

# Verselbständigte Beihilfehandlungen und Straflosigkeit des Gehilfen

Dr. Ulrich Sommer, Rechtsanwalt in Köln

Juristische Rundschau, Heft 12, 1981, S.490-495

Die strafrechtliche Lit. und Rspr. qualifiziert bestimmte Tatbestandsmodalitäten („Unterstützen, Fördern“) als sog. verselbständigte Beihilfehandlungen. Häufig wird ihnen der Wert einer abschließenden Teilnehmerregelung zugeschrieben, die §27 ausschließt; insgesamt wird eine solche Auslegung wenig konsequent gehandhabt und ist im einzelnen umstritten aktuelles Beispiel: §§ 129, 129 a). Entgegen der h. M. ist davon auszugehen, daß sog. verselbständigte Beihilfehandlungen im StGB nicht faßbar sind. Anknüpfungspunkt für eine Straflosigkeit der Gehilfen bietet allein die Feststellung einer erschöpfenden Strafbarkeitsausdehnung durch den Tatbestand, die eine weitere Vorverlagerung durch § 27 nicht verträgt.

§ 27 Abs. 1 normiert die umfassende Strafbarkeit des Gehilfen. Sowohl der Wortlaut als auch die systematische Stellung dieser Vorschrift im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs scheinen keinen Zweifel daran aufkommen zu lassen, daß Beihilfe zu sämtlichen im Besonderen Teil umschriebenen Straftaten dem grundsätzlichen Strafbarkeitsbereich unterfällt. Ausnahmen sehen die allgemeinen Teilnahmevorschriften nicht vor.

Die Eindeutigkeit der gesetzlichen Regelung hat die Rechtswissenschaft jedoch nicht gehindert, in Einzelfällen die Straflosigkeit des Gehilfen zu befürworten, obwohl dieser alle Tatbestandsvoraussetzungen der strafbaren Beihilfe in seiner Person erfüllt. Weitgehend werden entsprechende Fallgruppen in dem bereits seit Jahrzehnten diskutierten - und

hier nicht weiter zu vertiefenden - Problemkreis der notwendigen Teilnahme erörtert<sup>1</sup>.

Daneben sind in Wissenschaft und Praxis in der jüngeren Vergangenheit anders gelagerte Tendenzen feststellbar, Straflosigkeit des Gehilfen zu befürworten. Auch wenn es bislang an einer übergreifenden wissenschaftlichen Durchdringung der insoweit diskutierten Einzelfälle fehlt, so läßt sich doch auf Anhieb vielfach als Ausgangspunkt solcher Überlegungen zur Unanwendbarkeit des § 27 die Tatsache besonderer Tatumschreibungen innerhalb des Besonderen Teils ausmachen, welche allgemein als verselbständigte Beihilfehandlungen<sup>2</sup> bezeichnet werden.

Ein besonders aktuelles Beispiel hierfür bietet die derzeitige Diskussion über Auslegungsfragen der §§ 129, 129 a. Diese Vorschriften stellen neben dem „Gründen“ und „Sich-als-Mitglied-Beteiligen“ an einer kriminellen bzw. terroristischen Vereinigung zwei weitere Handlungsmodalitäten unter Strafe, nämlich das „Unterstützen“ oder das „Werben“ für derartige Vereinigungen. Einhellig werden letztgenannte Tatbestandsformulierungen als verselbständigte Beihilfehandlungen charakterisiert<sup>3</sup>. Neben diesen im Tatbestand selbst erwähnten Handlungen der Unterstützens und Werbens sind zweifellos weitere Beihilfehandlungen möglich. So läßt sich z.B. die Tätigkeit des Journalisten, Verlegers oder Druckers, der Schriften veröffentlicht, durch welche die Autoren offensichtlich die Werbung für eine kriminelle Vereinigung bezwecken, möglicherweise weder als Werbung noch als

Unterstützen im Sinne der §§ 129, 129 a werten. Denkbar erscheint jedoch die Charakterisierung dieses Verhaltens als Beihilfe zum Werben<sup>4</sup>. Gleiches trifft auf den Verteidiger zu, welcher Prozeßklärungen seines Mandanten mit werbendem Inhalt mittels einer Presseerklärung an die Öffentlichkeit gelangen läßt<sup>4a</sup>. Ebenso läßt sich die bloße Überbringung von Waffen durch den Boten an eine kriminelle Organisation als Beihilfe zur Unterstützung durch den Waffenlieferanten bewerten<sup>5</sup>.

Die Strafbarkeit eines solchen Gehilfen nach allgemeinen Teilnahmeregeln wird zunehmend in Frage gestellt und die Anwendbarkeit des § 27 im Rahmen der §§ 129, 129 a teilweise<sup>6</sup> oder vollständig<sup>7</sup> verneint. Dies entnimmt man der tatbestandlichen Fassung der verselbständigten Beihilfe. Daraus, daß der Gesetzgeber lediglich die Teilnahmeformen des Unterstützens und Werbens selbständig unter Strafe gestellt habe, sei zu folgern, daß nach seinem Willen alle anderen Teilnahmehandlungen straflos bleiben sollen so jedenfalls die insbesondere von Rudolphi vorgetragene Argumentation. Konsequenz einer Strafausdehnung durch Verselbständigung bestimmter Beihilfehandlungen ist hiernach die abschließende Umschreibung des Täter und Teilnehmerkreises durch den Tatbestand. § 27 bleibt unanwendbar.

