

Probleme der Begünstigung (§ 257 StGB) – Teil 1

Von Ass. iur. **Jan Dehne-Niemann**, Karlsruhe

Zu den unbeliebtesten Gästen in strafrechtlichen Prüfungsarbeiten gehören die Anschlussdelikte (§§ 252, 257-261 StGB). Sind bei dem „Standarddelikt“ der Hehlerei (§ 259 StGB) zumeist noch Grundkenntnisse vorhanden, so fehlt es bei der Begünstigung (§ 257 StGB) schon an diesen – hier besteht selbst bei überdurchschnittlichen Prüflingen oftmals ein großer weißer Fleck auf der Wissenslandkarte. Diesen zu beseitigen möchte der vorliegende Beitrag helfen.

I. Vortat, Vortäter und Rechtsgut

Als Anschlussdelikt bedarf § 257 StGB einer tauglichen Vortat. Erforderlich ist eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige, nicht notwendig schuldhaft Tat, in welcher die Verletzung einer strafrechtlich bewehrten Verhaltensnorm liegt, § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB. Daher sind Ordnungswidrigkeiten keine tauglichen Begünstigungsvortaten. Die Begünstigung kann wegen der Beschränkung auf eine rechtswidrige Vortat zugunsten eines schuldunfähigen oder im unvermeidbaren Verbotssirrtum handelnden Vortäters begangen werden.¹ Nicht erforderlich ist ferner, dass die Vortat vorsätzlich begangen wurde; auch Fahrlässigkeitstaten kommen, soweit sie Straftaten sind, in Betracht. Taugliche Vortaten sind im Übrigen auch Teilnahmehandlungen an Straftaten.² Auch Anstifter und Gehilfen einer Straftat können somit begünstigt werden.

Das Vorliegen einer entsprechenden rechtswidrigen Vortat hat das zur Entscheidung über die Begünstigung berufene Gericht selbständig festzustellen, auch wenn ein anderes Gericht über die Vortat schon – gegebenenfalls auch in anderer Weise – rechtskräftig befunden haben sollte; eine Bindung an Vorentscheidungen besteht insoweit grundsätzlich nicht³. Das gilt aber nur insoweit, als die Vortat bzw. eine Beteiligung daran eine andere Person bzw. einen anderen Lebenssachverhalt (§ 264 StPO) betreffen; dazu

Fall 1: V wurde wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls, B wegen Beihilfe zum Wohnungseinbruchsdiebstahl des V jeweils zu einer Freiheitsstrafe rechtskräftig verurteilt. B hatte man zur Last gelegt, ohne ein eigenes Interesse an der Beute Schmiere gestanden zu haben. Beide haben ihre Strafe verbüßt. Nun stellt sich heraus, dass B einige Wochen nach der Tat die Beute des V – einige wertvolle Brueghel-Gemälde

– in seiner Garage untergestellt hatte, um zu verhindern, dass sie bei einer Hausdurchsuchung bei V gefunden wurden. Der ermittelnde Staatsanwalt S hält zugleich die Verurteilung des B wegen Beihilfe zum Wohnungseinbruchsdiebstahl für zu Unrecht erfolgt, weil B mit dem Wohnungseinbruchsdiebstahl nichts zu tun habe. S erhebt noch einmal Anklage mit dem Ziel, B wegen des Unterstellens der Bilder nach § 257 StGB verurteilt zu lassen. Zu Recht?

Das Unterstellen der Bilder erfüllt zwar tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft die Voraussetzungen des § 257 Abs. 1 StGB, jedoch wird B nach § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht bestraft, wenn er wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist. In Bezug darauf ist B rechtskräftig verurteilt worden, und insoweit verhindert die Rechtskraft eine abweichende Entscheidung des Gerichts selbst dann, wenn B in Wirklichkeit mit der Vortat nichts zu tun gehabt hätte. In Bezug auf eine Vortatbeteiligung bleibt das über die Begünstigung befindende Gericht somit an die Feststellungen des über die Vortat befindenden Gerichts gebunden. Weil die Vortatbeteiligung des B somit rechtskräftig festgestellt und abgeurteilt ist, muss B hinsichtlich des Begünstigungsvorwurfs wegen § 257 Abs. 3 S. 1 StGB aus Rechtsgründen freigesprochen werden. Anders liegt es in

Fall 2: V wurde wegen Diebstahls rechtskräftig verurteilt. Ihm wurde vorgeworfen, einen bestehenden Anspruch aus Kaufvertrag hinsichtlich eines Brueghel-Gemäldes eigenmächtig durch Wegnahme durchgesetzt zu haben. Nach Auffassung des über die Vortat entscheidenden Gerichts erfüllte dieser Lebenssachverhalt die Voraussetzungen des § 242 StGB. B hat einige Wochen nach der Tat die Bilder bei sich untergestellt, um zu verhindern, dass sie bei einer Hausdurchsuchung bei V gefunden und beschlagnahmt werden. Das über das Handeln des B befindende Gericht hält diese Verhaltensweise für straflos, weil die Vortat – entgegen der Annahme des Vortatgerichts – mangels objektiver wie subjektiver Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung kein Diebstahl gewesen sei. Gleichwohl meint es, wegen der Rechtskraft der Entscheidung des Vortatgerichts den B wegen Begünstigung nach § 257 StGB verurteilen zu müssen. Zu Recht?

Hier bleibt es bei der allgemeinen Regel, dass eine Bindung an das Ergebnis des über die Vortat in einem anderen Strafverfahren befindenden Gerichts nicht besteht.⁴ Anders als im obigen Fall hat das über die Vortat befindende Gericht nämlich keine Entscheidung getroffen, die gerade im Hinblick auf B auch nur im Mindesten vorgreiflich für die spätere Begünstigungsentscheidung wäre. Daher ist das über den Vorwurf der Begünstigung erkennende Gericht nicht gehindert, im

¹ BGHSt 1, 47; *Ruß*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 257 Rn. 4.

² *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 9 Rn. 29; *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 4.

³ Soweit ersichtlich unstrittig, vgl. etwa RGSt 58, 290; *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, § 257 Rn. 14; *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 52. Lieferung, Stand: August 2001, § 257 Rn. 5; *Ruß* (Fn. 1) § 257 Rn. 7; *Stree*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 257 Rn. 13.

⁴ Zu dieser allgemeinen Regel *Gollwitzer*, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 25. Aufl. 2001, § 262 Rn. 12 mit Fn. 29.

Hinblick auf die Vortat eine abweichende – und in der Vereinbarung des Diebstahls mangels Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung zutreffende – Subsumtion zugrunde zu legen. Entgegen seiner eigenen Auffassung hinsichtlich der Bindungswirkung der Vorentscheidung muss das Gericht B also aus Rechtsgründen freisprechen.

Hält sich das Gericht – wie in Fall 2 – rechtsirrig für an die Vorentscheidung des Vortatgerichts gebunden und legt es ohne eigene Prüfung der Vortat dessen Ergebnis seiner Entscheidung über die Begünstigung zugrunde, so soll diese Verletzung der Pflicht zur eigenen Entscheidung mit der auf einen Verstoß gegen § 261 StPO gestützten Verfahrensrüge revisibel sein.⁵ Das ist unrichtig: In der Revision erforderlich, aber auch ausreichend ist die allgemeine Sachrüge, denn das Gericht hat entschieden, wenn auch ohne Ausnutzung des ihm zustehenden Raums zur eigenverantwortlichen Entscheidung.⁶ In einer unrichtigen Anwendung einer Verfahrensvorschrift liegt der Fehler des dem über die Strafbarkeit des B befindenden Gerichts also nicht, vielmehr ist dem Gericht ein sachlichrechtlicher Fehler unterlaufen. Die Sache liegt hier nicht anders als in einer Situation, in der das Gericht ein Tatbestandsmerkmal nicht geprüft oder nicht dargelegt hat; eine solche Verletzung der Kognitions- bzw. Darlegungspflicht begründet schon auf die allgemeine Sachrüge hin die Revision.

1. Qualität der Vortat und Rechtgut der Begünstigung

Der Kreis der i.S. des § 257 Abs. 1 StGB hilfeleistungsfähigen Taten ist enger als bei § 258 StGB, aber weiter als bei § 259 StGB, weil nicht nur gegen fremdes Vermögen gerichtete Taten von § 257 StGB erfasst sind⁷, sondern auch Nichtvermögensdelikte. Daraus wird überwiegend die Schlussfolgerung gezogen, dass § 257 StGB nicht nur das Vortatrechtsgut schützt, sondern auch die Strafrechtspflege, soweit sie das Vortatrechtsgut in strafbewehrter Weise absichert.⁸ Sehr im Streit ist, ob darüber hinaus auch die generalpräventive Wirkung der durch die Vortat verletzten Norm mitgeschützt wird.⁹ Das ist richtigerweise zu bejahen: Hätte § 257 StGB

nur den Nachtatschutz des Vortatrechtsguts im Auge, so ließe sich nicht erklären, warum die Norm ausschließlich strafrechtswidrig (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) erlangte und nicht auch durch bloße verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB) erlangte Vermögensvorteile als sicherungsfähig definiert; weil nur bei einem strafrechtswidrig erlangten Vorteil die generalpräventive Wirkung des Strafrechts überhaupt tangiert ist, kann die Beschränkung auf Straftaten nur mit einem flankierenden Schutz der Generalprävention erklärt werden.¹⁰ Freilich besteht das damit zu konstatierende Schutzgut der Generalprävention nicht um seiner selbst willen (das wäre angesichts der bereits begangenen Vortat sinnlos), sondern allein *pro futuro*, also damit Taten wie die Vortat *künftig* nicht mehr begangen werden – sei es, dass die Rechtsgemeinschaft lernt, dass sich Straftaten nicht lohnen oder sei es, dass man potentielle Rechtsbrecher von der Begehung weiterer Straftaten wie der Vortat abschreckt. Mittel zur Erreichung dieser generalpräventiven Wirkung ist die mit der Strafbewehrung der Begünstigung zu bewirkende Isolierung des Vortäters von potentiellen Begünstigern; der von § 257 StGB ausgehende präventive Effekt ist also zukunftsgerichtet.

