



## Klausursachverhalt

### 2. Wiederholung Abschlussklausur Modul Strafrecht II – WS 2019/ 20

Prüfender: Prof. Dr. Martin Heger

Hauptstudium: Strafrecht II (Prüfungsnr. 2309)

Ort: Hörsaal R. 2094, UL 6 HG HU

**26. Februar 2020**

Die A, und ihre beiden jüngeren Brüder B und C bilden eine kiezweit berüchtigte Schlägergang. Um ihre Einkünfte aufzubessern, kommen sie auf Vorschlag ihrer Anführerin A überein, als scheinbare Drogendealer aufzutreten und ohne Lieferung von Drogen mit dem Geld jeweils abzuheben; wenn die Opfer nicht „mitspielen“, soll notfalls unter Einsatz körperlicher Gewalt das Geld erbeutet bzw. ein darauf gerichteter Herausgabeanspruch der Opfer vereitelt werden.

Am Tag nach dieser Einigung halten sich A und B bei einer Aktion im Hintergrund, während C mit O den Verkauf von Heroin für 100 € vereinbart; O entnimmt seinem Portemonnaie einen 100 €-Schein, will diesen aber nur gegen gleichzeitige Übergabe des Heroins hergeben. C, der sein ursprüngliches Vorhaben gescheitert sieht, reißt O den Geldschein aus der Hand und ergreift zusammen mit A und B die Flucht. O verliert alle drei aus den Augen, sieht aber wenig später zufällig C vor sich und drückt ihm mit einem Labello-Stift derart auf den Rücken, dass – wie von O beabsichtigt – C davon ausgeht, O richte eine Pistole auf ihn; O sagt dem widerstandslosen C, dass er sein Geld zurückwolle, und nimmt ihm zwei 50 €-Scheine aus seiner Tasche.

Zu weiteren Aktionen der Gang kommt es vorerst nicht.

Als A gefrustet von dem Geschehen nach Hause geht, sieht sie plötzlich das Fahrrad des C abgeschlossen vor sich, wobei sie realisiert, dass keine Fahrradpumpe daran ist, und mit Recht davon ausgeht, dass C keine Pumpe mit sich führt; kurz entschlossen dreht sie beide Ventile auf und geht weiter. C, der wenig später vorbeikommt, muss sein Fahrrad nach Hause schieben.

Strafbarkeit von A, B, C und O nach den Tatbeständen des StGB? – §§ 239a, 239b StGB sind nicht zu prüfen; ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

**Zusatzfrage:** A, die eine intime Beziehung mit Staatsanwalt S unterhält (beide wollen zwar heiraten, doch muss S zuvor die Scheidung von seiner Frau einreichen), erzählt diesem noch in der Nacht von sich aus von dem Geschehen. S ist so überrascht, dass er sie einfach reden lässt. Nach dem Liebesspiel überlegt er, ob er wegen des Gehörten dienstlich aktiv werden muss. Auch überlegt er, ob er – sollte er in einem möglichen späteren Strafverfahren gegen A, B, C und/oder O u. U. als Zeuge geladen werden – wahrheitsgemäß von A's Erzählung berichten müsste. Zu welchen Ergebnissen wird er von Rechts wegen kommen? – Könnte S, auch wenn er als Zeuge vernommen werden soll, in einem Strafverfahren gegen A, B, C und/oder O zugleich auch als Vertreter der Staatsanwaltschaft agieren?

