

I. Der Meinungsstand

Es kommt gar nicht so häufig vor, daß der *BGH* wie in diesem Fall „durchgreifende Bedenken“ einer Minderansicht in der Literatur „aufgreift“ und seine ständige Rechtsprechung ändern will. Im Gegenteil: Schon der Student kennt einige Streitstände, in denen der *BGH* mit spärlicher Argumentation dem geballten Protest der praktisch gesamten Wissenschaft über Jahrzehnte standhält¹ - etwa zum Verhältnis des Mordes zum Totschlag² oder des Raubes zur Erpressung³.

1. Die (bisher) herrschende Ansicht

Beginnen wir mit einer Bestandsaufnahme. Die Rechtsprechung und große Teile der Literatur betonten bisher zur Konkretisierung des Anstifter- oder Gehilfenvorsatzes in immer ähnlichen Formulierungen, es sei erforderlich, daß der Teilnehmer „die wesentlichen Merkmale der Haupttat kennt; Einzelheiten des Tatgeschehens braucht er nicht zu kennen“⁴; der Vorsatz müsse aber „einen bestimmten Konkretisierungsgrad erreicht haben“⁵. Wann dieses „gewisse Etwas“⁶ erfüllt ist, vermochten diese „Leerformeln“⁷ jedoch nicht anzugeben. Auch mitten im Herzen des dogmatisch so ausdifferenzierten Allgemeinen Teils kann man hier und da immer noch eine terra incognita finden. Es „fehlen spezielle Untersuchungen, die Aussagen in Lehrbüchern, Kommentaren und einigen Urteilen wirken meist entweder formelhaft-starr oder tastend-unsicher“, schreibt dazu *Herzberg*“⁸. So gab es etwas kurios anmutende Anwendungen der Formel: Das *BayObLG* etwa mußte 1991 das Urteil einer *Strafkammer* aufheben, die Beihilfe eines Lieferanten zweier ausschließlich zum „Knacken“ von Geldspielgeräten einer ganz bestimmten Marke gedachter Spezialdrähte verneint hatte, weil „weitere individualisierende Merkmale (Ort, Zeit und sonstige Umstände der Tatausführung) unbestimmt geblieben“⁹ waren. Dieses Verlangen lief, mit *G. Wolf* gesprochen, „de facto auf eine weitestgehende Beseitigung der Strafbarkeitsbestimmungen über die Teilnahme hinaus“¹⁰. Schöne Zeiten für Gehilfen: Sie müßten den Täter nur ersuchen, Einzelheiten der Tat doch bitte erst nachher zu erzählen¹¹. Oder ein umgekehrtes Beispiel: Kein Geringerer als *Roxin* hielt 1978 noch die vage Aufforderung an eine Hausgehilfin, „heimlich Geld zu machen“, entgegen dem *RG*¹² für bestimmt genug als Anstiftung zur Unterschlagung¹³ (acht Jahre später dagegen hielt er die Entscheidung des *RG* allerdings auf einmal für „richtig“¹⁴).

Die Unsicherheit vollendete die herrschende Ansicht zudem dann, wenn sie Inkongruenzen zwischen dem „irgendwie“ bestimmten Teilnehmervorsatz und der ausgeführten Haupttat noch auf die „Wesentlichkeit der Kausalabweichung“ überprüfte¹⁵. Pointiert gesprochen

* Urt. v. 18. 4.1996-1 StR 14/96 (*LG Stuttgart*). - §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB. - Die Anm. von *Roxin*, JZ 1997,210 konnte leider nicht mehr berücksichtigt werden.

1) Spektakulärstes Gegenbeispiel einer „Wende“ des *BGH* in den letzten Jahren war die Aufgabe der Rechtsprechung zur Verwertbarkeit einer polizeilichen Beschuldigtenvernehmung bei unterlassener Belehrung zum Schweigerecht (seit *BGHSt* 38, 214).

2) Vgl. *BGHSt* 1,368 (371).

3) Vgl. *BGHSt* 14, 386 (390).

4) *BGH*, GA 1967, 155; ähnlich GA 1981, 133; NJW 1982, 2453 (2454); *RGSt* 67, 343 (344); *OLG Köln*, GA 1959, 185; *BayObLG*, NJW 1991, 2582.

5) *Samson*, in: SK-StGB, 5. Aufl. (1993), § 26 Rdnr. 8; s. näher *Rogall*, GA1979, 14 f.

6) *G. Wolf*, JR 1992, 428.

7) *G. Wolf*, JR 1992,428.

8) *Herzberg*, JuS 1987, 617.

9) *BayObLG*, NJW 1991, 2582.

10) *G. Wolf*, JR 1992,430.

11) *Herzberg*, JuS 1987, 618; ähnlich *Roxin*, JZ 1986, 909.

12) *RGSt* 1,110.

13) *Roxin*, in: LK, 10. Aufl. (1978), § 26 Rdnr. 9.

14) *Roxin*, JZ 1986, 909; genauso *ders.*, in: LK, 11. Aufl. (1993), § 26 Rdnr. 52 und in: Festschr. f. Salger, 1995, S. 129.

15) S. näher *Roxin*, in: LK, § 26 Rdnr. 86; *Montenbruck*, ZStW 84 (1972), 323 ff.

Professor Dr. Dr. Uwe Scheffler, Frankfurt (O.)

