

barkeit der Beteiligten so geprüft werden, als habe nur eine Person gehandelt.

- 57 (2) Ist von zwei (oder mehreren) Beteiligten einer **nur im Vorbereitungsstadium** tätig, so ist vorab die Strafbarkeit des unmittelbar Handelnden als des Tatnächsten ohne Berücksichtigung des anderen Mitwirkenden zu untersuchen. Anschließend ist gesondert die Frage aufzuwerfen, in welcher Form der andere objektiv und subjektiv an dieser Tat beteiligt war, ob er insbesondere einen Tatbeitrag geliefert hat, der die Zurechnung der Tatbestandsverwirklichung qua Mittäterschaft zu begründen vermag, und ob sich die konkrete Tatbestandsverwirklichung im Rahmen des gemeinsamen Entschlusses bewegt hat.
- 58 (3) Verwirklicht **keiner** von mehreren Beteiligten **alle Tatbestandsmerkmale selbst**, so ist die Strafbarkeit derjenigen Beteiligten gemeinsam zu prüfen, die durch ihr Zusammenwirken zur Tatbestandsverwirklichung beitragen. Exemplarisch: A und B wollen C mit Gewalt die Brieftasche wegnehmen. Während A den C festhält, entwendet ihm B die Brieftasche. Hier ist für A und B gemeinsam § 249 zu prüfen, wobei hinsichtlich der Gewaltanwendung das Verhalten des A und hinsichtlich der Wegnahme das Verhalten des B unter die Vorschrift zu subsumieren sind und im subjektiven Tatbestand der gemeinsame Tatentschluss festzustellen ist.
- 59 (4) Erfüllt ein Beteiligter selbst **nur** unmittelbar das **Merkmal eines Qualifikationstatbestands**, so ist zunächst mit der Prüfung der Strafbarkeit desjenigen zu beginnen, der den Grundtatbestand unmittelbar verwirklicht hat. Erst wenn sodann in einem zweiten Schritt festgestellt ist, dass auch dem nicht unmittelbar Beteiligten eine mittäterschaftliche Verwirklichung des Grundtatbestands zuzurechnen ist, kann in einem dritten Schritt die (ggf. gemeinsame) Verwirklichung des Qualifikationstatbestands untersucht werden. Exemplarisch: A plant aus Habgier mit B die Tötung des C, die allerdings B allein ausführen soll. Bevor hier eine Mittäterschaft des A aufgrund des bei ihm vorhandenen Mordmerkmals nach §§ 211, 25 Abs. 2 geprüft werden kann, muss feststehen, dass ihm auch die Verwirklichung des Grundtatbestands gem. § 212 als Mittäter zurechenbar ist (vgl. BGHSt 36, 231 ff. mit Anm. *Beulke* NSTZ 1990, 278 f.; *Küpper* JuS 1991, 639 ff.).

§ 26 Anstiftung

Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat.

I. Überblick

- 1 1. Die Anstiftung hat folgende Voraussetzungen:

- eine (zumindest versuchte) vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat;
- das Bestimmen des Haupttäters zu dieser Tat (Tathandlung des Anstifters);

• Anstiftervorsatz.

2. Die Anstiftung kann auch gemeinschaftlich oder mittelbar durch Einschalten eines (gutgläubigen) Dritten erfolgen (vgl. BGHSt 8, 137 ff.; BGH NSTZ 1995, 126).

II. Haupttat

1. Nach h.M. erfordert die Strafbarkeit der Anstiftung das objektive Vorliegen einer (zumindest versuchten) vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat. 3

Geht der Veranlasser irrig von einem vorsätzlichen Handeln des Haupttäters aus, verhält sich dieser aber nur fahrlässig, kommt lediglich versuchte Anstiftung nach § 30 Abs. 1 in Betracht (vgl. KG NJW 1977, 817 [819]; *Bockelmann* Gallas-FS 261 ff.; *Jescheck/Weigend* § 61 VII 3; LK-Roxin § 25 Rn. 143 f.; a.A. *Baumann/Weber/Mitsch* § 30/27 f.; *Tröndle/Fischer* Vor § 25 Rn. 10); mittelbare Täterschaft scheidet aus, da der Veranlasser das seine Tatherrschaft begründende Defizit des Vordermanns verkennt. 4

Der Streit um den möglichen Vorsatzausschluss beim Erlaubnistatbestandsirrtum (vgl. Vor § 32 Rn. 25 ff.) wirkt sich auch und vor allem auf die Teilnahmefähigkeit der in einem solchen Irrtum begangenen Haupttat aus. 5

III. Bestimmen

1. Unter **bestimmen** ist das Hervorrufen des Entschlusses zu einer konkreten rechtswidrigen Tat zu verstehen; es muss zumindest mitursächlich für die Tatausführung werden. Welche Art und Intensität der Täterbeeinflussung das Bestimmen jedoch erfordert, ist umstritten: 6

a) Nach h.M. kann der Tatentschluss durch **jede beliebige intellektuelle Beeinflussung** hervorgerufen werden, wobei es nicht erforderlich sein soll, dass dies von dem zu Beeinflussenden überhaupt erkannt wird (BGH NJW 1985, 924; *Herzberg* JuS 1976, 40 [41]; *Hillenkamp* JR 1987, 254 [256]; *Lackner/Kühl* Rn. 2; SK-Samson Rn. 5; *Widmaier* JuS 1970, 241 [242 f.]). In Betracht kommt daher auch eine Beeinflussung durch Schaffen provozierender Umstände wie das Bereitlegen eines Tatwerkzeugs. 7

b) Eine restriktivere Auffassung verlangt einen **geistigen Kontakt** zwischen dem Veranlasser und dem zu Beeinflussenden mit dem Ziel, diesen zum Tatentschluss zu bewegen; das bloße Schaffen von situativen Tatanreizen ist demnach nicht ausreichend (vgl. *Schönke/Schröder/Cramer/Heine* Rn. 4 f.; *Jescheck/Weigend* § 64 II 2 a; *Kühl* § 20/172; *Schmidhäuser* AT 14/104; *Welzel* § 16 II 1; *Wessels/Beulke* Rn. 568). 8

- 9 c) Ferner wird zwischen dem Veranlasser und dem zu Beeinflussenden ein erkennbar auf das Hervorrufen des Tatentschlusses gerichteter **Kommunikationsakt** gefordert, etwa durch Bitten, Anregen, Auffordern, Inaussichtstellen einer Belohnung usw. (vgl. *Meyer MDR 1975, 982* [983 f.]; *Otto JuS 1982, 557* [560]; *Roxin Stree/Wessels-FS 365* [376 ff.]; *Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, 51* ff.).
- 10 d) Noch enger sind Auffassungen, die eine **Planherrschaft** des Anstifters (*Schulz JuS 1986, 933* [937 ff.]), einen **Unrechtspakt** zwischen Anstifter und Täter (*Puppe GA 1984, 101* ff.) oder zumindest eine Beeinflussung in der Weise verlangen, dass der Täter seinen Entschluss in **Abhängigkeit** vom Willen des Anstifters fasst (*Jakobs 22/21* f.). Dementsprechend genügt es für Anstiftung nicht, einem anderen nur das zur Ausführung einer konkreten Tat nötige Wissen zu vermitteln, auch wenn die Erlangung solcher Kenntnisse zum Fassen des Tatentschlusses führt; insoweit wäre allerdings psychische Beihilfe gegeben (vgl. § 27 Rn. 10).
- 11 2. Für das Bestimmen reicht es aus, wenn ein bisher lediglich zur Tat Geneigter oder ein noch Schwankender zum festen Entschluss gebracht wird (vgl. BGH bei *Dallinger MDR 1972, 569*). Wer dagegen zur Ausführung einer konkreten Tat bereits fest entschlossen ist (sog. »**omnimodo facturus**«), kann nicht mehr angestiftet werden. In einem solchen Fall sind jedoch versuchte Anstiftung nach § 30 Abs. 1 oder psychische Beihilfe nach § 27 Abs. 1 zu bedenken.
- 12 3. Das Umstimmen eines bereits Tatentschlossenen kann nach h.M. Anstiftung (sog. »**Umstiftung**«) sein, wenn es zur Ausführung einer **anderen** als der geplanten **Tat oder** zur Begehung einer **weiteren Tatbestandsverwirklichung** führt (vgl. BGH StV 1996, 2; *Bemmann Gallas-FS 273* [277]; *Kühl § 20/180*; *Küpper JuS 1996, 23*; *Otto JuS 1982, 557* [561]; anders für den Fall, dass sich das Maß der Rechtsgutsverletzung nicht ändert *LK-Roxin Rn. 32*; *SK-Samson Rn. 4*).
- 13 4. Ob in der Bestimmung eines bereits zur Begehung des Grunddelikts fest Entschlossenen zur Verwirklichung einer Qualifikation eine Anstiftung (sog. »**Aufstiftung**«) liegt, ist umstritten:
- 14 a) Die h.M. bejaht wegen des höheren Unrechtsgehalts (und der mangelnden Teilbarkeit) der nunmehr verwirklichten Tat eine Anstiftung zur Qualifikation (vgl. BGHSt 19, 339 ff.; *Baumann/Weber/Mitsch § 30/34* f.; *Lackner/Kühl Rn. 2a*; *Otto JuS 1982, 557* [561]; *LK-Roxin Rn. 39* ff.; *Schmidhäuser AT 14/113*; *Stree Heinitz-FS 277* ff.; *Tröndle/Fischer Rn. 3*).
- 15 b) Teilweise wird psychische Beihilfe zum Grundtatbestand angenommen; Anstiftung soll zusätzlich in Betracht kommen, wenn das zur Qualifizierung führende Plus selbständig erfasst ist (vgl. *Bemmann Gallas-FS 273* ff.; *Schönke/Schröder/Cramer/Heine Rn. 8*; *Grünwald*

JuS 1965, 311 [313]; *Jescheck/Weigend § 64-II 2 c*; *Küpper JuS 1996, 23* [24]; *SK-Samson Rn. 4*).

Exemplarisch: A bringt die bereits zur Begehung eines Raubes entschlossenen B und C dazu, bei der Tat ein gefährliches Werkzeug einzusetzen. Nach der h.M. stiftet A zum schweren Raub (§ 250 Abs. 2 Nr. 1) an, nach der Mindermeinung liegt Anstiftung zu § 224 Abs. 1 Nr. 2 (ggf. in Tateinheit mit psychischer Beihilfe zu § 249) vor.

5. Das Umstimmen des zur qualifizierten Tat Entschlossenen zur Begehung nur des Grunddelikts (sog. »**Abstiftung**«) ist keine Anstiftung; es kommt jedoch psychische Beihilfe in Betracht.

6. Ob eine Anstiftung durch Unterlassen in Betracht kommt, ist umstritten:

a) Eine Anstiftung durch Unterlassen wird von einer verbreiteten Ansicht abgelehnt, da im Unterlassen keine Vermittlung eines für das Bestimmen relevanten Sinngehalts liegen könne (*Baumann/Weber/Mitsch § 30/67*; *Schönke/Schröder/Cramer/Heine Rn. 5*; *Grünwald GA 1959, 110* [122 f.]; *Jescheck/Weigend § 64 II 6*; *Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1955, 292*; *Otto AT § 22/40*; *Wessels/Beulke Rn. 568*).

b) Nach einer anderen Auffassung kommt eine Anstiftung durch Unterlassen in Betracht, wenn der für die Überwachung einer Person zuständige Garant es zulässt, dass diese einen Dritten zu einer Tat anstiftet (vgl. *LK-Roxin Rn. 63*; *SK-Rudolphi Vor § 13 Rn. 42*).

c) Schließlich wird eine Anstiftung durch Unterlassen auch dann für möglich gehalten, wenn die Pflicht besteht, das Risiko des Bestimmtwerdens zu unterbinden. Exemplarisch: A hat in einem Brief an B spaßeshalber eine Belohnung für das Begehen einer bestimmten Straftat in Aussicht gestellt; als A bemerkt, dass B die Aufforderung ernst nimmt und zur Tat schreiten will, klärt er ihn nicht auf (vgl. *Jakobs 29/104*; vgl. auch *Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip, 1972, 119* ff.; *Lackner/Kühl Rn. 3*; *Maurach/Gössel/Zipf § 51/17*; *Schmidhäuser AT 17/10*).

7. Die Anstiftung muss nicht an eine konkrete Person gerichtet sein; es genügt, wenn der Anzustiftende aus einem **individuell bestimmten Personenkreis** stammt (vgl. BGHSt 6, 359 ff.). Aufrufe zu Straftaten an einen unbestimmten Adressatenkreis werden dagegen von § 111 erfasst (vgl. BGHSt 32, 310 ff.).

IV. Anstiftervorsatz

1. Der Anstiftervorsatz, für den *dolus eventualis* genügt, muss die Vollendung einer bestimmten vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat und das Hervorrufen des Tatentschlusses beim Haupttäter (sog. **doppelter Anstiftervorsatz**) umfassen.

- 24 **2.** Der Vorsatz des Anstifters muss sich auf eine zwar nicht in allen Einzelheiten, wohl aber in ihren **Grundzügen und wesentlichen Merkmalen konkretisierte Tat** beziehen (vgl. RGSt 34, 327 f.; BGHSt 15, 276 [277]; 34, 63 ff. mit Anm. *Herzberg* JuS 1987, 617 ff. und *Roxin* JZ 1986, 908 f.; *Kühl* § 20/188 ff.; *Otto* AT § 22/41; *SK-Samson* Rn. 7; nach *LK-Roxin* Rn. 46 ff.; *ders.* JA 1979, 169 [172 f.] sollen die wesentlichen Dimensionen des Unrechts in der Tätervorstellung umrissen sein). Insbesondere können Zeit, Ort und konkrete Ausführungsmodalität dem Täter überlassen bleiben. Auch die Person des Opfers braucht noch nicht identifiziert zu sein, wenn es dem Anstifter hierauf nicht ankommt; exemplarisch: A verlangt von X und Y, ein beliebiges Mitglied der rivalisierenden B-Bande zusammenschlagen. Nicht ausreichend sind dagegen Anregungen zu unbestimmten und nur abstrakt umrissenen Taten, wie etwa die »künftige Begehung von Diebstählen« (vgl. BGH JR 1999, 248 f. mit Anm. *Graul*).
- 25 **3.** Wenn die Ausführung der Haupttat erheblich vom Vorsatz des Anstifters abweicht, ist ein sog. **Exzess des Haupttäters** gegeben, der dem Anstifter nicht mehr zugerechnet werden kann (vgl. auch BGHSt 2, 223 ff.; BGH NStZ 1998, 511 [512 f.]). Begeht der Haupttäter statt des vorgesehenen Diebstahls einen Raub, so haftet der Anstifter nur wegen §§ 242, 26.
- 26 **4.** Der Anstiftervorsatz muss sich auf die Vollendung der Haupttat beziehen, wenn man mit der h.M. den Strafgrund der Teilnahme in der (mittelbaren) Beeinträchtigung des tatbestandlich geschützten Rechtsguts sieht (Vor § 25 Rn. 16).
- 27 Daher macht sich der **Lockspitzel** (agent provocateur) nicht strafbar, der einen anderen nur zum Zwecke seiner Festnahme zur Begehung einer Tat, die dann im Versuchsstadium bleibt, veranlasst (vgl. *Baummann/Weber/Mitsch* § 30/44 f.; *Herzberg* GA 1971, 1 [12]; *Keller*, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989, 276; *Kühl* § 20/203; *Küper* GA 1974, 321 ff.; *Mitsch*, Strafloße Provokation strafbarer Taten, 1986, 102 ff.). Weitergehend wird eine Strafbarkeit des agent provocateur auch dann abgelehnt, wenn er nur die Beendigung der Straftat verhindern will (vgl. *Janssen* NStZ 1992, 237 [238]; *Otto* JuS 1982, 561 f.; *LK-Roxin* Rn. 67 ff.; *Rudolphi* Maurach-FS 51 [66 f.]; *Tröndle/Fischer* Rn. 8). Handelt der agent provocateur dagegen mit dolus eventualis hinsichtlich Vollendung bzw. Beendigung, ist eine (ggf. gerechtfertigte) Anstiftung gegeben (vgl. *Jescheck/Weigend* § 64 II 2 b).
- 28 Auch wenn die Rechtmäßigkeit des Einsatzes von Lockspitzeln weitgehend anerkannt ist (vgl. BVerfGE 57, 250 [284]; BVerfG NStZ 1987, 276; BGHSt 32, 115 [121 f.]; 32, 345 [346]; 33, 356 ff.), wird doch in Fällen einer provozierten Tat ein Konflikt mit dem Rechtsstaatsprinzip gesehen. Noch nicht geklärt ist, ob die Provokation (zugunsten des Täters) zu einem Verfahrenshindernis (vgl. BGH NJW 1981, 1626 f.; NStZ 1982, 126; 1982, 156 f.; StV 1984, 407 f.; *Meyer* ZStW 95

[1983], 834 [853]; *Taschke* StV 1984, 178 ff.) oder jedenfalls zu einem Beweisverbot (vgl. *Berz* JuS 1982, 416 ff.; *Lüderssen* Peters-FS 349 [363]; *ders.* Jura 1985, 113 ff.) führt oder nur im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen ist (vgl. BGHSt 32, 345 [355]; 33, 356 ff.; BGH NStZ 1986, 162; StV 1992, 462; 1993, 127 f.; *Rieß* JR 1985, 45 ff.; *Seelmann* ZStW 95 [1983], 797 [831]).

§ 27 Beihilfe

- (1) **Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.**
- (2) **Die Strafe für den Gehilfen richtet sich nach der Strafdrohung für den Täter. Sie ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.**

I. Überblick

1. Die Beihilfe hat folgende **Voraussetzungen:**
- eine (zumindest versuchte) vorsätzliche und rechtswidrige Haupttat (hierzu § 26 Rn. 3 ff.);
 - das Hilfeleisten bei dieser Tat (Tathandlung des Gehilfen);
 - Beihilfevorsatz.
2. Gegenüber der Mittäterschaft ist die Beihilfe die schwächere Beteiligungsform (zur Abgrenzung vgl. Vor § 25 Rn. 20 ff.).

II. Hilfeleistung

1. Ob die Hilfeleistung für den Erfolg der Haupttat kausal werden muss, ist umstritten; die Antwort hängt weitgehend davon ab, worin der Strafgrund der Teilnahme gesehen wird (vgl. Vor § 25 Rn. 11 ff.):
- a) Nach der Rechtsprechung soll es genügen, wenn die Beihilfehandlung für die Ausführung der Tat zu irgendeinem Zeitpunkt **förderlich** war, mag sich auch der Beitrag im Ergebnis nicht ausgewirkt haben (vgl. RGSt 73, 53 [54]; BGHSt 2, 279 [282]). Daher wird eine Beihilfe bejaht, wenn der Täter das zur Verfügung gestellte Werkzeug bei der Tat nicht verwendet (RGSt 58, 113 ff.; BGHSt 2, 129 ff.).
- b) Nach h.L. soll ein zum Gelingen der Tat kausaler Beitrag erforderlich sein; dass der Taterfolg von der Hilfeleistung (im Sinne der condicio-sine-qua-non-Formel) abhängt, wird jedoch nicht verlangt. Vielmehr soll es genügen, wenn der Gehilfenbeitrag die **Tatbestandsverwirklichung ermöglicht, erleichtert, intensiviert oder abgesichert** hat (*Baummann/Weber/Mitsch* § 31/16 f.; *Schönke/Schröder/Cramer/Heine* Rn. 10; *Jescheck/Weigend* § 64 III 2 c; *Kühl* § 20/214 ff.; *LK-Roxin* Rn. 3 f.; *Tröndle/Fischer* Rn. 2). Zu beachten ist jedoch, dass es der Annahme einer Beihilfe nicht entgegenstehen soll, wenn sie sich

hinterher – z.B. beim Schmierestehen – als überflüssig herausstellt, sofern der Beitrag insgesamt für den Täter chancensteigernd wirkte (LK-Roxin Rn. 8).

- 6 c) Auf der Basis der Risikoerhöhungslehre (Vor § 13 Rn. 90 ff.) wird die h.L. teils dahingehend präzisiert, dass der Gehilfe durch seine Leistung zur **Erhöhung des Risikos** beigetragen haben muss, das sich in der Tatbestandsverwirklichung bzw. Erfolgsherbeiführung realisiert hat (Murmman JuS 1999, 548 [549 ff.]; Otto AT § 22/53; ders. JuS 1982, 557 [562 ff.]; Schaffstein Honig-FS 169 ff.; Stratenwerth § 12/158).
- 7 d) Teils wird es aber auch als ausreichend angesehen, wenn der Gehilfe durch seinen Beitrag im Sinne einer **abstrakten Gefährdung** das Risiko einer Rechtsgutsverletzung erhöht hat (Herzberg GA 1971, 1 [4 ff.]).
- 8 2. Beihilfe kann durch **Rat und Tat** geleistet werden.
- 9 a) Tätige Beihilfe wird als **physische Beihilfe** bezeichnet und kann in jeder Gewährung von Sachmitteln (z.B. Waffen, Werkzeug) bestehen.
- 10 b) Beratende Beihilfe, sog. **psychische Beihilfe**, ist unstreitig einschlägig, wenn sie sich auf technische Hinweise zur Durchführung der Tat bezieht oder schon im Vorfeld Hilfestellungen zur Ausführung der Tat gegeben werden (vgl. LK-Roxin Rn. 11 f.). Umstritten ist jedoch, ob psychische Beihilfe auch durch Bestärkung des Tatentschlusses geleistet werden kann:
- 11 • Die h.M. bejaht dies, wenn der Gehilfe bei einem ansonsten fest zur Tat Entschlossenen bestimmte Hemmungen beseitigt oder Bedenken hinsichtlich der Tatausführung zerstreut. Bloßes Billigen der Tat oder schlichte Anwesenheit am Tatort sollen nicht ausreichen (vgl. BGH NStZ 1993, 535; StV 1993, 357 f.; 1993, 468; 1994, 175 f.; 1995, 363 f.; BGH wistra 1996, 19; zur Unterstützung durch untätige Anwesenheit vgl. BGH StV 1982, 517 mit Anm. Rudolphi StV 1982, 518 ff.; Sieber JZ 1983, 431 ff.).
- 12 • Von einer Mindermeinung wird eine solche Form der Beihilfe abgelehnt, da sich die Beihilfe im Unterschied zur Anstiftung nicht auf die Beeinflussung des Täters, sondern auf die Gestaltung der Tat beziehen müsse (Hruschka JR 1983, 177 f.) bzw. sich die Auswirkungen einer solchen Beeinflussung auf die Tat nicht hinreichend klar feststellen ließen (SK-Samson Rn. 15).
- 13 3. Ob Beihilfe auch durch alltägliche (**»sozialadäquate«**) Handlungen geleistet werden kann, wie etwa den regulären Verkauf eines Messers in Kenntnis seiner beabsichtigten Verwendung als Tatwerkzeug, ist umstritten:
- 14 a) Die h.M. stellt nicht (nur) auf das äußere Verhalten, sondern (auch) auf das Wissen und Wollen des Handelnden ab; seine Zwecksetzung sei entscheidend, ob alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfehandlungen

gen anzusehen seien (vgl. Arzt NStZ 1990, 4 [3 f.]; Beckemper Jura 2001, 163 ff.; Niedermair ZStW 107 [1995], 507 [543 f.]; Otto wistra 1995, 323 [327]).

- b) Demgegenüber sollen nach verbreiteter Lehre Handlungen, denen im Kontext ihrer Vornahme der deliktische Sinnbezug fehlt, als Beihilfeleistungen ausscheiden (vgl. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988, 295 ff.; Hassemer wistra 1995, 41 ff., 81 ff.; Jakobs ZStW 97 [1985], 751 ff.; Ransiek wistra 1997, 41 [45 f.]; Roxin Stree/Wessels-FS 365 [378 ff.]; ders. Miyazawa-FS 501 [512 ff.]; Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, 54 ff.; zu berufstypischen Verhaltensweisen vgl. Lesch JA 2001, 986 ff.; Löwe-Krahl wistra 1995, 201 ff.; Wolff-Reske, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, 1995).
4. Nach h.M. ist **Beihilfe durch Unterlassen** grds. möglich, wenn es der Garant trotz Eingriffsmöglichkeit unterlässt, die Ausführung der Tat zu verhindern, zu erschweren, abzuschwächen oder für den Täter riskanter zu machen (vgl. BGHSt 14, 229 ff.; 30, 391 [393 f.]; BGH NStZ 1985, 24; Baumann/Weber/Mitsch § 31/22; Schönke/Schröder/Cramer/Heine Rn. 15; Jakobs 29/102; Kühl § 20/229 ff.; Ranft ZStW 97 [1985], 268 ff.). Zu beachten ist jedoch, dass nach verbreiteter Auffassung in der Literatur der Garant nur in Ausnahmefällen nicht selbst Täter ist (vgl. Vor § 25 Rn. 48 ff.; vgl. auch LK-Roxin Rn. 43; ferner Grünwald GA 1959, 110 [118]; Schmidhäuser AT StUB 13/14 f.).
5. Von der heute ganz h.M. wird die Möglichkeit, **Beihilfe zu einem Unterlassungsdelikt** zu leisten, anerkannt, und zwar in allen in Betracht kommenden Formen (vgl. BGHSt 14, 280 [282]; BayObLG NJW 1990, 1861; Baumann/Weber/Mitsch § 31/22 f.; Jescheck/Weigend § 60 III 1; Roxin 510 ff., 525 f.; SK-Rudolphi Vor § 13 Rn. 44 f.; a.A. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 190 f.; Welzel § 27 V 3).
6. Der **Haupttäter** braucht von der ihm gewährten Hilfe **nichts zu wissen** (LK-Roxin Rn. 9).
7. Unstreitig kann Beihilfe schon im **Vorbereitungsstadium** geleistet werden. Umstritten ist dagegen, bis zu welchem **Stadium der Haupttat** (sukzessive) Beihilfe möglich ist:
- a) Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre ist (sukzessive) Beihilfe **bis ins Beendigungsstadium** der Haupttat möglich (BGHSt 3, 40 [43 f.]; 6, 248 [251]; 14, 280 f.; 19, 323 [325]; BGH JZ 1989, 759; BayObLG NJW 1980, 412; Baumann/Weber/Mitsch § 31/25; Schönke/Schröder/Cramer/Heine Rn. 17; Jescheck/Weigend § 64 III 2 b; Küper JZ 1981, 251 [253 ff.]; Otto AT § 22/68; Tröndle/Fischer Rn. 4; Wessels/Beulke Rn. 583, 591).
- b) Nach überwiegender Lehre kommt Beihilfe nur **bis zur formellen Deliktvollendung** in Betracht; anschließend kann die Hilfeleistung

über § 257 erfasst werden (*Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, 71 f.; *Jakobs* 22/38 ff.; *Köhler* 536; *Maurach/Gössel/Zipf* § 50/31 ff., § 52/13; *LK-Roxin* Rn. 35; *Rudolphi* Jescheck-FS 559 [563 ff.]). Eine sukzessive Beihilfe nach Vollendungsbeginn ist daher nur bei Dauerdelikten (z.B. Freiheitsberaubung nach § 239), bei denen sich die Vollendungsphase über einen gewissen Zeitraum erstreckt, noch nach Vollendungsbeginn möglich (näher *Kühl* Roxin-FS 665 [679 ff.]; vgl. auch zur entsprechenden Problematik der sukzessiven Mittäterschaft § 25 Rn. 50 ff.).

- 22 8. Die **Anstiftung** als intensivere Form der Teilnahme (vgl. das Strafmaß) **verdrängt eine Beihilfe** zur selben Tat (vgl. Vor § 52 Rn. 23, 25; vgl. auch RGSt 62, 74 [75]; BGH NStZ 1994, 29 [30]).

III. Gehilfenvorsatz

- 23 1. Der Gehilfenvorsatz, für den *dolus eventualis* genügt, muss
- die Vollendung einer bestimmten vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat,
 - die eigene Hilfeleistung und
 - die eigene Ausführung und Vollendung der Tat durch den anderen umfassen.
- 24 2. Der Vorsatz des Gehilfen muss sich auf die **Grundzüge und die wesentlichen Merkmale des Unrechts der Haupttat** beziehen; wie beim Anstiftervorsatz sind Detailkenntnisse nicht erforderlich (vgl. BGHSt 42, 135 ff. m. Anm. *Fahl* JA 1997, 11 ff.; *Kindhäuser* NStZ 1997, 273 ff.; *Loos* JR 1997, 297 ff.; *Roxin* JZ 1997, 210; *Scheffler* JuS 1997, 598 ff.; vgl. auch BGH NStZ 1990, 501; BayObLG NJW 1991, 2582; *Roxin* Salger-FS 129 [136 f.]). Bei seinem Beitrag muss der Gehilfe davon ausgehen, dass die Haupttat zur Vollendung gelangen kann (Vor § 25 Rn. 7; vgl. auch BGH bei *Holtz* MDR 1981, 808); demnach kommt bewusste Beihilfe zum untauglichen Versuch nicht in Betracht (*Otto* AT § 22/65).

§ 28 Besondere persönliche Merkmale

- (1) **Fehlen besondere persönliche Merkmale (§ 14 Abs. 1), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern.**
- (2) **Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen.**

- 1 I. Die Vorschrift durchbricht teilweise den Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme (»Akzessorietätslockerung«):

Nach Abs. 1 wird die Strafe des Teilnehmers gemildert, wenn bei ihm **besondere persönliche Merkmale** fehlen, welche die Strafbarkeit des Täters **begründen**. Exemplarisch: Der Privatmann, der einen Richter zur Rechtsbeugung anstiftet, ist nach §§ 26, 339, 49 Abs. 1 zu bestrafen. 2

Nach Abs. 2 gilt die Schärfung, die Milderung oder der Ausschluss von Strafe aufgrund besonderer persönlicher Merkmale nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), auf den sie zutreffen. Exemplarisch: Stiftet ein Privatmann einen Polizeibeamten zu einer Körperverletzung im Amt an, macht er sich nach §§ 26, 223 strafbar; der Polizeibeamte ist dagegen nach § 340 zu bestrafen. 3

II. § 28 verweist hinsichtlich der **besonderen persönlichen Merkmale** auf § 14. Diese Vorschrift definiert die Merkmale jedoch nicht näher, sondern umschreibt sie nur als »besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände«. Einschlägig sind nach einhelliger Ansicht Sonderpflichtmerkmale (z.B. Amtsträgereigenschaft). Welche Merkmale ferner in Betracht kommen, ist dagegen umstritten: 4

1. Die vorherrschende Auffassung sieht in den »besonderen persönlichen Merkmalen« (höchstpersönliche) täterbezogene Eigenschaften, die sie von den tatbezogenen abgrenzt: 5

- **Tatbezogen** sind Merkmale, die nur das objektiv realisierte bzw. zu realisierende Unrecht subjektiv widerspiegeln (vgl. BGHSt 23, 103 [105]). z.B. Vorsatz, erfolgsbezogene Absichten (wie Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht, §§ 242, 253, 263) oder die Heimtücke beim Mord. 6

- **Täterbezogen** sind Merkmale, die sich nicht auf das objektive Unrecht der Tat beziehen, also vor allem Motive, die (wie z.B. die Habgier beim Mord) nicht auf die Verletzung des tatbestandlich geschützten Rechtsguts gerichtet sind (vgl. BGHSt 17, 215 [217 f.]; 39, 326 ff.; 41, 1 ff.; *Baumann/Weber/Mitsch* § 32/9 ff.; Schönke/Schröder/*Cramer/Heine* Rn. 15 ff.; *Geppert* ZStW 82 [1970], 40 [50]; *Jescheck/Weigend* § 61 VII 4; *Kühl* § 20/154; *SK-Samson* Rn. 16 ff.; zur Kritik: *LK-Roxin* Rn. 28). 7

2. Nach einer in der Literatur verbreiteten Auffassung hat § 28 die Funktion, unterschiedlichen Pflichten der Beteiligten Rechnung zu tragen. Dementsprechend sollen die »besonderen persönlichen Merkmale« **mit den Sonderpflichtmerkmalen identisch** sein, während sonstige spezielle Schuldmerkmale den einzelnen Beteiligten im Rahmen von § 29 zugewiesen werden (*Arzt* JZ 1973, 680 [685]; *Brammsen* Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantpflichten, 1986, 103 ff.; *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972, 473 ff.; *ders.* JR 1993, 133 [137]; *Otto* AT § 22/18). Nach dieser Lehre liefe die Regelung in Abs. 2 teilweise (faktisch) leer, da es keine die Strafe mildern oder ausschließenden Sonderpflichten gibt. 8