

Stephan Barton, Michael Lindemann

Der folgenreiche Schlummertrunk

Thematik: Strafrecht, Anschlußtat, Geldwäsche, Strafbarkeit des Verteidigers, Strafprozeßrecht, Ausschluß des Verteidigers

Art der Leistungskontrolle: Hausarbeit für Fortgeschrittene (Große Übung)

Aufgabe

Die Zechbrüder A und B entwickeln nach einer Tour durch verschiedene Lokale des heimatlichen Dorfes das Bedürfnis, den gelungenen Abend stilvoll ausklingen zu lassen. Für derartige Anlässe haben sie bereits mehrfach auf die am Rande des Ortes gelegene Feriensiedlung und insbesondere auf die in den luxuriös ausgestatteten Bungalows vorhandenen Spirituosen-Vorräte zurückgegriffen. Für den heutigen „Schlummertrunk“ fällt ihre Wahl auf das besonders prächtige Anwesen des Industriellen Z, dessen heruntergelassene Jalousien von der saisonbedingten Abwesenheit des Eigentümers künden. Einzig das schmale Fenster zur Waschküche befindet sich in Kippstellung, so daß B durch einen geschickten Griff ins Innere den Riegel umlegen kann. Durch das nunmehr offen stehende Fenster zwängen sich A und B in das Innere des Hauses.

Relativ schnell werden sich A und B darüber einig, die in der Hausbar befindlichen schottischen Single Malt Whiskys links liegen zu lassen und sich einer ihren Vorstellungen eher entsprechenden Flasche irischer Herkunft zu widmen. In dem Bemühen, durch indirekte Beleuchtung eine möglichst behagliche Atmosphäre zu schaffen, entzünden sie sodann die an mehreren Stellen im Wohnzimmer aufgestellten Kandelaber, müssen jedoch zu ihrem Entsetzen feststellen, daß sich Z bei der Einrichtung seines Domizils deutlich von der Stilrichtung „Gelsenkirchener Barock“ inspiriert gezeigt hat. Da ihnen wegen des schlechten Geschmacks ihres „Gastgebers“ die Freude an dem geplanten Umtrunk gründlich vergangen ist, kommen A und B überein, den Ort des Geschehens unverrichteter Dinge zu verlassen. Nachdem er die Flasche

auf der Anrichte abgestellt hat, bleibt A beim Hinausgehen ein wenig zurück. Sein Blick fällt auf ein silbernes Zigarettenetui des Z, welches er ergreift und rasch in seine Jackentasche gleiten läßt.

Direkt vor dem Grundstück des Z wird unterdessen B von den Streifenpolizisten P und Q dingfest gemacht, die auf ihrem nächtlichen Rundgang wegen des Kerzenscheins in dem ansonsten verlassenem Bungalow des Z stutzig geworden waren. Der unmittelbar nachfolgende A will einer Verhaftung entgehen und sieht vor allem auch seine gerade gemachte „Errungenschaft“ in Gefahr. Er schlägt den sich ihm in den Weg stellenden P mit einem gezielten Kinnhaken nieder und entkommt unerkant.

Nachdem B am Tatort vorläufig festgenommen worden ist, wendet sich A an den Rechtsanwalt R und klärt ihn vorbehaltlos über das Geschehen im Haus des Z auf, soweit dieses den geplanten Schlummertrunk betrifft. Er bittet ihn, den B möglichst umgehend als dessen Verteidiger aufzusuchen. Er solle versuchen, dahingehend auf B einzuwirken, daß dieser A aus allem heraus halte. Für diesen Freundschaftsdienst erklärt sich A bereit, das Verteidigerhonorar zu übernehmen und dem B zudem als „Aufwandsentschädigung“ 1000,- DM zu zahlen. Die so entstehenden Kosten gedenkt er, unmittelbar aus dem für das inzwischen veräußerte Zigarettenetui erlösten Betrag zu zahlen, was er dem R jedoch verschweigt.

R begibt sich sodann zu B, der zwar bislang gegenüber den Strafverfolgungsorganen die Aussage verweigert, inzwischen jedoch seine Meinung geändert hat und gerade im Begriff ist, umfassend über das Tatgeschehen zu berichten. Beide ziehen sich zur Beratung zurück und B stimmt nach kurzem Zögern der vorgeschlagenen Vereinbarung zu. Er wahrt in der Folgezeit auch gegenüber dem Gericht sein Schweigen über die Person des A, der aufgrund dessen unbehelligt bleibt. Bei der Erwähnung des verschwundenen Zigarettenetuis im Rahmen der Beweisaufnahme wird R für die Anwesenden erkennbar stutzig – auch für den Vorsitzenden. Der Vorsitzende unterbricht danach die Hauptverhandlung, um sie in der nächsten Woche fortzusetzen.

Das Geschehen zwischen R und A sowie zwischen R und B wird noch am gleichen Tag durch eine polizeiliche Vernehmung des B aufgeklärt. Der Vorsitzende geht rechtsfehlerfrei davon aus, daß der R es für wahrscheinlich gehalten hat, daß A das Zigarettenetui entwendete, um es später zu Geld zu machen. Der Vorsitzende nimmt ohne Rechtsfehler weiter an, daß es R möglich erschien, daß A die an R gerichtete Honorarforderung aus den so erlösten Mitteln beglichen hat, daß dies dem R letztlich jedoch egal gewesen ist.

Der Vorsitzende möchte den R als Verteidiger des A ausschließen. 1. Fertigen Sie ein Gutachten zur Strafbarkeit der Beteiligten wegen aller in Betracht kommenden Delikte an. Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt. 2. Nehmen Sie darauf aufbauend Stellung zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen der R ggf. von der laufenden Verteidigung ausgeschlossen werden kann.

Vorbemerkungen

Die Aufgabenstellung verbindet materiell-rechtliche und prozessuale Fragestellungen. Sie verlangt von d. Bearb. im ersten Teil die Anfertigung eines „klassischen“ strafrechtlichen Gutachtens und auf dessen Grundlage in einem weiteren Schritt eine Stellungnahme zu einem möglichen Ausschluß des Verteidigers.

Die Aufgabe ist bewußt so konzipiert worden, daß sie auch im Rahmen einer traditionellen Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene ausgegeben werden könnte, jedenfalls dann, wenn vorangehend strafprozessuale Lehrveranstaltungen erfolgten. Das hat zu gewissen Abstrichen bei der Intensität der möglichen Anwaltsorientierung der Aufgabenstellung geführt: Die Aufgabe basiert auf einem unstreitigen und nicht – wie das durchaus möglich wäre – auf einem strittigen Sachverhalt¹. Das Gutachten zur Schuldfrage ist aus neutraler Sicht anzufertigen (und nicht in Form einer „Prognose“ durch den Verteidiger). Zweckmäßighkeitsüberlegungen sind nicht erforderlich; Fragen der Rechtsfolgenbestimmung oder der Beweiswürdigung werden nicht aufgeworfen; auch werden Möglichkeiten der Gestaltung des Sachverhalts durch den Verteidiger nicht thematisiert. Die Bearbeitung hat aus richterlicher Perspektive zu erfolgen. Die Lösung erfolgt deshalb auch nicht in Form einer Prozeßhandlung des Verteidigers. Noch einmal: Alles dies wäre durchaus denkbar gewesen.

Es handelt sich deshalb um eine Hausarbeit, die keinesfalls den Endpunkt der denkbar weitest gehenden Anwaltsorientierung im Studium markiert, sondern eher als vorsichtiger Zwischenschritt auf dem Wege von einer üblichen richterzentrierten Leistungskontrolle hin zu einer „echten“ anwaltsorientierten zu werten ist. Gleichwohl handelt es sich auch nicht um den Typus einer rein traditionellen Aufgabe mit bloßer prozessualer Zusatzaufgabe. Im strafrechtlichen Gutachten werden im Hinblick auf die Strafbarkeit des Verteidigers wichtige Fragen mit echtem Berufspraxisbezug aufgeworfen (Strafbarkeit wegen Geldwäsche), ferner sind das materiell-rechtliche Gutachten und der prozessuale Teil miteinander verbunden. Materielles Recht und Prozeßrecht stehen also nicht isoliert nebeneinander, sondern bauen aufeinander auf. Schließlich wird der Sachverhalt, sofern dort Intentionen beschrieben werden, nicht als objektiv gegeben behandelt, sondern in Form von Wahrnehmungen Dritter eingeführt (der Vorsitzende „geht davon aus ...“).

1 Vgl. zu den Möglichkeiten strafverteidigungsorientierter Leistungskontrollen *Barton*, JA 2001, S. 164 ff.

Ein Hinweis für diejenigen, die sich weniger für die strafrechtsdogmatische Vollständigkeit der Lösungsskizze interessieren, sondern gleich auf die anwaltsbezogenen Elemente der Aufgabe abstellen wollen: Sie dürfen die ersten Seiten der Lösung überspringen und sollten die Lektüre mit dem zweiten Tatkomplex beginnen.

Eine letzte Vorbemerkung, auch um mögliche Mißverständnisse gar nicht erst aufkommen zu lassen: Selbstverständlich äußert sich die Anwaltsorientierung der nachfolgenden Leistungskontrolle nicht darin, daß nach der Strafbarkeit von Verteidigerhandeln gefragt wird – im Gegenteil. Bezweckt ist damit etwas anderes, nämlich vor dem Hintergrund einer als weitgehend verfehlt anzusehenden Norm (§ 261 StGB) Problembewußtsein für deren Weite und deren Reduktion zu erzeugen. Ein solches wissenschaftlich distanzierteres Verhältnis zur neueren Strafgesetzgebung muß es dabei allerdings nicht ausschließen, hier bzw. bei den Fragen der möglichen Strafvereitelung und beim Parteiverrat zu einer Strafbarkeit des Verteidigers zu gelangen. Anwaltsorientierung ist nicht mit Apologetik gegenüber Verteidigern gleichzusetzen.