Zur Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes - BGH, NJW 1996, 2517 *

Der Angeklagte (A), ein Sachverständiger für Schmuck, wurde von einem Juwelier beauftragt, den Wert mehrerer hundert Edelsteine zu begutachten. Dabei herrschte stillschweigend Einigkeit darüber, daß das Gutachten einen überhöhten Wert ausweisen sollte. A erkannte, daß mit Hilfe der falschen Wertangaben die Steine überteuert entweder veräußert oder aber beliehen werden sollten; beides nahm er billigend in Kauf. Obwohl die Steine einen Wiederbeschaffungswert von nicht einmal 40 000 DM hatten, bescheinigte A wider besseres Wissen einen Gesamtwert von fast 300 000 DM. In der Folgezeit überzog der Juwelier sein laufendes Geschäftskonto um mehr als eine viertel Million DM, ohne in der Lage zu sein, das Geld zurückzuzahlen. Die kreditgebende Sparkasse hatte die Überziehung des Kontos bis zu diesem Betrag geduldet, weil er ihr zur Sicherheit die genannten Edelsteine verpfändet und sich dabei auf die vom A wahrheitswidrig bescheinigten Wertangaben gestützt hatte. Der Sparkasse gelang es nicht, die verpfändeten Steine zu veräußern. Der *BGH* billigte die Verurteilung des A durch das *LG Stuttgart* wegen Beihilfe zum Betrug.

konnte dies darauf hinauslaufen, daß die sogar falsche Vorstellung von der Tat eher zur Bestrafung führte als eine nur ungenaue.

2. Die Entscheidung des BGH

Es muß freilich bezweifelt werden, ob es dem 1. Strafsenat des BGH mit dieser Entscheidung gelungen ist, Licht in das Dunkel zu bringen. Nunmehr will er an den Gehilfenvorsatz „andere Maßstäbe als an den Vorsatz der Anstifters“ anlegen¹⁶. Beihilfe zur Tat könne danach auch schon begehen, so die durch den Leitsatz bestärkte Kernaussage, „wer dem Täter ein entscheidendes Tatmittel willentlich an die Hand gibt und damit bewußt das Risiko erhöht, daß eine durch den Einsatz gerade dieses Mittels typischerweise geforderte Haupttat verübt wird“. Es sei, sagt der BGH nunmehr weiter, weder erforderlich gewesen, „daß der Angeklagte das konkrete Tatopfer oder die Tatzeit kannte, noch mußte er wissen, für welche der wahlweise ins Auge gefaßten Tatvarianten sich der Haupttäter schließlich entscheiden würde“. Es soll, nimmt man den BGH beim Wort, also genügen, daß vorsätzlich („willentlich“, „bewußt“) ein zu einer Straftat geeignetes Mittel einem nicht völlig Unverdächtigen verfügbar gemacht und ein entsprechendes Delikt auch begangen wird.

Nach dieser Formel könnte nicht nur der Verkauf von Selbstverteidigungsmitteln, sondern auch von Baseballausrüstungen, von Jagdzubehör oder gar von Karnevalsmasken schon bei vagen Verdachtsmomenten des Händlers zur Gehilfenstrafbarkeit wegen Totschlages, Körperverletzung, Raubes oder Vergewaltigung führen. Farbkopiererverkäufer wären in ständiger Gefahr, wegen Beihilfe zur Paß- oder Geldfälschung verurteilt zu werden. Kfz-Händler und Gastwirte förderten Alkohol am Steuer. Was die alte Formel zu eng war, ist die neue jedenfalls ihrem Wortlaut nach zu weit. „Jedermann darf im Regelfall darauf vertrauen“, schreibt *Roxin* dagegen zu Recht, „daß andere keine vorsätzlichen Straftaten begehen, sonst wäre ein Verkauf von Messern, Streichhölzern, Feuerzeugen, Brennspritus, von Hämmern und Äxten und die Weitergabe solcher Gegenstände nicht möglich“¹⁷.

Nun muß freilich bezweifelt werden, ob der BGH wirklich die Gehilfenstrafbarkeit so weit ausdehnen wollte. Gerichte haben bei der Auslegung und der Rechtsfortbildung generell die schwierige Aufgabe, die „richtige“ Entscheidung des konkreten Einzelfalles in einen „passenden“ allgemeinen Obersatz einzukleiden. Die Besonderheit des BGH-Falles, nämlich das sichere Wissen des A, daß irgendwelche strafbaren Betrügereien seitens des Juweliers begangen werden sollten, hat jedenfalls im Obersatz keinen Eingang gefunden. Stimmt meine Vermutung, daß der Obersatz nicht vollauf geglückt ist, so hat dies zur Konsequenz, daß der Rechtsprechung nach wie vor keine allgemeingültigen Kriterien zu entnehmen sind; stimmt sie nicht, sind die Kriterien zu weit.

II. Ein Lösungsversuch

Versuchen wir deshalb, einen eigenen Ausweg zu finden. Gelegentlich ist es sinnvoll, zur Lösung eines Problems etwas zu wagen, was gestandene wie angehende Juristen manchmal viel zu selten tun: einen Blick in das Gesetz. In § 27 ist zunächst einmal die Rede von der Hilfeleistung zu einer „vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat“ und nicht: zu einem bestimmten Diebstahl, einem bestimmten Raub, einem bestimmten Mord. Genaueres Wissen über die Tat des anderen scheint danach nicht erforderlich zu sein. Sie ist für den Gehilfen nur ein Umstand der eigenen Tat¹⁸; mehr zu kennen verlangt § 16 I 1 StGB offenbar nicht. So jedenfalls sieht es die allgemeine Ansicht im Hinblick auf die beihilfeähnlichen Handlungen nach der Tat, nämlich die Begünstigung (§ 257) und die Strafvereitelung (§ 258). Beide Normen reden, fast wortgleich mit § 27, von der „rechtswidrigen Tat“. Begünstigung begeht auch, wie *Stree* schreibt, wer „keinerlei konkrete Vorstellungen darüber besitzt, ob der Vortäter durch

schlagung, Raub oder Erpressung“ die Beute erlangt hat¹⁹. Und Strafvereitelung entfalle nicht deswegen, weil der Täter „einen Diebstahl als Vortat annimmt, während in Wirklichkeit ein Mord vorgelegen hat“²⁰. Erst recht muß der Helfer keine „wesentlichen Merkmale“ der geforderten Tat kennen. Entsprechendes gilt übrigens auch für Hehlerei (§ 259) und Geldwäsche (§ 261)²¹.

Nun folgt für die Beihilfe aus ihrer Akzessorietät ein wichtiger Unterschied zu diesen Delikten: Bei den §§ 257, 258 ist immer der gleiche Strafraum (bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe) gegeben, egal, ob der Vortäter einen Raubmord oder „nur“ einen Diebstahl begangen hat. Erst bei Delikten mit einer Höchststrafe von nur 3 Jahren (z. B. einfache Unterschlagung, § 246 I Alt. 1) geraten die Strafraum in eine „gewisse Abhängigkeit“²² zueinander (vgl. § 257 II, § 258 III). Bei der Beihilfe richtet sich die Strafe jedoch in jedem Fall gem. § 27 II „nach der Strafdrohung für den Täter“; sie wird lediglich nach dem Katalog des § 491 gemildert: Bei Mord auf bis zu 15 Jahre Freiheitsstrafe, bei Diebstahl auf höchstens 3 Jahre und 9 Monate, bei der Unterschlagung auf maximal 2 1/4 Jahre.

Hieraus läßt sich als erste Schlußfolgerungen ableiten: Der Gehilfe muß wissen, welchen konkreten Tatbestand die Haupttat darstellt - aber nicht mehr. Das, und nur das, ist die „bestimmte“ Tat, auf die sich der Gehilfenvorsatz beziehen muß²³. Diese Auslegung deckt sich mit der zu § 111, der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten, dessen Strafraum wie der der Beihilfe von dem der „Haupttat“ bestimmt wird. Dort ist anerkannt, daß die provozierte Tat rechtlich nur soweit konkretisierbar sein muß, „daß der entsprechende Tatbestand den Strafraum liefern kann“²⁴. Der Vergleich entkräftet den Einwand von *Roxin*, daß die Teilnahme an „einer nur durch den gesetzlichen Tatbestand umschriebenen Verhaltensweise“ noch nicht genügen könne, weil ohne Vorstellung von „Art und Intensität der Tatbestandsverwirklichung ... hinreichende Anhaltspunkte dafür, welche Strafe ihm zugemessen werden könnte“, fehlten²⁵. Auch dieser Fall ist in der Strafzumessung nicht anders zu lösen als der, daß jemand einen Stapel fremden Papiers in Brand setzt, sich irrend oder nicht näher darüber nachdenkend, ob es sich um Altpapier, Gerichtsakten oder mittelalterliche Handschriften handeln mag²⁶. Die fehlende Klarheit über die „Bestimmtheit“ des Gehilfenvorsatzes ist kein spezielles Problem der Teilnahme, sondern, wie es *Herzberg* einmal formuliert hat, „ein etwas unangenehmer allgemeiner Befund der Vorsatzlehre“²⁷.

Etwas anderes mag - allerdings nur im Ergebnis - für die Anstiftung gelten, obwohl hier genauso von der „vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat“ gesprochen wird und die Akzessorietät Geltung hat. Dies liegt jedoch nicht, wie gelegentlich angenommen wird, an „geringeren Anforderungen“ an den Gehilfenvorsatz²⁸, sondern an dem Unterschied zwischen Anstiftung und Beihilfe schon im objektiven Tatbestand²⁹: „Bestimmen“ ist mehr als eine unverbindliche Anre-

16) Zust. Otto, JK 1997, StGB § 27/11; offengelassen noch von BGH, NJW 1986, 2770 (2771) - insoweit nicht in BGHSt 34, 63 abgedr.; BGH, NJW 1990, 501.

17) *Roxin*, in: LK, § 27 Rdnr. 21; s. auch *Jakobs*, AT, 2. Aufl. (1991), 24. Abschn. Rdnr. 17; *H. Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, S. 54 ff.

18) *G. Wolf*, JR 1992, 429.

19) *Stree*, in: *Schönke/Schröder*, 25. Aufl. (1997), § 257 Rdnr. 26.

20) *Stree*, in: *Schönke/Schröder*, § 258 Rdnr. 23.

21) S. etwa *Tröndle*, StGB, 48. Aufl. (1997), § 259 Rdnr. 20; § 261 Rdnr. 16.

22) *Stree*, in: *Schönke/Schröder*, § 257 Rdnr. 36; § 258 Rdnr. 40.

23) So auch *G. Wolf*, JR 1992, 429; *Wild*, JuS 1992, 912; s. auch *Roxin*, in: Festschrift f. Salger, S. 136.

24) *Fincke*, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des StrafR, 1975, S. 78.

25) *Roxin*, JZ 1986, 908.

26) Ähnlich *G. Wolf*, JR 1992, 429.

27) *Herzberg*, JuS 1987, 619; zustimmend *G. Wolf*, JR 1992, 428.

