

Lösungsskizze

Aufgabe 1

Erster Tatkomplex: Die Kautio

A. STRAFBARKEIT DES V GEM. § 266 I GGÜ. A DURCH EINZAHLUNG DER KAUTION

I. Tatbestand

1. *Objektiver Tatbestand*

a) „Missbrauchstatbestand“ (§ 266 I Var. 1)

Um den „Missbrauchstatbestand“ erfüllen zu können, müsste V rechtlich befugt sein, in nach außen rechtlich wirksamer Weise über das Vermögen des A zu verfügen bzw. ihn zu verpflichten.¹ Ein solches Rechtsverhältnis besteht zwischen V und A nicht. V kann zwar faktisch auf die Mietkaution des A zugreifen. Dabei verfügt er aber über eigenes Vermögen (auch wenn es wirtschaftlich weiterhin A zugeordnet ist²) und schafft keine neuen rechtlichen Bindungen für A. Der Missbrauchstatbestand ist nicht erfüllt.

b) „Treubruchtatbestand“ (§ 266 I Var. 2)

aa) *Vermögensbetreuungspflicht*

Um den Treubruchtatbestand verwirklichen zu können, müsste V eine Vermögensbetreuungspflicht innegehabt haben.

(1) *Zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen*

Dazu müsste er zunächst zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verpflichtet gewesen sein.

Pro Fremdnützigkeit: Die Zahlung einer Mietkaution dient zwar den Sicherungsinteressen des Vermieters. Den Vermieter trifft bei Wohnraummietverträgen aber eine Anlagepflicht aus § 551 III BGB. Sie soll den Rückzahlungsanspruch des Mieters vor Zugriffen des Vermieters oder im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Vermieters vor dem Zugriff von dessen Gläubigern schützen.³

Contra Fremdnützigkeit: Anlagepflicht darf nicht isoliert betrachtet werden. Grundsätzlich gegenläufige Interessen der Parteien eines Mietvertrages. Mietsicherheit dient in erster Linie der Befrie-

¹ Vgl. Rengier BT I § 18 Rn. 6; die Nachweise beziehen sich jeweils auf die neuesten Auflagen (Stand: 1.12.2020).

² Das ist unbeachtlich, vgl. MüKo/Dierlamm § 266 Rn. 35.

³ BGH NJW 1996, 65 f.; ebenso LK/Schünemann, § 266 Rn. 147; Rengier BT I § 18 Rn. 26.

digung der Sicherheitsinteressen des Vermieters und nur die Form der Anlage soll den Mieter schützen. Die Pflicht, das Mietvermögen nicht zu gefährden oder zu schädigen, reicht nicht zur Bejahung einer „Betreuungspflicht“.⁴

→ fremdnützige Vermögensfürsorge (+) / (-)

(2) Erheblichkeit der Vermögensbetreuungspflicht

Damit der Untreuetatbestand nicht ausufert, muss die Vermögensbetreuungspflicht restriktiv gehandhabt werden. Es muss sich bei ihr um eine Hauptpflicht handeln, die eine gewisse Selbstständigkeit gewährt.

(a) Hauptpflicht

Pro: Die Vorgaben zur Verwendung der Mietkaution ergeben sich aus zwingenden Sonderregelungen für die Wohnraummiete, so dass man insoweit von einer gesetzlichen Verpflichtung ausgehen kann, die Hauptpflicht ist.⁵

Contra: Innerhalb des Mietverhältnisses stellt die Verpflichtung zur Verwendung der Mietkaution (zivilrechtlich) nur eine Nebenpflicht dar.⁶

→ Hauptpflicht (+) / (-)

(b) Selbstständigkeit (Entscheidungsspielraum)

Pro: Das Kriterium der Eigenständigkeit dient nur dazu, die Vermögensbetreuung im Sinne des Untreuetatbestandes von solchen „Diensten der Handreichung“ abzugrenzen, wie sie etwa von Kellnern, Lieferasträgern, Chauffeuren und Boten erbracht werden, schließt aber die Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters nicht aus.⁷

Contra: Angesichts der sehr genauen Vorgaben des § 551 III BGB (zu Art der Anlage, Kündigungsfrist, Verzinsung, Trennung vom Vermögen des Vermieters) ist die Selbstständigkeit des Vermieters zu verneinen. Er hat im Wesentlichen nur noch die Bank auszuwählen, bei der er das Geld anlegt.⁸ Außerdem handelt es sich bei der Anlage um einen einmaligen Vorgang. Ein erheblicher Umfang der Vermögensbetreuungspflicht ist zudem durch die Begrenzung des Kautionsbetrags (§ 551 I BGB) schon gesetzlich ausgeschlossen.⁹

→ Vermögensbetreuungspflicht (+) / (-)

Bejaht man eine Vermögensbetreuungspflicht, ist weiter zu prüfen:

⁴ OLG Düsseldorf NJW 1989, 1171; Lackner/Kühl/Heger § 266 Rn. 12; Sch/Sch/Perron § 266 Rn. 26; MüKo/Dierlamm § 266 Rn. 124

⁵ So BGHSt 41, 224 (228 f.); BGH NJW 2008, 1827.

⁶ Satzger Jura 1998, 570 (573 f.).

⁷ BGHSt 41, 224 (229).

⁸ MüKo/Dierlamm § 266 Rn. 124.

⁹ Vgl. auch Sowada JR 1997, 28 (30); Satzger Jura 1998, 570 (574).

bb) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht

Durch die Einzahlung der Mietkaution auf sein Konto hat V die Verpflichtung zur getrennten Vermögensanlage verletzt.

cc) Vermögensnachteil

Ein Vermögensnachteil liegt vor, wenn bei gesamt-saldierender Betrachtung das Vermögen des Geschädigten nach der Pflichtverletzung geringer ist als vor der Pflichtverletzung.¹⁰

Fraglich ist, ob bereits durch die Einzahlung der Mietsicherheit auf das Girokonto des V ein Vermögensnachteil entstanden ist. Ein solcher könnte hier in Form einer schädigenden Vermögensgefährdung vorliegen. Diese setzt voraus, dass der Eintritt eines Vermögensverlustes so groß ist, dass bereits jetzt das Gesamtvermögen gemindert ist. Diese Schadensbegründung muss restriktiv gehandhabt werden, um nicht jede Gefahr für das Vermögen als Schaden einzustufen und die Untreue damit zu einem Gefährdungsdelikt umzugestalten. Die bloße Möglichkeit eines realen Schadens genügt also noch nicht.

