

Lösungsskizze zur 6. Klausur im Probeexamen vom 11.4.2019

A: Der Verkauf des Fahrzeugs

Strafbarkeit von A

1. § 263 I (§ 25 II) StGB: Betrug durch das Anbieten des PKW als Gebrauchtwagen mit einer Kilometerleistung von 60.000 km

Es ist vertretbar, mit der Prüfung des Eingehungsbetrugs zu beginnen und dann auf einen Erfüllungsbetrug einzugehen. Unter Verweis auf die Subsidiarität des Eingehungsbetrugs bei endgültigem Schadenseintritt kann auch unmittelbar mit dem Erfüllungsbetrug begonnen werden.

a. Objektiver Tatbestand

aa. Täuschung (+), Vorspiegelung falscher Tatsachen (60.000 statt 100.000 km) oder Unterdrückung wahrer Tatsachen durch die Manipulation durch F, die A über § 25 II StGB zugerechnet werden kann. *Die Strafbarkeit des F ist laut Bearbeitervermerk nicht zu prüfen.*

bb. Irrtum (+)

cc. Vermögensverfügung (+), vertretbar schon durch Eingehen der vertraglichen Verpflichtung, jedenfalls durch Übergabe der 7.000 Euro.

dd. (P) Vermögensschaden

- nach **Gesamtsaldierung** (-), da der geforderte Preis dem Marktwert entspricht.
- nach der Lehre vom **individuellen/persönlichen Schadenseinschlag** (-), da sich der PKW zum vertraglich vorausgesetzten Zweck eignet und I auch weder zu vermögensschädigenden Maßnahmen verpflichtet wird noch durch die Verpflichtung der Möglichkeit der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder einer angemessenen Lebensführung verlustig geht (eine Problematisierung der Vereinbarkeit dieser Lehre mit der Rspr. des BVerfG [NJW 2010, 3209, 3211 ff.] zur Notwendigkeit, den Schaden zu quantifizieren, wäre hervorzuheben).
- nach der **personalen Vermögenslehre** (+), da es I darauf ankam, ein Schnäppchen zu machen; einzugehen wäre auf die Vereinbarkeit mit der Rspr. des BVerfG zum Vermögensschaden.
- nach der **funktionalen Vermögenslehre** (+), da ein 100.000 km gefahrenes Fahrzeug einem 60.000 km gefahrenen gegenüber ein aliud darstellt, weil es auf die Parteiabrede oder beim Fehlen einer solchen auf die Verkehrsanschauung ankommt (NK/Kindhäuser, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 279 ff.); zur Kritik vgl. die personale Vermögenslehre.
- Wenn mit h.M. ein Eingehungsschaden verneint wird, stellt sich die Frage nach einem Schaden nach den Grundsätzen des Erfüllungsbetrugs. Hierfür ist die Differenz zwischen tatsächlich erbrachter Leistung und geschuldeter Leistung maßgeblich.
- sog. unechter Erfüllungsbetrug: Täuschung bereits bei Vertragsschluss, die in die Erfüllungsphase nachwirkt (nicht erst vor der Erfüllung).

M.M. (+), da I mehr gezahlt hat, als er aufgrund seines Minderungsrechts (§§ 441, 437 Nr. 2, 434 I 1 BGB) hätte zahlen müssen.

H.M. (-), weil der Anspruch in Gestalt der Gewährleistungsrechte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch kein Vermögen darstellt, sondern eine bloße Vermögensaussicht; durch die Täuschung unmittelbar bei Vertragsschluss erlangt sie also nie Vermögensrelevanz (Rengier BT I, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 170; zum Ganzen MK/Hefendehl, Band 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 653 ff.).

Entscheidend ist eine nachvollziehbare und überzeugende Begründung.

