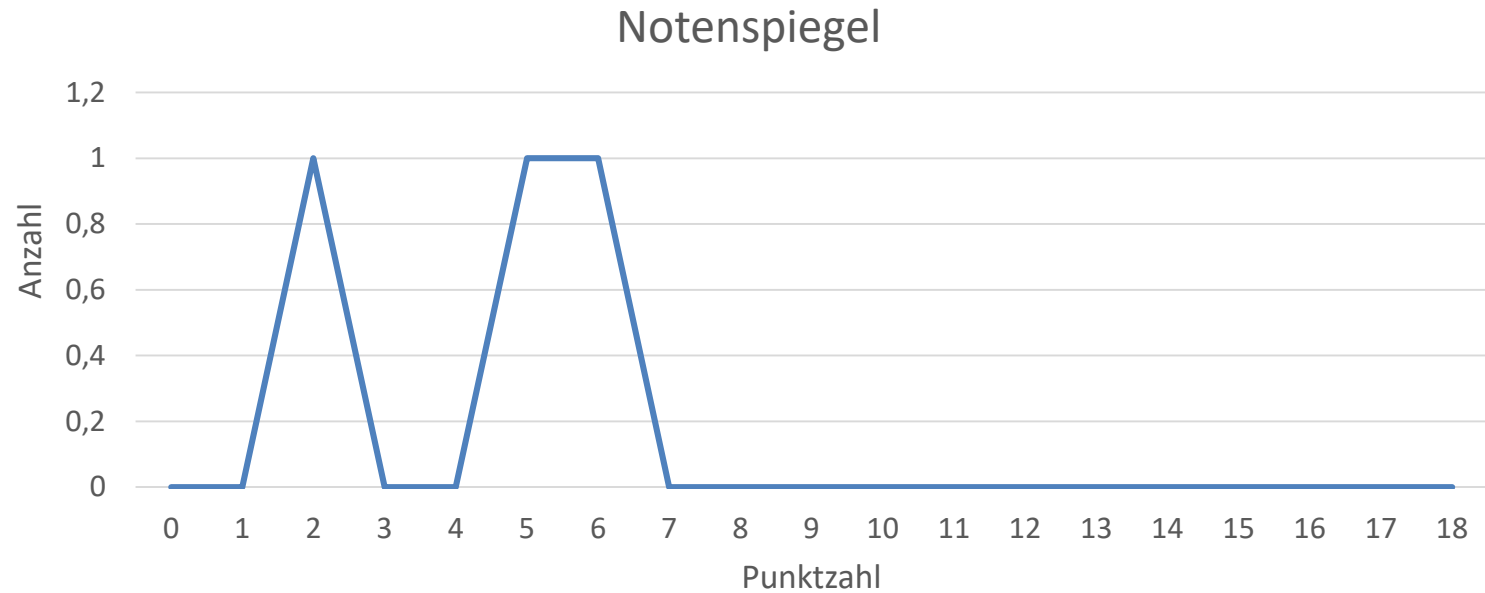




# Statistik



0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18
0	0	1	0	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Durchschnittspunktzahl: 4,33 Pkt.

Teilnehmer: 3

Durchfallquote: 33,33 %

# I. Teil

## Frage 1: Zulässigkeit

### I. Statthaftigkeit

- V hat eine „sofortige Beschwerde“ eingelegt.
- Gemäß § 311 StPO ist eine sofortige Beschwerde nur in gesetzlich bestimmten Fällen einschlägig und richtet sich gegen Gerichtsbeschlüsse. Gegen Urteile ist weder die sofortige noch die allgemeine Beschwerde nach § 304 StPO statthaft.
- § 300 StPO bestimmt, dass in Bezug auf Rechtsmittel eine falsa demonstratio non nocet, also unschädlich ist.
- Statthaftes Rechtsmittel gegen eine erstinstanzliche LG-Verurteilung ist die Revision gem. § 333 StPO, sodass die „sofortige Beschwerde“ des V als ein – hier statthafter – Revisionsantrag zu deuten ist.

### II. Beschwer und Berechtigung

- V ist als Verurteilter durch das gegen ihn ergangene Urteil beschwert, d.h. in seinen rechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt.
- Die Berechtigung des V zur Einlegung der Revision ergibt sich aus § 333 i.V.m. § 296 I StPO.

