

Klausurenkurs Strafrecht

Klausur 1981 – Lösung - Seite 1

Übersicht Klausur Nr. 1981

Teil I: Strafbarkeit der Beteiligten

1. Tatkomplex: Entwenden der Firmenunterlagen

A. Strafbarkeit von Manfred

I. §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1 StGB (+)

II. § 123 I StGB (+)

Kein wirksames tatbestandsausschließendes Einverständnis durch A

III. § 263 I StGB zu Lasten des A (+)

(P) Vermögensschaden bei sittenwidrigem Rechtsgeschäft; hier jedenfalls Besitzposition am Geld betroffen

Antragserfordernis gem. §§ 263 IV, 247 StGB

B. Strafbarkeit von Anton

I. § 266 I StGB (+)

Treuebruchtatbestand (Alt. 2)

II. §§ 242 I, 27 I StGB (+)

Kein Rücktritt nach § 24 II S. 2 Alt. 2 StGB

Kein Vorsatz bzgl. Verwirklichung des tatbezogenen Regelbeispiels § 243 I S. 2 Nr. 1 StGB

III. §§ 123 I, 27 I StGB (+)

Auch insoweit kein Rücktritt nach § 24 II S. 2 Alt. 2 StGB

C. Strafbarkeit von Manfred

§§ 266 I, 26 StGB (+)

Tritt aber in Gesetzeskonkurrenz zurück

2. Tatkomplex: Das unrichtige Gutachten

A. Strafbarkeit von Manfred

I. § 265b I StGB (-)

II. § 263 I, III S. 2 Nr. 2 StGB zu Lasten der Bank (+)

B. Strafbarkeit von Otto

I. § 267 I StGB (-)

II. §§ 263 I, III S. 2 Nr. 2, 27 I StGB (+)

Problem: Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes

3. Tatkomplex: Der Fußball

A. Strafbarkeit von Beate

I. § 242 I StGB (+)

§ 243 I S. 2 Nr. 1 StGB (-) jedenfalls wegen § 243 II StGB

II. § 123 I StGB (+)

B. Strafbarkeit von Alfons

I. §§ 242 I, 26 StGB (+)

II. §§ 123 I, 26 StGB (+)

III. § 259 I StGB (+)

(P) Teilnehmer der Vortat als Täter?

(P) Abschluss der Vortat erforderlich; hier (+)

Teil II: Strafprozessuale Fragen

Frage 1: Anwesenheitsrecht des Mitbeschuldigten

Streit, ob § 168c II StPO für diese Konstellation analog gilt; nach BGH aber zu verneinen

Frage 2: Entscheidung des Gerichts

Beweisantrag muss bei Unzulässigkeit der Beweiserhebung abgelehnt werden, § 244 III S. 2 StPO

I. Verstoß gegen § 168c V S. 1 StPO (+/-)

hängt davon ab, ob vorliegend § 168c II StPO analog greift (vgl. **Frage 1**)

II. Verstoß gegen § 250 S. 2 StPO (-)

Unmittelbarkeitsgrundsatz bei Vernehmung einer Verhörsperson als Zeuge vom Hörensagen nicht verletzt

III. Verstoß gegen § 252 StPO (+)

Vorschrift verbietet nicht nur die Urkundenverlesung, sondern auch die Vernehmung der Verhörsperson als Zeuge vom Hörensagen; Voraussetzungen der vom BGH zugelassenen Ausnahme für richterliche Vernehmungen liegen nicht vor, da A bei der Vernehmung nicht als Zeuge über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt wurde

Klausurenkurs Strafrecht

Klausur 1981 – Lösung - Seite 2

Lösung Klausur Nr. 1981

Teil I: Strafbarkeit der Beteiligten

Zu prüfen ist die Strafbarkeit der Beteiligten nach dem StGB mit Ausnahme des 15. Abschnitts (§§ 201 ff. StGB) sowie § 246 StGB.

1. Tatkomplex: Das Besorgen der Firmenunterlagen

Anmerkung: Zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen gibt es seit dem 26.04.2019 ein eigenes Gesetz (GeschGehG). Dieses befasst sich umfassend mit der Thematik und wird durch eine eigene Strafvorschrift (§ 23 GeschGehG) flankiert.

A. Strafbarkeit des Manfred (M)

I. Diebstahl in einem besonders schweren Fall, §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1 StGB

M könnte sich wegen eines Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben, indem er die Unterlagen entwendete.

- Bei den Unterlagen handelt es sich um für M fremde Sachen. Diese müsste er aus den Geschäftsräumen der IASG weggenommen haben. Unter „Wegnahme“ versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams. M hat den Gewahrsam der Organe der IASG bzw. ihrer Mitarbeiter an den Unterlagen gebrochen und unter deren Ausschluss neuen begründet. Die Tatsache, dass Anton (A) zunächst mit seinem Vorgehen einverstanden war, kann daran nichts ändern: Zum einen hat A sein Einverständnis zurückgenommen; zum anderen hatte er als für die kaufmännische Seite der Filiale zuständiger Mitarbeiter keinesfalls Alleingewahrsam an diesen, die technische Seite betreffenden Unterlagen. Eine Wegnahme von fremden beweglichen Sachen liegt damit vor. Der objektive Tatbestand von § 242 I StGB ist erfüllt.
- M handelte mit dem Vorsatz (§ 15 StGB), die ihn interessierenden fremden Unterlagen wegzunehmen. Er hatte auch die Absicht, sich die Unterlagen rechtswidrig zuzueignen. Überdies handelte M vorsätzlich hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung.
- Die Tat war rechtswidrig und M handelte schuldhaft.
- In Betracht kommt ein besonders schwerer Fall im Sinne von § 243 I S. 2 Nr. 1 StGB.

Voraussetzung ist zunächst, dass M mit einem falschen Schlüssel in den Geschäftsraum eingedrungen ist. Dies ist der Fall, da der Schlüssel, mit dem M die Räume betrat, vom Berechtigten dafür nie vorgesehen war.¹ M handelte auch in dieser Hinsicht vorsätzlich.

Für ein Eingreifen der Sperrwirkung des § 243 II StGB fehlen vorliegend hinreichende Anhaltspunkte. Aufgrund des kaum messbaren Werts entsprechender technischer Firmenunterlagen kann jedenfalls nicht von einer Geringwertigkeit in diesem Sinne ausgegangen werden.

Anmerkung: Beachten Sie, dass der Wohnungseinbruchsdiebstahl aus der Strafzumessungsregel des § 243 I StGB herausgenommen wurde und nach § 244 I Nr. 3, IV StGB eine eigenständige Qualifikation darstellt. Bedeutung hat dies für die Geringwertigkeitsklausel des § 243 II StGB, die bei einem Wohnungseinbruchsdiebstahl damit nicht zum Zug kommen kann.

- M hat sich aufgrund seines Verhaltens gem. §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Hausfriedensbruch, § 123 I StGB

- M müsste in die Geschäftsräume der IASG eingedrungen sein. Das setzt voraus, dass er die Räume gegen den Willen des Hausrechtinhabers betreten hat.

Dies wäre dann nicht der Fall, wenn ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegen würde. Dies könnte zum einen der Fall sein, wenn im konkreten Fall die Geschäftsräume für den Publikumsverkehr bestimmungsgemäß geöffnet waren. Es erscheint bereits zweifelhaft, ob die konkreten Geschäftsräume überhaupt für den Publikumsverkehr offenstehen. Jedenfalls aber geschah die Tat nach Dienstschluss zur Nachtzeit, so dass insoweit keine Bestimmung zum Betreten durch die Öffentlichkeit bestand.

Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis könnte aber darin liegen, dass der Geschäftsstellenleiter A dem M den Schlüssel gegeben hat. Darauf kann es jedoch aus zwei Gründen nicht ankommen: Zum einen hat A mit der Rückforderung des Schlüssels jedenfalls sein Einverständnis zurückgezogen, so dass das Verhalten des M zum Zeitpunkt der Tat keinesfalls von einem Einverständnis gedeckt war.

¹ Vgl. Fischer, StGB, § 243, Rn. 8.

Klausurenkurs Strafrecht

Klausur 1981 – Lösung - Seite 3

Zum anderen umfasst die Übertragung des Hausrechts an A als Geschäftsstellenleiter bei verständiger Würdigung nicht, einen Konkurrenten zwecks Industriespionage außerhalb der Geschäftszeit in die Räume zu lassen. Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis scheidet demzufolge aus. M ist damit in Geschäftsräume eingedrungen.

2. M hat auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt. Die Bestrafung wegen Hausfriedensbruchs setzt nach § 123 II StGB einen Strafantrag voraus (vgl. hierzu die §§ 77 ff. StGB, 158 II StPO).

III. Betrug zu Lasten des A, § 263 I StGB

M könnte sich wegen Betrugs zu Lasten seines Bruders A strafbar gemacht haben, indem er sich von diesem 250 Euro zurückgeben ließ, ohne bereit gewesen zu sein, tatsächlich von der Tatbegehung Abstand zu nehmen.

1. M hat A über seine Bereitschaft, das geplante Vorhaben aufzugeben, und damit über eine innere Tatsache getäuscht. Damit hat er auch bei A einen entsprechenden Irrtum erregt. Dieser Irrtum müsste weiterhin zu einer Vermögensverfügung bei A geführt haben. Diese könnte in der Rückzahlung der 250 Euro liegen.

Fraglich ist, ob A dadurch ein Vermögensschaden entstanden ist. Eine vollständige Kompensation ist jedenfalls nicht dadurch eingetreten, dass M dem A den Schlüssel zurückgab. Denn er hatte hiervon einen Nachschlüssel gemacht und damit immer noch die erwünschte Zugangsmöglichkeit zu den Betriebsräumen.

Ein Vermögensschaden könnte aber deshalb ausscheiden, weil A die Summe als Entgelt für die Vornahme eines gesetzes- bzw. sittenwidrigen Geschäftes erhalten hat. Insofern könnten Zweifel bestehen, ob diese Vermögensposition den strafrechtlichen Schutz des § 263 StGB genießt. Schließt man sich den Vertretern des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes an, ist A durch die Rückgabe der 250 Euro wirtschaftlich beeinträchtigt worden, zumal B im Gegenzug nicht bereit war, von der anvisierten Tat Abstand zu nehmen. Für diese Ansicht spricht vor allem die Überlegung, im „Ganovenmilieu“ keine rechtsfreien Räume entstehen zu lassen.

Anders könnte der Fall allerdings nach der juristisch-ökonomischen Vermittlungslehre zu beurteilen sein, nach der von § 263 StGB nur solche vermögenswerten Güter geschützt werden, die dem Einzelnen mit Billigung oder zu-

mindest ohne Missbilligung der Rechtsordnung zustehen. Grundgedanke ist hier die Einheit der Rechtsordnung.

Möglicherweise könnte vorliegend ein Streitentscheid dahinstehen. Es besteht nämlich die Besonderheit, dass A im Besitz von Bargeld in Höhe von 250 Euro war, vgl. §§ 854 ff. BGB. Dabei handelt es sich um eine Rechtsposition, die unabhängig davon geschützt wird, ob das für die Besitzübertragung zugrunde liegende Rechtsgeschäft rechtlich wirksam ist oder nicht. Vielmehr knüpft das Besitzrecht als solches und damit die darauf beruhenden possessorischen Besitzansprüche grundsätzlich an die tatsächliche Besitzerstellung an. Demzufolge erscheint es sachgerecht, auch nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff von einer von der Rechtsordnung anerkannten Vermögensposition (= Besitz an den Geldscheinen) auszugehen.

Ein Streitentscheid kann damit dahinstehen, da nach beiden Auffassungen ein schützenswerter Vermögensschaden bei A eingetreten ist.

Anmerkung: Selbst der Besitz an illegalen Drogen wird nach der Rechtsprechung des BGH strafrechtlich geschützt. Der BGH hierzu: „Die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzwürdiges Vermögen. Der Besitz ist daher schon dann Bestandteil des geschützten Vermögens, wenn ihm ein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt. Auch der strafbare Besitz an Betäubungsmitteln ist daher ein durch Strafrecht zu schützendes Rechtsgut.“²

2. M handelte auch vorsätzlich und in Bereicherungsabsicht. Die erstrebte Bereicherung war auch rechtswidrig und stoffgleich, was M beides erfasste.
3. Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich, so dass M aus § 263 I StGB zu bestrafen ist.

Da M einen Betrug gegenüber einem Angehörigen im Sinne des § 11 I Nr. 1 StGB begangen hat, ist zwingend ein Strafantrag erforderlich, vgl. §§ 263 IV, 247 StGB. Von einem solchen ist laut Bearbeitungsvermerk auszugehen.

IV. Konkurrenzen

² BGH, Urteil vom 16.08.2017 – 2 StR 335/15 = Life&LAW 04/2018, 256 ff. = jurisbyhemmer.

Klausurenkurs Strafrecht

Klausur 1981 – Lösung - Seite 4

Es erscheint vorzugswürdig, zwischen dem Einbruchsdiebstahl gemäß §§ 242, 243 I S. 2 Nr. 1 StGB und dem Hausfriedensbruch Tat-einheit gemäß § 52 StGB anzunehmen. Zwar ist bei der Verwendung eines falschen Schlüssels regelmäßig ein Hausfriedensbruch mit-
verwirklicht. Jedoch erscheint es nicht sachge-
recht, einen Tatbestand (§ 123 StGB) hinter
einer bloßen Strafzumessungsvorschrift
(§ 243 StGB) in Gesetzeskonkurrenz zurück-
treten zu lassen.³

Hierzu steht der Betrug zu Lasten des A in
Realkonkurrenz, § 53 I StGB. Aus Klarstel-
lungsgründen stehen beide Taten nebenei-
nander.

B. Strafbarkeit des A

I. Untreue, § 266 I StGB

A könnte sich aufgrund seines Verhaltens
wegen Untreue strafbar gemacht haben,
§ 266 I StGB.

1. Der **Missbrauchstatbestand (1. Alt.)** schei-
det von vornherein aus. Denn unabhängig von
seinen Möglichkeiten, als Filialleiter die IASG
rechtsgeschäftlich zu verpflichten, ist dem A
hier kein rechtsgeschäftliches Handeln (und
damit auch nicht der Missbrauch seiner
rechtsgeschäftlichen Möglichkeiten), sondern
tatsächliches Verhalten, nämlich die Heraus-
gabe des Schlüssels, vorzuwerfen.

