

# Übungsfall: Schwerpunktklausur Strafrecht

## Strafprozessrecht, Europäisches und Internationales Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht

Von Prof. Dr. Robert Esser, Passau

### Sachverhalt

#### Teil I<sup>1</sup>

Der seit mehreren Jahren in Deutschland lebende und fließend Deutsch sprechende türkische Staatsbürger A wird wegen des Verdachts des Raubes festgenommen; unmittelbar im Anschluss an die Festnahme werden ihm der Tatvorwurf und die Gründe seiner Festnahme durch die Polizei eröffnet. A wird am nächsten Tag dem Haftrichter vorgeführt, der ihn förmlich gem. § 136 Abs. 1 StPO belehrt und zusätzlich darauf hinweist, dass es ihm (A) freistehe, mit dem für ihn zuständigen Konsulat Kontakt aufzunehmen. A schweigt, verzichtet aber auf die Kontaktaufnahme mit dem Konsulat. Auch in der Hauptverhandlung am 3.6.2008 macht A umfassend von seinem Schweigerecht Gebrauch; sein mittlerweile bestellter Verteidiger widerspricht der Verwertung einer Aussage des A anlässlich seiner polizeilichen Vernehmung drei Stunden nach der Festnahme, in der A – nach förmlicher Belehrung gem. § 136 Abs. 1 StPO – nicht nur sich selbst, sondern auch B schwer belastet hat. Das LG verurteilt A und B wegen gemeinschaftlichen Raubes zu mehrjährigen Freiheitsstrafen, wobei es die Feststellung der Schuld jeweils maßgeblich auf die Einlassung des A stützt. Nach Verlesung der Urteilsformel fängt A aus Wut an zu randalieren und wird aus dem Sitzungssaal entfernt.

Am 11.6.2008 wird den Verteidigern von A und B das vollständige Urteil zusammen mit dem Protokoll der Hauptverhandlung zugestellt. Noch am selben Tag legt der Verteidiger des A formgerecht Revision ein. Die Revisionsanträge und ihre Begründung gehen formgerecht am 21.7.2008 beim LG ein.

1. Hat die Revision des A Aussicht auf Erfolg?

Es ist zu allen in Betracht kommenden Rechtsfragen, ggf. hilfsgutachtlich, Stellung zu nehmen.

2. Der Mitbeschuldigte B sieht ebenfalls einen Verfahrensmangel. Wäre seine Revision begründet?

3. Unterstellt, der EGMR entscheidet aufgrund einer Individualbeschwerde des A, dass dieser aufgrund des oben beschriebenen Sachverhaltes nicht in den Genuss eines fairen Verfahrens gekommen ist. Kann B – der nach erfolgloser Verfassungsbeschwerde auf eine Anrufung des EGMR zunächst verzichtet hat – nun ebenfalls noch eine Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK einlegen oder wenigstens eine Wiederaufnahme seines Strafverfahrens betreiben?

Gehen Sie nur auf die jeweiligen Kernprobleme ein; eine vollständige Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung der beiden Rechtsbehelfe wird nicht erwartet.

### Art. 36 WÜK<sup>2</sup> Verkehr mit Angehörigen des Entsendestaats

(1) Um die Wahrnehmung konsularischer Aufgaben in Bezug auf Angehörige des Entsendestaats zu erleichtern, gilt folgendes:

a) Den Konsularbeamten steht es frei, mit Angehörigen des Entsendestaats zu verkehren und sie aufzusuchen. Angehörigen des Entsendestaats steht es in gleicher Weise frei, mit den Konsularbeamten ihres Staates zu verkehren und sie aufzusuchen;

b) die zuständigen Behörden des Empfangsstaats haben die konsularische Vertretung des Entsendestaats auf Verlangen des Betroffenen unverzüglich zu unterrichten, wenn in deren Konsularbezirk ein Angehöriger dieses Staates festgenommen, in Straf- oder Untersuchungshaft genommen oder ihm anderweitig die Freiheit entzogen ist. Jede von dem Betroffenen an die konsularische Vertretung gerichtete Mitteilung haben die genannten Behörden ebenfalls unverzüglich weiterzuleiten. Diese Behörden haben den Betroffenen unverzüglich über seine Rechte auf Grund dieser Bestimmung zu unterrichten;

c) Konsularbeamte sind berechtigt, einen Angehörigen des Entsendestaats aufzusuchen, der sich in Straf- oder Untersuchungshaft befindet oder dem anderweitig die Freiheit entzogen ist, mit ihm zu sprechen und zu korrespondieren, sowie für seine Vertretung in rechtlicher Hinsicht zu sorgen.

[...] Jedoch dürfen Konsularbeamte nicht für einen Staatsangehörigen tätig werden, der in Straf- oder Untersuchungshaft genommen oder dem anderweitig die Freiheit entzogen ist, wenn er ausdrücklich Einspruch dagegen erhebt.

(2) Die in Absatz 1 genannten Rechte sind nach Maßgabe der Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften des Empfangsstaats auszuüben; hierbei wird jedoch vorausgesetzt, dass diese Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften es ermöglichen müssen, die Zwecke vollständig zu verwirklichen, für welche die in diesem Artikel vorgesehenen Rechte eingeräumt werden.

Hinweis: Sowohl die Türkei als auch die BR Deutschland sind Vertragsstaaten des Wiener Konsularrechtsübereinkommens (WÜK) von 1963.

<sup>1</sup> Die auf 180-Minuten Bearbeitungszeit angelegte Klausur wurde im SS 2008 an der Universität Passau im Rahmen der Juristischen Universitätsprüfung (JUP) im Schwerpunktbereich 13 (Kriminalrechtspflege) angeboten.

<sup>2</sup> Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24.4.1963 (BGBl. II 1969, S. 1585).

**Teil II**

Der Freistaat Bayern gewährt gem. § 1 des Gesetzes zur Wirtschaftsförderung Leistungen aus Landesmitteln an Betriebe oder Unternehmen. Die Leistungen werden ohne Gegenleistung gewährt und sollen der Förderung der regionalen Wirtschaft dienen.

