

Dr. Tobias Rudolph

Rechtsanwalt

-Vorab per Fax-

RA Dr. T. Rudolph • Albrecht-Dürer-Platz 4 • 90403 Nürnberg

Landgericht Nürnberg-Fürth
- Abteilung für Strafsachen -

Fax:

Az.:

Albrecht-Dürer-Platz 4
90403 Nürnberg

Gerichtsfach 202

Tel 0911 / 929 18 86

Fax 0911 / 274 06 77

Mobil 0179 / 537 40 94

RA@tobiasrudolph.de
www.tobiasrudolph.de

In Bürogemeinschaft mit
den Rechtsanwälten
Dr. Frank H. Schmidt und
Norbert Alois Oswald

In Kooperation
mit den Rechtsanwälten
Niepel & Seeber - München

Nürnberg, ...

In der Strafsache

gegen

U

wird das mit Schriftsatz vom ... gegen das Urteil des AG Nürnberg vom ... (Az.: ...) eingelegte Rechtsmittel als Berufung bezeichnet.

Ich beantrage, als Pflichtverteidiger bestellt zu werden. Für den Fall der Bestellung lege ich mein Wahlmandat nieder.

Die Berufung wird wie folgt begründet:

A.

Es liegt keine wirksame Anklageschrift vor.

1) Die Anklage vom ... enthält keine Ausführungen zur subjektiven Tatseite. Das Urteil beruht demgegenüber *alleine* auf einer unterstellten ganz konkreten subjektiven Vorstellung der Angeklagten.

Das Urteil geht folglich von einem Lebenssachverhalt aus, der keinerlei Entsprechung in der Anklageschrift hat.

Sparkasse Nürnberg
Kto-Nr. 511 53 65
BLZ 760 501 01

Steuer-Nr. 238/264/42212

Damit liegt ein Mangel in der Umgrenzungsfunktion des Anklagesatzes vor, der zur Unwirksamkeit der Anklage führt (vgl. BGH St 40,44; Meyer/Goßner, § 200 StPO Rn 7 ff; OLG München Beschluss vom 30.01.2006, 5 StR 206/05). Mängel in der Umgrenzungsfunktion stellen Prozesshindernisse dar, die in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen sind.

2) Mängel der Anklageschrift bezüglich der subjektiven Tatseite führen in aller Regel nicht zur Unwirksamkeit derselben und damit zu einem Verfahrenshindernis. Denn aus bestimmten objektiven Vorgängen kann in der Regel mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auf den entsprechenden Tatvorsatz geschlossen werden. Die angeklagte prozessuale Tat lässt sich häufig ohne den dazugehörigen subjektiven Tatbestand gar nicht denken. Wenn also ein Sachverhalt wie: „A schießt auf B mit einer geladenen Pistole; B stirbt“ angeklagt ist, so gehört dazu höchstwahrscheinlich auch, dass A davon ausging, B werde an den Folgen des Schusses sterben. Objektiver und subjektiver Tatbestand sind in einer solchen Konstellation eng miteinander verwoben.

Hier liegt der Fall anders. Der Tatvorwurf des versuchten Diebstahls beruht *ausschließlich* auf angeblichen subjektiven Vorstellungen der Angeklagten. Für die Strafbarkeit eines untauglichen Versuchs ist von einer subjektiven Beurteilungsgrundlage auszugehen. D.h. die Gedankenwelt des (vermeintlichen) Täters wird einer rechtlichen Bewertung unterzogen. Ob diese Gedankenwelt des Täters mit der Wirklichkeit in Einklang zu bringen ist, spielt dabei grundsätzlich keine Rolle. Denn es ist das Wesen eines untauglichen Versuchs, dass Wirklichkeit und Tätervorstellung auseinander fallen. Der Grad der Abweichung zwischen Realität und Tätervorstellung ist bei der Bewertung eines untauglichen Versuchs allenfalls im Rahmen der Strafzumessung relevant, etwa bei der Beurteilung von grobem Unverstand im Sinne von § 23 III StGB, oder bei der (dogmatisch umstrittenen) Fallkonstellation des sogenannten irrealen oder abergläubischen Versuchs (vgl. dazu Schönke/Schröder-Eser, § 23 StGB, Rn. 13, m.w.N.).