Voraussetzung für die Verletzung des
Treuebruchtatbestands (2. Alt.) ist, dass A
mit der IASG durch ein "Treueverhältnis quali-
fizierter Art" verbunden war. Diese Vermö-
gensbetreuungspflicht erfordert, dass das
Verhältnis seinem Inhalt nach wesentlich
durch die Besorgung fremder Vermögensan-
gelegenheiten bestimmt ist. Anhaltspunkte da-
für sind Selbständigkeit des Treuever-
pflichteten, Dauer und Umfang bzw. die Art
der fraglichen Tätigkeit. Vorliegend ist davon
auszugehen, dass A als Geschäftsstellenleiter
eine besondere Verpflichtung hatte, die Ver-
mögensinteressen der IASG wahrzunehmen.

A müsste durch die Weitergabe des Schlüs-
sels an M die ihm gegenüber seinem Arbeit-
geber obliegende Treuepflicht vernachlässigt
haben. Dabei kommen im Gegensatz zum
Missbrauchstatbestand auch tatsächliche
Handlungen in Frage.⁴

Eine Pflichtverletzung stellt es insbesondere
dar, wenn der Verpflichtete übernommene

Aufgaben nicht oder nicht ordnungsgemäß
ausführt oder wenn er dem Verbot, den durch
§ 266 I StGB Geschützten zu schädigen, zu-
widerhandelt.⁵ Die Begehung des Treue-
bruchtatbestandes kommt dabei in Frage
durch Zerstören, Beschädigen oder Entwen-
den von Vermögensgegenständen des zu Be-
treuenden, aber auch durch den Verrat von
Betriebsgeheimnissen.

Für eine Treuepflichtverletzung ist es nicht
erforderlich, dass gerade der betreffende Ver-
mögenswert der Fürsorge des Täters anver-
traut ist, wohl aber, dass die Tat unter Ausnut-
zung der (die Tätereigenschaft begründenden)
Sonderbeziehung zu dem fremden Vermögen
begangen wird.

Das bedeutet, dass eine Treuepflichtverlet-
zung zum einen gegeben ist, wenn der Ver-
pflichtete Sachen stiehlt oder unterschlägt, die
er zu verwalten hat - und zwar unabhängig
davon, ob die Tat in gleicher Weise auch ein
anderer hätte begehen können. Zum anderen
aber ist der Treuebruchtatbestand auch dann
einschlägig, wenn es sich um außerhalb des
Aufgabenbereichs des Täters liegende Ver-
mögenswerte handelt, die von ihm einge-
nommene Position es ihm jedoch ermöglicht,
darauf unter Umgehung der für andere beste-
henden Hindernisse zuzugreifen.

Im vorliegenden Fall war dem A als Ge-
schäftsstellenleiter das Büro in Jena in beson-
derer Weise anvertraut. Unabhängig von der
Frage, ob auch andere, nicht in dieser Weise
treueverpflichtete Mitarbeiter hätten Zugriff auf
die Akten nehmen können, hat A eine tatbe-
standsrelevante Treuepflichtverletzung be-
gangen.

Durch die Pflichtverletzung müsste der IASG
ein Vermögensnachteil entstanden sein. Die
h.M. lässt dafür eine Vermögensgefährdung
genügen, wenn insoweit jedenfalls ein wirt-
schaftlicher Mindestschaden beziffert werden
kann;⁶ eine solche ist bereits mit der Heraus-
gabe des Schlüssels an den Vertreter des
Konkurrenzunternehmens eingetreten. Denn
damit entsteht eine unmittelbare Gefährdung
gerade im Hinblick auf bestehende Betriebs-
geheimnisse.⁷

2. A hat auch vorsätzlich, rechtswidrig und
schuldhaft gehandelt.

⁵ Dazu näher Sch/Sch, StGB, § 266, Rn. 35a, 36.

⁶ Vgl. Fischer, StGB, § 266, Rn. 150 ff. Siehe hierzu auch
BVerfG, Beschluss vom 07.12.2011 – 2 BvR 2500/09 und
2 BvR 1857/10 = LfE&LAW 03/2012, 224 ff.

⁷ Andere Ansicht vertretbar.

³ Andere Ansicht vertretbar.

⁴ Vgl. Fischer, StGB, § 266, Rn. 51.

Klausurenkurs Strafrecht

Klausur 1981 – Lösung - Seite 5

Anmerkung: § 266 StGB verweist in seinem Absatz 2 u.a. auch auf § 263 III StGB. Es könnte durch die Tat ein Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeigeführt worden sein, §§ 266 I, II, 263 III S. 2 Nr. 2 StGB. Als Richtwert kann dieser bei ca. 50.000 € angesetzt werden.⁸ Der Verlust muss tatsächlich eingetreten sein. Dem Sachverhalt lässt sich dies vorliegend nicht entnehmen.

3. Eine Strafaufhebung durch sein Bemühen, den M von der Tat abzubringen, kommt gem. § 24 StGB nicht in Betracht, da die Tat mit der Herausgabe des Schlüssels (im Sinne eines Gefährdungsschadens, s.o.) an M bereits vollendet ist.

Auch eine tätige Reue scheidet aus; diese hat der Gesetzgeber bewusst nur ausnahmsweise und damit nicht verallgemeinerungsfähig in speziellen Tatbeständen geregelt (z.B. §§ 306e, 314a StGB). Das Verhalten des A nach der Tat („Bitte um Rückgabe des Schlüssels“) kann allerdings im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden (vgl. § 46 II S. 2 StGB).

4. A hat sich aufgrund seines Verhaltens gem. § 266 I StGB strafbar gemacht.

II. Beihilfe zum Diebstahl des M, §§ 242 I, 27 StGB

1. Eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat des M liegt vor (s.o.).⁹
2. Zu dieser Haupttat müsste A Beihilfe geleistet haben. Die Rspr. lässt insoweit genügen, dass die Handlung des Haupttäters durch die Beihilfehandlung zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung erleichtert oder gefördert wurde. Eine Ursächlichkeit im Sinne der *conditio-sine-qua-non*-Formel soll nicht erforderlich sein. Im Schrifttum wird dagegen zum Teil wenigstens Mitursächlichkeit oder eine konkrete Risikoerhöhung für den Erfolg der Haupttat verlangt.¹⁰ Im vorliegenden Fall ist nach allen Auffassungen eine Beihilfehandlung von Seiten des A gegeben, da die Überlassung des Schlüssels für das Gelingen der Tat wesentlich war.
3. Für die Beihilfe ist doppelter Gehilfenvorsatz notwendig. Der Gehilfe muss wissen, dass er

eine bestimmte fremde Tat unterstützt und dass es mit Hilfe seines Beitrags zur Vollen- dung des Delikts kommen kann. Dieser dop- pelte Gehilfenvorsatz lag bei A vor. Maßgeb- lich ist diesbezüglich der Zeitpunkt der Beihil- fehandlung (vgl. § 8 StGB) und nicht der der Tatausführung durch den Haupttäter, so dass der spätere Sinneswandel des A insoweit un- beachtlich ist.

Anmerkung: Nach BGH genügt es, dass der Gehilfe seinen eigenen Tatbeitrag sowie die wesentlichen Merkmale der Haupttat, insbe- sondere deren Unrechts- und Angriffsrichtung, zumindest für möglich hält und billigt. Einzel- heiten der Haupttat braucht der Gehilfe hinge- gen nicht zu kennen und auch keine bestimm- te Vorstellung von ihr zu haben.¹¹

4. Die Tat war rechtswidrig und A handelte schuldhaft.
5. Fraglich ist, ob Straffreiheit für A über § 24 II StGB in Betracht kommt. Zu dem Zeitpunkt, als A den Schlüssel von M zurückverlangte, war der Diebstahl noch nicht vollendet. Da die Haupttat jedoch später noch vollendet wurde, müssten die Voraussetzungen des § 24 II S. 2 Alt. 2 StGB eingreifen.

