

Takacs David

Name, Vorname

9.3.24

Datum

An die
Personalstelle für den Juristischen Vorbereitungsdienst

Betr.: B-Klausurenkurs

In der Anlage gebe ich die im Klausurenkurs B ausgegebene Klausur mit der

Nr. 061 SRTI

zur Korrektur. Mir ist bekannt, dass meine Klausur nur bei vollständiger- lesbarer- Ausfüllung
und Unterschrift korrigiert wird.

Ich erkläre, dass ich

- 1: Referendar/in im Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg bin,
2. an dem A-Klausurenkurs Oktober 22 teilgenommen habe,
3. voraussichtlich im Monat Juni 24 die Examensklausuren schreiben werde.

P. Takacs
Unterschrift

Gutachten zu den Erfolgsaussichten der Revision

Die Revision hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Statthaft

Die Revision gegen das Urteil des Amtsgerichts Tiergarten ist als sogenannte Sprungrevision nach § 335 I StPO statthaft.

II. Berechtigung

Neben der Angeklagten ist auch der Verteidiger aus eigenem Recht zur Einlegung der Revision berechtigt, § 297 I StPO

III. Beschwer

Die Angeklagte ist durch die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren durch das Urteil beschwert.

IV. Einlegungsfrist / Begründungsfrist

Die Revision muss binnen einer Woche nach Verkündung des Urteils bei dem Ausgangsgericht eingelegt werden, § 341 I StPO. Das Urteil ist am 3.11.2015 verkündet worden und am 5.11.2015 wurden Rechtsmittel gegen das Urteil eingelegt, mithin binnen der Wochenfrist. Ein unbestimmtes Rechtsmittel kann innerhalb der Begründungsfrist als Berufung oder Revision weiterverfolgt werden.

Die Revision müsste noch begründet werden können. Die Revisionsbegründungsfrist beträgt gem. § 345 I 1 StPO einen Monat und beginnt - weil das Urteil nicht binnen einer

Woche nach der Verkündung zugestellt wurde - erst mit der Zustellung des Urteils. Das Urteil ist dem Verteidiger Dr. Bläulich und der Angeklagten am 23.11.2015 zugestellt worden. Die Revisionsbegründungsfrist beginnt damit am 24.11.2015 zu laufen und endet mit Ablauf des 23.12.2015, § 43 I StPO. Damit kann die Revision bis zum 23.12.2015 begründet werden.

V. Kein Verzicht oder Rücknahme

Fraglich ist, ob der Revisionseinlegung die Rücknahme des im Anschluss an die Verkündung des Urteils eingelegten Rechtsmittels entgegensteht. Denn grundsätzlich bewirkt die Zurücknahme des rechtmäßig eingelegten Rechtsmittels die Rechtskraft des Urteils.

Allerdings könnte hier der Wirkung des Rücktritts § 302 I 2 StPO entgegenstehen. Danach ist der Verzicht auf Rechtsmittel nach einer Verständigung ausgeschlossen. Mit der Ratio der Vorschrift müssen ebenfalls die zeitlich zusammenfallende Einlegung und Rücknahme eines Rechtsmittels unzulässig sein. Denn dabei handelt es sich offensichtlich um eine Umgehung der Verbotsvorschrift, die es dem Angeklagten gerade ermöglichen soll, auch ein Urteil das auf einer Verständigung beruht zu überprüfen. Könnte die Vorschrift durch die Einlegung eines Rechtsmittels und ihren sofortigen Verzicht umgangen werden, würde sie leer laufen und wäre nicht geeignet, die Stellung des Angeklagten in einem fairen Verfahren zu schützen.

So liegt der Fall hier. Denn zwar schweigt das Protokoll zu der Frage, ob eine Verständigung stattgefunden hat. Allerdings kann aus den dienstlichen Erklärungen des anwesenden Referendars und des Vorsitzenden

freibeweislich rekonstruiert werden, dass eine Verständigung stattgefunden hat und die Einlegung und Rücknahme des Rechtsmittels gerade dazu diene, das Urteil entgegen der Vorschrift des § 302 I 2 StPO sofort rechtskräftig werden zu lassen.

Damit steht die Rücknahme der Rechtsmittel der erneuten Einlegung der Revision nicht entgegen.

Zwischenergebnis: Die Revision ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Revision ist begründet, wenn dem Urteil von Amts wegen zu beachtende Verfahrenshindernisse entgegenstanden oder das Urteil auf verfahrens- oder sachlichrechtlichen Fehlern beruht, §§ 337 I, 338 StPO.

I. Verfahrenshindernisse

Hinsichtlich der Verurteilung wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 I StGB) könnte bereits ein Verfahrenshindernis bestehen. Ein Verfahrenshindernis besteht auch, wenn der Verurteilung das Fehlen eines erforderlichen Strafantrags entgegensteht.

Beim Hausfriedensbruch handelt es sich um ein absolutes Antragsdelikt, das nur auf Antrag verfolgt werden kann, § 123 II StGB. Das Fehlen eines Strafantrags kann das Revisionsgericht freibeweislich nach dem gesamten Akteninhalt feststellen. Ein Strafantrag nach §§ 77 ff. StGB, 158 StPO liegt danach nicht vor. In der Akte befindet sich kein Strafantrag. Aus der Erklärung des Zeugen Drusper

ergibt sich ferner, dass der antragsberechtigte Inhaber des Baumarkts weder einen Strafantrag gestellt hat, noch beabsichtigt einen Strafantrag zu stellen.

