

## SACHVERHALT

Arturo (A) hat große Pläne für den bevorstehenden Vatertag: Mit seinen Kumpels will er eine gewaltige Fahrradtour in die Berge machen. Mit seinem alten rostigen Rad würde er sich aber nur den Spott der Anderen zuziehen. Schnell ist daher der Plan gefasst: Ein Luxusfahrrad muss her! Allerdings weiß A, dass er vorsichtig sein muss, denn bei einem früheren Unterfangen, sich der Besitz eines Fahrrads zu bringen, ist er erwischt und zu einer (geringen) Geldstrafe verurteilt worden.

Als A eines abends von der Arbeit nach Hause kommt, fällt sein Blick auf ein augenscheinlich brandneues, im Licht der Abendsonne golden glänzendes Mountainbike Marke „Ötzi XXL“, dessen Wert A auf ca. 3500 DM schätzt. Sofort stürzt A zu sich nach Hause in den Keller, um seinen Spezial-Bolzenschneider zu holen, der jedes Fahrradschloss bezwingt. Zurück beim „Ötzi XXL“ legt er den Bolzenschneider fachmännisch am Schloss an, aber – gerade als er loslegen will, stellt A zu seiner Überraschung fest, dass das Schloss überhaupt nicht eingerastet ist. Kaum hat A das Fahrrad wenige Schritte in Richtung auf sein Wohnhaus geschoben, um es in Sicherheit zu bringen, da fällt ihm auf, dass Norbert Natter (N), ein Nachbar, alles hämisch grinsend beobachtet hat. Sofort stellt er das Fahrrad zurück an seine ursprünglichen platz. Er hofft, der N werde niemanden etwas davon sagen.

N wendet sich tags darauf jedoch an die Polizei. Gegen A wird daraufhin ein Strafverfahren eingeleitet. A sucht den befreundeten Rechtsanwalt Dr. Robby Raff-Zahn (R) auf, den er mit seiner Verteidigung betraut. Er offenbart ihm den gesamten Sachverhalt. R rät dem A, sich zunächst keineswegs zur Sache zu äußern. In der Hauptverhandlung solle er dann behaupten, er – der A – habe zur fraglichen Zeit noch im Büro gearbeitet. Vielmehr müsse es der eineiige Zwillingbruder des A – Benito (B) – gewesen sein, den N beim Fahrrad gesehen habe, weil dieser im selben Haus wie A wohne und genau zur fraglichen Zeit nach Hause gekommen sei. Da B nicht einschlägig vorbestraft sei, so R, werde B nicht viel passieren – allenfalls drohe ihm eine Geldstrafe und er sei sich sicher, dass B dies dem A zuliebe gern auf sich nehme. B, dem A alles erzählt, ist tatsächliche einverstanden. Um diese Sachverhaltsvariante glaubwürdig erscheinen zu lassen, geht A – ohne Wissen des R – zu n und fleht diesen an ohne ihn aber näher in seinem Plan einzuweißen – in der Hauptverhandlung auszusagen, er habe die Person am Fahrrad doch nicht exakt erkennen können. N, der mittlerweile Anhänger der indischen Sekte „Nirwana“ geworden ist und nunmehr eine Verurteilung von Menschen durch Menschen strikt ablehnt, bereut ohnehin zutiefst, dass er den A angezeigt hat. Er sagt dem A deshalb zu, er könne auf ihn zählen.

Kurze zeit später folgt N dem Ruf seines „Guru“ und verlebt den Rest seiner Tage erleuchtet, aber unauffindbar auf dem indischen Subkontinent. A bittet daher das befreundete Ehepaar Xavier (X) und Yasmina (Y) auszusagen, sie hätten während eines abendlichen Spaziergangs – den sie tatsächlich am fraglichen Tag unternommen haben – dem B nach Hause kommen sehen. A geht dabei irrtümlich davon aus, X kenne den wahren Sachverhalt, während dieser tatsächlich glaubt, sich daran zu erinnern, den B gesehen zu haben. Y hingegen, von der A annimmt, sie werden aufgrund ihrer Kurzsichtigkeit gutgläubig die Unwahrheit bekunden, hat angesichts ihrer neuen Brille den Sachverhalt richtig erfasst. Den B würde Y sehr gern in Unannehmlichkeiten bringen, da er ihr schon immer äußerst unsympathisch war.

In der Hauptverhandlung behauptet A dann entsprechend dem Vorschlage des R, dass er im Büro gearbeitet habe und sein Bruder B im fraglichen Zeitraum nach Hause gekommen sei. Der B macht dem Rat des R folgend – von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. X und Y bestätigen, dass sie b um fraglichen Zeitpunkt in der Nähe des Tatorts gesehen hätten.

X und Y bleiben unvereidigt. In seinem Schlussplädoyer hebt R hervor, das er die Aussage seines Mandanten A für glaubwürdig und richtig halte.

Gleichwohl wird A auf der Basis der – in der Hauptverhandlung verlesenen – polizeilichen Aussagen des unauffindbaren N zu einer hohen Geldstrafe verurteilt.

**Bearbeitungsvermerk:**

Wie haben sich die Beteiligten strafbar gemacht? Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

## GUTACHTEN

### 1. TATKOMPLEX „Das Fahrrad“

#### *Strafbarkeit des A gem. §§ 242 I, 243 I Nr.2 StGB<sup>1</sup>*

A könnte sich durch das Wegschieben des Fahrrades wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben gem. §§ 242 I, 243 I Nr. 2

#### A. Tatbestandsmäßigkeit

##### I. objektiver Unrechtstatbestand

##### 1.) Tatobjekt

A müsste eine fremde bewegliche Sache einem anderen weggenommen haben gem. § 242 I. Sache im strafrechtlichen Sinne sind alle körperlichen Gegenstände ohne Rücksicht auf ihren wirtschaftlichen Wert<sup>2</sup>. Das Fahrrad ist eine Sache im Sinne des StGB. Das Fahrrad ist weiterhin eine bewegliche Sache und es stand im Eigentum eines anderen, somit war es fremd.

##### 2.) Tathandlung

Schließlich müsste A das Fahrrad weggenommen haben gem. § 242 I. Wegnahme bedeutet den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams<sup>3</sup>.

##### a) Bruch des alten Gewahrsams

Gewahrsam ist die vom Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft<sup>4</sup>. Die tatsächliche Sachherrschaft besteht auch bei vorübergehender räumlicher Trennung, wenn der Herrschaftswille generell vorhanden ist und potentiell gebildet werden kann<sup>5</sup>. Bei einem abgestellten und augenscheinlich abgeschlossenen Fahrrad liegt in der Regel Gewahrsam des Eigentümers vor. Durch das Wegschieben des Rades hat A jedoch den Gewahrsam des Eigentümers gebrochen.

---

<sup>1</sup> Alle § ohne Angaben sind solche des Strafgesetzbuches

<sup>2</sup> Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil 2, Rn. 63

<sup>3</sup> Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil 2, Rn. 71

<sup>4</sup> Tröndle/Fischer, StGB – Kommentar, Fischer, § 242, Rn. 11

<sup>5</sup> Joecks, Studienkommentar zum Strafgesetzbuch, § 242, Rn. 13

## b) Begründung neuen Gewahrsams

Das Wegschieben müsste ferner zur Begründung neuen Gewahrsams geführt haben. Neuer Gewahrsam wird begründet, wenn der Täter die tatsächliche Sachherrschaft derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen und der bisherige Gewahrsamsinhaber nicht mehr auf die Sache einwirken kann, ohne zuvor die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen<sup>6</sup>.

Eine etwaige Beobachtung, in unserem Fall durch den Nachbar N, ändert an der Vollziehung des Gewahrsamswechsels nichts<sup>7</sup>.

aa) Eine Ansicht, die der Kontrektationstheorie folgt, stellt lediglich auf das Berühren der Beute ab<sup>8</sup>. Diese schon sehr veraltete Meinung geht aber unbestritten zu weit. Der Begriff des „Diebstahls“ würde viel zu weit ausgedehnt werden. Allein der Wortlaut der „Wegnahme“ des § 242 I spricht schon gegen das bloße „Berühren“, da dies nach allgemeinem Sprachgebrauch verschiedene Handlungen sind.

bb) Die Ablationstheorie hingegen stellt auf das Fortschaffen der Beute ab. Erst dann ist die Wegnahme vollendet<sup>9</sup>. Nach allgemein herrschender Anschauung ist das Fortschaffen der Beute jedoch kein geeignetes Kriterium für die Begründung neuen Gewahrsams<sup>10</sup>.

cc) Die herrschende Meinung folgt daher der Apprehensionstheorie.

Diese Theorie stellt auf das Ergreifen der Beute ab. Bei kleineren Gegenständen ist dies auch sinnvoll, da es keine intimere Beziehung zur Sache gibt und damit auch die Wiedererlangung des Gewahrsams durch den ursprünglichen Inhaber erschwert wird. Infolgedessen reicht es aus, wenn der Dieb die Sache in seiner Kleidung oder an seinem Körper verbirgt, sei es auch noch in der Herrschaftssphäre des Gewahrsamsinhabers. Dieser müsste dann nämlich in die persönliche Sphäre des Diebes eindringen, um seinen Gewahrsam wiederzuerlangen, was ihm nicht zugemutet werden kann.

Bei schwereren Gegenständen wird neuer Gewahrsam jedoch in der Regel nicht mit dem Ergreifen der Beute begründet. Deshalb nimmt die Apprehensionstheorie bei schwereren Gegenständen Elemente der Ablationstheorie auf, das heißt die Beute muss aus dem Herrschaftsbereich entfernt werden<sup>11</sup>. Schwerere Gegenstände sind große, auffällige, nicht leicht zu verbergende Sachen, die wegen ihrer Beschaffenheit

---

<sup>6</sup> Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, S. 387

<sup>7</sup> BGHSt 16, 274

<sup>8</sup> Maurach/Schröder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, §33 II, Rn. 26

<sup>9</sup> Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil 2, Rn. 110

<sup>10</sup> Tröndle/Fischer, StGB – Kommentar, Fischer, § 242, Rn. 17

<sup>11</sup> Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil 2, Rn. 110/111

oder wegen ihres Gewichts nur schwer zu transportieren sind<sup>12</sup>. Ein Fahrrad ist unzweifelhaft eine solche schwere Sache.

