

Probleme der Begünstigung (§ 257 StGB) – Teil 2*

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

IV. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht erfordert § 257 Abs. 1 StGB Vorsatz (§ 15 StGB) und Vorteilssicherungsabsicht.

1. Vorsatz, § 15 StGB

Um § 257 Abs. 1 StGB vorsätzlich zu begehen, muss sich der Täter keine konkrete Tat vorstellen; es reicht, wenn er sich überhaupt eine geeignete Tat bzw. einen entsprechenden Sachverhalt vorgestellt hat.

Fall 16: Jurastudent V hat einen Sachbetrug begangen. Sein Kommilitone, der Bummelstudent B, hält diesen rechtsirrig für einen (Trick-)Diebstahl und leistet V Hilfe. Handelte B vorsätzlich in Bezug auf das Merkmal „der eine rechtswidrige Tat begangen hat“?

Zwar hat B falsch subsumiert, indem er einen Trickdiebstahl anstatt eines Betruges angenommen hat. Jedoch erfüllt auch die von B subsumierte Tat die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB; es ist daher unschädlich, dass B keine „exakte strafrechtliche Einordnung in das Tatbestandssystem des Besonderen Teils“ nachvollzogen hat.¹ Schädlich wäre es hingegen, wenn B geglaubt hätte, es handele sich bei dem Verhalten des V um eine bloße Ordnungswidrigkeit oder gar lediglich um eine zivilrechtlich unerlaubte Handlung, denn dann hätte er keine – nicht einmal laienhafte – Kenntnis von der strafrechtlichen Relevanz der Tat des V. In Fall 16 hingegen handelte B mit Vorsatz hinsichtlich einer von V begangenen rechtswidrigen Tat.

Ein Irrtum über die Vortat schließt jedoch dann den Vorsatz aus, wenn sich der Begünstiger eine Vortat vorgestellt hat, die in Bezug auf die von ihm vorgenommene Handlung ungeeignet gewesen wäre, die Vortatvorteile zu sichern.² Hätte sich B also rechtsirrig vorgestellt, bei dem Verhalten des V handele es sich um eine bloße Ordnungswidrigkeit und auch die nachträgliche vorteilssichernde Unterstützung von Ordnungswidrigkeiten sei als Begünstigung strafbar, so hätte B in einem Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) gehandelt; der Glaube, auch die Hilfeleistung bei Ordnungswidrigkeiten sei Begünstigung, ist – je nach Standpunkt – demgegenüber wahndeliktisch oder ein (bei § 257 StGB) strafloser untauglicher Versuch.³

* Fortsetzung von ZJS 2009, 142.

¹ Mitsch, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 9 Rn. 47.

² BGHSt 4, 222; Stree, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 257 Rn. 26.

³ Vgl. zur Problematik bei §§ 258 Abs. 1, 4; 22 StGB (irrtümliche Annahme, eine zu vereitelndes, tatsächlich nur ordnungswidriges Vortat sei eine Straftat) St. Cramer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 3, § 258 Rn. 49 m.w.N. in Fn. 49.

2. Vorteilssicherungsabsicht

Problematisch und klausurenrelevant ist das Merkmal „Absicht, [...] die Vorteile der Tat zu sichern“. Dabei handelt es sich um eine überschießende Innentendenz, weil der zu beabsichtigende Sicherungserfolg für die Tatvollendung nicht eintreten muss; eine darauf gerichtete, objektiv bei Anlegung eines ex-ante-Maßstabes generell geeignete Hilfeleistungshandlung reicht aus.

a) Begriff der Absicht

Umstritten ist zunächst, welche Anforderungen in psychischer Hinsicht an das Merkmal der Absicht zu stellen sind. Der Absichtsbegriff wird im StGB an verschiedenen Stellen nicht gleichbedeutend gebraucht, er ist also nicht derart verfestigt, dass er grammatisch zwingend i.S. von absichtlichem Handeln zu verstehen wäre.⁴ Während eine Minderheitsauffassung demgemäß nur unbedingten Vorsatz verlangt, also – im Anschluss an die zur Auslegung des Absichtsbegriffs in § 257 a.F. StGB herrschende Literatur⁵ – Wissentlichkeit i.S. von *dolus directus* 2. Grades ausreichen lassen will,⁶ verlangt die heute herrschende Meinung zu Recht Absicht, also *dolus directus* 1. Grades.⁷ Nicht erforderlich sei allerdings – wie stets beim *dolus directus* 1. Grades –, dass die Vorteilssicherung das einzige oder auch nur vorrangige Ziel des Begünstigers ist; ausreichend ist die Verfolgung als eines von mehreren Zielen oder als notwendiges Zwischenziel.⁸

Schon dass der Schwestertatbestand der Begünstigung, die früher gemeinsam mit der Begünstigung in § 257 a.F. StGB untergebrachte Strafvereitelung, es heute genügen lässt, dass der Täter „absichtlich oder *wissentlich*“ die Bestrafung vereitelt, spricht systematisch gegen eine weite Auslegung des Absichtsbegriffs.⁹ Auch dass in dem Tätigkeitsdelikt des § 257 Abs. 1 StGB gegenüber dem Erfolgsdelikt des § 258 StGB die Phase der (allein strafbaren) Deliktvollendung erheblich nach vorne verlagert worden ist, spricht für eine enge Handhabung des Vorteilssicherungsabsichtsmerkmals¹⁰

⁴ St. Cramer, NStZ 2000, 246 (247) mit Fn. 10.

⁵ Schröder, NJW 1962, 1037 (1040); Lenckner, NJW 1967, 1890 (1894); anders die Rechtsprechung zu § 257 a.F. StGB, vgl. etwa RGSt 23, 105 (106 f.); 55, 126; BGHSt 4, 107 (108 ff.); BGH NJW 1958, 1244.

⁶ Otto, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 57 Rn. 9; Stree (Fn. 2), § 257 Rn. 22.

⁷ Amelung, JR 1978, 227 (232); St. Cramer, NStZ 2000, 246 f.; Geppert, Jura 1980, 327; Mitsch (Fn. 1), § 9 Rn. 51; missverständlich, aber sachlich übereinstimmend Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 257 Rn. 10. Die Position der Rechtsprechung zu § 257 n.F. StGB ist diffus, vgl. einerseits BGH, Beschl. v. 15.12.1999 – 3 StR 448/99, andererseits BGH NStZ 1992, 540 (541).

⁸ Geppert, Jura 1980, 327 (328); Stoffers, Jura 1995, 113 (124).

⁹ Amelung, JR 1978, 227 (232); Geppert, Jura 1980, 327 (328).

¹⁰ So wohl auch St. Cramer, NStZ 2000, 246 (247).

– das Verständnis der Absicht der Vorteilssicherung als *dolus directus* 1. Grades kompensiert also mittels einer Verengung des subjektiven Tatbestandes die durch die Ausgestaltung der Begünstigung als Tätigkeitsdelikt bewirkte Vorverlegung des mit Strafe bedrohten Bereichs.

Schließlich führt die Interpretation des Merkmals der Vorteilssicherungsabsicht i.S. von Vorteilssicherungswissentlichkeit bisweilen zu absurden Ergebnissen, so etwa im folgenden Sachverhalt, dem eine Entscheidung des OLG Düsseldorf zugrunde liegt:

*Fall 17*¹¹: V hat dem G ein wertvolles Gemälde von Macke gestohlen. G bittet seinen „in gewöhnlich gut unterrichteten Kreisen“ wohlbekanntem Freund B, das Bild zurückzukaufen. B hat nach einigen Wochen Erfolg und erwirbt das Bild namens des G für eine ungefähr dem Verkehrswert des Macke entsprechende Summe zurück. B wird bei dem Rückkauf des Bildes ausschließlich von der Absicht motiviert, seinem Freund den Macke wiederzubeschaffen, an dem G sehr hängt; B hält es aber auch für sicher, dass V die beim Rückkauf des Gemäldes übergebene Summe nicht wieder zu nehmen sein wird. Hat sich B aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht?

Hier stellt sich zunächst die Frage, ob die Handlung des B zur Vorteilssicherung objektiv geeignet war – immerhin hat sich V des Vortatvorteils *in corpore* ja begeben, indem er ihn (wenn auch gegen Entgelt) zurückgegeben hat. Daher lässt sich die – unter b) zu beantwortende – Frage, ob ein Rückkauf bzw. ein Rückverkauf eine zu beabsichtigende Vorteilssicherung i.S. des § 257 Abs. 1 StGB ist, zunächst dahin präzisieren, dass geklärt werden muss, ob der im Rückverkauf liegende Schutz gegen *Wiederentziehung* und der gleichzeitig bewirkte Erhalt des wirtschaftlichen Wertes des Gemäldes als sicherungsfähige Vortatvorteile anzusehen sind.¹² Unterstellt man dies an dieser Stelle und hielte man zugleich Wissentlichkeit für die Vorteilssicherungsabsicht für ausreichend, so hätte sich B in der Tat wegen Begünstigung strafbar gemacht – ein absurdes Ergebnis,¹³ an dem die „Einwilligung“ des Vortatgeschädigten G angesichts des von § 257 StGB *auch* intendierten generalpräventiven Schutzes der durch die Vortat verletzten Norm nichts ändert (denn über den aus Gründen der Generalprävention bezweckten Schutz der Vortatnorm kann der Vortatgeschädigte nicht disponie-

ren¹⁴).¹⁵ Das Befremdliche an diesem Ergebnis, nämlich dass eine im Interesse des Vortatgeschädigten vorgenommene Hilfeleistung strafbare Begünstigung wäre,¹⁶ lässt sich aber dadurch vermeiden, dass man für die innere Einstellung des Begünstigers zur mit der Hilfeleistungshandlung zu bewirkenden Vorteilssicherung *dolus directus* 1. Grades fordert, also ein Handeln, das zumindest auch mit der Zielsetzung vorgenommen wird, dem Vortäter zu helfen. Dieser Befund wird bestätigt durch den von der Begünstigung – auch – verfolgten Normzweck, der durch die Vortat verletzte Norm durch Isolierung des Vortäters zur Durchsetzung zu verhelfen; eine solche Isolierung ist aber in Bezug auf den dem Vortatgeschädigten zur Durchsetzung seiner Interessen Verhelfenden präsumtiven Begünstiger gerade nicht angezeigt. Mangels Vorteilssicherungsabsicht ist B in Fall 17 nicht aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar.

b) Vorteilssicherungsabsicht bei Rückkauf oder -verkauf an den Berechtigten?