Der Strafantrag kann durch das Bejahen des besonderen öffentlichen Interesses nicht ersetzt werden, da es sich um ein absolutes Antragsdelikt, nicht um ein relatives Antragsdelikt handelt.

Mithin ist das Verfahren hinsichtlich der Verurteilung wegen Hausfriedensbruchs nach § 354 I StPO durch das Revisionsgericht einzustellen.

II. Verfahrensrüge

1. §§ 24 I, II, 26a I, 338 Nr. 3 StPO (Befangenheitsantrag verspätet)

Die Verfahrensrüge könnte begründet sein, wenn der Vorsitzende wegen Befangenheit abgelehnt war und das Gericht den Befangenheitsantrag zu Unrecht als unzulässig verworfen hätte.

Nach § 26a I Nr. 1 StPO kann ein Befangenheitsantrag als unzulässig verworfen werden, wenn er verspätet ist. Wann ein Antrag verspätet ist, folgt aus § 25 I 1 StPO, wonach die Ablehnung eines erkennenden Richters wegen Besorgnis der Befangenheit bis zum Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse zulässig ist. Etwas anderes gilt nur, wenn die Ablehnung auf Umstände gestützt wird, die nach diesem Zeitpunkt liegen, § 25 II 1 StPO.

Der Befangenheitsantrag des Verteidigers erfolgte nach diesem Zeitpunkt und wurde auf Aspekte gestützt, die bereits im Ermittlungsverfahren bekannt waren. Damit ist

der Antrag verspätet und konnte in zulässiger Weise als unzulässig verworfen werden.

Auch ein Fall des § 23 StPO liegt wegen der Vorbefassung nicht vor. Die Vorbefassung im Ermittlungsverfahren rechtfertigt grundsätzlich nicht den Ausschluss des erkennenden Richters außerhalb der in § 23 II StPO bestimmten Fälle.

Auf die Begründetheit des Befangenheitsantrags in der Sache kommt es daher nicht an, da er unzulässig war und daher zurecht verworfen wurde.

[Hilfsweise (Bearbeitervermerk) wird seine Begründetheit geprüft:

Im Revisionsverfahren hat das Revisionsgericht nach den Beschwerdegrundsätzen über die Begründetheit des Befangenheitsantrags zu entscheiden, §§ 309 II, 28 II 2 StPO, da die fehlerhafte Entscheidung zusammen mit dem Urteil angefochten werden kann.

Das Revisionsgericht hat daher umfassend zu prüfen, ob die Besorgnis der Befangenheit vorlag. Das ist der Fall, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen, § 24 II StPO. Dabei kommt es auf die Sicht eines objektiven und besonnenen Angeklagten an. Dieser müsste Anlass zur Annahme haben, der Richter nehme ihm gegenüber eine innere Haltung ein, die nicht unvoreingenommen ist.

Das ist bei den hier vom Vorsitzenden eingeräumten Aussagen der Fall. Durch die Aussage "machen Sie sich doch nichts vor, die Frau gehört ins Gefängnis, wo sie ist, und zwar ganz lange und ganz tief; Solche Leute haben in Freiheit nichts zu suchen" gibt der Vorsitzende zu

verstehen, dass er die Angeklagte bereits für schuldig erachtet und davon ausgeht, die müsse ins Gefängnis. Damit gibt er zu verstehen, dass er bereits innerlich eine Verurteilung vorgenommen hat und damit ihr gegenüber gerade nicht unvoreingenommen gegenübersteht.

Mithin wäre der Befangenheitsantrag in der Sache begründet gewesen.]

2. §§ 226 I, 338 Nr. 5 StPO (Nichtanwesenheit der Staatsanwaltschaft)

a) Die Verfahrensrüge könnte erfolgreich auf die Verletzung von § 226 I StPO gestützt werden. Danach muss die Staatsanwaltschaft während der Hauptverhandlung ununterbrochen anwesend sein. Hiergegen könnte verstoßen worden sein, wenn an der Hauptverhandlung für die Staatsanwaltschaft jemand aufgetreten wäre, der nicht hierzu berechtigt ist. Nach § 142 III GVG können Referendaren nur die Tätigkeiten der Amtsanwaltschaft und im Einzelfall die Aufgaben eines Staatsanwalts unter Aufsicht übertragen werden. Amtsanwälte können nach § 142 I Nr. 3 GVG grundsätzlich vor dem Amtsgerichten auftreten. Näheres zum Dienstbetrieb regelt das jeweilige Land, § 8 S. 2 AGGVG. Vor dem Schöffengericht erfolgt in Berlin die Sitzungsververtretung nur bei besonderer Eignung im Einzelfall nach Auftrag durch die Generalstaatsanwaltschaft, Ziff. 23 OrgStA Berlin.

Nach alledem ist eine Übertragung der Wahrnehmung des Sitzungsdienstes vor dem Schöffengericht für einen Referendar ebenfalls nur durch die Generalstaatsanwaltschaft möglich. Denn seine Möglichkeiten können nicht über die der Amtsanwälte

hinausgehen. Eine Heranziehung eigenmächtig durch den Vorsitzenden ist jedoch nicht vorgesehen.

