

Editorial

Herausgeber:
Detlef Burhoff
Rechtsanwalt, Richter am OLG a.D., Münster/Augsburg



Liebe Kolleginnen und Kollegen,

in unserer Juli-Ausgabe 2018 wenden wir uns im Praxisreport zunächst dem „traumatisierten“ Zeugen zu. Die Kollegin Bröhmer fragt: Wie viel „Psycho-Trauma“ verträgt die Strafjustiz?

Im Rechtsprechungsreport finden Sie neben einigen Entscheidungen zu Durchsuchung und Beschlagnahme dann den BGH-Beschluss v. 8.5.2018 – 5 StR 65/18, der sich mit einer Neuerung durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I, S. 3202) in § 265 StPO befasst.

In StRR 6/2018 hatten wir auf den Beschluss des VerfG Saarland zur Herausgabe von Messdaten im Bußgeldverfahren hingewiesen. Die Antwort des OLG Bamberg darauf hat nicht lange auf sich warten lassen. Wir berichten darüber ab S. 22.

Zum Schluss: Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Herzliche Grüße

Inhalt

StRR-Kompakt	2
Praxisforum	
Wie viel (Psycho-)Trauma verträgt die Strafjustiz?.....	4
Rechtsprechungsreport	
Verfahrensrecht	
Durchsuchung von Wohnung und Geschäftsräumen.....	10
Terminsverlegung	11
Hinweispflicht nach neuem/erweitertem Recht.....	13
Beschlagnahme von Verteidigerunterlagen	15
Gefahr im Verzug bei Durchsuchung und Anordnung einer Blutentnahme?	16
StGB/Nebengebiete	
Irrtum über Arbeitgeberstellung.....	18
Erforderlichkeit und Gebotenheit der Notwehr/Nothilfe bei Messereinsatz	20
Ordnungswidrigkeitenrecht	
OLG Bamberg contra VerfGH Saarland: Akteneinsicht, rechtliches Gehör und faires Verfahren	23
Anwaltsvergütung	
Zusätzliche Verfahrensgebühr wegen Rücknahme der Revision	26
Zusätzliche Verfahrensgebühr für Rücknahme der Revision?.....	28

ZAP

Haftprüfung OLG: Überlastung von Staatsanwaltschaft und Polizei

Ein wichtiger Grund für die Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus ist nur dann gegeben, wenn das Verfahren durch Umstände verzögert worden ist, denen Strafverfolgungsbehörden und Gerichte durch geeignete Maßnahmen nicht entgegenwirken können. Maßgeblich ist insoweit, ob die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte alle zumutbaren Maßnahmen getroffen haben, um die Ermittlungen so schnell wie möglich abzuschließen und ein Urteil herbeizuführen. Die hierzu entwickelten Maßstäbe gelten gleichermaßen für Gerichte wie für Staatsanwaltschaft und Polizei. Auch die – nicht nur kurzfristige, auf unvorhersehbare Zufälle und schicksalhafte Ereignisse zurückgehende – Überlastung der Ermittlungsbehörden infolge einer Häufung anhängiger Untersuchungshaftsachen und/oder unzureichender personeller Ausstattung kann nicht als wichtiger Grund im Sinne des § 121 Abs. 1 StPO anerkannt werden. Deren Überlastung fällt, wie die eines Gerichts, in den Verantwortungsbereich der staatlich verfassten Gemeinschaft. Der Beschuldigte darf nicht länger als verfahrensangemessen in Untersuchungshaft gehalten werden, nur weil der Staat es versäumt, seiner Pflicht, (auch) die Ermittlungsbehörden personell und sachlich so auszustatten, dass sie ihren Aufgaben bei der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten in angemessener Zeit nachkommen können, zu genügen.

KG, Beschl. v. 15.1.2018 – (4) 161 HES 62/17 (37-38/17)

Haftprüfung: Berufungsverfahren nach erstinstanzlicher Verurteilung

Ist ein Angeklagter nach abgeschlossener Beweisaufnahme verurteilt worden, ist der dringende Tatverdacht in der Regel durch das verurteilende Erkenntnis hinreichend belegt. Damit ist es dem Berufungsrichter vor einer eigenen Beweisaufnahme grundsätzlich verwehrt, den dringenden Tatverdacht allein aus dem Aktenstudium zu verneinen und den Haftbefehl aus diesem Grund aufzuheben, weil ein Schuldspruch aufgrund einer Hauptverhandlung regelmäßig eine höhere Richtigkeitsgewähr bietet als eine anhand der Akten angestellte Prognose (§§ 112, 117 StPO).

KG, Beschl. v. 1.3.2018 – 4 Ws 25/18

Inbegriffsrüge: Anforderungen an die Begründung

Wird mit der Revision geltend gemacht, das Tatgericht habe Protokolle über die Vernehmung eines Zeugen, auf dessen Aussagen es die Verurteilung stützt, im Rahmen seiner Beweiswürdigung im Urteil über mehrere Seiten wörtlich wiedergegeben, ohne diese zuvor förmlich verlesen zu haben, ist dies mit der sog. Inbegriffsrüge einer Verletzung von § 261 StPO zu beanstanden. Für die Zulässigkeit der Rüge nach § 344 Abs. 2 StPO bedarf es in diesem Fall nicht des Vortrags, dass der Inhalt der verlesenen Protokolle auch nicht durch einen nicht protokollierungsbedürftigen Vorhalt in die Hauptverhandlung eingeführt worden ist.

OLG Bamberg, Beschl. v. 29.5.2018 – 3 OLG 130 Ss 30/18

Ausbleiben in der Hauptverhandlung: Entschuldigung

Bei attestierter mehrtägiger Bettlägerigkeit darf der Betroffene davon ausgehen, ausreichend entschuldigt zu sein und dem Hauptverhandlungstermin fernbleiben zu dürfen (§ 329 StPO).

LG Nürnberg, Beschl. v. 12.3.2018 – 3 OWi Qs 62/17

Ermittlungsverfahren

Rechtsmittelverfahren

Regelentziehung wegen unerlaubten Entfernens: Wertgrenze für den „bedeutenden Schaden“

Bei der Wertgrenze für einen bedeutenden Schaden i.S.d. § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB handelt es sich nicht um eine starre, sondern vielmehr um eine veränderliche Wertgrenze.

OLG Stuttgart, Urt. v. 27.4.2018 – 2 Rv 33 Ss 959/17

Beleidigung: Bezeichnung von Polizeibeamten als „Flitzpiepen“

Polemische und verletzend Formulierungen sind dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit nicht ohne Weiteres entzogen.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 22.5.2018 – 2 Rv 4 Ss 193/18

Relative Fahruntüchtigkeit: Schlangenlinienfahren

Das nur zwei- bis dreimalige Überfahren der Spurbegrenzungslinie auf einer Strecke von mehreren Kilometern sowie ein problemloses und zügiges Zurücklenken in die eigene Fahrspur stellen kein klassisches Schlangenlinienfahren dar (§ 316 StGB).

AG Tiergarten, Urt. v. 30.4.2018 – 312 Cs 3014 Js 13969/17 (13/18)

Adhäsionsverfahren: Gegenstandswert

Soweit im Adhäsionsverfahren die Feststellung der Haftung für künftige Schäden begehrt wird, hängt der Gegenstandswert davon ab, wie hoch der drohende Schaden bzw. das Risiko eines künftigen Schadens und einer tatsächlichen Inanspruchnahme des Angeklagten ist (§§ 32, 33 RVG; Nr. 4143 VV RVG).

BGH, Beschl. v. 6.6.2018 – 2 StR 337/14

Dokumentenpauschale: digitalisierte Akte

Wird dem Verteidiger die komplette Verfahrensakte in digitalisierter Form zum weiteren Verbleib überlassen, sind Kopierkosten nach Nr. 7000 Nr. 1 lit. a VV RVG vom Grundsatz her keine erforderlichen Auslagen im Sinne von § 46 Abs. 1 RVG. Dieser Grundsatz kann durch entsprechenden Sachvortrag durchbrochen werden, da derzeit noch keine gesetzliche Verpflichtung eines Rechtsanwalts zur ausschließlichen Verwendung einer elektronischen bzw. digitalisierten Verfahrensakte besteht. Aus dem Regel-Ausnahme-Prinzip folgt (insoweit Fortführung von OLG Frankfurt, Beschl. v. 29.3.2012 – 2 Ws 49/12), dass den Rechtsanwalt, der die elektronische Akte ausdruckt, eine besondere Begründungs- und Darlegungslast trifft, warum dies „zusätzlich“ zu der zur Verfügung gestellten digitalisierten Akte, die eine sachgerechte Bearbeitung bereits ermöglicht, notwendig war, wenn er diese zusätzlichen Ausdrucke ersetzt verlangt.

OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 3.4.2018 – 2 Ws 1/18x

StGB – Allgemeiner Teil

StGB – Besonderer Teil

Anwaltsvergütung

Wie viel (Psycho-)Trauma verträgt die Strafjustiz? – Monotrauma und/oder die Posttraumatische Belastungsstörung (PtBS) und die Frage: Warum sollte sich die Strafjustiz mit dem Trauma beschäftigen?

Rechtsanwältin Elgin Bröhmer, Berlin

Strafverfahren sind die Folge von – behaupteten oder tatsächlichen – Verletzungen. Teilweise geht es nur um mögliche Rechtsverletzungen, aber in den allermeisten Fällen auch um die Verletzungen von Personen, sei es finanziell, körperlich oder seelisch. Diese Verletzungen haben unterschiedlich schwere Auswirkungen und Folgen für die Betroffenen. Im Bereich von seelischen Verletzungen bis hin zu „Trauma“ oder Traumafolgestörungen herrscht noch erhebliches Unverständnis und Verwirrung. Aber gehören Traumathemen überhaupt in den Bereich der Justiz? Oder sind sie dort schlicht nicht sachgerecht aufgehoben? Und warum – und wo – sollte eigentlich was genau erörtert werden?

Ich werde im Folgenden ein paar Erklärungen und ein paar Anregungen geben, die sich insbesondere mit den Fragen des „Ob“, des „Warum“ und des „Wo“ beschäftigen und helfen sollen, sich im Themenbereich genauer zurechtzufinden und ggf. entscheidende Punkte hinterfragen zu können.

Die folgenden Ausführungen sind im Übrigen nicht getrennt in Erklärungen und Hinweise für Nebenklage und Verteidigung. Die Fallkonstellationen, die uns im Strafprozess begegnen, sind m.E. fast immer zu vielschichtig für diese Betrachtung. Ein typisches Beispiel sind mehrfache Befragungen der Geschädigten: Nimmt man die Empfindungen der Zeugin oder des Zeugen mal aus der Abwägung heraus – welcher Seite „nützt“ es mehr, wenn unzählige Male vernommen wird? Dem Verteidiger, der so ggf. mehr Widersprüche oder mehr Hinweise für eine suggestive Befragung findet, oder der Nebenklage, die dann erklären kann, dass im Kernbereich die Aussage konstant blieb, und die aufgrund der zusätzlichen Belastung der Zeugen ein weiteres Argument zur Strafzumessung hat? Aus den nachfolgenden Erwägungen möge sich daher jeder Prozessbeteiligte gern das herausuchen, was für seine Sache in der passenden Prozesssituation sinnvoll und angemessen erscheint.

Dabei wird es in diesem Beitrag um das sogenannte Monotrauma gehen, also um jeweils ein einzelnes Ereignis, das die Grundfeste der betroffenen Person erschüttert und das in der Regel mit Lebensbedrohung, dem Gefühl einer existenziellen Hilflosigkeit und des Ausgeliefertseins zu tun hat. Bei Formen und Folgen multipler Verletzungen (so bei mehrfachem Kindesmissbrauch oder auch bei Kriegstraumata oder Folteropfern) geht es um sogenanntes Komplextrauma, das andere Problembereiche eröffnet.

I. Ist „Trauma“ justiziabel – und falls ja, wann, in welchem Bereich und warum?

Der Begriff „Trauma“ wird uneinheitlich verwendet. Das bedeutet, dass für den Strafprozess zunächst Klarheit herrschen sollte, welche Definition zugrunde zu legen ist. Es ist sinnvoll, zusätzlich zu wissen, welche sonstigen Definitionen existieren, um verstehen zu können, was andere (Personen oder Berufsgruppen) meinen, wenn sie von „Trauma“ oder „Traumatisierung“ sprechen.