28) *Ingelfinger*, Anstiftungsvorsatz und Tatbestimmtheit, 1992, S. 156; s. auch *Otto*, JK 1997, StGB § 27/11.

29) Vgl. *Herzberg*, JuS 1987, 617ff.

gung, mehr als eine bloße Entscheidungshilfe³⁰. Die aus der Rechtsprechung bekannten vagen Sätze, jemand solle „eine Bank oder Tankstelle machen“³¹ oder noch allgemeiner „heimlich Geld machen“³², mögen zwar eine gewisse Tatbereitschaft schaffen; aber zu einer Tat „bestimmen“ wird der Täter sich (später) selbst³³. Der Tippgeber fordert also höchstens die Tat des anderen; vergleichbar der Konstruktion des omnimodo facturus käme allenfalls³⁴ eine Beihilfebestrafung in Betracht³⁵. Entgegen *Samson*³⁶ wurde die hier befürwortete Auslegung (auch) der Anstiftung nicht den erwähnten § 111 überflüssig machen, weil dieser sich von § 26 immer noch durch die völlige Unbestimmtheit des Täters unterscheidet³⁷. Schaut man übrigens genau hin, kann man sehen, daß die Rechtsprechung in einigen Entscheidungen dieser Position zum Teilnehmersvorsatz zumindest verbal recht nahekommt, wenn sie formuliert, der Gehilfe müsse „einen bestimmten Tatbestand im Auge haben“³⁸.

III. Folgeprobleme

Mit der Feststellung, daß sich der Gehilfenvorsatz nur auf den konkreten Tatbestand zu beziehen braucht, sind die Probleme jedoch erst benannt, nicht gelöst. Die Realität ist nicht so, daß sich Gehilfen detaillierte juristische Gedanken machen und Täter auch noch entsprechend handeln. Es gibt „Abweichungen von Teilnehmersvorstellung und verwirklichter Tat, die sich aus dem Unterschied von Plan und Wirklichkeit ergeben“, formuliert *Montenbruck*³⁹. Wir wollen uns deshalb verschiedenen Varianten unseres Ausgangsfalls zuwenden:

1. *Variante*: A hielt es genauso für möglich, daß der Juwelier einen Betrug mit seinem falschen Gutachten begehen würde, wie, daß er die Edelsteine seiner Geliebten schenken und das Präsent nur wertvoller erscheinen lassen wollte.

2. *Variante*: A glaubte fest an einen Betrug gegenüber Käufern, der Juwelier J beging jedoch einen Kreditbetrug auf Kosten der Sparkasse (s. § 265 b I Nr. 1 a) oder erwirkte illegale Vorsteuererstattungen zu Lasten des Fiskus gem. § 370 AO⁴⁰.

3. *Variante*: A faßte die Begehung aller drei Delikte - alternativ - gleichermaßen ins Auge.

4. *Variante*: A war klar, daß der Juwelier irgend etwas „Krummes“ mit dem Gutachten unternehmen wollte; er machte sich jedoch über konkrete Straftatbestände überhaupt keine Gedanken.

1. Dolus eventualis

Die erste Variante läßt sich relativ einfach über die allgemeine Dogmatik zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit lösen: Beihilfe, wenn der Angeklagte Eventualvorsatz nicht (nur) hinsichtlich des straflosen Täuschens der Geliebten, sondern (auch) im Hinblick auf den Betrug hatte. Nun sind bekanntlich - worauf ich hier nicht näher eingehen kann - die Voraussetzungen des dolus eventualis heillos umstritten, man erinnere sich nur an Möglichkeits- und Wahrscheinlichkeits-, Gleichgültigkeits- und Billigungstheorie⁴¹. Nach der von mir befürworteten „Additionstheorie“ von Wissen und Wollen wäre hierfür die Kombination davon entscheidend, für wie wahrscheinlich zum einen A einen Betrug des Juweliers einschätzte und wie sehr er einen solchen zum anderen (innerlich) begrüßte .

Diese, wie ich finde, elastische, aber nicht uferlose Lösung - „viel Wissen gleicht wenig Wollen aus und umgekehrt“⁴² - schafft auch hier das Rechtsgefühl befriedigende Ergebnisse: Hatte der Angeklagte die strafrechtlich irrelevante „Geliebten-Variante“ kaum für möglich gehalten, ist er auch dann wegen Beihilfe strafbar, wenn er einen Betrug des Juweliers „eigentlich“ ablehnte; wollte er die Straftat aber (beispielsweise um etwas vom „Gewinn“ abzubekommen), verhindert es seine Gehilfenschaft selbst dann nicht, wenn er sie dem Juwelier kaum zutraute.

2. Aberratio ictus

Wenden wir uns der zweiten Variante zu - Stichwort: Täter begeht andere Straftat als der Gehilfe glaubt. Folgt man *Hillenkamp*, stellt sich dies für den Gehilfen immer als eine aberratio ictus, ein Fehlgehen der Tat, dar, auch dann, wenn es aufgrund eines Vorsatzwechsels, eines error in persona vel objecto⁴⁴ oder einer aberratio ictus des Täters⁴⁵ geschieht. Die herrschende Ansicht geht bei dieser Rechtsfigur bekanntlich

grundsätzlich von einem Versuch der gewollten Tat und gegebenenfalls einem gleichzeitigen Fahrlässigkeitsdelikt aus⁴⁶. Von diesem Fundament aus sind Fälle wie die der zweiten Variante jedenfalls im Grundsatz einfach zu lösen:

a) *Stufenverhältnis*. Dies gilt zunächst einmal für die Falle, in denen der Täter etwa statt des vom Gehilfen angenommenen Raubes „nur“ einen Diebstahl begeht oder umgekehrt (Exzeß). Es liegt jeweils nur Beihilfe zu § 242 vor: Im ersten Fall kann die Beihilfe nicht weitergehen als die Haupttat (Diebstahl), im zweiten Fall ist die Raubkomponente Nötigung nicht mehr vom Gehilfenvorsatz umfaßt.

Beim Exzeß ist es darüber hinaus noch möglich, den Gehilfen zwar nicht wegen fahrlässiger Beihilfe, aber doch wegen eines Fahrlässigkeitsdeliktes - sofern existent - in Nebentäterschaft zu bestrafen, war die verwirklichte Tat für ihn vorhersehbar: Unter Umständen also fahrlässige Tötung neben Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung, wird die Waffe zum Mord statt, wie erwartet, zur Mißhandlung benutzt⁴⁷. Bleibt der Täter dagegen hinter dem Vorsatz des Gehilfen zurück (umgekehrter Exzeß), scheidet eine zusätzliche Bestrafung des Helfenden daran, daß es eine „versuchte Beihilfe“ - anders als eine versuchte Anstiftung (zu einem Verbrechen) - nicht gibt (vgl. § 30 I)⁴⁸.

Glaubt der Gehilfe aber, er helfe nur bei der Vernichtung „gräßlichen Geschmieres“, tatsächlich aber eines „Kandinskys“⁴⁹ oder andersherum, ist dieser „Irrtum über den konkreten Handlungssinn“⁵⁰ innerhalb des § 303 jedoch nur bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, wobei im letzteren Fall seine Strafe sogar höher als die des Täters ausfallen darf⁵¹. Dies muß auf der Grundlage der hier vertretenen Konzeption selbst dann gelten, wenn sich innerhalb des Tatbestandes nicht nur die Quantität, sondern auch die „Qualität des Unrechts“⁵² verändert: Teilnahme am Betrug liegt auch dann noch vor, begeht der Haupttäter nicht die erwartete „Zechprellerei im Grandhotel“, sondern „einen Betrug großen Ausmaßes gegenüber der Hoteldirektion“⁵³ oder umgekehrt: Der Vorsatz muß sich nach oben Gesagtem immer nur auf den konkreten Tatbestand - § 263 - beziehen. Alles andere ist eine Frage der Strafzumessung.

30) Vgl. *Puppe*, GA 1984, 111 ff.; *Joerden*, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffe: Relationen und ihre Verkettungen, 1988, S. 119 ff.

31) *BGHSt* 34, 63.

32) *RGSt*, 110.

33) Ähnlich *Roxin*, in: LK, § 26 Rdnr. 51.

34) *Herzberg*, JuS 1987, 620 f., nimmt hier ein „erlaubtes Risiko“ an.

35) *Ingelfinger* (o. Fußn. 28), S. 157 ff.

36) *Samson*, in: SK-StGB, § 26 Rdnr. 8.

37) Vgl. *Rogall*, GA 1979, 18.

38) *BGHSt* 11, 66; fast wortgleich *BGH*, NJW 1982, 2453 (2454); *RGSt* 67, 343 (344); *Nachschlagewerk* § 49 StGB Nr. 6; näher dazu *Wild*, JuS 1992, 912.

39) *Montenbruck*, ZStW 84 (1972), 327.

40) Diese beiden Delikte erwähnt auch der *BGH* in der hier besprochenen Entscheidung.

41) S. näher *KM*, AT, 1994, § 5 Rdnrn. 43 ff.

42) Näher *Scheffler*, Jura 1995, 353 f.

43) *Haft*, AT, 7. Aufl. (1996), S. 150; s. auch *Puppe*, in: Gedächtnisschrift f. A. Kaufmann, 1989, S. 32.

44) Die umstrittene Rose-Rosahl-Konstellation!

45) *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichenden Tatverlauf, 1971, S. 51 ff.; s. auch *Letzgas*, Vorstufen der Beteiligung, 1972, S. 52 ff.

46) Anders die sog. Gleichwertigkeitstheorie, s. näher *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem AT, 8. Aufl. (1996), S. 66 ff.

47) Jedenfalls, wenn man mit der ganz h. M. der sog. Gegensatztheorie (*RGSt* 61, 375) zum Körperverletzungsvorsatz bei Totschlag/Mord nicht folgt; s. dazu etwa *Maurach/Schroeder*, BT/1, 8. Aufl. (1995), § 8 Rdnrn. 47 ff.

48) Die versuchte Beihilfe zu einem Verbrechen war nur von 1943 bis 1953 strafbar; s. auch *BGH*, NSZ 1983, 462.

49) S. das Beispiel von *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 27.

50) Vgl. *Roxin*, in: LK, § 25 Rdnr. 96.

51) Vgl. *RGSt* 51, 106 (112).

52) *Roxin*, in: LK, § 26 Rdnr. 88 (m.w. Nachw. in Fußn. 121).

53) Beispiel von *Roxin*, in: LK, § 26 Rdnr. 88; s. auch *Stratenwerth*, AT/I, 3. Aufl. (1981), Rdnr. 888.

b) *Aliud-Verhältnis*. Besorgt jemand dem Täter eine Waffe in dem Glauben, er beabsichtige einen Totschlag, begeht dieser sodann aber etwa eine Sachbeschädigung (aliud), bleibt der Helfer straflos: Es gibt eben weder eine „fahrlässige (Beihilfe zur) Sachbeschädigung“ noch eine „versuchte Beihilfe“ (zum Totschlag).

Zum gleichen Ergebnis kommt die (bisher) herrschende Ansicht auch, wird etwa mit der Waffe start eines vom Teilnehmer intendierten Raubes eine Vergewaltigung begangen. Hier liege ein „völliges aliud“ vor⁵⁴. Konsequenter erwägt sie auch nicht, wegen der in beiden Delikten als „gemeinsamem Nenner“ enthaltenen Nötigungsteilnahme zu strafen: Die „wesentlichen Merkmale“ gewollte und begangener Haupttat sind denkbar unterschiedlich. Der *BGH* müßte dagegen nunmehr, nimmt er die Formel der „bewußten Risikoerhöhung“ aus der hier besprochenen Entscheidung ernst, wohl eine Verurteilung wegen Beihilfe zur Vergewaltigung (!) erwägen. Nach dem von mir vorgeschlagenen Lösungsansatz erscheint es dagegen richtig, wegen Beihilfe zur Nötigung zu strafen; denn es genügt danach das Wissen, zu „irgendeiner“ Nötigung beizutragen. Dieses Ergebnis dürfte wohl auch eher dem Rechtsgefühl entsprechen als die völlige Straflosigkeit oder die Bestrafung wegen Beihilfe zu einem Delikt, das überhaupt nicht gefordert werden sollte.

c) *Verwandtschaftliches Verhältnis*. Problematischer ist unser Fall: Zwischen § 263 und § 265 b StGB sowie § 370 AO liegt eine nahe Verwandtschaft vor; § 265 b soll ein abstraktes Gefährdungsdelikt im Vorfeld des Betruges sein, die Steuerhinterziehung ist *lex specialis* zu § 263. Hierzu wird vertreten, daß „die Aufsplitterung in verschiedene Tatbestände dem Täter nicht zum Vorteil gereichen“ dürfe⁵⁵. In der Tat muß man bedenken, daß es der Gesetzgeber auch hatte unterlassen können, etwa durch die beiden Wirtschaftskriminalitätsgesetze von 1976 und 1986 den Betrugsbereich mit den §§ 263 a, 264, 264 a und 265 b so sehr aufzublähen; den neuen Normen kommt weniger Lückenfüllfunktion zu als plakative, symbolische Bedeutung und die Aufgabe der Beweiserleichterung. Häufig ist die Differenzierung der Strafdrohungen mehr oder weniger ein „gesetzestechisches Zufallsergebnis“⁵⁶. Es wird demzufolge von *Baumann* und *Weber* vorgeschlagen, insoweit die Grundsätze der Wahlfeststellung anzuwenden mit der Konsequenz, daß bei „rechtsethisch und psychologischer Vergleichbarkeit“ (bzw. „Identität des Unrechtskerns“) die Bestrafung des „irrenden“ Gehilfen möglich wäre, und zwar wegen Beihilfe zu dem (vorgestelltem oder tatsächlich begangenen) Delikt, dessen Straffrahmen milder ist⁵⁷. Unklar bliebe jedoch, wie beides dogmatisch zu begründen wäre: Von § 265 b StGB bzw. § 370 AO hatte *A* überhaupt nicht gewußt, ein Betrug wäre nicht begangen worden⁵⁸. Deshalb schlägt *Montenbruck* vor, statt dessen als „gemeinsamen Nenner“ einen „außergesetzlichen Grundtatbestand“ zu prägen und den Teilnehmer hieraus zu bestrafen⁵⁹.

Nun lassen sich gegen beide Lösungen Einwände vorbringen: *Montenbrucks* Vorschlag dürfte wohl de lege lata nicht zu verwirklichen sein⁶⁰; gegen die Wahlfeststellungs-Parallele spricht vor allem deren Tendenz zur Exzessivität durch die Anerkennung von Tatbestandsreduktionen: Kann man wirklich im Extremfall eine Beihilfe zur Unterschlagung annehmen, begeht der Haupttäter statt dessen einen Raubmord (Wahlfeststellung Unterschlagung/Diebstahl⁶¹)?

Vielleicht ließen sich beide Ideen aber insofern aufgreifen, fragte man danach, ob sich die vom Gehilfen gewollte und die vom Haupttäter verwirklichte Straftat von Unrechtsgehalt und Verwandtschaft her auch in ein und demselben Tatbestand beschreiben ließen⁶²; *Roxin* spricht allerdings mit etwas anderer Intention - von der „wesentlichen Dimension des Unrechts“, die vor allem von der Art und Weise des Angriffs bestimmt werde⁶³. Besteht (wie in unserem Beispiel: alles Täuschungsdelikte) eine solche Verwandtschaft, konnte eine lediglich unwesentliche Abweichung vom Kausalverlauf angenommen werden⁶⁴, die ja bei Inkongruenzen innerhalb eines Tatbestandes allgemein für möglich erachtet wird. In diese Richtung kann man den *BGH* verstehen, wenn er in einer älteren Entscheidung ausführt, es käme nicht darauf an, „ob die Haupttat ihrer rechtlichen Beurteilung nach dieselbe ist, die sich der Hilfeleistende vorstellt; sie muß sich nur im wesent-

chen mit der decken, die er fordern will“⁶⁵. Auch in dem hier besprochenen Urteil hat er gesagt, es genüge für die Gemeinsamkeit der Delikte, daß es jeweils um Manipulationen geht, „bei denen ein rechtswidriger Vermögensvorteil durch Täuschung über den Wert der Edelsteine erstrebt worden wäre“.

Freilich wären für diesen Lösungsvorschlag noch zahlreiche Einzelheiten zu klären. Was wäre etwa, um ein Beispiel herauszugreifen, wenn jemand glaubt, zu einem Ladendiebstahl Hilfe zu leisten, der Täter jedoch im Supermarkt betrügt? Die Abgrenzung zwischen beiden Delikten ist in einem solchen Fall kaum möglich⁶⁶, die Angriffsrichtung und das Rechtsgut sind jedoch unterschiedlich, selbst Wahlfeststellung ist jedenfalls für den *BGH* nicht zulässig⁶⁷. *Ingelfinger* meint, (auch) hier müsse man „eine Ausnahme zulassen“⁶⁸; eine genauere Begründung bleibt auch er schuldig.

3. *Dolus alternativus*

Kommen wir zur dritten Variante: Hatte der Angeklagte die Begehung aller drei Straftaten - alternativ - für möglich gehalten, liegt ein Fall des *dolus alternativus* vor, auch eine ziemlich ungeklärte Rechtsfigur. Die herrschende Meinung will hier bekanntlich wegen aller „gewollten“ Delikte (als Versuch und Vollendung bzw. nur als Versuch) in Tateinheit strafen, andere wollen die vollendete bzw. die schwerste Straftat zugrundelegen, manche sodann die anderen Delikte wenigstens im Konkurrenzbereich ausscheiden⁶⁹. Richtig erscheint mir der Lösungsweg, dem *Joerden* in den letzten Jahren „starken Auftrieb“⁷⁰ gegeben hat⁷¹.

Joerden geht davon aus, daß die Lösung der herrschenden Ansicht die Grenze zum *dolus cumulativus* verwischt: Wer nur einen einzigen Vorsatz hat, kann nicht wegen mehrerer Vorsatzdelikte (vollendetes Delikt und versuchtes Delikt) bestraft werden⁷². Demzufolge sei der Vorsatz auf das konkret schwerste Delikt zu beziehen und sei sodann „verbraucht“. Auf die Teilnahme bezogen, bedeutete dies, daß bei alternativ-vorsätzlichem Anstiften, Jäger oder Jagdhund zu erschießen (so leicht abgewandelt das bekannte Schulbeispiel), wegen versuchter Anstiftung (§ 30 I) zum Totschlag zu bestrafen ist, trifft der Täter -wie einzig von ihm gewollt - den Hund (weil nämlich die Strafe wegen Anstiftung zur Sachbeschädigung geringer ist!). Hinsichtlich des Hundes käme konstruktiv nur eine (nebentäterschaftliche) „fahrlässige Sachbeschädigung“, die unser Strafrecht nicht kennt (s. aber § 18 I Nr. 5 TierschG!), hinzu.

Für unsere Variante ergeben sich daraus jedoch keine Folgerungen, da es ohnehin keine versuchte Beihilfe (hier: zu § 265 b StGB, § 370 AO) gibt. Nach allen Ansichten ist der Angeklagte (nur) als Gehilfe zu einem Betrug strafbar.

54) *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, Vorb. §§25ff. Rdnr. 45; s. auch *Letzgas* (o. Fußn. 45), S. 52 f.

55) *Baumann/Weber*, AT, 9. Aufl. (1985), § 30 Rdnr. 78.

56) *Sax*, JZ 1965, 748.

57) *Baumann*, JuS 1963, 134; *Baumann/Weber* (o. Fußn. 55), § 30 Rdnr. 78; zust. *Letzgas* (o. Fußn. 45), S. 46 f.; ähnlich *Hillenkamp*, (o. Fußn. 45), S. 54; krit. *Roxin*, in: LK, § 26 Rdnr. 87 Fußn. 120; *Eser*, StrafR II, 3. Aufl. (1980), Nr. 43 Rdnr. A 17a; *Montenbruck*, wahlfeststellungen und Werttypus, 1976, S. 192.

58) Näher *Montenbruck*, ZStW 84 (1972), 338 ff.; *Letzgas* (o. Fußn. 45), S. 48 f.

59) *Montenbruck*, ZStW 84 (1972), 337ff.; *ders.* (o. Fußn. 57), S. 387 ff.

60) *S. Roxin*, in: LK, § 26 Rdnr. 87; *ders.*, in: Festschr. f. Salger, S. 129 f.; *Ingelfinger* (o. Fußn. 28), S. 98 f.

61) Vgl. *BGHSt* 16, 184.

62) Ähnlich *Ingelfinger* (o. Fußn. 28), S. 101 f.

63) *Roxin*, JZ 1986, 908.

64) S. aber *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, § 27 Rdnrn. 23, 24; *Montenbruck*, ZStW 84 (1972), 334 f.

65) *BGHSt* 11, 66; ähnlich *RGSt* 67,343 (344).

66) *S. Scheffler*, JR 1996, 342.

67) *S. BGHSt* 20, 100 (104); vgl. auch *BGH*, NStZ 1985, 123; s. aber *OLG Karlsruhe*, NJW 1976, 902.

68) *Ingelfinger* (o. Fußn. 28), S. 104; dagegen wohl *Cramer*, in: *Schönke/Schröder*, § 27 Rdnrn. 23,24; s. auch *Roxin*, in: Festschrift f. Salger, S. 130.

69) *S. näher Wessels*, AT, 26. Aufl. (1996), Rdnrn. 231 ff.

70) *Roxin*, AT/I, 2. Aufl. (1994), § 12 Rdnr. 80 Fußn. 140.

71) *Joerden*, Dvdische Fallsysteme im StraFR, 1986, S. 60 ff.; ZStW 95 (1983), 565 ff.; JZ 1990, 298.

72) *S. dazu auch Scheffler*, JuS 1992, 923.

4. *Dolus generalis*

Wenden wir uns der vierten und letzten Variante zu: Der Gehilfenvorsatz des Angeklagten war überhaupt nicht näher konkretisiert. Wir wollen hier, an eine alte Rechtsfigur anknüpfend, vom *dolus generalis* sprechen. Heute versteht man allerdings unter „*dolus generalis*“ regelmäßig die Auffassung, die in zweiaktigen Geschehensabläufen wegen eines vollendeten Vorsatzdeliktes straft. Beispiel hierfür ist der berühmte „Jauchegruben-Fall“⁷³ (Täter glaubt, er habe das Opfer - wie gewollt - erwürgt, tatsächlich stirbt es jedoch erst durch Ertrinken beim Versenken der vermeintlichen Leiche). An sich betrifft die aus dem Gemeinen Recht stammende Rechtsfigur jedoch die Konstellation, daß dem Täter egal ist, durch welche Verhaltensweise bzw. an welchem Tatobjekt der Erfolg herbeigeführt wird⁷⁴. Wie ist es denn nun zu werten, wenn überhaupt keine Konkretisierung des - dennoch vorhandenen - Vorsatzes, eine Straftat zu fördern, gegeben ist? *Ingelfinger* meint, bei einer völlig unbestimmten Vorstellung könne überhaupt nicht bestraft werden⁷⁵. Das kann aber nur richtig sein, wenn sich der Helfende nicht einmal Gedanken **darüber macht**, ob er überhaupt etwas strafrechtlich Relevantes fordert, nicht aber, nimmt er dies - und sei es nur ganz allgemein - in seine Vorstellung mit auf. *Wild* hat dementsprechend zu einer solchen Konstellation, wenn auch „mit ungutem Gefühl“, die Auffassung vertreten, der Gehilfe müsse sodann „gewissermaßen schrankenlos haften“, denn er habe ja auch „einen schrankenlosen Vorsatz“⁷⁶.

Dies mag grundsätzlich richtig sein; freilich ist hier vorsichtig zu prüfen: Auch eine völlig vage Vorstellung, ein „eigentlich“ unbestimmter Vorsatz wird zumeist Schranken haben⁷⁷. Unterstellt, der Juwelier wollte das falsche Gutachten haben, um es der Mafia in die Hände zu spielen, weil er den Dieb, dem er die Steine viel billiger abgekauft hatte, bei dessen Organisation diskreditieren und ermorden lassen wollte, so wäre zu fragen, ob der Angeklagte tatsächlich auch eine solche „untypische“ Tat mit seinem Gutachten „blanko“ fordern wollte; Indikatoren wie die „Hemmschwelle“ zur Töning von Artgenossen dürften eher dagegen sprechen⁷⁸. Es liegt insofern nahe, doch nur einen „Rahmenvorsatz“⁷⁹ bezogen auf die Beihilfe zu irgendeinem Vermögensdelikt anzunehmen, indem man die Grenzen des „flüchtigen Für-möglich-Haltens“⁸⁰ sucht, die hier, wohl bei der Vorstellung liegen dürften, der Juwelier wolle mit dem Gutachten Heimlich Geld machen⁸¹. Dies alles waren jedoch Fragen des Einzelfalles; selbst ein „wirklich omnipotenter“⁸² Gehilfe kann nicht völlig ausgeschlossen werden (und wäre also im „Mafia-Beispiel“ wegen Beihilfe zum Mord/Totschlag zu bestrafen).

IV. Resümee

Weil weder die „alte“ herrschende Ansicht noch der (vermeintlich?) neue Ansatz des *BGH* zur Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes überzeugen, habe ich versucht, eine Art „Mittelweg“, eng an den Wortlaut des § 27 angelehnt, vorzuschlagen. Die Eindeutigkeit, die Klarheit, die diese Lösung vielleicht hat, wirft jedoch neue Fragen auf: Sie zwingt nämlich auch zu klaren und eindeutigen Stellungnahmen zu den genannten unvermeidlichen Folgeproblemen. Hier bleibt so manche Feinarbeit zu tun. Neue Lösungsversuche von Rechtsprechung und Literatur selbst zu altbekannten Problemen sichern somit, daß der Stoff für interessante Dissertationen niemals ausgeht.

73) *BGHSt* 14,193.

74) Näher dazu *Maiwald*, *ZStW* 78 (1966), 30 ff.

75) *Ingelfinger* (o. Fußn. 28), S. 157.

76) *Wild*, *JuS* 1992, 913 (m. Fußn. 13), s. auch *Hillenkamp* (o. Fußn. 45), S. 51; *Herzberg*, *JR* 1977, 471.

77) Ähnlich *Montenbruck*, *ZStW* 84 (1972), 339 f.; *Ingelfinger* (o. Fußn. 28), S. 157.

78) S. dazu *Scheffler*, *Jura* 1995, 354 ff.

79) *Montenbruck* (o. Fußn. 57), S. 391.

80) *Herzberg*, *JuS* 1987, 618.

81) Vgl. *KGSt* 1,110.

82) *Montenbruck*, *ZStW* 84 (1972), 340.