

Zum Geleit: Die (Straf-)Rechtswissenschaft ist ein stetig wachsendes Feld. Zum einen werden in einer immer komplexer werdenden Welt etwa durch gesetzgeberische und technische Entwicklungen stetig neue Forschungsgegenstände erschlossen, die auch strafrechtlicher Betrachtung bedürfen. Damit geht zum anderen aber auch einher, dass die Zahl der Personen, die sich diesen Fragestellungen widmen, beständig ansteigt.

Aus dieser Entwicklung ergibt sich ein Dilemma: Zwar entsteht einerseits eine Vielzahl wichtiger Untersuchungen – gedacht ist dabei insbesondere an Dissertationen und Habilitationsschriften –, die die strafrechtswissenschaftliche Forschung entscheidend voranbringen können. Andererseits werden viele solcher Arbeiten leider nicht im gebührenden Maße wahrgenommen, weil sie in der großen Menge der Publikationen untergehen und kaum noch jemand über die zeitlichen Ressourcen verfügt, Monographien aus bloßem Interesse heraus zu lesen.

Die Rubrik „Neues aus der Strafrechtswissenschaft“ will einen Beitrag dazu leisten, dieser Entwicklung gegenzusteuern. Sie bietet jungen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern aus der ganzen Welt die Möglichkeit, die zentralen Thesen ihrer Qualifikationsschrift in einem kompakten Aufsatz der internationalen Fachöffentlichkeit in deutscher, englischer oder spanischer Sprache vorzustellen. Auf diese Art und Weise haben interessierte Leserinnen und Leser die Möglichkeit, sich in zeiteffizienter Weise über den Inhalt und die Kernthesen des jeweiligen Buches zu informieren und auf dieser Grundlage entscheiden zu können, ob sie sich näher mit dem Werk beschäftigen mögen. So wird die Sichtbarkeit von herausragenden Arbeiten erhöht und der – insbesondere auch internationale – wissenschaftliche Austausch gefördert.

Herausgeber und Redaktion der ZfIStw

I. Einleitung

Die neutrale Beihilfe ist seit einigen Jahrzehnten stets präsent im strafrechtswissenschaftlichen Diskurs. Nachdem das Problem anfangs vor allem aus wirtschafts- und steuerstrafrechtlicher Sicht betrachtet wurde, geht es inzwischen beispielsweise auch um die Strafbarkeitsrisiken von Betreibern von Online-Foren. Trotz zahlreicher Beiträge, die im Laufe der Jahre veröffentlicht wurden, ist es bislang nicht gelungen, eine dogmatisch überzeugende und praxistaugliche Lösung anzubieten.

Für eine solche Lösung besteht insbesondere deswegen ein Bedürfnis, weil es neben der Beihilfe weitere Straftatbestände gibt, durch die der Gesetzgeber ebenfalls Handlungen pönalisiert, die man als „neutral“ bezeichnen kann, so zum Beispiel die Nötigung nach § 240 StGB, die Strafvereitelung nach § 258 StGB oder auch die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89a StGB.

II. Was ist eine „neutrale Handlung“?¹

Ausgangspunkt für einen Lösungsansatz ist die Frage, was überhaupt unter einer „neutralen Handlung“ zu verstehen ist.

Teilweise wird dafür plädiert, „äußerlich neutral“ sei jede Handlung, „die der Ausführende einem jeden anderen in der Lage des Täters gegenüber vorgenommen hätte, weil er mit der Handlung – im Vorhinein (auch) – tat- und täterunabhängige eigene, rechtlich nicht mißbilligte Zwecke verfolgt.“² Diese Auffassung ist jedoch deutlich zu eng, da sie letztlich rein auf den wirtschaftlichen Verkehr zugeschnitten ist und insbesondere Freundschaftsdienste nicht erfasst werden, da der Ausführende diese gerade nicht gegenüber jedermann vorgenommen hätte. Auch ist es wenig überzeugend, die Motive des Ausführenden zu berücksichtigen, da diese gerade nicht objektiv nach außen hin erkennbar sind. Auf diese Weise nimmt man zudem letztlich das Ergebnis vorweg, da es bei den „rechtlich nicht mißbilligten Zwecken“ schon um die strafrechtliche Bewertung der jeweiligen Verhaltensweise geht.