Dadurch, dass M von dem Schlüssel des A ein Duplikat machen konnte, mit dessen Hilfe er schließlich den Diebstahl beging, wirkte der Tatbeitrag des A indes bis zur Vollendung fort. Dass dies so geschehen konnte, fällt in den Risikobereich des A. Der Gesetzgeber wollte mit der Regelung des § 24 II StGB die Anforder- ungen eines strafbefreienden Rücktritts bei mehreren Beteiligten bewusst hoch ansetzen.

Deshalb greift § 24 II S. 2 Alt. 2 StGB nur ein, wenn der Tatbeteiligte seinen Tatbeitrag voll- ständig neutralisiert, was vorliegend nicht ge- schehen war.

Anmerkung: Hier zeigt sich deutlich, dass der Gesetzgeber bei der Tatbegehung durch meh- rere Beteiligte von einer höheren Gefahrenla- ge ausgeht und demzufolge auch die Rück- trittsanforderungen verschärft sind.

6. Fraglich ist des Weiteren, ob für A (ebenso wie für M) die **Strafrahmenerweiterung des § 243 StGB** eingreift.

⁸ Vgl. Fischer, StGB, § 266, Rn. 215a.

⁹ Kurz angeprüft werden könnte zuvor eine Mittäterschaft gem. § 25 II StGB. Es fehlt jedoch bereits an einem gleichgelagerten Tatinteresse.

¹⁰ Zu den verschiedenen Theorien vgl. Sch/Sch, StGB, § 27, Rn. 5 ff.

¹¹ BGH, 3 StR 310/11 - Beschluss vom 08.11.2011 = ju- risbyhemmer.

Klausurenkurs Strafrecht

Klausur 1981 – Lösung - Seite 6

Hinsichtlich tatbezogener Merkmale kommt es darauf an, ob sich der Vorsatz des Teilnehmers auch auf die Verwirklichung der tatbezogenen Strafzumessungsvariante bezog.¹²

Bei § 243 I S. 2 Nr. 1 StGB („falscher Schlüssel“) handelt es sich um ein tatbezogenes strafscharfendes Regelbeispiel. Auf die Verwendung des Nachschlüssels, so wie die Tat tatsächlich ausgeführt wurde, bezog sich der Vorsatz des A jedoch nicht.

Möglicherweise könnte aber insoweit eine nur unwesentliche Abweichung vom vorgestellten Kausalverlauf vorliegen. Dies wäre dann der Fall, wenn bei der von A vorgestellten Tausführung mit dem Originalschlüssel § 243 I S. 2 Nr. 1 StGB verwirklicht wäre. Bei dem Schlüssel, welchen A dem M übergeben hatte, handelte es sich jedoch um einen, den A für seine Tätigkeit erhalten hatte und der nach wie vor zum Öffnen der Büroräume allgemein bestimmt war. Daher greift § 243 I S. 2 Nr. 1 StGB vorliegend nach dem Vorstellungsbild des A nicht ein.

7. A hat sich aufgrund seines Verhaltens (nur) gem. §§ 242 I, 27 StGB strafbar gemacht.

III. Beihilfe zum Hausfriedensbruch, §§ 123 I, 27 StGB

A leistete M Beihilfe zum Hausfriedensbruch, indem er diesem den Schlüssel übergab. Zum Zeitpunkt der Beihilfehandlung hatte A doppelten Gehilfenvorsatz. Der Umstand, dass A zu diesem Zeitpunkt von einer Tatbegehung mit dem Originalschlüssel ausging, spielt tatbestandlich insoweit keine entscheidende Rolle. A erfasste jedenfalls den Unrechtsgehalt des § 123 I StGB dahingehend, dass M die Räumlichkeiten gegen den Willen des Rechtsgutsinhabers betreten würde.

Da M ohne den Originalschlüssel hiervon keinen Nachschlüssel hätte anfertigen können, scheidet vorliegend auch ein Rücktritt gem. § 24 II S. 2 Alt. 2 StGB aus.

A hat sich aufgrund seines Verhaltens wegen Beihilfe zum Hausfriedensbruch gem. §§ 123 I, 27 StGB strafbar gemacht.

IV. Konkurrenzen

Die Untreue und die Beihilfe zum Diebstahl bzw. die Beihilfe zum Hausfriedensbruch stehen in Tateinheit, §§ 242 I, 27; 123 I, 27; 266 I; 52 I StGB. Nur so kommt zum Ausdruck, dass A seine besondere Pflichtenstel-

lung verletzte und hierdurch zusätzlich fremdes Eigentum bzw. das Hausrecht des Berechtigten beeinträchtigt wurde (Klarstellungsfunktion).

C. Strafbarkeit des M¹³

Weiterhin hat sich M wegen Anstiftung zur Untreue strafbar gemacht, §§ 266 I, 26 StGB. M hat bei A den entsprechenden Tatentschluss zur rechtswidrigen Haupttat vorsätzlich hervorgerufen. Die Tat ist rechtswidrig und M handelte schuldhaft.

M weist keine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der IASG auf. Hierbei handelt es sich um ein besonders persönliches Merkmal, welches die Strafbarkeit des Täters begründet und beim Teilnehmer M nicht vorliegt. Hiernach ist die Strafe des M zwingend gem. § 28 I StGB zu mildern.

Die Anstiftung zur Untreue tritt jedoch hinter dem verwirklichten Diebstahl in einem besonders schweren Fall in Gesetzeskonkurrenz zurück. Hierfür spricht, dass der Vermögensnachteil bei § 266 I StGB sich durch die Wegnahme des Ordners seitens des M realisiert.¹⁴

Anmerkung: Aufbautechnisch ist es an dieser Stelle nicht einfach. Eine Anstiftung des M zur Untreue sollte erst nach Bejahung einer solchen seitens des A geprüft werden. Daher wird die Strafbarkeit des M diesbezüglich nach der Strafbarkeit von A „angehängt“.

2. Tatkomplex: Das unrichtige Gutachten

A. Strafbarkeit des M

I. Kreditbetrug, § 265b I StGB

Für eine Strafbarkeit des M nach § 265b I StGB fehlt es bereits an den Voraussetzungen des objektiven Tatbestandes, da M den Kredit weder für einen Betrieb noch ein Unternehmen (Legaldefinition in § 265b III StGB) aufgenommen hat.

Anmerkung: Was die Klausurrelevanz betrifft, handelt es sich bei § 265b StGB um ein exotisches Delikt. Von der Dogmatik her ist interessant, dass es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt. Geschütztes Rechtsgut ist zwar auch das Individualvermögen des Kreditgebers.

¹² Vgl. Sch/Sch, StGB, § 243, Rn. 47.

¹³ Es erscheint in diesem Zusammenhang sinnvoll, die Prüfung der Strafbarkeit des M zu trennen, da die Anstiftung zur Haupttat am besten nach dieser geprüft wird.

¹⁴ Andere Ansicht vertretbar.

Klausurenkurs Strafrecht

Klausur 1981 – Lösung - Seite 7

Daneben soll aber gleichermaßen das Funktionalisieren des Kreditwesens insgesamt geschützt werden.

