

Probleme der Begünstigung (§ 257 StGB) – Teil 3*

Von Ass. iur. Jan Dehne-Niemann, Karlsruhe

VI. Rückausnahme von § 257 Abs. 3 S. 1 StGB: Die „Unrechtsverstrickungsklausel“ des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB

Im Grundsatz ist nicht nur der aus der Vortat strafbare Begünstigungstäter, sondern – *a fortiori* § 257 Abs. 3 S. 1 StGB – auch ein aus der Vortat strafbarer Begünstigungsteilnehmer straflos.¹ Davon macht § 257 Abs. 3 S. 2 StGB eine schwer erklärliche und „weithin nicht akzeptierte“² Rückausnahme, indem der Vortäter/Vortatteilnehmer, der einen Vortatunbeteiligten zur Begünstigung anstiftet, zusätzlich zur Vortatstrafbarkeit wegen Anstiftung zur Begünstigung bestraft werden soll.³ Gemäß der limitierten Akzessorietät der Anstiftung kommt es auf die schuldhafte Begehung der Begünstigung nicht an; umgekehrt ist – wiederum aus Gründen der limitierten Akzessorietät – § 257 Abs. 3 S. 2 StGB auch dann unanwendbar, wenn die Vortatbeteiligung des Angestifteten nur tatbestandsmäßig-rechtswidrig, nicht aber schuldhaft erfolgte.⁴

1. *Sedes materiae* der Bedenken gegen § 257 Abs. 3 S. 2 StGB: Konkurrenzdogmatische Ungereimtheit und Inkonsequenz

Die Problematik der Norm liegt in Wahrheit weniger in der Unrechtsverstrickung des Anstifters⁵ – denn die Norm wirkt nicht strafunrechtsbegründend –, sondern auf Konkurrenzebene, indem sie den Gedanken der mitbestraften Nachtat bzw. der formellen Subsidiarität ausschließt,⁶ mithin strafbarkeitserhaltend. Mit Unrechts- oder gar Schuldverstrickung

auf Ebene der Unrechtsbegründung hat die § 257 Abs. 3 S. 2 StGB folglich nichts zu tun. Ein Unrechtsverstrickungsgedanke wäre § 257 Abs. 3 S. 2 StGB nur zu attestieren, wenn die Norm den Strafgrund der Anstiftung gegenüber der allgemeinen Norm des § 26 StGB modifizieren würde; das ist ersichtlich nicht der Fall, setzt doch die Norm eine tatbestandsmäßig-vorsätzliche, rechtswidrig und schuldhafte Anstiftung schon voraus. Soweit ersichtlich, kommt ja niemand auf die Idee, jemanden der Anstiftung zur Begünstigung für schuldig zu halten, wenn sich der Anstiftende mit der Anstiftungshandlung gegen ein ihm gegenüber geschütztes Rechtsgut wendet. Zur Erläuterung

Fall 26: A hat den V bei einem Raub unterstützt, bei dem dieser infolge eines error in objecto eine dem A gehörende Sache weggenommen hat. Da bei V eine Hausdurchsuchung droht und A keinen eigenen Keller hat, überredet A den B, seinen Keller als vorübergehenden Aufbewahrungsort zur Verfügung zu stellen. B lässt sich darauf ein.

B hat den V begünstigt, A hat seinen Tatentschluss hervorgehoben. Nach herrschender Auffassung wirkt sich die Identität von Vortatgeschädigtem und Vortatgehilfen in Bezug auf die Vortat (Raub des V) für den A als vollendete Beihilfe zum Raubversuch aus; die Unrechtsrelativität, welche erfordert, dass sich das vom Haupttäter V angegriffene Rechtsgut auch gegenüber dem Gehilfen als geschützt erweist, reduziere also nur die Haupttat auf Versuchsniveau, nicht aber die Beihilfe insgesamt.⁷ Indem nun B den A begünstigt, liegt ebenfalls eine (auch) gegen das Rechtsgut Eigentum des V gerichtete Delikt, nämlich § 257 StGB, als präsumtive Haupttat vor. Den A könnte man deshalb nur auf der Basis einer das Wesen der Anstiftung als Unrechtsverstrickung deutenden Ansicht der Anstiftung zur Begünstigung für strafbar halten; ebenso, wie man keine gegen sich selbst gerichtete Tat täterschaftlich begünstigen kann (ZJS 2009, 149, I.3.), kann man zu einer solchen Tat anstiften. A ist daher in Fall 26 nicht strafbar aus §§ 257 Abs. 1, 26 StGB.

Eine auf Ebene der Unrechtsbegründung wirkende Unrechtsverstrickung des B und eine daraus folgende Anstiftungsstrafbarkeit des A hat § 257 Abs. 3 S. 2 StGB nicht im Auge. Die Norm nimmt allein die Anstiftung zur Begünstigung von der an sich auf Konkurrenzebene erfolgenden Straflosigkeit (mitbestrafte Nachtat bzw. formelle Subsidiarität nach § 257 Abs. S. 1 StGB) aus, schafft also eine Bereichsausnahme von gesetzlich geregelter Straflosigkeit auf Konkurrenzebene. § 257 Abs. 3 S. 2 StGB wirkt somit zwar nicht unrechtsverstrickend, ihm liegen ausweislich der Gesetzesbegründung aber auf Konkurrenzebene solche strafbarkeitserhaltenden Verstrickungsgedanken – die bei der strafbarkeitsbegründenden Vorschrift des § 26 StGB schon lange (weitestgehend) Rechtsgeschichte sind – zugrunde. In der Sache geht es der gegen § 257 Abs. 3 S. 1 StGB erhobe-

* Fortsetzung von ZJS 2009, 142 (Teil 1) und ZJS 2009, 248 (Teil 2).

¹ Insoweit allgemeine Ansicht, vgl. nur *St. Cramer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 3, § 257 Rn. 31; *Stree*, JuS 1976, 137 (138).

² *Wolter*, JuS 1982, 343 (344).

³ *St. Cramer* (Fn. 1), § 257 Rn. 32.

⁴ *Stree*, JuS 1976, 137 (138).

⁵ Mindestens ungenau messen § 257 Abs. 3 S. 2 StGB am Strafgrund der Teilnahme und damit der Unrechtsbegründung *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, § 257 Rn. 37; *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, § 13 II 2 („Anleihe bei der Schuldteilnahmelehre“); *L. Horn*, JA 1995, 218; *Hoyer*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 52. Lieferung, Stand: August 2001, § 257 Rn. 34; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 257 Rn. 8; *Mitsch*, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 9 Rn. 59; *Ruß*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 257 Rn. 22; offen gelassen bei *Geppert*, Jura 1980, 327 (331). Um *Schuldteilnahme* geht es der Norm ohnehin nicht, sondern nur um einen auf Erwägungen der Unrechtsverstrickung beruhenden Straflosigkeitsschluss auf Konkurrenzebene, wird doch nur limitiert-akzessorische Beteiligung verlangt.

⁶ *Wolter*, JuS 1982, 343, 347 f.

⁷ Dazu zuletzt eingehend und ablehnend *Dehne-Niemann*, ZJS 2008, 351 (362 ff.) m.w.N.

nen Kritik denn oftmals auch eher darum, dass der Ausschluss der mitbestraften Nachtat – gemessen am eigenen Anspruch – inkonsequent und systemwidrig umgesetzt wurde. Denn wäre entscheidend, dass ein bislang an der Vortat Unbeteiligter nicht in das deliktische Geschehen hineingezogen wird (Verstrickungsgedanke), so hätte man konsequenterweise das gesamte Spektrum der Beteiligungsformen mittels Nennung in § 257 Abs. 3 S. 2 StGB von der Strafausschlussnorm des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB ausnehmen müssen.⁸ Die der Norm ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien ferner zugrunde liegende Erwägung, eine Bestrafung der Verwicklung von Außenstehenden in ein deliktisches Geschehen sei geboten, weil der anstiftende Vortatbeteiligte sich insofern nicht auf das Bestehen einer notstandsähnlichen Lage berufen könne,⁹ ist ebenso unplausibel: Der Grund für eine Straffreistellung nach § 257 Abs. 3 S. 1 StGB, von dem Abs. 3 S. 2 StGB eine Rückausnahme macht, liegt ohnehin nicht in einer notstandsähnlichen Lage, sondern in auf Konkurrenzebene angesiedelten Opportunitätserwägungen. Dann lässt sich eine Rückausnahme auch nicht mit dem Fehlen einer notstandsähnlichen Lage begründen.¹⁰ Wäre es dem Gesetzgeber wirklich eher um eine Einschränkung des Notstandsgedankens zu tun gewesen, so hätte eine solche Vorschrift viel eher Eingang in § 258 Abs. 5, 6 finden müssen.¹¹ Daraus ist zu folgern, dass *de lege lata* § 257 Abs. 3 S. 2 StGB *überhaupt kein* konsistenter Normzweck entnommen werden kann. Daher ist § 257 Abs. 3 S. 2 StGB, solange er nun einmal existiert, schon aus Gewaltenteilungsgründen anzuwenden, aber dabei mit allen zu Gebote stehenden Mitteln der Dogmatik möglichst restriktiv zu interpretieren.

2. Zur restriktiven Auslegung der Straferhaltungsklausel des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB

Hat man sich zu einer möglichst restriktiven Handhabung des konkurrenzdogmatischen Fremdkörpers entschlossen, so bietet es sich an, den Blick zunächst auf die Begünstigungshaupttat zu legen, deren anstiftungsmäßige Bewirkung § 257 Abs. 3 S. 2 StGB verhindern soll.

a) Anstiftung zur Beteiligung an der Begünstigung als Fall des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB?

Problematisch ist zunächst, ob die Straferhaltungsnorm des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB nur Fälle der direkten („unmittelba-

ren“) Anstiftung zur Begünstigung erfasst oder ob auch Fälle der Kettenanstiftung oder der Anstiftung zur Beihilfe zur Begünstigung in den Anwendungsbereich der Norm fallen. Zur Verdeutlichung der Problematik zunächst

Fall 27: A hat dem V bei einem Diebstahl Beihilfe geleistet und nun, zwei Wochen nach der Tat, Wind davon bekommen, dass die Polizei eine zu V führende heiße Spur verfolgt. Um dem V, den er sehr schätzt, die Beute der Vortat – ein wertvolles Bild von Renoir – zu erhalten, beschließt er auf den Rat seiner Freundin B, den V außer Landes bringen zu lassen. Da er selbst aber weder Führerschein noch Auto hat, bittet er seinen ebenfalls führerscheinlosen, aber Kfz-besitzenden Bruder G, der in alles eingeweihten B, die den V gleichfalls sehr schätzt, sein Kfz zur Verfügung zu stellen, damit B den V mitsamt dem Renoir in die Schweiz fahren kann. So geschieht es. Strafbarkeit von A, G und B nach § 257 StGB?