## 2. Wiederholung Abschlussklausur Strafrecht II – WS 2019/ 20, 26.02.2020

Prüfender: Prof. Dr. Martin Heger

Hauptstudium: Strafrecht II (Prüfungsnr. 2309)

### Lösungsskizze

#### Strafbarkeit des C:

##### **1. §§ 263 I, II, III Nr. 1, 22<sup>1</sup> [z. N. des O durch angestrebte Verkaufsvereinbarung über Heroin]**

Mangels Vermögensverfügung des O bleibt nur ein gem. § 263 II strafbarer Betrugsversuch. Der Tatentschluss des C ist auf einen täuschungsbedingten Irrtum des O – er werde für sein Geld das Heroin erhalten – gerichtet; dies soll ihn zur Vorauszahlung der 100 Euro als Vermögensverfügung verleiten. Fraglich ist jedoch, ob aufgrund der Gesetzes- und Sittenwidrigkeit des Heroinkaufs (§§ 134, 138 I BGB) die Zahlung der 100 Euro das strafrechtlich geschützte Vermögen tangiert hätte (dieses Problem kann auch erst auf der Ebene eines angestrebten Vermögensschadens behandelt werden). Wegen dieser zivilrechtlichen Folgen könnte nach einer Spielart des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs in der Lit. mangels rechtlicher Anerkennung der vereinbarten Gegenleistung ein Vermögensschaden zu verneinen sein. Die Rspr. folgt jedoch dem rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff, wonach tatsächlich werthaltige Positionen unabhängig von der Rechtslage von § 263 I geschützt sind;<sup>2</sup> zu einer Bejahung des Vermögensschadens kommt man auch, wenn man zwar nichtigen Ansprüchen keinen Vermögenswert zubilligt, der Schaden aber in der Hingabe „guten Geldes“ als Gegenleistung hierfür liegt.<sup>3</sup> Mit diesen beiden Ansichten ist auch in Forderungen aus sitten- oder gesetzeswidrigen und damit gem. §§ 134, 138 BGB nichtigen Rechtsgeschäften oder jedenfalls in dem dafür hinzugebenden Geld strafrechtlich geschütztes Vermögen zu sehen. Angesichts der hier gegebenen rechtswidrigen Bereicherungsabsicht des C auch der Tatentschluss zum Betrug des O. Unmittelbares Ansetzen i. S. v. § 22 ist mit dem Ansetzen zur Täuschung gegeben. Ein strafbefreiender Rücktritt vom Betrugsversuch i. S. v. § 24 I – nach der Gesamtbetrachtungslehre könnten ja noch weitere Täuschungshandlungen doch zu einer Vorleistung des O führen – scheidet aus; entweder ist der Versuch fehlgeschlagen, weil der zuerst erregte Irrtum des O über die Erfüllungsbereitschaft seines Vertragspartners nicht für die von C notwendig erstrebte Vorleistung ausreichte bzw. der Irrtum (wohl) gar nicht mehr fortbestand, oder man verneint mit den gleichen Erwägungen die Freiwilligkeit des Rücktritts.

Schließlich könnte es sich um einen Betrugsversuch im besonders schweren Fall i. S. v. § 263 III handeln; dass zumindest bereits im Versuchsstadium des Grunddelikts gegebene

---

<sup>1</sup> §§ ohne weitere Bezeichnung sind solche des StGB.

<sup>2</sup> BGHSt 8, 254.

<sup>3</sup> Vgl. Lackner/Kühl § 263 Rn. 35 m. w. N.

Regelbeispiele zu einer Anwendung des erhöhten Strafrahmens auch auf den bloßen (Betrugs-)Versuch führen, ist ganz h. M. und von der problematischeren Konstellation bloß „versuchter“ Regelbeispiele beim versuchten oder vollendeten Grunddelikt abzugrenzen. In Rede stehen hier die beiden Regelbeispiele aus § 263 III Nr. 1 (gewerbs- und bandenmäßiges Handeln). Für Gewerbsmäßigkeit reicht aus, wenn sich die Täter aus wiederholten Handlungen eine Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang schaffen will, ohne dass es sich gleich als „kriminelles Gewerbe“ darstellen muss.<sup>4</sup> Mit drei Bandenmitgliedern genügen A, B und C auch der aktuellen Rspr.;<sup>5</sup> auf die Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds beim Betrug kommt es nicht an. Allerdings könnte der Betrug gem. § 263 IV i. V. m. § 243 II auf eine geringwertige Sache gerichtet gewesen sein, was aber selbst bei der jüngsten Anhebung der Geringwertigkeitsschwelle auf ca. 50 Euro<sup>6</sup> hier nicht der Fall ist.