Dass die Vortat insbesondere nicht schuldhaft sein muss¹¹ – anders als bei § 258 StGB –, ist kein Argument gegen die Verfolgung auch generalpräventiver zukunftsgerichteter Zwecke; es erklärt sich daraus, dass im Strafverfahren die Restitution des ohne die Vortat hypothetisch bestehenden Zustandes nach § 73 StGB maßgeblich durch den Verfall bewirkt wird, für welchen ebenfalls nur eine rechtswidrige – mithin gerade nicht schuldhaft – Tat erforderlich ist¹². Darüber hinaus ist die Bewirkung eines präventiven Effektes durch Isolierung *künftiger* Vortäter auch dadurch denkbar, dass die Unterstützung schuldlosen Vortathandelns von § 257 StGB unter Strafe gestellt wird, sollen doch nach herrschender Meinung strafrechtliche Verhaltensnormen auch gegenüber schuldlos Handelnden gelten¹³.

gegenüber künftigen Taten); *Miehe*, in: Festschrift für Richard Honig zum achtzigsten Geburtstag, 1970, S. 91 ff. (Verstärkung generalpräventiver Wirkung des Strafrechts durch Pönalisierung der Nachtathilfe); *Seel*, Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteilnehmer, 1999, S. 13 ff., 22 (generalpräventive Wirkung des Strafrechts mittels Isolationsandrohung); *Vogler*, in: Jescheck u.a. (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, 1977, S. 423 ff. (414) (Intensivierung generalpräventiver Wirkung sowie mittelbarer Rechtsgüterschutz); krit. *Altenhain* (Fn. 3), § 257 Rn. 3 ff.

¹⁰ Ausführlich (im Anschluss an *Miehe* [Fn. 9], S. 91, 97 ff.) *Seel* (Fn. 9), S. 20 ff., auch zu Wortlaut- und rechtsgutstheoretischen Erwägungen; ferner *Amelung*, JR 1978, 227 (230).

¹¹ Nahezu allgemeine Auffassung, vgl. *Geppert*, Jura 1980, 269 (272); *Ruß* (Fn. 1) § 257 Rn. 3; *Stree* (Fn. 3), § 257 Rn. 4; anders nur *Miehe* (Fn. 9), S. 91 (114) zu § 257 a.F.

¹² *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 23, der daraus auch schlussfolgert, dass die Strafrechtspflege von § 257 StGB mitgeschützt wird, soweit ihr eine vortatrestituierende Funktion zukommt.

¹³ *Seel* (Fn. 9), S. 20 ff.; *Miehe* (Fn. 9), S. 91 ff. (S. 116).

⁵ *Gollwitzer* (Fn. 4), § 261 Rn. 184 m.w.N.

⁶ Zutreffend *Schlüchter*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 13. Lieferung, Stand: Mai 1995, § 261 Rn. 103 (Fehler der Beweiswürdigung).

⁷ Heute ganz herrschende Meinung, vgl. *Amelung*, JR 1978, 227 (229); *Geppert*, Jura 1980, 269 (271); *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 2, 4; *Stree*, JuS 1976, 137; *Zipf*, JuS 1980, 24 (25 f.); de lege ferenda für einen Schutz nur des Vermögens *Geerds*, GA 1988, 243 (263, 267).

⁸ Mit Unterschieden en detail etwa *Geppert*, Jura 1980, 269 (270); *ders.*, Jura 1994, 441 (442); *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 4, 24, 27; *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 2; *Seelmann*, JuS 1983, 32 (33). Die Rechtsprechung ist uneinheitlich, vgl. einerseits BGHSt 23, 360 (361) (Straftat gegen das Vermögen), andererseits BGHSt 24, 166 (167) (Hemmung der Rechtspflege).

⁹ Bejahend *Amelung*, JR 1978, 227 (230 f.) (Schutz des Vortatrechtsguts sowie der Geltung der Vortatvorschrift); *Hoyer* (Fn. 3), Vor § 257 Rn. 4 ff., § 257 Rn. 1 (Präventionseffekt

Mit der hier vertretenen Doppelspurigkeit des Begünstigungsrechtsguts wird schließlich auch dem Bedenken die Spitze genommen, dass die Bestimmung der generalpräventiven Wirkung des Strafrechts als des von § 257 StGB geschützten Rechtsguts zur Auflösung des Prinzips des unmittelbaren Rechtsgüterschutzes, dem das Strafrecht verpflichtet sei, führe.¹⁴ Denn da § 257 Abs. 1 StGB *auch* den Schutz des Vortatrechtsguts bezweckt, wird mit der Norm ja unmittelbarer Rechtsgüterschutz betrieben. Festzuhalten bleibt demnach: § 257 StGB schützt das durch die Vortat beeinträchtigte Rechtsgut, das durch Restitutionsvereitelungshandlungen, also gegen die Wiederherstellung des status quo ante gerichtete Handlungen, weiter beeinträchtigt werden kann, zugleich hat die Norm aber – und zwar aus Anlass der begangenen Vortat – auch den Schutz vor anderen, der begangenen Vortat ähnlichen Taten im Auge.

2. Tat eines anderen: Der Täterkreis

Die Begünstigung stellt an sich ein Jedermannsdelikt dar; aus ihrem Charakter als Anschlussdelikt folgen aber Beschränkungen des Kreises der tauglichen Täter.

a) Bei der Vortat muss es sich aus Sicht des präsumtiven Begünstigers um die Tat eines anderen handeln. Daraus folgt, dass ein *Alleintäter* der Vortat schon wegen § 257 Abs. 1 StGB niemals Begünstiger sein kann. Die Selbstbegünstigung eines Vortatalleintäters ist also schon nicht tatbestandsmäßig. Vortatteilnehmer hingegen können nicht schon aus tatbestandlichen, sondern erst aus Konkurrenzgründen nach § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht wegen Begünstigung bestraft werden.

b) Ob die Hilfeleistung eines Vortatalleintäters, der einen Teilnehmer der Vortat – also Anstifter oder Gehilfen (vgl. die Legaldefinition in § 28 Abs. 1 StGB) – begünstigt, nach § 257 Abs. 1 StGB tatbestandslos oder nach § 257 Abs. 3 StGB zu beurteilen ist, hängt davon ab, wie man den Begriff „einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat“ i.S. des § 257 Abs. 1 StGB deutet. Im Verhältnis zum Vortäter muss sich der Teilnehmer als „anderer“ darstellen. Zwar wird einem Teilnehmer die Haupttat (ggf. abgeschwächt, vgl. § 27 Abs. 2 StGB) zugerechnet, was jedoch nichts daran ändert, dass für ihn der Haupttäter ein „anderer“ bleibt. Daher erfüllt auch die Hilfeleistung eines Vortatalleintäters den objektiven Tatbestand des § 257 Abs. 1 StGB.¹⁵

c) Umstritten ist schließlich, ob ein *Mittäter* der Vortat Täter des § 257 Abs. 1 StGB sein kann, indem er einen anderen Vortatmittäter begünstigt. Nach überwiegender Auffassung sind Vortatmittäter im Verhältnis zueinander „andere“ i.S. des § 257 Abs. 1 StGB, so dass sie sich tatbestandsmäßig Hilfe leisten können¹⁶. Die Straflosigkeit der Begünstigung von Vortatmittätern folgt für diese Meinung also erst aus dem

Strafausschlussgrund des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB. Nach anderer Meinung, die für sich einen mehr postulierten als begründeten Gleichlauf mit der Hehlerei¹⁷ in Anspruch nimmt, scheidet die Begünstigung eines Vortatmittäters schon gemäß § 257 Abs. 1 StGB auf Tatbestandsebene.¹⁸ Auf die Streitfrage kommt es insbesondere an, wenn der Hilfeleistende wegen seiner Mitwirkung an der Vortat z.B. wegen seinerzeitiger Schuldunfähigkeit nicht belangt werden kann oder wenn an der Hilfeleistungshandlung Dritte mitgewirkt haben und deshalb deren Bestrafung von einer entsprechenden teilnahmefähigen Begünstigungshaupttat abhängt. Dazu

Fall 3: V und B haben bei einem Wohnungseinbruchsdiebstahl als Mittäter (§§ 244, 25 Abs. 2) einen wertvollen Stuhl mit Fettfleck von Beuys erbeutet, den V behalten soll. B war bei Begehung des Wohnungseinbruchsdiebstahls wegen einer schweren Intoxikationspsychose schuldunfähig (§ 20 StGB). Als B erfährt, dass bei V eine Hausdurchsuchung bevorsteht, stellt B (der nun wieder voll schuldfähig ist) den Beuys auf Vorschlag des B hin bei B im Keller unter. Strafbarkeit des B nach § 257 Abs. 1 StGB?

Abwandlung: Wie oben, nur hilft der in alles eingeweihte G dem B dabei, den Stuhl in den Keller zu tragen. Strafbarkeit von G und B?

Dass im Ausgangsfall 3 § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht greift, wenn der jeweilige Vortatmittäter aus materiell-rechtlichen Gründen (hier: Schuldunfähigkeit des B) wegen seiner Vortatbeteiligung nicht bestraft werden kann, ist anerkannt, denn Abs. 3 S. 1 trägt nicht etwa einer notstandsähnlichen Lage eines Vortatbeteiligten Rechnung, sondern kodifiziert lediglich Konkurrenzenerwägungen (näher unten V.)¹⁹; aber auf die Strafausschlussklausel des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB kommt es erst an, wenn die Hilfeleistung des B überhaupt tatbestandsmäßig war. Wer mit der Minderheitsauffassung davon ausgeht, dass Vortatmittäter die Nachtat des § 257 Abs. 1 StGB schon nicht tatbestandsmäßig erfüllen, der müsste B vorliegend für straflos halten²⁰.

Richtig ist es, die Begründung der Straflosigkeit von Mittätern nicht schon auf § 257 Abs. 1 StGB, sondern erst auf § 257 Abs. 3 S. 1 StGB zu stützen. Denn § 257 Abs. 1 StGB ist anders formuliert als § 259 Abs. 1 StGB. Nimmt dort der Gesetzeswortlaut Bezug auf das Tatobjekt und damit den Gegenstand der Vortat, so nennt § 257 Abs. 1 StGB den „anderen“ als Bezugspunkt der Tathandlung der Nachtat. War man Mittäter der Vortat einer Hehlerei, so hat nicht ein

¹⁴ So Geerds, GA 1988, 243 (262); Schneider, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells, 1991, S. 177 und 165 ff.; Vormbaum, GA 1986, 467 (468).

¹⁵ Geppert, Jura 1980, 327 (330); Ruß (Fn. 1), § 257 Rn. 21.

¹⁶ Altenhain (Fn. 3), § 257 Rn. 34; Geppert, Jura 1994, 441 (443); Mitsch (Fn. 2), § 9 Rn. 16.

¹⁷ Bei der Hehlerei ist heute anerkannt, dass (Mit-)Täter der Vortat nicht Hehlereitäter sein können, wobei man bei Vortatmittätern ganz überwiegend § 259 Abs. 1 StGB schon für tatbestandlich nicht erfüllt hält, vgl. dazu BGHSt 7, 134 (137); Geppert, Jura 1994, 100 (103); Küper, Probleme der Hehlerei bei ungewisser Vortatbeteiligung, 1989, S. 66 f.

¹⁸ Hoyer (Fn. 3), § 257 Rn. 8.

¹⁹ Geppert, Jura 1994, 441 (444); Stree (Fn. 3), § 257 Rn. 32; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 257 Rn. 8.

