

**Lehrbeauftragter an der J. W. Goethe-Universität
Rechtsanwalt Dr. Holger Matt
Mainluststr. 12, 60329 Frankfurt am Main
Telefon: 069/ 90 555 20
Telefax: 069/90 555 222
E-Mail: kanzlei@dr-matt.de
www.dr-matt.de**

Lösungsskizze zur Klausur im Sommersemester 2006

Strafrecht IV Prozessrecht und Gerichtsverfassungsrecht

1. Aufgabenstellung:

Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, ob sie eine Telefonüberwachung des Mobiltelefons des B. beantragen wird, hängt davon ab, ob vorliegend die materiellen Voraussetzungen der Telefonüberwachung nach § 100a StPO gegeben sind.

Eine Telefonüberwachungsmaßnahme ist nur dann zulässig, wenn sich der Tatverdacht auf eine in § 100a StPO bezeichnete Straftat bezieht. Der Tatverdächtige muss Täter oder Teilnehmer (§§ 25ff. StGB) mindestens einer der aufgeführten Katalogtaten sein¹. Hierbei ist ein gegenüber dem Anfangsverdacht erhöhter Verdachtsgrad erforderlich. Der Tatverdacht muss weder hinreichend im Sinne von §§ 170 Abs. 1, 203 StPO noch dringend im Sinne von § 112 Abs. 1 S. 1 StPO sein. Unerheblich darf er aber auch nicht sein². Erforderlich ist, dass bestimmte Tatsachen vorliegen, die unmittelbar oder als Beweisanzeichen den Verdacht einer katalog- oder Vorbereitungstat begründen³, insoweit wird von einer erhöhten Verdachtslage⁴ gesprochen.

¹ M-G, § 100a, Rn. 5.

² BGHSt 41 30 33.

³ BGHSt 41 30 33.

⁴ BGH NStZ 2003 499 500.

Vorliegend bezieht sich der Tatverdacht gegen den B. auf eine Teilnahmehandlung bei einem Einbruchsdiebstahl gem. §§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Hierbei handelt es sich nicht um eine Katalogtat im Sinne des § 100a StPO, insbesondere nicht des § 100a S. 1 Nr. 2 StPO, da dieser nur den Bandendiebstahl nach §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244a StGB listet. Denn es ergibt sich vorliegend aus der Telefonüberwachung des kl. B. kein Hinweis auf eine Mitgliedschaft des B. in einer Bande bzw. der Bande des kl. B., so dass eine Katalogtat gem. § 100a S. 1 Nr. 2 StPO nicht angenommen werden kann. Es bestehen damit keine erhöhten Verdachtsmomente gegen den B. als Mitglied einer Bande bei dem Einbruchsdiebstahl nach §§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB beteiligt gewesen zu sein.

Die materiellen Voraussetzungen für eine Telefonüberwachung gem. § 100a StPO des Mobiltelefons des B. sind nicht gegeben. Die Staatsanwaltschaft wird daher eine Telefonüberwachung gem. § 100a StPO nicht beantragen.

Bei der Kenntnis von dem Einbruchsdiebstahl handelt es sich jedoch um einen sog. Zufallsfund im Rahmen einer, wie im Sachverhalt angegeben, rechtmäßigen Telefonüberwachung des kl. B. Zwar handelt es sich bei diesem Zufallsfund nicht um eine Erkenntnis über eine Katalogtat im Sinne von § 100a StPO, so dass dieser Zufallsfund nicht unmittelbar verwertbar ist⁵. Über den Wortlaut des § 100b Abs. 5 StPO hinaus kann dieser Zufallsfund jedoch als Grundlage für weiterführende Ermittlungen verwendet werden, um weitere Beweismittel zu gewinnen⁶. Die Staatsanwaltschaft kann daher aufgrund dieser Erkenntnisse ein Ermittlungsverfahren gegen den B. wegen Einbruchsdiebstahls einleiten und diesen bspw. zur polizeilichen Vernehmung vorladen.

2. Aufgabenstellung:

Einbruchsdiebstahl gem. §§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB:

Hinsichtlich der Teilnahme an dem Einbruchsdiebstahl wird die Staatsanwaltschaft das Verfahren gegen B. gem. § 170 Abs. 2 StPO mangels hinreichenden Tatverdachts einstellen, weil sich aus der Telefonüberwachung des Anschlusses des B. keine verwertbaren Erkenntnisse hinsichtlich dieser Tat ergeben haben. Gegebenenfalls verfährt sie auch nach § 154 StPO im Hinblick auf den Raub.