1. Wer meint was mit „Trauma“ (und warum sollte man das wissen)?

Im Strafprozess sollten jedenfalls die Begriffe „traumatisches Ereignis“ und „Traumafolgestörung“ auseinandergehalten werden. Es gilt also zunächst zwischen dem „Während“ und dem „Danach“ zu unterscheiden. Diese Unterscheidung zwischen dem Ereignis und der Folge ist notwendig, da die unterschiedlichen Ausprägungen

Hilfestellung

Monotrauma oder
Komplextrauma

Unterschiedliche
Definitionen existieren

Unterscheidung: Ereignis
und Traumafolgestörung

von erlebter Belastung („schwer“ oder „traumatisch“) und die Diagnose einer Traumafolgestörung für unterschiedliche Aspekte im Strafverfahren bedeutsam sind: Die rechtlichen (und tatsächlichen) Probleme, die bei einem traumatischen Ereignis oder bei einer Traumafolgestörung zu erörtern sind, sind auf unterschiedlichen Ebenen zu verorten. Das Erleben eines traumatischen Ereignisses kann insbesondere Einfluss auf die Wahrnehmung und Abspeicherungsprozesse der Geschädigten haben; Traumafolgestörungen dürften sich vornehmlich im Bereich der Strafzumessung und bei eventuellen Schmerzensgeldansprüchen auswirken.

a) Das traumatische Ereignis und die Wahrnehmung

Ein traumatisches Ereignis verursacht primär Angst und Schrecken; dieses Ereignis hat also mit der Wahrnehmung und mit dem Erleben von (erheblichem) Stress zu tun. Dem Erleben von Stress folgt eine (körperlich messbare) Stressreaktion (sehr empfehlenswert hierzu ist das Buch von Gerald Hüther, *Die Biologie der Angst*, 16. Aufl. 2016; verständlich geschrieben für (nur) Interessierte und mit dem kleingedruckten neurobiologischen Hintergrund auch etwas für den vertiefter Suchenden. Eine Zusammenfassung z.B. zu der Entwicklung des Stressbegriffs findet sich dort etwa auf S. 28, und ganz neu zur Neurobiologie von Stress: Tobias Sommer und Matthias Gamer, in: *Praxis der Rechtspsychologie*, 28. Jg., Heft 1, Juli 2018, S. 97 ff.). Wichtig ist zu wissen und zu verstehen, dass die Reaktion auf einen Schrecken je nach Person unterschiedlich ausfällt und dementsprechend auch andere körperliche Reaktionen entfaltet. Hier liegt für die Strafjustiz ein tatsächliches Problem, das es ggf. notwendig macht, sich gutachterlicher Hilfe zu bedienen.

aa) „Traumatischer“ und „nicht traumatischer“ Stress

Renate Volbert hat in ihrem Buch *„Beurteilungen von Aussagen über Traumata“* (2004), S. 9 ff., zunächst differenziert zwischen „nicht traumatischem Stress“ (dies umfasst die Situationen, die von einigen Personen bereits als Bedrohung, von anderen noch als Herausforderung angesehen würden) und „traumatischem Stress“ (wenn es sich tatsächlich lebensbedrohlich anfühlt).

Diese Unterscheidung ist sinnvoll, aber in der Realität oftmals nicht derart objektiv und verallgemeinerbar zu treffen. Denn was eine Person als „noch nicht ganz“ oder „jetzt aber wirklich“ lebensbedrohlich empfindet (und was dann in der Folge zu entsprechenden körperlichen Reaktionen wie der Ausschüttung von bestimmten Hormonen usw. führt), ist individuell sehr unterschiedlich. Hier kann die Strafjustiz nicht auf „objektive Kriterien“ oder auf „nachvollziehbare Empfindungen eines vernünftigen Dritten“ zurückgreifen. Denn unserem – ja nun mal in weiten Teilen unbewusst arbeitenden – Gehirn nachträglich erklären zu wollen, dass dessen physiologische Reaktion „ja nun wirklich übertrieben“ gewesen sei, geht inhaltlich an der Sache vorbei. Vielmehr müssen wir unsere Erwartungen an das anpassen, was die Zeugen individuell, aber trotzdem tatsächlich erfahren haben, auch wenn dies sicherlich bei seelischen Schäden schwieriger ist als bei körperlichen.

Zum würdevollen Umgang in einem sachlich geführten Strafprozess gehört es m.E. nicht, dem Opfer zu erklären, es habe irrational viel Angst gehabt (mag man es später würdigen, wie man will). Denn die körperlichen Reaktionen sind in bestimmter Art und Weise nun mal eingetreten, nun müssen (oder sollten) alle an einem Verfahren beteiligten Personen eben mit diesen Voraussetzungen umgehen (können). Die verobjektivierte Qualifizierung von Stress als „traumatisch“ oder „nicht traumatisch“ durch den Vergleich, man selber hätte das bestimmt gut weggesteckt, ist daher möglicherweise für die tatsächlich Betroffenen schlicht unzutreffend.

Angst, Stress und
Wahrnehmung

Bedrohung oder
Lebensgefahr

Als „traumatischer Stress“ sollte also ein solches Erleben bezeichnet werden, bei dem die betroffene Person sich in einer akuten lebensgefährlichen Bedrohungssituation wahrnimmt (was in gewissem Umfang aber auch nicht völlig unabhängig von der Frage zu bestimmen ist, ob diese Sorge tatsächlich berechtigt gewesen war). Denn jedenfalls die körperlichen Reaktionen werden von dem Ausmaß der subjektiv empfundenen Gefahr initiiert und nicht von dem Umfang einer etwaigen tatsächlichen Gefährdungslage.

Sollte es aber zu völlig von der Realität abgekoppelten Angstreaktionen gekommen sein, wäre allerdings ggf. zu erwägen, ob diese Reaktionen eher im Bereich der Panikstörungen, bei Wahnerleben oder bei Komplextraumatisierungen zu verorten sein könnten; diese dürften allerdings dann gleichfalls erhebliche Auswirkungen auf die Wahrnehmung haben.

bb) Stress und Erinnerung

Aus der Gedächtnisforschung – die sich allerdings überwiegend mit dem Phänomen des Lernens beschäftigt – lässt sich (aus gutem Grunde stark verkürzt) festhalten, dass gewisser Stress bei der Speicherung und beim Abruf von Informationen hilfreich sein kann. Dies liegt daran, dass der Mensch in Gefahrensituationen (sofern er noch Zeit dazu hat) eine Orientierungsreaktion beginnt, bei der viele Eindrücke besonders schnell verarbeitet werden („Was geschieht hier?“, „Wo könnte ein Fluchtweg sein?“, „Wer ist Freund/Feind?“, „Was kommt oder droht als Nächstes?“), vgl. Hüther, a.a.O. S. 60 f. (leicht) und S. 61 f. (vertiefter).

Gleichzeitig ist bekannt, dass es bei einer überwältigend starken Stressreaktion zu einer schlechteren Abspeicherung und auch zu Blockaden beim Abruf von Informationen kommen kann (vergleichbar einem „Blackout“ bei einer Prüfung). Dazu: Vester, Frederik, Denken, Lernen, Vergessen. Was geht in unserem Kopf vor, was lernt das Gehirn und wann lässt es uns im Stich, 37. Aufl. 2016), S. 99 ff. (leicht) und S. 104 ff. (etwas vertiefter).

Weiterhin kann sich bei Stress, hier auch zu einem individuellen Zeitpunkt, der Fokus der betroffenen Person verschieben. Dies ist den Strafjuristen als das Phänomen des „Waffenfokus“ bekannt. Oder aber der Fokus der betroffenen Person „verschwindet“, weil sich die Person „in sich selbst zurückzieht“. Dies kann dann geschehen, wenn die Umstände für eine Person derart unverständlich und unfassbar werden, dass sie nicht mehr wahrgenommen, encodiert und damit im Zusammenhang abgespeichert werden können. Ein Beispiel ohne „Stress“: Sollte ich mir eine Buchseite eines auf Englisch geschriebenen Textes innerhalb einer gewissen Zeit merken müssen, hätte ich vielleicht eine Chance, aber bei arabischen oder kyrillischen Schriftzeichen wäre es mir schlicht nicht möglich, weil ich nichts mehr „erkenne“.

Die Unterschiede bei Stress und Wahrnehmung erklären, warum einige Opfer vor Gericht zum Teil sehr detaillierte Aussagen machen können, was wohl zu der These geführt hat, „Trauma werde in der Regel gut erinnert“. Denn die Personen, die sehr unzusammenhängend und lückenhaft berichten (können), sehen noch Polizei und später Therapeuten, es ist aber eher die Ausnahme, dass ein solcher Fall es in den Gerichtssaal und zu einer Begutachtung schafft.

Die Fähigkeit zur Wahrnehmung und Abspeicherung von Wahrnehmungsinhalten unterscheidet sich also, wenn man sich in akuter Lebensgefahr sieht, von der Kapazität, die das Gehirn in einer weniger bedrohlichen Situation aufbringen kann. Ob eine Person die Bedrohungssituation als lebensgefährlich ansieht oder als Herausforderung, ist wiederum eine Frage des Zusammenspiels zwischen Charakter

Eine Definition für
„traumatischen Stress“

Hilfreicher Stress

Schädlicher Stress

Veränderung des Fokus

und Vorerfahrungen, also individuell. Und schließlich entscheidet das Gehirn überwiegend unbewusst, was es gerade für besonders wichtig und bemerkenswert hält.

Sollten also Zeugen während der Tat unter traumatischem Stress gestanden haben, kann dies dazu führen, dass ihre Gedächtnisleistung in bislang noch nicht abschließend gekläarter Weise beeinträchtigt sein kann. Eine Zusammenfassung und Auswertung von aktuellen Forschungsergebnissen zu Erinnerung und Trauma findet sich bei Brewin, Chris R., *Erinnern und Vergessen*, S. 125 ff., in: *Handbuch sexualisierte Gewalt*, 1. Aufl. 2018.

Einige Aussagepsychologen erklären dann (aus ihrer Sicht folgerichtig), dass sie unter diesen Umständen – und beim Auftreten von Flashbacks und Erinnerungslücken – mit den ihnen zur Verfügung stehenden Methoden nicht mehr nachprüfen könnten, ob die Schilderung erlebnisbasiert sei. Dies würde – zu Ende gedacht – bedeuten, dass Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen immer dann kaum justiziabel wären, wenn das Opfer derart bedroht oder malträtiert worden war, dass es echten traumatischen Stress (also ein akutes überwältigendes Gefühl von Lebensbedrohung) erlebt hat. Dies sollte wohl eher nicht Stand der Erkenntnis sein (oder bleiben). Eine z.B. gutachterliche Auseinandersetzung mit den inzwischen durchaus verfügbaren – auch interdisziplinären – Forschungsergebnissen könnte und sollte dann die bisherigen Möglichkeiten der Aussagepsychologie erweitern (hier seien beispielhaft die Artikel „Accuracy of eyewitness identification is significantly associated with performance on standardized test of face recognition“ von Morgan III, Hazlett, Baranoski, Doran, Southwick, Loftus, in: *International Journal of Law and Psychiatry* [2007], und „Accuracy of eyewitness memory for persons encountered during exposure to highly intense stress“ von Morgan III, Hazlett, Doran, Garrett, Hoyt, Thomas et al., in: *International Journal of Law and Psychiatry* [2004] genannt, bei denen die Wiedererkennungslleistungen von Soldaten unter Stress untersucht worden waren).

Die in der Strafjustiz oft und gern diskutierten Fälle von „wiederentdeckten Erinnerungen“ sind häufig gar nicht das Problem bei einer „einfachen PtBS“. Hier ist zu differenzieren zwischen den psychischen Folgen einer Tat und den Folgen, die z.B. Gewalterfahrungen über Jahre hinweg haben können. Viele der besonders kritischen Fragen bei der Erinnerungsleistung fallen eher in den Bereich von Komplextraumatisierungen.