Nach der Rechtsrechnung sind weiterhin zusätzlich die Anschauungen des täglichen Lebens und die Umstände des Einzelfalls bei Frage, wann die tatsächliche Sachherrschaft in oben genannter Weise übergegangen ist, zu berücksichtigen<sup>13</sup>. Beim Diebstahl von Fahrzeugen geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Wegnahme eines Fahrzeugs regelmäßig dann vollendet ist, wenn der Täter damit von dem Platz wegfährt, auf dem es der Gewahrsamsinhaber abgestellt hat<sup>14</sup>.

Schließlich muss man in unserem Fall zu dem Ergebnis kommen, dass A keinen neuen Gewahrsam begründet hat. Er hat das Fahrrad nur weggeschoben und dies auch nur wenige Schritte weit. Dies reicht noch nicht für die Begründung neuen Gewahrsams aus.

Folglich war der Diebstahl nicht vollendet.

**A ist nicht strafbar gem. §§ 242 I, 243 I Nr.2.**

*Strafbarkeit des A gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr.2 Alt. 2, 22, 23 I, 12 I*

A könnte sich jedoch strafbar gemacht haben wegen versuchtem Diebstahl in einem besonders schweren Fall gem. § 242 I, 243 I 2 Nr.2 Alt. 2, 22, 23 I, 12 I.

Der Diebstahl ist nur ein Vergehen. Der Versuch ist dem ungeachtet strafbar gem. § 242 II.

A. Tatbestandsmäßigkeit

I. subjektiver Unrechtstatbestand / Tatentschluß

A hatte sowohl Vorsatz bezüglich des Tatobjekts als auch der Wegnahme. A handelte überdies in Zueignungsabsicht

II. objektiver Unrechtstatbestand

Durch das Wegschieben des Fahrrades setzte A unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an. (s.o.)

B. A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

C. Persönliche Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe

Die Strafe des A könnte ausgeschlossen sein, da er das Fahrrad wieder an den ursprünglichen Platz stellte und somit vom Versuch zurückgetreten sein könnte gem. § 24 I.

---

<sup>12</sup> Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil 2, Rn. 111

<sup>13</sup> vgl. nur BGHSt 16, 273; 23, 255; 41, 205

<sup>14</sup> BGH, NStZ 82, 420

Der Versuch war unbeendet, da der A noch nicht alles getan hat, was nach seiner Vorstellung von der Tat zu ihrer Vollendung unerlässlich war, insbesondere das Wegbringen der Beute in sein Haus. In Betracht käme somit der Rücktritt vom unbeendeten Versuch gem. § 24 I 1 Alt.1. A hätte demgemäss freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgeben haben müssen.

1.) Eine der bekanntesten Ansichten in der Literatur, die versucht die „Freiwilligkeit“ zu definieren ist die „Frank`sche Formel“. Nach ihr ist der Rücktritt freiwillig, wenn der Täter sich sagt: „ich will nicht weiter handeln, selbst wenn ich es könnte“. In allen anderen Fällen soll er unfreiwillig handeln, namentlich dann, wenn er sich sagt: „ich kann nicht weiter handeln, selbst wenn ich es wollte“<sup>15</sup>. Gegen diese Formel wird eingewandt, dass es sich bei dem zweiten Teil um den Fall des fehlgeschlagenen Versuchs handelt. Ferner spricht dagegen, dass diese Formel im konkreten Fall häufig zu Problemen führt, da sie die seelische Momente des Täters auf einen zu simplen Nenner bringt. Insbesondere in Fällen, in denen der Täter durchaus zum Ziel kommen „kann“, aber eben nicht ohne die übergroße Gefahr, den Erfolg der Tat sogleich wieder zu verlieren oder alsbald in die Strafverfolgung zu geraten.

2.) Somit versucht man heute die Freiwilligkeit mit den Begriffen der autonomen und heteronomen Motive zu erklären. Unfreiwillig ist der Rücktritt, wenn er durch heteronome Gründe herbeigeführt wurde, das heißt der die Vollendung hindernde Umstand vom Willen des Täters unabhängig ist. Freiwillig ist der Rücktritt, wenn der Täter sich ohne Veränderung der Sachlage aufgrund innerer Überlegungen zum Rücktritt entschließt, also aus autonomen Gründen<sup>16</sup>. Dieser Ansatz entspricht weitestgehendst auch der Meinung des BGH, der darauf abstellt, ob der Täter durch eine äußerer Zwangslage darin gehindert wird oder durch einen seelischen Druck unfähig wurde, die Tat zu vollbringen, also Herr seiner Entschlüsse bleibt<sup>17</sup>.

3.) Auf Kritik stößt diese Formel allerdings bei Schmidhäuser. Dieser führt aus, dass die Bezeichnungen „heteronome“ bzw. „autonome“ Motive in der philosophischen Ethik die Eigengesetzgebung im sittlichen Bewusstsein bzw. die Fremdbestimmung bezeichnen. Seiner Meinung nach ist diese Terminologie also vorbelastet und sollte daher nicht benutzt werden, insbesondere weil z.B. die Furcht vor Strafe im ethischen Sinne durchaus „heteronom“ ist, gleichwohl aber den strafbefreienden Rücktritt begründen kann<sup>18</sup>. So versucht Schmidhäuser einen anderen psychologischen Ansatz. Er stellt vor allem auf die Lust- und Unlustvorstellung des Täters ab. Er äußert, dass

---

<sup>15</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Rn. 651

<sup>16</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Rn. 652

<sup>17</sup> BGHSt 7, 299; 20, 279

<sup>18</sup> Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 15, Rn. 91

der Täter freiwillig zurücktritt, wenn für ihn das konkrete Vorhaben interessant geblieben ist, und zwar hinsichtlich der Ausführung als solcher und auch im Hinblick auf etwaige, vom Täter erwartete Folgen und er trotzdem zurückgetreten ist. Dies ist also dann gegeben, wenn er seine Wünsche und Interessen, die ihn zur Tat bewogen haben, durch den Verlauf des Geschehens nicht in Frage gestellt sieht. Unfreiwilligkeit andererseits liegt vor, wenn der tatsächliche Plan für ihn hier und jetzt uninteressant geworden ist. Wenn also die Unlustvorstellungen so sehr überwiegen, genauer gesagt aus Gründen, die mit der Ausführung als solcher oder mit der von dieser Ausführung erwarteten speziellen Folge zusammenhängen. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn er wesentliche Nachteile für sich befürchtet<sup>19</sup>.

4.) Roxin schließlich vertritt eine ganz andere Auslegung. Er vertritt den Standpunkt, dass jede psychologische Lösung versagt. Daher entwickelte er die „Lehre der Verbrechervernunft“. Nach dieser handelt man unfreiwillig, wenn man nach der Vernunft „eines hartgesottenen, Risiko und Chancen des konkreten Tatplans kalt abwägenden Delinquenten handelt“<sup>20</sup>. Roxin orientiert sich also an der Strafzwecktheorie. Aber auch hier gibt es erneut Kritiker, die sagen, dass es den *Typ* „Verbrecher“ nicht gibt. Somit müsste der Richter festlegen, ob mit Verbrechervernunft gehandelt wurde oder nicht; ihm stünde also eine völlig selbständige Entscheidung über das Kriterium der Freiwilligkeit zu, was aber nicht tragbar wäre.

5.) In unserem Fall führen alle bis auf die heute gänzlich abgelehnte Frank'sche Formel dazu, dass A unfreiwillig zurückgetreten ist. Die Entdeckung ist ein heteronomes Motiv. Auch die Rechtsprechung aberkennt die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch in den Fällen, in denen sich das mit der Tatbegehung verbundene Risiko für den Täter beträchtlich erhöht, gestellt zu werden und er aus diesem Grunde von der weiteren Ausführung der Tat absieht<sup>21</sup>. Ebenso ist bei Schmidhäuser das Gesehen-Werden bei der Tatbegehung und der darauf folgende Rücktritt unfreiwillig. (s.o.) Schließlich würde auch Roxin das Verhalten nach den Maßstäben der Verbrechervernunft als unfreiwillig kennzeichnen. Folglich kommen alle Theorien zu dem gleichen Ergebnis und eine Entscheidung für eine Theorie muss nicht gefällt werden. Dies wäre wegen der berechtigten Kritik gegenüber jeder Auffassung wohl auch äußerst schwierig. Alles in allem kann man indessen sagen, dass die Meinungen, so ungleich sie auch klingen, einen Grundgedanken innehaben,

---

<sup>19</sup> Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, § 15, Rn. 89/90

<sup>20</sup> Roxin, Heinitz – Festschrift S. 251

<sup>21</sup> BGH, NStZ 93, 279

der sich wie ein Faden durch sie alle durchzieht, und zwar: Freiwillig bedeutet, dass der Täter in die Legalität zurückgekehrt ist!

Demgemäß kann man in unserem Fall nur zu der Lösung kommen, dass A keineswegs in die Legalität zurückgekehrt ist und er somit nicht in den Genuss des Strafaufhebungsgrundes kommt.

**A ist strafbar wegen versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 I.**

D. Bei der Strafzumessung würde ein besonders schwerer Fall berücksichtigt werden, sofern dieser vorliegt gem. § 243.

A könnte einen besonders schweren Fall des Diebstahls erfüllt haben, indem er bei dem Diebstahl den Spezialbolzenschneider einsetzen wollte, um das Schloss aufzubrechen. In Erwägung käme § 243 I 2 Nr.2 Alt. 2. Das Fahrradschloss müsste eine „andere Schutzvorrichtung sein, durch die eine Wegnahme besonders gesichert wird“ gem. § 243 I 2 Nr.2 Alt. 2.