### III. Form- und fristgerechte Einlegung des Rechtsmittels, § 341 StPO: (+)

- Einlegung der Revision beim iudex a quo (= LG München I) binnen einer Woche nach Verkündung des Urteils in deutscher Sprache (§ 184 GVG) zu Protokoll der Geschäftsstelle oder schriftlich.
- Laut Sachverhalt hat V die Revision einen Tag nach Urteilsverkündung beim zuständigen Gericht zu Protokoll der Geschäftsstelle eingelegt.

### IV. Form- und fristgerechte Begründung, §§ 344 f. StPO: (+)

#### **1. Postulationsfähigkeit, § 345 II StPO: (+)**

- Die Beschränkung, dass ein Verteidiger bzw. Rechtsanwalt für den Angeklagten handeln muss, bezieht sich lediglich auf die Alternative der schriftlichen Revisionsbegründung.

#### **2. Frist: (+)**

- Die Begründung erging nicht nach Ende der Frist des § 345 I StPO. Die Revision kann schon vor Fristbeginn und zugleich mit der Revisionseinlegung begründet werden.

#### **3. Formell ordnungsgemäße Belehrung, § 344 I u. II StPO: (+)**

- Aus dem Antrag geht hervor, dass und warum V gegen das Urteil vorgeht und dessen Aufhebung beantragt.
- Die Formvorschriften des Abs. 2 sind erfüllt, da V das Verständigungsverfahren rügt und dies mit Verweis auf die entsprechende Stelle im Protokoll begründet.

V. Rechtsmittelverzicht gemäß § 302 StPO: (-)

VI. Ergebnis: Das eingelegte Rechtsmittel ist als Revision zu deuten und als solche zulässig.

## **Frage 2: Begründetheit**

Die Revision ist begründet, wenn absolute Revisionsgründe nach § 338 StPO vorliegen oder das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht, vgl. § 337 StPO i.V.m. § 7 EGStPO. Soweit der iudex ad quem die Revision für begründet erachtet, ist das angefochtene Urteil aufzuheben, vgl. § 353 I StPO.

I. Absolute Revisionsgründe, § 338 StPO: (-), da hierfür nichts ersichtlich ist.

II. Relative Revisionsgründe, § 337 StPO

### **1. Verletzung formellen Rechts**

- V rügt eine Verletzung formellen Rechts, nämlich die fehlerhafte Anwendung des § 257c III StPO. Der Prüfungsumfang der Verfahrensrüge beschränkt sich auf diesen (möglichen) Mangel, vgl. § 352 I StPO.

- (P) Fehlerhafte Anwendung des § 257c III 2 StPO, indem das Gericht im Rahmen der Vereinbarung lediglich eine Strafobergrenze, nicht aber auch zugleich eine Strafuntergrenze in Aussicht gestellt hat?
  - tvA: (+)
    - § 257c III 2 StPO solle nur klarstellen, dass das Gericht keine Punktstrafe in Aussicht stellen dürfe. Daher sei es unschädlich, wenn das Gericht nur eine Ober- oder nur eine Untergrenze gestatte.
    - Keine unzulässige Beeinträchtigung der Interessen der Verteidigungspartner, denn diesen stehe es frei, ob sie einem solchen Vorschlag ihre Zustimmung geben.
    - Gleiches Ergebnis mit dem Argument erzielbar, wenn man annimmt, dass das Gericht bei der bloßen Angabe einer Strafobergrenze als Strafuntergrenze die gesetzliche Strafuntergrenze (hier: sechs Monate Freiheitsstrafe gem. § 177 I StGB – Abs. 6 ist lediglich als Regelbsp. ausgestaltet) konkludent miterklärt.

- 3. Strafsenat des BGH (1. Strafsenat hält die Frage i.E. offen): (-)
  - Dass die Angabe einer Obergrenze nicht genüge, ergebe sich aus dem Wortlaut der Norm nach § 257c III 2 StPO („Ober- und Untergrenze der Strafe“ in Abs. 3 S. 2 sowie „der in Aussicht gestellte Strafraumen“ in Abs. 4 S. 1) und werde durch die Gesetzgebungsmaterialien bestätigt (vgl. „wobei das Gericht eine ... tat- und schuldangemessene Strafober- und Strafuntergrenze anzugeben hat.“).
  - Vgl. BGH NStZ 2011, 648.