Eine gewisse Erinnerungsproblematik allerdings hat die Weltgesundheitsorganisation für die PtBS als „typisch“ angesehen und daher in den Kriterienkatalog der ICD 10 aufgenommen.

b) Die PtBS in Vernehmung und Strafzumessung

Eine Traumafolgestörung entsteht im Nachgang zu einer traumatischen Erfahrung, wenn die Belastung (subjektiv) so hoch war, dass nach Ablauf einer gewissen Zeit (bestimmte) Krankheitssymptome zu erkennen sind.

Wenn eine Traumafolgestörung vorliegt, kann dies in jedenfalls zwei Bereichen Beachtung verdienen:

aa) Die Vernehmung

Bei einer (zutreffend festgestellten) PtBS (die entweder bei Zeugen, aber auch bei Angeklagten vorliegen kann) ist es angebracht, bei der Vernehmung eine – der Krankheit angemessene – Befragungssituation herzustellen. Insbesondere hier gilt der Satz von Mohr, Schimpel und Schröder (Lehr- und Studienbriefe Kriminalistik/Kriminologie, Band 5, Die Beschuldigtenvernehmung): „Vernehmungsarbeit ist

Aussagepsychologie und
traumatischer Stress

(Kurz-)Definition
Traumafolgestörung

Beziehungsarbeit.“ Das bedeutet, dass nur in einer für die befragte Person erträglichen Vernehmungssituation mit Ergebnissen gerechnet werden kann.

Besondere Beachtung verdient auch ein sensibler Umgang mit Anzeichen von „Schuld und Scham“; Gefühlen, die oft einhergehen mit vorherigem „Ausgeliefertsein“ oder „Benutztwerden“.

bb) Die Strafzumessung

Wenn sich nach dem Ereignis bei einem Zeugen eine Traumafolgestörung entwickelt hat, kann dies Auswirkungen auf die Strafzumessung haben. Dies könnte leicht bejaht werden, wenn nach § 46 Abs. 2 StPO die „Art der Auswirkungen und die verschuldeten Auswirkungen der Tat“ einfach zuzurechnen wären.

Hier muss ggf. allerdings noch weiter differenziert werden:

Exkurs: Warum haben nicht alle Opfer einer schweren Straftat eine PtBS?

Zu den Krankheitssymptomen einer PtBS kommt es nur, wenn das Erlebte von der jeweiligen Person in der jeweiligen Situation und der Zeit danach nicht angemessen verarbeitet werden konnte. Die Frage allerdings, wie sehr und wie schnell eine Person belastende Umstände verarbeiten kann, hängt nun wieder von deren individueller Resilienz ab, einfach gesagt, von den positiven Widerstandskräften, die die jeweilige Person im Moment des Geschehens und danach zu aktivieren vermag. So fasst Jürgen Brunner in: Psychotherapie und Neurobiologie, 2017, S. 148, zusammen:

„Bei der posttraumatischen Belastungsstörung (PtBS) spielen sowohl beim subjektiven Erleben als auch bei der Verarbeitung des Traumas opferbezogene Merkmale eine wichtige Rolle. Zu diesen individuellen Faktoren zählen die neurobiologisch mitbedingte Vulnerabilität, der biografische Hintergrund, das subjektive Erleben der traumatischen Situation und die aktuelle Bewältigungskompetenz.“

Dies erklärt schon ein erstes Problem: Die Schwere des Ereignisses ist damit nicht allein entscheidend bei der Frage, ob sich eine sogenannte Traumafolgestörung entwickelt, sondern dieser (dann:) Krankheitsfall korreliert mit der individuellen Widerstandskraft der Betroffenen. Mit anderen Worten heißt dies, dass einige Menschen mehr aushalten können als andere. Was ergibt sich hieraus für den Strafprozess?

Die Auswirkungen auf die Person sind klar, nämlich: krank werden oder nicht. Wie aber bringt man die „Schuld des Täters“ und die „Auswirkungen der Tat“ beim Opfer zusammen, wenn die emotionale Konstitution des Opfers eine entscheidende Rolle dabei spielt, ob und ggf. welche Auswirkungen die Tat letztlich nach sich zieht? Mit anderen Worten: Ist ein Täter schwerer oder weniger schwer zu bestrafen, wenn er an ein sehr widerstandsfähiges Opfer geraten ist, das auch eine besonders üble Behandlung vergleichsweise gut „weggesteckt“ hat? Und was wäre im umgekehrten Fall?

Muss außerdem in entsprechenden Fällen nicht grundsätzlich im Vorfeld auch die Frage aufgeklärt werden, ob sich ein Täter bewusst ein besonders „schwaches“ oder ein bereits „angeschlagenes“ Opfer ausgesucht hat? Und darf man diese Auswahl dann (oder wäre dies dann doppelt?) bei der Zumessung berücksichtigen? Mit anderen Worten: Darf strafscharfend berücksichtigt werden, wenn ein Täter sich – in der Hoffnung, das Opfer werde sich nicht wehren und/oder keine (gute) Aussage machen (können) – eine bestimmte Person aussucht (1.), die im Anschluss an die Tat eine Traumafolgestörung (2.) entwickelt?

Resilienz

Die Resilienz und die „verschuldeten Auswirkungen der Tat“

2. Kann und sollte man das Entstehen einer PtBS zu verhindern versuchen (und mit welchen Mitteln)?

Aufgrund der rechtlichen Unsicherheiten, die mit einer Traumadiagnose für Zeugen einhergehen können (Stichwort Erinnerung), ist es bei einigen Nebenklagevertretern zum Standard geworden, ihren Mandanten und Mandantinnen von der Aufnahme einer Therapie abzuraten, da sonst eine Aussagekontamination durch suggestive therapeutische Interventionen nicht mehr ausgeschlossen werden könne (was angesichts der vielen Unklarheiten, die zur Zeit noch vorherrschen, sicherlich eine begründbare Ansicht ist).

Was aber, wenn sich in der Zeit zwischen dem Vorfall und dem Strafprozess die Symptome erheblich verschlimmern, weil keine der – in einer Therapie oft intensiv geübten – sogenannten Stabilisierungstechniken erlernt wurde? Sind die so entstehenden Folgen dem Täter „zurechenbar“? Und angesichts der Verfahrensdauer eines Strafverfahrens: Wie lange sollte ein Opfer zunächst zuwarten, ob die Tat nicht doch „folgenlos“ verarbeitet werden kann? Auch diesbezüglich sind noch viele Fragen offen, sowohl, welche Methoden ggf. als unbedenklich gelten könnten, als auch, wie erheblich die Gefahr suggestiver Einflussnahme tatsächlich (auf die Dauer gesehen) überhaupt ist. Obwohl es inzwischen immer mehr Traumatherapeuten gibt, die das Problem möglicher suggestiver Einflüsse kennen und entsprechend anders auftreten, als es vor vielen Jahren noch üblich war, ist die Unsicherheit in diesem Bereich auf beiden Seiten oft noch hoch.

3. Der traumatisierte Angeklagte

Sollte ein Angeklagter traumatisiert sein, gibt es ein weiteres Problem. Denn wie soll sich ein Verteidiger verhalten, wenn vom Gutachter der Hinweis kommt, eine Traumadiagnose zu stellen sei vielleicht gar nicht gut für den Angeklagten? Denn dies könne ihm ggf. in der Haft oder im Maßregelvollzug Schwierigkeiten bereiten, da es kaum entsprechend ausgebildetes Personal gebe und damit für ihn keine Therapie möglich sei. Dies könne dann aber später Auswirkungen auf Lockerungen usw. haben. Dann aber kommt man nicht mehr zu der spannenden (und wohl noch ungeklärten) Frage der Schuldhaflichkeit eines Handelns im Flashback. Angesichts möglicher Kriegstraumatisierter, mit denen vielleicht die Justiz zukünftig vermehrt zu tun haben könnte, sollte meiner Meinung nach sowohl die Möglichkeit adäquater Versorgung als auch die der Klärung weiterer „drohender“ Fragen allerdings zumindest schon einmal angedacht werden.

II. Fazit

Im Strafprozess haben wir es mit Stress, traumatischem Stress und mit Traumafolgestörungen längst zu tun. Trotzdem fehlt es zu oft an einer hinreichend differenzierten Wahrnehmung und Unterscheidung dieser Begriffe.

Im Umgang mit Zeugen, die traumatischem Stress ausgesetzt waren, sollte die Art und Weise der Befragung an die Bedürfnisse der Zeugen angepasst werden, was teilweise auch schon gut gelingt. Wie man mit inhaltlichen Wahrnehmungs- und Abrufschwierigkeiten bei traumatisierten Zeugen umgeht, ist derzeit allerdings noch unklar. Auch gibt es im Bereich der Strafzumessung noch einige offene Fragen, wenn es bei Zeugen zu einer Traumafolgestörung gekommen ist.

Probleme, die rechtlich und tatsächlich entstehen können, wenn wir es mit traumatisierten Angeklagten zu tun haben, sind bislang noch stiefmütterlich bedacht worden; hier ist noch viel Platz für neue Gedanken.

Gesundheit vs. Wahrheit?

Traumafolgestörungen im Vollzug und Schuldfähigkeit im Flashback

Verfahrensrecht

Durchsuchung von Wohnung und Geschäftsräumen

Ein Durchsuchungsbeschluss gestattet nicht auch die Durchsuchung der Wohnräume eines Beschuldigten, wenn als Durchsuchungsobjekte im Beschluss ausdrücklich nur seine Geschäftsräume mit Nebenräumen genannt werden, während die Wohnanschrift lediglich bei den zur Identifizierung des Beschuldigten dienenden Angaben zur Person erwähnt wird. (Leitsatz des Verfassers)

BVerfG, Beschl. v. 13.3.2018 – 2 BvR 2990/14

I. Sachverhalt

Gegen den Beschuldigten wurde bei der StA ein Ermittlungsverfahren wegen Betruges geführt. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft erließ das AG gem. §§ 102, 105 Abs. 1 StPO einen Durchsuchungsbeschluss, in dem „die Durchsuchung der Person, der Geschäftsräume mit Nebenräumen, Garagen und der Fahrzeuge des Beschuldigten B ...“ angeordnet wurde. Nach den Angaben zu Geburtsdatum und -ort und vor den Angaben zu Staatsangehörigkeit, Familienstand und Beruf des Beschwerdeführers sind folgende Adressen aufgeführt: „wohnhaft: M-Straße, ... (bei Fa. B ...), Nebenwohnung: A-Straße, ...“. Bei der Durchsuchung wurden zum einen Firmenräume und Keller sowie das Lager in der M-Straße durchsucht. Dort wurden u.a. Unterlagen sichergestellt. Zum anderen wurden etwa zur gleichen Uhrzeit auch die Wohnräume des Beschuldigten und von dessen Familie in der A-Straße in ... durchsucht. Der Beschuldigte hat Beschwerde gegen „gegen den Durchsuchungsbeschluss des AG München vom 2.5.2014 sowie die bereits erfolgte Beschlagnahme der Geschäftsunterlagen“ eingelegt mit dem Antrag, den Beschluss aufzuheben. Das LG hat die Beschwerde als unbegründet verworfen. Dagegen richtet sich die Verfassungsbeschwerde.

II. Entscheidung

Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Es führt aus:

Der Beschuldigte gehe zutreffend davon aus, dass der Durchsuchungsbeschluss des AG hinreichend bestimmt zwar eine Durchsuchung seiner Geschäftsräume, nicht aber seiner Wohnräume gestattete. In dem Beschluss werde das Durchsuchungsobjekt vor den Angaben zur Person des Beschuldigten bezeichnet: Neben seiner Person sei die Durchsuchung seiner Geschäftsräume mit Nebenräumen, seiner Garagen und seiner Fahrzeuge angeordnet worden. Im Umkehrschluss ergebe sich zugleich, dass sich die Durchsuchungsanordnung nicht auf Wohnräume erstrecke. Soweit die Anschriften der beiden Wohnungen des Beschuldigten in U. und B. im Rahmen der Angaben zu seiner Person genannt werden, diene dies erkennbar nicht der Bestimmung der zu durchsuchenden Objekte, sondern vielmehr bloß der Identifizierung des Beschwerdeführers. Eine Auslegung dahingehend, dass sich die Durchsuchung auch auf diese Wohnräume erstrecken solle, lasse der Wortlaut des Beschlusses nicht zu. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Ermittlungsrichterin tatsächlich auch hinsichtlich dieser Wohnräume die Durchsuchung anordnen wollte. Ein etwaiger diesbezüglicher Wille sei in der Formulierung der Durchsuchungsanordnung jedenfalls nicht mit hinreichender Bestimmtheit zum Ausdruck gebracht worden. Dass die Durchsuchung der ausdrücklich benannten Objekte erfolgen sollte, werde dadurch indes nicht in Frage gestellt.

Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen aufgrund des Durchsuchungsbeschlusses

Durchsuchungsbeschluss gestattete nicht Durchsuchung der Wohnung

Rechtsprechungsreport

Die von diesem Inhalt abweichende Auslegung des Durchsuchungsbeschlusses durch das LG, nach der sich die amtsgerichtliche Durchsuchungsanordnung auch auf die Wohnräume des Beschwerdeführers in U. und B. beziehen sollte, bedeute daher – so das BVerfG – eine nachträgliche Erweiterung der Durchsuchungsobjekte nach dem Vollzug des Durchsuchungsbeschlusses. Eine solche nachträgliche Erweiterung sei mit der Funktion des Richtervorbehalts in Art. 13 Abs. 2 GG, der eine vorbeugende Kontrolle der Durchsuchung durch eine unabhängige und neutrale Instanz gewährleisten sollte, nicht vereinbar. Sie verbiete schon, Mängel, die die Begrenzungsfunktion des Durchsuchungsbeschlusses betreffen, nachträglich zu heilen (vgl. BVerfG NStZ-RR 2005, 207; StRR 10/2016, 2 [Ls.]). Erst recht verbiete sie, eine mangelfreie Begrenzung der Durchsuchungsobjekte durch den amtsgerichtlichen Beschluss im Nachhinein dadurch zu entwerten, dass diesem ein aus Sicht eines objektiven Empfängers nicht erkennbarer, weitergehender Inhalt beigegeben werde.

III. Bedeutung für die Praxis

Die Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde begründet das BVerfG damit, dass deutlich abzusehen sei, dass die Beschwerde des Beschuldigten gegen den Durchsuchungsbeschluss auch im Falle einer Zurückverweisung an das LG im Ergebnis keinen Erfolg haben würde. Das ist zutreffend, denn: Rechtsschutzziel des Beschuldigten ist die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchsuchung seiner Wohnräume. Dieses Ziel kann er aber mit einer Beschwerde gem. § 304 Abs. 1 StPO gegen den Durchsuchungsbeschluss nicht erreichen. Der Einwand, die Durchsuchung sei in Bezug auf die Wohnräume ohne eine richterliche Anordnung und ohne das Vorliegen von Gefahr im Verzug rechtswidrig erfolgt, betrifft nämlich allein die Art und Weise der Durchsuchung. Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Auffassung in der Literatur muss der Betroffene, der sich gegen die Art und Weise der Durchsuchung wehren will, dies durch die Stellung eines Antrags entsprechend § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO beim AG tun (vgl. die Nachw. bei Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 7. Aufl. 2015, Rn 1538 ff.). Dies gilt jedenfalls dann, wenn die beanstandete Art und Weise des Vollzugs nicht in der richterlichen Durchsuchungsanordnung selbst geregelt ist oder dies zumindest zweifelhaft erscheint (vgl. BGHSt 45, 183, 187 m.w.N.). Der Beschuldigte hätte daher zunächst einen Antrag entsprechend § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO stellen und sodann gegen eine etwaige Zurückweisung dieses Antrags durch das AG Beschwerde einlegen müssen. Darauf muss man als Verteidiger in vergleichbaren Konstellationen achten. Allerdings: Ggf. kommt eine Umdeutung in Betracht. Dazu schweigt das BVerfG allerdings.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Münster/Augsburg

Terminsverlegung

Grundsätzlich hat ein Angeklagter das Recht, sich in einem Strafverfahren von einem Rechtsanwalt seines Vertrauens verteidigen zu lassen. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 StR 415/17

I. Sachverhalt

Der Angeklagte ist vom LG wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln verurteilt worden. Seine dagegen gerichtete Revision hatte mit der Verfahrensrüge Erfolg. Dieser lag folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: Die Hauptverhandlung fand am 27.4.2016, am 29.4.2016 sowie ab dem 13.5.2016 an vier weiteren

Erweiternde Auslegung
verletzt den Richtervorbehalt

Falscher Rechtsmittelweg,
daher Nichtannahme

Schwierige Terminierung

Tagen statt. Am ersten und zweiten Hauptverhandlungstag waren lediglich der Angeklagte und sein Pflichtverteidiger Rechtsanwalt B., nicht jedoch der Wahlverteidiger Rechtsanwalt P. anwesend. Rechtsanwalt B. war dem Angeklagten, der mit der Bestellung eines Pflichtverteidigers nicht einverstanden war, mit Beschluss des Vorsitzenden vom 21.3.2016 zur Verfahrenssicherung als Pflichtverteidiger neben dem Wahlverteidiger Rechtsanwalt P. beigeordnet worden. Der Festlegung der Hauptverhandlungstermine vorausgegangen war eine Anfrage des Vorsitzenden an die Verteidiger der insgesamt drei Angeklagten für eine Terminierung der Hauptverhandlung auf den 27.4.2016 und 29.4.2016 sowie im Zeitraum vom 11.5. bis 25.5.2016. Auf diese Terminanfrage hatte der Wahlverteidiger Rechtsanwalt P. mitgeteilt, dass er am 27.4.2016 und 29.4.2016 wegen anderweitiger – konkret bezeichneter – Termine verhindert sei, im Zeitraum vom 11.5. bis 25.5.2016 aber Termine wahrnehmen könne. Der Vorsitzende teilte sodann mit Schreiben an die Verfahrensbeteiligten vom 11.4.2016 mit, dass die Hauptverhandlung für den Fall der Anklagezulassung am 27.4.2016, 29.4.2016 sowie ab dem 13.5. bis zum 25.5.2016 an fünf weiteren, im einzelnen bezeichneten Terminen stattfinden werde, und bat um verbindliche Terminreservierungen. Gegen die Terminierung wandte sich der Wahlverteidiger sodann mit einem Schreiben vom 12.4.2016 und einem Verlegungsantrag vom 13.4.2016. Auf beide Schreiben reagierte die Strafkammer nicht.

Am ersten Hauptverhandlungstag übergab der Pflichtverteidiger Rechtsanwalt B. ein Schreiben von Rechtsanwalt P. vom 27.4.2016, in dem dieser unter Hinweis auf den zuvor geschilderten Sachverhalt eine Verletzung der Verteidigungsrechte seines Mandanten geltend machte und zudem mitteilte, der Angeklagte werde in seiner Abwesenheit nur Pflichtangaben machen. Das Gericht wies am dritten Hauptverhandlungstag im Zusammenhang mit einem Antrag von Rechtsanwalt P., den dieser unter Bezugnahme auf das zuvor genannte Schreiben begründet hatte, u.a. darauf hin, dass sich in der Akte ein „Terminverlegungsantrag vom 12.4.2016“ befinde. Dieser sei von der Geschäftsstelle nicht eigens vorgelegt und deshalb nicht formal verbeschieden worden; im Übrigen hätte eine Verlegung des Termins aufgrund der Terminlage der anderen Verfahrensbeteiligten und der Kammer nicht erfolgen können.

II. Entscheidung

Der BGH hat die Verfahrensweise der Kammer als eine Verletzung des Rechts des Angeklagten auf Verteidigung durch den gewählten Verteidiger aus Art. 6 Abs. 3 Buchst. c) MRK, § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO und als Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens angesehen. Grundsätzlich habe ein Angeklagter das Recht, sich in einem Strafverfahren von einem Rechtsanwalt seines Vertrauens verteidigen zu lassen. Daraus folge allerdings nicht, dass bei jeder Verhinderung des gewählten Verteidigers eine Hauptverhandlung gegen den Angeklagten nicht durchgeführt werden könnte (BGH NStZ 1998, 311, 312; 2007, 163, 164). Die Terminierung sei grundsätzlich Sache des Vorsitzenden und stehe in dessen pflichtgemäßem Ermessen (§ 213 StPO). Der Vorsitzende müsse sich jedoch ernsthaft bemühen, dem Recht des Angeklagten, sich von einem Rechtsanwalt seines Vertrauens verteidigen zu lassen, soweit wie möglich Geltung zu verschaffen und einem nachvollziehbaren Begehren dieses Verteidigers bezüglich der Terminierung im Rahmen der zeitlichen Möglichkeiten der Strafkammer und anderer Verfahrensbeteiligter sowie des Gebots der Verfahrensbeschleunigung Rechnung zu tragen (vgl. BGH NStZ 1987, 34 f.; NStZ-RR 2010, 312, 313; StV 1992, 52, 53). Ein derartiges Bemühen des Vorsitzenden sei vorliegend weder bei der Bestimmung der Hauptverhandlungstermine nach vorheriger Terminanfrage bei den Verfahrensbeteiligten noch hinsichtlich des nachfolgenden

Verletzung der Verteidigungsrechte des Angeklagten

Verletzung von Art. 6 Abs. 3 Buchst. c) MRK, § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO

Rechtsprechungsreport

Schreibens und des Verlegungsantrags des Wahlverteidigers, der erkennbar das Vertrauen des Angeklagten genoss, ersichtlich. Eine andere Terminierung sei vorliegend auch nicht von vornherein ausgeschlossen gewesen, da die Strafkammer mit der Hauptverhandlung am 13.5.2016 hätte beginnen können, die Verzögerung mithin zeitlich nicht erheblich ins Gewicht gefallen wäre.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Man hat lange nichts vom BGH zu Terminierungsfragen gehört, umso schöner, dass er sich dann mal wieder mit einer positiven Entscheidung meldet. Die Entscheidung ist zwar im Strafverfahren ergangen, es ist aber ein Beschluss, den sich sicherlich auch mancher Bußgeldrichter hinter die Ohren schreiben sollte. Denn wenn man die Diskussionen zu Terminverlegungen verfolgt, hat man den Eindruck, dass es diese dort in der Regel nicht gibt.

2. Zur Zulässigkeit der Verfahrensrüge folgender Hinweis: Der BGH hat die Rüge als zulässig erhoben angesehen. Bei der hier gegebenen Sachverhaltskonstellation habe es angesichts der Nichtbescheidung des Schreibens vom 12.4.2016 und des Übergehens des Terminverlegungsantrags vom 13.4.2016, zu dessen Vorlage und Verbleib die Strafkammer keine Erklärung abgegeben hat, keines (Aussetzungs-)Antrags in der Hauptverhandlung bedurft (vgl. BayObLGSt 1996, 94, 95; OLG Frankfurt StV 1998, 13, 14; Arnoldi, in: MüKo-StPO, § 213 Rn 18). Der BGH hat es deshalb dahinstehen lassen, ob in dem Schreiben des Wahlverteidigers vom 27.4.2016, in dem auf die Nichtbescheidung der zuvor genannten Schreiben hingewiesen wurde, nicht ein entsprechender Aussetzungsantrag gesehen werden müsste. Dieser Hinweis und die Ausführungen des BGH sollten den vorsichtigen Verteidiger allerdings veranlassen, einen Aussetzungsantrag zu stellen.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Münster/Augsburg

Hinweispflicht nach neuem/erweitertem Recht

Die Erweiterung des § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I, S. 3202) knüpft an die bisherige ständige Rechtsprechung an, weitergehende Hinweispflichten sind durch die Neuregelung nicht eingeführt worden. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 8.5.2018 – 5 StR 65/18

I. Sachverhalt

Das Landgericht hat den Angeklagten u.a. wegen schweren sexuellen Missbrauchs eines Kindes verurteilt. Ferner hat es Adhäsionsentscheidungen getroffen und die Einziehung eines Mobiltelefons sowie eines Laptops des Angeklagten angeordnet. Die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts gerügt hatte, hatte nur hinsichtlich der Einziehungsentscheidungen Erfolg.

Der Angeklagte hat mit der Verfahrensrüge eine Verletzung des neuen § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO geltend gemacht und zur Begründung vorgetragen, dass seine Unterrichtung darüber unterblieben sei, dass die Jugendschutzkammer nach Erhebung eines Entlastungsbeweises zu Abwesenheitszeiten der Mutter der Nebenklägerin lediglich von einer geringeren Anzahl an Taten, nicht aber von einer Erschütterung der Glaubwürdigkeit der Nebenklägerin ausgehen werde.

Gilt auch im Bußgeldverfahren

Zulässigkeit der Verfahrensrüge/Aussetzungsantrag

Verfahrensrüge: Verletzung von § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO

II. Entscheidung

Damit hatte er beim BGH keinen Erfolg. Durch die Erweiterung des § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I, S. 3202) habe der Gesetzgeber an die ständige Rechtsprechung angeknüpft, wonach eine Veränderung der Sachlage eine Hinweispflicht auslöst, wenn sie in ihrem Gewicht einer Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunkts gleichste (BT-Drucks 18/11277, S. 37 unter Hinweis auf BGH NStZ 2015, 233). Die durch den BGH hierzu entwickelten Grundsätze (vgl. MüKo-StPO/Norouzi, § 265 Rn 48 ff. m.w.N.) habe der Gesetzgeber kodifizieren, weitergehende Hinweispflichten hingegen nicht einführen wollen (vgl. SSW-StPO/Rosenau, 3. Aufl., § 265 Rn 31). Danach bestehen Hinweispflichten auf eine geänderte Sachlage bei einer wesentlichen Veränderung des Tatbildes beispielsweise betreffend die Tatzeit, den Tatort, das Tatobjekt, das Tatopfer, die Tatrichtung, eine Person des Beteiligten oder bei der Konkretisierung einer im Tatsächlichen ungenauen Fassung des Anklagesatzes (vgl. BGHSt 56, 121, 123 ff., BeckOK-StPO/Eschelbach, Stand 1.1.2018, § 265 Rn 36). Hingegen sind Hinweise etwa hinsichtlich der Bewertung von Indiztatsachen (vgl. Eschelbach, a.a.O., Rn 39 ff.) nach dem Willen des Gesetzgebers auch künftig nicht erforderlich. Ebenso wenig müsse das Gericht unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens vor der Urteilsberatung seine Beweiswürdigung offenlegen oder sich zum Inhalt und Ergebnis einzelner Beweiserhebungen erklären (vgl. BGHSt 43, 212, 215).

III. Bedeutung für die Praxis

1. Es handelt sich bei der Entscheidung um die – soweit ersichtlich – erste Entscheidung zum neuen § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO. Die Entscheidung entspricht der Intention und den Vorgaben des Gesetzgebers in den Gesetzesmaterialien zum neuen Recht (vgl. dazu a. Burhoff, StPO 2017, Rn 276 ff.).
2. Der BGH weist darauf hin, dass ein – protokollierungsbedürftiger – Hinweis gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO ferner nur gegeben werden muss, wenn er zur genügenden Verteidigung des Angeklagten erforderlich ist. Er ist dementsprechend entbehrlich, wenn die Änderung der Sachlage durch den Gang der Hauptverhandlung für die Verfahrensbeteiligten ohne Weiteres ersichtlich ist. Veränderungen der Sachlage hinsichtlich unwesentlicher Umstände, etwa solcher aus dem Randgeschehen, lösen die Hinweispflicht nicht aus.
3. Um dem Revisionsgericht die Prüfung eines Verstoßes gegen § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO zu ermöglichen, muss, auch darauf weist der BGH hin, der Revisionsführer gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO – wie schon bisher – zu allen genannten Voraussetzungen vollständig vortragen. Für die Prüfung der Erforderlichkeit des Hinweises ist namentlich darzulegen, ob der Revident durch den Gang der Hauptverhandlung über die Veränderung der Sachlage bereits zuverlässig unterrichtet war und ein ausdrücklicher Hinweis deshalb unterbleiben konnte (vgl. BGH, Beschl. v. 21.10.2015 – 4 StR 332/15, m.w.N.). Schließlich muss – wenn sich dies nicht von selbst versteht – ausgeführt werden, inwieweit der Hinweis für die genügende Verteidigung des Angeklagten erforderlich war. Denn nur unter dieser Voraussetzung besteht für das Gericht überhaupt die Rechtspflicht, einen Hinweis zu erteilen. Deshalb ist in ausreichender Weise vorzutragen, warum der Angeklagte durch das Unterlassen des Hinweises in seiner Verteidigung beschränkt war und wie er sein Verteidigungsverhalten nach erfolgtem Hinweis anders hätte einrichten können.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Münster/Augsburg

Keine Einführung neuer Hinweispflichten

Erste Entscheidung zum neuen Recht

Hinweispflicht nur bei wesentlichen Umständen

Erforderlicher Revisionsvortrag

Beschlagnahme von Verteidigerunterlagen

Eine von einem Verteidiger gefertigte Verteidigungsunterlage ist auch dann beschlagnahmefrei, wenn der Verteidiger den Gewahrsam an dem betreffenden Schriftstück versehentlich verloren hat. (Leitsatz des Gerichts)

LG Frankfurt am Main, Beschl. v. 9.11.2017 – 5/12 KLS 14/17

I. Sachverhalt

Gegen die Angeschuldigten wurde wegen des Verdachts des Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ermittelt. Einer der Verteidiger hatte bei der Rücksendung der Akten nach Akteneinsicht übersehen, dass dem Rücksendeschriftsatz ein Schriftstück beilag, bei dem es sich laut Auskunft des Verteidigers um handschriftliche Notizen handelte, die sich der Verteidiger während eines Gesprächs mit dem Mandanten gemacht hatte. Das Schriftstück war versehentlich beigelegt gewesen. In Kenntnis dieser Umstände beantragte die Staatsanwaltschaft die Beschlagnahme des Schriftstücks und berief sich dabei auf den Wortlaut des § 97 StPO. Der Ermittlungsrichter hat die Beschlagnahme des Schriftstücks angeordnet. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Verteidigers. Das LG hat sie, nachdem zwischenzeitlich Anklage erhoben worden ist, gemäß § 162 Abs. 3 StPO in einen Antrag auf neue Entscheidung durch das erkennende Gericht umgedeutet. Dieser hatte Erfolg.

II. Entscheidung

Das LG ist davon ausgegangen, dass die von einem Verteidiger gefertigte Verteidigungsunterlage dann beschlagnahmefrei ist, wenn der Verteidiger den Gewahrsam an dem betreffenden Schriftstück versehentlich verloren hat. Das folgt für das LG aus dem Zusammenspiel aus § 148 StPO i.V.m. den verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein faires Strafverfahren, die auf Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG bzw. Art. 6 Abs. 3 EMRK fußen. Zwar sei der Staatsanwaltschaft und dem AG zuzugestehen, dass sich ein Beschlagnahmeverbot nicht auf den Wortlaut des § 97 StPO stützen lasse. Der Wortlaut des § 97 Abs. 2 Satz 1 StPO scheine vielmehr für die Auffassung des AG zu streiten. In der Kommentarliteratur werde – jedenfalls außerhalb des Bereichs der Verteidigerunterlagen – daher vorherrschend auch die Auffassung vertreten, dass die Beschlagnahmefreiheit grundsätzlich auch dann ende, wenn der Berufsgeheimnisträger den Gewahrsam an den Unterlagen unfreiwillig verliere (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 97 Rn 13 m.w.N.). Ob § 97 StPO insoweit insgesamt für alle Berufsgeheimnisträger verfassungskonform zu reduzieren sei, wie dies in der Literatur vereinzelt verlangt werde (Nachweise bei Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O.), bedürfe vorliegend – so das LG – keiner Entscheidung. Jedenfalls für Verteidigungsunterlagen seien zusätzlich der später in Kraft getretene § 148 StPO und verfassungsrechtliche Grundsätze heranzuziehen (so auch Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 97 Rn 37 m.w.N.). Der verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 3 EMRK abgesicherte Grundsatz des fairen Verfahrens gebiete einen ungehinderten Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem zum Zwecke der Verteidigung. Der Verkehr zwischen dem Verteidiger und dem Beschuldigten gehöre zu den unabdingbaren Voraussetzungen der Verteidigung und ist grundsätzlich von jeder Behinderung und Erschwerung freizustellen. Mit Blick auf die Bedeutung dieses aus der Verfassung abgeleiteten Grundsatzes sei die Beschlagnahmefreiheit jedenfalls von Verteidigungsunterlagen in weit größerem Umfang anerkannt, als es dem Wortlaut des § 97 StPO entspricht. Von einer verbreiteten Litera-

Verteidigungsunterlage
versehentlich mit an die
StA geschickt

Beschlagnahmefrei auch bei
unfreiwilliger Aufgabe des
Gewahrsams

turmeinung werde deshalb ausdrücklich die Auffassung vertreten, dass das Gewahrsamerfordernis für Verteidigungsunterlagen keine Bedeutung habe (so ausdrücklich u.a. SSW-StPO/Eschelbach, 3. Aufl., § 97 Rn 21). Dem folgt das LG aus den genannten verfassungsrechtlichen Gründen.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Bislang ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass Verteidigungsunterlagen – im Widerspruch zum Wortlaut des § 97 StPO – auch dann beschlagnahmefrei sind, wenn sie sich auf dem Postweg befinden (BGH NJW 1990, 722; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 97 Rn 37). Ebenso ist anerkannt, dass Verteidigungsunterlagen auch dann beschlagnahmefrei sind, wenn sie sich nicht im Gewahrsam des Verteidigers, sondern im Gewahrsam des Beschuldigten befinden (BGH NJW 1973, 2035; 1982, 2508; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O.). Das gilt erweiternd auch – ebenfalls aus verfassungsrechtlichen Gründen – sogar für Unterlagen, die nicht vom Verteidiger angefertigt wurden, sondern die der Beschuldigte selbst zum Zwecke seiner Verteidigung angefertigt hat (BVerfG NJW 2002, 1410; BGHSt 44, 46; OLG München NStZ 2006, 300; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 97 Rn 37 m.w.N.). Die Begründung ist jeweils zutreffend, dass es der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Rechts des Beschuldigten auf ungehinderten Verkehr mit dem Verteidiger nicht gerecht würde, wenn der Beschuldigte die Sorge haben müsste, dass schriftliche Aufzeichnungen, die von seinen Angaben gegenüber dem Verteidiger gemacht werden, dann nicht mehr beschlagnahmefrei wären, wenn sie versehentlich aus dem Gewahrsam seines Verteidigers oder aus seinem eigenen Gewahrsam gelangen.

2. Für den Verteidiger und seine Mitarbeiter gilt allerdings trotz dieser beschuldigtenfreundlichen Rechtsprechung: Aufgepasst, was an die Ermittlungsbehörden zurückgesandt wird! Lieber einmal mehr schauen, dass nichts offengelegt wird, was Mandatsinterna enthält. Das spart nicht nur die Arbeit der Beschwerde gegen eine Beschlagnahme, sondern stellt auch sicher, dass die Ermittlungsbehörden keine Umstände erfahren, die für sie gar nicht gedacht waren. Zudem: Selbst wenn die Beschwerde – wie hier – Erfolg hat: Damit sind die an sich geschützten Umstände bekannt geworden und bleiben es auch mit sich ggf. daraus für den Beschuldigten ergebenden nachteiligen Folgen.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Münster/Augsburg

Gefahr im Verzug bei Durchsuchung und Anordnung einer Blutentnahme?

1. Gefahr in Verzug für die Anordnung einer Wohnungsdurchsuchung liegt vor, wenn Polizeibeamten in nicht vorhersehbarer Weise mit einer neuen Verdachtssituation konfrontiert werden und die Beweismittelvernichtung bereits begonnen hat.

2. Demgegenüber ist die Annahme von Gefahr in Verzug für die Anordnung einer Blutentnahme nicht gerechtfertigt, wenn der 10-minütige Versuch, einen Ermittlungsrichter zu erreichen, erst mehrere Stunden nach der Festnahme erfolgt. (Leitsätze des Gerichts)

LG Limburg, Beschl. v. 9.4.2018 – 1 Qs 21/18 u. 1 Qs 38/18 u. 1 Qs 39/18

Beschlagnahmefreiheit bei
Verteidigungsunterlagen

Rücksendungen
sorgfältig prüfen

I. Sachverhalt

Am 16.1.2018 gegen 11.20 Uhr suchten POK P. und zwei weitere Polizeibeamte die Wohnanschrift des Beschuldigten auf. Hintergrund war eine Ordnungswidrigkeit in anderer Sache. Als sich die Beamten auf das Wohnhaus zubewegten, wurden aus einem Fenster im Dachgeschoss zwei Tüten in den Garten geworfen. Da die Beamten nach deren Durchsicht Amphetamin und Marihuana zu erkennen glaubten, forderte POK P. über Funk Verstärkung an. Noch vor einem Läuten traten der Beschuldigte und zwei männliche Personen aus dem Wohnhaus heraus.

POK P. eröffnete ihnen die vorläufige Festnahme unter Hinweis auf die aufgefundenen Drogen und ordnete die sofortige Durchsuchung des Hauses wegen Gefahr im Verzug an. Der Beschuldigte und seine männlichen Begleiter wurden unter Gegenwehr gefesselt und in den Streifenwagen verbracht. Nachdem um 11.50 Uhr die angeforderte Unterstützung eingetroffen war, wurde der Beschuldigte zur Abklärung der Wohnverhältnisse in den 1. Stock des Wohnhauses geführt, in dem sich noch eine männliche Person befand. Im Zuge dessen kam es u.a. zu einer tätlichen Auseinandersetzung zwischen dem Beschuldigten und einem Beamten. Die Durchsuchung endete gegen 12.45 Uhr. Der Beschuldigte wurde im Anschluss auf die Polizeidienststelle verbracht und in der Zeit von 14.30 Uhr bis 14.40 Uhr vernommen. Um 15.40 Uhr wurde die StA zwecks Vorführung des Beschuldigten und Anordnung einer Blutentnahme im Zusammenhang mit dem Vorwurf des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte kontaktiert.

Die zuständige Dezerntin der Staatsanwaltschaft teilte der Polizeidienststelle um 16.20 Uhr mit, sie werde eine Anordnung der Blutentnahme bei dem zuständigen Ermittlungsrichter beantragen. Um 16.30 Uhr ordnete sie selbst die sodann von einem Arzt durchgeführte Blutentnahme an, nachdem sie den Ermittlungsrichter nicht erreicht hatte. Das AG hat die Anordnungen der Durchsuchung und der Blutentnahme als rechtmäßig bestätigt (§ 98 Abs. 2 StPO analog). Das Rechtsmittel des Beschuldigten hatte teilweise Erfolg.

II. Entscheidung

Das LG hat die Durchsuchung der Wohnung des Beschuldigten als rechtmäßig angesehen. Zum Zeitpunkt der Anordnung habe gegenüber dem Beschuldigten aufgrund des beobachteten Wurfs von zwei Tüten aus dem Fenster des Wohnhauses jedenfalls der Anfangsverdacht, Betäubungsmittel in nicht geringer Menge zum Zwecke des gewinnbringenden Weiterverkaufs zu besitzen, bestanden. Ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt liege nicht vor. Der Polizeibeamte sei zutreffend von Gefahr im Verzug ausgegangen. Denn die vorherige Einholung einer richterlichen Anordnung hätte den Erfolg der Durchsuchung gefährden können. Für die Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung rechtzeitig erreichen können, komme es auf den Zeitpunkt an, zu dem die Staatsanwaltschaft oder ihre Hilfsbeamten die Durchsuchung für erforderlich hielten (vgl. BGHSt 51, 285, 288 f. = StRR 2007, 145). Hier sei das der Zeitpunkt, nachdem die Polizeibeamten mit dem Inhalt der aus dem Fenster geworfenen Päckchen konfrontiert wurden und sich der Sachverhalt für sie von einer Ordnungswidrigkeit wegen unangemeldeter Kraftfahrzeuge in nicht vorhersehbarer Weise zu einem Verstoß gegen das Betäubungsmittelgesetz wandelte (vgl. BGH, Urt. v. 17.1.2018 – 2 StR 180/17, StRR 5/2018, 12). Dabei habe der Wurf der Tüten aus dem Fenster bereits als Beginn der Beweismittelvernichtung gewertet werden dürfen. Hinzu sei gekommen, dass der Beschuldigte und weitere Verdächtige unmittelbar darauf das Haus verließen, ohne dass die Beamten dies veranlasst und damit selbst die Umstände drohender Beweismittelvernichtung

BtM werden aus dem Fenster
geworfen

Anordnung einer
Durchsuchung

Anordnung der Blutentnahme

Durchsuchung der Wohnung

herbeigeführt hätten. Insoweit unterscheidet sich die vorliegende Ausgangslage grundlegend von derjenigen in OLG Düsseldorf StRR 10/2016, 10, in welcher die Polizeibeamten durch Klopfen auf sich aufmerksam machten und erst deshalb Gefahr im Verzug annahmen. Der Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnung steht nicht entgegen, dass mit deren Vollzug erst um 11.50 Uhr begonnen und bis dahin keine Kontaktversuche zu dem zuständigen Ermittlungsrichter unternommen wurden. Im Zeitpunkt der Anordnung selbst, unmittelbar nach dem Auftreten des Beschuldigten vor der Haustür, bestand für POK P. die Notwendigkeit sofortigen Handelns. Allein der Umstand, dass zuvor noch Verstärkung zur Eigensicherung angefordert werden konnte, lässt den engen zeitlichen Zusammenhang der Geschehnisse nicht entfallen.

Demgegenüber verstieß die Anordnung der Blutentnahme durch die Staatsanwaltschaft am Nachmittag des 16.1.2018 gegen den Richtervorbehalt nach § 81a Abs. 2 Satz 1 StPO. Die Annahme von Gefahr im Verzug halte der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Beschuldigte sei um 12.45 Uhr auf die Polizeistation verbracht und bis 14.40 Uhr vernommen worden. Erst um 15.45 Uhr habe man Kontakt zur Staatsanwaltschaft gesucht. Diese habe zwar den Versuch, eine richterliche Anordnung zu der Blutentnahme zu erhalten, unternommen. Die Umstände, auf die sie die Vorwürfe gegen den Beschuldigten stützen und die die Blutentnahme rechtfertigen sollten, seien aber spätestens seit der Vernehmung des Beschuldigten bekannt gewesen. Wenn dennoch mit der Kontaktaufnahme zur Staatsanwaltschaft weiter zugewartet und sodann nur für einen Zeitraum von zehn Minuten versucht worden sei, den Ermittlungsrichter zu erreichen, sei die Annahme von Gefahr im Verzug nicht mehr gerechtfertigt. Denn bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen für Gefahr im Verzug vorliegen, stehe es nicht im Belieben der Strafverfolgungsbehörden, wann sie eine Antragstellung in Erwägung ziehen. Sie dürfen nicht so lange mit dem Antrag an den Ermittlungsrichter warten, bis eine Eilbedürftigkeit tatsächlich eingetreten ist (vgl. BVerfG NJW 2003, 2303 m.w.N.; BGH, a.a.O.).

III. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung ist, was die Anordnung der Blutentnahme angeht (§ 81a Abs. 2 Satz 1 StPO), zutreffend. Hinsichtlich der Durchsuchung kann man m.E. Zweifel anmelden. Denn mir erschließt sich nicht, warum man die Zeit zwischen dem Eintreffen an der Wohnung des Beschuldigten und dem Beginn der Durchsuchung um 11.50 Uhr nicht genutzt hat, um doch noch eine richterliche Anordnung der Durchsuchungsmaßnahme – ggf. auch mündlich – zu erlangen. Denn wenn man das Eintreffen der Verstärkung abwarten konnte, dann konnte man auch den Versuch der Kontaktaufnahme zum Ermittlungsrichter unternehmen. Das lässt m.E. entgegen der Ansicht des LG den „zeitlichen Zusammenhang“ entfallen. So eilig war es dann mit der Durchsuchung wohl doch nicht.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Münster/Augsburg

StGB/Nebengebiete

Irrtum über Arbeitgeberstellung

1. Sofern das Tatgericht den Angeklagten, dem der Vorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt und der Hinterziehung von Lohnsteuer gemacht wird, freispricht, weil nicht auszuschließen sei, dass er im Hinblick auf seine Stellung als Arbeitgeber ohne Unrechtseinsicht gehandelt habe, muss es Feststellungen treffen, die für dessen Arbeitge-

Anordnung der Blutentnahme
rechtswidrig

Blutentnahme ok,
Durchsuchung zweifelhaft

Rechtsprechungsreport

berstellung sprechen und aus denen sich Rückschlüsse auf sein Vorstellungsbild ergeben können.

2. Allein dass sich der Angeklagte eines Steuerberaters bzw. Rechtsanwalts bediente, lasse sein Unrechtsbewusstsein nicht entfallen, wenn nicht geklärt ist, welche Auskunft ihm dieser hinsichtlich seiner Arbeitgeberstellung gegeben hat.

3. Nach der bisherigen Rspr. des BGH ist die Frage des Inhalts des Vorsatzes hinsichtlich der Arbeitgeberbereiungenschaft beim Tatbestand des § 266a StGB und desjenigen nach § 41a EStG i.V.m. § 370 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AO unterschiedlich zu beantworten.

4. Im Hinblick auf § 266a StGB ist lediglich erforderlich, dass der Vorsatz die statusbegründenden tatsächlichen Voraussetzungen als Arbeitgeber und die die sozialversicherungsrechtlichen Pflichten begründenden tatsächlichen Umstände umfasst. Hinsichtlich § 370 AO ist erforderlich, dass der Täter den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennt oder zumindest für möglich hält und ihn auch verkürzen will, so dass hier ein Irrtum über die Arbeitgeberstellung und die daraus folgende Steuerpflicht ein Tatbestandsirrtum ist.

5. Der BGH erwägt, zukünftig auch Fehlvorstellungen über die Arbeitgeberstellung und die daraus folgenden Abführungspflichten im Hinblick auf § 266a StGB insgesamt als Tatbestandsirrtum zu behandeln. (Leitsätze des Verfassers)

BGH, Urt. v. 24.1.2018 – 1 StR 331/17

I. Sachverhalt

Der Angeklagte, ein seit ca. 15 bis 20 Jahren im Baugewerbe in Deutschland tätiger polnischer Staatsbürger, war von der Vorinstanz vom Vorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt sowie der Hinterziehung von Lohnsteuer in jeweils 32 Fällen freigesprochen worden. Hintergrund des Vorwurfs war, dass er in den Monaten September 2004 und März 2005 bis September 2007 die bei ihm beschäftigten polnischen Arbeitnehmer weder bei der Einzugsstelle angemeldet noch Sozialversicherungsbeträge und Lohnsteuer für diese abgeführt bzw. angemeldet hatte.

Seit der Aufnahme seiner beruflichen Tätigkeit in Deutschland ließ sich der Angeklagte von einem Steuerberater und Rechtsanwalt (K.) beraten, der ihn bei der Handwerkskammer anmeldete, seine Gewerbeanmeldung sowie Steuererklärungen übernahm und für ihn Rechnungsformulare entwarf.

Insofern stützte die Vorinstanz den Freispruch darauf, dass nicht auszuschließen sei, dass der Angeklagte, der zu den Tatvorwürfen schwieg, den Eindruck gehabt hätte, dass K. alle erforderlichen Schritte erledigt habe und er deshalb hinsichtlich seiner Arbeitgeberstellung ohne Unrechtseinsicht gehandelt habe, d.h. ein unvermeidbarer Verbotsirrtum bei ihm vorliege.

II. Entscheidung

Die Beweiswürdigung der Vorinstanz begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken, denn allein die Beratung durch K., der von der Rechtmäßigkeit der Aufnahme

Beschäftigung polnischer Arbeitnehmer

Freispruch

Beweiswürdigung fehlerhaft

einer selbstständigen Tätigkeit durch den Angeklagten überzeugt war, lässt keine Rückschlüsse hinsichtlich eines Verbotsirrtums nach § 17 StGB bezüglich dessen Arbeitgeberstellung zu. Es wären insbesondere in diesem Zusammenhang das Stundenbuch des Angeklagten, seine Rechnungen, der Umstand, dass die für ihn tätigen Personen an seiner Geschäftsadresse gemeldet waren, keine eigene Kontoverbindung besaßen und kaum Deutsch sprachen sowie auf deren Rechnungen die Kontoverbindung des Angeklagten auftauchte, in die Beweiserhebung aufzunehmen bzw. zu würdigen gewesen.

Weiter weist der BGH darauf hin, dass im Hinblick auf § 266a StGB lediglich erforderlich sei, dass der Vorsatz die statusbegründenden tatsächlichen Voraussetzungen als Arbeitgeber und die die sozialversicherungsrechtlichen Pflichten begründenden tatsächlichen Umstände umfasst. Fehlt dieser Vorsatz, liegt ein Tatbestandsirrtum vor. Nicht vom Vorsatz muss hingegen die rechtliche Einordnung und die eigene Verpflichtung zur Beitragsabführung umfasst sein, Letzteres ist dann im Zuge des Verbotsirrtums zu würdigen.

Hinsichtlich § 370 AO ist nur erforderlich, dass der Angeklagte den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennt oder zumindest für möglich hält und ihn auch verkürzen will, so dass ein Irrtum über die Arbeitgeberstellung und die daraus folgende Steuerpflicht ein Tatbestandsirrtum ist.

Der BGH erwägt aber, zukünftig Irrtümer hinsichtlich der Arbeitgeberstellung einheitlich bei § 266a StGB und § 370 AO als Tatbestandsirrtum zu behandeln.

III. Bedeutung für die Praxis

Für die Beantwortung der Frage, ob ein lohnsteuer- und sozialversicherungsrechtliches Arbeitsverhältnis vorliegt, wonach sich die Strafbarkeit gem. § 370 AO, § 266a StGB bestimmt, sind die tatsächlichen Gegebenheiten maßgeblich (BGH, Beschl. v. 5.6.2013 – 1 StR 626/12, NZWiSt 2014, 238 mit Anm. Gehm). Bei der Hinterziehung von Lohnsteuer wird ein Irrtum über die Arbeitgeberbereiensehaft und somit ein Irrtum hinsichtlich der sich daraus ergebenden grundsätzlichen Steuerpflicht nach § 16 StGB und ein lediglich die steuerliche Subsumption betreffender Irrtum über die konkrete lohnsteuerliche Anmelde- und Abführungspflicht nach § 17 StGB behandelt (Gehm, Kompendium Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2017, S. 87; BGH, Beschl. v. 7.10.2009 – 1 StR 478/09, wistra 2010, 29). Zu begrüßen ist, dass der BGH hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes hier eine Vereinheitlichung bei den Tatbeständen des § 266a StGB und § 370 AO anstrebt, da in der Praxis beide Straftatbestände bei solchen Konstellationen regelmäßig gemeinschaftlich verwirklicht werden. Weiter macht der BGH deutlich, dass allein die Beauftragung eines Steuerberaters bzw. Rechtsanwalts nicht zur strafrechtlichen Freizeichnung führt.

Dr. Matthias Gehm, Limburgerhof

Erforderlichkeit und Gebotenheit der Notwehr/Nothilfe bei Messereinsatz

1. Der Angegriffene oder Nothilfe Leistende, der sich einem ebenfalls mit einem Messer bewaffneten Angreifer gegenüber sieht, ist regelmäßig nicht verpflichtet, den zur Verteidigung erforderlichen Messereinsatz vorher anzudrohen.

Vorsatz

In Zukunft:
Tatbestandsirrtum

Tatsächliche Gegebenheiten
maßgeblich

2. Eine dem Angegriffenen bekannte generelle Aggressivität des Tatopfers führt nicht zu einer Einschränkung des Notwehr-/Nothilferechts. (Leitsätze des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 7.12.2017 – 2 StR 252/17

I. Sachverhalt

Der Nebenkläger hatte einem Freund des Angeklagten gestattet, in einer Wohnung eine Marihuanaplantage zu betreiben. Nachdem es wegen der hohen Stromkosten zu Meinungsverschiedenheiten gekommen war, setzte der aggressiv auftretende Nebenkläger bei einem Treffen den umgehenden Abbau der Plantage durch, wobei er seine Forderung durch Drohung mit einem Knüppel unterstrich. Neben dem Abbau der Plantage wurden weitere, jedoch nicht näher bekannt gewordene Vereinbarungen zur Zahlung einer Kaution für die Stromkosten o.Ä. getroffen. Als der Angeklagte und sechs weitere Personen bei der Plantage erschienen, war der Nebenkläger nicht anwesend, wurde aber vom Zeugen A. über das Erscheinen der übrigen Personen informiert. Dort angekommen traf er auf den Angeklagten, der gerade mit dem Verladen von Pflanzen beschäftigt war. Der Nebenkläger lief mit einem Teppichmesser in der Hand auf einen der Helfer, den Zeugen S., zu, wobei er schrie, er werde alle umbringen, und einen Stich in Richtung des S. ausführte, dem dieser nur knapp ausweichen konnte und daraufhin zu Boden stürzte. Der Nebenkläger drohte lautstark weiter damit, alle umzubringen. Der Angeklagte, der wahrgenommen hatte, dass der Nebenkläger den Zeugen S. mit dem Messer nur knapp verfehlt hatte, nahm diese Drohung ernst und geriet in Todesangst. Der Nebenkläger lief nunmehr mit dem Messer in der Hand auf den Angeklagten zu; dieser floh zwischen zwei Autos und zog das von ihm mitgeführte Messer aus der Hosentasche. Der Nebenkläger wandte sich – durch den Zeugen S. abgelenkt, der sich inzwischen vom Boden erhoben hatte – zu S. um; in diesem Moment stach der Angeklagte dem Nebenkläger das Messer mit Wucht in den oberen Rücken, um den Angriff auf S. zu beenden. Der Nebenkläger hielt kurz inne, ließ das Teppichmesser fallen, floh in das Innere des Gebäudes und suchte dort Hilfe, während der Angeklagte mit seinen Begleitern den Tatort verließ. Das LG verneinte eine Rechtfertigung durch Nothilfe und verurteilte den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren. Die Revision des Angeklagten war erfolgreich.

II. Entscheidung

Der BGH erachtete die Überlegungen, mit denen das LG eine Rechtfertigung des Angeklagten durch Nothilfe abgelehnt hat, als nicht tragfähig.

Der BGH führte aus, die Erforderlichkeit einer Verteidigungshandlung könne nur unter Berücksichtigung aller Umstände der objektiven Kampflage bestimmt werden, dabei komme es maßgeblich auf den konkreten Ablauf von Angriff und Abwehr, auf die Stärke und Gefährlichkeit des Angreifers und auf die Verteidigungsmöglichkeiten des Angegriffenen bzw. Nothilfe Leistenden an (BGH NStZ-RR 2017, 271; NStZ 2017, 276; BGHR StGB § 32 Abs. 2 Angriff 2). Auf weniger gefährliche Verteidigungsmittel müsse nur zurückgegriffen werden, wenn deren Abwehrwirkung unter den gegebenen Umständen unzweifelhaft ist und genügend Zeit zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht (BGH NStZ 2012, 272, 274). Auch der sofortige, das Leben des Angreifers gefährdende Einsatz eines Messers könne durch Notwehr gerechtfertigt sein. Die Verpflichtung, den Gebrauch eines Messers vorher anzudrohen, bestehe grundsätzlich nur gegenüber einem unbewaffneten Angreifer.

Messereinsatz auf
Marihuanaplantage

Objektive Kampflage

Der BGH führte einschränkend aus, eine Verteidigung sei nicht geboten, wenn von dem Angegriffenen aus Rechtsgründen die Hinnahme der Rechtsgutsverletzung oder eine eingeschränkte und risikoreichere Verteidigung zu fordern sei (BGH NStZ-RR 2016, 272, 273; Fischer, StGB, 65. Aufl., § 32 Rn 36). Der Angegriffene müsse sich daher insbesondere bei der Wahl eines lebensgefährlichen Verteidigungsmittels besondere Zurückhaltung auferlegen, wenn er die Auseinandersetzung schuldhaft provoziert habe (Notwehrprovokation), der Angegriffene dürfe in einer solchen Situation nicht bedenkenlos von seinem Notwehrrecht Gebrauch machen und sofort ein lebensgefährliches Mittel einsetzen (BGH NStZ 2016, 84, 85; NStZ-RR 2015, 303, 304).

Der BGH sah die Annahme des LG, dass es an der Erforderlichkeit der Verteidigung fehlte, als nicht tragfähig belegt an.

Der Angeklagte sei zu einer Androhung des Messereinsatzes gegenüber dem seinerseits bewaffneten Nebenkläger nicht verpflichtet gewesen, auch die Annahme, dass der Angeklagte von Rechts wegen zu einem Messereinsatz gegen eine weniger sensible Körperregion des Angreifers verpflichtet gewesen wäre, sei nicht tragfähig belegt. Insoweit fehle es an Ausführungen, die diese Annahme unter Einbeziehung der konkreten Tatsituation sowie der Gemütsverfassung des Angeklagten, der Todesangst verspürte, trügen.

Soweit das LG im Übrigen eine Einschränkung des Notwehr- bzw. Nothilferechts erwogen habe, weil der Angeklagte angesichts des aggressiven Verhaltens des Nebenklägers am Vorabend mit einem Angriff habe rechnen müssen, bleibe unklar, inwiefern diese Erwägung eine Einschränkung des Notwehrrechts tragen könnte. Die bloße Neigung des Angreifers zu aggressivem Verhalten sowie die Kenntnis des Angegriffenen hiervon vermögen eine Einschränkung des Notwehrrechts nicht zu begründen.

Soweit das LG eine mögliche Einschränkung des Notwehrrechts wegen einer Zuwiderhandlung gegen die getroffene Absprache als mögliche Tatprovokation in den Raum gestellt habe, erschließe sich nicht, worin das LG eine solche Zuwiderhandlung erblicke, weil nähere Feststellungen zum Inhalt der getroffenen Abreden fehlten. Auch der Grund für den überstürzten Aufbruch des Nebenklägers von seiner Arbeitsstelle sei offengeblieben. Möglicherweise habe den Nebenkläger gestört, dass entweder die Anwesenheit weiterer Personen oder der vollständige Abbau der Plantage gegen die Absprache verstoßen haben könnte, jedoch fehle es auch hierzu an näheren Feststellungen, ob diese Sorge des Nebenklägers berechtigt gewesen sei. Damit sei eine mögliche Einschränkung des Notwehrrechts durch ein schuldhaftes Vorverhalten des Angeklagten nicht tragfähig belegt.

III. Bedeutung für die Praxis

Wie so oft in Notwehr-/Nothilfefällen fühlt sich der Leser hier an Beispielsfälle aus dem Grundkurs Strafrecht – Allgemeiner Teil erinnert, so lehrbuchmäßig mutet der Sachverhalt an. Im vorliegenden Fall lag der Prüfungsschwerpunkt auf der Frage der Erforderlichkeit der Verteidigung, bei der die Rechtsprechung dem Angeklagten einen sehr weiten Spielraum für mögliche Verteidigungsalternativen zugesteht, der im nächsten Schritt unter dem Gesichtspunkt der Gebotenheit wiederum Einschränkungen erfährt (vgl. hierzu instruktiv Lorenz, Rechtsprechungsübersicht zur Notwehr – Elfmeter für die Verteidigung, StRR 3/2018, 5 ff.). Der BGH zieht für die Frage der Erforderlichkeit den prägnanten Begriff der „objektiven Kampfplage“ heran und kommt richtigerweise zu dem Ergebnis, dass der – hochgefährliche – Einsatz des Messers erforderlich gewesen sei, da der Nebenkläger ebenfalls mit einem Messer

Verteidigung geboten?
Mögliche Einschränkungen

Vorherige Androhung
erforderlich?

Kenntnis von der Aggressivität
des Angreifers gleichgültig

Mangelnde Feststellungen
zu einer denkbaren
Tatprovokation

Rechtsprechungsreport

bereits den Zeugen S. angegriffen hatte und nunmehr den Angeklagten verfolgte und mildere und gleich wirksame Mittel nicht zur Verfügung gestanden hätten. Getreu dem Grundsatz, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen brauche, stellt der BGH klar, dass eine Einschränkung des Notwehr-/Nothilferechts aufgrund der dem Angeklagten bekannten Aggressivität des Nebenklägers keinesfalls in Frage komme. Hinsichtlich der möglichen Einschränkung des Nothilferechts wegen vorangegangener Tatprovokation bemängelt der BGH fehlende Feststellungen, aus der Begründung lässt sich aber herauslesen, dass der BGH eine solche als eher fernliegend erachtet.