Da es sich um ein Gefährdungsdelikt handelt, erfordert die Verwirklichung des § 265b StGB weder Schädigungsvorsatz noch den tatsächlichen Eintritt eines Schadens.

II. Betrug in einem besonders schweren Fall zu Lasten der Bank, § 263 I, III S. 2 Nr. 2 StGB

M könnte sich, indem er der Bank die falsche Expertise vorlegte, wegen eines Betrugs gemäß § 263 I StGB strafbar gemacht haben.

1. M hat durch sein Verhalten bei der Bank einen Irrtum über seine Kreditwürdigkeit erregt. Dieser Irrtum hat auch kausal zu einer Vermögensverfügung der Bank geführt, welche in der Kreditgewährung (Vertrag und Erfüllung) selbst zu sehen ist. Da der M das Darlehen nicht zurückzahlen kann, ist der Bank auch ein Schaden entstanden, weil sich die von M gestellte Sicherheit als nahezu wertlos erwiesen hat.
2. M hat vorsätzlich hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes gehandelt, und in der Absicht, sich zu bereichern. Die erstrebte Bereicherung war rechtswidrig und stoffgleich. Diesbezüglich handelte M auch vorsätzlich.
3. Die Tat ist auch rechtswidrig und schuldhaft, so dass M aus § 263 I StGB zu bestrafen ist.
4. Zu denken ist an einen besonders schweren Fall des Betrugs gemäß § 263 III S. 2 Nr. 2 StGB. Ein Vermögensverlust großen Ausmaßes wird bei etwa 50.000 € angesetzt. Der Verlust muss tatsächlich eingetreten sein. Vorliegend ist bei der Bank nach rechtmäßiger Verwertung der Edelsteine ein Schaden in Höhe von 60.000 € verblieben. Ein besonders schwerer Fall gem. § 263 I, III S. 2 Nr. 2 StGB liegt damit vor.

M hat sich aufgrund seines Verhaltens wegen Betrugs in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht, § 263 I, III S. 2 Nr. 2 StGB.

B. Strafbarkeit des Otto (O)

I. Urkundenfälschung, § 267 I StGB

1. Durch Erstellen der falschen Expertise könnte O eine Urkundenfälschung begangen haben. Unter einer Urkunde im Sinne des § 267 I StGB versteht man jede verkörperte Gedankenerklärung, die ihren Aussteller erkennen lässt und zum Beweis im Rechtsverkehr ge-

eignet und bestimmt ist. Der Tatbestand des § 267 I StGB wird aber nur verwirklicht, sofern gerade eine Täuschung über die Identität des Ausstellers erfolgt (Var. 1) oder eine nachträgliche unbefugte Inhaltsänderung vorgenommen wird (Var. 2) bzw. eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht wird (Var. 3).

Vorliegend waren angegebener und tatsächlicher Aussteller identisch, die Urkunde damit echt. Auch Var. 2 und Var. 3 sind vorliegend nicht erfüllt. Die sog. „schriftliche Lüge“ wird von § 267 I StGB gerade nicht unter Strafe gestellt. Um eine solche handelt es sich aber im vorliegenden Fall, denn die Erklärung in der Expertise stammt tatsächlich von O. Der objektive Tatbestand ist damit nicht erfüllt.

2. O hat sich aufgrund seines Verhaltens nicht nach § 267 I StGB strafbar gemacht.

II. Beihilfe zum Betrug des M, §§ 263 I, III S. 2 Nr. 2, 27 I StGB

1. Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat liegt aufgrund des Betrugs in einem besonders schweren Fall seitens des M zu Lasten der Bank vor.
2. Zu diesem müsste O Beihilfe geleistet haben. Das objektive Vorliegen einer Beihilfehandlung ist im vorliegenden Fall gegeben, da die falsche Schätzung der Edelsteine M überhaupt erst in die Lage versetzte, bei seiner Bank einen Irrtum zu erregen. Der Gehilfenbeitrag des O war hier *conditio sine qua non*.
3. Problematisch ist hingegen die Frage des Gehilfenvorsatzes, der außer auf die eigene Handlung auch auf die vorsätzliche und rechtswidrige Begehung der Haupttat gerichtet sein muss. Dabei ist es unschädlich, dass O nicht wusste, ob die Steine veräußert oder beliehen werden sollten, denn beides hatte er billigend in Kauf genommen, so dass *dolus eventualis* bzw. *dolus alternativus* vorlag.

Probleme könnten sich allenfalls hinsichtlich der Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes ergeben. Nach unbestrittener Auffassung genügt es nämlich für die Strafbarkeit des Teilnehmers nicht, wenn er nur generell ohne nähere Konkretisierung zu Straftaten aufruft oder solche fördern will. Es muss mehr feststehen als lediglich der Straftatbestand als solcher.

Entscheidend ist insoweit, ob der Gehilfe je nach Einzelfall das später begangene Unrecht in den wesentlichen Grundzügen erfasst hat.

Klausurenkurs Strafrecht

Klausur 1981 – Lösung - Seite 8

Vorliegend war O klar, dass M die Expertise dazu verwenden würde, die Steine zu einem weit überhöhten Preis zu veräußern oder diese als Sicherheit zu nutzen. In beiden Fällen würde der Betrugstatbestand verwirklicht. Auch die Schadenshöhe liegt in beiden von O vorgestellten Sachverhalten in etwa gleich hoch. Allein die Tatsache, dass O nicht das konkrete Tatopfer kennt, kann hingegen keine entscheidende Rolle spielen, da sonst ein zu hoher Bestimmtheitsgrad für die Vorstellung des Gehilfen von der tatsächlich verwirklichten Haupttat gefordert würde. Nach alledem ist der Gehilfenvorsatz des O hinreichend bestimmt.

Anmerkung: Bezüglich des Bestimmtheitsanfordernisses beim Gehilfenvorsatz ist vor allem eigenes Argumentationsvermögen gefragt.

4. O hat auch rechtswidrig und schuldhaft gehandelt, so dass er wegen Beihilfe zum Betrug zu bestrafen ist, §§ 263 I, III S. 2 Nr. 2, 27 I StGB. Gemäß § 27 II S. 2 StGB besteht eine obligatorische Strafmilderung.

3. Tatkomplex: Das Geschehen um den Fußball

A. Strafbarkeit von Beate (B)

1. Diebstahl in einem besonders schweren Fall, §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1 StGB

B könnte sich aufgrund ihres Verhaltens gem. §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Bei dem Ball handelt es sich um eine für B fremde bewegliche Sache. B müsste den Ball weggenommen haben. Unter einer Wegnahme versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams. Gewahrsam ist dabei die vom Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft. Ob eine solche vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalles und den Anschauungen des Verkehrs bzw. des täglichen Lebens zu beurteilen.

Vorliegend hatte Christian an dem Ball, der in seinem Garten lag, zumindest gelockerten Gewahrsam, da sich der Gegenstand in seinem Herrschaftsbereich befand. B hat diesen Gewahrsam gebrochen und neuen begründet, indem sie mitsamt dem Fußball wieder über den Zaun kletterte.