Dagegen plädiert insbesondere *Kudlich* für ein vor-normatives Verständnis des Begriffs der neutralen Handlung. Eine Handlung sei dann neutral im Hinblick auf einen späteren Erfolg, „wenn sie diesen nicht unmittelbar herbeigeführt hat, durch sie der unmittelbar Handelnde nicht objektiv-äußerlich aufgefordert worden ist und wenn sie nach einer objektiven Ex-post-Betrachtung nicht in prägender Weise an die Zweithandlung angepasst wurde.“³ Auch diese Auffassung nimmt entgegen der mit ihr verbundenen Intention jedoch eine rechtliche Wertung vor, sodass sie für die Funktion, bloß den Problembereich zu öffnen, nicht geeignet erscheint.

Vielmehr ist es zweckdienlich, als „neutral“ eine Handlung zu bezeichnen, die für einen objektiven Betrachter nicht als Mitverwirklichung oder Beteiligung an der Haupttat erscheint. Auf diese Weise lässt sich der Kreis der unter die Fragestellung fallenden Handlungen umgrenzen, ohne aber

* Die Dissertation mit demselben Titel ist im Jahr 2023 im Logos Verlag Berlin erschienen. Dieser Beitrag soll die wesentlichen Gedankengänge der Arbeit nachzeichnen. Im Sinne der besseren Lesbarkeit wurden nur ausgewählte Fußnoten gesetzt, für weitere Nachweise sei auf die Dissertation selbst verwiesen.

** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht (Prof. Dr. Frank Zieschang) an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ Dazu *Petersen*, Neutrale Handlung, 2023, S. 19 ff.

² *Wohlleben*, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996, S. 4; ebenso *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 220.

³ *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, S. 182.

bereits eine Vorwertung über den Umgang mit „neutralen Handlungen“ zu treffen.

III. Strafgrund und Deliktcharakter der Beihilfe⁴

Der Strafgrund der Teilnahme ist richtigerweise in dem akzessorischen Rechtsgutsangriff des Teilnehmers zu sehen.⁵ Nur so lässt sich einerseits dem akzessorischen Charakter von Anstiftung und Beihilfe gerecht werden und andererseits vermeiden, dem Teilnehmer fremdes Unrecht zuzurechnen, was mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar wäre.

Die Beihilfe selbst stellt ein konkretes Gefährlichkeitsdelikt dar. Anders als die konkreten Gefährdungsdelikte erfordern diese gerade nicht den Eintritt eines konkreten Gefährdungserfolgs, vielmehr muss nur das Verhalten des Täters im konkreten Einzelfall für das Rechtsgut gefährlich sein.⁶ Der Charakter der Beihilfe als konkretes Gefährlichkeitsdelikt ergibt sich daraus, dass ihr – anders als der Anstiftung – gerade kein Erfolgselement immanent ist; vielmehr ist erforderlich aber auch hinreichend, dass die Hilfeleistung für die durch die Haupttat bedrohten Rechtsgüter konkret gefährlich ist. Aus dem Charakter der Beihilfe als konkretes Gefährlichkeitsdelikt resultiert weiterhin, dass weder das Erfordernis einer Kausalität noch der objektiven Zurechenbarkeit besteht.

Diese Auffassung führt auch nicht zu einer zu starken Ausweitung der Strafbarkeit, sondern bietet vielmehr mit der konkreten Gefährlichkeit ein klares Abgrenzungskriterium zwischen strafbarer und strafloser Beihilfe an, ohne zugleich Strafbarkeitslücken aufzureißen. So müsste die Auffassung, welche die Beihilfe als Erfolgsdelikt versteht und einen Kausalzusammenhang zwischen Haupttat und der Beihilfehandlung fordert, konsequenterweise in den meisten Fällen der sogenannten „psychischen Beihilfe“ zum Freispruch des Hilfeleistenden kommen. Denn dass das Bestärken des Tatentschlusses tatsächlich *conditio-sine-qua-non* für die Haupttat war, wird sich nur in Ausnahmefällen nachweisen lassen. Sachgerechter ist es dagegen, darauf abzustellen, inwieweit die psychische Einwirkung tatsächlich *ex ante* konkret gefährlich für die durch die Haupttat bedrohten Rechtsgüter war.