Raub gem. § 249 StGB:

Hinsichtlich der bekannt gewordenen Raubtat des B. wird die Staatsanwaltschaft, je nachdem, wie sich der Bearbeiter entscheidet, das Verfahren ebenfalls nach § 170 Abs. 2 StPO einstellen oder nach Abschluss der Ermittlungen gem. § 170 Abs. 1 StPO die öffentliche Klage durch Einreichung der Anlageschrift bei dem zuständigen Gericht erheben. Hier sind beide Ergebnisse bei guter Argumentation vertretbar.

Zu einer Einstellung des Verfahrens werden die Bearbeiter kommen, die die Anordnung der Telefonüberwachung durch die Staatsanwaltschaft nicht nur als rechtswid-

⁵ BGHSt 26 298 303; BVerfG wistra 2006 15 15.

⁶ BVerfG wistra 2006 15 15.

rig, sondern als willkürlich angeordnet qualifizieren und die Erkenntnisse aus der Zeugenvernehmung unter Verwendung der TÜ-Protokolle für unverwertbar halten.

Wie unter der 1. Aufgabenstellung festgestellt, liegen die materiellen Voraussetzungen der Telefonüberwachung wegen des fehlenden Verdachts einer Katalogtat nach § 100a StPO nicht vor mit der Folge, dass die aus der Telefonüberwachung erhaltenen Erkenntnisse über die Raubtat des B. unmittelbar nicht verwertbar sind⁷. Ferner müssen die Bearbeiter zu dem Ergebnis kommen, dass vorliegend auch die formellen Voraussetzungen der Telefonüberwachung nach § 100b Abs. 1 StPO mangels Gefahr in Verzug nicht vorliegen und die Anordnung der Telefonüberwachung offensichtlich unvertretbar und insoweit willkürlich erfolgte.

Gefahr in Verzug liegt vor, wenn durch den mit der Einholung der richterlichen Anordnung verbundenen Zeitverlust der Ermittlungserfolg gefährdet wird⁸. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der keinen Beurteilungsspielraum einräumt und daher mit Tatsachen begründet werden muss, die auf den Einzelfall bezogen sind. Fallunabhängige Vermutungen reichen nicht aus⁹. Auch muss vor Annahme von Gefahr in Verzug versucht werden, eine richterliche Anordnung zu erhalten¹⁰, etwa durch telefonischen Kontaktversuch mit dem Ermittlungsrichter¹¹. Weiterhin haben nach neuer Rechtsprechung des BVerfG Gerichte und Strafverfolgungsbehörden im Rahmen des Möglichen tatsächliche und rechtliche Vorkehrungen zu treffen, damit die in der Verfassung vorgesehene Regelzuständigkeit des Richters auch in der Masse der Alltagsfälle gewahrt bleibt¹².

Der Sachverhalt teilt mit, dass der zuständige Staatsanwalt die Telefonüberwachung selbst angeordnet hat, weil Freitags, was allgemein bekannt sei, am Nachmittag im Hinblick auf das bevorstehende Wochenende der Ermittlungsrichter nicht mehr in seinem Büro anzutreffen sei. Nach der neuen Rechtsprechung des BVerfG hat jedoch ein Notdienst bei den Gerichten eingerichtet zu sein, so dass davon auszugehen ist, dass in jedem Fall ein Ermittlungsrichter erreichbar gewesen wäre. Einen Bereitschaftsdienst sieht nunmehr auch § 22c Abs. 1 GVG vor. Dem zuständigen Staatsanwalt wäre es daher zumutbar gewesen, wenigstens telefonischen Kontakt mit dem Bereitschaftsrichter aufzunehmen, zumal ein solches Vorgehen den Untersuchungserfolg nur unwesentlich verzögert hätte. Gefahr in Verzug liegt daher nicht vor. Die Anordnung der Telefonüberwachung war willkürlich. Daraus folgt eine Unverwertbarkeit der durch die Telefonüberwachung erlangten Erkenntnisse über die Raubtat, da bei Willkür eine bewusste Missachtung des Richtervorbehalts gegeben ist¹³.