Anmerkung: Beim bloßen Ergreifen des Fußballs im Garten dürfte hingegen noch keine vollständige Wegnahme erfolgt sein. Es handelt sich bei einem Fußball um keinen kleinen, handlichen Gegenstand, bei welchem bereits durch das bloße Ergreifen ein vollständiger Gewahrsamswechsel anzunehmen ist, jedenfalls solange sich B noch im Garten befindet.¹⁵

2. B handelte vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB, d.h. mit dem Willen zur Verwirklichung der Tat in Kenntnis aller Tatumstände. Darüber hinaus müsste Zueignungsabsicht vorliegen. Die Zueignungsabsicht weist eine An- und eine Enteignungskomponente auf. Vorliegend wollte B sich den Ball nicht selbst zueignen. Gem. § 242 I StGB genügt aber Drittzueignungsabsicht. B wollte die Sache Alfons rechtswidrig zueignen und Christian dauerhaft aus seiner Eigentümerstellung verdrängen. Eine tatbestandlich ausreichende Drittzueignungsabsicht liegt damit zum Zeitpunkt der Tat vor.
3. Rechtswidrigkeit und Schuld liegen ebenfalls vor. B ist schuldfähig im Sinne des § 19 StGB, da sie das 14. Lebensjahr vollendet hat.
4. Es könnte zudem ein besonders schwerer Fall des Diebstahls gem. §§ 242 I, 243 I S. 2 Nr. 1 StGB vorliegen.

B könnte zur Ausführung der Tat in einen umschlossenen Raum eingestiegen sein. Unter einem umschlossenen Raum versteht man jedes Raumgebilde, das dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden, und das mit mindestens teilweise künstlichen Vorrichtungen zur Abwehr Unbefugter umgeben ist. Der umschlossene Raum muss nicht verschlossen oder überdacht sein. Einsteigen ist jedes nur unter Schwierigkeiten mögliche Eindringen durch eine zum ordnungsgemäßen Eintritt nicht bestimmte Öffnung.¹⁶

Vorliegend bleibt unklar, ob der Gartenzaun eine entsprechende Umschließung darstellt. Aber selbst wenn man dies bejahen könnte, scheidet eine Bejahung von § 243 I S. 2 Nr. 1 StGB vorliegend aus. Denn der Ball hatte lediglich einen Wert von ca. 15 Euro. Gem. § 243 II StGB ist ein besonders schwerer Fall ausgeschlossen, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht. Die Wertgrenze wird hierbei derzeit bei 25 Euro gezogen.¹⁷ Hiernach handelte es sich um eine geringwertige Sache i.S.v. § 243 II StGB.

¹⁵ Andere Ansicht vertretbar.

¹⁶ Vgl. Fischer, StGB, § 243, Rn. 6.

¹⁷ Vgl. Fischer, StGB, § 243, Rn. 25.

Klausurenkurs Strafrecht

Klausur 1981 – Lösung - Seite 9

Ein besonders schwerer Fall gem. § 243 I S. 2 Nr. 1 StGB ist hiernach ausgeschlossen.

Gem. § 248a StGB ist das Stellen eines Strafantrags erforderlich.

Anmerkung: Nach h.M. ist im Rahmen des § 243 II StGB von einer Geringwertigkeit ab 25 € auszugehen. Die gleiche Wertgrenze wie bei § 243 II StGB gilt nach BGH auch für das Antragserfordernis gem. § 248a StGB.

B hat sich aufgrund ihres Verhaltens gem. § 242 I StGB strafbar gemacht.

II. Hausfriedensbruch, § 123 I StGB

B könnte sich durch ihr Verhalten auch nach § 123 I StGB strafbar gemacht haben.

Bei dem Garten müsste es sich um befriedetes Besitztum handeln. Ein solches erfordert nicht eine so enge räumliche Beziehung zum Haus, dass es dessen Schutzbereich teilt, vielmehr ist „befriedet“ in diesem Sinne gleichbedeutend mit „eingehegt“. Bei einem Hausgarten bzw. einem (auch nur leicht) umzäunten Garten ist dies anzunehmen.¹⁸

B müsste in den Garten eingedrungen sein. Eindringen setzt voraus, dass der Täter gegen den Willen des Berechtigten zumindest mit einem Teil seines Körpers in den geschützten Raum gelangt ist. Dies ist vorliegend gegeben. B handelte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft. Sie hat sich gem. § 123 I StGB strafbar gemacht.

Gem. § 123 II StGB ist das Stellen eines Strafantrags erforderlich.

III. Ergebnis

B hat sich aufgrund ihres Verhaltens gem. §§ 242 I; 123 I; 52 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des Alfons

I. Anstiftung zum Diebstahl, §§ 242 I, 26 StGB

Alfons hat B gem. §§ 242 I, 26 StGB zu einem Diebstahl angestiftet, da er bei B vorsätzlich einen entsprechenden Tatentschluss hervorgerufen hat. Alfons handelte rechtswidrig und schuldhaft. Alfons war im Zeitpunkt der Anstiftung auch schuldfähig im Sinne des § 19 StGB.

Alfons hat sich damit aufgrund seines Verhaltens wegen Anstiftung zum Diebstahl strafbar gemacht, §§ 242 I, 26 StGB.

II. Anstiftung zum Hausfriedensbruch, §§ 123 I, 26 StGB

Alfons hat sich zudem wegen Anstiftung zum Hausfriedensbruch strafbar gemacht.

III. Hehlerei, § 259 I StGB

Fraglich ist, ob daneben auch eine Strafbarkeit des Alfons wegen Hehlerei in Form des Sich-Verschaffens in Betracht kommt, § 259 I StGB.

Alfons müsste sich eine Sache verschafft haben, die ein anderer gestohlen hat. Sich-Verschaffen ist die Herstellung tatsächlicher eigener Herrschaftsgewalt über die Sache im Einverständnis mit dem Vortäter. Alfons erlangte die tatsächliche Herrschaftsgewalt über den Ball im Einverständnis mit B.

Dass Alfons B zu dem Diebstahl angestiftet hat, steht dem nicht entgegen, denn nach h.M. kann auch ein Teilnehmer der Vortat Täter des § 259 I StGB sein. Der Wortlaut des § 259 I StGB steht dem nicht entgegen („anderer“). Hiernach scheiden nur (Mit-)Täter der Vortat als Täter der Hehlerei aus.

Allerdings verlangt die h.M., dass die Vortat abgeschlossen sein muss, bevor die Hehlerei begangen wird. Denn bei der Hehlerei handelt es sich um ein klassisches Anschlussdelikt. Aber auch den Abschluss der Vortat kann man im vorliegenden Fall annehmen, denn § 242 StGB erfordert für die Vollendung des Tatbestandes nur die auf Drittzeuignung gerichtete Absicht, nicht aber die Drittzeuignung selbst.

Vorliegend wurde der Diebstahl vollendet, als B mit dem Ball zurückkletterte und dann diesen Alfons übergab. Der Charakter der Hehlerei als Anschlussdelikt ist hiernach gewahrt.¹⁹ Für eine Strafbarkeit des Alfons nach § 259 I StGB spricht zudem, dass ansonsten im Schuldspruch überhaupt nicht zum Ausdruck käme, dass sich Alfons den von B entwendeten Gegenstand tatsächlich verschafft hat.

Der objektive Tatbestand ist damit gegeben. Alfons handelte vorsätzlich und in der Absicht, sich zu bereichern. Rechtswidrigkeit und Schuld sind zu bejahen.

Alfons hat sich aufgrund seines Verhaltens gem. § 259 I StGB strafbar gemacht.

¹⁸ Vgl. Fischer, StGB, § 123, Rn. 8.

¹⁹ Andere Ansicht vertretbar.