²⁰ So für Schuldunfähigkeit bei Begehung der Vortat ausdrücklich Hoyer (Fn. 3), § 257 Rn. 9 und (implizit) Rn. 31 f.

anderer die Sache erlangt, sondern – über die Zurechnungsnorm des § 25 Abs. 2 StGB – man selbst.²¹ Hehlerei scheidet also wegen Identität von Vortäter und Nachtäter aus. Hingegen muss bei § 257 Abs. 1 StGB nur ein anderer die zu begünstigende Tat begangen haben. Mittäter der Vortat bleiben im Verhältnis zueinander aber „andere“ i.S.d. § 257 Abs. 1 StGB, mag ihnen auch die Vortatbegehung der anderen Mittäter zugerechnet werden. Daher gibt der Wortlaut der §§ 257, 259 StGB kein Argument für eine Gleichbehandlung beider Tatbestände in Bezug auf Vortatmittäter her. Dass bei § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht nur Anstifter und Gehilfe gemeint sein müssen, sondern auch Mittäter (Alleintäter kommen ja unstreitig nicht in Frage), zeigt überdies der Wortlaut der Norm: Ginge es nur um Teilnehmer, so müsste das Gesetz diesen legaldefinierten Begriff (vgl. § 28 Abs. 1 StGB) verwenden; Beteiligung meint aber Täterschaft und Teilnahme, vgl. § 28 Abs. 2 StGB. Das spricht entscheidend dafür, auch Mittäter der Vortat erst auf Strafausschließungs- (§ 257 Abs. 3 S. 1 StGB) und nicht schon auf Tatbestandsebene (§ 257 Abs. 1 StGB) straflos zu stellen. Im Ausgangsfall 3 ist B daher aus § 257 StGB zu bestrafen. Weil in der Abwandlung eine – insbesondere tatbestandsmäßige – vorsätzliche rechtswidrige Begünstigung des B vorliegt, hat sich G nach §§ 257, 26 StGB strafbar gemacht; die Gegenauffassung müsste mangels Haupttat eine Beihilfestrafbarkeit des G ablehnen.

3. Vortatgeschädigter als tauglicher Täter?

Aus dem Charakter der Begünstigung als einem beihilfeähnlichen Nachtatdelikt folgt ein interessantes, eigentlich in der Beteiligungslehre anzusedelndes Spezialproblem, dass wegen ihrer „Beihilfeähnlichkeit“ aber auch bei der Begünstigung der Erwähnung bedarf.

Fall 4: In einer überfüllten Gaststätte beobachtet der Wirt B, wie sich V an einem Mantel zu schaffen macht, welchen B für den des O hält. In Wirklichkeit ist es der eigene Mantel des B, aus dem V die Geldbörse des V zieht. Als V soeben durch die Tür hinaus will, verfolgt ihn ausgerechnet der O, der – im Gegensatz zu B – die Lage völlig richtig erkannt und dem B seine (des B) Geldbörse wiederbeschaffen möchte. Um V das Entkommen mit der Geldbörse (des O, wie B meint) zu sichern, wirft B dem V seine (des B) Fahrrad-schlüssel zu. V kann mit dem Fahrrad des B entkommen. Strafbarkeit des B nach § 257 StGB?

Mit dem Diebstahl der Geldbörse hat V eine begünstigungsfähige Vortat begangen. Akzeptiert man mit der herrschenden Ansicht, dass auch Handlungen, die eine Art „Hilfe zur Selbsthilfe“ darstellen (wie das Zuwerfen des Schlüssels), ein vom Wortlaut des § 257 Abs. 1 StGB gedecktes Hilfeleisten sind (dagegen aber unten III. 2. b), so stellt sich die Folgefrage, ob Vortat der Begünstigung eine gegen den präsumtiven Begünstiger gerichtete Tat sein kann, die dieser irrtümlich für eine gegen einen anderen gerichtete Tat hält. Dies ist keine

Frage erst der Tauglichkeit der Hilfeleistungshandlung, sondern schon eine der Tauglichkeit der Vortat.

Richtigerweise wird man für § 257 StGB eine objektiv gegen ein dem Begünstiger gegenüber geschütztes Rechtsgut gerichtete Tat verlangen müssen. Das erhellt aus folgender Überlegung: Die Begünstigung ist der Nachtatbeihilfe derart ähnlich, dass man für sie – die ja einen eigenständigen Tatbestand darstellt – erst recht die auch an die Beihilfe zu stellende Anforderung eines eigenen Rechtsgutsangriffs verlangen muss. Richtet ein präsumtiver Gehilfe seine vermeintlich gegen einen anderen gerichtete Hilfeleistung *realiter* gegen sich selbst, so ist anerkannt, dass jedenfalls vollendete Beihilfe zum vollendeten Delikt ausscheiden muss.²² Dann kann für die – cum grano salis – „Nachtatbeihilfe“ des § 257 StGB nichts anderes gelten; mangels Strafbarkeit der versuchten Begünstigung reicht die irriige „Vorstellung“ (§ 22 StGB), einen anderen zu schädigen (bzw. einem anderen dabei zu helfen) nicht für Tatvollendung aus. Dass bei der „echten“, also vor oder bei der Haupttatbegehung geleisteten Beihilfe, die sich gegen den Gehilfen selbst richtet, ganz überwiegend von *vollendeter* Beihilfe zum Versuch ausgegangen wird, also von einem strukturell vollendeten Delikt mit überschießendem, auf Vollendung der Haupttat gerichteten Vorsatz, verschlägt nichts; denn auch die Vortat des § 257 StGB – die strukturell die Parallele zur Haupttat bei § 27 StGB darstellt – muss gegen ein Rechtsgut gerichtet sein, welches dem Begünstiger gegenüber Schutz genießt. Ein objektiv selbstschädigendes Verhalten stellt allenfalls eine Behinderung der Rechtspflege dar, nicht aber die Beeinträchtigung eines zu schützenden Individualrechtsguts. In Fall 4 könnte B allenfalls unter Versuchsgesichtspunkten bestraft werden, im Kontext des § 257 StGB also gar nicht. Daher kann der Geschädigte der Vortat niemals Begünstiger sein.²³

II. Tatobjekt: Vortatvorteile

Der Begriff „Vorteile der Tat“ ist – ungeachtet der unklaren Formulierung des Gesetzeswortlauts – objektives Tatbestandsmerkmal.²⁴ Er erfasst nicht nur Vermögensvorteile, sondern nach heute ganz überwiegender Auffassung Vorteile aller Art; daher sind begünstigungsfähige Vortatvorteile beispielsweise auch die physische Gewalt über ein entführtes Kind, ein unverdient erlangter Titel oder die rechtswidrig herbeigeführte Freistellung vom Wehrdienst.²⁵

²² Heute allgemeine Ansicht; zur Frage, ob bei einem irrtümlichen Angriff auf ein dem Helfenden gegenüber geschütztes Rechtsgut vollendete Beihilfe zum Versuch oder (stets straflose) versuchte Beihilfe einschlägig ist, vgl. zuletzt *Dehne-Niemann*, ZJS 2008, 351 (362 ff.).

²³ Das gilt unabhängig davon, ob der durch die Vortat Geschädigte die Selbstschädigung irrtümlich für eine Fremdschädigung hält (wie hier im Text) oder ob er weiß, dass sich die Begünstigungshandlung gegen ihn selbst richtet, vgl. zu letzterem Fall das Beispiel bei *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 18.

²⁴ Daher reicht es nicht, wenn sich der Begünstiger solche Vorteile bloß vorstellt, vgl. BGHSt 24, 166 (167); *Altenhain* (Fn. 3), § 257 Rn. 15.

²⁵ *Hoyer* (Fn. 3), § 257 Rn. 2.

²¹ *Geppert*, Jura 1994, 100 (103).

1. Anerkannt ist im Wesentlichen, dass die zu sichernden Vortatvorteile „unmittelbar“ aus Vortat stammen müssen, also gerade nicht durch beliebige Surrogate ersetzt werden können. Gestritten wird aber über die Reichweite dieses „Unmittelbarkeitsgrundsatzes“. Nach überwiegender Ansicht ist eine gegenständliche Identität – der ohnehin nur bei körperlichen Gegenständen als Sicherungsobjekten Bedeutung zukommen könnte – nicht erforderlich; anders als bei der Hehlerei steht jedenfalls der Wortlaut der prinzipiellen Sicherungsfähigkeit von „Ersatzvorteilen“ nicht entgegen²⁶. Prüfungsrelevant ist der folgende

Fall 5: A hat den Meisterdieb V zu einem Auftragsdiebstahl veranlasst, bei dem V eine wertvolle Autographie von Schuberts „Unvollendeter“ gestohlen und verabredungsgemäß bei V abgeliefert hat. V hat dafür von A 100.000 € erhalten und diese unverzüglich auf einem Bankkonto eingezahlt. Danach entzieht er sich dem Zugriff der Polizei durch Flucht nach Liechtenstein, von wo er das Geld weiter zu einer auf den Cayman Islands ansässigen Bank transferiert. Auf Grand Cayman hebt die Ehefrau B des V in seinem Auftrag US-Dollar im Gegenwert von 100.000 € ab, bevor Interpol auf das Geld zugreifen kann. Hat sich B nach § 257 StGB strafbar gemacht?

Mit dem Diebstahl der Autographie hat V eine rechtswidrige Tat begangen. Für die Strafbarkeit der B aus § 257 StGB ist entscheidend, ob die in den von B abgehobenen 100.000 € einen „Vorteil der Tat“ darstellen. Zweifel bestehen daran aus zwei Gründen: Zum einen hat B ihre Hilfeleistung an den eingezahlten US-Dollar-Banknoten vorgenommen, nicht aber an dem Picasso oder an den 100.000 €; zum anderen hat V ja als Vortat schon den Picasso gestohlen und nicht erst die 100.000 €, an deren Stelle die von B abgehobenen US-Dollar getreten sind.

Dass sich die Hilfeleistung der B nicht auf die 100.000 € bezog, ist für sich genommen noch nicht schädlich: Ungeachtet aller Meinungsverschiedenheiten en detail ist man sich im wesentlichen einig, dass sich bei einem in Geld bestehenden Vortatvorteil die Hilfeleistung nicht auf die konkreten Banknoten beziehen muss – also nicht diese den Vortatvorteil darstellen –, sondern auf den in den Geldscheinen verkörperten Wert²⁷ („Wertsummentheorie“). Am Bestand eines Geld-

werts von 100.000 € hat das „Umwechseln“ in US-Dollar also nichts geändert. Allerdings ist damit noch nicht gesagt, dass der Geldwert von 100.000 € einen sicherungsfähigen Vortatvorteil darstellt; dagegen spricht schon, dass sich die 100.000 € nicht als Kehrseite des bei B angerichteten Schadens darstellen; letzterer besteht nämlich nur im Verlust des Besitzes an der Schubert-Autographie. Plastisch gesprochen könnte man sagen, dass es an der „Stoffgleichheit“ zwischen Vortatschaden und Vortatvorteil fehlt; dies jedenfalls regelmäßig dann, „wenn der Vortäter den Vorteil nicht „aus“ der, sondern „für“ die Begehung der Vortat bekommen hat“²⁸. Da aber die Erlangung der 100.000 € durch V als solche keine Straftat darstellt, handelt es sich bei den 100.000 € lediglich um einen nicht sicherungsfähigen Ersatzvorteil. B ist im Fall nicht aus § 257 StGB strafbar.