G ist Alleingeschäftsführer der XY-GmbH, die ein Unternehmen betreibt. G will eine solche Wirtschaftsförderung auf unredliche Weise für die XY-GmbH erschleichen und macht gegenüber der zuständigen Behörde unrichtige Angaben über Tatsachen, die für die Leistungsgewährung erheblich und für die XY-GmbH vorteilhaft sind.

Der Beamte (B), der als Sachbearbeiter in der zuständigen Behörde beschäftigt ist, hat die Aufgabe, die gestellten Anträge einschließlich der Richtigkeit der Angaben zu überprüfen. B ist nicht entscheidungsbefugt. B erkennt, dass die Angaben des G nicht der Wahrheit entsprechen, teilt seinem Abteilungsleiter (A) aber dennoch mit, er habe Antrag und Angaben geprüft, die richtig und vollständig seien. B will erreichen, dass die XY-GmbH die Förderung erhält, obwohl er weiß, dass die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen.

A erkennt, dass G und B falsche Angaben machen, und lehnt den Leistungsantrag des G ab.

Da der erhoffte Geldsegen nun ausbleibt und G nicht möchte, dass der Gewinn der XY-GmbH geschmälert wird, zahlt er zum nächsten Fälligkeitstermin der Sozialversicherungsbeiträge nur die Arbeitgeberbeiträge, nicht aber die Arbeitnehmerbeiträge der GmbH-Beschäftigten an die zuständige Stelle. G hofft, dass dies nicht bemerkt werden wird.

Wie haben sich G und B nach dem StGB strafbar gemacht?

**Lösung:****Teil I****A. Erfolgsaussichten der Revision des A**

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

**I. Zulässigkeit***1. Statthaftigkeit, § 333 StPO*

Das Rechtsmittel der Revision ist statthaft gegen alle Urteile des Landgerichts, § 333 StPO.

*2. Rechtsmittelberechtigung*

Die Rechtsmittelberechtigung des A bzw. seines Verteidigers ergibt sich aus den §§ 296 Abs. 1, 297 StPO.

*3. Beschwer*

Der A müsste als Rechtsmittelführer geltend machen, durch das Urteil beschwert zu sein, wobei sich die Beschwer aus dem Tenor der Entscheidung ergeben muss. A ist vom Landgericht zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden, also durch das Urteil beschwert.

*4. Einlegungsform und -frist*

Die Revision muss bei dem Gericht, dessen Urteil angefochten wird, binnen einer Woche nach Verkündung des Urteils schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt werden, § 341 Abs. 1 StPO. Vorliegend wurde das Urteil gegen A am 3.6.2008 verkündet. Die Einlegungsfrist beginnt hier also grundsätzlich am 3.6. (Berechnungsbeginn: 4.6., 0.00 Uhr), sie endet am 10.6., 24.00 Uhr (vgl. § 43 Abs. 1 StPO), so dass die Einlegung am 11.06. verfristet wäre.

Hat jedoch die Verkündung nicht in Anwesenheit des Angeklagten stattgefunden, so beginnt für diesen die Frist mit der Zustellung, §§ 341 Abs. 2, 43 Abs. 1 StPO.<sup>3</sup> Das Urteil wird durch Verlesung der Urteilsformel und Eröffnung der Urteilsgründe verkündet (§ 268 Abs. 2 S. 1 StPO). Der A wurde nach Verlesung der Urteilsformel aus dem Sitzungssaal entfernt, war also bei Verkündung der Urteilsgründe abwesend. Insofern kommen hier §§ 341 Abs. 2, 43 Abs. 1 StPO zur Anwendung. Die Revisionseinlegungsfrist begann daher erst am 11.6. (Berechnungsbeginn: 12.6., 0.00 Uhr) mit der Zustellung des vollständigen Urteils an die Verteidiger von A und B. Die Frist endete folglich am 18.6., 24.00 Uhr, so dass die Einlegung am 11.6. durch den Verteidiger des A fristgerecht war.

Die Revisionseinlegung erfolgte auch formgerecht.

*5. Begründungsform und -frist*

Die Revisionsanträge und ihre Begründung sind spätestens binnen eines Monats nach Ablauf der Frist zur Einlegung des Rechtsmittels anzubringen (§§ 345 Abs. 1 S. 1, 43 Abs. 1 StPO).<sup>4</sup> Die Begründungsfrist begann daher am 19.6.2008, 0.00 Uhr. Fristende wäre folglich an sich am 19.7.2008, 24.00 Uhr. Hierbei handelt es sich jedoch um einem Samstag, so dass die Begründungsfrist erst mit Ablauf des nächsten Werktages endete, also am Montag, dem 21.7., 24 Uhr (§ 43 Abs. 2 StPO). Die Anbringung der Revisionsanträge und ihrer Begründung am 21.7. war somit noch fristgerecht.

A bzw. sein Verteidiger müssten den möglichen Mangel in Form einer Verfahrensrüge<sup>5</sup> nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO geltend gemacht haben, also unter Angabe der den Mangel

<sup>3</sup> Der in § 341 Abs. 2 StPO geregelte Ausnahmefall des § 234 StPO liegt hier nicht vor, da dem Verteidiger eine spezielle Vollmacht fehlte. Vgl. hierzu *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 51. Aufl. 2008, § 234 Rn. 5.

<sup>4</sup> § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB ist hier gerade nicht anwendbar, vgl. *Meyer-Goßner* (Fn. 3), § 43 Rn. 1.

<sup>5</sup> Ob für die Geltendmachung eines Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK eine Verfahrens- oder Sachrüge einschlägig ist, hängt maßgeblich davon, auf welcher Ebene die Bearbeiter den Ausgleich (Rechtsfolge) für einen solchen Verstoß suchen. Soweit ein Ausgleich auf der Rechtsfolgeebene favorisiert wird (Strafzumessung oder Vollstreckungsmodell), ist die Annahme einer Sachrüge zumindest vertretbar.

enthaltenden Tatsachen.<sup>6</sup> Von der Einhaltung dieser Voraussetzung ist nach dem Sachverhalt auszugehen.