Der allgemeine Stellenwert dieser Schlußfolgerung vermittelt sich mit der Einsicht, daß eine derart begründete Verdrängung des § 27 prinzipiell nicht auf die Auslegung der §§ 129, 129 a beschränkt ist. Denn die Idee einer abschließenden Beschreibung des Strafbarkeitsbereichs durch den Tatbestand des Besonderen Teils, welche den Ausschluß allgemeiner Teilnahmenvorschriften nach sich zieht, erscheint einer Generalisierung durchaus fähig. Spricht man hier der tatbestandlichen Verselbständigung von Beihilfehandlungen einschränkenden Charakter hinsichtlich weitergehender Beteiligungsformen zu, eröffnet sich dieser Weg einer Bewertung von Handlungen als strafloser Beihilfe in all denjenigen Fällen, in denen der Gesetzgeber angeblich Beihilfe-

handlungen in Tatbeständen täterschaftlich konstituiert hat. Daß es sich hierbei nicht um ein seltenes Phänomen handelt, zeigt beispielsweise bereits eine oberflächliche Durchsicht der Kommentierung bei Dreher-Tröndle, bei denen sich die Charakterisierung von Tatbeständen als verselbständigte Beihilfe neben den §§ 129, 129 a auch bei den §§ 84, 85, 109f, 125, 145 c, 180, 257, 281, 340, 354 und 357 findet.

Demgegenüber steht der Bundesgerichtshof dem Ergebnis einer straflosen Beihilfe jedenfalls hinsichtlich der eingangs erörterten §§ 129 und 129 a skeptisch gegenüber. Zwar hat er zur Frage der generellen Anwendbarkeit des § 27 im Rahmen dieser Vorschriften noch nicht abschließend Stellung genommen, zumindest in bezug auf das Merkmal des Werbens hält der BGH jedoch in einer Entscheidung des letzten Jahres an der Strafbarkeit weiterer Beihilfehandlungen fest<sup>8</sup>. Ohne sich mit der dargestellten Auslegung Rudolphis näher auseinanderzusetzen, stützt sich die Entscheidung auf die systematische Stellung des § 27, welche die umfassende Anwendbarkeit der Beihilferegelung begründe. Die an dieser Entscheidung geäußerte Kritik, der BGH habe die Strafbarkeit der Beihilfe zum Werben nicht „positiv begründet“<sup>9</sup>, bringt die Argumentation des BGH nicht ins Wanken. Die umfassende Geltung des § 27 aufgrund seiner eindeutigen systematischen Stellung zwingt allenfalls die Gegenansicht, die Derogation dieser Vorschrift zu begründen. Zweifel an einer eindeutigen Position der Rechtsprechung erweckt allerdings die Tatsache, daß der BGH sich eingehend der Frage widmet, ob nicht zusätzlich Anhaltspunkte feststellbar seien, die zu einer ausnahmsweisen Beschränkung der Strafbarkeit auf die Fälle der Täterschaft führen könnten. Auch der BGH erkennt somit die Möglichkeit strafloser Beihilfehandlungen an; ebenso wie bei Rudolphi soll der in der Tatbestandsformulierung erkennbare Wille des Gesetzgebers eine Verdrängung des § 27 grundsätzlich ermöglichen. Bei der Erforschung dieses gesetzgeberischen Willens geht der BGH jedoch andere Wege als Rudolphi indem er lediglich als

Ergebnis eines historischen Rückblicks feststellt, daß die Gesetzesmaterialien keine Anhaltspunkte für die Straflosigkeit des Gehilfen enthalten. Gleichzeitig führt er ein Beispiel an, bei dem die Straflosigkeit des Gehilfen evident sei: § 84 Abs. 2. Daß hier zu der verselbständigten Beihilfehandlung<sup>10</sup> des „Unterstützens“ weitere Beihilfe nicht möglich sei, ergibt sich für den BGH wiederum ausschließlich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, insbesondere ausdrücklichen Hinweisen in den Gesetzgebungsmaterialien. Insoweit weiß sich die Rechtsprechung einig mit der überwiegenden Ansicht in der Literatur, die die Anwendung des § 27 im Rahmen des § 84 Abs. 2 ebenfalls ablehnt<sup>11</sup> - ohne allerdings weitergehende Auslegungsgesichtspunkte heranzuziehen.

Der Ansatzpunkt - dies ergibt eine erste Untersuchung zur Auslegung der §§ 129, 129 a und 84 -, wonach aus der täterschaftlich verselbständigten Beihilfe die Straflosigkeit weiterer Beihilfehandlungen nach allgemeinen Vorschriften zu folgern sei, wird somit im Prinzip sowohl von der Rechtsprechung als auch von einem Großteil der Literatur gebilligt. Unterschiedliche Ergebnisse resultieren aus differierenden Auslegungsmethoden. Während der BGH sich lediglich auf die Gesetzesmaterialien stützen will und damit eine historische Auslegung der Vorschrift zur Ermittlung des gesetzgeberischen Willens zugrunde legt, neigt die weitergehende Ansicht Rudolphis dazu, auch systematische und teleologische Aspekte bei der Auslegung der §§ 129, 129 a heranzuziehen. Daß diese Differenz bei der Feststellung strafloser Beihilfehandlungen offenbar nicht auf unüberbrückbaren gegensätzlichen Auffassungen beruht, zeigt eine frühe Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>12</sup> zur Vorgängervorschrift des § 84, dem alten § 90 a. Neben dem „Gründen“ einer verfassungswidrigen Organisation war darüber hinaus in dieser Vorschrift das „Fördern“ von deren Bestrebungen durch Rädelsführer oder Hintermänner strafbar. Ohne Gesetzesmaterialien zur Auslegung heranzuziehen, schloß der BGH allein aus Sinn und Zweck der gewählten Tatbestandsformulierung, daß der

Gesetzgeber den Kreis der strafbaren Personen auf Gründer sowie fördernde Rädelsführer und Hintermänner beschränkt habe, also einfache Mitglieder und Nichtmitglieder straflos sein sollten. Auch deren Bestrafung als Gehilfen sei daher eine unzulässige Umgehung des Gesetzes. Derselbe Gedanke liegt der herrschenden Auslegung zum geltenden § 88 zugrunde, wonach weitere Beihilfehandlungen nicht strafbar sein sollen, da die Motivation des Gesetzgebers darauf abziele, nur Drahtzieher einer Aktion zu erfassen, bloße Mitläufer jedoch straflos zu lassen<sup>13</sup>. Die parallele Argumentation zur Auslegung der §§ 129, 129 a durch Rudolphi ist offensichtlich. Allein aus Sinn und Zweck der Vorschrift berücksichtigenden Erwägungen wurde hier von der verselbständigten Beihilfe auf die Unanwendbarkeit der allgemeinen Teilnahmevorschriften geschlossen<sup>14</sup>. Insgesamt läßt sich somit auch eine Neigung der Rechtsprechung zur Schaffung strafrechtsfreier Räume im Beihilfebereich unter Hinweis auf besondere Tatbestandsregelungen feststellen.

