

Strafbare Beihilfe zur Anstiftung?

Von Prof. Dr. Bernd Hecker, Trier

I. Problemstellung – dargestellt an einem Fall aus der Justizpraxis

Der folgende Beitrag geht am Beispiel eines vom Oberlandesgericht (OLG) Bamberg¹ entschiedenen Falles der Frage nach, ob ein Tatbeteiligter im Hinblick auf die von ihm geleistete Unterstützung eines Anstifters wegen „Beihilfe zur Anstiftung“ bestraft werden kann. Der Entscheidung des OLG Bamberg lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der S wurde in einem Bußgeldbescheid zur Last gelegt, mit wesentlich überhöhter Geschwindigkeit gefahren zu sein. Im Auftrag der S legte die mit der Verteidigung beauftragte Rechtsanwältin A Einspruch gegen den Bußgeldbescheid ein. Ohne Wissen der A vereinbarten S und deren Freundin M, die M als Fahrerin des Pkw vorzuschieben, um zu verhindern, dass gegen S ein Fahrverbot verhängt wird. In der gerichtlichen Hauptverhandlung gab S erstmals an, dass das Fahrzeug zum Tatzeitpunkt von M gesteuert worden sei. Das Gericht setzte daraufhin die Hauptverhandlung aus, um in einem neuen Termin die M als Zeugin zu vernehmen. Beim Verlassen des Gerichtssaals riet A der S mit einem Augenzwinkern: „Jetzt müssen Sie nur noch Ihre Freundin davon überzeugen, dass sie die Fahrerin war“. In der Hauptverhandlung sagte M wie bereits von Anfang an mit S abgesprochen wahrheitswidrig aus, dass sie den Pkw zum Tatzeitpunkt gesteuert habe. Das Gericht schenkte der Aussage der M jedoch keinen Glauben, da es aufgrund sonstiger Beweismittel von der Täterschaft der S überzeugt war. Strafbarkeit der A?

Den Straftatbestand der (versuchten) Strafvereitelung gem. § 258 Abs. 1 StGB kann A schon deshalb nicht erfüllen, weil es sich bei der in Rede stehenden Tat ihrer Mandantin S nicht um eine „rechtswidrige Tat“ i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB (Straftat), sondern um eine Ordnungswidrigkeit (§§ 24 Abs. 1 StVG i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 3 StVO) handelt.² Auch scheidet A als Täterin eines Falschaussagedelikts (§ 153 StGB) aus, weil sie nicht selbst als Zeugin vor Gericht ausgesagt hat. In Betracht kommt allenfalls eine mögliche Teilnehmerstrafbarkeit der A (vgl. unten IV. 3.), die wiederum voraussetzt, dass eine von S oder M begangene vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat vorliegt:

S hat sich durch ihre falsche Angabe, nicht sie, sondern M habe das Fahrzeug zum Tatzeitpunkt gesteuert, nicht wegen uneidlicher Falschaussage (§ 153 StGB) strafbar gemacht, weil sie als Betroffene³ keine taugliche Täterin dieses Delikts ist.⁴ In Betracht zu ziehen ist eine Strafbarkeit der S wegen

falscher Verdächtigung,⁵ wobei im Ausgangsfall § 164 Abs. 2 StGB einschlägig ist, weil die von S gegenüber dem Gericht (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 7 StGB) wider besseres Wissen aufgestellte Behauptung keinen Straftat-, sondern einen Ordnungswidrigkeitenverdacht gegen M begründet. Die Einwilligung der M schließt im Hinblick auf den doppelten Schutzzweck der Norm (Individual- und Rechtspflegeinteressen) die Rechtswidrigkeit nicht aus.⁶ Jedoch scheidet die Strafbarkeit der S gem. § 164 Abs. 2 StGB daran, dass sie nicht mit der Absicht handelte, ein Bußgeldverfahren gegen M herbeizuführen. Zwar genügt insoweit nach der herrschenden weiten Auslegung des Absichtsmerkmals auch das sichere Wissen (*dolus directus* 2. Grades), dass die Anschuldigung zu einem Verfahren gegen den Verdächtigten führen wird.⁷ Jedoch ist zugunsten der S davon auszugehen, dass sie im Hinblick auf die kurze Verjährung⁸ der in Rede stehenden Verkehrsordnungswidrigkeit davon ausging, dass eine bußgeldrechtliche Verfolgung der M nicht mehr möglich ist. S kann sich somit nur wegen Teilnahme an einer vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat der M strafbar gemacht haben.

M ist unzweifelhaft gem. § 153 StGB strafbar, weil sie als Zeugin vor Gericht uneidlich die falsche Aussage tätigte, sie habe das Fahrzeug zum Tatzeitpunkt geführt. Wenn der Fall so liegt, dass S die M zu dieser Falschaussage veranlasst hat, muss sich S wegen Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage (§§ 153, 26 StGB) verantworten. Sollte die Initiative zu der Falschaussage von der bereits fest zur Tatbegehung entschlossenen M ausgegangen sein, kann sich S zwar mangels Hervorrufens des Tatentschlusses bei M nicht wegen Anstiftung, immerhin aber wegen psychischer Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage (§§ 153, 27 StGB) strafbar gemacht haben. Insoweit wird das in der Tatverabredung liegende Bestärken des Tatentschlusses der M als strafbares Unrecht erfasst (vgl. hierzu unten II.).