B hat den V begünstigt, indem sie ihn in die Schweiz gefahren hat, § 257 Abs. 1 StGB. Dazu hat G Beihilfe geleistet, indem er der B seinen Wagen zur Verfügung gestellt hat, §§ 257 Abs. 1, 27 StGB. A hat sich zunächst wegen Beihilfe zum Diebstahl strafbar gemacht, §§ 242, 27 StGB; darüber hinaus hat er den G zur Beihilfe zur Begünstigung angestiftet. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob auf Konkurrenzebene § 257 Abs. 3 S. 1 StGB dazu führt, dass A wegen der „Anstiftung zur Begünstigungsbeihilfe“ nicht bestraft werden kann. Die Voraussetzungen der Norm liegen vor, insbesondere gilt § 257 Abs. 3 S. 1 StGB auch für Begünstigungsteilnehmer. Klärungsbedürftig ist aber, ob die Rückausnahme des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB mit strafbarkeitserhaltender Wirkung eingreift. Ausweislich des Normwortlautes gilt die von § 257 Abs. 3 S. 2 StGB intendierte Strafbarkeitserhaltung nur für die Anstiftung zur Begünstigung; schon grammatisch bestehen Zweifel daran, ob die Anstiftung zur *Beihilfe* zur Begünstigung von einem Zurücktreten auf Konkurrenzebene nach § 257 Abs. 3 S. 2 StGB ausgenommen bleiben kann.

Teile der Literatur hingegen wollen in extensiver Auslegung des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB auch die Anstiftung zur Begünstigungsbeihilfe von der Konkurrenzenregel des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB ausnehmen; der dem § 257 Abs. 3 S. 1 StGB (angeblich) innewohnende Gedanke fortwirkender Solidarität nach vorausgegangener gemeinsamer deliktischer Verstrickung greife nicht, wenn eine an der Vortat gänzlich unbeteiligte Person zu *irgendeiner* Form – gleich ob täter- oder teilnehmerschaftlich – der Begünstigung angestiftet werde.¹² Überdies werde der Angriff auf das Vortatrechtsgut auch dann in strafwürdiger Form intensiviert, wenn Unbeteiligte zur Begünstigungsbeihilfe angestiftet würden.¹³

Aber wenn es § 257 Abs. 3 S. 1 StGB wirklich um fortwirkende Solidarität ginge, dann müsste Abs. 3 S. 2 wiederum auch den mittäterschaftlich begünstigenden Vortatbeteiligten erfassen; mit fortwirkender Vortatsolidarisierung allei-

⁸ Mitsch (Fn. 5), § 9 Rn. 59.

⁹ Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 249.

¹⁰ So im Ergebnis auch Schneider, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells, 1991, S. 179 f., der zusätzlich im Anschluss an Wolter, JuS 1982, 343 (348) eine allenfalls geringe Isolierungswirkung bei des Vortatbeteiligten bei nur geringem (gemessen am Vortatschaden) Nettopräventionseffekt ausmacht.

¹¹ Die Anstiftung eines Vortatunbeteiligten zur Strafvereitelung zugunsten des präsumtiven Anstifters („indirekte Selbstvereitelung“ ist nach heute allgemeiner Ansicht straflos, vgl. Fischer § 258 Rn. 35; Stree, JuS 1976, 137 (140).

¹² St. Cramer (Fn. 1), § 257 Rn. 32.

¹³ Seel, Begünstigung und Strafvereitelung durch Vortäter und Vortatteilnehmer, 1999, S. 88 f.

ne wäre abermals nicht zu erklären, warum allein die Beteiligungsform der Anstiftung von der Straflosigkeit nach § 275 Abs. 3 S. 1 StGB ausgenommen ist. Und die bei der Anstiftung auch eines Begünstigungsgelieferten insinuierte Intensivierung der durch die Vortat angerichteten Rechtsgutsverletzung¹⁴ muss sich sowohl am Gesetzeswortlaut, der als Haupttat die Begünstigung nennt, messen lassen als auch an dem allgemeinen Grundsatz, wonach sich in den Fällen der Kettenbeteiligung die Beteiligungsform „nach dem schwächsten Glied in der Kette“ richtet.¹⁵ Anstiftung zur Beihilfe zur Begünstigung wäre hiernach „nur“ Beihilfe zur Begünstigung; diese unterfällt § 257 Abs. 3 S. 2 StGB ohnehin nicht.¹⁶ Wollte man es anders sehen, so müsste man konsequenter Weise auch den gleichsam „umgekehrten“ Fall der Beihilfe zur Anstiftung (der im Ergebnis gleichfalls Beihilfe zur Begünstigung ist) unter § 257 Abs. 3 S. 2 StGB fassen. Mit einer Absage *ab ovo* an derartige Aufweichungsercheinungen sprechen die eindeutig besseren Gründe demnach dafür, § 257 Abs. 3 S. 2 StGB möglichst eng auszulegen; die Norm erfasst somit nicht die Anstiftung zur Begünstigungsbeihilfe.¹⁷ In Fall 27 ist A daher nicht auch noch aus §§ 257, 27, 26 StGB zu bestrafen.

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die Kettenanstiftung zur Begünstigung – also die Anstiftung zur Anstiftung zur Begünstigung – nicht unter § 257 Abs. 3 S. 2 StGB fällt; immerhin wird die Kettenanstiftung behandelt wie die Anstiftung selbst¹⁸ (arg. § 30 Abs. 1 S. 1 Var. 2 StGB), so dass die Bedenken wegen eines zu schwachen Gliedes in der Beteiligungskette nicht erhoben werden können. Haupttat wäre dann die Begünstigung, zu welcher „mittelbar“, nämlich vermittelt über einen Zwischenanstifter, der Vortatbeteiligte anstiften würde. Indes treten hier weitere Probleme auf. Zu diesen

Fall 28: U und V haben „eine Bank gemacht“. A hat dazu Beihilfe geleistet, indem er ihnen die Strumpfmützen hergestellt und die Tatwaffen geliehen hat. Als einige Wochen später die Wohnung des V, in der die Beute deponiert wurde, durchsucht werden soll, veranlasst A, der davon Wind bekommen hat, aber mit U und V nicht mehr selbst in Kontakt

¹⁴ Dass für § 257 Abs. 3 S. 2 StGB eine Intensivierung der Rechtsgutsverletzung notwendig oder hinreichend ist, entbehrt im Übrigen vor dem Hintergrund des Normcharakters – schlichtes Tätigkeitsdelikt – und der Strafrahmenanbindung an den der Vortat (§ 257 Abs. 2 StGB) der Plausibilität.

¹⁵ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 26 Rn. 12; Schönemann, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Fn. 5), Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 26 Rn. 103, § 27 Rn. 73: nur mittelbare Förderung der Haupttat, kein Bewirken des Tatenschlusses.

¹⁶ Angesichts des Normwortlauts insoweit unstrittig, vgl. Geppert, Jura 1980, 327 (331); Stree, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 257 Rn. 33.

¹⁷ So im Ergebnis auch die herrschende Meinung, vgl. Altenhain (Fn. 5), § 257 Rn. 38; Hoyer (Fn. 5), § 257 Rn. 35; Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 5. Aufl. 2008, § 46 Rn. 15; Stree (Fn. 16), § 257 Rn. 33; ders., JuS 1976, 137 (138).

¹⁸ BGHSt 6, 359 (360 f.); Fischer (Fn. 15), § 26 Rn. 3 a, 12.

treten möchte, den an dem Bankraub nicht beteiligten, aber nunmehr in alles eingeweihten Mittelsmann B dazu, den V dazu anzustiften, U mitsamt der Beute nach Liechtenstein zu fahren. Strafbarkeit von U, B und A nach § 257 StGB?

V hat als Mittäter der Vortat, eines schweren Raubes (§§ 249, 250 Abs. 2 StGB), den U tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft begünstigt, ist aber insofern nach § 257 Abs. 3 S. 1 StGB straflos. Zu dieser Begünstigung hat der Vortatbeteiligte B den V angestiftet, §§ 257, 26 StGB. A schließlich, der an der Vortat als Gehilfe beteiligt war (§§ 249, 250 Abs. 2, 27 StGB), hat den B zu dieser Anstiftung angestiftet, so dass sich die Frage stellt, ob er trotz seiner Vortatbeteiligung (§ 257 Abs. 3 S. 1 StGB) wegen (Ketten-)Anstiftung zur Begünstigung bestraft werden kann. Hier zeigen sich Probleme: Zwar war der Mittelsmann B, den A „unmittelbar“ angestiftet hatte, an der Vortat unbeteiligt, nicht jedoch der „mittelbar“ angestiftete V (Mittäter der Vortat). Damit stellt sich die Frage, auf wessen Person hinsichtlich der Frage der Vortatbeteiligung – die die Anwendbarkeit des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB ausschliesse, wonach es bei der Regel des § 257 Abs. 3 S. 1 bliebe – abzustellen ist: Reicht ein vortatunbeteiligtes Glied in der Anstiftungskette, kommt es auf den Haupttäter (V) an oder auf die vom Kettenanstifter „unmittelbar“ angestiftete Person (B)? An dieser Unklarheit zeigt sich, dass es mit der Gleichsetzung „Kettenanstiftung = Anstiftung“ nicht getan ist; insbesondere wenn man betont, dass „Anstiftung zur Anstiftung“ in der Sache Anstiftung zur Haupttat ist, wird man für die Vortatbeteiligung allein auf die Person des Haupttäters (V) abzustellen haben – diese Sicht bliebe jedoch bei einem vortatunbeteiligten Zwischenglied hinter dem insinuierten Normzweck des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB zurück. Trägt man diesen Normzweckklücken Rechnung, indem man anerkennt, dass auch ein bislang unbeteiligtes Zwischenglied in Delinquenz verwickelt werden kann, so wird man ausreichen lassen müssen, dass irgendein Glied in der Anstiftungskette vortatunbeteiligt war (hier: das Zwischenglied B) – freilich stellen sich dann Probleme mit dem Wortlaut des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB („zur Begünstigung anstiftet“).

§ 257 Abs. 3 S. 2 StGB die Kettenanstiftung auch nur grundsätzlich zu unterstellen bedeutet somit eine Fülle nachgelagerter Auslegungsprobleme zuzulassen, für die keine konsistente Lösung ersichtlich ist. Stellt man zusätzlich zu diesen Auslegungsproblemen in Rechnung, dass das StGB wortlautmäßig sehr wohl zwischen Anstiftung und Kettenanstiftung zu trennen weiß (vgl. § 30 StGB), so verdient eine abermals möglichst restriktive Auslegung den Vorzug, die die Kettenanstiftung generell aus dem Anwendungsbereich des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB ausnimmt. Wortlautgetreu verstanden erfasst die Norm somit nur die „unmittelbare“ Anstiftung. Daher ist A in Fall 28 nur aus §§ 249, 250 Abs. 2, 27 StGB, nicht aber zusätzlich aus §§ 257, 26 StGB zu bestrafen.

b) Beschränkung des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB auf mehrere Vortatbeteiligte

Eine zusätzliche Einschränkung des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB lässt sich dadurch erreichen, dass man an der Grundregel des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB ansetzt und in dieser für Fälle, in

denen an sich § 257 Abs. 3 S. 2 StGB eingriffe, das Merkmal „Beteiligung an der Vortat“ einschränkend auslegt. Dazu

Fall 29: V hat ein wertvolles Gemälde von Caravaggio gestohlen. Er bittet seinen Freund B, der mit dem Diebstahl nichts zu tun hatte, das Bild wegen einer zu erwartenden Hausdurchsuchung in einem liechtensteinischen Bankfach zu deponieren. B kommt der Bitte des V gerne nach. Strafbarkeit von B und V aus § 257 StGB?