## **2. §§ 263 V, 22** [z. N. des O durch angestrebte Verkaufsvereinbarung über Heroin]

Unabhängig davon erfüllt die Addition beider Regelbeispiele des § 263 III Nr. 1 tatbestandlich die Qualifikation des § 263 V; aufgrund von dessen Verbrechenscharakter ist der Versuch des gewerbsmäßigen Bandenraubs strafbar und verdrängt als *lex specialis* die Strafbarkeit gem. §§ 263 I, II, III Nr. 1, 22.

## **3. §§ 249, 250 I Nr. 2** [durch Entreißen des Geldscheins]

Für einen Raub des Geldscheins müsste Gewalt gegen eine Person final zur Erzwingung der Wegnahme eingesetzt worden sein; hier erfolgte die Geldwegnahme zwar mittels *vis absoluta*, die aber nicht gegen eine Person gerichtet ist.

## **4. §§ 242, 243 I Nr. 3** [durch Entreißen des Geldscheins]

C hat mit dem Geldschein eine fremde bewegliche Sache dem O weggenommen, um diesen sich und seinen Mitstreitern zuzueignen; aus seiner Sicht war diese Zueignung auch rechtswidrig, denn mangels eigenen Erfüllungswillens stellte er sich selbst bei Unkenntnis der Wirkungen von §§ 134, 138 BGB auf Drogengeschäfte keine Umstände vor, die einen Anspruch gegen den O auf gerade den hingehaltenen Geldschein oder nach der in der Lit. z. T. favorisierten Wertsummentheorie jedenfalls genau dessen Wert begründeten.<sup>7</sup>

Die oben bejahte Gewerbsmäßigkeit des Handelns von C begründet das Vorliegen des Regelbeispiels des § 243 I 2 Nr. 3, so dass ein Diebstahl in einem besonders schweren Fall gegeben ist.

## **5. §§ 244 I Nr. 2, 244a I** [durch Entreißen des Geldscheins]

Dieser Diebstahl könnte zu einem (ggf. schweren) Bandendiebstahl qualifiziert sein; Voraussetzung ist, dass die o. g. Bandenabrede von C und den Mitstreitern auch Diebstahl/Raub

---

<sup>4</sup> Lackner/Kühl Vor § 52 Rn. 20.

<sup>5</sup> BGHSt 46, 321.

<sup>6</sup> Vgl. OLG Zweibrücken NStZ 2000, 536; Lackner/Kühl § 248a Rn. 3.

<sup>7</sup> Insofern unterscheidet sich die Konstellation von derjenigen in BGH, NStZ-RR 1998, 235.

als beabsichtigte Taten erfassen sollte, wofür spricht, dass das Geld notfalls unter Einsatz körperlicher Gewalt erbeutet werden soll, denn damit scheidet ein bloßes Fortwirken des Irrtums beim Opfer und damit eine alleinige Zielrichtung auf Betrugereien aus Sicht der Bandenmitglieder notwendig aus. C müsste – anders als für § 263 III Nr. 1 – den Bandendiebstahl unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begangen haben. Nach der insoweit allerdings nicht unumstr. neuesten Rspr. ist dafür ein zeitliches und örtliches Zusammenwirken zweier Bandenmitglieder nicht unbedingt erforderlich; es reicht aus, wenn ein Bandenmitglied als Täter (hier C) mit einem anderen Bandenmitglied in irgendeiner Weise zusammenwirkt,<sup>8</sup> was hier mit dem Schutz gewährenden B der Fall ist.

Aufgrund der weiterhin gegebenen Gewerbsmäßigkeit i. S. v. § 243 I 2 Nr. 3 ist auch ein schwerer Bandendiebstahl i. S. v. § 244a I anzunehmen, hinter welchen §§ 242, 243, 244 zurücktreten. Fraglich ist das Konkurrenzverhältnis zu §§ 263 V, 22, denn hier ist die Tathandlung nicht identisch (Täuschung/Wegnahme); denkbar ist die Annahme rechtlicher bzw. tatbestandlicher Handlungseinheit, doch endet die Möglichkeit hierzu mit dem Fehlschlagen des Versuchs des ersten Delikts<sup>9</sup> – hier ist der Betrugsversuch mit Verweigerung der Vermögensverfügung aber bereits vor Beginn der Wegnahmehandlung gescheitert, womit Tatmehrheit (§ 53) gegeben ist.

## **Strafbarkeit des B**

### **1. §§ 263 I, II, III Nr. 1, V, 22, 25 II [z. N. des O durch angestrebte Verkaufsvereinbarung über Heroin]**

Fraglich ist, ob das Bandenmitglied B als Mittäter (§ 25 II) des versuchten gewerbsmäßigen Betrugs von C anzusehen ist. Beide begingen den Betrugsversuch aufgrund eines gemeinsamen Tatplanes, doch steht damit noch nicht fest, dass in der bloßen Absicherung des plangemäß allein die Tatbestandshandlung ausführenden C ein Mittäterschaft begründender Tatbeitrag des B gesehen werden kann. Für die Annahme von Mittäterschaft genügt hier sicherlich nach der von der Rspr. vertretenen subjektiven Theorie die gemeinsame Planung, die beabsichtigte Beuteteilung und das Absichern des Vorgehens des C, auch wenn B sich an der Betrugshandlung bis zu ihrer Vollendung nicht beteiligen sollte;<sup>10</sup> nach der Tatherrschaftslehre wäre Mittäterschaft des B zweifelhaft, weil es an der erforderlichen Mitherrschaft bei der Tatbestandsverwirklichung fehlte<sup>11</sup> (dann wäre nur §§ 263 V, 27 anzunehmen), doch lassen zahlreiche Stimmen in der Lit. auch wesentliche Planungs- und Organisationsbeiträge im Vorbereitungsstadium – wie sie hier gegeben sind – ausreichen.<sup>12</sup> Bejaht man somit Mittäterschaft des B, hatte dieser auch den

<sup>8</sup> Vgl. BGHSt 46, 321; Lackner/Kühl § 244 Rn. 8 m. w. N.

<sup>9</sup> Vgl. Kühl AT 21/25a m. w. N.

<sup>10</sup> Vgl. z. B. BGHSt 37, 289; BGH, NStZ 2001, 247; NStZ-RR 2002, 74.

<sup>11</sup> Vgl. LK-Roxin StGB, 11. Aufl. 1992, § 25 Rn 181

<sup>12</sup> So z. B. Kühl Strafrecht AT, 3. Aufl. 2000, § 20 Rn. 111 m. w. N.

erforderlichen Vorsatz bzgl. der Umstände, die Gewerbs- und Bandenmäßigkeit begründen, so dass er sich nach hier vertretener Ansicht wegen §§ 263 V, 22, 25 II strafbar gemacht hat .

**2. §§ 242, 244 I Nr. 2, 244a I, 25 II [durch Entreißen des Geldscheins]**

Eine Zurechnung auch des nachfolgenden Diebstahls geschehens über § 25 II wäre nur dann möglich, wenn dieser Wechsel von Betrug zu Diebstahl (noch) vom gemeinsamen Tatplan umfasst war. Angesichts der gemeinsamen Absicht, das Geld notfalls zu erbeuten, dürfte der Wechsel sich noch im Rahmen des Tatplanes halten, so dass kein bloßer Exzess des C vorliegt, sondern vielmehr eine Zurechnung der Strafbarkeit wegen § 244a I auch an B vorzunehmen ist.