Sofern der Mindermeinung gefolgt wird:

- b. Subjektiver Tatbestand
- aa. Vorsatz (+)
- bb. Absicht rechtswidriger Bereicherung (+)
- c. Rechtswidrigkeit (+)
- d. Schuld (+)
- e. Ergebnis (nach M.M.): § 263 I (§ 25 II) StGB (+)

**B: Die versuchte Anheuerung von A und F und die anschließende Tötung des F
Strafbarkeit M**

1. §§ 263 I, V, 30 I StGB: versuchte Anstiftung zum gewerbsmäßigen Bandenbetrug durch die erfolglose Überredung von F und A

- a. Vorprüfung
- aa. keine Vollendung
(+), das Überreden ist nicht geglückt.
- bb. Strafbarkeit der versuchten Anstiftung nur bei Verbrechen.
 - (1) § 263 I StGB wäre unproblematisch erfüllt gewesen, da die Käufer kein Eigentum an dem gestohlenen PKW erlangen könnten (§§ 932, 935 BGB); aber kein Verbrechen.
 - (2) Liegen aber die Voraussetzungen von § 263 V StGB als einem Verbrechen vor?
 - (a) Vorliegen einer Bande: Nach h.M. Zusammenschluss von mind. drei Personen, die sich zur fortgesetzten Begehung von im Einzelnen noch ungewissen Betrugstaten verbunden haben (BGHSt [GS] 46, 321).

(P) Bande bei nur zwei Beteiligten, nämlich A und F (Hinweis: A und F sollten gerade nicht Teil des Verbrechersyndikats und somit der Bande des M werden, sondern quasi als Kommissionäre selbstständig arbeiten)?

Die durch die Qualifikation abgebildete erhöhte Gefährlichkeit einer bandenmäßigen Begehung liegt nicht bereits bei zwei, sondern erst bei drei Personen vor (BGH JZ 2000, 628, 630 m. Anm. *Engländer*; Rechtsprechungsänderung durch BGHSt [GS] 46, 321).

hier: nur zwei Personen, daher (-)

a.A. bei guter Begründung vertretbar: Es ist nicht ersichtlich, warum die beidseitige Verpflichtung zweier Personen nicht ebenfalls eine Fortsetzungsdynamik entfalten können soll, man denke etwa an Bonnie und Clyde (Sch/Sch/*Bosch*, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 24; zu beachten ist, dass nach alter Rspr. zusätzlich ein übergeordnetes Bandeninteresse oder ein gefestigter Bandenwille verlangt wurde, BGH NStZ 2001, 32 f.).

Nach dieser Ansicht würden A und F eine Bande bilden.

Für **A und F** hängt die Bandenmitgliedschaft also von der vertretenen Ansicht ab.

Für **M** ist die Bandenmitgliedschaft in jedem Fall gegeben.

- (b) Gewerbsmäßig handelt, wer sich aus wiederholter Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende und nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle verschaffen will (BGH NStZ-RR 2011, 373).

A und F: kein gewerbsmäßiges Handeln, es geht um ein „kleines Taschengeld“.

M hingegen handelt gewerbsmäßig.

Da es bei A und F jedenfalls an der Gewerbsmäßigkeit fehlt, kommt in Ansehung ihrer Personen ein Verbrechen ohnehin nicht in Betracht. Daher ist es nicht zu rügen, wenn Bearbeiter den Streit um den Bandenbegriff unter Verweis auf die fehlende Gewerbsmäßigkeit dahinstehen lassen und sogleich zur Frage nach der maßgeblichen Person gelangen.

(c) Ein Verbrechen i.S.v. § 30 StGB wäre nur anzunehmen, wenn es dafür auf die **Person des Anstifters** – M – ankäme; vgl. zum Nachfolgenden die Darstellungen bei LK/Schünemann, 12. Aufl. 2007, § 30 Rn. 34 ff. und SK/Hoyer, Band 1, 9. Aufl. 2017, § 30 Rn. 17 ff.

Nach der **Rspr.** kommt es für die Anwendbarkeit des § 30 I StGB darauf an, „ob nach der Vorstellung des – erfolglos – Anstiftenden **derjenige, den er anzustiften versucht**, ein Verbrechen begehen würde, wenn er die ihm zugemutete Tat ausführte“ (BGH NJW 1954, 1693). Entscheidend wären also A und F, so dass hier §§ 263 V, 30 I StGB nicht gegeben wäre, weil beide jedenfalls nicht gewerbsmäßig handelten.

Der Wortlaut, der formuliert, ein anderer müsse zu bestimmen versucht werden, ein Verbrechen zu begehen, spricht für diese Auffassung. Dafür spricht außerdem, dass § 30 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt schwere Straftaten verhindern soll, so dass es entscheidend auf die vom Haupttäter verwirklichte Tat ankommen muss.