B hat sich wegen Begünstigung strafbar gemacht, § 257 Abs. 1 StGB. V als Vortäter hat ihn dazu angestiftet, §§ 257 Abs. 1, 26 StGB. Da B an der Vortat unbeteiligt war, träte an sich nach dem Wortlaut des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB neben die Strafbarkeit des V aus § 242 StGB auch noch eine aus §§ 257, 26 StGB. Indes baut die Ausnahmevorschrift des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB, die diese Straferhaltung auf Konkurrenzebene anordnet, logisch und grammatisch („Dies gilt nicht“) auf § 257 Abs. 3 S. 1 StGB auf, setzt dessen Eingreifen als Regelfall mithin voraus. Man kann in Fall 29 nun bezweifeln, dass in Bezug auf V von einer „Beteiligung an der Vortat“ im Sinne des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB die Rede sein kann, denn V hat die Vortat ja *alleine* begangen, war also an der Vortat nicht (nur) „beteiligt“. Zwar legaldefiniert § 28 Abs. 2 StGB den Begriff des „Beteiligten“ als Täter oder Teilnehmer,¹⁹ lässt also keine Beschränkung des Beteiligtenbegriffs auf mehrere täterschaftlich Beteiligte erkennen, jedoch zeigt schon der Kontext des § 28 Abs. 2 StGB, dass dem Beteiligtenbegriff eine Bedeutung überhaupt nur im Zusammenhang mit mehreren Personen zukommt. Daher kann bei einer alleinigen, d.h. alleintäterschaftlichen, weder angestifteten noch unterstützten Vortatbegehung von „Beteiligung an der Vortat“ nicht gesprochen werden. Als Vortatalleintäter ergibt sich in Fall 29 die Straflosigkeit des V also bereits aus § 257 Abs. 1 StGB²⁰ (zum hinzutretenden Aspekt der indirekten Selbstbegünstigung sogleich c).

c) Einschränkung des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB bei indirekter Selbstbegünstigung des Vortäters

Weiter einschränken lässt sich der konkurrenzdogmatische Fremdkörper des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB dadurch, dass man ihm nur Fälle der vom präsumtiven Begünstigungsanstifter intendierten *Fremdbegünstigung* unterstellt, und zwar indem man bereits die Tatbestandsmäßigkeit einer sog. indirekten *Selbstbegünstigung* verneint. Die eigenständige Bedeutung gegenüber der Restriktion oben b) liegt darin, dass auch bei *mehreren* Vortatbeteiligten §§ 257 Abs. 1, 26 StGB dann nicht anwendbar sind, wenn die Begünstigungshandlung des vortatunbeteiligten Angestifteten allein dem präsumtiven Anstifter zugute kommen soll. Anders als bei der oben (unter b) vorgenommenen Einschränkung ist *sedes materiae* einer solchen rechtsgutsorientierten Restriktion des Anstiftungstatbestandes aber nicht (erst) ein persönlicher Strafausschlussgrund auf Konkurrenzebene, sondern (bereits) das Fehlen des objektiven Anstiftungstatbestandes!

¹⁹ *Altenhain* (Fn. 5), § 257 Rn. 38.

²⁰ Vgl. auch *Mitsch* (Fn. 5), § 9 Rn. 59 f.

Ausgenommen von der auf Konkurrenzebene waltenden Straferhaltungsklausel, die ja eine – insbesondere tatbestandsmäßige – volldeliktische Anstiftung voraussetzt, sind also Fälle, in denen der Vortatbeteiligte möchte, dass die Begünstigungshandlung des von ihm angestifteten Haupttäters ausschließlich ihm selbst (dem Anstifter/Vortatbeteiligten) zugute kommt; anders gewendet: Erforderlich ist für §§ 257, 26 StGB eine – auch aus der Perspektive des anstiftenden Vortatbeteiligten – eigene „indirekte“ Fremdbegünstigung des Anstifters. Entgegen *Mitsch* lässt sich das jedoch noch nicht damit begründen, dass eine „Fremdbegünstigung [...] gemäß § 257 Abs. 1 aber Grundvoraussetzung der Strafbarkeit wegen Begünstigung“ ist, „sei es als Täter oder sei es als Teilnehmer“²¹. Denn der Anstifter erfüllt § 257 Abs. 1 StGB mangels eigener Hilfeleistung gerade nicht in eigener Person, sondern ist nur als Anstifter zu einer fremden Tat strafbar, weil § 26 StGB die Strafbarkeit auf ihn ausdehnt. Ob die Unanwendbarkeit des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB richtig ist, hängt also davon ab, ob die Teilnahmevorschrift des § 26 StGB dahin auszulegen ist, dass sich aus ihr bereits auf Tatbestandsebene der §§ 257, 26 StGB das Erfordernis eines eigenen („indirekt“ durch Bestimmen eines anderen im Sinne des § 26 StGB zu bewirkenden) Fremdbegünstigungsaktes ergibt. Beispielfhaft

Fall 30: V und U haben einen wertvolles Gemälde von Cézanne gestohlen und bei V, der das Bild auch behalten soll, untergestellt. Weil ihm die Polizei auf den Fersen ist und er den Verlust des Bildes befürchtet, bitte V seinen Freund B, ihn mit dem Auto in die Schweiz zu fahren, wo er den Cézanne in einem Bankschließfach deponieren möchte. B, der in alles eingeweiht ist und seinem Freund das Bild erhalten möchte, kommt der Bitte des V gerne nach. Strafbarkeit des V?

Neben Diebstahl (§§ 242, 25 Abs. 2 StGB) kommt auch Anstiftung zur Begünstigung in Frage. Ob V als Vortatbeteiligter (§ 257 Abs. 3 S. 1 StGB) aus §§ 257, 26 StGB zu bestrafen ist, hängt davon ab, ob er im Sinne des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB einen an der Vortat Unbeteiligten zur Begünstigung angestiftet hat. Nach eingangs dargestellter Ansicht²² wäre dazu eine eigene „indirekte“ *Fremdbegünstigung* des V erforderlich, an welcher es fehlt, weil die von V begehrte Begünstigung des B nur dem V zugute kommen soll. In Fall 30 wäre V somit nicht nach §§ 257, 26 StGB strafbar.

In Rechtsprechung²³ und Literatur²⁴ wird demgegenüber überwiegend auf eine solche Einschränkung verzichtet; es lasse sich § 257 Abs. 1 StGB und dem wortlautmäßig gegenläufigen § 257 Abs. 3 S. 2 StGB nicht entnehmen, dass die

²¹ So *Mitsch* (Fn. 5), § 9 Rn. 60.

²² *Mitsch* (Fn. 5), § 9 Rn. 59; *Stree* (Fn. 16), § 257 Rn. 31; *ders.*, JuS 1976, 137 (138); unklar *L. Horn*, JA 1995, 218 (219).

²³ Soweit ersichtlich, existiert nur das *obiter dictum* in der ein Zivilverfahren betreffenden Entscheidung BGH NJW 2003, 2525 (2526).

²⁴ Bei der Darstellung verzichten auf die im Text diskutierte Einschränkung bzw. lehnen sie ausdrücklich ab *Altenhain* (Fn. 5), § 257 Rn. 33, 38; *Hoyer* (Fn. 5), § 257 Rn. 35.

indirekte Selbstbegünstigung immer, also auch im Anwendungsbereich des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB straflos bleiben soll.²⁵ Aber über das Stadium der Wortlautauslegung, die im hiesigen Falle einer für den Täter günstigen Wortlautunterschreitung auch nicht das Interpretationsultimum markieren würde, geht die hier diskutierte Interpretation ohnehin hinaus. Grund der Straflosigkeit der indirekten Selbstbegünstigung ist der Unrechtsgrund der Teilnahme. Akzeptiert man mit der heute ganz herrschenden Auffassung, dass die Anstiftung neben der akzessorischen Verursachung der Haupttat auch noch zusätzlich verlangt, dass sich die Anstiftung nebst Haupttat als eigener Rechtsgutsangriff des Anstifters darstellt, so wird man auch an das Handeln des Vortatbeteiligten die Anforderung stellen müssen, dass dieser ein ihm gegenüber geschütztes Rechtsgut angreift.

aa) Die Tatbestandslosigkeit der indirekten Selbstbegünstigung lässt sich nicht mit der Begründung rechtfertigen, wenn der Vortatbeteiligte sich nicht selbst als Täter tatbestandlich begünstigen könne, so könne er es auch nicht als Teilnehmer,²⁶ denn gerade diese Behauptung, die ein *argumentum a maiore ab minus* enthält, gilt es zu beweisen, so dass die Argumentation hier in die Nähe eines Zirkelschlusses gerät.²⁷ Die Teilnahmevorschrift des § 26 StGB wirkt strafbarkeitsausdehnend, so dass aus der Tatbestandslosigkeit der „direkten“ täterschaftlichen Selbstbegünstigung noch nicht zwingend folgt, dass § 26 StGB die Strafbarkeit nicht auch auf die anstiftungsmäßige Bewirkung einer Fremdbegünstigung ausdehnt, die nur in Relation zum präsumtiven Anstifter – gleichsam „mittelbar“ oder „indirekt“ – selbstbegünstigend wirkt.

bb) Dass die indirekte Selbstbegünstigung tatbestandslos ist, weil der selbstbegünstigende Beitrag des präsumtiven Anstifters keinen „anderen“ besser stellt, lässt sich aber begründen, wenn man akzeptiert, dass die Begünstigung neben Individualrechtsgütern und der Strafrechtspflege, soweit sie das Vortat Rechtsgut in strafbewehrter Weise absichert (retrospektiver Rechtsgüterschutz), Rechtsgüter auch „mittelbar“ schützt, indem sie – prospektiv – die Isolation von Vortatdelinquenten betreibt, also die generalpräventive Wirkung der durch die Vortat desavouierten Norm für die Zukunft sicherstellen möchte. Einen Angriff auf die generalpräventive Wirkung des Strafrechts enthält die indirekte Selbstbegünstigung nicht; zwar werden durch Anstiftung der jeweiligen Vortatbeteiligten Dritte „deliktisch verstrickt“ und somit die von § 257 StGB bezweckte Isolierung der Vortäter unterlaufen,²⁸

da aber die von § 257 StGB ausgehende Präventionswirkung zukunftsgerichtet ist, verfolgt die Norm nicht das Ziel, im Hinblick auf bereits begangene Vortaten eine Isolationswirkung zu erzeugen, sondern (erst) im Vorfeld potentieller späterer (Vor-)Taten eine Präventionswirkung zu zeitigen. Die intendierte Isolation des Vortäters ist somit nur Mittel zum Zweck, spätere Vortaten zu verhindern, weshalb § 257 StGB auch nur gegenüber Dritten – insbesondere also nicht gegenüber Vortatbeteiligten – wirkt.²⁹ Daher kann ein qua Anstiftung sich indirekt selbst begünstigender Vortäter die Schutzrichtung der Begünstigung nicht unterlaufen; anders verhält sich das bei anstiftenden Dritten und bei der Anstiftung durch den Vortatbeteiligten zur Fremdbegünstigung. In diesen Fällen wird die generalpräventive Wirkung der durch die Vortat verletzten Norm in Frage gestellt, indem sich Dritte mit dem Vortäter solidarisieren bzw. wird demonstriert, dass die Durchbrechung der äußeren Isolation möglich ist, indem der jeweilige Vortatbeteiligte seinem Komplizen weitere Helfer zuführt.³⁰

Kann nun ein Vortatbeteiligter den § 257 StGB zugrunde liegenden Schutzzweck schon qua Vortatbeteiligtenstatus nicht beeinträchtigen – so bei der „indirekten“ Selbstbegünstigung –, dann fehlt es in derartigen Fällen an einem im Hinblick auf den Unrechtsgrund der Anstiftung (§ 26 StGB) erforderlichen eigenen Rechtsgutsangriff. Somit besteht hinreichend Veranlassung, die vom Anstifter initiierte, durch den Haupttäter zu begehende (aus Sicht des Anstifters:) *Selbstbegünstigung* als anstiftungstatbestandslos anzusehen; deliktssystematisch lässt sich das bewerkstelligen, indem man im objektiven Tatbestand der §§ 257, 26 StGB eine Begünstigung, die eine Hilfeleistung ausschließlich zugunsten des Vortatbeteiligten darstellt, nicht als eigenen Angriff des präsumtiven Anstifters auf das Rechtsgut des § 257 Abs. 1 StGB und deshalb in der Person des Vortatbeteiligten nicht als taugliche „rechtswidrige Tat“ im Sinne des § 26 StGB bewertet. Nach alledem sprechen die besseren, insbesondere präventionsorientierte Gründe dafür, die indirekte Selbstbegünstigung als *sub specie* §§ 257, 26 StGB nicht tatbestandsmäßig zu behandeln; damit stellt sich die Frage erst gar nicht, ob sie in den Anwendungsbereich der Konkurrenzregeln des § 257 Abs. 3 S. 1 oder des Abs. 3 S. 2 StGB fallen. Nach richtiger Ansicht ist V in Fall 30 somit nicht aus §§ 257, 26 StGB strafbar.

cc) Zur Klarstellung: Dass ein Vortatbeteiligter, der eine reine indirekte *Selbstbegünstigung* beabsichtigt, aus Gründen einer restriktiven rechtsgutsbezogenen Interpretation der Beteiligungsvorschriften bereits nicht tatbestandsmäßig handelt, gilt nicht nur für Anstifter, sondern prinzipiell auch für sonst jeden Beteiligten der Begünstigung (auch wenn es wegen § 257 Abs. 3 S. 2 StGB allein für den Anstifter im Ergebnis besonders bedeutsam ist). Auch hier ist § 257 Abs. 3 StGB als konkurrenzbezogene Strafausschlussregel unanwendbar, weil der jeweilige Begünstigungsbeteiligte – sei er

te Selbstbegünstigung durch Anstiftung eines Vortatbeteiligten für normzweckverletzend hält. Dagegen sogleich im Text.

²⁹ Vgl. *Seel* (Fn. 13), S. 55 f., 68 f., 72 f.

³⁰ *Seel* (Fn. 13), S. 82.

²⁵ *Altenhain* (Fn. 5), § 257 Rn. 38.

²⁶ So argumentiert zur Strafvereitelung nach § 258 StGB *Roxin*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 11. Auflage Stand 1994, Vor § 26 Rn. 39; *ders.*, in: Küper/Welp (Hrsg.), *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, 1993, S. 365 (S. 370 f.).

²⁷ Vgl. *Seel* (Fn. 13), S. 55; *Sowada*, Die „notwendige Teilnahme“ als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, 1992, S. 197 ff., 270 f.; *Wolter*, *JuS* 1982, 343 (346).

²⁸ Weshalb *Schneider* (Fn. 10), S. 177 f. auf der Grundlage eines präventionsorientierten Normzweckmodells die indirekte

Anstifter, Gehilfe, Mittäter oder Alleintäter – kein ihm gegenüber durch § 257 Abs. 1 StGB geschütztes Rechtsgut angreifen kann und deshalb mangels Tatbestandsmäßigkeit der „Beteiligung“ auf § 257 Abs. 3 StGB gar nicht ankommt. Dazu

Fall 31: V und U haben ein wertvolles Gemälde von Rubens gestohlen; zwischen ihnen besteht Einigkeit, dass V das Bild behalten soll. V bittet seinen Freund B, mit ihm gemeinsam das Bild nach Liechtenstein zu fahren, weil er (V) eine Hausdurchsuchung befürchtet. B kommt der Bitte des V gerne nach, um seinem Freund das Bild zu erhalten. Strafbarkeit des V aus § 257 StGB?

Abwandlung: Wie oben, nur leiht schlägt diesmal der B vor, das Bild ins Ausland zu bringen, bis Gras über die Sache gewachsen ist. V leiht dem B sein Auto für die Fahrt nach Liechtenstein. Strafbarkeit des V aus §§ 257, 27 StGB?

Der gemeinsame Transport des Rubens durch den Vortatmittäter (§§ 242, 25 Abs. 2 StGB) V und durch den Vortatunbeteiligten B nach Liechtenstein hat im Ausgangsfall 31 für V eigentlich Mittäterschaftsqualität. Jedoch wollte V ausschließlich sich selbst begünstigen, weshalb er keine tatbestandliche Begünstigungshandlung vorgenommen hat.

In der Abwandlung zu Fall 31 hat V an sich dem B zu dessen Begünstigung Beihilfe geleistet; es scheint daher prima facie, dass sich seine Straflosigkeit erst aus § 257 Abs. 3 S. 1 StGB ergibt. Indes ging es dem V auch hier nur um eine Selbstbegünstigung, die der Begünstiger B für ihn bewirken sollte. Somit richtete sich seine Beihilfehandlung nicht gegen ein ihm (V) gegenüber geschütztes Rechtsgut, weshalb es für V bereits auf Ebene des objektiven Beihilfetatbestands an einer beihilfefähigen Haupttat fehlt. V hat in der Abwandlung daher schon tatbestandlich keine Beihilfe zur Begünstigung begangen.

VII. Erstreckung der Selbst- bzw. Angehörigenprivilegierung aus § 258 Abs. 5, 6 StGB auf § 257 StGB?

In die Thematik der Straflosigkeit der Selbstbegünstigung gehört auch die Frage nach der Anwendbarkeit der Selbst- und Angehörigenprivilegierungen aus § 258 Abs. 5 bzw. Abs. 6 StGB auf § 257 StGB.

1. Vorrang des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB

Zur Eingrenzung des problembefangenen Bereichs zunächst

Fall 32: V und B haben gemeinsam ein Ding gedreht, bei dem sie wertvolle Autographen von Bruckners vierter und siebter siebenter Sinfonie erbeutet haben. V behält das Autograph der „Vierten“, B das der „Siebenten“. Als V in Tatverdacht gerät, gibt B ihm ein falsches Alibi, im Wissen darum, dass dies V vor Bestrafung bewahren wird (§ 258 Abs. 1 StGB) und in der Absicht, V das Autograph zu erhalten (§ 257 Abs. 1 StGB), um selbst das seinige behalten zu können sowie um selbst nicht bestraft zu werden. Hat sich B dadurch nach §§ 257, 258 StGB strafbar gemacht?

Zwar ist die zu eigenen Gunsten vorgenommene Strafvereitelung ebenso wie die Selbstbegünstigung nach § 258 Abs. 1 StGB nicht tatbestandsmäßig,³¹ jedoch handelte B auch, um V die Vortatvorteile zu sichern und in der sicheren Annahme, dass V aufgrund seines Alibis nicht bestraft werden könne. Im Hinblick auf den tatbestandlich, rechtswidrig und schuldhaft erfüllten § 258 Abs. 1 StGB hilft B der Strafausschließungsgrund des § 258 Abs. 5 StGB weiter, weil es ihm *auch* um die Vereitelung einer gegen ihn selbst gerichteten Strafe ging.³² Soweit es B ferner darum ging, dem V die Beute zu erhalten, um seine eigene nicht zu verlieren, greift bereits § 257 Abs. 3 S. 1 StGB ein, weil B an der Vortat beteiligt war, so dass sich die Frage nach einer Übertragung des Selbstbegünstigungsprivilegs nach § 258 Abs. 5 StGB gar nicht in entscheidungserheblicher Weise stellt. In § 257 Abs. 3 S. 1 StGB, der anders als § 258 Abs. 5 StGB nicht einer notstandsähnlichen Lage Rechnung trägt, sondern auf dem Gedanken der mitbestraften Nachtat beruht, ist also, so könnte man sagen, ein Selbstbegünstigungsprivileg „versteckt“.³³ In Fall 32 ist B daher schon wegen § 257 Abs. 3 S. 1 StGB nicht aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar. Die Frage nach einer analogen Anwendung des § 258 Abs. 5, 6 StGB stellt sich daher von vornherein also nur, wenn Begünstiger nicht schon wegen Teilnahme an der Vortat in den Genuss des Strafausschlussgrundes des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB kommt!

2. Der problematische Bereich

Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB stellt sich das Problem mit voller Schärfe, also dann, wenn der Begünstiger nicht an der Vortat beteiligt war oder wenn ein Vortatbeteiligter einen an der Vortat Unbeteiligten zur Begünstigung nicht ausschließlich in Selbstbegünstigungstendenz (dazu oben VI. 2. c) anstiftet (§ 257 Abs. 3 S. 2 StGB).

a) Zur Problematik bei fehlender Vortatbeteiligung zunächst

*Fall 33*³⁴: V hat bei einem Raubüberfall auf einen Kunsttransport ein wertvolles Gemälde von Nolde erbeutet. Als sich der Fahndungskreis immer enger um V zieht, verschweigt dessen voll eingeweihte Ehefrau B der Polizei den Aufenthaltsort des Nolde und gibt das Bild an ihre ebenfalls volle eingeweihte Schwester S weiter, die das Bild in Sicherheit bringt. B beabsichtigt bei ihrem Handeln sowohl die Sicherung des Bildes (§ 257 StGB) als auch ihren Mann vor Bestrafung zu schützen (§ 258 StGB). Strafbarkeit der B aus §§ 257, 258 StGB?

B ist trotz rechtswidrig-schuldhafter Tatbestandsverwirklichung bezüglich § 258 Abs. 1 StGB als Ehefrau und damit als Angehörige (§ 11 Abs. 1 Nr. 1a StGB) straflos, § 258

³¹ Vgl. Fischer (Fn. 15), § 258 Rn. 33.

³² Zur Anwendbarkeit des § 258 Abs. 5 StGB in Fällen mit auf die Vereitelung sowohl eigener als auch fremder Bestrafung gerichteter Absicht vgl. BGH NJW 1995, 3264.

³³ Geppert, Jura 1980, 327 (332).

³⁴ BGHSt 11, 343 nachgebildet; im Originalfall war die Vorteilssicherungsabsicht der Ehefrau nicht festgestellt.