**Strafbarkeit der A**

Für A gilt mit Blick auf das genannte Geschehen das zur Strafbarkeit des B Gesagte.

Dazuhin kommt noch:

**§ 303 [wegen des Fahrrads]**

Grundsätzlich erfordert ein Beschädigen des Fahrrades, dass in dessen Substanz eingegriffen wird; das ist aber nicht der Fall, wenn etwa durch Wiederauffüllen der Reifen diese ohne weitere Reparatur wieder in den vorigen Stand versetzt werden können. Ausnahmsweise ist aber anerkannt, dass auch eine bloße Funktionseinbuße genügen kann, wenn eine wesentliche Funktion betroffen ist und diese nicht ohne weiteres wiederhergestellt werden kann; deshalb nimmt die Rspr. an, dass auch im „Plattmachen“ der Reifen dann eine Sachbeschädigung wegen Funktionseinbuße liegen kann, wenn – wie hier der Nutzer keine Luftpumpe bei sich hat.<sup>13</sup> Diesbezüglich handelte A auch mit Vorsatz, so dass vollendete Sachbeschädigung gegeben ist.

**Strafbarkeit des O**

**1. §§ 249, 250 I Nr. 1b [wegen Entnahme der beiden 50 €-Scheine]**

Die 50 € Scheine sind für O fremde bewegliche Sachen.

Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Wegnahme ist kurz auf die Abgrenzung Raub/ räuberische Erpressung einzugehen. Nach der Rechtsprechung, die auf das äußere Erscheinungsbild abstellt, ist hier eine Wegnahme gegeben. Die Literatur differenziert nach der inneren Willensrichtung des Opfers. Da seitens des O der Anschein erweckt wurde, er halte dem C eine Pistole in den Rücken, ist ein Rest an Willensfreiheit hier eher nicht anzunehmen. Vielmehr

---

<sup>13</sup> BayObLG, NJW 1987, 3271.

sah C keine andere Möglichkeit, als die Entnahme des Geldes hinzunehmen. Damit liegt auch nach der Literatur eine Wegnahme vor.

Die Wegnahme geschah mittels Anwendung von Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben.

Fraglich ist die Absicht rechtswidriger Zueignung. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung wäre ausgeschlossen, wenn ein fälliger, einredefreier Anspruch des O bestand. Grundsätzlich hatte O einen Schadensersatzanspruch nach §§ 823 II BGB, 242 StGB. Die Einrede des § 817 S. 2 BGB kann hier nicht (analog) entgegen gehalten werden, da hier schon gar keine Leistung vorlag (Wegnahme) und eine analoge Anwendung des § 817 S. 2 BGB auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung nicht in Betracht kommt.<sup>14</sup>

Allerdings ist bei Gattungsschulden nur der Schuldner berechtigt, den Gegenstand zu konkretisieren (vgl. § 243 BGB). Stellt man Geldschulden den Gattungsschulden gleich, liegt hier eine objektiv rechtswidrige Zueignung vor. Zu diskutieren ist dann allerdings ein Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB. Da es sich bei der Rechtswidrigkeit der Zueignung um ein objektives normatives Tatbestandsmerkmal handelt, findet § 16 mit der Maßgabe Anwendung, dass der Täter den Bedeutungsgehalt des Tatbestandsmerkmals nach Laienart richtig erfasst haben muss. Je nach Sachverhaltsverständnis ist die Annahme des verbreiteten Irrtums auch bei O vertretbar, er könne seinen Anspruch aus jeglichen Geldmitteln des C begleichen. Dann fehlt es an der erforderlichen „Parallelwertung in der Laiensphäre“, so dass § 16 zumindest entsprechend Anwendung fände.<sup>15</sup>