Nach einer zweiten Ansicht ist die **Person des Anstifters** entscheidend (Lackner/Kühl/Kühl, 29. Aufl. 2018, § 30 Rn. 2).

Es sei nicht nachvollziehbar, warum die nichtakzessorische Zurechnung nach § 28 StGB nur für die erfolgreiche Anstiftung gelten solle. Bestimme z.B. ein Extraneus (also jemand, der selbst nicht Amtsträger ist, wie es § 343 StGB voraussetzt) erfolgreich einen Amtsträger zur Aussage-erpressung (§ 343 StGB), so wäre er gemäß § 28 II StGB nur nach §§ 240, 26 StGB strafbar. Erst recht dürfe ihn bei lediglich versuchter Anstiftung dann nicht der (nach §§ 30 II, 49 I StGB lediglich zu mildernde) Strafrahmen des § 343 StGB treffen.

Anm.: Hier liegt jedoch der umgekehrte Fall vor, so dass die Anwendung von § 28 II StGB die Strafe erhöhen würde. Der Grundgedanke ist aber derselbe.

Nach dieser Ansicht ist zu klären, ob die Bandenmitgliedschaft und die Gewerbsmäßigkeit **besondere persönliche Merkmale** i.S.v. § 28 II StGB sind.

Bandenmitgliedschaft: Nach der **Rspr.** besonderes persönliches Merkmal **(+)** (BGH NSTZ 2000, 255, 257); **a.A. (-)**, weil es bei der Bandentat auf die erhöhte Gefährlichkeit ankomme, weshalb von einem tatbezogenen Merkmal gesprochen werden müsse (NK/Kindhäuser § 244 Rn. 48).

Gewerbsmäßigkeit: in jedem Fall besonderes persönliches Merkmal (MK/Hefendehl § 263 Rn. 967).

Folgt man hinsichtlich der Bandenmitgliedschaft der Rspr. und nimmt also auch insoweit ein besonderes persönliches Merkmal an, wäre nach dieser Ansicht §§ 263 V, 30 I StGB grundsätzlich anwendbar. Denn über § 28 II StGB käme es zu einer Tatbestandsverschiebung auf den Anstifter.

Eine **dritte Auffassung** verlangt, dass sowohl Haupttäter als auch Anstifter die besonderen persönlichen Merkmale aufweisen (LK/Schünemann § 30 Rn. 43; MK/Joeks, Band 1, 3. Aufl. 2017, § 30 Rn. 20). Dies würde also zu einer Verneinung von §§ 263 V, 30 I StGB führen.

Dies wird mit der weiten, verfassungsrechtlich problematischen Vorverlagerung der Strafbarkeit durch § 30 StGB begründet.

Es ist positiv zu werten, wenn diese Problematik überhaupt angesprochen wird.

Wer der zweiten Ansicht folgt und davon ausgeht, dass die Bandenmitgliedschaft ein besonderes persönliches Merkmal ist, prüft weiter:

b. Tatbestand

aa. Subjektiver Tatbestand (+)

Die Tat muss dergestalt konkretisiert sein, dass der präsumtive Haupttäter sie hätte begehen können, wenn er gewollt hätte.

bb. Objektiver Tatbestand

(P) Unmittelbares Ansetzen

Rspr. (+): Das Zu-Bestimmen-Versuchen entspricht dem unmittelbaren Ansetzen des § 22 StGB (BGHSt 8, 261 ff.).

Andere verlangen, dass die Erklärung die Sphäre des Bestimmenden verlässt (Roxin AT II, 2003 § 28 Rn. 13), bzw. auch den Zugang der Erklärung (Jescheck/Weigend AT, 5. Aufl. 1996, § 65 II 1), was jeweils zu bejahen wäre.

Die Kenntnis dieses Streitstandes ist nicht zu verlangen.

Im Ergebnis sind Strafbarkeit und Strafflosigkeit gleichermaßen vertretbar.

2. §§ 259, 260, 260a, 30 I StGB: versuchte Anstiftung zur gewerbsmäßigen Bandenhehlerei durch die erfolglose Überredung von F und A

Der Rückgriff auf § 30 StGB ist nur nach einer subjektiven Beteiligungslehre problematisch, nach der sich Täterwille und Teilnehmerwille gegenseitig ausschließen. Das vertritt aber selbst die Rspr. nicht.