Die pflichtwidrige Einzahlung von Fremdgeldern auf einem eigenen Konto führt danach noch nicht zu einer Verschlechterung, soweit der Betreffende jederzeit bereit und fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren.¹¹ Als V die Mietsicherheit auf sein Konto einzahlte, hatte er noch keine finanziellen Schwierigkeiten, so dass der Rückzahlungsanspruch des A nicht gefährdet war.¹²

Hinweis: Es könnte zwar darauf abgestellt werden, dass ein Nachteil in dem Moment entsteht, in dem das Girokonto keine Deckung mehr aufwies. Zum Zeitpunkt der Einzahlung der Kautions wusste V aber noch nicht, dass er später zahlungsunfähig würde, es fehlte dann also am Vorsatz.

2. Zwischenergebnis: Objektiver Tatbestand (-)

II. Ergebnis: § 266 I (-)

B. STRAFBARKEIT DES V GEM. § 266 I GGÜ. A DURCH UNTERLASSEN VERMÖGENSSICHERNDER MAßNAHMEN

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Zu prüfen ist wiederum der „Treubruchtatbestand“ (§ 266 I Var. 2).

a) Vermögensbetreuungspflicht

Je nach oben vertretener Meinung (+) / (-)

¹⁰ Statt vieler: Lackner/Kühl/Heger § 266 Rn. 17.

¹¹ St. Rspr., vgl. BGHSt 15, 342 (344).

¹² So auch BGH NJW 2008, 1827 (1829).

b) Verletzung der Pflicht

Das Unterlassen vermögenssichernder Maßnahmen müsste eine Pflichtverletzung darstellen. Fraglich ist, ob eine Treupflichtverletzung neben einem Tun auch in einem Unterlassen liegen kann oder ob eine Strafbarkeit durch Unterlassen nur über § 13 I begründet werden kann. Unter die geforderte Tathandlung der Pflichtverletzung lassen sich Tun und Unterlassen gleichermaßen subsumieren.¹³ Die Vermögensbetreuungspflicht kann als tatbestandliche geregelte Garantenstellung verstanden werden. Die Untreue ist daher (auch) echtes Unterlassungsdelikt; eines Rückgriffs auf § 13 I bedarf es nicht.¹⁴

V hat nach Beginn seiner wirtschaftlichen Krise nichts getan, um die Mietsicherheit vermögenssichernd nach Vorgabe des § 553 III BGB anzulegen. Daher liegt eine Pflichtverletzung vor.

c) Vermögensnachteil

Ein Vermögensnachteil entstand in dem Moment, in dem das Konto keine ausreichende Deckung mehr aufwies.

d) Kausalität zwischen Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht und Schaden (+)

2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz hinsichtlich Vermögensbetreuungspflicht, Verletzung der Pflicht und Vermögensnachteil (+)

II. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

III. Ergebnis: § 266 I (+)

C. STRAFBARKEIT DES V GEM. § 266 I GGÜ. B DURCH UNTERLASSEN VERMÖGENSSICHERNDER MAßNAHMEN

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Zu prüfen ist wiederum der „Treubruchtatbestand“ (§ 266 I Var. 2).

a) Vermögensbetreuungspflicht

aa) Zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen

fremdnützige Vermögensfürsorge je nach oben vertretener Ansicht (+) / (-)

¹³ MüKo/Dierlamm § 266 Rn. 139.

¹⁴ Rengier BT I § 18 Rn. 36.

bb) Erheblichkeit der Vermögensbetreuungspflicht

Die Pflicht müsste auch eine Hauptpflicht darstellen. Anders als bei der Wohnraummiete ist der Vermieter bei gewerblichen Mietverhältnissen gesetzlich nicht dazu verpflichtet, Mietsicherheiten anzulegen (vgl. die fehlende Bezugnahme auf § 551 III BGB in § 578 II BGB). Eine entsprechende Pflicht kann sich allenfalls aus einer vertraglichen Abrede ergeben. Dafür bestehen hier keine Anhaltspunkte.¹⁵ Damit scheidet eine Vermögensbetreuungspflicht aus.

A.A. nur mit guten Gründen vertretbar. Wer dennoch eine Hauptpflicht annimmt, müsste zur Selbstständigkeit (Entscheidungsspielraum) der Pflicht Stellung nehmen. Hier könnte man argumentieren, dass mangels konkreter gesetzlicher Vorgaben bei gewerblichen Mietverhältnissen der Grad der Eigenständigkeit des Vermieters bei der Wahl der Vermögensanlage sogar größer ist.

II. Ergebnis: § 266 I (-)

Zweiter Tatkomplex: Der Dachziegel

A. STRAFBARKEIT DES V

I. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5, 13 I

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand des Grunddelikts (§ 223 I)

aa) Taterfolg

(1) Körperliche Misshandlung

Eine körperliche Misshandlung ist jede üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt.

Hier: Durch den Aufprall des Dachziegels hat P Verletzungen im Kopfbereich erlitten. Bei lebensnaher Betrachtung sind derartige Verletzungen schmerzhaft. → (+)

(2) Gesundheitsschädigung

Eine Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen, Aufrechterhalten oder Steigern eines pathologischen Zustands.

Hier: Die Verletzungen am Auge und an der Wange sind heilungsbedürftig. → (+)

¹⁵ Vgl. BGH NJW 2008, 1827 (1828).

bb) Unterlassen (+)

cc) Physisch-reale Handlungsmöglichkeit

(+), da V das Dach hätte reparieren lassen können.

dd) (Quasi-)Kausalität (+)

ee) Garantenstellung, § 13 I StGB

V ist als Überwachergarant für Gefahrenquellen in seinem eigenen tatsächlichen und rechtlichen Herrschaftsbereich (hier: Eigentum) verantwortlich (vgl. auch die gesetzliche Regelung in § 836 BGB).

b) Objektiver Tatbestand der Qualifikation (§ 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5)

Nr. 2 Alt. 2: Ein gefährliches Werkzeug ist ein Gegenstand, der nach objektiver Beschaffenheit und Art seiner konkreten Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen.

Hier: Ein Dachziegel, der aus einer gewissen Höhe auf Passanten herabfällt, kann durch den Aufprall erhebliche Verletzungen am Kopf bzw. anderen Körperteilen verursachen.