Bevor das zentrale Problem des Falles – die Frage einer möglichen Teilnehmerstrafbarkeit der A – diskutiert und ein Lösungsvorschlag entwickelt wird (IV.), erscheint es hilfreich, sich zunächst noch einmal die Grundlagen der Teilnehmerstrafbarkeit (II.) und der sog. „Kettenteilnahme“ (III.) zu vergegenwärtigen.

II. Grundlagen der Teilnehmerstrafbarkeit

Das deutsche Strafrecht geht bei Vorsatzdelikten von einem dualistischen Beteiligungssystem aus, das – im Gegensatz zu

¹ OLG Bamberg NJW 2006, 2935.

² Zu den Grenzen zulässigen Verteidigerverhaltens vgl. *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 258 Rn. 19 m.w.N.

³ Diese ordnungswidrigkeitenrechtliche Bezeichnung entspricht dem Beschuldigten im Strafverfahren.

⁴ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 13. Aufl. 2012, § 49 Rn. 4.

⁵ Hierzu findet sich bei OLG Bamberg NJW 2006, 2935 keine Erörterung.

⁶ BGHSt 5, 66 (68); *Lenckner/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 164 Rn. 23; *Rengier* (Fn. 4), § 50 Rn. 1.

⁷ OLG Düsseldorf NZV 1996, 244; *Lenckner/Bosch* (Fn. 6), § 164 Rn. 32; *Rengier* (Fn. 4), § 50 Rn. 24.

⁸ Die Verjährungsfrist beträgt bei Verkehrsordnungswidrigkeiten drei Monate (§ 26 Abs. 3 StVG).

dem Einheitstätersystem⁹ – zwischen Täterschaft und Teilnahme differenziert.¹⁰ Nach der in § 28 Abs. 1 StGB normierten Legaldefinition sind Anstiftung und Beihilfe besondere Formen der Beteiligung, die als Teilnahme bezeichnet werden. Bereits dem klaren Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen (§§ 26, 27 StGB) ist zu entnehmen, dass die Teilnehmerstrafbarkeit stets vom Vorliegen einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat abhängt. Man spricht in diesem Zusammenhang von „limitierter Akzessorietät“ der Teilnahme, weil die Haupttat nicht notwendig schuldhaft begangen sein muss.¹¹ Im Einklang mit diesem Grundsatz bestimmt § 29 StGB, dass jeder Beteiligte, also jeder Täter oder Teilnehmer (vgl. § 28 Abs. 2 StGB), nach seiner Schuld zu bestrafen ist.

Das Gesetz beschreibt die Anstiftung als „Bestimmen zur Tat“. Damit ist nach h.M. gemeint, dass der Anstifter durch einen kommunikativen Akt den Tatentschluss des Haupttäters hervorruft.¹² Dies setzt eine hinreichende Konkretisierung der Haupttat voraus¹³ und ist ausgeschlossen, wenn der Haupttäter bereits fest zur Tatbegehung entschlossen ist („omnimodo facturus“).¹⁴

Als Beihilfe bezeichnet das Gesetz das „Hilfeleisten“, was nach h.M. beinhaltet, dass der Gehilfe die Haupttat in irgendeiner Weise fördert, erleichtert, beschleunigt, absichert oder sonst unterstützt.¹⁵ Eine beihilferelevante Hilfeleistung kann nicht nur im gesamten Stadium der Tatausführung erfolgen, sondern auch bereits in deren Vorbereitungsstadium. Als Mittel der Hilfeleistung kommt „Rat oder Tat“ in Betracht, die als „psychische“ oder „physische“ Beihilfe bezeichnet werden¹⁶.

Beide Teilnahmeformen setzen in subjektiver Hinsicht ein Doppeltes voraus:¹⁷ Zum einen muss Vorsatz bezüglich des „Bestimmens“ (§ 26 StGB) bzw. „Hilfeleistens“ (§ 27 StGB) vorliegen. Zum anderen muss der Teilnehmervorsatz auf die Vollendung der Haupttat gerichtet sein.

⁹ Vgl. hierzu am Beispiel des österreichischen Strafrechtssystems *Weißer*, Täterschaft in Europa, 2011, S. 131 ff. Ausführlich und kritisch *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009.

¹⁰ *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2011, § 40 Rn. 1; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 1 ff.

¹¹ *Rengier* (Fn. 10), § 45 Rn. 1, 13.

¹² BGHSt 45, 373 (374); BGH NStZ 2000, 421; *Rengier* (Fn. 10), § 45 Rn. 24.

¹³ BGHSt 34, 63; *Rengier* (Fn. 10), § 45 Rn. 50.

¹⁴ BGH NStZ-RR 1996, 1; *Rengier* (Fn. 10), § 45 Rn. 33.

¹⁵ BGHSt 46, 107 (109); *Krey/Esser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2011, § 32 Rn. 1078; *Rengier* (Fn. 10), § 45 Rn. 82; *Roxin* (Fn. 10), § 26 Rn. 184 ff.

¹⁶ BGH NStZ 1993, 535; BGH NStZ 2002, 139; *Rengier* (Fn. 10), § 45 Rn. 84 ff. Während die psychische Beihilfe im Sinne einer technischen Rathilfe einhellig anerkannt wird erachten Teile der Literatur die Konstruktion „Bestärkung des Tatentschlusses“ als problematisch bzw. lehnen diese ab; vgl. hierzu ausführlich *Roxin* (Fn. 10), § 26 Rn. 197 ff. m.w.N.

¹⁷ BGH NStZ 1995, 490 (491); BGH NStZ 2002, 139; *Rengier* (Fn. 10), § 45 Rn. 44 ff., 114 ff.

III. Beteiligung an der Teilnahme eines anderen („Kettenteilnahme“)

Die in §§ 26, 27 StGB zum Ausdruck gelangende Abhängigkeit der Teilnehmerstrafbarkeit von der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat verdeutlicht, dass es sich bei diesen Vorschriften um Zurechnungsnormen und keine eigenständigen Straftatbestände handelt. Im Rahmen einer Klausurbearbeitung darf man sich daher nicht einfach mit der Feststellung begnügen, A habe sich „wegen Anstiftung (Beihilfe)“ bzw. „gem. § 26 StGB (§ 27 StGB)“ strafbar gemacht. Richtigerweise muss stets mitgeteilt werden, zu welcher Haupttat A angestiftet bzw. Hilfe geleistet hat.¹⁸ Zutreffend ist z.B. die Formulierung „A ist strafbar wegen Anstiftung (Beihilfe) zum Totschlag“ oder „A ist strafbar gem. §§ 212, 26 (27) StGB“. Entsprechendes gilt auch für diejenigen Fallkonstellationen, in denen eine strafbare Beteiligung an der Teilnahme eines anderen (sog. „Kettenteilnahme“) in Rede steht.

Grundsätzlich kann man sich an der Anstiftung bzw. Beihilfe genauso wie an der Täterschaft beteiligen,¹⁹ wie die folgenden Fallgruppen verdeutlichen mögen. Die jeweils gewählten Bezeichnungen für die einzelnen Fallgruppen stellen keine strafrechtsdogmatisch exakte Einordnung dar, sondern orientieren sich an dem Erscheinungsbild der Tatbegehung (Phänotypik bzw. Tatmuster).

1. Fallgruppe: „Mittäterschaftliche Anstiftung“

Beispiel 1: A und B reden gemeinschaftlich auf den Haupttäter H ein, um ihn zu veranlassen, dem D an einer bestimmten Stelle aufzulauern und ihn zu verprügeln.

Wenn H die ihm angesonnene Tat nach § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB begangen hat, sind A und B jeweils wegen Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung (§§ 224 Abs. 1 Nr. 3, 26 StGB) strafbar.²⁰ Bleibt die Tat des H im Versuchsstadium stecken (H lauert dem D auf, lässt aber von seinem Vorhaben ab, weil dieser wider Erwarten in Begleitung mehrerer Personen erscheint), sind A und B jeweils wegen Anstiftung zur versuchten Körperverletzung (§§ 224 Abs. 1 Nr. 3, 22, 26 StGB) strafbar. Lässt sich H von A und B nicht zur Tatbegehung bestimmen, scheidet nicht nur eine vollendete, sondern auch eine versuchte Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung aus, weil der Versuch der Anstiftung gem. § 30 Abs. 1

¹⁸ *Rengier* (Fn. 10), § 45 Rn. 1.

¹⁹ *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 26 Rn. 13, § 27 Rn. 18; *Joecks*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 26 Rn. 102 ff.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 242a; *Rengier* (Fn. 10), § 45 Rn. 74, 125; *Roxin* (Fn. 10), § 26 Rn. 173 f.

²⁰ Vgl. *Geppert*, Jura 1997, 358 (365) und *Heine* (Fn. 19), § 26 Rn. 6, die für entsprechende Heranziehung des § 25 Abs. 2 StGB plädieren. Der Beispielfall lässt sich freilich auch ohne analoge Anwendung des § 25 Abs. 2 StGB lösen, da die Handlungen von A und B für das Hervorrufen des Tatentschlusses bei H jeweils mitursächlich waren.

StGB nur bei Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB) mit Strafe bedroht ist.

2. Fallgruppe: „Mittäterschaftliche Beihilfe“

Beispiel 2: A und B bestärken gemeinschaftlich den bereits fest zur Tatbegehung entschlossenen H darin, dem D aufzulauern und ihm „eine ordentliche Abreibung zu verpassen“.

Wenn H die Tat nach § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB begangen hat, sind A und B jeweils wegen (psychischer) Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung (§§ 224 Abs. 1 Nr. 3, 27 StGB) strafbar.²¹ Bleibt die Tat des H im Versuchsstadium stecken, sind A und B jeweils wegen (psychischer) Beihilfe zur versuchten Körperverletzung (§§ 224 Abs. 1 Nr. 3, 22, 27 StGB) strafbar. Wenn H die Tat nicht begeht, bleiben auch A und B straflos, weil das StGB keine Strafbarkeit wegen „versuchter Beihilfe“ kennt.

3. Fallgruppe: „Anstiftung in mittelbarer Täterschaft“

Beispiel 3: Unterweltboss U zwingt B mittels massiver Drohungen gegen das Leben seiner Familienangehörigen dazu, einen Killer für die Ermordung des O zu gewinnen. Der im Nötigungsnotstand handelnde B beauftragt den K, den O gegen Zahlung einer Belohnung zu töten. So geschieht es.

Der im Nötigungsnotstand²² handelnde B ist gem. § 35 StGB entschuldigt und daher nicht strafbar gem. §§ 212, 211, 26 StGB. Hintermann U, dessen Willens- bzw. Nötigungsherrschaft sich nicht auf die Person des Haupttäters, sondern auf die seines „Werkzeugs“, des unmittelbar anstiftenden B bezieht, ist phänotypisch (vom äußeren Erscheinungsbild her) mittelbarer Täter einer Anstiftung zum Mord.²³ Er ist daher gem. §§ 212, 211, 26 StGB zu bestrafen. Bleibt die Haupttat des K im Stadium eines versuchten Mordes (§§ 212, 211, 22 StGB) stecken, z.B. weil seine Schüsse den O verfehlen, so ist U wegen Anstiftung zum versuchten Mord gem. §§ 212, 211, 22, 26 StGB strafbar. Erfüllt K seinen Tötungsauftrag nicht,²⁴ so ist U strafbar wegen versuchter Anstiftung zum Mord (§§ 212, 211, 30 Abs. 1 StGB).

²¹ Rengier (Fn. 10), § 45 Rn. 125 i.V.m. § 45 Rn. 74. Eine analoge Heranziehung des § 25 Abs. 2 StGB erscheint möglich, aber zur Lösung des konkreten Fallbeispiels nicht erforderlich.

²² Zum Meinungsstand Rengier (Fn. 10), § 19 Rn. 51 m.w.N.

²³ Joecks (Fn. 19), § 26 Rn. 85; Roxin (Fn. 10), § 26 Rn. 175. Vgl. hierzu auch Geppert, Jura 1997, 358 (365) und Heine (Fn. 19), § 26 Rn. 6, die für eine entsprechende Heranziehung des § 25 Abs. 1 2. Var. StGB plädieren. Der Beispielsfall lässt sich auch ohne analoge Anwendung dieser Zurechnungsnorm lösen, da die Handlung des U für das Hervorrufen des Tatenschlusses bei K ursächlich war.

²⁴ Zu der Frage, ob sich der Auftragskiller bei Nichterfüllung des Tötungsauftrages wegen Betruges schuldig macht vgl.

4. Fallgruppe: „Beihilfe in mittelbarer Täterschaft“

Beispiel 4: In Kenntnis aller Fakten veranlasst U im obigen Beispielsfall 3 den D mittels einer raffinierten Täuschung dazu, dem K eine nicht registrierte Schusswaffe auszuleihen. D bleibt verborgen, was K mit dieser Waffe vorhat. K erschießt – wie von U vorausgesehen und gebilligt – mit der ihm von D überlassenen Waffe den O.

D ist nicht wegen Beihilfe zum Mord (§§ 212, 211, 27 StGB) strafbar, weil sich sein Vorsatz nicht auf die von K begangene Haupttat erstreckt. Demgegenüber steuert U die von seinem Werkzeug D objektiv geleistete Beihilfe zu dem von K begangenen Mord kraft seines überlegenen Wissens (Irrtumsherrschaft), was ihn vom äußeren Erscheinungsbild her zum mittelbaren Gehilfen des K stempelt.²⁵ Die von ihm begangene „Beihilfe in mittelbarer Täterschaft“ wird strafrechtlich von §§ 212, 211, 27 StGB erfasst.

5. Fallgruppe: „Anstiftung zur Anstiftung“

Ein bekanntes Beispiel für die strafbare Beteiligung an der Teilnahme eines anderen ist die sog. „Kettenanstiftung“, bei der eine andere Person dazu bestimmt wird, einen Dritten zur Begehung einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat zu bestimmen.²⁶

Beispiel 5: A gewinnt den B durch Zahlung einer Belohnung dafür, im Unterweltmilieu einen Auftragskiller zu finden, der dazu bestimmt werden soll, gegen Bezahlung den O zu töten. Der von B beauftragte K erschießt auftragsgemäß den O.

Wenn der von B beauftragte K den Mord begeht, ist nicht nur B, sondern auch A wegen „Anstiftung zum Mord“ (§§ 212, 211, 26 StGB) strafbar, denn die „Anstiftung zur Anstiftung“ ist mittelbare Anstiftung zur Haupttat.²⁷ In einer Klausur wäre es also verfehlt, eine Strafbarkeit des A wegen Anstiftung des B mit den §§ 212, 211, 26 StGB als Haupttat zu prüfen.²⁸ Bleibt die Haupttat des K im Stadium eines versuchten Mordes (§§ 212, 211, 22 StGB) stecken (z.B. weil seine Schüsse den O verfehlen), so sind A und B jeweils wegen Anstiftung zum versuchten Mord gem. §§ 212, 211, 22, 26 StGB strafbar. Erfüllt K seinen Tötungsauftrag nicht, so sind A und B jeweils wegen versuchter Anstiftung zum Mord (§§ 212, 211, 30 Abs. 1 StGB) strafbar.

KG NJW 2001, 86 m. abl. Bespr. Hecker, Jus 2001, 228 sowie Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 14. Aufl. 2012, § 13 Rn. 145 m.w.N.

²⁵ Schünemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 27 Rn. 72.

²⁶ Heine (Fn. 19), § 26 Rn. 13; Rengier (Fn. 10), § 45 Rn. 75.

²⁷ BGHSt 6, 359 (360); 40, 218 (231); 40, 307 (313); Heine (Fn. 19), § 26 Rn. 13; Rengier (Fn. 10), § 45 Rn. 7.

²⁸ Rengier (Fn. 10), § 45 Rn. 77.

6. Fallgruppe: „Beihilfe zur Anstiftung“

Eine weitere Erscheinungsform der Kettenteilnahme ist die Beihilfe zur Anstiftung.²⁹

Beispiel 6: T gibt dem B in dem oben gebildeten Beispielfall 5 in Kenntnis aller Fakten den Tipp, sich mit seinem Ansinnen an K zu wenden. Dieser Empfehlung folgend nimmt B Kontakt zu K auf und bestimmt ihn durch Zahlung einer Belohnung zu der später begangenen Tötung des O.

Tipgeber T hat den B bei dessen Vorhaben, einen Auftragskiller zu finden, der sich zur Tötung des O bestimmen lässt, unterstützt. Dies stellt phänotypisch eine Beihilfe zur Anstiftung des K dar. Es wäre aber unzutreffend, den T als Gehilfen einer Tat des B mit den §§ 212, 211, 26 StGB als Haupttat zu prüfen. Da es bei der Kettenteilnahme (hier: des T) um eine Teilnahme an der Haupttat (hier: des K) geht, ist T wegen Beihilfe zum Mord (§§ 212, 211, 27 StGB) und nicht etwa wegen „Beihilfe zur Anstiftung zum Mord“ zu bestrafen.³⁰

Auf die hier angesprochene Fallgruppe der „Beihilfe zur Anstiftung“ wird im Rahmen der Diskussion des Ausgangsfalles (I.) noch einmal näher einzugehen sein (IV.).

7. Fallgruppe: „Anstiftung zur Beihilfe“

Beispiel 7: „Unterweltboss“ U beauftragt in Kenntnis des Tötungsvorhabens des K den ihm untergebenen P, für K eine nicht registrierte Waffe zu beschaffen. Der in alles eingeweihte P besorgt die Waffe, mit der K den O erschießt.

P hat sich als Gehilfe an dem von K begangenen Mord beteiligt und ist somit gem. §§ 212, 211, 27 StGB strafbar. U hat den P dazu bestimmt, die Tatwaffe für K zu beschaffen, was phänotypisch eine Anstiftung zur Beihilfe darstellt. Es wäre aber wiederum unzutreffend, eine Strafbarkeit des U gem. „§§ 212, 211, 26, 27 StGB“ zu erörtern. Das vorsätzliche Bestimmen des P zur Erbringung einer die Haupttat des K unterstützenden Hilfeleistung ist richtigerweise als Beihilfe zur Haupttat zu erfassen.³¹ U ist somit strafbar gem. §§ 212, 211, 27 StGB.

8. Fallgruppe: „Beihilfe zur Beihilfe“

Beispiel 8: Im obigen Beispiel 7 hat P die von ihm für K beschaffte Schusswaffe von einem Waffenhändler W erlangt. Der Kontakt zu W wurde ihm von dem in Alles eingeweihten Z vermittelt.

P hat sich – wie bereits dargelegt – wegen Beihilfe zu dem von K begangenen Mord (§§ 212, 211, 27 StGB) strafbar gemacht. Hierbei wurde er von Z unterstützt, sodass phänotypisch eine Beihilfe zur Beihilfe vorliegt. Durch diese sog. „Kettenbeihilfe“ hat Z mittelbar die Haupttat des K unterstützt³². Er ist somit wegen Beihilfe zum Mord (§§ 212, 211, 27 StGB) zu bestrafen.

IV. Diskussion des Ausgangsfalles: Teilnehmerstrafbarkeit der A?

1. Prozessgeschichte

Das erstinstanzlich zuständige Amtsgericht (AG) verurteilte die Rechtsanwältin A wegen „Beihilfe zur Anstiftung zur falschen uneidlichen Aussage“ zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten mit Strafaussetzung zur Bewährung. Auf die Berufung der A hob das Landgericht (LG) das Urteil des AG auf und sprach A aus Rechtsgründen frei. Die gegen dieses Urteil gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft führte zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils durch das OLG Bamberg³³ und zur Zurückverweisung an das LG.

Die Urteilsaufhebung erfolgte hauptsächlich wegen der vom LG zugrunde gelegten, nach Auffassung des OLG Bamberg widersprüchlichen und daher fehlerhaften Beweiswürdigung. Nach der Zurückverweisung ist es Aufgabe des zu neuer Verhandlung berufenen Tatgerichts, der Beweisfrage nachzugehen, ob A wusste, dass ihre Mandantin S das Fahrzeug zum Tatzeitpunkt gesteuert hat. Die juristische Lösung des Falles hängt von der konkreten Fallgestaltung (vgl. nachfolgend a)-d) ab, wie sie sich nach erfolgter Beweisaufnahme in der neu durchzuführenden Verhandlung zur Überzeugung des Gerichts darstellt:

2. Lösungsansätze

a) Fallgestaltung: A ging bei der Erteilung des Ratschlags von der Unschuld ihrer Mandantin S aus

Wenn A der Meinung war, dass ihre Mandantin den ihr vorgeworfenen Geschwindigkeitsverstoß nicht begangen hat, liegt in ihrem – dann freilich höchst missverständlich formulierten – Ratschlag an S, die M davon zu überzeugen, dass sie gefahren sei, keine Kettenanstiftung zur uneidlichen Falschaussage (§§ 153, 26 StGB; vgl. oben III. 5.), da sie S nicht dazu bestimmen wollte, bei M den Tatentschluss zur Begehung eines Falschaussagedelikts hervorzurufen. Nach § 159 StGB ist – in Abweichung von der Regel des § 30 Abs. 1 StGB – zwar auch der Versuch der Anstiftung zu dem Vergehen der uneidlichen Falschaussage strafbar. Eine Versuchsstrafbarkeit der A scheidet jedoch an ihrem fehlenden Anstiftervorsatz.

²⁹ Joecks (Fn. 19), § 26 Rn. 103; Kühl (Fn. 19), § 20 Rn. 242a; Rengier (Fn. 10), § 45 Rn. 78.

³⁰ Rengier (Fn. 10), § 45 Rn. 78.

³¹ Heine (Fn. 19), § 26 Rn. 13; Rengier (Fn. 10), § 45 Rn. 79.

³² BGH NJW 2001, 2409 (2410); Heine (Fn. 19), § 27 Rn. 18; Rengier (Fn. 10), § 45 Rn. 125.

³³ OLG Bamberg NJW 2006, 2935.

b) Fallgestaltung: A ging bei der Erteilung des Ratschlags von der Schuld ihrer Mandantin S aus, hatte jedoch keine Kenntnis von dem zwischen S und M verabredeten Aussageverhalten der M

Sollte die Beweiswürdigung ergeben, dass A den wirklichen Tathergang kannte und somit wusste, dass S das Fahrzeug zum Tatzeitpunkt geführt hat, ist zunächst an eine Strafbarkeit der A wegen Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage (§§ 153, 26 StGB) zu denken. Jedoch kann sich A durch ihren an S gerichteten Ratschlag nicht wegen vollendeter Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage in Form einer „Kettenanstiftung“ (vgl. o. III. 5.) strafbar gemacht haben, wenn die Haupttäterin M zu diesem Zeitpunkt bereits fest zur Tatbegehung entschlossen war. Denn in diesem Fall konnte A nicht – vermittelt durch S – bewirken, dass bei M der Tatentschluss hervorgerufen wird, in der nächsten Hauptverhandlung falsch auszusagen (zur Rechtsfigur des „omnimodo facturus“ s.o. II.).

Der an S gerichtete Ratschlag der A stellt eine von § 159 StGB mit Strafe bedrohte versuchte Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage dar, wenn ihr Vorsatz darauf gerichtet war, die S dazu zu veranlassen, ihre als Zeugin geladene Freundin M zu überreden, sich im nächsten Hauptverhandlungstermin fälschlich als Fahrerin des Fahrzeugs auszugeben. In der Erteilung dieses Ratschlages läge dann das unmittelbare Ansetzen zum „Bestimmen eines anderen“ (§ 26 StGB), das den Beginn der versuchten Anstiftung markiert.³⁴ Es handelt sich hierbei um einen untauglichen (nichtsdestotrotz strafbaren) Anstiftungsversuch, weil eine Vollendung der Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage aus tatsächlichen Gründen (M ist „omnimodo facturus“) ausgeschlossen ist.³⁵

c) Fallgestaltung: A ging bei der Erteilung des Ratschlags von der Schuld ihrer Mandantin S aus und hatte zudem Kenntnis von dem zwischen S und M verabredeten Aussageverhalten der M

Die Strafbarkeit der A wegen versuchter Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage (§ 159 StGB) ist ausgeschlossen, wenn A bei der Erteilung des Ratschlags Kenntnis von dem zuvor zwischen S und M verabredeten unwahren Aussageverhalten der M hatte. Denn in diesem Fall war ihr Vorsatz nicht darauf gerichtet, bei einer noch nicht tatbereiten Haupttäterin (M) – vermittelt durch S – den Tatentschluss zur Begehung einer uneidlichen Falschaussage hervorzurufen. Möglicherweise kommt jedoch eine Tatbeteiligung der A wegen „Beihilfe zur Anstiftung“ (vgl. o. III. 6.) in Betracht, die strafrechtlich von §§ 153, 27 StGB erfasst wird. Dieser Lösungsansatz soll an anderer Stelle (unten IV. 3.) aufgegriffen und diskutiert werden.

d) Fallgestaltung: A ging bei der Erteilung des Ratschlags zum einen von der Schuld ihrer Mandantin S und zum anderen davon aus, dass S den Entschluss gefasst hat, die noch nicht tatbereite M zu einem unwahren Aussageverhalten zu bestimmen

Wie in Fallkonstellation c) muss auch bei dieser Fallgestaltung eine Strafbarkeit der A wegen versuchter Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage (§ 159 StGB) ausscheiden. Wenn A bei Erteilung des an S gerichteten Ratschlags davon ausging, dass ihre Mandantin bereits dazu entschlossen ist, die M zu einem unwahren Aussageverhalten zu bestimmen, dann schließt dies ihren Anstiftervorsatz aus. Denn ihr Ratschlag war dann nach ihrer Vorstellung nicht geeignet, die S dazu zu veranlassen, bei Haupttäterin M den Tatentschluss zur Begehung einer uneidlichen Falschaussage hervorzurufen. Jedoch kommt wie in Fallkonstellation 3 eine Tatbeteiligung der A wegen „Beihilfe zur Anstiftung“ (vgl. o. III. 6.) in Betracht, die strafrechtlich von §§ 153, 27 StGB erfasst wird. Auch dieser Lösungsansatz soll nunmehr (unten IV. 3.) aufgegriffen und diskutiert werden.

3. Strafbarkeit der A wegen „Beihilfe zur Anstiftung“?

Das OLG Bamberg begnügte sich nicht mit der Aufhebung des Urteils des LG, sondern gab den zu neuer Verhandlung und Entscheidung berufenen Tatrichtern eine recht ausführliche rechtliche Belehrung über die mögliche Strafbarkeit der A wegen „Beihilfe zur Anstiftung“ mit auf den Weg. Zutreffend weist das OLG Bamberg darauf hin, dass auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zur Anstiftung grundsätzlich für möglich hält:³⁶

„Eine Beihilfe zur Anstiftung zu einer Straftat ist grundsätzlich möglich. Die Beihilfe kann sich dem Anstifter gegenüber durch Einwirkung, Bestärkung seines Vorsatzes, Gewährung der Mittel zur Anstiftung oder durch Mitwirkung bei der Werbung des Täters äußern; jede Unterstützung des Anstifters in seiner Anstiftungshandlung vom ersten Stadium der Entschliebung bis zu dem letzten der Bestimmung des Angestifteten zur Straftat erscheint begrifflich als Beihilfe der Anstiftung.“³⁷

Auch dem folgenden Hinweis ist prinzipiell beizupflichten: „Einer Bestrafung wegen Beihilfe stünde auch nicht entgegen, dass [...] die Zeugin S die Zeugin M bereits angestiftet hatte. Beihilfe ist erst nach Beendigung der Haupttat ausgeschlossen. Nach den bisherigen Feststellungen war zwar die Anstiftungshandlung bereits vollendet, die durch die Beihilfebehandlung mittelbar geförderte Haupttat aber noch nicht beendet, so dass insoweit noch eine Beihilfebehandlung mittelbar oder unmittelbar wirksam werden konnte. Der Schuldspruch erfolgt allerdings in einem solchen Falle nicht als Beihilfe zur Anstiftung, sondern als (mittelbare) Beihilfe zur Haupttat.“

³⁴ Lenckner/Bosch (Fn. 6), § 159 Rn. 5; Rengier (Fn. 4), § 49 Rn. 61.

³⁵ Rengier (Fn. 10), § 35 Rn. 1 ff.

³⁶ BGHSt 48, 77; BGH NStZ 1996, 562; BGH NStZ 2000, 421 (422).

³⁷ Vgl. hierzu und zum Nachfolgenden OLG Bamberg NJW 2006, 2935 (2937).

Zwar wird – vor allem im Anwendungsfeld der §§ 242, 249 StGB – streitig diskutiert, ob eine Beihilfestrafbarkeit auch dann noch möglich ist, wenn sich die Haupttat im Stadium zwischen Vollendung und Beendigung befindet.³⁸ Da die im Ausgangsfall in Rede stehende Haupttat der M (uneidliche Falschaussage gem. § 153 StGB) zum Zeitpunkt der Erteilung des Ratschlags aber noch nicht einmal vollendet war, stellt sich dieses Problem nicht.

Richtig gesehen wird auch, dass der Schuldspruch in einem solchen Falle nicht als „Beihilfe zur Anstiftung“, sondern als (mittelbare) Beihilfe zur Haupttat zu erfolgen hat (vgl. hierzu bereits o. III. 6.). In der Literatur findet sich lediglich eine ursprünglich auf den StGB-Kommentator *Cramer* zurückgehende und von seinem Nachfolger *Heine* übernommene Gegenauffassung, nach der die Unterstützung des Anstifters keine mittelbare Beihilfe zur Haupttat, sondern eine „unmittelbare Beihilfe zur Anstiftung“ darstelle.³⁹ Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, weil die in §§ 26, 27 StGB zum Ausdruck gelangende Akzessorietät der Teilnahme stets an eine täterschaftlich begangene vorsätzliche rechtswidrige Haupttat anknüpft. Strafbar ist demnach nicht die in der Unterstützung des Anstifters liegende unmittelbare Förderung von dessen Beteiligung, sondern die hierin zugleich liegende mittelbare Förderung der Haupttat⁴⁰

Im Ausgangsfall stellt sich daher die entscheidende Frage, ob A die Haupttat der M mittelbar gefördert hat, indem sie S in deren Vorhaben, die M zu einer Falschaussage zu bestimmen, psychisch bestärkte. Das OLG Bamberg scheint insoweit keine rechtlichen Bedenken zu hegen, wenn es ausführt:

„Die Beihilfe zur Anstiftungshandlung setzt nicht voraus, dass die Haupttäterin von der Äußerung der Angekl. gegenüber der Zeugin S Kenntnis erhielt und sich in ihrem Vorhaben bestärkt fühlte. Ausreichend ist, dass die Unterstützung des Anstifters unmittelbar dessen Beteiligung fördert, wodurch mittelbar die Haupttat gefördert wird.“

Diese These verdient keinen Beifall, da sie die rechtlichen Grenzen missachtet, die einer Strafbarkeit wegen psychischer Beihilfe durch Bestärken des Tatentschlusses gesetzt sind. Zwar ist eine heimlich geleistete Beihilfe, bei welcher der Teilnehmer die Haupttat objektiv fördert, ohne dass dies von dem Haupttäter bemerkt wird, grundsätzlich tatbestandsmäßig. Die durch Bestärken des Tatentschlusses geleistete psychische Beihilfe vermag die Schwelle zu einem vollendeten Hilfeleisten i.S.d. § 27 StGB jedoch erst dann zu überschreiten, wenn sie vom Haupttäter bemerkt wird.⁴¹ Solange der Haupttäter von dem an ihn adressierten Zuspruch nicht erreicht, geschweige denn beeinflusst wird, kann er in seinem Straftatvorhaben psychisch nicht bestärkt werden. Das hie-

rauf gerichtete wirkungslose Ansinnen ist mangels gesetzlicher Strafandrohung für den Versuch der Beihilfe straflos.

Im Ausgangsfall lässt sich eine Strafbarkeit der A wegen Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage (§§ 153, 27 StGB) folglich nur begründen, wenn ihr an S gerichteter Ratschlag die Haupttäterin M tatsächlich erreicht und in deren Tatvorhaben, vor Gericht falsch auszusagen, bestärkt hat. Außerdem muss der A nachgewiesen werden, dass sie die Möglichkeit einer durch die Anstifterin S vermittelten Einflussnahme auf M vorhergesehen und billigend in Kauf genommen hat.

³⁸ Vgl. *Joecks* (Fn. 19), § 27 Rn. 17 ff.; *Rengier* (Fn. 10), § 45 Rn. 124; *ders.* (Fn. 24), § 7 Rn. 44.

³⁹ *Heine* (Fn. 19), § 27 Rn. 18.

⁴⁰ BGH NStZ 1996, 562 (563). Entsprechendes gilt für die „Beihilfe zur Beihilfe“, bei welcher der den Gehilfen des Haupttäters unmittelbar unterstützende Gehilfe mittelbar die Haupttat fördert.

⁴¹ BGH NStZ 2012, 347 (348); BGH NStZ 2012, 379 (380); *Joecks* (Fn. 19), § 27 Rn. 33; *Rengier* (Fn. 10), § 45 Rn. 83.