Absetzen und damit § 259 StGB (+), da der Verkaufskommissionär erfasst ist (vgl. BGH NJW 1985, 443, 444). Es müsste aber ein Verbrechen vorliegen, was nur bei § 260a I StGB erfüllt wäre. Gewerbsmäßigkeit insoweit ist aber weder bei M noch bei A und F gegeben.

3. §§ 212, 211 StGB: Mord durch das Auflauern und das anschließende Erschießen des F in dem Waldstück

M hat den Tod des F objektiv zurechenbar und vorsätzlich verursacht.

Heimtücke: Relevant ist der Zeitpunkt des ersten mit Tötungsvorsatz ausgeführten Angriffs. Als M die erste Tötungshandlung ausführte (den Schuss), war F nicht mehr arglos. Eine Ausnahme ist aber dann zu machen, wenn das Opfer planmäßig in einen Hinterhalt gelockt wird (BGHSt 22, 77). Das ist vor dem Hintergrund des Rechtsgrundes der Heimtücke (besondere Gefährlichkeit des Entzugs von Selbstschutzmöglichkeiten) konsequent; krit. MK/Schneider, Band 4, 3. Aufl. 2017, § 211 Rn. 166: Preisgabe des Tatbezugs.

Verdeckungsabsicht (+)

**C: Das Aussageverhalten der Joggerin gegenüber der Polizei
Strafbarkeit von J**

1. § 164 StGB: Falsche Verdächtigung durch die Anzeige und die Schilderungen ihrer Beobachtungen gegenüber der Polizei

a. Tatbestand

Rechtswidrige Tat, § 11 I Nr. 5 StGB: Totschlag.

Verdächtigen ist das Hervorrufen, Verstärken oder Umlenken eines Verdachts (BGHSt 14, 240, 246; Fischer, 66. Aufl. 2019, § 164 Rn. 3); hier (+)

Bei einer Behörde bzw. einem zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Amtsträger, Polizei (+)

Eignung (zur Notwendigkeit dieses Kriteriums im objektiven Tatbestand s. NK/Vormbaum § 164 Rn. 42 f.; MK/Zopfs, Band 3, 3. Aufl. 2017, § 164 Rn. 6, 18, 23) der vorgetragenen Tatsachen, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen den Betroffenen herbeizuführen bzw. fort dauern zu lassen; nach a.A. darf die Eignung nicht offenkundig ausgeschlossen sein.

Nach beiden Sichtweisen (+); die Anforderungen an den Grad der Eignung sind umstritten; hier lag aber ein Anfangsverdacht vor und wurde ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, so dass auch eine konkrete Eignung vorlag und es daher keines Streitentscheids bedarf.

(P) unwahr

Beschuldigungstheorie (BGHSt 35, 50): M hat die betreffende Tat tatsächlich begangen, also unwahr (-)

Bezeichnungstheorie (h.M.): Entscheidend ist die Unwahrheit des Verdachtsmaterials, der Verdachtstatsachen (wird auch als Behauptungs-, Fälschungs- oder Unterbreitungstheorie bezeichnet, s. NK/Vormbaum § 164 Rn. 52), also unwahr (+)

Für die Bezeichnungstheorie spricht die Berücksichtigung der prozessualen Bedeutung der Verdächtigung. Für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens kommt es auf die Verdachtstatsachen an und nicht die tatsächliche Begehung der Tat. Auch der Schutzzweck, die Rechtspflege nicht unnötig zu beanspruchen, greift insofern.

Beide Ansichten sind gut vertretbar.

Folgt man der Bezeichnungstheorie, ist auch der subjektive Tatbestand (sicheres Wissen bzgl. der Unwahrheit der Verdächtigung sowie Absicht, ein behördliches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen gegen M herbeizuführen) gegeben.

b. **Rechtswidrigkeit und Schuld (+)**

Auch wer § 158 StGB für analog anwendbar hält (so etwa Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm § 164 Rn. 35), muss hier eine Anwendung versagen. Der Widerruf ist nur wirksam, wenn nicht bereits Maßnahmen eingeleitet worden sind (§ 158 II StGB). Hier wurde aber ein Ermittlungsverfahren eingeleitet.