#### 6. Zwischenergebnis

Die Revision des A ist zulässig.

### II. Begründetheit

Die Revision ist begründet, wenn eine Gesetzesverletzung vorliegt und das Urteil auf dieser Verletzung beruht.

#### 1. Entfernung aus dem Saal, § 338 Nr. 5 StPO

Ein absoluter Revisionsgrund nach § 338 Nr. 5 StPO liegt vor, wenn die Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten stattgefunden hat, ohne dass dafür ein vom Gesetz anerkannter Grund vorlag. A ist wegen eines ordnungswidrigen Benehmens aus dem Sitzungssaal entfernt worden; § 231b StPO regelt diesen Fall. Bei der Verkündung der Urteilsgründe war die Anwesenheit des A nicht unerlässlich,<sup>7</sup> es war außerdem zu befürchten, dass die Anwesenheit des A den Ablauf der Verhandlung in schwerwiegender Weise beeinträchtigen würde. Die Entfernung und dadurch bedingte Abwesenheit des A bei der Verlesung der Urteilsgründe waren somit von § 231b StPO gedeckt. Ein absoluter Revisionsgrund nach § 338 Nr. 5 StPO liegt demnach nicht vor.

#### 2. Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK

Möglicherweise ist jedoch eine Gesetzesverletzung in Form eines Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK<sup>8</sup> gegeben. Danach haben die zuständigen Behörden des Empfangsstaates einen Festgenommenen unverzüglich über seine Rechte aus Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 1 WÜK (unverzügliche Unterrichtung der konsularischen Vertretung des Entsendestaates) und Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 2 WÜK (Weiterleitung von Mitteilungen an die konsularische Vertretung) zu unterrichten.

Dazu müsste A unter den Schutzbereich des WÜK fallen. Sowohl die Türkei<sup>9</sup> als auch die BR Deutschland sind Ver-

tragsstaaten. Das WÜK hat in Deutschland den Rang eines Bundesgesetzes und ist deshalb für deutsche Strafverfolgungsbehörden gegenüber A unmittelbar anwendbar. A unterfällt also dem Schutzbereich des WÜK.

Zudem müsste Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK dem A ein subjektives Recht gewähren. Der BGH lehnte früher die Annahme eines subjektiven Rechts mit dem Argument ab, es handele sich beim WÜK um einen nur zwischen Staaten relevant werdenden völkerrechtlichen Vertrag. Nach Urteilen des IGH und des BVerfG ist heute allerdings anerkannt, dass Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK nicht nur eine Pflicht des Empfangsstaates zur Unterrichtung der konsularischen Vertretung über eine Festnahme und ein entsprechendes Recht des Entsendestaates normiert, sondern auch ein subjektives Recht des Beschuldigten begründet, über das er von den zuständigen Behörden zu belehren ist. Die Belehrungspflicht knüpft rein formal allein an der fremden Staatsangehörigkeit an und besteht unabhängig von einer ausländerspezifischen oder situationsbedingten Hilflosigkeit. Insofern spielt es keine Rolle, dass A fließend Deutsch spricht, also bei ihm gerade keine ausländerspezifische Hilflosigkeit vorliegt. A wurde in Deutschland festgenommen; er hat die türkische Staatsangehörigkeit. Nach Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK war A also berechtigt, mit der konsularischen Vertretung der Türkei Kontakt aufzunehmen. Hierüber war er unverzüglich zu unterrichten. Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK gewährt dem A also ein subjektives Recht, das er mit Hilfe der Revision rügen kann.

Problematisch ist, ob die Belehrung des A durch den Haftrichter noch „unverzüglich“ erfolgte. Die Belehrungspflicht nach Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK obliegt nicht erst dem Richter, sondern bereits den festnehmenden staatlichen Stellen, sobald diesen die fremde Staatsangehörigkeit des Festgenommenen bewusst wird oder diesbezügliche Anhaltspunkte vorliegen.<sup>10</sup> Danach hätte der A bereits durch die Polizei belehrt werden müssen; die Belehrung erst am auf die Festnahme folgenden Tag durch den Ermittlungsrichter erfolgte jedenfalls nicht mehr unverzüglich.

Der Verstoß ist auch unabhängig von der Frage, ob der Beschuldigte von seinem Recht auf konsularische Unterstützung Gebrauch machen will. Insofern spielt es keine Rolle, dass A auf die Kontaktaufnahme mit dem Konsulat verzichtet hat.

Ein Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK ist also zu bejahen. Fraglich ist jedoch, welche Folgen dieser Verstoß hat.

#### a) Absoluter Revisionsgrund

Möglicherweise handelt es sich hierbei um einen absoluten Revisionsgrund. Allerdings ist keiner der in § 338 Nr. 1-8 StPO genannten Verfahrensfehler ausdrücklich einschlägig.

gig) als staatliche Konsularrechte interpretiert, nicht aber, wenn man den individualrechtsschützenden Charakter der Vorschrift in den Vordergrund rückt bzw. den Regelungsgehalt des Art. 36 WÜK zu den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts zählt.

<sup>10</sup> IGH, Ur. v. 31.3.2004 (Avena), IGH-Reports 2004, 12; BVerfG NJW 2007, 499 (503).

<sup>6</sup> Es handelt sich hierbei um eine Zulässigkeitsvoraussetzung, vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. 2008, Rn. 562, 613. Lediglich die Frage, ob tatsächlich ein Verfahrensverstoß vorliegt, ist in der Begründetheit zu prüfen.

<sup>7</sup> Dies ergibt sich schon aus der Regelung des § 341 Abs. 2 StPO.

<sup>8</sup> Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK normiert drei separate Rechte des Festgenommenen. Zentraler revisionsrechtlicher Anknüpfungspunkt im Falle der unterbliebenen Belehrung ist dabei das Belehrungs- („Unterrichtungs-“), recht aus Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK. Denkbar ist allerdings auch eine Fallkonstellation, in der – nach/trotz Belehrung des Beschuldigten und dessen Verlangen – eine Unterrichtung der konsularischen Vertretung entgegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 1 WÜK durch den Empfangsstaat unterbleibt.