Hoch umstritten ist die Frage, ob trotz bestehenden Verwertungsverbotes Zufallsfunde einer rechtswidrig angeordneten Zwangsmaßnahme, wie hier die Telefonüberwachung, als Grundlage für weitere Ermittlungen verwendet werden können, da sie nur mittelbar und nicht unmittelbar auf verbotenen Wege gewonnen wurden.

⁷ BGHSt 31 304 309; 32 68 70; M-G, § 100a, Rn. 21.

⁸ BVerfGE 51 97 111.

⁹ BVerfG NJW 2001 1121 1123.

¹⁰ BVerfG NJW 2001 1121 1121.

¹¹ BVerfG NJW 2003 2305 2306.

¹² BVerfG NJW 2001 1121 1121.

¹³ M-G, § 98, Rn. 7.

Eine Ansicht vertritt den Standpunkt, dass eine Fernwirkung immer anzunehmen ist, da sich anderenfalls die Beweisverbote zu leicht umgehen ließen¹⁴. Nach dieser Auffassung dürften die Erkenntnisse, die die Staatsanwaltschaft aufgrund weiterer Ermittlungen auf Grundlage der Zeugenvernehmungen erlangt hat, nicht verwertet werden, weil im Rahmen der Zeugenvernehmungen die Telefonüberwachungsprotokolle verwandt wurden. Demnach wäre das Verfahren wegen Raubs gem. § 170 Abs. 2 StPO einzustellen.

Der BGH hat demgegenüber jedoch entschieden, dass bei unzulässiger Telefonüberwachung (§ 100a StPO) eine Fernwirkung nur insoweit bestehen soll, als die Geständnisse von Zeugen und Angeklagten unmittelbar auf dem Vorhalt unzulässiger Überwachungsprotokolle beruhen. Hingegen soll es für die Unverwertbarkeit nicht genügen, dass die Ermittlungsbehörden wahrscheinlich überhaupt nur auf Grund der unzulässigen Überwachung auf die Spur des Angeklagten gelangt sind¹⁵. Nach Auffassung des BGH darf ein Verfahrensfehler, der ein Verwertungsverbot für ein Beweismittel herbeiführt, nicht ohne weiteres dazu führen, dass das gesamte Strafverfahren lahmgelegt wird¹⁶. Die Zeugenvernehmungen können daher dann verwertet werden, wenn sie von der unzulässigen Maßnahme nicht (mehr) beeinflusst sind¹⁷. Dies gilt insbesondere für den Fall des sog. hypothetischen Ermittlungsverlaufs. Nach Auffassung des BGH steht der Verwertung von rechtswidrig erlangten Beweismitteln dann nichts entgegen, wenn diese höchstwahrscheinlich hätten ohne Verfahrensverstöß aufgefunden werden können¹⁸.

Nach dieser Auffassung könnten daher im vorliegenden Verfahren die Erkenntnisse aus den Zeugenvernehmungen gegen den B. im Verfahren wegen Raubes nach den Grundsätzen des hypothetischen Ermittlungsverlaufes verwandt werden, da es bei einer Raubtat, selbst bei einem unbekannt gebliebenen Täter – ein hypothetischer Ermittlungsverlauf unterstellt – höchstwahrscheinlich ist, dass Zeugen ermittelt werden können, insbesondere dann, wenn der Raub durch das Opfer bereits angezeigt wurde. Insbesondere durch Zeitungsanzeigen werden Zeugen oft gebeten, sich bei der Polizei zu melden.

Nach dieser Auffassung wäre das Verfahren fortzuführen und die öffentliche Klage gem. § 170 Abs. 1 StPO zu erheben.

Ebenso gut kann jedoch auch die Auffassung vertreten werden, dass die Erkenntnisse aus den Zeugenvernehmungen ebenfalls einem Verwertungsverbot unterliegen, weil diese Zeugenvernehmungen nur unter Verwendung der rechtswidrig erlangten Telefonüberwachungsprotokolle erlangt wurden, mit der Folge, dass die Rechtswidrigkeit der Tü auf die Zeugenvernehmungen eine Fernwirkung entfaltet und auf die Erkenntnisse der Zeugenvernehmung durchschlägt, mithin einer gegenüber den Zeugen erfolgten Vorlage der Telefonüberwachungsprotokolle gleichsteht. Im Ergebnis wäre dann ein Verwertungsverbot gegeben und das Verfahren müsste nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt werden.

¹⁴ Roxin, § 24 D V, Rn. 47 m.w.N.

¹⁵ BGHSt 32 68 70; 35 32 34.

¹⁶ BGHSt 27 355 358.

¹⁷ BGHSt 35 32 34.

¹⁸ U.a. BGH NStZ 1989 375 (376); BGHSt 24 125 (130) 31 304 (306); BGH StV 2003 371 (372); so auch: Roxin, § 24 D V, Rn. 47.

3. Aufgabenstellung:

Vorliegend ist die Maßnahme, die Telefonüberwachung, bereits beendet. Damit könnte wegen eingetretener prozessualer Überholung dem Strafverteidiger kein Rechtsbehelf zur Seite stehen. Der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 GG gebietet jedoch auch die nachträgliche Überprüfbarkeit bereits erledigter Zwangsmaßnahmen¹⁹. Angeordnet wurde die Telefonüberwachung vorliegend von der Staatsanwaltschaft, so dass eine Beschwerde nach § 304 StPO nicht in Betracht kommt. Dem Verteidiger steht der Rechtsbehelf der Beantragung einer gerichtlichen Entscheidung gem. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog zur Verfügung, um die Anordnung der Telefonüberwachung nachträglich auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüfen zu lassen, da es sich insoweit um eine erledigte nichtrichterliche Maßnahme handelt. Zuständiges Gericht ist gem. § 98 II 3 StPO das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Telefonüberwachungsmaßnahme stattgefunden hat, solange – wie hier – die öffentliche Klage noch nicht erhoben wurde.

Der Erfolg der Verteidigung beschränkt sich auf die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit der Telefonüberwachung durch das Gericht. Daraus folgt jedoch, wie oben dargestellt, nicht zwangsläufig auch ein Verwertungsverbot. Dies hängt vielmehr davon ab, welcher Auffassung das erkennende Gericht folgen wird. Folgt es dem – wie anzunehmen – BGH, wären die Erkenntnisse aus den Zeugenvernehmungen verwertbar.

4. Aufgabenstellung:

A: Strafbarkeit des Verteidigers gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB (Gebrauch einer unechten Urkunde)

Durch die Vorlage einer Urkunde bei der Staatsanwaltschaft könnte sich der Verteidiger wegen Gebrauchs einer unechten oder verfälschten Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

I. Objektiver Tatbestand

Indem der Verteidiger die Urkunde bei der Staatsanwaltschaft zur Akte gereicht hat, hat er die Urkunde dem Sachbearbeiter derart zugänglich gemacht, dass dieser die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte. Damit hat der Verteidiger die Urkunde gebraucht. Ob die Urkunde tatsächlich unecht oder verfälscht war, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Der objektive Tatbestand war daher zu verneinen. Hilfsweise (vertretbar) konnte argumentiert werden, dass es dann nicht auf eine unechte oder verfälschte Urkunde ankommt, wenn der Verteidiger ohne Vorsatz gehandelt hat und eine Strafbarkeit bereits aus diesem Grund ausscheidet. Der objektive Tatbestand ist daher nicht erfüllt.

II. Ergebnis

Der Verteidiger hat sich damit nicht wegen des Gebrauchs einer unechten oder verfälschten Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

¹⁹ LR-Matt, Vor § 304, Rn. 68ff. m.w.N.

II. Subjektiver Tatbestand

Der Verteidiger hat erkannt, dass die Bescheinigung auch nachträglich hergestellt und inhaltlich unzutreffend sein könnte und hegte darüber hinaus Zweifel an der Echtheit der Urkunde. Zwar genügt grundsätzlich bedingter Vorsatz hinsichtlich des Gebrauchs einer unechten oder verfälschten Urkunde, da es sich bei dem die Urkunde Gebrauchenden jedoch um einen Strafverteidiger handelt, sind an den bedingten Vorsatz erhöhte Anforderungen zu stellen. So hat der BGH entschieden, dass ein Strafverteidiger verpflichtet ist, seinen Mandanten bestmöglichst zu verteidigen. Ihm vorliegende oder zugängliche Beweismittel zu Gunsten seines Mandanten muss er einbringen. In diesem Rahmen ist er zwar verpflichtet, darauf zu achten, dass er nicht gefälschte oder sonst als unrichtig erkannte Beweismittel vorlegt. Hat er aber insoweit lediglich Zweifel an der Echtheit, ist er deshalb nicht befugt, ein Beweismittel zurückzuhalten. Anderenfalls würde er in Kauf nehmen, ein möglicherweise echtes, entlastendes Beweismittel zu unterdrücken²⁰. Wird ein Strafverteidiger in dieser Weise tätig, wird in der Regel davon auszugehen sein, dass der Verteidiger, der sich darauf beschränkt, ihm von seinem Mandanten zur Verfügung gestellte oder benannte Beweismittel in ein gerichtliches Verfahren einzubringen, strafbares Verhalten nicht billigt, selbst bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit oder Zuverlässigkeit der eingeführten Beweise²¹. Vielmehr wird der Verteidiger solche Beweismittel im Regelfall mit dem inneren Vorbehalt verwenden, das Gericht werde sie seinerseits einer kritischen Prüfung unterziehen und ihre Fragwürdigkeit nicht übersehen. Dieser Vorbehalt ergibt sich daraus, dass der Verteidiger als Organ der Rechtspflege fremde Interessen wahrnimmt. Etwas anderes könnte dann gelten, wenn der Verteidiger über zusätzliche Informationen verfügt²², etwa wenn ihm der Mandant mehr oder weniger deutlich zu erkennen gegeben hat, das Vorbringen sei erlogen, die Beweismittel seien gefälscht²³.

Aus dem vorstehend Gesagten folgt, dass auch hier der Verteidiger nicht vorsätzlich gehandelt hat, da er eine Fälschung der Urkunde letztlich nur für möglich bzw. wahrscheinlich hielt, aber nicht ausschließen konnte, dass die Urkunde doch echt ist. Auch hatte er keine weiteren Hinweise darauf, dass er tatsächlich ein gefälschtes Beweismittel in das Verfahren einbringt.

III. Ergebnis

Der Verteidiger hat sich damit nicht wegen des Gebrauchs einer unechten oder verfälschten Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

B: Strafbarkeit des Verteidigers gem. §§ 258 Abs. 1, 4, 22, 23 Abs. 1 StGB (Verfolgungsverweigerung)

I. Vorprüfung

Der Verteidiger beantragt den Zeugen- und Urkundsbeweis vor einer weiteren Entscheidung der Staatsanwaltschaft. Damit ist das Ermittlungsverfahren noch nicht ab-

²⁰ BGHSt 38 345 350.

²¹ BGHSt 38 345 350; 46 53 56.

²² BGHSt 46 53 60.

²³ BGHSt 38 345 351.

geschlossen, die Anträge der Verteidigung noch nicht geprüft, mithin die Tat noch nicht vollendet. Die Versuchsstrafbarkeit folgt aus §§ 258 Abs. 4, 23 Abs. 1, 12 StGB.

II. Tatentschluss

Gem. § 258 Abs. 1 StPO müsste der Verteidiger absichtlich oder wissentlich ganz oder zum Teil versucht haben zu vereiteln, dass ein anderer wegen einer rechtswidrigen Tat bestraft wird.

1. Tatentschluss bzgl. einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Vortrat eines anderen

B. ist eines Raubes tatverdächtig. Insoweit ist zu unterstellen, dass er die Tat auch rechtswidrig und schuldhaft begangen hat. Eine Vortrat eines anderen im Sinne von § 258 Abs. 1 StPO liegt vor. Da der Verteidiger ferner durch die ihm gewährte Akteneinsicht auch Kenntnis von dem laufenden Ermittlungsverfahren gegen B. wegen Raubes erlangt hat, hielt er es zumindest auch für möglich, dass der B. die ihm zur Last gelegte Straftat auch begangen hat.

Darüber hinaus müsste der Verteidiger jedoch auch dazu entschlossen gewesen sein, durch die Benennung der Zeugen und die Hereinreichung der Urkunde, die Bestrafung des B. ganz oder teilweise vereiteln zu wollen. Insoweit ist direkter Vorsatz erforderlich²⁴, mithin hätte der Verteidiger eine Besserstellung des Vortäters erstreben oder als sichere Folge seines Handelns voraussehen müssen. Es ist jedoch bereits fraglich, ob der Verteidiger die Bestrafung des B. ganz oder teilweise im Sinne von § 258 StGB verhindern wollte.

In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass die Stellung als Verteidiger in einem Strafprozess und das damit verbundene Spannungsverhältnis zwischen Organstellung und Beistandsfunktion eine besondere Abgrenzung zwischen erlaubtem und unerlaubtem Verhalten insbesondere in Bezug auf den Straftatbestand der Strafvereitelung, § 258 StGB, erforderlich macht²⁵. Die Grenzen zulässigen Verteidigerverhaltens ergeben sich dabei nicht unmittelbar aus § 258 StGB selbst, vielmehr verweist die Vorschrift auf die Regelungen des Prozessrechts. Danach darf der Verteidiger grundsätzlich alles tun, was in gesetzlich nicht zu beanstandender Weise seinem Mandanten nützt²⁶. Unzulässig ist jedoch ein Verteidigerverhalten, welches nur vordergründig der Verteidigung zu dienen scheint, tatsächlich jedoch verteidigungsfremden Zwecken dient²⁷. Der Verteidiger hat sich nach allgemeiner Auffassung jeder aktiven Verdunkelung und Verzerrung des Sachverhalts zu enthalten²⁸. Hierzu zählt auch die Verfälschung von Beweismitteln, insbesondere von Urkunden²⁹. Strafbarkeit nach § 258 StGB setzt jedoch direkten Vorsatz voraus. Das bedeutet, dass der Strafverteidiger nicht schon dann in die Gefahr eigener Strafbarkeit gerät, wenn er ihm selbst zweifelhafte Behauptungen aufstellt. Jeder Verteidiger wird Tatsachenschilderungen seines Mandanten bisweilen mit erheblichen Zweifeln begegnen. Hält er die Richtigkeit solcher – den Angeklagten entlastender – tatsächlicher Behauptungen jedoch für nicht ausgeschlossen, so verpflichtet ihn sein Mandat,

²⁴ T/F, § 258, Rn. 17.

²⁵ BGHSt 38 345 347.

²⁶ BGHSt 38 345 348; 46 53 55.

²⁷ BGHSt 29 99 106; 46 36 40.

²⁸ BGHSt 2 375 378.

²⁹ BGHSt 38 345 348.

sie dem Gericht vorzutragen, selbst wenn er ihre Unrichtigkeit für wahrscheinlich hält³⁰. Für die Strafgerichte bedeutet dies, der besonderen Rolle der Strafverteidiger bei der Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung angemessen Rechnung zu tragen; insbesondere für die Feststellung der Anknüpfungstatsachen für das Wissen des Strafverteidigers³¹. So hat durch das erkennende Gericht eine Abwägung zwischen der Pflicht, Beweisquellen nicht zu trüben und dem Verteidigungsauftrag zu erfolgen³².

a) Tathandlung Zeugenbenennung

Bei der Benennung der Entlastungszeugen ist es dem Verteidiger gleichgültig, ob es sich um wahre oder unwahre Äußerungen der Zeugen handelt, da er das „Alibi“ des B. für möglich hält. Damit hält er die Angaben des B. in ihrem Wahrheitskern nicht für ausgeschlossen. Folglich hat er nicht aktiv der Sachverhaltsverdunkelung Vorschub geleistet. Vielmehr durfte er die Zeugen benennen. Es liegt somit ein zulässiges Verteidigerverhalten vor. Ein Vorsatz hinsichtlich einer Vollstreckungsvereitelung liegt nicht vor.

b) Tathandlung Urkundsvorlage

Wie bereits dargestellt, durfte der Verteidiger die Urkunde vorlegen, obwohl er Zweifel an deren Echtheit hatte, ohne sich des Gebrauchs einer unechten oder verfälschten Urkunde strafbar gemacht zu haben. Für eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung kann daher nichts anderes gelten. Da er auch bzgl. der Urkunde deren Echtheit wie deren Verfälschung für möglich hält, durfte er diese in den Prozess einführen, da er anderenfalls unter Umständen die Vorlage einer möglicherweise echten Urkunde und damit einen Entlastungsbeweis vereitelt hätte, was mit seinem Auftrag, der Wahrnehmung der Interessen seines Mandanten, unvereinbar gewesen wäre³³. Auch insoweit hat er den Sachverhalt nicht bewusst zu verdunkeln versucht.

Damit war der Verteidiger nicht entschlossen, die Bestrafung des B. - weder durch Zeugen-, noch durch Urkundsbeweis - ganz oder teilweise zu vereiteln.

III. Ergebnis

Der Verteidiger ist nicht wegen versuchter Strafvereitelung gem. § 258 Abs. 1, 4, 22, 23 I StGB strafbar.

5. Aufgabenstellung:

A: Strafbarkeit des Verteidigers gem. § 257 Abs. 1 StGB

Indem der Verteidiger von dem B. einen Geldbetrag in Höhe von € 2.500,00 auf seine Honorarforderung annahm, könnte er sich wegen Begünstigung gem. § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

³⁰ BGHSt 38 345 348; 46 53 55.

³¹ BVerfG NJW 2004 1305 1312 unter Bezugnahme auf BGHSt 38 345 350; 46 36 43ff; 46 53 58f.

³² BGHSt 46 53 58.

³³ Vgl. BGHSt 46 53 55.

I. Objektiver Tatbestand

1. Tatbestandsmäßige und rechtswidrige Vortat eines anderen

Eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Vortat eines anderen liegt vor. B. ist eines Raubes von € 40.000,00 hinreichend verdächtig. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Barbetrag in Höhe von € 2.500,00 auch aus der Tatbeute stammt. Es fehlt an einem Hinweis, dass die € 2.500,00 und damit der Vermögensvorteil, auch unmittelbar aus der Vortat stammt.

2. Zwischenergebnis:

Der objektive Tatbestand des § 257 Abs. 1 StPO liegt nicht vor.

II. Ergebnis

Der Verteidiger hat sich nicht nach § 257 Abs. 1 StPO strafbar gemacht.

Hilfsweise bei Annahme, dass das Geld aus der Tatbeute stammt:

Es ist davon auszugehen, dass die € 2.500,00 unmittelbar aus der Beute stammen, so dass der Vermögensvorteil auch unmittelbar aus der Vortat stammt.

2. Hilfeleistung

Es genügt jede Hilfeleistung, die objektiv geeignet ist, die durch die Vortat erlangten oder entstandenen Vorteile dagegen zu sichern, dass sie dem Vortäter zu Gunsten des Verletzten entzogen werden³⁴. Indem der Verteidiger die aus der Tatbeute stammenden € 2.500,00 in bar angenommen hat, hat er diesen Betrag dem Zugriff des Geschädigten entzogen. Objektiv hat er damit dem B. bei der Vorteilssicherung geholfen.

Der objektive Tatbestand des § 257 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

II. Subjektiver Tatbestand

Fraglich ist, jedoch, ob der Verteidiger dem B. überhaupt helfen wollte und darüber hinaus in der Absicht gehandelt hat, dem B. die Vorteile der Vortat sichern zu wollen. Denn dem Verteidiger kam es gerade nicht darauf an, dem B. die Vorteile der Tat zu sichern. Er wollte nicht die Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes verhindern oder erschweren. Vielmehr nahm er den Barbetrag an, um seinem Mandanten, als seinen Kostenschuldner, die Möglichkeit zu geben, seine vertragliche Honorarzahlungsverpflichtung zu erfüllen. Auch wusste der Verteidiger nicht, dass das Geld aus der Beute stammte. Die Tatsache, dass es ihm gleichgültig war, woher der Mandant das Geld hatte, reicht für die Annahme direkten Vorsatzes nicht aus, denn insoweit sind bei Strafverteidigern die gleichen Grundsätze des BVerfG anzuwenden, wie bei § 261 StGB³⁵. Da der Verteidiger aber gerade nicht weiß, dass das Geld unmittelbar aus der Beute stammt, hat er auch nicht mit dolus directus 2. Grades gehandelt.

34 Wessels, BT 2, Rn. 806 m.w.N.

35 OLG Frankfurt NJW 2005 1727 1735.

III. Ergebnis

Der Verteidiger hat sich daher nicht wegen Begünstigung gem. § 257 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

B: Strafbarkeit des Verteidigers gem. § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB wegen Geldwäsche
Indem der Verteidiger € 2.500,00 bar von dem B. angenommen hat, könnte er sich wegen Geldwäsche gem. § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Objektiver Tatbestand

1. Rechtswidrige Tat des § 261 Abs.1 S. 2 StGB

B. ist eines Raubes gem. § 249 Abs. 1 StGB hinreichend tatverdächtig. Bei Raub handelt es sich gem. § 12 Abs. 1 StGB um ein Verbrechen, da dieser eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr vorsieht. Damit ist eine rechtswidrige Tat im Sinne des § 261 Abs. 1 Nr. 1 StGB gegeben.

2. Gegenstand

Vorliegend ist der Gegenstand ein Geldbetrag in Höhe von € 2.500,00.

3. aus der Vortat herrührend

Mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die € 2.500,00 nicht aus der Beute stammen.

4. Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist nicht erfüllt.

II. Ergebnis

Der Verteidiger hat sich durch die Annahme des Barbetrages keiner Geldwäschehandlung gem. § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

Hilfsweise, bei Annahme, dass der Geldbetrag aus der Vortat herrührt:

2. Sich verschaffen

Der Verteidiger hat sich die € 2.500,00 verschafft, wenn er auf abgeleitetem Weg Verfügungsgewalt über den Geldbetrag (Tatobjekt) erlangt hat³⁶. Der Verteidiger hat den Geldbetrag von dem B. erworben. Hierbei handelte es sich um die Zahlung seiner Honorarforderung. Damit hat der Verteidiger das Geld von B. auf abgeleiteten Weg erhalten und sich somit verschafft.

Der objektive Tatbestand des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist erfüllt.

II. Subjektiver Tatbestand

Weiterhin muss der Verteidiger bei der Annahme der Zahlung auf das Honorar vorsätzlich gehandelt haben. Hier ist die einschränkende Rechtsprechung des BVerfG zu beachten. Danach kann die Annahme eines Honorars durch einen Strafverteidiger

³⁶ Sch/Sch-Stree, § 261, Rn. 13; T/F, § 261, Rn. 23.

den Tatbestand des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB nur dann erfüllen, wenn der Verteidiger im Zeitpunkt der Honorarannahme positive Kenntnis von der inkriminierten Herkunft des Honorars hat³⁷. Diese verfassungskonforme Auslegung des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB für Verteidiger ist erforderlich, da anderenfalls der Wortlaut der Norm unverhältnismäßig in das verfassungsrechtlich verbürgte Recht der Verteidiger auf freie Berufsausübung eingreift³⁸. Danach muss der Verteidiger des B. wenigstens mit *dolus directus* 2. Grades gehandelt haben. Der Verteidiger müsste es daher wissen oder als sicher vorausgesehen haben, dass sein Handeln, die Entgegennahme der in bar gezahlten € 2.500,00, zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes führt³⁹. Vorliegend war es dem Verteidiger jedoch gleichgültig, woher das Geld stammte, er hat sich somit allenfalls leichtfertig keine Vorstellung darüber gemacht, ob das Geld aus der Tatbeute herrührt. Damit hat er weder positiv gewusst, dass sein Honorar mit inkriminierten Bargeld bezahlt wurde, noch hatte er dies als sicher vorausgesehen. Insbesondere fehlt es an weiteren Indizien, die auf eine positive Kenntnis des Verteidigers hätten schließen lassen. So ist zum einen die Honorarforderung in der Höhe nicht unangemessen/auffällig hoch, zum anderen ist auch die Summe der Barzahlung nicht verdächtig, da es noch im Rahmen des üblichen liegt, einen Barbetrag in Höhe von € 2.500,00 entgegenzunehmen. Weitere Indizien, insbesondere den Verteidiger beschwerende, sind keine ersichtlich. Damit fehlte es dem Verteidiger des B. an der nötigen positiven Kenntnis über die Herkunft des Geldes. Der Verteidiger des B. hat daher nach den Grundsätzen des BVerfG nicht vorsätzlich im Sinne von § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB gehandelt. § 261 Abs. 5 StPO ist nach BVerfG auf einen Strafverteidiger nicht anzuwenden, so dass eine Verurteilung wegen Leichtfertigkeit nicht in Betracht kommt.

III. Ergebnis

Der Verteidiger des B. ist nicht wegen Geldwäsche gem. § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar.

³⁷ BVerfG NJW 2004 1305 1306.

³⁸ BVerfG NJW 2004 1305 1306.

³⁹ Wessels, AT, Rn. 213.