Die Hausarbeit ist in modifizierter Form (erweiterter materiell-strafrechtlicher Teil, fehlender prozessualer) im Jahre 2001 als Klausur in der Ersten Juristischen Staatsprüfung gestellt worden. Dabei wurden wirklich schlechte Resultate erzielt: Bei den Kandidaten fehlte fast durchgehend das Problembewußtsein für eine mögliche Strafbarkeit des Verteidigers wegen Parteiverrat und wegen der Anschlußtaten. Das ist ein Grund mehr, weshalb diese Fragen schon im Studium zu vertiefen sind.

Lösungshinweise

Zu Aufgabe 1: Strafrechtliches Gutachten

1. Tatkomplex: Das Geschehen im Wochenendhaus des Z

I. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 3, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB hinsichtlich des geplanten Konsums der Spirituosen

Zu prüfen ist zunächst eine Strafbarkeit von A und B wegen versuchten Banden- und Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 3, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB hinsichtlich des geplanten Konsums der Spirituosen. Insoweit erscheint es durchaus sinnvoll, aus Gründen der Prüfungsökonomie sofort auf einen möglichen strafbefreienden Rücktritt nach § 24 Abs. 2 S. 1 StGB einzuge-

hen; bei entsprechender Vorgehensweise sind die Qualifikationsmerkmale des § 244 Abs. 1 Nr. 2, 3 StGB dann in einer der nachfolgenden Prüfungen zu erörtern.

Trotz seiner saisonbedingten Abwesenheit besitzt Z weiterhin zumindest *gelo-ckerten Gewahrsam*² an den in seinem Anwesen eingelagerten Spirituosenvorräten; der gemeinsame Tatentschluß von A und B ist dementsprechend auf die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache im Wege arbeitsteiligen Zusammenwirkens³ gerichtet. Zu problematisieren ist hingegen die Frage, ob der Tatentschluß von A und B auch die Verwirklichung des Qualifikationsmerkmals der bandenmäßigen Begehung gem. § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB umfaßt. Unter einer *Bande* wird allgemein eine auf ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung beruhende Verbindung einer Mehrzahl von Personen verstanden, welche für eine gewisse Dauer vorgesehen und auf die künftige Begehung mehrerer selbständiger, im einzelnen noch unbestimmter Taten gerichtet ist⁴. Zwar ist eine „Organisation“ des Zusammenschlusses nicht erforderlich⁵, und zumindest nach einem Teil der Rspr. und Lit. soll bereits die Verbindung von zwei Personen genügen⁶; jedoch verlangt die neuere Rspr. ein „übergeordnetes Interesse“ der bandenmäßigen Verbindung sowie einen „gefestigten Bandenwillen“, der etwa zu verneinen sein soll, wenn sich die Beteiligten zunächst aus persönlichen Gründen zusammengeschlossen haben und es erst im weiteren Verlauf zur Begehung gemeinsamer Straftaten kommt⁷. In der Verbindung von A und B steht die Gemeinschaft als Zechbrüder deutlich im Vordergrund, und die Spirituosen werden nur gelegentlich der geselligen Abende entwendet. Daher wird

2 Schönke/Schröder-Eser, 26. Auflage, § 242, Rdnr. 26; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, 24. Auflage, Rdnr. 80.

3 Zu den Voraussetzungen der Mittäterschaft *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 31. Auflage, Rdnr. 534 ff.

4 *Küper*, BT-Definitionen, 4. Auflage, S. 41; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, Rdnr. 271.

5 BGHSt 42, 255 (258); *Küper*, BT-Definitionen, S.41; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, Rdnr. 271.

6 So zuletzt der 1. Strafsenat des BGH, NJW 2000, S. 2907. Vgl. weiterhin BGHSt 23, 239; 38, 26; Schönke/Schröder-Eser § 244, Rdnr. 24. Anders nunmehr BGH, NJW 2001, S. 2266 wie auch bereits der 4. Strafsenat des BGH in seinem Vorlagebeschuß, NSStZ 2000, S. 474; vgl. auch noch Lackner/Kühl-Kühl, 24. Auflage, § 244, Rdnr. 6; SK-Samson § 244, Rdnr. 19; Tröndle/Fischer-Fischer, 50. Auflage, § 244, Rdnr. 17; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, Rdnr. 271a.

7 BGH NSStZ 1996, S. 443; NJW 1998, S. 2913 f.; StV 2000, S. 259.

man einen Zusammenschluß als Bande wohl noch verneinen können, weshalb entsprechender Tatenschluß bei A und B nicht gegeben ist.

Eher unproblematisch ist demgegenüber die Verwirklichung des Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Eine *Wohnung* kann grundsätzlich auch die Zweitwohnung oder ein Ferienhaus sein⁸, wobei die Wohnungseigenschaft im übrigen selbst bei nur saisonaler Nutzung für die Zeit der Abwesenheit fort dauert⁹. Der Bungalow des Z ist demgemäß als Wohnung anzusehen. Zwar hatten A und B keinen Tatenschluß, in den Bungalow des Z *einzubringen*, da hierzu eine zumindest nicht ganz unerhebliche Kraftentfaltung oder ein entsprechender Werkzeugeinsatz gefordert wird¹⁰; ihr gemeinsamer Tatplan umfaßte jedoch die Tatmodalität des *Einsteigens*: Dies setzt voraus, daß der Täter in den Raum unter Überwindung von Hindernissen, die den Zugang nicht unerheblich erschweren, auf außergewöhnliche Weise eindringt¹¹, was hinsichtlich des geschickten Öffnens der Fensterverriegelung durch B durchaus bejaht werden kann. Wie bereits angedeutet, sind A und B jedoch in jedem Falle strafbefreiend gem. § 24 Abs. 2 S. 1 StGB vom Versuch zurückgetreten, weshalb im Ergebnis eine Strafbarkeit gem. §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 22, 23 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB auszuschließen hat.

II. Strafbarkeit von A und B gem. §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 25 Abs. 2 StGB durch teilweises Abbrennen der Kerzen sowie gem. § 123 Abs. 1 StGB durch Betreten des Bungalows des Z

Indem A und B die im Eigentum des Z stehenden Kerzen teilweise abgebrannt haben, haben sie sich diese ihrer Substanz nach zugeeignet¹² und sich demnach gem. §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Da der gem. § 123 Abs. 2 StGB erforderliche Strafantrag vorliegt, haben sich A und B durch das Betreten des Bungalows des Z auch gem. § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

8 Vgl. hierzu etwa Schönke/Schröder-Lenckner § 123, Rdnr. 4.

9 LK-Schäfer, 11. Auflage, § 123, Rdnr. 11; Schönke/Schröder-Lenckner § 123, Rdnr. 4.

10 Küper, BT-Definitionen, S. 112; SK-Hoyer § 243, Rdnr. 16; Tröndle/Fischer-Tröndle, § 243, Rdnr. 7.

11 Lackner/Kühl-Kühl § 243, Rdnr. 11; SK-Hoyer § 243, Rdnr. 18.

12 Zur Zueignung durch Sachvernichtung im Sinne eigennützigen Verbrauchs Arzt/Weber-Weber, Strafrecht BT, § 13, Rdnr. 79; LK-Ruß, 11. Auflage, § 242, Rdnr. 54; NK-Kindhäuser § 242, Rdnr. 107; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, Rdnr. 139. Instrukтив auch noch LG Karlsruhe, NStZ 1993, S. 543 f. (Verirrte Schafe).

III. Strafbarkeit des A gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB durch das Mitnehmen des Zigarettenetuis

Indem er das silberne Zigarettenetui aus dem Haus des Z mitnahm, könnte sich A gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben. Hinsichtlich der Qualifikationsmodalität des *Wohnungseinbruchsdiebstahls* gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB könnte angesichts des Umstandes, daß die Wegnahme des Zigarettenetuis nicht von Anfang an vorgesehen war, vielmehr erst einem späteren, spontan gefaßten Entschluß des A entspringt, fraglich sein, ob A bereits *zur Begehung der Tat* eingebrochen ist¹³. Insoweit geht allerdings die herrschende Auffassung davon aus, daß für den Diebstahlsvorsatz die vorherige Beschränkung auf bestimmte Diebstahlsobjekte unwesentlich ist; das bedeutet, daß der Fortbestand des Diebstahlsvorsatzes und des Diebstahls insgesamt von einer Verengung, Erweiterung oder sonstigen Änderung während der Tatausführung unabhängig sein soll¹⁴. Danach hat A sich durch die Mitnahme des Zigarettenetuis wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit des A gem. § 252 StGB durch das Niederschlagen des Polizisten

Indem er den ihm entgegentretenden Streifenpolizisten P niederschlägt, könnte sich A wegen räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB strafbar gemacht haben. Dazu müßte sich der Diebstahl des A zunächst noch im Stadium *zwischen Vollendung und Beendigung* befinden¹⁵. Während einerseits mit dem Einstecken des Zigarettenetuis bereits Vollendung eingetreten ist, steht andererseits die Beendigung der Tat im Sinne einer endgültigen Sicherung der Beute noch aus; der Diebstahl ist demgemäß noch unbeendet¹⁶. *Auf frischer Tat betroffen* ist, wer alsbald nach Vollendung der Tat am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe von einem anderen bemerkt wird oder dem unmittelbaren Bemerkwerden durch

13 Hierzu *Mitsch*, Strafrecht BT II/1, § 1, Rdnr. 186 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/1, Rdnr. 222.

14 BGHSt 22, 350 (351); 26, 104 (105); Lackner/Kühl-Kühl § 242, Rdnr. 19; Schönke/Schröder-Eser § 242, Rdnr. 45; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, Rdnr. 245 ff.