<sup>9</sup> Ob der Staat, dessen Staatsangehörigkeit der Festgenommene besitzt, Vertragsstaat des WÜK ist, spielt bei der strafprozessualen Revision nur dann eine Rolle, wenn man (auch in dieser Konstellation) die Rechte aus Art. 36 WÜK (vorrangig)

Insbesondere ist die Anwesenheit des Konsularbeamten in der Hauptverhandlung nicht i.S.v. § 338 Nr. 5 StPO gesetzlich vorgeschrieben, da ein Tätigwerden des Konsularbeamten gegen den Willen des Beschuldigten nach dem Wortlaut von Art. 36 Abs. 1 lit. c WÜK nicht zulässig ist.

Die Annahme eines absoluten Revisionsgrundes könnte jedoch – über den an sich abschließenden Katalog des § 338 StPO hinaus – verfassungsrechtlich oder völkerrechtlich geboten sein. Indes verlangen sowohl der IGH als auch das BVerfG die Aufhebung eines Urteils lediglich, wenn sich der Verfahrensmangel kausal zum Nachteil des Beschuldigten ausgewirkt hat. Die unwiderlegliche Vermutung der Kausalität der fehlenden Belehrung für das Verhalten des Beschuldigten, für die Effektivität seiner Verteidigung und letztlich für das Beruhen des Urteils hierauf ist dagegen rechtlich weder erforderlich noch geboten. Ein absoluter Revisionsgrund ist folglich nicht gegeben.

*b) Relativer Revisionsgrund, Verfahrensrüge: Verstoß gegen ein Verwertungsverbot*

(1) Es könnte jedoch ein relativer Revisionsgrund vorliegen. Denkbar ist, dass das LG durch die Verwertung der Aussage des A gegen § 261 StPO verstoßen hat. Die Aussage des A anlässlich seiner polizeilichen Vernehmung hätte nämlich nicht in die Beweiswürdigung einbezogen werden dürfen, wenn der Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK ein Beweisverwertungsverbot begründet.

Aus dem Wortlaut des Art. 36 WÜK ergibt sich nicht, dass der Verstoß gegen die Belehrungspflicht stets zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Auch gebieten weder die Rspr. des IGH noch die des BVerfG die zwingende Annahme eines Verwertungsverbotes als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob der eingetretene Verfahrensverstoß durch ein Beweisverwertungsverbot zu kompensieren ist.

Nach der Abwägungslehre des BGH ist insoweit das Interesse des Staates an der Tataufklärung gegen das Interesse des A an der Bewahrung seiner Rechtsgüter, insbesondere der Sicherung der Grundlagen seiner verfahrensrechtlichen Stellung durch Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK, abzuwägen. Dabei kommt es insbesondere darauf an, inwieweit einerseits Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK individualschützenden Charakter besitzt und andererseits Grundrechtspositionen des A tangiert sind. Man könnte hier einen Vergleich zur Belehrungspflicht aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO heranziehen, deren grundlegende Bedeutung anerkannt ist. Allerdings soll § 136 StPO nach herrschender Ansicht gerade die Aussagefreiheit des Beschuldigten garantieren, ist also unmittelbare und spezielle Ausprägung des nemo-tenetur-Grundsatzes. Demgegenüber stellt Art 36 WÜK nicht allein auf die Vernehmungssituation ab, sondern betrifft das allgemeine Gebot effektiver Verteidigung (Schutzzweck). Diesem Gebot kann aber auch auf andere Weise als durch die Benachrichtigung der konsularischen Vertretung entsprochen werden, beispielsweise durch die Bestellung eines Verteidigers oder Dolmetschers. Eine Vernehmung des Beschuldigten ist hier zudem – anders als bei § 136 Abs. 1 2 StPO – möglich, ohne dass erst die Reaktion der Konsularbehörde abgewartet werden muss.

Nach allem ist das Interesse des A an der Sicherung der Grundlagen seiner verfahrensrechtlichen Stellung nicht so bedeutsam, dass es das staatliche Aufklärungsinteresse überwiegt. Folglich ist im Ergebnis ein Verwertungsverbot abzulehnen.<sup>11</sup> Die Verwertung der polizeilichen Aussage des A verstieß somit nicht gegen § 261 StPO.

(2) Lehnt man ein Beweisverwertungsverbot als prozessuale Rechtsfolge einer unterbliebenen WÜK-Belehrung ab, so stellt sich das Problem, dass Verfahrensfehler nur dann revisibel sind, wenn sie dem Instanzgericht (einschließlich gerichtlicher Vorentscheidungen, § 336 StPO) unterlaufen sind oder wenigstens in die gerichtliche Hauptverhandlung *hineinwirken*; dies ist beim polizeilichen WÜK-Verstoß selbst nicht der Fall. Es stellt sich hier – ähnlich wie bei § 141 Abs. 3 S. 1 StPO – die grundsätzliche Frage, ob und in welchem Umfang vorprozessuale Verteidigungsmängel überhaupt eine Revision begründen können.<sup>12</sup>

Selbst wenn man von einem Hineinwirken des Verstoßes gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK in die Hauptverhandlung ausginge, könnte dieser einen relativen Revisionsgrund nur begründen, wenn das Urteil gerade auf diesem Verstoß beruht, vgl. § 337 Abs. 1 StPO. Dies ist zu bejahen, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Urteil ohne den Verstoß anders ausgefallen wäre. Indes ist hier zu bedenken, dass A nach erfolgter Belehrung durch den Ermittlungsrichter auf die Kontaktaufnahme mit dem Konsulat verzichtet hat. Man kann deswegen – ohne konkrete Hinweise – nicht davon ausgehen, dass die rechtzeitige Belehrung bereits durch die Polizei den A von seiner Aussage abgehalten hätte. Es ist also auszuschließen, dass das Urteil bei ordnungsgemäßer Belehrung anders ausgefallen wäre. Mithin beruht das Urteil des LG nicht auf dem Verstoß gegen die Belehrungspflicht aus Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK.