Vertretbar ist hingegen auch die Annahme eines Verbotsirrtums. Dann muss zuvor zu den Rechtfertigungsgründen Stellung genommen werden. Dabei scheitert Notwehr i. S. v. § 32 an der nicht mehr gegebenen Gegenwärtigkeit des Eigentumsangriffs und Selbsthilfe gegen verbotene Eigenmacht i. S. v. § 859 II BGB daran, dass O den C nicht verfolgt, sondern nur zufällig wieder getroffen hat. Bzgl. § 229 BGB ist nicht klar gesagt, ob obrigkeitliche Hilfe rechtzeitig hätte erlangt werden können, doch erscheint dies eher unwahrscheinlich, zumal O ja keine Personalien etc. von C hatte. Allerdings ist dann problematisch, ob überhaupt ein Anspruch bestand, da die Konkretisierung ja weiterhin dem Schuldner oblag.

Geht man hingegen mit der Wertsummentheorie davon aus, dass es bei Geldschulden nur auf die durch das Geld verkörperte Wertsumme ankommt, fehlt es bereits an der Rechtswidrigkeit der Zueignung.

#### Anm. zu § 250 I Nr. 1 b:

---

<sup>14</sup> Vgl. *Palandt*, § 817, Rn. 2.

<sup>15</sup> Mit diesem Ergebnis jedenfalls die Rechtsprechung, die hier § 16 StGB zumindest analog annimmt, vgl. etwa BGHSt 17, 87, 90 f.

Die Vorschrift erfasst Gegenstände, ohne dass es auf eine „objektive Gefährlichkeit“ ankommt. Eine Abgrenzung von Werkzeugen und Mitteln ist weder möglich noch notwendig.<sup>16</sup> § 250 I Nr. 1b) StGB ist vom Gesetzgeber ausdrücklich als Auffangtatbestand konzipiert worden. Er soll insbesondere den Raub mit Scheinwaffen oder anderen objektiv ungefährlichen Gegenständen erfassen. Dass er trotz des Zurückbleibens im objektiven Bereich denselben Strafraumen vorsieht wie die Nr. 1a) findet seine Rechtfertigung in der subjektiv zusätzlich verlangten Absicht: „..., um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden“.<sup>17</sup> Mit dieser Begründung erscheint eine Erfassung des Lippenpflegestiftes möglich.

Der Gesetzgeber des 6. StrRG hat aber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der solche Tatmittel aus dem Anwendungsbereich des schweren Raubes ausscheiden, die nicht nur objektiv völlig ungefährlich sind, sondern auch nach ihrem äußeren Bild so erscheinen,<sup>18</sup> weiterhin beachtlich sein soll. So erklärte auch der Bundesgerichtshof diese für § 250 StGB-a.F. entwickelten Grundsätze für § 250 Abs. 1 Nr. 1b) StGB für anwendbar.<sup>19</sup> Damit unterfallen solche Gegenstände nicht dem Anwendungsbereich des Abs. 1 Nr. 1b), deren Täuschungseffekt nicht im äußeren Erscheinungsbild des wahrgenommenen Gegenstandes selbst besteht und daher den „Schein einer Waffe nicht begründen“ können, sondern die dadurch Täuschungswirkung erzielen, dass das Opfer zusätzliche Erklärungen oder konkludente Vorspiegelungen des Täters ernst nimmt.<sup>20</sup> Ein Lippenpflegestift kann nach diesen ergänzenden Kriterien nicht als Scheinwaffe gelten.<sup>21</sup>

Die gewichtige Kritik an dieser Gesetzesauslegung bemängelt berechtigt, dass das Problem der rechtlichen Einordnung von Scheinwaffen immer noch nicht gelöst ist, da es gerade das Wesen jeder „Scheinwaffe“ ist, dass ihre Drohungswirkung auf einer Täuschung beruht; wie diese vom Täter erklärt (ausdrücklich oder konkludent) wird, begründet keinen sachlichen Unterschied.<sup>22</sup>

Wenn entgegen der h.M., u.a. die Rechtsprechung des BGH, die Einordnung eines Lippenpflegestiftes als Werkzeug oder Mittel gemäß § 250 I Nr. 1b) StGB bejaht wird, ist die Prüfung des schweren Raubes fortzusetzen: Das Bei-sich-Führen ist gegeben. Der Lippenpflegestift wird von A sogar verwendet. Im subjektiven Tatbestand sind das Vorliegen des Vorsatzes und die Verwendungsabsicht festzustellen.

### **3. § 240 I [wegen Entnahme der 50 € Scheine]**

Wie gezeigt hat O den C vorsätzlich mittels einer Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Duldung der Wegnahme genötigt.

Hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe gilt das oben Gesagte. Wer § 229 BGB mit dem Hinweis auf das Konkretisierungsrecht des Schuldners verneint, muss die Verwerflichkeit der Nötigung i.

---

<sup>16</sup> Fischer, § 250 Rn. 9 i.V.m. § 244 Rn. 10 ff., insb. 25.

<sup>17</sup> BGH NSTZ 1998, 567, 568.

<sup>18</sup> Z.B. kurzes Plastikrohr, Labellostift; dazu BGHSt 38, 116; BGH NSTZ-RR 1996, 356; NSTZ 1997, 184 m. Anm. O. Hohmann; NSTZ 1998, 38.

<sup>19</sup> BGH, NSTZ 1999, 188.

<sup>20</sup> Fischer § 250 Rn. 10a m.w.N.; SSW/StGB-Kudlich § 250 Rn. 9, § 244 Rn. 25; vgl. auch NK-Kindhäuser § 250 Rn. 4, § 244 Rn. 26; BGH, JR 2007, 379.

<sup>21</sup> BGH NSTZ 1997, 184.

<sup>22</sup> Fischer § 250 Rn. 10a ff. m.w.N.

S. v. § 240 II prüfen; nur bei deren Bejahung ist nach h. M. die Nötigung auch rechtswidrig (vertretbar ist eine Prüfung der Verwerflichkeit bereits auf Tatbestandsebene). Wird die Verwerflichkeit angenommen, kommt immer noch ein Irrtum hinsichtlich der Voraussetzungen des § 229 StGB in Betracht, wobei hier eine Lösung über § 16 StGB entsprechend konsequent ist, wenn bereits das Problem der Rechtswidrigkeit der Zueignung über § 16 StGB gelöst wurde.

### **Zusatzfrage:**

S müsste prüfen, ob er verpflichtet ist, wegen der außerdienstlich erlangten Erkenntnisse ein Strafverfahren gegen A, B, C und/oder O einzuleiten. Zunächst müsste er aufgrund des Erzählten überhaupt den Verdacht einer strafbaren Handlung gefasst haben; daran fehlt es für diejenigen Bearbeiter, die sowohl für A, B und C als auch für O jedwede Strafbarkeit verneint haben. Gelangt man hingegen (wie nahe liegend) zu irgendeiner Strafbarkeit, ist weiter zu prüfen, ob auch bei außerdienstlicher Kenntniserlangung eine Pflicht zur Strafverfolgung besteht. Nach der gesetzlichen Regelung muss der Staatsanwalt bei zureichenden Anhaltspunkten stets einschreiten, wobei seine Erforschungspflicht auch bei der Kenntniserlangung auf anderem Wege als durch Anzeige besteht (vgl. §§ 152 II, 160 I StPO). Dies spricht dafür, darunter auch die außerdienstliche Kenntniserlangung zu fassen. Mit dem Blick auf die rechtlich geschützte Privatsphäre wird von einem Teil der Literatur eine Ermittlungspflicht generell verneint (vgl. SK-StGB-Hoyer, § 258a Rn. 6; Laubenthal, JuS 1993, 907; Pawlik, ZStW 111 [1999], 354).