2. § 145d StGB: Vortäuschen einer Straftat durch die Anzeige und die Schilderungen ihrer Beobachtungen gegenüber der Polizei (-)

J hat weder die Begehung einer rechtswidrigen Tat vorgetäuscht noch über den Beteiligten an einer rechtswidrigen Tat zu täuschen gesucht.

D: Das Ermittlungsverfahren

I. Strafbarkeit des M

1. § 153 StGB durch Einlassung vor dem Ermittlungsrichter

Beschuldigte sind keine tauglichen Täter.

2. § 258 StGB durch Einlassung vor dem Ermittlungsrichter

Die Selbstbegünstigung ist tatbestandlich nicht erfasst.

3. § 145d II Nr. 1 StGB: Vortäuschen einer Straftat durch die Einlassung vor dem Ermittlungsrichter

Auch ein Gericht ist Behörde i.S.d. §§ 145d, 11 I Nr. 7 StGB.

(P) Verdachtsablenkung

Nach **h.M.** liegt im bloßen Bestreiten des Tatvorwurfs durch Angabe eines falschen Alibis keine Tatbestandsverwirklichung, weil der Verdacht in eine bestimmte Richtung, d.h. auf eine andere Person gelenkt werden muss (BayObLG JR 1985, 294; Fischer § 145d Rn. 9). M hat hier lediglich behauptet, mit seiner Frau zur Tatzeit gegessen zu haben, nicht aber, ein anderer habe die Tat vollbracht.

Nach **a.A.** (Otto BT, 7. Aufl. 2005, § 95 Rn. 19; Kühl JR 1985, 296, 298 f.) erfüllt diese Konstellation den Tatbestand, weil sie den Ermittlungsbehörden erhebliche, unnütze Arbeit macht – im Gegensatz zu Abs. 1, bei dem beim Fehlen einer rechtswidrigen Tat keine Ermittlungen nötig werden.

Dagegen spricht, dass die Behörden ohnehin die Beteiligung der übrigen Verdächtigen aufklären müssen (MK/Zopfs § 164 Rn. 25 f.).

Nach h.M. daher Tatbestand (-)

II. Strafbarkeit der E

1. § 153 StGB: uneidliche Falschaussage durch ihre Aussage vor dem Ermittlungsrichter

a. Tatbestand

E war **Zeugin** vor Gericht.

Aussage ist jede Mitteilung einer Person über ihr Wissen. Die Aussage von E gehört zum wahrheitspflichtigen Vernehmungsgegenstand, da sie sich auf die prozessuale Tat bezieht.

Falsch: Nach allen Auffassungen (+), da die Aussage von der objektiven Wahrheit abweicht (objektive Theorie, BGHSt 7, 148), aber auch von der Erinnerung (*Gallas GA 1957, 315, 319, 321*) oder dem wirklichen Erlebnisbild (*SK/Zöller, Band 3, 9. Aufl. 2019, § 153 Rn. 27*) der E (subjektive Theorie).

Vollendung ist mit Abschluss der Vernehmung eingetreten.

E handelte vorsätzlich.

(P) fehlende Belehrung

- Es ist umstritten, wie sich zur Unverwertbarkeit führende Verfahrensmängel auswirken:
Rspr. (BGH NSTZ 2005, 33) **und h.M.** (*Fischer § 153 Rn. 12*): Verfahrensmängel, die zur Unverwertbarkeit einer Aussage führen, schließen die Strafbarkeit nicht aus, sondern sind in der Strafzumessung zu berücksichtigen. Dies wird damit begründet, dass die Aussage trotz ihrer Unverwertbarkeit als Entscheidungsgrundlage des Gerichts dienen könne. Dadurch könnten materiell unrichtige Ergebnisse erzielt werden, wodurch die Rechtspflege gefährdet werde. Das Vertrauen in die Gewinnung einer richtigen Entscheidungsfindung werde beeinträchtigt.
Nach **a.A.** folgt aus dem Schutzzweck der Norm, die Gefährdung der der Rechtspflege obliegenden Tatsachenfeststellungen durch wahrheitspflichtwidrige Aussagen entgegenzuwirken, dass unverwertbare Aussagen nicht tatbestandsmäßig sind. Sie sind per se nicht geeignet, die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen, weil sie ihr nicht zugrunde gelegt werden dürfen (*SK/Zöller § 153 Rn. 33 ff.*).
- Der Streit wäre zu entscheiden, wenn der Verfahrensverstoß zu einem Verwertungsverbot führt.

Nach der **Rspr.** begründet ein Verstoß gegen **§ 57 StPO** kein Verwertungsverbot. Sie sieht in der Norm eine bloße Ordnungsvorschrift, die ausschließlich dem Schutz des Zeugen dient (BGH NSTZ 1983, 354); krit. teilweise die Literatur, weil es auch um die wahrheitsschützende Funktion der Norm gehe (*SK-StPO/Rogall, Band 1, 5. Aufl. 2018, § 57 Rn. 2, 14*), wobei der Verstoß nur im Wege der Aufklärungsrüge geltend gemacht werden könne.

Wird aber entgegen **§ 52 III 1 StPO** nicht über ein bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht belehrt, so führt dies grundsätzlich zur Unverwertbarkeit (BGHSt 11, 213, 216).

Der stillschweigend unterstellte Regelfall ist dabei derjenige, dass der angehörige Zeuge den Beschuldigten durch eine wahrheitsgemäße Aussage belastet. Hier aber wird der Beschuldigte durch die wahrheitswidrige Aussage entlastet.

Kann von diesem Regelfall auf die vorliegende Konstellation und die Tatbestandslosigkeit der Falschaussage geschlossen werden?

Nach h.M. dient der Zweck des § 52 III 1 StPO nicht der Wahrheitsfindung (so aber *Eb. Schmidt JZ 1958, 596, 600*), sondern lediglich dem Schutz der Zeugen vor einer Drucksituation (*KK-StPO/Senge, 7. Aufl. 2013, § 52 Rn. 1*). Dies spricht gegen die Annahme eines Verwertungsverbots.

Beide Ansichten führen demzufolge zur Tatbestandsmäßigkeit der Falschaussage.

b. Rechtswidrigkeit (+)

c. Schuld

§ 35 StGB?

In der möglichen Freiheitsstrafe liegt eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr des Verlustes der Fortbewegungsfreiheit.

aber: Zumutbarkeit der Strafverfolgung (a.A. aber *Montenbruck* JZ 1985, 976, 981) oder Abstellen auf deren Verursachung durch Ms Taten, woraus wiederum die Zumutbarkeit resultiert (nach h.M. und Wortlaut muss aber der Notstandstäter die Gefahr verursacht haben, also E; dazu *Kühl* AT, 8. Aufl. 2017, § 12 Rn. 66 ff., insb. 68).

E kommt jedenfalls der Strafmilderungsgrund des § 157 I StGB zugute.

2. §§ 258 I, 22 f. StGB: versuchte Strafvereitelung durch Aussage vor dem Ermittlungsrichter

Rechtswidrige Vortat (+), Totschlag.

(P) Vereitelungserfolg

Teilweise wird verlangt, dass der staatliche Strafanspruch endgültig verhindert wurde. Es genügen dann nur ein rechtskräftiger Freispruch sowie die Verjährung. Für diese Ansicht streiten der Wortlaut, die Versuchsstrafbarkeit, dass das Rechtsgut nicht im Beschleunigungsgrundsatz, sondern im Präventionsinteresse des Staates liegt; Letzteres wird durch eine bloß zeitige Verzögerung nicht tangiert (*SK/Hoyer*, Band 5, 9. Aufl. 2019, § 258 Rn. 11 ff.).

Wer dieser Ansicht folgt, muss im Anschluss gemäß § 285 IV StGB den Versuch prüfen.

Nach **h.M.** (*Fischer* § 258 Rn. 8) genügt eine geraume Zeit, in der der Strafanspruch nicht verwirklicht wird. Wie lange genau die Verzögerung ausfallen muss, wird sehr unterschiedlich beurteilt (s. die Zusammenstellung bei *SK/Hoyer* § 258 Rn. 13). Aber selbst die wohl höchste Anforderung von drei Wochen (*Jahn* ZRP 1998, 103, 105 f.) ist hier unproblematisch erreicht.

Daraus ergibt sich das Folgeproblem, den **Verursachungszusammenhang** zwischen der Vereitelungshandlung und dem Vereitelungserfolg festzustellen. Es ist der Nachweis zu führen, dass ohne die Handlung bzw. pflichtwidrige Unterlassung des Täters eine (schwerere oder geraume Zeit frühere) Bestrafung des Vortäters oder Vortatbeteiligten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erfolgt wäre (*Sch/Sch/Hecker* § 258 Rn. 18; BGH NJW 2016, 3110, 3111). Dies lässt sich dem Sachverhalt kaum entnehmen.

Auch nach dem Erfolgsverständnis der h.M. kommt daher nur ein Versuch in Betracht.

In jedem Falle ist E als Angehörige des M gemäß § 258 VI StGB straflos.

III. Strafbarkeit der J

1. § 153 StGB: uneidliche Falschaussage der J durch die Bestätigung ihrer polizeilichen Aussage vor dem Ermittlungsrichter

Es fehlt an einer vollendeten Falschaussage, weil J ihre Aussage korrigierte, bevor die Vernehmung abgeschlossen war. Die Tat ist erst vollendet, wenn der Aussagende seine Bekundung beendet hat, keine Fragen von den Verfahrensbeteiligten bestehen und der Richter zu verstehen gibt, dass er keine weiteren Angaben mehr erwartet (BGHSt 8, 301, 314).

Die Straffreiheit ist also nicht erst auf § 158 StGB zu stützen.

2. § 164 I StGB: falsche Verdächtigung durch die Bestätigung ihrer polizeilichen Aussage vor dem Ermittlungsrichter

Auch hier fehlt es an der Vollendung.

IV. Strafbarkeit des M

1. §§ 153, 26 StGB: Anstiftung des M zur uneidlichen Falschaussage der E vor dem Ermittlungsrichter

Der Tatbestand ist unproblematisch erfüllt. Auch nach der engsten Auffassung zu den Anforderungen an das Bestimmen (Unrechtspakt) des § 26 StGB läge ein solches vor.

Entschuldigung gem. § 35 I StGB?

In der möglichen Freiheitsstrafe liegt eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr des Verlustes der Fortbewegungsfreiheit.

aber: Zumutbarkeit der Strafverfolgung (a.A. aber *Montenbruck* JZ 1985, 976, 981) oder Abstellen auf deren Verursachung durch Ms Taten, woraus wiederum die Zumutbarkeit resultiert. Strafmilderungsmöglichkeit nach § 157 StGB? Jedoch ist nach **h.M.** die Norm nicht auf Anstifter anwendbar, weil es an dem Konflikt zwischen Aussagepflicht und Selbstbegünstigung fehle (BGHSt 3, 320; Lackner/Kühl/Heger § 157 Rn. 1; Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm § 157 Rn. 4).

Nach **a.A.** besteht aber ebenso wie bei § 258 StGB ein Konflikt, der auch beim Teilnehmer möglich ist, nämlich die eigene Bestrafung nur durch eine Falschaussage abwenden zu können. Der Konflikt, den die h.M. allein für maßgeblich hält, ist bereits durch die §§ 52, 55 StPO ohnehin weitgehend abgegolten (*Heusel* JR 1989, 428, 429). Dieser Konflikt liegt auch bei M vor. Allein wegen der verschuldeten Vortat wäre die Berufung auf § 157 StGB noch nicht zu versagen (Sch/Sch/Bosch/Schittenhelm § 157 Rn. 11).

Auf diese Gegenauffassung muss nicht eingegangen werden.

2. §§ 258, 22 f., 26 StGB: Anstiftung des M zur versuchten Strafvereitelung der E durch ihre Aussage vor dem Ermittlungsrichter

Versuchte Strafvereitelung als rechtswidrige Haupttat.

§ 258 V StGB gilt auch für Teilnehmer. Da M sich durch die Anstiftung der E selbst der Bestrafung entziehen will, bleibt er demnach straflos (BayObLG NJW 1978, 2563; Sch/Sch/Hecker § 258 Rn. 40).

V. Strafbarkeit des V

1. §§ 258 I, 22 f. StGB: versuchte Strafvereitelung durch den Ratschlag gegenüber M, sich vor dem Ermittlungsrichter falsch einzulassen

Rechtswidrige Vortat (+), Totschlag.

Zum Vereitelungserfolg siehe die parallele Problematik bei E: Daher wird auch hier nur von einer versuchten Strafvereitelung ausgegangen.

(P) Verhalten als Strafverteidiger rechtswidrig?

Bestünde ein Lügerecht des Beschuldigten, so wäre die Veranlassung, von diesem Recht Gebrauch zu machen, nicht rechtswidrig, da nach h.M. der Tatbestand bei prozesskonformem Verhalten entfällt (BGHSt 46, 53 ff.).

Nach **h.M.** kennt die StPO indes nur ein Schweigerecht des Beschuldigten (§§ 136, 243 StPO). Bei einer falschen Einlassung können Schlussfolgerungen zu Lasten des Beschuldigten gezogen werden. Verteidiger sind nach §§ 1, 31 BRAO Organe der Rechtspflege und demnach der Ermittlung der materiellen Wahrheit verpflichtet. Daraus wird abgeleitet, Mandanten zur Lüge zu raten oder dabei zu unterstützen, sei prozesswidriges Verhalten (BGH NStZ 1999, 188 f.; *Fischer* § 258 Rn. 18). Nach dieser Auffassung ist das unzulässige Verteidigerverhalten des V also geeignet, eine Strafbarkeit zu begründen. V handelte im vermeidbaren Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB.

Nach der **Gegenauffassung** besteht ein Recht zur Lüge, so dass aus einer falschen Einlassung auch keine Schlüsse zuungunsten des Beschuldigten gezogen werden dürften (*Fezer, FS Stree/Wessels, 1993, S. 663, 678, 681*).

Sofern man der h.M. folgt, ergibt sich das folgende Problem:

(P) Täterschaftliches Verhalten?

Fraglich ist, ob V eine täterschaftliche Strafvereitelung verwirklicht hat oder lediglich straflos an einer Selbstbegünstigung teilnahm.

Nach der **Rspr.** liegt – ohne nähere Begründung – täterschaftliches Verhalten vor (BGHSt 31, 13 ff.; NJW 1983, 2712; offengelassen in StV 2001, 109).

Nach **e.A.** in der Literatur liegt § 258 StGB ein partieller Einheitstäterbegriff zugrunde, der sich am Anwendungsbereich des § 257 StGB a.F. orientiert (*Frisch JuS 1983, 915, 919 f.*). Die bloße Veranlassung sei nicht erfasst (*Sch/Sch/Hecker § 258 Rn. 19*), wohl aber das Beistandleisten.

hier: V hat die Lüge entworfen, was für ein täterschaftliches Verhalten spricht.

Nach **a.A.** sind die allgemeinen Regeln anzuwenden. Alles andere verstoße gegen Art. 103 II GG, weil die vom Gesetz vorgegebene Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme übergangen werde, indem auf die alte Rechtslage verwiesen werde (*NK/Altenhain § 258 Rn. 23 f.*; *MK/Cramer § 258 Rn. 41 ff.*).

Danach spricht mehr für eine straflose Teilnahme an einer Selbstbegünstigung. Zwar käme eine mittelbare Täterschaft in Betracht, wobei aber eine bloß notstandsähnliche Lage, die gerade nicht von § 35 StGB erfasst wird, regelmäßig nicht als ausreichend angesehen wird.

Folgt man der Rspr. und Teilen der Literatur:

Unmittelbares Ansetzen (+), M hat bereits die falsche Einlassung abgegeben.

2. §§ 258 I, 22 f. StGB: versuchte Strafvereitelung durch den Vorschlag gegenüber M, seine Ehefrau zu einer Falschaussage aufzufordern

Vereitelungserfolg ist wie oben zu entscheiden.

Ob V hier selbst Täter der versuchten Strafvereitelung ist oder ob er straflos dem M Beihilfe zur straflosen Selbstbegünstigung leistet, ist entsprechend der vorstehenden Ausführungen zu entscheiden.

3. §§ 258 I, 22 f., 26 StGB: Anstiftung zur versuchten Strafvereitelung der E durch den Vorschlag gegenüber M, seine Ehefrau zu einer Falschaussage aufzufordern

Versuchte Strafvereitelung als rechtswidrige Haupttat.

Wer eine Täterschaft ablehnt, muss eine Kettenanstiftung erwägen, die nach h.M. anerkannt ist. § 258 V StGB steht dem nicht entgegen.

4. §§ 153, 26 StGB: Anstiftung zur Falschaussage durch den Vorschlag gegenüber M, seine Ehefrau zu einer Falschaussage aufzufordern

Es gilt das eben 3. Gesagte entsprechend.