Es liegt also kein relativer Revisionsgrund vor.

### 3. Zwischenergebnis

Die Revision des A ist unbegründet.

<sup>11</sup> Die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes ist in Anlehnung an eine in der Literatur vertretene Auffassung (Strate, HRRS 2008, 76; Deiters, ZJS 2008, 212; Walther, HRRS 2004, 126) ebenfalls vertretbar.

<sup>12</sup> Vgl. Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 1071. Ein (separater) gerichtlicher Verstoß läge jedenfalls dann vor, wenn das LG als Instanzgericht nicht im rechtlich geboten Maße auf den WÜK-Verstoß reagiert hätte. Hierzu werden in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Ansätze vertreten: Beweiswürdigungslösung; Strafabschlag; Vollstreckungslösung; vgl. BGH (1. Senat) NJW 2007, 3587; BGH (5. Senat) NJW 2008, 307; BGH (3. Senat) NJW 2008, 356; Walter, JR 2007, 99; Kreß, GA 2007, 296; Weigend, StV 2008, 39; Schomburg/Schuster, NSTZ 2008, 593. Eine Darstellung dieses Streitiges (vgl. Esser, JR 2008, 271) wurde von den Bearbeitern allerdings nicht erwartet. Dementsprechend war der Sachverhalt hier bewusst offen gehalten.

**III. Ergebnis**

Die Revision des A ist zwar zulässig, aber unbegründet und hat somit keine Aussicht auf Erfolg.

**B. Begründetheit der Revision des B**

Fraglich ist, ob die auf einen Verfahrensmangel gestützte Revision des B begründet ist. Hierzu müsste eine Gesetzesverletzung vorliegen und das Urteil auf dieser Verletzung beruhen. Ein absoluter Revisionsgrund ist nicht ersichtlich; als relative Revisionsgründe kommen in Betracht:

**I. Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK**

Gegenüber A wurde hier Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK verletzt (s.o.).<sup>13</sup> Problematisch ist jedoch schon, ob B sich hierauf berufen kann. Dies wäre nur dann zu bejahen, wenn auch B vom Schutzzweck des Art. 36 WÜK erfasst ist bzw. durch den Verstoß gegen die Belehrungspflicht sein Rechtskreis berührt wird. Die Belehrungspflicht nach Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK soll allerdings lediglich den individuell betroffenen ausländischen Beschuldigten, nicht aber auch Dritte schützen. Durch die verspätete Belehrung gegenüber A wird somit der Rechtskreis des B nicht berührt<sup>14</sup>; er kann sich also nicht auf die Verletzung von Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK berufen – unabhängig davon, wie die Vorschrift revisionsrechtlich geltend zu machen ist.

**II. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, § 337 Abs. 1 StPO**

Dadurch, dass B im Wesentlichen aufgrund der polizeilichen Aussage des A verurteilt wurde, zu der er A nicht befragen konnte, könnte ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vorliegen. Danach hat der Beschuldigte das Recht, einen Belastungszeugen befragen und dessen Glaubwürdigkeit in Zweifel ziehen zu können.

Der ebenfalls der Tat beschuldigte A müsste unter den Begriff des Belastungszeugen i.S.d. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK fallen. Dieser ist autonom zu bestimmen und erfasst jede Person, deren Angaben dem erkennenden Gericht vorliegen und zum Nachteil des Angeklagten verwertet werden sollen. Die polizeiliche Aussage des A, in der dieser B schwer belastet hat, liegt dem LG vor und wird von diesem maßgeblich zur Feststellung der Schuld des B verwertet. Der Mitbeschuldigte A ist also Belastungszeuge i.S.d. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK.

Da A in der Hauptverhandlung umfassend von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat, konnten B und sein Verteidiger A nicht konfrontieren. Ob diese Beschränkung des Konfrontationsrechts zulässig war, ist anhand eines vom EGMR entwickelten dreistufigen Prüfungsschemas zu untersuchen. Zunächst müsste ein sachlicher Grund für die Beschränkung des Konfrontationsrechts in der Hauptverhandlung vorliegen. Ein solcher liegt hier in dem Schweigerecht des A nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO. Auf der zweiten Stufe

müsste die Einschränkung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK bestmöglich kompensiert worden sein. Die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte müssen alle ihnen möglichen und zumutbaren erfolgversprechenden Maßnahmen ergreifen, um eine Konfrontation des Zeugen mit dem Angeklagten bis zum Abschluss des Verfahrens zu ermöglichen.<sup>15</sup> Zwar hatte B bzw. sein Verteidiger zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens eine angemessene Gelegenheit, A effektiv zu befragen. Dass A jedoch in der Hauptverhandlung von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht hat, ist dem Staat nicht zurechenbar.<sup>16</sup> Insofern kommt es im Rahmen der dritten Stufe auf die Beweiswürdigung an. Das Gericht muss die Angaben des nicht konfrontierten Zeugen mit besonderer Sorgfalt und Vorsicht würdigen und durch andere Beweise erhärten. Vorliegend hat das Gericht die Verurteilung des B maßgeblich auf die Einlassung des A gestützt; andere diese erhärtende Beweise sind nicht ersichtlich. Die Beschränkung des Konfrontationsrechts des B war folglich nicht zulässig.

Somit liegt ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vor. Es ist auch nicht auszuschließen, dass das Urteil auf diesem Fehler beruht (§ 337 Abs. 1 StPO).

**III. Ergebnis**

Die Revision des B ist folglich begründet.

<sup>15</sup> Daher handelt es sich hier auch eindeutig um einen gerichtlichen Verstoß, der mit der Revision gerügt werden kann.

<sup>16</sup> Die staatlichen Stellen sind bei einer richterlichen Zeugenvernehmung im Vorverfahren verpflichtet, für den gezielt nicht benachrichtigten (§ 168c Abs. 3, Abs. 5 S. 2 StPO) oder unerreichbaren Beschuldigten einen zur Teilnahme berechtigten (§ 168c Abs. 2 StPO) Verteidiger zu bestellen bzw. einen bereits bestellten Verteidiger zu benachrichtigen, wenn es sich bei der zu vernehmenden Person um einen wesentlichen Belastungszeugen i.S.v. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK handelt und die Gefahr besteht, dass dieser Zeuge in der Hauptverhandlung nicht mehr zur Konfrontation zur Verfügung steht (BGHSt 46, 93). Da auf der Grundlage des autonomen Zeugenbegriffs der EMRK auch ein Mitbeschuldigter Belastungszeuge i.S.v. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK sein kann, ließe sich dieser Ansatz prinzipiell auch auf die Vernehmung eines Mitbeschuldigten im Vorverfahren anwenden; dieser wäre dann als Zeuge i.S.v. § 168c Abs. 2 StPO anzusehen; für den anderen Beschuldigten wäre entsprechend ein Verteidiger zu bestellen, der dann an dieser Vernehmung teilnimmt. Von einem Mitbeschuldigten wird jedoch eher selten eine derart zentrale Belastung des Beschuldigten zu erwarten sein wie es etwa beim Verbrechenopfer der Fall ist. Zumindest müssten die in BGHSt 46, 93 genannten Voraussetzungen beim Mitbeschuldigten ganz besonders genau unter dem Gesichtspunkt eines staatlichen Verschuldens geprüft werden. Eine Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung wurde von den Bearbeitern nicht erwartet, zumal der Sachverhalt an dieser Stelle bewusst offen gehalten wurde.

<sup>13</sup> Zu der Frage, ob B selbst nach Art. 36 WÜK hätte belehrt werden müssen, schweigt der Sachverhalt bewusst.

<sup>14</sup> Dies wäre sogar nach § 136 Abs. 1 S. 1 StPO nicht der Fall, anders als bei § 52 Abs. 3 S. 1 StPO.

### C. Individualbeschwerde des B

Möglicherweise kann B eine Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK einlegen. Zunächst ist problematisch, ob die Beschwerde des B nicht im Wesentlichen mit der schon vorher vom Gerichtshof geprüften Beschwerde des A übereinstimmt und keine neuen Tatsachen enthält, also nach Art. 35 Abs. 2 lit. b EMRK unzulässig ist. Das wesentliche Übereinstimmen setzt eine Identität von Beschwerdegegenstand und Beschwerdeführer voraus. Zwar stimmt die Beschwerde des B dem Sachverhalt nach mit der des A überein (unterbliebene WÜK-Belehrung, es handelt sich hierbei jedoch um unterschiedliche Beschwerdeführer). Die Beschwerde des B stimmt somit nicht im Wesentlichen mit der des A überein, so dass sich die Unzulässigkeit einer Individualbeschwerde des B nicht aus Art. 35 Abs. 2 lit. b EMRK ergibt.

Zu beachten ist allerdings, dass eine solche Individualbeschwerde innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung eingelegt werden muss, vgl. Art 35 Abs. 1 EMRK. B hat hier jedoch nach erfolgloser Verfassungsbeschwerde zunächst auf eine Anrufung des EGMR verzichtet und die Individualbeschwerde des A abgewartet. Angesichts der erheblichen Dauer eines Verfahrens vor dem EGMR muss deshalb bei lebensnaher Betrachtung davon ausgegangen werden, dass die Sechsmonatsfrist bereits abgelaufen ist.

Eine Individualbeschwerde des B nach Art. 34 EMRK wäre demzufolge unzulässig.

### D. Wiederaufnahme des Strafverfahrens zugunsten des B

Es bleibt zu untersuchen, ob B eine Wiederaufnahme seines Strafverfahrens betreiben kann. Der einschlägige § 359 Nr. 6 StPO setzt seinem Wortlaut nach voraus, dass der EGMR eine Verletzung der EMRK festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung beruht, äußert sich also nicht zum Kreis der Antragsberechtigten.

Insofern ist umstritten, ob eine Wiederaufnahme des Verfahrens nur für den Verurteilten möglich ist, der selbst eine erfolgreiche Individualbeschwerde vor dem EGMR betrieben hat, oder ob eine Wiederaufnahmemöglichkeit auch für den Mitbeschuldigten besteht, dessen Verurteilung an dem gleichen vom EGMR festgestellten Mangel leidet.<sup>17</sup> Vorliegend könnte B, dessen Beschwerde vor dem EGMR unzulässig ist (s.o.), nach der erstgenannten Ansicht also keine Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 6 StPO betreiben.

Nach anderer Ansicht kommt es dagegen darauf an, ob das Urteil gegen den B auf der Verletzung des Erfordernisses eines fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK) beruht.<sup>18</sup> Selbst wenn man hier unterstellt, dass der Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 WÜK die Unfairness des Verfahrens gegenüber A zur Folge hat, so ändert dies nichts daran, dass B durch die

Verletzung des Art. 36 Abs. 1 WÜK gegenüber A nicht in seinem Rechtskreis betroffen ist (s.o.). Das Urteil gegen B beruht also nicht auf der Verletzung. Auch nach dieser Ansicht ist eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens zu Gunsten des B nach § 359 Nr. 6 StPO also nicht möglich.

## Teil II

### A. Strafbarkeit des G

#### I. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Subventionsbetrug)

G könnte sich durch die Angabe unrichtiger Tatsachen eines Subventionsbetrugs gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

##### a) Objektiver Tatbestand

Dafür müsste er gegenüber einer für die Bewilligung einer Subvention zuständigen Behörde über subventionserhebliche Tatsachen für sich oder einen anderen unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht haben, die für ihn oder den anderen vorteilhaft sind. Die von G angestrebten Leistungen aus den Landesmitteln sollten der Förderung der regionalen Wirtschaft dienen und direkt ohne Gegenleistung Betrieben oder Unternehmen zugute kommen; sie stellen daher Subventionen i.S.v. § 264 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 StGB dar. Die Angaben, die der G gegenüber der zuständigen Behörde gemacht hatte, waren sowohl unrichtig als auch subventionserheblich i.S.v. § 264 Abs. 8 Nr. 1 StGB. Diese Angaben hat G zudem für einen anderen – die XY-GmbH – gemacht, für welche sie auch vorteilhaft waren.

Der objektive Tatbestand liegt damit vor.

##### b) Subjektiver Tatbestand

G müsste auch vorsätzlich, d.h. mit Wissen und Wollen bzgl. der Merkmale des objektiven Tatbestandes gehandelt haben. G war die Unrichtigkeit und Subventionserheblichkeit der von ihm geltend gemachten Tatsachen bekannt. Ihm kam es auch gerade darauf an, durch die Geltendmachung der XY-GmbH eine Förderungsleistung zukommen zu lassen. Er handelte also vorsätzlich.

#### 2. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, die Tat ist folglich rechtswidrig.

#### 3. Schuld

Mangels Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründen ist die Tat auch schuldhaft begangen.

#### 4. Strafzumessung

Es könnte ein besonders schwerer Fall vorliegen, wenn der G die Mithilfe eines Amtsträgers ausgenutzt hätte, der seine Befugnis oder seine Stellung missbraucht hat (§ 264 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StGB). Im vorliegenden Fall hatte G jedoch keinerlei Vorsatz bzgl. der Mithilfe des B. Ein besonders schwerer Fall liegt dementsprechend nicht vor.

<sup>17</sup> Vgl. Meyer-Göfner (Fn. 3), § 359 Rn. 52; Rotsch, in: Krekeler/Löffelmann (Hrsg.), Anwaltkommentar StPO, 2007, § 359 Rn. 38.

<sup>18</sup> Esser, in: Ahlbrecht/Böhm/Esser/Hugger/Kirsch/Rosenthal, Internationales Strafrecht in der Praxis, 2008, Rn. 347 f.; Ambos, ZStW 115 (2003), 583 (589).

*5. Ergebnis*

G hat sich eines Subventionsbetrugs gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht

**II. § 263 Abs. 1 StGB (Betrug)**

Da B erkennt, dass die Angaben des G nicht der Wahrheit entsprechen, fehlt es bereits an einem Irrtum. Zudem treffen weder A noch B eine Vermögensverfügung. Ein Betrug zum Nachteil des Freistaats Bayern liegt daher nicht vor.<sup>19</sup>

**III. §§ 263 Abs. 1, 22 StGB (versuchter Betrug)**

Möglicherweise hat sich G jedoch eines versuchten Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, 22 StGB zum Nachteil des Freistaats Bayern strafbar gemacht, indem er unrichtige Tatsachen angegeben hat.

*1. Nichtvollendung*

Mangels Irrtum und Vermögensverfügung ist die Tat nicht vollendet.

*2. Strafbarkeit des Versuchs*

Der Versuch ist strafbar gem. §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 2, 263 Abs. 2 StGB.

*3. Tatentschluss*

G müsste Tatentschluss bzgl. der Begehung eines Betruges gehabt haben. Er hatte die Vorstellung, durch die falschen Angaben auf die Vorstellung mindestens eines Beschäftigten der zuständigen Behörde einzuwirken und bei diesem einen Irrtum über entscheidungserhebliche Tatsachen herbeizuführen.

Ferner hatte G die Vorstellung, dass der B irrtumsbedingt eine Verfügung über das Vermögen des Freistaats Bayern treffen würde, die unmittelbar<sup>20</sup> zu einer Vermögensminderung führen sollte. Dadurch wäre nach der Vorstellung des G das Vermögen des Freistaats Bayern geschädigt worden, da keine Kompensation erfolgt wäre (Zweckverfehlung).

Es kam dem G schließlich auch darauf an, dass die XY-GmbH den Vermögensvorteil erlangen würde, auf den sie keinen Anspruch hat und der mit dem Schaden des Freistaats Bayern stoffgleich wäre. G hatte somit Drittbereicherungsabsicht.

Der Tatentschluss ist folglich zu bejahen.

<sup>19</sup> Die Vollendung kann bei jedem der objektiven Tatbestandsmerkmale des § 263 Abs. 1 StGB vertretbar abgelehnt werden.

<sup>20</sup> An der Unmittelbarkeit der Vermögensminderung könnte man insofern Zweifel haben, als B nicht entscheidungsbefugt war und insofern durch die Weitergabe der Angaben des G an A nicht einmal von einer schadensgleichen (konkreten) Vermögensgefährdung gesprochen werden könnte. Indes kommt es bei der Versuchsprüfung lediglich auf die Vorstellung des G an, dem die innerbehördlichen Entscheidungsabläufe nicht bekannt waren.

*4. Unmittelbares Ansetzen*

Durch die Mitteilung der Angaben gegenüber der zuständigen Behörde hatte der G nach seiner Vorstellung von der Tat bereits unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

*5. Rechtswidrigkeit*

Die Tat ist rechtswidrig, da keine Rechtfertigungsgründe eingreifen.

*6. Schuld*

Die Tat ist auch schuldhaft begangen.

*7. Ergebnis*

G hat sich eines versuchten Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, 22 StGB strafbar gemacht.

**IV. § 266a Abs. 1 StGB (Vorenthalten von Arbeitsentgelt)**

Indem G zum nächsten Fälligkeitstermin der Sozialversicherungsbeiträge nur die Arbeitgeberbeiträge an die zuständige Stelle abgeführt hat, könnte er sich gem. § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

*1. Tatbestand*

G hat die Arbeitnehmerbeiträge vorenthalten. Fraglich ist, ob er als Arbeitgeber i.S.d. § 266a Abs. 1 StGB angesehen werden kann. Arbeitgeber ist hier die XY-GmbH als juristische Person (vgl. § 13 Abs. 1 GmbHG); der G kann also nicht als Arbeitgeber angesehen werden. Die Arbeitgebereneigenschaft ist aber besonderes persönliches Merkmal i.S.d. Legaldefinition des § 14 Abs. 1 StGB. Liegt das Merkmal nicht vor, ist keine Strafbarkeit gem. § 266a Abs. 1 StGB gegeben, es handelt sich also auch um ein strafbegründendes Merkmal. Deshalb ist gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB das Strafgesetz, § 266a Abs. 1 StGB, auf den G als vertretungsberechtigtes Organ der XY-GmbH (vgl. § 35 Abs. 1 GmbHG) anzuwenden.