15 *Rengier*, Strafrecht BT I, 4. Auflage, § 10, Rdnr. 3 f.; Tröndle/Fischer-Tröndle § 252, Rdnr. 4.

16 Zum Vollendungs- und Beendigungszeitpunkt beim Diebstahl *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, Rdnr. 119 f.

schnelles Zuschlagen zuvorkommt¹⁷. Dem A stellt sich direkt vor dem Grundstück des Z der Streifenpolizist P entgegen, um ihn am Verlassen des Ortes zu hindern, weshalb A von diesem auf frischer Tat betroffen ist. In dem von A gegen P geführten gezielten Kinnhaken liegt auch der erforderliche *Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels* in der Form von Gewaltausübung gegen eine Person¹⁸. Darüber hinaus müßte A schließlich handeln, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten (*Beutesicherungsabsicht*¹⁹). Dabei braucht die Verhinderung der Gewahrsamsentziehung allerdings weder das einzige, noch nach herrschender, wenngleich bestrittener Ansicht überhaupt das dominierende Handlungsziel zu sein²⁰. Zwar will A sich auch einer etwaigen Strafverfolgung wegen der von ihm bis dato begangenen Delikte entziehen; er handelt jedoch nicht zuletzt auch, um seine gerade gemachte „Errungenschaft“ vor dem Zugriff des P zu bewahren. Der A hat sich folglich auch gem. § 252 StGB strafbar gemacht.

V. Strafbarkeit des A gem. 223 Abs. 1 StGB, § 113 Abs. 1 StGB beziehungsweise gem. § 240 Abs. 1 StGB durch das Niederschlagen des Polizisten

Durch das Niederschlagen des Streifenpolizisten P hat sich A auch wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht; zum gleichzeitig verwirklichten § 252 StGB steht § 223 Abs. 1 StGB in Idealkonkurrenz²¹. Eine Strafbarkeit gem. § 113 Abs. 1 StGB liegt ebenfalls vor, da A hierdurch den P gewaltsam an der Ausübung des Festnahmerechtes aus § 127 Abs. 1 StPO hindert bzw. diesen bei der Ausübung dieser Diensthandlung tätlich angreift²². Die Strafbarkeit aus § 113 Abs. 1 StGB steht in Idealkonkurrenz zur gleichzeitig verwirklichten Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB; geht hingegen der

17 *Arzt/Weber*, Strafrecht BT, § 17, Rdnr. 19 ff.; Lackner/Kühl-Kühl § 252, Rdnr. 4; *Renner*, Strafrecht BT I, § 10, Rdnr. 5 f.; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, Rdnr. 364.

18 Hierzu *Küper*, BT-Definitionen, S. 166 f.; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, Rdnr. 319 ff.

19 *Joecks*, Studienkommentar StGB, § 252, Rdnr. 7; *Mitsch*, Strafrecht BT II/1, § 4, Rdnr. 41 ff.

20 *Küper*, BT-Definitionen, S. 85 ff. Für Besitzerhaltung als dominierenden Endzweck *Schünemann*, JA 1980, S. 398 f.

21 BGH, NJW 1968, S. 2386; Tröndle/Fischer-Tröndle § 252, Rdnr. 12; Schönke/Schröder-Eser § 252, Rdnr. 13.

22 Instrukтив zum Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte *Backes/Ransiek*, JuS 1989, S. 624 ff.

ebenfalls verwirklichten Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB als *lex specialis* vor²³.

VI. Strafbarkeit des B gem. §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 25 Abs. 2 StGB beziehungsweise gem. §§ 252, 25 Abs. 2 StGB hinsichtlich des Zigarettenetuis

B hingegen hat sich hinsichtlich des silbernen Zigarettenetuis weder gem. §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 25 Abs. 2 StGB noch gem. §§ 252, 25 Abs. 2 strafbar gemacht, da es sich um einen nicht vom gemeinsamen Tatplan umfaßten *Exzeß* seines Mittäters A handelt²⁴.

VII. Zwischenergebnis und Konkurrenzen

Da die Strafbarkeit des A gem. §§ 244 Abs. 1 Nr. 3 (25 Abs. 2) StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktritt²⁵, hat sich A gem. §§ 252 Abs. 1, 223 Abs. 1, 113 Abs. 1, 52 Abs. 1 StGB strafbar gemacht; § 123 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB lebt allerdings wieder auf. B hat sich demgegenüber gem. §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht, da in seinem Fall der gemeinschaftliche Hausfriedensbruch gem. §§ 123 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB zurücktritt²⁶.

2. Tatkomplex: Die Vereinbarung hinsichtlich der Aussage des B

I. Strafbarkeit des A gem. § 246 Abs. 1 StGB durch Weiterveräußerung des Zigarettenetuis

Der seit langem schwelende Streit darüber, ob bei einer wiederholten Zueignung bereits der Tatbestand des § 246 Abs. 1 StGB nicht erfüllt sein soll (*Tatbestandslösung*), oder ob diese Norm erst auf der Ebene der Konkurrenzen hinter die Vortat zurücktreten soll (*Konkurrenzlösung*), hat sich auch mit der Einführung der Subsidiaritätsklausel in § 246 Abs. 1 StGB a. E. nicht erledigt²⁷. Eine Strafbarkeit des A wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB durch die Weiterveräußerung des Zigarettenetuis ist jedoch – wie soeben ausgeführt –

23 Lackner/Kühl-Kühl § 113, Rdnr. 26; Schönke/Schröder-Eser § 113, Rdnr. 68.

24 Zum Exzeß des Mittäters *Kühl*, Strafrecht AT, 3. Auflage, § 20, Rdnr. 117 ff.; Lackner/Kühl-Kühl § 25, Rdnr. 17.

25 Tröndle/Fischer-Tröndle § 252, Rdnr. 12.

26 Lackner/Kühl-Kühl § 123, Rdnr. 13.

27 Hierzu *Küper*, BT-Definitionen, S. 461 ff.; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, Rdnr. 301 ff.

nach den hierzu vertretenen Auffassungen entweder bereits tatbestandlich nicht gegeben, oder sie tritt auf Konkurrenzzebene zurück, weshalb ein Streitentscheid letztlich entfallen kann.

II. Strafbarkeit des R gem. § 356 Abs. 1 StGB durch die Beratung von A und B

R könnte sich wegen Parteiverrats gem. § 365 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er sowohl den A als auch den B in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt beraten hat. Bei R handelt es sich um einen *Rechtsanwalt* und mithin um einen tauglichen Täter des § 356 Abs. 1 StGB. Weiterhin müßte R jedoch *in derselben Rechtssache* beiden Parteien durch Rat oder Beistand pflichtwidrig gedient haben. Insoweit ist bereits umstritten, ob auch mehrere Beteiligten einer Straftat als Parteien derselben Rechtssache anzusehen sind. Der Bundesgerichtshof sowie ein Teil des Schrifttums sind der Auffassung, mehrere Beschuldigte, egal ob sie Mittäter, Nebentäter oder Teilnehmer waren, seien in keinem Fall Partei derselben Rechtssache, da zwischen ihnen keinerlei vom Recht geschützte Beziehungen bestünden, die Gegenstand eines rechtlichen Verfahrens unter ihnen als „Parteien“ sein könnten²⁸. Nach anderer, von einigen Obergerichten und Literaturstimmen vertretener Auffassung, können demgegenüber auch Mitbeschuldigte derselben Straftat zumindest prinzipiell untereinander Parteien sein²⁹. Die zuletzt genannte Auffassung kann für sich anführen, daß auch Tatbeteiligte hinsichtlich des fraglichen (straf-)rechtlich relevanten Sachverhalts bestimmte *rechtliche*, das heißt gerade nach *Rechtsgrundsätzen* zu beurteilende Interessen und eben nicht lediglich solche *tatsächlicher* Art haben können³⁰. Demnach können bei entsprechendem Verlauf auch des Strafverfahrens durchaus Konstel-

28 BGH, AnwBl 1954, S. 189; OLG Frankfurt, NJW 1955, S. 880; *Schmidt-Leichner*, NJW 1959, S. 133; Schönke/Schröder-Cramer § 356, Rdnr. 13; SK-Rudolphi § 356, Rdnr. 20.

29 Vorsichtig noch OLG Oldenburg, NSTz 1989, S. 533 (für Nebentäter einer fahrlässigen Körperverletzung); deutlicher bereits OLG Stuttgart, NSTz 1990, S. 542 (für Mitbeschuldigte nach dem BfMG). Aus dem Schrifttum Lackner/Kühl-Kühl § 356, Rdnr. 5; LK-Hübner, 10. Auflage, § 356, Rdnr. 58 ff.; Tröndle/Fischer-Fischer § 356, Rdnr. 5. Vgl. schließlich auch noch OLG Zweibrücken, StV 1994, S. 487 f. (bei Beistandsleistung für einen als Alternativtäter in Betracht kommenden Zeugen).

30 Die Gegenauffassung wird vom OLG Stuttgart, aaO (FN 29), des Gebrauchs einer „Leerformel von akademischer Blässe, die sich, wo sie vertreten wird, nicht näher erläutert findet“ gezogen. In seiner Besprechung der Entscheidung weist Geppert diesen Vorwurf zumindest insoweit zurück, als es sich um eine Formel des RG und nicht etwa um eine solche akademischer Provenienz handele (NSTz 1990, S. 543).

lationen eintreten, welche „die gegensätzliche Interessen verfechtenden Tatgenossen zu streitenden Teilen desselben Verfahrens machen“³¹. Dann müssen sie jedoch folgerichtig untereinander auch Parteien derselben Rechtssache sein können. Nach dem Gesagten kommen A und B grundsätzlich als Parteien derselben Rechtssache in Betracht.

Fraglich ist, ob R ihnen auch *pflichtwidrig* durch Rat und Tat gedient hat. Für die Entscheidung dieser Frage soll nach herrschender Auffassung vor allem das Bestehen eines Interessengegensatzes zwischen den beteiligten Parteien maßgeblich sein³², wobei allerdings darüber gestritten wird, ob bei der Beurteilung der Interessenlage ein objektiver oder subjektiver Maßstab heranzuziehen ist³³. Nach einer Auffassung soll das Bestehen eines *objektiven* Interessengegensatzes maßgeblich sein, wie er sich als gegenläufiges Interesse der jeweils beteiligten Personen aus der Perspektive eines neutralen Beobachters darstellt³⁴. Im weiteren Gang des Verfahrens kann es (vor allem in der Frage der dem Gericht zu offenbarenden unterschiedlichen Tatbeiträge) leicht zu einer Interessenskollision zwischen A und B dahingehend kommen, jeweils optimal von R verteidigt zu werden³⁵, weshalb nach der referierten Auffassung unabhängig von der momentanen zwischen A und B erreichten Übereinkunft im Hinblick auf die globale Verteidigungsstrategie in der Beratungstätigkeit des R ein pflichtwidriges Dienen zu sehen wäre. Nach anderer Ansicht soll demgegenüber grundsätzlich gerade dasjenige maßgeblich sein, was die jeweils Beteiligten *subjektiv* für in ihrem Interesse liegend ansehen³⁶. A und B kommen vorliegend – auf Vermittlung des R – darin überein, daß B den A aus der Sache heraus halten soll, so daß zumindest subjektiv gleichlaufende Interessen der beiden beteiligten Parteien existieren.

Die letztgenannte Ansicht, nach der somit in dem Verhalten des R kein pflichtwidriges Dienen zu sehen wäre, ist keinesfalls die einzig vertretbare: Zu beach-

31 OLG Stuttgart, aaO (FN 29); ausführlich LK-*Hübner*, 10. Auflage, § 356, Rdnr. 58 ff.

32 Vgl. nur BGHSt 5, 301 (306); Lackner/Kühl-Kühl § 356, Rdnr. 7; Tröndle/Fischer-Fischer § 356, Rdnr. 7.

33 Übersicht zum Meinungsstand bei LK-*Hübner*, 10. Auflage, § 356, Rdnr. 80 ff.; SK-*Rudolphi* § 356, Rdnr. 26 ff.

34 So etwa BGHSt 17, 305 (307); *Geppert*, Parteiverrat, S. 99; *Ders.*, NStZ 1990, S. 544; Tröndle/Fischer-Fischer § 356, Rdnr. 7.

35 Vgl. zu dem hier zugrunde gelegten Fall BGH, NStZ 1982, S. 465 f. die Ausführungen bei *Geppert*, NStZ 1990, S. 544: „Sich auszumalen, in welche Konfliktsituationen ein Verteidiger bei solcher Prozeßtaktik geraten kann, bedarf keiner großen Phantasie.“

36 BGHSt 7, 17 (20 f.).

ten ist nämlich, daß der Strafverteidiger nach herrschender Meinung und Rspr. gerade nicht allein den Weisungen seines Mandanten unterliegt, sondern neben der Gewährleistung einer effektiven Verteidigung zumindest auch die Interessen einer am Rechtsstaatsgedanken ausgerichteten Strafrechtspflege zu berücksichtigen hat³⁷. Nach dieser Ansicht wäre eine rein subjektive Disposition des Mandanten über seine Interessen nicht möglich, was eine objektive Bestimmung des Interessengegensatzes im Sinne der Gegenauffassung nahelegen würde³⁸. Doch auch unabhängig von der konkreten Verfahrensart könnte der zuerst genannten Auffassung der Vorzug zu geben sein, da der Unrechtsgehalt des Parteiverrats nach überwiegender Ansicht nicht so sehr in der Benachteiligung des früheren Auftraggebers, sondern vor allem in der Erschütterung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Berufstreue des Anwalts zu sehen ist, so daß insoweit nicht von einer ausschließlichen Dispositionsbefugnis einer der beteiligten Parteien ausgegangen werden kann³⁹. Nach alledem läßt sich zwischen den beteiligten Parteien A und B ein Interessengegensatz begründen, so daß im Ergebnis die Annahme eines pflichtwidrigen Dienens im Sinne des § 356 Abs. 1 StGB vertretbar erscheint. Bei der Bewertung der Hausarbeit ist dabei allerdings nicht entscheidend, ob d. Bearb. zu dem einen oder anderen Ergebnis gelangt. Maßgeblich ist vielmehr, ob sachgerechtes Problembewußtsein im Hinblick auf das soeben umrissene Spannungsfeld anwaltlicher Tätigkeit besteht und die divergierenden Ansichten zur Stellung des Strafverteidigers konsequent berücksichtigt werden.

37 So die *Organtheorie*; vgl. etwa BVerfGE 34, 293 (300); BGHSt 9, 20 (22); 29, 99 (106); 38, 345 (347); *Ranft*, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Rdnr. 384; *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Auflage, Rdnr. 101 ff. Dem steht die *Interessentheorie* gegenüber, welche die Organeigenschaft des Verteidigers gänzlich ablehnt und diesen als reinen Vertreter der Interessen seines Mandanten einstuft (vgl. etwa *Ostendorf*, NJW 1978, S. 1349); eine besonders weitgehende Sonderform der Interessentheorie ist die von *LR-Lüderssen*, 25. Auflage, Vor § 137, Rdnr. 33 ff. entwickelte *Vertragstheorie* (hierzu *Barton*, StV 1990, S. 237 ff.; ausführlich zum Vertragsparadigma auch noch *Jahn*, „Konfliktverteidigung“ und Inquisitionsmaxime, Baden-Baden 1998, S. 230 ff.) zu nennen, welche jede öffentlich-rechtliche Komponente der Strafverteidigung bestreitet und diese als zivilrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrag deutet. Eine Übersicht zu den insoweit bestehenden Streitfragen findet sich etwa bei *Beulke*, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Rdnr. 150 f.; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, § 19, Rdnr. 2 ff.

38 So auch das in dieser Frage differenzierende Meinungslager; vgl. *LK-Hübner*, 10. Auflage, § 356, Rdnr. 83; *Schönke/Schröder-Cramer* § 356, Rdnr. 18; *SK-Rudolphi* § 356, Rdnr. 27.

39 *Geppert*, Parteiverrat, S. 99 f.; *Ders.*, NStZ 1990, S. 544. Allgemein zur Einordnung als Rechtspflegedelikt *Arzt/Weber-Arzt*, Strafrecht BT, § 49, Rdnr. 92; *LK-Hübner*, 10. Auflage, § 356, Rdnr. 8 ff.; *Schönke/Schröder-Cramer* § 356, Rdnr. 1.

III. Strafbarkeit des B gem. §§ 258 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB beziehungsweise gem. §§ 145d Abs. 2 Nr. 1, 13 Abs. 1 StGB durch sein Schweigen hinsichtlich der Person des A

Mangels einer entsprechenden *Garantenstellung* des B hat sich dieser nicht wegen Strafvereitelung durch Unterlassen gem. §§ 258, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Aus den gleichen Gründen liegt auch eine Strafbarkeit des B wegen Vortäuschens einer Straftat durch Unterlassen gem. § 145d Abs. 2 Nr. 1, 13 Abs. 1 StGB nicht vor.

IV. Strafbarkeit des R gem. § 259 Abs. 1 StGB durch die Entgegennahme des Honorars

Da es sich bei dem durch A erzielten Verkaufserlös nicht mehr um die gestohlene Sache selbst handelt, liegt in der Entgegennahme des Verteidigerhonorars durch R auch keine Hehlerei im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB (sog. *straflose Ersatzhehlerei*⁴⁰).

V. Strafbarkeit des R gem. § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB durch die Entgegennahme des Honorars

R könnte sich jedoch durch die Entgegennahme des Honorars wegen Geldwäsche gem. § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben. Diese Prüfung setzt bei den Kandidaten Sensibilität für die Belange anwaltlicher Berufsausübung (und insbesondere derjenigen des Strafverteidigers) voraus. Prüft man hier nämlich nur „standardmäßig“ durch, so gelangt man zu einer „glatten“ Strafbarkeit des R aus § 261 StGB:

Eine *taugliche Vortat* im Sinne des § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB liegt mit dem durch A begangenen räuberischen Diebstahl gem. § 252 StGB, bei dem es sich um ein Verbrechen nach § 12 Abs. 1 StGB handelt, vor. Der „*Gegenstand, der aus der Tat herrührt*“, von dem § 261 Abs. 1 S. 1 StGB ausgeht, muß zwar, wie es inzwischen auch die erweiterte Überschrift klarstellt⁴¹, keineswegs stets in Geld bestehen; dies kann aber selbstverständlich der Fall sein⁴². Mit der Ver-

40 Hierzu im einzelnen *Arzt/Weber-Arzt*, Strafrecht BT, § 28, Rdnr. 6 ff.; Lackner/Kühl-Kühl § 259, Rdnr. 8.

41 Tröndle/Fischer-Fischer § 261, Rdnr. 1, spricht in diesem Zusammenhang von einer „inhaltsgerechten Ergänzung“ durch das VerbrBekG v. 28.10.1994, BGBl I, S. 3186.