Damit trat der Referendar während der Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht auf, ohne hierzu herangezogen worden zu sein. Gerade wegen des zwingenden Anwesenheitsrechts der Staatsanwaltschaft nach § 226 I StPO ist es relevant, dass ein zum Auftreten befugter Staatsanwalt an der Hauptverhandlung teilnimmt. Eine solche Befugnis hatte der Referendar nicht. Damit liegt ein Verstoß gegen § 226 I StPO vor.

b) Der Verstoß kann nach § 274 S. 1 StPO durch das Hauptverhandlungsprotokoll bewiesen werden. Bei der Frage der Anwesenheit der Beteiligten am Verfahren handelt es sich um eine wesentliche Förmlichkeit.

c) Bei der Anwesenheit der Staatsanwaltschaft handelt es sich um eine zwingende Vorschrift, deren Verstoß nicht nach § 238 II StPO gerügt werden muss.

d) Das Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler wird nach § 338 Nr. 5 StPO unwiderleglich vermutet.

Insoweit ist die Verfahrensrüge begründet.

3. §§ 230 I, 231 II, 338 Nr. 5 StPO (Nichtanwesenheit der Angeklagten)

a) Ferner könnte gegen das Anwesenheitsrecht der Angeklagten verstoßen sein worden. Eine Verhandlung gegen einen ausgebliebenen Angeklagten findet nach § 230 I StPO nicht statt. Der Angeklagte hat grundsätzlich während der gesamten Verhandlung anwesend zu sein, § 231 I 1 StPO.

Vorliegend wurde die Verhandlung unterbrochen und vor der Rückkehr der Angeklagten wieder fortgesetzt. Damit wäre gegen die Anwesenheitspflicht der Angeklagten verstoßen worden, wenn nicht ausnahmsweise die Abwesenheit gestattet wäre. Das ist nach § 231 II StPO der Fall, wenn sich der Angeklagte eigenmächtig entfernt oder nach der Unterbrechung nicht wieder erscheint.

Die Eigenmächtigkeit prüft das Gericht freibeweislich. An ihr fehlt es schon, wenn sich der Angeklagte mit ausdrücklicher oder stillschweigender Billigung des Gerichts entfernt. Das ist hier der Fall, denn es wurde auf Wunsch der Angeklagten eine Pause gemacht, damit sie etwas trinken kann. Wenn sie sich dann entfernt, um eine Getränk zu erwerben, entfernt sie sich mit Billigung des Gerichts. Eine Eigenmächtigkeit liegt damit nicht vor und es durfte nicht ohne ihre Anwesenheit weiter verhandelt werden. Das Gericht hätte ihre Rückkehr abwarten müssen.

b) Die Abwesenheit der Angeklagten kann über die negative Beweiskraft des Protokolls nach § 274 S. 1 StPO bewiesen werden, denn die Tatsache ob die Angeklagte anwesend ist, ist eine wesentliche Förmlichkeit. Die Frage der Eigenmächtigkeit kann freibeweislich bewiesen werden. Schon der Hinweis auf den Grund der Unterbrechung im Hauptverhandlungsprotokoll bietet einen erheblichen Hinweis auf die Entfernung unter Billigung des Gerichts.

c) Eine Rügepräklusion nach § 238 II StPO findet nicht statt.

d) Das Urteil beruht auch auf dem Verstoß, § 338 Nr. 5 StPO. Das Beruhen ist auch denkgesetzlich nicht ausgeschlossen, weil ein unwesentlicher Teil der Hauptverhandlung vorlag, denn während ihrer Abwesenheit

verlas der Verteidiger ein Geständnis, sodass die Angeklagte während der Beweisaufnahme fehlte.

Insoweit ist die Verfahrensrüge auch begründet.

4. §§ 257c, 337 I StPO (Unzulässige Verständigung)

a) Es könnte ein Verstoß gegen die Vorschriften zur Verständigung vorliegen. Das Urteil ist durch eine Verständigung zwischen dem Gericht, der Staatsanwaltschaft und dem Verteidiger zustande gekommen. Denn das Gericht bot der Verteidigung an, einen minder schweren Fall anzunehmen und die Angeklagte zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren ohne Bewährung zu verurteilen, wenn sie gestehen würde.

Während dieser Verständigung wurde allerdings das Verfahren für eine Verständigung missachtet. Das Gericht kann bei einer Verständigung nur eine Ober- und Untergrenze für eine mögliche Strafe angeben, § 257c III 2 StPO. Denn zum Zeitpunkt der Verständigung ist noch überhaupt nicht möglich, eine abschließende Strafzumessung vorwegzunehmen.

Ferner müssen die Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit zur Stellungnahme haben. Insbesondere die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte müssen zustimmen, § 257c III 3, 4 StPO. Ferner muss das Gericht den Angeklagten über die Voraussetzungen und Folgen eines Abweichens von der Verständigung belehren, § 257c IV, V StPO.

Zuletzt hat der Vorsitzende die Annahme eines minder schweren Falls in Aussicht gestellt. Gegenstand der Verständigung können aber nur die Rechtsfolgen sein, § 257c II 1 StPO, nicht der Schuldspruch selbst, § 257c II 3

StPO. Die Frage einer Strafraumenverschiebung wegen eines minder schweren Falls ist jedoch nah mit dem Schuldspruch verwandt. Denn er ist konstitutiv für den zugrundezulegenden Strafraumen. Damit kann nicht die Annahme eines minder schweren Falls im Wege der Verständigung vereinbart werden.

Dies alles ist nicht geschehen, sodass ein Verstoß gegen die Regelungen über eine Verständigung vorliegt.

b) Der Beweis hierüber kann freibeweislich erfolgen. Das Hauptverhandlungsprotokoll schweigt hinsichtlich einer Verständigung. Nur zu Beginn der Hauptverhandlung stellt es fest, dass bis zu diesem Zeitpunkt keine Verständigung stattgefunden habe. Ein Hinweis auf eine Verständigung im weiteren Verlauf des Verfahrens wäre nach § 243 IV 2 StPO aber notwendig gewesen. Insoweit ist das Protokoll mangels eines Hinweises widersprüchlich. Insoweit kann freibeweislich über Zustandekommen und Inhalt der Verständigung Beweis erhoben werden.

Der Nachweis des Verstoßes gelingt damit insbesondere durch die dienstlichen Äußerungen des anwesenden Referendars und des Vorsitzenden.

c) Eine Rüge ist nicht notwendig gewesen, da es sich um zwingende Vorschriften handelt.

d) Das Urteil müsste auch auf dem Verstoß gegen die Regeln der Verständigung beruhen, § 337 I StPO. Das ist der Fall, wenn es nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Urteil ohne Verstoß anders ausgefallen wäre. Wäre es zu keiner Verständigung gekommen, wäre das Geständnis von der Angeklagten durch ihren Verteidiger nicht abgegeben worden. Da das Urteil in der Beweiswürdigung

sich wesentlich auf das Geständnis stützt, wäre es möglicherweise anders ausgefallen, wenn das Verfahren der Verständigung wirksam durchgeführt worden wäre.

Mithin ist insoweit die Verfahrensrüge begründet.

5. §§ 251 I Nr. 2, 337 I StPO (Verlesung Erklärung)

a) Es könnte ein Verstoß gegen § 251 I Nr. 2 StPO vorliegen, wenn das Gericht die Erklärung des Zeugen Drusper unzulässig verlesen hat.

Eine Verlesung einer Erklärung nach § 251 I Nr. 2 StPO ist nur möglich, wenn es der Bestätigung eines Geständnisses dient und der unverteidigte Angeklagte und der Staatsanwalt der Verlesung zustimmen. Das ist hier ersichtlich nicht geschehen. Das Gericht nennt zwar als Grundlage die Nr. 2, meint jedoch - weil es darauf abstellt, dass der Zeuge in absehbarer Zeit nicht vernommen werden kann - offensichtlich die Nr. 3. Eine offensichtlich falsche Bezugnahme selbst führt nicht zu einem Verfahrensverstoß. Zu prüfen ist daher die offensichtlich gemeinte Nr. 3.

Danach kann eine Erklärung verlesen werden, anstatt den Zeugen zu vernehmen, wenn der Zeuge verstorben ist oder in absehbarer Zeit nicht gerichtlich vernommen werden kann. Eine nicht absehbare Zeit erfordert eine nicht nur kurze Zeitspanne. Hierbei kommt es auf eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls an, insbesondere die Wichtigkeit der Beweisfrage und die Schwere der Straftat, aber auch der Beschleunigungsgrundsatz.

Grundsätzlich ist der Zeuge Drusper der einzige Belastungszeuge hinsichtlich der Tat vom 30.9.2015. Seiner Aussage kommt daher eine überragende Bedeutung zu. Er

wäre jedenfalls ab dem 22.11.2015, also ungefähr drei Wochen später für das Gericht verfügbar gewesen. Angesichts seiner Relevanz für die Beurteilung der Tat sprechen damit grundsätzlich gewichtige Gründe dafür, dass er persönlich zu vernehmen gewesen wäre.

Andererseits muss berücksichtigt werden, dass die Angeklagte in der Sache in U-Haft war und daher ein besonderes Beschleunigungsinteresse bestand und eine persönliche Vernehmung nicht zwingend weitere Erkenntnisse erbracht hätte. Allerdings kann nur die persönliche Vernehmung auch das Konfrontationsrecht des Angeklagten erfüllen. Gerade wenn es nur einen Belastungszeugen gibt, kann das Gericht nicht nur wegen eines Beschleunigungsinteresses auf eine persönliche Vernehmung verzichten. Ist der Angeklagten an einer erheblichen Beschleunigung wegen der Haft gelegen, hätte sie nach Nr. 1 ihr Einverständnis abgeben können. Da das nicht erfolgt ist, muss das Gericht die noch relativ kurze Zeit bis zum 22.11.2015 abwarten und kann nicht unter Verzicht auf eine Vernehmung die Erklärung verlesen.

b) Dass die Erklärung verlesen wurde folgt aus der positiven Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls, § 274 S. 1 StPO. Bei verlesenen Erklärungen handelt es sich um wesentliche Förmlichkeiten.

c) Eine Rügepräklusion nach § 238 II StPO tritt nicht ein, da das Gericht durch Beschluss entschieden hat.

d) Das Urteil beruht (§ 337 I StPO) auch auf dem Fehler. Denn die Beweiswürdigung stützt sich auf die zu Unrecht verlesene Erklärung und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Urteil anders ausgefallen wäre, wäre die Erklärung nicht verlesen worden.

Insoweit ist die Verfahrensrüge ebenfalls begründet.

III. Sachrüge

Die Sachrüge ist begründet, wenn die Feststellungen den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch nicht tragen.

1. Fraglich ist, ob die Feststellungen eine Verurteilung wegen schwerem räuberischen Diebstahl, §§ 252, 250 I Nr. 1 b StGB tragen.

a) Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

(1) Die Angeklagte ist nach den Feststellungen bei einem Diebstahl (§ 242 I StGB) betroffen worden. Indem sie die Wasserpistole in ihre rechte Jackentasche steckte und den Fensterreiniger in ihren Rucksack, hat sie diese jeweils um diese für sich zu behalten weggenommen. Wegnahme bedeutet den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams. Der Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung. Nach der Verkehrsanschauung sind Innenräume von Kleidung und Rucksack ausschließlich dem jeweiligen Besitzer zugeordnet. Damit hob die Angeklagte den Gewahrsam des Ladeninhabers an der Wasserpistole und dem Fensterreiniger auf und begründete eigenen Gewahrsam, als sie diese in ihre Jackentasche und ihren Rucksack steckte. Sie nahm sie also bereits in dem Zeitpunkt weg und beging damit einen Diebstahl.

(2) Sie wurde noch während der Beendigungsphase, als sie den Laden verließ von dem Zeugen Druster angetroffen,

also auf frischer Tat.

(3) Die Feststellungen müsste sodann den Einsatz von Gewalt oder eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben tragen. Gewalt setzt eine physische Kraftentfaltung aufseiten des Täters voraus, die sich physisch bei dem Opfer auswirkt, um einen Widerstand zu überwinden. Das ist hier nicht der Fall, denn die Feststellungen tragen keine physische Krafteinwirkung auf den Zeugen Druster.

Allerdings tragen die Feststellungen eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben. Eine Drohung liegt vor, wenn der Täter ein Übel in Aussicht stellt, auf das er Einfluss zu haben vorgibt. Mit der Andeutung, in der Hosentasche eine Schusswaffe zu haben und der entsprechenden zielenden Bewegung mit der Wasserpistole hat die Angeklagte konkludent zu verstehen gegeben, sie werde ggf. auf den Zeugen schießen, sollte er sie nicht passieren lassen. Damit hat sie diesen mit einer Gefahr für Leib und Leben bedroht.

(5) Fraglich ist, ob die Feststellungen die Qualifikation des § 250 I Nr. 1 lit. b StGB tragen. Dafür müsste die Angeklagte nach den Feststellungen sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich geführt haben, um den Widerstand einer anderen Person durch Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden.

Vom Wortlaut her ist die Qualifikation nach den Feststellungen erfüllt, denn auch ein ungefährlicher Gegenstand wie eine Wasserpistole ist grundsätzlich tauglich, um zu einer Drohung nach § 250 I Nr. 1 lit. b StGB bei sich geführt zu werden. Insoweit schränkt der Wortlaut die Vorschrift nicht ein. Bei der Wasserpistole handelt es

sich um eine bewegliche Sache, die die Angeklagte nicht nur bei sich geführt, sondern sogar verwendet hat, um den Widerstand des Zeugen Druser zu überwinden. Denn dieser hat den Gegenstand im Kontext der Drohung visuell in der Jacke wahrgenommen.

Fraglich ist einzig, ob wegen der erheblichen Strafandrohung von mindestens 3 Jahren eine teleologische Reduktion der Norm notwendig ist. Diese könnte geboten sein, weil die Norm auch solche offensichtlich ungefährlichen Gegenstände erfasst, die nur deshalb zur Drohung geeignet sind, weil der Täter über die Eigenschaft des Gegenstands täuscht. Die Ratio der Vorschrift ist es jedoch, eine erhöhte Gefährlichkeit durch den Einsatz von Werkzeugen oder Mitteln und die damit verstärkte Einwirkung auf die Willensentschlussfreiheit des Opfers zu pönalisieren. Gerade nicht von der Ratio der Norm umfasst sind solche Gegenstände, die diese Einwirkung auf die Willensentschlussfreiheit durch eine Täuschung des Opfers erlangen. Denn bei den §§ 249 ff StGB handelt es sich nicht um Selbstschuldigungsdelikte wie dem § 263 StGB, bei denen gerade die Täuschung des Opfers im Vordergrund steht. Gerade wegen dieser systematischen Stellung und der hohen Strafandrohung sind solche Gegenstände vom Anwendungsbereich des § 250 StGB herauszunehmen, die offensichtlich ungefährlich sind und auf das Opfer einzuwirken nur deswegen geeignet sind, weil dieser vom Täter über die Beschaffenheit der Sache getäuscht wird.

So liegt der Fall hier. Denn eine rosa Wasserpistole ist für einen objektiven Dritten als offensichtlich ungefährlich zu erkennen. Nur durch das Verstecken in der Jackentasche und das täuschende Element, dass die Angeklagte

konkludent behauptet, es sei eine echte Schusswaffe, ist die Wasserpistole geeignet, eine Zwangswirkung beim Zeugen zu entfalten. In einem solchen Fall rechtfertigt sich aber der Strafraum von mindestens 3 Jahren nicht und eine teleologische Reduktion ist geboten.

Die Feststellungen tragen danach nicht eine Qualifikation nach § 250 I Nr. 1 lit. b StGB.

bb) Subjektiver Tatbestand

Die Feststellungen tragen eine vorsätzliche Begehung durch die Angeklagte. Ferner tragen die Feststellungen, dass die Angeklagte die Drohung anwandte, um sich im Besitz der Beute zu erhalten.

b,c) Nach den Feststellungen handelte sie rechtswidrig und schuldhaft.

Ergebnis: Die Feststellungen tragen eine Verurteilung nur wegen § 252 StGB. Der zuvor verwirklichte Diebstahl nach § 242 I StGB wird von § 252 StGB als notwendige Vortat verdrängt.

2. Fraglich ist, ob die Feststellungen eine Verurteilung wegen Diebstahls, § 242 I StGB durch die Flucht mit dem Pkw und das anschließende zurücklassen tragen.

a) Tatbestand

aa) Objektiver Tatbestand

(1) Bei dem Fahrzeug des Zeugen Drusper handelt es sich um eine bewegliche Sache, die nicht im Eigentum der Angeklagten stand, mithin um eine fremde bewegliche Sache.

(2) Indem sie den Zündschlüssel betätigte und mit dem Fahrzeug wegfuhr, hob sie den Gewahrsam des Zeugen Drusper auf und begründete eigenen Gewahrsam am Fahrzeug ohne den Willen des Zeugen Drusper, also durch Bruch. Auch wenn der Zündschlüssel steckte, war der Gewahrsam nach der sozialen Anschauung weiterhin dem Zeugen Drusper zugeordnet. Dieser war allenfalls gelockert, weil das Fahrzeug einfach in Besitz genommen werden konnte. Mithin tragen die Feststellungen eine Wegnahme des Fahrzeugs.

bb) Die Angeklagte handelte nach den Feststellungen vorsätzlich hinsichtlich der Wegnahme einer fremden beweglichen Sachen.

Fraglich ist, ob die Feststellungen auch eine rechtswidrige Zueignungsabsicht tragen. Eine Zueignungsabsicht liegt vor, wenn der Täter die Sache sich oder einem Dritten zueignen will. Dies erfordert nach der Vereinigungstheorie, dass der Täter die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Wert dem Vermögen des Berechtigten vorsätzlich entzieht und sich selbst oder einem Dritten absichtlich zumindest vorübergehend einverleibt.

Die Aneignungskomponente, also die absichtliche zumindest vorübergehende Einverleibung tragen die Feststellungen, denn die Angeklagte wollte das Fahrzeug gerade für die Flucht verwenden.

Fraglich ist allerdings, ob auch die Enteignungskomponente von den Feststellungen getragen wird, also ob die Angeklagte vorsätzlich hinsichtlich der dauerhaften Enteignung handelte. Insoweit ist das Revisionsgericht grundsätzlich an die Feststellungen des Tatgerichts gebunden und kann die Feststellungen nur darauf prüfen,

ob diese in sich schlüssig, widerspruchsfrei und lückenlos sind und nicht gegen Gesetze der Denklogik oder Naturgesetze verstoßen.

In den Feststellungen zur Sache (unter II. des Urteils) trifft das Gericht keine Feststellungen zum Enteignungsvorsatz. Das Gericht stellt lediglich fest, dass die Angeklagte telefonisch anonym eine Mitarbeiterin des Baumarktes über den Standort des Wagens verständigte.

Erst im Rahmen der Beweiswürdigung schließt das Gericht insoweit aus der Tatsache, dass ein unverschlossenes Fahrzeug in eine Nebenstraße geparkt wird darauf, dass die Angeklagte von vornherein erkannte und billigend in Kauf nahm, dass der Zeuge Drusper dauerhaft von der Verfügung über sein Fahrzeug ausgeschlossen wäre.

Dieser Rückschluss im Rahmen der Beweiswürdigung erweist sich jedoch als widersprüchlich und lückenhaft. Denn das Gericht setzt sich gerade nicht damit auseinander, warum die Angeklagte davon ausgehen sollte, der Zeuge Drusper würde sein Fahrzeug nicht wiedererlangen, wenn sie eine Mitarbeiterin des Marktes über den Standort des Wagens ins fußläufiger Reichweite des Marktes unmittelbar nach der Wegnahme des Fahrzeugs informiert. Damit begibt sich das Urteil in einen Widerspruch hinsichtlich des festgestellten Tatbestands unter II. Denn die Angeklagte unternahm nach den Feststellungen des Gerichts gerade Maßnahmen, um das Fahrzeug zum Inhaber zurückkehren zu lassen. Ohne die entsprechenden Ausführungen, die diesen Widerspruch auflösen, sind die Feststellungen hinsichtlich der Enteignungskomponente fehlerhaft und vermögen eine Verurteilung nicht zu tragen.

Damit tragen die Feststellungen eine Verurteilung wegen Diebstahls nach § 242 I StGB nicht.

3. Einer Verurteilung wegen Hausfriedensbruchs nach § 123 I StGB steht schon der fehlende Strafantrag entgegen (s.o.).

4. Die Feststellungen tragen darüber hinaus eine Verurteilung wegen § 248b I StGB ebenfalls nicht, weil insoweit auch ein zwingend erforderlicher Strafantrag fehlt, § 248b III StGB.

Zwischenergebnis: Die Feststellungen tragen eine Verurteilung nur wegen § 252 StGB.

5. Im Rahmen der Strafzumessung verstößt das Urteil gegen § 46 III StGB. Danach dürfen Umstände, die Merkmale des gesetzlichen Tatbestands sind, bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt werden ("Doppelverwertungsverbot"). Soweit das Urteil zulasten der Angeklagten berücksichtigt, dass es sich bei dem räuberischen Diebstahl sogar um ein Verbrechen handle und sie damit ihren fehlenden Respekt vor dem Eigentum anderer bekundet habe, berücksichtigt das Gericht fehlerhaft gerade die Verletzung des Eigentums Dritter, was aber den Eigentumsdelikten gerade inhärent ist. Sie folgt gerade aus dem Erfordernis, bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen zu sein. Einem Diebstahl wohnt gerade die Verletzung der Eigentumsordnung durch die eigene rechtswidrige Zueignung inne.

hier: Sachmisse

6. Ferner hat das Gericht die Entschuldigung der Angeklagten bei dem Zeugen Drusper nicht berücksichtigt, obwohl auch das Nachtatverhalten und insbesondere die Bemühung um Wiedergutmachung nach § 46 II 2 StGB bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind.

7. Zuletzt hat das Gericht fehlerhaft eine Aussetzung zur Bewährung nach § 56 II StGB fehlerhaft verneint. Das Gericht hat eine Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit des Verurteilten auf besondere Umstände zu prüfen, nach denen eine Aussetzung zur Bewährung geboten wäre. Das Revisionsgericht ist bis zur Grenze des Vertretbaren an das Ermessen des Tatrichters gebunden und beschränkt sich auf die Prüfung von Rechtsfehlern und Willkür.

Aber auch danach erweisen sich die Ausführungen im Urteil als fehlerhaft. Es ist nicht ersichtlich, warum die vorangegangene Untersuchungshaftvollstreckung Umstände darstellen würde, wonach von Anfang an keine Aussetzung zur Bewährung in Frage käme. Vielmehr kann der Verurteilte durch die erstmalige Hafterfahrung derartig durch die U-Haft beeindruckt worden sein, dass gerade wegen der vollstreckten U-Haft eine weitere Vollstreckung der Freiheitsstrafe unter Umständen nicht mehr geboten ist. Ferner hat das Gericht bei seiner Entscheidung unzureichend von ihm festgestellte persönliche Umstände außer Betracht gelassen, nämlich die ansonsten geregelten beruflichen Verhältnisse der Angeklagten, dass sie bisher nicht vorbestraft ist und ihre Unterhaltspflicht gegenüber ihrem fünfjährigen Kind.

IV. Zweckmäßigkeit

Die Revision ist zulässig und begründet und sollte daher innerhalb der Begründungsfrist begründet werden.

Wegen des Verschlechterungsverbots in § 358 II 1 StPO kommt eine nachteilige Änderung des Rechtsfolgenausspruchs nicht in Betracht.

Zweckmäßig ist es ferner, den Rechtsanwalt Ludwig Laureatus als Pflichtverteidiger beordnen zu lassen und den bisherigen Verteidiger zu entbinden.

Anträge:

1. Das Urteil des Amtsgerichts Tiergarten vom 3.11.2015 (265 Ls 258 Js 314/15) wird aufgehoben und

a) soweit die Angeklagte wegen Hausfriedensbruchs verurteilt wurde, wird das Verfahren eingestellt (§ 354 I StPO);

b) im Übrigen wird das Urteil mit den zugrundeliegenden Feststellungen aufgehoben und zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Tiergarten zurückverwiesen, §§ 353 I, 354 II 1 StPO.

2. Es wird ferner beantragt, den Unterzeichner als Pflichtverteidiger für die Revision beizuordnen.

Vermerk

Ein Wechsel des Pflichtverteidigers ist nach § 143a II 1 Nr. 3 StPO möglich, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem endgültig zerstört ist oder aus einem sonstigen Grund keine angemessene Verteidigung des Beschuldigten gewährleistet ist.

Vorliegend kommt insbesondere ein Grund für eine nicht angemessene Verteidigung in Betracht. Dieser Grund liegt vor, wenn Umstände vorliegen, die den Zweck der Pflichtverteidigung, dem Beschuldigten einen geeigneten Beistand zu sichern und den ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu gewährleisten ernsthaft gefährden. Das ist vor allem bei groben Pflichtverletzungen des Verteidigers gegeben.

Das muss jedenfalls dann vorliegen, wenn der Verteidiger an einer vom Gericht initiierten grob sachwidrigen Verständigung teilnimmt und dem Angeklagten anschließend das Recht nehmen möchte, das Urteil zu überprüfen.

Das ist hier geschehen, denn der Verteidiger hat in Abwesenheit der Angeklagten einer grob prozesswidrigen Verständigung zugestimmt und ein Geständnis für die Mandantin abgegeben. Durch die anschließende Einlegung und Rücknahme von Rechtsmitteln versuchte er, das Urteil rechtskräftig werden zu lassen. Damit agierte er insgesamt erheblich gegen die Interessen der Angeklagten.

Es ist daher namens und in Vollmacht der Mandantin zu beantragen, den bisherigen Verteidiger Dr. Bläulich zu entbinden und selbst als Pflichtverteidiger bestellt zu

werden. Zu den Umständen der Verständigung können die Aussage der Mandantin und die dienstlichen Erklärungen des Referendars und des Vorsitzenden herangezogen werden.

Auf § 143a III 1 StPO, wonach bis zu einer Woche nach Beginn der Revisionsbegründungsfrist, also bis zum 30.11.2015, ein Wechsel des Pflichtverteidigers möglich gewesen wäre, kommt es daher letztlich nicht an.

Zulässigkeit

Die Zulässigkeit enthielt ein Problem hinsichtlich des wirksamen Rechtsmittelverzichts bei einer „informellen“ Verständigung. Das Problem ist zwar unbekannt, allerdings mithilfe des Kommentares gut zu lösen.



Begründetheit der Revision

Zweckmäßig ist es die Begründetheit der Prüfung in folgendem Muster auszubauen:

1. Von Amts wegen zu beachtende Verfahrenshindernisse
2. Verfahrensrügen
 - a. Absolute Revisionsgründe
 - b. Relative Revisionsgründe
3. Sachrüge

Von Amts wegen zu beachtende Verfahrenshindernisse

Es war zu erkennen, dass es hinsichtlich des Hausfriedensbruchs am Strafantrag fehlt, da der Kaufhausdetektiv nicht antragsberechtigt gewesen war.



Auf die Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses kam es nicht an, da es sich um ein absolutes Antragsdelikt handelte.



Verfahrensfehler

Absolute Revisionsgründe

Beim Befangenheitsantrag war zu erkennen, dass der Antrag verspätet ist.



Bei dem Verstoß gegen §§ 230, 231 StPO war zu diskutieren, ob das Ausbleiben eigenmächtig ist und ob das Gericht den Angeklagten hätte suchen müssen.



Beim Verstoß gegen § 226 StPO, einem unbekanntem Problem, war die Rechtsnatur der OrgStA zu diskutieren.

Außenwirkung der OrgStA

Relative Revisionsgründe

Es war darauf einzugehen, ob der Vorsitzende gegen die Mitteilungs- und Protokollierungspflichten verstoßen hat.

Dann war am Maßstab von § 243 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. § 261 StPO zu diskutieren, ob das Gericht sich unzulässig eine Überzeugung durch die nicht vom Angeklagten stammende Einlassung gebildet hat.

fehlt

Bei der Verlesung der Aussage war zu erkennen, dass die Voraussetzungen von § 251 StPO wohl nicht vorliegen und es eine Abwägung der verschiedenen Interessen bedarf. Im Übrigen war zu sehen, dass es eines begründeten Beschlusses des Gerichts bedarf, der die Gründe offenlegt.

Gut!

Sachrüge

Wasserpistole – gefährliches Werkzeug:

Bei der Wasserpistole dürfte es sich unter Beachtung höchstrichterlicher Rspr. nicht um ein Werkzeug oder ein Mittel im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB handeln. Die Drohwirkung der rosafarbenen Wasserpistole folgt nicht aus deren objektiven Erscheinungsbild, sondern aus der täuschenden Erklärung durch die Angeklagte.

Enteignungsvorsatz

Das Gericht führt aus, dass das Handeln der Angeklagten keinen anderen Schluss zulasse, als dass Sie einen auf Dauer gerichteten (bedingten) Enteignungsvorsatz deswegen hatte, schon weil sie den PKW unverschlossen in einer Nebenstraße abgestellt hat. Das Gericht hätte sich mit der naheliegenden anderen Möglichkeit, dass die Angeklagte den PKW nur unter zeitweiliger Brechung des fremden Gewahrsams gebrauchen wollte, den Gewahrsam also nach Gebrauchsbeendigung wiederherstellen wollte, auseinandersetzen müssen. Das hätte sich hier aufgedrängt, da sie den PKW nur 1,5 Meter entfernt unverschlossen abgestellt hat

Sehr gut!

und sich sogar darum gekümmert hat, dass der Angeklagte sein Fahrzeug, wie auch geschehen, kurz darauf zurückerhalten hat.

Rechtlich wäre stattdessen nach den Urteilsfeststellungen § 248b StGB verwirklicht. Jedoch wurde kein Strafantrag gestellt, § 248b Abs. 3 StGB.

Hausfriedensbruch

Die Feststellungen sind lückenhaft:

- Zum einen wird nicht mitgeteilt, ob das Hausverbot gegenüber der Angeklagten überhaupt ausgesprochen wurde oder ihr mitgeteilt wurde.
- Des Weiteren wird nicht festgestellt, dass die Angeklagte beim Betreten des Marktes Kenntnis von dem Hausverbot gehabt hätte.

Strafzumessung: Doppelverwertungsverbot

Umstände, die bereits Merkmal des gesetzlichen Tatbestands sind, dürfen nicht strafscharfend berücksichtigt werden. Hier:

- Strafschärfende Berücksichtigung, die Angeklagte habe „sogar ein Verbrechen“ begangen; damit wird die Verwirklichung des Tatbestandes des § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB – eines Verbrechens – vorgeworfen.
- Strafschärfende Berücksichtigung, dass sie durch die Taten „ihren fehlenden Respekt vor dem Eigentum anderer bekundet“ hat, womit ihr die Verwirklichung des jeweiligen Tatbestandes nochmals zur Last gelegt wird.

Rechtsfehlerhafte Anwendung von § 56 Abs. 2 StGB

Bezüglich der Frage der Strafaussetzung zur Bewährung hätte das Gericht bei den besonderen Umständen des § 56 Abs. 2

StGB eine nachprüfbare Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit der Angeklagten vornehmen müssen, das pauschale Abstellen auf die Untersuchungshaft reicht indes nicht. Zudem hätte vor der Prüfung von § 56 Abs. 2 StGB durch das Gericht geprüft werden sollen, ob eine günstige Legalprognose vorliegt. Insbesondere hat das Gericht vollständig ausgeblendet, dass die Angeklagte seit vielen Jahren in einer unbefristeten Festanstellung ist, ein hohes regelmäßiges Nettoeinkommen hat, unbestraft und geständig ist.

Antrag

Zu erkennen war, dass neben der Aufhebung des Urteils mit den zugrundeliegenden Feststellungen auch das Verfahren hinsichtlich des Hausfriedensbruchs eingestellt werden musste.

Zusatzfrage:

Es war zu diskutieren, ob durch das Verhalten des alten Verteidigers das Vertrauensverhältnis endgültig zerstört war (§ 143a Abs. 2 StPO).

14 Punkte

MM