G handelte auch vorsätzlich.

*2. Rechtswidrigkeit, Schuld*

Die Tat ist zudem rechtswidrig und schuldhaft begangen.

*3. Ergebnis*

G hat sich gem. § 266a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**V. Konkurrenzen**

§ 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB verdrängt §§ 263 Abs. 1, 22 StGB (Konsumtion).<sup>21</sup>

Ergebnis: G ist strafbar gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1, § 266a Abs. 1; § 53 StGB.

<sup>21</sup> Ebenfalls vertretbar ist die Annahme von Subsidiarität oder Tateinheit (§ 52 StGB).

**B. Strafbarkeit des B****I. § 266 Abs. 1 StGB (Untreue)**

Eine Strafbarkeit wegen Untreue scheidet mangels Vermögensbetreuungspflicht des B aus; zudem ist dem Freistaat Bayern kein Nachteil im Sinne dieser Vorschrift entstanden.

**II. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Subventionsbetrug)**

In Betracht kommt jedoch eine Strafbarkeit des B wegen Subventionsbetrugs gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

*1. Tatbestand*

Indem er den Antrag an A weitergegeben und diesem wahrheitswidrig gesagt hat, die Angaben seien zutreffend, hat der nicht entscheidungsbefugte B seinerseits die entsprechenden Angaben gemacht, und zwar für „einen anderen“, nämlich die XY-GmbH.<sup>22</sup> Diesbezüglich hatte er auch Vorsatz.

*2. Rechtswidrigkeit, Schuld*

Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- oder Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich, B handelte somit auch rechtswidrig und schuldhaft.

*3. Strafzumessung*

B ist als Beamter Amtsträger, § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB; er hat daher seine „Befugnisse als Amtsträger“ i.S.d. § 264 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StGB missbraucht.<sup>23</sup> Insofern liegt ein besonders schwerer Fall vor.

*4. Ergebnis*

B hat sich eines Subventionsbetruges (§ 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB) in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht.

**III. §§ 264 Abs. 1 Nr. 1, 27 StGB (Beihilfe zum Subventionsbetrug des G)**

Mit der Weiterleitung und wohlwollenden Kommentierung könnte B Beihilfe geleistet haben. Allerdings war die vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat des G, der Subventionsbetrug gem. § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB, mit der Einreichung der Un-

terlagen bei der Behörde bereits vollendet und beendet<sup>24</sup>, eine Beihilfe war also nicht mehr möglich.

**IV. §§ 263 Abs. 1, 22 StGB (Versuchter Betrug)**

B könnte sich durch die Weiterleitung des Antrages des G und die wahrheitswidrige Behauptung, die Angaben seien zutreffend, eines versuchten Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, 22 StGB strafbar gemacht haben.

*1. Nichtvollendung*

Mangels Irrtum und Vermögensverfügung des A ist die Tat nicht vollendet.

*2. Strafbarkeit des Versuchs*

Der Versuch ist strafbar gem. §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 2, 263 Abs. 2 StGB.

*3. Tatentschluss*

B hatte die Vorstellung, dass er durch seine (täterschaftliche) Weitergabe der unrichtigen Angaben des G auf die Vorstellung des A einwirkt und bei diesem einen entsprechenden Irrtum erregt. A sollte irrtumsbedingt eine Vermögensverfügung zu Lasten des Freistaats Bayern treffen; ein entsprechender Vermögensschaden sollte eintreten.

Es kam B gerade darauf an, dass die XY-GmbH den Vermögensvorteil erlangt, der stoffgleich mit dem Schaden wäre und auf den die XY-GmbH keinen Anspruch hat; er hatte mithin Drittbereicherungsabsicht.

Der Tatentschluss ist also gegeben.

*4. Unmittelbares Ansetzen*

Durch die Weiterleitung des Antrags des G an A mit der Behauptung, die Angaben seien richtig und vollständig, hat B auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt.

*5. Rechtswidrigkeit, Schuld*

B hat die Tat auch rechtswidrig und schuldhaft begangen.

*6. Strafzumessung*

In Betracht kommt ein besonders schwerer Fall gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB. B ist Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB, s.o. Dadurch, dass B mit der Weiterleitung des Antrags an A alles seinerseits zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan hat, ist der Missbrauch der Amtsträgerbefugnisse auch vollendet, so dass die Regelwirkung eintritt. Ein besonders schwerer Fall nach § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB liegt somit vor.

*7. Ergebnis*

B hat sich folglich eines versuchten Betruges gem. §§ 263 Abs. 1, 22 StGB in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht.

<sup>22</sup> Nach h.M. ist tauglicher Täter des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch ein Amtsträger, sofern dieser nicht selbst über die Subventionsvergabe entscheidet und einem Vorgesetzten gegenüber die Richtigkeit der Angaben des Antragstellers bestätigt, obwohl er die Unrichtigkeit erkannt hat. Vgl. etwa BGHSt 32, 203.

<sup>23</sup> Der Amtsträger missbraucht seine Befugnisse, wenn er innerhalb seiner eigentlichen Zuständigkeit handelt; ein Missbrauch der Stellung als Amtsträger liegt dagegen vor, wenn der Amtsträger die ihm durch sein Amt eröffneten Möglichkeiten außerhalb seiner Zuständigkeit ausnutzt, vgl. Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 264 Rn. 76.

<sup>24</sup> Es ist nicht ersichtlich, dass eine *Beendigung* des § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB erst zu einem späteren Zeitpunkt vorliegen soll.



**V. §§ 263 Abs. 1, 22, 27 StGB (Beihilfe zum versuchten Betrug des G)**

G hat bereits durch das Einreichen des Antrags zu seiner Haupttat unmittelbar angesetzt, s.o. B hat zu dieser Tathandlung keine Beihilfe mehr geleistet.

**VI. Konkurrenzen**

§ 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB verdrängt §§ 263 Abs. 1, 22 StGB (s.o.). Ergebnis: B ist strafbar nach § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB.