

Kristian F. STOFFERS

**Streitige Fragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Beihilfe
zur Straftat im deutschen Strafrecht**

Sporne kwestie odpowiedzialności karnej za pomocnictwo do czynu zabronionego
w niemieckim prawie karnym

EINLEITUNG

Es soll im folgenden die Problematik der im Hinblick auf die Einordnung als positives Tun oder Unterlassen unterschiedlichen Beurteilung einiger besonderer gleichgelagerter Fallkonstellationen der psychischen Beihilfe durch die Rechtsprechung einer näheren Untersuchung unterzogen werden. Es handelt sich dabei vor allem um die Fälle, in denen jemand durch schweigendes Geschehenlassen deliktischen Handelns oder durch seine bloße Anwesenheit am Tatort den oder die Täter in der Tat ausführung — möglicherweise — bestärkt und — gegebenenfalls — auch auf das Opfer psychisch einwirkt.

ALLGEMEINE ERWÄGUNGEN

Bevor dies im einzelnen geschieht, sollen zunächst jedoch einige allgemeine Erwägungen zur Beihilfe überhaupt sowie zur Bedeutung der Entscheidung, ob die strafrechtliche Beurteilung an ein positives Tun oder an ein Unterlassen anzuknüpfen ist, aufgezeigt werden.

1

Das deutsche Strafrecht unterscheidet bei der Beteiligung mehrerer Personen an einer Straftat zwischen Täterschaft und Teilnahme. Erscheinungsformen der Täterschaft sind die unmittelbare und mittelbare Täterschaft (§ 25 Abs. 1, 1. und 2. Alt. StGB), die Mittäterschaft (§ 25

Abs. 2 StGB) und die gesetzlich nicht geregelte Nebentäterschaft. Formen der Teilnahme sind die Anstiftung (§ 26 StGB) und die Beihilfe (§ 27 StGB). Das deutsche Strafgesetzbuch folgt also einem dualistischen Beteiligungssystem, und nicht dem Einheitstäterprinzip.¹

Anstiftung und Beihilfe sind von der Existenz einer rechtswidrigen Haupttat i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB — „[...] rechtswidrige Tat im Sinne dieses Gesetzes ist: nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht“ — abhängig, sog. Akzessorietät der Teilnahme. Allerdings folgt das Strafgesetzbuch dem Grundsatz der limitierten Akzessorietät, d.h. Anstiftung und Beihilfe setzen nicht (mehr) voraus, daß der Haupttäter „schuldhaft“ gehandelt hat. Dies ergibt sich aus § 29 StGB (Selbständige Strafbarkeit der Beteiligten): „Jeder Beteiligte wird ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld bestraft“.

Die Vorschrift des § 27 StGB (Beihilfe) bestimmt in Absatz 1, daß als Gehilfe bestraft wird, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat. Nach Absatz 2 Satz 1 richtet sich die Strafe für den Gehilfen nach der Strafdrohung für den Täter. Satz 2 sieht vor, daß sie nach § 49 Abs. 1 (Besondere gesetzliche Milderungsgründe) zu mildern ist — obligatorische Strafmilderung.

Hinsichtlich der Gehilfenhandlung spricht § 27 Abs. 1 StGB nur von „Hilfe leisten“ und nennt die Mittel der Beihilfe nicht, die früher — § 49 StGB a.F. — mit „Rat“ und „Tat“ umschrieben waren. Gleichwohl ist zwischen psychischer (intellektueller) und physischer (technischer) Beihilfe zu unterscheiden², wobei uns hier aber nur die erste Fallgruppe interessieren soll.

2

Die Entscheidung, ob die strafrechtliche Bewertung an ein Handeln oder an ein Unterlassen im Gesamtgeschehen anzusetzen hat, ist unerläßlich und von großer Bedeutung. Insbesondere für ein unechtes Unterlassungsdelikt gelten im Verhältnis zu einem Begehungsdelikt zusätzliche bzw. andere Grundsätze.

Schließlich ist es doch so, daß bereits § 13 StGB (Begehen durch Unterlassen) in seinen beiden Absätzen ganz unterschiedliche Straftatvor-

¹ Vgl. hierzu bei C. Roxin: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5. Aufl. 1990.

² S. dazu etwa H.-H. Jescheck: *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 4. Aufl. 1988, S. 626 und E. Dreher, H. Tröndle, StGB, 45. Aufl. 1991, § 27 Rdn. 7, jeweils mit weiteren Nachweisen.

aussetzungen — Garantspflicht³ („[...] wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt“) und Entsprechensklausel⁴ („[...] wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“) in Absatz 1 — und Straftatfolgen — fakultative Strafmilderungsmöglichkeit („[...] die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden“) in Absatz 2 — an Handeln und unechtes Unterlassen knüpft. Somit hat die Beantwortung der Frage, ob der Täter einen Straftatbestand oder der Teilnehmer die Vorschrift der Beihilfe (§ 27 StGB) durch Handeln erfüllt oder aber den entsprechenden Erfolg nur nicht verhindert, also etwas unterläßt, schon nach dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzssystematik weitreichende Folgen. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, daß bei der Entscheidung, ob eine Strafrahmenermilderung nach §§ 13 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB geboten ist, vor allem diejenigen Momente zu berücksichtigen sind, die etwas darüber besagen, ob das Unterlassen im Verhältnis zur entsprechenden Begehungstat weniger schwer wiegt oder nicht; dabei kommt der Frage besondere Bedeutung zu, ob die gebotene Handlung von dem Unterlassungstäter mehr verlangt als den normalen Einsatz rechtstreuen Willens.⁵

Daneben ist in Judikatur und Literatur anerkannt, daß die Strafbarkeit eines Garant-Unterlassens auch aus anderen — für die Begehung nicht einschlägigen — Gründen scheitern kann. Hier ist zunächst der Umstand zu nennen, daß dem handlungspflichtigen Unterlassungstäter die Handlung, also die Erfolgsabwendung, nicht möglich ist — Erfordernis der „individuellen Handlungsmöglichkeit bzw. -fähigkeit“ beim unechten Unterlassungsdelikt.⁶ Weiter ist das Vorbehaltskriterium der „Zu-

³ Zusammenfassend behandelt wurden die einzelnen Garantstellungen in letzter Zeit vor allem von: J. Brammsen: *Entstehungsvoraussetzungen der Garantpflichten*, 1986; W. Frisch: *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Erfolgszurechnung*, 1988, 352 ff.; H. Lilie, JZ 1991, 541; K. Seelmann, GA 1989, 241, 242 ff.; H. Otto, J. Brammsen, „Jura“ 1985, 530, 537 ff., „Jura“ 1985, 592, „Jura“ 1985, 646; B. Schünemann, ZStW, Bd. 96 (1984), 287, 304 ff.; G. Arzt, JA 1980, 647, JA 1980, 712.

⁴ Zur Bedeutung der Entsprechensklausel, die im einzelnen umstritten ist, vgl.: H.-H. Jescheck (Fn. 2), S. 568 f.; W. Stree [in:] Schönke, Schröder, StGB, 23. Aufl. 1988, § 13 Rdn. 4; J. Wessels: *Strafrecht, Allg. Teil*, 21. Aufl. 1991, § 16 II 8; K. Lackner, StGB, 19. Aufl. 1991, § 13 Anm. 4; P. Nitze: *Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen*, 1989; H. Schürmann: *Unterlassungsstrafbarkeit*, 1986, 88 ff.