Klausurenkurs Strafrecht

Klausur 1981 – Lösung - Seite 10

VI. Ergebnis

Die Hehlerei steht zu der Anstiftung zum Hausfriedensbruch und zur Anstiftung zum Diebstahl aufgrund der zeitlichen und räumlichen Nähe sowie des einheitlichen Willens des Alfons in natürlicher Handlungseinheit. Aus Klarstellungsgründen ist von Tateinheit auszugehen, § 52 StGB. Alfons hat sich hiernach gem. §§ 242 I, 26; 123 I, 26; 259 I; 52 StGB strafbar gemacht.

Anmerkung: Bei den Konkurrenzen ist vorliegend vieles vertretbar. Angeprüft werden könnte auch noch eine Strafbarkeit von B wegen Beihilfe zur Hehlerei des A, §§ 259 I, 27 StGB. Es entspricht einhelliger Auffassung, dass insoweit der Unrechtsgehalt durch die Verwirklichung der Vortat (hier der Diebstahl hinsichtlich des Balls) eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zur Hehlerei verdrängt.

Teil II: Strafprozessuale Fragen

Frage 1: Anwesenheitsrecht des Mitbeschuldigten

Ob dem Beschuldigten bei der richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten ein Anwesenheitsrecht zusteht, ist in der StPO nicht ausdrücklich geregelt. Insbesondere § 168c II StPO regelt diesen Fall seinem Wortlaut nach nicht.

Die streitentscheidende Frage lautet daher, ob ein grundsätzliches Anwesenheitsrecht des Beschuldigten bei Vernehmung eines Mitbeschuldigten in Analogie zu § 168c II StPO zu bejahen ist.

In der Literatur²⁰ wird dies zum Teil angenommen. Was die Vernehmung eines Mitbeschuldigten angehe, so liege bzgl. des Anwesenheitsrechts des Beschuldigten eine planwidrige Regelungslücke vor, was vor allem damit begründet wird, dass der Gesetzgeber die Anwesenheitsrechte des Beschuldigten gerade im Hinblick auf die Verlesungsmöglichkeit des § 251 I StPO, der ausdrücklich auch für Mitbeschuldigte gilt, generell habe erweitern wollen.

Die Vernehmung des Mitbeschuldigten durch den Ermittlungsrichter stelle sich als antizipierter Teil der Hauptverhandlung dar, so dass schon aus Gründen der effektiven Verteidigung (fair-trial-Grundsatz, vgl. Art. 6 I EMRK)

ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten angenommen werden müsse. Schließlich sei auch die Gefahr, dass ein Mitbeschuldigter zum eigenen Vorteil und zu Lasten des anderen Beschuldigten falsch aussage, sehr viel größer als bei einem Zeugen. Mit diesen Argumenten der Literatur ließe sich daher plausibel eine analoge Anwendung des § 168c II StPO bejahen.

Anmerkung: In gleicher Weise, wenn auch in einem obiter dictum („beiläufige Bemerkung“), hat sich das OLG Karlsruhe geäußert.²¹

Der BGH hat sich allerdings mit ausführlicher Begründung gegen eine analoge Anwendung des § 168c II StPO für die vorliegende Konstellation ausgesprochen.²²

Der BGH verneint schon das Vorliegen einer Gesetzeslücke, da dem Gesetzgeber die Vorschrift des § 251 I StPO bei der Schaffung des § 168c II StPO bekannt gewesen sei. Aber auch nach dem Sinn und Zweck der Regelung sei eine Analogie nicht veranlasst, da immer auch das Spannungsverhältnis zwischen den Rechten des Beschuldigten und dem Interesse der Allgemeinheit an der Wahrheitsfindung und einer effektiven Strafverfolgung zu berücksichtigen sei. Bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten bestehe - zumal wenn es sich um die erste Vernehmung handele - typischerweise eine Konfliktsituation und die Gefahr der Beeinträchtigung, Verfälschung und Abstimmung von Aussagen.

Die Literatur wendet hiergegen ein, dass dies kein Argument gegen eine analoge Anwendung des § 168c II StPO generell sei, sondern allenfalls den häufigeren Gebrauch des § 168c III StPO rechtfertige.²³

Gleichwohl hat die Rechtsprechung die besseren Argumente für sich, da die Interessen an einer effektiven Strafrechtspflege insoweit überwiegen. Demzufolge besteht bei der Vernehmung eines Mitbeschuldigten kein Anwesenheitsrecht des anderen Beschuldigten.²⁴

²⁰ Vgl. die Nachweise bei BGH, NJW 1997, 1790 f. = jurisbyhemmer.

²¹ So auch OLG Karlsruhe, StV 1996, 302, 303 = jurisbyhemmer.

²² Vgl. BGHSt 42, 391 = NJW 1997, 1790 = NSTZ 1997, 351 = StV 1997, 234 = jurisbyhemmer. Vgl. hierzu auch OLG Köln, Beschl. v. 10.06.2011 - 2 Ws 313/11; 2 Ws 315/11.

²³ Vgl. Rieß, NSTZ 1997, 353, 354.

²⁴ Andere Ansicht vertretbar.

Klausurenkurs Strafrecht

Klausur 1981 – Lösung - Seite 11

Anmerkung: Für eine gute Klausurbearbeitung genügt es in diesem Zusammenhang bereits, wenn das Problem erkannt wird und Sie sich mit eigenen Argumenten für oder gegen ein Anwesenheitsrecht bei Vernehmung eines Mitbeschuldigten entscheiden.

Frage 2: Entscheidung des Gerichts

Zu prüfen ist, wie das Gericht über den Beweis Antrag der Staatsanwaltschaft, die Ermittlungsrichterin über den Inhalt ihrer richterlichen Vernehmung als Zeugin zu vernehmen, entscheiden wird. Der Umgang mit Beweis anträgen ist wie die Grundsätze der Beweisaufnahme in § 244 StPO geregelt.

Ist die Beweiserhebung zulässig, kann der Antrag vom Gericht grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen des § 244 III S. 3 StPO abgelehnt werden. Ist die Beweiserhebung dagegen unzulässig, muss der Beweis Antrag abgelehnt werden, § 244 III S. 2 StPO. Die Ablehnung erfolgt durch Beschluss des Gerichts, § 244 VI S. 1 StPO.

Anmerkung: Unterscheiden Sie den Beweis Antrag unbedingt vom Beweisermittlungs Antrag. Beim Beweis Antrag müssen ein bestimmtes Beweismittel und eine bestimmte Beweistatsache angegeben werden. Der Gesetzgeber hat den Begriff in § 244 III S. 1 StPO legaldefiniert.

Für das Vorliegen eines Beweis Antrags ist nicht erforderlich, dass der Antragsteller darlegt, weshalb das von ihm benannte Beweismittel trotz gegebenenfalls entgegenstehender Beweisergebnisse die unter Beweis gestellte Tatsache belegen können soll.²⁵

Zu prüfen ist im Folgenden, ob die Vernehmung der Ermittlungsrichterin über die Vernehmung des A ein zulässiges Beweismittel darstellt.

I. Verstoß gegen § 168c V S. 1 StPO

Schließt man sich der teilweise in der Literatur vertretenen Ansicht an, wonach dem Beschuldigten in Analogie zu § 168c II StPO grundsätzlich ein Anwesenheitsrecht bei Vernehmung eines Mitbeschuldigten zustehe, so wäre der M von der Vernehmung des A zu benachrichtigen gewesen, § 168c V S. 1 StPO.