Jenseits dieser gegensätzlichen Grundpositionen ist eine Abwägung vorzunehmen, in die folgende Überlegungen einbezogen werden können: Dem Legalitätsprinzip kommt eine überragende Bedeutung im Strafverfahren zu, da es einerseits der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs und dem Schutz der Allgemeinheit zu dienen bestimmt ist, andererseits auch die Gleichheit vor dem Gesetz garantiert. Die Rechtsprechung bejaht daher eine Pflicht zum Einschreiten bei privater Kenntniserlangung zumindest immer dann, wenn es sich um schwerwiegende Straftaten handelt, die nach Art und Umfang die Belange der Öffentlichkeit in besonderem Maße berühren (vgl. BGHSt 5, 225 [229]; BGHSt 12, 277 [281]). Bei Straftaten unter dieser Schwelle ist eine Abwägung vorzunehmen, bei der zum einen die Betroffenheit der Privatsphäre des Staatsanwalts, zum anderen die Schwere des Vergehens und die Auswirkungen auf die Allgemeinheit im Falle des Nichteinschreitens zu berücksichtigen sind (Beulke/Swoboda, StPO Rn. 91). Angesichts der Unbestimmtheit dieser Formel wird teilweise eine Orientierung an den Katalogtaten des § 138 StGB (vgl. z.B. Roxin/Schünemann StPO, § 37 Rn. 3) bzw. an der Verbrechensdefinition des § 12 StGB (vgl. Hellmann, StPO, Rn. 52) befürwortet. Für diese Auffassungen spricht die Anknüpfung an gesetzgeberische Vorgaben bezüglich der Deliktsschwere und die dadurch mögliche klare Abgrenzung, die dem Beamten auch die jeweilige Entscheidung erleichtert. Auf der anderen Seite wird damit eine Abwägung im Einzelfall unter besonderer Berücksichtigung der jeweiligen Situation und der betroffenen Interessen verhindert.



Eine Anknüpfung an § 138 würde hier eine Ermittlungspflicht ausschließen, bei einer Anknüpfung an § 12 kommt es darauf an, ob es der Bearbeiter auch eine Strafbarkeit (der A) wegen eines Verbrechens (z. B. § 249) bejaht hat. Folgt man der Rspr., sprechen Art und Umfang der von A dem S gebeichteten Straftaten nicht dafür, dass Belange der Öffentlichkeit in derart großem Maße berührt sind, dass sich bereits daraus eine Ermittlungspflicht herleiten lässt (anders mit entsprechender Begr. aber vertretbar). Bei der dann erforderlichen Abwägung spricht das Interesse des S am Schutz seiner Privatsphäre (Nichtoffenbaren der außerehelichen Beziehung) eher gegen eine Ermittlungspflicht, die anderenfalls folgende Begünstigung der Geliebten und deren Familie vielleicht eher dafür.

S darf als Zeuge vernommen werden, und zwar unabhängig davon, ob er als StA den Fall behandelt. Auch muss er als Zeuge wahrheitsgemäß aussagen. Ein Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 I Nr. 1 StPO steht ihm nicht zu; mit der A ist er (noch) nicht wirksam verlobt, und mit den Beteiligten an obigem Geschehen nicht verwandt.

Allerdings könnte fraglich sein, ob er über die Spontanäußerung der A berichten darf, da er sie zuvor weder als Zeugin noch als Beschuldigte belehrt hat. Eine fehlende Belehrung gem. § 52 III StPO bzw. §§ 136 I, 163a III StPO bewirkt ein Beweisverwertungsverbot nicht nur in einem Strafverfahren gegen A, sondern auch gegen B und C, denn das Zeugnisverweigerungsrecht der A gegenüber B und C schützt auch diese. Allerdings ist hier fraglich, ob überhaupt eine Belehrungspflicht bestanden hat, denn es handelte sich um eine von S in keinsten Weise auch nur geförderte Spontanäußerung der A; solche Spontanäußerungen können uneingeschränkt verwertet werden (Beulke/ Swoboda, Rn. 118).