*Hinweis! Entscheidet sich der Bearbeiter für die Ansicht des BGH, ist eine Gesetzesverletzung zu bejahen und sodann wie folgt weiter zu prüfen:*

## 2. Beruhen des Urteils auf dem Verstoß, § 337 StPO: (+/-)

- BGH verneint bei fehlender Angabe der Strafuntergrenze allerdings im Normalfall die Beschwer des Angeklagten.
  - Benennung der Untergrenze trage vordringlich den Interessen der StA Rechnung, die ihre Vorstellung von einem gerechten Schuldausgleich nicht nur nach oben, sondern auch nach unten abgesichert sehen möchte.
  - Deshalb könne i.d.R. auch nur die StA im Rahmen einer Revision zu Lasten des Angeklagten das Fehlen der Strafuntergrenze rügen.
- Ausnahme = wenn Anhaltspunkte ersichtlich und vorgetragen werden, dass der Angeklagte bei Angabe der Untergrenze der Verständigung nicht zugestimmt hätte.
  - Ob dies hier der Fall ist, ist eine Argumentationsfrage.

## III. Ergebnis: Begründetheit (+/-).



### Frage 3: Konkret zuständiges Gericht

- Für die Revision gegen das Urteil des LG München I ist der BGH zuständig, vgl. § 135 I GVG.
- Eine ausnahmsweise Zuständigkeit des OLG [München] gem. § 121 I Nr. 1 lit. c GVG ist nicht gegeben, da die Verletzung einer *bundesgesetzlich* geregelten Rechtsnorm (§ 257c StPO) gerügt ist.

## II. Teil

### Frage 4: Strafbarkeit des G

I. § 299 II StGB: (–), da für konkrete Bestechungshandlungen keine Anhaltspunkte im Sachverhalt; mögliche Taten befanden sich lediglich im – straflosen – Vorbereitungsstadium.

II. § 266 StGB (durch das Einrichten der „Schwarzen Kasse“)

#### **1. Tatbestandsmäßigkeit**

##### **a) Objektiver Tatbestand**

**aa) Vermögensbetreuungspflicht**: (+), als Geschäftsführer der GmbH.

##### **bb) Missbrauchsvariante, Abs. 1 Alt. 1.**

- Verfügungsbefugnis: (+), § 35 GmbHG.
- Wirksamkeit der Verfügung: (+)
- Überschreitung des rechtlichen Dürfens: (+), da G von Gesetzes wegen zur ordnungsgemäßen Buchführung verpflichtet ist (§ 41 GmbHG) und hier auch kein Einverständnis der Vermögensinhaber (= Gesellschafter) für ein abweichendes Verhalten vorliegt.

## cc) Vermögensschaden

**(P) Fraglich ist der Vermögensnachteil, da der GmbH ja im Ergebnis kein Schaden entstanden ist; das Geld ist nicht „weg“.**

- **2. Senat früher – „Kanter-Entscheidung“:** Pflichtwidriges Entziehen und Vorenthalten erheblicher Vermögenswerte unter Einrichtung einer treuhänderisch verwalteten „schwarzen Kasse“ = schadensgleiche Vermögensgefährdung; eine solche Verschleierung und Verlagerung begründe die konkrete, vom Berechtigten nicht mehr zu kontrollierende und nur noch im Belieben des Täters stehende Möglichkeit eines endgültigen Vermögensverlustes.
- **2. Senat heute – „Siemens-Urteil“:** Vorenthalten der Gelder durch Führen der verdeckten Kasse = „echter“ Vermögensnachteil; hier sind diese Vermögensbestandteile dem Treugeber (hier: der X-GmbH) bereits endgültig entzogen → er hatte keine Möglichkeit mehr, auf die verborgenen Vermögenswerte Zugriff zu nehmen; eine etwaige anschließende tatsächliche Verwendung der Geldmittel bildet nur eine Schadensvertiefung.
- **h.Lit.:** Kritisiert, dass der 2. Senat mit seinem Ansatz die Untreue zu einem Bilanz- und Korruptionsvorfelddelikt umforme. Durch die Bildung der schwarzen Kasse werde zunächst nur die Dispositionsfreiheit des Treugebers beeinträchtigt. Die Untreue sei aber ein Vermögens- und kein Freiheitsdelikt. Abzustellen sei deshalb darauf, welche Zwecke der Treupflichtige verfolgt:
  - Will er – wie hier – die Gelder allein für Zwecke des Geschäftsherrn einsetzen, liege kein „echter“ Vermögensnachteil und auch keine schadensgleiche Vermögensgefährdung vor.
  - Will er die Gelder hingegen für andere Zwecke einsetzen, ist das Vermögen zumindest konkret gefährdet.