2. Über die „Stoffgleichheit“ des durch die Vortat angerichteten Schadens mit dem begünstigungsfähigen Vortatvorteil hinaus ist nach überwiegender Ansicht erforderlich, dass der Täter den Vorteil zum Zeitpunkt, in dem ihm Hilfe geleistet wird, noch innehat.

Fall 6²⁹: V hat seiner zunächst gutgläubigen Ehefrau B veruntreutes Geld geschenkt. Nach dem die veruntreuende Unterschlagerung aufgefliegen war und B von der Vortat Wind bekommen hatte, packte sie das schlechte Gewissen. Daher versprach B dem durch die Vortat Geschädigten, dem Arbeitgeber des V, ihm das Geld zurückzuerstatten. Nachdem sich ihre Gewissensregungen gelegt hatten, bereute B ihre Skrupel. Daher gab sie dem V das Geld zurück, damit dieser das Geld in Sicherheit bringe. Hat sich B nach § 257 StGB strafbar gemacht?

B hat sich nach § 257 StGB strafbar gemacht, wenn die Rückgabe des Geldes an V eine Hilfeleistungshandlung darstellt, die sich auf einen Vorteil gerade der Vortat bezieht. Der BGH hat das im dem Fall zugrundeliegenden Sachverhalt verneint und ausgeführt, die Hilfeleistung müsse sich auf eine „unmittelbar durch die Vortat“ erlangt Vorteilsposition beziehen. Daran fehle es, weil die Wiedererlangung des Geldes durch V auf die Rückgabe durch B und nicht auf die Vortat zurückzuführen sei. Daher müsse sich der Täter zum Zeitpunkt der begünstigenden Handlung „noch im Genuss des durch die Tat erlangten Vorteils befinden“³⁰. Aber die Rückgabe des Geldes stellt den *status quo ante* wieder her, und ohne die veruntreuende Vortat hätte B das Geld nicht an V zurückgeben können. Ein noch „unmittelbarer“, stärker sichernder Akt der Hilfeleistung als die Rückgabe der Beute an den Vortäter ist kaum vorstellbar. Um zum entscheidenden Argument, das der BGH denn auch flankierend genannt hat, vorzudringen, muss man sich das in der Restitutionsvereitelung liegende Wesen der Begünstigung vergegenwärtigen: Eine objektive Eignung zur Vorteilssicherung wohnt der Handlung der B sicherlich nicht inne, wird doch der Zugriff des Vortatgeschädigten auf die Beute durch die Rückgabe an

²⁶ Für viele *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 20 Rn. 7; *Gössel/Dölling*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, § 68 Rn. 7.

²⁷ Vgl. etwa RGSt 39, 236 (237) (von gestohlenem Sparbuch abgehobener Geldbetrag); BGHSt 36, 277 (280 ff.): „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ entscheidend (vgl. aber auch BGH NStZ 1987, 22, wo Art. 103 Abs. 2 GG problematisiert wird); BGHSt 46, 107 (117); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl. 2009, § 257 Rn. 10; *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 53; *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 11; sachlich ähnlich *Hoyer* (Fn. 3), § 257 Rn. 13 f., der auf einen „Rechtswidrigkeitszusammenhang“ abstellt: Der Vortatvorteil müsse sich gerade gegenüber jeweiligen dem Vortatgeschädigten als rechtswidrig darstellen.

²⁸ *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 52.

²⁹ BGHSt 24, 166 nachgebildet.

³⁰ BGHSt 24, 166 (167); zustimmend *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 11.

den Vortäter eher erleichtert als erschwert.³¹ Das bedeutet, dass eine Strafbarkeit der B gemäß § 257 Abs. 1 StGB nicht schon mangels eines begünstigungsfähigen Vortatvorteils ausscheidet, sondern erst wegen des Fehlens einer objektiv geeigneten Hilfeleistungshandlung (zur Tathandlung des § 257 Abs. 1 StGB sogleich III.).

3. a) Auf die Frage des „Nochvorhandenseins“ des erlangten Vorteils kommt es an im folgenden

Fall 7: V hat bei seinem Arbeitgeber, dem Kunsthändler O, Geld unterschlagen. Dieses Geld hat er auf einem Konto deponiert und nach und nach für Luxusaufwendungen wie Reisen, teure Kleidung und Schmuck für seine Frau ausgegeben. Als sich die Unterschlagung herausstellt, verlangt O von V, den er verdächtigt, Schadensersatz. Dem Freund B des V gelingt es, den Verdacht des O durch geschickte Manipulationen, gezielt gestreute Verdächtigungen gegen andere Angestellte des O und durch falsche Angaben gegenüber O zu zerstreuen. B geht es darum, den V vor der weiteren Geltendmachung und Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen durch O zu bewahren. Strafbarkeit des B nach § 257 StGB?

Hier hängt die Begünstigungsstrafbarkeit des B davon ab, ob seine fraglos zur Anspruchsabwehr geeigneten Maßnahmen sich auf einen „unmittelbar“ aus der Vortat resultierenden Vorteil bezogen. Das ursprünglich den Vortatvorteil darstellende Geld wurde durch eine entsprechende wertmäßige Kontokorrentforderung gegen die Bank ersetzt, worin ein „unmittelbarer“ Vorteil ebenso zu sehen ist wie in den anschließend abgehobenen Banknoten.³² Jedoch war dieses Geld zu einem bestimmten Zeitpunkt aufgebraucht. Ab diesem Zeitpunkt war der Geschädigte auf sekundäre Schadensersatzansprüche gegen den Vortäter beschränkt. Dadurch ist die Anspruchslage zwischen Vortäter und Geschädigtem in einer Weise verändert worden, die es rechtfertigt, den Unmittelbarkeits- bzw. Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der Erlangung des Geldes durch die Unterschlagungsvortat und die Schadensersatzanspruchsabwehrmaßnahmen zu verneinen; der Schaden des Vortatgeschädigten besteht ja gerade darin, dass weder das ausgegebene Geld körperlich herausgegeben noch die nicht mehr existente Kontokorrentforderung an ihn abgetreten werden kann. Da sich die Hilfeleistung des B folglich auf einen nicht mehr existenten Vortatvorteil bezog, scheidet § 257 Abs. 1 StGB aus.

b) Dass das Problem der „Unmittelbarkeit“ der Vortatvorteile eng verwandt ist mit der Tauglichkeit der Tathandlung, zeigt auch die folgende aktuelle Entscheidung des BGH:

*Fall 8*³³: B stellte seinem Bruder V regelmäßig seinen ebay-account zur Verfügung. Er war damit einverstanden, dass V via ebay von ihm (V) gestohlene Kunstwerke verkaufte. Nicht festgestellt hatte das Tatgericht, ob sich der Verkauf an die Abnehmer den Tatbestand des Betrugs erfüllte. Die jewei-

ligen Käufer zahlten den Kaufpreis auf ein Girokonto des B ein, der entsprechende Beträge dann abhob und dem V in bar auszuhändigte. B wollte seinem Bruder beim Absetzen der gestohlenen Ware helfen. Strafbarkeit des B aus § 257 StGB?

Da § 259 StGB mangels Bereicherungsabsicht ausschied, hatte der BGH zu entscheiden, ob sich das Verhalten des B als Hilfeleistung im Sinne des § 257 StGB darstellte. Dabei hat der BGH zunächst die Auskehrung der Erlöse aus dem Verkauf der Kunstwerke als Tatobjekte überprüft, aber festgestellt, dass „der Erlös des aus einem Verkauf Erlangten kein unmittelbarer Vorteil mehr“ ist, denn um „die“ Vorteile der Tat handle „es sich nicht mehr, wenn dem Vortäter sich erst aus der Verwertung der Tatvorteile ergebende wirtschaftliche Werte zugewendet oder gesichert werden sollen“³⁴. Da der Verkauf via ebay mangels tatrichterlicher Feststellungen nicht als Betrug eingestuft werden konnte, handelte es sich bei dem Erlös aus dem Diebstahl nur um „mittelbare“ Vortatvorteile. Eine taugliche Hilfeleistungshandlung im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB vermochte der BGH schließlich auch nicht darin zu erkennen, dass B dem V seinen ebay-account zur Verfügung gestellt hatte, denn dafür, dass B eine Entziehung der gestohlenen Kunstwerke befürchtet hätten, war ebenfalls nichts festgestellt. B hat sich somit nicht aus § 257 StGB strafbar gemacht.

4. Dass bisweilen auch die zivilrechtliche Eigentums- und Anspruchslage bei § 257 StGB im Hinblick auf die Vortatvorteile eine Rolle spielt, zeigt

*Fall 9*³⁵: T hat dem G ein wertvolles Originalmanuskript von Musils „Mann ohne Eigenschaften“ gestohlen. Die Polizei ermittelt in Richtung des T. Daher erklärt sich B bereit, vorübergehend das Manuskript in seinem Keller zu verstecken, bis sich der Fahndungsdruck gelegt hat. Noch bevor es dazu kommt, verstirbt E, der die dem G gestohlene Autographie bereits vor dem Diebstahl von G gekauft (§ 433 BGB) hatte, ohne dass es aber zu einer Übereignung gekommen war; Alleinerbe (§§ 1922, 1967 StGB) des E ist T. B, der davon nichts weiß, verbringt den Musil in seinen Keller. Strafbarkeit des B aus § 257 Abs. 1 StGB?

Auf den ersten Blick wirkt es, als hätte sich B durch das Verstecken des Manuskripts (Vortatvorteil i.S. des § 257 Abs. 1 StGB) aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Wäre E nach Erwerb des Bildes, aber vor dem Diebstahl verstorben, so würde sich der Diebstahl des T – objektiv – nicht als rechtswidrig darstellen, weil dem T als Erben des E im Wege der Universalsukzession objektiv ein die Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung ausschließender Anspruch auf Übereignung des Musil-Manuskripts zustand (untauglicher Diebstahlversuch, §§ 242 Abs. 1, 2, 22 StGB). Diese Wertung hat auch Bedeutung für das Anschlussdelikt des § 257 StGB. Formal könnte zwar O, der noch Eigentümer der Handschrift ist, einen Herausgabeanspruch geltend machen, §§ 985, 823 BGB; da O aber ohnehin zur Übereignung des

³¹ BGHSt 24, 116 (167); dazu *Geppert*, Jura 1980, 269 (271).

³² Vgl. BGHSt 36, 277 (281 f.); *Altenhain* (Fn. 3), § 257 Rn. 17.

³³ Sachverhalt vereinfacht nach BGH NStZ 2008, 516.