⁵ S. hierzu BGH bei Holtz, MDR 1939, 491; BGH StrVert 1987, 622; BGH JR 1982, 464 mit zustimmender Anmerkung H. J. Bruns, JR 1982, 465. Vgl. auch H. J. Bruns, FS-Tröndle, 1989, 125, unter besonderer Würdigung der obigen Entscheidungen.

⁶ Vgl. zu diesem: BGHSt. 26, 35, 39; 19, 295, 296 f.; 6, 46, 57; 4, 20, 23 f.; BGH bei Dallinger, MDR 1973, 369, BGH NJW 1954, 1047, 1048; RGSt. 77, 125, 126 f.;

mutbarkeit normgemäßen Verhaltens” bei der Pönalisierung der unechten Unterlassungstat zu nennen, wonach die Frage zu stellen ist, ob dem handlungspflichtigen Unterlassungstäter die Vornahme der Handlung nicht sogar unzumutbar ist. Die „Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens” ist inzwischen als generelle Strafbarkeitsvoraussetzung des unechten Unterlassungsdelikts weitgehend anerkannt⁷, wobei die Anforderungen an das Vorliegen der Unzumutbarkeit hier jedoch nicht Gegenstand der Erörterungen sein sollen; für das echte Unterlassungsdelikt der unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c StGB) ergibt sich diese Strafbarkeitseinschränkung der „Zumutbarkeit” bereits unmittelbar aus dem Gesetzestext. Umstritten ist aber die systematische Einordnung dieses „regulativen” Prinzips der strafrechtlichen Haftung in den Aufbau der Strafbarkeitsvoraussetzungen des unechten Unterlassungsdelikts: Teilweise wird es als Tatbestandsmerkmal mit der Folge der Begrenzung der Handlungspflicht und damit der Tatbestandsmäßigkeit angesehen.⁸ Auch soll es ein Problem der Entsprechensklausel bilden.⁹ Vereinzelt wird die „Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens” auch als Rechtfertigungsgrund eingestuft.¹⁰ Zutreffend ist hierin jedoch mit der herrschenden Meinung eine Frage der Schuld zu sehen, die deshalb zur Annahme eines — übergesetzlichen — Schuldaußschließungsgrundes oder eines Entschuldigungs-

W. Stree (Fn. 4), S/S, Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 141 ff.; H.-J. Rudolphi [in:] *Systematischer Kommentar, Allg. Teil*, 5. Aufl. 1989, Vor § 13 Rdn. 2 f.; E. Dreher, H. Tröndle (Fn. 2), § 13 Rdn. 14; H.-H. Jescheck (Fn. 2), S. 557 f.; J. Baumann, U. Weber: *Strafrecht, Allg. Teil*, 9. Aufl. 1985, § 16 II 4b; H. Welzel: *Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 200 f.; M. Maiwald, JuS 1981, 473, 476 ff.; W. Schöne, JZ 1977, 150, 151 ff.

⁷ So: BGHSt. 26, 35, 39; 19, 152, 155; 17, 166, 170; 6, 46, 57; 4, 20, 23; 3, 203, 206; BGH NSTZ 1984, 452, 453; 1984, 164; BGH bei Holtz, MDR 1982, 102, 203; BGH bei Dallinger, MDR 1973, 369; RGSt. 77, 301, 303; 77, 125, 126 ff.; 72, 20, 23; OLG Stuttgart NSTZ 1989, 122, 123; OLG Frankfurt GA 1987, 549, 551 f.; OLG Braunschweig GA 1977, 240, 242; OLG Köln NJW 1973, 861; H.-J. Rudolphi (Fn. 6), Vor § 13 Rdn. 31 ff.; W. Stree (Fn. 4), S/S, Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 155; E. Dreher, H. Tröndle (Fn. 2), § 13 Rdn. 15 f.; A. Eser: *Strafrecht II*, 3. Aufl. 1980, S. 58 f.; H. Fünfsinn: *Fahrlässiges Verletzungsdelikt durch Unterlassen*, 1985, 150 ff.; K. Ulsenheimer, GA 1972, 1. Anderer Ansicht sind H.-H. Jescheck (Fn. 2), S. 574, G. Jakobs: *Strafrecht, Allg. Teil*, 2. Aufl. 1991, S. 843 f. und B. Schünemann, ZStW Bd. 96 (1984), 287, 316, die in der Unzumutbarkeit beim Garanten kein allgemeines Prinzip erblicken und daher dieser Frage nur im Rahmen des entschuldigenden Notstands (§ 35 StGB) Bedeutung beimessen.

⁸ Z.B. von W. Stree (Fn. 4), S/S, Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 155; E. Dreher, H. Tröndle (Fn. 2), § 13 Rdn. 16; K. Lackner (Fn. 4), § 13 Anm. 2c; F. Haft: *Strafrecht, Allg. Teil*, 4. Aufl. 1990, S. 177; H. Fünfsinn (Fn. 7), S. 155 f.

⁹ Nach OLG Karlsruhe MDR 1975, 771.

¹⁰ Durch Eb. Schmidhäuser: *Strafrecht, Allg. Teil* (Studienbuch), 2. Aufl. 1984, 16/84 und W. Küper: *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision*, 1979, 97 ff.

gungsgrundes gelangt.¹¹ Auf die beim Begehungs- und unechten Unterlassungsdelikt — umstrittenen — Unterschiede im Bereich der „Kausalität“ soll hier nicht näher eingegangen werden, angesichts der Komplexität dieser Problematik.

Im Hinblick auf die *de lege lata* (§ 13 StGB) existierenden und zusätzlich von Rechtsprechung und Lehre anerkannten Differenzierungen bei den Straftatvoraussetzungen und -folgen beim Begehungs- und unechten Unterlassungsdelikt ist also eine Einordnung des Verhaltens sowohl des Täters als auch des Teilnehmers — hier des Gehilfen — in die Kategorien positives Tun oder Unterlassen unbedingt vorzunehmen.

FALLKONSTELLATIONEN DER PSYCHISCHEN BEIHILFE

Nummehr zu einigen besonderen gleichgelagerten Fallkonstellationen der psychischen Beihilfe, in denen die Judikatur im Hinblick auf die Einordnung als positives Tun oder Unterlassen eine unterschiedliche Beurteilung vornimmt.

1

Zunächst sollen Entscheidungen der Judikatur kurz skizziert werden, in denen die Gerichte in den hier interessierenden Fallkonstellationen der psychischen Beihilfe zur Einordnung als ein positives Tun gelangen.