42 Lackner/Kühl-Kühl § 261, Rdnr. 3; Lampe, JZ 1994, S. 126; Tröndle/Fischer-Fischer, § 261, Rdnr. 4.

wendung des Begriffes „*Herrühren*“ wollte der Gesetzgeber darüber hinaus sicherstellen, daß auch eine Kette von Verwertungshandlungen, bei welcher der ursprüngliche Gegenstand unter Beibehaltung seines Wertes durch einen anderen ersetzt wird, und die aus diesem Grunde nicht vom Hohlereitattbestand des § 259 Abs. 1 StGB erfaßt wird, in den Anwendungsbereich der Norm einbezogen wird⁴³. Da A den Erlös, mit dem er das Honorar des R begleicht, unmittelbar durch den Verkauf des aus der Vortat stammenden silbernen Zigarettenetuis erzielt hat, handelt es sich mithin auch bei dem fraglichen Geldbetrag um einen Gegenstand, der aus der Tat herrührt. Unter einem *Sich-Verschaffen* im Sinne des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB versteht man schließlich den Erwerb tatsächlicher Verfügungsgewalt⁴⁴, wobei hinsichtlich der Frage, ob es insoweit eines einverständlichen Zusammenwirkens mit dem Vortäter bedarf, Streit besteht⁴⁵. Da jedoch ohnehin ein konsensualer Übergang der Verfügungsgewalt am Erlös von A auf R vorliegt, kann die Entscheidung dieses Streits vorliegend dahin stehen. R hat sich das Honorar somit auch verschafft. *Vorsatz* des R ist ebenfalls gegeben, da dieser aufgrund der Ermittlungsergebnisse Kenntnis von der Gewaltanwendung gegen P hat und überdies die Entwendung des Zigarettenetuis durch A sowie die damit in Zusammenhang stehende Herkunft seines Verteidigerhonorars zumindest für möglich hält und sich damit abfindet, mithin diesbezüglich wenigstens Eventualvorsatz⁴⁶ aufweist. Nach dem Gesagten hätte sich R folglich durch die Annahme des Verteidigerhonorars wegen Geldwäsche gem. § 261 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 StGB strafbar gemacht.

In zwei viel beachteten Entscheidungen, deren Studium auch von den Teilnehmern der Großen Übung erwartet werden kann, haben sich zunächst das *Hans-OLG Hamburg*⁴⁷ und kurz darauf auch der *BGH*⁴⁸ mit dem in der vorliegend be-

43 *Joeks*, Studienkommentar, § 261, Rdnr. 6; *Lampe*, JZ 1994, S. 127; *Otto*, Jura 1993, S. 330.

44 BGHSt 43, 149 (152); Tröndle/Fischer-Fischer § 261, Rdnr. 14; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, Rdnr. 898.

45 Derivativen Erwerb fordern *Arzt/Weber-Arzt*, Strafrecht BT, § 29, Rdnr. 26; *Schönke/Schröder-Stree*, 25. Auflage § 261, Rdnr. 13; Tröndle/Fischer-Fischer § 261, Rdnr. 14; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, Rdnr. 898; auf dieses Erfordernis verzichten will demgegenüber *Lackner/Kühl-Kühl* § 261, Rdnr. 8.

46 *Kühl*, Strafrecht AT, § 5, Rdnr. 85; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, Rdnr. 214.

47 *HansOLG Hamburg*, StV 2000, S. 140 ff. mit Besprechungen bei *Burger/Peglau*, wistra 2000, S. 161 ff.; *Gräfin von Galen*, StV 2000, S. 575 ff.; *Geppert*, JK 2000, StGB, § 261/3; *Götz/Windholz*, AnwBl 2000, S. 642 ff.; *Hamm*, NJW 2000, S. 636 ff.; *Hetzer*, wistra 2000, S. 281 ff.; *Katholnigg*, NJW 2001, S. 2041 ff.; *Lüderssen*, StV 2000, S. 205 ff.; *Müther*, Jura 2001, 318 ff. („wohl am häufigsten besprochene strafrechtliche

handelten Konstellation deutlich werdenden Konflikt auseinandergesetzt: Auf der einen Seite steht die mit dem Verbot der Geldwäsche bezweckte wirtschaftliche Isolierung rechtswidrig bereicherter Straftäter, auf der anderen das Recht jedes Beschuldigten, sich aus einer Vielzahl freiberuflich tätiger Rechtsanwälte einen oder mehrere Verteidiger zu wählen, die gegen Entgelt für ihn im Strafprozeß tätig werden sollen, sowie das Recht des RA auf freie Berufsausübung. Im Kern der jeweiligen Ausführungen steht demnach die heftig umstrittene Frage, ob eine Restriktion des Anwendungsbereichs des § 261 StGB bei Ausübung sozial üblicher Geschäftstätigkeit geboten ist, wobei die beiden angesprochenen Entscheidungen zu entgegengesetzten Ergebnissen gelangen⁴⁹. Im Folgenden sollen nunmehr die zu diesem Fragenkomplex existierenden unterschiedlichen Auffassungen dargestellt werden⁵⁰:

1. Nach einem größeren Meinungslager im Schrifttum ist in bestimmten Fällen der Annahme deliktsverstrickter Vermögensgegenstände die Einschränkung des objektiven Tatbestandes der Geldwäsche durch ein ungeschriebenes Merkmal der „üblichen Geschäftstätigkeit“ oder „sozialadäquaten Verhaltens“ geboten⁵¹. Danach wäre die Verteidigertätigkeit des R als sozialadäquate Tätigkeit einzustufen, weshalb auch die Annahme eines Honorars den Straftatbestand des § 261 StGB nicht erfüllen könnte. Dem hier umrissenen Meinungslager ist aller-

Entscheidung des Jahres 2000“); *Reichert*, NSTZ 2000, S. 316 ff.; *Schäfer/Wittig*, NJW 2000, S. 1387 ff.; *Vahle*, DVP 2001, S. 483.

48 BGHSt 47, 68 (= NJW 2001, S. 2891 ff.) mit Besprechungen bei *Bernsmann*, StraFo 2001, S. 344 ff.; *Burhoff*, ZAP 2001, Fach 22 R, S. 193 ff.; *Jahn*, EWIR 2001, S. 929 f.; *Leitner*, StraFo 2001, S. 388 ff.; *Martin*, JuS 2001, S. 1232 f.; *Nestler*, StV 2001, S. 641 ff.; *Peglau*, wistra 2001, S. 461 ff.; *Scherp*, NJW 2001, S. 3242 ff.; *Vahle*, Kriminalistik 2001, S. 542.

49 Nach *Nestler*, StV 2001, S. 642 handelt es sich bei der Entscheidung des BGH um die „extreme Gegenposition“ zu derjenigen des HansOLG Hamburg; nach *Leitner*, StraFo 2001, S. 388 stehen „zwei Entscheidungen im Raum, wie sie unterschiedlicher nicht sein können“.

50 Vertiefend hierzu unter dem allgemeinen Gesichtspunkt einer Strafbarkeit wegen Beihilfe durch Unterstützung des Haupttäters in Form neutralen Alltagsverhaltens *Hillenkamp*, AT-Probleme, 9. Auflage, 28. Problem. Eine gute Übersicht zum Meinungsspektrum im Zusammenhang von Geldwäsche und Strafverteidigung bietet bereits das Urteil des HansOLG Hamburg (StV 2000, S. 142 ff.); ausführlich zur Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars zuletzt *Grüner/Wasserburg*, GA 2000, S. 430 ff. Allgemein zum Problemkreis Geldwäsche und übliche Geschäftstätigkeit schließlich *Bottermann*, Untersuchung zu den grundlegenden Problematiken des Geldwäschetatbestandes, auch in seinen Bezügen zum Geldwäschegesetz, Bochum 1995, S. 67 ff.

51 So etwa nach *Kulisch*, StraFo 1999, S. 337 ff.; *Löwe-Krahl*, wistra 1993, S. 125; *Pritt-witz*, StV 1993, S. 498 f.

dings unter überzeugender Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien entgegen gehalten worden, dem Gesetzgeber sei das Problem der Einbeziehung von Verteidigerhonoraren bei der Schaffung des § 261 StGB durchaus bekannt gewesen, und er habe seitdem auch mehrere Änderungsgesetze nicht dazu genutzt, bestimmte Berufsgruppen in dieser Hinsicht zu privilegieren⁵². Zudem wird man zu einer unterschiedslosen Ausklammerung bestimmter sozial üblicher Verhaltensweisen bereits aus dem objektiven Tatbestand des § 261 StGB kritisch anmerken müssen, daß der Unrechtsgehalt einer Handlung sich eben nicht allein durch den objektiven Vorgang als solchen beschreiben läßt, sondern seinen sozialen Sinngehalt eben erst durch die begleitende Vorstellung des Handelnden erlangt⁵³.

2. *Salditt* wählt – ungeachtet der auch von ihm zur Kenntnis genommenen Entstehungsgeschichte des § 261 StGB – ebenfalls den Weg einer Einschränkung über das Merkmal der Sozialadäquanz, will eine solche allerdings dann nicht zugestehen, wenn das Verhalten zugleich den Tatbestand der Hehlerei erfüllt⁵⁴. Da es sich bei der Annahme des Verteidigerhonorars durch R lediglich um eine straflose Ersatzhehlerei handelt, wäre nach dieser Auffassung eine Restriktion des Tatbestandes zulässig. Die Meinung *Salditts* sieht sich jedoch letztlich ebenfalls den bereits erwähnten Bedenken ausgesetzt, zumal es angesichts der mittlerweile erreichten Komplexität der Regelung⁵⁵ nicht recht einsehbar erscheint, weshalb der Gesetzgeber gerade auf die in den Augen *Salditts* so wichtige Sozialadäquanzklausel verzichtet haben sollte⁵⁶.

3. Von einem der Verfasser dieser Klausurlösung stammt der Vorschlag, die Entgegennahme bemakelten Geldes für alltägliche, übliche Geschäftstätigkeit (Austauschgeschäfte und Dienstleistungen des täglichen Lebens), zur Bestreitung des Existenzminimums des Käufers und als Honorar für Rechtsbeistand, Rechts- und Finanzberatung durch die hierfür vorgesehenen Berufsangehörigen solle zumindest dann aus dem Tatbestand der Geldwäsche ausscheiden, wenn

52 *Bernsmann*, StV 2000, S. 42; *Grüner/Wasserburg*, GA 2000, S. 432 f.

53 *Barton*, StV 1993, S. 158 f.; *Bottermann*, aaO (FN 50), S. 71 f., *Otto*, Kreditwesens 2/94, S. 66.

54 *Salditt*, StraFo 1992, S. 122.

55 Kritisch hierzu *Rieß*, StraFo 1992, S. 90.

56 *Salditt*, StraFo 1992, S. 122; ähnlich wohl auch *Kulisch*, StraFo 1999, S. 338. Kritik dieser Auffassung bei *Barton*, StV 1993, S. 157 f.; *Botke*, wistra 1995, S. 122; *Körner*, in: *Körner/Dach*, Geldwäsche, ein Leitfaden zum geltenden Recht, München 1994, Rdnr. 35.

sie nicht manipulativ oder klandestin im Sinne des in Abs. 1 der Norm enthaltenen „Verschleierungstatbestandes“ erfolge. Solange das Geld für die berufliche Dienstleistung bestimmt sei und kein Scheinvertrag geschlossen werde, liege keine strafbare Geldwäsche vor⁵⁷. Vorliegend erfüllt das Verhalten des R keine der in Abs. 1 normierten Tatmodalitäten, weshalb nach dieser Auffassung auch ein Sich-Verschaffen durch R entfallen würde.

Soweit vom Verfasser für die Begründung seiner Auffassung dem Gesetz selbst die Aussage zugeschrieben wurde, daß dieses sich nicht in Widerspruch zu sozial- und rechtsstaatlichen Wertentscheidungen setzen wolle, ist wiederum der Vorwurf einer Mißachtung der insoweit eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung *gegen* die Verankerung einer die Sozialadäquanz bestimmter Verhaltensweisen berücksichtigenden Klausel erhoben worden, weshalb für eine teleologische, d.h. am Gesetzeszweck orientierte Tatbestandsreduktion kein Raum sei⁵⁸. Diese Kritik übersieht jedoch, daß sich die auch hier aufrecht erhaltenen Bemühungen um eine tatbestandliche Restriktion des § 261 StGB wesentlich aus einem Vergleich der vom Gesetzgeber zugrunde gelegten, unterschiedlichen *Schutzzwecke* von Abs. 1 und 2 der genannten Norm speisen: Während nämlich für den Verschleierungstatbestand der ersten beiden Alternativen des Abs. 1, bei welchem geschütztes Rechtsgut allein die Rechtspflege sein kann, bewußt keinerlei Einschränkungen für bestimmte sozial übliche Verhaltensweisen vorgeschlagen werden, ergibt sich die Notwendigkeit einer Reduktion der restlichen, in Abs. 1 sowie Abs. 2 enthaltenen Alternativen vor allem aufgrund der Tatsache, daß der dort formulierte Isolierungs- und Vereitelungstatbestand ganz unter dem Vorzeichen eines strafrechtsdogmatisch und verfassungsrechtlich bedenklichen vorverlagerten Rechtsgüterschutzes steht. Insoweit wird nun gerade nicht sozial übliche Geschäftstätigkeit kategorisch aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossen (dieses würde denn auch tatsächlich zum Willen des Gesetzgebers im Widerspruch stehen), sondern es werden über allgemeine Erwägungen zur Reichweite des Schutzzwecks der Norm bestimmte eng begrenzte Bereiche – etwa Bagatellgeschäfte, aber eben auch die Strafverteidigung – aus den ansonsten uferlosen Tatbeständen ausgeklammert, soweit die fraglichen Verhaltens-

57 Barton, StV 1993, S. 163. Zustimmend Hartung, AnwBl 1994, S. 443 f.

58 So etwa Botke, wistra 1995, S. 122. Ablehnend auch Katholnigg, NJW 2001, S. 2042; Otto, Jura 1993, S. 331 sowie Tröndle/Fischer-Fischer § 261, Rdnr. 31 f., wohingegen Tröndle, 48. Auflage § 261, Rdnr. 15a, noch von einer „gewichtige(n) Argumentation ... für eine teleologische Reduktion der Vorschrift“ ausgegangen war.

weisen nicht ihrerseits die Voraussetzungen der klandestinen Begehungsweise des Abs. 1 aufweisen⁵⁹.

4. Nach Auffassung des *HansOLG Hamburg* hat die Bestrafung eines Wahlverteidigers nach § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB immer dann auszuschneiden, wenn dieser sich Vermögenswerte aus rechtswidrigen Taten im Sinne von § 261 Abs. 1 S. 2 StGB ausschließlich in Erfüllung seiner Honorarforderung übergeben läßt und dem Verletzten aus der Straftat kein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung durch die Honorarzahlung beeinträchtigt, erschwert oder gefährdet würde⁶⁰. Das Gericht gewinnt dieses Ergebnis im Wege verfassungskonformer Auslegung, die nach seiner Ansicht unter anderem deshalb erforderlich wird, weil ansonsten eine Verletzung des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten „fair trial Prinzips“ beziehungsweise des Grundsatzes der freien Advokatur gegeben wäre⁶¹. Vorliegend bestünde unter anderem ein zivilrechtlicher Anspruch des Z gegen A aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 252 StGB, weshalb eine Restriktion des Tatbestandes nicht in Betracht käme.

Der Argumentation des *HansOLG Hamburg* ist nun ebenso wie den vorgenannten Restriktionsbemühungen aus dem Schrifttum entgegengehalten worden, sie überschreite die Grenzen der noch zulässigen Auslegung und gebe der Vorschrift des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB einen völlig neuen, weder mit dem Wortlaut des Gesetzes noch dem Willen des Gesetzgebers zu vereinbarenden Sinn⁶². Eine Wahlverteidigung sei eben nur dann möglich, wenn der Mandant über entsprechende Mittel zur Finanzierung derselben verfüge, und ein Mandant, dem lediglich „schmutziges“ Geld zur Verfügung stehe, sei insoweit nach dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen dem mittellosen Beschuldigten gleichzusetzen, d.h. er sei auf die Pflichtverteidigung zu verweisen⁶³. Zustimmung zumindest im Ergebnis hat die Entscheidung demgegenüber von *Lüderssen* erhalten, der aller-

59 Vgl. im einzelnen *Barton*, StV 1993, S. 159 ff.

60 *HansOLG Hamburg*, StV 2000, S. 146.

61 Zu den grundrechtlichen Wertungen *HansOLG*, StV 2000, S. 145 ff.

62 *Burger/Peglau*, wistra 2000, S. 161; *Götz/Windholz*, AnwBl 2000, S. 645; *Schaefer/Wittig*, NJW 2000, S. 1388 sowie *Katholnigg*, NJW 2001, S. 2044 halten statt des vom *HansOLG Hamburg* vorgenommenen Versuchs einer verfassungskonformen Auslegung eine Vorlage an das BVerfG gem. Art. 100 GG für angezeigt. Auf die Funktionsteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang auch *Hetzer*, wistra 2000, S. 288 hingewiesen.

63 Ähnlich nunmehr allerdings auch der BGH, NJW 2001, S. 2893. Auf Ablehnung stoßen die Ausführungen des *HansOLG Hamburg* auch noch bei *Arzt/Weber-Arzt*, Strafrecht BT, § 29, Rdnr. 49, FN 42; *Reichert*, NStZ 2000, S. 317 f.

dings darauf hingewiesen hat, daß die „Ausnahme von der Ausnahme“ im Falle von Ansprüchen des Opfers gegen den Täter letztlich doch zu einer zusätzlichen Bestrafung des Beschuldigten durch die Minderung von Verfahrensrechten führt: Für das, was der Täter direkt mit der Tat bewirkt habe, werde er doppelt belastet, da er sich zusätzlich gegen seine Verurteilung nicht mit einem gut bezahlten Verteidiger wehren könne, sondern auf „den steinigen Weg der Pflichtverteidigung“ verwiesen sei⁶⁴.

5. Ein weiterer im Schrifttum vertretener Ansatz liegt in der Begrenzung des Geldwäschetatbestandes im subjektiven Bereich; für den Bereich sozialüblicher Geschäftstätigkeit sind nach dieser Auffassung verschärfte Anforderungen an die Feststellung von Vorsatz zu stellen, und der Fahrlässigkeitsbereich – insbesondere die Leichtfertigkeit – ist aus dem Anwendungsbereich vollständig herauszunehmen⁶⁵. Da vorliegend jedoch ohnehin Vorsatz des R festgestellt wurde, gelangt diese Ansicht folglich nicht zu einer Restriktion des Anwendungsbeereichs der Norm. Vorgehalten worden ist dieser Auffassung unter anderem, sie bleibe bei der Lösung des Problems gleichsam auf halbem Wege stehen: Letztlich könne kaum etwas den Verteidiger vor dem Anfangsverdacht einer ggf. auch direkt vorsätzlichen Geldwäsche bewahren, was zur Folge habe, daß der Schritt zu dem Verdachtsgrad, der etwa eine Telefonüberwachung gemäß §§ 100 a, b StPO gestattet, relativ klein sei; insoweit erweise sich wiederum die Lösung über den objektiven Tatbestand als sauberer⁶⁶.

6. Schließlich findet sich in der neueren Literatur die Verortung des Problems auf der Ebene der Rechtswidrigkeit des Verteidigerverhaltens: Danach soll ein spezifisch prozessual-verfassungsrechtlicher Rechtfertigungsgrund, der sich aus Art. 2 Abs. 1 GG und der Unschuldsvermutung sowie dem Grundsatz der „Waffengleichheit“ ergebe, die Geldwäsche durch einen Strafverteidiger selbst dann rechtfertigen, wenn er vorsätzlich handele⁶⁷; die Annahme des Honorars durch R

64 *Lüderssen*, StV 2000, S. 207. Im Ergebnis zustimmend auch noch *Geppert*, JK 2000, StGB § 261/3 („höchst respektabel“); *Hamm*, NJW 2000, S. 636 ff.; *Müther*, Jura 2001, S. 325.

65 *Kempf*, Das Honorar des Strafverteidigers und Geldwäsche – Referat für die Beratungen des Strafrechtausschusses der BRAK vom Juni 1999, S. 883 ff.

66 Vgl. *Bernsmann*, StV 2000, S. 41 f. Krit. auch *Hamm*, NJW 2000, S. 636; *Reichert*, NSTz 2000, S. 317.

67 *Bernsmann*, StV 2000, S. 43 ff.; zustimmend *Lüderssen*, StV 2000, S. 206 f. Ähnlich, allerdings mit Einschränkungen für die Fälle positiver Kenntnis *Hamm*, NJW 2000, S. 636 ff.

erwiese sich demnach bei Zugrundelegung dieser Auffassung als gerechtfertigt. Der besagten Ansicht ist entgegengehalten worden, der für ihre Argumentation „tragende“ Gegenschluß aus der in §§ 112 ff. StPO bei entsprechendem Tatverdacht für zulässig erklärten Freiheitsberaubung zu Lasten eines *Unschuldigen* auf ein entsprechendes Recht des Verteidigers, sich aus den Erlösen der Straftat eines *Schuldigen* zu bereichern, sei nicht nachvollziehbar⁶⁸.

7. Nach Auffassung des *BGH* und einiger Autoren im Schrifttum hat demgegenüber eine Restriktion des Geldwäschetatbestandes nach geltender Gesetzeslage generell auszuschneiden⁶⁹. Danach kann sich zumindest ein Strafverteidiger, der Honorar in Kenntnis seiner Herkunft aus einer Katalogtat im Sinne des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB entgegennimmt, wegen Geldwäsche strafbar machen. So seien nach dem eindeutigen Wortlaut des § 261 Abs. 2 StGB weder Strafverteidiger als Täter noch Strafverteidigerhonorare als Objekte des Geldwäschetatbestandes ausgenommen, und auch die Gesetzgebungsgeschichte sowie der mit dem Gesetz verfolgte Zweck einer weit gehenden Isolierung des Straftäters gestatteten keine derartige Ausnahme. Darüber hinaus tangiere die Strafbarkeit einer Annahme von Verteidigerhonorar in Kenntnis seiner bemakelten Herkunft weder das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Recht des Rechtsanwalts, sich anwaltlich auf dem Gebiet der Strafverteidigung zu betätigen, noch das durch § 137 StPO, das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 2, 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK verbürgte Recht des Beschuldigten, sich des Beistands eines oder mehrerer Verteidiger seiner Wahl zu bedienen. Schließlich sei auch eine etwaige Störung des Verteidigungsverhältnisses zumutbar, die etwa daraus entstehen könne, daß gegen den Verteidiger während des gegen seinen Mandanten geführten Verfahrens wegen des Verdachts ermittelt werde, Honorargelder in Kenntnis ihrer inkriminierten Herkunft angenommen zu haben; auch die aufgrund dessen ergriffenen strafprozessualen Maßnahmen begegneten keinen Bedenken⁷⁰. Legte man diese Auffassung zugrunde, so hätte sich R mithin der Geldwäsche gem. § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

68 So Tröndle/Fischer-Fischer § 261, Rdnr. 31.

69 Vgl. insoweit noch einmal *BGH*, NJW 2001, S. 2891 ff. sowie die unter FN 48 verzeichneten Entscheidungsrezensionen. Exemplarisch aus dem Schrifttum *Burger/Peglau*, wistra 2000, S. 161 ff.; *Hetzer*, wistra 2000, S. 281 ff.; *Katholnigg*, NJW 2001, S. 2041 ff.; *Schäfer/Wittig*, NJW 2000, S. 1387 ff.; *Schönke/Schröder-Stree*, § 261, Rdnr. 17; *Tröndle/Fischer-Fischer* § 261, Rdnr. 31 ff.

70 *BGH*, NJW 2001, S. 2892 ff.; zustimmend *Peglau*, wistra 2001, S. 461 ff. In diesem Zusammenhang sei allerdings noch darauf hingewiesen, daß die Entscheidung des *BGH*

Vor allem die für die Argumentation des *BGH* grundlegende Prämisse, daß „ein Beschuldigter, der lediglich über bemakelte Vermögensgegenstände verfügt, einem mittellosen Beschuldigten gleichzustellen“ sei, ist in Teilen des Schrifttums auf deutliche Ablehnung gestoßen: Schließlich sei zum Zeitpunkt der Honorierung regelmäßig noch gar nicht festgestellt, daß die in Rede stehenden Vermögenswerte auch *tatsächlich* deliktischer Herkunft seien; vielmehr bestehe in diesem Verfahrensstadium allenfalls ein entsprechender *Verdacht* der Strafverfolgungsbehörden. Solange in Konsequenz der Unschuldsvermutung nicht feststehe, daß der Beschuldigte die ihm vorgeworfene Tat begangen habe, handle es sich bei den möglicherweise oder auch sicher aus dem ihm vorgeworfenen Verhalten entstandenen Vermögenswerten noch nicht um solche, die im Sinne des § 261 Abs. 1 StGB aus einer Vortat *herrührten*. Für die von ihm vorgenommene Gleichstellung bleibe der *BGH* demnach entscheidende Argumente schuldig⁷¹. Darüber hinaus ist schließlich auch dem zweiten zentralen Argument des *BGH*, eine Pflichtverteidigung sei im Vergleich zur Wahlverteidigung keine Verteidigung minderer Güte, vehement entgegengetreten worden⁷².

Nach dem Gesagten ergeben sich unterschiedlichste Lösungsansätze zur Frage der Strafbarkeit des Strafverteidigers R aus § 261 StGB. Mit entsprechender Begründung sind selbstverständlich sämtliche referierten Auffassungen vertretbar. Von den Teilnehmern einer Übung für Fortgeschrittene kann hier zwar nicht enzyklopädisches Wissen, jedoch in jedem Fall ein vertieftes Problembewußtsein für die Belange der Strafverteidigung erwartet werden.

VI. Strafbarkeit des R gem. § 258 Abs. 1 StGB durch Übermittlung des Angebots an B

Durch die Übermittlung des Angebotes des A an B könnte sich R des weiteren wegen Strafreitelung gem. § 258 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Insoweit stellt sich angesichts der Funktion des R als Strafverteidiger erneut die Fra-

zu einem Fall direkten Vorsatzes ergangen ist. Die Behandlung von Konstellationen wie der vorliegend zu beurteilenden, in welchen lediglich Eventualvorsatz vorliegt, ist demnach noch nicht abschließend entschieden; vgl. insoweit allerdings *Nestler*, StV 2001, S. 647, der keinerlei Anhaltspunkte dafür sieht, daß der *BGH* auf der Basis seiner zentralen Argumente eine Strafbarkeit nicht auch bei bedingtem Vorsatz oder gar bei Leichtfertigkeit bejahen würde. Explizit für Übertragbarkeit der Grundsätze auf § 261 V StGB *Peglau*, wistra 2001, S. 462.

71 Vgl. *Nestler*, StV 2001, S. 642 f. Kritisch auch noch *Bernsmann*, StraFo 2001, S. 344 ff.; *Leitner*, StraFo 2001, S. 389.

72 *Nestler*, StV 2001, S. 643 f. Vgl. insoweit bereits *Barton*, StV 1993, S. 158.

ge, ob eine Restriktion des Tatbestandes vorgenommen werden sollte – dies um so mehr, wenn man mit *Lüderssen* berücksichtigt, daß letztlich „Strafverteidigung genuin Strafvereitelung ist“⁷³. Es versteht sich zunächst von selbst, daß der Verteidiger bei seinen Aktivitäten grundsätzlich die ihm zustehenden prozessualen Mittel voll ausschöpfen darf⁷⁴. Auf der anderen Seite wird er sich jedoch einer bewußten Verdunklung des Sachverhalts beziehungsweise einer sachwidrigen Erschwerung der Strafverfolgung zu enthalten haben⁷⁵. Es ist ihm aus diesem Grunde insbesondere untersagt, durch aktive Einflußnahme auf die Darstellung des Sachverhalts die Wahrheitserforschung zu erschweren, etwa indem er Beweisquellen verfälscht⁷⁶. Auf der Grundlage dieser Ausführungen ist ein Verteidigerhandeln insbesondere dann nicht mehr zulässig, wenn der Verteidiger darauf hinwirkt, daß einem Zeugen für ein bestimmtes Aussageverhalten die Zahlung eines Geldbetrages versprochen wird, ohne daß dafür sonst eine Anspruchsgrundlage gegeben ist (sog. „Erfolgshonorar“)⁷⁷. Vorliegend handelt es sich nun zwar nicht um die Beeinflussung eines Zeugen; in Rechtsprechung und Schrifttum wird jedoch auch die Mitwirkung des Strafverteidigers an einer bewußt wahrheitswidrigen Abstimmung mehrerer Mitbeschuldigter für unzulässig gehalten, bei welcher einer der Betroffenen „die Schuld übernimmt“⁷⁸. Nach dem Gesagten ist eine Restriktion des Tatbestandes unter dem Gesichtspunkt der Strafverteidigungsaktivitäten des R keineswegs zwingend, weshalb sich R durch die Übermittlung des Angebotes des A an B gem. § 258 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben kann. Für die Bewertung ist auch hier wiederum ausschlaggebend, daß d. Bearb. Problembewußtsein zeigt.

73 *Lüderssen*, StV 2000, S. 206. Ähnlich *Krekeler*, NStZ 1989, S. 146 („Behinderung‘ der Strafrechtspflege durch die Institutionalisierung der Verteidigung in §§ 137 ff. StPO vom Gesetz gewollt“).

74 BGHSt 38, 345 (347); OLG Düsseldorf, JZ 1986, S. 408; *Beulke*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 1989, Rdnr. 2; *Lackner/Kühl-Kühl* § 258, Rdnr. 9; *Scholderer*, StV 1993, S. 229; *Tröndle/Fischer-Fischer* § 258, Rdnr. 7. Kritisch *Krekeler*, NStZ 1989, S. 146 (Verschiebung des Abgrenzungsproblems „lediglich auf eine andere Ebene“) sowie *Kühne*, Strafprozeßrecht, 5. Auflage, Rdnr. 201 („Leerformel, die wenig weiterhilft“).

75 BGHSt 2, 375 (377).

76 BGHSt 9, 20 (22); BGHSt 38, 345 (348); BGH, NStZ 1999, S. 188.

77 BGH, NJW 2000, S. 2435. Vgl. hierzu auch *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 6. Auflage, Rdnr. 180; *Krekeler*, NStZ 1989, S. 150 (allerdings für regelmäßiges Vorliegen bloßer Teilnahme); *Ostendorf*, NJW 1978, S. 1349 f.

78 OLG Frankfurt, NStZ 1981, S. 145; *Beulke*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 1989, Rdnr. 82; *Krekeler*, NStZ 1989, S. 151; *LK-Ruß*, 10. Auflage, § 258, Rdnr. 20a; *Schönke/Schröder-Stree* § 258, Rdnr. 20.

VII. Strafbarkeit des A gem. §§ 258 Abs. 1, 26 StGB durch Beauftragung des R

Wegen des in § 258 Abs. 5 StGB normierten persönlichen Strafausschließungsgrundes⁷⁹ entfällt demgegenüber eine Strafbarkeit des A gem. §§ 258 Abs. 1, 26 StGB.

VIII. Endergebnis und Konkurrenzen

Nach hier zugrunde gelegter Auffassung kann sich R gem. §§ 356 Abs. 1, 258 Abs. 1, 52 StGB strafbar gemacht haben. A und B haben sich im zweiten Tatkomplex nicht strafbar gemacht, jedoch wurde im ersten Tatkomplex eine Strafbarkeit des A gem. §§ 252 Abs. 1, 223 Abs. 1, 113 Abs. 1, 123 Abs. 1, 25 Abs. 2, 52 Abs. 1 StGB sowie eine solche des B gem. §§ 244 Abs. 1 Nr. 3, 25 Abs. 2 StGB festgestellt.

Zu Aufgabe 2.: Ausschließung des Verteidigers⁸⁰

Es ist allgemein anerkannt und auch verfassungsrechtlich verbürgt⁸¹, daß ein Verteidiger von der Berufsausübung nur aufgrund einer gesetzlichen Grundlage, die dies gestattet, ausgeschlossen werden kann.

I. „Ausschluß“ durch den Vorsitzenden (bzw. das Tatgericht)

Es gibt vorliegend keine gesetzliche Handhabe für den Vorsitzenden, den R als Verteidiger unmittelbar vom Verfahren auszuschließen oder zurückzuweisen. R ist Wahlverteidiger des B. Gem. § 146a Abs. 1 StPO kann jemand, der als Verteidiger gewählt wurde, nur in engen Grenzen zurückgewiesen werden. Das ist der Fall, wenn ein Angeklagter sich mehr als drei Verteidiger gewählt hat (§ 137

79 Lackner/Kühl-Kühl § 258, Rdnr. 16; Rengier, Strafrecht BT I, § 21, Rdnr. 14; Wesels/Hettinger, Strafrecht BT/1, Rdnr. 733. A.A. Roxin, Strafrecht AT/1, 3. Auflage, § 22, Rdnr. 138: Entschuldigungsgrund.

80 Allgemein zum Ausschluß des Strafverteidigers Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, Rdnr. 37 ff.; Kühne, Strafprozeßrecht, Rdnr. 237 ff.; Parigger, Die Ausschließung des Strafverteidigers de lege lata – de lege ferenda, in: FG für L. Koch, Heidelberg 1989, S. 199 ff.; Peters, Strafprozeß, 4. Auflage, S. 225 f.; Remagen-Kemmerling, Der Ausschluß des Strafverteidigers in Theorie und Praxis, Berlin 1998; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, § 19, Rdnr. 45 ff.

81 Vgl. BVerfGE 34, 293 (Fall Schily) m. Anm. Blei, JA 1973, StR S. 91 f.; Schumann, JZ 1973, S. 314 ff. Zum zeitgeschichtlichen Kontext dieser Entscheidung vgl. Remagen-Kemmerling, aaO (FN 80), S. 47 ff.

Abs. 1 Satz 2 StPO) oder wenn der Verteidiger mehr als einen Beschuldigten gleichzeitig wegen derselben Tat verteidigen will (§ 146 StPO). Ein solcher Fall liegt ersichtlich nicht vor; daran ändert nichts, daß der R im Verdacht steht, auch die Interessen des A wahrzunehmen (s.o.: Vorwurf des Parteiverrats), denn er ist nicht formeller Verteidiger des A, und nur darauf stellt § 146a StPO ab. Überdies hätte der Vorsitzende auch nicht die Kompetenz, den R kraft seiner Stellung als Vorsitzender zurückzuweisen, da nach § 146a Abs. 1 Satz 3 StPO hierüber das Gericht (also der gesamte Spruchkörper) zu entscheiden hat. Andere Normen, die einen Ausschluß des Wahlverteidigers durch den Vorsitzenden aus dem laufenden Verfahren gestatten würden, sind nicht gegeben⁸². Da R nicht als sog. Pflichtverteidiger tätig ist, braucht in der Hausarbeit auch nicht auf etwaige Möglichkeiten der Rücknahme der Bestellung als Pflichtverteidiger eingegangen zu werden⁸³.

II. Ausschluß nach den §§ 138a ff. StPO durch das OLG

Es könnte allerdings ein Fall des § 138a StPO (Verteidigerausschluß) vorliegen. Gemäß § 138c StPO trifft allein das Oberlandesgericht die Entscheidungen über einen etwaigen Verteidigerausschluß. Der Vorsitzende oder das erkennende Gericht sind also in jedem Fall daran gehindert, den R als Verteidiger zurückzuweisen⁸⁴. Diese Kompetenzverteilung erfolgt aus guten Gründen, da die Effektivität der Strafverteidigung in ihrem Kernbestand gefährdet wäre, falls das Tatgericht über den Ausschluß des Verteidigers im laufenden Verfahren befinden dürfte⁸⁵. Da der R nicht verdächtigt wird, an der Tat, die dem B vorgeworfen wird (s.o.: Gemeinschaftlicher Wohnungseinbruchsdiebstahl), beteiligt zu sein und sich der B auch auf freiem Fuß befindet, können die Fälle Nr. 1. und Nr. 2. des § 138a Abs. 1 StPO ausgeschlossen werden. Als Ausschlußgrund kommt al-

82 Fragen des Berufsrechts (§ 43a Abs. 4 BRAO, § 3 BerufsO; vgl. hierzu *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, Rdnr. 73) brauchen nicht angesprochen zu werden, da diese weder einen Ausschluß aus dem laufenden Verfahren gestatten noch dem Vorsitzenden eine entsprechende Befugnis einräumen.

83 Speziell den Fall des § 143 StPO; vgl. zur Rücknahme der Bestellung als Pflichtverteidiger im übrigen *Barton*, Mindeststandards der Strafverteidigung, Baden-Baden 1994, S. 195 sowie *ders.*, StV 1995, S. 290 ff.

84 Zu dem nach §§ 138c, d StPO zu beachtenden Verfahren vgl. *Remagen-Kemmerling*, aaO (FN 80), S. 158 ff.

85 *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, Rdnr. 38; *Julius* in HK-StPO, 3. Auflage, § 138c, Rdnr. 1 („...nimmt dem konfliktbefangenen Tatgericht die Zuständigkeit zur Ausschließung des Verteidigers“); *Kühne*, Strafprozeßrecht, Rdnr. 239.

lein § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO in Betracht. Demnach müßte der R dringend oder in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade verdächtig sein, eine Handlung begangen zu haben, die für den Fall der Verurteilung des Beschuldigten Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei wäre. Interessanterweise bildet also nicht jede mögliche Anschlußtat des Verteidigers eine Handhabe für einen Verteidigerausschluß nach § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO, da Geldwäsche im Katalog der einschlägigen Anschlußtaten nicht aufgeführt wird. Dies hat d. Bearb. in der Hausarbeit zu berücksichtigen und deshalb allein auf den Vorwurf der Strafvereitelung (zugunsten des A) abzustellen. Im übrigen entscheidet über das Ergebnis eines möglichen Ausschlusses des R hier die vorangegangene materiell-strafrechtliche Prüfung. Hat d. Bearb. Strafvereitelung bejaht, läge ein Ausschlußgrund vor, da im übrigen dem erforderlichen Verdachtsgrad genügt wird⁸⁶.

III. Ergebnis

Die richtige Antwort zur Frage des Ausschlusses des R von der laufenden Verteidigung liegt also darin, daß erstens der Vorsitzende hierüber in keinem Fall zu befinden hat, zweitens hat sie in Abhängigkeit von dem Ergebnis des materiell-strafrechtlichen Gutachtens bezüglich der Annahme von Strafvereitelung zu erfolgen.

86 Zu dem für § 138a Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 StPO erforderlichen Verdachtsgrad vgl. BGHSt 36, 133; KK-*Laufhütte*, 4. Auflage, § 138a, Rdnr. 7; LR-*Lüderssen*, 24. Auflage, § 138a, Rdnr. 15 ff.; Pfeiffer, StPO, 3. Auflage, §18a, Rdnr. 2; Remagen-Kemmerling, aaO. (FN 80), S. 70 ff., 136 ff.