IV. Erfordernis eines Korrektivs für Fälle neutraler Beihilfehandlungen⁷

Teilweise wird dafür plädiert, auf jegliches Korrektiv in den Fällen der neutralen Beihilfe zu verzichten⁸ bzw. eine Bestra-

fung des Täters mit Mitteln des Strafprozessrechts also insbesondere der Einstellung zu vermeiden.⁹

Ein vollständiges Absehen von Korrekturen der Strafbarkeit neutraler Beihilfehandlungen kommt aber schon aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht in Betracht. Bei berufsmäßigen Hilfeleistungen hindert die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG daran, jede mit Eventualvorsatz vorgenommene Handlung, die vom Haupttäter für seine Haupttat missbraucht werden kann, mit Strafe zu bedrohen. Im privaten, innerfamiliären Bereich erfordern Art. 6 Abs. 1 GG sowie Art. 2 Abs. 1 GG ebenfalls in bestimmten Fällen ein solches Korrektiv.

Auch eine Lösung der problematischen Fälle über das Strafprozessrecht ist kein gangbarer Weg. Teilweise kann auf dessen Instrumente gar nicht zurückgegriffen werden, da beispielsweise die §§ 153, 153a StPO nur auf Vergehen, nicht aber auf Verbrechen Anwendung finden. Auch wäre es aus strafrechtsdogmatischer Sicht wenig überzeugend, eine materiell-rechtliche Unterscheidung zu vermeiden und diese stattdessen der Praxis im Einzelfall zu überlassen. Denn auf diese Weise wäre schon die nach Art. 103 Abs. 2 GG gebotene Erkennbarkeit, welches Verhalten mit Strafe bedroht ist, nicht gegeben.

V. Grundlagen des eigenen Lösungsvorschlags: Meinungsspektrum in der Literatur¹⁰

Aus der Analyse des bestehenden Meinungsspektrums zur Abgrenzung strafloser von strafbaren Beihilfehandlungen ergeben sich folgende Überlegungen, die auch bei der Entwicklung des eigenen Lösungsvorschlags Berücksichtigung finden:

Zwar kann die Sozialadäquanz bzw. die professionelle Adäquanz, welche einige Autoren heranziehen,¹¹ für sich genommen nicht zum Tatbestandsausschluss führen. Adäquanzgesichtspunkte können aber bei der Bestimmung der Grenzen der Strafbarkeit insoweit eine Rolle spielen, als die Gewöhnlichkeit bzw. Üblichkeit von Verhaltensweisen beispielsweise bei der Auslegung von Tatbestandsmerkmalen einfließen kann.¹²

Der Figur des erlaubten Risikos, das – zumindest vordergründig – ebenfalls als Korrektiv herangezogen wird,¹³

⁴ Petersen (Fn. 1), S. 23 ff.

⁵ Diese Lehre geht auf *Roxin* zurück. Siehe dazu *Roxin* (Fn. 2), § 26 Rn. 31; *ders.*, in: Küper/Welp (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 365 (369); *ders.*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl. 2003, Vor § 26 Rn. 1 ff.

⁶ *Hirsch*, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 545 (558).

⁷ Petersen (Fn. 1), S. 65 ff., 249 ff.

⁸ Beispielsweise *Beckemper*, Jura 2001, 163; *Niedermaier*, ZStW 107 (1995), 507 (539).

⁹ *Pilz*, Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern, 2001, S. 220 f.

¹⁰ Petersen (Fn. 1), S. 74 ff., 225 ff.

¹¹ Auf die Sozialadäquanz stellen ab beispielsweise *Bode*, ZStW 127 (2015), 937 (964 f., 969 f.); *Kretschmer*, in: Stein/Greco/Jäger/Wolter (Hrsg.), Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018, 2018, S. 193 (198); *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 138 f. Die professionelle Adäquanz geht zurück auf *Hassemer*, *wistra* 1995, 81 (83).

¹² So auch *Kudlich* (Fn. 3), S. 80; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2004, § 6 Rn. 71.