Abs. 6 StGB. Ob das Verschweigen des Aufenthaltsortes und insbesondere die Weitergabe des Bildes an die S durch B den Tatbestand der Begünstigung *täterschaftlich* erfüllt, ist angesichts des Umstandes, dass die Verhaltensgebundenheit der Hilfeleistung als einer zur *unmittelbaren* Besserstellung geeigneten Handlung (ZJS 2009, 148, III.) eine eigenhändige Besserstellungshandlung erfordert, sehr zweifelhaft,³⁵ näher läge Anstiftung der B zur Begünstigung der S, aber für die eigentliche Problematik des Falles mag diese Frage auf sich beruhen. Als *Vortatunbeteiligte* genießt B hier nämlich nicht den Schutz des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB, so dass nur eine analoge Anwendung des § 258 Abs. 6 StGB sie vor einer Bestrafung aus § 257 Abs. 1 StGB bewahren kann. Freilich ist die Zulässigkeit einer solchen Analogie im Streit. Präzise formuliert geht es darum, ob die Strafausschließungsvorschrift des § 258 Abs. 6 StGB auch im Bereich des § 257 Abs. 1 StGB anzuwenden ist, wenn eine *gleichzeitig* mit einer – an sich strafbaren – Begünstigung begangene Strafvereitelung wegen dieses sog. Angehörigenprivilegs straflos bleibt. Hiergegen lässt sich zunächst eher formal das Schweigen des Gesetzgebers im Bereich des § 257 StGB einwenden,³⁶ darüber hinaus aber auch, dass es nicht angeht, einen Verwandtenbegünstiger straflos zu lassen, der zusätzlich eine Strafvereitelung begangen hat, wohingegen – mangels prinzipieller Analogiefähigkeit des § 258 Abs. 6 StGB – derjenige Angehörigenbegünstiger strafbar bliebe, der nicht zugleich eine Strafvereitelung begeht; warum besser stehen soll, wer ein Mehr an strafwürdigem Unrecht (nämlich zusätzlich eine volldeliktische Strafvereitelung) in die Welt setzt, ist in der Tat wertungswidersprüchlich und schwerlich einzusehen. Unter anderem wegen dieses Wertungswiderspruchs stellen sich andere auf den gegenteiligen Standpunkt und wollen das Angehörigenprivileg des § 258 Abs. 6 StGB *stets* – also nicht nur bei handlungseinheitlichem Zusammentreffen mit der Begünstigung – analog auf § 257 StGB anwenden.³⁷ Diese Ansicht trägt damit in erster Linie der von ihr praktizierten extensiven Auslegung der Vorteilssicherungsabsicht (Absicht und Wissentlichkeit, dagegen bereits ZJS 2009, 248, IV. 2.) Rechnung und beruft sich zusätzlich auf die Ähnlichkeit von Strafvereitelung und Begünstigung, die bis 1974 in einem Tatbestand (§ 257 a.F. StGB) untergebracht waren.³⁸ Dem ist

³⁵ Ohne Bedenken diesbezüglich aber BGHSt 11, 343 (345); Geppert, Jura 1980, 327 (332 f.).

³⁶ Hoyer (Fn. 5), 6. Aufl., 62. Lieferung, Stand: August 2001, § 258 Rn. 37 f.; Ruß (Fn. 5), § 258 Rn. 38; St. Cramer (Fn. 1), § 257 Rn. 31, § 258 Rn. 55; ders., NSTZ 2000, 246 (247).

³⁷ Stree, JuS 1976, 137 (140 f.).

³⁸ Stree, JuS 1976, 137 (141). Neben der Sache liegt die Erwägung Lenckners, JuS 1962, 306 (zu § 257 a.F. StGB), wenn man dem Vortäter die Begünstigung eines anderen zugestehe, könne man dies dem Verwandten nicht verwehren. Jedenfalls rechtsgutmäßig besteht das damit insinuierte plus-minus Verhältnis zwischen Vortäter und Verwandtem nicht: Nur ein Vortatunbeteiligter kann *beide* Rechtsgüter des § 257 Abs. 1 StGB angreifen, nicht aber ein Vortatbeteiligter; überdies beruht die Straflosigkeit des Angehörigenstrafvereiteler

jedoch eine Absage zu erteilen; § 258 Abs. 6 StGB will dem Angehörigen lediglich nicht zumuten, dass er die von § 258 StGB geschützten Interessen respektiert; andere Rechtsgüter muss er hingegen achten. Eine pauschale Übertragung des Angehörigenprivilegs auf § 257 StGB verbietet sich daher.³⁹

Die herrschende Meinung geht daher zu Recht einen vermittelnden Weg, welcher der Verwandtschaftsbeziehung von § 258 StGB und § 257 StGB⁴⁰ Rechnung trägt und der das Angehörigenprivileg bei Zusammentreffen von Strafvereitelung und Begünstigung einerseits nicht dadurch entwertet, dass stets eine Begünstigungsstrafbarkeit verbleibt, es andererseits aber vermeidet, über eine pauschale analoge Anwendung des § 258 Abs. 6 StGB dem Angehörigenstrafvereiteler einen Freibrief zur Begünstigung von Vortätern und damit zur sekundären Beeinträchtigung des durch die Vortat geschädigten Rechtsguts zu gewähren. Eine analoge Anwendung des § 258 Abs. 6 StGB auf § 257 Abs. 1 StGB ist demnach nur statthaft, wenn die durch das Angehörigenprivileg tolerierte Strafvereitelung sich nicht ohne gleichzeitige Begünstigung (also durch gleichzeitige Vorteilssicherung) erreichen lässt.⁴¹ Nur dann nötigt die in § 258 Abs. 6 StGB umschriebene Drucksituation den Täter zugleich zur Begehung einer Begünstigung.⁴² In Fall 33 war zwar das Verschweigen der Beute durch B und die damit einhergehende Verbesserung der Position des V für die Strafvereitelung notwendig, nicht aber das Verbringen der Beute an einen sicheren Ort,⁴³ dieses stellt somit keine analog § 258 Abs. 6 StGB straflose Handlung dar. B ist damit aus § 257 Abs. 1 StGB strafbar.

b) Denkbar ist auch, dass ein Vortäter oder ein Vortatbeteiligter zur Begünstigung angestiftet hat. Dazu

Fall 33a: Wie oben in Fall 33, nur hat V die B zur Beiseiteschaffung angestiftet, um sich selbst im Besitz des Nolde zu halten und um nicht bestraft zu werden. Strafbarkeit des V aus §§ 257, 26, bzw. 258, 26 StGB?

Nach §§ 258 Abs. 1, 26 StGB hat sich V nicht strafbar gemacht, weil zu seinen Gunsten der Strafaufhebungsgrund des § 258 Abs. 5 StGB eingreift; dieser gilt (weil eine dem § 257 Abs. 3 S. 2 StGB entsprechende Vorschrift zur Strafvereitelung nicht existiert) nicht nur für die täterschaftliche Vereitelung einer eigenen Bestrafung, sondern auch für die anstiftungsweise bewirkte.⁴⁴ Damit scheint sich einmal mehr die Frage zu stellen, ob § 258 Abs. 5 StGB auch auf § 257 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 StGB Anwendung findet,⁴⁵ indes bliebe damit die

auf einer Art Notstandsgedanken, der für § 257 StGB keine Geltung beanspruchen kann. Siehe dazu sogleich im Text.

³⁹ Amelung, JR 1978, 227 (228).

⁴⁰ Zu dieser Amelung, JR 1978, 227 (229 ff.); anderer Meinung pauschal Cramer, NSTZ 2000, 246 (247).

⁴¹ Fischer (Fn. 15), § 258 Rn. 21; Geppert, Jura 1980, 327 (332); Mitsch (Fn. 5), § 9 Rn. 62; Stree (Fn. 16), § 258 Rn. 39.

⁴² Amelung, JR 1978, 227 (233).

⁴³ So denn auch im Ergebnis BGHSt 11, 343 (345).

⁴⁴ Fischer (Fn. 15), § 258 Rn. 35; Geppert, Jura 1980, 327 (333); Stree, JuS 1976, 137 (140).

⁴⁵ Darauf spitzt Geppert, Jura 1980, 327 (333) den Fall zu.

oben herausgearbeitete Erkenntnis unbeachtet, dass § 257 Abs. 3 S. 2 StGB nur auf Vortaten mit mehreren Beteiligten Anwendung findet (oben VI. 2. b) und voraussetzt, dass der zur Begünstigung Anstiftende die Begünstigung nicht zu eigenen Gunsten („indirekte Selbstbegünstigung“), sondern zu fremden Gunsten herbeiführen möchte (oben VI. 2. c). Als Vortäter ist B in Fall 33a somit schon deshalb straflos, weil die Straferhaltungsnorm des § 257 Abs. 3 S. 2 StGB nicht eingreift, es somit einmal mehr bei der Grundregel des § 257 Abs. 3 S. 1 StGB bleibt und damit nicht auf eine analoge Anwendung des § 258 Abs. 5 StGB ankommt.

c) Auf die analoge Anwendbarkeit des § 258 Abs. 6 StGB kommt es aber an in

Fall 33b: Wie in Fall 33, nur haben diesmal V und sein Bruder A den Raubüberfall gemeinsam begangen. V bewahrt den dabei erbeuteten Nolde bei sich zu Hause auf, weil er ihn alleine zu Geld machen soll. Da V eine Hausdurchsuchung droht, A sich aber nicht selbst aus der Deckung wagen möchte, überredet A die B, die gemeinsame Schwester von V und A, den Nolde in Sicherheit zu bringen. Hat sich A nach §§ 257, 26 bzw. 258, 26 StGB strafbar gemacht?

B hat tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft §§ 257, 258 StGB erfüllt. Hinsichtlich § 258 StGB greift zu ihren Gunsten § 258 Abs. 5 StGB; hinsichtlich § 257 StGB dürfte die analoge Anwendbarkeit nach den Ausführungen oben a) zu verneinen sein. Komplizierter ist die Rechtslage in Bezug auf A. Bezüglich §§ 258, 26 greift § 258 Abs. 6 StGB ein; das oben unter b) zu § 258 Abs. 5 StGB Gesagte gilt entsprechend. Hinsichtlich einer Strafbarkeit des A aus § 257 Abs. 1 StGB greift § 257 Abs. 3 S. 1 StGB anders als in Fall 33a (oben b) nicht ein, weil A als einer von mehreren Vortatbeteiligten die Vortatunbeteiligte B zu Begünstigung angestiftet hat, § 257 Abs. 3 S. 2 StGB. Ob A aus §§ 257, 26 StGB bestraft werden kann, hängt daher diesmal in der Tat von der analogen Anwendbarkeit von § 258 Abs. 6 StGB ab; entsprechend der unter a) dargestellten Lösung kann § 258 Abs. 6 StGB nicht angewendet werden, weil die Anstiftung zur Beiseiteschaffung des Gemäldes über das zur Strafvereitelung Erforderliche hinausging. In Fall 33b ist A somit aus §§ 257 Abs. 1, 26 StGB zu bestrafen.

VIII. Verfolgungsvoraussetzungen gemäß § 257 Abs. 4 StGB

Auslegungsprobleme stellen sich sogar in § 257 Abs. 4 StGB, der die Voraussetzungen der Strafverfolgung wegen Begünstigung normiert.

1. § 257 Abs. 4 S. 1 StGB

§ 257 Abs. 4 StGB stellt in S. 1 klar, dass es insbesondere für das Erfordernis eines Strafantrages als einer Prozessvoraussetzung nicht darauf ankommt, in welchem Verhältnis der Vortäter zum Vortatgeschädigten steht, sondern vielmehr allein auf die Beziehung des präsumtiven Begünstigers zum Vortatgeschädigten. Der Begünstiger soll nach § 257 Abs. 4 S. 1 StGB hinsichtlich der Verfolgbarkeit der Tat nicht besser oder schlechter stehen als der Teilnehmer an der Vortat. Dazu

Fall 34: V möchte bei O einen Wohnungseinbruchsdiebstahl begehen, weil er es auf eine wertvolle Autographie von Tschaikowskis Pathétique-Sinfonie abgesehen hat. Der Sohn G des O liefert V das Einbruchswerkzeug, mit dem V die Fenster der Villa des O aufbricht; der andere Sohn B des O stellt dem V drei Wochen nach der Tat seinen Keller zur Aufbewahrung der Pathétique-Autographie zur Verfügung, als bei V eine Hausdurchsuchung droht. Als O nach Tataufklärung erfährt, dass seine Söhne mit dem Dieb V unter einer Decke stecken, verzichtet der tief getroffene O auf die Stellung eines Strafantrags gegen G und B. V selbst steht in keinem Verwandtschaftsverhältnis zu O und kennt den O gar nicht. Strafbarkeit von G und B?

G hat sich wegen Beihilfe zum Wohnungseinbruchsdiebstahl strafbar gemacht, §§ 244, 27 StGB, B wegen Begünstigung, § 257 StGB, wenn einer Verfolgung und Bestrafung beider nicht das Fehlen eines Strafantrages seitens ihres Vaters O entgegensteht, § 247 StGB. Dann müsste ein Fall des Familiendiebstahls gegeben sein. Zwar liegt dieser nicht in der Person des Haupttäters/Vortäters V vor, wohl aber in der Person des G und des B, die als Söhne Angehörige im Sinne der §§ 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, 247 StGB sind. Ebenso wie es für die Verfolgbarkeit der Teilnahme an der Haupttat nicht pauschal auf das Verhältnis des Vortäters zum Geschädigten, sondern nur des jeweiligen Beteiligten ankommt,⁴⁶ ist für eine Begünstigungsstrafbarkeit nur maßgeblich, in welcher Beziehung der Begünstiger (also gerade nicht der Vortäter) zu dem durch die Vortat Geschädigten steht.⁴⁷ Als Angehörige des O (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB) können G und V in Fall 34 folglich nicht ohne dessen Strafantrag bestraft werden (absolutes Antragsdelikt).

2. § 257 Abs. 4 S. 2 StGB: Entsprechende Anwendung des § 248a StGB

S. 2 des § 257 Abs. 4 StGB nennt ausdrücklich die Geringwertigkeitsklausel des § 248b StGB, die nach Abs. 4 S. 1 ohnehin schon Anwendung gefunden hätte. Die unklare Formulierung des Gesetzes „gilt sinngemäß“ lässt offen, worauf sich die von § 257 Abs. 4 S. 2 StGB in Bezug genommene Geringwertigkeit beziehen muss: Kommt es für die Geringwertigkeit i.S. des § 248a StGB auf die Vortat an oder auf die Hilfeleistung zum Zwecke der Sicherung geringwertiger Vorteile? Dazu

Fall 35: V hat bei einem Einbruchsdiebstahl bei ein wertvolles Gemälde von Rembrandt und ein altes Fahrrad (Wert: 20 €) gestohlen. B bietet ihm an, das Fahrrad in seinem (des B) Keller unterzustellen, auf dass es die Polizei bei einer eventuellen Hausdurchsuchung bei V nicht finde. So geschieht es.

⁴⁶ Fischer (Fn. 15), § 248a Rn. 6; nach Hohmann, in: Joecks/Miebach (Fn. 1), § 247 Rn. 12; Kindhäuser, in: Ders./Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, § 247 Rn. 13 folgt das aus dem Grundgedanken des § 28 Abs. 2 StGB.

⁴⁷ Hoyer (Fn. 5), § 257 Rn. 36; Stree (Fn. 16), § 257 Rn. 36.

Einen Strafantrag hat O nicht gestellt. Strafbarkeit des B aus § 257 Abs. 1 StGB?

Die Vortat des V (§§ 242, 244 StGB) bezieht sich auf nicht geringwertige Tatobjekte, weil der Wert mehrerer Tatobjekte bei der Bemessung der Geringwertigkeit zu addieren ist.⁴⁸ Das Fahrrad, auf das sich die Begünstigung des B als Tatobjekt allein bezog, war bei einem Wert von 20 € jedoch geringwertig (Grenze der Geringwertigkeit: 25 bis 30 €⁴⁹). Daher stellt sich die Frage, ob es für § 257 Abs. 4 S. 2 StGB auf den Wert der durch die Hilfeleistungshandlung betroffenen „Vorteils der Tat“ ankommt⁵⁰ oder ob der Anwendungsbe- reich der Norm auf die in § 248a StGB und auf diesen ver- weisenden Vorschriften (§§ 259 Abs. 2, 264 Abs. 4, 263a Abs. 2, 265a Abs. 3, 266 Abs. 3 StGB) beschränkt sein soll⁵¹. Für letztere Ansicht wird vorgebracht, dass der Begünstiger besser stünde als ein Vortatbeteiligter, wenn nur die Begüns- tigungshandlung, nicht aber die Vortat einen geringwertigen Vorteil zum Gegenstand hat,⁵² doch ist dieser Sicht mit der Erwägung eine Absage zu erteilen, dass Abs. 4 S. 2 gegen- über Abs. 4 S. 1 sonst überflüssig wäre, weil die meisten Fälle des Abs. 4 S. 2 auch unter Abs. 4 S. 1 fielen. Wäre die Geringwertigkeit allein auf die Vortat zu beziehen, so führte dies bereits nach Abs. 4 S. 1 zum Antragerfordernis, so dass bei einem solchen Verständnis § 257 Abs. 4 S. 2 StGB (weit- gehend) redundant würde. Darüber hinaus spricht die Selb- ständigkeit des § 257 StGB dafür, die Verfolgbarkeit der Begünstigung nicht von der Verfolgbarkeit der Vortat abhän- gig zu machen, sondern sie von der Eigenart der Begüns- tigungshandlung abhängig zu machen,⁵³ schließlich stellt § 248a StGB in allen sonst anwendbaren Zusammenhängen nicht auf die Geringfügigkeit einer Vortat oder die Gering- wertigkeit von Vortatvorteilen ab, sondern auf die Hand- lungsweise des von § 248a StGB jeweils in Bezug genom- menen Deliktes selbst.⁵⁴ Entscheidend ist also nicht, dass der Vortäter nur geringwertige Vortatvorteile erbeutet hat, son- dern vielmehr, dass die zu sichernden Vermögensvorteile geringwertig sind. In Fall 35 kommt es mithin auf den Wert des von B als zu sichernden beabsichtigten Gegenstand an; da dieser geringwertig ist, hängt die Verfolgbarkeit der Begüns- tigung des B davon ab, dass die Staatsanwaltschaft das be- sondere öffentliche Interesse an der Verfolgbarkeit bejaht (relatives Antragsdelikt).

⁴⁸ Vgl. Fischer (Fn. 15), § 248a Rn. 4 a.E.

⁴⁹ Vgl. OLG Oldenburg NStZ-RR 2005, 111; Fischer (Fn. 15), § 248a Rn. 3; Eser, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), § 248a Rn. 10.

⁵⁰ So die herrschende Meinung, vgl. Altenhain (Fn. 5), § 257 Rn. 43; Fischer (Fn. 15), § 257 Rn. 14; Hoyer (Fn. 5), § 257 Rn. 37; Lackner/Kühl (Fn. 5), § 257 Rn. 10; Mitsch (Fn. 5), § 9 Rn. 65.

⁵¹ Stree (Fn. 16), § 257 Rn. 38; ders., JuS 1976, 137 (139).

⁵² Stree, JuS 1976, 137 (139).

⁵³ Ruß (Fn. 5), § 257 Rn. 27.

⁵⁴ Lackner/Kühl (Fn. 5), § 257 Rn. 10.

IX. Die Strafrahmenbegrenzung des § 257 Abs. 2 StGB

Insbesondere für Referendare von Bedeutung ist die gleich- falls überraschend problembehaftete Regelung des § 257 Abs. 2 StGB, nach der die Anwendbarkeit des Begüns- tigungsstrahmens von einem Vergleich mit dem Strafrah- men der Vortat abhängt. Entgegen dem nicht völlig klaren Wortlaut („Die Strafe darf nicht schwerer sein [...]“) regelt die Norm nur die Abhängigkeit des auf den Begünstiger anzuwendenden Strafrahmens, nicht aber die konkrete Be- günstigungsstrafzumessung. Das folgt aus der Wendung „für die Vortat *angedrohte* Strafe“, wonach auf die abstrakte ge- setzliche Strafdrohung abzustellen ist. Die konkret durch den Vortäter verwirkte Strafe ist also für die Begünstigungsstraf- zumessung irrelevant.⁵⁵ Es ist also durchaus zulässig, im konkreten Einzelfall den Begünstiger schwerer zu bestrafen als den Vortäter.⁵⁶ Aus der Abhängigkeit der Strafobergrenze der Begünstigung von derjenigen der Vortat folgt: Ist die Vortat mit *niedrigerer* Höchststrafe bedroht als die Begüns- tigung, so begrenzt dieser Strafrahmen den der Begünstigung nach oben hin. Wichtig: Auch die Verjährungsfrist bestimmt sich dann nach dem niedrigeren Strafrahmen,⁵⁷ also nach dem Strafrahmen der Vortat! Davon einmal abgesehen weist die auf den ersten Blick klar formulierte Vorschrift einige Probleme auf, die allesamt mit dem Strafrahmen der Vortat zu tun haben.

1. Irrige Annahme eines Straftatsachverhalts

a) Unstreitig ist zunächst, dass die irrige Annahme eines Straftatsachverhalts, aus dem im Falle seines tatsächlichen Vorliegens ein gegenüber § 257 Abs. 1 StGB niedrigerer Strafrahmen resultieren würde, dazu führt, dass der niedrigere Strafrahmen der bloß vorgestellten Straftat maßgeblich sein und insofern § 257 Abs. 2 StGB eingreifen soll.⁵⁸ Dazu

Fall 36: V hat bei einem Raub eine Summe von 80.000 € erbeutet. Seinem Freund B erzählt er, er habe das Geld unter- schlagen (§ 246 Abs. 1 StGB). B bringt das Geld in Sicher- heit, indem er es einige Wochen nach der Tat in Liechtenstein auf ein Konto des V einzahlt. Aus welchem Strafrahmen wird B im Hinblick auf § 257 Abs. 1 StGB bestraft?

B hat sich durch den Transport des Geldes nach Liechtenstein und durch die Einzahlung des Geldes nach § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Problematisch ist, aus welchem Straf- rahmen er zu bestrafen ist. Der von V *realiter* begangene Raub (§ 249 Abs. 1 StGB) hat keine niedrigere Strafober- grenze (§ 38 Abs. 2 StGB: bis zu fünfzehn Jahren Freiheits- strafe) als die Begünstigung (bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe). Jedoch hat sich B einen Sachverhalt vorgestellt, der im Falle seines Vorliegens „nur“ Unterschlagung wäre, so dass

⁵⁵ RGSt 54, 96.

⁵⁶ Altenhain (Fn. 5), § 257 Rn. 41; Ruß (Fn. 5), § 257 Rn. 25.

⁵⁷ Unstreitig, vgl. BGH StV 2000, 474; St. Cramer (Fn. 1), § 257 Rn. 33.