³⁴ BGH NStZ 2008, 516.

³⁵ Abgewandelt nach *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 57.

Manuskripts an T verpflichtet bleibt, könnte dieser der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs die „dolo-agit“-Einrede aus § 242 BGB entgegenhalten. Daher stellt sich – auch ohne dass T diese Einrede geltend machen müsste – die Verschaffung des Besitzes des T an dem Musil-Manuskript nicht als die Herbeiführung einer rechtswidrigen Besitzlage dar, die Begünstigungshandlung mithin als „rechtskonforme anspruchsverändernde Veränderung“ der Besitzverhältnisse, weil sie keiner „Verfestigung rechtswidriger Herrschaftsverhältnisse, sondern deren Gegenteil“ dient³⁶. Dass B *subjektiv* die Verfestigung einer rechtswidrigen Lage herbeizuführen glaubte, weil ihm von der durch den Erbfall entstandenen Veränderung der zivilrechtlichen Anspruchslage nichts bekannt war, verschlägt nichts; denn mangels eines objektiv tauglichen begünstigungsfähigen Vortatvorteils fehlt es an einem tauglichen Tatobjekt. Daher hat sich B nicht wegen Begünstigung strafbar gemacht; der strukturell gegebene Begünstigungsversuch ist straflos.

III. Tathandlung: Hilfeleisten

Als Tathandlung setzt § 257 Abs. 1 StGB ein Hilfeleisten voraus. Bekannt sein sollte dem Leser, dass die herrschende Meinung hierfür eine objektiv geeignete Handlung verlangt;³⁷ ein irgendwie geartetes Handeln in Hilfeleistungstendenz, also ein bloß subjektiv für tauglich erachtete Handeln³⁸ reicht ebenso wenig aus wie eine tatsächliche Besserstellung des zu Begünstigenden³⁹ erforderlich ist⁴⁰.

³⁶ So *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 57 (dort Beispiel 4). Im von *Mitsch* gebildeten Fall wusste der präsumtive Begünstiger allerdings davon, dass der Vortäter Erbe des Kaufvertragspartners des Vortatgeschädigten wurde. Dazu, dass angesichts der Straflosigkeit des Begünstigungsversuchs daraus kein Unterschied resultiert, sogleich im Text. Entgegen der Darstellung von *Mitsch* geht es dogmatisch nicht erst auf Rechtswidrigkeitsebene darum, inwieweit ein zivilrechtlich bestehender Anspruch rechtfertigend wirkt (dann wäre hier im Text noch die Problematik zu erörtern gewesen, ob das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselementes zum straflosen Begünstigungsversuch oder zur strafbaren vollendeten Begünstigung führt), sondern schon darum, ob durch die Veränderung der zivilrechtlichen Lage überhaupt noch ein Anlass besteht, auf die Nachtathilfe mit dem Schwert des Strafrechts zu reagieren; die generalpräventive Wirkung der Vortatnorm, die den objektiven Tatbestand als Typus des § 257 StGB maßgeblich prägt, verlangt eine Isolierung des Vortäters dort nicht mehr, wo dieser das Tatobjekt der Vortat ohnehin von Rechts wegen behalten darf.

³⁷ Vgl. eingehend *Geppert*, Jura 2007, 589 (592 ff.) m.w.N.; *Kindhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 5. Aufl. 2008, § 46 Rn. 5 ff.

³⁸ Dafür etwa noch *Arzt/Weber*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2000, § 27 Rn. 5 ff.; *Seelmann*, JuS 1983, 32 (34).

³⁹ So aber *Hoyer* (Fn. 3), § 257 Rn. 18, der eine graduelle Besserstellung des Täters durch konkrete Erschwerung der Durchsetzung der Ansprüche des Vortatgeschädigten verlangt; ähnlich *Zieschang*, in: *Hettinger u.a. (Hrsg.)*, Fest-

1. Unmittelbares Ansetzen zur Hilfeleistung als hinreichend taugliche Hilfeleistung?

Mit der Feststellung, dass eine objektiv und ex ante⁴¹ als tauglich anzusehende Handlung für die Hilfeleistung erforderlich ist, aber auch ausreicht, ist noch nicht ausgesagt, wie genau eine solche Handlung beschaffen sein muss. Hier hat sich – jedenfalls in der Literatur – der Standpunkt durchgesetzt, dass der präsumtive Begünstiger mindestens zur Vornahme der Begünstigungshandlung i.S. von § 22 StGB unmittelbar ansetzen muss. Dazu

*Fall 9*⁴²: V hatte dem O einige Kornsäcke gestohlen und in einem Heuschober zwischengelagert. O, der von dem Versteck Wind bekommen hatte, legte sich mit einigen Polizeibeamten auf die Lauer. Der von V eingeschaltete B, der über die Herkunft der Säcke informiert war, wurde festgenommen, als er sich dem Schober näherte, um die Säcke vor dem Zugriff des O und der Staatsgewalt in Sicherheit zu bringen. Strafbarkeit des B nach § 257 StGB?

Begrifflich kann man sicherlich in der Annäherung des B an das Beuteersteck ein unmittelbares Ansetzen zur Vornahme des Abtransports der Säcke sehen.⁴³ Das Abtransportieren wäre fraglos eine geeignete Hilfeleistungshandlung i.S. des § 257 StGB. Dazu ist es aber nicht gekommen. Daher fragt sich, ob die Vornahme einer der eigentlich objektiv geeigneten Hilfeleistung unmittelbar vorgelagerten Handlung, die zwar als unmittelbares Ansetzen zur Hilfeleistung anzusehen ist, aber noch nicht selbst die Hilfeleistung darstellt, ausreicht. Diese Frage wird zu Recht überwiegend verneint:⁴⁴ Die Begünstigung verlangt eine Hilfeleistung, nicht lediglich „Hilfsvorbereitung“ oder „Hilfsbereitschaft“ (Begünstigung als „verselbständigt objektiviertes Versuchsdelikt“)⁴⁵, erforderlich ist daher eine Handlung, „die objektiv geeignet ist, zur Restitutionsvereitelung *unmittelbar* beizutragen“⁴⁶. Das dagegen vorgetragene Argument, § 257 StGB sei „ein zum selbstständigen Straftatbestand erhobenes Versuchsdelikt“, weshalb die Grenze „wie bei den Vorbereitungs- und Versuchshandlungen [...] zu ziehen sei“⁴⁷, liegt neben der Sache:

schrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 733 ff. (S. 734 f: konkrete Gefährlichkeit des Verhaltens).

⁴⁰ Zum Streitstand vgl. die Darstellung bei *Hillenkamp*, 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 10. Aufl. 2004, 37. Problem, S. 190 ff.

⁴¹ Zur Maßgeblichkeit der ex-ante-Perspektive *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 33 („objektive Geeignetheit zur Vorteilssicherung [...] nur im Zeitpunkt der Hilfeleistungshandlung“); *Zieschang* (Fn. 39), S. 735.

⁴² RGSt 55, 178 nachgebildet.

⁴³ *Geppert*, Jura 1980, 269 (275); *ders.*, Jura 2007, 589 (593); *Vogler* (Fn. 9), S. 422 f.

⁴⁴ Auch die Rechtsprechung tendiert zur Verneinung dieser Frage, vgl. RGSt 16, 157 f.

⁴⁵ *Küper*, Strafrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 204 f.

⁴⁶ *Stree* (Fn. 3), § 257 Rn. 19 (kursive Hervorhebung vom Verfasser).

⁴⁷ *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 14 mit im Übrigen unklarer Position.

Die zu beantwortende Frage ist gerade, wo bei einem Tatbestand, der für die Vollendung auf einen äußerlich wahrnehmbaren Erfolg im Sinne einer tatsächlichen Besserstellung des Täters verzichtet, die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch zu ziehen ist. Wie bei den schlichten Tätigkeitsdelikten bzw. bei den verhaltungebundenen Erfolgsdelikten, bei denen der Versuch erst mit dem Anfang der Vornahme der tatbestandlich genau umschriebenen Handlung beginnt, kann man ein „unmittelbares Ansetzen“ i.S. des § 22 StGB erst dann annehmen, wenn der Täter mit der tatbestandlich umschriebenen Verhaltensweise beginnt. Das unmittelbare Ansetzen zur Hilfeleistung begründet daher nur strafloses Begünstigungsversuchsunrecht, für Tatvollendung genügt es noch nicht.⁴⁸ Gerade aus dem Charakter des § 257 StGB als eines objektivierten Versuchs- und zugleich Tätigkeitsdeliktes folgt also, dass erst der Beginn der Vornahme der objektiv geeigneten Hilfeleistungshandlung materiell versuchs- und damit im Hinblick auf § 257 StGB formell vollendungsbe gründend wirkt⁴⁹.

In Fall 9 wäre also für eine vollendete Hilfeleistungshandlung erforderlich gewesen, dass B mit dem Abtransport des ersten Kornsacks begonnen hat; durch das bloße Ansetzen zur Hilfeleistung hat sich B nach richtiger Ansicht nicht nach § 257 StGB strafbar gemacht.

2. Begünstigung durch mittelbare, insbesondere mittelbartäterschaftliche Förderungshandlungen?

a) Die oben konstatierte Abhängigkeit der Begünstigungsvollendung vom Beginn der objektiv geeigneten Hilfeleistungshandlung hat zugleich Auswirkungen auf die Fallgruppe der sogenannten mittelbaren Förderungshandlungen. Gemeint sind damit Fälle, in denen jemand einem Vortäter dadurch Hilfe leistet, dass er einen anderen zur Begünstigung veranlasst. Dass es in derartigen Fällen für eine Anstiftungsstrafbarkeit an einer Haupttat fehlen kann, wenn der angesonnene Begünstiger seinerseits erst Vorbereitungshandlungen vorgenommen hat und die Anstiftungshandlung erst recht keine täterschaftliche Begünstigungsqualität aufweist, ist weitgehend anerkannt⁵⁰; gleiches gilt mangels Tatbestandsmäßigkeit der Selbstbegünstigung (nochmals: § 257 Abs. 1 StGB verlangt die Vortat eines *anderen!*), wenn ein an der Vortat Unbeteiligter den Alleintäter der Vortat zur Begünstigung anstiftet. Beispielhaft

Fall 10: V hat aus einem Museum einen wertvollen Matisse entwendet. Weil ihm die Polizei auf den Fersen ist, leiht ihm B seinen Pkw, damit V den Matisse in einem Schließfach bei einer Schweizer Bank in Sicherheit bringen kann. Hat sich B

⁴⁸ Vgl. *Altenhain* (Fn. 3), § 257 Rn. 26; unklar *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 43.

⁴⁹ Vgl. dazu auch die Parallelproblematik in der (insgesamt stark bestrittenen) Rspr. zur Absatzhilfe nach § 259 Abs. 1 Var. 4 StGB, wonach die Annahme einer vollendeten Absatzhilfe davon abhängen soll, dass der Vortäter Absatzbemühungen entfaltet hat, die den Beginn des Absetzens darstellen (BGH NJW 1989, 1490; BGH NStZ-RR 2005, 373 f.).