Nr. 5: Der Schlag eines Dachziegels ist abstrakt (und wohl auch konkret) geeignet, das Leben zu gefährden.

c) Subjektiver Tatbestand

Obwohl V davon ausging, dass Passanten von Dachziegeln getroffen werden könnten und er dies durch Reparaturen verhindern könnte, unternahm er nichts. Da V auch nicht darauf vertraut hat, dass der Erfolg ausbleibt, liegt *dolus eventualis* (in Abgrenzung zu bewusster Fahrlässigkeit) vor. Dies gilt auch hinsichtlich der Qualifikationsmerkmale. V war auch bewusst, dass die Reparaturen in seinen Verantwortungsbereich fallen, sodass er sich auch über seine Garantenstellung jedenfalls in groben Zügen im Klaren war.

2. Rechtswidrigkeit

3. Schuld

Zumutbarkeit der Gebotserfüllung (kann auch schon im Tatbestand berücksichtigt werden)?

V hatte zwar finanzielle Schwierigkeiten. Aber die finanzielle Belastung für die Dachreparatur ist angesichts der damit abzuwendenden Schäden an Leib und Leben von Personen zumutbar.

4. Ergebnis: §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5, 13 I (+)

II. §§ 223 I, 226 I Nr. 1, 3, 13 I

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) *Objektiver Tatbestand der §§ 223 I, 13 I (+) (s.o.)*

bb) *Eintritt der besonders schweren Folge*

(1) *Verlust des Sehvermögens auf einem Auge (§ 226 I Nr. 1 Var. 1)?*

Ist gegeben, wenn die Fähigkeit, Gegenstände als solche zu erkennen, aufgehoben ist. Hier verliert P die Sehkraft des linken Auges zu 80 %. Eine nur teilweise Aufhebung des Sehvermögens genügt ausweislich des eindeutigen Wortlauts des Tatbestands nicht. Auf der anderen Seite kann aber auch dann von einem Verlust gesprochen werden, wenn dem Opfer nur eine „wertlose Restfähigkeit“ verbleibt.¹⁶ Das ist bei einer verbleibenden Sehkraft von 20 % wohl noch nicht der Fall (a.A. vertretbar).¹⁷

(2) *Dauernde Entstellung in erheblicher Weise (§ 226 I Nr. 3 Var. 1)?*

Eine Entstellung liegt vor, wenn die äußere Gesamterscheinung einer Person verunstaltet ist. Erheblich ist die Entstellung, wenn sie in ihrer Wirkung den übrigen in § 226 genannten Folgen ähnelt. Eine fünf cm lange, deutlich sichtbare Narbe im Gesicht ist eine erhebliche Entstellung.

Dauernd ist die Entstellung, wenn das Aussehen endgültig oder für unbestimmte Zeit beeinträchtigt ist. Hier ist die Beeinträchtigung grundsätzlich dauerhaft. Allerdings wäre eine Operation möglich, durch die die Entstellung überwiegend beseitigt werden könnte. Fraglich ist, ob dies zu berücksichtigen ist. Teilweise wird das abgelehnt. Die schwere Folge dürfe nicht vom nachträglichen Opferverhalten abhängig gemacht werden, um dem Opfer nicht eine Pflicht zur Schadensbegrenzung aufzuerlegen.¹⁸ Überwiegend wird die Dauerhaftigkeit dagegen verneint, wenn eine zumutbare Möglichkeit einer medizinischen bzw. kosmetischen Korrektur besteht.¹⁹ Da die Operation hier risikolos ist, wäre sie P zumutbar und müsste die schwere Folge demnach abgelehnt werden. Für diese Meinung spricht, dass es in einem solchen Fall an der objektiven Zurechnung fehlt: Wenn das Opfer zumutbare Behandlungsmöglichkeiten ablehnt, unterbricht es durch eigenverantwortliches Handeln den Zurechnungszusammenhang zwischen Täterverhalten und schwerer Folge.²⁰

Bejahte man die dauernde Entstellung, wäre weiter zu prüfen:

¹⁶ BGH BeckRS 2010, 30925; Rengier BT I § 15 Rn. 5.

¹⁷ SK/Wolters § 226 Rn. 6.

¹⁸ Knauer JuS 2002, 53, 55.

¹⁹ Fischer StGB § 226 Rn. 9a; SK/Wolters § 226 Rn. 4.

²⁰ Rengier BT II § 15 Rn. 17a, 23.

cc) *Kausalität und spezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang (+)*

b) Subjektiver Tatbestand

aa) *Vorsatz bezüglich §§ 223 I, 13 I (+)*

bb) *Wenigstens Fahrlässigkeit bezüglich der schweren Folge (§ 18)*

Sorgfaltspflichtverletzung ergibt sich aus der Begehung des Grunddelikts des § 223 I.

Objektive und subjektive Vorhersehbarkeit des Eintritts der besonderen Folge (+)

2. Ergebnis: §§ 223, 226 I Nr. 1 Var. 1, Nr. 3 Var. 1, 13 I (-)

B. STRAFBARKEIT DES B

I. §§ 223 I, 13 I

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) *Taterfolg*

körperliche Misshandlung und Gesundheitsschädigung (+) (s.o.)

bb) *Unterlassen*

Ein Unterlassen liegt insoweit vor, als B kein Warnschild aufgestellt oder sein Geschäft geschlossen hat.

cc) *(Quasi-)Kausalität*

Fraglich, ob diese unterlassenen Handlungen, denkt man sie hinzu, den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abgewendet hätten.

Das ist hinsichtlich des Warnschildes zweifelhaft: Allein die Information über das Risiko möglicher herabfallender Dachziegel hätte es in der konkreten Situation kaum ermöglicht, tatsächlich den herabfallenden Dachziegel zu erkennen und rechtzeitig auszuweichen. Auch dass P sich infolge eines Hinweisschildes, etwa durch einen Helm, bei Betreten des Ladens geschützt hätte, liegt eher fern. Somit fehlt es hier an der Kausalität.

A.A. vertretbar, insbesondere wenn auf die Risikominderungslehre abgestellt wird, nach der es genügt, wenn die hinzugedachte Handlung das Risiko des Erfolgseintritts zumindest verringert hätte.²¹ Diese erscheint allerdings bei den fahrlässigen Begehungsdelikten, nicht aber bei den Unterlassungsdelikten gut vertretbar zu sein. Bei letzteren würde sie die Quasi-Kausalität ersetzen, was vor dem Hintergrund von Art. 103 Abs. 2 GG kaum vertretbar erscheint.

²¹ Vgl. Otto AT § 9 Rn. 101.