⁵⁸ Soweit ersichtlich allgemeine Ansicht, vgl. etwa Altenhain (Fn. 5), § 257 Rn. 4; St. Cramer (Fn. 1), § 257 Rn. 30; Hoyer (Fn. 5), § 257 Rn. 38; Ruß (Fn. 5), § 257 Rn. 25.

viel dafür spricht, den Strafraumen des § 257 Abs. 1 StGB der Obergrenze nach an den des § 246 Abs. 1 StGB anzupassen (maximal drei Jahre Freiheitsstrafe). In der Tat folgt aus dem Charakter des § 257 StGB als eines Anschlussdelikts,⁵⁹ dessen Unrechts- und Schuldgehalt maßgeblich durch die begangene Vortat mitbestimmt wird, dass für die Entscheidung über den milderen Strafraumen der Strafraumen des § 257 Abs. 1 StGB mit dem der vorgestellten Tat verglichen werden muss. Ist – wie im Fall – der Strafraumen der vorgestellten Tat mit einer geringeren Obergrenze ausgestattet, so ist wegen Begünstigung zu verurteilen und aus dem reduzierten Strafraumen die konkrete Strafe zuzumessen.

In Fall 36 besteht das zusätzliche Problem, dass § 246 Abs. 1 a.E. StGB ausdrücklich anordnet, dass eine Bestrafung wegen Unterschlagung nur stattfinden kann, „wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwerer Strafe bedroht ist.“ Insofern scheinen hier die Subsidiaritätsklausel der Unterschlagung und die Strafraumenlimitierung des § 257 Abs. 2 StGB zu kollidieren; denn gegenüber der Unterschlagung ist die Begünstigung mit schwerer Strafe bedroht, was die Frage aufwirft, ob bei Existenz einer solchen Subsidiaritätsklausel auf § 257 Abs. 2 StGB zugegriffen werden kann (zum Problem bereits ZJS 2009, 258, V. 4.). Jedoch existiert, auch wenn man mit der Rechtsprechung⁶⁰ den Begriff der „Tat“ in § 246 Abs. 1 a.E. prozessual im Sinne des § 264 StPO versteht und demzufolge in Fall 36 Vortat und Begünstigung als innerhalb einer prozessualen Tat liegend ansehen will, eine Kollision der beiden Vorschriften nur dann, wenn beide Delikte überhaupt tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft begangen wurden. In Fall 36 hat B die Vortatunterschlagung weder täterschaftlich begangen noch als Gehilfe unterstützt. Eine Kollision des § 257 Abs. 2 StGB mit der Unterschlagungssubsidiaritätsklausel existiert somit gar nicht. Somit bestehen gegen die Anwendung des § 257 Abs. 2 StGB keine Bedenken. B kann daher mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bestraft werden.

b) Hingegen soll es nach, soweit ersichtlich, einhelliger Ansicht bei dem niedrigeren Strafraumen bleiben, wenn der Täter irrig einen Straftatsachverhalt mit höherem Strafraumen annimmt („Meistbegünstigungsprinzip“); dazu

Fall 37: V hat einen Geldbetrag von 80.000 € unterschlagen. Sein Freund B transportiert das Bargeld nach Liechtenstein und zahlt es auf einem Bankkonto des V ein. B glaubt dabei, der V habe das Geld bei einem vor einigen Tagen stattgefunden habenden schweren Bankraub (§§ 249, 250 Abs. 2 StGB) erbeutet. Aus welchem Strafraumen ist B zu bestrafen?

Stellt man hier auf den vom Vortäter *realiter* verwirklichten Sachverhalt ab, so ergibt sich, dass B mit Geldstrafe oder mit

Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren zu bestrafen ist (§ 257 Abs. 2 StGB i.V.m. § 246 Abs. 1 StGB). Zweifel an diesem Ergebnis nähren sich daraus, dass B an einen Raub als Vortat, also an ein gegenüber § 257 Abs. 1 StGB erheblich schwereres Delikt geglaubt hat und im umgekehrten Fall, wie oben unter a) gesehen, auch nicht auf die objektive Lage abgestellt wird, sondern bei irriger Annahme eines leichter wiegenden Vortatsachverhalts auf diesen abgestellt wird. Daher stellt sich die Frage, warum in Fall 37 irrtümlich angenommenen schwereren Vortat dem nach § 257 Abs. 2 StGB vorzunehmenden Strafraumenvergleich nicht auch der Strafraumen der §§ 249, 250 Abs. 2 StGB zugrunde zu legen ist. Bei einer solchen Sicht wäre B mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren zu bestrafen (weil dann der mildere Regelstrafrahmen des § 257 Abs. 1 StGB eingriffe). Gegen dieses Ergebnis – das freilich, soweit ersichtlich, nirgendwo vertreten wird – lässt sich jedenfalls nicht einwenden, dass man auf die vorgestellte schwerer wiegende Tat „nur nach Versuchsgrundsätzen abstellen“ kann, was „mangels Strafbarkeit des Versuchs einer Begünstigung nicht zulässig“ wäre.⁶¹ Hier geht es nämlich nicht darum, *contra legem* eine versuchte Begünstigung unter Strafe zu stellen, sondern allein darum, den Strafraumen dem sich im Täterverhalten manifestiert habenden Handlungsunrecht anzupassen, das bei der Begünstigung als einem teilakzessorischen Versuchs- und Anschlussdelikt maßgeblich von der (möglicherweise auch nur vorgestellten) Vortat abhängt. Die Frage, ob eine vollendete oder nur eine straflose versuchte Begünstigung vorliegt, hängt nicht von dem Strafraumen der Vortat ab.

Gleichwohl steckt in der Argumentation mit der bei § 257 StGB fehlenden Versuchsstrafbarkeit ein wahrer Kern; man muss das einhellig anerkannte Ergebnis aber anders begründen. Vergegenwärtigt man sich, dass das Rechtsgut der Vortat sich im Rechtsgut der Begünstigung (teilweise) fortsetzt, weil die Begünstigung auch das durch die Vortat angegriffene Rechtsgut schützt, so begrenzt es zugleich das Rechtsgut der Begünstigung⁶². Das rechtfertigt es, nur den Strafraumen der weniger schweren Vortat dem Strafraumenvergleich nach § 257 Abs. 2 StGB zugrunde zu legen; wollte man es anders sehen und den Begünstigungsstrafrahmen an den der vorgestellten schwereren Straftat anbinden, so wäre auf Ebene der Zumessung der Begünstigungsstrafe ein mit der Vortat gar nicht tatsächlich, sondern nur vermeintlich angegriffenes Rechtsgut maßgeblich; überdies würde der von § 257 StGB auch intendierte generalpräventive Schutz der Geltung der durch die Vortat verletzten Vorschrift auf Strafzumessungsebene auf eine von der Vortat überhaupt nicht beeinträchtigte Norm ausgedehnt. Damit würde im Rahmen des § 257 StGB so bestraft, als stünde der bloße Versuch der Fortsetzung eines Angriffs auf ein *realiter* nicht beeinträchtigt Vortatrechtsgut *sub specie* § 257 Abs. 1 StGB unter Strafe. Mit der Fortsetzung des Schutzes des Vortatrechtsgutes durch § 257 StGB wäre das nicht zu vereinbaren. In Fall 37 ist daher für die Bestrafung des B der Strafraumen des § 246 StGB als gegenüber § 257 Abs. 1 StGB milderer Strafraumen

⁵⁹ Nebulös *St. Cramer* (Fn. 1), § 257 Rn. 30, nach dem sich die Anwendung des niedrigeren Strafraumens der vorgestellten Vortat mit dem Charakter als „Absichtsdelikt“ rechtfertige. Aber bei § 257 Abs. 2 StGB handelt es sich um eine Strafzumessungsregel, die mit dem subjektiven Tatbestandsmerkmal der Vorteilssicherungsabsicht nichts zu tun hat.

⁶⁰ Nachweise bei *Fischer* (Fn. 15), § 246 Rn. 23b.

⁶¹ So *Stree* (Fn. 16), § 257 Rn. 36.

⁶² So auch *St. Cramer* (Fn. 1), § 257 Rn. 30.

maßgeblich, obwohl B an einen schweren Raub als Vortat glaubte.

2. Begrenzung des Begünstigungsstrafrahmens durch einen nach § 27 Abs. 2 StGB gemilderten Vortatbeihilfestrarahmen?

Weniger konsentiert als die oben 1. dargestellten Fälle eines schwereren oder leichteren Straftatsachverhalts ist die Frage, welcher Strafraumen dem nach § 257 Abs. 2 StGB vorzunehmenden Strafraumenvergleich zugrunde zu legen ist, wenn der Begünstiger seine Hilfeleistung einem *Gehilfen* der Vortat zugute kommen lässt. Beispielhaft

Fall 38: T hat einen einfachen Diebstahl (§ 242 StGB) begangen und dabei mehrere wertvolle Bilder erbeutet. Während T noch überlegt, wie er die Bilder abtransportieren soll, kommt V mit seinem Lastwagen vorbeigefahren und bietet im Wissen um die Herkunft der Bilder seine Hilfe an, die T dankend annimmt; für seine Hilfe erhält V eines der Bilder (einen Marc). Als T verhaftet worden ist und B erfährt, dass bei V eine Hausdurchsuchung droht, bietet er dem V an, den Marc bei sich im Keller zu deponieren; V nimmt dankend an, und B stellt den Marc vorübergehend bei sich im Keller unter. Aus welchem Strafraumen ist B zu bestrafen?

B hat sich jedenfalls wegen Begünstigung strafbar gemacht, § 257 Abs. 1 StGB. Der Strafraumen, aus dem er zu bestrafen ist, richtet sich danach, ob der Strafraumen der Vortat ein milderer war, § 257 Abs. 2 StGB. Damit stellt sich die Frage, um welche Vortat es präzise geht. Akzeptiert man, dass der Diebstahl des T noch nicht vollendet war, als V ihm beim Abtransport der Bilder geholfen hat, so stellt sich das Verhalten des V (mangels vollendeter Vortat) nicht als Hehlerei dar (vgl. § 259 Abs. 1 StGB: „gestohlen hat“), sondern lediglich als Beihilfe zum Einbruchsdiebstahl. Gemäß §§ 242 Abs. 1, 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 Nr. 2 StGB wäre also der dem Strafraumenvergleich nach § 257 Abs. 2 StGB zugrunde zu legende Strafraumen Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren und 9 Monaten. Gegen dieses Ergebnis hat sich *Stree* gewandt, auf den ungemilderten Strafraumen der Vortat abgestellt und dies historisch-systematisch damit begründet, der Gesetzgeber habe entgegen dem E 62 auf die Einfügung einer die Milderung *expressis verbis* anordnenden Vorschrift verzichtet.⁶³ Für diese Sicht ließe sich ferner anführen, dass *Vortat* im Sinne des § 257 Abs. 2 StGB nur eine täterschaftliche Begehungsweise – im Fall also der täterschaftliche Betrug des V – sein kann. Indes verdient sowohl aus teleologischen als auch aus grammatischen Gründen der Standpunkt der herrschenden Meinung den Vorzug, wonach die strafrahmenprägende *Vortat* auch eine Beihilfe sein kann, die einem Dritten geleistet wird.⁶⁴ Denn mit dem soweit ersichtlich unangefochtenen Dogma, dass auch Teilnahmehandlungen rechtswidrige Taten im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB sein

⁶³ *Stree* (Fn. 16), § 257 Rn. 36.