Der historische Sachverhalt, der in einer Anklageschrift, mit welcher ein untauglicher Versuch vorgeworfen wird, geschildert hätte werden müssen, wäre folglich die Darstellung der subjektiven Tätervorstellungen. Wenn die Anklageschrift nichts über die

Tätervorstellung aussagt, taugt sie nicht als Grundlage einer Verurteilung wegen eines untauglichen Versuchs.

3) Es lässt sich auch nicht argumentieren, in der Anklage werde zumindest konkludent behauptet, die Angeklagten haben mit der Vorstellung gehandelt, fremdes Eigentum an sich zu nehmen.

Denn die Anklage ist in diesem Punkt selbstwidersprüchlich und damit unlogisch.

Die Anklage nimmt *sowohl* einen untauglichen Versuch des Diebstahls, als auch eine Störung der Totenruhe gemäß § 168 StGB an. Man kann einem Täter jedoch nicht unterstellen, *gleichzeitig* davon ausgegangen zu sein, bei einem Gegenstand handle es sich um eine „fremde bewegliche Sache“ im Sinne von § 242 StGB *und* um „Asche“ im Sinne von § 168 Abs. I Alt.1 StGB.

So wie sich die Begriffe „Asche“ und „fremde bewegliche Sache“ gegenseitig ausschließen, so schließen sich auch die entsprechenden subjektiven Vorstellungen aus.

Grundsätzlich sind Körperteile nach h.M. schon gar keine Sachen im strafrechtlichen Sinn (etwa SK-StGB/Hoyer, § 242, Rn. 5), solange sie nicht vom Körper abgetrennt und dabei von Anfang an dazu bestimmt sind, wieder in diesen integriert zu werden (BGHZ 124, 52, 54 f.). Auch nach der Auffassung, die eine Sachqualität von Körperteilen oder Asche grundsätzlich bejaht, bleiben die Gegenstände herrenlos, wenn sie nicht etwa zur Organspende (MK-StGB/Schmitz, 2003, § 242 Rn. 29) oder zur Überlassung an ein anatomisches Institut (Sch/Sch/Eser, § 242 StGB, Rn. 21 - unmittelbarer Eigentumserwerb; s.a. MK-StGB/Schmitz, § 242 Rn. 32 - bloßes Aneignungsrecht) vorgesehen sind. In jedem Fall wird die Eigentumsfähigkeit eines Leichnams verneint, wenn dieser zur Bestattung bestimmt ist (RGSt 64, 313,314.).

Dass die Leiche eines verstorbenen Menschen selbst keine „fremde Sache“ ist, steht trotz der unterschiedlichen Begründungsansätze schon seit Zeiten des Reichsgerichts (RGSt 64, 313,316) unumstritten fest. Das OLG Bamberg nimmt diese Entscheidung des RG in Bezug und stellt unter Ziffer II. 3. b) aa) des Urteils klar, dass dies auch für die Asche eines Menschen gilt („Da die Leiche eines verstorbenen Menschen und dessen Asche selbst keine

fremde Sache ist (RGSt 64, 313/316) ...“). Damit wird i.E. der Auffassung des AG Berlin-Tiergarten (NJW 1996, 3092) gefolgt, welches auch für Implantate klargestellt hat, dass es sich dabei nicht um fremde Sachen i.S.v. § 242 StGB handelt, soweit diese auch sonst das Schicksal des Körpers bzw. seiner Bestandteile teilen.

Die Auffassung, dass ein Gegenstand gleichzeitig eine „fremde Sache“ i.S.v. § 242 StGB sein könne, und „Asche“ i.S.v. § 168 I Alt. 1 StGB wurde - soweit ersichtlich - noch niemals vertreten. Der Hinweis bei Fischer, § 168 StGB, Rn. 26, mit den §§ 303, 304 StGB (die wie § 242 StGB eine fremde Sache voraussetzen) könne Tateinheit bestehen, bezieht sich nur auf § 168 II StGB (Zerstörung von Grabstätten usw.).