Jedenfalls eine Ladenschließung hätte den Erfolg allerdings mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abgewendet.

dd) Garantenstellung, § 13 I StGB

B könnte als Überwachergarant anzusehen sein, wenn die Gefahr aus seinem Herrschaftsbereich stammte. B war allerdings nur Mieter eines Ladengeschäfts, sodass das defekte Dach des Hauses grundsätzlich nicht in seinen tatsächlichen und rechtlichen Herrschaftsbereich fiel.²²

Etwas anderes könnte sich jedoch daraus ergeben, dass er als Inhaber eines Ladens in besonderem Maße Passanten dazu veranlasst, das Haus zu betreten und sich der Gefahr des Herunterfallens von Dachziegeln auszusetzen. Hieraus kann grundsätzlich eine Garantenpflicht folgen. Fraglich ist dann aber, wie weit diese Verpflichtung reicht. Das Dach kann B als Mieter nicht selbst reparieren lassen, hierfür ist nur V zuständig. Man wird aber von B verlangen können, auf V in dieser Sache einzuwirken (vgl. auch die zivilrechtliche Pflicht zur Mängelanzeige aus § 536c I 1 BGB). Das hat B durch seinen Hinweis an V getan. Ob er darüber hinaus zur Schließung seines Ladens verpflichtet ist, ist zweifelhaft. Für B wäre dies sehr einschneidend, vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass primär V als Hauseigentümer zur Beseitigung der Gefahrenquelle verantwortlich ist. Eine so weite Garantenstellung ist abzulehnen.

Somit hatte V keine dahingehende Garantenstellung inne, seinen Laden schließen zu müssen.

Eine a.A. ist gut vertretbar. Es könnte beispielsweise eine Garantenstellung des Ladeninhabers generell abgelehnt werden oder aber andererseits B in der Pflicht gesehen werden, gegenüber V stärker auf die Reparatur des Daches zu beharren.

Bejahte man eine Garantenstellung des B, wäre weiter zu prüfen:

b) Subjektiver Tatbestand

Vorsatz in Form von dolus eventualis (+)

2. Rechtswidrigkeit (+)

3. Schuld (+)

4. Ergebnis: §§ 223 I, 13 I (-)

Bejahte man das Grunddelikt, wäre weiter zu prüfen:

²² Allgemein zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche in Fällen, in denen Eigentum und Besitz auseinanderfallen Sch/Sch/Bosch § 13 Rn. 49.

II. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5, 13 I

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) *Objektiver Tatbestand des Grunddelikts (§§ 223 I, 13 I) (+), s.o.*

bb) *Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5 (+), s.o.*

b) Subjektiver Tatbestand (+)

2. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

3. Ergebnis: §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5, 13 I (+)

Bejahte man das Grunddelikt und hat oben auch den Tatbestand des § 226 I Nr. 1 Var. 1, Nr. 3 Var. 1 angenommen, würde sich B auch nach dieser Qualifikation strafbar machen.

Dritter Tatkomplex: Die Kontoeröffnung

STRAFBARKEIT DES V GEM. § 263 I

I. Objektiver Tatbestand

1. Täuschung

V gibt an, ein „regelmäßiges und hohes“ monatliches Einkommen zu haben, obwohl er derzeit keine entsprechenden Gehaltseingänge hat. Er täuscht damit ausdrücklich über seine Zahlungsfähigkeit. Zudem wird bei Beantragung eines Kredits konkludent miterklärt, man sei zur späteren Rückzahlung willig.²³ V möchte den Überziehungskredit aber ausnutzen, auch wenn er nicht ausreichend liquide ist. Er täuscht mithin auch über die innere Tatsache der Zahlungswilligkeit. Die Hoffnung, in Zukunft wieder liquide zu werden und den Kredit zurückzahlen zu können, ändert hieran nichts.

2. Irrtum

Irrtum ist jeder Widerspruch zwischen Vorstellung und Wirklichkeit.²⁴ Der Irrtum muss sich auf eine Tatsache beziehen.²⁵ A kann die Liquidität des V nicht sicher feststellen, weil dafür in der Regel erst mehrmonatige Zahlungseingänge auf das Konto erfolgen müssen. Sie hat mithin Zweifel an der Zah-

²³ Wittig Wirtschaftsstrafrecht § 14 Rn. 32.

²⁴ Schönke/Schröder/Perron § 263 Rn. 33 m.w.N.

²⁵ Schönke/Schröder/Perron § 263 Rn. 34.

lungsfähigkeit des V. Fraglich ist, ob dies einen Irrtum ausschließt. Einigkeit besteht jedenfalls insofern, als der Zweifelnde nie stets aus dem Schutzbereich des Betrugstatbestands ausgeschlossen wird. Welcher Zweifel aber noch unschädlich ist, ist streitig.

a) Erste Auffassung

Nach einer Ansicht muss das zweifelnde Opfer die Wahrheit der behaupteten Tatsache zumindest für überwiegend wahrscheinlich halten, denn ansonsten sei die List harmloser und das Opfer weniger schutzwürdig.²⁶ A hat zwar Kontoauszüge von V, muss aber wissen, dass diese keine sichere Prognose für die Zukunft erlauben. Außerdem kommt sie dem Wunsch des V maßgeblich auch aus anderen Motiven nach, weil nämlich ihre Bank mit aller Kraft neue Kundinnen und Kunden akquirieren möchte. Dies spricht dagegen, dass sie die Wahrheit für überwiegend wahrscheinlich hält. Damit läge kein Irrtum vor (a.A. vertretbar).

b) Zweite Auffassung

Nach anderer Ansicht liegt kein Irrtum vor, wenn die Zweifel auf konkreten Anhaltspunkten beruhen, wie sie sich beispielsweise aus unwahrscheinlichen oder widersprüchlichen Angaben des Täuschenden oder aus den Umständen des Geschäfts ergeben können.²⁷ Hier resultieren die Zweifel der A mehr daraus, dass sie V nicht kennt und daher seine Liquidität nicht ohne Weiteres einschätzen kann. Einen konkreten Anhaltspunkt, dass V lügt, hat A aber nicht. Weder verstrickt V sich in widersprüchliche Aussagen noch erweckt sein Auftreten Misstrauen. Somit wäre ein Irrtum anzunehmen (a.A. vertretbar).

c) Dritte Auffassung

Nach h.M. genügt es, wenn der Getäuschte die Wahrheit der behaupteten Tatsache für möglich hält und sich dadurch zur Verfügung motivieren lässt.²⁸ Auch dann handelt er im Vertrauen auf die Wahrheit.²⁹ Ein Irrtum ist nur ausgeschlossen, wenn es dem Opfer gleichgültig ist, ob die behauptete Tatsache wahr ist.³⁰ A ließ sich in ihrer Entscheidung durch die Kontoauszüge beeinflussen (wenn auch nicht allein dadurch). Sie hielt es deshalb für möglich, dass V ausreichend liquide sei. Ein Irrtum wäre zu bejahen.