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1966 bestätigt der 1. Strafsenat des BGH¹² die Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe durch positives Tun zum räuberischen Angriff auf Kraftfahrer, schweren Raub und zur gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 316a, 250, 223a, 27 StGB bei folgendem Sachverhalt: Bei einer nächtlichen Fahrt schlugen die Mitangeklagten in einer einsamen Gegend nach dem Verlassen des Wagens auf ihr Opfer ein und nahmen dem Niedergeschlagenen 200 DM ab. Der Angeklagte stand zunächst abwartend in der Nähe und setzte sich im Verlauf der Schlägerei dann sogar zugunsten des Opfers ein, um Schlimmeres zu verhüten. Spätestens in dem Augenblick, als der Wagen

¹¹ Zu nennen sind beispielsweise BGHSt. 6, 47, 57; 2, 194, 204, 206; RGSt. 77, 125, 128; OLG Braunschweig GA 1977, 240, 242; OLG Stuttgart FamRZ 1959, 74; H. J. Hirsch [in:] *Leipziger Kommentar*, StGB, 10. Aufl. 1985, Vor § 32 Rdn. 193; H.-J. Rudolphi (Fn. 6), SK, Vor § 13 Rdn. 34; J. Baumann, U. Weber (Fn. 6), § 18 I 2; D. Kienapfel: *Strafrecht, Allg. Teil*, 4. Aufl. 1984, S. 511; K. H. Gössel [in:] Maurach, Gössel, Zipf: *Strafrecht, Allg. Teil*, Teilbd. 2, 7. Aufl. 1989, S. 213 f.; H. Blei: *Strafrecht I, Allg. Teil*, 18. Aufl. 1983, S. 336; H. Welzel (Fn. 6), S. 220 f.

¹² BGH bei Dallinger, MDR 1967, 173.

vor der Tat in einen Feldweg einbog, hatte der Angeklagte bereits erkannt, daß beabsichtigt war, dem Opfer mit Gewalt Geld wegzunehmen. Nach der Tat stieg der Angeklagte mit seinen Gefährten wieder in den Wagen, während das Opfer am Tatort zurückgelassen wurde. Auf der Fahrt und am nächsten Tag beteiligte sich der Angeklagte an der Verteilung der Beute.¹³ Der 1. Strafsenat kommt zu dem Schluß, daß bei dieser Sachlage davon auszugehen sei, daß der Angeklagte — wie ihm bewußt war — durch sein Dabeistehen den Schlägern ein erhöhtes Gefühl der Sicherheit gegeben hätte, und daß er mit der — gewaltsamen — Wegnahme des Geldes einverstanden gewesen wäre. Die Tatsache, daß er durch sein späteres Eingreifen versucht hatte, schwerere Verletzungen des Opfers zu verhindern, würde der Annahme geistiger Unterstützung der Täter nicht entgegenstehen, denn das eine würde die Tat als solche, das andere ihre Auswüchse betreffen.¹⁴

Weiter ist ein Urteil des 3. Strafsenats des BGH aus dem Jahre 1982¹⁵ zu dem Fall der „passiven“ Gesprächsteilnahme zu nennen, dem der folgende Sachverhalt zugrundeliegt: Der Angeklagte, ein Rechtsanwalt, hatte, zusammen mit zwei Sozietätspartnern, drei Italiener in ein Restaurant in dem Glauben begleitet, es handele sich um ein „Versöhnungsessen“ mit dem Opfer (T) eines früheren Erpressungsversuches. In Wahrheit hatten die Italiener vor, sich auf Kosten des T doch noch unrechtmäßig zu bereichern, indem sie unter Mitwirkung der beiden anderen Rechtsanwälte Entschädigung für Verteidigerhonorare und erlittene Untersuchungshaft von ihm verlangten. Sie wollten den Umstand ausnützen, daß sich T wegen der früheren Drohungen gegen ihn und seine Familie nach wie vor fürchtete. Der Angeklagte erkannte im Laufe des Beisammenseins in vollem Umfang, was die anderen vorhatten. Er hatte „[...] bei dem Treffen alsbald ein ungutes Gefühl. Deshalb distanzierte er sich jedenfalls äußerlich etwas von seinen Kollegen, indem er sich zu St. (sc. einem weiteren Tatbeteiligten) setzte. Er saß bei dem Gespräch lediglich still dabei, und dies auch noch mit aus dem Grund, daß er glaubte, er sei als Neuling der Kanzlei den berufserfahreneren Partnern zur kollegialen Rücksichtnahme verpflichtet“. Der Angeklagte war mit dem Vorhaben der Beteiligten „[...] einverstanden und billigte es, zumal sein Interessen-

¹³ BGH bei Dallinger, MDR 1967, 173.

¹⁴ BGH bei Dallinger, MDR 1967, 173. Unter Bezugnahme auf diese Entscheidung bestätigend der 4. Strafsenat in einem Urteil aus dem Jahre 1984 — BGH bei Holtz, MDR 1985, 284 — für den Fall einer Beihilfe zum Raub gemäß §§ 249, 27 StGB: „Auch ein tatenloses Dabeistehen bei Ausführung der Tat kann schon Beihilfe (sc. durch Handeln) sein, wenn es dem Haupttäter ein erhöhtes Gefühl der Sicherheit gibt und sich damit als geistige Unterstützung darstellt“.

¹⁵ BGH StrVert 1982, 517 = BGH JZ 1983, 462.

bereich als gleichberechtigter Partner der Anwaltskanzlei finanziell berührt wurde. Er blieb, ohne den von seinen Kollegen erhobenen Forderungen zu widersprechen, auf seinem Platz in der Erkenntnis, daß seine Anwesenheit als Rechtsanwalt deren Vorgehen gegen T psychologisch unterstützte und förderte sowie den Forderungen noch mehr Nachdruck verlieh".¹⁶ Der BGH wertet das Verhalten des Angeklagten als Beihilfe zur Erpressung gemäß §§ 253, 27 StGB. Er ist der Ansicht, daß sich der Angeklagte zu Unrecht darauf berufe, daß er nichts Positives getan hätte, was als psychische Beihilfe angesehen werden könnte; er hätte lediglich geschwiegen. Soweit er damit geltend machen wolle, sein Verhalten sei nicht als unechtes Unterlassen strafbar, „[...] verkennt er, daß ihm sein schweigendes Dabeisein bei der Tat nicht als Verletzung seiner Pflicht zur Erfolgsabwendung vorgeworfen wird, sondern als tätige Förderung der Erpressung. Er hätte sie zwar nur vermeiden können, indem er sich alsbald entfernt hätte oder den Forderungen der übrigen Beteiligten entgegengetreten wäre. Das ändert aber nichts am Inhalt des strafrechtlichen Vorwurfs gegen ihn. Auf die Rechtsfrage, ob und — wenn ja — aus welchem Grund der Angeklagte zur Abwendung des T drohenden Vermögensschadens verpflichtet gewesen sein kann, kommt es nach allem nicht an".¹⁷

Zu erwähnen ist auch ein weiteres Urteil des 3. Strafsenats des BGH aus dem Jahre 1982¹⁸, denn hier wird — nach Verneinung einer Garantenstellung der Wohnungsinhaber¹⁹ — die Möglichkeit einer Beihilfe durch positives Tun der angeklagten Eheleute zu den Straftaten des Haupttäters — Vergewaltigung, Entführung gegen den Willen der Entführten, gefährliche Körperverletzung — durch folgendes Verhalten der angeklagten Ehefrau aufgezeigt: „Es erscheint nicht ohne weiteres ausgeschlossen, daß der Haupttäter durch die Ankündigung, die Eltern des Opfers erst später zu benachrichtigen, und durch das im Hinblick auf das Gesamtgeschehen kaum verständliche Säubern der Wohnung, durch welche das Schicksal des Opfers als in den Augen der angeklagten Ehefrau nebensächlich erschien, in seinem Sicherheitsgefühl und damit in seinem Willen, seine Tat zu vollenden, bestärkt worden ist, und daß die Angeklagte dies erkannt hat".²⁰

Außerdem ist hier eine Entscheidung des 4. Strafsenats des BGH aus dem Jahre 1981²¹ zu beachten, für die der folgende Sachverhalt relevant

¹⁶ BGH StrVert 1982, 517, 517 f.

¹⁷ BGH StrVert 1982, 517, 518.

¹⁸ BGHSt. 30, 391.

¹⁹ BGHSt. 30, 391, 393 ff.

²⁰ BGHSt. 30, 391, 396 f.

²¹ BGH DAR 1981, 226 = BGH VRS Bd. 61 (1981), 213.

ist: „Die Angeklagte hatte Frau K. in ihrem Pkw mitgenommen. Ebenfalls im Fahrzeug befanden sich die Mitangeklagten W. und Sch. Während der Fahrt entschloß sich W., Frau K. ein Päckchen Heroin, das diese bei sich führte, und deren Bargeld gewaltsam wegzunehmen. Es kam zu einem Kampf zwischen W. und Frau K., in deren Verlauf es W., der von Sch. unterstützt wurde, gelang, dem sich heftig wehrenden und laut um Hilfe schreienden Opfer einen Betrag von 400 DM wegzunehmen. Als die Angeklagte während des Angriffs auf Frau K. Anstalten machte, den von ihr gesteuerten Wagen anzuhalten, wies W. sie in drohendem Ton an, weiterzufahren. Dabei machte er durch eine Geste klar — er holte zu einem Ellenbogenstoß aus —, daß er sie im Weigerungsfall schlagen würde. Die Angeklagte befolgte die Anweisung des W. weinend und sagte dabei, sie wolle «damit nichts zu tun haben»²². Der BGH bestätigt die Verurteilung der Angeklagten wegen Beihilfe zu einem — in Tateinheit mit Raub — begangenen räuberischen Angriff auf Kraftfahrer (§ 316a StGB) und meint, „[...] es unterliegt keinen Bedenken, daß die Strafkammer den Tatbeitrag der Angeklagten in einem Tun (dem Fortsetzen der Fahrt) und nicht in einem Unterlassen (dem Nichtanhalten) gesehen hat“. Denn ein „[...] aktives Tun liegt jedenfalls dann vor, wenn der Täter, wie hier, durch eine in der Außenwelt wahrnehmbare körperliche Tätigkeit eine Rechtsgutsbeeinträchtigung herbeiführt. Das Führen eines Kraftfahrzeuges erfordert eine stetige Einwirkung des Fahrers auf den Antriebs- und Lenkmechanismus. Das Inganghalten des Fahrzeugs setzt auch nach einmal erfolgter Ingangsetzung immer wieder neuerlichen Krafteinsatz des Fahrers jedenfalls auf das Gaspedal und Lenkung voraus. Das Fortsetzen der Fahrt stellt daher hier positives Tun dar“²³. Dieser Tatbeitrag der Angeklagten sei für die Begehung der Haupttat auch ursächlich gewesen, wobei hier die Tatbegehung des Haupttäters W. durch das Verhalten der Angeklagten erleichtert worden sei, denn während der Fahrt hätten keine Aussichten bestanden, daß die Schreie des Opfers von Dritten, die die Möglichkeit zum Eingreifen gehabt hätten, gehört werden konnten, weshalb W. die Angeklagte auch drängte, weiterzufahren.²⁴

²² BGH DAR 1981, 226.

²³ Zum vorherigen BGH DAR 1981, 226. Vgl. dazu auch ein Urteil des 2. Strafsenates aus dem Jahre 1985 — BGH MDR 1985, 509 — zur Beihilfe zum unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln durch Führung eines Kraftfahrzeuges gemäß § 29 Abs. 1 Nrn. 1, 3 BtMG, § 27 StGB; hier wird ohne jeden Hinweis Beihilfe durch positives Tun geprüft.

²⁴ BGH DAR 1981, 226. Der BGH bejaht auch das Bestehen des Gehilfenvorsatzes: Die Angeklagte hätte während der Fahrt wahrgenommen, daß Frau K. gewaltsam Heroin weggenommen werden sollte und Geld weggenommen worden ist; aus Angst vor Schlägen des neben ihr auf dem Beifahrersitz sitzenden Haupttäters W. hätte die Angeklagte bewußt und gewollt das Fahrzeug weitergesteuert. Sie

Zudem bedarf es der Berücksichtigung einer Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH aus dem Jahre 1955²⁵, denn dieser meint, wenn es zuträfe, daß der Angeklagte der Mitangeklagten auf ihre Frage, was nun geschehen solle, geantwortet hat „[...] Du hast es Dir eingebrockt, jetzt kannst Du es auch auslöffeln“, so wäre zu prüfen, ob der Angeklagte der Mitangeklagten mit dieser Äußerung Beihilfe zu dem von ihr begangenen Totschlag durch tätiges Handeln geleistet hat, indem er sie in Erkenntnis ihrer Tötungsabsicht wissen ließ, daß er ihrem Verhalten, gleich welcher Art es sei, nichts in den Weg legen werde, und sie so in dem Entschluß bestärkte, das Kind zu töten.²⁶

Abschließend ist auf ein Urteil des OLG Stuttgart aus dem Jahre 1949²⁷ hinzuweisen, in dem die Angeklagte wegen der Aufrechterhaltung ehewidriger Beziehungen als Mordgehilfin durch tätiges Handeln bestraft wurde, deren Liebhaber seine Ehefrau getötet hatte, denn die Stärkung des Entschlusses eines Ehemannes zur Tötung seiner Frau könne schon in der Fortsetzung eines Liebesverhältnisses mit ihm trotz Kenntnis seiner Pläne liegen.²⁸

2

Nunmehr bedarf es einer knappen Schilderung derjenigen Entscheidungen der Judikatur, in denen die Gerichte in den hier interessierenden Fallkonstellationen der psychischen Beihilfe zur Einordnung als ein Unterlassen kommen.

In einer Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH aus dem Jahre 1981²⁹ prüft dieser bei folgendem Sachverhalt ausschließlich eine Beihilfe zum Mord durch Unterlassen gemäß §§ 211, 27, 13 StGB: Der Mitangeklagte entschloß sich, sein Opfer, eine Frau, zu töten; dies teilte er dem Angeklagten mit. Dieser sagte hierauf zu ihm: „Auf, Karle, wir hauen ab!“ und „Laß gut sein!“ Er nahm dann durch einen Türspalt wahr, daß dieser auf die Frau einschlug. Spätestens jetzt begriff er, daß der Mitangeklagte seinen Ausspruch wahr machen und die Frau tatsächlich töten werde, daß also seine zuvor an ihn gerichteten Aufforderungen

habe daher zumindest billigend in Kauf genommen, daß durch ihr Verhalten die Tat des W. erleichtert oder gefördert worden sei. Dies aber reiche zur Begründung des Gehilfenvorsatzes aus. Daß die Angeklagte den Taterfolg selbst nicht wollte, ihn nicht billigte, sich von ihm vielmehr sogar ausdrücklich lossagte, stehe der Annahme des Gehilfenvorsatzes nicht entgegen.

²⁵ BGH LM (Nr. 10), StGB, Vorbem. zu § 47.

²⁶ BGH LM (Nr. 10), StGB, Vorbem. zu § 47.

²⁷ OLG Stuttgart NJW 1950, 118.

²⁸ OLG Stuttgart NJW 1950, 118.

²⁹ BGH StrVert 1982, 218.

diesen von seinem Tötungsentschluß nicht abgebracht hatten. Mit den an den Mitangeklagten gerichteten Worten: „Hör auf, das kotzt mich an“, wandte sich der Angeklagte ab; der Mitangeklagte brachte die Frau schließlich zu Tode.³⁰

Daneben ist auf ein Urteil des 2. Strafsenats des BGH aus dem Jahre 1982³¹ aufmerksam zu machen, das die Beihilfe zur Einfuhr von Betäubungsmitteln gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG, § 27 StGB betrifft. In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte die Angeklagte erst auf einer Rückfahrt von Holland nach Deutschland erfahren, daß die beiden Mitangeklagten Heroin in die Bundesrepublik Deutschland einführen wollten und ihnen deshalb Vorwürfe gemacht. Als einer der beiden Mitangeklagten „[...] kurz vor dem Grenzübergang äußerte, man solle bei einer eventuellen Befragung an der Grenze behaupten, in Eupen gewesen zu sein, um dort einen Freund zu besuchen, gab die Angeklagte dazu keine Erklärung ab“.³² Der 2. Strafsenat befindet, daß die Angeklagte durch positives Tun nicht zur Tat beigetragen habe, denn sie habe nichts getan, was diese objektiv fördern oder die Täter subjektiv unterstützen konnte. Die Frage, ob bereits eine den Täter psychisch unterstützende körperliche Anwesenheit als Beihilfe durch positives Tun zu bewerten ist, glaubt er hier offen bleiben lassen zu können, denn für den vorliegenden Fall sei hierin keine Beihilfehandlung zu sehen. Die der Angeklagten angelastete Unterstützung hätte lediglich aus einem Unterlassen bestanden, nämlich darin, daß sie dem Ansinnen, beim Grenzübertritt gegebenenfalls bestimmte falsche Angaben zu machen, nicht widersprochen hat.³³

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1984 gelangt der 3. Strafsenat des BGH³⁴ zur Annahme von Beihilfe zu einem vorsätzlichen Tötungsdelikt durch pflichtwidriges Unterlassen, und zwar mit der Begründung, daß nach den Feststellungen die Anwesenheit der Angeklagten bei der Tat nicht als aktive Tötungsbeihilfe zu werten sei.³⁵

³⁰ BGH StrVert 1982, 218.

³¹ BGH StrVert 1982, 516 = BGH bei Holtz, MDR 1982, 808.

³² BGH StrVert 1982, 516, 517.

³³ BGH StrVert 1982, 516, 517. Eine Verurteilung wegen Beihilfe durch Unterlassen wird beim vorliegenden Sachverhalt deshalb für nicht möglich gehalten, weil die Angeklagte keine Garantenstellung innegehabt hätte.

³⁴ BGH StrVert 1985, 100 = BGH NStZ 1985, 24 = BGH MDR 1985, 89.

³⁵ BGH StrVert 1985, 100, 101. Dort findet sich auch der Hinweis, daß sich aus dem Senatsurteil von 1982 — BGH JZ 1983, 462 — nichts anderes herleiten lasse, denn „in dem Fall, der jener Entscheidung zugrundelag, förderte der Beschuldigte durch sein längeres, schweigendes Dabeisein bei einem Gespräch willentlich als Gehilfe die von den Mittätern ausgeführte Erpressung, an deren Erlös er auch teilhatte“, S. 101 f. (zu dieser Entscheidung s. oben).

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch ein weiteres Urteil des 3. Strafsenats des BGH aus dem Jahre 1985³⁶, das allerdings vorrangig die Abgrenzung zwischen Beihilfe und Mittäterschaft beim Unterlassen betrifft. Das Verhalten des Angeklagten stellt sich hier so dar, daß er zunächst untätig zusah, als der Mitangeklagte von einer nahen Straßenabgrenzung einen 9,3 kg schweren Eisenpoller holte, obwohl er erkannte, daß dieser damit den Kopf des Opfers mißhandeln wollte, und dann auch untätig blieb, als der Mitangeklagte mit bedingtem Tötungsvorsatz den Eisenpoller auf den Kopf des Opfers fallen ließ.³⁷

Abschließend ist darauf hinzuweisen, daß das Reichsgericht in einem ganz ähnlich gelagerten Fall wie der des OLG Stuttgart (s. oben) aus dem Jahre 1938³⁸ eine Beihilfe zum Mord durch Unterlassen für möglich hält³⁹.

STELLUNGNAHME

Aus der vorherigen Übersicht ergibt sich, daß in der Judikatur die Tendenz festzustellen ist, eine aktive psychische Beihilfe auch in den Fällen anzunehmen, in denen jemand durch schweigendes Geschehenlassen deliktischen Handelns oder durch seine bloße Anwesenheit am Tatort oder durch ähnliches Verhalten den oder die Täter in der Tatausführung — möglicherweise — bestärkt und — gegebenenfalls — auch auf das Opfer psychisch einwirkt. Dadurch wird jedoch der Anwendungsbereich der psychischen Beihilfe durch positives Tun überdehnt. Das ergibt sich einerseits aus einer kritischen Untersuchung einiger Sachverhalte, wie sie den zuvor dargestellten Entscheidungen zugrundeliegen und andererseits aus einer Betrachtung der Konsequenzen dieser Methode.

1

Mittels einer kritischen Untersuchung einiger Sachverhalte, wie sie den oben dargelegten Entscheidungen zugrundeliegen, läßt sich dokumentieren, daß es nicht sachgerecht ist, in diesen Fällen eine psychische Beihilfe durch positives Tun anzunehmen. Es wird sich nämlich zeigen, daß es in den einzelnen Fällen nicht möglich ist, für die strafrechtliche Beurteilung des Verhaltens jeweils auf ein Handeln abzustellen, weil die-

³⁶ BGH StrVert 1986, 59. Im Ergebnis bejaht der Senat das Vorliegen von Mittäterschaft durch Unterlassen; s. dazu seine Ausführungen auf S. 59 f.

³⁷ BGH StrVert 1986, 59.

³⁸ RGSt. 73, 52.

³⁹ RGSt. 73, 52, 54 f.

ses nicht den Anforderungen an eine Hilfeleistung zur Haupttat entspricht, so daß allein eine Beihilfe durch Unterlassen in Betracht kommt; bei dieser kann es dann jedoch dem Gehilfen an einer Garantienpflicht fehlen.

Vorrangig ist hier der Fall der „passiven“ Gesprächsteilnahme (BGH StrVert 1982, 517) zu nennen, in dem der BGH zur Strafbarkeit des angeklagten Rechtsanwaltes wegen psychischer Beihilfe durch aktives Tun zur Erpressung kommt. Es ist jedoch so, daß in der Teilnahme des angeklagten Rechtsanwaltes durch schweigendes Dabeisein an dem vermeintlichen „Versöhnungssessen“, aber tatsächlichen „Erpressungsgespräch“ allenfalls eine Beihilfe durch Unterlassen gefunden werden kann.⁴⁰ Diese Erkenntnis ergibt sich aus den Ausführungen des BGH selbst, die nämlich an entscheidender Stelle einen Widerspruch aufweisen.

Der BGH drängt den Einwand des Angeklagten, daß er nichts Positives getan habe, was als psychische Beihilfe angesehen werden könne, mit der Behauptung zurück, „[...] daß ihm sein schweigendes Dabeisein bei der Tat nicht als Verletzung einer Pflicht zur Erfolgsabwendung vorgeworfen wird, sondern als tätige Förderung der Erpressung“. Entlarwend ist es dann jedoch, wenn der BGH in seiner Begründung fortfährt: „Er hätte sie zwar nur vermeiden können, indem er sich alsbald entfernt hätte oder den Forderungen der übrigen Beteiligten entgegengetreten wäre. Das ändert aber nichts am Inhalt des strafrechtlichen Vorwurfs gegen ihn. Auf die Rechtsfrage, ob und — wenn ja — aus welchem

⁴⁰ S. dazu auch O. R a n f t, JZ 1987, 859, 860 f., der mittels seiner „Vorsatz“-Argumentation — auf die hier nicht näher eingegangen werden soll — ebenfalls zu einem dem BGH konträren Ergebnis gelangt und somit vom Vorliegen eines Unterlassens ausgeht. Beachte außerdem die Ausführungen von H.-J. R u d o l p h i (Fn. 6), SK, Vor § 13 Rdn. 7 und ders., StrVert 1982, 518, 520 f., für den in dieser Entscheidung ebenso eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des angeklagten Rechtsanwaltes allein nach den Grundsätzen der Unterlassungsdelikte in Betracht kommt, seine Begründung, die ihn zu diesem zutreffenden Ergebnis führt, jedoch insoweit nicht überzeugen kann, als sie auf dem für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen nicht praktikablen Merkmal des „Energieeinsatzes“ beruht; im übrigen läßt er die Einwirkung des Gehilfenbeitrages auf das Opfer unberücksichtigt. Kritisch zu dieser Entscheidung des BGH äußert sich auch Ch. S o w a d a, Jura 1986, 399, 402. Vgl. neuerdings noch G. F r e u n d, JuS 1990, 213, 218 f. i.V.m. Fn. 44, der die Entscheidung des BGH als verfehlt einstuft, da die Qualität als tatbestandsmäßigmißbilligte aktive Gefahrschaffung i.S.d. Erpressungsbeihilfe, und somit als ein positives Tun in dem schweigenden Dabeisein bei der Tat allenfalls dann liegen würde, wenn der Rechtsanwalt die Erpressung durch irgendwelche Gesten unterstützt hätte, wofür der Sachverhalt indessen nicht das geringste herbeige, weshalb sich eine Strafbarkeit des Rechtsanwaltes wegen Erpressungsbeihilfe nur nach den Voraussetzungen einer Haftung wegen eines Unterlassungsdeliktes ergeben könne.

Grund der Angeklagte zur Abwendung des T drohenden Vermögensschadens verpflichtet gewesen sein kann, kommt es nach allem nicht an" (s. dazu oben). Denn konnte der Angeklagte die psychische Unterstützung der Täter nur dadurch vermeiden, daß er sich entfernte oder den erpresserischen Forderungen der Täter entgegentrat, so bildet den Gegenstand des gegen ihn erhobenen Schuldvorwurfs eindeutig ein Unterlassen, nämlich das Unterlassen, den erpresserischen Forderungen der Täter zu widersprechen oder sich zumindest zu entfernen. Möglich ist ein solcher Schuldvorwurf aber allein dann, wenn den Angeklagten die Pflicht zu einem solchen Handeln traf.

Damit bleibt festzuhalten, daß in dieser Entscheidung des BGH, in der es um den Fall der „passiven“ Gesprächsteilnahme geht, nur ein Unterlassen vorliegt, das den Anforderungen, die an einen Gehilfenbeitrag i.S.v. § 27 StGB zu stellen sind, genügt.⁴¹ Es bestehen dann aber erhebliche Bedenken, ob für den angeklagten Rechtsanwalt eine Garantenstellung gemäß § 13 StGB begründet werden kann.⁴²

Als Nachweis für die Richtigkeit dieser Ausführungen zum Fall der „passiven“ Gesprächsteilnahme mag die Entscheidung BGH StrVert 1982, 516, dienen, der — wie oben gesehen — ein paralleler Sachverhalt zugrundeliegt und in der der BGH selbst zu dem Ergebnis gelangt, daß eine Beihilfe in Form der psychischen Unterstützung der Haupttat durch positives Tun nicht in Betracht kommen kann: „Durch positives Tun hat die Angeklagte nicht zur Tat beigetragen, denn sie hat nichts getan, was diese objektiv fördern oder die Täter subjektiv unterstützen konnte“. Diese Aussage trifft zu, da unabhängig von den Bedenken, ob eine die

⁴¹ Nicht überzeugend ist es daher, wenn U. Sieber, JZ 1983, 431, 437, dem BGH zustimmt und in der „passiven“ Gesprächsteilnahme des angeklagten Rechtsanwaltes eine psychische Beihilfe durch positives Tun erblickt. Auf eine kritische Würdigung seiner diesbezüglichen Ausführungen, die auf dem für die Abgrenzung von positivem Tun und Unterlassen nur bedingt verwertbaren Kriterium der „kumulativen Kombination von Kausalitäts- und Energiekriterium“ beruhen, soll hier aber verzichtet werden. Dann ist aber auch H.-H. Jescheck (Fn. 2), S. 544, 546, nicht zu folgen, sofern er dahin tendiert, beim angeklagten Rechtsanwalt eine psychische Beihilfe durch positives Tun anzunehmen; zu beachten ist jedoch sein Hinweis, die bloße Anwesenheit eines Menschen an einem bestimmten Ort, die für einen deliktischen Erfolg kausal wird, sei als Unterlassen anzusehen, z.B. wenn der neutrale Zeuge eines Überfalls das Opfer dadurch einschüchtert, daß er diesem als Mittäter erscheint. Das zuvor Gesagte gilt zudem für K. H. Gössel (Fn. 11), S. 175, der hier zu dem Schluß kommt, in der Teilnahme des angeklagten Rechtsanwaltes an dem „Erpressungsgespräch“ liege eine Begehenshandlung, während die körperliche Untätigkeit — das schweigende Dabeisein — strafrechtlich unerheblich sei.

⁴² Beachte dazu etwa O. Ranft (Fn. 40), S. 861 und G. Freund (Fn. 40), S. 218 f., die beide zur Verneinung einer Garantenstellung des Rechtsanwaltes gelangen.

Täter psychisch unterstützende körperliche Anwesenheit überhaupt als Beihilfe durch positives Tun zu bewerten ist, im vorliegenden Fall hierin keine Beihilfehandlung gesehen werden kann, denn durch die bloße Anwesenheit der Angeklagten im Auto wurde der Tatentschluß der Haupttäter nicht gestärkt.

Völlig zu Recht meint der BGH dann, daß „[...] die der Angeklagten angelastete «Unterstützung» lediglich aus einem Unterlassen (bestand), nämlich darin, daß sie dem Ansinnen, beim Grenzübertritt gegebenenfalls bestimmte falsche Angaben zu machen, nicht widersprochen hat“ (s. hierzu oben). Auf diese Weise wurde bei den Tätern die sichere Erwartung geschaffen, daß sie sich an die Abmachung halten und so das Risiko, daß der Ankauf des Heroins und seine Einfuhr in die Bundesrepublik Deutschland entdeckt werden könnten, erheblich verringert werde. Hätte sie dem Ansinnen widersprochen, wäre die Ausführung der Haupttat wesentlich erschwert worden. Eine Verurteilung der Angeklagten wegen Beihilfe durch Unterlassen scheidet aber letztlich an der ihr fehlenden Garantenstellung.⁴³

Daher ist auch der vom BGH in seiner Entscheidung BGH bei Dalling, MDR 1967, 173, vertretenen Meinung, in einer die Täter psychisch unterstützenden körperlichen Anwesenheit am Tatort eine strafbare Beihilfe durch positives Tun zu erblicken, nicht zu folgen.⁴⁴

In diesem Zusammenhang ist aber auch der Fall zu erwähnen, der der Entscheidung BGH DAR 1981, 226, zugrundeliegt, denn für diesen ist es nur schwer zu erkennen, inwieweit in dem Fortsetzen der Fahrt ein aktiver Gehilfenbeitrag i.S.v. § 27 StGB zu den fraglichen Haupttaten liegen soll. Der BGH weist hierzu zwar auf das durch die Weiterfahrt verhinderte Eingreifen sonst aufmerksam gewordener Dritter hin, jedoch erscheint es wenig lebensnah, darin eine die Handlung des Haupttäters

⁴³ Vgl. hierzu auch O. Ranft (Fn. 40), S. 861, der dem Beschluß des BGH zustimmt. Er ist der Ansicht, daß sich dieser Fall von dem der Entscheidung des BGH im Fall der „passiven“ Gesprächsteilnahme zugrundeliegenden Sachverhalt lediglich dadurch unterscheidet, daß das Schweigen der Angeklagten nur für die Motive der Täter, nicht aber auch für Motive von Opfern bedeutsam gewesen wäre, während im übrigen Übereinstimmung bestehe; für eine Garantenpflicht hätten keinerlei Anhaltspunkte bestanden. Beachte außerdem die Ausführungen von H.-J. Rudolphi (Fn. 40), S. 520 f., zum Fall der „passiven“ Gesprächsteilnahme, die er auf diesen Fall überträgt und so zur Annahme einer Beihilfe durch Unterlassen gelangt, allerdings eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unterlassenden mangels Garantenpflicht verneint. S. zudem K. H. Gössel (Fn. 11), S. 175, der in diesem Fall von einem Unterlassen ausgeht, da die Angeklagte als Beifahrerin durch Entwicklung körperlicher Inaktivität die anderen körperlich nicht hindere, Heroin zu schmuggeln.

⁴⁴ Dies gilt dann auch für die Entscheidung BGH bei Holtz, MDR 1985, 284, da in dieser das vom BGH vormals erzielte Ergebnis bestätigt wird.

fördernde Gehilfentätigkeit zu sehen. Es kommt vielmehr allein eine Beihilfe durch Unterlassen — das Nichtanhalten bzw. die unterlassene Unterbrechung der Fahrt — in Betracht, denn durch das Anhalten des Wagens wäre die Durchführung des im Inneren des Wagens stattfindenden Raubes ganz erheblich erschwert worden. Allerdings bestehen Bedenken an der Garantenpflicht und an der Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens der angeklagten Lenkerin des Autos im Hinblick auf die Zwangslage der von ihr befürchteten Mißhandlung durch den Haupttäter.⁴⁵

Abschließend ist auf die Entscheidung BGHSt. 30, 391, kurz einzugehen, denn in dem ihr zugrundeliegenden Sachverhalt ist es offensichtlich, daß der BGH eine — an sich gegebene — Garantenstellung — der angeklagten Wohnungsinhaberin nur deshalb ablehnt, weil er zugleich die Möglichkeit einer Beihilfe durch positives Tun der Angeklagten aufzuzeigen vermag. Dadurch wird in diesem konkreten Fall jedoch einerseits der Anwendungsbereich der Gehilfenhaftung wegen positiven Tuns überdehnt, da die aktiven Verhaltensweisen — die Ankündigung, die Eltern des Opfers erst später zu benachrichtigen und das Säubern der Wohnung — ,wenn man sie überhaupt als strafrechtlich relevantes positives Tun qualifizieren kann, den Haupttäter in seinem Sicherheitsgefühl und damit in seinem Willen, seine Tat zu vollenden, kaum bestärkt haben dürften und werden andererseits Beweisprobleme umgangen, indem auf eine Verhaltenskomponente nur aus einer Beweisnotsituation heraus abgestellt wird.⁴⁶

Die hier erzielte Erkenntnis, daß die Rechtsprechung in Entscheidungen, in denen nach dem Sachverhalt, der ihnen zugrundeliegt, allenfalls eine Strafbarkeit des Gehilfen wegen einer Beihilfe durch Unterlassen in Betracht kommen kann, dennoch eine Strafbarkeit wegen psychischer Beihilfe durch positives Tun annimmt, gilt auch für die übrigen, oben dargestellten, hier aber nicht gesondert behandelten Entscheidungen.⁴⁷

⁴⁵ Daher kann den Stellungnahmen derjenigen Autoren, die das Vorliegen einer Beihilfe durch positives Tun bejahen, nicht gefolgt werden: E. Dreher, H. Tröndle (Fn. 2), Vor § 13 Rdn. 12; W. Stree (Fn. 4), S/S, Vorbem. §§ 13 ff. Rdn. 158; H. Fünfsinn (Fn. 7), S. 45 (Fn. 62); H. Otto, J. Brammsen (Fn. 3), S. 532. Vgl. auch die Ausführungen von K. Volk: *FS-Tröndle*, 1989, 219, 222. Die zuvor zitierten Autoren übersehen anscheinend allesamt, daß zu prüfen ist, ob der Gehilfe — hier die angeklagte Fahrerin — überhaupt durch ein positives Beitrag eine Hilfeleistung i.S.v. § 27 StGB zur Haupttat erbracht hat.

⁴⁶ Kritisch zu dieser Entscheidung auch G. Arzt, *StrVert* 1986, 337, 338 und Ch. Sowada (Fn. 40), S. 402.

⁴⁷ So in den Entscheidungen BGH LM (Nr. 10), StGB, Vorbem. zu § 47 und OLG Stuttgart NJW 1950, 118 (s. zu dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fall die konträren, aber überzeugenden Ausführungen in dem Urteil RGSt. 73, 52, 54 f.).

Sofern die Judikatur in den dort skizzierten Entscheidungen schon von sich aus zutreffend eine Beihilfe durch Unterlassen zur Haupttat prüft, erübrigt sich ein Eingehen auf die Einzelfälle.⁴⁸

2

Die zuvor erzielten Erkenntnisse werden auch durch allgemeine Erwägungen, die sich an den Konsequenzen dieser Lösung, in den hier diskutierten Fällen eine psychische Beihilfe durch positives Tun anzunehmen, orientieren, bestätigt.

Zunächst ist zu beachten, daß danach jeder, der Zeuge einer Verbrechensplanung oder Verbrechensbegehung wird, stets damit rechnen müßte, daß der Täter aus einem schweigenden Zuschauen seinen Tatentschluß bestärkende Schlüsse zieht, und daher, um eine Strafbarkeit wegen psychischer Beihilfe zu vermeiden, gezwungen wäre, dem Täter entgegenzutreten und dessen deliktisches Handeln zu verhindern. Damit würde aber die Verbotsnorm des § 27 StGB praktisch in das allgemeine Gebot transformiert, deliktischen Planungen und deliktischen Handlungen anderer nicht untätig zuzusehen, sondern ihnen aktiv entgegenzutreten. Ein solches Ergebnis widerspricht jedoch dem geltenden deutschen Strafrecht, weil dieses eine Garantenpflicht zur Verhinderung fremder Straftaten nur ausnahmsweise begründet — unechte Unterlassungsdelikte (§ 13 Abs. 1 StGB) — und auch die Anzeigepflicht des § 138 StGB (Nichtanzeige geplanter Straftaten) und die allgemeine Hilfeleistungspflicht des § 323c StGB (Unterlassene Hilfeleistung) — echte Unterlassungsdelikte — nur unter bestimmten Voraussetzungen normiert. Hinzu käme, daß in diesen Fällen die Untätigkeit des Schweigenden nicht nur als Unterlassungsdelikt, sondern sogar als Begehungsdelikt zu ahnden wäre; ebenfalls ein Ergebnis, das dem geltenden Strafrecht widerspricht.⁴⁹

⁴⁸ Die Auseinandersetzung mit dem Beschluß BGH StrVert 1982, 516, erfolgte nur zu dem Zweck, die Unhaltbarkeit des Ergebnisses, zu dem der BGH im Fall der „passiven“ Gesprächsteilnahme gelangt ist, zu verdeutlichen. Vgl. in diesem Zusammenhang noch eine aktuelle Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1988 — BGH NJW 1989, 914 —, in der der 2. Strafsenat den Freispruch des u.a. wegen Beihilfe zur Förderung der Prostitution (§§ 180a, 27 StGB) angeklagten Kriminalbeamten bestätigt, da er in dessen Äußerung „Ruhigbleiben, ich sage nichts; es geht schon in Ordnung“ zu Recht weder eine tatbestandsmäßige Beihilfe durch Unterlassen — keine Garantenstellung und somit keine Verpflichtung des Kriminalbeamten speziell zur Verhinderung der Prostitutionsausübung — noch durch positives Tun — der Angeklagte habe mit dieser Bemerkung subjektiv nicht die Vorstellung verbunden, den Tatentschluß beim Täter zu bestärken — gesehen hat, S. 916.

⁴⁹ I.d.S. auch H.-J. Rudolphi (Fn. 40), S. 521.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß auf diese Weise die Gehilfen die grundsätzlich neben der obligatorischen Strafmilderung i.S.v. § 27 Abs. 2 Satz 2, 49 Abs. 1 StGB anwendbare weitere fakultative Strafmilderungsmöglichkeit des § 13 Abs. 2 StGB verlieren würden. Außerdem ist zu befürchten, daß der Kreis strafbarer Teilnehmer so zu Unrecht auf Nicht-Garanten erweitert würde, denn in diesen Fällen fehlt es häufig — wie gesehen — an einer Garantenstellung des Gehilfen oder es bestehen zumindest ganz erhebliche Bedenken in dieser Richtung; auf diesem „Umweg“ werden aus straflosen „Unterlassungs“-Gehilfen strafbare „Begehungs“-Gehilfen. Und auch ist darauf hinzuweisen, daß sich das Zumutbarkeitsproblem wesentlich flexibler lösen läßt, wenn man auf das Unterlassen abstellt, denn mittels des Korrektivs der „Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens“ kann die Bindung an den starren § 35 StGB, der den entschuldigenden Notstand regelt und bei der Annahme aktiver Beihilfe Anwendung finden würde, durchbrochen werden, was allerdings voraussetzt, daß man — wie oben gesehen — dieses „regulative“ Prinzip der Zumutbarkeit bei den unechten Unterlassungsdelikten mit der herrschenden Meinung auf der Schulsebene ansiedelt.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die Gefahr einer nahezu uferlosen Ausweitung der Strafbarkeit entsteht, wenn man großzügig den Bereich des Handelns zu Lasten des Unterlassens ausdehnt und zugleich den unscharfen Begriff der „psychischen“ Beihilfe schnell zur Hand hat. Infolgedessen kann der Judikatur, wenn sie in den obigen Entscheidungen bei den diesen zugrundeliegenden Sachverhalten zur Einordnung aktiver psychischer Beihilfe gelangt, auch aus diesen grundsätzlichen Erwägungen nicht gefolgt werden. Vielmehr ist in diesen Fällen von einer Beihilfe durch Unterlassen auszugehen, wie auch in den Fällen der Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung selbst zutreffend zu diesem Ergebnis kommt. Dabei ist dann stets zu prüfen, ob die passive Verhaltensform überhaupt den Anforderungen einer Hilfeleistung durch Unterlassen zur Haupttat i.S.v. § 27 StGB genügt und ob der Gehilfe eine Garantenstellung gemäß § 13 Abs. 1 StGB innehat.

STRESZCZENIE

W świetle orzecznictwa sądowego omówiono problematykę pomocnictwa, szczególnie psychicznego, w postaci działania lub zaniechania. Wskazano, że w orzecznictwie można stwierdzić tendencję do przyjmowania aktywnego pomocnictwa (działania) w tych przypadkach, w których ktoś poprzez milczącą akceptację przestępnego zachowania lub poprzez samą obecność w miejscu czynu zabronionego być może utwierdza sprawcę (lub sprawców) w wykonaniu czynu i oddziałuje również psychicznie na ofiarę. Jest to jednak zbytnie rozszerzenie zakresu zastosowania po-

mocy psychicznej przez działanie. Judykatura powinna tworzyć świadomość, że powstaje niebezpieczeństwo niemal nieograniczonego rozszerzenia karalności, kiedy powiększa się zakres działania „obciążający rachunek” zaniechania i jednocześnie posługuje się nieściśłym terminem „psychicznego pomocnictwa”. Należy bowiem uwzględnić fakt, że z uwagi na istniejący *de lege lata* (§ 13 StGB) obowiązek gwaranta, tzw. *Entsprechensklausel*, fakultatywną możliwość złagodzenia kary i dodatkowo uznane zarówno przez orzecznictwo, jak i doktrynę zróżnicowania: indywidualną możliwość zachowania lub zdolność, wymaganie zachowania zgodnego z normą i kauzalność — przy popełnieniu przestępstwa z działania i niewłaściwego przestępstwa z zaniechania jest rzeczą bezwarunkowo konieczną sklasyfikowanie zachowania zarówno sprawcy (§ 25 StGB), jak i uczestnika (§ 26 i 27 StGB), w tym przypadku pomocnika, w kategoriach działania lub zaniechania.