Auch das OLG Bamberg im Urteil vom 29.01.2008 (Az. 2 Ss 125/2007) geht davon aus, dass § 168 StGB und § 242 StGB sich gegenseitig ausschließen: „Ein strafrechtlicher Schutz besteht (...) insoweit nur nach § 168 StGB (KG, NJW 1990, 782/783; Schönke/Schröder/Eser § 242 Rn. 21; MüKo/Schmitz § 242 Rn. 34).“ Dies gilt nach Auffassung des OLG Bamberg sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht.

Eine Wahlfeststellung zwischen § 168 StGB und § 242 StGB scheidet mangels rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit der beiden Delikte aus und ist offensichtlich auch von der Anklage nicht gewollt.

4) Das Urteil des OLG Bamberg vom 29.01.2008 (Az. 2 Ss 125/2007) behandelt einen sehr ähnlich gelagerten Fall. In der Anklageschrift, die dem Urteil zugrunde liegt, lauten die entscheidenden Passagen zur subjektiven Tatseite:

„Zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt vor dem 01.01.2005 fassten die Angeklagten Z., G. und L. den Entschluss, das bei den Einäscherungen anfallende Zahngold der Asche zu entnehmen, dieses für sich zu behalten und gewinnbringend weiterzuverkaufen.“

Diese Formulierung entspricht fast wörtlich der Behauptung in der vorliegenden Anklageschrift vom 01.08.2007 (S. 3):

„Zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt, spätestens im Jahr 2004 kamen die Angeschuldigten zumindest stillschweigend überein, in bewusstem und gewolltem

Zusammenwirken - jeweils abwechselnd und arbeitsteilig handelnd - fortlaufend innerhalb jeder Arbeitsschicht das bei den Einäscherungen anfallende Zahngold an sich zu nehmen, um dieses für sich zu behalten und gewinnbringend weiterzuverkaufen.“

Weder in der einen noch in der anderen Anklage wird behauptet, einer der Angeschuldigten hätte geglaubt, er nehme eine fremde Sache weg.

Das OLG Bamberg stellt zu diesem Punkt zutreffend fest:

„Der Senat hat damit auf Grund der Feststellungen im vorliegenden Verfahren keinen Anlass zur Frage Stellung zu nehmen, ob eine Strafbarkeit wegen versuchten Diebstahls deshalb in Betracht kommt, weil die Täter irrig davon ausgingen, es handele sich bei dem entwendeten Zahngold um eine fremde Sache (vgl. dazu AG Nürnberg, Urteil vom 07.11.2007, Az. 45 Ls 802 Js 21506/06 - nicht rechtskräftig).“

Die Entscheidung des OLG Bamberg wird von *Schmalz* unter

http://www.juratelegramm.de/faelle/strafrecht/NJW_2008_1543.htm

kommentiert. Bezüglich der Frage, ob auch ein versuchter Diebstahl unterstellt werden könne, führt *Schmalz* aus, dass ein entsprechender Irrtum nicht festgestellt worden sei „und wohl auch kaum hinreichend sicher festgestellt werden könne.“

Zu dem selben Ergebnis gelangt *Kudlich* in seiner Anmerkung zum Urteil des OLG Bamberg in JA 2008, S. 391 ff.. *Kudlich* geht davon aus, dass das OLG zutreffend die Annahme eines Vermögensdelikts verneint hat, da ein solches nicht angeklagt worden sei.

Weiter führt er aus:

Die Annahme eines (untauglichen) Versuchs, wie ihn das AG Nürnberg angenommen hat, ist zwar konstruktiv bei normativen Tatbestandsmerkmalen nach vorzugswürdiger Ansicht auch bei einem Irrtum über (außerstraf-)rechtliche Vorfragen möglich. Freilich werden – auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes in dubio pro reo – entsprechende Feststellungen bei leugnenden Tätern praktisch nur schwer zu treffen sein, zumal gerade in der Abgrenzung zwischen § 242 StGB und § 168 StGB die bloße Vorstellung, mit dem Leichnam bzw. seinen Bestandteilen

nicht beliebig verfahren zu dürfen, noch nicht für eine Parallelwertung in der Laiensphäre für einen Tatentschluss hinsichtlich der „Fremdheit“ genügen dürfte.