Zum Teil wird, ausgehend von der h.M., eine Einschränkung gemacht und der Betrug in den Fällen einer bewussten Risikoentscheidung verneint. Sie liegt vor, wenn der Verfügende die folgende Vorstellung hat: „Entweder ist die Behauptung wahr, dann habe ich ein gutes Geschäft gemacht. Oder aber die Behauptung stimmt nicht, dann hat sich mein eingegangenes Risiko nicht ausgezahlt.“ Es fehlt dann an der objektiven Zurechnung.³¹ Hier hofft A zwar auf ein gutes Geschäft, schließlich möchte sie V als Kunde akquirieren. Allerdings kalkuliert sie damit nicht bewusst ein Risiko ein. Sie

²⁶ Heghmanns BT Rn. 1210.

²⁷ Heghmanns BT Rn. 1210.

²⁸ BGH NSTZ 2018, 540 (542); *Krainbring*, Spenden- und Bettelbetrug?, S. 84 ff.; *Rönnau* JuS 2014, 504, 506; in der Tendenz BGH NJW 2003, 1198 (1199).

²⁹ Schönke/Schröder/Perron § 263 Rn. 40.

³⁰ Schönke/Schröder/Perron § 263 Rn. 40.

³¹ MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 279.

beruhigt sich mit dem Gedanken, sie habe Vs Kontoauszug und hofft darauf, alles werde gut gehen. Schließlich müsste sie ansonsten wahrscheinlich arbeitsrechtliche Konsequenzen befürchten. Demnach liegt ein Irrtum vor (a.A. vertretbar).

Hinweis: Die Kenntnis dieser Einschränkung wird in der Klausur nicht erwartet.

d) Stellungnahme

Gegen die erste Ansicht spricht, dass eine Abgrenzung danach, wie wahrscheinlich das Opfer die behauptete Tatsache für wahr hält, in ihrer Anwendung erheblichen Schwierigkeiten ausgesetzt ist. Sie kann nur scheinbare Klarheit bieten.³² Für eine derart einschränkende Lesart bietet der Wortlaut des § 263 im Übrigen keine Anhaltspunkte.³³ Auch Leichtgläubige sollen durch das Strafrecht geschützt werden.³⁴ Mithin ist mit einer der übrigen Meinungen ein Irrtum anzunehmen.

Hinweis: Sofern ein Irrtum abgelehnt wird, wäre anschließend ein Versuch zu prüfen. Der Vorsatz des V ist nämlich auf Erregung eines Irrtums gerichtet.

3. Vermögensverfügung

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar eine Vermögensminderung herbeiführt.³⁵ Diese liegt bereits im Abschluss des Vertrags über das Girokonto mit Überziehungsmöglichkeit, der es V ermöglicht, einen Überziehungskredit in Anspruch zu nehmen. Diese Verfügung wirkt unmittelbar vermögensmindernd, da die O-AG schon mit Abschluss des Vertrags Ansprüchen des V ausgesetzt ist.

Hinweis: Bereits an dieser Stelle könnte angesprochen werden, ob die Vermögensminderung noch von weiterem Täterverhalten abhängig ist, was sie in Frage stellen würde.

Ferner könnte die nachstehende Behandlung des Dreiecksbetrugs auch im Rahmen des Schadens diskutiert werden.

Jedoch greift die Verfügende A hier nicht in ihr eigenes Vermögen, sondern in das der O-AG ein. Damit stellt sich die Frage, ob diese Verfügung der O-AG zuzurechnen ist und ein **Dreiecksbetrug** vorliegt. Verfügender und Geschädigter müssen nämlich nicht identisch sein.³⁶ Aus der Struktur des § 263 StGB als Selbstschädigungsdelikt folgt allerdings, dass nur bei einer besonderen Nähebeziehung des Verfügenden zum fremden Vermögen von einer Selbstschädigung des Vermögensinhabers gesprochen werden kann.³⁷

³² MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 274; Krainbring, Spenden- und Bettelbetrug?, S. 86.

³³ BGH NJW 2003, 1198.

³⁴ BGH NJW 2003, 1198 (1199).

³⁵ BGH NJW 1960, 1068 (1069).

³⁶ Rengier BT I § 13 Rn. 93.

³⁷ Wittig Wirtschaftsstrafrecht § 14 Rn. 93.

a) Befugnistheorie

Nach der Befugnistheorie kommt es dafür darauf an, ob der Verfügende zu seinem Verhalten berechtigt war.³⁸ Dies ist so zu interpretieren, dass sich „der Getäuschte – nach seiner *irrtumsbedingten Vorstellung* – in dem Rahmen hält, der ihm auch *objektiv eingeräumt* worden ist“.³⁹ Von einer generellen Befugnis der A zu Kontoeröffnungen kann ausgegangen werden. Ob sie aber auch zur sofortigen Einräumung eines Überziehungskredits befugt war, ist nicht ganz eindeutig. Dafür spricht, dass ein Überziehungskredit nur „in der Regel“ nicht sofort eingeräumt werden soll, Ausnahmen also zulässig sind. Zudem lockert die neue Geschäftspolitik der O-AG diese Regel wohl. Daher war A befugt (a.A. bei entsprechender Begründung vertretbar).

b) Theorie von der faktischen Befugnis/„Lagertheorie“

Nach der Theorie von der faktischen Befugnis oder auch „Lagertheorie“ ist es ausreichend, wenn der Getäuschte tatsächlich in der Lage gewesen ist, über das fremde Vermögen zu verfügen, sofern er schon vor der Tat dem „Lager“ des Geschädigten zugerechnet werden musste.⁴⁰ Diese Theorie schließt die Fälle der rechtlichen Befugnis ein, denn bei Bestehen einer solchen rechtlichen Befugnis begründet diese bereits das Sonderverhältnis zum Vermögen eines Dritten.⁴¹ Das ist hier der Fall. Ein Streitentscheid erübrigt sich.

4. Vermögensschaden

V hat den Überziehungsrahmen noch nicht ausgenutzt, zu einer Leistung der O-AG ist es also noch nicht gekommen. Doch könnte bereits der Abschluss des Girokontovertrags zu einer schädigenden Vermögensgefährdung der Bank geführt haben (sog. Eingehungsbetrug). Schon dann wäre der Betrug vollendet. Auf eine spätere Leistungserbringung käme es nicht mehr an, sie würde den Schaden nur vertiefen.⁴²

Nach herkömmlicher Definition liegt eine schädigende Vermögensgefährdung vor, wenn der Eintritt eines Vermögensverlustes so wahrscheinlich ist, dass bereits jetzt das Gesamtvermögen gemindert ist.⁴³ Diese Schadensbegründung muss restriktiv gehandhabt werden, um nicht jede Gefahr für das Vermögen als Schaden einzustufen und den Betrug damit zu einem Gefährdungsdelikt umzugestalten (s. bereits oben).⁴⁴ Die bloße Möglichkeit eines realen Schadens genügt also noch nicht. Das Opfer darf keine Möglichkeit mehr haben, den endgültigen Verlust abzuwenden.⁴⁵ Ein Schaden muss in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise dargelegt und konkret beziffert werden.⁴⁶ Dazu sind die mit dem Vertrag gegenseitig eingegangenen Verpflichtungen zu bewerten und zu vergleichen.

³⁸ MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 358; SK/Hoyer § 263 Rn. 142 ff.

³⁹ MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 361.

⁴⁰ Rengier BT I § 13 Rn. 100, 103; SSW/Satzger § 263 Rn. 198.

⁴¹ OLG Stuttgart NSTZ-RR 2013, 174 (175 f.); Schönke/Schröder/Perron § 263 Rn. 65.

⁴² Rengier BT I § 13 Rn. 201; Wittig Wirtschaftsstrafrecht § 14 Rn. 113.

⁴³ BGH NJW 2007, 782 (786); Wittig Wirtschaftsstrafrecht § 14 Rn. 114.

⁴⁴ MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 693.

⁴⁵ Achenbach/Ransiek/Rönnau/Kölbel HWSt Teil 5 Kap. 1 Rn. 118; MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 724.

⁴⁶ BVerfG NJW 2012, 907 (916).

Zurückgegriffen werden kann dabei auf die Maßstäbe zum Bilanzrecht.⁴⁷ Ein Anspruch ist danach geringer zu bewerten, wenn ein vorsichtig bewertender Kaufmann nach allgemeiner Lebenserfahrung und unter Abwägung aller Risiken einen (Teil-)Forderungsausfall annehmen darf.⁴⁸ Bleibt der Anspruch des Getäuschten hinter demjenigen des Täuschenden zurück, ist ein Schaden begründet.⁴⁹

Der hier vereinbarte Überziehungsrahmen ist eine von der Bank eingeräumte Überziehungsmöglichkeit i.S.d. § 504 BGB und damit ein Verbraucherdarlehen.⁵⁰ V erwächst daraus ein Anspruch, sein Konto um bis zu 5.000 € überziehen zu dürfen, die O-AG hat einen Anspruch auf Rückzahlung des überzogenen Betrags.⁵¹ Dass V sich das Darlehen noch nicht hat auszahlen lassen, schadet nicht: Bereits ab Kreditusage kann eine schädigende Vermögensgefährdung vorliegen (zur Abhängigkeit des endgültigen Vermögensverlustes von weiterem Täterverhalten s. aber sogleich).⁵²

Hinweis: Eine genaue zivilrechtliche Einordnung des hier gewährten Überziehungsrahmens wird von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern nicht erwartet. Falsch wäre es aber jedenfalls, ihn als geduldete Überziehung i.S.d. § 505 BGB zu behandeln. Denn Bank und Kundin bzw. Kunde einigen sich in solchen Fällen erst bei Inanspruchnahme des Darlehens.⁵³ Wird fälschlicherweise eine geduldete Überziehung angenommen, muss auch im Folgenden anders argumentiert werden: Die Bank entscheidet dann erst bei Kontoüberziehung über die Darlehensgewährung, was entschieden gegen eine schädigende Vermögensgefährdung bereits zum jetzigen Zeitpunkt spricht.

Der Rückzahlungsanspruch der Bank könnte jedoch faktisch wertlos sein. Dafür spricht: Sobald das Konto eröffnet ist, kann V den Kredit in Anspruch nehmen, eine erneute Einigung hierüber ist nicht erforderlich. V plant die Kontoüberziehung in voller Höhe auch für den Fall, dass er nicht zahlungsfähig ist. Dass die Bank bis dahin Vs mangelhafte Liquidität und fehlende Zahlungswillen entdeckt und die Kontoüberziehung verhindert, ist unwahrscheinlich. Der BGH geht dementsprechend in einigen Entscheidungen davon aus, schon die Kontoeröffnung mit eingeräumtem Überziehungsrahmen begründe einen Gefährdungsschaden.⁵⁴ Bewertet man daher den Rückzahlungsanspruch der Bank mit Null, wäre hier ein Gefährdungsschaden in Höhe von 5.000 € entstanden.

Den Rückzahlungsanspruch als faktisch wertlos zu sehen, unterliegt indes Bedenken. Die Bank kennt Vs Identität (und wohl auch seine Adresse), was ihr die Durchsetzung des Anspruchs erleichtert. Dass V völlig zahlungsunfähig ist, bei ihm mithin auch im Wege der Zwangsvollstreckung kein Geld

⁴⁷ BGH BeckRS 2012, 16612; MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 730, 407.

⁴⁸ MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 731.

⁴⁹ BGH NSTz 2011, 638 (639); Rengier BT I § 13 Rn. 183.

⁵⁰ Allgemein zur zivilrechtlichen Konstruktion MüKo-BGB/K. P. Berger § 488 Rn. 3. Die a.A., das Verbraucherdarlehen werde erst mit Inanspruchnahme des Kredits konkludent angenommen (Jauernig/C. Berger § 504a Rn. 2) ändert für die Schadensfeststellung wegen der hier gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise nichts.

⁵¹ Dieser Anspruch ist bereits mit Abschluss des Darlehensvertrags entstanden, wird aber erst später fällig, vgl. MüKo-BGB/K. P. Berger § 488 Rn. 43.

⁵² SSW/Satzger § 263 Rn. 285; BeckOK/Beukelmann § 263 Rn. 66.2; vgl. BGH NSTz-RR 2007, 236 (237).

⁵³ Schimansky/Bunte/Lwowski/Jungmann Bankrechts-Handbuch § 81c Rn. 3.

⁵⁴ BGH BeckRS 2019, 32574 Rn. 8; NSTz 2011, 160 (in beiden Fällen täuschte der Täter allerdings zusätzlich über seine Identität); zustimmend SSW/Satzger § 263 Rn. 284; hinsichtlich eines Überziehungskredits offengelassen von BGH NJW 2002, 905 (908), dort aber hinsichtlich der Aushändigung einer ec-card bejaht.

zu holen ist, ist nicht ersichtlich.⁵⁵ Vor diesem Hintergrund scheint es nicht erforderlich, den Anspruch der Bank mit Null zu bewerten.

Hinweis: Angedacht werden könnte auch der Gedanke einer bewussten Risikoentscheidung. Schließlich ist sich A im Klaren darüber, die Liquidität des V nicht hinreichend überprüft zu haben. Dagegen spricht aber, dass A immerhin einen Kontoauszug hat und auf die Angaben des V vertraut.

Ferner muss berücksichtigt werden, dass das Darlehen noch nicht von V in Anspruch genommen, also noch nicht valuiert worden ist. V muss dazu erst noch vom nicht gedeckten Konto Geld abheben oder die Girocard bei Zahlungen einsetzen. Es ist mithin noch weiteres eigenständiges Verhalten des V bis zum endgültigen Vermögensverlust erforderlich. Solche Zwischenakte sprechen aber gegen die Annahme einer bereits jetzt hinreichend konkreten (schädigenden) Vermögensgefährdung.⁵⁶ Der Verlust darf nicht mehr von weiterem Opfer- oder Täterverhalten abhängig sein.

Präzisierend kann gesagt werden: Für eine Vermögensgefährdung muss der Täter bereits eine Expektanz erlangt haben.⁵⁷ Dafür muss der Täter einen Vorgang in Gang gesetzt haben, der zu einem Vermögenserwerb führen soll und der Täter dabei die Möglichkeit hat, externe Störfaktoren zu unterbinden. Der das Expektanzobjekt Vermittelnde darf sich davon nicht mehr sanktionslos lösen können.⁵⁸ Daran fehlt es hier aber.⁵⁹ V hat vielmehr nur eine Verhaltensoption erlangt, die O-AG zu schädigen. Strafbar kann deshalb erst das spätere Verwenden der Girocard sein. Im Ergebnis ebenso hat der BGH zur Erschleichung einer Kundenkarte entschieden, mit der Waren auf Kredit gekauft werden konnten.⁶⁰ Eine schädigende Vermögensgefährdung ist daher zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht gegeben.

Hinweis: Auf welche Art V den Überziehungsrahmen ausnutzen möchte, geht aus dem Sachverhalt nicht klar hervor. Naheliegend erscheint die Möglichkeit, 5.000 € in bar an einem Bankautomaten der O-AG abzuheben. V könnte aber auch durch Einsatz ihrer Girocard im POS-Verfahren die O-AG zu Zahlungen gegenüber Dritten verpflichten.⁶¹ Die rechtlichen Erwägungen gleichen sich insofern. In jedem Fall geht es darum, dass V 5.000 € erlangt und die O-AG 5.000 € zahlen muss, dafür aber einen Rückzahlungsanspruch gegen V hat. Es könnte aber auch differenziert und argumentiert werden, sofern die Girocard gegenüber der O-AG eingesetzt werde, könne die konkrete Inanspruchnahme durch die Bank noch verhindert werden.⁶² Dann könnte, sofern man weiteres erforderliches Täterverhalten für irrelevant hält, nur hinsichtlich Zahlungen im POS-Verfahren eine unmittelbare Vermögensgefährdung bejaht werden.

⁵⁵ Zur Kompensation einer Vermögensminderung durch gesetzliche Möglichkeiten der Eintreibung MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 627 f.

⁵⁶ Vgl. Jäger JuS 2010, 761, 763.

⁵⁷ Vgl. MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 724.

⁵⁸ MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 425.

⁵⁹ MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 771.

⁶⁰ BGH StV 1989, 199.

⁶¹ Dazu Rengier BT I § 13 Rn. 198, § 19 Rn. 22 ff. Außerhalb des POS-Verfahrens mit der Girocard getätigte Zahlungen können dagegen keinen Schaden der Bank begründen, weil hier der Dritte das Risiko der Zahlung trägt.

⁶² Vgl. das Argument zum Zwei-Partner-System bei MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 771.

Angesprochen werden könnte auch, ob eine schädigende Vermögensgefährdung erst ab Zusenden der Girocard an V angenommen werden kann, weil V erst dann die konkrete Möglichkeit hat, Geld abzuheben bzw. Zahlungen zu tätigen. Zu berücksichtigen ist insoweit aber, dass A mit Eröffnung des Girokontos von Seiten der Bank alle relevanten Schritte vorgenommen hat. Das Zusenden der Girocard ist wohl kein eigenständiges Verhalten des Opfers, das gegen die Annahme eines Schadens zum jetzigen Zeitpunkt spricht. Schließlich ist es unwahrscheinlich, dass zuvor eine weitere Prüfung der Unterlagen des V erfolgt.

Im Ergebnis ist hier vieles vertretbar. Ausführungen in dieser Länge und Tiefe können von den Studierenden nicht erwartet werden. Es gilt, die schädigende Vermögensgefährdung in ihren Grundzügen darzustellen und auf den Fall anzuwenden.

Wird eine schädigende Vermögensgefährdung angenommen, ist es unbeachtlich, ob V sich vorbehält, den Überziehungskredit zurückzuzahlen, sobald es ihm wirtschaftlich bessergeht. Nachträgliche Maßnahmen des Täters zur Beseitigung des Schadens können sein Entstehen nicht kompensieren, sondern sind eine bloße Schadenswiedergutmachung.⁶³

Sofern ein Schaden angenommen wird, ist weiter zu prüfen:

II. Subjektiver Tatbestand

Bei einer schadensgleichen Vermögensgefährdung muss sich nach der Rechtsprechung zweier BGH-Senate zur Untreue der Vorsatz auch auf die Realisierung der Gefährdung in einen endgültigen Verlust beziehen.⁶⁴ Nimmt man an, V behalte sich eine spätere Ausgleichung des Überziehungskredits vor, könnte ein Vorsatz also verneint werden. Gegen diese Rechtsprechung spricht aber, dass sich der Vorsatz nach den allgemeinen Lehren nur auf die Merkmale des objektiven Tatbestands beziehen muss.⁶⁵ Die zur Untreue ergangenen (ohnehin nicht überzeugenden) Entscheidungen müssen außerdem nicht zwangsläufig auch auf den Betrug übertragen werden,⁶⁶ auch der BGH scheint insoweit zu differenzieren.⁶⁷ Hinsichtlich der Vermögensgefährdung handelt V zweifelsfrei vorsätzlich.