⁶⁴ *Altenhain* (Fn. 5), § 257 Rn. 41; *St. Cramer* (Fn. 1), § 257 Rn. 30; *Weisert*, Der Hilfeleistungsbegriff bei der Begünstigung, 1999, S. 217; so auch *Hoyer* (Fn. 5), § 258 Rn. 44 zu § 258 Abs. 3 StGB.

können, lässt sich die Gegenmeinung jedenfalls dann nicht vereinbaren, wenn nur der Gehilfe der Vortat, nicht aber der Haupttäter begünstigt wird, denn ausweislich des Gesetzeswortlauts wird die Begünstigung „einem anderen“, also einer Person geleistet, nicht aber einer Tat. Auch rechtsgutmäßig besteht kein Anlass, § 257 Abs. 2 StGB einen ungemilderten Vortatstrafrahmen zugrunde zu legen: Besteht eines der von § 257 StGB geschützten Rechtsgüter in der Geltung der durch die Vortat verletzten Verhaltensnorm, so muss die Geltung der Vortatnorm (lediglich) dadurch demonstriert werden, dass auf den Begünstiger der Strafraumen desjenigen angewandt wird, den der Begünstiger unterstützt hat. Ist dieser ein Vortatgehilfe, so besteht das auch im Strafausspruch zum Ausdruck zu bringende Normerhaltungsinteresse der Allgemeinheit (nur) darin, dass künftig derartige Beihilfehandlungen unterbleiben. Deshalb ist im nach § 257 Abs. 2 StGB vorzunehmenden Strafraumenvergleich zugunsten des Begünstigers der nach §§ 27 Abs. 2 S. 2, 49 Abs. 1 StGB gemilderte Vortatstrafrahmen in Ansatz zu bringen. In Fall 38 ist B somit mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von maximal 3 Jahren und 9 Monaten zu bestrafen.

3. Bedeutung des § 28 StGB

Umstrittene Rechtsprobleme wirft bei der Bestimmung des gemäß § 257 Abs. 2 StGB vorzunehmenden Strafraumenvergleichs die Regelung des § 28 StGB auf. Wohl überwiegend lehnt man die Anwendung dieser Norm auf die Strafbarkeit des Begünstigers gänzlich ab; zumeist werden dabei unreflektiert zwei Problemkreise nicht genügend auseinandergelassen. Zumindest gedanklich ist zu differenzieren zwischen dem Vorliegen besonderer persönlicher Merkmale beim Vortäter und beim Begünstiger.

a) Begrenzung des Begünstigungsstrafrahmens durch eine nach § 28 Abs. 2 StGB vorzunehmende Tatbestandsverschiebung mit- samt anzupassendem verschiedenen Strafraumen beim Vortäter?

Der erste Problemkreis besteht darin, dass beim Vortäter eine nach § 28 Abs. 2 StGB vorzunehmende Tatbestandsverschiebung den auf den Vortäter anzuwendenden Strafraumen mildert. Dazu

Fall 39: Dem U ist eine Sache im Sinne des § 246 Abs. 2 StGB anvertraut worden. U und V unterschlagen diese Sache nun gemeinschaftlich im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB. V wurde die Sache nicht anvertraut, er soll aber zur Hälfte an der Beute partizipieren. V bewahrt die unterschlagene Sache nun bei sich auf. Als ihm eine Hausdurchsuchung droht, begünstigt B den V, indem er die Sache bei sich in der Garage unterstellt, um sie seinem Freund V zu erhalten. Aus welchem Strafraumen ist B nach § 257 StGB zu bestrafen?

U hat sich wegen veruntreuender Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Da dem V die Sache nicht anvertraut wurde, er aber ansonsten täterschaftlich, insbesondere tatherrschaftlich gehandelt hat und es sich beim Anvertrautsein um ein besonderes persönliches Merkmal im

Sinne des § 28 Abs. 2 StGB handelt,⁶⁵ ist V nur wegen einfacher Unterschlagung strafbar, § 246 Abs. 1 StGB. Es stellt sich daher die Frage, ob hinsichtlich B im Rahmen des nach § 257 Abs. 2 StGB vorzunehmenden Strafrahmenvergleichs (§ 257 Abs. 2 StGB) auf den qua *Tatbestandsverschiebung* erzeugten milderen Strafrahmen des § 246 Abs. 1 StGB oder auf den mit § 257 Abs. 1 StGB identischen Strafrahmen des § 246 Abs. 2 StGB abzustellen ist. Zutreffend ist es, auch hier auf den Strafrahmen der konkret begünstigten Vortat (§ 246 Abs. 1 StGB des V) abzustellen, denn die Begünstigung wird einer Person geleistet. Daher muss das durch die Begünstigungsstrafbarkeit auszudrückende Interesse der Allgemeinheit an der Geltung der durch die Vortat verletzten Norm nur den Wert der konkret vom Begünstigten begangenen Tat widerspiegeln.⁶⁶ Hingegen lässt sich der hier vertretene Standpunkt nicht damit begründen, dass besondere persönliche Merkmale, welche beim Vortäter vorliegen, entsprechend § 28 Abs. 2 StGB beim Begünstiger außer Betracht zu bleiben haben⁶⁷; denn im umgekehrten Fall ist der Begünstiger, der ein beim Vortäter fehlendes besonderes strafscharfendes besonderes persönliches Merkmal aufweist, auch nicht aus einem schärferen Strafrahmen zu bestrafen als der Vortäter; hierfür fehlt es schon an einer gesetzlichen Grundlage,⁶⁸ zusätzlich aber auch an einem sachlichen Grund (allein rechtsgutsbegrenzende Funktion des Vortatstrafrechts). In Fall 39 ist B nach alledem mit Geldstrafe oder mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen (§§ 257 Abs. 2, 246 Abs. 1, 28 Abs. 2 StGB).

b) Begrenzung des Begünstigungsstrafrahmens durch eine nach § 28 Abs. 1 StGB vorzunehmende Strafrahmengmilderung beim Vortäter?

Ganz ähnlich wie oben a) liegt es, wenn der Strafrahmen des Vortäters sich nicht durch eine Tatbestandsverschiebung verändert, sondern gemäß §§ 28 Abs. 1, 49 Abs. 1 StGB durch eine Strafrahmengmilderung. Auch dann ist die Begünstigungsstrafe gegebenenfalls dem im Strafrahmenvergleich nach § 257 Abs. 2 StGB zugrunde zu legenden nach § 28 Abs. 1 StGB gemilderten Vortatstrafrahmen zu entnehmen, weil auch dann die qua Isolierung des Vortäters zu bewirkende faktische Geltung der Vortatnorm keine gegenüber der Vortat schärfere Strafbewehrung der Begünstigung verlangt.

⁶⁵ Fischer (Fn. 15), § 246 Rn. 19 m.w.N.

⁶⁶ Gegen jegliche Anwendung eines gemäß § 28 StGB gemilderten Vortäterstrafrahmens auf den Begünstiger im Rahmen des § 257 Abs. 2 StGB aber *St. Cramer* (Fn. 1), § 257 Rn. 30; *Ruß* (Fn. 5), § 257 Rn. 25. Dafür lässt sich entgegen *St. Cramer* (a.a.O.) nicht anführen, dass es nicht darauf ankomme, „wie der Vortäter in Person zu bestrafen ist“; denn das konkrete, über den Vortäter zu verhängende Strafmaß (nur beim diesem geht es um die Strafbarkeit „in Person“) hat mit der Frage, ob dem Strafrahmenvergleich nach § 257 Abs. 2 StGB ein gemilderter Strafrahmen zugrunde zu legen ist, nichts zu tun.

⁶⁷ *Stree* (Fn. 16), § 257 Rn. 36.

⁶⁸ *Hoyer* (Fn. 5), § 257 Rn. 38.

c) Vorliegen bzw. Nichtvorliegen besonderer persönlicher Merkmale beim Begünstiger

Anders ist hingegen zu verfahren, wenn die in Rede stehenden besonderen persönlichen Merkmale nach § 28 StGB nicht beim unterstützten Vortäter, sondern beim unterstützten Begünstiger vorliegen, wenn also nicht eine Milderung des Strafrahmens der Vortat, sondern des Begünstigungsstrafrahmens in Rede steht.

Fall 40: Der mit einer Vermögensbetreuungspflicht versehene Geschäftsführer V hat bei seinem Arbeitgeber in die in seinem Gewahrsam befindliche Kasse gegriffen (§ 266 StGB). Sein Freund B, der keine Vermögensbetreuungspflicht hat, fährt ihn einige Wochen später ins nichteuropäische Ausland, um V die Vortatvorteile zu erhalten. Aus welchem Strafrahmen ist B nach § 257 StGB zu bestrafen?

In Fall 40 besteht die Besonderheit, dass den Begünstiger B keine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB hat; dem B fehlt damit – auf der Grundlage der herrschenden Meinung, welche die Vermögensbetreuungspflicht unter § 28 Abs. 1 StGB subsumiert⁶⁹ – ein bei V vorliegendes besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB. Es stellt sich deshalb die Frage, ob in dem gemäß § 257 Abs. 2 StGB vorzunehmenden Strafrahmenvergleich ein von vornherein gemäß §§ 257, 28 Abs. 1 StGB gemilderter *Begünstigungsstrafrahmen* zugrunde zu legen und mit dem Strafrahmen der Vortat zu vergleichen ist. Diese Frage ist entgegen Teilen der Literatur zu verneinen; für eine Milderung des Begünstigungsstrafrahmens besteht angesichts der tatbestandlichen Vertypung der „Nachtatbeihilfe“ kein Raum; hätte der Gesetzgeber eine Strafrahmensverschiebung analog § 28 StGB gewollt, so hätte er dies in § 257 StGB kenntlich machen müssen. In Fall 40 ist B somit aus dem ungemilderten Strafrahmen des § 257 Abs. 1 StGB zu bestrafen.

Der hier vertretenen Ansicht lässt sich – entgegen *Stree*⁷⁰ – nicht entgegenhalten, dass andernfalls ein Vortatgehilfe schlechter stünde als ein Begünstiger; angesichts der starren Obergrenze der Begünstigung bei fünf Jahren Freiheitsstrafe und der zusätzlichen Anbindung des Begünstigungsstrafrahmens an den Strafrahmen der Vortat dürften Begünstiger oftmals schon wegen der tatbestandlichen Vertypung und damit einhergehenden strafrahmenmäßigen Selbstständigkeit der Begünstigung eher besser stehen als Gehilfen einer insbesondere schweren Vortat. Überdies lässt, selbst wenn die hier verfochtene Unzugänglichkeit der Begünstigung gegenüber einer Strafrahmengmilderung einmal im Einzelfall zu einem härteren Begünstigungsstrafrahmen führt als sich bei einer fiktiven Vortatbeihilfe ergäbe, sich diese nur vermeintliche Schlechterstellung zwanglos damit erklären, dass der Begünstiger eben nicht nur das durch die Vortat angegriffene Rechtsgut beeinträchtigt, sondern auch die generalpräventive Wirkung der Vortatstrafnorm schmälert und damit ein zusätzliches Rechtsgut angreift. Daraus erhellt, dass Äpfeln mit

⁶⁹ BGHSt 26, 53 f.; BGH NStZ-RR 2008, 6; *Fischer* (Fn. 15), § 266 Rn. 79.

⁷⁰ *Stree* (Fn. 16), § 257 Rn. 36.

Birnen vergleicht, wer den Begünstigungsstrafrahmen *pau-*
schal am Strafraumen eines fiktiven Vortatgehilfen misst –
ist § 257 StGB schon wegen des zukunftsgerichteten Schut-
zes der generalpräventiven Wirkung der Vortatnorm eben
doch mehr als bloße Nachtatbeihilfe.