Würde das Oberlandesgericht Nürnberg die Rechtsauffassung vertreten, vorliegend sei in wirksamer Form ein untauglicher Versuch eines Diebstahls angeklagt, so bestünde eine Vorlagepflicht gemäß § 121 II GVG (Divergenzausgleich).

B.

Selbst wenn die Mängel der Anklageschrift geheilt werden könnten, so wäre hier ein Nachweis von Diebstahlsvorsatz ausgeschlossen.

Das Amtsgericht hat sämtliche zur Verfügung stehenden Beweismittel umfassend ausgeschöpft. Entgegen den Ausführungen in dem Urteil ist ein Nachweis von einem Diebstahlsvorsatz richtigerweise jedoch nicht erfolgt und in der gegenwärtigen Beweissituation auch nicht möglich.

1) Die Tatsache, dass die Angeklagten eventuell „heimlich“ gehandelt haben, kann mannigfaltige Ursachen haben:

Es kann sein, dass die Angeklagten davon ausgingen, eine Störung der Totenruhe gemäß § 168 StGB zu begehen - was eben gerade kein Diebstahlsvorsatz wäre (s.o.).

Es kann sein, dass die Angeklagten eine etwaige Steuerhinterziehung (§ 370 AO) vertuschen wollten. Bei Einnahmen, die durch den Verkauf des Goldes an einen Juwelier regelmäßig erzielt werden, handelt es sich um gewerbliche Einkünfte im Sinne von § 15 Abs. 1 Nr. 1 S.1 EStG.

Es kann sein, dass die Angeklagten aufgrund der moralischen Verwerflichkeit des Geschehens die Öffentlichkeit bzw. Transparenz scheuten.

Es kann sein, dass die Angeklagten glaubten, gegen etwaige arbeits- oder bestattungsrechtliche Vorgaben zu verstoßen.

Schließlich liegt es nahe, dass sie es vermeiden wollten, dass andere Personen (dazu gehört auch die Stadt) die Gewinne aus dem Goldverkauf vereinnahmen.

2) Es muss nach der Sachlage davon ausgegangen werden, dass die Angeklagten, die teilweise seit vielen Jahren bei der Stadt im Krematorium arbeiteten, wussten, dass von den Erben und/oder Angehörigen der Verstorbenen keine Erklärungen über die Geltendmachung etwaiger Aneignungsrechte eingeholt wurden.

Es gab keine Dienstanweisungen, wonach beispielsweise vor der Verbrennung geklärt werden musste, ob auf Aneignungsrechte verzichtet wurde.

Die (hier einmal als eine von vielen möglichen Hypothesen unterstellte) bewusste oder für möglich gehaltene Verletzung eines fremden Aneignungsrechts würde keinesfalls auf einen Diebstahlsvorsatz schließen lassen.

3) In dem angegriffenen Urteil finden sich eine Reihe von Passagen, an denen ein unzutreffender rechtlicher und tatsächlicher Ausgangspunkt deutlich wird.

a) *„Im Normalfall wären die vorliegende von den Angeklagten nicht einmal aufgestellte Behauptung, man sei bei der Entwendung von Wertstoffen im Bereich des Arbeitgebers davon ausgegangen, es handele sich um herrenlose Gegenstände, nicht nachvollziehbar und als bloße Schutzbehauptung zu werten.“ (S...)*

Richtig ist: „Im Normalfall“ ist eine Aneignung einer herrenlosen Sache nicht strafbar. Ein Sonderfall, wie er beispielsweise in den § 292 und § 293 StGB geregelt ist, liegt nicht vor.

De facto zieht das Gericht eine Analogie zu den §§ 292, 293 StGB - was gemäß § 1 StGB und auch Art. 103 II GG im Strafrecht nicht zulässig ist.

Indem von „Entwendung“ die Rede ist, wird durch einen Zirkelschluss versucht, etwas zu beweisen, das nicht zu beweisen ist – nämlich das die Angeklagten objektiv eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben, oder zumindest glaubten, dies zu tun.