Absicht stoffgleicher Bereicherung (+)

Objektive Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung und entsprechender Vorsatz (+), denn V hat keinen Anspruch, die 5000 € dauerhaft zu behalten.

⁶³ Vgl. BGH NJW 2009, 2390, 2392; Wittig Wirtschaftsstrafrecht § 14 Rn. 103.

⁶⁴ BGH NJW 2007, 1760 (1766). Dazu MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 870 ff.

⁶⁵ MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 878.

⁶⁶ Ablehnend Perron NSTZ 2008, 517 (518).

⁶⁷ Dazu MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 873 ff.

III. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

IV. Besonders schwerer Fall: § 263 III 2 Nr. 2 Var. 1

Ein besonders schwerer Fall liegt nicht vor. Ein Vermögensverlust großen Ausmaßes kommt erst ab 50.000 € in Betracht⁶⁸ und müsste zudem endgültig eingetreten sein, was einen Gefährdungsschaden ausschließt.⁶⁹

V. Ergebnis: § 263 I (-)

Hinweis: Wird ein vollendeter Betrug abgelehnt, könnte in der Folge ein Versuch geprüft werden. Hier muss aber auf dasjenige täuschende Verhalten abgestellt werden, das unmittelbar zur Vermögensverfügung führen soll. Das ist nicht die Kontoeröffnung, sondern erst die Inanspruchnahme des Überziehungskredits. Dazu hat V jedoch noch nicht unmittelbar angesetzt (§ 22).

Gesamtergebnis zu Aufgabe 1

V hat sich wegen Untreue gem. § 266 I und wegen gefährlicher Körperverletzung durch Unterlassen gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 Alt. 2, Nr. 5, 13 I strafbar gemacht. Die Taten stehen in Tatmehrheit zueinander, § 53 I.

B hat sich nicht strafbar gemacht.

Aufgabe 2

Statthafte Rechtsmittel gegen das Urteil der großen Strafkammer ist die Revision gemäß § 333 StPO, die Berufung wäre hingegen unzulässig, vgl. § 312 StPO. Zur Entscheidung über die Revision ist der BGH zuständig, § 135 I GVG i.V.m. § 121 I Nr. 1 GVG.

Im Gegensatz zur Berufung, die bei Zulässigkeit im Umfang der Anfechtung (§ 318 StPO) zur völligen Neuverhandlung führt, bei der Tat- und Rechtsfrage neu entschieden werden, ist die Revision ein Rechtsmittel mit nur begrenzten Prüfungsmöglichkeiten. Das Revisionsgericht hat auf entsprechende Rüge (§ 344 II StPO) das Urteil und das ihm zugrunde liegende Verfahren auf Rechtsfehler zu prüfen, § 337 StPO. Die Tatsachenfeststellungen des Ausgangsgerichts sind danach der Überprüfung grundsätzlich entzogen. Es findet keine Neuverhandlung der Sache statt, das Revisionsgericht ist an die tatsächlichen Feststellungen des Tatrichters gebunden und kann diese nur daraufhin überprüfen, ob sie rechtlich einwandfrei zustande gekommen sind und der Tatrichter die Beweise fehlerfrei gewürdigt hat.

V kann die Abwesenheit des Verteidigers erfolgreich rügen, wenn dadurch ein relativer (§ 337 StPO) oder absoluter Revisionsgrund (§ 338 StPO) begründet ist. In Betracht kommt hier § 338 Nr. 5 StPO.

⁶⁸ BGH NJW 2005, 3650 (3653).

⁶⁹ Rengier BT I § 13 Rn. 278. Auch wenn es hier schon mangels großen Ausmaßes nicht darauf ankommt, sprechen die besseren Gründe allerdings dafür, die schädigende Vermögensgefährdung konsequenterweise einzubeziehen, siehe hierzu ausführlich MüKo/Hefendehl § 263 Rn. 975–977.

Dann müsste der Verteidiger R „eine Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt“, sein. Dass ein Verteidiger in der Hauptverhandlung anwesend sein muss, ist nicht bereits in § 226 StPO vorgeschrieben, da er dort nicht erwähnt ist. Die Anwesenheitspflicht ergibt sich jedoch in Fällen notwendiger Verteidigung mittelbar aus § 145 I 1 StPO.⁷⁰ Da hier die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Landgericht stattfand, war die Mitwirkung eines Verteidigers jedenfalls nach § 140 I Nr. 1 StPO erforderlich, so dass ein Fall der notwendigen Verteidigung vorlag. Diese Voraussetzung des § 338 Nr. 5 StPO ist also erfüllt.

Weiter müsste „die Hauptverhandlung in Abwesenheit“ des Verteidigers stattgefunden haben. R war hier nur während eines Teils der Hauptverhandlung nicht im Sitzungsraum. Nach Sinn und Zweck der Regelung liegt der Revisionsgrund allerdings bereits dann vor, wenn die Abwesenheit zwar nicht während der gesamten Hauptverhandlung, aber jedenfalls während eines wesentlichen Teils vorlag. Nach der Rechtsprechung stellt die Verlesung des Anklagesatzes gemäß § 243 III 1 StPO einen derartigen wesentlichen Teil dar (a.A. vertretbar).⁷¹ Ob das Urteil möglicherweise auf dem Verfahrensfehler beruht, ist bei Revisionsgründen nach § 338 StPO im Gegensatz zu § 337 StPO im Übrigen nicht zu prüfen. Im Ergebnis kann V also erfolgreich rügen, dass der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO vorliegt. Da es sich um eine Verfahrensrüge handelt, müssen formell in der Revisionsbegründung die Anforderungen des § 344 II 2 StPO erfüllt sein.

Hinweis: Angesprochen werden könnte auch, ob die Rüge nach § 338 Nr. 5 StPO verwirkt werden kann, wenn der Verteidiger sich eigenmächtig aus der Verhandlung entfernt hat.⁷² Damit würde allerdings in der Sache ein Verschulden des Verteidigers dem Angeklagten zugerechnet, was im Strafprozess nur schwer möglich scheint. Ausführungen hierzu werden nicht erwartet.

⁷⁰ KK-StPO/Willnow § 145 Rn. 1; KK-StPO/Gmel § 226 Rn.7.

⁷¹ Vgl. BGH NJW 1956, 1366.

⁷² Dazu MüKo-StPO/Knauer/Kudlich § 338 Rn. 114.