*[Folgt der Bearbeiter der Rspr., so ist wie folgt weiterzuprüfen:]*

**b) Subjektiver Tatbestand:** (+/-). G handelte zwar mit Wissen und Wollen bzgl. der Verwirklichung des objektiven Tatbestands (hier wohl dolus eventualis hinsichtlich der Gefährdung).

→ Der 2. Senat hatte jedoch in der Kanther-Entscheidung zusätzlich in Fällen der schadensgleichen Vermögensgefährdung die überschießende Innentendenz für erforderlich gehalten, dass der Täter auch hinsichtlich eines endgültigen Vermögensverlustes mit dolus eventualis gehandelt hat. Hier (-), da G im Ergebnis nur das GmbH-Vermögen vermehren wollte.

**2. Rechtswidrigkeit (+)**

**3. Schuld (+)**

**4. Strafzumessung, § 266 II i.V.m. § 263 III 2 Nr. 1 Var. 1 („gewerbsmäßig“) und Nr. 2 Var. 1 (Vermögensverlust großen Ausmaßes)**

**Nr. 1:** (-), weil die Gewerbsmäßigkeit eine fortgesetzte Begehung voraussetzt, hier aber möglicherweise (in dubio!) eine einzelne schädigende Überweisung der Millionensumme vorliegt.

**Nr. 2:** (+/-): 1 Million grds. = „großer“ Vermögensschaden. Aus dem Begriff „Verlust“ schließt die h.M. indes, dass es sich um einen endgültigen Schaden handeln muss.

→ Wurde hier „nur“ eine schadensgleiche Vermögensgefährdung bejaht, ist das Regelbsp. konsequenterweise abzulehnen.

## III. Teil

### Frage 5: Begründetheit

Möglicherweise verstößt die Verurteilung des T gegen Art. 6 III lit. d EMRK. Art. 6 III lit. d EMRK garantiert dem Beschuldigten das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen (Frage- und Konfrontationsrecht). → „3-Stufen-Theorie“.

#### **1. Stufe:**

Prüfung, ob ein nachvollziehbar dargelegter Grund für die Nichtkonfrontation des Belastungszeugen in der Hauptverhandlung gegeben ist (tatsächliche und rechtliche Gründe). → Das LG hat sich auf die **Nichterreichbarkeit des Zeugen** berufen.

- **Verzicht, einen Auslandszeugen zu hören, § 244 V 2 StPO: (-)**, greift hier nicht, da die Norm voraussetzt, dass die Vernehmung des Zeugen zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist, § 244 V 2 i.V.m. 1 StPO; hier ist aber nicht ausgeschlossen, dass das Gericht bei persönlicher Anhörung der Zeugin Zweifel an deren Glaubwürdigkeit gehabt und damit einen für den T günstigeren Prozessausgang zur Folge gehabt hätte.
- **Ablehnung bei Unerreichbarkeit, § 244 III 2 StPO und Ersetzung der Vernehmung durch Protokollverlesung, § 251 I Nr. 2 StPO: (+)**, Rechtsgrund der Unerreichbarkeit eines Zeugen ist anerkannter Grund dafür, dass der Angeklagte sein Befragungs- und Konfrontationsrecht in der Hauptverhandlung nicht ausüben kann. Da das LG auch tatsächliche (aber erfolglose) Anstrengungen unternommen hat (hier: vergebliche Zeugenladung), liegt sowohl in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht zunächst ein nachvollziehbar dargelegter Grund für die Nichtkonfrontation in der Hauptverhandlung vor.