Hoch problematisch ist die bereits oben unter a) zu Fall 17 angerissene Frage, ob Vorteilssicherungsabsicht anzunehmen ist, wenn der präsumtive Begünstiger den Vortatvorteil an den Vortatgeschädigten zurückzuführen trachtet. Oben unter a) (wurde) dargestellt, dass es an der Vorteilssicherungsabsicht fehlt, wenn eine gestohlene Sache ausschließlich im Interesse des Vortäters zurückgekauft wird, weil dann die erforderliche psychische Beziehung des Täters zur Sicherung des Vortatvorteils – *dolus directus* 1. Grades – nicht gegeben ist. Tritt nun aber beim Rückkauf oder -verkauf der Täter „auf beiden Seiten“ auf, also vermittelnd sowohl zugunsten des Vortäters, um diesem die Beute zu „versilbern“ als auch zugunsten des Vortatgeschädigten, um diesem das Tatobjekt der Vortat zurückzverschaffen, oder handelt der Täter gar allein oder vorwiegend in der Absicht, dem Vortäter zu helfen, so kommt es auf die Frage an, ob eine tatbestandliche

¹⁴ Zur Einwilligungsunfähigkeit der Begünstigung „wegen des Schutzes von Allgemeininteressen“ vgl. *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Aufl. 2006, § 257 Rn. 1 a.E.; referierend *Zipf*, JuS 1980, 24 (26).

¹⁵ G hingegen dürfte sich, hätte er den B um den Rückkauf des Gemäldes gebeten, schon wegen des Unrechtsgrundes der Teilnahme auch dann nicht wegen Anstiftung zur Begünstigung (§§ 257 Abs. 1, 26 StGB) strafbar gemacht haben, wenn man für die Vortat *dolus directus* 2. Grades hinsichtlich der Vorteilssicherung ausreichen ließe, weil sich das Hervorrufen des Begünstigungstatentschlusses nicht als eigener Rechts-gutsangriff des durch die Vortat Geschädigten darstellt; denn dieser greift weder ein ihm gegenüber geschütztes Vortat-rechtsgut an noch lässt sich der Rückkauf des Vortatvorteils ohne weiteres als Desavouierung der durch die Vortat verletzten Norm deuten.

¹⁶ Vgl. auch die Einschätzung von *Geerds*, GA 1988, 243 (259 f.): Begünstigung erscheine „kriminologisch [...] als ein ausgeprägt philanthropisches Delikt“ – damit ist aber nur die regelmäßig altruistische Tendenz (zugunsten des Vortäters) des § 257 StGB gemeint, nicht aber, dass Begünstigung auch zugunsten des Vortatgeschädigten begangen werden kann!

¹¹ Vereinfacht nach OLG Düsseldorf NJW 1979, 2320.

¹² Auf beide Faktoren stellte OLG Düsseldorf NJW 1979, 2320 (2321) ab; dort war es allerdings nicht zum Rückkauf gekommen. Entgegen *Geppert*, Jura 1980, 327 (328) ändert die Herbeiführung des Rück(ver)kaufs allerdings nichts an der generellen Eignung der Handlung des B, das Gemälde vor der *Entziehung* zugunsten des Berechtigten zu bewahren.

¹³ Vgl. *Seibert*, NJW 1963, 143 unter Verweis auf die reichsgerichtliche Entscheidung RGSt 40, 15; *Erdsiek*, NJW 1963, 1049, beide zum im Fall der Volkacher „Madonna im Rosenkranz“ gegen Henri Nannen geführten Ermittlungsverfahren wegen sachlicher Begünstigung nach § 257 a.F. StGB.

Sicherung beabsichtigt wird¹⁷, wenn der Begünstiger den Vortatvorteil *in corpore* an den Eigentümer zurückgelangen lassen möchte, zugleich dem Vortäter aber den wirtschaftlichen Wert sichern möchte. Ist also ein im Rückverkauf liegender Schutz gegen *Wiederentziehung* und gleichzeitig bewirkter Erhalt des wirtschaftlichen Wertes des Gemäldes als sicherungsfähig anzusehen? Die heute herrschende Auffassung im Schrifttum¹⁸ und die Rechtsprechung¹⁹ bejahen diese Frage, das RG hatte es (im Hinblick auf § 257 a.F. StGB) noch anders gesehen²⁰.

Die herrschende Meinung stützt ihren Standpunkt, soweit sie ihn überhaupt begründet, maßgeblich auf den Charakter des § 257 Abs. 1 StGB als Restitutionsvereitelungsdelikt. „Wirtschaftlich und wesensmäßig sei es Restitutionsvereitelung“, dass der gesetzmäßige frühere Zustand eben nicht wiederhergestellt werde, wenn der Vortatgeschädigte eine in seinem Eigentum befindlichen Sache („zivilrechtlich widersinnig“) zurückkaufen²¹ und dafür zahlen müsse, obwohl ihm ein Herausgabeanspruch hinsichtlich der Sache zustehe.²² Diese *prima facie* plausible Argumentation ist noch nicht damit widerlegt, dass man in der Rückgabe der Vortatbeute an den Berechtigten gegen Zahlung eines Geldbetrages eine „Restitution rechtmäßiger [...] Besitzverhältnisse“ und den Rückverkaufserlös nicht als sicherungsfähigen Vorteil ansieht,²³ denn dass es auf die Restitution allein des Besitzes an der Vortatbeute und nicht auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ankommt, bedarf gerade der Begründung. Die herrschende Ansicht verliert aber an Plausibilität, wenn man einen Blick über den Tellerrand des § 257 StGB hinaus wirft und § 259 StGB in der Modalität des „Absetzens“ bzw. der „Absatzhilfe“ berücksichtigt: Nach herrschender Ansicht in der Literatur ist eine Rückveräußerung an den Vortatgeschädigten kein Absatz i.S. des § 259 Abs. 1 StGB,²⁴ wohingegen die Rechtsprechung in derartigen Fällen zwar Absatz bejahete,²⁵ allerdings nur, wenn eine wirtschaftliche Verwertung in Rede stand, die nicht allein den Vortäter bereichern sollte (dieser ist nicht Dritter i.S. des § 259 Abs. 1 StGB)²⁶. Daher unterfällt eine allein im Interesse des Vortäters unternommene Rückveräußerungshandlung nicht dem Absetzen bzw. der Absatzhilfe i.S. des § 259 Abs. 1 StGB (entweder weil nach der Literatur keine rechtswidrige Besitzlage perpetuiert und damit keine Absatzhandlung vorgenommen wird oder weil nach der Rechtsprechung nur der Vortäter und damit keine Dritter i.S.d. bereichert werden soll). Ist mithin die nur im Interesse des Vortäters vorgenommene Rückveräußerung an den Vortatgeschädigten keine Hehlerei, so wäre es widersinnig, gewissermaßen subsidiär auf die Begünstigung zurückgreifen zu können, die den gleichen Strafrahmen wie § 259 Abs. 1 StGB aufweist (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren), obwohl ihm ein den Unrechtstypus subjektiv maßgeblich prägendes Merkmal (die Bereicherungsabsicht) gerade fehlt – wollte man so verfahren, würde man „Hehlerei mit Bereicherungsabsicht [...] mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe“ ahnden „und Hehlerei ohne Bereicherungsabsicht – jetzt Begünstigung genannt – ebenfalls mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe!“²⁷ Die eigenständige Bedeutung des Merkmals der Bereicherungsabsicht erschöpft sich – entgegen seiner Lozierung in § 259 Abs. 1 StGB – bei einer solchen Sichtweise in einer Anwendungsvoraussetzung für die Qualifikation des § 260 StGB (die im Begünstigungsbereich kein Pendant hat). Jedenfalls den einfachen Absatzhändler trifft die gleiche Strafe, handelt er nun mit Bereicherungsabsicht oder ohne (letzterenfalls als Begünstiger). Um die in dem Rückgriff auf § 257 Abs. 1 StGB liegende strafrahmenmäßige Ungereimtheit zu verhindern und zugleich eine bedeutungsmäßige Einebnung der Bereicherungsabsicht zu verhindern, muss somit die allein im Interesse des Vortäters vorgenommene Rückveräußerung an den Vortatgeschädigten aus dem Bereich der von

¹⁷ Teilweise wird das Problem bereits unter dem Gesichtspunkt der Qualität der Tathandlung, dem Hilfeleisten, erörtert, so etwa bei *Stoffers*, Jura 1995, 113 (122 ff.); dort ist es aber fehl am Platz, denn eine bloße, nur eben subjektiv nicht näher spezifizierte Hilfeleistungshandlung liegt vor – schließlich gibt es viele geeignete Arten, einem Vortäter Hilfe zu leisten. Es stellt sich aber die Frage, ob mit einer Hilfeleistung eine Sicherung des Vorteils bezweckt wird; so richtig *Zipf*, JuS 1980, 24 (27).

¹⁸ *St. Cramer* (Fn. 3), § 257 Rn. 22; *Mitsch* (Fn. 1), § 9 Rn. 56; *Stoffers*, Jura 1995, 113 (122 ff.); *Zipf*, JuS 1980, 24 (27).

¹⁹ OLG Düsseldorf NJW 1979, 2320 f.

²⁰ Vgl. RGSt 40, 15 (19 f.) – Rückkauf für den Eigentümer. Allerdings lag das daran, dass nach Auffassung des RG schon die Veräußerung an Dritte (vom Vortatgeschädigten verschiedene Personen) keine mit Sicherungsabsicht vorgenommene Hilfeleistungshandlung sei, weil sicherungsfähig nur der unmittelbare, mit der durch die Vortat erlangten Sache identische Vorteil sei (scil. die gestohlene Sache selbst), vgl. RGSt 59, 129. Anders die Rechtsprechung des BGH (auch schon zu § 257 Abs. 1 a.F. StGB), vgl. BGHSt 2, 362 (363 f.); 23, 360 (361 [obiter]).

²¹ *Geppert*, Jura 1980, 327 (329); anders nun aber ausdrücklich *ders.*, Jura 2007, 589 (594 mit Fn. 48).

²² *Stoffers*, Jura 1995, 113 (123 f.).

²³ So aber *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 52. Lieferung, Stand: August 2001, § 257 Rn. 30 (*Hervorhebung durch Verf.*); ähnlich *Stree* (Fn. 2), § 257 Rn. 24: Der Rückverkauf sei nicht geeignet, „das unmittelbar Erlangte gegen ein Entziehen zu sichern“.

tungsweise ankommt, bedarf gerade der Begründung. Die herrschende Ansicht verliert aber an Plausibilität, wenn man einen Blick über den Tellerrand des § 257 StGB hinaus wirft und § 259 StGB in der Modalität des „Absetzens“ bzw. der „Absatzhilfe“ berücksichtigt: Nach herrschender Ansicht in der Literatur ist eine Rückveräußerung an den Vortatgeschädigten kein Absatz i.S. des § 259 Abs. 1 StGB,²⁴ wohingegen die Rechtsprechung in derartigen Fällen zwar Absatz bejahete,²⁵ allerdings nur, wenn eine wirtschaftliche Verwertung in Rede stand, die nicht allein den Vortäter bereichern sollte (dieser ist nicht Dritter i.S. des § 259 Abs. 1 StGB)²⁶. Daher unterfällt eine allein im Interesse des Vortäters unternommene Rückveräußerungshandlung nicht dem Absetzen bzw. der Absatzhilfe i.S. des § 259 Abs. 1 StGB (entweder weil nach der Literatur keine rechtswidrige Besitzlage perpetuiert und damit keine Absatzhandlung vorgenommen wird oder weil nach der Rechtsprechung nur der Vortäter und damit keine Dritter i.S.d. bereichert werden soll). Ist mithin die nur im Interesse des Vortäters vorgenommene Rückveräußerung an den Vortatgeschädigten keine Hehlerei, so wäre es widersinnig, gewissermaßen subsidiär auf die Begünstigung zurückgreifen zu können, die den gleichen Strafrahmen wie § 259 Abs. 1 StGB aufweist (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren), obwohl ihm ein den Unrechtstypus subjektiv maßgeblich prägendes Merkmal (die Bereicherungsabsicht) gerade fehlt – wollte man so verfahren, würde man „Hehlerei mit Bereicherungsabsicht [...] mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe“ ahnden „und Hehlerei ohne Bereicherungsabsicht – jetzt Begünstigung genannt – ebenfalls mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe!“²⁷ Die eigenständige Bedeutung des Merkmals der Bereicherungsabsicht erschöpft sich – entgegen seiner Lozierung in § 259 Abs. 1 StGB – bei einer solchen Sichtweise in einer Anwendungsvoraussetzung für die Qualifikation des § 260 StGB (die im Begünstigungsbereich kein Pendant hat). Jedenfalls den einfachen Absatzhändler trifft die gleiche Strafe, handelt er nun mit Bereicherungsabsicht oder ohne (letzterenfalls als Begünstiger). Um die in dem Rückgriff auf § 257 Abs. 1 StGB liegende strafrahmenmäßige Ungereimtheit zu verhindern und zugleich eine bedeutungsmäßige Einebnung der Bereicherungsabsicht zu verhindern, muss somit die allein im Interesse des Vortäters vorgenommene Rückveräußerung an den Vortatgeschädigten aus dem Bereich der von

²⁴ *Fischer* (Fn. 7), § 259 Rn. 16; *Stree* (Fn. 2), § 259 Rn. 33; *Stoffers*, Jura 1995, 113 (115); weitere Nachweise bei *Küper*, Strafrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 8.

²⁵ RGSt 30, 401 (402 f.); 54, 124 f.; zustimmend *Zöller/Frohn*, Jura 1999, 378 (384). Ob diese RG-Entscheidungen nach BGHSt 43, 110 noch den Stand der Rechtsprechung repräsentieren, mag hier dahinstehen.

²⁶ Heute herrschende Meinung, vgl. BGH NSZ 1995, 595; *Fischer* (Fn. 7), § 259 Rn. 27 m.w.N.; zur Kontroverse siehe auch *Küper* (Fn. 24), S. 91 f.

²⁷ So *Hruschka*, JR 1980, 221 (224), kursive Hervorhebung dort.

§ 257 Abs. 1 StGB erfassten Sicherungshandlungen ausgenommen werden.²⁸

In der oben unter a) – Fall 17 – problematisierten Konsultation des hinsichtlich des Rückverkaufserlöses nicht absichtlich, aber mit sicherem Wissen vorgenommenen Rückkaufs durch den B scheidet eine Begünstigungsstrafbarkeit des B also nicht erst am Fehlen von *dolus directus* 1. Grades, sondern schon daran, dass sich B gar keine tatbestandsmäßige Vorteilssicherung vorstellte. Zum damit angesprochenen Thema der Qualität des vom Begünstiger zu beabsichtigenden Sicherungseffekts siehe auch sogleich c).

c) Qualität des beabsichtigten Sicherungseffekts

Aus dem (auch) restitutionsvereitelnden Charakter des § 257 StGB folgt, dass der vom Begünstiger beabsichtigte Sicherungseffekt nicht, wie der allgemeine Sprachgebrauch vermuten ließe, in der Sicherung vor jeder beliebigen Gefahr bestehen kann, sondern im Schutz gerade des Vortäters vor der Gefahr des Vorteilsverlustes durch erfolgreiche legale Vorteilsrückführung besteht.²⁹ Beabsichtigt der Begünstiger also nicht einen solchen restitutionsvereitelnden Sicherungseffekt, so fehlt es an der Vorteilssicherungsabsicht, etwa dann, wenn der präsumtive Begünstiger den Vortäter nur vor wetterbedingten Beuteverschlechterungen schützen oder Erhaltungsmaßnahmen (etwa Restaurierungen) vornehmen möchte³⁰. Klausurrelevant ist der folgende

Fall 18: T hat dem O ein wertvolles Gemälde von Delacroix gestohlen, den Delacroix in seinem Keller versteckt und sich vorübergehend ins Ausland abgesetzt. Sein eingeweihter Freund B erfährt, dass G, der sehr an dem Delacroix hängt, sich auf die Fährte des T gesetzt hat. Da B befürchtet, dass G in den Keller des T einsteigen wird, um sich das Bild wiederzubeschaffen, holt er das Gemälde aus dem Keller und stellt es in seinem eigenen Keller unter. Strafbarkeit des B nach § 257 Abs. 1 StGB?

In Fall 18 hat B zwar den T vor der Entziehung des Bildes bewahrt, nicht aber vor der vom Schutzzweck des § 257 Abs. 1 StGB einzig erfassten Art der Entziehung, nämlich einer legalen. G hätte trotz eines in Bezug auf das Delacroix-Gemälde bestehenden bürgerlich-rechtlichen Herausgabeanspruchs (§§ 985, 823 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 242 StGB) nicht bei T einsteigen dürfen, um sich das Bild zu holen; der von B befürchtete Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) des T wäre weder – mangels gegenwärtigen Angriffs – nach § 32 StGB noch – mangels Eilbedürftigkeit – nach § 229 BGB gerechtfertigt. Die von B befürchtete Entziehung des Besitzes stellte im Realisierungsfalle verbotene Eigen-

²⁸ Nahestehend *Hruschka*, JR 1980, 221 (224 f.), der jedoch mit im Übrigen gleichgerichteten Erwägungen bereits die Existenz von sicherungsfähigen Vorteilen in Abrede stellt, wenn die vortatunmittelbare Sache durch Rückverkauf an den Eigentümer zu Geld gemacht werden soll.

²⁹ *Mitsch* (Fn. 1), § 9 Rn. 54.

³⁰ Vgl. *Stree* (Fn. 2), § 257 Rn. 24 m.w.N. und Bsp. aus der Rechtsprechung.

macht gemäß § 858 Abs. 1 BGB dar, weshalb T trotz seines eigenen verboten-eigenmächtigen Verhaltens gegen G aus § 861 Abs. 1 BGB die Wiedereinräumung des (wenn auch deliktisch erlangten) Besitzes verlangen könnte, wogegen der eigenmächtig Handelnde seinen petitorischen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB nicht einwenden könnte, § 863 BGB. Daher stellt sich der von B befürchtete Verlust des Vortatvorteils (Delacroix-Gemälde) nicht als legal dar. Weil § 257 StGB aber nur die justizförmige Rückführung der Vortatvorteile bezweckt, stellt eine Hilfeleistungshandlung, die sich gegen einen inhaltlich illegalen Entzug der Vortatvorteile richtet, keine nach § 257 Abs. 1 StGB strafbare Tat dar. Weil in Fall 18 B nur eine solche illegale Entziehung der Vortatvorteile befürchtet, hat er sich mangels Vorteilssicherungsabsicht nicht nach § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

V. Vortatbeteiligung: Die Reichweite der Strafausschlussklausel des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB

Sehr prüfungsrelevant ist die Strafausschlussklausel des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB, nach der nicht bestraft wird, wer an der Vortat beteiligt war. Im Hinblick auf den ihr unterfallenden Vortatbeteiligtenkreis ist zu differenzieren wie folgt: Die Straflosigkeit einer selbstbegünstigenden Handlung des Alleintäters der Vortat folgt schon aus § 257 Abs. 1 StGB – deshalb kommt es beim Vortatalleintäter auf § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht an. Diese *Tatbestandslosigkeit* der Begünstigung gilt aber nicht für Vortatmittäter, siehe schon oben unter I. 2.; ein Vortatmittäter kann nach h.M. tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft einen anderen Vortatmittäter oder -teilnehmer begünstigen. Für diesen Personenkreis kommt es also auf die Strafausschlussklausel des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB an, deren Reichweite und Anwendungsbe- reich in Randbereichen umstritten ist.

1. Straflosigkeit nach § 257 Abs. 3 S. 1 StGB bei „materiell unrechtserhöhender“ Wirkung der Begünstigungshandlung?

a) Problematisch ist zunächst, ob § 257 Abs. 3 S. 1 StGB auch dann anzuwenden ist, wenn der Täter von qualifizierenden oder gar erschwerend deliktsändernden Umständen der Vortat erst bei der Begünstigungshandlung erfährt. Dazu der folgende

Fall 19: Vortäter V hat einen Raub begangen, sein Freund B dazu Beihilfe geleistet, indem er die Strumpfmasken maßgeschneidert hat. V hat bei der Durchführung des Raubes aber entgegen der Absprache mit B das Opfer O nicht nur mit den Fäusten bedroht (§ 249 StGB), sondern auch eine scharfe und geladene Schusswaffe verwendet. B erfährt davon erst nach der Tat, hilft dem V aber gleichwohl, die Beute vor der Polizei in Sicherheit zu bringen. Strafbarkeit des B nach § 257 Abs. 1 StGB?

B hat zunächst Beihilfe zu einem einfachen Raub geleistet (§ 249, 27 StGB); auf das Beisichführen oder die Verwendung einer Waffe (§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB) bezog sich sein Gehilfenvorsatz nicht. Problematisch ist bezüglich § 257 StGB, ob der Umstand, dass B von den qualifizierenden Umständen der Raubbegehung erst bei seiner Begünsti-

gungshandlung erfahren hat, die Anwendbarkeit des Strafausschlussgrundes des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB unmöglich macht. So sieht es in der Tat die ganz überwiegende Meinung³¹, etwa mit der Begründung, aus § 257 StGB sei zusätzlich zu bestrafen, weil „der Begünstiger im Rahmen der Vortatteilnahme nicht schon für das Unrecht der Tat, deren Vorteile er (nachträglich) sichern hilft, voll einzustehen hat und somit der Gedanke der mitbestraften Nachtat nicht durchgreifen kann“³². Aber diese Begründung ist zirkulär und das von ihr gestützte Ergebnis systematisch-teleologisch zweifelhaft. Ob „der Gedanke der mitbestraften Nachtat nicht durchgreifen kann“, steht ja gerade in Frage; begründen kann man das jedenfalls nicht damit, dass der Begünstiger für die Vortat nicht aus dem erschwerten Delikt bestraft wird, denn bei der Vortatbeihilfe hatte B ja noch keine Kenntnis von den den Raub erschwerenden Umständen. Der Verweis auf die nachträgliche Kenntniserlangung berücksichtigt daher auf Konkurrenzebene einen *dolus subsequens*; pointiert ausgedrückt: Vortatexzesse werden von der herrschenden Meinung „den Beteiligten [scil. der Vortat] infolge § 16 StGB nicht direkt, wohl aber mittelbar in abgeschwächter Form durch restriktive Handhabung des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB zugerechnet“³³. Die eigenständige Tatbestandsvertypung der Begünstigung mit einem festen – und sogar durch den Vortatstrafrahmen nach oben begrenzten (§ 257 Abs. 2 StGB) – Strafrahmen spricht dafür, sie als unabhängiges Delikt und demzufolge ihre Berücksichtigungsfähigkeit auf der Konkurrenzebene als von der nachträglichen Kenntniserlangung ebenfalls unabhängig anzusehen. Anders als die Beihilfe, bei der dem Gehilfen die Haupttat auf der Basis seiner Hilfeleistung und eines entsprechenden Vorsatzes zugerechnet wird, bezieht sich die Tathandlung des § 257 Abs. 1 StGB nicht auf die Vortat, sondern auf deren *Erfolg*. Und dieser verändert sich nicht dadurch, dass der Täter nachträglich von der Art und Weise seiner Herbeiführung Kenntnis erlangt. Für eine konkurrenzrechtliche Einschränkung des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB gibt schließlich auch dessen Wortlaut (Art. 103 Abs. 2

GG) nichts her.³⁴ In Fall 19 ist B somit nicht zusätzlich aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar.

b) Anders liegt es dort, wo die Hilfeleistung des Vortatbeteiligten sich quantitativ auf mehr oder qualitativ auf einen anderen Gegenstand als den der Vortat bezieht. Dort wird zusätzliches, an einem anderen Tatobjekt manifestiertes Unrecht in die Welt gesetzt, so dass § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht einschlägig ist.

Beispiel: V hat bei einem Einbruchsdiebstahl 20 Farbfernseher gestohlen, beim Abtransport von fünf dieser Farbfernseher hat B ihm geholfen (§§ 242, 243, 27 StGB). Später stellt B sämtliche 20 Fernseher in seiner Garage unter, um die Beute vor der die Wohnung des V durchsuchenden Polizei in Sicherheit zu bringen. – Im Hinblick auf 15 Farbfernseher, auf die sich die Vortatbeihilfe nicht bezog, hat B im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB Hilfe geleistet, insofern ist § 257 Abs. 3 S. 1 StGB unanwendbar und B strafbar aus § 257 Abs. 1 StGB.

2. Strafflosigkeit nach § 257 Abs. 3 S. 1 StGB bei verjährter Vortat?

a) Zu den umstrittensten Problemen im Zusammenhang mit § 257 Abs. 3 S. 1 StGB gehört die Frage, ob die Norm auch dann Anwendung findet, ob also der Begünstiger bzw. Begünstigungsbeteiligte nicht bestraft werden kann, wenn die Vortat verjährt ist. Zur Verdeutlichung

Fall 20: V hat im Jahr 2002 einen Diebstahl begangen, bei dem er ein wertvolles Gemälde von Magritte erbeutet hat; B hat ihm dazu Beihilfe geleistet. Im Jahr 2005 bekommt B Wind davon, dass bei V eine Hausdurchsuchung geplant ist. Er stellt deshalb den Magritte bei sich unter. Im Jahr 2008 fliegt die Sache auf. Staatsanwalt S hält die Beihilfe des B zum Diebstahl für verjährt und will B deshalb wegen Begünstigung anklagen. Zu Recht?

Abwandlung: Wie oben, nur hat V den Magritte schon 1998 gestohlen. Diebstahlsgelhilfe B stellt den Magritte 2005 bei sich unter.

S hat im Ausgangsfall 20 insoweit Recht, als er davon ausgeht, dass die Diebstahlbeihilfe des B nicht mehr verfolgt werden kann; insofern ist Verfolgungsverjährung eingetreten, § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB. Die (tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft) Begünstigung des B verjährt allerdings erst 2010 (ebenfalls nach § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB). Damit kann einer Strafbarkeit des B nur noch § 257 Abs. 3 S. 1 entgegenstehen; ob dieser bei einer verjährten Vortat Anwendung findet, ist umstritten und hängt davon ab, wie man die Norm des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB konkurrenzdogmatisch einordnet und wie man den in dieser Norm enthaltenen Begriff „strafbar“ interpretiert. Legt man ihn so aus, dass der Vortatbeteiligte auch wegen der Vortat konkret strafbar sein muss, so steht einer Begünstigungsstrafbarkeit auch bei ver-

³¹ BGH bei *Holtz*, MDR 1981, 451; *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, § 257 Rn. 35; *St. Cramer* (Fn. 3), § 257 Rn. 31; *Fischer* (Fn. 7), § 257 Rn. 5; *Stree* (Fn. 2), § 257 Rn. 32a; ablehnend *Schneider*, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells, 1991, S. 172 ff.; erheblich einschränkend auch *Hoyer* (Fn. 23), § 257 Rn. 33, der nur die Unrechtsdifferenz zwischen Vortat und Begünstigung im Rahmen der Begünstigung berücksichtigen möchte. Wie das bei Beteiligung am Grundtatbestand und nachträglicher Kenntniserlangung von *unselbständig*-qualifizierenden Umständen möglich sein soll, ist indes unerfindlich.

³² *Ruß*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 257 Rn. 21.

³³ So *Schneider* (Fn. 31), S. 173.

³⁴ Vgl. aber *Seel*, Begünstigung und Strafv ereitelung durch Vortäter und Vortatteilnehmer, 1999, S. 85 ff., der für eine restriktive Auslegung der Subsidiaritätsklausel plädiert.

jährter Vortatbeteiligung nichts im Wege;³⁵ stellt man mit weiten Teilen der Literatur hingegen auf eine abstrakte Strafbarkeit im Sinne der materiellrechtlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld ab, so liegen diese Voraussetzungen des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB auch bei einer verjährten Vortat vor, so dass aus der Begünstigung keine Bestrafung mehr erfolgen kann.³⁶

Für die Nichtanwendbarkeit des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB und damit für Begünstigungsstrafbarkeit aus § 257 Abs. 1 StGB wird vorgebracht, die Norm basiere konkurrenzrechtlich nicht auf dem – bisher auch hier zugrunde gelegten – Gedanken der mitbestraften bzw. straflosen Nachtat,³⁷ sondern auf dem der formellen Subsidiarität der Begünstigung gegenüber der Vortatbeteiligung.³⁸ Aus dieser Einordnung, der eine bloße gesetzgeberische Opportunitätsentscheidung zugrunde liege, folge, dass ein Rückgriff auf formell subsidiäre Strafnorm zulässig sei, wenn die Bestrafung aus der primären (d.h. aus der Vortatnorm) an einem Verfahrenshindernis wie der Verjährung scheitert, weil mit dem Wegfall des Opportunitätsgrundes dann das Strafbedürfnis wiederauflebe.³⁹ Gegen die Einordnung als mitbestrafte Nachtat wenden die Vertreter der für ein Wiederaufleben der Strafbarkeit bei Vortatverjährung plädierenden Ansicht vor allem ein, dass sie sich mit der Unterschiedlichkeit der Schutzobjekte von Vortat und Begünstigung nicht vereinbaren lasse, die bei letzterer (auch) in der Stärkung der generalpräventiven Wirkung der Vortatnorm gesehen wird.⁴⁰ Von einer „Bewertungseinheit zwischen Primär- und Nachtat, der zufolge nicht die eine Strafe die andere verdränge, sondern die Primärtat letztlich die allein maßgebliche Bewertungsgrundlage für das Gesamtgeschehen darstelle“⁴¹, könne bei unterschiedlicher Schutzrichtung von Vor- und Nachtat nicht die Rede sein.

³⁵ So *Altenhain* (Fn. 31), § 257 Rn. 35; *Mitsch* (Fn. 1), § 9 Rn. 61; *Blei*, JA 1974, 28.

³⁶ *St. Cramer* (Fn. 3), § 257 Rn. 31; *Fischer* (Fn. 7), § 257 Rn. 12; *Geppert*, Jura 1994, 441 (444) unter Aufgabe seiner in Jura 1980, 327 (330) geäußerten Gegenauffassung; *Hoyer* (Fn. 23), § 257 Rn. 32; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 257 Rn. 8; *Stree* (Fn. 2), § 257 Rn. 31; *ders.*, JuS 1976, 137 (138 f.).

³⁷ Bisweilen ist auch von einem auf dem Gedanken der mitbestraften Nachtat beruhenden persönlichen Strafausschlussgrund zu lesen, vgl. etwa *Ruß* (Fn. 32), § 257 Rn. 21; *Wolter*, GA 1996, 207 (222); sachlich ändert sich dadurch nichts.

³⁸ *Altenhain* (Fn. 31), § 257 Rn. 35; *Seel* (Fn. 34), S. 80 ff.; für Subsidiarität auch *Miehe*, in: Festschrift für Richard Honig zum 80. Geburtstag, 1970, S. 91 ff. (S. 127 ff.).

³⁹ *Altenhain* (Fn. 31), § 257 Rn. 35; ausführlich *Seel* (Fn. 34), S. 84 f.; von mitbestrafter Nachtat ausgehend, aber sonst übereinstimmend *Mitsch* (Fn. 1), § 9 Rn. 61 sowie *Geppert*, Jura 1980, 327 (330); anders aber nun *ders.*, Jura 1994, 441 (444).

⁴⁰ *Altenhain* (Fn. 31), § 257 Rn. 33, 5 f.; *Seel* (Fn. 34), S. 79 f.

⁴¹ So wörtlich *Geppert*, Jura 1994, 441 (444); vgl. allgemein zur Problematik der Bestrafung aus der Nachtat bei einer verjährten oder sonst nicht verfolgbaren Vortat (bejahend) BGHSt 38, 366 (368 f.); dazu (ablehnend) *Geppert*, JK 1993

Aber die Betonung der – angeblich – andersartigen Schutzrichtung der Begünstigung gegenüber der Vortat greift zu kurz. Das gilt allemal, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung als von § 257 StGB geschütztes Rechtsgut neben dem durch die Vortat beeinträchtigten Rechtsgut und der im Hinblick auf dieses mit einer beschränkten Restitutionsberechtigung versehenen Rechtspflege auch die generalpräventive Wirkung der Vortatnorm mit Blick für die Zukunft ansieht; denn dann verfolgt die durch § 257 Abs. 3 S. 1 StGB in ihrer Anwendung gesperrte Begünstigung ja zumindest auch den Zweck der der Vortatnorm immanenten Verhaltensnorm. Der darüber hinausgehende zukunftsorientierte Zweck der Verhinderung weiterer der Vortat vergleichbarer Taten tritt nur anlässlich der Vortatbegehung auf den Plan, stellt von dieser Warte aus gesehen einen unselbständigen Normzweck dar und ist als solcher nicht geeignet, die Bewertungseinheit von Vor- und Nachtat zu zerreißen: Gerade weil die Begünstigung im Hinblick auf das von ihr geschützte Rechtsgut und ihren Normzweck zur Vortat „teilakzessorisch“ ist, kann, sobald qua Verjährung normrelevante Gesichtspunkte der Vortat nicht mehr betroffen sind (materiellrechtliche Verjährungskomponente) bzw. aus Gründen des Rechtsfriedens die Vortat nicht mehr verfolgt werden soll (prozessuale Verjährungskomponente), allein der – nur vermeintlich noch bestehende – Normzweck der generalpräventiven Stärkung der Vortatnorm ein Wiederaufleben der Strafverfolgung nicht rechtfertigen.

Daher kann die Argumentation mit einer andersartigen Schutzrichtung der Begünstigung selbst dann eine Bestrafung aus § 257 Abs. 1 StGB nicht rechtfertigen, wenn man der Begünstigung – unzutreffender Weise – *allein* die Stärkung der generalpräventiven Wirkung der Vortatverhaltensnorm als Normzweck unterschiebt. Denn auch dann gälte es erst zu begründen, dass generalpräventive Erwägungen auch bei verjährter Vortat eine Verfolgung der Nachtat erfordern; und dafür sind keine Gründe ersichtlich.⁴² Als konkurrenzendogmatischer Ausgangspunkt verdient danach die überwiegende Ansicht den Vorzug, wonach die enge tatbestandliche und strafzumessungsmäßige Anbindung der Begünstigung an die Vortat diese bei Begehung sowohl der Vortatbeteiligung als auch der Begünstigung zu einer Bewertungseinheit (mitbestrafte Nachtat) zusammenschweißt.

Zugleich ist damit entschieden, dass bei Kategorisierung der Begünstigung gegenüber der Vortatbeteiligung als mitbestrafte Nachtat vom Normzweck des § 257 Abs. 1 StGB her

StGB Vor § 52/3; *ders.*, Jura 1982, 429; *Stree* (Fn. 2), Vor § 52 Rn. 116; i.S. der Rspr. aber *Otto*, Jura 1994, 276.

⁴² Auch *Seel* (Fn. 34), S. 81 f., gibt keine positive Erklärung dafür, dass bei einer verjährten Vortat eine Bestrafung aus § 257 generalpräventiv erforderlich ist, sondern setzt sich nur mit einer sinnvollen Erklärung des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB als formeller Subsidiaritätsklausel auseinander, indem er die Stimmigkeit der Norm *im Normalfall* mit einer Abschwächung des Rechtsgutsangriffs erklärt. Aber das ist angesichts der Strafraumenbindung nach § 257 Abs. 2 StGB sowie der eigenständigen Tatbestandsvertypung des § 257 Abs. 1 StGB wenig plausibel.

kein Anlass dafür besteht, durch strafrechtliche Ahndung der Nachtat das durch die Verjährung klar gewordene Wasser des Rechtsfriedens erneut zu trüben. Insbesondere wird die Verhaltensnorm des § 257 Abs. 1 StGB nicht dadurch in ihrer Geltung suspendiert, dass die Tat auf Konkurrenzebene und damit erst auf Ebene der Sanktionsnorm von der Verfolgung wegen Vortatverjährung ausgenommen würde. Die bisweilen allgemein – betreffend das Verhältnis einer verjährten Vortat zur Nachtat – geäußerten Bedenken, es gebe keinen Anlass, die Strafbewehrung zurückzunehmen, solange ein Restitutionsanspruch besteht⁴³, sind daher gleich doppelt unplausibel: Zum einen ist die Wirkkraft einer Nachtatpönalisierung gegenüber Vortatbeteiligten gering⁴⁴; zum anderen müssten, wollte man dem Einwand der Gegenansicht vollinhaltlich Rechnung tragen, die strafrechtlichen Verjährungsfristen denen des Zivilrechts angepasst werden. Nicht alles, was einmal bestraft werden konnte, muss strafbar bleiben oder es gar wieder werden, solange das Zivilrecht die Folgen der Vortat rückgängig machen kann. Das zeigt die Abwandlung von Fall 20: Der Diebstahl und auch die Beihilfe waren bereits im Jahr 2003 verjährt. Nach der Begünstigung des B lief die Verjährungsfrist abermals fünf Jahre bis 2010. Dass nach Verstreichen der kompletten Verjährungsfrist wieder das Strafrecht auf den Plan gerufen wird, stört den Rechtsfrieden weit nachhaltiger als dass der Vortatgeschädigte – der ja nicht rechtlos steht! – seine Rechte nur noch mit den Mitteln des Zivilrechts durchsetzen kann.

Schließlich erfordert die Beachtung des Wortlauts des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB besondere Aufmerksamkeit: Während sich zum Verhältnis einer verjährten Vortat(beteiligung) zur Nachtat anderswo bislang „nur“ Dogmatik gebildet hat, gibt hier das Gesetz in der Strafausschlussklausel des Abs. 3 S. 1 einen deutlichen Fingerzeig: Davon, dass die staatliche Strafberechtigung auch durchsetzbar sein muss, steht in § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nichts zu lesen – es heißt dort „strafbar ist“ und nicht etwa: „bestraft worden ist“ oder gar „noch bestraft werden kann“. Eine andere Lesart stellt jedenfalls im Bereich des § 257 StGB verbotene Analogie *in malam partem* dar (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB).⁴⁵

⁴³ Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 31), Vor § 52 Rn. 34.

⁴⁴ Zu diesem Aspekt Otto, in: Warda/Waider/von Hippel/Meurer (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 197 ff. (S. 214); Gropp, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, 1992, S. 274; Wolter, JuS 1982, 343 (348).

⁴⁵ So auch Schneider (Fn. 31), S. 171 f. – Der flankierende Verweis Schneiders auf die andernfalls fehlende verhaltensleitende Bestimmungsfunktion (scil. die Verhaltensnorm) des Strafrechts geht indessen fehl: Die Bestimmungsfunktion des § 257 Abs. 1 StGB wird durch Erwägungen auf Konkurrenzebene nicht im Mindesten tangiert, denn § 257 Abs. 3 S. 1 StGB betrifft erst die Sanktionsnorm bei der an den Rechtsanwender zu stellenden Frage, ob im konkreten Einzelfall aus § 257 Abs. 1 StGB bestraft wird. Der Verhaltensappell des § 257 Abs. 1 StGB wird durch Abs. 3 S. 1 also nicht geschmälert oder verunklart. Daher kann und muss „der Täter

Nach alledem verdient die Ansicht des herrschenden Schrifttums den Vorzug, wonach bei Verjährung der Vortat § 257 Abs. 3 S. 1 StGB anzuwenden ist mit der Folge, dass in Fall 20 – und erst Recht in der Abwandlung – B nicht wegen Begünstigung bestraft werden kann, weil eine strafbare (nur eben nicht per Strafe konkret sanktionierbare) Vortatbeteiligung gegeben ist.

b) Beruht § 257 Abs. 3 S. 1 StGB somit auf dem Gedanken der mitbestraften Nachtat, so besteht jedenfalls dahin Einigkeit, dass § 257 Abs. 3 S. 1 StGB dann nicht anzuwenden ist und demzufolge der Vortatbeteiligte wegen Begünstigung bestraft werden kann, wenn er bei der Begehung der Vortat ohne Schuld gehandelt hat, also etwa im unvermeidbaren Verbotsirrtum (§ 17 S. 1 StGB) oder im Zustand der Schuldunfähigkeit. Denn dann scheidet – anders als oben bei der verjährten Vortat – eine Bestrafung nicht erst aus prozeduralen Gründen, sondern bereits daran, dass der Vortatbeteiligte nicht i.S. des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB „strafbar“ ist. Problematisch und klausurträchtig ist in diesem Zusammenhang das Zusammenspiel von (möglicherweise) fehlender Vortatschuld und Verjährung der Vortat. Dazu

Fall 21: V hat bei einem Wohnungseinbruchsdiebstahl im Jahre 1990 ein wertvolles Gemälde von Gauguin erbeutet; dabei hat ihm B Beihilfe geleistet, indem er V das Einbruchswerkzeug geliefert hat. V möchte den Gauguin in seinem Keller stehen lassen, bis „Gras über die Sache gewachsen“ ist. Im Jahre 2002 bekommt B Wind davon, dass in der Wohnung und dem Keller des V eine Durchsuchung geplant sind. Gerade noch rechtzeitig stellen B und V den Gauguin bei B unter. B war bei der Lieferung des Einbruchswerkzeugs und der Tat infolge einer schweren Konversionsneurose schuldunfähig (§ 20 StGB). Hat sich B aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, indem er den Gauguin in seinem Keller untergestellt hat?

Abwandlung: Wie oben, nur war B möglicherweise schuldunfähig, möglicherweise aber auch schuldfähig. Ändert sich dadurch etwas am Ergebnis?

Im Ausgangsfall 21 besteht das Rechtsproblem darin, dass B bei der Beteiligung an der Vortat im Wege der Beihilfe schuldunfähig war, die schuldlose Vortat aber zugleich verjährt ist. In solchen Fällen – entsprechend dem allgemein anerkannten Grundsatz, dass die Strafbarkeit der Nachtat wiederauflebt, wenn aufgrund materiellrechtlicher Mängel (z.B. Schuldlosigkeit, Nichterweislichkeit, siehe auch unter 3.) aus der Vortat nicht bestraft werden kann⁴⁶ – ist ein Rückgriff auf die Nachtat und damit Bestrafung aus § 257 Abs. 1 StGB nach einhelliger Auffassung „im Prinzip“ zulässig; es stellt sich aber die Frage, wie sich die in diesem Fall hinzutretende Verjährung auswirkt. Auf den ersten Blick

als Adressat der Strafbestimmung“ sein Verhalten unabhängig vom Eingreifen des Abs. 3 S. 1 an § 257 Abs. 1 StGB, der im Zeitpunkt des Handlungsvollzugs gilt, ausrichten.

⁴⁶ Rissing-van Saan, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 52 Rn. 162 m.w.N. in Fn. 554.

scheint es auf die Verjährung der Vortat nicht anzukommen, denn B ist in Bezug auf die Vortatbeteiligung ja bereits aus materiellrechtlichen und damit deliktssystematisch vorrangigen Gründen straflos. Da sich in Bezug auf die Nachtat des § 257 Abs. 1 StGB – die, wie oben unter a) gesehen, in ihrer Strafbarkeit von der Vortatverjährung abhängt – aber das Verhältnis von Schuld und Verjährung gleichsam „umkehrt“ und für den Begünstiger die Vortatverjährung günstiger ist als die Schuldlosigkeit bei der Vortat, kann es sich für den Begünstiger nicht verschlechternd auswirken, dass hinsichtlich der Vortatbeteiligung zum Straflosigkeitsgrund der Verjährung auch noch die Schuldlosigkeit der Vortatbeteiligung hinzukommt. Im Ausgangsfall 21 ist also der Umstand, dass B bei der Vortat schuldunfähig war, außer Betracht zu lassen; wegen der Vortatbeteiligung und trotz ihrer Verjährung greift § 257 Abs. 3 S. 1 StGB, so dass B aus § 257 Abs. 1 StGB nicht mehr bestraft werden kann.⁴⁷

In der Abwandlung zu Fall 21 steht die Strafbarkeit aus der Vortatbeihilfe wegen möglicherweise fehlender Schuld nicht fest; sicher ist aber Verjährung eingetreten. In solchen Fällen greifen die zum Ausgangsfall erarbeiteten Grundsätze erst Recht; weil bei möglicherweise fehlender Vortatschuld eindeutig aus § 257 Abs. 1 StGB zu verurteilen wäre (unter 3.), kommt es darauf an, ob dem § 257 Abs. 3 S. 1 StGB entgegensteht. Das ist nach den Ausführungen zum Ausgangsfall und oben unter a) der Fall. B kann also auch in der Abwandlung wegen § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht aus § 257 Abs. 1 StGB bestraft werden.

3. Nicht zweifelsfrei erwiesene Vortatbeteiligung bei feststehender erwiesener Begünstigungshandlung

a) Grundsätzliches: Postpendenzfeststellung und § 257 Abs. 3 S. 1 StGB

Problematisch und auch schon Gegenstand von Klausuren beider Staatsexamina gewesen ist die Konstellation, dass die Vortatbeteiligung des Begünstigers bzw. des an der Begünstigung Beteiligten nicht erwiesen ist, wohl aber die Begünstigung selbst. In einer solchen Situation hängt an sich die Bestrafung des Begünstigers aus § 257 Abs. 1 StGB davon ab, dass er an der Vortat nicht beteiligt ist; denn andernfalls griffe ja auf Konkurrenzebene der persönliche Strafausschlussgrund des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB. Dazu

Fall 22: V hat einen Einbruchdiebstahl begangen; ob B daran mittäterschaftlich beteiligt war, lässt sich in der Hauptverhandlung nicht klären. Fest steht aber zur Überzeugung des Gerichts, dass B den V nach gelungenem „Bruch“ mit der Beute, einem wertvollen Gemälde von Degas, ins Ausland gefahren hat. Wie wird das Gericht den B verurteilen?

Wie immer bei Sachverhaltsungewissheiten sind die einzelnen Sachverhaltsalternativen für sich zu prüfen. Daraus folgt, dass in der ersten Sachverhaltsalternative – B war mittäterschaftlich an der Vortat beteiligt – B wegen Diebstahls in

einem besonders schweren Fall in Mittäterschaft zu verurteilen ist; eine Verurteilung wegen Begünstigung scheitert an § 257 Abs. 3 S. 1 StGB. In der zweiten Sachverhaltsalternative hingegen – B war nicht an der Vortat, dem Diebstahl des Degas, beteiligt – steht § 257 Abs. 3 S. 1 StGB mangels Vortatbeteiligung einer Verurteilung des B wegen Begünstigung nicht entgegen. Betrachtet man die einzelnen Sachverhaltsalternativen jeweils für sich, so wäre nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* B freizusprechen, weil ihm keiner der in Betracht kommenden Lebenssachverhalte mit der notwendigen Sicherheit im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) nachgewiesen werden kann. Aber damit würde im Ergebnis so getan, als hätte sich B weder nach der einen noch nach der anderen Seite hin strafbar gemacht.⁴⁸ Zu erwägen ist deshalb eine wahlweise Verurteilung des B „wegen Diebstahls oder Begünstigung“ nach den Grundsätzen der ungleichartigen Wahlfeststellung. Diese ist bei einer mehrdeutigen Tatsachengrundlage (mehrere in Betracht kommende Sachverhalte) dann möglich, wenn die sich aus den Sachverhaltsalternativen ergebenden Tatbestände „rechtsethisch und psychologisch vergleichbar“⁴⁹ sind und das Gericht sicher ist, dass auf der Grundlage des einen oder des anderen Lebenssachverhalts der eine oder andere Straftatbestand volldeliktisch erfüllt ist; der BGH hat diese Frage in einem ähnlich gelagerten Sachverhalt bejaht und sich dabei auf die Ähnlichkeit der durch die §§ 242, 257 StGB geschützten Rechtsgüter berufen; durch die Begünstigung werde der durch den Vortatdiebstahl „angerichtete Vermögensschaden unmittelbar verstärkt und vertieft.“⁵⁰ Im Hinblick darauf, dass § 257 StGB auch das Unterlaufen des staatlichen Isolierungsinteresses bezüglich des Vortäters aus Generalpräventionsgründen pönalisiert, lässt sich (insbesondere die rechtsethische) Vergleichbarkeit gleichwohl mit guten Gründen bestreiten, aber auch Vergleichbarkeit unter Verweis auf die Ähnlichkeit zwischen § 257 StGB und der Vortatbeihilfe bejahen; aber auf die Frage der Vergleichbarkeit kommt es nicht an, wenn trotz der Sachverhaltsunklarheit in Fall 22 eine eindeutige Verurteilung des B aus § 257 Abs. 1 StGB möglich ist, denn eine eindeutige Verurteilung ist gegenüber der wahldeutigen logisch vorrangig. In Fällen wie dem vorliegenden ermöglicht das Institut der Postpendenzfeststellung eine solche eindeutige Verurteilung. Anders als in den durch wechselseitige Sachverhaltsungewissheit („Entweder Sachverhalt A oder Sachverhalt B“) gekennzeichneten typischen Wahlfeststellungsfällen steht in Fall 22 nämlich fest, dass B dem V tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft Hilfe geleistet hat; erst auf Konkurrenzebene stritte im – nicht feststehenden – Fall der Vortatbeteiligung des B ein persönlicher Strafausschlussgrund dafür, B wegen Begünstigung

⁴⁸ Geppert, Jura 1994, 441 (445).

⁴⁹ Nachweise bei Rudolphi/Wolter, in: Rudolphi u.a. (Fn. 23), Anhang zu § 55 Rn. 31.

⁵⁰ BGHSt 23, 360 (361, *Hervorhebung durch Verf.*) unter Berufung auf die Vergleichbarkeit der §§ 242, 259 StGB einerseits sowie der §§ 259, 257 StGB andererseits, die auf eine hinreichende Ähnlichkeit der §§ 242, 257 StGB schließen lasse.

⁴⁷ So auch Hoyer (Fn. 23), § 257 Rn. 32; Stree (Fn. 2), § 257 Rn. 32; zweifelnd St. Cramer (Fn. 3), § 257 Rn. 31 mit Fn. 148.

nicht zu bestrafen. Es liegt mithin anders als in den Wahlfeststellungsfällen, in denen „doppelte Sachverhaltensungewissheit“ besteht, ein Fall nur einseitiger Sachverhaltensungewissheit vor – allein unklar ist, ob B bei dem Diebstahl beteiligt war. Diese „einseitige Sachverhaltensungewissheit“ hat, so könnte man sagen, eine „doppelte Rechtsnormungewissheit zur Folge“⁵¹ (§ 242 StGB oder § 257 StGB). Dieses Problem wird nach ganz herrschender Meinung nicht im Wege wahldeutiger Verurteilung gelöst (also nicht etwa: „B ist schuldig des Diebstahls oder der Begünstigung“), sondern durch eindeutige Verurteilung wegen Begünstigung („B ist schuldig der Begünstigung“). Der Grund liegt darin, dass das möglicherweise erfüllte Vortatverhalten – wenn es denn erfüllt wäre – ein zusätzlicher Unrechtsvorwurf wäre, der *in dubio pro reo* dem B nicht zum Vorwurf gemacht werden darf, andererseits aber auch nicht gemäß § 257 Abs. 3 S. 1 StGB im Hinblick auf das eindeutig schuldhaft verwirklichte Begünstigungsunrecht entlastend wirken darf.⁵² Wirkt der im Hinblick auf die Vortat bestehende Beweismangel sich lediglich im Konkurrenzbereich aus (sog. „konkurrenzenrelevante“ Postpendenz), so besteht kein Anlass, die nicht erwiesene Tat auch dann gegenüber der (an sich mitzubestrafen) Nachtatbegünstigung konsumierend wirken zu lassen, wenn das an sich konsumierende Delikt nicht erwiesen ist. In Fall 22 kann das Gericht bei der Beurteilung des feststehenden Nachtatsachverhalts und der in Betracht kommenden Begünstigungsstrafbarkeit des B somit außer Betracht lassen, dass B möglicherweise Mittäter der Diebstahlsvortat war; es wird den B eindeutig wegen Begünstigung verurteilen.

b) Postpendenzfeststellung und Schlechterstellungsverbot gemäß § 257 Abs. 2 StGB – zur strafzumessungsrechtlichen Bedeutung des Zweifelssatzes bei eindeutiger Verurteilung wegen Begünstigung

Den mit der Rechtsfigur der Postpendenz verbundenen Problemen im Hinblick auf den Zweifelssatz und den Abgrenzungsschwierigkeiten zur Wahlfeststellung kann an dieser Stelle selbstverständlich nicht im Detail nachgegangen werden,⁵³ klarstellend erwähnt sei nur, dass im hier zu besprechenden Fall der sog. „konkurrenzenrelevanten“ Postpendenz keineswegs der Grundsatz *in dubio pro reo* unterlaufen wird, indem bei der Prüfung der Begünstigungsnachtat *contra reum* die Annahme unterstellt wird, der Begünstiger sei nicht Vortatbeteiligter gewesen. Eine solche aktive Unterstellung findet überhaupt nicht statt; es wird nur die Möglichkeit der Vortatbeteiligung gedanklich außer Betracht gelassen. Der Grundsatz *in dubio pro reo* zwingt nämlich nicht dazu, bei der Nachtatprüfung zu unterstellen, dass der Begünstiger die konsumierende Vortat begangen hat, wohingegen bei der Vortatprüfung das Gegenteil zugrunde gelegt wird; der Zweifelssatz fordert nur, dass das im Hinblick auf die Vortat bestehende *non liquet* dem Angeklagten nicht zum Nachteil

gereicht,⁵⁴ und das wäre nur der Fall, wenn das *non liquet* bei der Beurteilung der Vortat als Grundlage einer Verurteilung herangezogen würde. Dass es bei der Beurteilung der Nachtat unbeachtet bleibt, bedeutet jedenfalls dann keinen Nachteil, wenn der Begünstiger „in Konsequenz der ungeklärten Beweislage aus dem jedenfalls erwiesenen Folgesachverhalt wegen eines Delikts verurteilt wird, dessen Unrechts- und Schuldgehalt bei festgestellter Vortat durch deren Bestrafung mitabgegolten würde“⁵⁵. Der Gedanke der mitbestraften Nachtat (Konsumtion), auf dem § 257 Abs. 3 S. 1 StGB beruht, greift nicht ein, wenn die Bewertungseinheit des § 257 Abs. 3 S. 1 zerrissen ist; doch ist genau das der Fall, lässt sich nicht klären, ob die Vortat nicht (oder nicht schuldhaft) begangen wurde.

Bei der Begünstigung ist positivrechtlich in § 257 Abs. 2 StGB, der eine Bindung des Begünstigungsstrafrahmens an den der Vortat normiert, geregelt, dass eine Schlechterstellung des Begünstigers und möglichen Vortatbeteiligten bei einer eindeutigen Verurteilung aus § 257 Abs. 1 StGB nicht erfolgen kann (ausführlich unten IX.). Der in dieser Norm zum Ausdruck kommende Grundgedanke kann nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* trotz eindeutiger Verurteilung zu beachten sein. Beispielhaft

Fall 23: Es kann nicht geklärt werden, ob B Beihilfe zu einer Unterschlagung (§ 246 Abs. 1 StGB) des V geleistet hat. Sicher zu Überzeugung des erkennenden Gerichts steht aber fest, dass B das von V unterschlagene Fabergé-Ei vor der Polizei versteckt hat, um es dem V zu erhalten. Aus welchem Strafraum ist B zu verurteilen?

Hier besteht das Problem, dass das erkennende Gericht, verurteilt es entsprechend den obigen Ausführungen den B eindeutig aus § 257 Abs. 1, die Strafe aus einem Delikt mit höherer Strafobergrenze (§ 257 Abs. 1 StGB: fünf Jahre; §§ 246 Abs. 1, 27 Abs. 1, 2, 49 Abs. 1 Ziff. 2 StGB: 2 Jahre und drei Monate) als der der Vortat zumessen müsste; damit das nicht geschieht, ist in derartigen Fällen der Postpendenzfeststellung § 257 Abs. 2 StGB – der direkt nur die Anbindung des Begünstigungsstrafrahmens an den der Vortat, also an den eines vom Vortäter *sicher* begangenen Delikts regelt – analog anzuwenden. In Anwendung dieses Gedankenschritts beträgt die Höchststrafe für B also – zunächst – maximal drei Jahre (§§ 257 Abs. 2, 246 Abs. 1 StGB).

In einem darauf folgenden zweiten Gedankenschritt ist stets zu fragen, ob die Strafe des wegen Begünstigung eindeutig Verurteilten individuell noch milder hätte ausfallen müssen. Wäre der Strafraum des eindeutig aus § 257 Abs. 1 StGB Verurteilten bei erwiesener Vortatbeteiligung

⁵¹ So die terminologische Unterscheidung bei Küper, in: Warda/Waider/von Hippel/Meurer (Fn. 44), S. 65 ff. (S. 73).

⁵² Geppert, Jura 1994, 441 (446); Richter, Jura 1994, 130 (133).

⁵³ Einführend zu Wahl- und Postpendenzfeststellung jüngst Norouzi, JuS 2008, 17, 113.

⁵⁴ Vgl. Küper (Fn. 51), S. 76 f. mit Fn. 57 (gegen Deubner, JuS 1962, 21, der davon ausgeht, dass Gericht müsse wegen des Zweifelssatzes bei der Prüfung des Nachtat die für den Täter günstigen Umstände berücksichtigen); klärend auch Küper, Probleme der Hehlerei bei ungeklärter Vortatbeteiligung, 1989, S. 12 ff.: „Durchbrechung (Begrenzung)“ des Prinzips *in dubio pro reo*.

⁵⁵ So Küper (Fn. 51), S. 77.

gemäß § 27 Abs. 2 S. 2 StGB oder gemäß § 28 Abs. 1 StGB bzw. aufgrund einer Tatbestandsverschiebung nach § 28 Abs. 2 StGB gegenüber der des Vortäters zusätzlich individuell zu mildern gewesen, so gebietet der Grundsatz in dubio pro reo (der also trotz eindeutiger Verurteilung aus § 257 Abs. 1 StGB auf Strafzumessungsebene noch relevant ist) die Heranziehung des für den eindeutig Verurteilten günstigsten Strafrahmens. Mit einer Analogie zu § 257 Abs. 2 StGB hat dieser zweite Schritt freilich nichts mehr zu tun, denn dabei wird nicht auf den Strafrahmen des Vortäters, sondern auf den individuell an die Verhältnisse des Begünstigers angepassten abgestellt. Danach muss in Fall 23 bei der Strafzumessung des B trotz eines eindeutigen Schuldspruchs wegen Begünstigung analog § 257 Abs. 2 StGB der mildere (und nochmals gemäß §§ 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB gemilderte) Strafrahmen der Vortat zugrunde gelegt werden, so dass B mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren und drei Monaten zu bestrafen ist (§§ 257 Abs. 2, 246 Abs. 1, 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB).

c) Eindeutige Verurteilung wegen Begünstigung bei möglicher alleintäterschaftlicher Vortatbegehung – „tatbestandsrelevante Postpendenz“?

Anders liegen die Dinge bei der Postpendenzfeststellung nach herrschender Ansicht, wenn die einseitige Vortatungewissheit bereits die Tatbestandsmäßigkeit der Nachtat ins Wanken bringt; dies ist der Fall bei möglicher *alleintäterschaftlicher* Vortatbegehung, denn Alleintäter der Vortat können bereits tatbestandlich nicht Begünstiger sein. Zwar mag man wegen des Feststehens des Nachtatverhaltens auch hier von „Postpendenz“ sprechen; jedoch steht (wegen der *tatbestandlichen* Abhängigkeit der Begünstigung vom Fehlen der alleintäterschaftlichen Vortatbegehung) gerade nicht fest, dass dieses Verhalten, die in Vorteilssicherungsabsicht geleistete Nachtathilfe, auch tatbestandlich § 257 StGB erfüllt. Im Anschluss an Küper⁵⁶ bietet sich daher der Terminus „tatbestandsrelevante Postpendenz“ an. Weil wegen der tatbestandlichen Abhängigkeit der Begünstigung von der Vortat die Schuld des Täters bezüglich § 257 Abs. 1 StGB nicht feststeht, das Schuldprinzip ein solches Feststehen aber fordert, nimmt die herrschende Meinung an, bei möglicher alleintäterschaftlicher Vortatbegehung sei eine eindeutige Verurteilung aus dem Nachtatsachverhalt unmöglich, eine Verurteilung folglich an die Voraussetzungen der Wahlfeststellung und damit insbesondere an das Kriterium der „rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit“ geknüpft. Dazu

*Fall 24*⁵⁷: B hat den V begünstigt. Nicht geklärt werden kann, ob B an der Vortat, einem Diebstahl, mittäterschaftlich neben V beteiligt war oder ob B den Diebstahl alleintäterschaftlich begangen und V dazu nur Beihilfe geleistet hat oder ob B mit der Vortat, die V dann alleintäterschaftlich begangen hätte, gar nichts zu tun hatte. Strafbarkeit des B aus § 257 Abs. 1 StGB? Welcher Strafrahmen ist heranzuziehen?

Soweit es die Frage betrifft, wie sich die Sachverhaltsalternativität zwischen Vortat*nicht*beteiligung, Vortatbeteiligung als Mittäter und Vortatbeteiligung als Gehilfe auswirkt, kann auf oben a) und b) verwiesen werden: Nach heute praktisch unangefochtener Meinung wäre *insoweit* – nämlich als keine weitere Sachverhaltsalternative hinsichtlich der Vortat in Frage kommt – eine eindeutige Verurteilung aus § 257 Abs. 1 StGB möglich, § 257 Abs. 3 S. 1 StGB griffe nicht; klärungsbedürftig wäre nur, dass bei möglicher Vortat*beihilfe* der nach §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 gemilderte Strafrahmen *in dubio pro reo* der gesamten Nachtatbeurteilung auf Strafzumessungsebene zugrunde zu legen ist.

Indessen tritt in Fall 24 als weitere Vortatsachverhaltsalternative hinzu, dass B Vortat*alleintäter* war und als solcher später seinem Gehilfen V Hilfe i.S. des § 257 Abs. 1 StGB geleistet hat. Auf der Grundlage des überwiegend vertretenen „tatbestandsrelevanten“ Postpendenzverständnisses ließe sich eine eindeutige Verurteilung des B aus § 257 Abs. 1 nicht erreichen, da hierfür eine jedenfalls tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Begünstigung erforderlich wäre, eine alleintäterschaftliche Begehung der Vortat aber schon die Tatbestandsmäßigkeit der Begünstigung entfallen ließe. Der BGH hat zu einem dem Fall vergleichbaren Sachverhalt denn auch eine wahldeutige Verurteilung wegen (alleintäterschaftlichen) Diebstahls oder Begünstigung (bei ungeklärter sonstiger Vortatbeteiligung) für richtig gehalten.⁵⁸ Sind also das Ob und gegebenenfalls die Art der Vortatbeteiligung ungeklärt, so findet, plastisch gesprochen, eine Kumulation von Wahlfeststellung und Postpendenz statt, an deren Ende als Ergebnis (bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen) eine wahlweise Verurteilung steht.

Gegen dieses Ergebnis, das eine Ungleichbehandlung der ungeklärten Vortat*alleintäterschaft* (Ausschluss des Tatbestandes nach § 257 Abs. 1 StGB) gegenüber sonstigen Vortatbeteiligungen (Strafbarkeitsausschluss nach § 257 Abs. 3 S. 1 StGB) beinhaltet, hat sich insbesondere Küper⁵⁹ ausgesprochen, der „den Sinn derartiger heteronomer, vortatbezogener Tatbestandseinschränkungen in ihrem konkurrenzregulierenden Charakter“ sieht, weshalb es sich bei der Begünstigungstatbestandslosigkeit der Hilfeleistung eines Vortat*alleintäters* um eine „Konkurrenzentscheidung auf Tatbe-

⁵⁸ BGHSt 23, 360 (361); so auch Geppert, Jura 1994, 441 (446).

⁵⁹ Küper (Fn. 54), S. 35 ff. (zur ähnlich gelagerten Problematik bei § 259 StGB). – Für den hiesigen Zusammenhang der möglichen alleintäterschaftlichen Begehung der Vortat des § 257 StGB kommt auch Wolter, der eine tatbestandsrelevante Postpendenzfeststellung eigentlich nur zulassen möchte, wenn eine wahlweise Verurteilung mangels Vergleichbarkeit der Straftatbestände unstatthaft ist (vgl. Wolter, Wahlfeststellung und in dubio pro reo, S. 40 f., 88 ff.; ders., Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, S. 126 f.; ders., GA 1974, 161 [166 f.]; dagegen Küper [Fn. 54], S. 31 ff.), zu dem Ergebnis, dass eine *eindeutige* Begünstigungsstrafbarkeit ausscheiden muss und der präsumtive Nachtäter mangels Wahlfeststellungsfähigkeit von Diebstahl und Begünstigung freizusprechen ist (Wolter, GA 1974, 161 [168 f. mit Fn. 61]).

⁵⁶ Küper (Fn. 54), S. 25.

⁵⁷ Nach BGHSt 23, 360.

standsebene“ handle, die „alle wesentlichen Elementen eines bestimmten Deliktstypus entspricht“; bei einer Störung des Funktionszusammenhangs – also bei Vortatungewissheit bezüglich möglicher Alleintäterschaft – „wird die Einschränkung [scil. der Tatbestandslosigkeit der Hilfeleistung des Vortäters] gegenstandslos“⁶⁰ – eben weil das grundsätzlich existente tatbestandsrelevante Konkurrenzproblem sich *in concreto* nicht mehr stellt und deshalb der Sinn des *Tatbestandsausschlusses* nicht mehr tangiert ist.

Doch dabei dürfte es sich im Bereich des § 257 Abs. 1 StGB um verbotene Analogie *in malam partem* (Art. 103 Abs. 2 StGB, § 1 StGB) handeln; eine eindeutige, d.h. unter Außerachtlassung der die Sachverhaltsgewissheiten überwindenden Wahlfeststellung limitierenden Vergleichbarkeitskriterien erfolgte Verurteilung ist angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlautes unstatthaft; das ist besonders virulent, wenn man Wahlfeststellung zwischen §§ 242 StGB und § 257 StGB für unzulässig hält,⁶¹ weil damit eine eindeutige Verurteilung aus § 257 Abs. 1 StGB dort erfolgte, wo eine wahldeutige aus § 242 StGB oder § 257 StGB unzulässig wäre und daher ein Freispruch erfolgen müsste. Vorbereitende Unterstützung einer eigenen Tat ist als solche *sub specie* § 27 StGB auch tatbestandslos. Darüber hinaus beruht der von Küper vertretene Ansatz auf einer problematischen stillschweigenden Annahme: Der *Sinn* des Tatbestandsausschlusses sei nicht tangiert, weil der die Bewertungseinheit von Vor- und Nachtat legitimierende Zusammenhang zerrissen sei, wenn sich die Vortatbeteiligung nicht nachweisen lasse. Doch damit ist noch nicht erklärt, warum bei der Bewertung (schon) des Unrechtstypus der Nachtat auf Tatbestandsebene gerade der Sinn des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB relevant sein, warum also – mit anderen Worten – die „heteronome, vortatbezogene Tatbestandseinschränkung“ des § 257 Abs. 1 StGB nur eine konkurrenzregulierende Funktion haben soll. Auf einer reinen Konkurrenzregelung gründet die Begünstigungstatbestandslosigkeit der Nachtathilfeleistung des Vortatalleintäters bei näherem Zusehen nämlich gerade nicht oder jedenfalls nicht ausschließlich. Dass eine Begünstigung schon tatbestandlich nur begehen kann, wer die Vortat nicht alleintäterschaftlich begangen hat, folgt schon aus der Beihilfeähnlichkeit der (wenn auch tatbestandlich vertypten) Begünstigung (*cum grano salis*: „Nachtatbeihilfe“), die sich als akzessorische Unterstützung einer *fremden* Tat darstellt.⁶² Beruht die gesetzgeberische Entscheidung für eine – bei Vortatalleintäterschaft – „tatbestandslose Nachtat“ nicht (ausschließlich) auf Konkurrenzenerwägungen, die auf Tatbestandsebene vorverlegt wurden, so muss diesem – mindestens zusätzlichen – Grund für die Tatbestandslosigkeit auch

⁶⁰ Küper (Fn. 54), S. 36 ff.

⁶¹ So mit einiger Berechtigung Wolter, GA 1974, 169 mit Fn. 61, der freilich – mindestens unpräzise – auf die Zugehörigkeit der „Begünstigung als Rechtspflegedelikt“ und der daraus folgenden „Zugehörigkeit zu einem anderen Normkreis“ abhebt.

⁶² So dürfte auch Wolter, GA 1974, 169 mit Fn. 61 a.E. (zu § 257 StGB a.F.) zu verstehen sein; erwogen auch von Küper (Fn. 54), S. 57 (zur Parallelproblematik bei § 259 StGB).

durch eine angemessene Differenzierung der Rechtsfolgen Rechnung getragen werden. Und schließlich spricht für die Lösung über eine der Tatbestandslosigkeit der Hilfeleistung des Vortatalleintäters Rechnung tragende wahldeutige Verurteilung bzw. – bei Fehlen der Vergleichbarkeitsvoraussetzungen – über einen Freispruch, auch, dass, ließe man die tatsachenalternative Vortat im Schuldspruch außen vor, die vortatbezogene Limitierung des Strafrahmens nach § 257 Abs. 2 StGB verloren ginge. Selbstverständlich könnte man auch bei eindeutiger Verurteilung bei der Zumessung der Strafe auf den analog § 257 Abs. 2 StGB nach oben hin limitierten Vortatstrafrahmen rekurren; indes hinge, gerade weil diese Norm nach hier vertretenem Standpunkt nur analog angewandt werden kann, die gegenüber dem Regelstrafrahmen des § 257 Abs. 1 StGB modifizierte Strafzumessung gleichsam in der Luft. Im Ergebnis ist daher eine wahldeutige Verurteilung zwischen Vortatalleintäterschaft und Begünstigung vorzunehmen bzw. – wenn man die Normen für nicht vergleichbar hält – freizusprechen. In Fall 24 ist B daher – je nach Standpunkt – wahldeutig aus § 242 StGB oder aus § 257 StGB zu verurteilen bzw. freizusprechen. Entscheidet man sich für Verurteilung, so ist bezüglich der Wahl des zugrundezulegenden Strafrahmens einmal mehr *in dubio pro reo* die günstigste Alternative heranzuziehen: der gemäß §§ 242, 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB gemilderte Strafrahmen wegen Beihilfe zum Diebstahl.

4. Zusammentreffend von formeller Subsidiaritätsklausel aus § 246 Abs. 1 a.E. StGB und § 257 Abs. 3 S. 1 StGB

Oben unter 3. b) wurde stillschweigend unterstellt, dass im Verhältnis von § 246 StGB und § 257 StGB erstere Norm anwendbar ist bzw. sich gegebenenfalls nach § 257 Abs. 3 S. 1 StGB durchsetzt; angesichts des gegenüber der (einfachen) Unterschlagung schwereren Strafrahmens der Begünstigung stellt sich indes die Frage, ob im Verhältnis von Unterschlagung und Begünstigung nicht wegen der Anordnung formeller Subsidiarität gemäß § 246 Abs. 1 a.E. StGB nur Begünstigung als eine mit schwererer Strafe bedrohte Vorschrift einschlägig ist. Andererseits stellt § 257 Abs. 3 S. 1 auch von einer gegebenenfalls schwereren Begünstigungshaftung frei, wenn der Begünstiger an der Vortat beteiligt war. Dieses Problem, das man als „Kollision von Subsidiaritäts- und Nachtatsklausel“ bezeichnen könnte, tritt auf, wenn der Mittäter einer Unterschlagung einen anderen Komplizen begünstigt, so in

Fall 25: V und B begehen gemeinsam eine Unterschlagung. Wenig später hilft B dem V, sich mit der unterschlagenen Beute ins Ausland abzusetzen, indem er den V nach Liechtenstein fährt. Strafbarkeit des B nach § 246 Abs. 1 StGB oder nach § 257 Abs. 1 StGB?

Die tatbestandlich, rechtswidrig und schuldhaft erfüllte Begünstigung des B ist gegenüber der mittäterschaftlichen Unterschlagung i.S. des § 246 Abs. 1 a.E. StGB mit schwererer Strafe bedroht. Jedoch war B als Mittäter der Unterschlagung an dieser tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft beteiligt; angesichts der formellen Subsidiarität des § 246

Abs. 1 stellt sich aber die Frage, ob B wegen Unterschlagung „strafbar“ ist. Läse man die Vorschrift so, dass eine Strafbarkeit des B aus §§ 246, 25 nicht einschlägig ist, müsste B aus § 257 StGB bestraft werden (freilich wegen der Unterschlagung des V mit der Obergrenze des § 246 Abs. 1, vgl. § 257 Abs. 2 StGB); hätte sich B hingegen i.S. des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB wegen mittäterschaftlicher Unterschlagung strafbar gemacht, so liefe die Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs. 1 a.E. StGB im Verhältnis zu § 257 StGB leer. In eben jenem letzteren Sinne wird man das Problem der Kollision von § 246 Abs. 1 a.E. StGB mit § 257 Abs. 3 S. 1 StGB aber aufzulösen haben; denn wegen der Strafrahenlimitierung des § 257 Abs. 2 StGB, die den Begünstigungsstrahfen der Höhe nach durch den der Unterschlagung begrenzt, ist keine schwerer Begünstigungsstrafbarkeit angedroht⁶³, so dass die Subsidiaritätsklausel der Unterschlagung nicht greift und sich die Nachtatsklausel des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB durchsetzt. Daher ist in Fall 25 § 246 Abs. 1 a.E. StGB nicht einschlägig, so dass B nur aus §§ 246 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB, gemäß § 257 Abs. 3 S. 1 StGB aber nicht wegen Begünstigung bestraft wird.

⁶³ Vgl. *Fischer* (Fn. 7), § 246 Rn. 23d.