Ein Verstoß hiergegen führt auch nach Auffassung des BGH grundsätzlich zu einem Be-

weisverwertungsverbot: Das Protokoll darf dann weder nach § 251 I StPO verlesen noch darf die Ermittlungsrichterin als Zeugin vernommen werden.²⁶

Da aber nach Ansicht des BGH ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten gerade nicht besteht, musste M von der Vernehmung des A auch nicht benachrichtigt werden. Mangels eines Verstoßes gegen § 168c V S. 1 StPO kommt insoweit kein unselbständiges Beweisverwertungsverbot in Betracht.

Anmerkung: Beachten Sie, dass ein Verstoß gegen § 168c V S. 1 StPO – wie auch bei unterbliebener Belehrung nach § 136 I S. 2 StPO – die Revision nur dann begründet sein kann, wenn der Verteidiger des Angeklagten den Verfahrensverstoß rechtzeitig gerügt hat. Ausführlich zur Widerspruchslösung und dem insoweit bestehenden Streit zwischen dem 5. und dem 2. Strafsenat des BGH vgl. Urteil vom 09.05.2018 – 5 StR 17/18 = Life&LAW 02/2019, 107 ff.

II. Verstoß gegen § 250 S. 2 StPO

Die Vernehmung der Richterin als „Zeugin vom Hörensagen“ könnte den **Unmittelbarkeitsgrundsatz** des § 250 S. 2 StPO verletzen. § 250 S. 2 StPO verbietet aber nur, den Zeugenbeweis durch den Urkundenbeweis zu ersetzen. Ein Anspruch auf das tatnächste Beweismittel lässt sich der Vorschrift dagegen nicht entnehmen.

Der Zeuge vom Hörensagen ist unmittelbarer Zeuge, da er über das von ihm Gehörte berichtet. Die Tatsache, dass er von der Tat „weiter entfernt“ ist als die von ihm vernommene Person, ist ausschließlich beim Beweiswert der Aussage zu berücksichtigen: Die möglichen Fehlerquellen sind hier besonders sorgfältig zu prüfen.

Der Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 S. 2 StPO steht der Vernehmung der Ermittlungsrichterin somit nicht entgegen.

III. Verstoß gegen § 252 StPO

Die Vernehmung der Ermittlungsrichterin könnte aber gegen § 252 StPO verstoßen. Dem A stand als Bruder des Angeklagten ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 I Nr. 3 StPO zu.

²⁵ BGH, Beschluss vom 01.09.2021 – 5 StR 188/21 = Life&LAW 2022, 249 ff. = jurisbyhemmer.

²⁶ Gefestigte Rspr., vgl. BGH, NJW 1997, 1790 = jurisbyhemmer; BGH, NSTZ 1999, 417. Zu den Ausnahmen vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 168c, Rn. 6, 6a.

Klausurenkurs Strafrecht

Klausur 1981 – Lösung - Seite 12

Seinem Wortlaut nach verbietet § 252 StPO allerdings nur die Verlesung von Urkunden. Der BGH entnimmt der Vorschrift aber in ständiger Rechtsprechung²⁷ ein **allgemeines Verwertungsverbot**.

Der Sinn und Zweck des § 252 StPO, nämlich das bei einem Zeugnisverweigerungsrecht typischerweise bestehende Näheverhältnis spezifisch zu schützen, würde vereitelt, wenn statt der Urkundenverlesung einfach der Ermittlungsrichter als Zeuge vom Hörensagen vernommen werden könnte.

Hiervon macht der BGH aber unter engen Voraussetzungen eine Ausnahme: Die Vernehmung einer richterlichen Verhörsperson als Zeuge vom Hörensagen soll ausnahmsweise dann zulässig sein, wenn die betroffene Person damals schon als Zeuge vernommen wurde, ihr zu diesem Zeitpunkt schon ein Zeugnisverweigerungsrecht zustand und sie über dieses auch ordnungsgemäß belehrt wurde.²⁸ Begründet wird dies in erster Linie mit dem größeren Vertrauen, das das Gesetz richterlichen Vernehmungen entgegenbringt.

Anmerkung: Der 2. Senat des BGH vertrat zwischenzeitlich die Auffassung, dass als zusätzliche Voraussetzung für diese Ausnahme der Richter den Zeugen qualifiziert belehren müsse. Der Zeuge müsse hiernach spezifisch darüber belehrt werden, dass der Richter als Zeuge vom Hörensagen in der späteren Hauptverhandlung gehört werden kann.²⁹ Diese Argumentation hat sich in der Rechtsprechung des BGH mittlerweile aber wieder erledigt, nachdem der Große Senat des BGH in seinem Beschluss vom 15.07.2016 – GSSt 1/16 = Life&LAW 04/2017, 255 ff. diesem Ansatz eine Absage erteilte.

Zum Teil wird diese Ausnahme von der Literatur heftig kritisiert. Faktisch werde das Beweisverwertungsverbot des § 252 StPO regelmäßig dadurch ausgehöhlt, dass gerade aufgrund dieser Ausnahme eine richterliche Vernehmung erfolge und damit in vielen Fällen § 252 StPO leer liefe.

Welche Auffassung insoweit vorzugswürdig erscheint, kann vorliegend jedoch offenbleiben. Denn auch wenn der Auffassung der Rechtsprechung gefolgt wird, liegen die ge-

nannten Voraussetzungen für eine Ausnahme bei richterlicher Vernehmung nicht vor.

Zwar wurde A von einer richterlichen Verhörsperson vernommen. Zum Zeitpunkt der Vernehmung war A aber gar nicht Zeuge, sondern wurde als Mitbeschuldigter vernommen. Demzufolge konnte A auch nicht ordnungsgemäß über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt werden.³⁰

Insofern muss es in dem hier vorliegenden Fall dabei bleiben, dass § 252 StPO nicht nur die Verlesung der früheren Aussage, sondern auch die Vernehmung der Ermittlungsrichterin als Zeugin vom Hörensagen verbietet.

Anmerkung: Das Verwertungsverbot des § 252 StPO erstreckt sich auch auf Schriftstücke, die der aussageverweigerungsberechtigte Zeuge bei seiner Vernehmung übergeben und auf die er in seiner Aussage Bezug genommen hat. Solche Schriftstücke werden Bestandteil der Aussage. Gleiches gilt für vom Zeugen bei seiner Vernehmung übergebene Tonbandaufzeichnungen bzw. sonstige Beweisgegenstände. Für die Anwendbarkeit des § 252 StPO ist es hierbei irrelevant, ob der Inhalt des jeweiligen Speichermediums für die Verhörsperson unmittelbar wahrnehmbar ist.³¹

4. Ergebnis

Das Gericht wird den Beweisantrag der Staatsanwaltschaft wegen Unzulässigkeit der Beweiserhebung durch Beschluss ablehnen, vgl. § 244 III S. 2, VI StPO.

²⁷ Grundlegend insofern BGHSt 2, 99.

²⁸ Z.B. BGHSt 32, 25 = jurisbyhemmer.

²⁹ Vgl. BGH, Anfragebeschluss vom 04.06.2014 – 2 StR 656/13 = Life&LAW 02/2015, 104 ff. = jurisbyhemmer.

³⁰ Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 252, Rn. 11.

³¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 23.10.2013 – 1 StR 137/12 = Life&LAW 09/2013, 674 ff.