## 2. Stufe:

Die nationalen Gerichte haben für die bestmögliche Gewährleistung des Befragungsrechts einzustehen und müssen daher von Amts wegen alle ihnen rechtlich möglichen, Erfolg versprechenden Maßnahmen ergreifen, um dem Beschuldigten eine Konfrontation des Zeugen vor Abschluss der Hauptverhandlung zu ermöglichen. Art. 6 EMRK erlaubt nur erforderliche Eingriffe in die Verteidigungsrechte. Es geht also um eine Frage des Ausgleichs des Verteidigungsmangels. → Gab es eine **Alternative zum vollständigen Ausschluss des Konfrontationsrechts?**

- Mildere Mittel, von denen das Gericht keinen Gebrauch gemacht hat: (+), das LG hat bzgl. des abgelehnten Beweisantrags keinerlei Erwägungen angestellt, dem T eine nur teilweise eingeschränkte Konfrontation mit dem Belastungszeugen zu ermöglichen = z.B. audio-visuelle Vernehmung des Zeugen an einem anderen Ort (§ 247a StPO), kommissarische oder konsularische Vernehmung des Zeugen im Ausland (§ 223 StPO).
- Für diese Beschränkung des Verteidigungsrechts des T trägt auch eine staatliche Stelle – das LG Passau bzw. die dieses Urteil aufrechterhaltenden Entscheidungen von BGH und BVerfG – die Verantwortung. Dies hat ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der Aussage des Belastungszeugen zur Folge.

*[Die Prüfung der 3. Stufe (Anforderungen an die Beweiswürdigung) ist sonach obsolet. Durch die in Betracht kommende audio-visuelle Vernehmung der O - oder auch kommissarische oder konsularische Vernehmung im Ausland - gibt es Alternativen zum vollständigen Ausschluss des Konfrontationsrechts. Der Eingriff in die Verteidigungsrechte ist somit nicht erforderlich und folglich unzulässig. Eine Rechtfertigung ist nicht möglich.]*

Im Ergebnis liegt damit ein Verstoß gegen Art. 6 III lit. d EMRK vor, auf welchem das Urteil zudem beruht. Die Individualbeschwerde ist mithin begründet.

## Frage 6: Wesentliche Zulässigkeitsvoraussetzungen

### **I. Zuständigkeit des EGMR**

1. razione temporis: (+), weil nach dem SV davon auszugehen ist, dass die angefochtenen Urteile nach Inkrafttreten der EMRK ergangen sind.
2. razione loci (vgl. Art. 1 EMRK): (+), da es sich um einen von und in Deutschland ergangenen Hoheitsakt handelt.
3. razione materiae: (+), weil es sich bei dem Urteil um einen Akt der Staatsgewalt handelt.

### **II. Parteibezogene Zulässigkeitsvoraussetzungen (ratione personae; Art. 34 EMRK)**

1. Parteifähigkeit: (+), da es sich bei T um eine natürliche Person handelt.
2. Beschwer/Opfereigenschaft
  - a) Selbstbetroffenheit: (+), da T Adressat des angegriffenen Urteils ist.
  - b) Gegenwärtigkeit: (+), da dem T Strafhaft bevorsteht und auch eine Heilung im Strafverfahren nicht stattgefunden hat.
  - c) Unmittelbarkeit: (+), da hier ein beschwerender Individualakt in Gestalt eines Urteils vorliegt.



### **III. „Local Remedy“/Rechtswegerschöpfung, Art. 35 I EMRK**

1. Sinngem. Geltendmachung der EMRK-Rechte: (+), da T vor LG, BGH und BVerfG auf die Vernehmung der Belastungszeugin in der HV hingewiesen hat; eine ausdrückliche Nennung der EMRK-Norm ist dafür nicht erforderlich. Auch war der Rechtsweg infolge der Anrufung des BVerfG endgültig ausgeschöpft (eine grds. mögliche Wiederaufnahme des Verfahrens steht dem nicht entgegen).

2. Formgemäße Durchführung des Verfahrens im Mitgliedstaat: (+). Da die Revision und die Verfassungsbeschwerde als unbegründet (und nicht als unzulässig) zurückgewiesen worden sind, ist davon auszugehen, dass T diese Rechtsmittel form- und fristgerecht eingelegt hat.

**IV. Frist:** gem. Art. 35 I EMRK sechs Monate nach letztinstanzlicher innerstaatlicher Entscheidung.

**V. Form:** gem. Art. 35 II lit. a EMRK darf die Beschwerde nicht anonym kommuniziert werden.

**VI. Missbrauchsausschluss gem. Art. 35 III EMRK:** Keine Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des T.

**VII. Keine entgegenstehende Rechtskraft (res iudicata) gem. Art. 35 II lit. b EMRK**

**VIII. Keine anderweitige Rechtshängigkeit gem. Art. 35 II lit. b EMRK**