¹³ BGH NSTZ-RR 1999, 184 (186); *Baum*, Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen, Zugleich eine Untersuchung zu den abs-

kommt für sich genommen kein eigener Bedeutungsgehalt zu. Denn die Antwort auf die Frage, ob ein Risiko erlaubt ist, stellt ihrerseits erst das Ergebnis eines Abwägungsprozesses zwischen den Gefahren für das Opfer und den Interessen des Handelnden dar.¹⁴

Grundsätzlich kann eine zivilrechtliche Erlaubnis nicht zur Straffreistellung des Hilfeleistenden führen, da ein Normkonflikt in aller Regel schon durch § 134 BGB gelöst wird. Allerdings kann in manchen Fällen eine zivilrechtliche Verpflichtung zugunsten des Hilfeleistenden im Rahmen der strafrechtlichen Wertung zu berücksichtigen sein, wenn ihm beispielsweise aufgrund drohender Schadensersatzansprüche oder arbeitsrechtlicher Sanktionen im Einzelfall ein Abwarten (prozessuale Klärung mit den damit verbundenen Unsicherheiten und Kostenrisiken) nicht zugemutet werden kann.¹⁵

Vielen Autoren ist gemein, dass sie auf eine Interessenabwägung abstellen, die entweder im objektiven Tatbestand¹⁶ oder auf Ebene der Rechtswidrigkeit¹⁷ erfolgen soll, wobei die Abwägung teilweise auch im Verborgenen erfolgt und nicht offengelegt wird, so insbesondere, wenn auf einen „deiktischen Sinnbezug“ abgestellt wird.¹⁸ Deutlich wird, dass ein Korrektiv die wechselseitigen Interessen berücksichtigen muss. Denn bei der Schaffung des § 27 StGB hat der Gesetzgeber die besondere Interessenlage bei der neutralen Beihilfe gerade nicht bedacht und deshalb die widerstreitenden Interessen auch nicht austariert, sodass dies im Rahmen der Rechtsanwendung erfolgen muss. Im Hinblick auf diese Interessen muss man sich jedoch vor Augen führen, dass im Fall der neutralen Beihilfe drei Beteiligte vorhanden sind, deren Interessen herangezogen werden können, nämlich Gehilfe, Haupttäter und Opfer der Haupttat.

trakten Kriterien der Beihilfe durch neutrales Verhalten, 2019, S. 143; *Otto*, Kreditwesen 1994, 775 (779).

¹⁴ Ebenso *Murmann*, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag, 2008, S. 123 (124).

¹⁵ So auch *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, S. 252.

¹⁶ *Löwe-Krahl*, Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften, 1990, S. 41 f.; *Lüderssen*, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 329 (338 ff.); *Wohlleben* (Fn. 2), S. 123.

¹⁷ *Otto*, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 193 (212).

¹⁸ Beispielsweise bei *Frisch*, in: Prittwitz/Baurmann/Günther (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 539 (544); *Fritzen*, Verantwortungsbereiche im Steuerstrafrecht, Beihilfe durch neutrale Handlungen von Steuerberatern und Bankmitarbeitern, 2006, S. 129; *Meyer-Arndt*, wistra 1989, 281 (286).

VI. Grundlagen des eigenen Lösungsvorschlags: Dogmatische Verortung des Problems¹⁹

Nachdem die Lösung also in einer Interessenabwägung zu suchen ist, wobei die konkrete Gestalt noch offenbleiben kann, ist es nun auch möglich, den richtigen Standort im Verbrechenaufbau festzulegen. Interessenabwägungen sind gerade auf der Ebene der Rechtswidrigkeit verortet. Ein Beispiel hierfür ist insbesondere der rechtfertigende Notstand nach § 34 StGB, aber beispielsweise auch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gem. § 193 StGB. Richtigerweise sind aber auch alle sonstigen Rechtfertigungsgründe, wie Einwilligung oder Notwehr, auf eine Interessenabwägung zurückzuführen. Dagegen findet eine Abwägung auf der Ebene des objektiven Tatbestandes in aller Regel dann statt, wenn ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal wertungsbedürftig ist. In diesen Fällen erfolgt die Abwägung aber zumeist im Verborgenen, während bei den Interessenabwägungen in der Rechtswidrigkeit der Interessenkonflikt und auch die ausschlaggebenden Gesichtspunkte deutlich zu Tage treten, womit Abwägungsvorgang und Abwägungsergebnis transparent werden und auch von Dritten nachvollzogen werden können.

1. Betrachtung bereits bestehender Rechtfertigungsgründe²⁰

In Betracht kommt nun, bereits bestehende Rechtfertigungsgründe als Korrektiv für die neutrale Beihilfe heranzuziehen.