Andere Schutzvorrichtungen sind insbesondere Vorrichtungen, die geeignet sind und bestimmt sind, die Wegnahme einer Sache zu erschweren<sup>22</sup>. Somit fällt ein Fahrradschloss hierunter. Die Merkmale des Regelbeispiels wären somit erfüllt. Man könnte daher von einem besonders schweren Fall ausgehen, da keine besonderen Umstände ersichtlich sind, die den Unrecht- oder den Schuldgehalt der Rechtsverletzung so sehr mindern, dass die indizielle Wirkung des Regelbeispiels erschüttert ist. Das Fahrradschloss war indessen gar nicht eingerastet.

In unserem Fall stellte es also tatsächlich gar keine Schutzvorrichtung dar. A ging jedoch davon aus. Dahingestellt ist nun, wie sein Wille zu beurteilen ist, vor allem in Bezug auf den ebenfalls nur versuchten Diebstahl als Grundtatbestand. Im Gesetz findet sich keine Antwort auf diese Frage.

1.) Eine Anschauung vertritt in der Konstellation des versuchten Diebstahls und einem versuchten Regelbeispiels, das in unserem Fall mit dem Anlegen des Bolzenschneiders gegeben war, die Ansicht, dass der A nur nach §§ 242 II, 22 zu bestrafen ist<sup>23</sup>. Die Regelwirkung tritt folglich nicht bei einem nur angestrebten Regelbeispiel ein.

a) Zum einen wird dies mit dem Wortlaut begründet, der eine vollständige Verwirklichung erfordert. Hervorgehoben wird dabei das Regelbeispiel des

---

<sup>22</sup> Tröndle/Fischer, StGB – Kommentar, *Fischer*, § 243, Rn. 23

<sup>23</sup> Schönke/Schröder, *Eser*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 243 Rn. 44

„Einsteigens“, das nach allgemeiner Auffassung voraussetzt, dass sich der Täter einen Stützpunkt im Inneren des verschlossenen Raums verschafft<sup>24</sup>.

Dieses Argument findet jedoch seine Grenzen in den übrigen Regelbeispielen des § 243 I, bei denen es nicht möglich ist, dass die Tathandlungen als finale, den „Versuch“ materiell umfassende Tätigkeitswörter interpretiert werden. Zudem spricht ein anderes Wortlautargument dagegen. In § 243 I 1 wird insbesondere nur von „dem Diebstahl“ gesprochen und darunter sehr wohl der gesamte § 242 eingeschlossen, also auch der Versuch in § 242 II.

b) Zum anderen wird hervorgehoben, dass gegen die Gleichstellung von versuchtem und vollendetem Regelbeispiel außerdem das Fehlen des Erfolgsunwertes spreche. Es ist nicht die gleiche kriminelle Intensität gegeben, die Anlass für die Anwendung des § 243 ist, sondern vielmehr bleiben Unrecht und Schuld hinter den vertypen Fällen derart zurück, so dass es bei dem Strafraumen des § 242 verbleiben muss. Dies charakterisiert man auch als Gegenschlusswirkung der Regelbeispiele<sup>25</sup>.

c) Schließlich lässt sich eine weitere Begründung aus § 243 II herleiten.

Absatz II verlangt sowohl, dass die Sache objektiv geringwertig war, als auch auf der subjektiven Seite das Wissen des Täters. Entsprechend sollte die subjektive und die objektive Komponente auch bei § 243 I vorliegen, also das Wissen des Täters und die Ausführung<sup>26</sup>.

2.) Die Gegenansicht bejaht jedoch in dem oben genannten Fall das Vorliegen eines versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall.

a) Fundiert wird dies einerseits damit, dass man Regelbeispielen herkömmlich wie Tatbestandsmerkmale behandelt, da sie zumindest tatbestandsähnlich sind. Daher kann man zu dem Schluss kommen, dass der Versuch eines Regelbeispiels dem Versuch eines Tatbestandsmerkmals durchaus gleichzustellen ist und somit auch nach § 23 II nur gemildert werden kann, aber nichtsdestotrotz voll erfüllt ist.

b) Andererseits wird gesagt, dass es schon seit jeher eine Zielvorstellung des Gesetzgebers gewesen ist, den Tatentschluss auch zu bestrafen, da sich in ihm die Grundlage der Schuld des Täters widerspiegelt<sup>27</sup>. Dagegen spricht allerdings, dass die Natur des Regelbeispiels gerade nicht dazu führt, diese wie Tatbestandsmerkmale zu behandeln. Obendrein folglich rein subjektive Absichten nicht ausreichen, denn die Regelbeispiele eröffnen eine vom Gesetzgeber gewollte Indizwirkung. Diese kann aber nur zulässig sein, wenn objektive Umstände für die Verwirklichung des

---

<sup>24</sup> OLG Düsseldorf, NJW 83, 2712

<sup>25</sup> Kadel, JR 85, 386

<sup>26</sup> Lieben, NSTZ 84, 540

<sup>27</sup> BGHSt 33, 370



Regelbeispiels sprechen. Außerdem würde bei einer Gleichbehandlung von Tatbestandsmerkmalen und Regelbeispielen der Wille des Gesetzgebers, diese mit weitreichenden Konsequenzen voneinander zu unterscheiden, so z.B. in § 12 III, außer Kraft gesetzt werden.

Dies wäre daher eine nach Art. 103 II GG verbotenen Analogie zu Ungunsten des Täters<sup>28</sup>.

3.) Im Ganzen sprechen für die erstgenannte Auffassung die einleuchtenderen Argumente. Man muss somit zu dem Schluss kommen, dass die Regelwirkung bei einem nur versuchten Regelbeispiel nicht eintritt.

**A ist nicht strafbar gem. §§ 242, 243 I 2 Nr. 2 Alt. 2, 22, 23 I, 12 I.**

4.) Bei der Strafzumessung kann aber das Vorleben des Täters, insbesondere der Punkt, dass der A ein Wiederholungstäter ist berücksichtigt werden gem. § 46 II 2. Vorstrafen spielen dabei eine große Rolle<sup>29</sup> Bei Vermögensdelikten ist weiterhin die Höhe des angerichteten Schadens von entscheidendem Gewicht<sup>30</sup>, in unserem Fall also der Wert des Rades.

***Strafbarkeit des A gem. §§ 248 b I, II, 22, 23 I, 12 I***

Eine Strafbarkeit wegen unbefugtem Gebrauch eines Fahrrades gem. § 248 b ist nicht gegeben, da die Tatbestandsvoraussetzung „Ingebrauchnahme“ durch das alleinige Schieben eines Fahrrades nicht erfüllt wird<sup>31</sup>. Gem. § 248 b II ist der Versuch auch strafbar. Dieser kann schon beim Befassen mit Sicherungseinrichtung eines Fahrrades und ähnlichen Handlungen vorliegen<sup>32</sup>. In unserem Fall, da der A schon begonnen hat das Fahrrad wegzuschieben, ist der Versuch gegeben.

**A ist strafbar wegen versuchtem unbefugtem Gebrauch eines Fahrzeugs gem. §§ 248 b I, II, 22, 23 I, 12 I.**

Der Strafantrag gem. § 248 b III ist gestellt.

***Strafbarkeit des A gem. §§ 303 I, II, 22, 23 I, 12 I***

A könnte sich durch das Benutzen des Bolzenschneiders wegen versuchter Sachbeschädigung an dem Fahrradschloss strafbar gemacht haben.

A wollte das Fahrradschloss aufbrechen bzw. beschädigen. Er setzte auch unmittelbar an.

---

<sup>28</sup> BGH, JR 89, 201

<sup>29</sup> Schönke/Schröder, *Stree*, § 46, Rn. 31

<sup>30</sup> Schönke/Schröder, *Stree*, § 46, Rn. 19

<sup>31</sup> Leipziger Kommentar zum StGB, *Ruß*, §248 b, Rn. 3

<sup>32</sup> Leipziger Kommentar zum StGB, *Ruß*, §248 b, Rn. 10

Er könnte aber auch hier wieder zurückgetreten sein vom Versuch gem. § 24 I.

In unserem Fall könnte jedoch ein fehlgeschlagener Versuch vorliegen. Ein fehlgeschlagener Versuch ist ein Versuch, den man nicht weiterführen und daher auch nicht mehr aufgeben kann, somit ist er gegeben, wenn der Täter sich sagt: „Ich kann nicht zum Ziel kommen, selbst wenn ich es wollte“<sup>33</sup>. Wie oben erwähnt bezeichnet die „Frank`sche Formel“ demnach in Wirklichkeit den fehlgeschlagenen Versuch. Ein Fehlschlag liegt auch dann vor, wenn die Tatbestandserfüllung durchaus noch möglich wäre, der damit verfolgte Zweck jedoch verfehlt würde<sup>34</sup>. Dies wird als „Fehlschlag bei sinnlos gewordenem Tatplan“ bezeichnet. Das ist vor allem da der Fall, wo das Tatobjekt infolge von Artverkennung dem Tatplan nicht entspricht<sup>35</sup>. In unserem Fall verkannte A, dass ein offenes Schloss vorlag und somit kein Hindernis zur Wegnahme. Er könnte das Schloss zwar noch beschädigen, dies würde aber den verfolgten Zweck – Vernichtung des Hindernisses – verfehlen. Es liegt somit ein fehlgeschlagener Versuch vor.

Der fehlgeschlagene Versuch wird nicht vom Anwendungsbereich des § 24 erfasst<sup>36</sup>.

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**A ist strafbar wegen versuchter Sachbeschädigung gem. §§ 303 I, II, 22, 23 I, 12 I.**

Der Strafantrag gem. § 303 c ist gestellt.

*Konkurrenzen:* 1.) § 248 b ist subsidiär gegenüber §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 I.