Legt der dargestellte Diskussionsstand nahe, generell in den Tatbeständen des Besonderen Teils verselbständigte Beihilfehandlungen zumindest im Zusammenhang mit einem grundsätzlich straflosen Beihilfebereich zu erörtern, so erfährt diese Erwartung bei einer näheren Analyse weiterer Tatbestände eine Enttäuschung. Zwar werden immer wieder Handlungsumschreibungen als verselbständigte Beihilfehandlungen beschrieben, Konsequenzen für eine Einschränkung des § 27 aber nicht einmal für diskussionswürdig gehalten. Allein Lackner scheint im Rahmen des § 109 f über das Merkmal des Unterstützens hinaus weitergehende Beihilfe ausschließen zu wollen<sup>15</sup>, ansonsten bestehen in der Literatur keine Bedenken, außerhalb der eingangs diskutierten Strafnormen neben den zu Tätern erhobenen Gehilfen auch den Gehilfen „im technischen Sinne“ zu strafen. So soll z.B. die Beihilfe zur Förderung der Gefangenenbefreiung (§ 120)<sup>16</sup> ebenso strafbar sein wie zum „Absetzen-Helfen“ bei § 259<sup>17</sup>. Weiterhin soll § 27 uneingeschränkt Anwendung finden auf die Förderung sexueller Handlung-

en Minderjähriger (§ 180)<sup>18</sup> wie auf den „Teilnehmer“ des Landfriedensbruch<sup>19</sup>. Einmütig ist in der Lehre darüber hinaus beispielsweise die Qualifizierung des „Überlassens“ in § 281 als zum selbständigen Delikt erhobene Beihilfehandlung<sup>20</sup>, ohne daß man den Anwendungsbereich der allgemeinen Beihilferegulation hierdurch eingeschränkt sieht. Zur Auslegung dieser Vorschrift findet sich jedoch eine bemerkenswerte - wenn auch vereinzelt gebliebene Anmerkung Schmitts, der bei der Untersuchung der einzelnen Handlungsmodalitäten die uneingeschränkte These vertritt, daß § 27 da nicht mehr anwendbar sein könne, wo der Gesetzgeber eine typische Beihilfehandlung zum eigenen Tatbestand erhoben hat<sup>21</sup>.

Der generalisierende Charakter dieser These steht in auffälligem Gegensatz zur allgemeinen inkonsequenten Beurteilung der verselbständigten Beihilfehandlungen; obwohl sie keinen ausdrücklichen Widerspruch erfahren hat, kann daher nicht davon ausgegangen werden, daß Rechtsprechung und herrschende Lehre die Aussage in dieser Allgemeinheit teilen. Andererseits läßt die allgemeine Behandlung der Problematik eine nachvollziehbare Begründung für die unterschiedlichen Ergebnisse vollständig vermissen. Auf dem Boden der vorgefundenen Argumentation ist nicht zu erkennen, weshalb beispielsweise im Rahmen der §§ 84, 88, 129, 109 f zum Teil eine Verdrängung des § 27 angenommen wird, die uneingeschränkte Anwendbarkeit der Vorschrift bei §§ 120, 125, 145 c oder § 180 dagegen zu bejahen ist. Der gesetzgeberische Zweck der tatbestandlichen Verselbständigung von Beihilfehandlungen scheint ein beliebig heranzuziehendes oder zu ignorierendes Argument bei der Auslegung dieser Vorschriften darzustellen, um zu rechtspolitisch erwünschten Ergebnissen zu gelangen<sup>22</sup>. Selbst im Gesetzgebungsverfahren weicht hier häufig eine präzise Aufarbeitung der Zusammenhänge zwischen Tatbestandsformulierungen und deren Auswirkungen der Darstellung von scheinbar evidenten, aber in ihren Ergebnissen konträren Erkenntnissen. So heißt es beispielsweise in der amtlichen Begründung zur

Reform des §84 schlicht, daß sich die Strafflosigkeit von Beihilfehandlungen ohne weiteres aus der Verselbständigung des Tatbestandsmerkmals des Unterstützens ergebe<sup>23</sup>. Mit derselben Selbstverständlichkeit führte demgegenüber im Bundestagsausschuß für die Strafrechtsreform der Abgeordnete Penner aus, daß § 129 a die Strafbarkeit einer verselbständigten Teilnahme statuiere, an welcher wiederum Teilnahme möglich sei<sup>24</sup>.

Insgesamt bietet sich somit bei der Behandlung der wechselseitigen Beziehungen zwischen verselbständigter Beihilfe und § 27 ein verwirrendes Bild. Es ist weder eine eingehende Untersuchung dieser Zusammenhänge noch eine konsequente Linie hinsichtlich der vertretenen Ergebnisse erkennbar.

Eine nähere Beleuchtung dieser Zusammenhänge verspricht eine Offenlegung der angewandten Auslegungsmethoden, mit denen die herrschende Lehre zu den geschilderten unterschiedlichen Ergebnissen gelangt. Da in den Fällen der befürworteten Verdrängung des §27 der argumentative Ausgangspunkt regelmäßig die Rechtsfigur der verselbständigten Beihilfe ist, liegt es nahe, die Unanwendbarkeit der allgemeinen Beihilfevorschrift auf die Regel zurückzuführen, wonach diese durch die speziellere Norm verdrängt wird. Oberrnimmt der besondere Tatbestand den umfassenden Regelungsgegenstand der Beihilfevorschrift, nämlich die abschließende Umschreibung des Strafbarkeitsbereichs auch hinsichtlich der den Täter lediglich unterstützenden Randfiguren, so ist die Eröffnung strafrechtsfreier Räume denkbar, die ansonsten über § 27 abgedeckt wären.

Die Auffassung von Tatbestandsformulierungen als *lex specialis*, die im Wertungswiderspruch zu allgemeinen Normen stehen und diese in systemkonformer Auslegung verdrängen, stellt auch für das Strafgesetzbuch kein unakzeptables methodisches Vorgehen dar. Spezielle Versuchs- und Irrtumsregelungen im Besonderen Teil, welche allgemeinen Vorschriften vorgehen, sind dem Strafgesetzbuch nicht unbekannt. Der Bezug auf die sys-

tematische Stellung des § 27 bietet hier sich ebenfalls an, da dies eindeutig eine „klassische“ allgemeine Regelung innerhalb eines Kodex darstellt, als sogenannte vor die Klammer gezogene Regelung, deren Regelungsinhalt sich auf das Gesetzbuch in seiner Gesamtheit bezieht<sup>25</sup>.

Voraussetzung für die Verdrängung dieser allgemeinen Norm wäre eine spezielle Vorschrift, deren Anwendungsbereich völlig in dem der allgemeinen aufgehen müßte<sup>26</sup>. Ob die allgemein als Beihilfehandlungen des Besonderen Teils charakterisierten Tatbestände dieser Voraussetzung genügen, läßt sich in dieser Allgemeinheit bereits aufgrund der Konturenlosigkeit dieser dogmatischen Figur schwerlich feststellen. Nirgends findet sich eine präzise Formulierung dessen, was eigentlich unter diesem Begriff zu verstehen sei; die Häufigkeit, mit der dieser Begriff in der Literatur zum Besonderen Teil Verwendung findet, steht in auffallendem Gegensatz zu dessen fehlender dogmatischer Durchdringung in den allgemeinen Teilnahmelehren.

Will man jedoch dem speziellen Beihilfedelikt verdrängenden Charakter zuschreiben, muß mindestens von einer Regelungsidentität der besonderen allgemeinen Vorschrift ausgegangen werden. Dies wird von der herrschenden Meinung offensichtlich in der Tat zugrunde gelegt, wenn häufig zwischen „formeller Beihilfe“ nach § 27 und „materiellen“ Beihilfehandlungen des Besonderen Teils unterschieden wird<sup>27</sup>, man beide Formen aber auf eine einheitliche Beihilfeform zurückführen zu können glaubt. Der Annahme einer Regelungsidentität stehen hiernach keine Bedenken entgegen. Eine derart begründete Spezialität von „materiellen“ Beihilfevorschriften verkennt jedoch den Zusammenhang zwischen den denkbaren strafrechtlichen Beteiligungen und der Gesetzssystematik. Der Versuch, „der Sache nach“<sup>28</sup> materielle Beihilfehandlungen aus den Unrechtsbeschreibungen des Besonderen Teils herauszuarbeiten, muß bereits an der Erkenntnis scheitern, daß es an tauglichen materiellen Abgrenzungskriterien zu den hiervon dann zu unterscheidenden

eigentlichen Täterschaftshandlungen mangelt<sup>29</sup>. Denn die Entscheidung, ob eine Handlung als Täterschaft oder Teilnahme zu qualifizieren ist, läßt sich nicht generell nach Art und Intensität eines Rechtsgutsangriffs treffen. Zwar liegt dem Strafgesetzbuch eine „vorrechtliche“ Strukturierung von Täterschafts- und Beihilfehandlungen zugrunde, welche den Täter in den Mittelpunkt eines Deliktsvorgangs, den Hilfeleistenden aber außerhalb des Geschehenszentrums stellt<sup>30</sup>, ohne Anknüpfung an einen konkreten Geschehensablauf bleibt diese Vorstellung jedoch inhaltsleer<sup>31</sup>. Eine inhaltliche Strukturierung von Täterschaft und Beihilfe nimmt daher allein der Gesetzgeber mit der Formulierung des regelmäßig täterschaftlichen Unrechtstatbestandes vor<sup>32</sup>. Wird in Ausübung des gesetzgeberischen Ermessens eine bestimmte Handlungsweise pönalisiert, ist diese stets täterschaftskonstituierend, unabhängig davon, ob der hierdurch erfaßte Täter bei Fehlen dieses Tatbestandes ansonsten möglicherweise über die allgemeinen Beihilfe Regelungen bestraft werden könnte. Folgerichtig kommt daher auch niemand auf den Gedanken, beispielsweise denjenigen Täter, der sich lediglich im Besitz von geringfügigen Heroinmengen befindet, als allenfalls unterstützende Randfigur des strafrechtlich erfaßten Rauschgifthandels nach § 11 BtMG in Zusammenhang mit materiellen Beihilfehandlungen zu bringen.

Geht die „formale“ Gesetzestechnik somit prinzipiell mit der materiellen gesetzgeberischen Bewertung sämtlicher Handlungsbeschreibungen als täterschaftlicher Delikte einher, sind für die ausschließlich in den Allgemeinen Teil verwiesene Beihilfe Regelung Modifizierungen durch die Tatbestände des Besonderen Teils undenkbar. Die in materiell „blinder Formalität“<sup>33</sup> auf den Besonderen Teil funktionierende Vorschrift des § 27 bedarf zur Auffüllung mit einem materiellen Gehalt notwendigerweise des Bezugspunktes eines besonderen Tatbestandes. Erst nach Ermittlung des Umfangs der im Tatbestand stets beschriebenen Zentralfigur im deliktischen Geschehensablauf werden Konturen von Teilnehmern außerhalb dieses Zentrums deut-

lich. Gewinnt der Beihilfestraftatbestand somit notwendigerweise Inhalt erst durch Anknüpfung an besondere Unrechtsumschreibungen, wird die Charakterisierung des Anknüpfungspunktes selbst ohne einen solchen erkennbaren Bezug als Beihilfe unmöglich. Der Begriff der materiellen Beihilfehandlungen im Besonderen Teil ist daher irreführend, wenn nicht gar unzulässig<sup>34</sup>. Er vermag in bestimmten Tatbeständen einzelne Modifikationen auf Anheb anschaulich zu illustrieren, insgesamt hat die Charakterisierung einer täterschaftlichen Unrechtsumschreibung als verselbständigte Beihilfe aber keinen Einfluß auf den Anwendungsbereich des § 27 und den hierdurch umschriebenen Strafbarkeitsbereich. Der Regelungsgehalt beider Vorschriften deckt sich somit nicht was die Qualifizierung von derartigen Tatbeständen als vorrangige *lex specialis* gegenüber der allgemeinen Beihilferegelung als methodisch unzulässigen Ansatzpunkt erscheinen läßt. Soweit im allgemeinen dennoch von einem Verdrängen des § 27 durch speziellere Regelungen täterschaftlicher Tatbestände die Rede ist, steht dies nicht der beschriebenen Erkenntnis entgegen. Zwar soll beispielsweise § 357 materielle Beihilferegelungen enthalten und aus diesem Grund die Anwendung des § 27 ausschließen<sup>35</sup>, eine andersartige Bewertung des von § 27 abgedeckten Strafbarkeitsbereiches will aber auch die herrschende Lehre hierdurch nicht erreichen. Der Strafe für eine als besonders verwerflich agierende Randfigur soll hier lediglich die Milderungsmöglichkeit des § 27 Abs. 2 entzogen sein, was - wie stets im Rahmen der Gesetzeskonkurrenz<sup>36</sup> - die prinzipielle Verletzung auch des verdrängten Beihilfedelikts nicht berührt<sup>37</sup>. Es fehlt hier insoweit also an der für die Anwendung der *lex-specialis*-Regel typischen Voraussetzung eines Wertungswiderspruchs von Normen. Beihilfehandlungen, die von § 357 nicht erfaßt werden, bleiben daher nach allgemeinen Regeln weiterhin strafbar. Gleiches gilt für ähnliche Tatbestandsfassungen der §§ 145 c, 340, 354 Abs. 2 Nr. 3.

Das Fehlen einer die Beihilfe spezialisierenden Regelung im Besonderen Teil führt nun

allerdings nicht zwangsläufig zu einer uneingeschränkten Anwendbarkeit des § 27. Erkennt man, daß die Vorstellung von verselbständigten Beihilfehandlungen der Feststellung von Strafbarkeitszonen im Teilnahmebereich nicht förderlich ist, wird der Blick frei für den entscheidenden Aspekt, der eine Verdrängung des § 27 allenfalls zu begründen vermag. Die Unanwendbarkeit des § 27 in Einzelfällen läßt sich nur aus der Funktion dieser Vorschrift ableiten, wonach sie primär eine Erweiterung des Strafbarkeitsbereichs gegenüber den tatbestandlichen Unrechtsumschreibungen normiert<sup>38</sup>. In dieser Funktion gleicht sie anderen Vorschriften des Allgemeinen Teils, wie der Anstiftungs- und Versuchsregelung. Bei der Derogation des § 27 muß daher die Überlegung im Vordergrund stehen, inwieweit die Besonderheiten eines Tatbestandes ausnahmsweise die Anwendung dieser gesetzlich vorgesehenen Straferweiterung verbieten.

Dies ist regelmäßig die entscheidende Argumentationsbasis in all den Fällen, in denen die herrschende Lehre und Rechtsprechung die Verdrängung des § 27 befürwortet. Auch wenn stets auf die verselbständigte Beihilfehandlung verwiesen wird, liegt dem häufig gleichzeitig die Vorstellung zugrunde, daß es sich hierbei bereits um eine extreme Vorverlagerung der Strafbarkeit durch den Tatbestand selbst handelt, die eine zusätzliche Erweiterung durch § 27 nicht verträgt<sup>39</sup>. Ohne daß es einer Besinnung auf materielle Beihilfehandlungen bedarf, ist hier schon der zutreffende methodische Ansatz zur Auslegung gewiesen: Die einer Strafnorm entnommenen teleologischen Auslegungsergebnisse können im Einzelfall den systematischen Auslegungsansatz, der eine uneingeschränkte Anwendung des § 27 nahelegt, verdrängen<sup>40</sup>. Die notwendige Einbeziehung von Strafeinschränkungsinteressen im Rahmen der teleologischen Auslegung, die Idee des Strafrechts als *ultima ratio* und allein dem effektiven Rechtsgüterschutz verpflichteten Mittel können dazu zwingen, von einer gesetzessystematisch gebotenen Vorverlagerung der Strafbarkeit abzusehen, wenn hierdurch im wesentlichen

Handlungen erfaßt werden, die nicht mehr als strafwürdige hinreichende Beeinträchtigung eines schutzwürdigen Rechtsguts aufgefaßt werden können<sup>41</sup>.

Allgemeine Regeln dafür, wann ein Tatbestand die Ausdehnung auf den Beihilfebereich verbietet, werden sich kaum aufstellen lassen. Für die jeweils konkret vorzunehmende Auslegung dürfte jedoch stets zu berücksichtigen sein, daß Maßstab zur Feststellung einer Vorverlagerung der Strafbarkeit - grob umrissen - der aus der strafrechtlichen Handlungsumschreibung herauszudestillierende Unrechtskern bildet, anhand dessen die grundsätzlichen gesetzgeberischen Wertentscheidungen hinsichtlich der geschützten Rechtsguts, der inkriminierten typischen Angriffsweise und der Art des Verletzungserfolgs deutlich werden. Entfernt sich die Handlungsumschreibung von diesem Unrechtskern nicht unerheblich durch Einbeziehung peripherer Verhaltensweisen, besteht regelmäßig Anlaß zu überprüfen, inwieweit eine weitere Ausdehnung der Strafbarkeit auf noch weiter entfernt stehende Randfiguren des Geschehens mittels § 27 den intendierten strafrechtlichen Rechtsgüterschutz überdehnt. Hier wird deutlich, daß zahlreiche Tatbestände, die gemeinhin als verselbständigte Beihilfehandlungen bezeichnet werden, mit einer derart bestimmten Vorverlegung der Strafbarkeitszone nicht in Zusammenhang gebracht werden können. Sie entspringen häufig evident anderen gesetzgeberischen Intentionen. Wurde für die §§ 145 c, 340, 354 Abs. 2 Nr. 3 und § 357 bereits verdeutlicht, daß die Auswahl als besonders strafwürdig erachteter Handlungen im Randbereich der Rechtsgutsverletzung den grundsätzlichen Strafbarkeitsbereich nicht berührt, liegt der Grund für das tatbestandsmäßige „Fördern“ bzw. „Helfen“ in den §§ 120, 259 ersichtlich allein in dem Bestreben, ansonsten infolge des Akzessorietätsgrundsatzes angenommene Strafbarkeitslücken zu schließen<sup>42</sup>. Insoweit zieht daher die herrschende Lehre zu Recht hieraus keine Konsequenzen für den Anwendungsbereich des § 27.

Daß die Feststellung von den § 27 ausschließenden Tatbeständen nicht des zweifelhaften Anknüpfungspunktes einer materiellen Beihilfeordnung bedarf, zeigt weiterhin die allgemeine Praxis, einen exklusiven Charakter auch solchen Vorschriften zuzusprechen, die nicht den geringsten Hinweis auf eine verselbständigte Beihilfehandlung enthalten. So hat der Bundesgerichtshof<sup>43</sup> zutreffend entschieden, daß der Tatbestand der geheimdienstlichen Agententätigkeit (§ 99 Abs. 1 Nr. 1) durch seine weite Fassung abschließend sämtliche strafwürdigen Agententätigkeiten erfaßt, eine Strafbarkeitserweiterung über § 27 daher dem gesetzgeberischen Willen widersprechen würde. Die Literatur hat dies Ergebnis gebilligt<sup>44</sup>. Zur Vermeidung uferloser Strafbarkeitsbereiche soll gleiches auch bei einigen anderen Tatbeständen gelten, deren Handlungsumschreibungen weit in den Bereich der die eigentliche Rechtsgutverletzung vorbereitenden Aktivitäten hineinreicht, wie z.B. § 83<sup>45</sup>, § 87<sup>46</sup> oder § 98 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1<sup>47</sup>.

Allein in dem aufgezeigten Rahmen vermögen die allgemein als verselbständigte Beihilfehandlungen bezeichneten Tatbestandsfassungen zur Ermittlung eines straflosen Beihilfebereichs beizutragen. Die Verdrängung des § 27 wird sich danach insbesondere dann anbieten, wenn der Gesetzgeber Tatbestandsalternativen wie die des „Unterstützens“ und „Förderns“ innerhalb einer Vorschrift oder Vorschriftengruppe neben einer primär inkriminierten Handlungsweise pönalisiert; stellt bereits die primäre Handlungsumschreibung eine erkennbare Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes dar, liegt die Annahme nahe, der Gesetzgeber habe durch die ergänzende tatbestandliche Ausdehnung auf Randfiguren des Geschehens einen abschließenden Strafbarkeitsbereich normiert. Bei der eingangs angeführten Auslegungsproblematik der §§ 129, 129 a kommt somit dem Gesichtspunkt entscheidende Bedeutung zu, daß diese Vorschriften nicht unmittelbar rechtsgutverletzende Handlungen abdecken, sondern lediglich der Gefährlichkeit bestimmter Gruppenbildungen Rechnung tragen<sup>48</sup>. Die Tatbestandsmerkmale des Werbens und Unterstüt-

zens stellen hier eindeutig gegenüber den im entfernten Vorbereitungsstadium von Rechtsgutverletzungen angesiedelten Gründungen von terroristischen Vereinigungen eine abermalige weite Vorverlegung des Strafrechtsschutzes dar. Bereitet es in diesem Bereich schon Schwierigkeiten, sozial übliche Verhaltensweisen aus dem Tatbestand auszublenden<sup>49</sup>, entfernt man sich bei einer weiteren Ergänzung der Strafbarkeitszone durch § 27 bereits so weit von der als Unrechtskern gedachten Rechtsgutverletzung, daß der Schutzbereich der §§ 129, 129 a jedenfalls überschritten ist. Wird weiterhin das auch dem Gehilfen drohende sehr hohe Strafmaß der §§ 129, 129 a berücksichtigt, wird die Funktion der Tatbestandserweiterung durch das Unterstützen und Werben als abschließende Unrechtsumschreibung endgültig deutlich. Sind sowohl der weite Strafrahmen als auch die gravierenden prozessualen Konsequenzen (z. B. § 112 Abs. 3 StPO) bereits bei demjenigen Täter aufs äußerste strapaziert, der die Buchstaben RAF auf die Außenwand eines Justizgebäudes malt<sup>50</sup>, so würden sich diese denkbaren Sanktionen endgültig bei demjenigen als völlig unangemessene rechtsstaatliche Reaktion erweisen, der sich darauf beschränkt hat, dem Täter lediglich die notwendige Farbe zu besorgen. § 27 ist daher im Rahmen der §§ 129, 129 a nicht anwendbar.

Zu demselben Ergebnis wird man unter Berücksichtigung der aufgezeigten Grundsätze nicht nur bei der Auslegung der §§ 84 Abs. 2, 85 Abs. 2, sondern auch bei dem § 109 f gelangen. Diese Vorschrift will bereits das Vorfeld der Ausforschungsgefahr abdecken und erfährt durch die darüber hinausgehende Erweiterung des Strafbarkeitsbereichs durch das Anwerben und Unterstützen eine abschließende Beschreibung der strafwürdigen Rechtsgutgefährdung. Entgegen der herrschenden Meinung<sup>51</sup> ist die Anwendung des § 27 auch im Rahmen des § 180 Abs. 1, 2 zu beschränken. Wie bei den §§ 120, 259 dient zwar auch hier die Pönalisierung bloßer Förderungshandlungen der Überwindung von durch die Straflosigkeit der Haupttat verursachten Strafbarkeitslücken. Die Tatbestandserfassung hat

den Schutz der sexuellen Entwicklung des Minderjährigen durch Einschränkung des Kausalerefordernisses jedoch so weit vorverlegt, daß das Delikt schon als Unternehmen von Beihilfe charakterisiert wird<sup>52</sup>. Nicht zuletzt unter Berücksichtigung des - im Vergleich zur gesetzgeberischen Bewertung der geförderten Handlung selbst - relativ hohen Strafrahmens entbehren hierauf bezogene weitere Beihilfehandlungen regelmäßig eines noch als strafwürdig zu erachtenden, hinreichend konkreten Bezugs zum intendierten Schutz vor sexueller Fehlentwicklung. Die rechtsstaatlich nicht selten gebotene Straflosigkeit von Beihilfehandlungen - dies läßt sich abschließend feststellen - ist mit Hilfe des gebräuchlichen Hinweises auf eine Tatbestandsformulierung als verselbständigte Beihilfehandlung nicht zu begründen. Die Verdrängung des § 27 ist vielmehr stets das Ergebnis einer teleologischen Auslegung der einzelnen Strafnorm dahingehend, ob eine zusätzliche Ausweitung der Strafbarkeit auf unterstützende Randfiguren als eine nicht mehr als hinreichend angesehene Beeinträchtigung des geschützten Rechtsguts gewertet werden muß. Daß hier eine gesetzliche Klarstellung über den Umfang des Anwendungsbereichs des § 27 dem zweifellos verbleibenden Wertungsspielraum innerhalb der Auslegung vorzuziehen wäre, bedarf keiner Erörterung. Ist sich der Gesetzgeber der angesprochenen Problematik bei der Fassung neuer Tatbestände bewußt, ist er aufgerufen, an der Straflosigkeit der Beihilfe - wie beispielsweise bei § 219 c Abs. 2 - keinerlei Zweifel zu lassen. Für die vorliegende Problematik hat bereits der Alternativentwurf für das politische Strafrecht ähnliches vorgeschlagen. Mehreren Vorschriften sollte ein zusätzlicher Abschnitt mit dem Text beigefügt werden: „Beihilfe ist ausgeschlossen“. Ein Wiederaufgreifen dieses Vorschlags durch den Gesetzgeber wäre derzeit sicherlich der eleganteste Weg, um bestehende Rechtsunsicherheiten über den Umfang von Strafnormen zu beseitigen.

- 1 s. hierzu näher Roxin in LK 10. Aufl. vor § 26 Rdn. 27 ff.; Otto, Strafloße Teilnahme? in: Festschrift für Richard Lange S. 197-217.
- 2 s. allg. zu diesem Begriff Baumann Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977, § 37 IV 2 c.
- 3 BGHSt. 20, 89 f.; JR 1981, 74; Rudolphi Verteidigerhandeln als Unterstützen einer Vereinigung, in: Bruns Festschrift S. 327; Ostendorf in: JA 1980, 501; v. Bubnoff in: LK § 129 Rdn. 18; Schönke/Schröder/Lenckner § 129 Rdn. 15; Lackner § 129 Anm. 3; Dreher/Tröndle § 129 Rdn. 4; Dahs NJW 1976, 2148; Werle JR 1979, 96; Schlothauer/Tscherch in: Strafverteidiger 1981, 22.
- 4 s. Beispiel bei Schlothauer/Tscherch in: Strafverteidiger 1981, 23.
- 4a s. hierzu das Urteil des LG Berlin vom 19. 1. 1981, Akt.Z. 2 P KLS 5/77 (bislang unveröff.).
- 5 s. zu diesem Beispiel Schönke/Schröder/Lenckner § 129 Rdn. 25.
- 6 So Dreher/Tröndle § 129 Rdn. 5 und v. Bubnoff in: LK § 127 Rdn. 21.
- 7 Rudolphi in SK § 129 Rdn. 21; Schlothauer/Tscherch in: Strafverteidiger 1981, 22 f.
- 8 BGH MDR 1980, 772; ebenso schon Dahs NJW 1976, 2148.
- 9 Schlothauer/Tscherch in: Strafverteidiger 1981, 22 f.
- 10 s. hierzu BGHSt. 20, 89; Maurach/Schroeder, Strafrecht, Besonderer Teil. 2. Bd., 6. Aufl. 1981 S. 234.
- 11 Rudolphi in: SK § 84 Rdn. 4; Willms in: LK § 84 Rdn. 7; Dreher/Tröndle § 84 Rdn. 8; a. A. Schönke/Schröder/Stree § 84 Rdn. 17, der bei entsprechend restriktiver Interpretation des Unterstützens eine Beihilfe für möglich hält.
- 12 BGHSt. 6. 159.
- 13 Willms in: LK S 88 Rdn. 6 f.; Dreher/Tröndle § 88 Rdn. 7; Rudolphi in: SK § 88 Rdn. 13; a. A. Schönke/Schröder/Stree § 88 Rdn. 16 f.
- 14 Deshalb sah sich im übrigen damals der BGH mit dem kritischen, im Rahmen von § 129 von ihm selbst in den Vordergrund gerückten Hinweis konfrontiert, Beihilfe zu sämtlichen täterschaftlichen Delikten sei uneingeschränkt möglich; s. Ruhrmann NJW 1954, 1514 f.; i. ü. wurde die Entscheidung von der Literatur gebilligt, s. z.B. Jagusch in: LK 8. Aufl. § 90a Anm. 7 und Kohlrausch/Lange § 90 a Anm. V, der die Auslegung der BGH jedoch nicht für zwingend erachtet, sie aber aus kriminalpolitischen Erwägungen billigt; s. weiterhin Wagner MDR 1966, 191.
- 15 Lackner § 109 f. Anm. 3, der jedoch, nicht völlig eindeutig generelle Verdrängung des § 27 vertritt.
- 16 Dreher/Tröndle § 120 Rdn. 11.
- 17 So z. B. Schönke/Schröder/Stree § 2.59 dieses Tatbestandes als verselbständigte Beihilfe s. BGHSt. 26, 362.
- 18 Dreher/Tröndle § 180 Rdn. 2.5; Horn in: SK 180 Rdn. 23; Schönke/Schröder/Lenckner § 180 Rdn. 40 ff.
- 19 So z. B. Lackner § 12.5 Anm. 5; Rudolphi in: SK § 125 Rdn. 25.
- 20 Dreher/Tröndle § 281 Rdn. 4; Tröndle in: LK 9. Aufl. § 281 Rdn. 5; Lackner § 281 Anm. 5; Maurach/Schroeder BT Bd. 2 S. 127; Schmitt, Täterschaft und Teilnahme am Beispiel des § 281, in: NJW 1977, 1811 f.
- 21 NJW 1977, 1811.
- 22 s. allgemein zu dieser Auslegungstendenz bei Tatbeständen des Besonderen Teils: Schönemann in: Festschrift für Bockelmann S. 119 ff.
- 23 BT-Drucksache V 2860 S. 6.
- 24 Prot. Ausschuß für Strafrechtsreform 7/2463.
- 25 s. hierzu näher Fincke, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975, S. 8 f.
- 26 s. zum logischen Ansatzpunkt der Spezialität: Larenz, Methodenlehre, 4. Aufl., S. 251.
- 27 s. hierzu neben den Kommentierungen der angeführten Einzelvorschriften allgemein: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil (5. Aufl. 1978), 2. Teilband, § 50 11 D; Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, 3. Aufl. 1981, Rdn. 847.
- 28 So Stratenwerth Rdn. 847.
- 29 s. auch Fincke S. 70.
- 30 s. hierzu Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 3. Aufl. 1975, S. 25 f.; zu den früheren „ontologischen“ Täterlehren, die die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme nicht als Produkt des Gesetzgebers ansahen, sondern sie ausschließlich als reale Erscheinungsformen innerhalb der sozialen Welt auffaßten, s. zusammenfassend Roxin S. 13 ff.
- 31 s. hierzu ebenfalls Otto, in: Festschrift für Lange S. 204.
- 32 Konsequenterweise bezieht die h. L. die Prüfung der den Täter qualifizierenden Tatherrschaft stets auf den tatbestandsmäßigen Geschehensablauf; s. zusammenfassend Rudolphi, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, in: Bockelmann-Festschrift S. 369 ff.
- 33 So treffend Fincke S. 27.
- 34 s. hierzu auch Fincke S. 61 ff., spez. 69, der ebenfalls Identität von formeller und materieller Teilnahme leugnet, aber dennoch weiterhin in beiden Fällen mit dem Begriff der Teilnahme operiert.

- 35 RGSt. 68, 92; Dreher/Tröndle § 357 Rdn. 1; Lacher § 357 Anm. 4; Schönke/Schröder/Cramer § 357 Rdn. 1; Rudolphi in: SK § 357 Rdn. 1; Busch in: LK 9. Aufl. § 357 Rdn. 9; Maurach/Schoeder, BT Band 2 S. 309.
- 36 s. hierzu Vogler, in: Bockelmann-Festschrift S. 7.9 f. m. w. N.
- 37 So zutreffend auch Fincke, S. 75.
- 38 Zur heute unbestrittenen Funktion der Beihilfe als Strafausdehnung s. näher Jescheck, in: LK Einl. Rdn. 79.
- 39 Besonders deutlich Schlothauer/Tscherch, in: Strafverteidiger 1981, 23.
- 40 s. zur grds. Zulässigkeit eines solchen Auslegungsvorgehens Staudinger/Coing, BGB, 12. Aufl., Einl. Rdn. 145; zur überragenden Bedeutung der teleologischen Auslegung im Strafrecht s. z. B. BGHSt. 1, 1; 10, 159; Maurach/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5. Aufl. 1977, S. 127; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1978, S. 123.
- 41 s. hierzu näher Schünemann, in: Bockelmann-Festschrift, S. 129 ff.
- 42 Schönke/Schröder/Eser § 120 Rdn. 9; Samson in:
- 43 SK BGHSt. 24, 377 f. § 259 Rdn. 27.
- 44 Rudolphi in: SK § 99 Rdn. 16; Dreher/Tröndle § 99 Rdn. 2; a. A. Schönke/Schröder/Stree § 99 Rdn. 22.
- 45 So Willms in: LK § 83 Rdn. 11; a. A. Rudolphi in: SK § 83 Rdn. 9; Lackner § 83 Anm. 3; Dreher/Tröndle § 83 Rdn. 3; Schönke/Schröder/Stree § 83 Rdn. 13; s. ebenfalls RGSt. 56, 259, 265.
- 46 Willms in: LK § 87 Rdn. 16; Rudolph in: SK § 87 Rdn. 17; a. A. Schönke/Schröder/Stree § 87 Rdn. 17; Dreher/Tröndle § 87 Rdn. 12.
- 47 Rudolphi in: Rdn. 12. SK § 93 Rdn. 12; a. A. Schönke/Schröder/Stree § 98
- 48 BGHSt. 28, 116; NJW 1979, 172; Rudolphi in: SK § 129 Rdn. 2; Bruns-Festschrift S. 317, ZRP 1979, 214; JA 1979, 3; JR 1979, 35; Ostendorf in: JA 1980, 500; JZ 1979, 253; Maurach/Schröder, BT 2. Band S. 299; Werle JR 1979, 96; Fleischer NJW 1976, 879; demgegenüber wird das geschützte Rechtsgut als allgemeines Sicherheitsgefühl charakterisiert von Lacher § 129 Anm. 1, ähnlich Schönke/Schröder/Lenckner § 129 Rdn. 1; v. Bubnoff in: LK § 129 Rdn. 1; dies muß aber bei der Auslegung nicht zwangsläufig zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, s. Rudolphi JR 1979, 36.
- 49 s. hierzu Rudolphi, in: Bruns-Festschrift S. 332.
- 50 Vergl. BGH JR 1979, 32 f.
- 51 s. Fußnote 18.
- 52 Horn in: SK § 180 Rdn. 2.