Zunächst wäre an eine Rechtfertigung unmittelbar aus den Grundrechten zu denken, da, wie gezeigt, die in Rede stehenden Handlungen oftmals eine Grundrechtsausübung darstellen. Allerdings wirken die Grundrechte unmittelbar nur im Verhältnis Bürger-Staat und nicht zwischen den Bürgern untereinander. Weiterhin stellen die Strafgesetze gerade Schranken der Grundrechte dar, die die Grundrechte nicht nur einschränken, sondern auch die vorhandenen Konflikte auflösen. Jedoch entfalten die Grundrechte eine mittelbare Wirkung, indem sie bei der Auslegung der bestehenden und der Schaffung neuer Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- und Schuldaußschließungsgründe ebenso wie bei der Auslegung normativer Tatbestandsmerkmale zu berücksichtigen sind.²¹

Ein weiterer Kandidat ist § 193 StGB, da es auch in den Fällen der neutralen Beihilfe gewissermaßen um eine Wahrnehmung berechtigter Interessen geht. Eine direkte Anwendung der Norm scheidet aufgrund ihres Wortlauts jedoch aus, da dieser allein auf die Beleidigungsdelikte bezogen ist.²² In Betracht käme allerdings, dass § 193 StGB nur ein gesetzlich normierter Spezialfall des überwiegenden Interesses als allgemeiner Rechtfertigungsgrund ist. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass durch die Annahme eines allgemeinen Rechtfertigungsgrundes des berechtigten Interesses die Vorausset-

¹⁹ *Petersen* (Fn. 1), S. 272 ff.

²⁰ *Petersen* (Fn. 1), S. 288 ff.

²¹ Hierzu auch *Heinrich*, in: Grundmann/Kloepfer/Paulus/Schröder/Werle (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Geschichte, Gegenwart und Zukunft, 2010, S. 1241 (1263); *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 37.

²² Ebenso *Heinrich* (Fn. 21), S. 1259.

zungen des § 34 StGB umgangen werden könnten, insbesondere das Erfordernis der gegenwärtigen Gefahr für ein Rechtsgut und die Nicht-anders-Abwendbarkeit dieser Gefahr.²³ Auch ist zu berücksichtigen, dass die dem § 193 StGB zugrundeliegende Intention eine andere ist als die des § 34 StGB. Denn § 193 StGB will dem Einzelnen neue Handlungsspielräume eröffnen, während es beim Notstand lediglich um die Abwehr von Gefahren (und damit die Wahrung bestehender Handlungsspielräume) geht. Damit kann es zumindest keinen allgemeinen Rechtfertigungsgrund des überwiegenden Interesses geben. Nur in dem § 193 StGB vergleichbaren Fällen könnte ein solcher Erlaubnistatbestand Anwendung finden.

Weiterhin verdient § 240 Abs. 2 StGB eine nähere Betrachtung. Dieser stellt zwar keinen Rechtfertigungsgrund dar, vielmehr geht es bei der Verwerflichkeitsklausel darum, dass die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens positiv festgestellt werden muss, da es sich bei § 240 Abs. 1 StGB um einen „offenen“ Tatbestand handelt, also einen solchen, bei dem die bloße Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands ausnahmsweise noch nicht die Rechtswidrigkeit indiziert.²⁴ Es geht also um Fälle, in denen die bloße Handlungsbeschreibung des Tatbestandes nicht insoweit explizit ist, dass man davon auf das Vorliegen strafwürdigen Unrechts schließen dürfte, sondern dieses vielmehr bei der Rechtsanwendung festzustellen ist. Im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung geht es im Ergebnis ebenfalls um nichts anderes als eine Interessenabwägung, da insbesondere die eventuelle Grundrechtsrelevanz der Nötigung betrachtet werden muss.²⁵

2. Übertragbarkeit der Überlegungen auf Fälle der neutralen Beihilfe²⁶

Es stellt sich somit die Frage, ob die den §§ 193 und 240 Abs. 2 StGB zugrunde liegenden Erwägungen als Korrektiv auch auf die Fälle neutraler Beihilfehandlungen übertragen werden können.