2.) § 303 tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter § 242 zurück, wenn der Täter auch wegen eines besonders schweren Falls gem. § 243 verurteilt wird<sup>37</sup>. Dies lag nicht vor (s.o.). Die versuchte Sachbeschädigung gem. §§ 303 I, II, 22, 23 I, 12 I steht somit in Tateinheit zum versuchten Diebstahl gem. §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 I. Es kommt hierbei nicht zum Tragen, dass der Diebstahl nur versucht ist.

## 2. TATKOMPLEX „Der Prozess“

### Strafbarkeit der Y

#### ***Strafbarkeit der Y gem. § 164 I***

Y könnte sich durch ihre Aussage in der Hauptverhandlung strafbar gemacht haben wegen einer falscher Verdächtigung gem. § 164 I.

#### I. Tatbestandmäßigkeit

---

<sup>33</sup> Roxin, JUS 81, 3,4

<sup>34</sup> Leipziger Kommentar zum StGB, Vogler, § 24, Rn. 30

<sup>35</sup> Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, Eser, § 24, Rn.11

<sup>36</sup> Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Rn. 628

<sup>37</sup> Schönke/Schröder, Eser, § 243, Rn. 59

### 1.) objektiver Unrechtstatbestand

a) Y müsste einen anderen einer rechtswidrigen Tat oder einer Dienstpflichtverletzung verdächtigt haben gem. § 164 I.

Y sagte aus, dass der B in dem fraglichen Zeitraum nach Hause gekommen sei, dieser also das Fahrrad entwenden wollte. Y bezichtigte demnach den B des versuchten Diebstahls bzw. eine rechtswidrige Tat gem. § 11 I Nr. 5 (s.o.) begangen zu haben.

Verdächtigen ist jedes Erregen, Bestärken oder Umlenken eines Verdachts<sup>38</sup>. Nach der h.M. reicht schon die Schaffung einer verdächtigen Beweislage aus<sup>39</sup>.

Die Verdächtigung muss ferner falsch sein, was aus der gesetzlichen Überschrift und den Worten „wider besseren Wissens“ folgt. Die Aussage der Y gegen den B war im konkreten Fall geeignet, eine strafrechtliche Reaktion herbeizuführen. Sie war überdies falsch. Ob die Irreführung der Strafverfolgungsorgane tatsächlich gelingt oder nicht, spielt für die Tatvollendung keine Rolle<sup>40</sup>.

b) Die falsche Verdächtigung müsste bei einer Behörde oder einem zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Amtsträger oder militärischem Vorgesetzten oder öffentlich erfolgen. Gerichte fallen wegen § 11 I Nr. 7 unter die Behörde im Sinne des § 164 I.

### 2.) subjektiver Unrechtstatbestand

Y handelte vorsätzlich. Darüber hinaus handelte sie „wider besseren Wissens“ im Sinne von § 164 I, da sie den Sachverhalt richtig erfasst hatte und wusste, dass der A der Täter war. Schließlich handelte sie wohl auch in der Absicht, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen B herbeizuführen oder fort dauern zu lassen gem. § 164 I, da sie in der Absicht handelte, dem B Unannehmlichkeiten zu bereiten.

## II. Rechtswidrigkeit

Y müsste ferner rechtswidrig gehandelt haben.

1.) Die Einwilligung des B, den Verdacht auf sich zu lenken, könnte jedoch die Rechtswidrigkeit ausschließen. Wirksam einwilligen kann nur derjenige, der über das geschützte Rechtsgut disponieren darf<sup>41</sup>. Somit muss das von § 164 geschützte Rechtsgut bestimmt werden.

a) § 164 müsste den Verdächtigen schützen, anderenfalls wäre die Einwilligung des B unbeachtlich.

---

<sup>38</sup> Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil 1, Rn. 692

<sup>39</sup> Krey, Strafrecht, Besonderer Teil 1, § 8, Rn. 591

<sup>40</sup> Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil 1, Rn. 702

<sup>41</sup> Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil 1, Rn. 702

aa) Zum einen deutet der Wortlaut darauf hin, da § 164 von „einem anderen“ und „Verfahren... gegen ihn“ spricht. Diese Formulierung wäre unerklärlich, wenn § 164 lediglich um die Rechtspflege ginge, denn die ist auch beeinträchtigt, wenn man ein Verfahren gegen sich selber oder gegen Unbekannte initiiert.

bb) Zum anderen spricht das Argument der Systematik dafür.

§ 165 spricht von den „Anderen“ des § 164 als die „Verletzten“.

Ebenfalls deutet die in § 165 genannte Möglichkeit der Urteilspublikation, die sonst nur bei den Beleidigungsdelikten (s. § 200) vorgesehen ist, auf einen Individualschutz hin<sup>42</sup>.

cc) Schließlich hat § 164 lediglich dann eine Existenzberechtigung neben § 145 d, wenn er noch etwas anderes schützt als die dort geschützte Rechtspflege.

Somit kann man zu dem Ergebnis kommen, dass § 164 den Verdächtigen schützt.

b) Die insbesondere von Vormbaum vertretene Individualtheorie geht davon aus, dass nur der Verdächtige geschützt wird<sup>43</sup>. Diese Theorie überzeugt jedoch nicht, da für die Fälle des § 164 I und II dieselbe Strafe vorgesehen ist. Die Verdächtigung einer Straftat kann dessen ungeachtet gegen den Denunzierten ungleich schwerer wiegen als die Verdächtigung einer Ordnungswidrigkeit<sup>44</sup>. Ferner spricht gegen die Individualtheorie, dass sie zur Folge habe, dass die Beeinträchtigung der Strafrechtspflege gem. § 164 indessen nicht strafrechtlich geschützt sei. Wollte man aber, um dieses Ergebnis zu vermeiden Idealkonkurrenz zwischen beiden Vorschriften annehmen, laufe die Subsidiaritätsklausel in § 145 d leer<sup>45</sup>. (s.auch a, cc)

c) Eine Einwilligung würde aber möglicherweise nicht für die Rechtfertigung genügen, wenn § 164 auch die Rechtspflege schützen würde.

§ 145 d I enthält eine Subsidiaritätsklausel gegenüber den § 164. Daraus folgt, dass das in § 145 d enthaltenen Unrecht auch in § 164 einbezogen ist. Dies ist ein verwandtes Verhältnis wie bei den §§ 315 c, 316. Die Rechtspflege Theorie, der auch schon das Reichsgericht gefolgt ist<sup>46</sup>, geht weiterhin davon aus, dass *nur* die staatliche Rechtspflege geschützt wird und der Schutz des einzelnen nur ein Reflex davon sei<sup>47</sup>. Hiergegen spricht jedoch schon, dass § 165 dem Verletzten ein Antragsrecht gewährt. Bei der Annahme eines bloßen Rechtspflegedelikts kann § 165 nicht erklärt werden, da ein „bloßer Schutzreflex“ den dann nur mittelbar Betroffenen hier ebenso

---

<sup>42</sup> Maurach/Schröder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 2, § 99 I, Rn.5

<sup>43</sup> Vormbaum, Strafrechtlicher Schutz des Strafurteils, S. 449 - 459

<sup>44</sup> Schönke/Schröder, *Lenckner*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 164 Rn.2

<sup>45</sup> Langer, Die falsche Verdächtigung. Ein Beitrag zur Strafrechtsreform

<sup>46</sup> RG 23, 373; 29,54; 59, 35; 60, 317

<sup>47</sup> Rudolphi/Horn/Günther, *Rudolphi*, SK-StGB, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 164, Rn. 1f

wenig zum „Verletzten“ macht wie sonst nach § 77<sup>48</sup>. Das Ergebnis der Rechtspflegelehre wird zudem in Frage gestellt, da ihr folgend Verdächtigungen gegenüber ausländischen Stellen nicht genügen würden, denn nur die innerstaatliche Rechtspflege fällt unter das Gemeinschaftsrechtsgut „Rechtspflege“<sup>49</sup>.

Folglich ist das geschützte Rechtsgut des § 164 sowohl der Schutz des Verdächtigen, als auch die Rechtspflege.

d) Nun aber stellt sich die Frage, ob der Verdächtige und die Rechtspflege nur kumulativ – vertreten durch die Kumulationstheorie – oder auch alternativ – Alternativitätstheorie – geschützt werden.

aa) Für die Alternativitätstheorie soll zum einen auf der Rechtsfolgenreihe sprechen, dass nur bei ihr der Tatbestand angenommen werden kann, der eine Verdächtigung vor einer ausländischen Behörde beinhaltet<sup>50</sup> (s.auch o.). Ganz anders sieht dieses jedoch Rudolphi. Er hält dieses Ergebnis für regelwidrig, da es gegen den Sinn und Zweck verstoße<sup>51</sup>. Im Grunde genommen ist diese Argumentation von beiden Seiten jedoch untragbar. Die Auslegung kann zu dem einen oder dem anderen Ergebnis führen. In so einem Fall darf man aber nicht eine Vorschrift anders auslegen, nur weil das Ergebnis erstrebenswert ist. Dies wäre „teleologische Auslegung“ der untersten Kategorie.

Gegen die Kumulationstheorie – also für die Alternativitätstheorie – soll weiterhin sprechen, dass bei Einwilligung des Verdächtigen keine Strafbarkeit gegeben wäre und man somit nur § 145 d bzw. bei Ordnungswidrigkeiten Straflosigkeit zur Folge hätte<sup>52</sup>. Dieses Ergebnis ist nicht so abwegig, dass man daraus ein Argument gegen die Alternativitätstheorie schmieden könnte. Gerade die Systematik spricht doch für eine Straflosigkeit beim Vortäuschen einer Ordnungswidrigkeit wie § 145 d zeigt. Denn dort hat der Gesetzgeber seinen Willen offenbart, nur Strafrechtspflege und nicht Bußgeldrechtspflege zu schützen.

bb) Für die Kumulationstheorie spricht indessen der Wortlaut des § 164 I, der die Tatbestandsmerkmale „einen anderen“ und „bei einer Behörde“ kumulativ darstellt. In der Folge spricht auch der normtheoretische Gesichtspunkt für die Kumulationstheorie. Ein Tatbestand setzt sich aus seinen Tatbestandsmerkmalen zusammen und gleichermaßen setzt sich das Gesamtunrecht aus dem, in den jeweiligen Tatbestandsmerkmalen umschriebenem Unrecht zusammen. Dies ist z.B.

---

<sup>48</sup> Schönke/Schröder, *Lenckner*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 164 Rn.2

<sup>49</sup> Hirsch, ZStW 89, 939

<sup>50</sup> Schönke/Schröder, *Lenckner*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 164 Rn.1

<sup>51</sup> Rudolphi/Horn/Günther, *Rudolphi*, SK-StGB, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 164, Rn. 2

<sup>52</sup> Rudolphi/Horn/Günther, *Rudolphi*, SK-StGB, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 164, Rn. 2

bei § 242 der Fall. Die Zustimmung des Eigentümers annulliert das Unrecht, das sich aus dem Tatbestandsmerkmal „fremd“ ergibt und die Zustimmung des Gewahrsamsinhabers lässt das Merkmal „wegnehmen“ entfallen.

Und so ist es auch in § 164. Wenn das in dem Tatbestandsmerkmal „einen anderer“ enthaltene Unrecht wegen der Einwilligung des Verdächtigen wegfällt, so fehlt ein Stück vom Gesamtunrecht und die Strafbarkeit muss ausgeschlossen werden.

Alles in allem muss man also sagen, dass der Kumulationstheorie der Vorrang einzuräumen ist. Die Einwilligung des B rechtfertigt somit die falsche Verdächtigung. Die Y hat diese Einwilligung wohl auch durchschaut. Dabei spielt es nach der herrschenden Meinung keine Rolle, dass ihre Motive für die Tat nicht aus der Einwilligung des B herrührten, sondern aus Bosheit.

**Y ist nicht strafbar gem. § 164 I.**

### ***Strafbarkeit der Y gem. § 153***

Y könnte sich durch die Aussage im Prozess wegen einer falschen uneidlichen Aussage gem. § 153 strafbar gemacht haben.

Y hat eine falsche Aussage gemacht haben gem. § 153. Ob die Aussage falsch ist, ist hier nicht zu prüfen, da sie nach allen möglichen Theorien falsch ist.

Y trat auch als Zeuge vor einem Gericht auf i.S.v. § 153. (s.o.)

Y handelte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft. Entschuldigungsgründe kommen nicht in Erwägung.

**Y hat sich strafbar gemacht gem. § 153.**

### ***Strafbarkeit der Y gem. §§ 258 I, IV, 22, 23 I***

Y könnte sich zudem durch ihre Aussage strafbar gemacht haben wegen einer versuchten Strafvereitelung gem. §§ 258 I, IV.

§ 258 ist ein Erfolgsdelikt. Erfolg ist die Vereitelung des staatlichen Strafanspruchs<sup>53</sup>.

Der A wurde verurteilt. Der Erfolg ist somit nicht eingetreten. Es kommt nur der Versuch in Betracht. § 258 ist ein Vergehen gem. § 12 II, aber der Versuch ist strafbar gem. § 258 IV.

I. Tatbestandsmäßigkeit

1.) subjektiver Unrechtstatbestand / Tatentschluss

Y handelte vorsätzlich und in der Absicht durch ihre Tat einen Vereitelungserfolg zu erzielen.

2.) objektiver Unrechtstatbestand

---

<sup>53</sup> Joecks, Studienkommentar zum Strafgesetzbuch, § 258, Rn. 2

Durch ihre Aussage setzte sie auch unmittelbar zur Tat an. Die Vortat war eine rechtswidrige Tat. (s.o.)

II. Y handelte rechtswidrig und schuldhaft. Persönliche Strafausschließungsgründe gem. §§ 258 V, VI kommen für sie nicht in Betracht.

**Y hat sich strafbar gemacht wegen versuchter Strafvereitelung gem. §§ 258 I, IV, 22, 23 I.**

#### ***Strafbarkeit der Y gem. § 187***

Y hat durch die indirekte Beschuldigung des B den Tatbestand der Verleumdung erfüllt. Ihre Aussage war dazu geeignet, den Betroffenen B verächtlich zu machen, da sie ihn als Dieb in der Öffentlichkeit hinstellte. Y erfüllte weiterhin den qualifizierten Tatbestand der Verleumdung, da sie die Tat in einer Versammlung beging. Y war jedoch auch hier durch die Einwilligung des B gerechtfertigt<sup>54</sup>.

**Y hat sich nicht strafbar gemacht wegen Verleumdung gem. § 187.**

*Konkurrenzen:* 1.) § 145 d tritt wegen der Subsidiaritätsklausel hinter den §§ 258 I, IV, 22, 23 I zurück. Es reicht hier schon die versuchte Strafvereitelung aus, dass die Subsidiaritätsklausel in Kraft tritt<sup>55</sup>.

2.) Idealkonkurrenz ist gegeben zwischen dem §§ 258 I, IV, 22, 23 I und § 153, sowie § 164 I. Die Sperrwirkung des § 154 tritt nicht ein, da die Aussage uneidlich war.

#### Strafbarkeit des X

#### ***Strafbarkeit des X gem. § 153***

X könnte sich strafbar gemacht haben durch seine Aussage in der Verhandlung wegen einer falschen uneidlichen Aussage gem. § 153 StGB.

##### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1.) objektiver Unrechtstatbestand

X sagte vor Gericht als Zeuge aus. (vgl. o.) Weiterhin müsste X falsch ausgesagt haben. Dahingestellt ist, wonach sich die Falschheit der Aussage beurteilt.

a) Die subjektive Theorie geht davon aus, dass eine Aussage falsch ist, wenn sie dem Vorstellungsbild und Wissen des Aussagenden widerspreche.

Gegen diese Theorie spricht allerdings, dass der Anwendungsbereich der §§ 160, 163 stark begrenzt wird. Dieser würde sich dann nur noch auf seltene Hör- und Erklärungsirrtümer beziehen und die zahlreichen Inhaltsirrtümer außer Acht lassen.

---

<sup>54</sup> Schönke/Schröder, *Lenckner*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 187, Rn. 6

<sup>55</sup> Schönke/Schröder, *Stree*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 145 d, Rn. 26

Solch eine starke Beschränkung oder vielmehr beinahe Nutzlosigkeit der §§ 160, 163 darf man aber dem Gesetzgeber nicht unterstellen<sup>56</sup>.

b) Ferner wird die Pflichttheorie in der Literatur vertreten, die die subjektive Theorie dahingehend modifiziert, dass eine Aussage falsch ist, wenn der Aussagende seine prozessuale Wahrheitspflicht verletzt, d.h. wenn seine Aussage nicht das Wissen wiedergibt, das er bei kritischer Prüfung seines Erinnerungs- bzw. Wahrnehmungsvermögens hätte reproduzieren können<sup>57</sup>. Systematisch lässt sich der Pflichttheorie entgegenbringen, dass § 163 die Tatbestandsmerkmale „falsch“ und die Sorgfaltspflichtwidrigkeit („aus Fahrlässigkeit“) trennt und ihnen somit einen unterschiedlichen Sinn gibt. Es ist also denkbar, sorgfaltspflichtgemäß falsch auszusagen. Ebenso differenziert die Eidesformel gem. § 66 c StPO zwischen der „Wahrheit“ und dem „besten Wissen“.

Ein weiteres Argument entgegen der Pflichttheorie kann man aus dem § 160 herleiten. Nach ihr wäre jemand nicht strafbar gem. § 160, wenn er es bewerkstelligt, den Vordermann so zu manipulieren, dass dieser ungeachtet aller Sorgfalt falsch aussagt. Bei geringerer Beeinflussung und erfüllter Sorgfaltspflicht käme allerdings eine Bestrafung gem. § 160 in Betracht.

c) Die objektive Theorie vertritt schließlich den Standpunkt, dass eine Aussage falsch ist, wenn sie mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt<sup>58</sup>. Das Gesetz geht von dieser Theorie aus. Das ergibt sich aus § 160, wonach einen falschen Eid leistet, wer Wahres zu beschwören glaubt<sup>59</sup>. Auch der natürliche Sprachgebrauch des Wortes „falsch“ deutet auf die objektive Theorie hin bzw. darauf, dass das Ausgesagte an der Realität zu messen ist.

Anzufügen ist ferner, dass die objektive Theorie auch „innere Tatsachen“ zum Gegenstand einer Aussage macht. Das Fehlen dieses Punktes wird der objektiven Ansicht dennoch oft vorgeworfen. Z.B. wenn jemand im Prozess aussagt: „Ich bin der Meinung, an der bestimmten Stelle standen keine Verkehrsschilder“, dann ist die Aussage wahr, wenn der Aussagende tatsächlich dieser Meinung ist. Falls er jedoch sagt: „An der bestimmten Stelle standen keine Verkehrsschilder“, dann ist die Aussage nur wahr, wenn dort keine Schilder standen<sup>60</sup>.

Kritiker der Theorie denken, dass diese Interpretation zu einer uferlosen Strafbarkeit wegen fahrlässigen Falscheides führe. Bei einer methodisch überlegten Auslegung

---

<sup>56</sup> Tröndle/Fischer, StGB – Kommentar, *Fischer*, Vor. § 153, Rn. 5

<sup>57</sup> Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil 1, Rn. 744

<sup>58</sup> Wessels/Hettinger, Strafrecht, Besonderer Teil 1, Rn. 742

<sup>59</sup> Tröndle/Fischer, StGB – Kommentar, *Fischer*, Vor. § 153, Rn. 5

<sup>60</sup> *Wolf*, JUS 91, 180



sind diese Problem der Aussagedelikte jedoch dogmatisch einwandfrei zu lösen, ohne dass man zu irgendwelchen Notlösungen greifen müsste<sup>61</sup>.

Somit sprechen die überzeugendsten Argumente für die objektive Theorie, die auch vom RG und dem BGH vertreten wird<sup>62</sup>.

Der objektiven Theorie folgend, hat X somit falsch ausgesagt.

2.) Außerdem müsste X vorsätzlich gehandelt haben. Der X glaubte aber tatsächlich daran, den B gesehen zu haben. X handelte somit ohne Vorsatz.

### **X ist nicht strafbar gem. § 153.**

Da X nicht vereidigt wurde, kommt § 154 nicht in Betracht.

Eine fahrlässige Falschaussage ist im Gegensatz zu dem fahrlässigen Falscheid (§ 163) nicht strafbar.

### Strafbarkeit des B

#### ***Strafbarkeit des B gem. §§ 258 I, IV, 22, 23 I, 13***

B könnte sich durch seine Zeugnisverweigerung wegen versuchter Strafvereitelung durch Unterlassen strafbar gemacht haben gem. §§ 258 I, IV, 22, 23 I, 13

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1.) subjektiver Unrechtstatbestand / Tatentschluss

B handelte vorsätzlich und in der Absicht, die Strafverfolgung seines Bruders zu vereiteln.

##### 2.) objektiver Unrechtstatbestand

Die Vortat war eine rechtswidrige und schuldhafte Straftat. (s.o.)

a) B müsste daneben zu der Vereitelungshandlung unmittelbar angesetzt haben. Auch ein Unterlassen kann den Tatbestand der Verfolgungsvereitelung erfüllen<sup>63</sup>. Fraglich ist, wo bei unechten Unterlassungsdelikten der Versuchsbeginn anzusetzen ist. Nach herrschender Meinung beginnt der Versuch mit dem Beginn der Pflichtverletzung bzw. wo zur Abwendung einer dem Schutzgut drohenden Gefahr ein Eingreifen erforderlich wird und nicht, wie es von einer Mindermeinung vertreten wird, wenn ein Eingreifen möglich ist<sup>64</sup>. In Betracht käme somit die Zeugnisverweigerung des B.

b) B müsste allerdings eine Pflicht zum Handeln gehabt haben.

aa) Die Pflicht des Zeugen zur Aussage im Strafprozess dient der Strafverfolgung und ist damit Garantenpflicht im Sinne von § 13<sup>65</sup>. Es kann dabei nicht der

---

<sup>61</sup> Wolf, JUS 91, 184

<sup>62</sup> RG 76, 96; BGHSt 7, 148

<sup>63</sup> Schönke/Schröder, *Stree*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 258, Rn.19

<sup>64</sup> Schönke/Schröder, *Eser*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, vor § 22, Rn.27

<sup>65</sup> Rudolphi/Horn/Günther, *Samson*, SK-StGB, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 258, Rn. 46

Mindermeinung gefolgt werden, die die Zeugnispflicht nur für eine allgemeine Bürgerpflicht hält<sup>66</sup>.

Dem B steht jedoch ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 I Nr. 3 StPO zu, da er der Bruder des A ist und somit in der Seitenlinie 2. Grades mit ihm verwandt ist gem. § 1589 S. 2/3 BGB.

bb) Eine Garantenpflicht könnte sich jedoch aus dem Vorverhalten des B ergeben, und zwar der Zusage des B, die Schuld auf sich zu nehmen. Ingerenzgarant ist auf jeden Fall, wer durch ein vorwerfbares pflichtwidriges Tun die nahe Gefahr eines Schadenseintritts für Rechtsgüter Dritter geschaffen hat<sup>67</sup>. In unserem Fall hat der B durch seine vorwerfbare und pflichtwidrige Verabredung mit seinem Bruder eine Gefahr für die Rechtspflege, das geschützte Rechtsgut des § 258, geschaffen. Die Verabredung ist zwar nicht strafbar, da sie nur eine straflose Verabredung zu einem Vergehen darstellt, aber dennoch pflichtwidrig und vorwerfbar.

B hatte somit eine Garantenstellung gem. § 13.

c) Ferner muss man auch eine hypothetische Kausalität annehmen. Ohne die Zustimmung des B und dessen Zeugnisverweigerung hätte der A höchstwahrscheinlich seinen Plan aufgegeben.

II. B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**B hat sich strafbar gemacht wegen versuchter Strafvereitelung durch Unterlassen gem. §§ 258 I, IV, 22, 23 I, 13.**

III. B ist als Angehöriger (s.o.) jedoch straffrei gem. § 258 IV.

### ***Strafbarkeit des B gem. §§ 145 d, 13***

B könnte sich durch seine Verweigerung als Zeuge auszusagen wegen Vortäuschen einer Straftat durch Unterlassen strafbar gemacht haben gem. §§ 145 d, 13.

Der tatbestandliche Erfolg ist eingetreten, da eine Behörde über eine rechtswidrige Tat getäuscht wurde(s.o.). Dies kann auch durch ein Unterlassen geschehen<sup>68</sup> B hatte als Zeuge die Möglichkeit, dies abzuwenden, aber er verweigerte seine Zeugenaussage. B hatte wie oben ausgeführt eine Garantenstellung. (s.o.). B handelte außerdem vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

**B ist strafbar wegen dem Vortäuschen einer Straftat gem. §§ 145 d, 13**

---

<sup>66</sup> BGE 106, IV 278

<sup>67</sup> Joecks, Studienkommentar zum Strafgesetzbuch, § 13, Rn. 40

<sup>68</sup> Schönke/Schröder, *Stree/Sternberg-Lieben*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 145 d, Rn.6

§ 164 kommt nicht in Betracht, da die Verdächtigung sich gegen einen noch lebenden Dritten richten muss und somit die falsche Selbstbezichtigung nicht unter § 164 fällt<sup>69</sup>.

*Konkurrenzen:* Möglicherweise tritt § 145 d jedoch wegen seiner Subsidiaritätsklausel hinter § 258 zurück, obwohl B aus diesem straffrei hervorgeht. Nach ganz herrschender Meinung werden die Wörter „mit Strafe bedroht“ letztlich im Sinne von „Strafe verwirkt“ verstanden<sup>70</sup>. Demnach bleibt § 145d anwendbar, wenn die Bestrafung des B daran scheitert, dass er einen Angehörigen begünstigt.

#### Strafbarkeit des A

##### ***Strafbarkeit des A gem. § 164 I***

A verdächtigte einen anderen einer rechtswidrigen Tat, indem er behauptete, der B sei zu der fraglichen Zeit nach Hause gekommen. (s.o.) Die Verdächtigung war ferner falsch und erfolgte vor einer Behörde in Sicht des § 164 I. (s.o.) A erfüllte weiterhin den subjektiven Tatbestand.

A könnte durch sein Recht zur Selbstbegünstigung gerechtfertigt sein. Dieses greift aber ausschließlich in den Fällen, in denen der Angeklagte leugnet, die Tat begangen zu haben<sup>71</sup>. A beschränkte sich jedoch nicht auf bloßes Leugnen.

Er war aber durch die Einwilligung seines Bruders gerechtfertigt. (s.o.)

**A ist nicht strafbar wegen einer falschen Verdächtigung gem. § 164 I.**

##### ***Strafbarkeit des A gem. § 145 d***

A hat sich durch seine Aussage „der B sein in dem fraglichen Zeitpunkt nach Hause gekommen“ eine Behörde über das Vorliegen einer rechtswidrigen Tat getäuscht.

A handelte ferner vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

A hat sich durch seine Aussage im Prozess strafbar gemacht gem. § 145 d.

A hat sich schließlich strafbar gemacht wegen Anstiftung des B zur versuchten Strafvereitelung durch Unterlassen gem. §§ 258 I, IV, 22, 23 I, 13, 26 und wegen Anstiftung zum Vortäuschen einer Straftat gem. §§ 145 d, 13, 26. Die Strafbarkeit wegen Anstiftung zur versuchten Strafvereitelung durch Unterlassen ist jedoch nicht strafbar, da A sie zu seinen Gunsten begangen hat. Somit steht ihm der Strafausschließungsgrund des § 258 V zu, der sowohl dem Wortlaut als auch dem

---

<sup>69</sup> Tröndle/Fischer, StGB – Kommentar, *Fischer*, § 164, Rn. 7

<sup>70</sup> Joecks, Studienkommentar zum Strafgesetzbuch, § 145d, Rn. 28

<sup>71</sup> Krey, Strafrecht, Besonderer Teil 1, § 8, Rn. 599

Sinn und Zweck folgend die Teilnahme des Vortäters an der Strafvereitelung erfasst<sup>72</sup>. Eine erweiterte Wirkung des § 258 V auch auf § 145 d ist zu verneinen<sup>73</sup>.

Eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung gem. § 258 I entfällt, da diese dem Wortlaut nach „einen anderen“ verlangt.

Eine Strafbarkeit wegen Verleumdung des B gem. § 187 entfällt aufgrund der Einwilligung des B. (s.o.)

#### Beteiligung des A an den Taten der Y

Anstiftung zu §§ 153, 164, 258 entfällt, da A die Y für gutgläubig hielt. Ihm fehlt somit der Anstiftungsvorsatz gem. § 26.

#### **Strafbarkeit des A gem. § 160**

A könnte sich durch die Bitten an die Y, für ihn falsch auszusagen, wegen Verleitung zur Falschaussage strafbar gemacht haben gem. § 160.

##### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1.) objektiver Unrechtstatbestand

A müsste die Y verleitet haben, eine falsche uneidliche Aussage abzugeben.

Verleiten ist jede Einwirkung auf den Willen der Beweisperson, die diese dazu bestimmt, die vom Täter gewollte Tat zu verwirklichen<sup>74</sup>. Dies war durch die Bittgesuche gegeben. Problematisch könnte hier jedoch sein, dass die Y vorsätzlich handelte, der A sie aber nur als Werkzeug benutzen wollte.

a) Eine Meinung vertritt in solch einem Fall die Auffassung, dass nur eine Strafbarkeit wegen Versuchs in Frage kommt, da der Vorsatz der Aussageperson als Exzess zu sehen ist<sup>75</sup>. Sie geht demnach davon aus, dass die Kausalität des Hintermanns fehlt. Hierbei wird aber übersehen, dass der Entschluss zur Ableistung sehr wohl auf der Einwirkung des Hintermanns beruhen kann, also eine psychische Kausalität vorliegen kann. Diese Auffassung verkennt ferner, dass dem allgemeinen Kriterium der Tatherrschaft bei den Aussagedelikten auf Grund ihres Charakters als höchstpersönliche Pflichtdelikte bei der Auslegung des § 160 eine Bedeutung zukommen kann. Insbesondere dadurch, dass sie zur Begründung anführt, dass § 160 nur Fälle mittelbarer Täterschaft erfasse, diese aber in dem Fall einer vorsätzlichen Tat der verleiteten Person fehle<sup>76</sup>. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind weiterhin gerade

---

<sup>72</sup> Schönke/Schröder, *Stree*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 258, Rn. 38

<sup>73</sup> BayObLG, *Anmerkung v. Stree*, JR 79, 254

<sup>74</sup> RGSt 15, 149

<sup>75</sup> Tröndle/Fischer, *StGB – Kommentar*, Fischer, § 163, Rn. 3

<sup>76</sup> Rudolphi/Horn/Günther, *Rudolphi*, SK-StGB, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 160, Rn. 4

nicht etwas anderes, denn die Vorsatztat schließt als *maius* die unvorsätzliche Tat ein<sup>77</sup>.

b) Darum geht ein anderer Teil der Lehre davon aus, dass der Verleitete auch vorsätzlich handeln kann i.S.v. § 160, aber dieser gleichwohl vollendet ist<sup>78</sup>.

Diese Lehre folgt dem Wortlaut des § 160. Man kann auch jemanden „verleiten“, obwohl man davon ausgeht, dass dieser unvorsätzlich handeln werde<sup>79</sup>. (s.o.)

Überdies spielt es keine Rolle, ob der Verletzte bewusst oder unbewusst aussagt. Das ausschlaggebende Kriterium ist vielmehr, dass es zu einer Falschaussage kommt und demzufolge die Rechtspflege gefährdet wird<sup>80</sup>.

Für diese, auch vom BGH vertretene Theorie, sprechen also die bei weitem stärkeren Argumente. Es spielt deshalb keine Rolle, dass die Y vorsätzlich handelte.

2.) A handelte weiterhin vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

**A ist strafbar wegen Verleitung zur Falschaussage gem. § 160.**

*Strafbarkeit des A gem. §§ 153, 13, 27 I*

A hat sich wegen Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen gem. §§ 153, 13, 27 I strafbar gemacht. Eine teilnahmefähige Haupttat lag vor. Die Beihilfe kann auch durch Unterlassen erfolgen. A hatte eine Garantenstellung, da er nicht einschritt, als diese mit ihrer falschen Zeugenaussage begann und darüber hinaus ein ingerentes Vorverhalten gegeben war, da er ein prozessunangemessene besondere Gefahr der Falschaussage durch die Verleitung der Y geschaffen hat<sup>81</sup>. Das natürliche Recht auf Selbstschutz tritt zurück, wenn zur Verdeckung eigener Straftaten durch neues Unrecht in die strafrechtlich geschützte Rechtsordnung eingegriffen wurde, wie es in unserem Fall gegeben ist<sup>82</sup>. Die hypothetische Kausalität ist gegeben. Weiterhin handelte A vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft.

**A ist strafbar wegen Beihilfe zur Falschaussage durch Unterlassen gem. §§ 153, 13, 27 I.**

*Beteiligung des A an den Taten des X*

***Strafbarkeit des A gem. §§ 159, 30 I 1 Alt.1, 153***

---

<sup>77</sup> Schönke/Schröder, *Lenckner*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 160, Rn. 9

<sup>78</sup> Joecks, Studienkommentar zum Strafgesetzbuch, § 160, Rn. 6

<sup>79</sup> Joecks, Studienkommentar zum Strafgesetzbuch, § 160, Rn. 6

<sup>80</sup> BGHSt 21, 117

<sup>81</sup> *Heinrich*, JUS 95, 1118

<sup>82</sup> BGHSt 3, 18

A könnte sich durch das Herantreten an den X und der Bitte, der X solle eine Falschaussage machen, strafbar wegen versuchter Anstiftung zur Falschaussage gem. § 159 gemacht haben.

X handelte ohne Vorsatz. (s.o.) Die Anstiftung war somit nicht erfolgreich<sup>83</sup>.

A handelte vorsätzlich und in der Absicht, X zu einer Falschaussage zu bewegen.

Durch die Bitte, der X solle aussagen, lag auch der Anfang der Ausführung vor.

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**A ist strafbar wegen versuchter Verleitung zur Falschaussage gem. §§ 159, 30 I 1 Alt.1, 153.**

### ***Strafbarkeit des A gem. § 160 I***

A könnte sich schließlich durch das Gespräch mit dem X auch wegen Verleitung zur Falschaussage strafbar gemacht haben gem. § 160 I.

#### I. Tatbestandsmäßigkeit

##### 1.) objektiver Unrechtstatbestand

X leistete eine Falschaussage und der A verleitete ihn dazu.

##### 2.) subjektiver Unrechtstatbestand

a) Gemäß der herrschenden Meinung muss der Täter sich dagegen eine unvorsätzliche Falschaussage vorstellen. Diese lag aber gerade nicht vor, da er dachte, X handele vorsätzlich. Folglich greift § 160 nicht ein, da dieser tatbestandlich nur dafür da ist, Strafbarkeitslücken zu schließen und in der benannten Konstellation keine Lücke vorhanden ist, da eine Strafbarkeit gem. § 159 vorliegt oder auch wegen vollendeter Anstiftung<sup>84</sup>.

In unserem Fall ist A schon wegen versuchter Anstiftung zur Falschaussage strafbar.

b) Eine andere Ansicht geht jedoch auch hier wieder von dem Wortsinn des „Verleitens“ aus, das jedes Veranlassen schlechthin beschreibt<sup>85</sup>.

Höchst bedenklich ist nämlich in der oben genannten Ausgestaltung, ob auch der volle Schuldgehalt abgeschöpft wird.

Meines Erachtens ist nur, falls man den § 160 I neben dem § 159 bestehen lässt, klargestellt, dass die versuchte Anstiftung zur Falschaussage tatsächlich den Erfolg einer falschen Aussage hatte<sup>86</sup>.

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**A hat sich strafbar gemacht wegen Verleitung zur Falschaussage gem. § 160 I**

---

<sup>83</sup> Joecks, Studienkommentar zum Strafgesetzbuch, § 159, Rn. 3

<sup>84</sup> Rudolphi/Horn/Günther, *Rudolphi*, SK-StGB, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 160, Rn. 7

<sup>85</sup> *Kässer*, JUS 72, 713f.

<sup>86</sup> siehe auch *Kässer*, JUS 72, 709ff.

Die Anstiftung zu § 258 I ist gem. § 258 V straflos.

*Konkurrenzen:* 1.) Die Strafbarkeit gem. §§ 145 d, 13, 26 tritt nicht im Wege der Subsidiarität hinter §§ 258 I, IV, 22, 23 I, 13, 26 zurück, da der A nicht tatsächlich aus dem schwereren Gesetz bestraft werden konnte<sup>87</sup> (s. auch o.). Die Strafbarkeit gem. §§ 159, 30 I 1 Alt.1, 153 an X steht in Tateinheit zur Verleitung des X zur Falschaussage gem. § 160 I (s.o.).

2.) Die Strafbarkeit wegen Beihilfe zur Falschaussage der Y durch Unterlassen gem. §§ 153, 13, 27 I tritt hinter die Verleitung der Y zur Falschaussage gem. §§ 160 zurück<sup>88</sup>

#### Strafbarkeit des N

##### ***Strafbarkeit des N gem. §§ 258 I, IV, 22, 23 I***

N könnte sich durch die Tatsache, dass er in der Verhandlung auf Anliegen des A, nicht gegen ihn aussagen wollte, strafbar gemacht haben wegen versuchter Strafvereitelung gem. § 258 I, IV, 22, 23 I

##### I. Tatbestandsmäßigkeit

###### 1.) subjektiver Unrechtstatbestand / Tatentschluss

N handelte vorsätzlich in der Absicht, den A vor der Strafverfolgung zu bewahren.

###### 2.) objektiver Unrechtstatbestand

N müsste unmittelbar zur Strafvereitelung angesetzt haben gem. § 22. Hierfür könnte die Vereinbarung zwischen A und N genügen.

a) Eine Ansicht vertritt die Auffassung, dass die Versprechung der Falschaussage als unmittelbares Ansetzen gewertet werden kann. Begründet wird dies damit, dass der Wille des Täters, die Tat zu leugnen, bestätigt wird und demzufolge eine Verteidigung erleichtert werde und somit die Rechtspflege als geschütztes Rechtsgut schon erheblich gefährdet ist<sup>89</sup>.

b) Das Problem dieses Standpunktes liegt aber darin, dass kein unmittelbares Ansetzen zur Tat gegeben ist. Die Tat des § 258 ist das gänzliche oder partielle Vereiteln der gesetzmäßigen Bestrafung. Ein Versuch kann somit nur vorliegen, wenn der Täter unmittelbar zur Vornahme der Handlung ansetzt, die in seinen Augen den tatbestandsmäßigen Vereitelungserfolg geradewegs bewirken soll.

---

<sup>87</sup> BayObLG, JR 79, 254

<sup>88</sup> Heinrich, JUS 95, 1120

<sup>89</sup> BGHSt 27, 74/75, damals noch zu § 257 a.F.

Dies ist dagegen in unserem Fall nicht gegeben. Somit liegt kein räumlicher und zeitlicher Zusammenhang vor<sup>90</sup>.

N hat nicht unmittelbar zur Strafvereitelung angesetzt.

**N ist nicht strafbar gem. §§ 258 I, IV, 22, 23 I.**

Anhand des Sachverhalts kann man außerdem nicht darauf schließen, dass der N auch unter Eid falsch aussagen wollte. Eine Strafbarkeit wegen Bereiterklären zum Verbrechen (Meineid schwören) gem. § 30 II i.V.m. § 154 entfällt somit.

#### Strafbarkeit des R

**Strafbarkeit des R gem. §§ 258 I, IV, 22, 23 I**

R könnte sich durch seine Ratschläge wegen versuchter Strafvereitelung strafbar gemacht haben gem. §§ 258 I, IV, 22, 23 I.

Eine Vollendung lag nicht vor. (s.o.)

I. Tatbestandsmäßigkeit

1.) subjektiver Unrechtstatbestand / Tatentschluss

R müsste vorsätzlich gehandelt haben und in der Absicht eine Strafe zu vereiteln.

Von einem Tatentschluss in Sicht des § 258 I kann jedoch nicht ohne weiteres ausgegangen werden.

Dem Strafverteidiger muss es prinzipiell eingeräumt sein, auf die Freisprechung auch eines schuldigen Mandanten hinzuwirken, weil er verpflichtet ist, dessen Interessen wahrzunehmen (§ 137 I StPO) und der Angeklagt nach Art. 6 III c EMRK Anspruch auf „konkrete und wirklich“ Verteidigung hat. Wenn man den Strafverteidiger nun selbst wegen einer üblichen prozessual zulässigen Verteidigungstätigkeit strafrechtlich verfolgen würde, wäre dieser Anspruch gefährdet<sup>91</sup>. Dagegen darf sich der Verteidiger auch nicht jeglicher Mittel bedienen. Wo diese Schranken liegen, ist demnach klarzulegen. Bei der Beurteilung dieser Grenzen ist die Stellung des Strafverteidigers im Strafverfahren von grundlegender Bedeutung.

Deutlich ist, dass dem Verteidiger private Funktion unterliegen, indem er seinen Mandanten bei der Abwehr des staatlichen Zugriffs hilft (§ 137 I StPO). Das soll heißen, dass er berechtigt und verpflichtet ist, streng einseitig zugunsten des Beschuldigten zu agieren<sup>92</sup>. Dies ergibt sich auch aus § 43 a III 2 BRAO.

---

<sup>90</sup> Rudolphi, JR 81, 162

<sup>91</sup> BGH, NJW 2000, 2433

<sup>92</sup> Kleinknecht/Meyer, *Gößner*, StPO-Kommentar, Vor. § 137 Rn. 1



Demgegenüber ist indessen seine Stellung als Organ der Rechtspflege nach § 1 BRAO ernstzunehmen. Es ist äußerst umstritten, wie sich diese öffentliche Funktion auswirkt.

a) Ein Ansatz, und zwar die Organtheorie, geht dahin, dass man den Strafverteidiger als Wächter ansieht, der im Auftrag der Allgemeinheit aufpasst, dass im Strafverfahren alles in Ordnung ist. Dies bezeichnet man auch als Prinzip des fairen Verfahrens und der „Waffengleichheit“<sup>93</sup>. Daraus resultiert z.B. die Möglichkeit der Pflichtverteidigung, auch gegen den Willen eines Beschuldigten, wie beispielsweise in den §§ 140, 231a StPO. Ferner ist es dem Verteidiger nicht gestattet zu lügen; davon gehen zumindest die Vertreter der Inpflichtnahmetheorie aus. Der Rechtsanwalt verschreibt sich in besonderem Maße dem Dienst am Recht. Recht verlangt Wahrheit, folglich ist der Rechtsanwalt in besonderem Maße der Wahrheit verpflichtet<sup>94</sup>. Er muss sich jeder bewussten Verdunkelung des Sachverhaltes oder jeder Erschwerung der Strafverfolgung enthalten und sich bei seinem Vorgehen auf verfahrensrechtliche Mittel beschränken<sup>95</sup>.

b) Eine Gegenansicht wendet sich von diesem zweiten Punkt ab und gesteht dem Strafverteidiger sogar das Recht zur Lüge zu, mit der Begründung, dass der Verteidiger ein reiner Interessenvertreter sei<sup>96</sup>. Da der Beschuldigte prozessual zur Lüge berechtigt ist, oder ihm dies zumindest sanktionslos zugestanden wird, darf der Verteidiger als Vertreter innerhalb seiner Stellvertretungsvollmacht eines privatrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrages lügen. Dem Beschuldigten muss jedoch die eigenverantwortliche Entscheidung verbleiben, ob er dem Rat, zu lügen, folgt oder nicht<sup>97</sup>.

Gegen ein solches Vertretungskonzept ist einzuwenden, dass eine Vertretung im Strafprozess illegal ist, weil die StPO sie ausdrücklich nur für Bekanntmachungen (§ 145a I StPO), Abwesenheitsverhandlungen (§§ 234, 234a StPO) und Ermächtigungen gem. § 302 II StPO vorsieht. Im Gegenzug enthält die StPO jedoch vielfältige, häufig vertretungsausschließende, eigene prozessuale Rechte des Beschuldigten oder des Verteidigers, wie etwa §§ 136 I, 243 IV, 230, 147, 148, 222a III StPO, um nur einige zu nennen. Zudem kann man anfügen, dass dies gar keine Vertretung zugunsten des Angeklagten ist. Im Gegenteil, ein lügender Strafverteidiger provoziert nur den

---

<sup>93</sup> Hassemer, Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, I.B.1, S.5

<sup>94</sup> Feuerich/Braun, BRAO, Kommentar, § 1 Rn. 13

<sup>95</sup> BGHSt 9, 22; 38, 348

<sup>96</sup> Hassemer, Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, I.A.1, S. 3

<sup>97</sup> Paulus, *Dogmatik der Verteidigung*, NSTZ 92, 307

Richter. Die Akzeptanz des Lügeverbots ist vielmehr die Plattform für weitergehende Befugnisse des Verteidigers. Er soll sich nicht den Ast absägen, auf dem er sitzt<sup>98</sup>.

c) Eine dritte Theorie zur Dogmatik der Verteidigung stammt von Paulus<sup>99</sup>.

Er setzt am Begriff der Prozesshandlung an und folgert, dass ein Verhalten nur strafbar nach § 258 sein könne, das außerhalb des prozessualen Raumes liegt, da in den anderen Fällen (s.o.) eine Gefahr darin besteht, dass die Grenzen zwischen prozessual Zulässigem und Strafbarkeit nach § 258 oft hauchdünn sind.

Diesem Ansatz kann man jedoch nicht folgen. Paulus verkennt, dass die Lehre von den Prozesshandlungen und die Problematik der Bestrafung gem. § 258 verschiedene, voneinander unabhängige Problemkreise betreffen. Auch Prozesshandlungen können strafbares Unrecht darstellen, z.B. wenn der Staatsanwalt ein Ermittlungsverfahren gegen eine Person einleitet (eine Prozesshandlung), deren Unschuld ihm bekannt ist, kann sein Verhalten gegen § 344 (Verfolgung Unschuldiger) verstoßen.

Problematisch ist ebenso, dass die „Prozesshandlung“ als solche nicht genügend definiert ist und die Strafbarkeit im Einzelfall dann davon abhinge, ob eine Prozesshandlung vorliegt, was oftmals fragwürdig ist<sup>100</sup>.

d) Jedes gesetzliche nicht zu beanstandende Verhalten stellt somit schon tatbestandlich keine Vereitelungshandlung in Sicht des § 258 dar. Unvereinbar ist allerdings die aktive Verdunkelung oder Verzerrung des Sachverhalts.

Der Ratschlag gegenüber dem B, seine Aussage zu verweigern, war gesetzlich nicht zu beanstanden, da dem Angeklagten nach § 52 I Nr. 3 StPO das Recht zusteht, die Aussage zu verweigern. (s.o.) Auch der Ratschlag, der A solle sich keinesfalls zur Sache äußern, ist nicht zu beanstanden, da dem Angeklagten nach § 243 IV 1 StPO das Recht zukommt, seine Aussage zu verweigern. Die Verfahrenssituation wird dadurch nicht unzulässig verändert, da die staatlichen Strafverfolgungsorgane damit rechnen müssen. Der Ratschlag, den der R dem A erteilte, er solle seinen Bruder beschuldigen, geht jedoch zu weit. Hier liegt eine Verdunklung und Verzerrung des wahren Sachverhalts durch den R vor. Auch in seinem Schlussplädoyer, in dem er die Lüge des A als Gegenstand seiner eigenen Überzeugung darstellt, überschreitet er seine Kompetenzen, da er sich widerrechtlich als Garant für die Richtigkeit dieser Aussagen anbietet.

R hatte also den Tatentschluss, die Strafe des A zu vereiteln.

2.) objektiver Unrechtstatbestand

---

<sup>98</sup> siehe hierzu: *Beulke*, „Zwickmühle des Verteidigers – Strafverteidigung und Strafvereitelung im demokratischen Rechtsstaat“

<sup>99</sup> *Paulus*, *Dogmatik der Verteidigung*, NSStZ 92, 307

<sup>100</sup> *Haas*, NSStZ 93, 173

Durch seine Ratschläge und das Halten des Schlussplädoyers setzte er schließlich unmittelbar an.

II. R handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**R ist strafbar gem. §§ 258 I, IV, 22, 23 I.**

R ist weiterhin strafbar wegen Anstiftung des A zur Vortäuschung einer Straftat gem. § 145 d, 26, sowie wegen Anstiftung des B zur versuchten Strafvereitelung gem. §§ 258 I, IV, 22, 23 I, 13, 26 und Anstiftung des B zur Vortäuschung einer Straftat gem. §§ 145 d, 13, 26 in Form der Kettenanstiftung über A.

Eine Strafbarkeit des R wegen Anstiftung des A zu § 164 I und § 187 scheidet an der Rechtfertigung des A.

*Konkurrenzen:* Die Strafbarkeit gem. §§ 145 d, 13, 26 tritt im Wege der Subsidiarität hinter §§ 258 I, IV, 22, 23 I, 13, 26 zurück.