⁵⁰ Vgl. näher *Geppert*, Jura 2007, 589 (593).

wegen Begünstigung gemäß § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht?

Die Lösung hängt davon ab, ob man in dem Zur-Verfügung-Stellen des Kfz durch B ein Hilfeleisten sieht. An sich handelt es sich dabei um eine typische Beihilfehandlung, die mangels Tatbestandsmäßigkeit der Selbstbegünstigung des V (Verbringen des Matisse in die Schweiz) aber ihrerseits tatbestandslos wäre. Möglicherweise verlangt aber § 257 StGB gar keine täterschaftliche, also insbesondere von Tatherrschaft getragene Handlung, sondern lässt jedes quasi-gehilfenschaftliche „Helfen“ ausreichen?

Dass eine Vielzahl von Beihilfehandlungen beteiligungsdogmatisch nach allgemeinen Regeln tatbestandslose Teilnahme an einer Selbstbegünstigung des Vortäters wäre, hat zu Versuchen der Dogmatik geführt, ansonsten perhorreszierte Strafbarkeitslücken zu schließen. Die dabei erbrachten Vorschläge – begründungslose „Hochstufung“ von an sich anstiftungs- oder beihilfetypischen Handlungen zur Täterschaft⁵¹ oder mittelbartäterschaftliche Begehung des Vortatunbeteiligten durch den Vortäter als tatbestandsloses Werkzeug⁵² – sind beteiligungsdogmatisch allesamt zweifelhaft. Für Täterschaft des „Quasigehilfen“ lässt sich aber immerhin die Beihilfeähnlichkeit des § 257 StGB („*auxilium post delictum*“) ins Feld führen und argumentieren, der Hilfeleistungsbegriff in § 257 StGB verlange schon gar keine „echte“ Tatherrschaft neben einem tatbestandslos handelnden, sich selbst begünstigenden Vortäter („Beihilfe nach der Tat“)⁵³; die „Tatherrschaft“ müsse sich nur auf die Vornahme der Hilfeleistung beziehen, weil § 257 StGB gerade Erfolg voraussetzt, der tatherrschaftlich bewirkt werden müsse.⁵⁴

Aber selbst wenn dieser Einwand richtig wäre, würde mit ihm nur die Beteiligungskomponente der Problematik – also die Frage, welche funktionale Rolle der präsumtive Begünstiger im Gesamtgeschehen spielt – überwunden. Nicht geklärt ist demgegenüber, ob sich ein teilnahmetypisches Handeln auch unter die speziellen Wortlautanforderungen des § 257 StGB („Hilfe leistet“) subsumieren lässt. Hält man sich an die oben herausgearbeitete Erkenntnis, dass dafür mit einer Handlung begonnen werden muss, die den Vortäter

⁵¹ So z.B. bei *Lenckner*, in: *Stree/Lenckner/Cramer/Eser* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, 1978, S. 339 ff. (S. 350); *Stree* (Fn. 3), § 257 Rn. 20: Zur-Verfügung-Stellen des Kfz, Zeigen eines Beuteverstecks oder Warnung vor drohender Entziehung der Tatvorteile als täterschaftliche Begünstigungshandlungen; das sind – allgemein beteiligungsdogmatisch gesprochen – typische Teilnahmehandlungen. Gegen Täterschaft im Kfz-Beispiel zutreffend *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 63.

⁵² Erwogen von *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 63, der aber aus beteiligungsdogmatischen Gründen die Figur des tatbestandslosen Werkzeugs ablehnt.

⁵³ Vgl. *Hoyer* (Fn. 3), § 257 Rn. 19: Der Gesetzgeber habe „das Hilfeleisten selbst zur vertäterschaftlichten Begehungsform erhoben“; gegen diese Pauschalaussage mit Recht *Küpper* (Fn. 45), S. 206.

⁵⁴ So etwa *Lenckner* (Fn. 51), S. 350.

unmittelbar besser zu stellen objektiv geeignet ist, so fehlt es an der Unmittelbarkeit bei Handlungen, die dem Vortäter erst die Möglichkeit verschaffen, sich selbst zu begünstigen. Nicht unmittelbar besserstellungsgeeignete Handlungen unter „Hilfe leistet“ zu subsumieren verfehlt daher den Tatbestandssinn des § 257 Abs. 1 StGB. Sind solche Handlungen demnach lediglich Vorbereitungshandlungen, so kann man hiergegen nicht einwenden, Beihilfe sei ja unbestrittenermaßen auch im Vorbereitungsstadium möglich; denn *selbst wenn* einer gehilfschaftlichen Rolle im Kontext des § 257 Abs. 1 StGB durch eine Entscheidung des Gesetzgebers *eo ipso* Täterschaftsqualität zukäme (so lautet ja die Prämisse), § 257 Abs. 1 StGB also eine Art „Einheitstäterbegriff“ zugrundeläge, so suspendierte das den Rechtsanwender noch nicht von der Beachtung allgemeiner Kriterien wie der Abgrenzung von Versuch und Tatvollendung (versuchte Beihilfe ist bekanntlich straflos) sowie der Verhaltensgebundenheit der Tathandlungsumschreibung der Begünstigung. Bekanntlich ist ja auch die Hilfe, die einem tatbestandsmäßig handelnden Fremdbegünstiger geleistet wird, nicht *per se* eine täterschaftliche Begünstigung, sondern nach heute fast einhelliger Ansicht gerade wegen des Fehlens *unmittelbarer* Eignung zur Restitutionsvereitelung nur Beihilfe zur Begünstigung.⁵⁵ Warum dies anders sein sollte, wenn eine nicht unmittelbar restitutionsvereitelungstaugliche Handlung einem tatbestandslos handelnden Selbstbegünstiger geleistet wird, ist nicht erklärbar. Im Fall hat sich B somit nicht nach § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

b) Aus der damit zu konstatierenden Verhaltensgebundenheit der Begünstigungshandlung folgt denn auch eine dogmatische Konsequenz, die bei anderen Delikten längst anerkannt ist, nämlich dass sich die Tathandlung nicht in mittelbarer Täterschaft begehen lässt, sondern dass Begünstigungstäter nur sein kann, wer die Hilfeleistungshandlung *in persona* vornimmt⁵⁶. Dazu beispielhaft der folgende

*Fall 11*⁵⁷: V hat einen Raub begangen und ein wertvolles Gemälde von van Gogh erbeutet. B zwingt den M durch die ernstgemeinte Drohung, ihn widrigenfalls umzubringen, seinen Keller als Versteck für den van Gogh zur Verfügung zu stellen. Strafbarkeit von B und M?

M hat objektiv tatbestandsmäßig und vorsätzlich eine Begünstigung begangen; auf die Zweifel an der Hilfeleistungsabsicht kommt es im Ergebnis nicht an, wenn man akzeptiert, dass das Handeln des M jedenfalls nach § 35 Abs. 1 StGB entschuldigt ist (Nötigungsnotstand). Für B liegt auf der Grundlage der herrschenden Auffassung, die die Verhaltens-

gebundenheit der Begünstigung nicht erkennt und demzufolge mittelbar-täterschaftliche Begehung des § 257 StGB zulässt, eine Strafbarkeit aus §§ 257 Abs.1, 25 Abs. 1, Var. 2 StGB nahe.

Macht man hingegen aus den oben 1. dargelegten Gründen ernst mit der Verhaltensgebundenheit des § 257 StGB, so wird deutlich, dass sich der zeitlich enge Hilfeleistungszeitraum nicht durch einen beliebigen Rückgriff auf eine diesem vorgelagerte Ursache ersetzen lässt: Hilfeleisten ist eine Handlung, die objektiv geeignet ist, den Vortäter *unmittelbar* besserzustellen. Dieser Unmittelbarkeitscharakter der Begünstigungshandlung darf nicht dadurch ersetzt werden, dass man – darauf läuft die Zulassung mittelbarer Täterschaft hinaus – auch einen Vorbereitungshandlung im Sinne einer „Handlung, die eine Hilfeleistungshandlung verursacht“ als tatbestandsmäßig ansieht.

M ist wegen des Nötigungsnotstandes im Fall entschuldigt, B hat sich mangels tatbestandlicher Hilfeleistungshandlung nach zutreffender Ansicht ebenfalls nicht nach § 257 StGB strafbar gemacht. Da aber M eine vorsätzlich-rechtswidrige Begünstigung begangen hat (der Nötigungsnotstand führt nach herrschender Meinung nur zur Entschuldigung nach § 35 Abs. 1 S. 1 StGB), hat B den M durch die Drohung zur Begünstigung bestimmt (§ 26 StGB). B ist somit strafbar wegen Anstiftung zur Begünstigung, §§ 257 Abs 1, 26 StGB.

3. Erfordernis der Pflichtwidrigkeit der Hilfeleistungshandlung

Über die objektive Eignung zur Besserstellung des Vortäters hinaus muss der in § 257 Abs. 1 StGB strafbewehrten Hilfeleistungshandlung ein Moment der Pflichtwidrigkeit innewohnen. Exemplarisch

Fall 12: V hat zwei Freunde (X und Y) zu einer schweren Brandstiftung (§ 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB) angestiftet, wobei er selbst das strafscharfende (§ 28 Abs. 2 StGB!) Merkmal der Absicht der Ermöglichung einer anderen Straftat (nämlich eines Brandversicherungsbetrugs, § 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 5 StGB) aufwies, so dass ihm Anstiftung zur besonders schweren Brandstiftung zur Last fällt, §§ 306 b Abs. 2 Nr. 2, Var. 1 StGB. Die Brandversicherung hat auf die Schadensanzeige des V hin gezahlt. Im Ermittlungsverfahren gegen V, dem die *eigenhändige* Brandstiftungsbegehung vorgeworfen wird, wird die Ehefrau B des V vernommen. Obwohl B mit V am Tagtag auf einem Ausflug war, kann sich B infolge einer Schockamnesie an den Tag des Hausbrandes rein gar nicht mehr erinnern und weiß deshalb nicht mehr, dass sie mit ihrer Familie auf einem Ausflug war. Sie traut aber ihrem Mann eine (auch eigenhändig verübte) Brandstiftung durchaus zu und glaubt deshalb die Unwahrheit zu sagen, als sie gegenüber dem Staatsanwalt *objektiv wahrheitsgemäß* aussagt, mit V auf einem Ausflug gewesen zu sein; dabei geht es ihr auch darum, dem V die Versicherungssumme zu erhalten. Strafbarkeit der B gemäß § 257 Abs. 1 StGB?

B hat in der Absicht ihre Aussage getätigt, dem V die Vortatvorteile zu erhalten. Probleme bereitet im Hinblick auf § 257 Abs. 1 StGB jedoch, ob in der objektiv zutreffenden, aber

⁵⁵ Vgl. *Altenhain* (Fn. 3), § 257 Rn. 25; *Eser* (Fn. 3), § 257 Rn. 19; *Küper* (Fn. 45), S. 208; *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 23.

⁵⁶ Schon wegen der Verhaltensgebundenheit der Begünstigung ist also der Versuch verfehlt, dem „Quasihilfen“ ein tatbestandslos handelndes Vortäterwerkzeug unterzuschieben und ihn zum mittelbaren Täter kraft normativ verstandener Tatherrschaft zu machen (und nicht, wie *Mitsch* [Fn. 2], § 9 Rn. 63 möchte, erst aus beteiligungsdogmatischen Gründen).

⁵⁷ In Anlehnung an *Lenckner* (Fn. 51), S. 339 (350, dort Fn. 34).

subjektiv unzutreffenden Aussage der B vor dem Staatsanwalt eine taugliche Hilfeleistungshandlung zu sehen ist. Ganz überwiegend verlangt man dafür eine Handlung, die den Vortäter in Bezug auf die Vorteilssicherung zwar nicht besser stellen, aber immerhin zur Vorteilssicherung objektiv geeignet sein muss; die bloße Annahme, eine zur Vorteilssicherung hilfreiche Handlung vorzunehmen reicht somit nicht. Eine Lüge der B über die Brandstiftungstäterschaft ist zwar objektiv geeignet, den Vortäter V besser zu stellen, indes stellt sich die Aussage der E objektiv als nicht pflichtwidrig dar; denn der Aussageinhalt trifft ja objektiv durchaus zu, und B hätte sie auch bei zutreffender Erinnerung (nämlich dass sie mit V zur Tatzeit tatsächlich auf einem Ausflug war) objektiv wahrheitsgemäß abgeben dürfen. Daraus folgt, dass eine prozessual oder auch im Ermittlungsverfahren *objektiv wahrheitsgemäß* abgegebene Zeugenerklärung unabhängig von dem Vorstellungsbild des (oder der) Aussagenden keine der Verhaltensnorm des § 257 Abs. 1 StGB zuwiderhandelnde Hilfeleistungshandlung darstellt. Wollte man es anders sehen, so müsste man in Fall 12 B bei Vermeidung von Strafbarkeit aus § 257 Abs. 1 StGB zur Lüge (§ 258 Abs. 1 StGB!) oder entgegen § 52 StPO zur Belastung ihres Ehemanns verpflichten – ein absurdes Ergebnis. B ist somit mangels pflichtwidriger Hilfeleistungshandlung nicht aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar.

4. Hilfeleistung durch Unterlassen?

Sehr zweifelhaft ist, dass eine im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßige Hilfeleistung durch garantenpflichtwidriges Unterlassen begangen werden kann⁵⁸. Dagegen spricht noch nicht unbedingt allgemein die obige Erkenntnis, dass die Begünstigung ein verhaltensgebundenes Tätigkeitsdelikt mit genau umschriebener Handlungsmodalität und ohne in der Außenwelt wahrnehmbaren Erfolg ist; denn nach heute überwiegender Ansicht sollen auch – entgegen dem zumindest problematischen Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB („Wer es unterlässt, einen *Erfolg* abzuwenden“) und trotz der Entsprechensklausel – auch Tätigkeitsdelikte jedenfalls grundsätzlich im Wege „unechten“ Unterlassens begehbar sein⁵⁹. Jedoch stellen die von § 257 StGB geschütz-

⁵⁸ Bejahend aber die ganz herrschende Ansicht, vgl. etwa RGSt 53, 108; Mitsch (Fn. 2), § 9 Rn. 45; Stree (Fn. 3), § 257 Rn. 17; Ruß (Fn. 1), § 257 Rn. 15: Nichtstun in Begünstigungsabsicht reiche nicht, es sei denn, es bestehe eine besondere Rechtspflicht zum Handeln; im Grundsatz verneinend mit der Begründung, § 257 StGB sei Begehungsdelikt, St. Cramer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 3, § 257 Rn. 19.

⁵⁹ Vgl. bejahend Freund, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 1, § 13 Rn. 190 ff. zu verhaltensgebundenen Delikten und Rn. 214 ff. zu schlichten Tätigkeitsdelikten; verneinend Weigend, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 14 f.; Jescheck, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 1), 11. Auflage 1992, § 13 Rn. 2; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2004, § 13 Rn. 66 zu reinen Tätigkeitsdelik-

ten Rechtsgüter Anforderungen an die gemäß § 13 StGB erforderliche Garantienstellung, die es zweifelhaft erscheinen lassen, dass Begünstigung durch Unterlassen begangen werden kann: Damit sich ein Unterlassen im Hinblick auf die in § 13 Abs. 1 StGB vorausgesetzte Modalitätenäquivalenz als einer aktiven Hilfeleistung entsprechend darstellt, muss es sich erstens als Nachtatangriff auf das Rechtsgut der Vortat und zweitens als Unterminierung der Geltung der Vortatnorm darstellen, was nur der Fall ist, wenn die Pflicht zum Handeln um des von der Vortatnorm geschützten Rechtsgutes willen⁶⁰ (Restituierung der vor der Vortat bestehenden Situation) und zusätzlich gerade auch im Interesse der Bestätigung der durch die Vortat verletzten Norm besteht⁶¹. Eine solche Pflicht wird sich regelmäßig nicht begründen lassen, insbesondere auferlegt die Rechtsordnung Garantienhandlungspflichten nicht um der generalpräventiven Wirkung ihrer eigenen Normen willen, sondern nur wegen des Schutzes von Rechtsgütern bei bereits bestehender Sonderverantwortlichkeit zur Gefahrenquelle oder zum zu bewahrenden Rechtsgut.

a) Beispielhaft

Fall 13: Der 17-jährige V hat ein teures Fahrrad gestohlen und in seinem Elternhaus bei seiner alleinerziehenden Mutter B untergestellt. B erfährt von dem Diebstahl, unternimmt aber nichts gegen das Unterstellen, weil V sie schon länger zum Kauf eines solchen Fahrrads gedrängt hat und sie damit

ten. Eingehend und grundsätzlich bejahend zur Problematik der Begehbarkeit von Tätigkeitsdelikten durch garantenpflichtwidriges Unterlassen Tenckhoff, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel, 1992, S. 347 ff. sowohl unter dem Aspekt der Erfolgsabwendungsbezogenheit des § 13 Abs. 1 StGB (S. 356 ff.) als auch zum Aspekt der Modalitätenäquivalenz (S. 351 ff., speziell zur Begünstigung S. 355, allerdings entgegen der hier vertretenen Ansicht).

⁶⁰ Formulierungsmäßig ungenau, aber sachlich übereinstimmend St. Cramer (Fn. 58), § 257 Rn. 19, der statt auf das Vortatrechtsgut auf den Vortatrechtsgutsträger abstellt (Einzelperson oder Allgemeinheit).

⁶¹ Dazu, dass die Handlungspflicht dem Schutz des jeweiligen Rechtsguts dienen muss, etwa BGHSt 37, 106 (119); Fischer (Fn. 27), § 13 Rn. 6. Daher lässt sich auch die Unterlassungsbegünstigungs- bzw. -hehlereistrafbare eines Gastwirts, der die Unterbringung von Beute in seinen Gasträumen geduldet hatte, entgegen RGSt 58, 299 (300) (Altenhain [Fn. 3], § 257 Rn. 24) nicht auf nach der GewO bestehende Verpflichtungen aus §§ 33 Abs. 2 Nr. 1, 53 Abs. 2 a.F. GewO stützen, weil diese weder den Schutz der Vortatrechtsgüter noch den generalpräventiven Schutz der Vortatnorm bezwecken; gleiches gilt auch für § 4 Abs. 1 Nr. 1 GaststG (der ohnehin nur die Hehlerei nennt), vgl. Geppert, Jura 1980, 269 (276). Erst recht haben nach heute nahezu einhelligem Verständnis (vgl. aber Stree [Fn. 3], § 257 Rn. 17) – entgegen RG DR 1943, 234 – Ehegatten schon grundsätzlich keine Verpflichtungen, für das Unterbleiben von Straftaten durch den jeweils anderen zu sorgen (sondern nur eine Verpflichtung, für einander zu sorgen, vgl. Geppert, Jura 1980, 269 [276]).

sehr einverstanden ist, nun kein Fahrrad kaufen zu müssen. Macht sich B durch ihr Nichteinschreiten gegen das Unterstellen des Fahrrads bzw. dadurch, dass sie den V nicht angehalten hat die Diebesbeute herauszugeben, nach §§ 257 Abs. 1, 13 StGB wegen Begünstigung durch Unterlassen strafbar?

Voraussetzung für eine Begünstigungsstrafbarkeit der B durch Unterlassen ist zunächst eine Garantenstellung; diese Voraussetzung ist bei B, die als Mutter des V erziehungsbe-rechtigt, aber auch -verpflichtet und aus dieser Autoritätsstellung heraus verpflichtet ist, Straftaten zu verhindern⁶², jedenfalls grundsätzlich erfüllt. Aber dass der B die Verpflichtung zur Verhinderung einer Straftat obliegt, ist vorliegend nicht relevant. Denn die Deponierung der Diebesbeute in der Wohnung der B durch V stellt ja gar keine eigene Straftat dar, weil die Selbstbegünstigung des V i.S. des § 257 Abs. 1 StGB nicht tatbestandsmäßig ist. Daher ist ein garantenpflichtwidriges Unterlassen in Bezug auf die Verhinderung der Vortat durch V gar nicht einschlägig. Es muss sich vielmehr gerade in Bezug auf das präsumtive Begünstigungsunterlassen (das Nichteinschreiten gegen die Deponierung des Fahrrads in der Wohnung bzw. das Unterlassen, für eine Herausgabe der Diebesbeute zu sorgen) eine Verpflichtung der V finden lassen⁶³.

Bestünde der Zweck der Begünstigung allein im Schutz des durch die Vortat beeinträchtigen Rechtsguts, so wäre schon fraglich, woraus eine gesetzgeberseits gerade bei *Vermeidung* einer Begünstigungsstrafbarkeit auferlegte Verpflichtung folgen könnte, den durch die Vortat entstandenen Rechtsgutsschaden zugunsten des Vortatgeschädigten zu restituieren; durch das bloße Unterlassen des Einschreitens gegen die Deponierung in der Wohnung wird ja keine zur (geschweige denn unmittelbaren) Besserstellung geeignete Verhaltensweise an den Tag gelegt. Ohne dass damit zu der Streitfrage Stellung genommen werden müsste, ob garantenpflichtwidriges Unterlassen neben einem aktiv handelnden Täter (neben)täterschaftliche (§ 25 Abs. 1 Var. 1 StGB) oder gehilfschaftliche (§ 27 StGB) Unterlassungsqualität zukommen soll, ist mangels Eignung zur unmittelbaren Besserstellung jegliches Unterlassen des Einschreitens gegen eine Selbstbegünstigung als nicht tatbestandsmäßig i.S. des § 257 Abs. 1 StGB anzusehen.

Hinzu kommt in Fall 13, dass das Rechtsgut des § 257 Abs. 1 StGB nicht nur im Schutz des Vortatrechtsguts besteht, sondern auch *pro futuro* die generalpräventive Wirkung der Vortatnorm geschützt wird. Woraus nun eine gerade auch den Schutz dieser generalpräventiven Wirkung der Vortatnorm bezweckende Garantenpflicht der B als Mutter des V resultieren soll, die im Falle der Zuwiderhandlung Strafbarkeit wegen Begünstigung auslösen können soll, ist nicht zu

⁶² Vgl. etwa *Wohlers*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 3), § 13 Rn. 51; *Jescheck* (Fn. 59), § 13 Rn. 42; *Kindhäuser*, *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 3. Aufl. 2006, § 13 Rn. 44.

⁶³ Eine solche pauschal bejahend etwa *Altenhain* (Fn. 3), § 257 Rn. 24; *Eser* (Fn. 3), § 257 Rn. 17; *Ruß* (Fn. 1), § 257 Rn. 15.

erklären; vor allem aber müsste eine solche, auf den Schutz der generalpräventiven Wirkung der Vortatnorm gerichtete *Handlungspflicht* (um eine solche geht es ja bei Garantenpflichten) ihrem Inhalt nach auf die Durchsetzung generalpräventiver Interessen gerichtet sein, mit anderen Worten (über die Verhinderung der Selbstbegünstigung durch V hinaus) zu einer die Bestrafung des V ermöglichenden Handlung verpflichten – auch *sub specie* § 52 StPO wäre die Konstruktion einer solchen, soweit ersichtlich nicht existenten Pflicht ein unhaltbares Ergebnis⁶⁴. Mangels Existenz einer gerade auf den Schutz des durch die Vortat beeinträchtigten Rechtsguts ausgehenden und überdies die Wiederherstellung des durch die Vortat angerichteten Normgeltungsschaden verfolgenden Handlungsverpflichtung ist B in Fall 12 nicht aus §§ 257, 13 StGB strafbar.

b) Im Ergebnis nicht anders liegt es, wenn ein Überwachergarant seiner an sich bestehenden Verpflichtung, für die Verhinderung von Straftaten zu sorgen, nicht nachkommt; eine *Begünstigungsstrafbarkeit* lässt sich auch dann nicht begründen. Dazu

Fall 14: V hat ein teures Fahrrad gestohlen. Sein Freund B er bietet sich, das Fahrrad bei sich unterzustellen, bis „Gras über die Sache gewachsen“ ist. So geschieht es (§ 257 Abs. 1 StGB des B). Die alleinerziehende Mutter U des B weiß von dem Diebstahl und von dem Handeln ihres Sohns B, unternimmt aber nichts, weil sie dem V das Fahrrad von Herzen gönnt und nicht möchte, dass dieser das Rad bei einer eventuellen Hausdurchsuchung wieder verliert. Strafbarkeit der U aus §§ 257, 13 StGB?

Hier mag man nun eine aus der Erziehungsverpflichtung der Mutter U resultierende allgemeine Verpflichtung zur Verhinderung von Straftaten – also auch einer Begünstigung des B – annehmen; aber auch damit kommt man nicht über den oben a) konstatierten Befund hinweg, dass ein bloßes Unterlassen keine (nicht einmal eine generelle) Eignung zur Besserstellung aufweist; allenfalls führt die Unterlassung des Einschreitens durch U dazu, dass eine Schlechterstellung des Vortäters V unterbliebe. Die Charakterisierung der Verhaltensgebun-

⁶⁴ Die Unhaltbarkeit dieses Ergebnisses, insbesondere die Unzumutbarkeit, an der Bestrafung des V mitzuwirken beschränkt also richtigerweise nicht erst die persönliche Vorwerfbarkeit im Sinne der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens auf Ebene der Schuld, sondern bereits die auf Ebene des objektiven Unrechtstatbestandes aus einer Garantenstellung resultierende relevante Handlungspflicht; eine von Rechts wegen bestehende Pflicht, deren Befolgung von Rechts wegen nicht zumutbar ist, ist mit dem Verdikt der *contradictio in adiecto* zu versehen (im Einzelnen str., vgl. *Fischer* [Fn. 27], § 13 Rn. 6, 44 f. m.w.N. zum Streitstand). Eine solche auch und gerade auf den Schutz der generalpräventiven Wirkung der Vortatnorm abzielende Garantenstellung wird man allenfalls einem staatlichen Amtsträger in einer zur Strafverfolgung berufenen Positionen (Polizei und Justiz) auferlegen können, vgl. im Ergebnis zutreffend *Mitsch* (Fn. 2), § 9 Rn. 45.

denheit der Hilfeleistung lässt sich also dahin präzisieren, dass sich § 257 Abs. 1 StGB zusätzlich als *begehungsgebundenes* Delikt darstellt, weil ein Unterlassen sich niemals *unmittelbar* besserstellend auswirken kann, sondern nur die unmittelbare Besserstellung durch jemand anderen ermöglichen kann.⁶⁵ Eine Verpflichtung zur aktiven Schlechterstellung von Vortätern (auf diese müsste die Handlungspflicht der U gerichtet sein), die Inhalt einer Garantenstellung sein könnte, findet sich nirgends; also ist U in Fall 14 nicht aus §§ 257, 13 StGB strafbar.

c) Eine Strafbarkeit wegen begünstigenden Unterlassens lässt sich schließlich auch nicht in jenen Fällen begründen, in denen eine Garantenstellung aus Ingerenz des präsumtiven Unterlassungsbegünstigers in Rede steht.

Fall 15: V hat ein wertvolles Gemälde von Holbein dem Jüngeren gestohlen. Er gibt den Holbein seinem Freund B zur Verwahrung; B ahnt nichts von inkriminierter Herkunft des Bildes. Erst später, nachdem B das Gemälde bereits in seinem Keller untergestellt hat, erfährt er zufällig aus dem Fernsehen, dass der in seinem Keller befindliche Holbein Gegenstand einer Straftat ist, woraufhin er begreift, dass V ihm das Bild übergeben hat, weil V Gras über die Sache wachsen lassen möchte. Weil B dem V das Bild erhalten möchte, unternimmt er gleichwohl nichts. Strafbarkeit des B aus §§ 257, 13 StGB?

⁶⁵ Dieses Ergebnis lässt sich auch über die Entsprechungsklausel nach § 13 Abs. 1 StGB – und nicht erst und allein über den Wortlaut des § 257 Abs. 1 StGB – erreichen, was insbesondere für eine eventuelle Strafbarkeit wegen Begünstigungsbeihilfe durch Unterlassen von Bedeutung ist. Gegen das hier verfochtene Ergebnis (keine Begehbarkeit des § 257 StGB durch Unterlassen) kann man nicht mit *Freund* (Fn. 59), § 13 Rn. 221 mit Fn. 296 einwenden, dass es sich bei § 257 StGB um ein – sachlich Versuchsunrecht als formal vollendete Tat pönalisierendes – Tätigkeitsdelikt handele, das, da auch der Versuch jedes Erfolgsdelikts als „schlichtes Tätigkeitsdelikt“ anzusehen sei und der unechte Unterlassungsversuch nach heute unbestrittener Auffassung jedenfalls grundsätzlich möglich sei, auch per Unterlassung begehbar sein müsse. *Freunds* Schlussfolgerung lässt nämlich außer acht, dass § 257 StGB kein in *Freunds* Sinne schlichtes Tätigkeitsdelikt darstellt, sondern mindestens in dem Sinne verhaltensgebunden ist, dass der Handlung eine (ex ante betrachtet) *objektiv-generelle* Eignung zur *unmittelbaren* Besserstellung des Vortäters innewohnen und sie *subjektiv* von einer entsprechenden (die Tathandlung näher charakterisierenden – dazu *Hruschka*, JR 1980, 221 [225 mit Fn. 31]) Absicht getragen sein muss. Diese objektive Eignung ist für ein durch unmittelbares Ansetzen vermitteltes Versuchsunrecht gerade nicht erforderlich (arg. § 22 StGB: „Vorstellung von der Tat“); dort reicht der bloße Vollzug einer Handlung in der Vorstellung, mit der Handlung die Tatvollendung herbeiführen zu können (arg. § 23 Abs. 3 StGB: Strafbarkeit des untauglichen Versuchs). § 257 StGB pönalisiert kein reines Versuchsdelikt, sondern ein *verobjektiviertes* Versuchsdelikt.

Da B das Gemälde zunächst gutgläubig, also unvorsätzlich (§§ 15, 16 Abs. 1 S. 1 StGB) untergestellt hat, entfällt eine Strafbarkeit wegen Begünstigung durch aktives Tun. Für eine Unterlassungsbegünstigungsstrafbarkeit bedarf es einer Garantenstellung des B. Diese hat der BGH aus Ingerenz, nämlich aus fahrlässig-pflichtwidrigem Vorverhalten hergeleitet,⁶⁶ indem er auf die gefahrerhöhende Vorverhaltensweise abgestellt hat (Entgegennahme des Bildes). Richtigerweise ist eine Ingerenzgarantenstellung des B – unbesehen der Frage, ob überhaupt durch Unterlassen i.S. des § 257 Abs. 1 StGB Hilfe geleistet werden kann – bereits deshalb zu verneinen, weil die zur Besserstellung geeignete Handlung schon vorgenommen und eine reale Besserstellung mit dem Unterstellen des Bildes schon erreicht worden ist. Durch die bloße Fortdauer des In-Gewahrsam-Habens droht eine zur Besserstellung des Vortäters geeignete Situation nicht intensiviert zu werden;⁶⁷ deswegen kann in Bezug auf die Ingewahrsamnahme des Gemäldes schon nicht von einer Gefahrschaffung gesprochen werden, vielmehr hat sich darin schon die Gefahr für die Geltung der Vortatnorm und für die Rechtsgüter der Vortat realisiert. Eine qua Garantenstellung begründete Handlungspflicht setzt aber eine Situation voraus, in der ohne das Eingreifen des Täters ein weiterer, über den bereits unvorsätzlich herbeigeführten hinausgehender Erfolg zu erwarten ist. Da B in Fall 15 nur passiv in der von ihr gutgläubig geschaffenen Lage verharrt hat, fällt ihr schon mangels gefahrerhöhenden Vorverhaltens keine Hilfeleistung durch Unterlassen zur Last, mithin keine Strafbarkeit aus §§ 257, 13 StGB.

⁶⁶ BGH bei *Dallinger*, MDR 1956, 271.

⁶⁷ *St. Cramer* (Fn. 58), § 257 Rn. 19 a.E.; *Stree* (Fn. 3), § 257 Rn. 18; *Hoyer* (Fn. 3), § 257 Rn. 25.