Einer solchen Übertragung steht zunächst Art. 103 Abs. 2 GG nicht entgegen. Zwar können auch strafbarkeitsbegrenzende Merkmale wie die Rechtfertigungsgründe eine mittelbar strafbarkeitsbegründende Wirkung entfalten, wenn ohne ihre Existenz eine Strafnorm verfassungswidrig, weil zu unbestimmt wäre. So ließe sich § 240 Abs. 1 StGB ohne die Existenz der Verwerflichkeitsklausel wohl kaum als verfas-

sungsgemäß einstufen. Problematisch ist damit nur die Einschränkung der Rechtfertigungsgründe *praeter legem*. Vorliegend kommt keine mittelbar strafbarkeitsbegründende Wirkung in Betracht, da die Heranziehung einer nach dem Gesetzeswortlaut nicht vorgesehenen Strafbarkeitseinschränkung auch mittelbar niemals täterbelastend sein kann. Damit resultiert aus Art. 103 Abs. 2 GG gerade kein *numerus clausus* der Rechtfertigungsgründe.

Allerdings müssten bei der neutralen Beihilfe auch die Voraussetzungen einer Analogie gegeben sein, also das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage. Zwar ist der Tatbestand der Beihilfe nach § 27 StGB nicht im gleichen Umfang „offen“ wie der der Nötigung nach § 240 StGB, wenngleich bei letzterem eher die Rechtsgutsbeeinträchtigung und bei § 27 StGB deren Unmittelbarkeit offen ist. Gleichwohl ist die Beihilfe insoweit mit dem Nötigungstatbestand vergleichbar, als § 27 StGB eine solch große Bandbreite von Verhaltensweisen abdeckt, dass durch die Tatbestandsmäßigkeit noch keine wirkliche Abgrenzung zwischen strafwürdigen und nicht-strafwürdigen Verhaltensweisen gewährleistet werden kann.²⁷ Ebenso besteht eine gewisse Parallele zwischen § 193 StGB und § 27 StGB. Denn auch bei den Fällen der neutralen Beihilfe geht es darum, dass dem Hilfeleistenden neue Handlungsräume eröffnet werden sollen.

Diese Regelungslücke kann auch als planwidrig aufgefasst werden, da die strafrechtswissenschaftliche Debatte über den Problembereich der neutralen Handlungen erst gegen Ende des 20. Jahrhunderts in größerem Umfang entfacht wurde. Seitdem gab es aber keine größere Reform des Allgemeinen Teils des StGB, die dem Gesetzgeber Anlass gegeben hätte, auch über eine Neufassung des § 27 StGB nachzudenken. Weiterhin überlässt der Gesetzgeber es Rechtsprechung und Wissenschaft, eventuelle Verwerfungen zu korrigieren. Ein Wille des Gesetzgebers dahingehend, auch jede neutrale Beihilfehandlung unterschiedslos unter Strafe zu stellen, kann gerade nicht unterstellt werden. Somit können die §§ 240 Abs. 2 und 193 StGB für eine Korrektur der Strafbarkeit neutraler Beihilfehandlungen entsprechend herangezogen werden.

3. Eigener Lösungsvorschlag²⁸

Auf dieser Grundlage ergibt sich folgender Lösungsvorschlag:

Prinzipiell indiziert die Verwirklichung des objektiven Tatbestands eines Delikts auch die Rechtswidrigkeit, die nur noch durch das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen widerlegt werden kann. An diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis fehlt es jedoch im Fall der offenen Tatbestände. Ob die Tatbestandsverwirklichung rechtswidrig ist, muss vielmehr im Einzelfall positiv festgestellt werden. Für diese Feststellung kann der sowohl dem § 240 Abs. 2 StGB als auch dem § 193 StGB zugrundeliegende Gedanke der Interessenabwägung

²³ Vgl. *Schmitz*, JA 1996, 949 (953 f.).

²⁴ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 11. Aufl. 1969, S. 82. Auch angesichts der Kritik an *Welzels* Theorie insbesondere bei *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Aufl. 1970, soll an dieser Bezeichnung als Zustandsbeschreibung festgehalten werden, wenngleich eine „Schließung“ im Rahmen der Rechtsanwendung natürlich erforderlich ist; siehe insoweit auch *Petersen* (Fn. 1), S. 306 ff.

²⁵ *Toepel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 240 Rn. 145; *Valerius*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 4, 2019, § 5 Rn. 79.

²⁶ *Petersen* (Fn. 1), S. 323 ff.

²⁷ Einem ähnlichen Gedankengang folgt *Bode*, ZStW 127 (2015), 937 (963), der die erforderliche „Schließung“ allerdings auf Tatbestandsebene vornehmen will.

²⁸ *Petersen* (Fn. 1), S. 330 ff.

herangezogen werden, welcher außerdem ein in den Rechtfertigungsgründen zum Ausdruck kommendes Prinzip darstellt. Es ist damit eine Abwägung zwischen den Interessen des Hilfeleistenden und denen des Opfers der Haupttat durchzuführen. Nur wenn die Interessen des Hilfeleistenden weniger gewichtig sind, handelt dieser rechtswidrig.

a) Gefährlichkeit als maßgeblicher Aspekt

Im Rahmen dieser Abwägung ist von besonderer Bedeutung, dass zwischen der Handlung des Hilfeleistenden und der Rechtsgutsschädigung noch die Handlung des Haupttäters steht. Parallel zur Situation beim rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB ist auf der Eingriffsseite daher nicht die Verletzung des Rechtsguts einzustellen, sondern die dem Hilfeleistenden innewohnende Gefahr für das durch die Haupttat bedrohte Gut.

Damit ist für das Abwägungsergebnis einerseits entscheidend, als wie wahrscheinlich sich die Begehung der Haupttat durch den Hilfeempfänger und die daraus resultierende Rechtsgutsverletzung darstellt. Insbesondere ist dabei die Gefahr der Haupttatbegehung nach Vornahme des Gehilfenbeitrags mit der hypothetischen Situation zu vergleichen, in der die Hilfeleistung verweigert wird. Für den Grad der Gefährlichkeit ist grundsätzlich auf einen objektiven Beobachter mit dem Wissen des Hilfeleistenden abzustellen. Damit ist bei dem Verkauf von Gegenständen insbesondere entscheidend, welche Verwendungsmöglichkeiten wahrscheinlich sind und welche Verletzungen aus diesen resultieren können. Es geht also immer um die Gefährlichkeit der Hilfeleistung ex ante im Zeitpunkt ihrer Vornahme, sodass die durch die Haupttat ex post tatsächlich verursachten Verletzungen unerheblich sind. Bei dieser Betrachtung ist auch Sonderwissen des Hilfeleistenden zu berücksichtigen. Erkennt dieser die Möglichkeit der Haupttatbegehung, stellt sich der Grad der Gefahr als deutlich geringer dar als in der Konstellation, in der der Hilfeleistende sichere Kenntnis von entsprechenden Plänen des Haupttäters hat. Dieses Verständnis wird auch dem Charakter der Beihilfe als konkretes Gefährlichkeitsdelikt gerecht.

b) Rechtsgüter und Interessen

Bei den abzuwägenden Rechtsgütern und Interessen stellt sich im ersten Schritt die Frage, ob lediglich Individualrechtsgüter berücksichtigungsfähig sind oder auch solche der Allgemeinheit. Gegen die Berücksichtigung von Universalrechtsgütern spricht, dass der Neuschaffung „gewichtiger“ Allgemeinrechtsgüter beinahe keine Grenzen gesetzt sind. Das wird schon anhand der jüngeren Strafgesetzgebung deutlich, beispielsweise bei der Erfindung des Rechtsguts der Integrität des Leistungssports, dessen Schutz die §§ 265c, 265d StGB dienen sollen. Es würde den Rechtsgüterschutz zugunsten des Opfers aushöhlen, könnte der Hilfeleistende einer Bestrafung stets durch das Berufen auf „Rechtsgüter“ wie die Freiheit des Waren- bzw. Zahlungsverkehrs oder die schnelle und problemlose Zurverfügungstellung von Waren des täglichen Bedarfs entgehen.

Andererseits ist jedoch zu bedenken, dass es bei der Frage einer Rechtfertigung des Täters nicht ungewöhnlich ist, dass

sich dieser auch auf überindividuelle Rechtsgüter berufen kann. So sind beim rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB in die Interessenabwägung auch Rechtsgüter der Allgemeinheit einzustellen.²⁹ Ebenso finden die überindividuellen Interessen bei der Notwehr gem. § 32 StGB über das Rechtsbewährungsprinzip Berücksichtigung, nach dem der Einzelne nicht nur sich selbst, sondern die gesamte Rechtsordnung gegen den Angriff verteidigt.³⁰