- b) *„Vor diesem Hindergrund sah sich das Gericht zur Prüfung veranlasst, ob die Angeklagten tatsächlich, anders als die Ermittlungsbehörden zu Beginn des Verfahrens, von dieser außergewöhnlichen objektiven Rechtslage Kenntnis hatten.“ (S. ...)*

Das Gericht geht hier von einem offensichtlich unzutreffenden rechtlichen Maßstab aus. Die Fragestellung ist nicht, ob die Angeklagten von der „außergewöhnlichen objektiven Rechtslage“ „Kenntnis hatten“. Vielmehr bedarf es zur Annahme eines strafbaren untauglichen Versuchs des Nachweises, dass ein (vermeintlicher) Täter eine *positive Vorstellung* von einer ganz bestimmte *Sachlage* hatte (die nicht der Wirklichkeit entspricht).

Indem das Gericht auf die „objektive Rechtslage“ Bezug nimmt, setzt es sich im Übrigen in Widerspruch zu den späteren Ausführungen im Urteil, wo unterstellt wird, ein angeblicher Irrtum beziehe sich auf *Tatsachen*, d.h. gerade nicht auf die „Rechtslage“.

Die weiteren Ausführungen auf S.... des Urteils, wo dargestellt wird, dass die Angeklagten im Rahmen der Vernehmungen die Möglichkeit gehabt hätten, „ihr Wissen von der Herrenlosigkeit des Zahngoldes zumindest mit den entsprechenden Begriffen aus der Laiensphäre anzudeuten“ verdreht die Beweislage. Es ist nicht Aufgabe der Angeklagten, darzulegen und zu beweisen, dass sie über ein bestimmtes (rechtliches!) Wissen verfügten oder nicht.

Darüber hinaus wendet das Gericht den eigenen (und falschen) Maßstab auch noch unrichtig an. Tatsächlich hatte nämlich der Angeklagte U durchaus gegenüber den Ermittlungsbehörden in den ersten Vernehmungen – als er noch nicht anwaltlich beraten war – zum Ausdruck gebracht, er habe „ja eigentlich das Zeug nur aus dem Müll entnommen“.

Deutlicher kann man in der Sprache eines Totengräbers nicht zum Ausdruck bringen, dass man davon ausgeht, man nehme eine herrenlose Sache an sich.

- c) *„Es steht daher zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Angeklagten die Herrenlosigkeit der einzelnen Zahngoldklumpen nicht erahnt haben.“ (S....)*

Auch in dieser Formulierung wird deutlich, dass das Gericht die rechtlich geltenden Beweismaßstäbe auf den Kopf stellt. Es wird von den Angeklagten verlangt nachzuweisen, dass sie etwas *nicht* wussten – ein nahezu unmögliches Unterfangen.

Bei Geltung eines solchen Maßstabs wäre praktisch jedermann per se als schuldig zu sprechen, der sich den Umstand zu nutze macht, dass vorliegend keine Vorkehrungen zur Sammlung des Zahngoldes getroffen worden waren. Eine Exkulpation wäre nur noch durch den Nachweis eines abgeschlossenen Jurastudiums möglich – wobei die These aufgestellt sei, dass nicht einmal die Mehrzahl aller ausgebildeten Juristen aus dem Stegreif in der Lage wären, die rechtlichen Verhältnisse des Zahngoldes zutreffend zu beschreiben.

Die Mehrzahl aller Juristen ist aber – wie auch jeder Laie – durchaus in der Lage, zu erkennen, dass jemand, der von „Müll“ spricht, damit nicht umschreiben will, dass er in Wirklichkeit „fremdes Eigentum“ meint.

C.

Auf die dogmatisch umstrittene Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt bei selbstbelastenden Irrtümern im Vorfeld eines Deliktstatbandes kommt es vorliegend nicht an.

Die Rechtsauffassung, die im angegriffenen Urteil des AG Nürnberg angedeutet wird, ist jedoch nicht überzeugend. Denn sie führt im Ergebnis dazu, dass Menschen ohne juristische Fachkenntnisse für etwas strafbar gemacht werden, das für juristisch gebildete Menschen nicht strafbar ist.

Man verurteilt den Angeklagten und erklärt ihm zugleich, dass er das, was er getan hat, in Zukunft tun darf, wenn er sich nur juristisch fortbildet.

Ein solches Ergebnis liegt nicht im Sinne der Gerechtigkeit.

Dr. Tobias Rudolph

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht