

Meurer, Dieter: Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Marburg 1999.

Meurer, Dieter; Bergmann, Alfred: Tatbestandsalternativen beim Glücksspiel – BayObLG, NJW 1979, 2258, JuS 1983, S. 668 ff.

Meyer, Dieter: Zum Problem der „Kettenanstiftung“ – BGHSt 6, 359 und BGHSt 8, 137, JuS 1973, 755 ff.

Meyer, Hugo: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 3. Aufl., Erlangen 1882.

Muhler, Manfred: Was der Gesetzgeber leider nicht bedacht hat, ZRP 1998, 4 ff.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hrsg.: Wolfgang Joecks, Klaus Miebach, Band 1 §§ 1–51 StGB, Band 3 §§ 185–262 StGB, München 2003 (zit.: MüKoStGB-Bearbeiter).

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hrsg.: Wolfgang Joecks, Klaus Mießbach, Band 5 Nebenstrafrecht I, München 2007 (zit.: MüKoKWKG-Bearbeiter).

Murmann, Uwe: Zum Tatbestand der Beihilfe, JuS 1999, 548 ff.

Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch, Hrsg.: Urs Kindhäuser, Ulfried Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen, Band 1, 2. Aufl., Baden-Baden 2005 (zit.: NK-Bearbeiter).

Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Gesamted.: Ulfried Neumann, Ingeborg Puppe, Wolfgang Schild, 1. Aufl., Band 3, Stand: November 2001, Baden-Baden 1995 (zit.: NK-Bearbeiter¹).

Olshausen, Justus: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 3. Aufl., Berlin 1890.

Osnabrügge, Stephan A.: Die Beihilfe und ihr Erfolg. Zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB, Berlin 2002.

Otto, Harro: Grundkurs Strafrecht. Besonderer Teil, 5. Aufl., Berlin 1998.

Otto, Harro: „Vorgeleistete Strafvereitelung“ durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, in: Festschrift für Lenckner, Hrsg.: Albin Eser, Ulrike Schittenhelm, Heribert Schumann, München 1998, S. 193 ff.

Pawlowski, Hans-Martin: Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Heidelberg 1999.

Plate, Hartwig: Zur Strafbarkeit des agent provocateur, ZStW 84 (1972), 294 ff.

Pottmeyer, Klaus: Die Strafbarkeit von Auslandstaten nach dem Kriegswaffenkontroll- und dem Außenwirtschaftsrecht, NStZ 1992, 57 ff.

Pottmeyer, Klaus: Kriegswaffenkontrollgesetz (KWKG), 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1994.

Rengier, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 7. Aufl., München 2006.

Roxin, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., Berlin, New York 2000.

Roxin, Claus: Strafrecht: Allgemeiner Teil. Band 1, 3. Aufl., München 1997.

Roxin, Claus: Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht, JZ 1966, 293 ff.

Rubo, Ernst Traugott: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1879, Reprint 1992.

Rudolphi, Hans-Joachim: Täterschaft und Teilnahme bei der Strafvereitelung, in: Festschrift für Theodor Kleinknecht, Strafverfahren im Rechtsstaat, Hrsg. Karl Heinz Gössel, Hans Kauffmann, München 1985, S. 379 ff.

Rudolphi, Hans-Joachim: Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mitäterschaft, in: Festschrift für Paul Bockelmann, Hrsg.: Arthur Kaufmann, Günter Bemann, Detlef Krauß, Klaus Volk, München 1979, S. 369 ff.

Salamon, Jochen: Vollendete und versuchte Beihilfe, Göttingen 1968.

Sax, Walter: Zur Problematik des „Teilnehmerdelikts“, ZStW 90 (1978), 927 ff.

Schilling, Georg: Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, Köln, Berlin, Bonn, München 1975.

Schönke, Adolf; Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München 2006 (zit.: Schönke/Schröder-Bearbeiter).

Schönke, Adolf; Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl., München 1991 (zit.: Schönke/Schröder-Bearbeiter²⁴).

Schönke, Adolf; Schröder, Horst: Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl., München 1976 (zit.: Schönke/Schröder-Bearbeiter¹⁸).

Schröder, Horst: Grundprobleme des § 49a StGB, JuS 1967, 289 ff.

Schröder, Horst: Teilnahmeprobleme bei der Abtreibung, MDR 1949, 391 ff.

Schwind, Hans-Dieter: Grundfälle der „Kettenteilnahme“, MDR 1969, 13 ff.

Siegert, Rainer: Strafrechtsreform im Einführungsgesetz?, IV. Die Gefangenenbefreiung, JZ 1973, 308 ff.

Sommer, Ulrich: Verselbständigte Beihilfehandlungen und Straflosigkeit des Gehilfen, JR 1981, 490 ff.

Stein, Ulrich: Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, Bonn 1986.

Stratenwerth, Günter: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1981.

Stratenwerth, Günter; Kuhlen, Lothar: Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 5. Aufl., Köln, Berlin, München 2004.

Sturm, Richard: Änderungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, JZ 1975, 6 ff.

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hrsg.: Hans Joachim Rudolphi, Eckhard Horn, Erich Samson, Band I. Allgemeiner Teil (§§ 1–79b), Stand: Juni 1997 (§§ 1, 9), Oktober 2001 (§§ 26,27), Januar 2001 (§ 30); Band II. Besonderer Teil (§§ 80–358), Stand: April 2000 (§§ 219, 219b), März 2005 (§ 120), Frankfurt a. M. (zit.: SK-Bearbeiter).

Tenckhoff, Jörg; Arloth, Frank: Der praktische Fall – Strafrecht: Freiheit um jeden Preis, JuS 1985, 129 ff.

Tiedemann, Klaus: Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts, in: Festschrift für Jürgen Baumann, Hrsg.: Gunther Arzt, Gerhard Fezer, Ulrich Weber, Ellen Schlüchter, Dieter Rössner, Bielefeld 1992, 7 ff.

Triffterer, Otto: Können Mord-Gehilfen der Nationalsozialisten heute noch bestraft werden?, NJW 1980, 2049 ff.

Tröndle, Herbert; Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl., München, 2006.

Vogler, Theo: Die Begünstigungshandlung, Zum Begriff „Hilfe leisten“ im § 257 StGB, in: Festschrift für Eduard Dreher, Hrsg.: Hans-Heinrich Jescheck, Hans Lüttger, Berlin, New York 1977, 405 ff.

Vogler, Theo: Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat, in: Festschrift für Ernst Heinitz, Hrsg.: Hans Lüttger, Hermann Blei, Peter Hanau, Berlin, 295 ff.

Vormbaum, Thomas; Welp, Jürgen: Das Strafgesetzbuch: Sammlung der Änderungsgesetze und Neubekanntmachungen, Band 1: 1870–1953, Baden-Baden 1999.

Weber, Ulrich: Probleme der Versuchsstrafbarkeit bei mehreren Tatbeteiligten, in: Festschrift für Theodor Lenckner, Hrsg.: Albin Eser, Ulrike Schittenhelm, Heribert Schumann, München 1998, 435 ff.

Wessels, Johannes; Beulke, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 36. Aufl., Heidelberg 2006.

Wolter, Jürgen: Notwendige Teilnahme und straflose Beteiligung, JuS 1982, 343 ff.

Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 8. Aufl., München 2003.

1. Abschnitt: Einleitung

A. Problematik

Der Begriff der Beihilfe steht im Strafrecht allgemein für eine Teilnahmeform. Diese ist in § 27 StGB¹ normiert und setzt voraus, dass zu einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen Hilfe geleistet wird. Kennzeichnend für die Beihilfe ist damit einerseits die Tathandlung des Gehilfen, das Hilfeleisten, andererseits die vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen als so genannte Haupttat. Weil aber das Charakteristische der Beihilfe in Abgrenzung zur Anstiftung als zweiter Teilnahmeform in der Tathandlung, dem Hilfeleisten, steckt, ist es nicht unüblich, schon den Begriff des Hilfeleistens stellvertretend für die Kennzeichnung der Beihilfe in § 27 zu verwenden. Synonym für das Hilfeleisten werden aber auch die Begriffe des Förderns oder Unterstützens gebraucht,² sodass sich die Beihilfe in § 27 ohne Weiteres auch mittels dieser Begriffe kennzeichnen lässt. Jedoch werden die Begriffe des Förderns und Unterstützens nicht nur zur Umschreibung der Tathandlung des Hilfeleistens in § 27 Abs. 1 verwandt, sie (und noch einige ähnliche Bezeichnungen mehr) kommen auch in einigen Tatbeständen des Besonderen Teils und des Nebenstrafrechts vor.³ Wegen der sprachlichen Ähnlichkeit liegt es nahe, sie ebenfalls als Beihilfehandlungen zu bezeichnen. Bei näherer Betrachtung dieser beihilfeähnlichen Handlungen zeigt sich über die sprachliche Nähe hinaus sogar eine teilweise strukturelle Kongruenz mit der Beihilfe in § 27. Bei ihnen kann meist ebenso wie bei der Beihilfe in § 27 zwischen der fördernden Tathandlung und der von ihr geförderten Tat eines anderen unterschieden werden. Formal gesehen weist das Strafrecht damit verschiedene Beihilferegeln auf – zum einen die im Allgemeinen Teil des StGB in § 27 und zum anderen die gesondert normierten in den Tatbeständen des Besonderen Teils und des Nebenstrafrechts.

¹ Im Folgenden sind §§ ohne Gesetzesangabe solche des StGB.

² Dazu 2. Abschnitt A.I.

³ Zum Beispiel das Unterstützen in § 84 Abs. 2, § 85 Abs. 2, § 109f Abs. 1 Nr. 3, § 129 Abs. 1; das Fördern in § 120 Abs. 1, § 181a Abs. 2, § 206 Abs. 2 Nr. 3, § 328 Abs. 2 Nr. 4, § 34 Abs. 3 AWG, § 31 Abs. 2 und § 31 Abs. 2 WStGB und §§ 19–20a Abs. 1 KWKG; das Verhelfen in § 121 Abs. 1; das Vorschubleisten in § 180 Abs. 1 und 2; das Inverkehrbringen in § 219b Abs. 1; das Hilfeleisten in § 257 Abs. 1; das Absetzenhelfen in § 259 Abs. 1; das Bereitstellen in § 284 Abs. 1 und § 29 Abs. 1 Nr. 13 BtMG.

Entsprechendes gilt für die Tathandlung der Anstiftung: Zum Beispiel das Verleiten in § 120 Abs. 1, § 160 Abs. 1, § 323b, § 328 Abs. 2 Nr. 4, § 357 Abs. 1, § 33 und § 34 Abs. 1 WStGB, § 20 Abs. 1 UWG und §§ 19–20a Abs. 1 KWKG; das Verleiten und Auffordern in § 29 Abs. 1 Nr. 10 bzw. 12 BtMG sowie das Bestimmen in § 181a Abs. 1 Nr. 3.

Die beihilfeähnlichen Regelungen des Besonderen Teils und des Nebenstrafrechts weisen jedoch häufig Besonderheiten auf, die sich nicht in das gewohnte Erscheinungsbild der Beihilfe in § 27 einfügen. So ist zum Beispiel für die Strafbarkeit der beihilfeähnlichen Handlung in § 120 Abs. 1 Var. 3 eine mit Strafe bedrohte vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen entbehrlich und nach § 120 Abs. 3 sogar der Versuch unter Strafe gestellt.

Die damit im Zusammenhang stehenden Probleme gelten aber gemeinhin als überschaubar und gelöst.⁴ Wahrscheinlich deshalb hat sich der Gesetzgeber in der jüngeren Vergangenheit vermehrt dieser scheinbar einfach zu handhabenden beihilfeähnlichen Regelungen im Nebenstrafrecht bedient. So kam es in Anbetracht der häufigen Verwendung im Nebenstrafrecht auch erst dort zu ersten Unsicherheiten bei der Auslegung dieser beihilfeähnlichen Regelungen. Denn kurze Zeit nach Inkrafttreten des novellierten und mit beihilfeähnlichen Regelungen versehenen Kriegswaffenkontrollgesetzes (KWKG) waren verschiedene Gerichte mit der Frage konfrontiert worden, unter welchen Voraussetzungen der Versuch des Förderns nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG strafbar sei, insbesondere ob der Versuch des Förderns wie das vollendete Fördern eine wenigstens ins Versuchsstadium gelangte vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat erfordere.⁵ Die Entscheidungen fielen unerwartet nicht einheitlich aus und lösten auch im Schrifttum eine Kontroverse aus.⁶

Nicht minder problematisch erweist sich ferner die Behandlung der weiteren Teilnahme an einer solchen beihilfeähnlichen Tat. Denn für die beihilfeähnlichen Taten gilt häufig – mangels einer dem § 27 Abs. 2 S. 2 entsprechenden obligatorischen Strafmilderung – der ungemilderte Strafraum der unterstützten Haupttat. Würden die bekannten allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme, wonach die Anstiftung oder Beihilfe zu einer Beihilfe als so genannte mittelbare Beihilfe zur Haupttat zu behandeln ist, schlichtweg auf die beihilfeähnlichen Taten übertragen, wäre jeder Teilnehmer aus dem ungemilderten Strafraum der unterstützten Haupttat zu bestrafen, ohne dass die obligatorische Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2 Anwendung fände.

Wegen der Brisanz und der weiterhin bestehenden Aktualität wurden die beihilfeähnlichen Regelungen des KWKG exemplarisch für die vorliegende Untersuchung ausge-

⁴ Vgl. nur LK-v. Bubnoff § 120 Rn 29 ff.; Schönke/Schröder-Eser § 120 Rn 11/12.

⁵ LG Stuttgart, NStZ-RR 1997, 147 ff.; OLG Stuttgart NStZ-RR 1998, 63; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 153 ff.

⁶ Siehe 3. Abschnitt C.III.2.c.

wählt. Im Vordergrund werden sowohl die in den Gerichtsentscheidungen zu Tage getretenen Probleme stehen als auch allgemeine Fragen der Rechtsanwendung. Erörtert wird insbesondere, welche Voraussetzungen an eine strafbare vollendete Begehung zu stellen sind, unter welchen Voraussetzungen der Versuch strafbar ist und wie die weitere Teilnahme an einer solchen beihilfeähnlichen Tat zu behandeln ist.

B. Gang der Untersuchung

Wegen der vorhandenen Übereinstimmungen der beihilfeähnlichen Regelungen des Besonderen Teils und des Nebenstrafrechts mit der Beihilferegelung in § 27 ist es mit Blick auf die angedeuteten Probleme unabdingbar, die Untersuchung mit einer Analyse der Beihilfe in § 27 zu beginnen, vor allem die objektiven Voraussetzungen einer vollendeten und versuchten Beihilfe nach § 27 zu ermitteln sowie die Behandlung der weiteren Teilnahme an ihr zu ergründen.

Zunächst wird deshalb im 2. Abschnitt die Beihilfe in § 27 auf diese Problemstellungen hin untersucht. Daran schließt sich im 3. Abschnitt unter den Gliederungspunkten A. und B. die Untersuchung der beihilfeähnlichen Regelungen der §§ 120 Abs. 1 und 219b Abs. 1 an, da sie dem Gesetzgeber neben der beihilfeähnlichen Regelung in § 354 Abs. 2 Nr. 3 a. F. – die auf Grund der zwischenzeitlichen Aufhebung des § 354 a. F. und dessen vollständiger Neufassung in § 206 keinen Eingang in die vorliegende Untersuchung gefunden hat – als Vorbild bei der Normierung der beihilfeähnlichen Regelungen der §§ 19–20a KWKG gedient haben.⁷ Im 3. Abschnitt unter Gliederungspunkt C. folgt sodann die Untersuchung der beihilfeähnlichen Regelungen der §§ 19–20a KWKG.

C. Begriffsbestimmung

Wie erwähnt, entsprechen einige Tathandlungen im Besonderen Teil des StGB und im Nebenstrafrecht inhaltlich den Tathandlungen der Beihilfe in § 27 Abs. 1 oder der Anstiftung in § 26 oder sind ihnen jedenfalls ähnlich.⁸ Überwiegend werden sie als „verselbstständigte Teilnahmehandlungen“ oder „verselbstständigte Teilnahme“ bezeichnet,⁹ weil diese Teilnahmehandlungen in einem Delikt des Besonderen Teils oder des Nebenstrafrechts explizit normiert und damit losgelöst von den allgemeinen Regelungen

⁷ BT-Drs. 11/4609, S. 10.

⁸ Siehe Fn 3.

der Teilnahme in den §§ 26, 27 sind. Zu finden ist auch die Bezeichnung als „echte Teilnahmefälle“ oder „Sonderfälle des Teilnehmens“.¹⁰ Auf Grund der gesonderten Normierung dieser Tathandlungen im Besonderen Teil oder Nebenstrafrecht wird weitgehend gefolgert, dass sie zur Täterschaft erhobene Teilnahmehandlungen darstellen.¹¹ Es finden sich darum auch die Termini der täterschaftlichen¹² und materiellen¹³ Teilnahmehandlungen. Um davon terminologisch die Anstiftung und Beihilfe der §§ 26, 27 abzugrenzen, werden diese als formelle Anstiftung bzw. Beihilfe bezeichnet.¹⁴

Die genannten Begriffe eignen sich jedoch nur wenig, die beihilfeähnlichen Regelungen des Besonderen Teils und des Nebenstrafrechts präzise und aussagekräftig zu beschreiben.

Der Terminus „verselbstständigt“ eignet sich deshalb nicht, weil er leicht das Missverständnis entstehen lässt, die jeweilige teilnahmeähnliche Regelung sei im Gegensatz zu der von einer mit Strafe bedrohten vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen abhängigen Anstiftung oder Beihilfe der §§ 26, 27 unabhängig und darum selbstständig. Das trifft aber nicht zu: Zum einen gilt das schon nicht für sämtliche teilnahmeähnlichen Regelungen, wie beispielsweise für die Tatvariante des Förderns in § 206 Abs. 2 Nr. 3.¹⁵ Zum anderen ist der jeweilige teilnahmeähnliche Tatbestand zu meist nur von einzelnen Voraussetzungen einer mit Strafe bedrohten vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Haupttat entbunden.¹⁶

Der Begriff der „täterschaftlichen“ oder der „zur Täterschaft erhobenen Teilnahmehandlung“ überzeugt inhaltlich nicht, da – wie im Folgenden dargelegt werden wird – wenigstens die untersuchten beihilfeähnlichen Handlungen des Besonderen Teils und des Nebenstrafrechts materiell gerade keine täterschaftlichen Regelungen darstellen.

⁹ Siehe nur BT-Drs. 11/4609, S. 10; Arzt/Weber § 45 Rn 58; Gössel/Dölling, S. 601; Gropp, S. 394; Lackner/Kühl § 27 Rn 12; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 31; Maurach/Gössel/Zipf, S. 321; Sommer, JR 1981, 490 ff.

¹⁰ Fincke, S. 65 f.

¹¹ Fincke, S. 69; Sommer, JR 1981, 493.

¹² Joecks § 120 Rn 17 f.

¹³ Fincke, S. 65.

¹⁴ Vgl. Fincke, S. 67.

¹⁵ Mit der gesonderten Normierung des Förderns in § 206 Abs. 2 sollte lediglich die obligatorische Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2 umgangen werden. Eine weitere Bedeutung besitzt diese Regelung nicht. Siehe dazu Schönke/Schröder-Lenckner § 206 Rn 21.

¹⁶ Wie zum Beispiel beim Fördern des Entweichens in § 120 Abs. 1, bei dem die Tathandlung des Förderns nur von der Voraussetzung einer für den Haupttäter (Gefangenen) mit Strafe bedrohten Haupttat (Selbstbefreiung) entbunden ist, nicht aber auch von der der Vorsätzlichkeit und Rechtswidrigkeit der Haupttat; siehe unten 3. Abschnitt A.II.2.a.

Diese Bedenken richten sich ebenso gegen den Terminus der „materiellen Teilnahmehandlung“, sofern ihm der Sinn einer mehr als nur formell täterschaftlichen Regelung beigelegt wird.¹⁷ Darüber hinaus fehlt diesem Begriff jede Unterscheidungskraft zu der dann „formell“ genannten Teilnahme der §§ 26, 27. Denn auch die in den §§ 26, 27 geregelte Teilnahme enthält unbestritten materielle Voraussetzungen.

Der Unterschied der teilnahmeähnlichen Regelungen des Besonderen Teils und des Nebenstrafrechts zu den Teilnahmeregelungen des allgemeinen Teils besteht zum einen im allgemeinen Bezug der in den §§ 26, 27 normierte Teilnahme auf grundsätzlich alle Taten des Besonderen Teils und des Nebenstrafrechts, während die im Besonderen Teil und im Nebenstrafrecht enthaltenen teilnahmeähnlichen Regelungen sich bloß auf ganz bestimmte Haupttaten beziehen. Zum zweiten werden bei den teilnahmeähnlichen Regelungen die an die Haupttat gestellten Voraussetzungen teilweise modifiziert.¹⁸ Liegt darin aber der wesensmäßige Unterschied beider Regelungen, erscheint es nur sachgerecht, daran die Terminologie auszurichten. Deshalb soll für die in den §§ 26, 27 geregelte Teilnahme im Folgenden einheitlich der Begriff der allgemeinen Anstiftung oder Beihilfe verwandt werden und für die teilnahmeähnlichen Regelungen im Besonderen Teil und Nebenstrafrecht der Begriff der besonderen Anstiftung oder Beihilfe.

Diese Begriffe besitzen zudem ein deutlich höheres Maß an Unterscheidungskraft als die der „echten Teilnahmefälle“ und der „Sonderfälle des Teilnehmens“: Der Begriff der „Sonderfälle des Teilnehmens“ ist zu generell, denn zu ihm kann ohne Weiteres auch das Beteiligen an einer Schlägerei nach § 231 Abs. 1 oder die Beteiligung als Täter oder Teilnehmer nach § 125 Abs. 1 gezählt werden, obgleich sich diese Regelungen schon formal deutlich von den hier zur Untersuchung stehenden teilnahmeähnlichen Regelungen unterscheiden. Diesem Nachteil kann zwar der Begriff der „echten Teilnahmefälle“ entgehen, da er die umfassende Beteiligungsregelung in den §§ 231 und 125 wohl zu den „unechten“ zählen würde, jedoch erweist sich der Begriff der „echten Teilnahmefälle“ als terminologisch untauglich, die in §§ 26, 27 normierte allgemeine Anstiftung und Beihilfe von den speziellen des Besonderen Teils und des Nebenstrafrechts zu unterscheiden, da beide in diesem Sinne „echt“ wären.

¹⁷ So Fincke, S. 65.

¹⁸ Siehe Fn 16.

2. Abschnitt: Die allgemeine Beihilfe in § 27

A. Die vollendete Beihilfetat

Nach § 27 Abs. 1 wird als Gehilfe bestraft, wer vorsätzlich zu einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen Hilfe leistet. Vorausgesetzt wird somit zweierlei: ein Hilfeleisten sowie eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen, zu der die Hilfe geleistet wird.

I. Die Tathandlung: Das Hilfeleisten

Das Hilfeleisten kennzeichnet die Tathandlung der Beihilfe. Spricht man von einem Hilfeleisten, so wird damit zum Ausdruck gebracht, dass eine Tätigkeit entfaltet wird, die sich in Bezug auf eine bestimmte, vom Hilfeleisten verschiedene Handlung hilfreich erweist^{19, 20} Auf welche Art und Weise die Hilfe allerdings geleistet wird, ist unerheblich.²¹ Denn das Wort „leisten“ als die eigentliche Handlungsumschreibung ist unbestimmt. Nach seinem natürlichen Sprachgebrauch steht „leisten“ als Allgemeinbegriff für eine Vielzahl verschiedener Tathandlungen.²² So spricht man zum Beispiel von einem „Beistandleisten“, „Beitragleisten“, „Dienstleisten“ oder „Gewährleisten“, wenn man bewusst nur das Resultat der Leistung in den Mittelpunkt rücken, aber die Art und Weise der Erbringung des Beistandes, des Beitrages, des Dienstes oder der Gewähr (bewusst) offen lassen möchte. Im Normtext des StGB finden sich die Begriffe des Leistens – abgesehen von einem Hilfeleisten – beim Widerstandleisten gegen Vollstreckungsbeamte in § 113 Abs. 1 und beim Vorschubleisten in § 180 Abs. 1. Auch bei diesen Handlungsumschreibungen ist die Art und Weise der Erbringung grundsätzlich unerheblich. Beim Widerstandleisten kommt demzufolge jede Handlung in Betracht, die

¹⁹ Welche Anforderungen an diesen Zurechnungszusammenhang zu stellen sind, wird in Rechtsprechung und Schrifttum kontrovers beurteilt. Während die Rechtsprechung ein Fördern der vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen verlangt, fordert das herrschende Schrifttum einen Kausalzusammenhang (zu den einzelnen Auffassungen siehe Dreher, MDR 1972, 553 ff.; LK-Schünemann § 27 Rn 1 ff. m. w. N.; Osnabrügge, S. 186 ff.; Rogat, S. 24 ff.). Die Auseinandersetzung damit soll im Rahmen dieser Arbeit unterbleiben, weil sie für die vorliegende Untersuchung der besonderen Beihilfe, insbesondere der weiteren Teilnahme an ihr und den allgemeinen Voraussetzungen eines strafbaren Versuchs keine Bedeutung hat und der Streitstand im Falle unterschiedlicher Ergebnisse auf die jeweilige besondere Beihilfe ohne Weiteres übertragen werden kann.

²⁰ Vgl. Salamon, S. 7 f.

²¹ § 49 a. F. (bis 1975) machte dies insbesondere dadurch deutlich, indem er das Leisten von Hilfe sowohl in Form einer „Tat“ (physisch) als auch in Form eines „Rates“ (psychisch) exemplarisch aufzählte.

²² Gleichbedeutend sind die Begriffe „vollbringen“, „machen“, „tun“ und „erbringen“ (Duden, Bd. 8, „leisten“).

die Vornahme der Vollstreckungsmaßnahme verhindert oder erschwert,²³ und beim Vorschubleisten jede Handlung, die die Vornahme sexueller Handlungen an einer Person unter sechzehn Jahren oder einer Person unter sechzehn Jahren an oder vor einem Dritten fördert²⁴. Um der dadurch bewirkten enormen Strafbarkeitsausdehnung zu begegnen, wurden die Tathandlungen des Widerstandleistens und Vorschubleistens jedoch auf bestimmte und besonders strafwürdige beschränkt. Als Handlungen eines Widerstandleistens sind nach § 113 Abs. 1 nur diejenigen tatbestandsmäßig, die mit den qualifizierten Mitteln der Gewalt oder der Drohung mit Gewalt begangen werden, und beim Vorschubleisten sind es nach § 180 Abs. 1 Nr. 1 und 2 nur solche, die durch Vermittlung oder durch Gewähren oder Verschaffen einer Gelegenheit begangen werden. Weil sich aus der weiten Fassung des Begriffes Hilfeleisten in § 27 Abs. 1 keine Einschränkungen in Hinblick auf die konkrete Art und Weise ihrer Erbringung ergeben, kann zu der vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen die Hilfe in jeder Form, sowohl physisch als auch psychisch, geleistet werden.²⁵ Als mögliche Beihilfehandlungen kommen das Verschaffen von Einbruchwerkzeugen, das Wachestehen während der Tatausführung²⁶ oder das Bestärken des Täters in seinem Entschluss, die Tat durchzuführen,²⁷ in Betracht.

Der Bestandteil „Hilfe“ sagt in dieser Wortverbindung aus, was geleistet werden soll. Es stellt den Gegenstand der Leistung dar und präzisiert somit den allgemeinen und neutralen Begriff des Leistens.²⁸ Nicht sämtliches „Leisten“ soll den Tatbestand der Beihilfe erfüllen, sondern nur dasjenige, welches sich in Bezug auf die Ausführung der vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat – sprich: auf die Tathandlung des Haupttäters –²⁹ hilfreich auswirkt.³⁰ Nach rückschauender Betrachtung muss also durch das Hilfeleisten die Tathandlung des Haupttäters unterstützt³¹, gefördert³², erleichtert, ermög-

²³ LK-v. Bubnoff § 113 Rn 13a; vgl. auch BGHSt 18, 133, 135.

Der Begriff des Widerstandleistens hebt sich von den anderen ferner dadurch ab, dass er gerade keine fremde Handlung fördert oder erleichtert, sondern im Gegenteil eine fremde Handlung – die Diensthandlung – zu hindern sucht. Erbracht wird somit zwar keine Unterstützung, aber als Kehrseite ein Widerstand. In Bezug auf den Begriff des Leistens bleibt insoweit die Vergleichbarkeit erhalten.

²⁴ Tröndle/Fischer § 180 Rn 3.

²⁵ So ausdrücklich noch der Wortlaut von § 49 Abs. 1 a. F. (bis 1975), siehe Fn 21.

²⁶ Vgl. den in BGHSt 4, 219 ff. zu Grunde liegenden Sachverhalt.

²⁷ BGH NJW 1951, 451; BGHSt 8, 390, 391.

²⁸ Ähnlich beim Widerstandleisten, dort ist es der Widerstand, der die Leistung näher bestimmt.

²⁹ Siehe unten 2. Abschnitt A.II.1.

³⁰ Osnabrügge, S. 31; Letzgus, S. 65.

³¹ Maurach/Gössel/Zipf, S. 355.

³² BGH NStZ 1985, 318; Gropp, S. 391.

licht³³, intensiviert oder abgesichert³⁴ worden sein.³⁵ Damit steckt im Hilfeleisten des § 27 Abs. 1 ein Erfolg.³⁶ Der Haupttäter muss infolge der Tathandlung des Gehilfen bei der Vornahme seiner Tathandlung bessergestellt worden sein, das heißt, es muss ihm dabei geholfen worden sein. Das Leisten von Hilfe beinhaltet daher den Erfolg der Beihilfe, den der Gehilfe mit seiner Handlung verursacht haben muss.³⁷ Wird die Vornahme der Tathandlung des Haupttäters nicht gefördert oder erleichtert, mangelt es damit zugleich am Erfolg der Beihilfe.³⁸

Zusammenfassend lässt sich somit das Hilfeleisten in § 27 Abs. 1 als Tatbeitrag beschreiben, der der vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen zu Gute kommt, diese also erleichtert, fördert, unterstützt oder ermöglicht.

II. Die vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat

Der Gesetzgeber hat sich mit dem Erfordernis einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen dafür entschieden, die Strafbarkeit der Beihilfe von der Begehung einer fremden Tat abhängig zu gestalten. Das führt dazu, dass der Gehilfe an dieser Tat auch nur soweit verantwortlich ist, wie diese Haupttat tatsächlich ausgeführt wird.³⁹ Mit dieser Anbindung wird zudem erreicht, dass die nach dem restriktiven Täterbegriff⁴⁰ als Strafausdehnungsgrund behandelte Beihilfe eine hinreichend bestimmte Strafbarkeitsgrenze erfährt.⁴¹

1. Der Begriff der „Tat“

§ 27 Abs. 1 verlangt für die Strafbarkeit der Beihilfe eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen. Den Begriff der Tat erläutert § 27 jedoch nicht näher. Gemeint ist damit die Verwirklichung eines Straftatbestandes. Das erschließt sich aus

³³ Wessels/Beulke Rn 582.

³⁴ Geppert, Jura 1999, 266, 267.

³⁵ Die Ausführung der Haupttat kann unterstützt werden, indem die Hilfe ausschließlich der Person des Täters (in der Regel dann psychische Beihilfe) gewährt wird oder zur Tatausführung (in der Regel dann physisch) geleistet wird.

³⁶ Osnabrügge, S. 30; Salamon, S. 7.

³⁷ Vgl. Herzberg, GA 1971, 1, 5 f. und Letzgus, S. 65, der diesen Erfolg aber nur als Zwischenerfolg der Beihilfe betrachtet und die Ausführung der Haupttat als eigentlichen Erfolg der Beihilfe.

³⁸ Salamon, S. 7. Die Erfolgsbezogenheit der Tathandlung lässt sich auch bei anderen Tathandlungen erkennen. So heißt es zum Beispiel in § 212 Abs. 1: „Wer einen Menschen tötet ...“. Das „Töten“ als tatbestandsmäßige Handlung enthält ebenfalls den Erfolg des Handelns, und zwar den Tod eines Menschen, der durch eine beliebige zurechenbare „Tötungs“-Handlung herbeigeführt werden kann (vgl. Köhler, AT, S. 136 f. Siehe auch Baumann/Weber/Mitsch, S. 215).

³⁹ LK-Roxin¹¹ § 27 Rn 51.

⁴⁰ Dazu und zum extensiven Täterbegriff Jescheck/Weigend, S. 648 ff.

⁴¹ Siehe nur Herzberg, ZStW 99, 49, 61.

dem systematischen Zusammenhang mit § 25, der von der Begehung einer Straftat spricht, folgt aber auch aus der Legaldefinition des § 11 Abs. 1 Nr. 5. Denn § 11 Abs. 1 Nr. 5 definiert den Begriff der „rechtswidrigen Tat“ als eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht.

2. Die Beschränkung auf vorsätzlich begangene rechtswidrige Taten

Mit dem Erfordernis einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat in § 27 Abs. 1 wird zunächst der Kreis der teilnahmetauglichen Taten begrenzt. Eine Beihilfe ist nur zu solchen Taten strafbar, die vorsätzlich begangen und rechtswidrig sind. Im Umkehrschluss ist damit die Beihilfe sowohl an fahrlässig begangenen Taten als auch an gerechtfertigten Taten straflos. Hingegen ist es nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 27 Abs. 1 für die Strafbarkeit der Beihilfe unerheblich, ob der Täter schuldhaft handelte – so noch einmal klarstellend § 29 – oder ob aus sonstigen Gründen seine Strafe ausgeschlossen oder aufgehoben ist.⁴²

3. Die versuchte Tat als Tat im Sinne des § 27 Abs. 1

Der Tatbestand der Beihilfe beschreibt die zu unterstützende Haupttat als eine vorsätzlich zu begehende rechtswidrige Tat. Blickt man auf die genannten Tatvoraussetzungen der Vorsätzlichkeit und Rechtswidrigkeit, sind diese mit einer (strafbaren) versuchten Tat ohne Weiteres erfüllt. Lediglich die Voraussetzung einer *begangenen* Tat könnte darauf hindeuten, dass ausschließlich eine vollendete Tat⁴³ taugliche Haupttat einer Beihilfe sein kann.⁴⁴

Der Begriff der Tatbegehung ist nicht allgemein definiert, er wird aber im Strafgesetzbuch mehrfach, zum Beispiel in den §§ 16, 17, 19, 20 und 21 erwähnt. An deren Verwendung und an § 8 ist zu erkennen, dass mit dem Begriff der Tatbegehung nicht zwingend eine vollendete Tat gemeint ist. Eine Beschränkung der §§ 16, 17, 19, 20 und 21 auf nur vollendete Taten wäre auch nicht plausibel. Denn der in § 17 geregelte Verbotserrtum etwa muss bei der bloß versuchten Tat ebenso Beachtung finden wie bei der vollendeten Tat. Nichts anderes darf für die Regelungen der §§ 19, 20 und 21 gelten.⁴⁵

⁴² Baumann/Mitsch/Weber, S. 741. Diese Abhängigkeit wird deshalb als limitierte Akzessorietät bezeichnet.

⁴³ Vollendung einer Tat heißt, dass sämtliche objektiven und subjektiven Umstände eines Straftatbestandes verwirklicht worden sind, LK-Hillenkamp § 22 Rn 11.

⁴⁴ Der Wortlaut des § 23 Abs. 3 legt diese Deutung nahe.

⁴⁵ Der Irrtum über Tatumstände nach § 16 ist hier ausgenommen, da schon nach § 22 allein die Vorstellung des Täters maßgebend ist.

Der Begriff der Tatbegehung erstreckt sich folglich sowohl auf vollendete als auch – soweit nach § 23 strafbar – auf versuchte Taten. Eine Straftat *begeht* mithin auch, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt (§ 22). Die Abhängigkeit der Beihilfe von einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat beinhaltet somit keine Eingrenzung der tauglichen Haupttaten auf vollendete Taten.

Überdies entspricht das Ergebnis dem Willen des Gesetzgebers. Im Zuge der Streichung der so genannten versuchten Beihilfe in § 49a Abs. 3 a. F. (1943–1953) durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz hat der Gesetzgeber noch einmal dargelegt, dass die bis in das Versuchsstadium der fremden Tat geleistete Hilfe als Anwendungsfall des § 49 a. F. (§ 27 Abs. 1) – der vollendeten Beihilfe – anzusehen ist.⁴⁶

Im älteren Schrifttum gab es vereinzelt Stimmen, die ein Hilfeleisten zur versuchten Haupttat nicht als einen Anwendungsfall der vollendeten Beihilfe zum Versuch betrachteten, sondern als eine insgesamt nur versuchte und damit straflose Beihilfe.⁴⁷ Sie nahmen an, dass ein Hilfeleisten nur dann erfolgreich sei, wenn die zu unterstützende Haupttat zur Vollendung gelange. Bleibe die Haupttat im Versuchsstadium stecken, fehle es am Beihilfeerfolg, sodass im Ergebnis eine nur versuchte (straflose) Beihilfe begangen werde.⁴⁸

Diese Ansicht ist jedoch zu Recht auf Ablehnung gestoßen: Die Beihilfe setzt sich aus der vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen und der zu dieser Tat geleisteten Hilfe zusammen. Sie besteht damit aus zwei voneinander zu unterscheidenden Taten – der fremden Haupttat und der Hilfeleistung zu ihr als eigentliche Beihilfetat. Wie die Vollendung der Haupttat ausbleiben und zu einem Versuch führen kann, ist ebenso eine fehlende Vollendung der vom Gehilfen begangenen Beihilfetat denkbar.⁴⁹ Die Entscheidung, wann eine Beihilfetat unvollendet und damit nur versucht ist, erfordert zunächst die Kenntnis der Voraussetzungen des vollendeten Beihilfetatbestandes. Die bisher angestellten Untersuchungen haben dies zu ergründen geholfen. Die Beihilfetat besteht aus der Vornahme der Tathandlung – dem Leisten von Hilfe, die über die bloße Vornahme der Hilfe leistenden Handlung als Erfolg auch die tatsächliche Förde-

⁴⁶ BT-Drs. I/3713, 31. Vgl. auch Dreher, MDR 1972, 553, 557. Dass als Haupttat nicht nur eine vollendete, sondern auch eine versuchte Tat in Betracht kommt, war in § 35 S. 1 PrStGB sogar ausdrücklich normiert.

⁴⁷ Hälschner, S. 386. Vgl. dazu RGSt 11, 37, 39 f. und RGSt 11, 56, 61 ff. Vgl. auch Osnabrügge, S. 251.

⁴⁸ Vgl. Hälschner, S. 386 f.

⁴⁹ Zu den vielfältigen Varianten Letzgus, S. 67 ff.

rung, Unterstützung oder Erleichterung der Tathandlung des Haupttäters voraussetzt.⁵⁰ Eine Beihilfe ist somit nicht zur Vollendung gelangt, wenn es entweder schon an einer Handlung des Gehilfen überhaupt oder an ihrer für die Vornahme der Tathandlung des Haupttäters nötigen Hilfe bringenden Wirkung (Erfolg) fehlt.

Leistet der Gehilfe zur fremden Tat aber Hilfe und bleibt lediglich die Vollendung der fremden Tat aus, ändert das nichts am Verwirklichungsstadium der Beihilfetat. Denn indem der Gehilfe zur (bereits ausgeführten) Tathandlung des Haupttäters Hilfe geleistet *hat*, ist der Tatbestand der Beihilfe erfüllt: Der Gehilfe hat die Tathandlung vollzogen, als Erfolg in Form des Hilfeleistens ist die Tathandlung des Haupttäters oder die Ausführung der Haupttat gefördert, unterstützt oder erleichtert worden – wobei das nur dann gegeben ist, wenn bei einer nur versuchten Haupttat wenigstens schon der Beginn der Tatausführung gefördert, unterstützt oder erleichtert wurde –⁵¹ und die fremde vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat bis ins Versuchsstadium gelangt und insoweit auch begangen worden ist.⁵²

Die Beihilfetat verlangt mit der vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen als Taterfolg somit nicht die Vollendung der fremden Tat, insbesondere also nicht den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges, sondern nur ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandes. Eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat ist bereits der strafbedrohte Versuch einer Tat.

Es ist daher genau zu differenzieren, welche Tat nicht zur Vollendung gelangt ist.⁵³ Nur bei der Tat, die nicht zur Vollendung gelangt ist, führt das Ausbleiben der Vollendung zu einem Versuch. Scheitert also die Vollendung der Beihilfetat, führt das zu einer (straflosen)⁵⁴ versuchten Beihilfe. Mangelt es hingegen allein an der Vollendung der Haupttat, wirkt sich die fehlende Vollendung auch nur innerhalb der Haupttat aus und führt infolgedessen, bei bestehender Versuchsstrafbarkeit, zu einer vollendeten Beihilfe zur versuchten Tat. Das Verwirklichungsstadium der Haupttat ist für die Bewertung des Verwirklichungsstadiums der Beihilfe somit irrelevant.⁵⁵

⁵⁰ Das ist die Förderung, Unterstützung oder Erleichterung der Ausführungshandlungen des Täters, siehe oben 2. Abschnitt A.I.

⁵¹ Vgl. SK-Hoyer § 27 Rn 20 ff. Kritisch Osnabrügge, S. 234 ff.

⁵² Wenngleich die Vornahme der Tathandlung schon in der Feststellung der Hilfeleistung enthalten ist, bedarf es noch der Untersuchung, ob auch die Voraussetzungen dieser Haupttat – deren vorsätzliche Begehung und Rechtswidrigkeit – vorliegen.

⁵³ Vgl. Federer, S. 51 ff.

⁵⁴ Siehe sogleich 2. Abschnitt B.I.

⁵⁵ Vgl. Geppert, Jura 1999, 266, 267. Das Verwirklichungsstadium der Haupttat hat nur auf der Rechtsfolgeauswirkungen. Hier kann es für das Strafmaß sehr wohl eine Rolle spielen, ob die Haupt-

Demzufolge kann festgestellt werden, dass auch der strafbare Versuch einer Tat eine teilnahmefähige Tat im Sinne des § 27 Abs. 1 darstellt.⁵⁶

III. Die subjektiven Voraussetzungen

Der Vorsatz des Gehilfen muss sich wie der eines Täters auf den gesamten objektiven Tatbestand beziehen. Der Gehilfe muss also Vorsatz in Bezug auf die Beihilfehandlung, die von ihm unterstützte Haupttat und den Zusammenhang zwischen der Beihilfehandlung und der Haupttat besitzen.⁵⁷ Ausreichend ist insoweit Eventualvorsatz.⁵⁸ Ausgeschlossen sind nur fahrlässig begangene Unterstützungshandlungen, auch wenn sie zur Förderung der Haupttat beitragen.⁵⁹

Der Vorsatz braucht nicht derart konkret sein, dass der Gehilfe alle Details der Haupttat wie Täter, Zeit und Ort kennt, sondern es genügt, dass er weiß, dass eine Haupttat begangen wird.⁶⁰

Anerkannt ist auch, dass über den Wortlaut des § 27 hinaus der Vorsatz des Gehilfen stets auf die Vollendung der Haupttat gerichtet sein muss.⁶¹ Fehlt dem Gehilfen der Vollendungsvorsatz – will er also nicht, dass es zu einer Vollendung der Haupttat kommt, indem er sich zum Beispiel vorstellt, der Erfolg der Haupttat werde trotz der gewährten Hilfe nicht eintreten –, will er das von der Haupttat geschützte Rechtsgut nicht verletzen und es fehlt damit am Strafgrund der Teilnahme.⁶²

IV. Die Bestrafung der Beihilfe

Die Strafe des Gehilfen richtet sich nach dem Strafraumen der Haupttat, § 27 Abs. 2 S. 1; jedoch erfährt seine Strafe zwingend eine Milderung, § 27 Abs. 2 S. 2. Dadurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Gehilfe im Vergleich zum Haupttäter einen untergeordneten Beitrag erbringt und im Vergleich zum Anstifter ihm lediglich

tat vollendet oder nur versucht war, da sich die Strafe des Gehilfen nach der Strafe des Täters richtet, § 27 Abs. 2 S. 1.

⁵⁶ Herrschende Meinung, siehe nur Geppert, Jura 1999, 266, 267; Murmann JuS 1999, 548; Stein, S. 279 f. Erforderlich ist eben nur, dass die Beihilfe bereits dem (strafbaren) Versuch der Tat zu Gute kam (Stein, S. 280). Ablehnend nur Osnabrügge, S. 232 ff.

⁵⁷ Siehe nur Jescheck/Weigend, S. 695; Kühl, S. 749 m. w. N.

⁵⁸ BGH StV 1985, 100; Jescheck/Weigend, ebd.

⁵⁹ Kühl, ebd.

⁶⁰ BGHSt 3, 65; SK-Hoyer § 27 Rn 34.

⁶¹ BGH StV 1981, 549; Jescheck/Weigend, S. 695; LK-Schünemann § 27 Rn 59; Stratenwerth/Kuhlen, S. 310.

⁶² LK-Schünemann § 27 Rn 59 i.V.m. § 26 Rn 60 ff.; vgl. auch Schönke/Schröder-Cramer/Heine § 26 Rn 20.

das (mit)verwirklichte Erfolgsunrecht der Haupttat (bei Erfolgsdelikten) zugerechnet wird, nicht aber auch das vom Haupttäter begangene Handlungsunrecht.⁶³

B. Der Versuch der Beihilfe

Zur Einführung und Erläuterung der einzelnen Probleme beim Beihilfeversuch⁶⁴ soll folgender Fall dienen:

Fall 1:

T beabsichtigt, in der kommenden Nacht die Taschenuhr des N aus dessen Wohnung zu entwenden. G überlässt zu diesem Zweck dem T einen nachgemachten Schlüssel. T gibt sein Tatvorhaben jedoch nach Erhalt des Schlüssels und weit vor dem Aufsuchen des N auf.

I. Die Straflosigkeit des Versuchs

Der Versuch der Beihilfe ist straflos. Diese Rechtsfolge resultiert weder aus der Natur der Teilnahmeform noch aus der prinzipiellen Unanwendbarkeit der Versuchsregeln auf die Teilnahmeform der Beihilfe. Sehr wohl würde auch die Beihilfe zu einer bestimmten Tat eine Straftat im Sinne des § 22 darstellen und jedenfalls bei der Beihilfe zu einem Verbrechen gemäß §§ 12 Abs. 1 und 3, 23 Abs. 1 zu einer allgemeinen Strafbarkeit der versuchten Beihilfe führen. Der Grund für die Straflosigkeit folgt vielmehr aus der bestehenden Regelung des § 30 Abs. 1⁶⁵ sowie der Aufhebung des § 49a Abs. 3 a. F. (1943) durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz.⁶⁶

⁶³ SK-Hoyer Vor § 26 Rn 20 und § 27 Rn 6.

⁶⁴ Die Termini *Versuch der Beihilfe*, *versuchte Beihilfe* und *Beihilfeversuch* werden hier synonym verwendet. Anders Letzgus, S. 68 ff.

⁶⁵ Ein weiteres Argument für die Straflosigkeit der versuchten Beihilfe folgt aus der Existenz des heutigen § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1. Danach wird bestraft, „wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen“. § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 pönalisiert damit die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen. Weil sich aber die Strafbarkeit der versuchten Anstiftung bereits aus den bestehenden Vorschriften der §§ 22, 23 Abs. 1, 12 i.V.m. § 26 ergäbe (SK-Hoyer § 30 Rn 2) und eine dem § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 entsprechende Regelung für den Versuch der Beihilfe fehlt, kann im Umkehrschluss aus der gesonderten Normierung der versuchten Anstiftung in § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 der Wille des Gesetzgebers geschlossen werden, eine abschließende Regelung in Bezug auf die Strafbarkeit der versuchten Teilnahme in § 30 Abs. 1 getroffen zu haben. Unter Strafe soll nur der Versuch einer Anstiftung zu einem Verbrechen stehen, nicht aber der Versuch einer Beihilfe (vgl. Geppert, Jura 1997, 546, 552; Kühl, S. 681; LK-Vogler¹⁰ Vor. § 22 Rn 100).

⁶⁶ In § 49a Abs. 3 a. F. (1943) war die so genannte erfolglose, das heißt versuchte Beihilfe geregelt. Die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29.5.1943 führte den § 49a Abs. 3 a. F. (1943) mit der Folge ein, dass als Gehilfe auch bestraft wurde, wer dem Haupttäter zur Begehung eines Verbrechens (gemäß § 1 Abs. 1 a. F. eine mit dem Tode, mit Zuchthaus oder mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedrohte Handlung) Hilfe geleistet hatte, und „das Verbrechen nicht oder unabhängig von seiner Hilfeleistung zur Ausführung gelangt“ war. Unter Strafe gestellt war damit der Versuch einer Beihilfe zu einem Verbrechen. Denn gelangte die Haupttat nicht oder unabhängig von der Hilfeleistung zur

Würde aber der Versuch einer Beihilfe unter Strafe gestellt werden, so folgte aus der bestehenden Strafbarkeit der versuchten Anstiftung zu einem Verbrechen in § 30 Abs. 1 Var. 1 und der Verabredung zu einem Verbrechen in § 30 Abs. 2 Var. 3 als gegenüber der versuchten Beihilfe stärkere Beteiligungsformen, dass zur Vermeidung eines Wertungswiderspruches a maiore ad minus auch nur der Versuch einer Beihilfe zu einem Verbrechen unter Strafe zu stellen wäre, sofern die Regelungen des § 30 in dieser Hinsicht unverändert blieben.

Ogleich der Beihilfeversuch nach derzeitiger Rechtslage unbestritten straflos ist, sollen dessen Voraussetzungen, insbesondere ob eine strafbare versuchte oder vollendete vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen erforderlich ist, im Folgenden näher untersucht werden. Denn die gewonnenen Erkenntnisse versprechen einen Nutzen für die spätere Untersuchung des Versuchs der besonderen Beihilfe, der in mehreren Fällen unter Strafe gestellt wurde.

II. Die Voraussetzungen eines Beihilfeversuchs

1. Die Vorstellung von der Verwirklichung des Beihilfetatbestandes

Abgesehen von den Fahrlässigkeitsdelikten und der Erfüllung besonderer Unrechtsmerkmale setzt der subjektive Tatbestand eines versuchten und vollendeten Deliktes den Vorsatz bezüglich aller objektiven Umstände der angestrebten Tat voraus.⁶⁷ Demzufolge ist es auch für den Versuch einer Beihilfe erforderlich, dass der Gehilfe bei der Ausführung seiner Tathandlung sämtliche objektiven Tatumstände des Beihilfetatbestandes in seinen Vorsatz aufgenommen hat. Er muss daher vorsätzlich seine Hilfeleistung zur vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Haupttat eines anderen erbringen beziehungsweise den Vorsatz haben, die Hilfeleistung zu dieser Haupttat zu erbringen, diese Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen erfassen und deren Vollendung wollen.⁶⁸

Ausführung, das heißt nicht in das strafbare Versuchsstadium (Petters § 49a Rn 7), mangelte es am Erfolg der Beihilfe, dem Hilfeleistenden zu einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat (siehe oben 2. Abschnitt A.I.).

Durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953 wurde die Regelung der versuchten Beihilfe in § 49a Abs. 3 a. F. (1943) ersatzlos aufgehoben, sodass daran der Wille des Gesetzgebers erkennbar geworden ist, die versuchte Beihilfe generell straflos zu stellen (LK-Mezger⁸ § 49a Anm. 1; Dreher, GA 1954, 11, 18).

⁶⁷ Vgl. Kühl, S. 399 f.

⁶⁸ Kühl, S. 678 f. m. w. N.

2. Das unmittelbare Ansetzen zum Hilfeleisten

„Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt.“ Mit diesen Worten beschreibt das StGB in § 22 den Versuch einer Straftat. Diese Formel ist zwar hauptsächlich auf die Straftatbestände des Besonderen Teils des StGB ausgerichtet, kann aber – wie § 30 zeigt – ebenso für die Bestimmung des Versuchs einer Beihilfe verwendet werden. Kombiniert man dazu die Versuchsbestimmung des § 22 mit der Regelung der Beihilfe in § 27 Abs. 1 und ersetzt in § 22 die Wendung „zur Verwirklichung des Tatbestandes“ mit dem Ausdruck „zur Hilfeleistung“,⁶⁹ erhält man die präzise Formel zur Bestimmung des Beihilfeversuchs: „Eine Beihilfe versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Beihilfetat zur Hilfeleistung unmittelbar ansetzt.“

3. Das Erfordernis einer ins Versuchsstadium gelangten Haupttat

Würde nach dem soeben Gesagten der Beihilfeversuch bereits dann beginnen, wenn der Gehilfe nach seiner Vorstellung von der Tat zur Hilfeleistung unmittelbar ansetzt, so bräuchte die fremde Haupttat nicht zur Ausführung gelangt zu sein, das heißt, sie bräuchte nicht das strafbare Versuchsstadium erreicht zu haben.⁷⁰ Ausreichend wäre die bloße Vorstellung des Gehilfen, die Haupttat werde, durch seine Hilfe gefördert, noch ausgeführt werden.⁷¹ Der Versuch der Beihilfe hätte sich „von der früheren Abhängigkeit von der Haupttat endgültig emanzipiert“.⁷² Der Versuch einer Beihilfe begänne folglich mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Hilfeleistung, ohne dass die Haupttat selbst das Versuchsstadium erreicht haben müsste.

In *Fall 1* wollte G zum geplanten Wohnungseinbruchdiebstahl des T mit der Übergabe des nachgemachten Schlüssels Hilfe leisten. Nach seiner Vorstellung hat er hierzu auch unmittelbar angesetzt und hätte deshalb schon sämtliche Voraussetzungen des Beihilfeversuchs erfüllt. Dass der Diebstahl des T als Haupttat nicht wenigstens das strafbare Versuchsstadium erreicht hat, wäre für die Annahme eines Beihilfeversuchs nach § 22

⁶⁹ Vgl. Kühl, S. 407.

⁷⁰ Vgl. Letzgus, S. 83 ff.; vgl. Weber, FS-Lenckner, S. 453 ff.

⁷¹ Vgl. Dreher, GA 1954, 11, 15. Man spricht deshalb auch von „hypothetischer Akzessorietät“; Jeschke/Weigend, S. 701 f.; Maurach, S. 699.

Zu den Bedenken gegen die weite Vorverlagerung der Versuchsstrafbarkeit und den Konsequenzen siehe sogleich.

⁷² Dreher, GA 1954, 11, 15.

belanglos. Es genüge, dass sich G lediglich vorstellt, der Wohnungseinbruchdiebstahl des T werde noch begangen (vollendet)⁷³ werden.

Weil das Fördern der Haupttat den Taterfolg der Beihilfe darstellt, lässt sich das Ergebnis auch mit dem Ausbleiben des Beihilfeerfolges begründen: Zwar hat G mit der Übergabe des Schlüssels eine auf Hilfeleistung abzielende Handlung vorgenommen. Eine (erfolgreiche) Hilfe zur Haupttat wurde dadurch, mangels begonnener Haupttat, aber noch nicht geleistet. Indem G aber T den Schlüssel übergab, hat er zum Beihilfeversuch nach seiner Vorstellung unmittelbar angesetzt.

Die Unabhängigkeit des Beihilfeversuches von einer zur Ausführung gelangten Haupttat als Ergebnis einer stringenten Anwendung des § 22 stößt gleichwohl nicht auf einhellige Zustimmung. Vorwiegend vom (älteren) Schrifttum sowie der Judikatur des Reichsgerichts wurde die Auffassung vertreten, der Beihilfeversuch verlange eine wenigstens ins Versuchsstadium gelangte Haupttat.⁷⁴ Im Wesentlichen wurde hierfür auf das der Teilnahme zu Grunde liegende Akzessorietätsprinzip verwiesen.⁷⁵ Danach ist jede Verwirklichungsform der Teilnahme stets von einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen abhängig. Fehlt es an einer begangenen Haupttat, scheidet eine strafbare Teilnahme daran, ob vollendet oder versucht, notwendig aus.⁷⁶ Das Reichsgericht formulierte hierzu: „... die rechtliche Nichtexistenz einer Hauptthat ziehe auch die rechtliche Nichtexistenz der accessorischen Teilnahme nach sich“⁷⁷. Die Bestrafung einer versuchten Beihilfe ist nach dieser Anschauung daher ausgeschlossen, sofern nicht die Haupttat wenigstens das strafbare Versuchsstadium erreicht – es sei denn, die Beihilfe wurde in einem Delikt „verselbständigt“.⁷⁸

Diese Argumentation ist aber nur dann möglich, wenn man die Akzessorietät als universales Prinzip der Teilnahme begreift,⁷⁹ das sowohl für die vollendete Teilnahme als auch für die versuchte Teilnahme Geltung beansprucht. Ob auch der Gesetzgeber diese

⁷³ Siehe oben 2. Abschnitt A.III.

⁷⁴ RGSt 11, 37, 39 f.; 11, 56, 59 ff.; Goltdammer §§ 34, 35 Nr. VI.4.; Koch, S. 49; v. Liszt, S. 330; M.E. Mayer, S. 26; Olshausen § 49 Rn 23 m.w.N. Es gilt allerdings zu beachten, dass von manchen die Teilnahmeformen der Beihilfe zum Versuch und der versuchten Beihilfe nicht getrennt wurden (vgl. Koch, S. 48; vgl. RGSt 11, 37, 39; 11, 56, 63 u. 65; richtig Goltdammer, ebd. und M.E. Mayer, S. 25). Zum Erfordernis einer wenigstens ins Versuchsstadium gelangten Haupttat vgl. auch Jakobs, ZStW 97, 751, 765 ff.

⁷⁵ Bockelmann, S. 31; Maurach, S. 571, die dabei auf das „Wesen“ und die „Natur“ der Teilnahme abstellten. Gegen diese Deutung Herzberg, ZStW 99, 49, 62.

⁷⁶ Goltdammer, ebd.; Koch, ebd.; v. Liszt, ebd.; M.E. Mayer, ebd.

⁷⁷ RGSt 11, 56, 65.

⁷⁸ Vgl. RGSt 11, 37, 39 f.; Olshausen § 49 Rn 23; A. A. nur M.E. Mayer, S. 26.

⁷⁹ Bockelmann, ebd.; Maurach, S. 571.

Auffassung seiner Teilnahmekonzeption zu Grunde gelegt hat, blieb bis zur Normierung der versuchten Teilnahme in § 49a a. F. (1876), dem so genannten Duchesne-Paragrafen,⁸⁰ offen. Mit der Aufnahme des § 49a a. F. stand nunmehr die bloße Aufforderung zu einem Verbrechen unter Strafe – und Auffordern zu einem Verbrechen bedeutete, einen anderen zur Begehung eines Verbrechens zu bestimmen, wobei nicht Voraussetzung war, dass das Verbrechen tatsächlich begangen oder auch nur versucht wurde.⁸¹ Damit war in der Sache eine versuchte Teilnahme zu einem Verbrechen in Form der versuchten Anstiftung gesetzlich normiert worden. Der Gesetzgeber hatte sich mithin entschieden: Der Versuch einer Teilnahme (zu einem Verbrechen) setzte keine zur Ausführung gelangte Haupttat voraus. Das Akzessorietätsprinzip beansprucht in objektiver Hinsicht somit nur für die vollendete Teilnahme Geltung, nicht aber für den Versuch einer Teilnahme.

Dennoch wurde die Vorschrift des § 49a Abs. 1 Var. 1 a. F. (1876–1943) überwiegend nicht als Regelung einer versuchten Anstiftung akzeptiert. Stattdessen beharrte man weiterhin darauf, den Versuch einer Teilnahme als straflos und von einer begangenen Haupttat abhängig zu betrachten.⁸² Man behauptete, das Auffordern zu einem Verbrechen nach § 49a Abs. 1 Var. 1 a. F. (1876–1943) sei ein *delictum sui generis*, das fälschlicherweise seinen Einzug in den Allgemeinen Teil des StGB gefunden habe.⁸³

Diese Auffassung gilt aus heutiger Sicht als widerlegt. Sowohl die ehemalige Beihilfe-Regelung des § 49a Abs. 3 a. F. (1943) als auch die derzeitige Regelung der versuchten Anstiftung in § 30 Abs. 1 S. 1 belegen das Gegenteil.

An der heutigen Regelung der versuchten Anstiftung in § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1,⁸⁴ die bewusst in den Allgemeinen Teil aufgenommen wurde und somit nicht mehr als ein *delictum sui generis* angesehen werden kann,⁸⁵ ist die Unabhängigkeit der versuchten Anstiftung von einer zur Ausführung gelangten Haupttat deutlich zu erkennen. Zum einen enthält der Wortlaut des § 30 Abs. 1 S. 1 keinen Hinweis auf das Erfordernis einer ins Versuchsstadium gelangten Haupttat, und zum anderen geht auch die mit § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 korrespondierende Rücktrittsvorschrift in § 31 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 davon aus, dass bei einem Anstiftungsversuch die angesonnene Tat gerade nicht

⁸⁰ Dazu LK- Schünemann § 30 Vor Rn 1.

⁸¹ Olshausen § 49a Rn 5.

⁸² Olshausen § 49a Rn 2; v. Liszt, S. 807.

⁸³ Vertiefend Letzgus, S. 212 ff. m.w.N.

⁸⁴ Sinngemäß gilt die folgende Argumentation auch in Bezug auf die versuchte Kettenanstiftung nach § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 2.

⁸⁵ Umfassend LK- Schünemann § 30 Rn 1 ff.

vollendet oder versucht zu sein braucht.⁸⁶ Denn nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 tritt vom Anstiftungsversuch strafbefreiend zurück, „wer freiwillig den Versuch aufgibt, einen anderen zu einem Verbrechen zu bestimmen, und eine etwa bestehende Gefahr, dass der andere die Tat begeht, abwendet ...“ und nach § 31 Abs. 2, wer sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Tat zu verhindern, wenn diese ohne sein Zutun unterbleibt. Die Abwendung einer bestehenden Gefahr für die Begehung der Tat ist aber nur dann möglich, wenn die angesonnene Tat noch nicht versucht oder vollendet und damit begangen wurde, weil sich anderenfalls die abzuwendende Gefahr bereits realisiert hätte. Auch muss der Versuch der Anstiftung zu einer unvollendeten Tat deshalb strafbar sein, wenn bei einem Unterbleiben der Tat ohne Zutun des Anstiftenden schon das Bemühen um die Tatverhinderung ausreicht.⁸⁷

Dass auch keine wenigstens versuchte Haupttat vorausgesetzt wird, bestätigt die folgende Überlegung: Würde man für die versuchte Anstiftung den Versuch oder die Vollendung der Haupttat tatsächlich voraussetzen, wäre von der Regelung des § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 nur der Rücktritt vom untauglichen und unwirksamen Anstiftungsversuch erfasst, sodass dadurch die Regelung der versuchten Anstiftung in § 30 Abs. 1 weitgehend ihre Bedeutung verlöre.⁸⁸ Denn wenn die Haupttat nach dem Einwirken auf den Täter das Versuchsstadium erreicht, wäre grundsätzlich eine vollendete Anstiftung nach § 26 vorrangig gegeben. Nur in den wohl sehr selten vorkommenden Fällen der untauglichen und unwirksamen Anstiftung, bei denen die Haupttat unabhängig von den Bemühungen des Anstifters ausgeführt werden, besäße die Regelung des § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 praktische Relevanz. Dass aber ausschließlich diese eine Konstellation gesetzlich normiert werden sollte, überzeugt nicht. Denn einen praktisch sinnvollen Anwendungsbereich bekommt die Regelung der versuchten Anstiftung in § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 erst, wenn alle Fälle der gescheiterten Anstiftung⁸⁹ erfasst werden; also auch jene, bei denen es zu keinem Versuch der Haupttat kommt.

⁸⁶ Die Ausführung der Haupttat steht in den Fällen der so genannten untauglichen und unwirksamen Anstiftung ausnahmsweise aber auch nicht entgegen, da bei diesen Formen der versuchten Anstiftung die Haupttat unabhängig vom Anstifter begangen wird beziehungsweise der Täter zur Ausführung der Tat bereits entschlossen war (vgl. dazu LK- Schönemann §30 Rn 13). Zum Rücktritt von diesen Anstiftungsversuchen siehe Schönke/Schröder-Cramer/Heine § 31 Rn 4 f.

⁸⁷ Vgl. SK-Hoyer § 31 Rn 12.

⁸⁸ Schönke/Schröder-Cramer/Heine § 30 Rn 3.

⁸⁹ Zu den verschiedenen Formen einer gescheiterten Anstiftung siehe LK- Schönemann, ebd.

Der Versuch der Anstiftung setzt sonach keine wenigstens ins Versuchsstadium gelangte Haupttat voraus.⁹⁰

Ebenso kann dieser Nachweis für den Versuch einer Beihilfe zu einem Verbrechen historisch geführt werden. § 49a Abs. 3 S. 1 Var. 1 a. F. (1943) stellte expressiv verbis die Hilfeleistung zu einer nicht zur Ausführung gelangten Haupttat unter Strafe.⁹¹ „Nicht ... zur Ausführung gelangt“ bedeutete, dass die Haupttat nicht wenigstens das Versuchsstadium erreicht haben muss. Denn die Regelung der versuchten Beihilfe in § 49a Abs. 3 a. F. setzte eine vollständig erbrachte auf Hilfeleistung abzielende Tathandlung voraus und ließ damit nicht auch eine versuchte Hilfeleistung genügen. Als Anwendungsbereich der Regelung verblieb somit nur das Hilfeleisten zu einer weder versuchten noch vollendeten Haupttat, weil das Hilfeleisten zur versuchten oder vollendeten Haupttat bereits von § 49 a. F. erfasst war. An der Beihilferegelung des § 49a Abs. 3 S. 1 Var. 1 a. F. wird deshalb sichtbar, dass auch für diesen Fall des Beihilfeversuchs die Haupttat nicht notwendig das Versuchsstadium erreicht haben muss.

Verallgemeinernd lässt sich daher konstatieren, dass der Versuch der Beihilfe nicht wie die vollendete Beihilfe von einer wenigstens ins Versuchsstadium gelangten Haupttat abhängig ist.

Dennoch bestehen gegen einen solchen objektiv akzessorietätslosen Beihilfeversuch Bedenken. Wegen der fehlenden objektiven Anbindung des Beihilfeversuchs an eine Haupttat können Anhaltspunkte für die konkrete Haupttat und die Eignung des Gehilfenbeitrages zur Förderung der Haupttat weitgehend nur anhand der Vorstellung des Gehilfen ermittelt werden.⁹² Im Vordergrund einer Versuchsstrafbarkeit stünde damit der bloße Wille des Gehilfen.⁹³ Zwar betätigt der Gehilfe diesen Willen, indem er die Hilfe leiste oder wenigstens zur Hilfeleistung unmittelbar ansetze, und bringe damit seinen Willen objektiv – wie es § 22 verlange – zum Ausdruck.⁹⁴ Gleichwohl fehle es

⁹⁰ Allgemeine Ansicht, siehe nur BGHR § 30 Abs. 1 S. 1 Bestimmen 3; BGHR § 30 Abs. 1 S. 1 Konkurrenzen 4; Geppert, Jura 1997, 546, 547; SK-Hoyer § 30 Rn 31 f. Dreher, GA 1954, 15, führte zu § 49a a. F. aus: „Dennoch hat § 49a auch noch die limitierte Akzessorietät insofern beseitigt, als es jetzt bei der Anstiftung zum Verbrechen überhaupt nicht mehr erforderlich ist, daß die Haupttat auch nur versucht wurde. Eine Handlung, an der teilgenommen wird, ist in Wirklichkeit nicht mehr da. Sie ist zu einer Vorstellung im Kopfe des Täters verflüchtigt.“

⁹¹ Siehe Fn 66.

⁹² Busch, S. 101.

⁹³ Vgl. Busch, ebd. Diese Bedenken haben den Gesetzgeber bewogen, im Zuge des 3. Strafrechtsänderungsgesetz (1953) den Versuch der Beihilfe in § 49a Abs. 3 a. F. ersatzlos zu streichen (vertiefend Busch, S. 100 f., 106 ff.).

⁹⁴ So die herrschende objektiv-subjektive Theorie, die als Strafgrund des Versuchs eine Betätigung des rechtsfeindlichen Willen fordert (Jescheck/Weigend, S. 513 m.w.N.).

an einem unmittelbaren Ansetzen zu einem Straftatbestand des Besonderen Teils und damit an einer konkreten Gefährdung des von diesem geschützten Rechtsgutes.⁹⁵

Zur Untermauerung dieser Bedenken wird verschiedentlich mit einem Wertungswiderspruch zum mittäterschaftlich begangenen Versuch argumentiert. Stelle man den Versuchsbeginn einer Beihilfe und den eines in Mittäterschaft erbrachten identischen Tatbeitrages gegenüber, wäre es widersprüchlich, den strafbaren Versuch der Beihilfe schon mit dem bloßen Ansetzen zur Hilfe leistenden Handlung beginnen zu lassen, ohne dass die zu unterstützende Haupttat das Versuchsstadium erreiche, während sich ein Mittäter zu diesem Zeitpunkt noch im straflosen Vorbereitungsstadium befinde.⁹⁶ Zur Veranschaulichung soll dieser behauptete Wertungswiderspruch anhand des folgenden Falles exemplarisch aufgezeigt werden:

Fall 2:

S und T haben einen Bankraub geplant und benötigen eine große Reisetasche zum Abtransport der Beute. Sie beauftragen A mit der Beschaffung. Eine Woche vor Tatausführung übergibt A die Reisetasche an S und T. S und T, die die Tat unter Verwendung der von A beschafften Reisetasche allein zu begehen beabsichtigen, werden einen Tag vor der Tatausführung von der Polizei festgenommen.

Abwandlung:

S, T und A wollen die Tat gemeinschaftlich ausführen. Alle drei werden aber einen Tag vor der Tatausführung von der Polizei festgenommen.

Sowohl im Ausgangsfall als auch in der Abwandlung hat A den gleichen Tatbeitrag geleistet. Unterschiedlich ist nur seine Beteiligungsform. Im Ausgangsfall sollte sich der Tatbeitrag des A in dem Besorgen der Reisetasche erschöpfen. Der Tatbeitrag entsprach mithin dem eines Gehilfen. Weil der Bankraub als Haupttat jedoch nicht ins Versuchsstadium gelangte,⁹⁷ fehlt es an der für eine vollendete Beihilfe nach § 27 Abs. 1 erforderlichen vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Haupttat eines anderen. A hat aber, indem er die Reisetasche an S und T übergab, zum Hilfeleisten unmittelbar angesetzt. Es liegt damit, sofern man für den Versuch einer Beihilfe keine wenigstens ins Versuchsstadium gelangte Haupttat voraussetzt, eine versuchte Beihilfe des A vor.

⁹⁵ Vgl. OLG Hamburg, MDR 1948, S. 368. Dazu auch Busch, S. 107 ff.

⁹⁶ Vgl. Stratenwerth/Kuhlen, S. 294 f.

⁹⁷ Insbesondere ist die Versuchsschwelle des Raubes nicht mit dem Besorgen der Reisetasche durch den Gehilfen A überschritten worden. Vgl. hierzu Weber, FS-Lenckner, S. 452 ff.

In der Abwandlung sollte sich der Tatbeitrag des A nicht in dem bloßen Besorgen der Reisetasche erschöpfen. Vielmehr war A bei der Tatausführung als Mittäter eingeplant und sollte seinen (täterschaftlichen) Hauptbeitrag zu einem späteren Zeitpunkt erbringen. Da der Bankraub nicht zur Ausführung gelangt ist, kann A nicht wegen versuchten oder vollendeten Raubes in Mittäterschaft bestraft werden. Denn der Versuch des Bankraubes hätte erst mit dem unmittelbaren Ansetzen wenigstens eines Tatbeteiligten⁹⁸ zu einer Raubhandlung beginnen können, wofür das Besorgen der Reisetasche eine Woche vor der geplanten Tatausführung nicht ausreicht.⁹⁹ Der bereits erbrachte Tatbeitrag des A stellt vielmehr eine bloße straflose Vorbereitungshandlung für den späteren Raub dar.

Bei einer Gegenüberstellung der beiden Zeitpunkte, die den Versuchsbeginn des A markieren, – so wird argumentiert – werde nun deutlich, dass es sich für A günstiger auswirke, den Tatbeitrag als späterer Mittäter zu erbringen. In diesem Fall stelle das Besorgen der Reisetasche lediglich eine straflose Vorbereitungshandlung dar. Handele er aber als Gehilfe, so läge, wenn der Versuch einer Beihilfe unter Strafe stünde, ein strafbarer Beihilfeversuch vor. Damit würde im Ergebnis der als Mittäter handelnde Tatbeteiligte „privilegiert“ werden.¹⁰⁰ Ein gesteigerter krimineller Wille bliebe somit straflos, ein geringerer stünde hingegen unter Strafe.¹⁰¹

Im Einklang mit der herrschenden Meinung kann gegen den vorgebrachten Wertungswiderspruch schon eingewandt werden, dass in der für den Mittäter straflosen Vorbereitungshandlung jedenfalls als Minus ein Gehilfenbeitrag enthalten¹⁰² und der Mittäter aufgrund dessen nicht straflos ist, sondern wie der denselben Tatbeitrag leistende Teilnehmer wegen versuchter Beihilfe bestraft werden kann.

⁹⁸ Nach der herrschenden Gesamtlösung genügt für den Versuchsbeginn bei der Mittäterschaft, dass wenigstens ein Tatbeteiligter zur Tat unmittelbar ansetzt (BGHSt 40, 299, 301; LK- Schönemann § 25 Rn 203 m.w.N.). Der Einzellösung zufolge muss dagegen der jeweilige Tatbeteiligte selbst zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzen, um eine Versuchsstrafbarkeit für sich zu begründen (Schilling, S. 104 ff.; Rudolphi, FS-Bockelmann, S. 383 ff.).

⁹⁹ Es soll hier unterstellt werden, dass der im Vorbereitungsstadium geleistete Tatbeitrag des A nicht die spätere Täterschaft des A begründet hätte, sodass auch nach der Einzellösung ein unmittelbares Ansetzen des A zum Raub ausscheidet (vgl. Rudolphi, FS-Bockelmann, Fn 55).

¹⁰⁰ LK-Mezger⁸ § 49a Anm. 12. Vgl. auch Herzberg, ZStW 99, 49, 79.

¹⁰¹ Derselbe Wertungswiderspruch ist bei einem Vergleich der versuchten Anstiftung mit dem in mittelbarer Täterschaft begangenen Versuch zu beobachten. Nur lassen einige den in mittelbarer Täterschaft begangenen Versuch bereits mit der Einwirkung auf den Tatmittler beginnen (zusammenfassend LK-Hillenkamp § 22 Rn 153 ff.), sodass hier der Beginn des in mittelbarer Täterschaft begangenen Versuchs mit dem Beginn des Anstiftungsversuchs (zum Versuchsbeginn eingehend LK- Schönemann § 30 Rn 14 ff.) zeitlich zusammenfallen kann.

¹⁰² BGHSt 23, 203, 206; 43, 41, 53; BGH NSTZ-RR 1997, 297; Jescheck/Weigend, S. 146; Schöнке/Schröder-Stree Vorbem §§ 52 f. Rn 107.

Das Argument des Wertungswiderspruches überzeugt aber auch aus anderem Grund nicht. Der zum Widerspruch führende Vergleich zwischen dem Beginn des Beihilfeversuchs und dem des mittäterschaftlich begangenen Versuchs ist unpassend und kann deshalb nicht das Erfordernis einer wenigstens versuchten Haupttat für den Versuch einer Beihilfe rechtfertigen. Der Vergleich ist unpassend, da zwei vollkommen verschiedene Versuchskonstellationen zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Der mittäterschaftlich begangene Versuch stellt eine *vollendete Beteiligung* an einer versuchten Begehung eines Straftatbestandes dar, hingegen der Beihilfeversuch eine bloße *versuchte Beteiligung*. Eine Vergleichbarkeit zu dem in Mittäterschaft begangenen Versuch besteht vielmehr mit der Versuchskonstellation der Beihilfe zum Versuch als ebenfalls vollendeter Beteiligung an der versuchten Begehung eines Straftatbestandes. Blickt man bei diesen Konstellationen auf den Beginn der jeweiligen Strafbarkeit, bewirkt die unterschiedliche Beteiligung keine Abweichung. Die Strafbarkeit des Gehilfen und des Mittäters setzt bei Vornahme derselben Handlung jeweils mit dem Beginn der Ausführung der Haupttat zum selben Zeitpunkt ein,¹⁰³ sodass die stärkere Beteiligung keine Privilegierung bewirkt.

Dementsprechend müsste die versuchte Beihilfe als versuchte Beteiligungsform mit einer versuchten Mittäterschaft verglichen werden. Der Versuch der Mittäterschaft ist in § 30 Abs. 2 Var. 3 geregelt, und zwar in Form der Verabredung zu einem Verbrechen.¹⁰⁴ Strafbar ist danach, wer sich mit einem anderen ernsthaft einigt, eine als Verbrechen mit Strafe bedrohte Handlung als Mittäter zu begehen,¹⁰⁵ ohne dass das verabredete Verbrechen zur Ausführung gelangen muss. Die Verabredung ist somit der bloße nach außen betätigte Entschluss zur gemeinschaftlichen Tatausführung im Sinne des § 25 Abs. 2.¹⁰⁶ Aus diesem Grund kann der Zeitraum zwischen der mittäterschaftlichen Entschlussfassung zur gemeinschaftlichen Tatausführung und dem Beginn der geplanten Tatbestandsverwirklichung auch als nach § 30 Abs. 2 Var. 3 strafbarer Versuch einer Mittäterschaft bezeichnet werden.¹⁰⁷ Die versuchte Mittäterschaft fügt sich damit in die Reihe der Formen versuchter Beteiligungen wie die einer versuchten Anstiftung, versuchten Beihilfe oder einer versuchten mittelbaren Täterschaft¹⁰⁸ ein. Sie ist

¹⁰³ Jedenfalls nach der hier zu Grunde gelegten Gesamtlösung; siehe FN 98.

¹⁰⁴ SK-Hoyer § 30 Rn 3 ff.

¹⁰⁵ Vgl. Jescheck/Weigend, S. 704; SK-Hoyer § 30 Rn 46.

¹⁰⁶ Jescheck/Weigend, ebd.

¹⁰⁷ Die Verabredung zu einem Verbrechen nach § 30 Abs. 2 Var. 3 wird darum auch als Vorstufe der Mittäterschaft bezeichnet (OLG Hamm, NJW 1959, 1237; Letzgus, S. 105 f., 110; LK-Schünemann § 30 Rn 72).

¹⁰⁸ Dazu SK-Hoyer § 30 Rn 5 ff.

in objektiver Hinsicht ebenso wie jene durch das Fehlen einer zurechenbaren, wenigstens ins Versuchsstadium gelangten Tatbestandsverwirklichung als so genannter Taterfolg einer vollendeten Beteiligung gekennzeichnet und in subjektiver Hinsicht durch den vollständigen Vorsatz in Bezug auf die Verwirklichung der geplanten Tat. Der Versuch der Mittäterschaft unterscheidet sich vom mittäterschaftlich begangenen Versuch dadurch, dass er lediglich voraussetzt, dass der Mittäter zu der die Mittäterschaft begründenden Handlung, der Entschlussfassung zur gemeinschaftlichen Tatausführung, unmittelbar ansetzt.¹⁰⁹ Eines unmittelbaren Ansetzens zur Tathandlung des betreffenden Straftatbestandes, wie es Bedingung für den in Mittäterschaft begangenen Versuch ist, bedarf es infolgedessen nicht. Vergleichbar erfolgt die Differenzierung bei der Teilnahmeform der Beihilfe. Bei dieser ist nämlich ebenfalls zwischen dem Versuch der Beihilfe und der Beihilfe zum Versuch zu unterscheiden,¹¹⁰ und der Versuch der Beihilfe setzt ebenso wie der Versuch einer Mittäterschaft nur ein unmittelbares Ansetzen zu der die Beteiligungsform begründenden Handlung – hier dem Hilfeleisten zur entsprechenden Haupttat – voraus.

Ist damit die versuchte Beihilfe mit dem Versuch der Mittäterschaft allein vergleichbar, verliert sich auch der behauptete Wertungswiderspruch. Infolge der grundsätzlichen Strafbarkeit des Mittäters wegen der Verabredung zu einem Verbrechen nach § 30 Abs. 1 Var. 3 steht der im Vorbereitungsstadium handelnde Gehilfe keineswegs schlechter als ein an seiner Stelle befindlicher Mittäter. Sobald der Mittäter im Vorbereitungsstadium die Ausführung der Tat mit einem anderen Täter verabredet, ohne dass es einer weiteren Ausführungshandlung in Bezug auf die Verwirklichung des Verbrechenstatbestandes bedarf, steht ebenfalls schon das Handeln des Mittäters nach § 30 Abs. 2 Var. 3 unter Strafe;¹¹¹ und dieser Zeitpunkt kann ebenso weit vor der eigentlichen Tatausführung liegen wie der Zeitpunkt des Versuchsbeginns der Beihilfe.¹¹²

¹⁰⁹ Der in § 30 Abs. 2 Var. 3 geregelte Versuch der Mittäterschaft setzt allerdings mehr voraus als nur das unmittelbare Ansetzen zu der die Mittäterschaft begründenden Handlung, der Entschlussfassung zur gemeinschaftlichen Tatausführung: Die Entschlussfassung („Verabredung“) als Erfolg muss sogar eingetreten sein.

¹¹⁰ Siehe oben 2. Abschnitt A.II.3.

¹¹¹ Gemäß § 30 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 2 ist seine Strafe jedoch zwingend nach § 49 Abs. 1 zu mildern.

¹¹² Im Einzelfall kann die Hilfe leistende Handlung natürlich zeitlich weit vor der Entschlussfassung zur gemeinschaftlichen Tatausführung liegen. Ohnehin ist ein konkreter Vergleich zwischen dem Beginn der versuchten Beihilfe und der versuchten Mittäterschaft nur bedingt möglich. Für einen konkreten Vergleich bedarf es zunächst überhaupt einer Verabredung zur Verbrechenbegehung. Da der Entschluss zur gemeinschaftlichen Ausführung keine *vorherige* Verabredung oder stillschweigende, der Verübung der strafbaren Handlung vorausgehende Einigung voraussetzt (LK- Schönemann § 25 Rn 173), ist die Verabredung zu einem Verbrechen nach § 30 Abs. 2 Var. 3 nicht einmal notwendiges Durchgangsstadium einer mittäterschaftlichen Tatbegehung. Bei einem Vergleich der versuchten Beihilfe mit der versuchten Mittäterschaft kann daher nur danach gefragt werden, ob sich ein Mittäter

Aus dem Vergleich der unterschiedlichen Tatbeteiligung des A im *Fall 2* und in der Abwandlung folgt somit kein Widerspruch. Denn es ist nicht entscheidend, dass sich A in der Abwandlung nicht wegen eines mittäterschaftlich begangenen Raubversuchs strafbar gemacht hat. Ausschlaggebend ist allein, dass sich A wegen der vorherigen Absprache und Planung des Bankraubes mit S und T einer Verabredung zu einem Verbrechen nach § 30 Abs. 2 Var. 3 strafbar gemacht hat.

Zieht man nun den Vergleich zum Ausgangsfall, steht A, wenn er seinen Tatbeitrag als späterer Mittäter erbringt und noch nicht wegen eines mittäterschaftlich begangenen Raubversuchs bestraft werden kann, nicht günstiger, weil er im Vergleich zur angenommenen Strafbarkeit wegen versuchter Beihilfe im Ausgangsfall eben nicht straflos ausgeht, sondern – insoweit vergleichbar – wegen Verabredung zum Raub bestraft werden kann.

Das Argument, die Strafbarkeit des Beihilfeversuchs könne nicht mit dem bloßen unmittelbaren Ansetzen zur Hilfe leistenden Handlung beginnen, weil die Strafbarkeit eines dieselbe Handlung vornehmenden Mittäters erst wesentlich später mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Verwirklichung der Haupttat einsetze, erweist sich somit als irreführend und kann die Forderung, auch für den Versuch einer Beihilfe eine wenigstens in Versuchsstadium gelangte Haupttat zu verlangen, nicht stützen.

Aus diesem Grund ist – wenngleich im Ergebnis teilweise Übereinkunft besteht – auch *Berthelmeß* entgegenzutreten, der den oben aufgezeigten Wertungswiderspruch mit den grundlegenden Wertungen der Versuchsdogmatik in Einklang sieht, indem er dazu ausführt: „So gibt derjenige, der einen von vornherein als gering und für eine frühe Vorbereitungsphase geplanten Beitrag zu einer Straftat leistet, das Schicksal in Bezug auf das Rechtsgut naturgemäß frühzeitig aus der Hand. Dem gegenüber bleibt derjenige, der zur Tatverwirklichung noch weitere Handlungen zu erbringen hat, nach wie vor Herr des Geschehens und behält sich somit die Entscheidung über dessen Verletzung noch vor. Es erscheint daher durchaus folgerichtig, eine durch den jeweiligen Beteiligten verursachte konkrete Rechtsgutgefährdung für den erstgenannten Beteiligten früher zu bejahen als für den zweiten. Somit verbietet es sich auch nicht, den fördernden Beitrag eines Gehilfen als strafbaren Beihilfeversuch zu erfassen, obwohl dieser für den Haupttäter,

zum Zeitpunkt des Beginns der versuchten Beihilfe auch schon wegen Verabredung zu einem Verbrechen strafbar hätte machen können.

hätte der ihn selbst erbracht, nur eine straflose Vorbereitungshandlung darstellen würde.“¹¹³

Die vorgetragene Argumentation kann abgesehen von der fehlenden Vergleichbarkeit der beiden gegenüberstellten Versuchskonstellationen die früher einsetzende Versuchsstrafbarkeit des Gehilfen auch im Übrigen nicht rechtfertigen. Mit Zweifeln belegt ist schon die Forderung, den Versuchsbeginn materiell zu bestimmen,¹¹⁴ also danach zu fragen, ob das Rechtsgut konkret oder unmittelbar gefährdet ist. Nicht überzeugen kann auch die Schlussfolgerung, dass das (von der Haupttat) geschützte Rechtsgut immer schon dann konkret vom Gehilfen gefährdet sei, wenn dieser das tatbestandliche Geschehen aus den Händen gebe. Denn diese vom Versuch der mittelbaren Täterschaft übernommene formale Abgrenzung¹¹⁵ ist nur in den Fällen tauglich, in denen das Rechtsgut nach dem Aus-den-Händen-Geben tatsächlich konkret oder unmittelbar gefährdet wird, die Rechtsgutverletzung also unmittelbar folgt. Zwingend ist dies bei der Teilnahmeform der Beihilfe aber ebenso wenig wie bei der mittelbaren Täterschaft. Denn zwischen dem Aus-den-Händen-Geben des Geschehens durch den Gehilfen und der tatsächlichen Rechtsgutverletzung durch den Haupttäter kann ein beträchtlicher zeitlicher und räumlicher Abstand liegen, der nicht ohne Weiteres den Schluss von dem Aus-den-Händen-Geben des Geschehens durch den Gehilfen auf die konkrete oder unmittelbare Gefährdung des Rechtsguts gestattet.

Des Weiteren wird verkannt, dass der Gehilfe an der Rechtsgutverletzung nur teilnimmt, diese mithin nur indirekt, über den Täter, verursacht. Der Gehilfe ist zwar Herr seines Geschehens; das ist aber nur die Hilfeleistung. Das tatbestandliche, direkt zur Rechtsgutverletzung führende Geschehen hält er naturgemäß nicht in den Händen. Der Gehilfe ordnet sich dem direkt handelnden Täter unter und hat darum auf das weitere Schicksal der Tatverwirklichung – wenn überhaupt – einen viel geringeren, eben bloß indirekten Einfluss. Anders verhält es sich bei der mittelbaren Täterschaft. Hier benutzt der mittelbare Täter immerhin den unmittelbar handelnden Tatmittler als Werkzeug, und zwar dergestalt, dass es seinem Willen gemäß handelt. Der mittelbare Täter ist somit Herr des gesamten tatbestandlichen Geschehens, sodass bei ihm von einem In-den-Händen-Halten des tatbestandlichen Geschehens durchaus gesprochen werden kann.

¹¹³ Berthelmeß, wistra 2001, 14, 16.

¹¹⁴ So die herrschende Meinung, siehe nur Schönke/Schröder-Eser § 22 Rn 42 m.w.N.

¹¹⁵ MüKo-Herzberg § 22 Rn 134.

Doch abgesehen davon, selbst wenn man auch den Beihilfeversuch danach bestimmen würde, ob das Rechtsgut der Haupttat konkret oder unmittelbar gefährdet ist, ist es gerade die hier erörterte Frage, ob bereits mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Hilfe leistenden Handlung das Rechtsgut der Haupttat konkret gefährdet ist oder ob dazu die Haupttat wenigstens das Versuchsstadium erreichen muss. Die von *Berthelmeß* angeführten Gründe beantworten diese Frage jedoch ebenso wenig, wie sie den aufgezeigten scheinbaren Wertungswiderspruch zu rechtfertigen im Stande wären.

III. Zwischenergebnis

Abschließend kann daher nur festgestellt werden, dass abgeleitet aus den Regelungen der versuchten Anstiftung in § 30 Abs. 1 Var. 1 und des Beihilfeversuches in § 49a Abs. 3 a. F. (1943) weder der Versuch noch die Vollendung der Haupttat eine notwendige Voraussetzung für den Versuch einer Beihilfe zu einem Verbrechen ist. Es genügt, dass der Gehilfe nach seiner Vorstellung zur Hilfe leistenden Handlung unmittelbar ansetzt und sich vorstellt, die von ihm zu fördernde oder zu unterstützende Haupttat werde noch begangen werden.

In *Fall 1* hätte sich G, stünde der Beihilfeversuch unter Strafe, wegen versuchter Beihilfe zum Raub strafbar gemacht, da G, wie § 22 es voraussetzt, zur Hilfe leistenden Handlung unmittelbar ansetzte, indem er T den Schlüssel aushändigte. Nicht erforderlich ist, dass darüber hinaus der von T geplante Raub wenigstens das strafbare Versuchsstadium erreicht, also T wenigstens zum Raub unmittelbar ansetzt. Es genügt, dass sich G vorstellt, der Raub des T werde noch begangen werden.

C. Die Teilnahme an einer Beihilfe

I. Die Beihilfetat als Haupttat einer Teilnahme im Sinne der §§ 26, 27 Abs. 1

Im Normalfall einer Beihilfe wird der Tatbeitrag des Gehilfen direkt dem Täter gewährt, der ein Delikt aus dem Besonderen Teil des StGB verwirklicht. Der Gehilfe G besorgt beispielsweise dem Täter T einen Nachschlüssel, mit dem T leichter in ein fremdes Haus gelangen kann, um dort etwa Schmuck zu entwenden. Mit der in den §§ 26, 27 Abs. 1 genannten vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen ist also gewöhnlich ein Delikt des Besonderen Teils bezeichnet.

Denkbar ist aber auch, dass eine Beihilfetat¹¹⁶ selbst Gegenstand einer weiteren Teilnahme ist. Das kann einmal der Fall sein, wenn zu einer Beihilfe wieder Hilfe geleistet wird; dazu

Fall 3:

G möchte dem H einen Nachschlüssel überlassen, damit H seinen geplanten Einbruchdiebstahl ausführen kann. G findet den Schlüssel jedoch nicht. Daraufhin hilft X dem G in Kenntnis aller Umstände bei der Suche des Schlüssels und findet ihn schließlich. Sodann bringt G wie geplant H den Schlüssel, den H zur Ausführung des Einbruchdiebstahls verwendet.

Oder als zweite Möglichkeit, wenn zu einer Beihilfe angestiftet wird, *Fall 4:*

A stiftet den G an, dem H Gs Nachschlüssel für den Einbruchdiebstahl zu überlassen.

Es soll im Folgenden untersucht werden, ob die Beihilfetat selbst eine Haupttat für weitere¹¹⁷ Teilnahmetaten nach den §§ 26, 27 sein kann; ob also auch die Beihilfetat eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen im Sinne der §§ 26, 27 ist. Darüber herrscht seit Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuch Streit.¹¹⁸

1. Ansicht der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung sah sich schon früh mit dem Problem der Teilnahme an einer Beihilfetat konfrontiert. In einer der ersten Entscheidungen hatte das *Reichsgericht* über die Behandlung einer Beihilfe zur Anstiftung zu entscheiden.¹¹⁹ Diese Teilnahmekonstellation betrifft die vorliegende Fragestellung einer Beihilfe als Haupttat zwar nicht unmittelbar, ist wegen des gleichen Wortlautes von Anstiftung und Beihilfe hinsichtlich der gestellten Voraussetzungen an die Haupttat als Indiz aber durchaus tauglich.

In der Entscheidung stellte das Reichsgericht vorab fest, dass die Beihilfe eine fremde Tat voraussetze und die hier in Betracht kommende Anstiftung als Tat eine Teilnahme sei. Daran anschließend hob es hervor, dass die Unterstützung eines Anstifters „begrifflich“ als eine Beihilfe zur Anstiftung erscheine und bejahte die Möglichkeit, eine Bei-

¹¹⁶ Der Begriff der „Beihilfetat“ beziehungsweise „Teilnahmetat“ ist als allgemeine Bezeichnung der entsprechenden Teilnahmeformen zu verstehen. Er enthält keine Aussage über die so genannte Vorsebstständigkeit dieser Beteiligungsformen. Siehe hierzu Meyer, S. 252.

¹¹⁷ Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird nur die Teilnahme an einer zur täterschaftlich begangenen Haupttat geleisteten Beihilfe eingehend untersucht. Die folgenden Ausführungen gelten jedoch ebenso für die Teilnahme an der Beihilfe zu einer Teilnahmetat in längeren Teilnahmeketten.

¹¹⁸ Zum damaligen Streitstand Olshausen § 49 Rn 22.

¹¹⁹ RGSt 14, 318, 319 f.

hilfe zur Anstiftung zu „konstruieren“. ¹²⁰ Am Ende betonte das Reichsgericht schließlich, dass jede Beihilfe zur Anstiftung auch eine indirekte Förderung der Haupttat sei, der Nachweis der Förderung der Haupttat im zu Grunde liegenden Fall allerdings fehle. ¹²¹

Ogleich das Reichsgericht in dieser Entscheidungsbegründung eine klare Stellungnahme zu vermeiden sucht, lässt es trotz seiner vorsichtigen Formulierung erkennen, dass es die Möglichkeit einer Teilnahmetat (hier eine Anstiftung) als Haupttat einer weiteren Teilnahme verneint. Indem es ausführt, die Unterstützung zu einer Anstiftung erscheine begrifflich als eine ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ und eine ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ sei konstruierbar, will das Reichsgericht nur aufzeigen, dass eine ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ ohne Weiteres denkbar sei, nicht aber, dass es auch der Täterschafts- und Teilnahmedogmatik des StGB entspreche. Vielmehr wird durch die abschließende Feststellung, jede Beihilfe zur Anstiftung sei eine indirekte Förderung der Haupttat, hinreichend offenbar, dass das Reichsgericht als Haupttat einer Teilnahme nur ein täterschaftlich begangenes Delikt des Besonderen Teils akzeptierte. Denn nur so ist auch plausibel, warum das Reichsgericht vorab deutlich machte, dass die Beihilfe eine fremde Straftat voraussetze und die Anstiftung eine Teilnahme sei. Unter einer solchen für die Teilnahme notwendigen Straftat versteht das Reichsgericht eben nur ein täterschaftlich begangenes Delikt des Besonderen Teils des StGB, nicht aber eine andere Teilnahmetat. Zwar kann eine Tatbeteiligung gedanklich in eine Teilnahme zur Teilnahme wie im zu Grunde liegenden Fall in eine ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ zerlegt werden, mit der Beteiligungsformenlehre des StGB soll das aber nicht vereinbar sein. Stattdessen folgt aus der Gesamtwürdigung der Teilnahmekonstellation, dass die ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ in der Sache eine indirekte Förderung und damit eine Beihilfe zur täterschaftlich begangenen Haupttat ist.

Anlässlich einer zur Beihilfe einer Zollhinterziehung geleisteten Beihilfe befand das *Reichsgericht* ¹²², dass die Konstruktion der ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ zwar denkbar sei und im praktischen Leben nicht selten vorkomme, im Ergebnis aber „unhaltbar“ und ein verfehelter Ausdruck sei. Denn es ergebe einen Widersinn, wenn eine ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ für sich allein ohne jede Verbindung mit einer Haupttat ¹²³ gedacht werde, da ge-

¹²⁰ RGSt 14, 318, 319.

¹²¹ RGSt 14, 318, 320.

¹²² RGSt 23, 300 ff.

¹²³ § 49 Abs. 1 a. F. kennzeichnete die Haupttat bloß knapp als Verbrechen oder Vergehen.

rade jede strafbare Teilnahme eine strafbare Haupttat (gemeint ist ein täterschaftlich begangenes Delikt des Besonderen Teils) voraussetze. Stattdessen sei eine ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ richtigerweise eine mittelbare Beihilfe zur Haupttat.¹²⁴

Mit diesen Ausführungen hatte das Reichsgericht die Frage nach einer Beihilfe als Haupttat einer weiteren Teilnahme eindeutig beantwortet. Die Beihilfe als Teilnahmeform könne nicht als Haupttat einer weiteren Teilnahme dienen. Die Begründung, dass jede Verbindung zu einer Haupttat fehle und einen Widersinn ergebe, weckt zwar Zweifel, weil auch eine ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ eine Beziehung zur Haupttat (im Sinne des Besonderen Teils) aufweist, nämlich indirekt über die erste, dem Täter direkt geleistete Beihilfe. Indem das Reichsgericht aber zum Ausdruck bringt, dass es hier an einer Haupttat fehle, lässt es keinen Zweifel daran, dass als Haupttat einer Teilnahme nur eine täterschaftlich begangene Tat in Frage kommt. In Anbetracht dessen konnte das Reichsgericht den Fall einer ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ nur als eine so genannte mittelbare Beihilfe zur Zollhinterziehung zusammenfassen und bestrafen.

Ein weiterer dem Reichsgericht zur Entscheidung vorgelegter Fall beinhaltete eine Anstiftung zu einer Beihilfe zur Abtreibung.¹²⁵ In der Entscheidung griff das Reichsgericht im Wesentlichen auf die Ausführungen seiner vorangegangenen Entscheidung¹²⁶ zurück und stellte weiter fest, dass eine Förderung der Haupttat gegeben sei, in der die Anstiftung aufgehe, weil das Bewusstsein und der Wille des Dritten (des Anstifters) mit dem Gehilfen zusammen auf die Förderung des Haupttäters abziele.¹²⁷

Erneut lässt sich erkennen, dass das Reichsgericht mit dem Begriff der Haupttat nur eine täterschaftlich begangene Straftat des Besonderen Teils verbindet. Auch legt es entscheidenden Wert darauf, die Konstellation der ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ als „begrifflich“ zu bezeichnen, was nur den Schluss nahe legt, dass diese Konstruktion eine behelfsmäßige Überlegung darstellte, die dogmatisch nur in Form einer (indirekten) Beihilfe zu einer Haupttat aus dem Besonderen Teil erfasst werden kann.

Abschließend betrachtet bietet das Reichsgericht eine einheitliche Rechtsprechung, aus der klar hervorgeht, dass Haupttat einer Beihilfe nur ein täterschaftlich begangenes Delikt des Besonderen Teils sein kann, nicht jedoch eine Beihilfe als Teilnahmetat selbst.

¹²⁴ RGSt 23, 300, 306.

¹²⁵ RGSt 59, 396 f.

¹²⁶ RGSt 23, 300 ff.

¹²⁷ RGSt 59, 396 f.

Der *Bundesgerichtshof* befasste sich mit einer Beihilfe als Haupttat bisher nur ein einziges Mal.¹²⁸ Mehr am Rande nahm er bei einem Fall der Kettenbeihilfe dazu Stellung. Dabei arbeitete er zunächst heraus, dass vom zweiten Gehilfen kein Tatbeitrag geleistet wurde, der den Taterfolg der Haupttat (Totschlag oder Körperverletzung) direkt förderte. Sodann fuhr er mit der Prüfung einer Hilfeleistung zu der vorgelagerten ersten Beihilfe¹²⁹ fort, indem er aber vorab darauf hinwies, dass auch derjenige dem Täter Hilfe leiste, der seinerseits die Tatförderung eines Gehilfen unterstütze.¹³⁰

Die knappen Ausführungen zur Haupttat geben zu erkennen, dass der Bundesgerichtshof die Rechtsprechung des Reichsgerichts im Wesentlichen noch fortführt. Wenngleich für den Bundesgerichtshof eine ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ nunmehr keinen Widersinn darstellt, wird anhand der angestellten Erwägungen deutlich, dass er wie das Reichsgericht eine Beihilfe als Haupttat zwar für konstruierbar hält, im Ergebnis aber eine ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ nicht als solche, sondern nur als (indirekte) Beihilfe zur täterschaftlich begangenen Haupttat bestraft.

Mehr Aufschluss über die vorliegende Frage geben aber die Urteile, die eine Anstiftung als Haupttat einer weiteren Teilnahme beinhalten. Wegen des übereinstimmenden Wortlautes von Anstiftung und Beihilfe in Bezug auf die Haupttat können auch diese Urteile zur Auslegung herangezogen werden.

Schon in einem seiner ersten Urteile¹³¹ dazu nahm sich der Bundesgerichtshof der Frage nach der Haupttatfähigkeit einer Anstiftung an. Aus dem Wortlaut der Anstiftung in § 48 a. F. – der ‚mit Strafe bedrohten Handlung eines anderen‘ – folgerte er, dass darunter auch die Anstiftung selbst zu subsumieren sei und derjenige, der einen anderen bestimme, einen Dritten zu einer Straftat anzustiften, sich wegen ‚Anstiftung zur Anstiftung‘ schuldig mache.¹³² Aus dem Begriff der Anstiftung folge dann, dass dieser auch den Fall einer Kettenanstiftung umfasse, sodass eine ‚Anstiftung zur Anstiftung‘ als mittelbare Anstiftung zur Haupttat aufgefasst werden könne.

Bemerkenswert an dieser Urteilsbegründung ist, dass der Bundesgerichtshof eindeutig die Teilnahmetat der Anstiftung als Haupttat einer weiteren Anstiftung anerkennt. Damit widerspricht er explizit der Begründung des Reichsgerichts, dass eine Beihilfe zur

¹²⁸ BGH NStZ 2001, 364 f.

¹²⁹ Die Frage nach der Haupttat konnte der BGH mangels strafbarer Hilfeleistung im Ergebnis offen lassen. In Betracht kam neben einer Beihilfe als Haupttat auch ein Totschlag oder eine Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft, BGH a.a.O., S. 364.

¹³⁰ BGH a.a.O.

¹³¹ BGHSt 6, 359 ff.; bestätigt durch BGHSt 7, 234, 237; 8, 137, 139; 14, 156, 157.

¹³² BGHSt 6, 359, 361.

Beihilfe und damit vermutlich auch eine Teilnahme an der Teilnahme nicht möglich sei. Erst nach dieser Feststellung räumt der Bundesgerichtshof ein, dass diese Kette zu einer mittelbaren Anstiftung zusammengefasst werden könne. Zwar bezieht sich die Herleitung auf den Wortlaut des § 48 a. F., diese Argumentation lässt sich aber auf den heutigen § 26 übertragen. Die Anstiftung selbst ist ebenso eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen wie eine mit Strafe bedrohte Handlung eines anderen nach § 48 a. F. Weil sich der Tatbestand der Beihilfe in § 27 Abs. 1 aber hinsichtlich der Anforderungen an die Haupttat nicht vom Tatbestand der Anstiftung in § 26 unterscheidet, steht einer weiteren Übertragung dieser Argumentation auf den Tatbestand der Beihilfe nichts entgegen, sodass nach diesem älteren Urteil für den Bundesgerichtshof auch eine Beihilfe als Haupttat einer weiteren Teilnahme ohne Weiteres in Betracht gekommen sein dürfte.

Neuere Entscheidungen des Bundesgerichtshofes¹³³ zur Anstiftung als Haupttat einer Teilnahme betreffen vor allem die Konstellation einer ‚Beihilfe zur Anstiftung‘. So hob in einem Urteil der Bundesgerichtshof¹³⁴ den Schuldspruch eines Landgerichts auf, der auf ‚Beihilfe zur Anstiftung zum Versicherungsbetrug‘ lautete. Mit Bezug auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 05.11.1925¹³⁵ stellte er fest, dass eine ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ grundsätzlich Beihilfe zur Tat sei. Die abweichende Auffassung¹³⁶, die eine ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ als solche belässt, lehnte er darin ausdrücklich ab. Er gab der Vorinstanz zwar insofern recht, als die Unterstützung des Anstifters unmittelbar dessen Beteiligung förderte, was aber nicht die auch finale mittelbare Förderung der Haupttat ausschließe, so wie auch der Gehilfe des Gehilfen Beihilfe zur Haupttat leiste, ohne dass es darauf ankäme, in welchem Stadium die Beihilfe geleistet werde.

Mit Blick auf die noch junge Entscheidung zur Beihilfe als Haupttat hat es daher den Anschein, als ob sich der Bundesgerichtshof von seiner Ansicht wieder entfernt, die Teilnahmetaten als Haupttaten weiterer Teilnahme anzuerkennen. Vor allem die Bezugnahme auf das Urteil des Reichsgerichts sowie die ausdrückliche Ablehnung der Gegenmeinung lassen vermuten, dass Haupttaten im Sinne der §§ 26, 27 nur die Delikte des Besonderen Teils seien. Es liegt aber dennoch näher, die Ausführungen des Bundesgerichtshofes nicht dahingehend zu interpretieren. Der Bundesgerichtshof spricht nur

¹³³ BGH NStZ 1996, 562 f.; BGH NStZ 2000, 421 f.

¹³⁴ BGH NStZ 1996, 562 f.

¹³⁵ RGSt 59, 396 ff.

¹³⁶ Schönke/Schröder-Cramer²⁴ § 27 Rn 18.

von einer *Grundsätzlichkeit* der Zusammenfassung der ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ zu einer Beihilfe zur Haupttat, was den Ausnahmefall einer Bestrafung wegen ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ immer noch zuzulassen scheint, woraufhin insbesondere auch die abschließende Bemerkung zielt, dass eine finale „mittelbare“ Förderung der Haupttat nicht auszuschließen sei. Dem Urteil kann daher nicht mit Gewissheit entnommen werden, dass der Bundesgerichtshof als Haupttaten einer Anstiftung oder Beihilfe künftig nur wieder täterschaftlich begangene Straftaten ansehen werde. Vielmehr weist er lediglich auf die nachfolgende Frage der Behandlung einer solchen Teilnahmekette hin, dass aufgrund der regelmäßig feststellbaren „mittelbaren“ Förderung der Haupttat eine Bestrafung wegen („mittelbarer“) Beihilfe zur Haupttat vorrangig sei.

Den Beleg für diese Interpretation lieferte der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 22.3.2000.¹³⁷ Darin heißt es: „Beihilfe zur Anstiftung hätte vorgelegen, wenn der Angeklagte mit seinem Tatbeitrag im wesentlichen (nur) die Anstiftungshandlung des O hätte unterstützen wollen. Gehilfe zur Anstiftung ist der, dessen Willen von dem des anderen an der Anstiftung Beteiligten abhängt, der also seinen Willen dem Willen des anderen in einer Weise unterwirft, dass er ihm anheim stellt, ob es zur Anstiftung kommen soll oder nicht.“¹³⁸

Erkennbar geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass neben den täterschaftlich begangenen Straftaten auch die Anstiftung als Teilnahmetat eine Haupttat im Sinne der §§ 26, 27 abgeben kann. Zwar weist der Bundesgerichtshof im Anschluss noch einmal ausdrücklich darauf hin, dass die ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ als Beihilfe zur täterschaftlich begangenen Haupttat zu bestrafen sei.¹³⁹ Das ist aber nunmehr als bloßer deutlicher Hinweis auf die regelmäßige Behandlung einer solchen Teilnahmekette zu verstehen, der der Anerkennung der Anstiftung als Haupttat im Sinne der §§ 26, 27 nicht entgegensteht.

Der dem Urteil des Bundesgerichtshofes zu Grunde liegende Fall barg aber noch eine Besonderheit, die als weiterer Beleg für das gefundene Ergebnis fruchtbar gemacht kann. Der Angeklagte hatte nicht allein den Haupttäter zur Tat bestimmt, sondern wirkte mit einem anderen Tatbeteiligten zusammen auf den Täter ein. Der Bundesgerichtshof prüfte deshalb eine gemeinschaftlich begangene Anstiftung¹⁴⁰ und wandte damit die

¹³⁷ BGH NStZ 2000, 421 f.

¹³⁸ BGH a.a.O., S. 422.

¹³⁹ BGH, ebd.

¹⁴⁰ BGH, ebd.

Regelungen der Mittäterschaft sinngemäß¹⁴¹ auf die Teilnahmebestimmungen an. Anhand dieses Vorgehens offenbarte der Bundesgerichtshof, dass für ihn die (allgemeinen) Täterschaftsregelungen nicht mehr nur die Bedeutung haben, ausschließlich im Zusammenspiel mit den Delikten des Besonderen Teils den Täter zu bestimmen, wie es scheinbar der Natur einer Vorschrift des Allgemeinen Teils entspricht, sondern sie ergänzen auch die allgemeinen Regelungen der Teilnahme. Die Täterschaftsregelungen sind daher nicht mehr nur auf die Straftatbestände des Besonderen Teils bezogen, sie können auch auf die Teilnahmevorschriften Anwendung finden.

Ist es aber erlaubt, die allgemeinen täterschaftlichen Regelungen des § 25 auf Teilnahme-taten anzuwenden, muss es konsequenterweise auch erlaubt sein, die täterschaftlichen Regelungen auf sich selbst anzuwenden – etwa als mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft – und die Teilnahmevorschriften auf sich selbst – als ‚Beihilfe zur Beihilfe‘, ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ oder ‚Anstiftung zur Beihilfe‘.

Zusammenfassend kann mithin gesagt werden: Der Bundesgerichtshof versteht unter einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat im Sinne der §§ 26, 27 auch die Teilnahme-taten. Demzufolge kann auch die Beihilfe als Teilnahme-tat Haupttat einer weiteren Anstiftung oder Beihilfe sein.

2. Ansicht des herrschenden Schrifttums

Das herrschende Schrifttum befürwortet ausdrücklich die Teilnahme-fähigkeit einer Teilnahme-tat. Die Gründe hierfür sind jedoch sehr unterschiedlich.

Einige sehen in den Teilnahmedelikten gesonderte oder eigenständige Tatbestände, die ein eigenes Unrecht verkörpern.¹⁴² Die Teilnahmedelikte werden dadurch weitgehend den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB angenähert oder diesen sogar gleichgestellt, sodass die Beihilfe wiederum Haupttat für eine weitere Teilnahme-tat sein könne.

Der überwiegende Teil der Lehre widerspricht der Annahme einer eigenständigen Natur der Teilnahme-taten, beschränkt sich allerdings auf die Angabe der Rechtsfolge einer solchen Aufeinanderfolge von Teilnahme-taten. Eine ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ und eine

¹⁴¹ Der BGH vermied es freilich, den § 25 Abs. 2 in diesem Zusammenhang zu zitieren. Als Beleg dafür wird aber LK-Roxin¹¹ § 26 Rn 104 zitiert, der § 25 auf diese Fälle direkt anwendet.

¹⁴² So im Ergebnis Busch, FS-Maurach, S. 245, 253 f.; Geppert, Jura 1997, 358, 364; Herzberg, GA 1971, 1; Joerden, S. 139; Lüderssen, S. 119; Martin, DRiZ1955, 290 f.; Meyer, JuS 1973, 755, 757 f.; Plate, ZStW 84, 294, 299 ff.; Sax, ZStW 90, 927, 938 ff.; Stratenwerth³, Rn 971.

„Anstiftung zur Beihilfe“ seien eine („mittelbare“) Beihilfe zur Haupttat.¹⁴³ Für die vorrangige Frage der Möglichkeit einer Beihilfetat als Haupttat einer Teilnahme ist damit jedoch nur wenig gewonnen, zumal als Belege sowohl die Entscheidungen des Reichsgerichts als auch die des Bundesgerichtshofes herangezogen werden¹⁴⁴ und beide, wie gezeigt, unterschiedliche Auffassungen vertraten bzw. vertreten. Nur vereinzelt findet sich der Hinweis, an Teilnahmehandlungen sei wiederum Teilnahme möglich.¹⁴⁵

Dennoch kann davon ausgegangen werden, dass die herrschende Lehre insgesamt eine Teilnahme und damit eingeschlossen auch eine Beihilfe als mögliche Haupttat einer weiteren Teilnahme anerkennt.¹⁴⁶ Die sich aus dem Verweis auf die Ansichten des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes ergebende Widersprüchlichkeit in Bezug auf die Teilnahmefähigkeit einer Teilnahmetat lässt sich nämlich mit den übereinstimmenden Ansichten des Reichsgerichts und Bundesgerichtshofes bei den Kettenteilnahmefällen erklären. Das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof unterscheiden sich zwar in der Auffassung über die Teilnahmefähigkeit einer Teilnahmetat, gelangen wegen der von beiden befürworteten Zusammenfassung mehrerer hintereinandergestellter Teilnahmetaten aber zu gleichen Ergebnissen. Insofern ist zu vermuten, dass die das Reichsgericht betreffenden Belege sich nur auf das Ergebnis beziehen, nicht aber auf die Teilnahmefähigkeit, zumal ohnehin die meisten Stellungnahmen sich darauf beschränken, die Rechtsfolge dieser Teilnahmekonstellationen zu nennen.¹⁴⁷

Weiterhin spricht für diese Interpretation, dass viele dieser Vertreter, ganz im Einklang mit dem Bundesgerichtshof, die Möglichkeit befürworten, eine Beihilfe in Mittäterschaft oder in mittelbarer Täterschaft zu bestrafen.¹⁴⁸ Wenn aber die Täterschaftsvorschriften des § 25 auf die Teilnahmevorschriften selbst Anwendung finden sollen, also nicht mehr nur auf die Tatbestände des Besonderen Teils fixiert sind, dann ist das ein starkes Indiz dafür, die Teilnahmevorschriften entsprechend zu behandeln, sie folglich ebenso nicht ausschließlich auf die Tatbestände des Besonderen Teils auszurichten, sondern auch auf sich selbst.

Somit kann auch in Bezug auf das herrschende Schrifttum geschlussfolgert werden, dass zu den vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Taten im Sinne der §§ 26, 27 auch

¹⁴³ Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, S. 751; Jescheck/Weigend, S. 697; LK-Schünemann § 27 Rn 73; Kühl, S. 680; Schönke/Schröder-Cramer/Heine § 27 Rn 18; Fischer § 27 Rn 28; Wessels/Beulke Rn 583.

¹⁴⁴ Siehe nur LK-Schünemann a.a.O.

¹⁴⁵ Zum Beispiel Jescheck/Weigend, ebd.; Schönke/Schröder-Cramer/Heine Vorbem §§ 25 ff. Rn 27.

¹⁴⁶ So auch Maurach/Gössel/Zipf, S. 340. Andere Auffassung SK-Hoyer Vor § 26 Rn 30, § 27 Rn 37.

¹⁴⁷ Siehe Fn 138.

¹⁴⁸ Kühl, S. 680; Lackner/Kühl § 26 Rn 8; LK-Schünemann § 27 Rn 70, 72; SK-Hoyer § 27 Rn 37.

die Teilnahmetat selbst zählt und demzufolge auch die Beihilfe neben den Straftaten des Besonderen Teils Haupttat einer Anstiftung oder Beihilfe sein kann.

3. Abweichende Ansichten

In der Literatur wird die strenge Sichtweise des Reichsgerichts heute nur noch von *Gössel*¹⁴⁹ und *Hoyer*¹⁵⁰ geteilt.

Gössel begründet sie damit, dass Bezugspunkt einer Teilnahmehandlung nur eine täterschaftlich begangene Tat sein könne, nicht jedoch ein strafbares Teilnehmerverhalten. Darüber hinaus hält er die Teilnahme an einer Teilnahme auch deshalb für unakzeptabel, weil dadurch eine endlose Kette entstehe („regressus ad infinitum“), die dann die Grenzen der Bestimmtheit sprengt. Schließlich würden die Teilnahmevorschriften als Strafbarkeitsausdehnungsgründe gebieten, dass als „Tat“ im Sinne der §§ 26, 27 nur eine täterschaftliche Haupttat in Betracht komme.¹⁵¹

Hoyer begründet sein Ergebnis damit, dass im Beispiel einer ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ das Erfolgsunrecht des Haupttäters dem Vordermanngehilfen zugerechnet werde und über diesen weiter auch dem Hintermanngehilfen. Folglich würden beide Gehilfen für dasselbe Erfolgs- und Handlungsunrecht haften. Mithin könne es auch keine Beihilfe als Haupttat geben, sodass Haupttat nur eine täterschaftlich begangene Tat sein könne.¹⁵²

Im älteren Schrifttum lehnten *Meyer*¹⁵³ und *Rüdorff*¹⁵⁴, gestützt auf den früheren Wortlaut der Beihilfe, deren Fähigkeit ab, selbst Haupttat einer Teilnahme zu sein. Beide wiesen darauf hin, dass die Beihilfe in § 49 a. F. (1871–1975) als Haupttat ausdrücklich ein Verbrechen oder Vergehen eines *Täters* verlange,¹⁵⁵ während die Anstiftung in § 48 a. F. eine strafbare Handlung eines anderen fordere.¹⁵⁶ Nach dem Wortlaut der Anstiftung sei eine Anstiftung somit ohne Weiteres auch an Teilnahmetaten möglich, da sie ebenso wie täterschaftlich begangene Delikte des Besonderen Teil eine „strafbare Handlung eines anderen“ darstelle. Indem die Beihilfe aber ein Verbrechen oder Vergehen eines *Täters* voraussetzt, deute das auf den Willen des Gesetzgebers hin, dass eine

¹⁴⁹ Maurach/Gössel/Zipf, S. 340.

¹⁵⁰ SK-Hoyer Vor § 26 Rn 30.

¹⁵¹ Maurach/Gössel/Zipf, ebd.

¹⁵² SK-Hoyer, ebd.

¹⁵³ Meyer, S. 245.

¹⁵⁴ Abgedruckt in Rubo § 48 Rn 7.

¹⁵⁵ § 49 I a. F.: „Als Gehilfe wird bestraft, wer dem Täter ... Hilfe geleistet hat“.

¹⁵⁶ § 48 I a. F.: „Als Anstifter wird bestraft, wer einen Anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung ... bestimmt hat.“

Beihilfe nur an täterschaftlich begangenen Delikten des Besonderen Teils möglich sei, nicht aber an einer Teilnahmetat selbst. Gleiches folge aus der Umschreibung der Haupttat als Verbrechen oder Vergehen, was synonym für einen Straftatbestand des Besonderen Teils stehe.¹⁵⁷

4. Eigene Ansicht

Den Ausgangspunkt der Überlegungen, ob die Beihilfetat Haupttat einer weiteren Teilnahme sein kann, bildet der Normtext der §§ 26, 27. Blickt man darauf, so fällt die Antwort zunächst leicht. Die Haupttat, an der in strafbarer Weise teilgenommen werden kann, muss eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen sein.¹⁵⁸ Dass die Beihilfetat nach § 27 Abs. 1 eine solche vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen darstellt, bedarf keiner näheren Erörterung, sodass das Ergebnis nach dem Wortlaut eindeutig ist: Eine Beihilfetat ist ohne Weiteres fähig, eine Haupttat für eine Beihilfe oder Anstiftung abzugeben.

Ein Ausschluss von Teilnahmetaten könnte sich aber dann ergeben, wenn der Begriff der „Tat“ in den §§ 26, 27 einschränkend dahingehend auszulegen wäre, dass er ausschließlich im Sinne des § 25 täterschaftlich begangene Taten umfasst.¹⁵⁹ Das liegt vor allem deshalb nicht völlig fern, weil das StGB bei der Verwirklichung eines Straftatbestandes zwischen Tätern und Teilnehmern unterscheidet (§§ 25–27). Täter oder Teilnehmer ist man aber nur in Bezug auf einen ganz bestimmten Straftatbestand. Man ist (Allein)täter eines Totschlags oder Diebstahls beziehungsweise Gehilfe eines solchen Täters. Einen Täter oder Teilnehmer ohne Straftatbestand gibt es folglich nicht.¹⁶⁰ Sämtliche Beteiligungsformen sind auf die Straftatbestände des Besonderen Teils ausgerichtet,¹⁶¹ was insbesondere auch an der Stellung der Regelungen über Täterschaft und Teilnahme im Allgemeinen Teil des StGB deutlich wird.¹⁶²

Eine Beihilfe als teilnahmefähige Haupttat aufzufassen, führt auch zu einer weitergehenden Relativität¹⁶³ der Begriffe „Täter“ und „Teilnehmer“. Man prüfe nur anhand der Tatherrschaftslehre die Strafbarkeit der Beteiligten im *Fall 3*: H ist dort wegen seiner

¹⁵⁷ Vgl. Meyer, ebd.

¹⁵⁸ Siehe bereits oben 2. Abschnitt A.II.2.

¹⁵⁹ So Maurach/Gössel/Zipf, S. 340 und SK-Hoyer Vor § 26 Rn 30. Gleichbedeutend ist es, den Begriff des „anderen“ nur als Täter im Sinne des § 25 aufzufassen.

¹⁶⁰ In diesem Sinne das Reichsgericht Fn 124, soweit es von einem „Widersinn“ spricht.

¹⁶¹ Fincke, S. 61.

¹⁶² Tiedemann in FS-Baumann, S. 11.

¹⁶³ Vgl. Rubo § 48 Rn 7.

beherrschenden Stellung auf Grund der eigenhändigen Ausführung¹⁶⁴ des Einbruchdiebstahls Täter. G leistet ihm dazu Hilfe und handelt, mangels Tatherrschaft bei der Ausführung der Tat,¹⁶⁵ als Gehilfe (Teilnehmer). X hat wiederum dem G Hilfe geleistet.¹⁶⁶ Erkennt man nun die Beihilfe des G als Haupttat für die Beihilfe des X an, wäre G sowohl Teilnehmer (am Einbruchdiebstahl) als auch Täter (der Beihilfe zum Einbruchdiebstahl). Die Begriffe Täter und Teilnehmer könnten mithin nicht mehr nur nach dem Bezug zum jeweiligen Tatbestand des *Besonderen Teils* bestimmt werden.¹⁶⁷ Die Begriffsbestimmung wäre vielmehr von der jeweiligen Betrachtungsweise auf die in Bezug genommene Tat abhängig und die Begriffe Täter und Teilnehmer wären insgesamt relativ.

Diese Relativität bleibt jedoch vollkommen folgenlos und widerspricht auch nicht der Einteilung der verschiedenen Beteiligungsformen. Der Bezug zu einem Straftatbestand des Besonderen Teils des StGB geht mit der Anerkennung einer Teilnahmetat als Haupttat einer Anstiftung oder Beihilfe nicht verloren. Die Verwirklichung eines Straftatbestandes des Besonderen Teils des StGB ist auch weiterhin Bezugstat einer Anstiftung oder Beihilfe zur Beihilfe an diesem Straftatbestand, da es ohne diesen Straftatbestand schon keine Beihilfe als Haupttat für eine Teilnahme gäbe. Demzufolge stellt trotz der Zulassung der Beihilfetat als Haupttat einer Teilnahme der Straftatbestand des Besonderen Teils auch weiterhin die Bezugstat der Teilnahme dar und daran ausgerichtet bleibt auch der Gehilfe, an dessen Beihilfe teilgenommen wird, weiterhin Teilnehmer. So bemerkte schon *Gallas*: „Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe sind mithin Begriffe, denen ein bestimmter sachlogischer Sinn innewohnt. Sie können nicht beliebig manipuliert, nicht nach Bedarf erweitert, eingeschränkt oder *gegeneinander ausgewechselt* werden“.¹⁶⁸

Der Zulässigkeit der Beihilfe als Haupttat einer Teilnahme kann entgegen *Meyer* und *Rüdorff* auch nicht der frühere Wortlaut der Beihilfe entgegengehalten werden. Denn der Gebrauch des Wortes „Täters“ war durch ein redaktionelles Versehen der mit der Abfassung des Gesetzes betrauten Subkommission in den Normtext gelangt. Die von der Bundeskommission¹⁶⁹ angenommene Fassung der Beihilfenorm lautete zunächst:

¹⁶⁴ Jescheck/Weigend, S. 652.

¹⁶⁵ Siehe hierzu unten 2. Abschnitt A.I.2.

¹⁶⁶ Ob zugleich eine Hilfeleistung zum Einbruchdiebstahl vorliegt, soll an dieser Stelle noch außer Betracht bleiben. Dazu später unten 2. Abschnitt C.II.

¹⁶⁷ Vgl. Kühl, S. 585 ff.

¹⁶⁸ Gallas, Niederschriften, S. 145 (Hervorhebungen von mir); dagegen Sax, S. 929 ff.

¹⁶⁹ Sitzung vom 4. und 10. Dezember 1869, wiedergegeben in Rubo § 48 Rn 7.

„wegen Beihilfe wird bestraft, wer das Verbrechen oder Vergehen eines Anderen durch Rath oder That erleichtert oder befördert hat“. Erst die mit der Redaktion betraute Subkommission änderte den Passus „eines Anderen“ in „dem Thäter“, der bis zur Großen Strafrechtsreform 1975 erhalten blieb. Somit kann diesbezüglich von einem bloßen Redaktionsversehen gesprochen werden,¹⁷⁰ das jegliche Rückschlüsse, ob eine Teilnahme an der Beihilfe möglich ist, aus der bis 1975 geltenden Fassung verbietet.

Richtig an der Argumentation *Meyers* und *Rüdorffs* war zwar, dass bei Delikten des Besonderen Teils üblicherweise von Verbrechen oder Vergehen gesprochen wird, doch zwingend war schon das keineswegs.¹⁷¹ Auch die Anstiftung zu einem Verbrechen oder Vergehen war damals bereits ein Verbrechen beziehungsweise Vergehen, da das Strafmaß aus der Haupttat übernommen wurde, § 1 Abs. 1, 2 i.V.m. § 48 Abs. 2 a. F. (1871)¹⁷². Ebenso konnte auch die Beihilfe, für die schon damals eine obligatorische Strafmilderung vorgesehen war, in Verbrechen oder Vergehen anhand des § 1 Abs. 1, 2 a. F. (1871) eingeteilt werden.¹⁷³

Für *Meyer* waren die Teilnahmeregelungen im Allgemeinen Teil des StGB ausschließlich so genannte vor die Klammer gezogene Regelungen, die der Systematisierung wegen aus dem Besonderen Teil extrahiert wurden und deshalb *nur* in Verbindung mit diesen Normen des Besonderen Teils einen Anwendungsbereich eröffneten. Demzufolge war es nach seiner Auffassung unzulässig, die Teilnahmeregelungen des Allgemeinen Teils auf sich selbst zu beziehen.¹⁷⁴

Spätestens seitdem Anstiftung und Beihilfe einheitlich eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen voraussetzen, ist jedenfalls der am Wortlaut des § 49 a. F. orientierten Ansicht der Boden entzogen worden. Ist nunmehr jede vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen ausreichend, bestehen keine Zweifel mehr

¹⁷⁰ Olshausen § 49 Rn 22.

¹⁷¹ Vgl. Beling, S. 449.

¹⁷² § 1 a. F.: „Eine mit dem Tode, mit Zuchthaus, oder mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedrohte Handlung ist ein Verbrechen.

Eine mit Festungshaft bis zu fünf Jahren, mit Gefängnis oder mit Geldstrafe von mehr als einhundertfunzig Mark bedrohte Handlung ist ein Verbrechen.

Eine mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu einhundertfunzig Mark bedrohte Handlung ist eine Übertretung.“

§ 48 Abs. 1 a. F.: „Die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat.

¹⁷³ In diesem Sinne auch Schröder, JuS 1967, 290; speziell für die Anstiftung BGHSt 7, 234; a. A. Busch, NJW 1959, 1120.

¹⁷⁴ Vgl. Meyer, S. 245, der auch die Anwendung der Versuchsregelungen auf die Teilnahme konsequent ablehnt.

an der Tauglichkeit von Teilnahmetaten als Haupttaten einer weiteren Anstiftung oder Beihilfe.

Verweilt man in der Gesetzgebungsgeschichte bei den Anfängen des Reichsstrafgesetzbuches (RStGB), findet sich zum vorliegenden Thema eine aufschlussreiche Stellungnahme des damaligen Gesetzgebers.¹⁷⁵ Die mit der Fassung des neuen RStGB betraute Bundeskommission sprach sich dafür aus, eine Beihilfe als Haupttat einer Teilnahme zuzulassen. Auf die vorgelegte Frage, in Bezug auf welche strafbaren Handlungen die Anstiftung und Beihilfe strafbar sein solle, insbesondere, ob auch die Anstiftung zur strafbaren Beihilfe als eine strafbare Anstiftung¹⁷⁶ zu erachten sei, wurde dem darauf gestellten Antrag auf Aufnahme des folgenden Satzes in die Begründungen stattgegeben, „die Anstiftung und Beihilfe für strafbar zu erklären, soweit es begrifflich zulässig sei“¹⁷⁷. Das heißt, nach mehrheitlicher Auffassung der Bundeskommission ist es begrifflich zulässig (gewesen), eine ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ für strafbar zu erklären. Dieser Wille ist den Teilnahmevorschriften des RStGB und in Folge dessen auch dem StGB zu Grunde gelegt worden, sodass neben den täterschaftlich begangenen Delikten des Besonderen Teils auch die Beihilfetat unter ein Verbrechen oder Vergehen eines „Thäters“ nach § 49 a. F. beziehungsweise einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen nach § 27 Abs. 1 subsumiert werden kann.

Anhaltspunkte dafür, dass auch eine Teilnahmetat Haupttat einer weiteren Teilnahme sein kann, lassen sich zudem § 30 entnehmen. Mit der Unterstrafestellung der versuchten Anstiftung auch zu einer Anstiftung zu einem Verbrechen in § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 2 hat der Gesetzgeber allgemein klargestellt, dass künftig nicht nur der Versuch der Anstiftung zu einem täterschaftlich begangenen Delikte des Besonderen Teils strafbar ist, sondern auch der Versuch einer Anstiftung zur Anstiftung (zu einem Verbrechen).¹⁷⁸ § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 2 stellt demnach eine gesetzliche Regelung dar, die explizit eine Teilnahmetat (die Anstiftung zu einem Verbrechen) als taugliche Haupttat einer Teilnahme (der versuchten Anstiftung) erachtet. Ist somit die Anstiftung als Haupttat einer

¹⁷⁵ Wiedergegeben bei Rubo, ebd.

¹⁷⁶ Gemeint ist hier eine strafbare Anstiftung *zur Beihilfe*, nicht zum betreffenden Delikt des Besonderen Teils.

¹⁷⁷ Protokoll über die Sitzung der Bundeskommission am 4.12.1869 abgedruckt bei Rubo, ebd.

¹⁷⁸ LK- Schönemann § 30 Vor Rn 1. Zu dieser Klarstellung sah sich der Gesetzgeber deswegen genötigt, weil nach § 49a a. F. (vor 1975) ausdrücklich nur die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen strafbar war und in Folge dessen unklar war, ob unter die versuchte Verbrechensanstiftung des § 49a a. F. auch die versuchte Anstiftung zu einer Verbrechensanstiftung zu subsumieren war. Näher zum damaligen Streit Busch, S. 145 f.

versuchten Anstiftung vom Gesetz für zulässig erklärt, muss davon erst recht auch eine vollendete Anstiftung zur Anstiftung umfasst sein.¹⁷⁹ In der gesetzlichen Regelung der versuchten Anstiftung zur Anstiftung könnte daher die allgemeine Auffassung des Gesetzgebers zum Ausdruck gekommen sein, sämtliche Teilnahmetaten, einschließlich der Beihilfe, als Haupttaten weiterer Teilnahme zuzulassen.

Dieser Folgerung könnte zwar entgegengehalten werden, dass § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 2 bewusst *nur* die Anstiftung zu einem Verbrechen den täterschaftlich begangenen Verbrechen und letztlich der in § 26 vorausgesetzten Haupttat gleichstellen wollte und § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 2 mithin eine nicht verallgemeinerungsfähige Sonderregelung abgebe. Diese Bedenken können aber entkräftet werden, wenn man die weitere Regelungsabsicht des Gesetzgebers bei der Neufassung des § 49a a. F. in § 30 Abs. 1 S. 1 n. F. berücksichtigt. Mit der Regelung des § 30 Abs. 1 S. 1 sollte insbesondere auch klargestellt werden, dass die versuchte Beihilfe weiterhin straflos bleiben soll.¹⁸⁰ Demzufolge erwähnte der Gesetzgeber die Beihilfe in § 30 Abs. 1 S. 1 bewusst nicht, weil *ausschließlich* die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen unter Strafe gestellt werden sollte, nicht aber, um lediglich die Anstiftung zu einem Verbrechen den täterschaftlich begangenen Verbrechen gleichzustellen. Die Beihilfe musste folglich unerwähnt bleiben.

Damit kann der Regelung des § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 2 durchaus entnommen werden, dass die Teilnahmetaten wie die täterschaftlich begangenen Delikte des Besonderen Teils als Verbrechen oder Vergehen bezeichnet werden können. Denn Verbrechen und Vergehen sind nach § 12 nichts anderes als mit einer bestimmten Mindeststrafdrohung versehene *rechtswidrige Taten*, welche explizit in den §§ 26, 27 als Haupttaten vorausgesetzt werden.

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch folgende hypothetische Betrachtung: Nähme man an, dass jede ‚Anstiftung zur Anstiftung‘ mangels Haupttatqualität der Anstiftung nur als eine (indirekte) Anstiftung zur täterschaftlich begangenen Haupttat bestraft werden könnte,¹⁸¹ hätte es der Regelung der versuchten Anstiftung zur Verbrechenanstiftung in § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 2 überhaupt nicht bedurft. In diesem Fall hätte die bloße Regelung der versuchten Anstiftung genügt, weil in dieser alle weiteren indirekten Anstiftungs-

¹⁷⁹ SK-Hoyer § 30 Rn 55.

¹⁸⁰ Dazu schon oben, 2. Abschnitt B.I.

¹⁸¹ So das Reichsgericht Fn 122–127 sowie Gössel Fn 149 und Hoyer Fn 150.

handlungen schon enthalten wären. Da diese Interpretation aber von einigen¹⁸² bestritten wurde, sah sich der Gesetzgeber zu einer Klarstellung gezwungen und nahm infolgedessen die versuchte Anstiftung zur Verbrechensanstiftung in § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 2 auf.

Als Ergebnis kann somit konstatiert werden, dass nach dem Wortlaut der §§ 26, 27 als Haupttat einer Teilnahme nicht nur die täterschaftlich begangenen Straftatbestände des Besonderen Teils des StGB in Betracht kommen, sondern auch eine Beihilfetat selbst, die ihrerseits als Haupttat einen versuchten oder vollendeten täterschaftlich begangenen Straftatbestand des Besonderen Teils voraussetzt. Zwingende Gründe für eine Beschränkung der Haupttaten auf bloße täterschaftlich begangene Delikte des Besonderen Teils sind nicht erkennbar. Vielmehr zeigt die derzeitige Regelung der versuchten Anstiftung in § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 2, dass auch das Gesetz eine Teilnahme als teilnahme-fähige Haupttat anerkennt. Die Beihilfe als Teilnahmetat nach § 27 Abs. 1 ist eine ebenso zulässige Haupttat wie eine täterschaftlich begangene Straftat des Besonderen Teils. An beiden ist eine Teilnahme gleichermaßen möglich.

II. Die Bestrafung der Teilnahme an einer allgemeinen Beihilfe

Nachdem festgestellt wurde, dass neben den täterschaftlich begangenen Delikten des Besonderen Teils auch eine Beihilfe selbst Haupttat einer allgemeinen Teilnahme sein kann, bleibt zu klären, wie diese Fälle zu behandeln sind.

1. Rechtsprechung

Das Reichsgericht sah, wie bereits geschildert, die Beihilfetat nicht als eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat eines anderen im Sinne der §§ 26, 27 an.¹⁸³ Die Bestrafung einer weiteren Teilnahme an der Beihilfe konnte nur erreicht werden, indem beide Teilnahmetaten zu einer so genannten mittelbaren¹⁸⁴ Beihilfe zusammengefasst wurden.¹⁸⁵ Dabei ging das Reichsgericht gemäß der weit geformten Definition des Hilfeleistens – jedes Fördern oder Unterstützen der Haupttat –¹⁸⁶ davon aus, dass die Tat-

¹⁸² Busch a.a.O.; Schröder a.a.O.

¹⁸³ Siehe oben 2. Abschnitt C.I.1.

¹⁸⁴ Der Ausdruck „mittelbar“ soll offen legen, dass hier nicht der Normalfall einer (direkten) Beihilfe zur täterschaftlich begangenen Haupttat vorliegt, sondern sich zwischen der Teilnahmetat und der täterschaftlich begangenen Haupttat noch eine weitere Teilnahmetat, und zwar eine Beihilfe, befindet. Der „mittelbare“ Gehilfe erbringt seinen Tatbeitrag also nicht direkt dem Haupttäter, vielmehr erreicht er eine Förderung der Haupttat erst über den ersten Gehilfen.

¹⁸⁵ Vgl. RGSt 23, 300, 306.

¹⁸⁶ Vgl. RGSt 58, 113 ff.

handlung des Hilfeleistens nicht nur das direkte Unterstützen des Haupttäters umfasse, sondern auch das indirekte („mittelbare“) Unterstützen. Wird an einer Teilnahmetat teilgenommen, sei eine Gesamtwürdigung der Beteiligungskonstellation anzustellen, die in den Fällen der ‚Beihilfe zur Beihilfe‘, der ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ und der ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ zu einer „mittelbaren“ Beihilfe zur Haupttat führe.¹⁸⁷

Im Fall der ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ begründete das Reichsgericht diese Würdigung folgendermaßen: Die ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ sei nur dann strafrechtlich verfolgbar, wenn der zweite Gehilfe sämtliche objektiven und subjektiven Merkmale des ersten Gehilfen in seinen Vorsatz aufgenommen habe. Habe er das getan, so kenne er aber nicht nur das Verhältnis des ersten Gehilfen zur Haupttat, sondern auch sein eigenes Verhältnis zur Haupttat. Demzufolge wisse er, dass er ebenso wie der erste Gehilfe Beihilfe zur Haupttat leiste, wenn auch über den ersten Gehilfen oder zusammen mit ihm. Die Konstellation der ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ sei daher nur ein verfehelter Ausdruck für eine „mittelbare“ Beihilfe zur Haupttat, die lediglich in dieser Form strafrechtlich relevant sei.¹⁸⁸

Vergleichbar argumentierte das Reichsgericht wenig später am Beispiel der ‚Anstiftung zur Beihilfe‘: Da das Beeinflussen eines Dritten, zur Haupttat Hilfe zu leisten, regelmäßig aus dem Bewusstsein und Willen heraus geschehe, die Tat des Haupttäters zu fördern, handelten der Anstifter und der seiner Bitte nachgebende Dritte in Bezug auf das Fördern der Haupttat einverständlich zusammen. Damit liege eine mittäterschaftlich begangene Beihilfe vor, in der die ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ begrifflich aufgehe.¹⁸⁹

Anders als das Reichsgericht erkennt der Bundesgerichtshof sowohl die täterschaftlich begangenen Delikte des Besonderen Teils als auch die Teilnahmetaten als taugliche Haupttaten einer Teilnahme nach §§ 26, 27 an.¹⁹⁰ Eine Entscheidung über die Behandlung der weiteren Teilnahme an einer Teilnahmetat war somit zu erwarten. Mit der Fallkonstellation einer Beihilfe als Haupttat einer weiteren Teilnahme hat sich der Bundesgerichtshof bislang aber nur in einem einzigen Urteil auseinandergesetzt. In diesem Urteil, das sich mit einer ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ im Fall der Mitwirkung an der Erstellung von Befehlen zur Grenzsicherung der DDR befasste, stellte der Bundesgerichtshof fest, dass auch derjenige dem Täter Hilfe leiste, der seinerseits die Tatförderung eines

¹⁸⁷ Vgl. RGSt 59, 128.

¹⁸⁸ RGSt 23, 300, 306.

¹⁸⁹ RGSt 59, 396, 397.

¹⁹⁰ Siehe oben 2. Abschnitt A.I.1.d.aa.

(weiteren) Gehilfen unterstütze (so genannte ‚Beihilfe zur Beihilfe‘).¹⁹¹ Im zu Grunde liegenden Fall, so führte der Bundesgerichtshof zur Erläuterung weiter aus, habe zwar keiner der Angeklagten einen Tatbeitrag geleistet, der unmittelbar auf den Eintritt des Taterfolges, der Tötung oder Verletzung von Flüchtlingen durch Splitterminen, gerichtet war. Die Teilbeiträge der Angeklagten zu den Befehlen hätten sich aber jedenfalls insoweit auf den Eintritt des Taterfolgs ausgewirkt, als sie dem Kommandeur des Grenzkommandos die Abfassung der Jahresbefehle, die, wie sie wussten, jeweils auch Anordnungen über die Verlegung und Instandhaltung von Minen im Grenzbereich enthielten, erleichterten. Dadurch sei die Tatbestandsverwirklichung, die Tötung oder Verletzung von Flüchtlingen durch die im Grenzbereich verlegten Splitterminen, gefördert worden.¹⁹²

Der Bundesgerichtshof gibt in diesem Urteil deutlich zu erkennen, dass er die Teilnahmekonstellation der ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ zu einer „mittelbaren“ Beihilfe zur täterschaftlich begangenen Haupttat zusammenfasst und damit die vom Reichsgericht begründete Ansicht über eine weite Auslegung der Tathandlung des Hilfeleistens fortsetzt. Unter einem Hilfeleistern sei demzufolge nicht nur das direkte („unmittelbare“) Fördern einer Haupttat zu verstehen, sondern auch das indirekte („mittelbare“), durch den ersten Gehilfen hindurch bewirkte Fördern.¹⁹³

Auch im Zusammenhang mit der Teilnahmekonstellation der ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ urteilte der Bundesgerichtshof in diesem Sinne und fasste diese Fälle zu einer („mittelbaren“) Beihilfe zur Haupttat zusammen.¹⁹⁴ Zwar stellte er in seinem Urteil vom 22.03.2000 zunächst fest, dass neben einer Beihilfe zum Mord auch eine Anstiftung und Beihilfe zur Anstiftung zum Mord in Betracht komme, und eine ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ dann vorgelegen hätte, wenn der Angeklagte mit seinen Tatbeiträgen im Wesentlichen (nur) die Anstiftungshandlungen hätte unterstützen wollen. Doch am Ende seiner Ausführungen weist er ausdrücklich darauf hin, dass ungeachtet einer solchen Beurteilung die ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ als Beihilfe zur Haupttat zu bestrafen sei.¹⁹⁵

Ogleich dem Bundesgerichtshof die Möglichkeit grundsätzlich eröffnet war, wegen der Anerkennung der Beihilfe als Haupttat einer Teilnahme die Fallkonstellationen ei-

¹⁹¹ BGH NStZ 2001, 364.

¹⁹² BGH a. a. O., 365.

¹⁹³ Vgl. BGH NStZ 1996, 562, 563.

¹⁹⁴ BGH NStZ 2000, 421 f.; BGH NStZ 1996, 562 f.

¹⁹⁵ BGH NStZ 2000, 421 f.

ner Teilnahme zur Beihilfe auch als solche zu bestrafen, fasste er bisher den Fall einer ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ und den vergleichbaren Fall einer ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ zu einer indirekten Beihilfe zur Haupttat zusammen und hob entsprechend anders lautende unterinstanzliche Urteile auf.¹⁹⁶

2. Schrifttum

Das herrschende Schrifttum befindet sich mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf einer Linie. Es hält ebenfalls die Teilnahme an einer Beihilfe für möglich, behandelt die ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ und die ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ aber dennoch stets als indirekte Beihilfe zur Haupttat.¹⁹⁷ Als Begründung wird angeführt, dass die Beihilfe in § 27 Abs. 1 schon jegliche Förderung der Haupttat umfasse¹⁹⁸ und damit eingeschlossen auch die Hilfe in Form einer Unterstützung oder sogar Bestimmung zur Tat, die von einem weiteren Tatbeteiligten über den (ersten) Gehilfen geleistet werde.¹⁹⁹

Nur wenige lehnen dagegen eine solche (ausnahmslose) Zusammenfassung mehrerer Teilnahmetaten ab. Für den überwiegenden Teil dieser Vertreter stellen Anstiftung und Beihilfe gesonderte oder eigenständige Tatbestände dar, an denen wiederum teilgenommen werden kann. Infolgedessen werden eine ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ und eine ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ auch als solche bestraft.²⁰⁰

Hingegen differenzieren *Stratenwerth* und *Kuhlen* danach, ob der Vorsatz des zweiten (indirekt fördernden) Teilnehmers auch in Bezug auf den Täter und die Haupttat hinreichend konkretisiert sei. Erstrecke sich der Vorsatz nur auf das nächste Glied in der Kette der Teilnahmehandlungen, bleibe es bei einer Teilnahme an der Teilnahme, mit der praktischen Konsequenz, dass die Strafe bei einer zur bloßen Beihilfe geleisteten Beihilfe doppelt zu reduzieren sei.²⁰¹

¹⁹⁶ Siehe nur BGHSt 6, 359 ff.; 7, 234 ff.; 8, 137 ff.

¹⁹⁷ Haft, S. 219; Jakobs AT 22/30; Jescheck/Weigend, S. 697; Kühl, S. 680; Schönke/Schröder-Cramer § 27 Rn 18; Schwind, MDR 1969, S. 13; Wessels/Beulke Rn 583. In diesem Sinne auch Maurach/Gössel/Zipf, S. 340 und SK-Hoyer § 27 Rn 37, die zwar nur täterschaftlich begangene Haupttaten für eine Teilnahme zulassen, aber dennoch die mittelbaren Teilnahmehandlungen über diesen Weg bestrafen können, allerdings nur, soweit eine Förderung der Haupttat festgestellt werden kann (Maurach/Gössel/Zipf, ebd.).

¹⁹⁸ Statt vieler LK- Schönemann § 27 Rn 73.

¹⁹⁹ Treffen verschiedene Teilnahmeformen aufeinander, soll das schwächste Glied der Kette über die Beteiligungsform entscheiden, siehe nur Baumann/Weber/Mitsch, S. 751.

²⁰⁰ Vgl. Herzberg, GA 1971, 1; Martin, DRiZ 1955, 290, 291.

²⁰¹ Stratenwerth/Kuhlen, S. 326.

Andere wenden sich mit unterschiedlichen Begründungen gegen die Konstruktion, Fälle einer ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ als indirekte Beihilfe zur Haupttat zu strafen.

Berner argumentierte 1898, dass die ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ auf Grund der gesetzlich festgelegten Strafmilderung zu einer weiteren Absenkung der Strafe gegenüber der einfachen Beihilfe führen müsste, die dann aber der strafunwürdigen Beihilfe zur Übertretung²⁰² vergleichbar sei und somit im Ergebnis straflos zu bleiben habe.²⁰³

Die Argumentation *Berners* ist heute in ihrer ursprünglichen Form nicht mehr vertretbar. Die Dreiteilung der strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen ist infolge der Beschränkung auf Verbrechen und Vergehen aufgegeben worden und damit die Beihilfe generell zu jeder Tat strafbar. Zur Zeit *Berners* richtete sich die Strafmilderung der Beihilfe nach den Milderungsvorschriften über den Versuch. Abgesehen von der Todesstrafe und der lebenslänglichen Haftstrafe konnte die Strafe nach § 44 Abs. 3 a. F. auf ein Viertel des Mindestbetrages der für das Verbrechen oder Vergehen angedrohten Freiheitsstrafe ermäßigt werden. Das dürfte *Berner* bewegen haben, bei einer „doppelten“ Strafmilderung, die die ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ nach sich zöge, eine Strafunwürdigkeit vergleichbar der Beihilfe zu einer Übertretung zu folgen.

Man könnte aber erwägen, die ‚Beihilfe zur Beihilfe‘, die eine doppelte Strafmilderung zur Folge hätte, als ebenso wenig strafwürdig wie eine versuchte Beihilfe zu betrachten, weil die versuchte Beihilfe nach den heutigen Regelungen des Allgemeinen Teils auch doppelt zu mildern wäre, zum einen zwingend nach § 27 Abs. 2 und zum anderen fakultativ nach § 23 Abs. 2. Übersehen würde bei dieser Argumentation jedoch, dass die versuchte Beihilfe nicht allein wegen ihrer aus der möglichen zweifachen Strafmilderung folgenden mangelnden Strafwürdigkeit straflos gestellt wurde, sondern insbesondere auf Grund der sehr weiten Vorverlagerung der Strafbarkeitsgrenze. Doch abgesehen davon ließe sich dieser Gedankengang nicht durch das StGB belegen. Auch in anderen Fällen führen mehrfache Strafmilderungen nicht per se zu einer Strafunwürdigkeit, wie zum Beispiel bei einem versuchten unechten Unterlassungsdelikt mit ebenfalls doppelter, allerdings nicht obligatorischer Strafmilderung.

²⁰² Nach § 49 Abs. 1 a. F. (1871) war nur die Beihilfe zu einem Verbrechen oder Vergehen mit Strafe belegt gewesen. Die Beihilfe zu einer Übertretung (einer mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu 50 Thalern bedrohte Handlung, § 1 Abs. 3 a. F. [1871]) war damit straflos.

²⁰³ *Berner*, S. 167: „Die Beihülfe muß dem Thäter geleistet sein... Man darf nicht annehmen, Beihülfe zur Beihülfe sei strafbar als mittelbare Beihülfe zur Thäterschaft ...“

Beling folgerte aus der Unterteilung der Teilnahme in Anstiftung und Beihilfe, dass die Teilnahmekonstellationen einer ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ oder ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ nicht als indirekte Teilnahme zur täterschaftlich begangenen Haupttat aufgefasst werden können. In beiden Fällen müsste nämlich die Entscheidung getroffen werden, als welche indirekte Teilnahmeform zur Haupttat sie zusammenzufassen wären, und das erweise sich gerade als unmöglich. Eine ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ sei weder eine Anstiftung zur täterschaftlich begangenen Haupttat, denn der Haupttäter sei ja bereits entschlossen gewesen, noch eine Beihilfe zur Haupttat, da ein anderer bestimmt worden sei, aber keine Hilfe zur täterschaftlich begangenen Haupttat geleistet worden sei.²⁰⁴ Aus eben diesem Grund scheidet dann auch die Zusammenfassung einer ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ zu einer indirekten Beihilfe zur täterschaftlich begangenen Haupttat aus.²⁰⁵

Auch *Belings* Einwendungen, dass die ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ und die ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ sachlogisch nicht als Beihilfe aufzufassen seien, überzeugen nicht restlos. Da für die Verwirklichung des Tatbestandes der Beihilfe grundsätzlich jeder Tatbeitrag in Betracht kommt, heißt das nichts anderes, als dass in jeder Anstiftung auch eine Beihilfe steckt. Nur tritt die Beihilfe, wenn sie die speziellere Form einer Anstiftung angenommen hat, als subsidiäre Beteiligungsform zurück.²⁰⁶ Mithin könnte man *Beling* insoweit entgegenen, dass die ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ und die ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ auch immer eine ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ beinhalten und demzufolge keine sachlogischen Schwierigkeiten mehr bestehen, sie als indirekte Beihilfe zur täterschaftlich begangenen Haupttat zusammenzufassen. Denn für die „logische Unmöglichkeit“ einer ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ konnte auch *Beling* keine Gründe anführen, sondern schlussfolgerte diese nur aus der Unmöglichkeit der beiden anderen Kettenteilnahmeformen.²⁰⁷

3. Eigene Ansicht

Vorentscheidend für die grundsätzliche Behandlung einer Teilnahme an einer Beihilfe ist der Umstand, dass eine Beihilfetat ebenso taugliche Haupttat ist wie ein Delikt des Besonderen Teils des StGB.²⁰⁸ Denn ist die Beihilfetat keine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen im Sinne der §§ 26, 27, scheidet die Möglichkeit der Bestrafung wegen ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ oder ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ von Beginn an aus. Kann die Beihilfetat aber wie jedes andere täterschaftlich begangene Delikt des

²⁰⁴ *Beling*, S. 449.

²⁰⁵ *Beling*, S. 450.

²⁰⁶ Vgl. LK-Roxin¹¹ § 27 Rn 68 m.w.N.

²⁰⁷ *Beling*, S. 449 f.

²⁰⁸ Siehe 2. Abschnitt C.I.4.

Besonderen Teils Haupttat einer weiteren Teilnahme sein, brauchen die Teilnahmekonstellationen der ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ und der ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ nicht nur als gedankliche Hilfskonstruktionen zum Auffinden des „richtigen“ Ergebnisses zu dienen. Vielmehr können sie sogar als eben solche Teilnahmetaten bestraft werden. Zwar unterscheiden die §§ 25–27 lediglich zwischen einer täterschaftlichen Verwirklichung eines Straftatbestandes und einer Teilnahme daran, sodass die Vermutung nahe liegt, es gebe bloß die Teilnahme an einer täterschaftlich begangenen Haupttat ohne weitere graduelle Abstufungen. Doch weist insbesondere die Regelung der versuchten Anstiftung in § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 2 auf die Zulässigkeit hin, die ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ und die ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ zu konstruieren und auch als eben solche zu bestrafen.

Warum aber sperren sich die Rechtsprechung und das herrschende Schrifttum gegen diese Lösung und bestimmen in einem ersten Schritt präzise die einzelnen Glieder der Teilnahme-kette, fassen diese anschließend aber zu einer „mittelbaren“ Beihilfe zusammen?²⁰⁹ Begibt man sich auf die Suche nach den Gründen, findet sich nur der Hinweis, dass die Beihilfe jegliches Fördern der Haupttat umfasse und daher die ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ und die ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ als „mittelbare“ Beihilfe zur Haupttat zu bestrafen seien.²¹⁰ Die herrschende Meinung erkennt in dem weiten Begriff des Hilfeleistungens die Möglichkeit, unter diesen nicht nur dem Haupttäter direkt Hilfe leistende Tatbeiträge zu subsumieren, sondern auch über einen weiteren Teilnehmer indirekt geleistete Tatbeiträge. Demzufolge wird bei der ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ neben der direkt geleisteten Hilfe auch die einem anderen Teilnehmer geleistete Hilfe als tatbestandsmäßige Beihilfe zur täterschaftlich begangenen Haupttat nach § 27 Abs. 1 bestraft und bei der ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ auch das Hervorrufen des Tatentschlusses zum Hilfeleisten zu einer täterschaftlich begangenen Haupttat, was aus der Gesamtbetrachtung der Teilnahme-kette oder aus der in jeder Anstiftung enthaltenen Hilfe folgen solle.

Die Begründung zeigt noch deutlich ihre Wurzeln aus der Zeit des Reichsgerichts.²¹¹ Weil aber weit überwiegend die Teilnahmetaten selbst als Haupttaten einer weiteren Teilnahme anerkannt werden, bestehen für die Zusammenfassung mehrerer Teilnahmetaten zu einer indirekten Beihilfe wohl nur strafpräventive Gründe. Infolge der Anerkennung der Teilnahmetaten als Haupttaten einer weiteren Teilnahme lassen sich endlose Teilnahmeketten bilden, die, sofern darin mehrere Beihilfetaten enthalten sind, über

²⁰⁹ Siehe 2. Abschnitt C.I.1. und C.I.2.

²¹⁰ Siehe nur BGH NSTZ 2001, 364; RGSt 59, 396, 397; LK- Schünemann § 27 Rn 73.

²¹¹ Siehe oben unter 2. Abschnitt C.I.

§ 27 Abs. 2 zu einer abnehmenden Strafdrohung führen würden, was sich im Einzelfall als unbillig erweisen könnte.

Die Zusammenfassung mehrerer Teilnahmetaten traf bisher auch kaum auf Widerstand. Jedoch dürfte die auf die weite Auslegung des Begriffes Hilfeleisten gestützte Zusammenfassung in Anbetracht der dargelegten Gesetzeshistorie und der schon von *Berner* angemeldeten Bedenken kaum Bestand haben. Der Tatbestand der Beihilfe ist vom Gesetzgeber bewusst weit gefasst worden, weil er als Regelung des Allgemeinen Teils grundsätzlich auf alle Straftatbestände des Besonderen Teils Anwendung findet. Um das daraus folgende breite Spektrum an möglichen unterstützenden Handlungen zu erfassen und einen effektiven und möglichst lückenlosen Strafrechtsschutz zu gewährleisten, war deshalb die gewählte weite Fassung der Beihilfenorm geboten. Der Anstifter oder Gehilfe eines Gehilfen mag oft auch zur Haupttat Hilfe leisten. Doch dass ausnahmslos jede Anstiftung oder Beihilfe zur Beihilfe eine Förderung der Haupttat beinhaltet, ist stark zu bezweifeln. So leistet der zweite Gehilfe, wenn er den ersten Gehilfen mit dem Auto zum Tatort fährt, um ihm den lästigen Weg zu Fuß zu ersparen, ausschließlich dem ersten Gehilfen Hilfe, ohne aber die Haupttat, zum Beispiel einen Diebstahl, erkennbar zu fördern.²¹² Zudem besteht auch keine Notwendigkeit für eine Zusammenfassung. Die der täterschaftlich begangenen Haupttat direkt geleistete Beihilfe ist ebenso taugliche Haupttat wie ein täterschaftlich begangenes Delikt des Besonderen Teils. Nur für das Reichsgericht, das den Teilnahmedelikten noch deren Haupttatfähigkeit absprach, war der Weg über die indirekt geleistete Beihilfe zur täterschaftlich begangenen Haupttat die einzige Möglichkeit der Bestrafung einer Teilnahme an der Teilnahme. Heute kann aber ohne Weiteres wegen ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ oder ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ bestraft werden, mit der Konsequenz, dass eine mehrfache obligatorische Strafmilderung des § 27 Abs. 2 akzeptiert wird.²¹³

Es bedarf vielmehr gerade einer Begrenzung der Beihilfe in § 27 Abs. 1 auf rein direkte Hilfeleistungen, wenn man berücksichtigt, dass im Einklang mit der herrschenden Mei-

²¹² Das ist auch schon daran zu erkennen, dass hier die Beihilfe des zweiten Gehilfen sofort sichtbar ist, ohne dass überhaupt die Haupttat genannt wurde. Statt des Diebstahls als Haupttat hätte es ebenso gut ein Totschlag sein können.

²¹³ Auch wenn in § 27 Abs. 2 S. 1 die Strafe des Gehilfen sich nach der Strafdrohung für den „Täter“ richtet, also im Gegensatz zu § 27 Abs. 1 nicht auf die Tat des „anderen“ abstellt, darf aus diesem terminologischen Unterschied nicht gefolgert werden, dass „Täter“ im Sinne des Abs. 2 S. 1 nur der Täter der täterschaftlich begangenen Haupttat sei. Werden Teilnahmetaten als vorsätzlich begangene rechtswidrige Taten eines anderen im Sinne des Abs. 1 anerkannt, ist „Täter“ im Sinne des Abs. 2 S. 1 dann der die Teilnahmetat begעהende Anstifter oder Gehilfe, nicht aber der Täter des täterschaftlich begangenen Deliktes. Für eine unterschiedliche Auslegung der Begriffe „anderer“ und „Täter“ finden sich in den Gesetzesbegründungen keine Hinweise.

nung sogar eine Beihilfe in Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft möglich ist.²¹⁴ In diesen Teilnahmefällen drängt sich, entsprechend den Normalfällen der Mittäterschaft und mittelbaren Täterschaft, die Frage auf, wie eine in Mittäterschaft erbrachte Beihilfe von einer ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ oder eine in mittelbarer Täterschaft geleistete Beihilfe von einer ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ abzugrenzen ist. Sofern man zwischen beiden Konstellationen unterscheiden möchte und es nach herrschenden Ansicht sogar muss, ist eine adäquate Abgrenzung nur dann möglich, wenn die ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ und die ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ nicht als indirekte („mittelbare“) Beihilfe zur Haupttat behandelt werden.

Natürlich kann erwogen werden, eine Beihilfe nicht weiter zu graduieren. Doch hat der Gesetzgeber deutlich dafür plädiert, die weitere Teilnahme an einer Teilnahmetat zuzulassen.²¹⁵ In Anerkennung dessen ist es nur konsequent, in Übereinstimmung mit dem Bundesgerichtshof und dem überwiegenden Teil des Schrifttums zwischen einer Beihilfe zur Haupttat und einer ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ sowie ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ zu unterscheiden und im Einklang mit den Vertretern, die in der Teilnahme eigenständige Tatbestände erblicken,²¹⁶ auch zu bestrafen.

Für eine Bestrafung wegen ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ oder ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ ist dann aber auch nur dort Raum, wo tatsächlich nur zur ersten (direkten) Beihilfe angestiftet oder zu ihr Hilfe geleistet wurde.²¹⁷ Denn ist in der ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ oder ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ schon eine direkte Beihilfe zur Haupttat enthalten – zum Beispiel, wenn der zweite Gehilfe den ersten Gehilfen zum Tatort fährt und zugleich dem Haupttäter das Tatwerkzeug überbringt –, ist sogleich wegen (direkter) Beihilfe zur Haupttat zu bestrafen. Eine gesonderte Bestrafung wegen der Teilnahme an der ersten (direkten) Beihilfe erübrigt sich, weil diese auf Grund ihrer Subsidiarität gegenüber der stärkeren Beteiligungsform zurücktritt. Wird aber ausschließlich zur direkten Beihilfe angestiftet oder zu ihr Hilfe geleistet, ist wegen ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ oder ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ zu bestrafen.

Erschöpft sich also der Tatbeitrag des Anstifters in dem bloßem Hervorrufen des Tatentschlusses beim Gehilfen, den Haupttäter bei dessen Diebstahl zu unterstützen – etwa

²¹⁴ BGH NJW 1999, 589; Kühl, S. 680; BGH NSStZ 2000, 421, allerdings nur zur Anstiftung; LK-Schünemann § 27 Rn 70, 72; Stratenwerth³ Rn 972.

²¹⁵ Zu den einzelnen Argumenten siehe oben 2. Abschnitt C.I.4.

²¹⁶ Siehe FN 200.

²¹⁷ Insoweit besteht mit sämtlichen Vertretern, die eine generelle Zusammenfassung ablehnen, Übereinstimmung. So insbesondere auch Gössel in Maurach/Gössel/Zipf, S. 340, wenn er, allerdings im Gegensatz zur herrschenden Meinung, die Teilnahme an der Teilnahme nur dann bestrafen will, wenn sie zugleich Teilnahme an der Haupttat des Täters ist.

in einem bloßen „hilf ihm doch“ –, ist nur wegen Anstiftung zur Beihilfe zum Diebstahl zu bestrafen. Gleiches gilt für eine ‚Beihilfe zur Beihilfe‘: Fährt jemand den Gehilfen mit dem Auto zum Tatort, um ihm den beschwerlicheren Fußweg mit den für den Täter bestimmten Einbruchwerkzeugen zu ersparen, liegt nur eine Beihilfe zur späteren Beihilfe des ersten Gehilfen vor, sodass wegen Beihilfe zur Beihilfe zum Einbruchdiebstahl zu bestrafen ist. Das gilt sogar dann, wenn die Fahrt mit dem Auto erst das rechtzeitige Ankommen des ersten Gehilfen am Tatort ermöglicht. Anders ist nur zu entscheiden, wenn festgestellt werden kann, dass das Hinfahren des ersten Gehilfen den Täter bei dessen Tatausführung (psychisch) gestärkt hat.

Gegen die von der herrschenden Meinung befürwortete prinzipielle Zusammenfassung einer ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ und einer ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ zu einer (indirekten) Beihilfe zur Haupttat spricht, dass dieser Teilnehmer an der Beihilfe einem an der Haupttat direkt teilnehmenden Gehilfen gleichgestellt wird und demzufolge schwerer bestraft wird, als es seinem tatsächlichen Tatbeitrag entspricht. Das offenbart sich, wenn man die bestehenden Regelungen der Täterschaft und Teilnahme sowie deren Abgrenzungskriterien konsequent auf die Beihilfetat als teilnahmefähige Haupttat überträgt, so wie es zum Teil von einigen schon vorgeschlagen wird.²¹⁸

Den Ausgangspunkt der strafrechtlichen Beurteilung von Beiträgen mehrerer Tatbeteiligter bildet grundsätzlich der vom Täter im Sinne des § 25 verwirklichte Straftatbestand.²¹⁹ Davon ausgehend sind die Tatbeiträge der anderen Beteiligten zu bewerten. Wer diesen Straftatbestand täterschaftlich verwirklicht, ist so genannter Täter im Sinne des § 25. Unterstützende Tatbeiträge sonstiger Beteiligten, die ihren Beitrag ohne Tatherrschaft oder Täterwillen leisten, können nur der Teilnahme (Beihilfe) zugeordnet werden, sofern der vom Täter verwirklichte Straftatbestand Vorsatz voraussetzt.²²⁰ Ob sich die Teilnehmer direkt an der Tat des Täters beteiligen oder nur an einer zu dieser Tat geleisteten Beihilfe, ist für die Qualifizierung als Teilnehmer zunächst unbeachtlich. Gegenüber dem vom Täter verwirklichten Straftatbestand sind sie stets Teilnehmer. Sie aus diesem Grund aber ungeachtet eines direkt geleisteten Tatbeitrages generell als („mittelbare“) Gehilfen der Haupttat zu bestrafen, würde übersehen, dass die Beteili-

²¹⁸ Herzberg, GA 1971, 1, 6; Meyer, JuS 1973, 755, 757 f.

²¹⁹ Dieser Straftatbestand kann nur ein solcher sein, der ein bestimmtes Verhalten pönalisiert und dafür eine von der Begehung anderer Taten unabhängige Strafdrohung anordnet. Hierzu zählen grundsätzlich alle Delikte des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches und der strafrechtlichen Nebengesetze. Dagegen scheiden Vorschriften des Allgemeinen Teils als Straftatbestände aus.

²²⁰ Siehe oben 2. Abschnitt A.II.2.

gung an einer Beihilfe in jeder der bekannten Täterschafts- und Teilnahmeformen erfolgen kann.²²¹ Der sich an der Beihilfetat Beteiligende kann sich sowohl als „Mittäter“ an der Beihilfe beteiligen, indem er dem Täter die Unterstützung mit dem anderen Gehilfen auf Grund eines Tatentschlusses gemeinschaftlich gewährt, als auch einen anderen als Werkzeug einsetzen und so selbst (direkter) Gehilfe des Täters in „mittelbarer Täterschaft“ sein.

Daran wird auch deutlich, dass die herkömmliche Bezeichnung einer Anstiftung oder Beihilfe zur Beihilfe als „mittelbare“ Beihilfe ohnehin sprachlich irreführend ist. Gemeint ist mit dem Begriff der „mittelbaren“ Beihilfe, dass an einer dem Täter direkt geleisteten Hilfe wiederum in Form der Anstiftung oder Beihilfe teilgenommen wird und diese Anstiftung oder Beihilfe zur Beihilfe im Wege einer Gesamtbetrachtung wie eine dem Täter direkt geleistete Hilfe behandelt wird, jedoch zur Offenlegung des dazwischenstehenden Gehilfen als „mittelbare“ Hilfe bezeichnet wird. Indem diese Beihilfe dem Täter durch einen anderen Gehilfen hindurch geleistet wird, besteht zwar eine terminologische und strukturelle Ähnlichkeit mit der in „mittelbarer Täterschaft“ begangenen Beihilfe. Die in „mittelbarer Täterschaft“ begangene Beihilfe zeichnet sich aber nach § 25 Abs. 1 Var. 2²²² insbesondere dadurch aus, dass die Erbringung der Hilfe allein vom mittelbaren Gehilfen abhängt, weil der als „Tatmittler“ fungierende dem Gehilfen als Werkzeug dient. Genau diese Herrschaft fehlt aber überwiegend dem Teilnehmer an der Beihilfe in den Fällen der so genannten mittelbaren Beihilfe. Er entscheidet gerade nicht über die dem Täter zu gewährende Hilfe, sondern stiftet lediglich den Gehilfen, der dem Täter direkt Hilfe leistet und darüber auch frei entscheidet, an oder unterstützt ihn.

Um die so genannte mittelbare Beihilfe von den rein „täterschaftlichen“ Beteiligungsformen der Beihilfe abzugrenzen, bedarf es infolgedessen geeigneter Abgrenzungskriterien. Dazu bietet sich an, die in Rechtsprechung und Schrifttum bekannten allgemeinen Kriterien zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme auf die Teilnahmetaten zu übertragen. Dafür bedarf es nur einer täterschaftlichen Betrachtung der direkt zur Haupttat geleisteten Beihilfe, um die ausschließlich für die Delikte des Besonderen Teils entwickelten Kriterien der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme auf die Beihilfe zu übertragen.

²²¹ Siehe Haft, S. 222; LK- Schünemann § 27 Rn 70 ff.

²²² § 25 findet direkt Anwendung, LK- Schünemann § 26 Rn 100.

Betrachtet man den dem Täter direkt Hilfe leistenden Gehilfen samt seines Tatbeitrages, ist er neben seiner gewöhnlichen Eigenschaft als Teilnehmer des vom Haupttäter verwirklichten Straftatbestandes zugleich auch Täter seiner eigenen Tat – der Beihilfe. Denn er vollbringt seinen Beitrag täterschaftlich und kann deshalb ohne Weiteres als Täter der Beihilfe bezeichnet werden.²²³ Diese Betrachtungsweise verspricht in den Standardfällen der (direkten) Beihilfe keinen Gewinn, leistet aber für die Beurteilung von Teilnahmeketten wertvolle Hilfe. Durch sie wird es möglich, die Beihilfetat wie ein Delikt des Besonderen Teils des StGB zu behandeln und so alle Formen der Beteiligung an dieser Beihilfe nach den bekannten Kriterien zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme vorzunehmen.

Daraus folgt, dass in allen Fällen einer Teilnahme an der Beihilfetat danach zu fragen ist, ob der Teilnehmer seinen Tatbeitrag, gemessen an der zur Haupttat direkt geleisteten Beihilfe, im Sinne des § 25 „täterschaftlich“ erbracht hat. Hat er seinen Tatbeitrag in diesem Sinne „täterschaftlich“ erbracht, liegt eine (weitere) direkte Teilnahme an der vom Täter begangenen Haupttat vor. Ein solcher „täterschaftlicher“ Tatbeitrag ist immer dann anzunehmen, wenn der Teilnehmer wie der direkt Hilfe leistende Gehilfe seinen Beitrag zur Haupttat nach § 25 selbst, durch einen anderen oder gemeinschaftlich mit dem direkt Hilfe leistenden Gehilfen gewährt. Hat er dagegen seinen Tatbeitrag nicht „täterschaftlich“ erbracht, ist also nicht feststellbar, dass er seinen Tatbeitrag zur Haupttat nach § 25 selbst, durch einen anderen oder gemeinschaftlich mit einem anderen gewährt hat, liegt lediglich eine Teilnahme an der direkten Beihilfe vor.

Dieser gewichtige Unterschied zwingt in den Normalfällen der Verwirklichung eines Straftatbestandes dazu, dass der Tatbeteiligte, der seinen Beitrag nicht als Täter nach § 25 leistet, allenfalls als Teilnehmer nach §§ 26, 27 bestraft werden kann. Nichts anderes kann dann aber bei den Fällen der Beteiligung an einer zur Haupttat geleisteten Beihilfe gelten. Auch hier ist zwischen der „täterschaftlich“ verwirklichten Beihilfe und der Teilnahme daran zu differenzieren. So wenig wie ein zur täterschaftlich begangenen

²²³ Vgl. insbesondere Herzberg, GA 1971, 1, 5.

Darüber hinaus führt diese Betrachtung zu der Konsequenz, dass die Begriffe „Haupttat“, „Täter“ und „Teilnehmer“ nach der jeweiligen Bezugstat zu definieren sind. Der Gehilfe handelt in Bezug auf das vom Täter begangene Delikt als Teilnehmer, hinsichtlich seines Gehilfenbeitrages jedoch als Täter. Denn er hat seine Tat, das Hilfeleisten, „selbst“ im Sinne des § 25 Abs. 1 Var. 1 begangen. Diese Betrachtung, die bisher nur Stratenwerth³ Rn 972 a. E. und die Anhänger der Auffassung von der Eigenständigkeit der Teilnahmedelikte (Herzberg, a.a.O.) anstellen, ist im Normalfall einer Beihilfe nicht notwendig. Denn es gibt nur eine „Haupttat“, und zwar die des Tatbeteiligten, der den Straftatbestand als Täter im Sinne des § 25 begangen hat. Bei der weiteren Teilnahme an einer Teilnahmetat (Beihilfe) liegen aber, wie gezeigt, zwei mögliche und taugliche Haupttaten für den Teilnehmer vor, die Bei-

Haupttat erbrachter Tatbeitrag eines Gehilfen als „mittelbare“ täterschaftliche Tatbestandsverwirklichung des entsprechenden Straftatbestandes umgedeutet werden darf, darf auch eine Teilnahme an der Beihilfe zu einer so genannten mittelbaren Beihilfe zur Haupttat zusammengefasst werden.

Eine ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ ist daher nur dann anzunehmen, wenn der zweite Gehilfe ausschließlich die direkte Beihilfe des ersten Gehilfen fördert, also die Tat des Täters weder direkt als Nebengehilfe unterstützt noch indirekt durch den ersten Gehilfen als mittelbarer Gehilfe noch gemeinschaftlich mit dem ersten Gehilfen als Mitgehilfe. Fördert der zweite Gehilfe ausschließlich die Beihilfe des ersten Gehilfen, verbietet sich deshalb die Zusammenfassung der ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ zu einer indirekten Beihilfe zur Haupttat. Damit stimmt die hier vertretenen Ansicht mit der Auffassung der Vertreter im Schrifttum überein, die die Teilnahmetaten als eigenständige Tatbestände ansehen.²²⁴

Vergleichbar erfolgt die Bestimmung einer ‚Anstiftung zur Beihilfe‘. Ruft der Anstifter lediglich den Tatentschluss des Gehilfen zur Beihilfe hervor, ohne dadurch die Haupttat nach § 25 selbst, durch den Gehilfen oder gemeinschaftlich mit dem Gehilfen zu unterstützen, insbesondere nicht mittelbar in Form einer Beihilfe in mittelbarer Täterschaft, liegt eine bloße ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ vor.²²⁵

Anhand der dargestellten Abgrenzung lassen sich die Beispielfälle sachgerecht lösen: In *Fall 3* hat H einen Einbruchdiebstahl begangen. G hat mit Überlassen des Nachschlüssels eine Ursache für den Erfolg des Einbruchdiebstahls gesetzt. Allein das Verursachen eines zurechenbaren Taterfolges entscheidet jedoch noch nicht darüber, ob G als Täter oder als Teilnehmer handelte. Es ist weiter danach zu fragen, ob G bei Vornahme seiner Tathandlung in Bezug auf die Begehung des Einbruchdiebstahls täterschaftlich handelte. Da G lediglich einen Tatbeitrag im Vorbereitungsstadium leistete und hinsichtlich der Ausführung des Einbruchdiebstahls keine beherrschende Stellung

hilfetat des direkt Hilfe leistenden Teilnehmers und die vom eigentlichen Täter verwirklichte Haupttat.

²²⁴ Siehe Fn 200.

²²⁵ Überwiegend wird das anzunehmen sein, weil die Anstiftungshandlung regelmäßig keine dem Täter direkt gewährte Hilfeleistung beinhaltet.

Anders der Bundesgerichtshof, jedoch zur „mittelbaren“ Anstiftung (BGHSt 8, 137, 139): Die „mittelbare“ Anstiftung umfasse nicht nur den Fall, in dem der zweite Anstifter den Sachverhalt überschaue und sich des gutgläubigen ersten Anstifters zur Anstiftung des Haupttäters bediene, sondern auch den Fall einer ‚Anstiftung zur Anstiftung‘, in dem der erste Anstifter voll verantwortlich handle.

einnahm, ist eine Täterschaft des G abzulehnen. G handelte folglich als Teilnehmer, und zwar als direkt Hilfe leistender Gehilfe.

Nicht anders ist bei der Beurteilung der Beteiligungsform des X vorzugehen. Nur bedarf es dafür der oben dargestellten Betrachtungsweise. X hat mit dem Finden des Schlüssels die Hilfeleistung des G und dadurch auch den Einbruchdiebstahl ermöglicht und somit Hilfe nach § 27 Abs. 1 geleistet. Ohne den von X gefundenen Schlüssel hätte G den Schlüssel nicht an H weiterreichen können und es wäre die Ausführung des Einbruchdiebstahls wenigstens erschwert gewesen. An einem für den Erfolg des Einbruchdiebstahles kausal gewordenen oder chancenerhöhenden Tatbeitrag gibt es mithin keinen Zweifel.²²⁶ In Bezug auf die Beihilfe des X kommt aber hinzu, dass zwischen seinem Tatbeitrag und der Ausführung der Haupttat ein weiterer Tatbeitrag, der des G, eingeschoben ist. Da ausschließlich G mit dem Haupttäter H in Kontakt trat und G direkt Hilfe leistender Gehilfe des H ist, kann X nur dann auch „Täter“ einer direkten Beihilfe zum Einbruchdiebstahl des H sein, wenn er eine den H direkt unterstützende Handlung im Sinne des § 25 selbst, durch einen anderen oder mit einem anderen gemeinschaftlich erbracht hätte.

Eine „selbst“ verwirklichte Beihilfe zum Einbruchdiebstahl des H scheidet aus, weil X ausschließlich mit G unmittelbar in Kontakt trat und G unmittelbar mit H. Mangels eines von der Beihilfehandlung des G unabhängigen Tatbeitrages, der zu einer Beihilfe des X in so genannter Nebentäterschaft führen würde, könnte X daher nur dann auch direkt Hilfe leistender Gehilfe des H sein, wenn er die dem H direkt gewährte Hilfe durch G in mittelbarer Täterschaft begangen hätte oder mit G gemeinschaftlich gehandelt hätte. Eine mittelbare Täterschaft des X scheidet wegen der fehlenden Steuerungsmöglichkeit des G aus. X besaß in Bezug auf das Überlassen des Schlüssels an H keine Tatherrschaft. Allein G konnte über die Schlüsselübergabe entscheiden und damit unabhängig und nach seinem Willen die Unterstützung des H steuern. Das Auffinden des Schlüssels durch X ermöglichte zwar erst die Tat des G, doch ändert das nichts an der Tatsache, dass G die alleinige Tatherrschaft über die Unterstützung des H besaß.²²⁷ Für eine Beihilfe in Mittäterschaft fehlt es an einer geplanten gemeinschaftlichen Ausführung der Beihilfe. G hat ganz allein mit Handlungsherrschaft den Schlüssel übergeben.

²²⁶ Vgl. LK- Schönemann § 27 Rn 2 ff. Die Rechtsprechung und das herrschende Schrifttum würden deshalb auch X wegen („mittelbarer“) Beihilfe zum Einbruchdiebstahl bestrafen.

²²⁷ Es würde auch niemand den Tatbeteiligten, der dem Mörder die Tatwaffe tags zuvor besorgt und dadurch den Mord erst ermöglicht, die Tatherrschaft zusprechen und als so genannten mittelbaren Täter des Mordes ansehen.

Weil dem X also jede Tatherrschaft bei der Weitergabe des Schlüssels an H fehlte, ist sein Tatbeitrag der eines bloßen Teilnehmers des G.

Damit liegt im Ergebnis eine Beihilfe des X zur Beihilfe des G vor. Gemäß § 27 Abs. 2 S. 1 richtet sich die Strafe des Gehilfen nach der Strafdrohung des Täters. Täter in diesem Sinne ist derjenige, welcher die Haupttat, zu der die Hilfe (direkt) geleistet wurde, „täterschaftlich“ ausführte.²²⁸ Die „Haupttat“ der Beihilfe des X ist die Beihilfe des G zum Einbruchdiebstahl. Täter in diesem Sinne ist somit der G. Die Strafe des X richtet sich folglich nach der Strafe des G und ist zwingend nach § 27 Abs. 2 S. 2 zu mildern. Weil schon aus gleichem Grund die Strafe des G zwingend gegenüber der des H zu mildern war, tritt bei der Strafzumessung des X im Vergleich zur Strafe des H als Täter des Einbruchdiebstahls eine doppelte Strafmilderung ein.

In derselben Weise ist die Teilnahme des A in *Fall 4* zu beurteilen. Die Strafbarkeit von H und G unterscheidet sich nicht von der in *Fall 3*. H hat einen Einbruchdiebstahl begangen und G hat zu dieser Tat Hilfe geleistet, sich also wegen Beihilfe daran strafbar gemacht. Fraglich ist, wie die Anstiftung des A zur Beihilfe des G zu werten ist.

A hat mit der Anstiftung des G einen für den Einbruchdiebstahl des H zurechenbaren und fördernden Tatbeitrag erbracht. Eine Bestrafung wegen (indirekter) Beihilfe zum Einbruchdiebstahl des H setzt nach der hier vertretenen Ansicht aber voraus, dass A einen den Einbruchdiebstahl des H unterstützenden täterschaftlichen Tatbeitrag erbracht hat. Da die Anstiftungshandlung an sich, das Bestimmen des G, nicht den Einbruchdiebstahl des H direkt förderte, sondern sich eine Förderung des Einbruchdiebstahls erst indirekt über den veranlassten Tatbeitrag des Gehilfen G einstellte, muss dieser zwischengeschaltete Tatbeitrag des G Berücksichtigung finden. Das heißt, A ist nur dann „Täter“ einer Beihilfe zum Einbruchdiebstahl des H, wenn er die von § 27 Abs. 1 geforderte Tathandlung des Hilfeleistens in Sinne des § 25 selbst, durch den G oder mit G gemeinschaftlich begangen hätte. Alle drei Täterschaftsformen scheiden für A jedoch aus:

Die Alleintäterschaft des Anstifters scheidet mangels Handlungsherrschaft über die unmittelbare Verursachung der Hilfe leistenden Handlung des G aus. G hat die von A initiierte Verursachung von Hilfe unmittelbar ausgeführt und handelte deshalb täterschaftlich.

²²⁸ Siehe schon Fn 213.

Eine Täterschaft des A durch eine mittäterschaftliche Begehensweise scheidet aus, da A und G die Übergabe des Schlüssels gerade nicht gemeinschaftlich ausführten und keinen Entschluss zur gemeinsamen Tatausführung fassten. G sollte vielmehr auf Geheiß des A die Hilfe allein („selbst“) erbringen.

Voraussetzung für eine in mittelbarer Täterschaft begangene Beihilfe des A wäre, dass A den G als sein Werkzeug einsetzte und dadurch die Tatherrschaft über die dem H zu gewährende Hilfe besaß. Diese Steuerungsmöglichkeit in Form einer Willens- oder Wissensherrschaft liegt bei einer bloßen Anstiftung wie hier jedoch nicht vor. Darüber hinaus fehlt dem Anstifter auch der Täterwille; er möchte gerade nicht die Tat (Beihilfe) in persona ausführen, also kein Täter der Beihilfe sein. Mithin scheidet auch eine Beihilfe in mittelbarer Täterschaft aus. Demzufolge kommt für A nur eine Teilnahme in Form der Anstiftung zur Beihilfe des G in Betracht.

Entgegen der herrschenden Meinung können die Fälle der ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ und der ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ deshalb nicht als so genannte mittelbare Beihilfe zusammengefasst werden. Die Aufwertung einer Teilnahme an der direkt geleisteten Beihilfe zu einer „mittelbaren“ Beihilfe unter Ausschluss der obligatorischen Strafmilderung ist nicht mit geltendem Recht vereinbar. Wegen Beihilfe zur täterschaftlich begangenen Haupttat kann nur bestraft werden, wer diese (direkte) Beihilfe im Sinne des § 25 selbst, durch einen anderen oder mit einem anderen Gehilfen gemeinschaftlich begeht. Liegt bei Vornahme der Teilnahmehandlung keine dieser täterschaftlichen Begehensformen vor, bleibt es bei einer bloßen Anstiftung oder Beihilfe zur Beihilfe. Die herrschende Meinung dehnt unzulässig die in mittelbarer Täterschaft begangene Beihilfe auf Fälle einer indirekten („mittelbaren“) Beihilfe aus, um eine weitere Strafmilderung zu versagen. Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es auf der Rechtsfolgenseite bei der Strafbildung der ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ zu einer zweifachen obligatorischen Strafmilderung und bei längeren Beihilfeketten zu entsprechend weiteren Strafmilderungen.

D. Zusammenfassung

Die Teilnahmeform der Beihilfe verlangt als Tathandlung ein Hilfeleisten. Der Begriff beinhaltet nach allgemeiner Ansicht sämtliche die Haupttat fördernden und unterstützenden Tathandlungen. Die vollendete Beihilfe setzt eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen voraus. Diese Tat ist Bezugspunkt für die Tathandlung des Hilfeleistens. Es genügt auch der Versuch dieser Tat, sofern er mit Strafe bedroht ist.

Der strafbare Versuch einer Beihilfe würde im Gegensatz zur vollendeten Beihilfe keine wenigstens in das Versuchsstadium gelangte vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen voraussetzen. Es würde genügen, dass der Gehilfe nach seiner Vorstellung von der Beihilfe zu ihr unmittelbar ansetzt und sich vorstellt, die Haupttat werde noch begangen werden.

Als vorsätzlich begangene rechtswidrige Taten kommen neben grundsätzlich allen Delikten des Besonderen Teils und des Nebenstrafrechts auch eine Anstiftung und eine Beihilfe in Betracht. Die ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ und die ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ sind entgegen der herrschenden Auffassung jedoch nicht zu einer so genannten mittelbaren Beihilfe zur Haupttat zusammenzufassen, wenn es an einer täterschaftlichen Hilfe zur Haupttat fehlt. Die ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ und die ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ sind dann als ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ oder ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ zu bestrafen. Dementsprechend sind auch die ‚Beihilfe zur Anstiftung‘ und die ‚Anstiftung zur Anstiftung‘ als eben solche zu bestrafen.

3. Abschnitt: Die besondere Beihilfe in §§ 120 Abs. 1 und 219b Abs. 1 StGB sowie §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2 und 20a Abs. 1 Nr. 3 KWKG

Nachdem im zweiten Abschnitt die allgemeine Beihilfe in § 27 erläutert wurde, wobei der Blick verschärft auf die Voraussetzungen der vollendeten und versuchten Beihilfe sowie die Behandlung einer Teilnahme an der Beihilfe gerichtet wurde, soll im Folgenden auf einige Beihilferegeln des Besonderen Teils des StGB und des KWKG eingegangen werden. Gegenstand der Untersuchung sind auch hier die Tatbestandsvoraussetzungen der vollendeten und versuchten Beihilfe sowie die Behandlung einer Teilnahme an dieser Beihilfe.

A. Die besondere Beihilfe in § 120 Abs. 1 Var. 3

Das Fördern des Entweichens in § 120 Abs. 1 ist das klassische Beispiel einer so genannten verselbstständigten (besonderen) Beihilfe²²⁹. Weil sich insbesondere auch der Gesetzgeber bei der Novellierung des KWKG diese Regelung einer besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 zum Vorbild der neugefassten Straftatbestände des KWKG nahm,²³⁰ soll als erstes die Tatvariante des Förderns des Entweichens in § 120 Abs. 1 als Regelung einer besonderen Beihilfe untersucht werden.

I. Einführung

In § 120 Abs. 1 ist die einfache Gefangenenbefreiung geregelt. Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, „wer einen Gefangenen befreit, ihn zum Entweichen verleitet oder dabei fördert“.

Die erste Variante stellt in Hinblick auf die vorliegende Untersuchung keine Besonderheit dar. Sie enthält eine täterschaftliche Regelung, die der üblichen Fassung eines Straftatbestandes des Besonderen Teils entspricht.

Interessanter gestaltet sich die zweite Variante – „ihn zum Entweichen verleitet“. Der Sinn der Regelung erschließt sich, wenn sie im Zusammenhang mit der ersten Alternative gelesen wird: „Wer einen Gefangenen befreit, [oder] ihn zum Entweichen verleitet ...“ Unter Strafe steht somit, wer einen Gefangenen zum Entweichen verleitet. Das Ver-

²²⁹ Herrschende Ansicht, vgl. nur Gropp, S. 394; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 29. Abweichend SK-Horn/Wolters § 120 Rn 9; AK-Zielinski § 120 Rn 19; Baumann, JuS 1963, 51, 53.

²³⁰ BT-Drs. 11/4609, S. 10.

leiten ist der Sache nach nur ein Bestimmen im Sinne des § 26,²³¹ also das Einwirken auf den Gefangenen oder dessen Beeinflussung dahingehend, sich selbst aus dem Gewahrsam zu befreien.²³² Da diese Anstiftung im Tatbestand des § 120 Abs. 1 gesondert normiert wurde, wird diese Tatvariante auch als verselbstständigte (besondere) Anstiftung bezeichnet.²³³

Die dritte Variante des § 120 Abs. 1 stellt das Fördern der Selbstbefreiung eines Gefangenen unter Strafe. Der Wortlaut der Norm – „oder dabei fördert“ – nennt zwar nicht explizit die zu fördernde Tat. Das Wort „dabei“ nimmt aber Bezug auf das in der zweiten Tatvariante verwendete Entweichen des Gefangenen. Ausformuliert lautet die dritte Variante daher: „oder beim Entweichen fördert“.²³⁴ Unter Strafe steht damit die Förderung der Selbstbefreiung eines Gefangenen.²³⁵

II. Der Tatbestand der vollendeten besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1

1. Die Tathandlung: Das Fördern des Entweichens

Die in § 120 Abs. 1 Var. 3 genannte Tathandlung ist das *Fördern* des Entweichens eines Gefangenen. Umschreibt man den Begriff des Förderns mit dem des Unterstützens, Helfens, Ermöglichens oder Erleichterns,²³⁶ zeigt sich, dass das Fördern den Deutungen des Begriffes „Hilfeleisten“ in § 27 Abs. 1 gleicht, zwischen beiden Handlungen mithin eine „begriffliche Kongruenz“²³⁷ besteht.²³⁸ Diese Übereinstimmung ist keineswegs zufällig, denn der Wortlaut der Tatvariante des Förderns lautete bis zum 1. Januar 1975 noch: „... oder ihm zur Selbstbefreiung vorsätzlich *beihilflich* ist ...“,²³⁹ und die Neufassung des § 120 Abs. 1 sollte diesen Begriff inhaltlich nicht ändern.²⁴⁰

Der Grund für die Kongruenz der Tathandlungen und damit zugleich auch für die Schaffung der Tatvariante des Förderns ist das der allgemeinen Teilnahme zu Grunde liegende Akzessorietätsprinzip. Jede strafbare Teilnahme erfordert danach eine wenig-

²³¹ Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 220; Schönke/Schröder-Eser § 120 Rn 10.

²³² Vgl. Meurer, BT, S. 20; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 28.

²³³ LK-v. Bubnoff, § 120 Rn 2; Rengier, BT II, S. 445.

²³⁴ In diesem Sinne auch schon § 120 Abs. 1 a. F. (bis 1969), der von einer Beihilfe zur „Selbstbefreiung“ sprach.

²³⁵ BT-Drs. 7/550, S. 220.

²³⁶ Vgl. Duden, Bd. 8 „fördern“.

²³⁷ LK-v. Bubnoff § 120 Rn 29.

²³⁸ Häufig findet sich daher nur ein Verweis auf die allgemeine Beihilfe in § 27, siehe Kindhäuser, BT, S. 201; Schönke/Schröder-Eser § 120 Rn 11/12; Fischer § 120 Rn 7.

²³⁹ Siehe auch den Entwurf des RStGB von 1847: „... oder demselben zu seiner Befreiung Hülfe leistet ...“; abgedruckt in Goldammer § 94 Nr. 1.

²⁴⁰ Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 220.

tens ins Versuchsstadium gelangte Haupttat. Fehlt eine solche teilnahmefähige Haupttat, ist auch die Teilnahme straflos.²⁴¹ Eine zur Selbstbefreiung geleistete Beihilfe im Sinne des § 27 würde zu ihrer Strafbarkeit deshalb eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Selbstbefreiung des Gefangenen voraussetzen. Die gewaltlose Selbstbefreiung eines Gefangenen im Sinne des § 120 Abs. 1 ist jedoch nicht mit Strafe belegt,²⁴² sodass zwangsläufig auch die allgemeine Beihilfe daran straflos ist.²⁴³ Gleichwohl sah der Gesetzgeber in der zur Selbstbefreiung geleisteten Beihilfe ein strafwürdiges Verhalten und nahm deshalb eine „Sonderregelung“ losgelöst von der allgemeine Beihilfe in § 27 Abs. 1 im Tatbestand des § 120 Abs. 1 auf, um diese „Strafbarkeitslücke“ zu schließen.²⁴⁴ Diese bis in das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten reichende „Sonderregelung“²⁴⁵ für die Beihilfe zur Selbstbefreiung befindet sich nunmehr in § 120 Abs. 1 Var. 3.

Das Fördern des Entweichens eines Gefangenen nach § 120 Abs. 1 ist folglich eine Beihilfehandlung.²⁴⁶ Der Begriff des Hilfeleistens kann somit wie alle anderen Handlungsbeschreibungen des Hilfeleistens²⁴⁷ synonym für die Tathandlung des Förderns in § 120 Abs. 1 verwandt werden.

2. Die zu fördernde Handlung

Ebenso wie das Hilfeleisten in § 27 Abs. 1 bedarf auch das Fördern einer anderen „Tat“

²⁴¹ Siehe 2. Abschnitt A.II.

²⁴² Der Grund für die Straflosigkeit liegt in der Anerkennung des natürlichen Freiheitsdranges und dem daraus resultierenden Motivationsdruck des Gefangenen (Rengier, BT II, S. 381). Es stellt somit eine kriminalpolitische Entscheidung des Gesetzgebers dar, dass die vom Gefangenen verwirklichte Selbstbefreiung straffrei bleiben soll. Das ist in § 120 Abs. 1 zwar nicht ausdrücklich erklärt, kann aber dem Bestimmtheitsgrundsatz mit Blick auf die Regelungen der §§ 120–122 a. F., 347 a. F. (§§ 120, 121 n. F.) sowie dem inneren Zusammenhang dieser Vorschriften entnommen werden (BGHSt 4, 396, 400 f.; Koch, S. 51).

²⁴³ Kindhäuser, BT I, S. 201 f.; Meurer, BT, S. 20.

²⁴⁴ Siehe Mayer, S. 27.

²⁴⁵ So regelte schon § 160. b) Vierter Band, 20. Theil, 20. Titel des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten (1804) als einer der Vorläufer des heutigen StGB die Beihilfe zur Gefangenenselbstbefreiung als besondere Beihilfe.

§ 160. b): Wer gefänglich eingezogene Personen der Obrigkeit mit List entzieht, oder ihnen zur Flucht beförderlich ist, soll mit vierwöchentlichem bis sechsmonathlichem Gefängnisse bestraft werden.

Hingegen war nach dem unmittelbaren Vorfahren des RStGB, dem Preussischen StGB (1852), die Beihilfe zur Selbstbefreiung nicht speziell geregelt, da man sie als Unterfall einer Begünstigung behandelte, die noch als Teilnahmeregelung im Allgemeinen Teil enthalten war (Goldammer § 94 I.). Nur in § 95 Abs. 1 des Preussischen StGB, vergleichbar dem heutigen § 120 Abs. 2, war die Beihilfe zu einer Selbstbefreiung mit Strafe bedroht.

§ 95 Abs. 1: Wer vorsätzlich einen Gefangenen, dessen Aufbewahrung, Begleitung oder Bewachung ihm anvertraut ist, entweichen läßt, oder dessen Befreiung bewirkt oder befördert, wird mit Gefängniß von vierzehn Tagen bis zu drei Jahren bestraft.

²⁴⁶ Koch, S. 37; Schönke/Schröder-Eser § 120 Rn 11/12; Tenckhoff/Arloth, JuS 1985, 133.

²⁴⁷ Siehe 2. Abschnitt A.I.

als Bezug. Diese Tat ist die soeben genannte Selbstbefreiung des Gefangenen. Die Besonderheit besteht darin, dass die Selbstbefreiung anders als die Haupttat der allgemeinen Beihilfe in § 27 Abs. 1 nicht mit Strafe bedroht ist. Während die allgemeine Beihilfe explizit eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen voraussetzt, also eine mit Strafe bedrohte Handlung (§ 11 Abs. 1 Nr. 5), ist die zu fördernde Tat in § 120 Abs. 1 schlicht mit dem „Entweichen“ eines Gefangenen beschrieben. Ob das Entweichen als Bezugstat entsprechend der allgemeinen Beihilfe damit auch vorsätzlich begangen und rechtswidrig sein muss, bleibt unausgesprochen. Im Weiteren soll daher der Frage nachgegangen werden, ob das Entweichen des Gefangenen als zu fördernde Tat übereinstimmend mit den Voraussetzungen der allgemeinen Beihilfe nur eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Selbstbefreiung sein kann oder ob eine bloß objektiv verwirklichte Selbstbefreiung genügt.

a. Das Entweichen als vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen

§ 120 Abs. 1 begnügt sich damit, die zu fördernde Handlung mit dem Entweichen zu umschreiben. Im Vergleich zur allgemeinen Beihilfe in § 27 Abs. 1 schreibt der Wortlaut weder vor, dass der Gefangene sich vorsätzlich selbst befreit haben müsse noch rechtswidrig gehandelt haben müsse. Da überdies die Tatvariante des Förderns im Besonderen Teil des StGB normiert ist und auf sie der gleiche Strafrahmen Anwendung findet wie auf die rein täterschaftliche Tatvariante der Gefangenenfremdbefreiung, schließt die vorherrschende Ansicht²⁴⁸, dass das Fördern wohl nicht nur formell betrachtet eine täterschaftliche Regelung sei, sondern auch materiell. Daher müsse es nicht mehr in jeder Hinsicht den allgemeinen Teilnahmegrundsätzen folgen,²⁴⁹ sodass das Entweichen des Gefangenen demzufolge weder vorsätzlich begangen noch rechtswidrig gewesen sein müsse.²⁵⁰

²⁴⁸ Fincke, S. 65 ff.; Gropp, S. 394; Lackner/Kühl § 120 Rn 8; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 46 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, S. 235; Schönke/Schröder-Eser § 120 Rn 11/12, 23; Sommer, JR 1981, 493. A. A. Siegert, JZ 1973, 309.

Die Begründung der täterschaftlichen Natur des Förderns und deren Bezeichnung divergieren jedoch: So wird von einer zur Täterschaft (Küper, S. 49; in diesem Sinne auch Meurer, BT, S. 19 und Tenckhoff/Arloth, JuS 1985, 134) oder zum selbstständigen Tatbestand (so auch der Gesetzgeber in BT-Drs. 7/550, S. 220; Krey, BT 1, Rn 530; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 25; Sturm, JZ 1975, 8) erhobenen Beihilfe gesprochen; von einer quasi-mittelbaren Täterschaft (Maurach/Schroeder/Maiwald, S. 235); von einer Klarstellung, dass die objektive Zurechnung nicht an der Mitwirkung des Gefangenen scheitere (AK-Zielinski § 120 Rn 8, 19; in diesem Sinne wohl auch SK-Horn § 120 Rn 9) oder im älteren Schrifttum vorwiegend von einem delictum sui generis (Bergholter, S. 52; Dalitz, S. 76; M.E. Mayer, S. 27; aber auch Maurach, BT, S. 655).

²⁴⁹ Schönke/Schröder-Eser § 120 Rn 11/12.

²⁵⁰ Vgl. BGHSt 9, 62, 63; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 29.

Die herrschende Ansicht unterscheidet dabei jedoch nur unzureichend zwischen formellen und materiellen Kriterien. Überwiegend wird allein mit formellen Kriterien eine (materielle) Täterschaft begründet, was zum einen starken Bedenken begegnet, zum anderen jedenfalls aber nicht zwingend ist. Um die Frage nach den Anforderungen an die Selbstbefreiung des Gefangenen als zu fördernde Tat zu beantworten, ist es somit unausweichlich, zunächst die Natur der Tatvariante des Förderns und damit zusammenhängend die täterschaftliche Interpretation der herrschenden Ansicht zu untersuchen.

(1) Die täterschaftliche Interpretation des Förderns

Die herrschende Ansicht gründet die Täterschaft überwiegend auf eine formelle Betrachtung. Aus der Stellung des Förderns im Besonderen Teil und der Gleichstellung mit der rein täterschaftlichen Tatvariante der Gefangenenfremdbefreiung in § 120 Abs. 1 wird ohne weitere Begründung die täterschaftliche Natur des Förderns gefolgert.²⁵¹

Zusätzlich lässt sich die täterschaftliche Natur auch aus materiellrechtlichen Erwägungen herleiten: Verzichtet man im Einklang mit der herrschenden Ansicht auf die Vorsätzlichkeit und Rechtswidrigkeit des Entweichens, trägt das Fördern materiell Züge einer speziell normierten Form der mittelbaren Täterschaft. Der Förderer würde auf Grund des beim Gefangenen bestehenden Defizits die Tatherrschaft erlangen und wäre somit kein Gehilfe, sondern vielmehr mittelbarer Täter im Sinne des § 25.²⁵² Zwar handelt es sich bei der Tathandlung des Förderns um die Umschreibung einer typischen Beihilfehandlung, doch steht dieses formelle Argument der Annahme einer täterschaftlichen Regelung nicht entgegen. So stellt beispielsweise § 160 Abs. 1, der das Verleiten zur Falschaussage als eher typische Anstiftungshandlung unter Strafe stellt und demzufolge mit dem Verleiten zum Entweichen als zweite „verselbstständigte“ Teilnahme (Anstiftung) des § 120 Abs. 1 vergleichbar ist, eine anerkannte spezielle Regelung (jedenfalls auch) der mittelbaren Täterschaft dar.²⁵³

(2) Stellungnahme

Einen sicheren Schluss auf die von der herrschenden Ansicht bevorzugte materiell täterschaftliche Natur des Förderns lässt die Stellung im Besonderen Teil jedoch nicht zu.

²⁵¹ Siehe Fn 248.

²⁵² Maurach/Schroeder/Maiwald, ebd.

²⁵³ Lackner/Kühl § 160 Rn 1. In diesem Fall stellt sie aber auch eine insgesamt materielle Regelung der mittelbaren Täterschaft dar. Vgl. dazu auch Fischer § 259 Rn 19 zur Tatvariante der Absatzhilfe.

Im Besonderen Teil befinden sich nicht nur rein täterschaftliche Regelungen, sondern, wie der in § 159 geregelte Versuch der Anstiftung zur Falschaussage offenbart, eben auch (materielle) Teilnahmeregelungen. Zuzustimmen ist der formellen Betrachtungsweise lediglich darin, dass der Förderer als *Täter* des Förderns charakterisiert werden kann, so wie auch der Gehilfe nach § 27 als Täter seiner Hilfeleistung bezeichnet werden kann.²⁵⁴ Mehr kann aus der Stellung der Tatvariante im Besonderen Teil aber nicht abgeleitet werden.

Auch die Gleichstellung mit der unbestritten materiell täterschaftlichen Tatvariante der Gefangenenfremdbefreiung birgt wegen des übereinstimmenden Strafrahmens den Anschein einer materiell täterschaftlichen Regelung, zwingt aber nicht zur Annahme einer materiell täterschaftlichen Regelung. Überzeugend wäre das Argument der Gleichstellung nur dann, wenn die Tatvarianten der Gefangenenfremdbefreiung und des Förderns gleiches Unrecht verkörpern. Denn der Gesetzgeber ist in seiner Entscheidung grundsätzlich frei, in einem Satz eines Straftatbestandes neben einer formell und materiell täterschaftlichen Handlungsumschreibung auch die Umschreibung einer Teilnahmehandlung aufzunehmen. Die Annahme, dass beide Tatvarianten aber trotz des identischen Strafrahmens gleiches Unrecht verkörpern und damit materiell täterschaftliche Regelungen darstellen, begegnet mehreren Bedenken. Der Grund für die Aufnahme des Förderns in den Tatbestand der Gefangenenbefreiung bestand nach Auskunft des Gesetzgebers lediglich in der Überwindung der Abhängigkeit der allgemeinen Beihilfe von einer mit Strafe bedrohten Tat eines anderen, weil ohne eine mit Strafe bedrohte Gefangenen selbstbefreiung auch die allgemeine Beihilfe daran straflos geblieben wäre.²⁵⁵ Eine darüber hinaus gehende Absicht in der Form, dass dem Fördern der Selbstbefreiung ein höherer Unrechtsgehalt zukommen solle als der allgemeinen Beihilfe zur Selbstbefreiung, kann den Begründungen ebenso wenig entnommen werden²⁵⁶ wie die Absicht, dem Fördern der Selbstbefreiung den Charakter einer Teilnahmeregelung vollständig abzuspochen. Immerhin wählte noch jüngst der Gesetzgeber als Umschreibung dieser Tatvariante den Begriff der verselbstständigten *Teilnahmehandlung*,²⁵⁷ wobei das Attribut „verselbstständigt“ dann lediglich die Bedeutung hätte klarzustellen, dass die (straflose) allgemeine Beihilfe zur Gefangenen selbstbefreiung nach § 27 Abs. 1 eine

²⁵⁴ Siehe 2. Abschnitt C.II.3.

²⁵⁵ BT-Drs. IV/650, S. 610.

²⁵⁶ Vgl. Siegert, JZ 1973, 309.

²⁵⁷ Vgl. BT-Drs. IV/650, S. 610.

spezielle Normierung in § 120 Abs. 1 Var. 3 gefunden habe und nunmehr keine mit Strafe bedrohte Gefangenenselbstbefreiung voraussetze.²⁵⁸

Gegen das vorgebrachte Argument der Vergleichbarkeit beider Tatvarianten spricht auch die Entstehungsgeschichte. Die gemeinsame Regelung der Beihilfe zur Selbstbefreiung eines Gefangenen und der täterschaftliche Befreiung eines Gefangenen in einem Tatbestand war schon in der ersten Fassung des RStGB 1871 vorhanden und hatte ihre Wurzeln in den §§ 94, 95 Abs. 1 des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten von 1851 (PrStGB).²⁵⁹ Einen ersten Aufschluss über die Natur der Tatvariante des Förderns geben dabei die Beratungen zum PrStGB von 1851. Diskutiert wurde, ob die Beihilfe zur straflosen Gefangenenselbstbefreiung nach § 94 Abs. 1 PrStGB schon als (nachträgliche) Beihilfe in Form der Begünstigung nach § 37 Abs. 1 PrStGB strafbar sei, sodass es der Normierung der Tatvariante des Förderns gar nicht bedürfe, oder, wenn dies nicht der Fall sei, ob dann in den Tatbestand der Gefangenenselbstbefreiung der Zusatz „oder zu dieser Befreiung behülflich ist“ aufzunehmen sei.²⁶⁰ An diesem Diskurs wird deutlich, dass der Gesetzgeber die Regelungsalternative der „Verselbstständigung“ als Äquivalent zur nachträglichen Beihilfe betrachtete. Ein Unterschied zwischen beiden Regelungsalternativen bestand ursprünglich somit nicht – weder im Unrechtsgehalt noch in der Beteiligungsform.²⁶¹ Die Aufnahme des Förderns in den Tatbestand der Gefangenenselbstbefreiung sollte also nicht die Beteiligungsform der Beihilfe (zur Täterschaft) aufwerten, sondern ausschließlich die Straflosigkeit der allgemeinen Beihilfe überwinden. Des Weiteren war im PrStGB von 1851 das Fördern der Selbstbefreiung eines Gefangenen nur in § 95 PrStGB, vergleichbar mit der heutigen Gefangenenselbstbefreiung im Amt nach § 120 Abs. 2, geregelt. Das Fördern der Selbstbefreiung konnte zusammen mit dem täterschaftlichen Befreien in § 95 PrStGB deshalb geregelt werden, weil der Strafrahmen der allgemeinen Beihilfe mit dem des Täters übereinstimmte, ohne dass für die

²⁵⁸ Vgl. Goldammer § 95 Nr. 2 zur Tatvariante des Förderns der Befreiung nach § 95 Abs. 1 Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten (PrStGB). A. A. Sommer, JR 1981, 490, 493 ff.

²⁵⁹ § 94 PrStGB: „*Wer vorsätzlich einen Gefangenen aus der Gefangenenanstalt oder aus der Gewalt der bewaffneten Macht, oder aus der Gewalt des Beamten, unter dessen Aufsicht, Begleitung oder Bewachung er sich befindet, befreit oder zu befreien versucht, wird mit Gefängnis von vierzehn Tagen bis zu drei Jahren bestraft.*“

§ 95 Abs. 1 PrStGB: „*Wer vorsätzlich einen Gefangenen, dessen Aufbewahrung, Begleitung oder Bewachung ihm anvertraut ist, entweichen lässt, oder dessen Befreiung bewirkt oder befördert, wird mit Gefängnis von vierzehn Tagen bis zu drei Jahren bestraft.*“

²⁶⁰ Vgl. Goldammer § 94 Nr. 1. Der Entwurf zum PrStGB von 1847 sah in § 122 die Formulierung vor: „oder demselben zu seiner Befreiung Hülfe leistet“; Goldammer, ebd.

²⁶¹ Die Begünstigung in Form der nachträglichen Beihilfe nach § 37 Abs. 1 PrStGB galt nach der Systematik und damaligem Verständnis noch als Teilnahme, Goldammer §§ 37, 38 Nr. I.

Strafe des Gehilfen eine obligatorische Strafmilderungsmöglichkeit im Sinne des § 27 Abs. 2 S. 2 vorgesehen war, § 35 PrStG.²⁶² Der Unwert der täterschaftlichen Tatbegehung entsprach – gemessen am Strafraumen – somit grundsätzlich dem Unwert einer Teilnahme in Form der Beihilfe. Diese „Gleichstellung“ änderte sich jedoch mit der Schaffung des RStGB. Als Neuerung wurde die obligatorische Strafmilderung für den allgemeinen Gehilfen in § 49 Abs. 2 a. F. aufgenommen. Im gleichen Zuge wurde aber auch die einfache Gefangenenbefreiung in § 120 Abs. 1 a. F. – die weitgehend der heutigen Fassung entspricht – um die Variante des Förderns der Selbstbefreiung erweitert, indem der Gesetzgeber des RStGB die bestehende Regelung des Förderns aus § 95 PrStGB, oder aber die erwogene Regelungsalternative zu § 94 PrStGB schlicht übernahm.²⁶³ Hierbei hat er – mangels einer entsprechenden Erklärung – anscheinend jedoch nicht bedacht, dass mit der Aufnahme der obligatorischen Strafmilderungsanordnung in § 49 Abs. 2 a. F. gleichzeitig das Wertungsgefüge der um die Tatvariante des Förderns angereicherten Norm des insoweit bis heute unverändert gebliebenen § 120 Abs. 1 gestört wird. Denn der nach dem Strafraumen bemessene Unwert der Teilnahme in Form der Beihilfe ist nunmehr geringer als der einer täterschaftlichen Begehung.

Die ursprüngliche „Gleichstellung“ der ersten und dritten Tatvariante enthält deshalb keine bewusste und beabsichtigte Entscheidung des Gesetzgebers in dem Sinne, die Beihilfe zur Gefangenen selbstbefreiung zu einer materiell täterschaftlichen Regelung aufzuwerten. Aus der Stellung der Tatvariante des Förderns im Besonderen Teil und dem einheitlichen Strafraumen mit der materiell täterschaftlichen ersten Tatvariante kann folglich nicht überzeugend hergeleitet werden, dass die Tatvariante des Förderns und die der Gefangenen fremdbefreiung eine in der Schwere vergleichbare Rechtsgutverletzung aufweisen und das Fördern formell oder materiell eine täterschaftliche Regelung ist.²⁶⁴

Annehmbar wäre die materielle Herleitung der Täterschaft, wenn sich der vorausgesetzte Verzicht auf eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Selbstbefreiung überzeugend

²⁶² Die in § 35 S. 2 PrStGB vorgesehene Strafmilderung ist nicht mit der obligatorischen Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2 gleichzusetzen. Mit der in § 35 S. 2 PrStGB enthaltenen Strafmilderung sollte zum einen erreicht werden, dass ein nicht wesentliches Hilfeleisten weder mit der Todesstrafe noch mit einer lebenslänglichen Zuchthausstrafe geahndet wird, und zum anderen, dass bei einem nicht wesentlichen Hilfeleisten und hinzutretenden mildernden Umständen eine im Vergleich zum Täter geringere Strafe verhängt werden *kann* (Goltdammer §§ 34, 35 Nr. I). Die Strafmilderung des § 35 S. 2 PrStGB galt somit weder generell noch war sie obligatorisch.

²⁶³ Was insbesondere durch den weitgehend identischen Wortlaut von § 94 PrStGB und § 120 Abs. 1 RStGB nahe liegt.

²⁶⁴ So aber Fincke, S. 65 ff. und Sommer, JR 1981, 493.

begründen ließe. Gegen den Verzicht auf die Vorsätzlichkeit der Selbstbefreiung spricht zum einen der Vergleich mit der täterschaftlichen Variante der Gefangenenfremdbefreiung. Unter Strafe gestellt ist nur die vorsätzliche Befreiung eines Gefangenen. Die fahrlässige Gefangenenbefreiung ist nicht mit Strafe bedroht. Es kann daher angenommen werden, dass der Gesetzgeber bei der straflosen Selbstbefreiung nicht über die Anforderungen hinaus gehen wollte, die er an die strafwürdige Tatvariante der Gefangenenfremdbefreiung gestellt hat. Zum anderen spricht auch ein Vergleich mit dem schwereren Tatbestand der Gefangenenmeuterei in § 121 Abs. 1 gegen den Verzicht auf die Vorsätzlichkeit der Gefangenen selbstbefreiung. Strafbar ist danach nur der vorsätzlich begangene gewaltsame Ausbruch, § 121 Abs. 1 Nr. 2. Den fahrlässig begangenen gewaltsamen Ausbruch erachtete der Gesetzgeber nicht für strafwürdig, sodass auch daraus geschlussfolgert werden kann, dass der Gesetzgeber nur das Fördern einer vorsätzlich begangenen Selbstbefreiung eines Gefangenen unter Strafe stellen und somit nicht auf die Vorsätzlichkeit verzichten wollte.

Allenfalls der Verzicht auf die Rechtswidrigkeit der Gefangenen selbstbefreiung ließe sich begründen. Denn die bloße Selbstbefreiung des Gefangenen ist nach der Regelung des § 120 Abs. 1 nicht tatbestandsmäßig und stellt demzufolge kein tatbestandliches Unrecht dar. Das heißt, die vom Gefangenen begangene Selbstbefreiung ist stets nicht rechtswidrig²⁶⁵. Handelt der Gefangene aber nicht rechtswidrig und fördert ein anderer dieses Handeln, bedient sich der Förderer einer nicht rechtswidrig handelnden Person, was ihn nach allgemeinen Grundsätzen zum mittelbaren Täter werden lässt.²⁶⁶ Der Schluss auf die materielle Täterschaft infolge des nicht rechtswidrig handelnden Gefangenen ist aber vorschnell. Es gilt zu beachten, dass nach allgemeinen Regeln die Teilnahme an einer nicht rechtswidrigen Tat nicht geradewegs zur mittelbaren Täterschaft führt, sondern grundsätzlich zur Straflosigkeit.²⁶⁷ Möchte man beim Fördern der (nicht rechtswidrigen) Gefangenen selbstbefreiung auf eine mittelbare Täterschaft des Förderers erkennen, bedarf es zusätzlich eines die mittelbare Täterschaft begründenden Umstandes. Dieser Umstand muss dergestalt sein, dass sich das Gesamtgeschehen als Werk des steuernden Hintermannes darstellt und dass dieser den Tatmittler durch seinen Einfluss in der Hand hat.²⁶⁸ Das liegt bei dem sich selbst befreienden Gefangenen grundsätzlich aber nicht vor, weil die Selbstbefreiung tatbestandslos und nicht rechtswidrig

²⁶⁵ Mit Rechtswidrigkeit ist eine solche im Sinne des § 11 gemeint.

²⁶⁶ NK-Schild § 25 Rn 60.

²⁶⁷ Vgl. Jescheck/Weigend, S. 665 und LK- Schünemann Vor § 26 Rn 20.

²⁶⁸ Jescheck/Weigend, S. 664.

ist. Unterliegt der Gefangene aber tatsächlich einem Irrtum oder mangelt es ihm an Einsicht oder Willenskraft, so wäre der fördernde Hintermann schon als (mittelbarer) Täter einer Gefangenenfremdbefreiung nach §§ 120 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 zu bestrafen, sodass es der Normierung der Tatvariante des Förderns überhaupt nicht bedurft hätte.

Die täterschaftliche Interpretation der Tatvariante des Förderns würde damit die vom Gesetz geforderte Unterscheidung zur Tatvariante der Gefangenenfremdbefreiung unmöglich machen.²⁶⁹ Eine Abgrenzung zwischen beiden Tatvarianten anhand der gängigen Abgrenzungskriterien von Täterschaft und Teilnahme wäre jedenfalls bei unvorsätzlichem oder nicht allgemein gerechtfertigtem Selbstbefreien nicht mehr gangbar.²⁷⁰

Der deshalb an der täterschaftlichen Interpretation geübten Kritik kann auch nicht dadurch befriedigend abgeholfen werden, dass die inhaltliche Abgrenzung zwischen den Tatvarianten nach der Person vorgenommen wird, von der die Initiative zum Geschehen ausgegangen ist.²⁷¹ Ein Befreien nach § 120 Abs. 1 Var. 1 soll danach vorliegen, wenn die Initiative von einem außenstehenden Befreier ausgegangen ist, hingegen soll ein Fördern des Entweichens nach § 120 Abs. 1 Var. 3 gegeben sein, wenn die Initiative vom Gefangenen ausgegangen ist.²⁷² Unklar ist dabei aber schon, was unter der „Initiative zum Geschehen“ zu verstehen ist. Unwahrscheinlich ist, dass mit der Initiative zum Geschehen die Steuerungsmacht der Befreiung oder ein wesentlicher Tatbeitrag gemeint ist, weil diese Auslegung der Abgrenzung nach den allgemeinen Kriterien zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Wesentlichen gleichstünde und damit der täterschaftlichen Interpretation der Tatvariante des Förderns gerade widerspräche. Wenig überzeugend erscheint aber auch, die Initiative zum Geschehen danach zu bemessen, wer zuerst den Vorschlag der Befreiung aufwirft oder wer mit der Tatausführung beginnt.²⁷³ Im ersten Fall läge dann häufig schon ein Verleiten zur Selbstbefreiung nach § 120 Abs. 1 Var. 2 vor, sodass die Tatvariante des Förderns ihres Anwendungsbereiches weitgehend enthoben wäre. Im anderen Fall hinge die Strafbarkeit davon ab, wel-

²⁶⁹ Die Grenze zwischen beiden Tatvarianten verlaufe deshalb „fließend“, Binding, S. 590; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 25; Lackner/Kühl § 120 Rn 8.

²⁷⁰ Demgemäß sieht SK-Horn/Wolters § 120 Rn 9 in der Tatvariante des Förderns auch nur eine gesetzgeberische Klarstellung, dass das „täterschaftliche“ Verursachen des Befreiungserfolges nicht dadurch ausgeschlossen sei, dass die Handlung des Täters unter Umständen das typische Tatbild einer Beihilfe zur Selbstbefreiung aufweist. In diesem Sinne auch AK-Ostendorf § 120 Rn 19.

²⁷¹ LK-v. Bubnoff § 120 Rn 25; Siegert, JZ 1973, 309.

²⁷² Siegert, S. 309.

²⁷³ Federer, S. 32.

cher Beteiligte (je nach Gestaltung des Tatplans mehr oder minder zufällig) mit der Tatausführung beginnt.

Wie dringlich aber eine möglichst präzise Abgrenzung ist, lässt sich anhand eines Vergleiches des Versuchsbeginns der ersten und dritten Tatvariante des § 120 Abs. 1, deren Versuch mit Strafe bedroht ist, veranschaulichen:²⁷⁴ Der Versuch der ersten Tatvariante des § 120 Abs. 1 beginnt nach § 22, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Vornahme der Befreiungshandlung unmittelbar ansetzt. Bei der Tatvariante des Förderns beginnt der Versuch, wenn der Förderer nach seiner Vorstellung von der Tat zur fördernden Handlung unmittelbar ansetzt.²⁷⁵ Auf Grund der Auslegung der Tatvariante des Förderns als besondere Beihilfe werden von ihr auch sämtliche Hilfe leistenden Tatbeiträge erfasst, die vor der eigentlichen Selbstbefreiung des Gefangenen erbracht werden. Infolgedessen beginnt der Versuch des Förderns des Entweichens regelmäßig früher als der Versuch der Befreiung eines Gefangenen nach § 120 Abs. 1 Var. 1. Denn das Versuchsstadium beginnt schon mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Förderungshandlung, ohne dass die Selbstbefreiung des Gefangenen als zu fördernde Handlung – im Gegensatz zur Befreiung der ersten Tatvariante – unmittelbar bevorstehen müsse.²⁷⁶

Nachdem herausgearbeitet wurde, dass sich eine materiell täterschaftliche Interpretation der Tatvariante des Förderns nicht widerspruchsfrei und ohne Abgrenzungsschwierigkeiten begründen lässt, stellt sich vielmehr die Frage, ob die Tatvariante des Förderns nicht überzeugender als Regelung einer besonderen Teilnahme angesehen werden kann und, entsprechend der allgemeinen Beihilfe, nur das Fördern einer vorsätzlich begangenen „rechtswidrigen“ Selbstbefreiung des Gefangenen strafbar ist.²⁷⁷

Den Gesetzesbegründungen ist lediglich zu entnehmen, dass das Fördern des Entweichens eine zum selbstständigen Tatbestand erhobene Teilnahmehandlung darstelle.²⁷⁸

Welche Folgerungen sich aber aus der seit dem Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten existierenden gesonderten Normierung für das Entweichen des Gefangenen als zu fördernde Handlung ergeben, bleibt wie bei allen bisherigen Gesetzesbegründungen im Unklaren.²⁷⁹ Wenn ihnen dazu auch keine ausdrückliche Stellungnahme entnommen

²⁷⁴ Eingehend zum Versuch des Förderns siehe unten 3. Abschnitt A.III.

²⁷⁵ Siehe S. 86.

²⁷⁶ So die herrschende Meinung, siehe 3. Abschnitt A.III.2.c.(1) und (2). Zur Kritik daran 3. Abschnitt A.III.2.c.(4). Vgl. dazu auch den Versuchsbeginn bei der allgemeinen Beihilfe, 2. Abschnitt B.II.3.

²⁷⁷ Das Erfordernis einer rechtswidrigen Selbstbefreiung muss daran scheitern, dass die Selbstbefreiung schon nicht tatbestandsmäßig ist.

²⁷⁸ BT-Drs. 7/550, S. 220.

²⁷⁹ Vgl. Goltdammer § 95 Nr. 1 u. 2 zum PrStGB und Olshausen § 120 Nr. 3 zum StGB.

werden kann, so könnte doch der bekundete Zweck der Normierung, die Unterstrafestellung der nach allgemeinen Regeln straflosen Beihilfe, ein Indiz für eine einschränkende Auslegung sein. Denn es liegt nahe, dass der Gesetzgeber nur insoweit von der allgemeinen Regelung der Beihilfe abweichen wollte, wie es für die Bestrafung der Beihilfe zur Selbstbefreiung erforderlich gewesen war.²⁸⁰ Schied die allgemeine Beihilfe zur Selbstbefreiung eines Gefangenen mangels Strafbarkeit der Selbstbefreiung, das heißt, mangels vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat, aus, genügte es für ihre Unterstrafestellung, lediglich die Akzessorietät der Beihilfe aufzuheben. Nicht nötig wäre es demzufolge gewesen, darüber hinaus auch das allgemeine Erfordernis der Vorsätzlichkeit und „Rechtswidrigkeit“ der zu fördernden Selbstbefreiung aufzugeben.

Dieser Gedanke könnte aber jedenfalls in Bezug auf die Rechtswidrigkeit der Selbstbefreiung daran scheitern, dass die bloße Selbstbefreiung des Gefangenen – wie erörtert – kein tatbestandliches Unrecht darstellt und demgemäß auch nicht die Beihilfe daran – ob allgemein oder speziell geregelt – rechtswidrig sein kann. Infolgedessen wäre das Fördern der Selbstbefreiung grundsätzlich auch dann strafbar, wenn zu Gunsten des sich selbst befreienden Gefangenen ein Rechtfertigungsgrund eingreifen würde. Dieses Ergebnis wirkt jedoch befremdlich. Warum stellt eine Beihilfehandlung Unrecht dar, wenn es am Unrecht der zu fördernden Handlung des Täters sogar bei einem tatsächlich existierenden Unrechtstatbestand fehlen würde? Der zwischen der straflosen Selbstbefreiung und dem strafbaren Fördern der Selbstbefreiung bestehende Unterschied in der Unrechtsbewertung ist bewusst vom Gesetzgeber verursacht worden und hinzunehmen. Diese zwischen Täter und Teilnehmer unterschiedliche Unrechtsbewertung widerspricht zwar dem Akzessorietätsprinzip. Aber zu berücksichtigen ist, dass der Gesetzgeber in § 120 Abs. 1 gerade dieses Akzessorietätsprinzip mit der Unterstrafestellung nur des Förderns der Selbstbefreiung gewollt durchbrochen hat. Ob der Gesetzgeber damit aber auch den Wertungswiderspruch der Strafbarkeit des Förderns einer straflosen Selbstbefreiung billigen wollte, muss bezweifelt werden. Wenngleich die Selbstbefreiung für den Gefangenen kein Unrecht darstellt, ist es daher nur konsequent, von einer für den Förderer „rechtswidrigen“ Selbstbefreiung zu sprechen.

Eine solche unterschiedliche Unrechtsbewertung ist dem StGB auch nicht fremd. § 9 Abs. 2 S. 2 enthält einen solchen Fall. Fördert zum Beispiel der Gehilfe eine vom Täter im Ausland begangene, dort aber nicht mit Strafe bedrohte Handlung, gilt für den Gehilfen das deutsche Strafrecht mit der Folge, dass für ihn bei Vorliegen eines entsprechen-

²⁸⁰ So insbesondere auch Küper, S. 50.

den Straftatbestandes eine teilnahmefähige „rechtswidrige“ Haupttat fingiert wird. Obwohl also der Täter selbst kein Unrecht verwirklicht, begeht der Gehilfe Unrecht.

Für eine Beschränkung auf bloß vorsätzliche Selbstbefreiungen spricht, dass auch in § 120 Abs. 1 Var. 1 nur die vorsätzliche Gefangenenfremdbefreiung mit Strafe bedroht ist. Denn ist bei der Tatvariante der Gefangenenfremdbefreiung nur das vorsätzliche Handeln mit Strafe bedroht, kann angenommen werden, dass der Gesetzgeber auch nur in der vorsätzlich begangenen Selbstbefreiung ein strafbares Unrecht erkannt hätte. Wenn aber nur die vorsätzlich begangene Gefangenen selbstbefreiung strafbar wäre, dürfte nach seinem Willen auch bloß die vorsätzlich begangene Gefangenen selbstbefreiung teilnahmefähig geworden sein und folglich nur das Fördern einer vorsätzlich begangenen Selbstbefreiung strafbar sein. Es kann dem Gesetzgeber daher unterstellt werden, dass er bei der Normierung der Tatvariante des Förderns nicht über den Anwendungsbereich hinaus gehen wollte, den er *de lege lata* mit der rein täterschaftlichen Fremdbefreiung des Gefangenen nach § 120 Abs. 1 Var. 1 umrissen hat.

(3) Ergebnis

Die materielle Interpretation der Tatvariante des Förderns als besondere Teilnahmeregelung ist damit im Gegensatz zur täterschaftlichen Interpretation widerspruchsfrei begründbar und somit auch überzeugender. Stellt die Tatvariante des Förderns eine besondere Teilnahmeregelung dar, liegt es nahe, das Fördern wie die allgemeine Beihilfe nur dann für strafbar zu erklären, wenn die Selbstbefreiung als zu fördernde Handlung vorsätzlich begangen wurde und „rechtswidrig“ – das heißt: nicht durch das Eingreifen von Rechtfertigungsgründen gerechtfertigt – war. Eine beabsichtigte Ausweitung der Strafbarkeit der nunmehr gesondert normierten Beihilfe lässt sich – wie dargelegt – den Gesetzesbegründungen jedenfalls nicht entnehmen.

Abschließend ist festzustellen, dass entgegen der herrschenden Ansicht die Selbstbefreiung des Gefangenen als zu fördernde Handlung analog § 27 Abs. 1 vorsätzlich begangen sein muss und nicht gerechtfertigt sein darf.

b. Der Versuch des Entweichens als zu fördernde Handlung

Eng mit der vorangehenden Frage verbunden ist die Frage, ob das strafbare vollendete Fördern ein vollendetes Entweichen des Gefangenen voraussetzt oder schon den Versuch des Entweichens genügen lässt. Zur Verdeutlichung der folgende

Fall 7:

G möchte in nächster Zeit aus der Haftanstalt fliehen. Auf die Bitte des G schmuggelt die F bei einem Besuch Ausbruchswerkzeug in die Haftanstalt. G benutzt eine Woche später das Werkzeug auf seiner Flucht zum Öffnen der Türen. Kurz vor dem Ausgang wird G gestellt.

Die Rechtsprechung²⁸¹ und das herrschende Schrifttum²⁸² verstehen unter dem „Entweichen“ nur das erfolgreiche – vollendete – Entweichen des Gefangenen. Für sie ist die Tatvariante des Förderns erst dann vollendet, wenn der Gewahrsam des Gefangenen vollständig aufgehoben wurde.²⁸³ Der Versuch der Selbstbefreiung des Gefangenen als zu fördernde Handlung genügt für ein vollendetes Fördern des Entweichens nach § 120 Abs. 1 mithin nicht. Im *Fall 7* würden sie daher F mangels erfolgreicher Flucht des G nicht wegen vollendeten Förderns bestrafen, sondern bloß wegen versuchten Förderns nach § 120 Abs. 1 Var. 3, Abs. 3.

Zur Begründung wird zumeist auf den Vergleich mit der ersten Tatvariante des § 120 Abs. 1 verwiesen. Gelingen die Befreiung eines Gefangenen bei der täterschaftlichen Befreiung eines Gefangenen nach § 120 Abs. 1 Var. 1 nicht, bleibe sie mithin im Versuchsstadium stecken, führe das zu einer Versuchsstrafbarkeit. Wolle man den Förderer für den Fall des Scheiterns der Selbstbefreiung nicht gegenüber dem Täter der ersten Tatvariante schlechter stellen, indem man ihm die fakultative Strafmilderung für eine versuchte Tatbegehung nach §§ 120 Abs. 3, 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 abschneide, müsse für den Fall des Förderns einer bloß versuchten Selbstbefreiung auch nur ein Versuch des Förderns nach § 120 Abs. 1 Var. 3, Abs. 3 angenommen werden.²⁸⁴ Denn es wäre angesichts der „Gleichstellung“ der ersten und dritten Tatvariante widersprüchlich, den Täter einer Gefangenenfremdbefreiung bei einem Misslingen der Befreiung wegen Versuchs nach § 120 Abs. 3 zu bestrafen, den Förderer als zum Täter erhobenen Gehilfen einer Gefangenen selbstbefreiung hingegen nicht.²⁸⁵

Weil die Rechtsprechung und das Schrifttum unter dem „Entweichen“ nur das erfolgreiche Entweichen des Gefangenen verstehen, ist auch die Tatvariante des Verleitens erst

²⁸¹ RG Goltd Arch 59, 116; RG JW 1935, 2035; BGHSt 9, 61, 62 f.

²⁸² AK-Zielinski § 120 Rn 26; Kindhäuser, BT I, S. 201; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 29; NK-Ostendorf^f § 120 Rn 15; Schönke/Schröder-Eser § 120 Rn 11/12; SK-Horn/Wolters § 120 Rn 6. Im älteren Schrifttum Koch, S. 48 m.w.N.; M.E. Mayer, S. 26 f.; wohl auch Lambach, S. 38.

²⁸³ RG Goltd Arch 59, 116; RG JW 1935, 2035; BGHSt 9, 61, 63; Koch, S. 48; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 44; M.E. Mayer, S. 26 f.; SK-Horn/Wolters § 120 Rn 6.

²⁸⁴ Siehe Fn 283.

²⁸⁵ Vgl. Bergholter, S. 66.

dann vollendet, wenn der Gewahrsam des Gefangenen vollständig aufgehoben wurde. Der Versuch der Selbstbefreiung genügt für ein vollendetes Verleiten des Entweichens nach § 120 Abs. 1 mithin ebenso wenig.²⁸⁶

Eine abweichende Ansicht vertrat nur *Federer*.²⁸⁷ Er verlangte für ein vollendetes Fördern, dass der Gefangene wenigstens den ihm angebotenen Handlungsbeitrag annehme und in den Kreis seiner eigenen Tätigkeit einbeziehe. Welches Stadium die Selbstbefreiung des Gefangenen erreiche, sei in Anbetracht der fehlenden strafrechtlichen Beziehung zwischen dem Gefangenen und dem Förderer bedeutungslos. Rechtlich gebe es somit keinen Unterschied zwischen dem vollendeten Fördern einer vollendeten Selbstbefreiung und dem vollendeten Fördern einer versuchten Selbstbefreiung.²⁸⁸ Nach Ansicht *Federers* wäre deshalb F im vorliegenden *Fall 7* wegen vollendeten Förderns zu bestrafen.

Bei der Suche nach einer Antwort kann zunächst der Wortlaut helfen. Die Umschreibung „... dabei fördert“, ist als „beim Entweichen fördert“ zu lesen.²⁸⁹ Maßgeblich ist daher, ob nach dem natürlichen Wortsinn dem Entweichen ein Erfolg beigelegt wird. Üblicherweise wird von einem Entweichen dann gesprochen, wenn der Erfolg – die Aufhebung des bisherigen Gefangenengewahrsams – eingetreten ist und nicht nur auf diesen Erfolg abzielende Handlungen entfaltet worden sind. Zum Vergleich kann beispielsweise der Tatbestand des Diebstahls herangezogen werden. Danach wird bestraft, wer eine fremde bewegliche Sache in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen. Das Wegnehmen als Handlungsbeschreibung beinhaltet neben der zur Wegnahme der Sache führenden Handlung auch den am Ende stehenden Erfolg des Gewahrsamsverlustes beim bisherigen Gewahrsamsinhaber, weil nach dem natürlichen Wortsinn von einer Wegnahme nur dann gesprochen werden kann, wenn auch tatsächlich die Sache dem bisherigen Gewahrsamsinhaber entzogen worden ist.²⁹⁰ Beinhaltet das Entweichen somit einen Erfolg, liegt demzufolge ein vollendetes Fördern des Entweichens nur dann vor, wenn unter der Mitwirkung des Förderers der Gewahrsam des Gefangenen tatsächlich aufgehoben worden ist. Gleichwohl ist der

²⁸⁶ LK-v. Bubnoff § 120 Rn 44; SK-Horn/Wolters § 120 Rn 6.

²⁸⁷ Federer, S. 55 ff.

²⁸⁸ Federer, S. 55.

²⁸⁹ Siehe S. 59.

²⁹⁰ Wollte man bereits für die Vollendung des Diebstahltatbestandes die bloße Vornahme der Wegnahmehandlung und damit auch den Versuch der Wegnahme genügen lassen, hätte es im Übrigen der gesonderten Regelung in § 242 Abs. 2, die den Versuch mit Strafe bedroht, nicht bedurft.

Wortlaut nicht zwingend. Vom Sprachgebrauch des offener formulierten „beim Herstellen, Entwickeln, Handeltreiben etc. fördert“ ist auch das Fördern der auf das Herstellen, Entwickeln, Handeltreiben etc. gerichteten Handlungen umfasst, ohne dass diese notwendig vollendet zu werden brauchen. Im Ergebnis ist der Wortlaut somit nicht eindeutig.

Blickt man auf die Tatvariante des Verleitens in § 120 Abs. 1 als ebenfalls besondere Teilnahmehandlung, bringt das keine weitere Klarheit. Ob das vollendete Verleiten ein erfolgreiches Entweichen oder lediglich selbstbefreiende Handlungen des Gefangenen fordert, ist auch hier ungewiss.

Der systematische Vergleich mit der im gleichen Absatz genannten Tatvariante des Befreiens, die unstreitig einen Erfolg verlangt, legt nahe, dass auch das Fördern und Verleiten zum Entweichen einen Erfolg voraussetzen. Denn aufgrund der Gleichstellung der Tatvarianten ist es wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber dasselbe Erfolgsunrecht beschreiben wollte. Geäußert hat sich der Gesetzgeber zum Verwirklichungsstadium des Entweichens aber nicht. Den Gesetzesbegründungen ist nur zu entnehmen, dass die Tatvariante des Förderns eine verselbstständigte Teilnahmehandlung sei. Daraus und aus der Gesetzgebungsgeschichte konnte aber gefolgert werden, dass entgegen der herrschenden Meinung das Fördern des Entweichens eine gesondert geregelte (materielle) Beihilfehandlung darstellt.²⁹¹ Entsprechend der allgemeinen Beihilfe, wonach als Haupttat der Versuch einer Tat genügt, könnte deshalb im Gegensatz zur Systematik auch bei der Tatvariante des Förderns ein nur versuchtes Entweichen ausreichend sein, um wegen vollendeten Förderns zu bestrafen.

In dieser Weise argumentiert *Federer*, für den der Erfolg des Entweichens keine Bedingung für die Bestrafung wegen vollendeten Förderns ist. Denn das Fördern sei wie das Hilfeleisten der allgemeinen Beihilfe bereits dann als erfolgreich und damit vollendet anzusehen, wenn der Tatbeitrag des Förderers in irgendeiner Weise kausal für das zu unterstützende Geschehen geworden sei. Ob darüber hinaus der Erfolg der unterstützten Handlung eintrete, sei für den Erfolg des Förderns belanglos.²⁹²

Die Ansicht *Federers* überzeugt. Wenn der natürliche Wortsinn auch in eine andere Richtung weist, so ist andererseits maßgeblich zu berücksichtigen, dass sich der Gesetzgeber bei der Normierung der Tatvariante des Förderns nur soweit von der straflosen

²⁹¹ Siehe 3. Abschnitt A.II.2.a.

²⁹² *Federer*, S. 55 f.

allgemeinen Beihilfe zur Selbstbefreiung entfernen wollte, wie das zu ihrer Unterstrafestellung erforderlich war. Weil auch das Hilfeleisten zu einer nur versuchten Tat als vollendete Beihilfe galt, ist anzunehmen, dass demzufolge auch das Fördern einer nur versuchten Selbstbefreiung als vollendetes Fördern zu bestrafen ist. Die herrschende Meinung gelangt zu einem abweichenden Ergebnis, weil sie den infolge der täterschaftlichen Interpretation des Förderns verursachten Wertungswiderspruch zur rein täterschaftlichen Tatvariante der Gefangenenfremdbefreiung beseitigen musste. Infolgedessen legt sie konsequenterweise das Fördern des Entweichens enger als *Federer* aus und müsste argumentieren, dass nur dann ein vollendetes (erfolgreiches) Fördern vorliege, wenn sich der fördernde Tatbeitrag im Erfolg des Entweichens niedergeschlagen habe. Bleibe das Entweichen im Versuchsstadium stecken, bleibe auch das Fördern des Entweichens stets erfolglos und damit unvollendet. Mit eben dieser Argumentation müsste die herrschende Meinung das Hilfeleisten nach § 27 Abs. 1 zu einer versuchten Tat aber auch als straflose versuchte Beihilfe ansehen und sich damit in Widerspruch zur anerkannten Auslegung bei der allgemeinen Beihilfe setzen. Erkennbar wird, dass die Ansicht der Rechtsprechung und des herrschenden Schrifttums mit ihrer Beschränkung auf eine nur vollendete Selbstbefreiung als zu fördernde Handlung zur überkommenen Ansicht zurückkehrt, die Beihilfe zur versuchten Haupttat als versuchte Beihilfe zu behandeln.²⁹³ Die Auseinandersetzung mit dieser Auffassung im Rahmen der allgemeinen Beihilfe hatte aber gezeigt, dass die Beihilfe zum Versuch und die versuchte Beihilfe notwendig streng von einander zu trennen sind.²⁹⁴ Die Streitfrage war dort freilich weit bedeutender, weil sich danach die Abgrenzung der *strafbaren* Beihilfe zum Versuch von der *straflosen* versuchten Beihilfe richtete. Zwar stellt sich bei § 120 Abs. 1 Var. 3 nicht die grundsätzliche Frage nach der Strafbarkeit, weil über § 120 Abs. 3 auch der Versuch des Förderns der Selbstbefreiung unter Strafe steht. In Bezug auf den anzuwendenden Strafrahmen hat die Einordnung als vollendetes oder versuchtes Fördern jedoch weiterhin Bedeutung.

Systematisch spricht ein Vergleich mit der allgemeinen Beihilfe zur Gefangenenfremdbefreiung für die Ansicht *Federers*. Die allgemeine Beihilfe zur Gefangenenfremdbefreiung und das Fördern des Entweichens sind strukturell vergleichbar, weil sie beide eine Hilfeleistung zu einer täterschaftlich begangenen Gefangenenbefreiung darstellen und sich lediglich darin unterscheiden, dass die so genannte Haupttat bei der allgemei-

²⁹³ Siehe Fn 47.

²⁹⁴ Siehe oben 2. Abschnitt A.II.3.

nen Beihilfe eine strafbare Gefangenenfremdbefreiung ist und beim Fördern eine straflose Gefangenen selbstbefreiung. Insofern ist es sachgerecht, beide Beteiligte – den Gehilfen und den Förderer – bei gleichem Verwirklichungsstadium der Befreiung auch gleich zu behandeln. Daher ist beim Fördern zu berücksichtigen, dass sich nach allgemeinen Regeln der Gehilfe einer Gefangenenfremdbefreiung sowohl dann wegen (vollendeter) Beihilfe nach §§ 120 Abs. 1 Var. 1, 27 strafbar macht, wenn die Gefangenenfremdbefreiung als Haupttat erfolgreich (vollendet) ist als auch dann, wenn die Befreiung nicht gelingt und im Versuchsstadium stecken bleibt. Voraussetzung für die Vollendungsstrafbarkeit ist nur, dass gemäß § 27 Abs. 1 eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Gefangenenfremdbefreiung vorliegt. Die Strafbarkeit der allgemeinen Beihilfe ist somit unabhängig davon, ob der Befreiungserfolg eintritt. Ein Versuch der Beihilfe – der jedoch nicht mit Strafe bedroht ist – ist bei erbrachter Hilfe erst dann gegeben, wenn die Befreiung gar nicht ins Versuchsstadium gelangt. Verläuft deshalb die Selbstbefreiung beim Fördern erfolglos, und hat sie die Schwelle zum (straflosen) Versuch überschritten, ist das Fördern vollendet und der Förderer nach § 120 Abs. 1 Var. 3 zu bestrafen. Wegen versuchten Förderns nach § 120 Abs. 1 Var. 3, Abs. 2 ist demzufolge nur dann zu bestrafen, wenn die Selbstbefreiung nicht wenigstens das (straflose) Versuchsstadium erreicht.

Diese Sichtweise führt auch nicht zu dem von der herrschenden Meinung behaupteten Wertungswiderspruch zur ersten Tatvariante.²⁹⁵ Bei der Interpretation als besondere Beihilfe wird der Förderer wie ein Gehilfe nach § 27 behandelt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Strafe des Gehilfen nach der Strafdrohung des Täters bemisst (§ 27 Abs. 2 S. 1), dessen Strafe aber bei einer nur versuchten Tat nach § 23 Abs. 2 fakultativ zu mildern ist. Demzufolge ist bei einer Beihilfe zur versuchten Tat auch die Strafe des Gehilfen doppelt zu mildern, einmal obligatorisch nach § 27 Abs. 2 S. 2 und ein weiteres Mal fakultativ nach § 23 Abs. 2.²⁹⁶ Bezogen auf die Tatvariante des Förderns folgt daraus, dass im Fall des Förderns einer versuchten Gefangenen selbstbefreiung dem Förderer neben der obligatorischen Strafmilderung analog § 27 Abs. 2 S. 2²⁹⁷ auch die fakultative Strafmilderung des § 23 Abs. 2 zusteht, da keine Gründe ersichtlich sind, warum der Förderer einer versuchten Gefangenen selbstbefreiung schlechter stehen soll als der Gehilfe einer versuchten Tat im Sinne des § 27 Abs. 1. Mithin findet bei der Straf-

²⁹⁵ Siehe Fn 285.

²⁹⁶ LK- Schönemann § 27 Rn 78.

²⁹⁷ Dazu 3. Abschnitt A.II.4.

zumessung für den Förderer die fakultative Strafmilderungsvorschrift des § 23 Abs. 2 analoge²⁹⁸ Anwendung, sodass ein Widerspruch zur Strafe einer versuchten Gefangenenfremdbefreiung nicht auftritt. Im Ergebnis besteht damit sogar Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung, die abweichend die gleiche Strafmilderung nur über § 120 Abs. 3 herbeiführt.

In Anlehnung an die allgemeine Beihilfe ist der Förderer entgegen der herrschenden Meinung konsequenterweise auch dann wegen vollendeten Förderns zu bestrafen, wenn die Selbstbefreiung des Gefangenen im Versuchsstadium stecken geblieben ist.

Auf *Fall 7* bezogen ergibt sich danach folgendes Bild:

Eine versuchte Gefangenenbefreiung nach § 120 Abs. 1 Var. 1, Abs. 3 der F scheidet aus. F hatte keinen Tatentschluss zu einer von ihr täterschaftlich ausgeführten Befreiung des G gefasst. G sollte in der nächsten Zeit, ohne dass F dabei anwesend ist und Kenntnis vom Zeitpunkt der Tatausführung hat, sich selbst befreien. Zum gleichen Ergebnis würde auch das Schrifttum²⁹⁹ gelangen, weil die Initiative, nämlich die Bitte zur Beschaffung von Ausbruchswerkzeug, von G ausging. Die Flucht des G ist als Selbstbefreiung jedoch gescheitert und damit unvollendet. G hat dazu aber nach seiner Vorstellung von der Flucht unmittelbar angesetzt. Mithin liegt eine versuchte, wenn auch straflose, Selbstbefreiung des G vor. Das Verschaffen des Ausbruchswerkzeuges ist eine Handlung der F, die die versuchte Selbstbefreiung des G erleichtert und demzufolge auch gefördert hat. F ist daher wegen (vollendeten) Förderns zur (versuchten) Selbstbefreiung, das heißt, wegen Förderns des Entweichens nach § 120 Abs. 1 Var. 3 zu bestrafen. Ihre Strafe ist analog § 27 Abs. 2 S. 2 zu mildern und kann ein weiteres Mal nach § 23 Abs. 2 gemildert werden.

c. Ergebnis

Die Selbstbefreiung des Gefangenen als zu fördernde Handlung der besonderen Beihilfe muss vorsätzlich begangen worden und „rechtswidrig“ sein. Das bloße objektive Vorliegen einer selbstbefreienden Handlung genügt nicht.

Eine Strafbarkeit wegen vollendeten Förderns ist nicht nur dann gegeben, wenn eine erfolgreiche Selbstbefreiung unterstützt wurde, sondern auch, wenn lediglich der (straf-

²⁹⁸ Eine Analogie liegt deshalb vor, weil das Entweichen des Gefangenen keine mit Strafe bedrohte Handlung ist und es somit auch keinen (strafbaren) Versuch gibt.

²⁹⁹ Siehe FN 271.

lose) Versuch einer Selbstbefreiung unterstützt wurde.

Die Anforderungen an die zu fördernde Handlung in § 120 Abs. 1 Var. 3 unterscheiden sich somit nicht von den Anforderungen an die Haupttat der allgemeinen Beihilfe.

3. Die subjektiven Voraussetzungen

Strafbar ist in § 120 nur das vorsätzliche Fördern. Der Vorsatz des Förderers muss sich, entsprechend den an den Vorsatz des allgemeinen Gehilfen gestellten Anforderungen, sowohl auf die fördernde Handlung als auch auf die Selbstbefreiung des Gefangenen richten.³⁰⁰ Ausreichend ist insoweit ebenfalls Eventualvorsatz, sodass ein fahrlässiges Fördern straflos ist.³⁰¹

Der Vorsatz muss sich auf das Fördern einer Gefangenenselbstbefreiung richten und ist damit in Bezug auf die zu fördernde Handlung notwendig konkreter gefasst als bei der allgemeinen Beihilfe. Nicht erforderlich ist aber auch hier, dass der Förderer alle Einzelheiten der Haupttat, wie Zeit und Ort kennt.³⁰²

Ist im Rahmen der allgemeinen Beihilfe anerkannt, dass der Vorsatz des Gehilfen stets auf die Vollendung der Haupttat gerichtet sein muss,³⁰³ gilt das entsprechend für den Vorsatz des Förderers. Auch der Förderer muss, um wegen vollendeten oder versuchten Förderns bestraft werden zu können, Vorsatz in Bezug auf die Vollendung der Selbstbefreiung besitzen.³⁰⁴ Denn will er bloß, dass die von ihm geförderte Selbstbefreiung nicht über das Versuchsstadium hinaus gelangt, will er den staatlichen Gewahrsam als geschütztes Rechtsgut nicht verletzen, sodass kein Grund für die Bestrafung des Förderns besteht.

4. Die Bestrafung des Förderns

Das Fördern des Entweichens wird nach § 120 Abs. 1 mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Die Tatvariante des Förderns als besondere Beihilfe besitzt somit – im Gegensatz zur allgemeinen Beihilfe nach § 27 – einen festen Strafrahmen. Der Grund hierfür ist derselbe, der schon die so genannte Verselbstständigung bestimmte. Die Strafe des allgemeinen Gehilfen richtet sich gemäß § 27 Abs. 2 S. 1 nach der Strafdrohung des Täters. Der Gefangene als „Täter“ der Selbstbefreiung handelt jedoch tatbestandslos, sodass es nicht nur an einer mit Strafe bedrohten Haupttat für

³⁰⁰ Siehe 2. Abschnitt A.III.

³⁰¹ MüKo-Bosch § 120 Rn 24; SK-Hoyer/Wolters § 120 Rn 10.

³⁰² Siehe 2. Abschnitt A.III.

³⁰³ Siehe 2. Abschnitt A.III.

³⁰⁴ Bergholter, S. 65 f.; Koch, S. 48; M.E. Mayer, S. 25.

den Gehilfen einer Gefangenenselbstbefreiung fehlt, sondern auch an einem Strafrahmen, aus dem die Strafe für den Gehilfen abgeleitet werden könnte. Dieser Umstand zwang den Gesetzgeber, einhergehend mit der Normierung des Förderns, auch eine selbstständige Strafdrohung für den Förderer als Gehilfen der Gefangenenselbstbefreiung zu schaffen. Dem Gesetzgeber schien eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe angemessen, was genau dem Strafrahmen entspricht, der auch für den Täter einer Gefangenenselbstbefreiung nach § 120 Abs. 1 Var. 1 gilt.

Ersetzt der unabhängige selbstständige Strafrahmen des § 120 Abs. 1 somit die Verweisung des § 27 Abs. 2 S. 1 auf die Strafdrohung des Haupttäters, stellt sich anschließend die Frage nach dem Verbleib der obligatorischen Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2. Entweder wurde auf eine entsprechende Strafmilderung vollständig verzichtet oder sie fand bereits im Strafrahmen des § 120 Abs. 1 Berücksichtigung.³⁰⁵ Eine Berücksichtigung der Strafmilderung im Strafrahmen des § 120 Abs. 1 wäre jedenfalls möglich gewesen, da die Strafmilderung eines allgemeinen Gehilfen obligatorisch ausgestaltet ist. Das Problematische daran ist jedoch, dass wegen der Straflosigkeit der Gefangenenselbstbefreiung als „Haupttat“ genau jener Strafrahmen fehlt, anhand dessen eine mögliche Berücksichtigung der obligatorischen Strafmilderung zu messen wäre. Es lässt sich daher nur vermuten, dass der Strafrahmen des sich selbst befreienden Gefangenen wohl dem Strafrahmen des Täters entsprochen hätte, der nach § 120 Abs. 1 Var. 1 einen Gefangenen befreit. Das würde allerdings bedeuten, dass angesichts des einheitlichen Strafrahmens für die erste und dritte Tatvariante eine obligatorische Strafmilderung für das Fördern des Entweichens als besondere Beihilfe fehlt.

Im Anschluss daran stellt sich daher die Frage, ob auf die Tatvariante des Förderns die obligatorische Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2 direkt oder analog anzuwenden ist. Zur Verdeutlichung soll der folgende Fall dienen:

Fall 8:

A stellt dem Gefangenen G Ausbruchswerkzeuge zur Verfügung, mit denen G die Flucht aus der Haftanstalt gelingt.

Variante a.

A befreit den Gefangenen G mit Hilfe der Ausbruchswerkzeuge selbst.

Variante b.

X befreit den Gefangenen G. A hat dem X Ausbruchswerkzeuge zur Verfügung gestellt.

³⁰⁵ Der Gesetzgeber hat hierzu keine Stellung genommen, vgl. BT-Drs. 7/550, S. 220.

Im Ausgangsfall hat A eine Beihilfe zur Selbstbefreiung des Gefangenen G begangen und ist deshalb wegen Förderns des Entweichens eines Gefangenen nach § 120 Abs. 1 Var. 3 zu bestrafen. Die Tat wird – wenn man die obligatorische Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2 weder direkt noch analog anwendet – mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

In der *Variante a.* hat A den G als Alleintäter befreit und sich somit einer Gefangenenbefreiung nach § 120 Abs. 1 Var. 1 strafbar gemacht. Mithin ergibt sich auch in der *Variante a.* für A als Strafe eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

In der *Variante b.* hat A zur Gefangenenbefreiung seitens des X Hilfe geleistet und sich nach herrschender Meinung wegen Beihilfe zur Gefangenenbefreiung nach §§ 120 Abs. 1 Var. 1, 27 strafbar gemacht. Für A folgt aus §§ 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 ein gemilderter Strafraum von bis zu zwei Jahren und drei Monaten Freiheitsstrafe oder eine entsprechend gemilderte Geldstrafe.

Die auf Grund der fehlenden obligatorischen Strafmilderung für den Förderer im *Fall 8* bestehende, dem Grundsatz der milderen Bestrafung des Gehilfen widersprechende Gleichbehandlung von Täterschaft und (besonderer) Teilnahme (*Fall 8* und *Variante a.*) beziehungsweise Ungleichbehandlung von besonderer und allgemeiner Teilnahme (*Fall 8* und *Variante b.*) könnte im Wege einer direkten oder analogen Anwendung der obligatorischen Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2 zu beheben sein.³⁰⁶

Die Rechtsprechung³⁰⁷ und das herrschende Schrifttum lehnen das ab.³⁰⁸ Sie begründen ihre Ansicht mit der aus der „Verselbstständigung“ abgeleiteten täterschaftlichen Natur der Tatvariante des Förderns.³⁰⁹ Für sie ist der gleiche ungemilderte Strafraum im Ausgangsfall und in *Variante a.* beziehungsweise der unterschiedliche Strafraum im Ausgangsfall und *Variante b.* kein Widerspruch, da die Hilfe des A im Ausgangsfall eine rein täterschaftliche Tatbegehung sei.

Freund befürwortet dagegen die Anwendung der obligatorischen Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2 auch auf den so genannten materiellen Gehilfen.³¹⁰ Als Beispiel führt er die Strafdrohung für den Absatzhelfer in § 259 an. Zu beachten sei bei der Tatvariante

³⁰⁶ In diesem Falle ist es eine nach Art. 103 Abs. 2 GG nicht verbotene Analogie zu Gunsten des Täters im Bereich der Strafmilderungsgründe, Schönke/Schröder-Eser § 1 Rn 30 f.; vgl. auch BGHSt 7, 190, 193 f.; BGHSt 9, 310, 311 f.; Roxin, AT 1, S. 114.

³⁰⁷ Vgl. BGH NSTZ 2004, 45 zu § 92a Abs. 2 Nr. 2 AuslG und BGHSt 26, 358, 362 zur Absatzhilfe in § 259.

³⁰⁸ Fischer § 27 Rn 30. Kritisch nur Siegert, JZ 1973, 308, 309.

³⁰⁹ Tröndle/Fischer § 27 Rn 12.

³¹⁰ Vgl. Freund, GA 1999, 509, 527 Fn 68 zum Absatzhelfer.

der Absatzhilfe, dass diese materiell gesehen eine Beihilfe zum Absatz des Vortäters darstelle. Wenn daher die grundsätzliche gesetzliche Vorwertung des § 27 Abs. 2 richtig sei, müsse die sachlich berechnete Gehilfenmilderung auch dem Absatzhelfer zu Gute kommen. Es wäre jedenfalls eine blanke Unterstellung, dass der Gesetzgeber Gegenteiliges mit der Strafrahmenszuordnung bei § 259 habe regeln und gegen seine eigenen Vorgaben verstoßen wollen. Näherliegend erscheine es, dass der Gesetzgeber die ohnehin schon komplizierte Fassung des Hehlereitattbestandes nicht noch weiter habe verkomplizieren wollen und darauf vertraut habe, dass der Rechtsanwender in der Lage sein würde, eigenständig sachgerecht zu differenzieren, was ihm das Gesetz jedenfalls nicht verbiete.³¹¹

Die Ansicht *Freunds* überzeugt und lässt sich auf die Tatvariante des Förderns als besondere Beihilfe übertragen. Das Fördern ist wie die Absatzhilfe in § 259 eine spezielle (materielle) Beihilfe,³¹² sodass auch dem Förderer die Gehilfenmilderung im Grunde zustehen muss. Dass der Gesetzgeber etwas anderes mit der Strafrahmenszuordnung hat regeln wollen, ist vor allem in Anbetracht seiner für die Tatvariante des Förderns gewählten Bezeichnung als „verselbstständigte Teilnahme“ fernliegend. Im Vergleich zu den Strafrahmens des A in den *Varianten a.* und *b.* erscheint es deshalb sachlich nicht gerechtfertigt, dem A im *Fall 8* die obligatorische Strafmilderung zu versagen. Als materieller Gehilfe ist A im *Fall 8* wie ein allgemeiner Gehilfe zu behandeln, nicht aber einem Täter im Sinne des § 25 („Haupttäter“) gleichzustellen. Gelöst werden kann der Widerspruch nur, indem auch auf den Förderer als materiellen Gehilfen die Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2 angewendet wird.

Eine direkte Anwendung der Strafmilderungsvorschrift scheidet jedoch aus. Die Vorschrift befindet sich zwar im Allgemeinen Teil des StGB und im Gegensatz zur Strafdrohung für den Anstifter in einem gesonderten Absatz. Mit der Normierung der Strafmilderungsvorschrift in Satz 2 des § 27 Abs. 2 weist sie aber einen engen systematischen Zusammenhang zu Satz 1 auf, der sich seinerseits unmittelbar auf § 27 Abs. 1 bezieht. Aus dieser engen systematischen Stellung und der Bezeichnung des Hilfeleistenden in § 27 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 als Gehilfe, auf die in § 120 Abs. 1 verzichtet wurde, kann geschlossen werden, dass die obligatorische Strafmilderung ausschließlich

³¹¹ Freund, ebd.

³¹² Siehe 3. Abschnitt A.II.2.a.(3).

auf den allgemeinen Gehilfen nach § 27 Abs. 1 Anwendung findet. Möglich bleibt daher nur die analoge Anwendung.

Die für eine Analogie aus Gründen der Systemstimmigkeit³¹³ vorauszusetzende Regelungslücke ist die eben in Bezug auf die Tatvariante des Förderns dargelegte fehlende Strafmilderungsanordnung. Des Weiteren ist die bestehende Regelungslücke auch planwidrig. Eine ausdrückliche Stellungnahme des Gesetzgebers zur Begründung der einheitlichen Strafdrohung für sämtliche Tatvarianten des § 120 Abs. 1 ist zwar nicht ersichtlich.³¹⁴ Allerdings liefert die Entstehungsgeschichte der einfachen Gefangenbefreiung einen Beleg für die Planwidrigkeit der Regelungslücke. So wurde bei der Frage nach der Natur der Tatvariante des Förderns festgestellt, dass die einheitliche Bestrafung des Förderns und der Gefangenenfremdbefreiung ein Versehen des Gesetzgebers bei der Schaffung des RStGB war.³¹⁵ Ursprünglich kam es in § 95 PrStGB, dem Vorläufer der heutigen Gefangenenbefreiung, zu keinem Wertungswiderspruch in der Strafdrohung, weil die Strafe des allgemeinen Gehilfen nach § 35 S. 1 PrStGB der vollen Täterstrafe entsprach.³¹⁶ Mit der Schaffung des RStGB wurde jedoch nicht nur die einfache Gefangenbefreiung in § 120 Abs. 1 um die Tatvariante des Förderns der Gefangenen selbstbefreiung erweitert, sondern auch eine obligatorische Strafmilderung für den Gehilfen in § 49 Abs. 2 a. F. aufgenommen. Infolge der Aufnahme dieser obligatorischen Strafmilderung ist nunmehr das Wertungsgefüge zwischen der täterschaftlichen Gefangenenfremdbefreiung und der besonderen Beihilfe zur Gefangenen selbstbefreiung gestört worden, weil die Strafe eines allgemeinen Gehilfen künftig zwingend zu mildern war.

Die Einführung der obligatorischen Strafmilderung für die allgemeine Beihilfe führte daher in Bezug auf die besondere Beihilfe in § 120 Abs. 1 zu einem Wertungswiderspruch, dessen Vorliegen der Gesetzgeber in diesem Zeitpunkt nicht erkannte.³¹⁷ Demzufolge war die bestehende Regelungslücke vom Gesetzgeber ursprünglich nicht beabsichtigt und somit planwidrig.

An diesem Ergebnis hat auch die Reformierung des Tatbestandes durch das EGStGB (1974) – die Aufnahme der Tatvariante des Verleitens als weitere besondere Teilnah-

³¹³ Zippelius, S. 72 und 54.

³¹⁴ Weder die Bezeichnung der dritten Tatvariante als verselbstständige Teilnehmehandlung enthält eine diesbezügliche Erklärung noch die Aussage, das *Höchstmaß* der angedrohten Freiheitsstrafe bleibe unverändert (BT-Drs. 7/550, S. 220).

³¹⁵ Siehe oben 3. Abschnitt A.II.2.b.

³¹⁶ Siehe hierzu bereits bei Fn 262.

³¹⁷ Man könnte hier deshalb auch von einer Rechtslücke sprechen, die erst infolge der Änderung anderer Regelungen entstanden war, vgl. Pawlowski, Rn 470.

mehandlung und die Erweiterung der Rechtsfolge um die Geldstrafe – nichts geändert. Denn der Gesetzgeber hat sich auch dadurch nicht bewusst gegen eine Strafmilderung für den Förderer entschieden. Die vorgefundene Regelungslücke ist somit unverändert planwidrig und kann im Wege einer analogen Anwendung der Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2 zu Gunsten des Förderers geschlossen werden. Der Strafraum für den Förderer entspricht zwar dem Strafraum für den Täter einer Gefangenenbefreiung, jedoch ist die Strafe des Förderers analog § 27 Abs. 2 S. 2 zu mildern.

5. Zwischenergebnis

Die Tatvariante des Förderns setzt sich aus der Tathandlung des Förderns und der Selbstbefreiung des Gefangenen als so genannte Haupttat zusammen. Entgegen der herrschenden Meinung ist der Tatbestand des Förderns bereits dann vollendet, wenn die die Selbstbefreiung des Gefangenen fördernde Tathandlung erbracht wurde und die dadurch geförderte Selbstbefreiung des Gefangenen wenigstens das Versuchsstadium erreicht hat. Die Vollendung der Tatvariante des Förderns in § 120 Abs. 1 ist wie die allgemeine Beihilfe von der Begehung einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Handlung eines anderen, der Selbstbefreiung des Gefangenen, abhängig.

Der Vorsatz des Förderers muss sich in Anlehnung an die allgemeine Beihilfe auf das Fördern und die Vollendung der Selbstbefreiung beziehen.

Die Strafe des Förderers bemisst sich nach § 120 Abs. 1 in Verbindung mit § 27 Abs. 2 S. 2 analog.

III. Der Versuch des Förderns

1. Strafbarkeit des Versuchs

Im Gegensatz zu den meisten anderen Regelungen einer besonderen Beihilfe ist die Gefangenenbefreiung eine der wenigen Normen, bei der auch der Versuch der besonderen Beihilfe unter Strafe steht. Die Versuchsstrafbarkeit folgt aus § 120 Abs. 3: „Der Versuch ist strafbar.“ Diese Anordnung der Versuchsstrafbarkeit bezieht sich wegen ihres Wortlautes und ihrer systematischen Stellung in einem gesonderten Absatz auf sämtliche Tatvarianten des ersten Absatzes und umfasst somit auch die Tatvariante des Förderns des Entweichens.³¹⁸

³¹⁸ RG, JW 1929, 2714; Federer, S. 55; Koch, S. 48; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 46.

Die Versuchsstrafbarkeit der besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 ruft jedoch Wertungswidersprüche hervor. Offenbar werden diese, wenn man den strafbaren Versuch der besonderen Beihilfe des § 120 Abs. 1 mit dem straflosen Versuch der allgemeinen Beihilfe vergleicht.

Während der Versuch der besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 nach § 120 Abs. 3 strafbar ist, lässt sich der Versuch der allgemeinen Beihilfe zwar konstruieren, er ist nach der Entscheidung des Gesetzgebers aber straflos.³¹⁹ Die Strafbarkeit einer allgemeinen Beihilfe beginnt daher erst, wenn die Haupttat in das Versuchsstadium gelangt ist und der Gehilfe zu dieser Tat erfolgreich Hilfe geleistet hat. Bei der Beihilfe zur Gefangenenselbstbefreiung ist wegen der angeordneten Versuchsstrafbarkeit die Grenze der Strafbarkeit aber schon dann erreicht, wenn der Förderer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Förderung der Selbstbefreiung unmittelbar ansetzt, ohne dass die Selbstbefreiung tatsächlich gefördert sein muss.³²⁰ Die Versuchsstrafbarkeit der besonderen Beihilfe führt damit zu einer beachtlichen Vorverlegung der Strafbarkeit, die sich mit der Wertigkeit und Schutzbedürftigkeit des von § 120 Abs. 1 geschützten Rechtsgutes³²¹ nicht erklären lässt.³²² Betrachtet man zunächst als Indiz für den vom Gesetzgeber beigemessenen Stellenwert des geschützten Rechtsgutes den Strafraum der Norm, so ist nicht einzusehen, warum der Versuch der besonderen Beihilfe zu einer Tat mit einer Strafdrohung von bis zu drei Jahren³²³ strafwürdiger sein soll als der Versuch einer allgemeinen Beihilfe zur Strafvereitelung (§ 258) oder zum Landesverrat (§ 94), wenn gleich diese Tatbestände auch öffentliche Rechtsgüter schützen, ihnen aber – gemessen an der Strafdrohung – ein weitaus höherer Stellenwert zugedacht wurde.³²⁴ Ferner drückt sich der vom Gesetzgeber beigemessene geringe Stellenwert der Gefangenenselbstbefreiung in der fehlenden Aufnahme in den Katalog der anzeigepflichtigen Straftaten nach § 138 Abs. 1 aus. Nicht zuletzt besitzt die Gefangenenselbstbefreiung eine äußerst ge-

³¹⁹ Siehe oben 2. Abschnitt C.I.

³²⁰ Zu den Voraussetzungen sogleich unter 3. Abschnitt A.III.2.

³²¹ § 120 schützt die Sicherung des amtlichen Gewahrsams über Gefangene im Rahmen des rechtsstaatlich legitimierten Gewaltmonopols, AK-Zielinski § 120 Rn 3; Schönke/Schröder-Eser § 120 Rn 1.

³²² MüKo-Bosch § 120 Rn 36. A. A. siehe insbesondere LK-v. Bubnoff § 120 Rn 46, nach dessen Ansicht aus der grundsätzlichen Straflosigkeit der allgemeinen Beihilfe keine Schlussfolgerungen gezogen werden können, weil es sich um eine verselbstständigte Begehungsform handele.

³²³ Es soll unterstellt werden, dass der Gesetzgeber die Selbstbefreiung eines Gefangenen nicht strenger bestrafen würde als die unter Strafe stehende Gefangenenselbstbefreiung.

³²⁴ Die Widersprüche zwischen der besonderen und der allgemeinen Beihilfe lassen sich aber auch innerhalb des § 120 Abs. 1 demonstrieren. Der Versuch einer (allgemeinen) Beihilfe am Befreien eines Gefangenen nach § 120 Abs. 1 Var. 1 ist generell straflos, der Versuch des Förderns des Entweichens als besondere Beihilfe an der Selbstbefreiung des Gefangenen hingegen nicht, vgl. LK-v. Bubnoff § 120 Rn 46 und Siegert, JZ 1973, 309.

ringe kriminalpolitischen Relevanz,³²⁵ sodass auch praktisch eine Strafbarkeit des Beihilfeversuches nicht geboten erscheint.

Ebenfalls unerklärlich ist die Strafbarkeit des Versuchs unter dem Gesichtspunkt, dass im Falle einer Strafbarkeit der Selbstbefreiung, wie zuletzt 1946 und 1947 in *Württemberg* und *Bayern*,³²⁶ eine „Verselbstständigung“ der Beihilfe unterblieben wäre und sich die Beihilfe zur Gefangenenselbstbefreiung dann nach den allgemeinen Teilnahmevorschriften gerichtet hätte, mit der Folge, dass deren Versuch straflos geblieben wäre.³²⁷

Nach wohl überwiegender Ansicht sollen aus diesen Wertungswidersprüchen jedoch keine Schlussfolgerungen abgeleitet werden können, weil nach der gesetzlichen Konzeption die dritte Tatvariante der Gefangenenselbstbefreiung keine akzessorische Teilnahmeform darstellt, sondern eine „verselbstständigte“ Teilnahmeform im Sinne einer reinen täterschaftlichen Begehensform.³²⁸

Würde man die Tatvariante des Förderns als rein täterschaftliche Regelung verstehen, ließen sich die aufgezeigten Widersprüche jedenfalls beheben. Das täterschaftliche Befreien eines Gefangenen nach § 120 Abs. 1 Var. 1 und das Fördern der Selbstbefreiung nach § 120 Abs. 1 Var. 3 als besondere Beihilfe zur Selbstbefreiung stünden gleichrangig auf einer Stufe, sodass der Versuch des Förderns der Gefangenenselbstbefreiung mit dem Versuch der täterschaftlichen Gefangenenselbstbefreiung nach §§ 120 Abs. 1 Var. 1, Abs. 3 vergleichbar wäre. Ein Vergleich mit dem straflosen Versuch der allgemeinen Beihilfe würde sich nunmehr verbieten, weil das Fördern des Entweichens eben keine Beteiligungsförmigkeit im Sinne einer Teilnahme darstellte. Ist der Versuch des Förderns aber ausschließlich an dem Versuch der Gefangenenselbstbefreiung nach § 120 Abs. 1 Var. 1, Abs. 3 zu messen, wäre es in Anbetracht der Gleichwertigkeit der ersten und dritten Tatvariante nicht widersprüchlich, neben dem Versuch der mit Tatherrschaft geführten (täterschaftlichen) Gefangenenselbstbefreiung auch den Versuch der ohne Tatherrschaft verwirklichten Gefangenenselbstbefreiung, dem Fördern der Selbstbefreiung, unter Strafe zu stellen und bei einem Ausbleiben des Taterfolges, der Befreiung des Gefangenen, eine Versuchsstrafe zu verhängen.

³²⁵ Im Jahr 2001 ergingen nur insgesamt 100 Verurteilungen wegen Gefangenenselbstbefreiung (Quelle: Rechtspflegestatistik des Statistischen Bundesamtes). Vgl. auch AK-Zielinski § 120 Rn 6 f. und LK-v. Bubnoff § 120 Rn 1a.

³²⁶ § 3 I Nr. 4 Gesetz Nr. 21, RegBl. 1946 in *Württemberg-Baden*; Gesetz Nr. 55, GVBl. 1947 in *Bayern*.

³²⁷ Vgl. Siegert, S. 309. Zumindest liegt diese Annahme in Anbetracht der generellen Straflosigkeit der versuchten Beihilfe sehr nahe.

³²⁸ Fincke, S. 65 ff.; Gropp, S. 394; Lackner/Kühl § 120 Rn 8; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 46 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, S. 235 „quasi-mittelbaren Täterschaft“; Schönke/Schröder-Eser § 120 Rn 11/12, 23; Sommer, JR 1981, 493. A. A. Siegert, S. 309.

Die vorangestellten Untersuchungen haben jedoch belegt, dass jedenfalls eine materiell täterschaftliche Interpretation der Tatvariante des Förderns nicht haltbar ist.³²⁹ Vielmehr hat sich herausgestellt, dass die Tatvariante des Förderns eine besondere, die straflose allgemeine Beihilfe ersetzende materielle Teilnahmeregelung darstellt. Infolgedessen ist der Versuch der allgemeinen Beihilfe nach § 27 Abs. 1 mit dem Versuch der besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 Var. 3, Abs. 3 vergleichbar. Während der Versuch einer allgemeinen Beihilfe generell straflos ist,³³⁰ ist der Versuch der besonderen Beihilfe zur Gefangenenselbstbefreiung nach § 120 Abs. 3 strafbar, sodass diese unterschiedliche Behandlung widersprüchlich ist. Eine einschränkende Auslegung des § 120 Abs. 3, wonach die Versuchsstrafbarkeit auf die rein täterschaftliche Gefangenenselbstbefreiung zu beschränken wäre, ist jedoch nicht möglich. Denn indem der Gesetzgeber die Tatvariante des Förderns als verselbstständigte Beihilfe³³¹ und demzufolge als täterschaftliche Regelung betrachtete, akzeptierten er und ihm folgend die herrschende Ansicht³³² eine ungleiche Behandlung der rein täterschaftlichen Gefangenenselbstbefreiung und der verselbstständigten Beihilfe nicht.³³³ Im Ergebnis verstößt damit die Unterstrafestellung des Förderversuchs gegen den in Art. 3 Abs. 1 GG normierten Gleichheitsgrundsatz und ist verfassungswidrig.³³⁴ Die bestehende Ungleichbehandlung der Versuchsstrafbarkeit der beiden Beihilfetatbestände ist nicht gerechtfertigt. Auch unter Zugrundelegung eines weiten Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers in Bezug auf die Bewertung der besonderen Schutzwürdigkeit des Rechtsgutes der Gefangenenselbstbefreiung ist kein Grund ersichtlich, den Versuch des Förderns einer Gefangenenselbstbefreiung abweichend von dem allgemein straflosen Versuch des Hilfeleistens zu anderen und häufig weit gewichtigeren Rechtsgütern unter Strafe zu stellen.³³⁵

2. Die Voraussetzungen des Versuchs

Trotz der Verfassungswidrigkeit sollen die Voraussetzungen des nach herrschender Ansicht strafbaren Versuchs herausgearbeitet werden, weil insbesondere die später noch zu untersuchende Tatvariante des Förderns in den §§ 19–20a KWKG an die Tatvariante

³²⁹ Siehe 3. Abschnitt A.II.2.a.(3).

³³⁰ Vgl. 2. Abschnitt C.I.

³³¹ BT-Drs. 7/550, S. 220.

³³² Lediglich im älteren Schrifttum unmittelbar nach dem Inkrafttreten des RStGB wurde der Widerspruch erkannt; Federer, S. 50 ff.; Koch, S. 48 f.; M.E. Mayer, S. 26 ff.

³³³ Vgl. Siegert, ebd.

³³⁴ In diesem Sinne auch Siegert, ebd.

³³⁵ Vgl. Siegert, JZ 1973, 308, 309. A. A. vgl. LK-v. Bubnoff § 120 Rn 46 und Schönke/Schröder-Eser § 120 Rn 23; einschränkend MüKo-Bosch § 120 Rn 36.

des Förderns in § 120 Abs. 1 angelehnt ist und den Versuch ebenfalls mit Strafe bedroht.

a. Die Vorstellung von der Verwirklichung des Fördertatbestandes

Voraussetzung für den Versuch des Förderns ist zunächst, dass der Förderer Vorsatz in Bezug auf die Verwirklichung des Fördertatbestandes gefasst hat. Unabhängig von der Qualifikation des Förderns als besondere Beihilfe oder rein täterschaftliche Regelung ist dafür erforderlich, dass der Förderer sämtliche objektive Tatumstände des Förderns des Entweichens in seinen Vorsatz aufgenommen hat. Er muss daher Vorsatz in Bezug auf seinen die Selbstbefreiung des Gefangenen fördernden Tatbeitrag besitzen, die vorsätzlich zu begehende und nicht gerechtfertigte Selbstbefreiung in ihren wesentlichen Merkmalen erfassen sowie deren Vollendung wollen.³³⁶

b. Das unmittelbare Ansetzen zum Fördern

Fall 9:

*F will dem Gefangenen G bei einem Besuch eine Eisensäge verschaffen, um ihm die Flucht aus der Haftanstalt am nächsten Tag zu ermöglichen. Die Eisensäge wird jedoch bei der Übergabe an G entdeckt und sichergestellt.*³³⁷

Nach § 22 begeht einen Versuch, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. Auf die Tatvariante des Förderns bezogen begeht mithin einen Versuch, wer nach seiner Vorstellung von dieser Tat zur Vornahme der fördernden Handlung unmittelbar ansetzt.³³⁸

In *Fall 9* scheidet ein vollendetes Fördern der Selbstbefreiung aus, weil die Selbstbefreiung des G weder versucht noch vollendet wurde.³³⁹ Mit der Übergabe der Eisensäge hat F aber nach ihrer Vorstellung von der Tat zur tatbestandsmäßigen Handlung, dem Fördern der Selbstbefreiung, unmittelbar angesetzt und damit einen Versuch des Förderns der Selbstbefreiung nach §§ 120 Abs. 1 Var. 3, Abs. 3 begangen.³⁴⁰

³³⁶ Vgl. 2. Abschnitt B.II.1.

³³⁷ Vgl. BGHSt 9, 62 ff.

³³⁸ Siehe schon 2. Abschnitt B.II.3.

³³⁹ Zur den Voraussetzungen eines vollendeten Förderns siehe oben 3. Abschnitt A.II.2.b.

³⁴⁰ Vgl. BGHSt 9, 62, 64; vgl. Jescheck/Weigend, S. 520.

c. Das Erfordernis einer ins Versuchsstadium gelangten Selbstbefreiung

In Anlehnung an die zum Versuch einer allgemeinen Beihilfe erhobenen Bedenken³⁴¹ kann aber auch bei dem Versuch des Förderns des Entweichens als besondere Beihilfe die Frage aufgeworfen werden, ob die Strafbarkeit des Versuchs nicht eine wenigstens ins Versuchsstadium gelangte Selbstbefreiung des Gefangenen als Haupttat voraussetzt.

(1) Ansicht der Rechtsprechung

Das RG befasste sich in drei Entscheidungen mit der vorliegenden Frage.³⁴² Es ließ für den Versuch des Förderns genügen, dass der Täter seinen Willen zur Förderung der Selbstbefreiung des Gefangenen durch Ausführungshandlungen betätigte, also alles tat, was er für erforderlich hielt und zu tun gedachte, um die Selbstbefreiung zu ermöglichen.³⁴³

Unklar bleibt bei dieser Definition jedoch, ob das RG tatsächlich den Versuch des Förderns unabhängig vom Erreichen des Versuchsstadiums der Selbstbefreiung bestimmt hat. Der Nachsatz im ersten und dritten Urteil³⁴⁴, dass der Täter alles erforderliche getan haben müsse, um die Befreiung zu ermöglichen, *diese Selbstbefreiung des anderen aber trotzdem nicht gelungen respektive verwirklicht zu sein brauche*, schafft nicht die nötige Klarheit. Denn die Formulierung einer „nicht gelungenen“ oder „nicht verwirklichten“ Selbstbefreiung lässt immer noch offen, ob die Selbstbefreiungshandlung des Gefangenen nicht wenigstens versucht sein müsse.

Insoweit aufschlussreich ist der mitgeteilte Sachverhalt der zweiten Entscheidung. Im zu Grunde liegenden Fall hatte die Angeklagte eine Stahlsäge in einer für den Gefangenen bestimmten Gamasche versteckt und in die Gefangenenanstalt eingebracht, damit der Gefangene ein Mittel zur Selbstbefreiung gewinne. Diese Handlung erachtete das RG schon für ausreichend, um einen Versuch des Förderns der Selbstbefreiung anzunehmen. Die Strafbarkeit des Versuchs der dritten Tatvariante der Gefangenenbefreiung erforderte dem RG zufolge mithin keine wenigstens versuchte Selbstbefreiung des Gefangenen.

Der BGH³⁴⁵ ist dieser Ansicht gefolgt. Im zur Entscheidung vorgelegten Fall, der weitgehend dem Sachverhalt des Reichsgerichtsurteils von 1929³⁴⁶ entsprach, führte der

³⁴¹ Siehe 2. Abschnitt B.II.3.

³⁴² RG Gold Arch 59, 116 f.; RG JW 1929, 2714; RG JW 1935, 2053.

³⁴³ RG Gold Arch, ebd.; RG JW 1935, ebd.

³⁴⁴ RG Gold Arch a.a.O.; RG JW 1935 a.a.O.

³⁴⁵ BGHSt 9, 62 ff.

³⁴⁶ RG JW 1929, 2714.

BGH aus, dass die Bestimmung des Versuchs nur mit Blick auf einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand ermittelt werden könne. Die Tathandlung des in Rede stehenden Tatbestandes (§ 120 Abs. 1 Var. 3) sei das Fördern der Selbstbefreiung, also das Unterstützen der zum Zwecke der Selbstbefreiung getätigten Handlungen des Gefangenen. Der Versuch des Förderns der Selbstbefreiung hänge mithin einzig davon ab, ob der Täter mit dieser Handlung, dem Fördern, begonnen habe. Unerheblich sei daher, ob der Gefangene zu seiner Tat, der Selbstbefreiung, angesetzt habe. Zwar sei die Vollendung der dritten Variante von einer gelungenen Selbstbefreiungshandlung des Gefangenen abhängig, der Versuch gleichwohl nicht.³⁴⁷

Die Ansicht der Rechtssprechung ist deutlich. Der Versuch des Förderns setzt nur das unmittelbare Ansetzen zur Förderungshandlung voraus. Das Verwirklichungsstadium der Selbstbefreiung des Gefangenen ist hingegen ohne Belang.

(2) Ansicht des herrschenden Schrifttums

Das heute vorherrschende Schrifttum verlangt für den Versuch des Förderns, dass der Förderer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar ansetzt. Mit dem Begriff „Tat“ sei das *Fördern* der Selbstbefreiung gemeint. Das heißt, die Ausführungshandlung, zu der der Täter unmittelbar ansetzen müsse, sei das *Hilfeleisten* zur Selbstbefreiung. Unerheblich sei jedoch, ob der Gefangene mit seiner Selbstbefreiungshandlung schon begonnen habe.³⁴⁸

Die Gründe hierfür liegen zum einen darin, dass der Teilnahmecharakter der Tatvariante geleugnet wird,³⁴⁹ zum anderen in der konsequenten Übertragung der Versuchsformel des § 22 auf die Tatvariante des Förderns. Indem die Versuchsformel des § 22 auf das Fördern übertragen wird, stellt sich aufgrund des speziellen Charakters der dritten Variante nicht mehr die Frage nach der Akzessorietät der Teilnahme. Infolge der so genannten Verselbstständigung der Beihilfe zur Selbstbefreiung sei nämlich jedes Akzessorietäterfordernis verloren gegangen, sodass das Fördern der Selbstbefreiung wie jede andere Täterschaftsregelung zu beurteilen sei.³⁵⁰ Das aber bedeute, dass der Versuch des Förderns nicht davon abhängig sein kann, ob der Gefangene als „Haupttäter“ selbst mit seiner Tathandlung beginne. Schon das Ansetzen zum Fördern ohne den Beginn der

³⁴⁷ BGHSt 9, 62, 63 f.

³⁴⁸ Vgl. Jescheck/Weigend, S. 520; Kindhäuser, BT I, S. 202; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 49; MüKo-Bosch § 120 Rn 37; Schönke/Schröder/Eser § 120 Rn 23. In diesem Sinne auch schon Federer, S. 56 f. Im Ergebnis übereinstimmend, aber in den Voraussetzungen einschränkend, AK-Zielinski § 120 Rn 35.

³⁴⁹ So beispielsweise LK-v. Bubnoff § 120 Rn 46.

³⁵⁰ Federer, ebd.; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 49; Schönke/Schröder/Eser, ebd.

eigentlichen Selbstbefreiung des Gefangenen sei ein Angriff auf den staatlichen Gewahrsam als geschütztes Rechtsgut des § 120 Abs. 1.³⁵¹

(3) Gegenansicht

Vorwiegend im älteren Schrifttum wurde vielfach die Ansicht vertreten, dass der Versuch des Förderns neben dem unmittelbaren Ansetzen zum Fördern auch den Beginn der Ausführungshandlungen des Gefangenen voraussetze.³⁵² Zur Begründung wurde vorgebracht, dass sich die akzessorische Natur der Teilnahmehandlungen – zu denen auch die Tatvariante des Förderns in § 120 Abs. 1 zähle – auch auf den Versuch der Teilnahme erstrecke, da die Verwirklichung der Haupttat – die Selbstbefreiung des Gefangenen – nicht nur eine Bedingung der Beihilfestrafbarkeit sei, sondern den rechtswidrigen Erfolg der Beihilfe in sich schließe.³⁵³ Diese Auffassung erklärt sich damit, dass von einem großen Teil des älteren Schrifttums der Versuch der allgemeinen Beihilfe – gemeint ist die im Versuchsstadium stecken gebliebene Beihilfehandlung – für schlechterdings unnötig, wenn nicht sogar für begrifflich undenkbar gehalten wurde.³⁵⁴ So sah *M.E. Mayer*³⁵⁵ die unterstützende Tätigkeit des Gehilfen entweder als erfolgsbeitragend an, was stets zur Vollendung der Beihilfe führte, oder die Tätigkeit trug überhaupt nicht zum Erfolg bei, was jedoch ein strafrechtlich irrelevantes und strafloses Verhalten darstellte.³⁵⁶

Es ist daher festzuhalten, dass nach dieser Ansicht, soweit der Versuch des Förderns im Sinne einer gescheiterten Unterstützungshandlung zur Selbstbefreiung betrachtet wurde, der akzessorische Charakter der vollendeten besonderen Beihilfe auf deren Versuch übertragen wurde. Der Versuch des Förderns setzt danach eine wenigstens ins Versuchsstadium gelangte Selbstbefreiung des Gefangenen voraus.

(4) Stellungnahme

Wie bereits dargelegt wurde, ist bei der Übertragung der Versuchsregelung des § 22 auf die Tatvariante des Fördern zum strafbaren Versuchsbeginn lediglich erforderlich, dass der Förderer zu seiner fördernden Handlung unmittelbar ansetzt.³⁵⁷ Das heißt, die Begehung der Selbstbefreiung des Gefangenen als zu fördernde Handlung wäre für die Straf-

³⁵¹ Federer, a.a.O.

³⁵² Bergholter, S. 64 f.; Koch, S. 49; M.E. Mayer, S. 25 f. Nunmehr auch SK-Horn/Wolters § 120 Rn 15.

³⁵³ Koch, S. 49; M.E. Mayer, S. 26.

³⁵⁴ Siehe Darstellung bei Koch, S. 48.

³⁵⁵ M.E. Mayer, ebd.

³⁵⁶ In diesem Sinne auch Lambach, S. 38.

³⁵⁷ Siehe 3. Abschnitt A.III.2.c.

barkeit des Versuchs grundsätzlich keine Voraussetzung.

Zur Strafbarkeitsvoraussetzung einer wenigstens zur Ausführung gelangten Selbstbefreiung als so genannte Haupttat könnte man aber dann gelangen, wenn man entsprechend der Argumentation zum Versuch der allgemeinen Beihilfe einen Wertungswiderspruch darin erblickt, dass bei Vornahme derselben fördernden Handlung von einem Mittäter das strafbare Versuchsstadium erst mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Haupttat beginnen würde.³⁵⁸ Denn es wäre widersprüchlich, für den gewichtigeren mittäter-schaftlich begangenen Versuch ein unmittelbares Ansetzen zur Haupttat zu fordern, für den Versuch der schwächeren Beteiligungsform nicht.³⁵⁹ Zum Vergleich mit der Strafbarkeit der F wegen versuchten Förderns in *Fall 9* soll daher der folgende abgewandelte Fall dienen:

Fall 10:

Der Mitgefangene M verschafft sich und dem Gefangenen G für die gemeinsame Flucht eine Waffe. Bevor G mit der Befreiung unter Verwendung der Waffe am nächsten Tag aber beginnen kann, wird die Waffe bei einer Durchsuchung sichergestellt und G verlegt.

Bei der Übertragung der vom Versuch der allgemeinen Beihilfe bekannten Argumentation auf die Tatvariante des Förderns ist zu beachten, dass der Versuchsbeginn der zum Vergleich herangezogenen „Haupttat“ die gemeinschaftliche Selbstbefreiung der Gefangenen ist, der „Mittäter“ also ebenfalls ein Gefangener ist.³⁶⁰ Das heißt, für die vergleichende Betrachtung ist beim „Mittäter“ auf den Beginn des gemeinschaftlich begangenen Selbstbefreiungsversuches – dessen Strafbarkeit dazu unterstellt werden soll –³⁶¹ abzuheben. Der Wertungswiderspruch würde somit darin bestehen, dass bei Vornahme derselben fördernden Handlung von einem (mitgefangenen) „Mittäter“ der unterstellt strafbare Versuch erst mit dem unmittelbaren Ansetzen zur eigentlichen Selbstbefreiung beginnen würde, der Versuch des Förderns als schwächere Form der Beteiligung aber schon mit dem unmittelbaren Ansetzen zur fördernden Handlung beginnt, ohne dass es auf den Anfang der Selbstbefreiung ankäme. Der Förderer als materieller

³⁵⁸ Zum Versuchsbeginn bei der Mittäterschaft siehe LK- Schönemann § 25 Rn 203 f.

³⁵⁹ Siehe 2. Abschnitt B.II.3.

³⁶⁰ Fehlerhaft wäre es, zum Vergleich auf den Versuchsbeginn des täterschaftlichen Befreiens nach § 120 Abs. 1 Var. 1 abzustellen. Vergleichbar ist dieser Versuchsbeginn mit dem der (straflosen) allgemeinen Beihilfe zum Befreien nach §§ 120 Abs. 1 Var. 1, 27.

³⁶¹ Eine mögliche Strafbarkeit nach § 121 soll außer Betracht bleiben.

Gehilfe der Selbstbefreiung des Gefangenen stünde mithin schlechter als der dieselbe fördernde Handlung vornehmende „Mittäter“.

Bezogen auf das Beispiel in *Fall 10* hat M nach seiner Vorstellung noch nicht zur selbstbefreienden Handlung unmittelbar angesetzt, weil er die gemeinschaftliche Befreiung mit G erst für den nächsten Tag plante und das Versuchsstadium der Selbstbefreiung nach § 22 erst beginnen würde, wenn er oder der Gefangene G nach ihrer Vorstellung von der Tat unmittelbar zur selbstbefreienden Handlung ansetzen.

Im Vergleich dazu hätte sich F in *Fall 9* als (materieller) Gehilfe des G bei Vornahme der gleichen Tathandlung bereits wegen eines versuchten Förderns strafbar gemacht. F würde mithin eher als M bestraft, obwohl die Beteiligung des F geringer und die Verletzung des von § 120 geschützten staatlichen Gewahrsams noch wesentlich entfernter ist. Zur Vermeidung dieses Wertungswiderspruches müsste sichergestellt werden, dass der Versuch des Förderns als versuchte Teilnahme nicht früher als der täterschaftliche Versuch beginnt. Erreicht werden könnte das dadurch, dass der strafbare Versuch des Förderns wie der unterstellt strafbare täterschaftliche Versuch erst mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Selbstbefreiung beginnt.

Die Untersuchungen zum Versuch der allgemeinen Beihilfe haben gezeigt, dass hinsichtlich des Versuchsbeginns die Gleichbehandlung von versuchter Beihilfe und mittäterschaftlich begangenen Versuch unzulässig ist. Denn der Beginn der versuchten Beteiligung an einer bestimmten Straftat unterscheidet sich notwendig von der vollendeten Beteiligung am Versuch derselben Straftat. Der Versuch einer Beihilfe ist daher nicht vergleichbar mit dem in Mittäterschaft begangenen Versuch, sondern mit der entsprechenden versuchten Beteiligungsform, der versuchten mittäterschaftlichen Beteiligung.³⁶² Bezogen auf die Tatvariante des Förderns des Entweichens in § 120 Abs. 1 als besondere Beihilfe ist der Versuch des Förderns demzufolge nicht mit dem mittäterschaftlich begangenen Befreiungsversuch nach § 120 Abs. 1 Var. 1 vergleichbar, sondern mit dem Versuch einer Mittäterschaft an der Gefangenenselbstbefreiung. Denn der Versuch des Förderns ist eine versuchte Beteiligungsform in Form einer versuchten besonderen Beihilfe und der in Mittäterschaft begangene Befreiungsversuch eine vollendete Beteiligung am Versuch. Die aus dem unzulässigen Vergleich des versuchten Förderns mit dem vollendeten mittäterschaftlich begangenen Versuch gewonnene Schlussfolgerung, der Versuch des Förderns dürfe zur Vermeidung eines Wertungswi-

³⁶² Siehe 2. Abschnitt B.II.3.

derspruches mit dem in Mittäterschaft begangenen Befreiungsversuch erst mit dem Versuchsbeginn der Selbstbefreiung des Gefangenen einsetzen, ist mithin nicht haltbar.

Vergleichbar mit dem in Mittäterschaft begangenen Versuch der Gefangenenselbstbefreiung ist vielmehr das vollendete Fördern der versuchten Gefangenenselbstbefreiung. Auf Grund der Abhängigkeit der vollendeten Tatvariante des Förderns von einer vorsätzlich begangenen nicht gerechtfertigten Selbstbefreiung³⁶³ setzt die Strafbarkeit des Förderers erst dann ein, wenn die Gefangenenselbstbefreiung wenigstens das Versuchsstadium erreicht hat. In diesem Fall setzt die Strafbarkeit aber zum selben Zeitpunkt ein wie die des an der Selbstbefreiung des Gefangenen beteiligten Mittäters, und zwar mit Versuchsbeginn der Gefangenenselbstbefreiung. Vor Versuchsbeginn der Gefangenenselbstbefreiung sind sowohl der Mittäter als auch der Förderer nicht wegen vollendeter Beteiligung am Versuch strafbar.

In Bezug auf das Fallbeispiel darf somit nicht aus der Straflosigkeit des Mittäters M in *Fall 10* die Straflosigkeit des dieselbe Handlung vornehmenden Förderers in *Fall 9* abgeleitet werden. Weil die Gefangenenselbstbefreiung in *Fall 9* nicht zur Ausführung gelangte, lag in Bezug auf die Beteiligung des F eine nur versuchte Beteiligung in Form des versuchten Förderns vor. Hingegen ist in *Fall 10* die Gefangenenselbstbefreiung in das Versuchsstadium gelangt. Damit ist hinsichtlich der Beteiligung des M eine in Mittäterschaft begangene versuchte Gefangenenselbstbefreiung gegeben, also eine vollendete Beteiligung, bei der lediglich der angestrebte Taterfolg ausblieb.

Als mittäterschaftliche Beteiligungsform ist mit dem Versuch des Förderns als versuchte Beteiligung vergleichbar die versuchte mittäterschaftliche Beteiligung an der Gefangenenselbstbefreiung. Der Versuch einer Mittäterschaft ist allgemein in § 30 Abs. 2 Var. 3 als Verabredung zu einem Verbrechen geregelt.³⁶⁴ Danach würde die Strafbarkeit wegen versuchter mittäterschaftlicher Beteiligung an der Gefangenenselbstbefreiung nicht erst mit Beginn der Befreiungshandlung einsetzen, sondern schon mit der Verabredung und damit noch im allgemein straflosen Vorbereitungsstadium der Gefangenenselbstbefreiung. Ein Wertungswiderspruch zum Versuch des Förderns, der grundsätzlich mit dem unmittelbaren Ansetzen zu der die Gefangenenselbstbefreiung fördernden Handlung einsetzt und insoweit eine minder schwere Beteiligungsform darstellt, bestünde demzufolge nicht mehr.

³⁶³ Siehe 3. Abschnitt A.II.2.

³⁶⁴ Siehe oben 2. Abschnitt B.II.3.

Ist aber der Versuch des Förderns mit der versuchten mittäterschaftlichen Begehung nach § 30 Abs. 2 Var. 3 vergleichbar, wird ein ganz anderer Wertungswiderspruch sichtbar. Strafbar ist nach der Wertentscheidung des Gesetzgebers ausschließlich die Verabredung zu einem *Verbrechen*, das heißt ausschließlich der Versuch einer mittäterschaftlichen Beteiligung an einem Verbrechen. Da die Selbstbefreiung des Gefangenen, wenn sie unter Strafe stünde,³⁶⁵ wie die Gefangenenfremdbefreiung nach § 120 Abs. 1 Var. 1 aber ein bloßes Vergehen darstellen würde, wäre die versuchte mittäterschaftliche Begehung einer Gefangenen selbstbefreiung weder von § 30 Abs. 2 Var. 3 noch anderen Normen erfasst und infolge dessen straflos.³⁶⁶ Das bedeutet, der Förderer ist wegen versuchter Teilnahme nach § 120 Abs. 1 Var. 3, Abs. 3 strafbar, der zur Selbstbefreiung verabredete Mittäter bliebe trotz Vornahme der gleichen fördernden Handlung straflos. Somit stünde der Förderer als Gehilfe des sich selbst befreienden Gefangenen schlechter als der sich in der schwereren Beteiligungsform an der Gefangenen selbstbefreiung beteiligende bereits verabredete Mittäter.

Der Grund dieses Wertungswiderspruches besteht in der Strafbarkeit des versuchten Förderns der Gefangenen selbstbefreiung. Mit der Unter-Strafe-Stellung des versuchten Förderns ist nunmehr sogar der Versuch einer Beihilfe zu einem Vergehen strafbar, obgleich der Versuch der (allgemeinen) Beihilfe nach dem Willen des Gesetzgebers generell straflos ist.³⁶⁷ Ohne die Versuchsstrafbarkeit der Beihilfe konnte aus der auf Verbrechen beschränkten Strafbarkeit der versuchten Mittäterschaft nach § 30 Abs. 2 Var. 3 kein Wertungswiderspruch folgen. Mit der Unter-Strafe-Stellung des versuchten Förderns als Versuch einer Beihilfe ist aber das Wertungsgefüge zwischen strafbarer versuchter Mittäterschaft und strafloser versuchter Beihilfe gestört worden.

Vermieden werden kann dieser Wertungswiderspruches entweder dadurch, dass die in § 120 Abs. 3 normierte Versuchsstrafbarkeit nicht auf die Tatvariante des Förderns angewendet wird,³⁶⁸ oder aber, sofern man an der grundsätzlichen Versuchsstrafbarkeit festhalten möchte, dadurch, dass ein Wertungswiderspruch zur insoweit straflosen versuchten Mittäterschaft nach § 30 Abs. 2 Var. 3 ausgeschlossen wird. Das heißt, die Strafbarkeit wegen versuchten Förderns dürfte jedenfalls nicht früher einsetzen als die

³⁶⁵ Siehe oben, S. 78.

³⁶⁶ Zur Strafbarkeit wegen Verabredens zu einem Verbrechen mangels Verantwortlichkeit eines Beteiligten – wie im vorliegenden Fall die generelle Straflosigkeit des Gefangenen – vgl. LK-Schünemann § 30 Rn 64 und Schönke/Schröder-Cramer/Heine § 30 Rn 31.

³⁶⁷ Siehe 2. Abschnitt B.I.

³⁶⁸ Zur Verfassungswidrigkeit der Versuchsstrafbarkeit siehe 3. Abschnitt A.III.1.

„Strafbarkeit“ eines Mittäters. Weil die „Strafbarkeit“ der versuchten Mittäterschaft aber schon an § 30 Abs. 2 Var. 3 scheitert, würde die unterstellte tatsächliche Strafbarkeit eines Mittäters frühestens mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Gefangenenselbstbefreiung einsetzen. Zur Vermeidung eines Wertungswiderspruches muss deshalb gewährleistet werden, dass auch der strafbare Versuch des Förderns frühestens in diesem Zeitpunkt beginnt. Erfüllt werden kann diese Forderung, indem der strafbare Versuch des Förderns eine wenigstens ins Versuchsstadium gelangte Selbstbefreiung des Gefangenen voraussetzt. Denn dann würde die Versuchsstrafbarkeit wegen Förderns erst einsetzen, wenn sich auch ein an der Selbstbefreiung des Gefangenen beteiligender Mittäter wegen Versuchs bestraft werden könnte.

Fraglos wäre mit dieser Einschränkung die Anordnung der Versuchsstrafbarkeit für die Tatvariante des Förderns selten von Bedeutung. Denn mit der Forderung einer wenigstens versuchten Selbstbefreiung entspricht der Versuch des Förderns in seinen Voraussetzungen dem vollendeten Fördern einer versuchten Selbstbefreiung. Raum für eine Strafbarkeit wegen Versuchs bliebe lediglich, wenn unabhängig von der gescheiterten Förderung die Selbstbefreiung des Gefangenen ins Versuchsstadium gelangt.

In *Fall 9* hat F mit dem Verschaffen des Sägeblattes zwar zum Versuch des Förderns unmittelbar angesetzt; weil die Selbstbefreiung des G aber nicht zum Beginn der Ausführung gelangte, bleibt F straflos. Erst wenn G zur Selbstbefreiung unmittelbar angesetzt hätte, wäre auch der Versuch des Förderns der F strafbar. Hätte G dabei das Sägeblatt benutzt, wäre F aber schon wegen vollendeten Förderns der (versuchten) Selbstbefreiung des G strafbar.

(5) Ergebnis

Mit der Beschränkung des strafbaren Versuchs auf die Fälle, in denen die Selbstbefreiung des Gefangenen wenigstens das Versuchsstadium erreicht hat, kann zwar der Widerspruch zur straflosen Verabredung zu einer Gefangenenselbstbefreiung als versuchte Mittäterschaft behoben werden. Nicht aus dem Weg geräumt werden kann damit aber der Widerspruch zwischen dem strafbaren Versuchs des Förderns und dem generell straflosen Versuch einer allgemeinen Beihilfe.³⁶⁹ Sofern man daraus nicht mit der hier vertretenen Auffassung die Verfassungswidrigkeit der Versuchstrafbarkeit folgert und auch dem Versuch des Förderns der Strafdrohung des § 120 Abs. 3 unterstellt,³⁷⁰ ist für

³⁶⁹ Siehe schon oben 3. Abschnitt A.III.1.

³⁷⁰ Siehe 3. Abschnitt A.III.1.

den dann strafbaren Versuch des Förderns einschränkend eine wenigstens ins Versuchsstadium gelangte Selbstbefreiung des Gefangenen vorauszusetzen.

3. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, dass schon die Anordnung der Versuchsstrafbarkeit des Förderns nach § 120 Abs. 3 verfassungswidrig ist. Der Versuch des Förderns würde nach § 22 bereits dann beginnen, wenn der Förderer nach seiner Vorstellung von der Tat zur fördernden Handlung unmittelbar ansetzt, ohne dass die Selbstbefreiung in das Stadium des nicht mit Strafe bedrohten Versuchs gelangt sein muss. Diese streng an § 22 ausgerichtete Bestimmung des Versuchsbeginns führt innerhalb des § 120 zu Wertungswidersprüchen, die allenfalls dadurch behoben werden können, dass entgegen der herrschenden Meinung für den nach § 120 Abs. 3 strafbaren Versuch des Förderns eine wenigstens ins „Versuchsstadium“ gelangte Selbstbefreiung vorausgesetzt wird. Das bloße unmittelbare Ansetzen zur fördernden Tathandlung würde für die Strafbarkeit des Versuchs dann nicht genügen.

IV. Die allgemeine Teilnahme am Fördern

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, dass die Tatvariante des Förderns eine gesondert normierte (materielle) Beihilfe ist.³⁷¹ „Haupttat“ dieser besonderen Beihilfe ist die nicht mit Strafe bedrohte Selbstbefreiung des Gefangenen. Wie schon im Rahmen der allgemeinen Beihilfe diskutiert, kann auch die Beihilfe und damit auch das Fördern selbst Haupttat einer (allgemeinen) Teilnahme sein. Dazu das folgende Beispiel:

Fall 11:

Der vor Gericht stehende Untersuchungsgefangene G schlägt den Aufsichtsbeamten nieder und flüchtet mit Hilfe des von F übergebenen Universalschlüssels durch den Hinterausgang. B, der als Hausmeister im Gerichtsgebäude tätig ist, schuldete F noch einen Gefallen und hat ihm tags zuvor einen Originalschlüssel überlassen, damit sich F ein Duplikat des Schlüssels anfertigen kann, um dieses G zu geben.

G hat sich selbst befreit. Indem F ihm dazu einen Nachschlüssel aushändigte, hat er zur Selbstbefreiung des G Hilfe geleistet. F hat sich daher wegen Förderns der Selbstbefreiung strafbar gemacht. Mit dem Überlassen des Originalschlüssels an F ermöglichte B

³⁷¹ 3. Abschnitt A.II.2.a.

die Förderungshandlung des F und hat deshalb zum Fördern der Selbstbefreiung Hilfe geleistet.³⁷² Voraussetzung für die Bestrafung wegen einer Beihilfe zum Fördern der Selbstbefreiung nach §§ 120 Abs. 1 Var. 3, 27 Abs. 1 ist zunächst, dass das Fördern eine teilnahmefähige Haupttat im Sinne der §§ 26, 27 darstellt.

1. Das Fördern des Entweichens als Haupttat einer allgemeinen Teilnahme

Die allgemeine Teilnahme in Form der Anstiftung und Beihilfe nach §§ 26, 27 setzt als Haupttat eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen voraus. Damit umfasst die allgemeine Teilnahme grundsätzlich alle im Besonderen Teil des StGB unter Strafe gestellten Delikte, einschließlich derjenigen der Gefangenenbefreiung in § 120 Abs. 1. Als teilnahmefähige Haupttat erfasst ist somit auch das Fördern des Entweichens eines Gefangenen nach § 120 Abs. 1 Var. 3.

Nach der herrschenden Ansicht folgt die Teilnahmefähigkeit ohne Weiteres aus der täterschaftlichen Natur des Förderns. Da unstreitig die Vorschriften der allgemeinen Teilnahme auf die (täterschaftlichen) Delikte des Besonderen Teils Anwendung finden, könne auch am Fördern des Entweichens ohne Weiteres teilgenommen werden.³⁷³ Aber auch nach der hier vertretenen Auffassung, wonach das Fördern eine im Besonderen Teil normierte besondere Beihilfe darstellt, ist eine allgemeine Teilnahme zulässig. So ist bereits bei der Untersuchung der allgemeine Beihilfe gezeigt worden, dass neben den unbestrittenen täterschaftlichen Delikten des Besonderen Teils des StGB auch eine formelle Beihilfe nach § 27 Abs. 1 Haupttat einer weiteren Teilnahme sein kann.³⁷⁴ Nichts anderes gilt dann auch für das Fördern als besondere Beihilfe, da es die in den §§ 26, 27 aufgestellten Voraussetzungen einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen grundsätzlich erfüllt.³⁷⁵

In *Fall 11* stellt deshalb das Fördern der Selbstbefreiung eine teilnahmefähige Haupttat dar, an der sich B in Form der Beihilfe beteiligen kann.

³⁷² Zur Abgrenzung einer (direkten) Beihilfe zum Fördern der Selbstbefreiung und einem (indirekten) Fördern der Selbstbefreiung siehe unter 3. Abschnitt A.IV.2.c.

³⁷³ Besonders deutlich LK-v. Bubnoff § 120 Rn 29; ebenso AK-Zielinski § 120 Rn 28.

³⁷⁴ 2. Abschnitt C.I.

³⁷⁵ Vgl. Entwurf der Großen Strafrechtskommission E 1962, S. 610: „An diesen verselbstständigten Teilnahmetatbeständen ist, wie im geltenden Recht, wiederum Teilnahme nach den allgemeinen Regeln möglich.“

2. Die Bestrafung einer allgemeinen Teilnahme am Fördern des Entweichens

Stellt das Fördern des Entweichens eine für die formelle Anstiftung und Beihilfe taugliche Haupttat dar, schließt sich die Frage an, wie eine solche Teilnahme am Fördern zu behandeln ist.

Die bisherige Untersuchung der Tatvariante des Förderns ergab, dass das Fördern eine im Besonderen Teil des StGB normierte (besondere) Beihilfe ist und mit der allgemeinen Beihilfe bis auf das Erfordernis einer mit Strafe bedrohten Haupttat übereinstimmt.³⁷⁶ Infolgedessen stellt die weitere Teilnahme am Fördern sachlich eine Teilnahme an einer Teilnahme (Beihilfe) dar. Bekannt ist diese Konstellation mehrerer aneinandergereichter Teilnahmetaten schon aus der allgemeinen Beteiligungslehre, die oben am Beispiel der Teilnahme an einer allgemeinen Beihilfe diskutiert wurde.³⁷⁷ Diese Strukturgleichheit gibt nun Anlass zu der Frage, ob die zur Behandlung der allgemeinen Kettenteilnahme entwickelten Grundsätze auf die hier vorliegenden Teilnahmekonstellationen übertragen werden können. Es stellt sich mithin auch bei einer Teilnahme an der besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 die Frage, ob eine Teilnahme daran als indirektes Fördern der Selbstbefreiung nach § 120 Abs. 1 Var. 3 oder als Anstiftung beziehungsweise Beihilfe zum Fördern der Selbstbefreiung nach §§ 120 Abs. 1 Var. 3, 26 beziehungsweise § 27 Abs. 1 zu bestrafen ist.

a. Ansicht der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung sah sich bisher in nur einer besonderen Fallgestaltung mit der vorliegenden Fragestellung konfrontiert. Sie hatte zu entscheiden, ob die von einem Gefangenen bewirkte Anstiftung eines anderen, ihn zu befreien oder ihm bei der Selbstbefreiung behilflich zu sein, strafbar sei.³⁷⁸ In den Urteilsbegründungen problematisiert wurde allein die Frage der Strafbarkeit des Gefangenen wegen Anstiftung an der für ihn als Täter straflosen Tat.³⁷⁹ Eine ergiebige Stellungnahme zu einer möglichen Zusammenfassung der allgemeinen Anstiftung und der besonderen Beihilfe enthalten die Ausführungen der Gerichte nicht. Jedoch deuten die zur Strafbarkeit getätigten Aussagen darauf hin, dass eine Zusammenfassung der Anstiftung zum Fördern der Selbstbefreiung zu einem so genannten mittelbaren Fördern der Selbstbefreiung nach den allgemeinen

³⁷⁶ Siehe 3. Abschnitt A.II.

³⁷⁷ Siehe 2. Abschnitt C.II.

³⁷⁸ BGHSt 17, 269, 375; RGSt 3, 140, 141; 61, 31, 33.

³⁷⁹ Es handelt sich um die Konstellation einer „notwendigen Teilnahme“, vgl. BGHSt 4, 396, 400 f. Eingehend zur Problematik Wolter, JuS 1982, 344 ff.

Grundsätzen der Kettenteilnahme³⁸⁰ nicht befürwortet wurde. Das RG sagte dazu, dass jede Tätigkeit des Gefangenen, die sich als Anstiftung zu einer unter § 120 fallenden strafbaren Handlung einer anderen Person darstelle, nach Maßgabe des § 48 (a. F.) strafbar sei.³⁸¹ „Nach Maßgabe des § 48 (a. F.)“ strafbar kann aber nur heißen, dass die Anstiftung zu einem Fördern der Selbstbefreiung als Anstiftung nach § 48 a. F. i. V. m. § 120 Abs. 1 Var. 3 zu bestrafen ist, nicht aber als in diesem Fall strafbares indirektes Fördern der Selbstbefreiung nach § 120 Abs. 1 Var. 3, weil es sonst des Bezuges auf § 48 a.F. nicht bedurft hätte.

In einer weiteren Entscheidung greift das RG diese Bewertung auf und erklärt, dass der Gefangene, der eine andere Person anstifte, ihn zu befreien oder ihm zur Selbstbefreiung behilflich zu sein, dadurch nicht strafloser Teilnehmer an einer für ihn straflosen Handlung werde, er vielmehr mittels der Anstiftung eine von der bloßen Selbstbefreiung verschiedene selbstständige Straftat begehe und Ursache der selbstständigen Straftat eines anderen, nämlich des Vergehens nach § 120 werde.³⁸² Auch in diesen Worten kommt erkennbar zum Ausdruck, dass die Anstiftung zu einem Fördern der Selbstbefreiung nicht als strafbares indirektes Fördern zu bestrafen ist, sondern als Anstiftung zum Fördern der Selbstbefreiung.

Der BGH befasste sich ebenfalls mit dieser Teilnahmekonstellation. Er führt dazu aus, dass in den Fällen, in denen ein Gefangener einen Außenstehenden anstifte, ihm bei der Selbstbefreiung behilflich zu sein, der Gefangene sich einer Anstiftung zu § 120 Abs. 1 Var. 3 schuldig mache.³⁸³ Wie den Ausführungen des RG lässt sich der Aussage des BGH entnehmen, dass er eine Teilnahme am Fördern als Anstiftung oder Beihilfe zum Fördern bestrafen würde, nicht jedoch als indirektes Fördern nach § 120 Abs. 1 Var. 3. In den weiteren Urteilsgründen bezeichnet er im Gegensatz zum RG die vorliegende Teilnahmekonstellation zwar nicht als Anstiftung zum Fördern der Selbstbefreiung, sondern als „Anstiftung zur Beihilfe“ zu einer Selbstbefreiung,³⁸⁴ doch pflegte der BGH in diesem Urteil stets die Tatvariante des Förderns als „Beihilfe zur Selbstbefreiung“ zu benennen.³⁸⁵

³⁸⁰ Siehe oben 2. Abschnitt C.II.1. und 2.

³⁸¹ RGSt 3, 140, 141.

³⁸² RGSt 61, 31, 32 f.

³⁸³ BGHSt 17, 269, 373.

³⁸⁴ BGHSt 17, 269, 375.

³⁸⁵ Siehe BGHSt 17, 371 und 375.

Aus den Urteilen der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann mithin geschlossen werden, dass auf die Teilnahmekonstellation einer Anstiftung zum Fördern der Selbstbefreiung nicht die allgemeinen Grundsätzen der Kettenteilnahme Anwendung finden und die Teilnahme am Fördern nicht zu einem indirekten Fördern der Selbstbefreiung zusammengefasst wird. Vielmehr ist die Anstiftung – und damit einhergehend auch die Beihilfe – zum Fördern als eben solche Anstiftung oder Beihilfe zum Fördern der Gefangenenselbstbefreiung nach §§ 26, 27 i. V. m. § 120 Abs. 1 Var. 3 zu bestrafen.

In *Fall 11* wäre B demzufolge wegen Beihilfe zum Fördern der Selbstbefreiung nach §§ 120 Abs. 1 Var. 3, 27 zu bestrafen.

b. Ansicht des Schrifttums

Das Schrifttum setzt sich mit der Behandlung einer Teilnahme am Fördern eingehend auseinander. Nach nahezu einhelliger Auffassung richtet sich die Teilnahme am Fördern nach den allgemeinen Teilnahmevorschriften.³⁸⁶ Eine Teilnahme wird deshalb als Anstiftung oder Beihilfe zum Fördern nach § 26 beziehungsweise § 27 Abs. 1 i. V. m. § 120 Abs. 1 bestraft, nicht aber als indirektes Fördern nach § 120 Abs. 1 Var. 3.³⁸⁷ Infolgedessen werden von der Tathandlung des Förderns nur dem Gefangenen zur Selbstbefreiung direkt geleistete Unterstützungshandlungen erfasst, während indirekte Unterstützungshandlungen nach den allgemeinen Teilnahmevorschriften als Beihilfe zum Fördern des Entweichens bestraft werden.³⁸⁸

Zur Begründung werden drei Gründe vorgetragen: Zunächst sei schon dem Wortlaut der Tatvariante des Förderns zu entnehmen, dass tatbestandsmäßig nur die Selbstbefreiung des Gefangenen direkt fördernde Tatbeiträge seien, also Tatbeiträge, die dem sich selbst befreienden Gefangenen und nicht über einen Dritten gewährt werden.³⁸⁹ Des Weiteren würde die einheitliche Behandlung von indirekten und direkten Beihilfehandlungen zur Gefangenenselbstbefreiung als Fördern des Entweichens nach § 120 Abs. 1 Var. 3 zu einem umfassenden Ausschluss der obligatorischen Strafmilderung des Gehilfen nach § 27 Abs. 2 führen,³⁹⁰ und schließlich käme es wegen der in § 120 Abs. 3 angeordneten und für alle Tatvarianten des Abs. 1 geltenden Versuchsstrafbarkeit auch zu einer Straf-

³⁸⁶ Siehe nur Koch, S. 50; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 30; Tröndle/Fischer § 120 Rn 8. Differenzierend SK-Horn/Wolters § 120 Rn 12, 9.

³⁸⁷ LK-v. Bubnoff § 120 Rn 31.

³⁸⁸ AK-Zielinski § 120 Rn 28; Joecks § 120 Rn 18; Kindhäuser, BT 1, S. 218; Küper, S. 50; LK-v. Bubnoff § 120 Rn 31; Maurach/Schroeder/Maiwald, S. 235; NK-Ostendorf^f § 120 Rn 19; Otto, BT, S. 466; Schönke/Schröder-Eser § 120 Rn 11/12; Tenckhoff/Arloth, JuS 1985, 134.

³⁸⁹ LK-v. Bubnoff, ebd.

³⁹⁰ LK-v. Bubnoff a.a.O.

barkeit jeder versuchten Beihilfe, was in Anbetracht der grundsätzlichen Strafflosigkeit des Beihilfeversuchs eine nicht zu rechtfertigende Strafbarkeitsvorverlagerung und Strafausdehnung darstelle.³⁹¹

Ebenso wie die Rechtsprechung würde somit auch das Schrifttum den B in *Fall 11* wegen Beihilfe zum Fördern der Selbstbefreiung nach §§ 120 Abs. 1 Var. 3, 27 bestrafen, weil er zur Selbstbefreiung des G nur indirekt Hilfe geleistet hat.

c. *Eigene Ansicht*

Dem Ergebnis der Rechtsprechung und des Schrifttums ist beizupflichten. Die Zusammenfassung der allgemeinen Teilnahme und des Förderns zu einem indirekten Fördern würde insbesondere zu unannehmbaren Folgen führen, die der Anwendung der von der herrschenden Ansicht angewandten so genannten allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme entgegenstehen.

Zunächst kann aber das Ergebnis von Rechtsprechung und Schrifttum nicht schon aus dem Wortlaut des § 120 Abs. 1 gewonnen werden. Der Begriff des Förderns beinhaltet keine Beschränkung auf bloß direkt fördernde Handlungen. Nach allgemeinem Sprachgebrauch sind alle Tatbeiträge fördernd, die direkt oder indirekt eine bestimmte Handlung fördern. Auch aus dem systematischen Vergleich mit dem nahe stehenden Begriff des Hilfeleistens in § 27 Abs. 1 folgt nicht die vom Schrifttum vorgezeichnete Unterscheidung. So wird beim Hilfeleisten gerade nicht zwischen direkt und indirekt Hilfe leistenden Handlungen unterschieden, sondern es werden, wie es die überwiegend befürwortete Anwendung der so genannten allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme belegt, auch indirekte Hilfeleistungen unter § 27 Abs. 1 subsumiert.³⁹² Dass diese Beihilfe dann als „mittelbare“ Beihilfe bezeichnet wird, vermag an der weiten Auslegung des Begriffes Hilfeleisten nichts zu ändern. Umfasst sind davon nach herrschender Ansicht sowohl direkte als auch indirekte Hilfeleistungen.

Gegen eine Zusammenfassung von allgemeiner Teilnahme und besonderer Beihilfe sprechen systematisch aber jene Gründe, die im Rahmen der allgemeinen Kettenteilnahme einer Zusammenfassung mehrerer allgemeiner Teilnahmetaten zu einer „mittelbaren“ Beihilfe entgegenstanden.³⁹³ Dieselben Gründe lassen sich mutatis mutandis auf die allgemeine Teilnahme am Fördern des Entweichens übertragen. Die Überlegungen

³⁹¹ Tenckhoff/Arloth a.a.O.

³⁹² Siehe 2. Abschnitt II.3.

³⁹³ Siehe 2. Abschnitt C.II.3.

zur allgemeinen Teilnahme haben gezeigt, dass bei Anwendung der Grundsätze der Kettenteilnahme auf allgemeine Teilnahmetaten die Abgrenzung zwischen der ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ und der in mittelbarer Täterschaft begangenen Beihilfe sowie zwischen der ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ und der in Mittäterschaft begangenen Beihilfe unmöglich wäre.³⁹⁴ Die weitere Beteiligung an der Beihilfe wäre somit unabhängig von der jeweiligen Beteiligungsform stets als Beihilfe zur Haupttat zu bestrafen. Das erschien jedoch wenig sachgerecht, weil der Anstifter und Gehilfe des Gehilfen nach der hier vertretenen Ansicht eben nicht zur Haupttat (direkt) Hilfe leisten. Zur Haupttat leistet nämlich nur derjenige direkt oder „unmittelbar“ Hilfe, der die Herrschaft über das Hilfeleisten zur Haupttat besitzt, also den Geschehensablauf – das Leisten von Hilfe – lenkend in den Händen hält. Das ist aber bloß der Gehilfe, der die Hilfeleistung im Sinne des § 25 selbst (unmittelbar), durch einen anderen (mittelbar) oder mit einem anderen gemeinschaftlich erbringt.³⁹⁵

Gleiches lässt sich für die Teilnahme am Fördern feststellen. Im Sinne des § 120 Abs. 1 fördert die Befreiung eines Gefangenen, wer diese fördernde Handlung selbst (direkt), durch einen anderen (mittelbar) oder mit einem anderen gemeinschaftlich begeht.³⁹⁶ Bedingung in jedem dieser Fälle ist, dass der Beteiligte die Herrschaft über das Fördern ausübt. Hat der Anstifter oder Gehilfe der Förderung einer Gefangenenselbstbefreiung diese Herrschaft nicht (so wird es meist sein), so nimmt er an der Förderung in Form der Anstiftung oder der Hilfeleistung bloß teil, weil er sich dem Förderer als seinem „Haupttäter“ unterordnet.

Bezogen auf *Fall 11* ergäbe sich folgendes Bild: F hätte sich wegen Förderns der Selbstbefreiung des Gefangenen G nach § 120 Abs. 1 Var. 3 schuldig gemacht. F hatte die Selbstbefreiung des G mit der Übergabe des Schlüssels unterstützt, dessen Selbstbefreiung somit gefördert. Weil ganz allein F über das Fördern der Selbstbefreiung entschieden hatte, hielt er das Tatgeschehen, das Fördern der Selbstbefreiung, lenkend in den Händen. Wenn auch ohne den Tatbeitrag des B ein Fördern der Selbstbefreiung durch F nicht hätte stattfinden können, hatte B auf das Erbringen des die Selbstbefreiung des G fördernden Tatbeitrages dennoch keinen steuernden Einfluss. Sein Beitrag beschränkte sich lediglich auf die Unterstützung des F im Vorbereitungsstadium, sodass

³⁹⁴ 2. Abschnitt C.II.3.

³⁹⁵ 2. Abschnitt C.II.3.

³⁹⁶ Für die Vertreter, die die Tatvariante des Förderns als (materiell) täterschaftliche Regelung betrachten, folgt das sogar unmittelbar aus § 25.

B zwar Gehilfe des F war, jedoch nicht selbst „Täter“ einer Förderung der Selbstbefreiung im Sinne einer Alleintäterschaft, mittelbaren Täterschaft oder Mittäterschaft. In *Fall 11* ist B folglich als Gehilfe des F nach §§ 120 Abs. 1 Var. 3, 27 Abs. 1 zu bestrafen.³⁹⁷

Würde man die allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme auf die Teilnahme am Fördern übertragen, wäre die Teilnahme am Fördern zu einem indirekten Fördern der Gefangenenselbstbefreiung zusammenzufassen. Die Teilnahme am Fördern würde demzufolge wie ein „täterschaftliches“ Fördern behandelt werden, also so, als ob der Teilnehmer die fördernde Handlung selbst, durch einen anderen oder mit einem anderen gemeinschaftlich begangen hätte.³⁹⁸ Infolge dieser Zusammenfassung würde dem Gehilfen die dem allgemeinen Gehilfen nach § 27 Abs. 2 S. 2 zustehende obligatorische Strafmilderung genommen. Während dieser Ausschluss der obligatorischen Strafmilderung bei der Zusammenfassung von mehreren Teilnahmehandlungen zu einer indirekten allgemeinen Beihilfe zur Haupttat nicht nur als notwendige Konsequenz hingenommen wird, sondern vielmehr sogar als erwünscht angesehen wird,³⁹⁹ ruft die Anwendung der allgemeinen Grundsätzen der Kettenteilnahme bei ihren Befürwortern im Rahmen der Teilnahme an der besonderen Beihilfe des § 120 Abs. 1 Bedenken hervor.⁴⁰⁰ Denn vergleicht man die Teilnahme am Fördern mit der Teilnahme an einer normalen Täterschaftsregelung, wie dem Befreien eines Gefangenen nach § 120 Abs. 1 Var. 1,⁴⁰¹ wird die Fragwürdigkeit der Zusammenfassung offenkundig. Die Beihilfe zu einer Gefangenenselbstbefreiung kann nur als solche nach §§ 120 Abs. 1 Var. 1, 27 Abs. 1 bestraft werden, da eine Zusammenfassung über die allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme wegen der rein täterschaftlichen Natur der ersten Variante nicht möglich ist. Ganz anders verhält es sich bei der Beihilfe zum Fördern der Selbstbefreiung. Das Fördern stellt unabhängig davon, ob es formell als täterschaftliche Regelung oder als Regelung einer besonderen Teilnahme betrachtet wird, materiellrechtlich eine Beihilfe dar, sodass in der Sache zwei Teilnahmetaten hintereinander stehen. Diese ließen sich nun bei Anwen-

³⁹⁷ Zum entsprechenden Ergebnis gelangte man, wenn B den F zu dieser Tat angestiftet hätte. In diesem Fall erscheint es sogar noch deutlicher, dass B nicht als „Täter“ der dritten Tatvariante das Entweichen des G gefördert hat. Erst recht würde eine Strafbarkeit nach § 120 Abs. 1 Var. 2 wegen Verleiten eines Gefangenen zur Selbstbefreiung ausscheiden.

³⁹⁸ Sofern man mit der herrschenden Meinung konform geht und die Tatvariante des Förderns als täterschaftliche Regelung auffasst, würde eine Zusammenfassung die allgemeine Teilnahme am Förderns sogar zu einer reinen (Allein)Täterschaft im Sinne des § 25 Abs. 1 aufwerten.

³⁹⁹ Siehe nur Schönke/Schröder-Cramer/Heine § 27 Rn 18.

⁴⁰⁰ Siehe oben Fn 390.

⁴⁰¹ Eine Vergleichbarkeit besteht für die herrschende Meinung deshalb, weil auch die Tatvariante des Förderns des Entweichens eine täterschaftliche Regelung darstellt, siehe 3. Abschnitt A.II.2.a.

derung der allgemeinen Grundsätze zur Kettenteilnahme zu einem indirekten Fördern der Selbstbefreiung nach § 120 Abs. 1 Var. 3 zusammenfassen, mit der Folge, dass neben der dem Förderer analog § 27 Abs. 2 S. 2 zu gewährenden Strafmilderung auch die des Gehilfen nach § 27 Abs. 2 S. 2 beseitigt wäre. Gerade in Anbetracht der fließenden Grenze⁴⁰² zwischen den Handlungsvarianten des Befreiens eines Gefangenen und des Förderns des Entweichens wäre dieses Ergebnis sehr zweifelhaft.⁴⁰³

Zur Verdeutlichung dient der folgende *Fall 12* als Abwandlung zu *Fall 11*:

Fall 12:

F schlägt während einer Verhandlungspause den Aufsichtsbeamten nieder und geleitet den Gefangenen G zum Hinterausgang hinaus. Für das Öffnen der Tür benutzt F den von B hergestellten und ausgehändigten Universalschlüssel.

Den *Fällen 11* und *12* ist eigen, dass sich die Tätigkeit des B in der Anfertigung und Übergabe des Schlüssels an F erschöpft. B unterstützt beide Male die Tat des F, er leistete ihm mithin Hilfe. In *Fall 12* leistet B mangels Tatherrschaft bei der Befreiung des G Beihilfe zur Befreiung eines Gefangenen nach §§ 120 Abs. 1 Var. 1, 27 Abs. 1, in *Fall 11* Beihilfe zum Fördern der Selbstbefreiung. Auf Grund der Identität der Ausführungshandlungen und deren Folge erscheint es nur billig, den B wegen Beihilfe zur Tat des F zu bestrafen und seine Strafe in beiden Fällen zwingend nach § 27 Abs. 2 zu mindern.

Unausgewogen wäre das Ergebnis, würde man in *Fall 11* die Tat des F wegen ihrer Beihilfenatur zum Anlass nehmen, die Hilfe des B in ein indirektes Fördern der Selbstbefreiung des G nach § 120 Abs. 1 Var. 3 umzuwandeln. Die Folge wäre, dass die in § 27 Abs. 2 vorgesehene obligatorische Strafmilderung des Gehilfen entfiel und die Strafe des B nach herrschender Auffassung aus dem ungemilderten einheitlichen Strafrahmen des § 120 Abs. 1 zu entnehmen wäre. Der Gehilfe des Förderers wäre demzufolge in der Rechtsfolge dem Täter der Gefangenenbefreiung gleichgestellt und stünde somit schlechter als der Gehilfe eines den Gefangenen befreienden Täters. Obwohl B nur als Gehilfe an einer im Besonderen Teil normierten Beihilfe teilnimmt, wöge sein Tatbeitrag so schwer wie eine täterschaftliche Befreiung eines Gefangenen im Sinne des § 120 Abs. 1 Var. 1.⁴⁰⁴

⁴⁰² Siegert, S. 308 f.

⁴⁰³ Vgl. LK-v. Bubnoff § 120 Rn 31.

⁴⁰⁴ Vgl. LK-v. Bubnoff, ebd.

Ebenso widersprüchlich erscheinen die vom Schrifttum angesprochen Folgen einer Zusammenfassung mehrerer Beihilfetaten unter dem Blickwinkel der bestehenden Versuchsstrafbarkeit der besonderen Beihilfe. Als Beispiel diene folgender an die *Fälle 11* und *12* angelehnter

Fall 13:

B stellt den Nachschlüssel her und händigt diesen dem F aus. Kurz nach der Übergabe des Schlüssels werden beide von der Polizei gestellt. Es kommt daraufhin nicht zu der von F geplanten Befreiung des Gefangenen G mit Hilfe des Nachschlüssels.

Variante: Wie Fall 13, nur wollte F den Nachschlüssel G überbringen, damit sich dieser selbst befreit. Mangels Schlüssels sieht G von einem Selbstbefreiungsversuch jedoch ab.

In *Fall 13* hat sich B nicht strafbar gemacht. F wollte den G befreien. Da F aber noch vor Versuchsbeginn von der Polizei gefasst wurde, scheidet eine Strafbarkeit wegen versuchter Gefangenenfremdbefreiung aus. Die Übergabe des Schlüssels von B an F könnte als Beihilfehandlung mangels Haupttat daher nur als Versuch einer allgemeinen Beihilfe zur Gefangenenfremdbefreiung bestraft werden.⁴⁰⁵ Der Versuch einer allgemeinen Beihilfe ist jedoch straflos. Darüber hinaus scheidet auch eine Strafbarkeit wegen versuchten indirekten Förderns aus, weil die Tathandlung des F – das Befreien des G – keine Beihilfe oder beihilfeähnliche Handlung darstellt und darum die allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme keine Anwendung finden können. B geht in *Fall 13* somit insgesamt straffrei aus.

In der *Variante* wollte sich G selbst befreien. F wollte diese Selbstbefreiung mit der Übergabe des Nachschlüssels fördern. Haupttat der Beihilfe des B sollte daher das Fördern der Selbstbefreiung sein. Würde man in Bezug auf die Tat des B die so genannten allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme anwenden, wären die Beihilfe und das Fördern zu einem indirekten Fördern zusammenzufassen. Infolgedessen hätte sich B in der *Variante* wegen versuchten indirekten Förderns strafbar gemacht, denn mit der Übergabe des Schlüssels hätte B das strafbare Versuchsstadium des Förderns bereits erreicht. Die Anwendung der Grundsätze der Kettenteilnahme bedingen insofern eine Ausweitung der Versuchsstrafbarkeit⁴⁰⁶ im Allgemeinen und eine Strafbarkeit des Beihilfeversuchs im Besonderen, obgleich der Gesetzgeber den (allgemeinen) Beihilfever-

⁴⁰⁵ Siehe 2. Abschnitt B.II.3.

⁴⁰⁶ LK-v. Bubnoff a.a.O.

such bewusst straflos belassen hat.⁴⁰⁷ Erneut wird somit deutlich, dass der Gehilfe, der zum Fördern des Entweichens Hilfe leistet, schlechter stünde als der Gehilfe, der zur Gefangenenbefreiung Hilfe leistet.

Lehnt man die Zusammenfassung ab, bleibt B in beiden Fällen straflos. Denn F hat zu seiner Tat, der Befreiung des G beziehungsweise der Übergabe des Schlüssels, noch nicht nach § 22 unmittelbar angesetzt. Mangels vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat eines anderen kann B somit allenfalls wegen des Versuchs einer allgemeinen Beihilfe bestraft werden, der jedoch nicht mit Strafe belegt wird.

Die gleichen Unstimmigkeiten sind auch bei einer Anstiftung zum Fördern zu beobachten, wenn nach allgemeinen Regeln der Kettenteilnahme die Anstiftung zum Fördern zu einem indirekten Fördern zusammengefasst wird. Zwar wäre bei einer Anstiftung zum Fördern nicht der Verlust einer Strafmilderung zu befürchten, weil der Anstifter gemäß § 26 gleich einem Täter zu bestrafen ist. Bedenklich ist die Übertragung der allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme aber wieder dann, wenn die Anstiftung zum Fördern nicht über das Versuchsstadium hinaus gelangt ist; dazu

Fall 14:

A fordert F auf, den G zu befreien. F lehnt jedoch ab.

Variante:

A bittet F, dem Gefangenen G ein Eisensägeblatt in die Haftanstalt zu schmuggeln, damit G sich selbst befreien könne. F weist das Ansinnen des A aber zurück.

Im Ausgangsfall bleibt A straflos. Der Versuch der Anstiftung zu einer Gefangenenfremdbefreiung bemisst sich nach § 30 Abs. 1 S. 1 und ist, da die Gefangenenfremdbefreiung nach § 120 Abs. 1 Var. 1 kein Verbrechen ist, nicht mit Strafe bedroht. Die allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme kommen nicht zur Anwendung, weil die Gefangenenfremdbefreiung keine Teilnahmehandlung darstellt.

In der *Variante* wollte A zum Fördern der Selbstbefreiung eines Gefangenen anstiften. Würde die Anstiftung zum Fördern zu einem indirekten Fördern der Selbstbefreiung zusammengefasst, wäre ebenso der Versuch der Anstiftung zum Fördern zu einem versuchten indirekten Fördern zusammenzufassen. Da der Versuch des Förderns nach herr-

⁴⁰⁷ Allein daran gemessen wäre eine Zusammenfassung der Teilnahmehandlungen höchst bedenklich. Der Wille des Gesetzgeber würde durch eine – schon bei der allgemeinen Teilnahme – fragwürdige Konstruktion unterlaufen und das allein aus dem Grunde, weil die Haupttat (das Fördern) „in der Sache“ eine Beihilfetat darstellt.

schender Meinung strafbar ist,⁴⁰⁸ wäre in der *Variante A* wegen versuchten (indirekten) Förderns zu bestrafen.

Lehnt man die Übertragung der allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme ab, würde sich die Bestrafung des A wegen versuchter Anstiftung zum Fördern des Entweichens auch in der *Fallvariante* nach § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 1 richten. Weil nach § 30 Abs. 1 S. 1 der Versuch einer Anstiftung jedoch nur zu einem Verbrechen strafbar ist, das Fördern des Entweichens aber nur ein Vergehen ist, wäre die versuchte Anstiftung des A straflos. Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme auf die besondere Beihilfe des § 120 Abs. 1 würde mithin auch eine Ausweitung der Versuchsstrafbarkeit der Anstiftung bedeuten.

Anhand der Gegenüberstellungen wird erkennbar, dass allein die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme zu einer Versuchsstrafbarkeit des Teilnehmers führt. Waren die Grundsätze ursprünglich entwickelt worden, um eine Aneinanderreihung mehrerer Teilnahmetaten zu vereinfachen, begründen sie bei einer versuchten allgemeinen Teilnahme an einer besonderen Beihilfe, deren Versuch unter Strafe steht, die Strafbarkeit des allgemeinen Teilnahmeversuchs, obgleich er nach allgemeinen Regeln straflos gestellt ist. Damit entsteht der Widerspruch, dass es von der Haupttat abhängt, ob der Versuch der Teilnahme strafbar ist. Ist die Haupttat eine besondere Beihilfe, wäre der Teilnahmeversuch strafbar, ist die Haupttat dagegen ein gewöhnliches täterschaftliches Delikt des Besonderen Teils, wäre der Teilnahmeversuch straflos. Im Rahmen des § 120 Abs. 1 hätte es sogar zur Folge, dass die versuchte Beihilfe oder Anstiftung zur Gefangenenfremdbefreiung straflos bliebe, die versuchte Beihilfe oder Anstiftung zum Fördern der (straflosen) Gefangenen selbstbefreiung dagegen strafbar wäre, und das, obwohl nach herrschender Ansicht die Grenze zwischen der Gefangenenfremdbefreiung und dem Fördern der Selbstbefreiung fließend verlaufe und taugliche Abgrenzungskriterien fehlen.⁴⁰⁹

Widerspruchsfrei bleibt das Wertungsgefüge der Teilnahme im Rahmen des § 120 Abs. 1 allein dann, wenn die allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme nicht auf das Fördern als spezielle Beihilfe übertragen werden. Dann kommt es weder zu einer Ausweitung der Versuchsstrafbarkeit noch zu einem Wegfall der Strafmilderung für den allgemeinen Gehilfen. Die notwendige Konsequenz aus diesen Betrachtungen muss folglich eine Absage an die Zusammenfassung von der allgemeinen Teilnahme und der

⁴⁰⁸ Siehe 3. Abschnitt A.III.2.c.(1) und (2).

⁴⁰⁹ Siehe oben 3. Abschnitt A.II.2.a.

besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 nach den so genannten allgemeinen Grundsätzen der Kettenteilnahme sein. Eine Anstiftung oder Beihilfe zum Fördern der Selbstbefreiung eines Gefangenen ist daher nicht als indirektes Fördern der Selbstbefreiung, sondern als (allgemeine) Anstiftung oder Beihilfe zum Fördern der Selbstbefreiung zu bestrafen.

V. Zusammenfassung

Die Tatvariante des Förderns in § 120 Abs. 1 Var. 3 ist materiell eine besondere Beihilfe. Ihre gesonderte Normierung im Besonderen Teil war notwendig, um die Strafbarkeit der zur Selbstbefreiung eines Gefangenen geleisteten Beihilfe zu schaffen, weil die Selbstbefreiung des Gefangenen vom Gesetz nicht mit Strafe belegt ist. Die allgemeine Beihilfe in § 27 Abs. 1 und die besondere Beihilfe in § 120 Abs. 1 sind in ihrer sachlichen Struktur identisch. Die Tathandlung des Förderns entspricht der Tathandlung des Hilfeleistens⁴¹⁰ und die Selbstbefreiung des Gefangenen übernimmt die Funktion der Haupttat.⁴¹¹ Die Selbstbefreiung muss ebenso wie die in § 27 Abs. 1 vorausgesetzte Haupttat vorsätzlich begangen und darf nicht gerechtfertigt sein.⁴¹² Für ein vollendetes Fördern genügt es, dass der Gefangene im Sinne des § 22 zu seiner Selbstbefreiung unmittelbar angesetzt hat. Nicht erforderlich ist, dass die Selbstbefreiung erfolgreich war.⁴¹³

Die Strafe des Förderers richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter einer Gefangenenfremdbefreiung. Um Wertungswidersprüche insbesondere zur Strafdrohung für den an der Gefangenenfremdbefreiung beteiligten Gehilfen zu vermeiden, ist die Strafmilderungsvorschrift des § 27 Abs. 2 S. 2 analog auf den Förderer anzuwenden.⁴¹⁴

Die nach § 120 Abs. 3 angeordnete Versuchsstrafbarkeit des Förderns ist verfassungswidrig, da sie zu unlösbaren Wertungswidersprüchen mit dem generell straflosen Versuch der allgemeinen Beihilfe führt.⁴¹⁵

Die Teilnahme am Fördern als besondere Beihilfe ist ohne Weiteres möglich.⁴¹⁶ Das Fördern des Entweichens ist selbst eine taugliche Haupttat im Sinne der §§ 26, 27. Eine Zusammenfassung dieser Kettenteilnahmekonstellationen zu einem indirekten Fördern

⁴¹⁰ 3. Abschnitt A.II.1.

⁴¹¹ 3. Abschnitt A.II.2.a.

⁴¹² 3. Abschnitt A.II.2.a.

⁴¹³ 3. Abschnitt A.II.2.b.

⁴¹⁴ 3. Abschnitt A.II.4.

⁴¹⁵ 3. Abschnitt A.III.1.

⁴¹⁶ 3. Abschnitt A.IV.1.

nach § 120 Abs. 1 Var. 3 ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung abzulehnen. Die Anstiftung und die Beihilfe zum Fördern sind als eben solche Anstiftung beziehungsweise Beihilfe zum Fördern zu bestrafen.⁴¹⁷

⁴¹⁷ 3. Abschnitt A.IV.2.c.

B. Die besondere Beihilfe in § 219b Abs. 1

Ebenso wie das Fördern in § 120 Abs. 1 Pate für die Neufassung der Strafvorschriften des KWKG stand, stellt § 219b Abs. 1 einen Tatbestand dar, auf den der Gesetzgeber bei der Normierung des Förderns in § 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG Bezug nahm. Aus diesem Grund soll auch § 219b Abs. 1 untersucht werden.

I. Einführung

Die Vorschrift des Inverkehrbringens von Mitteln zum Abbruch der Schwangerschaft (§ 219b Abs. 1) beruht im Wesentlichen⁴¹⁸ auf § 218 Abs. 4 a. F. (1943 bis 1974), der sich seinerseits auf § 219 a. F. (1871) zurückführen lässt. Nach § 219 a. F. (1871) machte sich strafbar, wer entgeltlich einer Schwangeren, die ihre Leibesfrucht abgetrieben oder getötet hatte, ein Abtreibungsmittel verschaffte, ihr beibrachte oder bei ihr anwendete.⁴¹⁹ Schon § 219 a. F. (1871) stellte in der Sache eine besondere Form des Hilfeleistens zum Schwangerschaftsabbruch dar. Das Hilfeleisten erfolgte hier im Wege des entgeltlichen Verschaffens, Beibringens oder Anwendens eines Abtreibungsmittels. Die nach § 218 Abs. 1 a. F. (1871) strafbare Haupttat, zu welcher die Hilfe geleistet wurde, war die (vorsätzliche) Abtreibung oder Tötung der Frucht durch die Schwangere. Im Vergleich zur allgemeinen Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch nach §§ 218 Abs. 1 a. F., 49 Abs. 1 a. F. (§ 27 Abs. 1) erfasste § 219 a. F. damit nur einen kleinen Ausschnitt von Hilfe leistenden Beiträgen. § 219 a. F. kann daher auch als eine zum delictum sui generis erhobene Beihilfe bezeichnet werden.⁴²⁰

Während der Beihilfecharakter in § 219 a. F. noch ausgesprochen deutlich hervortrat, war die sachliche Nähe zur allgemeinen Beihilfe bei § 218 Abs. 4 a. F. (1943 bis 1974) schon ungleich schwerer zu erkennen. Danach stand unter Strafe, wer einer Schwangeren ein Mittel oder einen Gegenstand zum Zwecke des Schwangerschaftsabbruches ver-

⁴¹⁸ Vgl. aber auch § 219 a. F. (ab 1933): „*Wer zu Zwecken der Abtreibung Mittel, Gegenstände oder Verfahren öffentlich ankündigt oder anpreist oder solche Mittel oder Gegenstände an einem allgemein zugänglichen Orte ausstellt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*“, der zwischenzeitlich von 1943 bis 1953 lautete: „*Wer Mittel oder Gegenstände, welche die Schwangerschaft abbrechen oder verhüten oder Geschlechtskrankheiten vorbeugen sollen, vorsätzlich oder fahrlässig einer Vorschrift entgegen herstellt, ankündigt oder in Verkehr bringt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*“

⁴¹⁹ § 219 a. F. (1871): „*Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer einer Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat, gegen Entgelt die Mittel hierzu verschafft, bei ihr anwendet oder ihr beigebracht hat.*“

⁴²⁰ Olshausen § 49 Rn 29a und § 219 Rn 2.

schaffte.⁴²¹ Diese Tathandlung entspricht dem Hilfeleisten der Beihilfe. Aufgegeben wurde aber die der Teilnahme immanente Abhängigkeit von einer begangenen Haupttat. Nicht erforderlich war nunmehr, dass der Schwangerschaftsabbruch als Haupttat tatsächlich vollendet wurde oder wenigstens das Versuchsstadium erreichte.⁴²² Ausreichend war das bloße Verschaffen eines Mittels oder Gegenstandes zur Abtötung der Leibesfrucht.⁴²³ Dieser Umstand dürfte zugleich der Grund für die weiterhin aufrecht erhaltene gesonderte Normierung dieser Tatmodalität gewesen sein.⁴²⁴ Denn fehlte es an einem begangenen Schwangerschaftsabbruch als so genannte Haupttat, blieb nach dem der Teilnahme zu Grunde liegenden Akzessorietätsprinzip auch eine dazu geleistete Beihilfe in Form des Verschaffens von abtreibungstauglichen Mitteln oder Gegenständen straflos.⁴²⁵

Mit dem Fünften Gesetz zur Reform des Strafrechts von 1974 wurden die Vorschriften über den Schutz des ungeborenen Lebens grundlegend neu gefasst. § 218 Abs. 4 a. F. ist dabei in dem neu geschaffenen § 219b⁴²⁶ aufgegangen. Um den gefährlichen Laienabort wirksamer bekämpfen zu können, wurde die Strafbarkeitsgrenze noch weiter in das Vorbereitungsstadium des Schwangerschaftsabbruches vorverlagert.⁴²⁷ § 219b Abs. 1 bestraft nunmehr bereits das Inverkehrbringen von abtreibungstauglichen Mitteln oder Gegenständen in der bloßen Absicht, einen unerlaubten Schwangerschaftsabbruch nach § 218 zu fördern. Da wie bei der Regelung des § 218 Abs. 4 a. F. der zu fördernde Schwangerschaftsabbruch als so genannte Haupttat gar nicht begangen und zudem auch nicht durch das Inverkehrbringen von abtreibungstauglichen Mitteln oder Gegenständen gefördert zu sein braucht, sondern allein das Inverkehrbringen ausreicht – wenn auch nunmehr in der Absicht, einen Schwangerschaftsabbruch zu fördern –, scheiterte die Bestrafung eines Gehilfen wegen Beihilfe nach §§ 218, 27 Abs. 1 am geltenden Akzessorietätsprinzip. Um das Inverkehrbringen von abtreibungstauglichen Mitteln oder Gegenständen unabhängig von der Begehung des zu fördernden Schwangerschaftsabbruchs

⁴²¹ § 218 Abs. 4 in der letzten Fassung vor dem 5. StrRG 1974 lautete: „*Wer einer Schwangeren ein Mittel oder einen Gegenstand zur Abtötung der Leibesfrucht verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, in besonders schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.*“ Die weitgehend unverändert gebliebene Norm beruhte auf der Verordnung zur Durchführung der Verordnung zum Schutz von Ehe und Familie vom 18. März 1943.

⁴²² Zum Streitstand siehe Olshausen § 219 Rn 3.

⁴²³ Dazu Schröder, MDR 1949, 391.

⁴²⁴ Vgl. LK-Kröger § 219b Rn 1.

⁴²⁵ Vgl. 2. Abschnitt A.II. und 3. Abschnitt A.II.2.

⁴²⁶ § 219b in der Fassung des 5. StrRG stimmt mit der heutigen Fassung überein. Durch das 15. StrRÄndG bekam § 219b zwischenzeitlich nur die Bezeichnung als § 219c.

⁴²⁷ BT-Drs. 7/1981 (neu), S. 18.

ches gleichwohl bestrafen zu können, bedurfte es der gesonderten Normierung dieser vorverlagerten Beihilfe. Im Unterschied zur Tatvariante des Förderns in § 120 Abs. 1 war die Normierung des Inverkehrbringens somit nicht erforderlich, um eine fehlende mit Strafe bedrohte Haupttat zu ersetzen. Grund der Normierung war vielmehr, den von § 27 Abs. 1 begrenzten Anwendungsbereich einer strafbaren Beihilfe zu erweitern. Braucht der Schwangerschaftsabbruch als so genannte Haupttat aber nicht begangen worden zu sein, sondern genügt die bloße Absicht des Gehilfen, durch das Inverkehrbringen den Schwangerschaftsabbruch zu fördern, stellt der Tatbestand des Inverkehrbringens eine Vorbereitungshandlung und materiell betrachtet einen Versuch der Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch dar.⁴²⁸ § 219b Abs. 1 kann deshalb auch als besondere erfolglose oder versuchte Beihilfe bezeichnet werden.⁴²⁹

II. Der Tatbestand der besonderen versuchten Beihilfe in § 219b Abs. 1

1. Verfassungsgemäßheit

In Anlehnung an die Untersuchung der Versuchsstrafbarkeit des Förderns in § 120 Abs. 3 stellt sich auch für das Inverkehrbringen als materielle Regelung einer versuchten Beihilfe die Frage der Verfassungsgemäßheit. So könnte auch gegen die Strafbarkeit des Inverkehrbringens die Straflosigkeit eines jeden anderen Versuchs einer allgemeinen Beihilfe ins Feld geführt werden. Gemessen am Strafraumen des zu fördernden vorgestellten Schwangerschaftsabbruches nach § 218, der Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren beträgt, liegt die Verfassungswidrigkeit wie beim Versuch des Förderns der Gefangenenselbstbefreiung jedenfalls nahe. Zu berücksichtigen ist aber, dass zum einen § 219b nicht wie der Versuch des Förderns in § 120 jede Art einer (versuchten) Beihilfehandlung unter Strafe stellt, sondern nur eine konkret bezeichnete Vorbereitungshandlung zum Schwangerschaftsabbruch, und zum anderen § 219b insbesondere das werdende Leben schützt. Vergleichbare Vorbereitungshandlungen, die dem Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit dienen und somit eine vergleichbare Schutzrichtung aufweisen, hat der Gesetzgeber zum Beispiel auch im Waffengesetz unter Strafe gestellt. Dort ist – der Tathandlung des Inverkehrbringens ähnlich – unter anderem

⁴²⁸ Vgl. Fincke, S. 37 ff.; Baumann, JuS 1963, 54; Kohlrausch/Lange § 218 Nr. VI („Versuch des Versuchs“); Meister, MDR 1948, 26, 27 f. („Doppelnatur“); Schönke/Schröder-Eser § 219b Rn 10. Zur Zulässigkeit einer solchen Versuchsstrafe Schröder, MDR 1949, 391, 393.

⁴²⁹ Baumann, JuS 1963, 51, 54; Schröder, MDR 1949, 391, 392. Meister, MDR 1948, 26, 28, spricht von einer Doppelnatur des Tatbestandes, § 218 Abs. 4 sei Vorbereitungshandlung und qualifiziertes Beihilfedelikt zugleich.

der Erwerb, das Überlassen oder der Handel mit besonders gefährlichen Gegenständen als Vorbereitungshandlung einer möglichen Beihilfe zum Totschlag oder zur Körperverletzung mit Strafe bedroht. Ebenso ist als Vorbereitungshandlung einer späteren Geldfälschung in § 149 das Herstellen, Verschaffen oder Überlassen von zur Geldfälschung geeigneten Gegenständen mit Strafe bedroht. Die Unter-Strafe-Stellung des Inverkehrbringens abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände fügt sich somit in das bestehende Strafgefüge ein und dient dem Schutz des werdenden Lebens⁴³⁰ als hochrangiges Rechtsgut. Insofern ist eine Ungleichbehandlung des Inverkehrbringenden gegenüber allgemeinen Gehilfen zwar zum Teil feststellbar, jedoch ist diese Ungleichbehandlung aus einem sachlichen Grund – dem Schutz des werdenden Lebens – gerechtfertigt.

2. Die Tathandlung: Das Inverkehrbringen von Mitteln oder Gegenständen, die zum Schwangerschaftsabbruch geeignet sind

Die Tathandlung des § 219b Abs. 1 ist nicht wie bei der besonderen Beihilfe der Gefangenenbefreiung das Fördern oder wie bei der allgemeinen Beihilfe das Hilfeleisten. Das Fördern einer rechtswidrigen Tat ist zwar im Tatbestand des § 219b Abs. 1 ausdrücklich genannt, doch ist dieses Fördern als rein subjektives Tatbestandsmerkmal ausgestaltet. Die Tathandlung des § 219b Abs. 1 ist das Inverkehrbringen eines abtreibungstauglichen Mittels oder Gegenstandes. Inverkehrbringen heißt üblicherweise, dass der Inverkehrbringende das Mittel oder den Gegenstand derart aus seinem Gewahrsam entlässt, dass es von der Schwangeren oder einem Dritten an sich genommen und nach eigenem Belieben verwendet oder weiter vermittelt werden kann.⁴³¹

Aus dieser Tathandlung und in Verbindung mit dem subjektiven Bezug, eine rechtswidrige Tat nach § 218 zu fördern, lässt sich erkennen, dass diese im Vorbereitungsstadium der in § 218 unter Strafe gestellten Taten angesiedelte Tathandlung einen Beihilfecharakter aufweist. Denn mit dem Inverkehrbringen von abtreibungstauglichen Mitteln oder Gegenständen wird ein Schwangerschaftsabbruch gefördert. Man kann deshalb auch sagen, das Inverkehrbringen abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände stelle die Hilfe leistende beziehungsweise fördernde Handlung dar, wobei in Bezug auf das Fördern des Schwangerschaftsabbruches aber nicht Eventualvorsatz genüge, sondern absichtliches Handeln erforderlich sei.

⁴³⁰ LK-Kröger § 218 Rn 2.

⁴³¹ Horn, NJW 1977, 2329, 2333; Laufhütte/Wilkitzki, JZ 1976, 337; LK-Kröger § 219b Rn 4; MüKo-Gropp § 219b Rn 4; NK-Merkel § 219b Rn 3–5; Schönke/Schröder-Eser § 219b Rn 3; SK-Rudolphi § 219b Rn 4. Vgl. auch BGH StV 1981, 127, 128; RGSt 62, 388, 389; 67, 168.

3. Die zu fördernde Handlung

§ 219b Abs. 1 nennt als zu fördernde Haupttat des Inverkehrbringens eine rechtswidrige Tat nach § 218. Dort ist in § 218 Abs. 1 der Schwangerschaftsabbruch unter Strafe gestellt. Da Abs. 2 nur besonders schwere Fälle des Schwangerschaftsabbruches beinhaltet, Abs. 3 eine Strafmilderung zu Gunsten der Schwangeren und Abs. 4 die Anordnung der Versuchsstrafbarkeit, ist daraus zu schließen, dass die zu fördernde Tat des Inverkehrbringens ein Schwangerschaftsabbruch ist.

a. Der Schwangerschaftsabbruch als vorgestellte vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat

Wie bereits festgestellt wurde, weicht die Regelung der besonderen Beihilfe in § 219b Abs. 1 von der gewohnten Struktur einer Beihilfe ab. Als Tathandlung ist zum einen nur ein Ausschnitt aus den vielfältigen Möglichkeiten eines Hilfeleistens oder Förderns gewählt worden, und zum anderen ist nicht das erfolgreiche „Hilfeleisten“ zu einer Tat, dem Schwangerschaftsabbruch, unter Strafe gestellt, sondern bereits eine Vorbereitungshandlung in Form eines gegebenenfalls erfolglosen Versuchs des „Hilfeleistens“. Denn § 219b Abs. 1 setzt keinen wenigstens ins Versuchsstadium gelangten Schwangerschaftsabbruch als zu fördernde Tat voraus, vielmehr genügt es, dass eine solche Tat vom Inverkehrbringenden nur beabsichtigt, mithin als zu fördernde Tat nur vorgestellt wird. Braucht der Schwangerschaftsabbruch als Haupttat aber tatsächlich gar nicht begangen zu sein, kann daraus schon die erste Voraussetzung der „Haupttat“ gefolgert werden: Die zu fördernde Tat nach § 218 muss im Gegensatz zur Haupttat der allgemeinen Beihilfe in § 27 Abs. 1 oder der besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 weder versucht noch vollendet sein.

Obgleich der Schwangerschaftsabbruch nach § 218 als Haupttat bloß in der Vorstellung des Inverkehrbringenden vorhanden sein muss, bedarf es dennoch der Klärung, welchen Anforderungen diese vorgestellte Haupttat genügen muss, insbesondere, ob der Inverkehrbringende entsprechend dem Gehilfen nach § 27 Abs. 1 sich vorstellen muss, einen vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch eines anderen zu fördern.

Die Frage der Vorsätzlichkeit beantwortet § 15, weil in § 218 nur der vorsätzlich begangene Schwangerschaftsabbruch unter Strafe gestellt ist. Mit dem Verweis auf „rechtswidrige Taten nach § 218“ erklärt § 219b Abs. 1 sogar ausdrücklich, dass der Schwangerschaftsabbruch in der Vorstellung des Inverkehrbringenden „rechtswidrig“

begangen sein muss. Das heißt, ist der Schwangerschaftsabbruch nach dessen Vorstellung durch das Eingreifen von Rechtfertigungsgründen⁴³² erlaubt, scheidet eine Strafbarkeit nach § 219b Abs. 1 aus.

Im Gegensatz zur Haupttat der allgemeinen Beihilfe können der Inverkehrbringende als (materieller) Gehilfe und der (vorgestellte) spätere Täter des Schwangerschaftsabbruches identisch sein. Das heißt, der vorgestellte Schwangerschaftsabbruch muss nach der Vorstellung des Inverkehrbringenden nicht zwingend von einem anderen als ihm selbst begangen werden. Dies folgt zum einen aus dem Wortlaut des § 219b Abs. 1, der eine solche Einschränkung schon nicht enthält, zum anderen ergibt es sich aus der Tathandlung, dem Inverkehrbringen. Denn danach sind abtreibungstaugliche Mittel oder Gegenstände in den Verkehr gebracht, wenn sie derart aus dem Gewahrsam des Inverkehrbringenden entlassen worden sind, dass sie von einem Dritten an sich genommen und nach eigenem Belieben verwendet *oder weiter vermittelt* werden können. Der Dritte wird daher häufig Täter des Schwangerschaftsabbruches sein, notwendig ist das aber nicht. Er kann die Mittel oder Gegenstände auch weiterreichen, sogar zurück an den Inverkehrbringenden, der sie dann als Täter für einen Schwangerschaftsabbruch benutzen kann.⁴³³

b. Der Versuch des Schwangerschaftsabbruches als vorgestellte vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat

In Anlehnung an die allgemeine Beihilfe und die besondere Beihilfe in § 120 Abs. 1 bedarf es auch bei der besonderen Beihilfe in § 219b Abs. 1 der Klärung, ob für ein vollendetes Inverkehrbringen bereits die Absicht ausreicht, den bloßen Versuch eines Schwangerschaftsabbruches zu fördern. Der Wortlaut des § 219b Abs. 1 spricht allgemein von „rechtswidrige(n) Taten nach § 218“, sodass von der Verweisung auch der nach § 218 Abs. 4 strafbare Versuch eines Schwangerschaftsabbruches umfasst und als vorgestellte Haupttat für ein vollendetes Inverkehrbringen ausreichend wäre.

Im Rahmen der allgemeinen Beihilfe und der besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 wurde aber festgestellt, dass der Vorsatz des Gehilfen beziehungsweise Förderers stets auf die Vollendung der zu fördernden Handlung gerichtet sein muss. Fehlt ihnen der Vollendungsvorsatz, so ist eine Verletzung des von der zu fördernden Handlung ge-

⁴³² Insbesondere die speziellen Rechtfertigungsgründe nach § 218a Abs. 2 und 3.

⁴³³ Schönke/Schröder-Eser § 219b Rn 12; in diesem Sinne auch MüKo- Gropp § 219b Rn 7; Tröndle/Fischer § 219b Rn 7, indem sie Realkonkurrenz zwischen § 218 und § 219b für möglich erachten.

geschützten Rechtsgutes gar nicht gewollt und es entfällt damit der Strafgrund.⁴³⁴ Weil der Tatbestand des Inverkehrbringens eine besondere – wenn auch versuchte – Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch darstellt, lässt sich der dieser Forderung zu Grunde liegende Gedanke sinngemäß übertragen und demzufolge auch für den Inverkehrbringenden ein Vollendungsvorsatz fordern. Denn handelt der Inverkehrbringende nur in der Absicht, den Versuch eines Schwangerschaftsabbruches zu fördern, will er tatsächlich gar nicht das geschützte Rechtsgut des Schwangerschaftsabbruches, den Schutz des werdenden Lebens, verletzen, sodass der Strafgrund für das Inverkehrbringen abtreibungstauglicher Mittel entfällt.

c. Ergebnis

Die besondere versuchte Beihilfe des § 219b Abs. 1 setzt im Gegensatz zur allgemeinen Beihilfe und zur besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 keine vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat voraus, sondern es genügt, dass der Inverkehrbringende in der Absicht handelt, einen vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch zu fördern. Die Vorstellung des Inverkehrbringenden, bloß den Versuch eines Schwangerschaftsabbruches zu fördern, genügt nicht. Er muss Vollendungsvorsatz besitzen.

4. Die subjektiven Voraussetzungen

Wie bei der allgemeinen Beihilfe und der besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 ist auch beim Inverkehrbringen abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände nach § 219b Abs. 1 nur das vorsätzliche Handeln strafbar. Ungeachtet der besonderen Struktur der (besonderen) versuchten Beihilfe muss der Inverkehrbringende Vorsatz in Bezug auf die Tathandlung und die zu fördernde Haupttat besitzen. Hinsichtlich der Tathandlung genügt bedingter Vorsatz.⁴³⁵ Anders als bei der allgemeinen Beihilfe und der besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 ist bedingter Vorsatz in Bezug auf die zu fördernde Haupttat jedoch nicht ausreichend. § 219b Abs. 1 verlangt für das Fördern⁴³⁶ des Schwangerschaftsabbruches sogar Absicht.⁴³⁷ Das heißt, der Inverkehrbringende muss in der Ab-

⁴³⁴ Siehe 2. Abschnitt A.III. und 3. Abschnitt A.II.3.

⁴³⁵ MüKo-Gropp § 219b Rn 7; Schönke/Schröder-Eser § 219b Rn 6.

⁴³⁶ Der Begriff des Förderns entspricht ganz der üblichen Bedeutung. Das Fördern kann als ein Unterstützen, Ermöglichen oder Erleichtern einer anderen Tat umschrieben werden und steht damit in seiner Bedeutung dem Hilfeleisten in § 27 Abs. 1 gleich (Lackner/Kühl § 219b Rn 5; Schönke/Schröder-Eser § 219b Rn 7).

⁴³⁷ Die Erweiterung des subjektiven Tatbestandes um die Absicht, eine rechtswidrige Tat nach § 218 zu fördern, dient dem Zweck, den Tatbestand auf Grund der Vielzahl der zur Abtreibung möglichen Mit-

sicht handeln, zu einer rechtswidrigen Tat nach § 218 Hilfe zu leisten. Hinsichtlich der (vorgestellten) Haupttat muss sich der Vorsatz auf eine bestimmte Haupttat, einen Schwangerschaftsabbruch, richten. Eine weitere Konkretisierung auf einen bestimmten Täter, einen bestimmten Ort oder eine bestimmte Zeit ist nicht erforderlich.

In Übereinstimmung mit der allgemeinen Beihilfe und der besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 muss der Inverkehrbringende – wie bereits erörtert –⁴³⁸ mit Vollendungsvorsatz gehandelt haben.

5. Die Bestrafung des Inverkehrbringens

Die Strafe für den Inverkehrbringenden lautet auf Geldstrafe oder bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe. Eine Strafmilderungsanordnung nach Maßgabe des § 27 Abs. 2 enthält wie die besondere Beihilfe in § 120 Abs. 1 auch § 219b nicht. Doch könnte die obligatorische Strafmilderung bereits in der Strafdrohung des § 219b Abs. 1 enthalten sein, da sie sich ausschließlich auf das Inverkehrbringen bezieht. Zur Überprüfung soll daher dem Tatbestand des Inverkehrbringens als besondere Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch die allgemeine Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch nach §§ 218 Abs. 1, 27 Abs. 1 gegenübergestellt werden.

Wegen des Inverkehrbringens eines abtreibungstauglichen Mittels oder Gegenstandes – zum Beispiel durch die Weitergabe an eine abtreibungswillige Schwangere – droht dem Inverkehrbringenden nach § 219b Abs. 1 eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren. Verwendet die Schwangere dann dieses Mittel oder den Gegenstand bei sich später für einen rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch nach § 218, macht sich der Inverkehrbringende darüber hinaus wegen Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch nach §§ 218 Abs. 1, 27 Abs. 1 strafbar.⁴³⁹ Die ihm drohende Freiheitsstrafe beträgt dann wegen der obligatorischen Strafmilderung des § 27 Abs. 2 in Verbindung mit § 49 Abs. 1 bis zu zwei Jahren und drei Monaten. Die Strafe des allgemeinen Gehilfen ist damit leicht höher als die dem Inverkehrbringenden wegen der bloßen Weitergabe des abtreibungstauglichen Mittels oder Gegenstandes nach § 219b Abs. 1 drohende Strafe. Daraus lässt sich schließen, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 219b Abs. 1 die Stra-

tel und Gegenstände „sachgemäß“ einzugrenzen, BT-Drs. 7/1981 (neu), S. 18; Schönke/Schröder-Eser § 219b Rn 1.

Zu den Anforderungen an die Absicht siehe LK-Kröger § 219b Rn 5 und Herzberg, JR 1977, 469, 470.

⁴³⁸ Siehe 3. Abschnitt B.II.3.b.

⁴³⁹ Hierzu – betreffend die alte Rechtslage – Meister, MDR 1948, 26, 28.

fe des Inverkehrbringenden so bemessen hat, dass die obligatorische Strafmilderung des allgemeinen Gehilfen bereits Berücksichtigung fand.⁴⁴⁰

Der gegenüber der allgemeinen Beihilfe geringere Strafraum könnte zudem auf die Versuchsnatur der besonderen Beihilfe des § 219b Abs. 1 zurückzuführen sein. Bei einer versuchten Tatbegehung kann nach §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 die Strafe gemildert werden. Weil das Höchstmaß der in § 219b Abs. 1 angedrohten Freiheitsstrafe sogar noch drei Monate unter dem einer allgemeinen Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch nach § 27 Abs. 1, 2 bleibt, ist anzunehmen, dass der Strafraum des § 219b Abs. 1 neben der obligatorischen Strafmilderung des Gehilfen zusätzlich die fakultative Strafmilderung für eine versuchte Tatbegehung beinhaltet.

Abschließend kann festgestellt werden, dass der Strafraum des § 219b Abs. 1 konsistent ist. Die Strafe ist so gewählt, dass sie die generelle obligatorische Strafmilderung eines allgemeinen Gehilfen und die Versuchsnatur berücksichtigt.

6. Zwischenergebnis

Vollendet ist der Tatbestand des Inverkehrbringens abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände, wenn in der Absicht, rechtswidrige Taten nach § 218 zu fördern, abtreibungstaugliche Mittel oder Gegenstände in den Verkehr gebracht worden sind. Es ist nicht erforderlich, dass die „Haupttat“, ein Schwangerschaftsabbruch nach § 218, tatsächlich zur Ausführung gelangt. Vielmehr genügt, dass der Inverkehrbringende bloß beabsichtigt, mit seiner Tathandlung einen Schwangerschaftsabbruch nach § 218 zu fördern. Die Strafe des Inverkehrbringenden ist so bemessen, dass die obligatorische Strafmilderung des allgemeinen Gehilfen und der Versuchsschranker Berücksichtigung fand.

III. Der Versuch des Inverkehrbringens

1. Die Straflosigkeit des Versuchs

Der Versuch⁴⁴¹ des Inverkehrbringens ist nach §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, 2 straflos. Strafbar macht sich nur, wer abtreibungstaugliche Mittel oder Gegenstände (erfolgreich)

⁴⁴⁰ Das ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil der Übergang von einem strafbaren Inverkehrbringen nach § 219b Abs. 1 zur allgemeinen Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch zumeist vom Inverkehrbringenden beziehungsweise Gehilfen nicht beeinflusst werden kann und für ihn somit weitgehend zufällig verläuft.

⁴⁴¹ An sich stellt die Regelung des § 219b Abs. 1 schon einen Versuch dar, und zwar den Versuch einer (besonderen) Beihilfe. Dennoch kann wegen der formellen „Verselbstständigung“ dieses Versuchs zu

in den Verkehr bringt, diese also derart aus seinem Gewahrsam entlässt, dass ein anderer die tatsächliche Sachherrschaft über das Mittel oder den Gegenstand erlangen kann.⁴⁴² Wer daher lediglich zum Inverkehrbringen unmittelbar ansetzt, bleibt sowohl nach § 219b Abs. 1 als auch nach §§ 218 Abs. 1, 27 Abs. 1 straflos. Zur Verdeutlichung der folgende

Fall 15:

Apotheker A holt aus seinem Lager ein Abtreibungsmittel, um es der Schwangeren S für einen unerlaubten Schwangerschaftsabbruch zu verkaufen. Bei der Übergabe fällt das Mittel so zu Boden, dass es nicht mehr verwendet werden kann.

Aufgrund der gescheiterten Übergabe ist das abtreibungstaugliche Mittel noch nicht derart aus dem Gewahrsam des A gelangt, dass ein anderer an diesem die tatsächliche Sachherrschaft erlangen konnte. Mithin hat A noch kein abtreibungstaugliches Mittel in den Verkehr gebracht. Vielmehr hat A nach seiner Vorstellung von der Tat zum Entlassen des Abtreibungsmittels aus seinem Gewahrsam unmittelbar im Sinne des § 22 angesetzt. Er hat somit den Versuch unternommen, ein abtreibungstaugliches Mittel in den Verkehr zu bringen. Mangels Strafbarkeit des versuchten Inverkehrbringens ist A jedoch straflos.

Weil die S zum Schwangerschaftsabbruch ihrerseits noch nicht unmittelbar ansetzte, das Beschaffen des Abtreibungsmittels von S insoweit bloße straflose Vorbereitungshandlung ist, scheidet auch eine allgemeine Beihilfe des A zum (versuchten oder vollendeten) Schwangerschaftsabbruch aus. Es liegt in diesem eine bloß versuchte Beihilfe vor, die nach allgemeinen Regeln straflos ist.⁴⁴³

Keinen straflosen Versuch, sondern ein nach § 219b Abs. 1 strafbares Inverkehrbringen begeht dagegen, wer in der Absicht, einen rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch zu fördern, mit dem Inverkehrbringen abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände den Versuch eines rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruches unterstützt.⁴⁴⁴ In diesem Fall ist die Tathandlung des Inverkehrbringens vollendet, sodass unabhängig von der tatsächlichen Ausführung des Schwangerschaftsabbruches als Haupttat § 219b Abs. 1

ihm wiederum unmittelbar angesetzt werden, vgl. Schönke/Schröder-Eser § 219b Rn 10; ablehnend Rubo § 219 a. F. Nr. 4 und Schröder, MDR 1949, 391, 393. Es läge dann der Versuch einer versuchten Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch in Form des versuchten Inverkehrbringens abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände vor.

⁴⁴² Siehe 3. Abschnitt B.II.2.

⁴⁴³ Siehe oben 2. Abschnitt B.I.

⁴⁴⁴ In diesem Fall tritt § 219b Abs. 1 jedoch hinter die mitverwirklichte allgemeine Beihilfe zum versuchten Schwangerschaftsabbruch nach §§ 218 Abs. 1, 27 Abs. 1 zurück.

verwirklicht ist.⁴⁴⁵ Die fehlende Vollendung der unterstützten Haupttat hat keinen Einfluss auf das Verwirklichungsstadium des Inverkehrbringens. Für die Beurteilung des Verwirklichungsstadium kommt es allein auf die Tathandlung an,⁴⁴⁶ und das ist bei der besonderen versuchten Beihilfe des § 219b Abs. 1 das Inverkehrbringen der abtreibungstauglichen Mittel oder Gegenstände.

2. Zwischenergebnis

Der Versuch des Inverkehrbringens ist straflos. Einen Versuch begeht, wer in der Absicht, einen rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch nach § 218 zu fördern, nach seiner Vorstellung von der Tat zum Inverkehrbringen abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände unmittelbar ansetzt (§ 22). Ob der Schwangerschaftsabbruch als zu unterstützende Tat wenigstens das Versuchsstadium erreicht, ist unerheblich.

IV. Die allgemeine Teilnahme am Inverkehrbringen

Nachdem die bisherigen Untersuchungen zur Teilnahme an Beihilfetaten ergeben haben, dass eine Teilnahme sowohl an der allgemeinen Beihilfe des § 27 Abs. 1 als auch an der besonderen Beihilfe des § 120 Abs. 1 Var. 3 möglich ist und als Beihilfe oder Anstiftung zur Beihilfe beziehungsweise zum Fördern des Entweichens bestraft wird, soll im Folgenden untersucht werden, ob eine weitere Teilnahme auch an der besonderen Beihilfe des § 219b Abs. 1 möglich ist und wie diese gegebenenfalls zu bestrafen ist.

1. Das Inverkehrbringen als Haupttat einer allgemeinen Teilnahme

Zunächst gilt es zu untersuchen, ob die in § 219b Abs. 1 beschriebene Tat, das Inverkehrbringen von abtreibungstauglichen Mitteln oder Gegenständen zur Förderung rechtswidriger Taten nach § 218, eine teilnahmefähige Haupttat im Sinne der §§ 26, 27 Abs. 1 ist. Die Besonderheit der besonderen Beihilfe in § 219b Abs. 1 besteht darin, dass es sich im Gegensatz zur besonderen Beihilfe des § 120 Abs. 1 nicht um eine besondere vollendete Beihilfe handelt, sondern um eine besondere versuchte Beihilfe.⁴⁴⁷ Als Haupttat einer weiteren Anstiftung oder Beihilfe zum Inverkehrbringen steht somit auch nur eine (materiell) versuchte Teilnahmetat als Haupttat zur Verfügung. Dass diese

⁴⁴⁵ Vergleichbar ist diese Konstellation mit der einer (absichtlich begangenen) vollendeten Beihilfe zur versuchten Haupttat.

⁴⁴⁶ Vgl. 2. Abschnitt B.II.3. und 3. Abschnitt A.III.2.c.

⁴⁴⁷ Siehe oben, 3. Abschnitt B.I.

Tat bloß versucht ist, ist aber für die Tauglichkeit als Haupttat unerheblich. Schon die Untersuchungen zur Teilnahme an der allgemeinen Beihilfe haben gezeigt, dass als Haupttat auch der mit Strafe bedrohte Versuch einer Tat den gesetzlichen Anforderungen genügt.⁴⁴⁸

Werden somit abtreibungstaugliche Mittel oder Gegenstände in der Absicht, einen rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch zu fördern, in den Verkehr gebracht, und handelt der Inverkehrbringende dabei rechtswidrig, stellt diese vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eine nach den §§ 26, 27 teilnahmefähige Haupttat dar.⁴⁴⁹

2. Die Bestrafung einer allgemeinen Teilnahme am Inverkehrbringen

Haben die bisherigen Ausführungen gezeigt, dass das Inverkehrbringen eine teilnahmefähige Haupttat darstellt und diese Tat zugleich als der Versuch einer Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218 Abs. 1 angesehen werden kann, bleibt schließlich zu klären, ob die allgemeine Anstiftung oder Beihilfe zu dieser besonderen versuchten Beihilfe auch als solche nach §§ 219b Abs. 1, 26 oder §§ 219b Abs. 1, 27 Abs. 1 zu bestrafen ist oder in Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme⁴⁵⁰ als indirektes Inverkehrbringen nach § 219 Abs. 1. Dazu

Fall 16:

Apotheker A übergibt der Schwangeren S ein Abtreibungsmittel, um den von S geplanten unerlaubten Schwangerschaftsabbruch zu fördern. Der Praktikant P holte in Kenntnis aller Tatumstände das Mittel für A aus dem Lager.

A hat ein abtreibungstaugliches Mittel aus seinem Gewahrsam derart entlassen, dass es von einer anderen Person, der S, nach eigenem Belieben weiterverwendet werden konnte.⁴⁵¹ A hat deshalb ein abtreibungstaugliches Mittel in den Verkehr gebracht. Er handelte auch, um einen rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch der S nach § 218 zu fördern.⁴⁵² Folglich hat sich A wegen Inverkehrbringens abtreibungstauglicher Mittel nach § 219b Abs. 1 strafbar gemacht. Diese Tat hat der P unterstützt, indem er das Mittel aus dem Lager holte. P hat damit zum Inverkehrbringen abtreibungstauglicher Mittel des A Hilfe geleistet. Für die Bestrafung des P stehen nach den vorangegangenen Untersuchungen zwei Möglichkeiten offen: Einerseits könnte P wegen Beihilfe zum Inver-

⁴⁴⁸ Siehe 2. Abschnitt A.II.3. und 3. Abschnitt A.II.2.b.

⁴⁴⁹ Lackner/Kühl § 219b Rn 6; SK-Rudolphi § 219b Rn 6; Tröndle/Fischer § 219b Rn 5.

⁴⁵⁰ Siehe 2. Abschnitt C.II.1. und 2.

⁴⁵¹ Zum Begriff des Inverkehrbringens siehe oben 3. Abschnitt B.II.2.

⁴⁵² Zur Absicht siehe oben 3. Abschnitt B.II.4.

kehrbringen abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände nach §§ 219b Abs. 1, 27 Abs. 1 bestraft werden. Andererseits lässt sich auch erwägen, P wegen indirekten Inverkehrbringens abtreibungstauglicher Mittel unmittelbar aus § 219b Abs. 1 zu bestrafen.

a. Allgemeine Ansicht

Das Schrifttum blendet bei der Betrachtung der vorstehenden Teilnahmekonstellation weitgehend den materiellen Charakter des § 219b Abs. 1 als besondere versuchte Beihilfe aus. § 219b Abs. 1 wird (formell) nur als eine täterschaftliche Regelung begriffen, an der die Vorschriften der allgemeinen Teilnahme nach den allgemeinen Grundsätzen ohne Weiteres Anwendung finden können.⁴⁵³ Keine Anwendung finden daher die von der Rechtsprechung und dem herrschenden Schrifttum entwickelten Grundsätze zur Kettenteilnahme, wonach eine weitere Teilnahme an einer Beihilfetat als eine indirekte („mittelbare“) Beihilfe zur Haupttat zu bestrafen ist.⁴⁵⁴ Eine Anstiftung oder Beihilfe zum Inverkehrbringen sei demnach nicht als ein indirektes Inverkehrbringen zu bestrafen, sondern als eine Anstiftung oder Beihilfe zum Inverkehrbringen abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände nach §§ 219b Abs. 1, 26 oder §§ 219b Abs. 1, 27 Abs. 1.

b. Stellungnahme

Dem Ergebnis des vorherrschenden Schrifttums ist zuzustimmen. Schon der Wortlaut der besonderen versuchten Beihilfe des § 219b Abs. 1, der ein Inverkehrbringen abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände fordert, legt die Subsumtion bloß direkter Handlungen noch wesentlich näher als die Tathandlung des Förderns in § 120 Abs. 1. Während die Tathandlung des Förderns nur eine andere Umschreibung für das Hilfeleisten in § 27 Abs. 1 darstellt⁴⁵⁵ und somit vom Wortlaut grundsätzlich auch indirekt fördernde Tatbeiträge erfasst,⁴⁵⁶ setzt der Begriff des Inverkehrbringens voraus, dass das Mittel oder der Gegenstand vom Beteiligten in den Verkehr gebracht wird. In den Verkehr gebracht wird ein Mittel oder ein Gegenstand aber nur von demjenigen, der es aus dem Gewahrsam derart entlässt, dass ein anderer in die Lage versetzt wird, die tatsächliche Sachherrschaft über das Mittel oder den Gegenstand zu erlangen und damit nach

⁴⁵³ Horn, NJW 1977, 2329, 2334; Lackner/Kühl § 219 Rn 6; MüKo-Gropp § 219b Rn 8; SK-Rudolphi § 219 Rn 6; Schönke/Schröder-Eser § 219b Rn 8; Tröndle/Fischer § 219b Rn 5.

⁴⁵⁴ Siehe oben 2. Abschnitt C.II.1 und 2.

⁴⁵⁵ Siehe 2. Abschnitt A.I. und 3. Abschnitt A.II.1.

⁴⁵⁶ Siehe oben 2. Abschnitt A.IV.2.c.

Belieben zu verfahren.⁴⁵⁷ Wer bloß das (direkte) Inverkehrbringen eines anderen unterstützt oder dazu anstiftet, bringt nach der Auslegung des Wortlautes das Mittel oder den Gegenstand somit nicht in den Verkehr, sondern er erleichtert oder veranlasst lediglich das Inverkehrbringen eines anderen.⁴⁵⁸

Ferner treffen die schon bei der allgemeinen Beihilfe und der besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 geäußerten Bedenken⁴⁵⁹ zur Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme auch auf die Zusammenfassung von allgemeiner Teilnahme und besonderer versuchter Beihilfe in § 219b Abs. 1 zu:

Die Zusammenfassung einer Anstiftung oder Beihilfe zum Inverkehrbringen zu einem indirekten Inverkehrbringen würde die Anstiftung und Beihilfe wie ein „täterschaftliches“ Inverkehrbringen behandeln. Der Teilnehmer am Inverkehrbringen würde demnach so behandelt, als hätte er im Sinne des § 25 das Mittel oder den Gegenstand selbst (unmittelbar), durch einen anderen (mittelbar) oder mit einem anderen gemeinschaftlich in den Verkehr gebracht, obwohl er den Vorgang des Inverkehrbringens in keiner Weise beherrschte.

Besonders deutlich wird diese Ungereimtheit einer Zusammenfassung, wenn der Tatbestand des Inverkehrbringens als rein täterschaftliche Regelung angesehen wird.⁴⁶⁰ Denn infolge der Zusammenfassung zu einem indirekten Inverkehrbringen würde die Anstiftung oder Beihilfe daran zu einem nach § 25 rein täterschaftlichen Inverkehrbringen aufgewertet werden, das die im StGB festgeschriebene und auch für den Tatbestand des Inverkehrbringens gültige Trennung von Täterschaft und Teilnahme geradezu aufheben würde. Täter wäre mithin nicht nur der Tatbeteiligte, der mit Tatherrschaft die abtreibungstauglichen Mittel oder Gegenstände in den Verkehr bringt, sondern auch jeder daran teilnehmende Beteiligte.

Aber sogar dann, wenn der Tatbestand des Inverkehrbringens abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände als besondere im Besonderen Teil des StGB normierte versuchte Beihilfe verstanden wird, ergeben sich im Vergleich zur täterschaftlichen Betrachtungsweise keine Änderungen. Denn die in § 25 festgelegten Formen täterschaftli-

⁴⁵⁷ Siehe oben 3. Abschnitt B.II.2.

Dieses Verständnis legte auch der Gesetzgeber dem Inverkehrbringen zu Grunde. So verwies er hinsichtlich der Auslegung des Begriffes auf das Inverkehrbringen in den §§ 6 und 7 a. F. des Arzneimittelgesetzes (vor 1976), das eine Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt auf einen Dritten verlangte (Erbs/Kohlhaas-Pelchen § 4 Rn 20 AMG).

⁴⁵⁸ Vgl. dazu Horn, NJW 1977, 2329, 2334. A.A. vgl. RGSt 62, 388, 389.

⁴⁵⁹ 2. Abschnitt C.II.2. und 3. Abschnitt A.IV.2.b.

⁴⁶⁰ Insbesondere Fincke, S. 69 ff.

chen Handelns finden entgegen der herrschenden Ansicht bei der weiteren Teilnahme an einer Beihilfe ebenfalls Anwendung, sodass die Anstiftung oder Beihilfe zur Beihilfe eben nicht in eine indirekte Beihilfe zur Haupttat aufgewertet werden darf, sondern als Anstiftung oder Beihilfe zur Beihilfe zu bestrafen ist.⁴⁶¹ Entsprechendes gilt somit auch für die Behandlung der Teilnahme an einer besonderen Beihilfe. Die Anstiftung oder Beihilfe zur besonderen Beihilfe ist als Anstiftung oder Beihilfe zur besonderen Beihilfe zu bestrafen.⁴⁶² Übertragen auf das Inverkehrbringen abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände ist die Anstiftung oder Beihilfe zum Inverkehrbringen demzufolge unverändert als Anstiftung oder Beihilfe zum Inverkehrbringen zu bestrafen, nicht aber als indirektes Inverkehrbringen.

Darüber hinaus würde die Zusammenfassung nach den allgemeinen Grundsätzen der Kettenteilnahme im Fall einer Beihilfe zum Inverkehrbringen wieder die obligatorische Strafmilderung des Gehilfen nach § 27 Abs. 2 S. 2 entfallen lassen. Das erscheint aber nicht sachgerecht, weil der Gehilfe, der an der besonderen Beihilfe des § 219b Abs. 1 teilnimmt, schlechter stehen würde als bei einer Teilnahme an einem gewöhnlichen rein täterschaftlichen Delikt. Da der Strafraum der besonderen versuchten Beihilfe nach § 219b Abs. 1 gegenüber der Haupttat des § 218 eine Milderung erfahren hat, sodass davon ausgegangen werden kann, dass im Strafraum des § 219b Abs. 1 bereits die dem allgemeinen Gehilfen nach § 27 Abs. 2 S. 2 zustehende Strafmilderung Berücksichtigung fand,⁴⁶³ treten die infolge des Fortfalls der obligatorischen Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2 im Rahmen der weiteren Beihilfe an der besonderen Beihilfe des § 120 Abs. 1 aufgezeigten Wertungswidersprüche weit weniger gravierend hervor. Denn bei dem Vergleich der Strafraum einer allgemeinen Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218 Abs. 1 und einer allgemeinen Beihilfe zum Inverkehrbringen, deren Strafe als indirekte Beihilfe zum Inverkehrbringen aus dem (ungemilderten) Strafraum des § 219b Abs. 1 entnommen würde, bestehen kaum Differenzen. Der Strafraum des am Schwangerschaftsabbruch beteiligten Gehilfen beträgt unter Berücksichtigung der obligatorischen Strafmilderung nach §§ 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 Nr. 2 Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren und drei Monaten und bei einem indirekten Inverkehrbringen nach § 219b Abs. 1 Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren. Weil jedoch das Inverkehrbringen eine versuchte besondere Beihilfe darstellt, verbietet sich der ange-

⁴⁶¹ Siehe 2. Abschnitt C.II.3.

⁴⁶² Siehe 3. Abschnitt A.IV.2.c.

⁴⁶³ Siehe 3. Abschnitt B.II.5.

stellte Vergleich, da er unzulässig eine Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch mit einer Beihilfe zur (versuchten) Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch gleichsetzt. Vergleichbar mit der Beihilfe zum Inverkehrbringen ist vielmehr eine Beihilfe zur Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch. Verzichtete man bei dieser Teilnahmekonstellation auf eine Zusammenfassung der einzelnen Teilnahmeglieder und gesteht auch dem Gehilfen des Gehilfen nach der hier vertretenen Auffassung eine (eigene) obligatorische Strafmilderung nach §§ 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 Nr. 2, 39 zu,⁴⁶⁴ beträgt dessen Strafe nach zweifacher Strafmilderung nur noch Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr und acht Monaten. Die Schlechterstellung des zum Inverkehrbringen Hilfe leistenden Teilnehmers, dessen Strafe bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme nach § 219b Abs. 1 Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren betragen würde, ist somit deutlich.

Die bei der Zusammenfassung von allgemeiner Anstiftung oder Beihilfe und besonderer Beihilfe des § 120 Abs. 1 weiterhin aufgezeigten Wertungswidersprüche,⁴⁶⁵ die infolge der Versuchsstrafbarkeit der besonderen Beihilfe des § 120 Abs. 1 zu beobachten waren, treten jedoch nicht bei der Teilnahme an der besonderen versuchten Beihilfe des § 219b Abs. 1 auf. Der Grund dafür besteht in der gegenüber der besonderen Beihilfe des § 120 Abs. 1 fehlenden Versuchsstrafbarkeit des Inverkehrbringens.⁴⁶⁶ Dass es sich beim Inverkehrbringen materiell um eine versuchte Beihilfe handelt⁴⁶⁷ und damit der Versuch einer Beihilfe ausnahmsweise unter Strafe steht, würde jedoch auch nach einer Zusammenfassung von Anstiftung oder Beihilfe am Inverkehrbringen zu einem indirekten Inverkehrbringen nicht zu einer Versuchsstrafbarkeit jeder Anstiftung oder Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch führen, sondern nur zu einer Versuchsstrafbarkeit der Anstiftung oder Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch in Form des nach § 219b Abs. 1 strafbaren Inverkehrbringens abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände. Die Zusammenfassung hätte lediglich zur Folge, dass die Anstiftung oder Beihilfe zum Inverkehrbringen als indirekte versuchte Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch behandelt wird. Zur Veranschaulichung folgende Fälle:

Fall 17:

Wie Fall 16, die Schwangere S lässt ihre Schwangerschaft aber nicht abbrechen.

⁴⁶⁴ Siehe dazu schon 2. Abschnitt C.II.3.

⁴⁶⁵ Siehe 2. Abschnitt C.II.3.

⁴⁶⁶ Siehe oben 3. Abschnitt B.III.1.

⁴⁶⁷ Siehe oben 3. Abschnitt B.I.

Fall 18:

Arzt D will die Schwangerschaft der S mit Hilfe eines abtreibungstauglichen Mittels abbrechen. Dazu holt P das Mittel aus dem Schrank des D und übergibt es ihm. D entscheidet sich daraufhin jedoch anders und beginnt gar nicht erst mit dem Schwangerschaftsabbruch.

In *Fall 17* hätte sich P bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme wegen indirekten Inverkehrbringens strafbar gemacht. Dass der Schwangerschaftsabbruch nicht zur Ausführung gelangt, wäre unerheblich, da § 219b Abs. 1 genügen lässt, dass der „Täter“ das abtreibungstaugliche Mittel in den Verkehr bringt und dabei in der Absicht handelt, den Schwangerschaftsabbruch zu fördern.

In *Fall 18* ist das Handeln des P hingegen straflos. Da D das abtreibungstaugliche Mittel nicht in den Verkehr bringen wollte, sondern es eigenhändig anwenden wollte, scheidet sowohl eine Beihilfe des P am Inverkehrbringen als auch ein Inverkehrbringen des P selbst aus, weil das Mittel von Beginn an nur in der Verfügungsgewalt des D stand.⁴⁶⁸

Der von D ursprünglich beabsichtigte Schwangerschaftsabbruch ist als Haupttat für die dazu von P geleistete Beihilfe nicht einmal in das Versuchsstadium gelangt, sodass eine Strafbarkeit wegen vollendeter Beihilfe nach §§ 27 Abs. 1, 218 Abs. 1 ausscheidet. Insofern hat P nur eine versuchte Beihilfe begangen, die jedoch straflos ist.

Vergleicht man in beiden Fällen die Strafbarkeit des P, steht P in *Fall 17* insofern schlechter, als er in der Sache wegen (indirekter) Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch bestraft wird, obgleich der Schwangerschaftsabbruch gar nicht ausgeführt wurde. Leistet er aber sogar direkt zum Schwangerschaftsabbruch Beihilfe, wie in *Fall 18*, bleibt er straffrei, weil der Schwangerschaftsabbruch nicht zur Ausführung gelangt.

Dieser Wertungswiderspruch beruht jedoch nicht auf der Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme auf die besondere Beihilfe des § 219b Abs. 1. Denn wird in *Fall 17* die von P geleistete Beihilfe nicht zu einem indirekten Inverkehrbringen zusammengefasst, ist er gleichwohl wegen vollendeter Beihilfe zum Inverkehrbringen zu bestrafen. Allein ursächlich für diesen Wertungswiderspruch ist die gesonderte Strafbarkeit des Inverkehrbringens als besondere versuchte Beihilfe zum Schwangerschaftsabbruch. Indem diese Beihilfe in Form des Inverkehrbringens abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände gesondert unter Strafe gestellt wurde, sind Ungleichbehandlungen zu anderen Beihilfetaten, deren Versuch im Allgemeinen straflos ist, nicht

⁴⁶⁸ Vgl. BGH StV 1981, 127, 128.

zu vermeiden, aber auf Grund des von § 219b geschützten Rechtsgutes und des engen Anwendungsbereiches sachlich gerechtfertigt.⁴⁶⁹ Demzufolge ist es auch nicht widersprüchlich, die Teilnahme an einem Inverkehrbringen unter Strafe zu stellen, obwohl die Teilnahme am Schwangerschaftsabbruch oder an einer Beihilfe am Schwangerschaftsabbruch straflos bleibt.

Abschließend ist daher auch bei der besonderen versuchten Beihilfe des § 219b Abs. 1 die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme abzulehnen. Zwar treten infolge der Zusammenfassung einer Anstiftung oder Beihilfe zum Inverkehrbringen zu einem indirekten Inverkehrbringen keine Wertungswidersprüche bei der Teilnahme am versuchten Inverkehrbringen auf; einer solchen Zusammenfassung stehen aber neben dem Wortlaut des § 219b Abs. 1 insbesondere auch die von einer Zusammenfassung bewirkte Aufwertung der Anstiftung oder Beihilfe zu einem „täterschaftlichen“ Inverkehrbringen sowie der Fortfall der obligatorischen Strafmilderung des Gehilfen entgegen.

V. Zusammenfassung

Der Tatbestand des Inverkehrbringens enthält materiell die Regelung einer versuchten Beihilfe. Der Grund für die Normierung im Besonderen Teil bestand darin, eine im Vorfeld von Schwangerschaftsabbrüchen geleistete und besonders sozialschädliche Beihilfe durch das Verbreiten von abtreibungstauglichen Mitteln oder Gegenständen auch dann bestrafen zu können, wenn der Schwangerschaftsabbruch als „Haupttat“ dieser Beihilfe noch gar nicht das Stadium des strafbaren Versuchs erreicht hat. Als Grund für die gesonderte Normierung kann somit die gewollte Durchbrechung des Akzessorietätsprinzips verzeichnet werden.

Die Tathandlung des § 219b Abs. 1 ist das Inverkehrbringen abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände. Im Vergleich zur allgemeinen Beihilfe in § 27 Abs. 1 oder zur besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 ist nur eine konkrete Tathandlung aus der Vielzahl von möglichen Unterstützungs- und Förderungshandlungen zum Schwangerschaftsabbruch herausgegriffen und unter Strafe gestellt worden.⁴⁷⁰

Ein vorsätzlich begangener rechtswidriger Schwangerschaftsabbruch als „Haupttat“ ist für die Strafbarkeit dieser besonderen Beihilfe nicht notwendig. Es genügt, dass der

⁴⁶⁹ 3. Abschnitt B.I.2.

⁴⁷⁰ Siehe 3. Abschnitt B.II.2.

Gehilfe in der Absicht handelt, einen unerlaubten Schwangerschaftsabbruch zu fördern.⁴⁷¹

Der Strafraum des § 219b Abs. 1 trägt der Natur als materielle Beihilfe Rechnung. Die angedrohte Strafe unterschreitet sogar die Strafdrohung einer zum Schwangerschaftsabbruch geleisteten allgemeinen Beihilfe um drei Monate.⁴⁷²

Der Versuch des Inverkehrbringens nach § 219b Abs. 1 ist straflos.⁴⁷³

Am Inverkehrbringen kann ohne Weiteres teilgenommen werden. Das Inverkehrbringen abtreibungstauglicher Mittel oder Gegenstände stellt eine teilnahmefähige Haupttat im Sinne der §§ 26, 27 dar.⁴⁷⁴ Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme der herrschenden Ansicht ist auf diese Teilnahmekonstellationen abzulehnen. Eine Anstiftung oder Beihilfe zum Inverkehrbringen ist demgemäß nicht als indirektes Inverkehrbringen zusammenzufassen, sondern als Anstiftung oder Beihilfe zum Inverkehrbringen nach §§ 219b Abs. 1, 26 beziehungsweise §§ 219b Abs. 1, 27 Abs. 1 zu bestrafen.⁴⁷⁵

⁴⁷¹ Siehe 3. Abschnitt B.II.3.a.

⁴⁷² Siehe 3. Abschnitt B.II.4.

⁴⁷³ Siehe 3. Abschnitt B.III.1.

⁴⁷⁴ Siehe 3. Abschnitt B.IV.1.

⁴⁷⁵ Siehe 3. Abschnitt B.IV.2.b.

C. Die besondere Beihilfe in §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2 und 20a Abs. 1 Nr. 3 KWKG

I. Einführung

1. Historie

Ausgelöst durch mehrere Prozesse gegen deutsche Staatsangehörige, die an der Planung und Errichtung von Anlagen zur Herstellung chemischer Waffen beteiligt waren, wurden Ende 1990 die Strafvorschriften des Kriegswaffenkontrollgesetzes durch das Gesetz zur Verbesserung der Überwachung des Außenwirtschaftsverkehrs und zum Verbot von Atomwaffen, biologischen und chemischen Waffen grundlegend reformiert. Ziel der Gesetzesnovelle war es, mittels eines lückenlosen Strafrechtsschutzes jedwede Beteiligung von deutschen Staatsangehörigen an der ABC-Waffenproduktion zu verhindern⁴⁷⁶ und so die Schwächen der alten Regelungen zu beheben. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1–5, 7 KWKG (alt) i.V.m. § 3 StGB konnten nur Verstöße gegen das ABC-Waffenverbot strafrechtlich geahndet werden, die im Inland begangen wurden. Beging ein Deutscher eine unter das ABC-Waffenverbot fallende Handlung im Ausland, die dort nicht mit Strafe bedroht war, und nahm jemand an einer solchen Tat teil, oder nahm ein Deutscher im Ausland an einer im Ausland im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG straflosen Handlung teil, blieb das Handeln nach deutschem Recht in der Regel sanktionslos.⁴⁷⁷ Ein Kernstück der Novellierung bildete daher die Aufnahme der Tatvarianten des Förderns und Verleitens⁴⁷⁸ als so genannte verselbstständigte Beihilferegelnungen⁴⁷⁹ in die §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG, mit deren Hilfe die Strafbarkeitslücken geschlossen werden sollten.

1998 folgte zur Umsetzung des Übereinkommens über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Antipersonenminen und deren Vernichtung in § 20a KWKG eine den §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG nachgebildete Strafvorschrift gegen Antipersonenminen. Um hier einen ebenso umfassenden Schutz zu gewährleisten, wurde eine vergleichbare „verselbstständigte Beihilfe“ in den Tatbestand des § 20a KWKG aufgenommen.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ Vgl. BT-Drs. 11/4609, S. 10; vgl. BT-Drs. 13/10691, S. 1 f.; Holthausen, NJW 1991, 203.

⁴⁷⁷ Vgl. BT-Drs. 11/4609 a.a.O.; Holthausen, ebd.

⁴⁷⁸ Dazu BT-Drs. 11/7221, S. 11.

⁴⁷⁹ Vgl. BT-Drs. 11/4609, S. 10.

⁴⁸⁰ Vgl. BT-Drs. 13/10116, S. 8 und 10.

Diese in den §§ 19–20a KWKG enthaltenen Tatvarianten des Förderns als Regelungen einer so genannten verselbstständigten Beihilfe bilden im Folgenden den Gegenstand der Untersuchung.

2. Die Strafvorschriften im Überblick

Die Strafvorschriften der §§ 19–20a KWKG sind weitgehend identisch. In Abs. 1 ist jeweils der Grundtatbestand enthalten, in den weiteren Absätzen finden sich Qualifikationen, Regelungen für besonders schwere und minder schwere Fälle sowie Regelungen zur Fahrlässigkeitsstrafbarkeit und zu Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen.

§ 19 KWKG beinhaltet die Strafvorschriften in Bezug auf Atomwaffen. Nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 KWKG wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren bestraft, wer Atomwaffen zum Beispiel herstellt, entwickelt oder mit ihnen Handel treibt. Diese Regelung stellt unstreitig eine täterschaftliche Regelung dar, wie sie den hergebrachten Strafnormen des Strafgesetzbuches entspricht.

Mit derselben Strafe belegt ist in § 19 Abs. 1 Nr. 1a KWKG das Verleiten eines anderen zu einer in § 19 Abs. 1 Nr. 1 KWKG aufgezählten (täterschaftlichen) Handlung. Materiell handelt es sich um eine Anstiftung zu den unter § 19 Abs. 1 Nr. 1 KWKG genannten Handlungen.⁴⁸¹ Aufgrund der eigenständigen Normierung dieser Anstiftung in einem Straftatbestand des Besonderen Teils wird sie als verselbstständigte Anstiftung bezeichnet.⁴⁸²

Schließlich wird nach § 19 Abs. 1 Nr. 2 KWKG ebenso mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren bestraft, wer eine der in § 19 Abs. 1 Nr. 1 KWKG genannten Handlungen fördert. Materiell betrachtet handelt es sich dabei um eine Beihilfe, die, weil sie im Besonderen Teil Eingang gefunden hat, auch als verselbstständigte Beihilfe bezeichnet wird.

§ 20 KWKG beinhaltet die Strafvorschriften gegen biologische und chemische Waffen. Die Struktur des Grundtatbestandes in Abs. 1 entspricht der des § 19 Abs. 1 KWKG. Die in Abs. 1 aufgezählten Tathandlungen sind mit denen in § 19 Abs. 1 KWKG identisch: § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG enthält die täterschaftlichen Handlungen, Nr. 1a das Verleiten eines anderen zu einer in Abs. 1 Nr. 1 genannten Handlung als so genannte verselbstständigte Anstiftung und Nr. 2 das Fördern einer in Abs. 1 Nr. 1 genannten

⁴⁸¹ BT-Drs. 11/7221, S. 11; Erbs/Kohlhaas-Steindorf § 19 Rn 4.

⁴⁸² Siehe schon Fn 231 zur Tatvariante des Verleitens zum Entweichen in § 120 Abs. 1.

Handlung als so genannte verselbstständigte Beihilfe. Lediglich die Strafdrohung ist gegenüber § 19 Abs. 1 KWKG erhöht auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren.

In § 20a KWKG befinden sich die Strafvorschriften gegen Antipersonenminen. Die Struktur des Abs. 1 und die einzelnen Tathandlungen stimmen im Wesentlichen mit denen der §§ 19 Abs. 1 und 20 Abs. 1 KWKG überein. Mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren wird in § 20a Abs. 1 Nr. 1 KWKG bestraft, wer Antipersonenminen beispielsweise einsetzt, entwickelt oder herstellt, in Nr. 2, wer einen anderen zu einer solchen Handlung verleitet und in Abs. 1 Nr. 3, wer eine in Abs. 1 Nr. 1 bezeichnete Handlung fördert.

Wegen derselben Struktur der §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1, 20a Abs. 1 KWKG und des gleichen Wortlautes der Tatvarianten des Förderns wird deren Untersuchung im Folgenden zusammengefasst.

3. Die Notwendigkeit der besonderen Beihilfe im KWKG

Die Aufnahme der Tatvariante des Förderns und die Normierung des § 21 KWKG sollten die angedeuteten Strafbarkeitslücken schließen. Zur Verständlichkeit der folgenden Untersuchungen soll an dieser Stelle der Frage nachgegangen werden, ob die Normierung des Förderns in den §§ 19–20a KWKG tatsächlich erforderlich war, um Strafbarkeitslücken vor allem im Bereich der Distanzteilnahme zu schließen. Besondere Beachtung verdient deshalb § 21 KWKG⁴⁸³. Dieser ordnet an, dass die Strafvorschriften der §§ 19–20a KWKG – in Bezug auf § 19 KWKG allerdings nur Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2 sowie Abs. 5 und 6⁴⁸⁴ unabhängig vom Recht des Tatortes auch für Taten gelten, die im Ausland begangen werden, sofern der Täter Deutscher⁴⁸⁵ ist.⁴⁸⁶ Erforderlich war nach Ansicht des Gesetzgebers diese Regelung deshalb, weil auch die neu geschaffenen Strafvorschriften des KWKG gemäß §§ 3 ff. StGB grundsätzlich nur auf Taten Anwendung gefunden hätten, die im Inland begangen werden. Erst § 21 KWKG ermöglichte die beabsichtigte Erweiterung der Strafbarkeit auf deutsche Staatsangehörige, die im Ausland gegen das ABC-Waffen- und Antipersonenminenverbot verstoßen, mangels einer dort bestehenden Strafbarkeit dieser Handlungen jedoch straffrei bleiben. Zur Verdeutlichung

⁴⁸³ Zu den Bedenken in Bezug auf die Verfassungsmäßigkeit des § 21 KWKG siehe Epping, RIW 461, 465 ff.; Pottmeyer, NStZ 1992, 57, 58 ff.

⁴⁸⁴ Aus diesem Grund wird im Folgenden § 19 nicht mehr mitzitiert.

⁴⁸⁵ Zum Begriff siehe Erbs/Kohlhaas-Steindorf § 21 Rn 2.

⁴⁸⁶ Die Regelung des § 21 KWKG entspricht damit der des § 5.

Fall 19:

X besitzt die deutsche Staatsangehörigkeit und entwickelt in einem ausländischen Staat chemische Waffen. Das Entwickeln von chemischen Waffen ist dort nicht mit Strafe bedroht. G, der ebenfalls die deutsche Staatsbürgerschaft besitzt, liefert dem X zur Entwicklung der chemischen Waffe Laborgeräte, die er in Deutschland herstellt.

Das Handeln des X erfüllt zwar den Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG, doch ist eine Strafbarkeit des X nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG dadurch bedingt, dass die Strafvorschriften des KWKG als Bestandteil des deutschen Strafrechts überhaupt Anwendung finden. Gemäß § 3 StGB gilt das deutsche Strafrecht grundsätzlich nur für Taten, die im Inland begangen werden. Begangen ist eine Tat nach § 9 Abs. 1 StGB dort, wo der Täter gehandelt hat oder wo der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist. Da X ausschließlich im Ausland handelte und der Taterfolg, die Entwicklung einer chemischen Waffe, im Ausland eintrat, fehlt es an einem inländischen Tatort, sodass nach dem Grundsatz des § 3 StGB die Strafvorschriften des KWKG auf das Handeln des X nicht anwendbar sind. Von diesem in § 3 StGB niedergelegten Grundsatz sehen die §§ 4–7 StGB Ausnahmen vor, die aber die hier gegebene Tatkonstellation nicht einschließen. Nach den allgemeinen Regelungen des Strafgesetzbuches zum Geltungsbereich des deutschen Strafrechts findet § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG somit keine Anwendung.

Beschränkt auf die Strafnormen des KWKG beinhaltet § 21 KWKG aber eine weitere, spezielle Ausnahme von § 3 StGB. § 21 KWKG bestimmt, dass unabhängig vom Recht des Tatortes die Strafnormen der §§ 20, 20a KWKG auch auf solche Taten Anwendung finden, die von einem Deutschen im Ausland begangen werden. Auf die Tat des X in *Fall 19* finden daher die Strafvorschriften der §§ 20, 20a KWKG gemäß § 21 KWKG Anwendung, weil X die deutsche Staatsbürgerschaft besitzt. Demzufolge hat er sich wegen der Entwicklung einer chemischer Waffe nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 21 KWKG strafbar gemacht.

Bewirkt § 21 KWKG eine Ausdehnung der Täterstrafbarkeit, so müsste wegen der akzessorischen Natur der Teilnahme auch eine Erweiterung der Teilnehmerstrafbarkeit eingetreten sein. Besagt die Akzessorietät der Teilnahme, dass die Strafbarkeit der Teilnahme von einer mit Strafe bedrohten fremden Tat abhängt, würde es ohne die Vorschrift des § 21 KWKG an einer teilnahmefähigen Haupttat fehlen, falls der Täter im Ausland eine in den §§ 20, 20a KWKG genannte Handlung vornimmt. Führt § 21 KWKG jedoch zur Strafbarkeit der von einem Deutschen im Ausland begangene Tat im

Sinne der §§ 20, 20a KWKG, wäre nach den allgemeinen Vorschriften zur Anwendbarkeit des deutschen Strafrecht auch eine dazu geleistete Beihilfe nach § 27 Abs. 1 StGB strafbar.⁴⁸⁷

Denn für die Geltung des KWKG ist es in Bezug auf eine im Inland begangene Teilnahme unschädlich, dass die Haupttat im Ausland begangen wurde. Nach § 9 Abs. 2 S. 1 StGB ist der Tatort der Teilnahme sowohl der Tatort der Haupttat als auch der Ort, an dem der Teilnehmer gehandelt hat. Wird die Teilnahmehandlung im Inland vorgenommen, besteht ein Tatort der Teilnahme im Inland, sodass gemäß § 9 Abs. 2 S. 1 StGB die Strafnormen des KWKG auch in Bezug auf Teilnahmehandlungen Anwendung finden.⁴⁸⁸ Weder die Normierung des § 21 KWKG noch die Normierung der Tatvariante des Förderns war in diesen Fällen deshalb erforderlich.

Im *Fall 19* hat X als Deutscher eine chemische Waffe im Ausland entwickelt. Diese Tat ist nach §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 21 KWKG strafbar und stellt damit eine für G im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB teilnahmefähige Haupttat dar. Mit dem Liefern der Laborgeräte hat G dem X Hilfe geleistet. G nahm die Hilfe leistende Handlung in Deutschland vor, sodass gemäß §§ 3, 9 Abs. 2 S. 1 StGB die Strafnorm des § 20 Abs. 1 KWKG auch in Bezug auf die Beihilfe des G Anwendung findet.⁴⁸⁹ G hätte sich daher wegen Beihilfe zur Entwicklung einer chemischen Waffe nach §§ 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG, 27 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

§ 21 KWKG erweitert in dieser Teilnahmekonstellation ausschließlich die Strafbarkeit des Haupttäters. Auf eine im Inland geleistete allgemeine Beihilfe zu einer im Ausland begangenen, von Abs. 1 Nr. 1 der §§ 20, 20a KWKG erfassten, aber dennoch nach deutschem Recht straflosen Tat, fand nach § 9 Abs. 2 S. 2 StGB ohnehin schon das deutsche Strafrecht Anwendung. Nach § 9 Abs. 2 S. 2 StGB kann ein im Inland handelnder Teilnehmer selbst dann wegen seiner Teilnahme an einer im Ausland begangenen fremden Tat nach deutschem Strafrecht bestraft werden, wenn die Haupttat nach dem Recht des Tatorts gar nicht mit Strafe bedroht ist. Das heißt, würde die Strafbarkeit einer im Inland begangenen Teilnahme allein deshalb scheitern, weil die nach deutschem Recht mit Strafe bedrohte Haupttat im Ausland begangen wurde, dort aber nicht unter Strafe steht, überwindet § 9 Abs. 2 S. 2 StGB das Erfordernis einer nach deutschem Recht mit Strafe bedrohten Haupttat, indem auf die im Ausland begangene Tat

⁴⁸⁷ Holthausen a.a.O.

⁴⁸⁸ Vgl. dazu auch BGH 4, 333, 335.

⁴⁸⁹ Vgl. Gribbohm JR 1998, 177, 178.

fiktiv das deutsche Strafrecht Anwendung findet.⁴⁹⁰ Eine Beihilfe in Deutschland zu einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 20, 20a und auch § 19 KWKG genannten Handlung wäre mithin auch ohne die Regelung des § 21 KWKG strafbar gewesen. In Bezug auf die Beihilfestrafbarkeit einer im Inland begangene Beihilfe zu einer im Ausland begangenen, dort aber im Sinne der §§ 19–20a KWKG straflosen Tat bestand jedenfalls nach der Einführung des § 21 KWKG keine Strafbarkeitslücke, sodass die Aufnahme der Tatvariante des Förderns als Regelung einer besonderen Beihilfe in den §§ 19–20a KWKG aus diesem Grunde nicht notwendig war.

Wird die Hilfeleistung von einem Deutschen nicht im Inland, sondern ebenso wie die Haupttat im Ausland begangen, vermag auch § 9 Abs. 2 S. 2 StGB nicht die Strafbarkeit des Teilnehmers zu begründen. Beispielsweise, wenn wie im *Fall 19 G* die Laborgeräte nur im Ausland produziert und diese von dort dem X liefert. Eine solche Beihilfe bliebe straflos.⁴⁹¹ Denn gemäß § 9 Abs. 2 setzt die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts voraus, dass entweder die Haupttat im Inland begangen wurde und hier mit Strafe bedroht ist (§ 9 Abs. 2 S. 1 Var. 1), oder dass der Teilnehmer im Inland gehandelt hat und sein Handeln nach deutschem Recht strafbar ist (§ 9 Abs. 2 S. 1 Var. 2 und S. 2). Beides trifft jedoch nicht auf diese Fallkonstellation zu, weil weder der Tatort der Haupttat noch der Tatort der Teilnahme sich im Inland befinden.

Diese Strafbarkeitslücke hat aber § 21 KWKG geschlossen. Unter der Voraussetzung, dass der Täter Deutscher ist, finden gemäß § 21 KWKG die Strafvorschriften der §§ 20, 20a KWKG ebenso auf im Ausland begangene Taten Anwendung. § 21 KWKG führt mithin auch zu einer Erweiterung der Teilnehmerstrafbarkeit. Eine so genannte *Verselbstständigung*, wie sie vom Gesetzgeber auch im Fall einer im Ausland von einem Deutschen geleisteten Beihilfe zu einer im Ausland von einem Deutschen begangenen, nach Abs. 1 Nr. 1 der §§ 20–20a KWKG strafbaren Tat für erforderlich gehalten wurde,⁴⁹² war demzufolge aber auch in diesem Fall nicht notwendig.

Schließlich ist die Teilnahmekonstellation denkbar, dass die Hilfe leistende Handlung im Ausland von einem Deutschen erbracht wird und die entsprechende Haupttat im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 der §§ 20, 20a KWKG von einem Ausländer im Ausland begangen wird; dazu

⁴⁹⁰ Lackner/Kühl § 9 Rn 3; SK-Hoyer § 9 Rn 10. § 9 Abs. 2 S. 2 stellt damit eine Durchbrechung der Akzessorietät der Teilnahme dar, Gribbohm, ebd.; a. A. Jung, JZ 1979, 325, 328.

⁴⁹¹ Vgl. Gribbohm, ebd. und MüKo-Ambos/Ruegenberg § 9 Rn 40.

⁴⁹² Holthausen a.a.O., vgl. auch BT-Drs. 11/4609, S. 10.

Fall 20:

Wie Fall 19, nur handelt G im Ausland und X besitzt nicht die deutsche Staatsbürgerschaft.

Begeht ein Ausländer im Ausland eine Tat im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 der §§ 20, 20a KWKG, so macht er sich mangels Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nicht nach dem KWKG strafbar.⁴⁹³ Wegen der fehlenden mit Strafe bedrohten Haupttat scheidet nach allgemeinen Teilnahmegrundsätzen somit auch eine strafbare Teilnahme daran aus.⁴⁹⁴ Da die Haupttat aber nach deutschem Recht strafbares Unrecht darstellt und der Teilnehmer überdies die deutsche Staatsbürgerschaft besitzt, könnte gleichwohl eine Strafbarkeit der Beihilfe nach deutschem Recht bestehen.

Für die Teilnahme an einer im Ausland begangenen, dort nicht mit Strafe bedrohten Tat enthält § 9 Abs. 2 S. 2 eine Sonderregelung. Unabhängig von der Strafbarkeit der im Ausland begangenen Haupttat ist eine Teilnahme an dieser Tat strafbar, wenn die Teilnahme im Inland begangen wurde. § 9 Abs. 2 S. 2 überwindet somit das Erfordernis einer mit Strafe bedrohten Haupttat,⁴⁹⁵ verlangt aber, dass der Teilnehmer im Inland handelte. In der hier gegebenen Fallkonstellation handelte der Teilnehmer jedoch im Ausland, sodass § 9 Abs. 2 S. 2 keine Anwendung findet und die Beihilfe folglich straflos bliebe.⁴⁹⁶

Eine weitere Sonderregelung beinhaltet der schon genannte § 21 KWKG. Danach gelten die Strafvorschriften der §§ 20–20a KWKG unabhängig vom Recht des Tatortes, wenn der Täter Deutscher ist. Anders als § 9 Abs. 2 S. 2 knüpft § 21 KWKG damit nicht an den Ort der Tat an, sondern an die Nationalität des Täters. Demzufolge könnte § 21 KWKG die von § 9 Abs. 2 S. 2 hinterlassene Lücke schließen und zu einer Strafbarkeit der von einem Deutschen im Ausland begangenen Teilnahme an einer im Ausland von einem Ausländer begangenen nicht mit Strafe bedrohten Tat führen.

Zweifelhaft erscheint jedoch, ob § 21 KWKG tatsächlich die vorgestellte Rechtsfolge ausspricht, die Teilnahme an einer Haupttat nach Abs. 1 Nr. 1 der §§ 20–20a KWKG auch für den Fall unter Strafe zu stellen, dass die Haupttat weder nach ausländischem

⁴⁹³ Häufig ist die Tat nach dem Recht des Tatorts schon nicht mit Strafe bedroht, zum anderen findet das KWKG auf die von einem Ausländer im Ausland begangene Tat keine Anwendung. Das KWKG ist nur auf solche Taten anwendbar, für die entweder nach allgemeinen Vorschriften (§ 3 ff.) das StGB Anwendung findet oder für die nach der besonderen Vorschrift des § 21 KWKG eine Strafbarkeit herbeigeführt wird, sofern der Täter die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt.

⁴⁹⁴ Siehe oben 3. Abschnitt A.II.2.

⁴⁹⁵ § 9 Abs. 2 S. 2 stellt eine Durchbrechung des Akzessorietätsprinzips dar, vgl. Gribbohm, JR 1998, 177, 178.

⁴⁹⁶ Vgl. Gribbohm a.a.O.

noch nach inländischem Recht strafbar ist. Dass die Vorschrift des § 21 KWKG auch Teilnahmetaten in ihren Regelungsbereich aufnimmt, wurde bereits gezeigt. Doch entbindet § 21 KWKG darüber hinaus die Teilnahme von dem Erfordernis einer strafbaren Haupttat analog der Regelung des § 9 Abs. 2 S. 2?

Aufschlussreich ist es, § 21 KWKG gemäß dem oben gewonnenen Auslegungsergebnis als eine (auch) die Teilnahme umfassende Vorschrift zu lesen. Ausgerichtet auf die Teilnahme hätte sie dann folgenden Wortlaut: „§ 20 sowie § 20a gelten unabhängig vom Recht des Tatorts auch für Taten des Teilnehmers, die außerhalb des Geltungsbereiches dieser Vorschriften begangen werden, wenn der Teilnehmer Deutscher ist.“ Das heißt, eine Teilnahme an einer nach den Strafvorschriften des KWKG strafbaren Haupttat ist unter der Voraussetzung der deutschen Staatsbürgerschaft des Teilnehmers auch dann strafbar, wenn sich der Tatort der Teilnahme im Ausland⁴⁹⁷ befindet.⁴⁹⁸ § 21 KWKG bestimmt somit nur, dass die Anwendbarkeit der genannten Strafvorschriften des KWKG sich nicht nach dem Ort der Teilnahme bemisst – wie nach § 9 Abs. 2 –, sondern nach der Nationalität des Teilnehmers.⁴⁹⁹ Eine dem § 9 Abs. 2 S. 2 vergleichbare Aussage über die Entbehrlichkeit einer mit Strafe bedrohten Haupttat fehlt aber in § 21 KWKG. Folglich entbindet § 21 KWKG nicht die im Ausland begangene Teilnahme von einer nach den §§ 20–20a KWKG mit Strafe bedrohten Haupttat, sondern eine im Ausland begangene Teilnahme nach allgemeinen Teilnahmegrundsätzen eine nach den §§ 20–20a KWKG vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat voraussetzt. Fehlt es aber an einer solchen teilnahmefähigen Tat, weil die Tat im Ausland nicht mit Strafe bedroht ist und der Täter kein Deutscher ist, bleibt somit auch eine Teilnahme an dieser Tat straflos. Um dennoch die im Ausland begangene Teilnahme eines Deutschen an einer nach dem KWKG straflosen Tat unter Strafe zu stellen, war die Aufnahme der Tatvariante des Förderns in die Straftatbestände der §§ 19–20a KWKG notwendig geworden.⁵⁰⁰ In Verbindung mit § 21 KWKG ist es dadurch möglich, unabhängig von einer mit Strafe bedrohten Haupttat die von einem Deutschen im Ausland geleistete

⁴⁹⁷ Der Tatort der Teilnahme ist dann ein ausländischer, wenn weder die Haupttat im Inland begangen wurde (§ 9 Abs. 1, 2 S. 1 Var. 1) noch der Teilnehmer im Inland gehandelt hat (§ 9 Abs. 2 S. 2 Var. 2).

⁴⁹⁸ Der Zusatz „unabhängig vom Recht des Tatorts“ ist nur eine Klarstellung, dass der Grundsatz des § 7 Abs. 2 nicht gilt.

⁴⁹⁹ Man kann daher sagen, § 21 KWKG ersetze für die in Bezug genommenen Strafvorschriften des KWKG das im deutschen Strafrecht vorherrschende Territorialitätsprinzip durch das Personalprinzip.

⁵⁰⁰ Gesetzestechisch besser wäre es gewesen, den § 21 KWKG so zu gestalten, dass er wie § 9 Abs. 2 S. 2 vom Erfordernis einer (im Ausland) mit Strafe bedrohten Haupttat entbindet.

Hilfe zu einer in den Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Handlung zu bestrafen.⁵⁰¹

In *Fall 20* hat G zu einer von einem Ausländer (X) im Ausland begangenen Tat im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG Hilfe geleistet. Weil der Tatort der Haupttat weder im Inland liegt noch X die deutsche Staatsbürgerschaft besitzt, ist § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG auf die Tat des X nicht anwendbar. Sein Handeln ist nach dem KWKG mithin straflos. Fehlt es an einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Haupttat, ist grundsätzlich auch eine hierzu geleistete Hilfe nach § 27 Abs. 1 straflos. Ausnahmsweise ist nach § 9 Abs. 2 S. 2 die Beihilfe zu einer im Ausland begangenen, dort nicht mit Strafe bedrohten Tat strafbar, wenn sich der Tatort der Beihilfe im Inland befindet. G hat die Hilfe leistende Handlung jedoch ebenfalls im Ausland begangen, sodass die Beihilfe des G auch nach § 27 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 2 S. 2 straflos bleibt.

In § 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG ist aber das Fördern der Entwicklung einer chemischen Waffe nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG unter Strafe gestellt. Infolge dieser besonderen Regelung des Förderns kann in Verbindung mit § 21 KWKG die von G im Ausland geleistete Hilfe bestraft werden. Mit dem Liefern der Laborgeräte hat G die Entwicklung einer chemischen Waffe gefördert und sich daher wegen Förderns der Entwicklung einer chemischen Waffe nach §§ 20 Abs. 1 Nr. 1a, 21 KWKG strafbar gemacht.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Normierung der Tatvariante des Förderns in den §§ 20, 20a KWKG nur in dem Fall zum Schließen von Strafbarkeitslücken erforderlich war, in dem ein Deutscher im Ausland an einer von einem Ausländer dort begangenen Tat im Sinne der §§ 20, 20a KWKG teilnimmt. In allen anderen Fallkonstellationen einer Distanzbeihilfe haben sich die Ausnahmeregelungen in § 9 Abs. 2 S. 2 und § 21 KWKG als hinreichend erwiesen, um bestehende Strafbarkeitslücken zu schließen. Die Erweiterung der Beihilfestrafbarkeit auf im Ausland begangene und nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedrohte Handlungen kann allein mit der Vorschrift des § 21 KWKG erreicht werden.⁵⁰²

Wenn auch bloß für die Teilnahmekonstellation der im Ausland begangenen Beihilfe zu einer dort von einem Ausländer begangenen Tat im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG die Aufnahme des Förderns ungeachtet weiterer Motive als dem Schließen von Strafbarkeitslücken geboten war, erfasst diese Tatvariante jede geleistete Beihilfe

⁵⁰¹ BT-Drs. 11/4906, S. 10; Holthausen, NJW 1991, 203.

⁵⁰² In diesem Sinne auch BT-Drs. 11/4906, S. 10, anderer Ansicht aber Holthausen, NJW 1991, 203.

zu einer in den Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Handlung,⁵⁰³ und geht der allgemeinen Beihilfe als speziellere Norm vor.

II. Der Tatbestand der vollendeten besonderen Beihilfe in §§ 19–20a KWKG

1. Die Tathandlung: Das Fördern einer in §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2, 20a Abs. 1 Nr. 3 KWKG genannten Handlung

Die Tathandlung in den §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2 und § 20a Abs. 1 Nr. 3 KWKG ist das Fördern einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Handlung. Der Begriff des Förderns dient auch in § 120 Abs. 1 als Beschreibung für die Tathandlung und hat dort dieselbe Bedeutung wie das Hilfeleisten in § 27 Abs. 1.⁵⁰⁴ Beide Tathandlungen unterscheiden sich nur in Bezug auf ihre zu unterstützende Handlung. Während das Hilfeleisten in § 27 Abs. 1 zu grundsätzlich jeder mit Strafe bedrohten vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen strafbar ist, bezieht sich das Fördern in § 120 Abs. 1 ausschließlich auf die Selbstbefreiung des Gefangenen.⁵⁰⁵ Der Grund für die gesonderte Normierung des Förderns in § 120 Abs. 1 besteht darin, die zu einer Gefangenenselbstbefreiung geleistete Beihilfe unter Strafe zu stellen, weil eine allgemeine Beihilfe nach § 27 Abs. 1 mangels einer mit Strafe bedrohten Haupttat strafflos geblieben wäre.⁵⁰⁶

Vergleichbare Gründe haben den Gesetzgeber dazu bewogen, die Tatvariante des Förderns in den §§ 19–20a KWKG zu normieren.⁵⁰⁷ Die Tatvariante erfasst jede geleistete Beihilfe zu einer in den Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Handlung.⁵⁰⁸ Als gesetzgeberisches Vorbild für diese Tatvariante dienten neben § 219c Abs. 1 a. F. (§ 219b Abs. 1 n. F.) und § 354 Abs. 2 Nr. 3 a. F. insbesondere auch die Tatvariante des Förderns in § 120 Abs. 1.⁵⁰⁹ Die Tathandlung des Förderns in den §§ 19–20a KWKG entspricht damit der Tathandlung des Förderns in § 120 Abs. 1 und kann demzufolge als Synonym für das Hilfeleisten in § 27 Abs. 1 verstanden werden.⁵¹⁰ Zwischen dem För-

⁵⁰³ BT-Drs. 11/4906, S. 10.

⁵⁰⁴ Siehe 3. Abschnitt A.II.1.

⁵⁰⁵ Siehe 3. Abschnitt A.II.2.a

⁵⁰⁶ Siehe 3. Abschnitt A.II.2.a.

⁵⁰⁷ Dazu vertiefend 3. Abschnitt C.II.5.

⁵⁰⁸ BT-Drs. 11/4906, S. 10.

⁵⁰⁹ BT-Drs. 11/4906, S. 10.

⁵¹⁰ OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 153, 154; vgl. auch LG Stuttgart, ZfZ 1997, 135, 138; Epping, RIW 1991, 461, 463; Erbs/Kohlhaas-Steindorf § 19 Rn 5; Gröger, S. 62; Pottmeyer §§ 16-17 Rn 14.

dem in den §§ 19–20a KWKG und dem Hilfeleisten in § 27 Abs. 1 besteht mithin eine begriffliche Kongruenz, wie sie schon zwischen dem Fördern in § 120 Abs. 1 und dem Hilfeleisten in § 27 Abs. 1 festgestellt wurde.⁵¹¹ Das Fördern einer der in den Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG bezeichneten Handlungen ist folglich eine Beihilfehandlung.

2. Die zu fördernde Handlung

Stellt nach dem Willen des Gesetzgebers die Tatvariante des Förderns in den §§ 19–20a KWKG eine „verselbstständigte Beihilfe“ dar,⁵¹² müsste entsprechend der Struktur der Beihilfe neben der Beihilfehandlung – dem Fördern – eine davon verschiedene Handlung eines anderen existieren, die gefördert werden soll. In den Tatbeständen des Förderns der §§ 19–20a KWKG ist diese Handlung zwar nicht ausdrücklich genannt, doch enthalten die Tatbestände den Verweis auf eine „in Nr. 1 bezeichnete Handlung“. Dort, in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG, sind die den Kern des strafrechtlichen Verbotes kennzeichnenden rein täterschaftlichen Tathandlungen wie das Entwickeln, Herstellen oder Erwerben von ABC-Waffen oder Antipersonenminen enthalten. Diese Taten stellen somit die zu fördernden Haupttaten dar.⁵¹³

Wie bei der Tatvariante des Förderns in § 120 Abs. 1 ist auch bei denen der §§ 19–20a KWKG die zu fördernde Tat als bloße Handlung umschrieben. Unklar sind deshalb auch hier die konkreten Anforderungen an diese Tat. Im Folgenden soll daher die zu fördernde Handlung eingehender untersucht werden, insbesondere, ob als Haupttat des Förderns ebenso wie bei der allgemeinen Beihilfe nur eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat in Betracht kommt.

a. Die Tathandlung der §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2, 20a Abs. 1 Nr. 3 KWKG als vorsätzlich begangene rechtswidrige Tat eines anderen

Der Wortlaut spricht von einer in den Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG *bezeichneten Handlung*.⁵¹⁴ Vom Wortsinn gedeckt wäre sowohl die bloße (objektive) Vornahme einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Handlung⁵¹⁵ als auch die an die

⁵¹¹ Siehe 3. Abschnitt A.II.

⁵¹² Vgl. BT-Drs. 11/4609, S. 10 und BT-Drs. 13/10116, S. 10.

⁵¹³ Vgl. BT-Drs. 13/10116, S. 10 zu § 20a KWKG, wo explizit zwischen Haupttat (§ 20a Abs. 1 Nr. 1 KWKG) und Teilnahmehandlungen (§ 20a Abs. 1 Nr. 2 und 3 KWKG) unterschieden wird.

⁵¹⁴ Vergleichbar ist diese in den §§ 19–20a KWKG gewählte Umschreibung der Haupttat mit den ehemaligen Vorschriften der Anstiftung und Beihilfe in §§ 48, 49 a. F. (vor 1975). Dort war die vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat durch den Begriff einer „mit Strafe bedrohten Handlung“ charakterisiert.

⁵¹⁵ Vgl. dazu Franzheim, S. 33. So genannte minimale Akzessorietät, M.E. Mayer, S. 391.

allgemeine Beihilfe angelehnte Auslegung im Sinne einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat.

Aufklärende Hinweise enthalten die Gesetzesbegründungen: Dort heißt es zur Vorsätzlichkeit und Rechtswidrigkeit der Haupttat: „Es entspricht dem Charakter des § 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG⁵¹⁶ als verselbstständigtes ‚Teilnahmedelikt‘, dass die Tathandlung des Förderns, anders als die Anstiftung und Beihilfe, keine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Haupttat voraussetzt.“⁵¹⁷ Nimmt man die Äußerung beim Wort, würde die bloße (objektive) Vornahme einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Handlung genügen.⁵¹⁸ Strafbar wäre das Fördern damit sogar dann, wenn der Haupttäter bei Vornahme seiner Handlung nicht einmal objektiv fahrlässig oder sogar gerechtfertigt gehandelt hätte und er demzufolge keine Strafe nach dem KWKG zu gewärtigen hätte. Als Beispiel dafür dient der folgende

Fall 21:

T überlässt einem anderen eine biologische Waffe in dem Glauben, es handele sich um ein harmloses Bakterium. Auch bei Anspannung aller seiner Kräfte hätte er diesen Irrtum nicht vermeiden können. G verpackt für T das Bakterium für den Versand. Auf das Handeln des T hat er keinen Einfluss, aber er weiß, dass es sich bei dem Bakterium um eine biologische Waffe handelt.

T hat nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG einem anderen eine biologische Waffe überlassen. Er hat sich jedoch nicht strafbar gemacht, da er nicht vorsätzlich handelte. Auch hat sich T nicht nach § 20 Abs. 3 KWKG strafbar gemacht, weil er nicht fahrlässig handelte. G hat zur Handlung des T vorsätzlich Hilfe geleistet. Eine Strafbarkeit wegen Überlassens einer biologischen Waffe in mittelbarer Täterschaft scheidet nach überwiegender Ansicht aus, da G trotz seines Wissens nicht die Steuerungsmacht über T besaß. Eine Beihilfe nach § 27 Abs. 1 scheidet mangels vorsätzlich begangener Haupttat aus und eine Strafbarkeit wegen Förderns nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG scheidet aus, sofern man als zu fördernde Handlung entsprechend der allgemeinen Beihilfe eine vorsätzlich begangene Handlung verlangt. Nur wenn man die rein objektive Vornahme der täterschaftlichen Handlung genügen lässt, kann G wegen Förderns der Überlassung einer biologischen Waffe nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG bestraft werden. Denn in diesem

⁵¹⁶ Gleiches gilt für § 19 Abs. 1 Nr. 2 KWKG (vgl. BT-Drs. 11/4609, S. 9) und § 20a Abs. 1 Nr. 3 KWKG (vgl. BT-Drs. 13/10116, S. 10).

⁵¹⁷ BT-Drs. 11/4609, S. 10.

⁵¹⁸ MüKoKWKG-Heinrich § 19 Rn 11 u. 13. In diesem Sinne wohl auch Epping, RIW 1991, 461, 463; Meine, wistra 1996, 41, 45; Pottmeyer, §§ 16–17 Rn 13.

Fall käme es auf die vorsätzliche oder fahrlässige Begehung der „Haupttat“ des T nicht an. Das schlichte Überlassen der biologischen Waffe wäre als geförderte Handlung ausreichend.

Dieses Ergebnis harmoniert offenbar mit den Motiven, die den Gesetzgeber bei der Schaffung der Tatvariante des Förderns geleitet haben. Es sollte die Akzessorietät der Teilnahme überwunden werden, sodass die Bestrafung wegen Beihilfe auch dann möglich bleibt, wenn die zu fördernde Handlung gar nicht nach dem Recht des Tatortes oder nach deutschem Recht mit Strafe bedroht ist.⁵¹⁹ Erklärtes vorrangiges Ziel des Gesetzgebers war es, sämtliche Strafbarkeitslücken, vor allem im Bereich der Distanzteilnahme, zu schließen und eine Beteiligung von Deutschen an Verstößen gegen das Verbot von ABC-Waffen und Antipersonenminen umfassend zu unterbinden.⁵²⁰ Um dieses Ziel zu erreichen und die Strafbarkeit der Beihilfe an einer im Ausland begangenen, dort aber im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG nicht mit Strafe bedrohten Handlung sicherzustellen, war es erforderlich geworden, die Beihilfe von der Voraussetzung einer mit Strafe bedrohten Handlung zu entbinden.⁵²¹ Der Schwerpunkt der Regelung lag neben der Behebung von Beweisschwierigkeiten somit auf der Überwindung der für die allgemeine Beihilfe notwendigen, aber unter Umständen mangels Anwendbarkeit des deutschen Rechts oder des Rechts des Tatortes nicht mit Strafe bedrohten Haupttat. Eine darüber hinaus reichende Erweiterung des Umfangs der Strafbarkeit der Beihilfe war nach den Äußerungen des Gesetzgebers indessen nicht beabsichtigt. Anhaltspunkte dafür, dass künftig die Beihilfe sogar zu solchen Taten strafbar sein solle, die nicht einmal dann strafbar wären, wenn auf sie das deutsche Recht Anwendung fände, sind in den Motiven nicht ansatzweise erkennbar. Vielmehr orientieren sich die Tatvarianten des Förderns der §§ 19–20a KWKG an denen der § 120 Abs. 1 und § 219b Abs. 1,⁵²² und insbesondere die Tatvariante des Förderns in § 120 Abs. 1 entfernt sich von den Voraussetzungen der allgemeinen Beihilfe nur soweit, wie es für die Unter-Strafstellung des Förderns unbedingt erforderlich war.⁵²³ Die „Haupttaten“ der besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 und § 219b Abs. 1 verlangen deshalb eine vorsätzlich begange-

⁵¹⁹ Siehe 3. Abschnitt C.I.3. Vgl. Holthausen, NJW 1991, 203 und ders., wistra 1998, 209.

⁵²⁰ Holthausen, NJW 1991, 203.

⁵²¹ Vgl. BT-Drs. 11/4609, S. 10.

⁵²² BT-Drs. 11/4609, S. 10.

⁵²³ Die Frage nach einer fahrlässig begangenen „Haupttat“ als zu fördernde Handlung stellte sich nicht, da die fahrlässige Begehung weder in § 120 noch § 219b unter Strafe steht.

ne rechtswidrige beziehungsweise eine vorgestellte vorsätzlich begangene rechtswidrige Handlung.⁵²⁴

Für die Tatvariante des Förderns in den §§ 19–20a KWKG dürfte deshalb nichts anderes gelten. Deren Normierung verfolgte in erster Linie das Ziel, die von einem Deutschen geleistete Beihilfe an einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Handlung auch dann bestrafen zu können, wenn diese Handlung von einem Ausländer im Ausland begangen wird und dort nicht unter Strafe steht.⁵²⁵ Legt man dieses Motiv der Auslegung zu Grunde, bräuchte sich auch die Tatvariante des Förderns in den §§ 19–20a KWKG nicht weiter von den Voraussetzungen der allgemeinen Beihilfe zu entfernen, als es für den mit der Normierung verfolgten Zweck – das Schließen von Strafbarkeitslücken im Bereich der Distanzteilnahme – unbedingt notwendig ist. Da die Bestrafung wegen Beihilfe an der mangels Anwendbarkeit des deutschen Rechts fehlenden mit Strafe bedrohten Haupttat scheitern konnte, hätte es auch nur der Überwindung dieser Hürde bedurft,⁵²⁶ ohne die Voraussetzungen einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Haupttat anzutasten.

Unberücksichtigt bleibt jedoch bei dieser Interpretation, dass neben dem für die gesonderte Normierung des Förderns angeführten Motiv der Überwindung der im Bereich der Distanzteilnahme zu besorgenden Strafbarkeitslücken auch Beweisschwierigkeiten eine tragende Rolle spielten.⁵²⁷ In der Praxis scheiterte häufig der Nachweis einer im Ausland vorsätzlich begangenen Tat.⁵²⁸ Aus diesem Grund sind sämtliche unter die §§ 19–20a KWKG fallende Tathandlungen mit einer Fahrlässigkeits- oder jedenfalls Leichtfertigkeitstrafe⁵²⁹ bedroht. Strafbar sind sowohl die fahrlässige Begehung der Haupttat als auch das leichtfertige Fördern. Der dadurch zum Ausdruck kommende Gedanke eines umfassenden Strafrechtsschutzes wäre aber mit der Beschränkung der Tatvariante des Förderns auf nur vorsätzlich begangene Handlungen im praktisch bedeutsamsten Teil für die Normierung⁵³⁰ wieder aufgehoben. Denn ist die vorsätzliche Begehung der Haupttat nicht nachweisbar, scheidet zwangsläufig auch die Strafbarkeit wegen vorsätzlichen und fahrlässigen Förderns aus.⁵³¹ Vermeidbar ist diese Strafbarkeitslücke, wenn

⁵²⁴ Siehe oben 3. Abschnitt A.II.2.a. und 3. Abschnitt B.II.3.b.

⁵²⁵ BT-Drs. 11/4609, S. 10; Holthausen, a.a.O.

⁵²⁶ Siehe oben 3. Abschnitt C.II. 1. Fall 3.

⁵²⁷ Vgl. Holthausen, NJW 1991, 203.

⁵²⁸ Vgl. Holthausen, ebd.

⁵²⁹ Siehe 3. Abschnitt C.II.4.b.

⁵³⁰ Vgl. Holthausen, NJW 1991, 203.

⁵³¹ Das folgt aus der notwendigen Unterscheidung von Haupttat und gesondert normierter Beihilfetat. Vorsätzlich und fahrlässig kann sowohl die zu fördernde Handlung als auch das Fördern selbst begangen

für die Tatvariante des Förderns der rein objektive Handlungsvollzug, also die Vornahme der bloßen in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Handlung, oder die objektiv fahrlässige Begehung der zu fördernden Handlung ausreicht.⁵³²

Ähnliche Überlegungen gelten für die Rechtswidrigkeit der Haupttat. Die Strafflosigkeit einer im Ausland begangenen Haupttat kann sich nicht nur daraus ergeben, dass Verstöße gegen das Verbot von ABC-Waffen und Antipersonenminen per se nicht strafrechtlich sanktioniert sind. Denkbar ist auch, dass im Ausland diese Verstöße zwar strafrechtlich sanktioniert sind, dort aber für staatlich gebilligte Zwecke gerechtfertigt sind.⁵³³

Blickt man mit diesem Auslegungsergebnis vor Augen noch einmal in die Begründungen des Gesetzgebers, käme das seinen Worten nahe. Die Formulierung, dass „die Tat handlung des Förderns – anders als die Anstiftung und Beihilfe – keine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Haupttat voraussetzt“,⁵³⁴ entspräche umfänglich dem Auslegungsergebnis. „Keine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Haupttat“ heißt wegen der bestehenden Fahrlässigkeitsstrafbarkeit der Haupttat eben auch, dass es weder auf die Verletzung einer diesbezüglichen Sorgfaltspflicht noch auf eine vorsätzliche Begehung der Haupttat oder gar auf deren rechtswidrige Verwirklichung ankommt.⁵³⁵ Als Haupttat würde vielmehr die bloße Vornahme einer in den Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Handlung genügen.⁵³⁶

Diese Auslegung würde zudem erklären, dass im Fall einer im Inland geleisteten Beihilfe zu einer im Ausland im Sinne der nach Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG begangenen und dort aber straflosen Tat eben nicht bereits § 9 Abs. 2 S. 2 zu einer Strafbarkeit der Beihilfe führt, sondern dafür die so genannte Verselbstständigung der Beihilfe notwendig gewesen war. § 9 Abs. 2 S. 2 fingiert nämlich für die im Inland geleistete Beihilfe zu einer im Ausland begangenen und dort nicht mit Strafe bedrohten Haupttat eine im Sinne des § 27 Abs. 1 mit Strafe bedrohte vorsätzlich begangene rechtswidrige

genen werden. Steht aber nur das Fördern einer vorsätzlich begangenen Haupttat unter Strafe, würde das bloße Unter-Strafe-Stellen des fahrlässigen Förderns nur die Begehung der fördernden Handlung betreffen und nicht zu einer Änderung der an die Haupttat zu stellenden Voraussetzungen, insbesondere der Vorsätzlichkeit, führen.

⁵³² Zur allgemeinen Teilnahme an unvorsätzlicher Tat siehe Franzheim, S. 33 ff.; Roxin, JZ 1966, 293, 297 und Hardwig, JZ 1965, 667, 670.

⁵³³ Vgl. Epping, RIW 1991, 461, 463; Pottmeyer §§ 16–17 Rn 13.

⁵³⁴ BT-Drs. 11/4609, S. 10.

⁵³⁵ In diesem Sinne wohl auch Epping, RIW 1991, 461, 463 und Pottmeyer §§ 16–17 Rn 13.

⁵³⁶ Für die Praxis ist dieses Ergebnis vor allem deshalb sachgerecht, weil oft mangels präziser Informationen gar nicht festgestellt werden kann, ob Entwicklungen in einem ausländischen Staat dem Waffenbau oder nur der friedlichen Nutzung dienen. Sehr häufig wird eine (erlaubte, aber gleichwohl nicht

Haupttat, sofern diese nach deutschem Strafrecht strafbar wäre.⁵³⁷ Keine Bedeutung für die Strafbarkeit der Haupttat hat somit das ausländische Strafrecht. Das übrige ausländische Recht, das über Vorfragen der Strafbarkeit entscheiden kann, wie zum Beispiel Normen, die die Voraussetzungen einer rechtfertigenden Genehmigung beinhalten, findet weiterhin in Bezug auf die Haupttat Anwendung.⁵³⁸ Das würde für die Gehilfenstrafbarkeit bedeuten, dass das diesbezügliche Fehlen entsprechender Strafnormen im Ausland durch die §§ 19–20a KWKG überwunden werden können, eine im Ausland etwa erteilte Genehmigung für Taten im Sinne der §§ 19–20a KWKG jedoch beachtlich wäre, selbst wenn sie nach deutschem Recht, insbesondere dem KWKG, rechtswidrig wäre. Die Rechtswidrigkeit der Tat und damit auch die an sich gegebene Strafbarkeit des Gehilfen über § 9 Abs. 2 S. 2 würde jedenfalls wieder entfallen. Die Fiktion einer mit Strafe bedrohten Haupttat nach § 9 Abs. 2 S. 2 wäre insofern nicht ausreichend, um die im Inland geleistete Beihilfe zu einer im Ausland begangenen straflosen Haupttat im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG vorbehaltlos unter Strafe zu stellen. Wollte man mit der Neufassung des KWKG einen umfassenden strafrechtlichen Schutz im Bereich des ABC-Waffen- und Antipersonenminenverbotes gewährleisten, ohne auf die Unwägbarkeit einer im Ausland fehlenden Genehmigung oder den Nachweis vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns des Haupttäters angewiesen zu sein, war die Einführung der Tatvariante des Förderns mit einer Loslösung von den Voraussetzungen einer vorsätzlich oder fahrlässig begangenen rechtswidrigen Haupttat auch in dieser Teilnahmekostellation nötig.

Freilich wird dadurch auch die Beihilfe zu einer beispielsweise wegen Notstandes gerechtfertigten Handlung im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG strafbar. Das würde zwar im Widerspruch zur allgemeinen Beihilfe stehen, wonach zum Beispiel auch die Beihilfe zu einer gerechtfertigten Tötung straflos bleibt, doch hatte die Novellierung des KWKG das Ziel, als Beitrag zur Friedenspolitik jedwede Mitwirkung Deutscher an der Produktion von ABC-Waffen und Antipersonenminen zu unterbinden.⁵³⁹ An dieser Zielsetzung in Verbindung mit der ausdrücklichen Verbotserklärung in den §§ 17–18a KWKG ist der Wille des Gesetzgebers erkennbar, dass eine Unterstützung der in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Handlungen unter keinen Umstän-

unter internationale Kontrolle gestellte) friedliche Nutzung nur vorgegeben, um eine militärische Nutzung zu verschleiern.

⁵³⁷ In diesem Sinne SK-Hoyer § 9 Rn 11 f.

⁵³⁸ SK-Hoyer § 9 Rn 12. Anders wohl MüKoKWKG-Heinrich § 19 Rn 11, der eine "konsequente Anwendung des § 9 Abs. 2 S. 2" insoweit für ausreichend erachtet.

⁵³⁹ BT-Drs. 11/4609, S. 7.

den geduldet werden soll. Kein Deutscher soll auf Grund der von ABC-Waffen und Antipersonenminen ausgehenden Gefährlichkeit die Entwicklung oder Herstellung von ABC-Waffen oder Antipersonenminen fördern dürfen. Es würde diesem Gedanken widersprechen, wenn eine Nötigung des Haupttäters im Ausland den zumeist in Deutschland tätigen und von dieser Nötigung unbeeinflussten Gehilfen die Strafe ersparen sollte.

Der Verzicht auf eine vorsätzlich oder fahrlässig begangene Haupttat entspricht damit sogar der wohl einhelligen Ansicht, die der Tatvariante des Förderns zwar eine beihilfegleiche Struktur bescheinigt, sie aber sogar als materiell täterschaftliche Regelung betrachtet.⁵⁴⁰ Denn deutet man die Tatvariante des Förderns als eine materiell täterschaftliche Regelung, ist die konkrete Begehungsform der Haupttat irrelevant. Für die Tatvariante des Förderns würde es genügen, dass die vom Förderer (mit)verursachte – oder von ihm „mittelbar“ begangene – „Haupttat“ objektiv verwirklicht wurde und der gesamte Ablauf des tatbestandlichen Geschehens von seinem Vorsatz umfasst war oder ihm diesbezüglich Leichtfertigkeit vorgeworfen werden kann.⁵⁴¹ Erfasst ist demnach sowohl das Fördern einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat als auch das Fördern einer nicht einmal fahrlässig begangenen oder sogar gerechtfertigten Handlung.

Im *Fall 21* hat sich G daher wegen Förderns des Überlassens einer biologischen Waffe nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG strafbar gemacht, weil es in Bezug auf die Haupttat des T weder auf die vorsätzliche oder fahrlässige Begehung noch auf die Rechtswidrigkeit oder gar Strafbarkeit ankommt. Ausreichend für eine Strafbarkeit wegen Förderns ist, dass der „Haupttäter“ eine in § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG beschriebene Handlung vornimmt.

b. Der Versuch der in §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 20 Abs. 1 Nr. 1, 20a Abs. 1 Nr. 1 KWKG genannten Tat als zu fördernde Handlung

Hat die bisherige Untersuchung ergeben, dass das Fördern in den §§ 19–20a KWKG die bloße objektive Vornahme einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Handlung voraussetzt, bedarf es nunmehr noch der Erläuterung, ob für eine strafbare

⁵⁴⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1998, 153, 154; LG Stuttgart, ZfZ 1997, 135, 138; Epping, RIW 1991, 461, 463; Fincke, S. 65, 69; Holthausen, NJW 1991, 203; Meine, wistra 1996, 41, 45; MüKoKWKG-Heinrich § 19 Rn 13; Sommer, JR 1981, 490, 492 ff.; vgl. auch Joecks § 120 Rn 18 zur Tatvariante des Förderns in § 120 Abs. 1 und Roxin, JZ 1966, 293, 296 zum Tatbestand des Förderns in § 354 a. F. Zur Begründung siehe unten 3. Abschnitt C.II.4.a.

vollendete Förderung im Sinne der §§ 19–20a KWKG die zu fördernde Handlung vollendet sein muss, oder ob auch der Versuch dieser Tat genügt.⁵⁴² Dazu

Fall 22:

G liefert dem H eine elektronische Steuerungsanlage zur Herstellung von chemischen Waffen. H hat mit dem Aufbau der entsprechenden Fabrik begonnen, die Herstellung einer chemischer Waffe gelingt dem H jedoch nicht.

Die überwiegende Rechtsprechung⁵⁴³ und das gesamte Schrifttum⁵⁴⁴ lassen als zu fördernde Handlung auch den Versuch einer in den Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG beschriebenen Handlung ausreichen. Die Tatvariante des Förderns sei eine zur Täterschaft erhobene, verselbstständigte Beihilfe, woraus folge, dass nach den allgemeinen für die Beihilfe geltenden Regeln auch die verselbstständigte Beihilfe schon dann strafbar sei, wenn die Haupttat wenigstens das Stadium des strafbaren Versuchs erreicht habe.⁵⁴⁵

Dieser Auffassung ist beizupflichten, wenngleich sie doch überrascht. Denn Rechtsprechung und Schrifttum haben beim Fördern in § 120 Abs. 1 die Frage entgegengesetzt beantwortet.⁵⁴⁶ Der (vollendete) Tatbestand des Förderns in § 120 Abs. 1 setzt nach ihrer Ansicht ein vollendetes, das heißt erfolgreiches Entweichen des Gefangenen voraus. Der bloße Versuch des Entweichens genügt indes nicht.⁵⁴⁷ Blicke das Entweichen im Versuchsstadium stecken, könnte der Förderer nur wegen versuchten Förderns bestraft werden.⁵⁴⁸ Bei der Tatvariante des Förderns in den §§ 19–20a KWKG kehren Rechtsprechung und Schrifttum, obwohl sie das Fördern als materiellen täterschaftlichen Tatbestand begreifen, jedoch mehr die Beihilfeähnlichkeit hervor und lassen deshalb auch den Versuch als Haupttat ausreichen.

⁵⁴¹ Vgl. LK- Schönemann § 25 Rn 78 ff. Der unmittelbar Handelnde wird als „bloßer Kausalfaktor nach Art eines mechanischen Werkzeuges in den .Geschehensablauf eingespannt“, LK- Schönemann § 25 Rn 80.

⁵⁴² Die grundsätzliche Strafbarkeit des Versuch einer nach Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG begangenen Tat folgt aus §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1.

⁵⁴³ OLG Stuttgart, AW-Prax 1997, 278, 279; LG Stuttgart, ZfZ 1997, 135, 138. A. A. aber OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1998, 153, 154.

⁵⁴⁴ Barthelmeß, wistra 2001, 14, 15; Bieneck, AW-Prax 1997, 64; Erbs/Kohlhaas-Steindorf § 19 Rn 5; Gröger, S. 65; Holthausen wistra 1998, 209; ders., NStZ 1997, 290 ff.; Kreuzer, NStZ 1997, 292; MükoKWKG-Heinrich § 19 Rn 14; Muhler, ZRP 1998, 4, 6.

⁵⁴⁵ Holthausen, NStZ 1997, 290 ff.

⁵⁴⁶ Der Gesetzgeber sah sogar selbst vor, nach Möglichkeit die zu den §§ 120 Abs. 1, 219b Abs. 1 ergangene Rechtsprechung und Literatur zur Auslegung der Tatvariante des Förderns in den §§ 19–20a KWKG heranzuziehen, BT-Drs. 11/4609, S. 10.

⁵⁴⁷ Siehe 3. Abschnitt A.II.2.b.

⁵⁴⁸ Siehe 3. Abschnitt A.III. 2.bb.

Bei der Herleitung des Ergebnisses hilft der Wortlaut der Tatvariante kaum. Zwar enthalten die aufgezählten Handlungen – das Herstellen, Entwickeln, Handeltreiben etc. – isoliert betrachtet einen Erfolgsbezug, weil man üblicherweise nur dann von einem Herstellen, Entwickeln, Handeltreiben etc. spricht, wenn auch tatsächlich ein Erfolg eingetreten ist, also etwas hergestellt oder entwickelt oder damit Handel getrieben wurde.⁵⁴⁹ Jedoch ist der Wortlaut auch für die entgegengesetzte Deutung offen. Von einem Fördern des Entwickelns, Herstellens, Handeltreibens etc. kann auch schon dann gesprochen werden, wenn Handlungen gefördert werden, die nur auf das Herstellen, Entwickeln, Handeltreiben etc. gerichtet sind, also unvollendet bleiben.

Begründet werden kann das Ergebnis mit der rechtlichen Natur des Förderns. Nach den Anschauungen des Gesetzgebers ist die Tatvariante des Förderns eine zum eigenständigen Tatbestand erhobene (verselbstständigte) Beihilfe.⁵⁵⁰ Dem Grunde nach stellt somit das Fördern eine der allgemeinen Beihilfe in § 27 Abs. 1 vergleichbare Teilnahmeregelung dar. Nur unterscheidet sie sich wie schon das Fördern des Entweichens in § 120 Abs. 1 von der Regelung der allgemeinen Beihilfe in der Weise, dass sie als „Haupttat“ keine mit Strafe bedrohte und nicht einmal eine vorsätzlich begangene rechtswidrige Handlung voraussetzt.⁵⁵¹ Das heißt, zur Konkretisierung der Tatvariante kann auf die allgemein geltenden Regeln der allgemeinen Beihilfe zurückgegriffen werden, soweit dadurch nicht die der gesonderten Normierung zu Grunde liegenden Ziele des Gesetzgebers, die Ausdruck in der Überwindung der Akzessorietät gefunden haben, konterkariert werden.

Der Umfang der Akzessorietät bleibt bei der Ausdehnung auf versuchte Taten aber unberührt. Die dadurch eingetretene Erweiterung und Vorverlegung der Strafbarkeit dürfte vielmehr sogar der Intention des Gesetzgebers entsprechen, die Sanktion einer Strafbarkeit wegen vollendeten Förderns schon dann eingreifen zu lassen, wenn lediglich der Versuch der Entwicklung, Herstellung, Überlassung etc. einer ABC-Waffe oder Antipersonenmine gefördert wurde, der missbilligte Erfolg der zu fördernden Handlung also ausbleibt.

Wollte man für ein vollendetes Fördern in den §§ 19–20a KWKG wie die herrschende Meinung bei der Tatvariante des Förderns in § 120 Abs. 1 eine vollendete Haupttat verlangen, müsste das Fördern einer nur versuchten Haupttat als versuchtes Fördern be-

⁵⁴⁹ In diesem Sinne OLG Düsseldorf, NSTZ-RR 1998, 153, 154. Vgl. auch 3. Abschnitt A.II.2.b. und B.II.2.b.

⁵⁵⁰ BT-Drs. 11/4609, S. 10.

⁵⁵¹ BT-Drs. 11/4609, S. 10. Siehe auch MüKoKWKG-Heinrich § 19 Rn 14.

straft werden.⁵⁵² Diese Auffassung wurde jedoch im Hinblick auf den dann eintretenden Wertungswiderspruch verworfen,⁵⁵³ sodass in Anlehnung an die Grundsätze der allgemeinen Beihilfe für ein vollendetes Fördern in den §§ 19–20a KWKG auch nur der Versuch einer in den Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Tat als zu fördernde Handlung ausreicht.

3. Die subjektiven Voraussetzungen

Während das Fördern in § 120 Abs. 1 und das Inverkehrbringen in § 219b Abs. 1 nur eine Strafe für vorsätzliches Handeln vorsehen, ist bei der Tatvariante des Förderns in den §§ 19–20a KWKG sowohl vorsätzliches als auch leichtfertiges Handeln strafbar.

Für die Strafbarkeit vorsätzlichen Förderns gilt hier das zum Vorsatz des allgemeinen Gehilfen⁵⁵⁴, des Förderers in § 120 Abs. 1⁵⁵⁵ und des Inverkehrbringenden⁵⁵⁶ Gesagte entsprechend: Der Vorsatz des Förderers muss sich sowohl auf das Fördern als auch auf die in den §§ 19–20a Abs. 1 Nr. 1 KWKG beschriebene zu fördernde Handlung richten, wobei nicht erforderlich ist, dass der Förderer die präzise Tatzeit, den präzisen Tatort und die einzelnen Täter kennt. Als Vorsatzform genügt Eventualvorsatz. Wie der allgemeine Gehilfe, der Förderer in § 120 Abs. 1 und der Inverkehrbringende in § 219b Abs. 1 muss auch der Förderer in §§ 19–20a KWKG Vollendungsvorsatz in Bezug auf die „Haupttat“ besitzen. Denn ist sein Wille lediglich darauf gerichtet, die in den §§ 19–20a Abs. 1 Nr. 1 KWKG umschriebene zu fördernde Handlung nicht über das Versuchsstadium hinaus gelangen zu lassen, will er das von den §§ 19–20a KWKG geschützte Rechtsgut nicht verletzen und es fehlt am Strafgrund des Förderns.⁵⁵⁷

Im Gegensatz zur allgemeinen Beihilfe sowie der besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 und § 219b Abs. 1 ist bei der besonderen Beihilfe der §§ 19–20a KWKG auch das leichtfertige⁵⁵⁸ Handeln (Fördern) mit Strafe bedroht.⁵⁵⁹ Die Leichtfertigkeit muss sich wie der Vorsatz bei einer vorsätzlichen Begehung sowohl auf die Tathandlung des Förderns als auch auf die zu fördernde Handlung einschließlich ihrer Vollendung beziehen. Ist dem Förderer nur hinsichtlich seiner Tathandlung oder nur in Bezug auf die „Haupttat“ bloß einfache Fahrlässigkeit vorzuwerfen, scheidet eine Strafbarkeit aus. Dagegen

⁵⁵² MüKoKWKG-Heinrich § 19 Rn 14.

⁵⁵³ Siehe 2. Abschnitt A.II.3. und 3. Abschnitt A.II.2.b.

⁵⁵⁴ 2. Abschnitt A.III.

⁵⁵⁵ 3. Abschnitt A.II.3.

⁵⁵⁶ 3. Abschnitt B.II.4.

⁵⁵⁷ Siehe insbesondere 2. Abschnitt A.III. und 3. Abschnitt A.II.3.

⁵⁵⁸ Zum Begriff Kühl, S. 479.

⁵⁵⁹ §§ 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 und 20a Abs. 4 KWKG.

hindert ein nur in Bezug auf die Tathandlung oder die „Haupttat“ bezogener Vorsatz neben einer im Übrigen vorliegenden Leichtfertigkeit die Bestrafung wegen leichtfertigen Förderns nicht.

4. Die Bestrafung des Förderns

Wie bereits dargestellt, ist im Gegensatz zum Fördern in § 120 Abs. 1 und Inverkehrbringen in § 219b Abs. 1 sowohl das vorsätzliche als auch das leichtfertige Fördern in den §§ 19–20a KWKG mit Strafe bedroht.

a. Die Vorsatzstrafe

Wegen vorsätzlichen Förderns einer in den Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19, 20a KWKG genannten Handlung wird der Förderer mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft und wegen Förderns einer in § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG genannten Handlung mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren. Ebenso wie die besondere Beihilfe in § 120 Abs. 1 und § 219b Abs. 1 zeichnet sich die Tatvariante des Förderns in den §§ 19–20a KWKG durch einen mit der zu fördernden Handlung übereinstimmenden Strafraumen aus. Eine der allgemeinen Beihilfe entsprechende obligatorische Strafmilderung hat der Gesetzgeber somit nicht aufgenommen.⁵⁶⁰ Verursachte die fehlende Strafmilderung für den Förderer einer Gefangenenselbstbefreiung einen Wertungswiderspruch, der im Wege einer analogen Anwendung der obligatorischen Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2 behoben werden konnte,⁵⁶¹ soll im Folgenden die Möglichkeit einer solchen Analogie zu Gunsten des Förderers einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Handlung untersucht werden.

Die für eine Analogie vorauszusetzende Regelungslücke könnte in der fehlenden Strafmilderung für den Förderer bestehen. Bedingung hierfür ist aber, dass die Tatvariante des Förderns eine der allgemeinen Beihilfe in § 27 Abs. 1 entsprechende Beihilferegelung darstellt. Nur in diesem Fall würde die Tatvariante des Förderns ein geringeres Unrecht (Teilnahmeunrecht) gegenüber der von ihr zu unterstützenden täterschaftlichen Handlung verkörpern und eine Strafmilderung für den Förderer entsprechend § 27 Abs. 2 S. 2 rechtfertigen.

⁵⁶⁰ Der in den §§ 20 Abs. 2, 20a Abs. 3 KWKG zur Verfügung gestellte ermäßigte Strafraumen für minder schwere Fälle entspricht nicht der Gehilfenstrafe unter Berücksichtigung der obligatorischen Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2. Denn die Strafermäßigung bezieht sich sowohl auf die Tatvariante des Förderns als auch auf die zu fördernde Haupttat.

⁵⁶¹ Siehe 3. Abschnitt A.II.4.

Würde hingegen die Tatvariante des Förderns auch materiell eine täterschaftliche Regelung darstellen, bestünde zwischen der Tatvariante des Herstellens, Entwickelns, Handeltreibens etc. nach Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG und der Tatvariante des Förderns kein gradueller Unterschied im verwirklichten Unrecht. Da sich dann beide Tatvarianten durch ein täterschaftliches Unrecht auszeichneten, wäre eine obligatorische Strafmilderung für den Förderer nicht indiziert.

Die herrschende Meinung erkennt in der Tatvariante des Förderns formell und wohl auch materiell eine täterschaftliche Regelung.⁵⁶² Zu ihrer Begründung wird hauptsächlich formal argumentiert. Zum einen zeige die fehlende Differenzierung zwischen dem Strafraum der Tatvariante des Förderns und der unbestritten rein täterschaftlichen Tatvariante des Herstellens, Entwickelns, Handeltreibens etc. nach Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG, dass die Tatvariante des Förderns der täterschaftlichen Variante nach Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG gleichgestellt und daher zu einer täterschaftlichen Regelung „aufgewertet“ worden sei.⁵⁶³ Zum anderen habe die Verselbstständigung der Beihilfehandlung, die wegen der Aufgabe des Akzessorietätsgrundsatz erforderlich war, eine Umwandlung der ursprünglich allgemeinen Beihilfe in eine täterschaftliche Regelung bewirkt.⁵⁶⁴

Nebenher können aber auch materielle Gründe diese Sichtweise stützen. Die Tatvariante des Förderns setzt im Gegensatz zur allgemeinen Beihilfe in § 27 Abs. 1 keine vorsätzlich begangene Tat eines anderen voraus, sondern lässt eine bloße objektive Handlung des Haupttäters genügen.⁵⁶⁵ Handelt im Rahmen einer allgemeinen Beihilfe aber der Haupttäter unvorsätzlich und leistet der Gehilfe zu dieser für ihn erkennbar⁵⁶⁶ unvorsätzlich begangenen Tat Hilfe, erlangt der Gehilfe nach überwiegender Ansicht im Schrifttum die Herrschaft über das gesamte tatbestandliche Geschehen und wird dadurch selbst zum Täter,⁵⁶⁷ und zwar im Fall der vorsätzlich begangenen Beihilfe zum mittelbaren Täter und im Fall der fahrlässig begangenen Beihilfe zum fahrlässigen (Ne-

⁵⁶² OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1998, 153, 154; LG Stuttgart, ZfZ 1997, 135, 138; Epping, RIW 1991, 461, 463; Holthausen, NJW 1991, 203; ders., wistra 1998, 209.

⁵⁶³ Vgl. Schönke/Schröder-Cramer/Heine § 328 Rn 13d, allerdings zur Tatvariante des Förderns in § 328 Abs. 2 Nr. 4.

⁵⁶⁴ Siehe FN 562. Vgl. auch Fincke, S. 65, 69.

⁵⁶⁵ Siehe 3. Abschnitt C.II.2.a.

⁵⁶⁶ Es genügt, dass ein möglicher Irrtum vom „Gehilfen“ ausgenutzt wird. Ein „Verursachen“ des Irrtums ist nicht erforderlich; vgl. Jescheck/Weigend, S. 666; vgl. LK-Roxin¹¹ § 25 Rn 75.

⁵⁶⁷ Jescheck/Weigend, S. 665; LK-Schünemann § 25 Rn 82; Schönke/Schröder-Cramer/Heine § 25 Rn 15; Stratenwerth/Kuhlen, S. 272, jeweils m.w.N. Vgl. schon 3. Abschnitt A.II.2.a. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Haupttäter (unbewusst) fahrlässig handelt, vgl. BGHSt 30, 363, 365; Jescheck/Weigend, S. 666; Kühl, S. 601; Roxin, Täterschaft, S.178 f.; Stratenwerth/Kuhlen a. a. O.

ben)Täter.⁵⁶⁸ Überträgt man diesen Grundsatz auf die Tatvariante des Förderns, wäre das Fördern einer (unvorsätzlich begangenen) Haupttat nach Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG materiell keine Teilnahme, sondern echte Täterschaft.⁵⁶⁹

Ebenso verhält es sich mit einem rechtmäßig handelnden Haupttäter. Das bewusste Ausnutzen eines rechtmäßig Handelnden begründet regelmäßig eine Täterschaft des Hintermannes,⁵⁷⁰ sodass das Fördern eines nicht rechtswidrigen Herstellens, Entwickelns etc. materiell eine Täterschaft ist, nicht aber eine Teilnahme.

Beachtet werden muss jedoch, dass das Fördern nur dann materiell eine täterschaftliche Regelung darstellt, wenn die Haupttat nicht vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde oder die vorsätzlich oder fahrlässig begangene Haupttat nicht rechtswidrig war. Liegt aber eine im Sinne des § 27 Abs. 1 vorsätzlich begangene rechtswidrige Haupttat vor, greifen die zur Herleitung der täterschaftlichen Natur angeführten Argumente nicht. Das Fördern besitzt dann materiellrechtlich eine reine Teilnahmenatur.

In Bezug auf die zwingende Strafmilderung in § 27 Abs. 2 S. 2 liegt infolgedessen eine Regelungslücke nur vor, wenn sich der Förderer an einer nicht vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Haupttat im Sinne der §§ 19–20a Abs. 1 Nr. 1 KWKG beteiligt. Denn in diesem Fall fehlt dem Förderer die zwingende Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2.

Eine Analogie setzt weiterhin voraus, dass die Regelungslücke planwidrig entstanden ist. Betrachtet man die Gesetzgebungsgeschichte, liegt die Vermutung der Planwidrigkeit zumindest nahe. In der ursprünglichen Fassung der Strafvorschriften des KWKG umfasste nach dem Willen des Gesetzgebers die Tatvariante des Förderns sowohl die Teilnahmeform der Beihilfe als auch der Anstiftung.⁵⁷¹ Eine Tat nach Abs. 1 Nr. 1 KWKG förderte nicht nur, wer zu ihr Hilfe leistete, sondern auch, wer zu ihr anstiftete. Erst zu einem späteren Zeitpunkt wurde die Handlungsvariante des Verleitens in die Strafbestimmungen aufgenommen und damit die Anstiftung aus dem Begriff des Förderns ausgegliedert.⁵⁷² Denkbar ist darum, dass die obligatorische Strafmilderung für den Förderer in der ursprünglichen Fassung nur deshalb ausgespart wurde, um ihn bei einer Förderung in Form der Anstiftung nicht in den Genuss einer zwingenden Strafmilderung zu bringen, die § 26 für den Anstifter gerade nicht vorsieht. Nachdem die

⁵⁶⁸ Vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 173 f., 178 ff.; LK-Roxin¹¹ § 25 Rn 80; vgl. auch Schönke/Schröder-Cramer/Heine Vorbem §§ 25 ff. Rn 117.

⁵⁶⁹ Vgl. Tröndle/Fischer § 328 Rn 11.

⁵⁷⁰ BGHSt 3, 6; 10, 307. Zum Teil einschränkend Kühl, S. 605 f.; Stratenwerth/Kuhlen, S. 275.

⁵⁷¹ BT-Drs. 11/4609, S. 10.

⁵⁷² Vgl. Bericht BT-Drs. 11/7221, S. 11.

Anstiftung aus der Tatvariante des Förderns herausgenommen wurde, um rechtliche Zweifel an der Tatbestandsmäßigkeit von Anstiftungshandlungen auszuräumen,⁵⁷³ hätte der Aufnahme einer obligatorischen Strafmilderung für den Förderer nun nichts mehr im Wege gestanden. Die Aufnahme einer in § 27 Abs. 2 S. 2 entsprechenden Strafmilderung unterblieb deshalb möglicherweise nur versehentlich.

Gegen diese Vermutung spricht auch nicht die verlautbarte Ansicht des Gesetzgebers. Den Materialien ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber die Strafe des Förderers der Strafe des Haupttäters gleichgestellt hat, weil er den Förderer formell und wohl auch materiell nicht als „Teilnehmer“ verstand, sondern wie den Haupttäter auch als „Täter“: „Wer den Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 2 verwirklicht, wird als Täter bestraft und nicht lediglich als Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe) einer Tat nach § 20 Abs. 1 Nr. 1.“⁵⁷⁴ Daran ist zu erkennen, dass sich der Gesetzgeber nur in dem Fall einer materiell täterschaftlichen Regelung bewusst gegen eine obligatorische Strafmilderung zu Gunsten des Förderers entschieden hat. Offen sind jedoch die Fälle geblieben, in denen das Fördern materiell eine reine Teilnahme darstellt. Denn indem der Gesetzgeber jede Art der Beihilfe dem Fördern unterstellen und damit die allgemeine Beihilfe vollständig verdrängen wollte, hat er diese Fälle des Förderns nicht bedacht.

Es ist daher festzustellen, dass die aufgezeigte Regelungslücke planwidrig ist und demzufolge die obligatorische Strafmilderung des § 27 Abs. 2 S. 2 analog jedenfalls für den Förderer gilt, soweit der Förderer wie zumeist an einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Haupttat teilgenommen hat. In den übrigen Fällen, in denen das Fördern materiell eine rein täterschaftliche Regelung darstellt, verbleibt es beim ungemilderten Strafrahmen.

b. Die Fahrlässigkeitsstrafe

Nach §§ 19 Abs. 4, 20 Abs. 3, 20a Abs. 4 KWKG steht neben dem vorsätzlichen Fördern auch das leichtfertige Fördern unter Strafe. Mit Freiheitsstrafe von bis zu zwei beziehungsweise drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannte Handlung leichtfertig⁵⁷⁵ fördert. Damit ist abweichend zur allgemeinen Beihilfe und zu sämtlichen anderen Regelungen einer besonderen Bei-

⁵⁷³ Bericht BT-Drs. 11/7221, ebd.

⁵⁷⁴ BT-Drs. 11/4609, S. 10.

⁵⁷⁵ Zum Merkmal der Leichtfertigkeit siehe nur Lackner/Kühl § 15 Rn 55 und Erbs/Kohlhaas-Steindorf § 19 Rn 15 m.w.N. Zu den Motiven siehe BT-Drs. 11/4609, S. 10.

hilfe⁵⁷⁶ eine leichtfertig begangene Beihilfe unter Strafe gestellt.⁵⁷⁷

In Anlehnung an die Untersuchung zur Strafdrohung des vorsätzlich handelnden Förderers könnte auch beim leichtfertig handelnden Förderer gefragt werden, ob seine Strafe gegenüber der des Haupttäters im Sinne des § 27 Abs. 2 S. 2 zu mildern wäre. Beachtung muss hierbei aber finden, dass eine Trennung von Täterschaft und Teilnahme, und damit verbunden die Frage nach einer obligatorischen Strafmilderung für den Gehilfen, nach § 27 Abs. 2 nur bei vorsätzlichem Handeln vorgesehen ist. Im Fahrlässigkeitsbereich existiert im deutschen Strafrecht die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme nicht. Täter ist vielmehr jeder, der einen kausal zurechenbaren Beitrag zur Verwirklichung des Tatbestandes leistet,⁵⁷⁸ sodass für eine besondere Milderungsvorschrift zu Gunsten eines entfernter Beteiligten (Gehilfen) kein Raum bleibt.⁵⁷⁹ Dieser Grundsatz gilt allgemein und somit auch für die Strafvorschriften des KWKG. Das heißt, handelt der Förderer leichtfertig, handelt er als (Fahrlässigkeits)Täter. Seine Strafe folgt aus dem Strafraumen des entsprechenden (täterschaftlichen) Fahrlässigkeitstatbestandes in §§ 19 Abs. 4, 20 Abs. 3, 20a Abs. 4 KWKG. Soweit der Förderer nur fahrlässig handelt, bleibt er im Gegensatz zum „Haupttäter“ straflos. Handelt der Förderer ebenfalls leichtfertig, kann der gegenüber dem „Haupttäter“ geringere Beteiligungsumfang lediglich bei der konkreten Strafzumessung berücksichtigt werden. Eine obligatorische Strafmilderung analog § 27 Abs. 2 S. 2 für den leichtfertig handelnden Förderer scheidet demzufolge aus.

5. Zwischenergebnis

Aus den bisherigen Untersuchungen ist hervorgegangen, dass der Tatbestand des Förderns vollendet ist, wenn die fördernde Tathandlung vorgenommen wurde. Nicht erforderlich ist es, dass eine in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannte Tat vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde und rechtswidrig war. Es genügt die bloße objektive Vornahme der Tathandlung. Ein vollendetes Fördern liegt auch dann vor, wenn nur der Versuch einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Tat gefördert wurde. Es

⁵⁷⁶ Siehe Fn 3.

⁵⁷⁷ Der Fahrlässigkeitstatbestandes unterscheidet sich nicht in seiner Struktur vom Vorsatztatbestand. Auch im Fahrlässigkeitstatbestand ist deshalb zwischen der Beihilfehandlung und der fremden Haupttat zu differenzieren. Bestraft wird aus dem Fahrlässigkeitstatbestand somit nur dann, wenn der Gehilfe seine die Haupttat fördernde Handlung leichtfertig vorgenommen hat. Die Begehungsform der Haupttat, ob vorsätzlich oder fahrlässig, hat auf die vorsätzliche oder fahrlässige Verwirklichung des Beihilfetatbestandes keinen Einfluss; entscheidend ist allein, ob der Gehilfe leichtfertig handelt.

⁵⁷⁸ Siehe nur Jescheck/Weigend, S. 645.

⁵⁷⁹ Der Umfang der Beteiligung gewinnt, allerdings ohne besondere Regelung, im Rahmen der konkreten Strafzumessung Bedeutung; Jescheck/Weigend, S. 645.

genügt hier ebenso, dass nur die objektive Komponente, das unmittelbare Ansetzen zur Tat, verwirklicht wurde – der Täter muss also weder vorsätzlich noch rechtswidrig gehandelt haben.⁵⁸⁰

III. Der Versuch des Förderns

1. Strafbarkeit des Versuchs

Neben dem Versuch des Förderns in § 120 Abs. 1 ist auch der Versuch des Förderns in den §§ 19–20a KWKG mit Strafe belegt. Die Strafbarkeit des Versuchs folgt aus §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1, da das Fördern mit einer Freiheitsstrafe von wenigstens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist.

Analog zu den geäußerten Bedenken an der Versuchsstrafbarkeit des Förderns in § 120 Abs. 1 stellt sich auch beim Versuch des Förderns in den §§ 19–20a KWKG die Frage, ob die infolge der Versuchsstrafbarkeit hervorgerufene Ungleichbehandlung zwischen dem strafbaren Versuch des Förderns als besondere Beihilfe und dem straflosen Versuch einer allgemeinen Beihilfe sachlich gerechtfertigt ist.

Der Versuch einer allgemeinen Beihilfe ist generell straflos, unabhängig davon, wie hochrangig und schutzbedürftig das jeweils geschützte Rechtsgut ist. So ist der Versuch einer allgemeinen Beihilfe zur Vorbereitung eines Angriffskrieges (§ 80) gleichermaßen straflos wie zur Verwendung von biologischen oder chemischen Waffen im Zusammenhang bewaffneter Konflikte (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 VStGB), obzwar beide Delikte, gemessen am Strafraumen,⁵⁸¹ einen höheren Stellenwert besitzen als das Herstellen oder Entwickeln einer ABC-Waffe oder Antipersonenmine. Der Strafraumen spiegelt den Stellenwert der Delikte jedoch nur unzureichend wider. Gerade das Entwickeln und Herstellen von ABC-Waffen und Antipersonenminen sowie das Handeltreiben mit ihnen als typische Vorbereitungshandlungen möglicher späterer Kriege oder Anwendungen ist nicht nur geeignet, die Gefahr eines konkreten Krieges im Sinne des § 80 maßgeblich zu erhöhen oder den konkreten Einsatz der entwickelten oder hergestellten ABC-Waffen und Antipersonenminen nach § 12 VStGB wahrscheinlicher werden las-

⁵⁸⁰ Siehe 3. Abschnitt C.II.2.b.

⁵⁸¹ Bei § 80 beträgt das Strafmaß lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter 10 Jahren; bei § 12 Abs. 1 VStGB, der bloßen Verwendung der biologischen oder chemischen Waffe, Freiheitsstrafe nicht unter 3 Jahren; bei § 12 Abs. 2 S. 2, der durch die Verwendung dieser Waffe verursachten vorsätzlichen Tötung eines Menschen, lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter 10 Jahren.

sen,⁵⁸² sondern trägt darüber hinaus im besonderen Maße zur unkontrollierten Verbreitung von ABC-Waffen und Antipersonenminen bei, die die Gefahr neuer Kriege und Anwendungsmöglichkeiten bis hin zur vollständigen Vernichtung des Lebens erhöht. Das Entwickeln und Herstellen von ABC-Waffen und Antipersonenminen sowie das Handeltreiben mit ihnen erweist sich damit insbesondere abstrakt als wesentlich gefährlicher als das Hilfeleisten zu einem einzelnen Angriffskrieg oder einer einzelnen Verwendung einer ABC-Waffe. Vielfach hat die Praxis gezeigt, dass gerade die Beihilfehandlungen in Form der Lieferung von Anlagenteilen die Entwicklung oder Herstellung einer ABC-Waffe oder Antipersonenmine erst ermöglichen und damit entscheidend fördern. Der Stellenwert des von den §§ 19–20a KWKG geschützten Rechtsgutes, das in dem friedlichen Zusammenleben der Völker zu sehen ist,⁵⁸³ kann damit sogar noch höher angesetzt werden als das der § 80 StGB und § 12 VStGB. Die von einem Fördern nach den §§ 19–20a KWKG ausgehende besonders hohe Gefahr für das friedliche Zusammenleben der Völker stellt vor dem Hintergrund des geschützten Rechtsgutes mit hin einen sachlichen Grund nach Art. 3 Abs. 1 GG dar, der die Ungleichbehandlung in der Versuchsstrafbarkeit von besonderer und allgemeiner Beihilfe rechtfertigt.

Dieses entspricht auch dem erklärten Ziel der Neuregelung des §§ 19–20a KWKG, einen weitgehend lückenlosen und umfassenden Strafrechtsschutz auf diesem Gebiet zu erreichen, sodass dem nur unzureichend Genüge getan worden wäre, wenn dieser Schutz auf die Unterstrafstellung eines nur vollendeten Förderns beschränkt geblieben wäre. Denn praktisch hätte das für die Strafverfolgung zur Konsequenz gehabt, dass zum Beispiel das Herstellen einzelner Anlagenkomponenten einer ABC-Waffen- oder Antipersonenminen-Produktionsanlage solange straflos geblieben wäre, bis die Haupttat, das Entwickeln oder Herstellen der Waffe, nachweislich das Versuchsstadium erreicht hätte.⁵⁸⁴ Kriminalpolitisch wäre das angesichts der bekannt gewordenen Verstöße eine äußerst fragwürdige Entscheidung.

⁵⁸² Stellvertretend sei hier nur der Irakkrieg 2003 erwähnt, dessen Anlass (u.a.) in dem Verdacht bestand, der Irak besitze biologische oder chemische Waffen. Es wurde sogar erwogen, bei einem Gegenangriff des Iraks mit biologischen oder chemischen Waffen selbst ABC-Waffen einzusetzen.

⁵⁸³ Vgl. BT-Drs. 11/4609, S. 7: „Sie [die Änderungen des KWKG, Anm. des Verf.] sind als Beitrag des Strafrechts zur Friedenspolitik der Bundesrepublik Deutschland zu verstehen.“

⁵⁸⁴ Zu den Voraussetzung eines vollendeten Förderns siehe insbesondere 3. Abschnitt C.II.2.

2. Die Voraussetzungen des Versuchs

a. Die Vorstellung von der Verwirklichung des Fördertatbestandes

Wie beim Versuch des Förderns in § 120 Abs. 1 und entsprechend dem Versuch der allgemeinen Beihilfe setzt auch der Versuch des Förderns in den §§ 19–20a KWKG zunächst voraus, dass der Förderer Vorsatz in Bezug auf die Verwirklichung des Fördertatbestandes gefasst hat. Das heißt, der Förderer muss sämtliche objektiven Tatumstände in seinen Vorsatz aufgenommen haben. Von seinem Vorsatz müssen daher der fördernde Tatbeitrag und die in den §§ 19–20a Abs. 1 Nr. 1 KWKG genannte zu fördernde Handlung in ihren wesentlichen Zügen umfasst sein. Ferner muss der Förderer auch die Vollendung der zu fördernden Handlung wollen.⁵⁸⁵

b. Das unmittelbare Ansetzen zum Fördern

Nach § 22 begeht einen Versuch, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. Angewendet auf das Fördern begeht danach einen Versuch, wer nach seiner Vorstellung von dieser Tat zur Vornahme der fördernden Handlung unmittelbar ansetzt.⁵⁸⁶ Zur Veranschaulichung dient der folgende

Fall 23:

*T hat bei G eine Laborausstattung bestellt, die er zur späteren Entwicklung einer chemischen Waffe benötigt. G stellt die Laborausstattung zusammen und versendet sie an T. Die Laborausstattung trifft bei T allerdings nicht ein. Daraufhin gibt T sein Vorhaben auf.*⁵⁸⁷

T wollte eine chemische Waffe nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG entwickeln. Seine Tat ist jedoch weder vollendet noch versucht, sodass er sich nicht wegen der Entwicklung einer chemischen Waffe strafbar gemacht hat. G hat mit dem Zusammenstellen und Versenden der Laborausstattung an T eine die geplante Tat des T fördernde Handlung vorgenommen. Da schon die zu fördernde Haupttat weder vollendet noch versucht worden ist, scheidet ein vollendetes Fördern aus. G hätte aber nach seiner Vorstellung von der Tat zur tatbestandsmäßigen Handlung, dem Fördern der Entwicklung einer chemischen Waffe, unmittelbar angesetzt. Er hätte sich folglich wegen versuchten Förderns der Ent-

⁵⁸⁵ Vgl. 2. Abschnitt B.II.1. und 3. Abschnitt A.III.2.a.

⁵⁸⁶ Vgl. 3. Abschnitt A.III.2.c.

⁵⁸⁷ Vgl. LG Stuttgart, ZfZ 1997, 135 f.

wicklung einer chemischen Waffe nach §§ 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG, 22, 23 Abs. 1 strafbar gemacht.⁵⁸⁸

c. Das Erfordernis einer ins Versuchsstadium gelangten Tat nach Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG

Ist für die Vollendung des Förderns erforderlich, dass neben der Vornahme der fördernden Tathandlung die „Haupttat“ wenigstens das Versuchsstadium erreicht,⁵⁸⁹ soll nunmehr geklärt werden, ob der Versuch des Förderns ebenso wie das vollendete Fördern eine wenigstens ins Versuchsstadium gelangte Haupttat voraussetzt.

Bezogen auf den oben gebildeten *Fall 23* ist somit zu fragen, ob sich G bereits wegen versuchten Förderns strafbar gemacht hat oder ob dazu die von T geplante Entwicklung der chemischen Waffe als Haupttat wenigstens noch in das Versuchsstadium hätte gelangt sein müssen.

(1) Ansicht der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung war mit dem vorliegenden Problem in bisher drei Verfahren konfrontiert worden. Zunächst hatten die 8. Strafkammer des LG Stuttgart und das OLG Stuttgart in einer Haftsache über das Fertigen und Liefern der für den Aufbau einer Chemiewaffenfabrik notwendigen Gaswaschanlage zu entscheiden.⁵⁹⁰ In ihren Begründungen stellten die Gerichte darauf ab, dass der vollendete Tatbestand des Förderns in § 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG als verselbstständigte Beihilfe ebenso wie die allgemeine Beihilfe in § 27 Abs. 1 eine wenigstens in das Versuchsstadium gelangte Haupttat voraussetze. Infolgedessen erfülle das Fertigen und Liefern einer für den Aufbau der Chemiewaffenfabrik bestimmten Gaswaschanlage den Tatbestand des Förderns erst dann, wenn die Herstellung der chemischen Waffe wenigstens das strafbare Versuchsstadium erreicht habe. Da im zu Grunde liegenden Sachverhalt lediglich die Errichtung der Chemiewaffenfabrik nachgewiesen werden konnte, nicht aber die Herstellung oder Entwicklung⁵⁹¹ einer chemischen Waffe, liege nur eine im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 1

⁵⁸⁸ Vgl. Barthelmeß, wistra 2001, 14, 15.

⁵⁸⁹ Siehe 3. Abschnitt C.II.2.

⁵⁹⁰ OLG Stuttgart NStZ-RR 1998, 63; LG Stuttgart, NStZ-RR 1997, 147 ff. und ZfZ 1997, 135 ff.

⁵⁹¹ Nach Ansicht des LG Stuttgart konnte im Aufbau der Chemiewaffenfabrik kein Entwickeln einer chemischen Waffe gesehen werden. Das Entwickeln verlange die Schaffung einer Kriegswaffe, die es bisher entweder überhaupt nicht oder zumindest nicht mit ihren spezifisch technischen Eigenschaften gegeben habe (LG Stuttgart, ZfZ 1997, 135, 138). Zur Kritik daran siehe nur Holthausen, NStZ 1997, 290 f., ders. wistra 1998, 209 f.; a. A. Muhler, ZRP 1998, 4, 5.

KWKG straflose Vorbereitungshandlung vor, deren Förderung nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG jedoch straflos sei.⁵⁹²

Die für den vollendeten Fördertatbestand anerkannte Voraussetzung einer wenigstens ins Versuchsstadium gelangten Haupttat fordern das OLG und die 8. Strafkammer des LG Stuttgart auch für den strafbaren Versuch des Förderns,⁵⁹³ sodass dieser nur dann strafbar ist, wenn auch die zu fördernde Haupttat wenigstens in das Versuchsstadium gelangt ist. Zur Begründung verweisen beide Gerichte auf die im Vergleich zum Förderer als materiellen Gehilfen wesentlich später einsetzende Versuchsstrafbarkeit des Haupttäters. Der Haupttäter gelange nämlich erst dann in das strafbare Versuchsstadium, wenn er zur Haupttat, dem Herstellen einer chemischen Waffe, unmittelbar ansetze. Der Förderer erreiche die Schwelle zum strafbaren Versuch hingegen schon dann, wenn er zur die Haupttat fördernden Handlung unmittelbar ansetze. Dieser früher eintretende Versuchsbeginn erscheine jedoch ungereimt, weil sich der Haupttäter in dieser Phase des Geschehens noch im straflosen Vorbereitungsstadium befinde, hätte er selbst die fördernde Handlung vorgenommen. Weise das Fördern als besondere Beihilfe aber einen gegenüber der täterschaftlichen Verwirklichung der Haupttat geringeren Unrechtsgehalt auf, müsse, um das Wertungsgefüge zwischen dem Fördern und der täterschaftlichen Begehung der Haupttat zu erhalten, der Versuch des Förderers in diesem Verwirklichungsstadium erst recht straflos sein. Beginne der strafbare Versuch der Haupttat mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Haupttat, könne der strafbare Versuch des Förderns daher nicht früher einsetzen. Demzufolge setze auch der Versuch des Förderns eine wenigstens ins Versuchsstadium gelangte Haupttat voraus.⁵⁹⁴

Mit den Voraussetzungen eines strafbaren Versuchs befasste sich zwischenzeitlich auch das OLG Düsseldorf.⁵⁹⁵ In einem ähnlich gelagerten Fall urteilte es, dass eine Versuchsstrafbarkeit wegen Förderns einer Chemiewaffenherstellung durch das Fertigen und Liefern von Steuerungsanlagen insbesondere auch dann in Betracht komme, wenn nach vollzogener Förderung die Ausführung der Haupttat ausbleibe.⁵⁹⁶ Das OLG Düsseldorf trat damit – ohne nähere Begründung – der Auffassung des OLG und LG Stuttgart entgegen und verlangte für den Versuch des Förderns keine wenigstens ins Versuchsstadium gelangte Haupttat. Strafbar sei der Versuch des Förderns nach Auffassung des OLG

⁵⁹² OLG Stuttgart a.a.O.; LG Stuttgart, ZfZ 1997, 135, 137.

⁵⁹³ OLG Stuttgart NStZ-RR 1998, 63; Muhler, ZRP 1998, 4, 5.

⁵⁹⁴ LG Stuttgart, ZfZ 1997, 135, 138; Muhler, ZRP 1998, 4, 5; vgl. OLG Stuttgart a.a.O.

⁵⁹⁵ OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 153 ff.

⁵⁹⁶ OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 153, 154.

Düsseldorf somit immer schon dann, wenn der Förderer nach seiner Vorstellung von der Tat zur fördernden Handlung unmittelbar ansetze.⁵⁹⁷

Zuletzt beschäftigte sich die 6. Strafkammer des LG Stuttgart mit dem bereits vom OLG Stuttgart⁵⁹⁸ befassten Sachverhalt.⁵⁹⁹ Dabei folgte die 6. Strafkammer nicht der gemeinsamen Rechtsauffassung des OLG Stuttgart und der 8. Strafkammer des LG, sondern schloss sich – ebenfalls ohne weitere inhaltliche Auseinandersetzung – der Auffassung des OLG Düsseldorf⁶⁰⁰ an: Hinreichend für den Versuch des Förderns der Herstellung einer chemischen Waffe sei, dass der Gehilfe zu der die Haupttat fördernden Handlung unmittelbar ansetze.⁶⁰¹ Die zu fördernde Haupttat brauche damit nicht wie beim vollendeten Tatbestand des Förderns wenigstens das strafbare Versuchsstadium zu erreichen.

Festzustellen ist somit, dass die Rechtsprechung bei der Frage, ob der Versuch des Förderns ebenso wie der vollendete Tatbestand eine wenigstens ins Versuchsstadium gelangte Haupttat voraussetzt, zwei konträre Positionen eingenommen hat.

(2) Ansicht des Schrifttums

Das Schrifttum lässt für den Versuch des Förderns ausreichen, dass der Förderer zu seiner Tathandlung unmittelbar ansetzt. Keine weitere Voraussetzung für die Strafbarkeit des Versuchs ist der Beginn der Ausführung der zu fördernden Haupttat.⁶⁰² Gestützt wird die Sichtweise auf die wortlautgetreue Anwendung des § 22 auf die Tatvariante des Förderns. Fordert § 22 für den Versuch einer Straftat, dass der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt, heißt das übertragen auf das Fördern, dass der Förderer nach seiner Tatvorstellung zur Verwirklichung der fördernden Handlung unmittelbar ansetzen müsse, um einen strafbaren Versuch zu begehen. Die Ausführung der Haupttat, die den Erfolg des Förderns markiere, sei ausschließlich für die Vollendung des Fördertatbestandes maßgebend und könne für den Versuch des Förderns dahinstehen.⁶⁰³

⁵⁹⁷ Vgl. Barthelmeß, wistra 2001, 14, 15.

⁵⁹⁸ Siehe Fn 590.

⁵⁹⁹ LG Stuttgart, wistra 2001, 436 ff.

⁶⁰⁰ Siehe Fn 596.

⁶⁰¹ LG Stuttgart wistra 2001, 436, 438.

⁶⁰² Barthelmeß, wistra 2001, 14, 15; Bieneck/Kieninger, wistra 2001, 436, 439 f.; Erbs/Kohlhaas-Steindorf § 19 Rn 5; vgl. auch Bieneck, AW-Prax 1997, 62, 64 und Kreuzer, NStZ 1997, 288, 292.

⁶⁰³ Barthelmeß, ebd.

(3) Stellungnahme

Einen Versuch des Förderns begeht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur fördernden Tathandlung unmittelbar ansetzt. Weitere über das unmittelbare Ansetzen hinausreichende Voraussetzungen verlangt § 22 für den Versuchsbeginn des Förderns nicht. Demzufolge müsste für die Strafbarkeit des versuchten Förderns genügen, dass der Förderer zu seiner Handlung unmittelbar ansetzt, ohne dass die zu fördernde Haupttat das strafbare Versuchsstadium erreicht.

Diese eng am Gesetzeswortlaut orientierte Lösung entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. Die Gesetzgebungsmaterialien erlauben ausdrücklich, die zu der „verselbstständigten“ Beihilfe der §§ 120 Abs. 1, 219b Abs. 1, 354 Abs. 2 Nr. 3 a. F. vorhandene Rechtsprechung und Literatur zur Auslegung der in den §§ 19–20a KWKG normierten Tatvarianten des Förderns heranzuziehen.⁶⁰⁴ Blickt man auf die zum Versuch des Förderns in § 120 Abs. 1⁶⁰⁵ ergangene Rechtsprechung und Literatur, wird das anhand des § 22 erlangte Ergebnis bestätigt. Sowohl der BGH als auch das herrschende Schrifttum lassen dort für den strafbaren Versuch das unmittelbare Ansetzen zur fördernden Handlung ausreichen. Ob also ein strafbarer Versuch des Förderns vorliegt, bemisst sich unabhängig von der Ausführung der Gefangenenselbstbefreiung. Eine wenigstens ins Versuchsstadium gelangte Selbstbefreiung als „Haupttat“ des Förderns ist demnach keine Bedingung für die Versuchsstrafbarkeit des Förderers.⁶⁰⁶

Ist vom Gesetzgeber die Übernahme der zum Fördern in § 120 Abs. 1 ergangenen Rechtsprechung und vertretenen herrschenden Literaturauffassung somit förmlich ange-regt worden, überrascht es, dass ein Teil der Rechtsprechung dieser weitgehend gefestigten Ansicht entgegengetreten ist. Den entscheidenden Grund für diesen Schritt sahen das OLG Stuttgart und die 8. Strafkammer des LG Stuttgart in einem Wertungswider-spruch. Dieselbe fördernde Handlung, die für den Förderer den Beginn des strafbaren Versuchs markiert, würde sich für einen an der Haupttat beteiligten (Mit-)Täter ledig-lich als straflose Vorbereitungshandlungen erweisen. Damit stünde der Förderer, der eine in § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG genannte Handlung fördert und somit an fremder Tat nur teilnimmt, erkennbar schlechter als ein an der Haupttat beteiligter (Mit-)Täter. Die-ser vom OLG Stuttgart und der 8. Strafkammer des LG Stuttgart vorgebrachte Wer-tungswiderspruch entspricht in der Sache dem schon beim Versuch der allgemeinen

⁶⁰⁴ BT-Drs. 11/4609, S. 10 und BT-Drs. 13/10116, S. 10.

⁶⁰⁵ Strafbar ist nur der Versuch der besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1.

⁶⁰⁶ Siehe Fn 347 und 348.

Beihilfe und dem Versuch des Förderns der Gefangenenselbstbefreiung dargestellten Widerspruch. Während der Gehilfe mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Hilfe leistenden oder fördernden Handlung die Schwelle zum strafbaren Versuch bereits überschreitet, würde ein in Mittäterschaft handelnder Tatbeteiligter bei Vornahme derselben Handlung sich noch im straflosen Vorbereitungsstadium befinden.⁶⁰⁷ Zum Vergleich der folgende

Fall 24:

T will mit M gemeinschaftlich eine chemische Waffe entwickeln, nachdem M die dazu erforderliche Laborausstattung liefert.

Würde der strafbare Versuch des Förderns bereits mit dem unmittelbaren Ansetzen zur fördernden Handlung beginnen, ohne dass es dazu einer wenigstens versuchten Entwicklung als Haupttat bedürfte, verhielte sich das – unter der Annahme von Exklusivität zwischen Täterschaft und Teilnahme – widersprüchlich zur Straflosigkeit des M in *Fall 23*. Denn M leistet seinen Tatbeitrag nicht als Gehilfe, sondern als Mittäter. Die Strafbarkeit wegen Versuchs setzt für ihn somit erst dann ein, wenn M oder T zur Entwicklung der chemischen Waffe unmittelbar ansetzt.⁶⁰⁸ Weil das Liefern der Laborausstattung aber bloße Vorbereitungshandlung in Bezug auf die Entwicklung der chemischen Waffe ist, hat der Versuch des Entwickelns einer chemischen Waffe noch nicht begonnen. Als Mittäter wäre M bei Vornahme derselben fördernden Handlung straflos, obgleich seine Beteiligung in *Fall 24* wesentlich stärker ist als die in *Fall 23*. Um diesen Wertungswiderspruch zu vermeiden, dürfe nach Ansicht des OLG Stuttgart und der 8. Strafkammer des LG Stuttgart die Strafbarkeit des Versuchs des Förderns nicht früher beginnen als der (mit-)täterschaftliche Versuch des Entwickelns der chemischen Waffe.

Das OLG Stuttgart und die 8. Strafkammer des LG Stuttgart sehen zwar zu Recht in der Tatvariante des Förderns eine grundsätzlich (materielle) Beihilferegelung, die im Vergleich zur täterschaftlichen Regelung in § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG ein geringeres Unrecht (Teilnahmeunrecht) verkörpert.⁶⁰⁹ Allerdings basiert der von ihnen aufgezeigte Wertungswiderspruch auf dem Vergleich des strafbaren Beginns einer versuchten (besonderen) Beihilfe und einem mittäterschaftlich begangenen Versuch, deren Unvergleichbarkeit sich aber in den Untersuchungen zum Versuch der allgemeinen Beihilfe

⁶⁰⁷ Siehe 2. Abschnitt B.II.3. und 3. Abschnitt A.III.2.c.(4).

⁶⁰⁸ Zum Versuchsbeginn bei der Mittäterschaft siehe schon Fn 98.

⁶⁰⁹ Siehe 3. Abschnitt C.II.4.a.

herausgestellt hat.⁶¹⁰ Ist der Versuch der Beihilfe eine versuchte Beteiligungsform, stellt der in Mittäterschaft begangene Versuch aber eine vollendete Beteiligung am Versuch dar. Infolgedessen darf nicht aus dem späteren Versuchsbeginn der vollendeten mittäterschaftlichen Beteiligung an einem Versuch a maiore ad minus auf das Erfordernis eines mindestens ebenso späten Beginns der versuchten Teilnahme geschlossen werden. Vergleichbar mit dem in Mittäterschaft begangenen Versuch der Haupttat ist die vollendete Beihilfe zur versuchten Haupttat. Auf Grund der akzessorischen Ausgestaltung der vollendeten Beihilfe⁶¹¹ setzt die Strafbarkeit des Gehilfen erst dann ein, wenn die Haupttat wenigstens das strafbare Versuchsstadium erreicht hat.⁶¹² Dadurch wird gewährleistet, dass die Strafbarkeit zum selben Zeitpunkt einsetzt wie die eines an der Begehung der Haupttat beteiligten Mittäters, und zwar mit Versuchsbeginn der Haupttat. Vor Versuchsbeginn der Haupttat sind Mittäter und Gehilfe wegen vollendeter Beteiligung am Versuch straflos.

Mit dem Beihilfeversuch vergleichbar ist die in § 30 Abs. 2 Var. 3 normierte versuchte mittäterschaftliche Beteiligung.⁶¹³ Stellt man hier die Zeitpunkte des Versuchsbeginns gegenüber, besteht der vom OLG Stuttgart und der 8. Strafkammer des LG Stuttgart behauptete Wertungswiderspruch nicht. Denn verabredet sich der Mittäter zur Ausführung der Tat, steht dieses Handeln unabhängig von der Ausführung der verabredeten Haupttat nach § 30 Abs. 2 Var. 3 unter Strafe. Die Strafbarkeit einer versuchten Mittäterschaft setzt somit vergleichbar früh vor der späteren Tatausführung ein wie die Strafbarkeit eines Beihilfeversuchs.⁶¹⁴

Der Versuch des Förderns ist darum nicht mit dem (mit-)täterschaftlich begangenen Versuch einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Tat vergleichbar, sondern mit dem Versuch der mittäterschaftlichen Begehung einer solchen Tat. Und die Strafbarkeit dieses Versuchs einer mittäterschaftlichen Begehung setzt bereits dann ein, wenn sich der Mittäter nach § 30 Abs. 2 Var. 3 zur Begehung der genannten Haupttaten verabredet, ohne dass es eines unmittelbaren Ansetzens zu dieser Tat bedarf. Die Behauptung des OLG Stuttgart und der 8. Strafkammer des LG Stuttgart, der Förderer ste-

⁶¹⁰ Siehe 2. Abschnitt B.II.3.

⁶¹¹ Siehe 2. Abschnitt A.II.

⁶¹² Siehe 2. Abschnitt A.II.3.

⁶¹³ Siehe 2. Abschnitt B.II.3.

⁶¹⁴ Hingewiesen sei, dass die Verabredung zu einem Verbrechen nach § 30 Abs. 2 Var. 3 als Regelung einer versuchten Mittäterschaft nicht notwendig Durchgangsstadium einer mittäterschaftlichen Tatbegehung ist; die Strafbarkeit des Mittäters setzt somit nur dann ein, wenn er sich tatsächlich im Vorfeld der Tatbegehung verabredet; siehe 2. Abschnitt B.II.3.

he im Vorfeld der Begehung einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Tat schlechter als ein dieselbe Handlung vornehmender Mittäter, sofern die Strafbarkeit des Versuchs des Förderns bereits mit dem unmittelbaren Ansetzen zur fördernden Handlung beginne, ist mithin falsch. Die daraus abgeleitete Forderung, der Versuch des Förderns müsse zu seiner Strafbarkeit deshalb eine wenigstens zur Ausführung gelangte Tat nach Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG voraussetzen, kann auf diesen Vergleich nicht gestützt werden.

Ist aber der Versuch des Förderns mit dem Versuch der mittäterschaftlichen Begehung einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Tat vergleichbar, könnte sich aus der begrenzten Strafbarkeit der versuchten Mittäterschaft nach § 30 Abs. 2 Var. 3 ein anderer Widerspruch eröffnen. Der Versuch der Mittäterschaft ist nach § 30 Abs. 2 Var. 3 nur in Bezug auf die Begehung eines Verbrechens strafbar. Es wäre daher widersprüchlich, den Versuch des Förderns als schwächere Beteiligungsform zu bestrafen, wenngleich der Versuch der Mittäterschaft als stärkere Beteiligungsform mangels Verbrechensqualität der Haupttat straflos wäre. Dieser Wertungswiderspruch führte beim Fördern in § 120 zu der Forderung, den Versuch entgegen der Anordnung der Versuchsstrafbarkeit des § 120 Abs. 3⁶¹⁵ insoweit für straflos zu erklären, als er keine ins Versuchsstadium gelangte Selbstbefreiung des Gefangenen voraussetzt, weil die Selbstbefreiung des Gefangenen ein Vergehen darstellen würde.⁶¹⁶ Die zu fördernden Haupttaten in §§ 19–20a KWKG sind jedoch Verbrechen, sodass im Gegensatz zum Versuch des Förderns in § 120 kein Widerspruch in der Strafbarkeit zwischen dem Versuch des Förderns und dem Versuch der mittäterschaftlichen Begehung besteht. Die mit der Versuchsstrafbarkeit des Förderns ausgelöste Vorverlegung der Gehilfenstrafbarkeit findet ihre Berechtigung in einer vergleichbar früh einsetzenden Strafbarkeit des Mittäters nach § 30 Abs. 2 Var. 3. Infolgedessen bedarf es für den Versuch des Förderns in den §§ 19–20a KWKG keiner Korrektur des Versuchsbeginn dergestalt, dass der Versuch erst dann zur Strafbarkeit gelangt, wenn auch die zu fördernde Haupttat das strafbare Versuchsstadium erreicht.

3. Zwischenergebnis

Der Versuch des Förderns ist strafbar. Er beginnt, wenn der Förderer nach seiner Vorstellung zu seiner fördernden Handlung unmittelbar ansetzt, § 22. Für den Beginn des

⁶¹⁵ Soweit dieser nicht schon für verfassungswidrig erachtet wird, siehe 3. Abschnitt A.III.1.

⁶¹⁶ Siehe 3. Abschnitt A.III.2.c.(4).

strafbaren Versuchs ist nicht erforderlich, dass auch die zu fördernde Haupttat nach Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG das strafbare Versuchsstadium erreicht.

IV. Die allgemeine Teilnahme am Fördern

Wie die vorangegangenen Untersuchungen gezeigt haben, ist an der besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 und § 219b Abs. 1 eine allgemeine Teilnahme möglich.⁶¹⁷ Im Folgenden soll daher auch für die besondere Beihilfe in den §§ 19–20a KWKG geprüft werden, ob das Fördern einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Tat eine teilnahmefähige Haupttat darstellt und, falls dieses bejaht werden kann, wie eine solche Teilnahme an der besonderen Beihilfe zu behandeln ist.

1. Das Fördern einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Tat als Haupttat einer allgemeinen Teilnahme

Die allgemeine Teilnahme ist an grundsätzlich jeder vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines anderen möglich. Schon im Rahmen der Untersuchungen zur besonderen Beihilfe in § 120 Abs. 1 und § 219b hat sich herausgestellt, dass die Anstiftung oder Beihilfe unabhängig davon ist, ob es sich bei der zu unterstützenden Tat materiell um eine Beihilfe handelt.⁶¹⁸ Darüber hinaus besteht aber bei der besonderen Beihilfe der §§ 19–20a KWKG die Besonderheit, dass nach §§ 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 und 20a Abs. 4 KWKG über das vorsätzliche Fördern hinaus auch das leichtfertige Fördern unter Strafe gestellt ist.⁶¹⁹ Gemäß §§ 26, 27 Abs. 1 ist die allgemeine Teilnahme jedoch nur an vorsätzlich begangenen Taten strafbar, sodass eine leichtfertig begangene Förderung als Haupttat einer allgemeinen Teilnahme ausscheidet.⁶²⁰ Taugliche Haupttat ist das Fördern einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Tat somit bloß dann, wenn die fördernde Handlung vorsätzlich und rechtswidrig begangenen wurde.⁶²¹

2. Die Bestrafung einer allgemeinen Teilnahme am Fördern einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Tat

Wird am Fördern nach §§ 26, 27 teilgenommen, reihen sich mehrere Teilnahmetaten hintereinander zu einer so genannten Teilnahmekette. Für die Fälle der Teilnahme an einer allgemeinen Beihilfe finden nach herrschender Ansicht die so genannten Grund-

⁶¹⁷ Siehe 3. Abschnitt A.IV. und B.IV.

⁶¹⁸ Siehe 3. Abschnitt A.IV.1.

⁶¹⁹ Dazu 3. Abschnitt C.II.4.b.

⁶²⁰ Zur Strafbarkeit des Teilnehmers siehe unten 3. Abschnitt C.IV.2.c.

⁶²¹ Zu den Voraussetzungen der Vorsätzlichkeit und Rechtswidrigkeit siehe 2. Abschnitt A.II.2.

sätze der Kettenteilnahme Anwendung. Danach wird eine ‚Beihilfe zur Beihilfe‘ und eine ‚Anstiftung zur Beihilfe‘ zu einer indirekten Beihilfe zur Haupttat zusammengefasst.⁶²² Denkbar wäre, wie es schon beim Fördern in § 120 Abs. 1 und beim Inverkehrbringen in § 219b Abs. 1 erwogen wurde, diese zur allgemeinen Teilnahme entwickelten Grundsätze auf die Konstellationen der allgemeinen Teilnahme am Fördern in den §§ 19–20a KWKG zu übertragen. Die allgemeine Teilnahme am Fördern wäre demzufolge als indirektes Fördern nach §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2, 20a Abs. 1 Nr. 3 KWKG zu bestrafen.

a. Ansicht der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat in bisher sämtlichen Entscheidung die Teilnahme am Fördern als (indirektes) Fördern bestraft. In dem der 6. Strafkammer des LG Stuttgart vorliegenden Fall war der Beschuldigte beauftragt worden, eine Gaswaschanlage zu besorgen, die für den Aufbau einer Giftgasfabrik zur Herstellung von chemischen Waffen benötigt wurde. Der Beschuldigte beauftragte seinerseits einen anderen mit der technischen Umsetzung, vermittelte zwischen dem Auftraggeber und den mit der Ausführung betrauten Firmen und beaufsichtigte den Zusammenbau der Gaswaschanlage.⁶²³ Der Beschuldigte förderte mithin nicht direkt die Herstellung einer chemischen Waffe, vielmehr half er direkt nur seinem die Herstellung der chemischen Waffe fördernden Auftraggeber bei der Besorgung der Gaswaschanlage. Darüber hinaus hatte der Beschuldigte selbst Personen mit der Errichtung der Gaswaschanlage betraut und damit zum direkten oder indirekten Fördern angestiftet. Indem das Gericht den Beschuldigten eines (versuchten) Förderns für schuldig erachtete, liegt jedenfalls die Vermutung sehr nahe, dass es bei der Bewertung der Tatbeiträge die Grundsätze der Kettenteilnahme anwendete und die Beihilfe zum Fördern der Herstellung einer chemischen Waffe und die Anstiftung zur Beihilfe zum Fördern als (versuchtes) indirektes Fördern nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG i. V. m. §§ 22, 23 Abs. 1 zusammenfasste.

Vergleichbar entschied in einem anderen Fall das OLG Düsseldorf.⁶²⁴ Der Beschuldigte bekam einen Auftrag zur Beschaffung einer Prozesssteuerungsanlage für eine Giftgasfabrik, in der chemische Waffen hergestellt werden sollten. Der Beschuldigte gewann den Mitbeschuldigten zur Durchführung des Vorhabens, der seinerseits einen Dritten beauftragte, der das nötige Material besorgte und die Anlage montierte. Nach Fertigstel-

⁶²² Siehe 2. Abschnitt C.II.2.

⁶²³ Vgl. LG Stuttgart wistra 2001, 436, 437.

⁶²⁴ OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 153, 154.

lung beauftragte der Beschuldigte den Mitbeschuldigten mit der Verschiffung der Anlage zum Bestimmungsort.⁶²⁵ Da auch in diesem Fall der Nachweis einer Chemiewaffenherstellung nicht geführt werden konnte, sah das OLG in dem Verhalten der Beschuldigten einen Versuch des Förderns der Herstellung einer chemischen Waffe. Das OLG differenzierte damit nicht zwischen einer Beihilfe zum Fördern und einer Anstiftung zur Beihilfe zum Fördern, obgleich eine solche Betrachtung dem mitgeteilten Sachverhalt ohne Weiteres zu entnehmen war. Es liegt daher auch nach diesem Urteil nahe, dass das OLG nach den Grundsätzen der Kettenteilnahme die Beihilfe und Anstiftung des Beschuldigten zu einem (versuchten) indirekten Fördern zusammengefasst hat.

b. Ansicht des Schrifttums

Die Problematik der Teilnahme am Fördern der §§ 19–20a KWKG findet im Schrifttum kaum Beachtung. Es fasst ohne nähere Erläuterungen direkt und indirekt fördernde Handlungen unter den Begriff des Förderns zusammen.⁶²⁶ Auf Grund dieser Ausweitung des Tatbestandes ist zu vermuten, dass das Schrifttum die Teilnahme am Fördern ebenfalls nach den allgemeinen Grundsätzen der Kettenteilnahme behandelt.

c. Eigene Ansicht

Rechtsprechung und Schrifttum halten sich offenbar streng an die in den Gesetzgebungsmaterialien vorgegebene weite Auslegung des Förderbegriffes. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll das Fördern auch solche Handlungen erfassen, die nur „mittelbar“ dem Aufbau einer ABC-Waffen- oder Antipersonenminenproduktion dienen.⁶²⁷ Als Beispiel wurde sogar das Liefern von Einrichtungsgegenständen (wie Entlüftungsanlagen) für eine ausländische Giftgasfabrik genannt.⁶²⁸ Dem Fördern sollen somit nicht nur Handlungen unterfallen, die die Entwicklung und Herstellung direkt unterstützen, sondern auch Handlungen, die sich bereits auf die Entwicklung und Errichtung von Anlagen beziehen, mit denen die ABC-Waffen und Antipersonenminen erst hergestellt werden sollen.⁶²⁹ Mit der Einbeziehung dieser „mittelbar“ fördernden Handlungen hat der Gesetzgeber klargestellt, dass jedenfalls die Fälle einer allgemeinen Beihilfe zum För-

⁶²⁵ OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 153, 154.

⁶²⁶ Gröger, S. 63 f.; Holthausen, NJW 1991, 203, 204; MüKoKWKG-Heinrich § 19 Rn 13; Pottmeyer §§ 16–17 Rn 14.

⁶²⁷ BT-Drs. 11/4609, S. 10. Für das Fördern in den §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20a Abs. 1 Nr. 3 KWKG BT-Drs. 11/4609, S. 9 und BT-Drs. 13/10116, S. 10.

⁶²⁸ BT-Drs. 11/4609, S. 10.

⁶²⁹ Vgl. Pottmeyer §§ 16–17 Rn 14 f. Kritisch Hüsch, BT-Sten. Prot. 11/225, S. 17793; dagegen Holthausen, NJW 1991, 203, 204 u. 206.

dem als indirektes Fördern zu bestrafen sind. Den Tatbestand des Förderns sollte nicht nur derjenige erfüllen, der den Täter in der Fabrik oder im Labor („unmittelbar“) beim Herstellen oder Entwickeln unterstützt, sondern insbesondere auch derjenige, der aus dem Ausland benötigte Teile für die Errichtung einer ABC-Waffenfabrik liefert.

Dieser Deutung steht jedoch die Aussage des Gesetzgebers entgegen, dass in Bezug auf die Bestrafung einer Teilnahme am Fördern die zum Fördern und Verleiten in den §§ 120 Abs. 1 und 219b Abs. 1 vorhandene Rechtsprechung und Literatur übertragen werden könne.⁶³⁰ Diese Rechtsprechung und Literatur, auf die der Gesetzgeber verweist, lehnt aber die Zusammenfassung von allgemeiner Teilnahme und besonderer Beihilfe ab. Demzufolge müsste gefolgert werden, dass der Gesetzgeber eine Teilnahme am Fördern als Beihilfe oder Anstiftung zum Fördern bestrafen wollte, nicht aber als indirektes Fördern zur Haupttat.

Dagegen könnte jedoch die Absicht des Gesetzgebers sprechen, insbesondere mit der Normierung der Tatvariante des Förderns einen umfassenden strafrechtlichen Schutz zu gewährleisten, der jedwede Mitwirkung Deutscher an der Herstellung und Entwicklung von ABC-Waffen und Antipersonenminen unterbinden soll,⁶³¹ unabhängig davon, ob die Teilnahme oder die Haupttat im In- oder Ausland begangen wird.⁶³² Da in der Vergangenheit die von Deutschen erbrachten Tatbeiträge zur Herstellung oder Entwicklung von ABC-Waffen überwiegend indirekt geleistet wurden, könnte die Bestrafung dieser Tatbeiträge als Anstiftung oder Beihilfe zum Fördern nach den allgemeinen Vorschriften an der fehlenden Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts scheitern, sodass auch die Teilnahme am Fördern als indirektes Fördern nach §§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 2, 20a Abs. 1 Nr. 3 KWKG zu bestrafen wäre. Zur Veranschaulichung dient der folgende

Fall 25:

T hat im Ausland eine biologische Waffe entwickelt. F hatte dem T für die Entwicklung ein Labor nebst Ausstattung gefertigt. G lieferte F für das Labor ein Analysegerät. F und G besitzen die deutsche Staatsbürgerschaft und handelten jeweils im Ausland, wo die Entwicklung von biologischen Waffen nicht mit Strafe bedroht ist.

T hat eine biologische Waffe nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG entwickelt. F hat sich mit der Fertigung des Labors wegen des Förderns der Entwicklung einer biologischen Waf-

⁶³⁰ BT-Drs. 11/4609, S. 10.

⁶³¹ Vgl. BT-Drs. 11/4609, S. 7 und BT-Drs. 13/10691, S. 1 f.

⁶³² Vgl. Holthausen, NJW 1991, 203 und ders., wistra 1998, 209.

fe nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG strafbar gemacht. Zwar findet das KWKG nach den allgemeinen Vorschriften über die Geltung des deutschen Strafrechts in den §§ 3 ff. auf die von F begangene Tat keine Anwendung, da er im Ausland handelte und auch der Taterfolg, die Förderung der Entwicklung einer biologischen Waffe, im Ausland eintrat. § 21 KWKG⁶³³ bestimmt jedoch, dass § 20 KWKG auch unabhängig vom Recht des Tatorts für Taten gilt, die außerhalb des Geltungsbereiches des KWKG begangen werden, wenn der Täter Deutscher ist. Folglich hat sich F wegen (direkten) Förderns der Entwicklung einer biologischen Waffen nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG strafbar gemacht. G hat mit dem Liefern des Analysegerätes die fördernde Handlung des F unterstützt, zu ihr mithin Hilfe geleistet. Auf das Unterstützen des T durch die Fertigung des Labors hatte G keinen steuernden Einfluss – weder unterstützte G mit seinem Handeln direkt die Entwicklung der biologischen Waffe des T, noch handelte er als mittelbarer Täter durch F oder mit F gemeinschaftlich. Die Steuerungsmacht über die Unterstützung des T besaß allein F. G ist daher nicht selbst „Täter“ einer (direkten) Förderung der Entwicklung einer biologischen Waffe; er beteiligte sich lediglich an ihr als Gehilfe des F. Würde der Tatbeitrag des G deshalb als Beihilfe zum Fördern nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 KWKG, 27 Abs. 1 gewertet werden, könnte es an der Strafbarkeit der Beihilfe fehlen. Denn das deutsche Strafrecht findet nach den allgemeinen Regeln auf eine Teilnahmetat nur dann Anwendung, wenn nach §§ 3, 9 Abs. 2 S. 1 der Haupttäter oder der Teilnehmer im Inland gehandelt hat. Wird die Beihilfe und die entsprechende Haupttat aber im Ausland begangen, ist kein inländischer Tatort gegeben und die von einem Deutschen geleistete Beihilfe bleibt straflos.⁶³⁴ Aber auch § 21 KWKG als Sonderregelung für den Geltungsbereich der Strafvorschriften des KWKG führt hier nicht zu einer Strafbarkeit der allgemeinen Teilnahme. § 21 KWKG umfasst nach seinem Wortlaut die in den §§ 20 und 20a KWKG normierten „Taten“. Das sind neben dem Entwickeln, Herstellen oder Handeltreiben etc. auch das Fördern und Verleiten als besondere Teilnahmehandlungen, weil diese ebenso in den §§ 20 und 20a KWKG normiert sind. Die allgemeine Teilnahme ist in diesen Normen nicht geregelt. Sie setzt aber die Begehung einer dieser Taten voraus und ist aufgrund dessen eng mit der Haupttat verbunden. Bei einer weiten Auslegung des Wortlautes könnte daher auch die Teilnahme unter den Begriff der Taten, die in §§ 20–20a KWKG normiert sind, subsumiert werden. Ein Ver-

⁶³³ § 21 KWKG: „§§ 19 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2, Abs. 5 und 6, § 20 sowie § 20a gelten unabhängig vom Recht des Tatorts auch für Taten, die außerhalb des Geltungsbereichs dieser Vorschriften begangen werden, wenn der Täter Deutscher ist.“

⁶³⁴ Vgl. Gribbohm, JZ 1998, 178 und MüKo-Ambos/Ruegenberg § 9 Rn 40.

gleich zu den vergleichbaren Regelungen in den §§ 5, 6 bestätigt das Ergebnis aber nur bedingt. Wie § 21 KWKG spricht auch der Wortlaut der §§ 5, 6 von „Taten“ oder vom „Täter“. Teilweise wird im Schrifttum angenommen, dass darunter auch die Teilnahme beziehungsweise der Teilnehmer falle, weil jedenfalls der Begriff des Täters nicht im Sinne der sachlichrechtlichen Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme, sondern prozessual zu verstehen sei.⁶³⁵ In Bezug auf den Sonderfall der Teilnahme an einer Auslandstat sei aber § 9 Abs. 2 S. 2 maßgebend, der bestimme, dass sich der deutsche Teilnehmer nur dann strafbar mache, wenn er im Inland gehandelt habe.⁶³⁶ Diesem Ergebnis kann aber entgegengehalten werden, dass § 21 KWKG, der keinen inländischen Tatort verlangt, gegenüber den allgemeinen Vorschriften der §§ 3 ff. – einschließlich § 9 Abs. 2 – eine speziellere Regelung enthält. Ob § 21 KWKG auch die allgemeine Teilnahme umfassen soll, wird in den Gesetzesbegründungen jedenfalls nicht deutlich. Ihnen ist nur zu entnehmen, dass § 21 KWKG dazu dient, die Strafbarkeit nach den §§ 20, 20a KWKG auf Taten zu erstrecken, die ein Deutscher ohne jeden inländischen Tatort (§ 9) im Ausland begeht. Infolge dieser Strafbarkeitsausdehnung soll jede Mitwirkung Deutscher am Bau von ABC-Waffen und Antipersonenminen unterbunden werden.⁶³⁷ Zu berücksichtigen ist jedoch die Äußerung des Gesetzgebers, dass das Fördern alle Handlungen erfassen soll, die auch mittelbar dem Aufbau der ABC-Waffenproduktion dienen, also auch typische Beihilfehandlungen.⁶³⁸ Der Gesetzgeber setzte bei der Normierung des § 21 KWKG somit voraus, dass sämtliche Beihilfehandlungen bereits von der Tatvariante des Förderns umfasst sind und demzufolge ein Anwendungsbereich der allgemeinen Teilnahme nicht mehr verbleibt. Eine Ausdehnung des § 21 KWKG auf die allgemeine Teilnahme kann mithin nicht angenommen werden, sodass § 21 KWKG als Sonderregelung auch nicht zu einer Strafbarkeit der allgemeinen Teilnahme führt. Nimmt daher ein Deutscher im Ausland an einer im Ausland von einem Deutschen begangenen, nach Abs. 1 Nr. 1 der §§ 20, 20a KWKG strafbaren Tat teil, könnte er nicht wegen Teilnahme an dieser fremden Tat bestraft werden. Im *Fall 25* hat sich G daher nicht wegen Beihilfe zum Fördern der Entwicklung einer biologischen Waffe gemäß §§ 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG, 27 Abs. 1 StGB i.V.m. § 21 KWKG strafbar gemacht.⁶³⁹

⁶³⁵ LK-Gribbohm § 5 Rn 44 u. 47. Vgl. auch Schönke/Schröder-Eser § 6 Rn 12.

⁶³⁶ LK-Gribbohm § 5 Rn 48 u. 53. Vgl. auch Schönke/Schröder-Eser § 6 Rn 16 u. 17.

⁶³⁷ BT-Drs. 11/4609, S. 10 und BT-Drs. 13/10116, S. 10.

⁶³⁸ BT-Drs. 11/4609, S. 10.

⁶³⁹ Hätte G den F zum Fördern des Entwickelns angestiftet, wäre er ebenso wenig wegen indirekten Förderns nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG zu bestrafen. Denn auch in diesem Fall hätte er weder selbst,

Damit konnte gezeigt werden, dass die Bestrafung einer Teilnahme am Fördern in bestimmten Fallkonstellationen an der fehlenden Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts scheitert und die Zusammenfassung einer Anstiftung oder Beihilfe zum Fördern zu einem indirekten Fördern im Einklang mit den Motiven des Gesetzgebers aus diesem Grund erforderlich ist.

Die Subsumtion indirekt fördernder Tatbeiträge unter die Tathandlung des Förderns ist dann aber den gleichen Bedenken ausgesetzt, die schon gegen die Zusammenfassung einer Teilnahme am Hilfeleisten, Fördern oder Inverkehrbringen erhoben wurden. Folge der Zusammenfassung wäre, dass mit der Gleichbehandlung von direkt und indirekt fördernden Tathandlungen die dem Gehilfen nach § 27 Abs. 2 S. 2 zustehende obligatorische Strafmilderung entfallen würde, obgleich er gegenüber F eine untergeordnete Stellung einnimmt. Kriminalpolitisch ist diese Folge bedenklich, weil dadurch dem Beteiligten jedweder Anreiz genommen wird, seine Beteiligung auf das bloße Unterstützen zu beschränken. Denn seine Strafe würde aus dem selben ungemilderten Strafraum entnommen werden wie die des Täters oder Förderers.

Widersprüchlich wäre die Zusammenfassung aber nicht in Bezug auf die Versuchsstrafbarkeit der zum Fördern geleisteten Beihilfe. Unter Strafe gestellt wäre zwar nicht nur der Versuch des Förderns, sondern auch jeder Versuch einer Beihilfe zum Fördern. Der Gehilfe, der zum Fördern einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Handlung Hilfe zu leisten versucht, würde mithin schlechter stehen als ein Gehilfe, der zur Anwendung der entwickelten oder hergestellten ABC-Waffe oder Antipersonenmine Hilfe leistet.⁶⁴⁰ Zur Verdeutlichung der folgende

Fall 26:

T will eine chemische Waffe herstellen. F will dem T dazu eine Produktionsanlage errichten. G verschickt an F eine Anleitung für die Errichtung der Produktionsanlage, die F dringend benötigt. Die Anleitung geht aber auf dem Weg zu F verloren. F beginnt daher nicht mit dem Bau der Anlage, sodass keine chemische Waffe hergestellt wird.

Variante:

T will eine chemische Waffe einsetzen. Da T nicht weiß, wie die Waffe anzuwenden ist, schickt G dem T dazu eine Anleitung, die T jedoch nicht erhält. T sieht daher von der Tatausführung ab.

durch einen anderen oder mit einem anderen gemeinschaftlich im Sinne des § 25 die Tat des T gefördert. Desgleichen scheidet eine Strafbarkeit wegen Verleitens nach § 20 Abs. 1 Nr. 1a KWKG aus.

⁶⁴⁰ Dazu siehe auch 3. Abschnitt C.III.1.

Im *Fall 26* wollte T eine chemische Waffe herstellen. Weil der Taterfolg ausgeblieben ist und er zur Herstellung noch nicht unmittelbar angesetzt hat, kann er nicht wegen vollendeten oder versuchten Herstellens einer chemischen Waffe bestraft werden. F wollte diese Tat (direkt) fördern, indem er beabsichtigte, eine Produktionsanlage zur Herstellung der chemischen Waffe aufzubauen. Da F nicht wenigstens mit dem Bau begonnen hat, hat er sich nicht wegen vollendeten oder versuchten Förderns strafbar gemacht. G wollte dem F mit dem Zusenden der Anleitung Hilfe leisten. Weil die Anleitung jedoch F nicht erreichte, seine Tat mithin nicht gefördert hat, und die Haupttat auch nicht begangen wurde, ist die Beihilfe des G nur versucht. Würde der Tatbeitrag des G als indirektes Fördern dem Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 3 KWKG unterfallen, wäre G wegen versuchten (indirekten) Förderns nach §§ 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG, 22, 23 Abs. 1 zu bestrafen. Würde die Tatvariante des Förderns nur direkt fördernde Tatbeiträge umfassen, könnte G nur wegen Beihilfe nach § 27 Abs. 1 bestraft werden können. Mangels Strafbarkeit des Beihilfeversuch bliebe er aber wie F und T nach dem KWKG straflos.

In der *Variante* besaß T Vorsatz hinsichtlich der Verwendung einer chemischen Waffe nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 VStG. Da er aber zur Tatausführung noch nicht unmittelbar angesetzt hat, bleibt er insoweit straflos. G wollte dem T mit dem Zusenden der Anleitung Hilfe leisten. Weil das scheiterte, ist das Hilfeleisten des G wieder im Versuchsstadium stecken geblieben. Das Handeln des G kann in der *Variante* nach § 2 VStGB i.V.m. § 27 aber ausschließlich als allgemeine Beihilfe bestraft werden, deren Versuch aber auch bei einem Verwenden einer chemischen Waffe als Haupttat straflos ist.

Obwohl das Hilfeleisten des G in der *Variante* dem von T angestrebten Enderfolg wesentlich näher steht als im Ausgangsfall, ist G nach der Konzeption der allgemeinen Beihilfe nicht wegen seiner versuchten Förderung strafbar. Das gilt sogar dann, wenn T der Einsatz der chemischen Waffe dennoch gelingen sollte.

Für die Ungleichbehandlung der fast identischen Gehilfenbeiträge ist jedoch ein sachlicher Grund zu erkennen. Die in den Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Taten bergen eine hohe Gefahr für die spätere Verwendung der ABC-Waffen und Antipersonenminen. Der mit dieser Gefahr verbundene hohe Stellenwert des von den §§ 19–20a KWKG geschützten Rechtsgutes rechtfertigt es, abweichend von den allgemeinen Regeln den Versuch einer Beihilfe unter Strafe zu stellen.⁶⁴¹

⁶⁴¹ Siehe oben 3. Abschnitt C.III.1.

Festzustellen ist mithin, dass für die Bestrafung der Teilnahme am Fördern als indirektes Fördern ein überzeugender Grund besteht. Aufgrund de lege lata auftretender Strafbarkeitslücken ist die Anstiftung oder Beihilfe zum Fördern als indirektes Fördern zu bestrafen. Diese Lösung entspricht dem erklärten Willen des Gesetzgebers, dass sämtliche die Haupttat unmittelbar oder mittelbar fördernde Beiträge als Fördern zu bestrafen sind.⁶⁴²

V. Zusammenfassung

Die Tatvariante des Förderns in den §§ 19–20a KWKG ist eine besondere Beihilfe. Die Normierung im Besonderen Teil erfolgte, um die bei der Anwendung der allgemeinen Beihilfe auftretenden Strafbarkeitslücken zu schließen und jede Mitwirkung Deutscher an der Herstellung, Entwicklung etc. von ABC-Waffen und Antipersonenminen zu unterbinden.⁶⁴³

Die Tathandlung des Förderns entspricht dem Hilfeleisten der allgemeinen Beihilfe und dem Fördern in § 120 Abs. 1.⁶⁴⁴

Zu fördernde Handlung ist eine der in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Tathandlungen. Im Gegensatz zur allgemeinen Beihilfe braucht die Haupttat jedoch nicht vorsätzlich begangen worden und rechtswidrig gewesen zu sein. Es genügt die objektive Vornahme einer der genannten Tathandlungen.⁶⁴⁵ Möglich und ausreichend ist auch der Versuch einer in Abs. 1 Nr. 1 der §§ 19–20a KWKG genannten Tat, wobei lediglich die objektive Komponente des Versuchs verwirklicht zu sein braucht.⁶⁴⁶

Strafbar ist sowohl vorsätzliches als auch leichtfertiges Handeln. Ist die Haupttat vorsätzlich begangen und rechtswidrig, ist die Strafe des Förderers analog § 27 Abs. 2 S. 2 zu mildern.⁶⁴⁷

Der Versuch des Förderns ist strafbar.⁶⁴⁸ Voraussetzung ist auch hier, dass der Gehilfe nach seiner Vorstellung von der Tat zur fördernden Handlung unmittelbar ansetzt.⁶⁴⁹

Nicht erforderlich ist es, dass die Haupttat das Versuchsstadium erreicht. Die Vorstel-

⁶⁴² Besser wäre es deshalb, § 21 KWKG auch auf die allgemeine Teilnahme auszudehnen, um die vorliegenden Auslegungsprobleme zu umgehen.

⁶⁴³ Siehe 3. Abschnitt C.II.1.

⁶⁴⁴ Siehe 3. Abschnitt C.II.1.

⁶⁴⁵ Siehe 3. Abschnitt C.II.2.a.

⁶⁴⁶ Siehe 3. Abschnitt C.II.2.b.

⁶⁴⁷ Siehe 3. Abschnitt C.II.4.a.

⁶⁴⁸ Siehe 3. Abschnitt C.III.1.

⁶⁴⁹ Siehe 3. Abschnitt C.III.2.a. und b.

lung des Gehilfen, die zu fördernde Tat werde noch begangen werden, ist ausreichend.⁶⁵⁰

Die Anstiftung oder Beihilfe zum Fördern ist als indirektes Fördern zu bestrafen.⁶⁵¹ Es finden die allgemeinen Grundsätze zur Kettenteilnahme der herrschenden Ansicht Anwendung.⁶⁵²

⁶⁵⁰ Siehe 3. Abschnitt C.III.2.c.

⁶⁵¹ Siehe 3. Abschnitt C.IV.1.

⁶⁵² Siehe 3. Abschnitt C.IV.2.c.

4. Abschnitt: Schlussbetrachtung

Die vorliegende Untersuchung hat ergeben, dass neben der Regelung der allgemeinen Beihilfe in § 27⁶⁵³ auch Regelungen einer besonderen Beihilfe im Besonderen Teil des StGB⁶⁵⁴ und im Nebenstrafrecht⁶⁵⁵ existieren. Entgegen dem herrschenden Verständnis handelte sich bei diesen Regelungen jedoch nicht um rein täterschaftliche Regelungen, sondern materiellrechtlich um Teilnahmeregelungen in Form der Beihilfe.

Der Grund der gesonderten Normierung bestand überwiegend darin, den beschränkten Anwendungsbereich der allgemeinen Beihilfe zu erweitern. Dadurch war es möglich, das Unterstützen zu fremden Handlungen sogar dann unter Strafe zu stellen, wenn die zu unterstützende Handlung weder vorsätzlich begangen wurde noch rechtswidrig war oder überhaupt nicht mit Strafe bedroht war. Völlig frei bei der Bestimmung des strafbaren Umfangs der besonderen Beihilfe ist der Gesetzgeber jedoch nicht. Er hat höher-rangiges Recht und die vorhandenen gesetzlichen Wertungen im Bereich der Teilnahme zu beachten, wie die grundsätzliche Straflosigkeit des Beihilfeversuchs oder die obligatorische Strafmilderung in § 27 Abs. 2 S. 2.

Unbenommen bleibt dem Gesetzgeber, sämtliche Hilfe leistenden Handlungen mit Strafe zu bedrohen oder aber wie beim Inverkehrbringen in § 219b Abs. 1 auch nur eine konkret bezeichnete.

Überwiegend fehlt bei den Regelungen der besonderen Beihilfe eine § 27 Abs. 2 S. 2 entsprechende Strafmilderungsanordnung. Die dadurch hervorgerufenen Wertungswidersprüche können beim Fördern des Entweichens in § 120 und teilweise auch beim Fördern des Entwickelns, Herstellens oder Handeltreibens etc. in den §§ 19–20a KWKG mit einer Analogie zu § 27 Abs. 2 S. 2 behoben werden.

Der Versuch der besonderen Beihilfe ist in § 120 und in den §§ 19–20a KWKG unter Strafe gestellt. Die Anordnung der Versuchsstrafbarkeit in § 120 ist aber verfassungswidrig. Der in den §§ 19–20a KWKG mit Strafe bedrohte Versuch setzt lediglich voraus, dass der Gehilfe nach seiner Vorstellung von der Tat zur fördernden Handlung unmittelbar ansetzt, § 22. Nicht erforderlich ist, dass die zu fördernde Handlung in das Versuchsstadium gelangt.

⁶⁵³ Siehe 2. Abschnitt D.

⁶⁵⁴ Siehe 3. Abschnitt A.V. und B.V.

⁶⁵⁵ Siehe 3. Abschnitt C.V.

An der besonderen Beihilfe der §§ 120 und 219b kann unter den Voraussetzungen der §§ 26, 27 teilgenommen werden. Die Anstiftung und Beihilfe zum Fördern des Entweichens oder Inverkehrbringens werden nicht als „mittelbares“ Fördern beziehungsweise Inverkehrbringen bestraft, sondern als Anstiftung oder Beihilfe zum Fördern oder Inverkehrbringen. Die so genannten allgemeinen Grundsätze der Kettenteilnahme der herrschenden Ansicht finden auf diese Teilnahmekonstellationen keine Anwendung. Nur im Bereich der §§ 10–20a KWKG sind Anstiftung und Beihilfe zum Fördern als indirektes Fördern zu bestrafen.