Daher müssen richtigerweise auch bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Hilfeleistens überindividuelle Rechtsgüter Berücksichtigung finden, da anderenfalls tatsächlich vorhandene Allgemeininteressen unberücksichtigt blieben, was nicht sachgerecht wäre. Der oben beschriebenen Gefahr, dass das Abwägungsergebnis durch die Kreation beliebiger überindividueller Rechtsgüter manipuliert wird, lässt sich damit begegnen, dass ein Maximum an Transparenz durch die Offenlegung sämtlicher in die Abwägung eingestellter Faktoren hergestellt wird. Es stellt einen Vorzug der hiesigen Lösung dar, dass – anders als bei verdeckten Abwägungs- und Wertungsentscheidungen im Rahmen hochnormativer Tatbestandsvoraussetzungen oder -einschränkungen – der Abwägungsvorgang offenzulegen ist und damit von jedermann nachvollzogen werden kann. Weiterhin kann dieser Gefahr dadurch begegnet werden, dass lediglich rechtlich bereits anerkannte bzw. geschützte überindividuelle Rechtsgüter Berücksichtigung finden dürfen, z.B. der in den §§ 298 ff. StGB geschützte Wettbewerb. Weiterhin muss stets genau geprüft werden, ob das jeweilige Allgemeininteresse tatsächlich im Einzelfall tangiert ist.

c) Vorliegen einer Garantenstellung

Eine Garantenstellung des Hilfeleistenden kann auf das Abwägungsergebnis insoweit von Einfluss sein, als von einem Garanten eher verlangt werden kann, seine eigenen Interessen hintanzustellen, als von Personen, die keine besondere Stellung zu dem Eingriffsrechtsgut innehaben. Das bedeutet jedoch nicht zwingend, dass eine Garantenstellung stets zur Rechtswidrigkeit der neutralen Beihilfe führt. Streiten besonders wichtige Interessen auf Seiten des Hilfeleistenden, so kann die Abwägung gleichwohl zu seinen Gunsten ausfallen.

d) Anderweitige Erhältlichkeit der Leistung

Zwar kann es den Hilfeleistenden nicht entlasten, dass seine Leistung auch anderweitig erhältlich ist. Anderenfalls würde

²⁹ BGH NStZ 1988, 558 (559); Bock, ZStW 131 (2019), 555 (565 f.); Erb, in: ders./Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 34 Rn. 72; Zieschang, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 3, 13. Aufl. 2019, § 34 Rn. 53 f.; anders dagegen Engländer, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 34 Rn. 17.

³⁰ Hirsch, in: Jescheck/Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, 1977, S. 211, (216 f.); Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 32 I. 1., 2.; Petersen, JA 2017, 502; Roxin, ZStW 93 (1981), 68 (70 f.).

ein hypothetischer Kausalverlauf unzulässig berücksichtigt werden. Allerdings kann sich der Umstand, dass es sich um eine freiverfügbare Leistung handelt, einerseits insoweit auswirken, als ein Allgemeininteresse an der problemlosen und zügigen Verfügbarkeit, z.B. von Transportleistungen oder Finanzdienstleistungen, besteht. Andererseits kann er sich auch auf die Gefährlichkeit dahingehend auswirken, dass sich die Hilfeleistung als weniger gefährlich für die durch die Haupttat bedrohten Rechtsgüter auswirkt, wenn der Haupttäter sich die Leistung ohne Weiteres auch anderweitig beschaffen kann. Denn in diesem Fall erhöht die Hilfeleistung die Gefahr der Haupttatbegehung nur geringfügig. Insoweit bezieht man keinen hypothetischen Kausalverlauf in die Überlegungen ein, sondern vergleicht nur die Situationen miteinander.

4. Übertragbarkeit des Korrektivs auf andere Fälle neutraler Handlungen³¹

Der entwickelte Lösungsvorschlag, die Rechtswidrigkeit im Einzelfall mittels einer Interessenabwägung festzustellen, lässt sich prinzipiell auch auf andere Fälle neutraler Handlungen im Strafrecht übertragen. Insoweit ist allerdings im Einzelfall zu überprüfen, ob tatsächlich ein offener Tatbestand vorliegt. In Betracht für eine Übertragung kommen insbesondere die Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat nach § 89a StGB und die Strafvereitelung nach § 258 StGB.

³¹ Petersen (Fn. 1), S. 349 ff.