RA Christian Lorenz, Berlin

Ordnungswidrigkeitenrecht

OLG Bamberg contra VerfGH Saarland: Akteneinsicht, rechtliches Gehör und faires Verfahren

1. Die Ablehnung eines Antrags des Betroffenen auf Beiziehung, Einsichtnahme oder Überlassung digitaler Messdateien oder weiterer nicht zu den Akten gelangter Messunterlagen verletzt weder das rechtliche Gehör noch das Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren. Es handelt sich um einen Beweisermittlungsantrag, über den der Tatrichter unter Aufklärungsgesichtspunkten (§ 244 Abs. 2 StPO) zu befinden hat (Festhalten u.a. an OLG Bamberg DAR 2016, 337 = StRR 8/2016, 16 = VRR 7/2016,19 [Deutscher]; StraFo 2016, 461 = StRR 10/2016, 18 = VRR 10/2016,15 [Deutscher]; DAR 2017, 715; NZV 2018, 80 = StRR 11/2017, 19 = VRR 11/2017,14 [Deutscher]; entgegen VerfGH Saarbrücken NZV 2018, 275 m. Anm. Krenberger = StRR 6/2018, 22 = VRR 6/2018, 15 [Deutscher]).

2. Die Annahme, den Betroffenen eines Bußgeldverfahrens treffe eine „Darlegungs- und Beibringungslast“ in Bezug auf die geltend gemachte Unrichtigkeit des im Rahmen eines standardisierten Messverfahrens erzielten Messergebnisses, ist mit dem geltenden Recht nicht vereinbar. (Leitsätze des Gerichts)

OLG Bamberg, Beschl. v. 13.6.2018 – 3 Ss OWi 626/18

I. Sachverhalt

Das AG hat den Betroffenen wegen eines mittels des Messgeräts PoliScan Speed gemessenen fahrlässigen Geschwindigkeitsverstoßes verurteilt. Seine Rechtsbeschwerde blieb ohne Erfolg.

II. Entscheidung

Anlass zur ergänzenden Erörterung gebe dem Senat die Rüge der Verletzung des Grundsatzes auf rechtliches Gehör und auf Gewährleistung eines fairen Verfahrens, weil das AG dem Antrag auf Beiziehung der digitalen Messdatei nicht nachgekommen sei. Diese Beanstandung dringe nicht durch. Es entspreche gefestigter Rspr. des Senats (o. Leitsatz 1), der sich mittlerweile eine Reihe anderer OLG – teilweise sogar unter ausdrücklicher Aufgabe ihrer bisherigen entgegengesetzten Rspr. – angeschlossen haben (OLG Oldenburg zfs 2017, 469 = VRR 6/2017, 20 [Bäumer]; OLG Hamm VRR 8/2017, 18 [Deutscher]; OLG Saarbrücken StRR 1/2018, 20 = VRR 1/2018,16 [Deutscher]; OLG Zweibrücken NStZ-RR 2018, 156 = zfs 2018, 349), dass die Nichtüberlassung von Unterlagen, die sich nicht bei der Akte befinden, weder einen Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör noch gegen den Fair-trial-Grund-

Verurteilung wegen
Geschwindigkeitsverstoßes

Kein Abrücken von der
eigenen Rechtsprechung

satz darstellt. Vielmehr handele es sich bei dem Antrag auf Beiziehung entsprechender Unterlagen um einen Beweismittlungsantrag, dessen Ablehnung nur unter Aufklärungsgesichtspunkten (§ 244 Abs. 2 StPO) gerügt werden kann. Der Beschluss des VerfGH Saarbrücken (NZV 2018, 275 m. Anm. Krenberger = StRR 6/2018, 22 = VRR 6/2018,15 [Deutscher]), der in Fällen der vorliegenden Art sowohl einen Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs als auch gegen das faire Verfahren bejahen will, weil den Betroffenen eine „Darlegungs- und Beibringungslast“ [sic!] für das Vorhandensein von Messfehlern treffe, der er andernfalls nicht nachkommen könne, gebe dem Senat keine Veranlassung, von seiner bisherigen Rechtsansicht abzuweichen.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) durch die Ablehnung des Antrags auf Beiziehung der digitalen Messdatei und sonstiger nicht zu den Akten gelangter Unterlagen scheidet von vornherein aus. Es entspreche seit Jahrzehnten gefestigter Rspr. des BVerfG und des BGH, dass die Nichtbeiziehung von Beweismitteln oder Unterlagen den Schutzbereich des rechtlichen Gehörs nicht berührt (BVerfGE 63, 45 = NJW 1983, 1043; BGHSt 30, 131 = NJW 1981, 2267). Über diese grundlegende verfassungsgerichtliche und höchstrichterliche Rspr. setzt sich der VerfGH Saarbrücken hinweg, ohne sie auch nur zu erwähnen.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens liege ebenfalls nicht vor. Die gegenteilige Auffassung des VerfGH Saarbrücken sei schon deswegen unhaltbar, weil sie auf einer unzutreffenden, grundlegenden Rechtsstaatsprinzipien zuwiderlaufenden Prämisse beruht. Der VerfGH führt für die Richtigkeit seiner These als maßgebliches Argument an, dass den Betroffenen eine „Darlegungs- und Beibringungslast“ für das Vorliegen von Messfehlern treffe. Dass dies mit rechtsstaatlichen Gedanken nicht in Einklang zu bringen ist, stelle eine Selbstverständlichkeit dar. Eine derartige Sicht widerspreche der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Unschuldsvermutung. Zudem würde dadurch das Recht eines Angeklagten bzw. Betroffenen, zu dem Schuldvorwurf zu schweigen, geradezu in sein Gegenteil verkehrt. Eine derartige Rspr. liefe darauf hinaus, dass die Gewährung und der Umfang rechtsstaatlicher Prinzipien davon abhängig gemacht würden, ob und ggf. mit welchen Mitteln sich ein Betroffener gegen den Schuldvorwurf zur Wehr setzt. Dies werde schon dadurch verdeutlicht, dass andernfalls derjenige, der von seinem Schweigerecht Gebrauch macht, von vornherein mit einer Verurteilung rechnen müsste. Das Schweigerecht des Betroffenen gelte allgemein und werde auch nicht durch die Besonderheiten des standardisierten Messverfahrens eingeschränkt. Auch dort, wo standardisierte Messverfahren Anwendung finden, sei es keineswegs Aufgabe oder auch nur Obliegenheit des Betroffenen, seine Unschuld etwa „darzulegen“ oder gar „beizubringen“. Vielmehr obliege es dem erkennenden Gericht, die Richtigkeit des erzielten Messergebnisses unter strenger Beachtung der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) sorgfältig zu überprüfen. Hierzu müssten die Prämissen des standardisierten Messverfahrens in rechtsstaatlich einwandfreier Weise festgestellt werden. Ist dies nicht der Fall, so dränge schon die Aufklärungspflicht dazu, das Messergebnis einer sachverständigen Überprüfung zu unterziehen. Mit einer dem Rechtsstaatsprinzip zuwiderlaufenden „Darlegungs- und Beibringungslast“ oder aber einer „Richtigkeitsvermutung“ (so VerfGH Saarbrücken), die niemals Verurteilungsgrundlage sein darf, habe dies nichts zu tun. Der Tatrichter sei nur dann gehalten, die Zuverlässigkeit von Messungen, die mit einem standardisierten Messverfahren gewonnen worden sind, zu überprüfen, wenn konkrete Anhaltspunkte für Messfehler bestehen. Diese „Anhaltspunkte“ seien freilich gerade nicht vom Betroffenen oder seiner Verteidigung darzulegen oder gar zu beweisen.

Kein Verstoß gegen
rechtliches Gehör

Kein Verstoß gegen
fares Verfahren

Bei Zugrundelegung dieser rechtlichen Ausgangssituation sei ein Rückgriff auf den Fairness-Grundsatz nicht geboten. Der Rekurs des VerfGH Saarbrücken, ein Betroffener dürfe nicht „bloßes Objekt des Verfahrens sein, sondern müsse die Möglichkeit erhalten, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen“, sei isoliert betrachtet zwar zutreffend, vermöge aber einen Verstoß gegen den Fairnessgrundsatz nicht zu belegen. Der VerfGH übersehe nämlich, dass die einschlägigen Verfahrensbestimmungen zur Wahrung dieser Rechte ausreichende Möglichkeiten für den Betroffenen und die Verteidigung eröffnen und es deshalb eines Rückgriffs auf die Generalklausel des „fairen Verfahrens“ überhaupt nicht bedarf. Vielmehr stelle der Gesetzgeber geeignete und auch ausreichende Instrumentarien im Verfahren zur Verfügung, die es ihm ermöglichen, in adäquater Weise bei der Ermittlung der Wahrheit, um die es allein geht, mitzuwirken. Er dürfe Aktenbestandteile einsehen und amtlich verwahrte Beweisstücke besichtigen, könne in der Hauptverhandlung das Fragerecht bei der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen ausüben und ihm stehe es frei, an der Sachaufklärung durch Stellung von Beweisanträgen oder Beweisermittlungsanträgen aktiv mitzuwirken. Ein von der Sachaufklärung losgelöstes Interesse könne auch nicht unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens anerkannt werden. Denn es sei von vornherein nicht unfair, wenn Anträge zur Wahrheitsermittlung nichts beizutragen vermögen. Von einer Beschränkung der Rechte eines Betroffenen könne bei diesen Prämissen nicht die Rede sein. Schon gar nicht würde er dadurch zum Verfahrensobjekt gemacht.

Schließlich verfrage auch der Hinweis des VerfGH Saarbrücken auf die „Waffengleichheit“ nicht. Denn zum einen finde dieser Grundsatz im Verhältnis zwischen Gericht und Angeklagten bzw. Betroffenen von vornherein keine Anwendung (BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469 = StRR 2009, 182 [Junker]). Zum anderen stünden dem Gericht nicht beigezogene Unterlagen eben nicht zur Verfügung, sodass sich die vom VerfGH Saarbrücken erwähnte Problematik einer „Wissensparität“ gar nicht stellt.

III. Bedeutung für die Praxis

„Mia san mia“. Wie erwartet hat sich das OLG Bamberg durch den überzeugenden Beschluss des VerfGH Saarland nicht von seinem Kurs abbringen lassen. Die Diktion gegenüber einem Landesverfassungsgericht ist an sich schon bemerkenswert („Selbstverständlichkeit“, „unhaltbar“). Ob gegenüber BVerfG und BGH ebenso formuliert worden wäre? Auch ist der Ansatz des OLG Bamberg unzutreffend, wie ich mehrfach in dieser Zeitschrift dargelegt habe (Nw. in Leitsatz 1). Immerhin gibt das OLG eine eingehende, hier nur abgekürzt wiedergegebene Begründung seiner Ablehnung der Auffassung des VerfGH Saarland. Aber es muss deutlich gesagt werden: Der Ansatz des OLG ist rein formalistisch und gegenüber dem Betroffenen zynisch. Zwar ist zutreffend, dass den Betroffenen formal auch im OWi-Verfahren keine Darlegungs- und Beweislast trifft. Der massive Vorwurf, der VerfGH Saarland verkenne die Unschuldsvermutung und damit das Rechtsstaatsprinzip, übergeht aber nonchalant die systemimmanenten und gewollten Folgen des Regel-Ausnahme-Verhältnisses beim standardisierten Messverfahren. Sind dessen Vorgaben erfüllt und ergeben sich Fehler des Messgeräts oder des Messvorgangs nicht offensichtlich (was sehr selten der Fall ist), ist es Sache des Betroffenen, solche Fehler substantiiert zu behaupten, um überhaupt die Möglichkeit zu dementsprechenden Beweisanträgen zu haben. „Beweisermittlungsanträge“ nützen da wenig. Das Schweigerecht des Betroffenen ist entgegen dem OLG nicht einschlägig, denn auch der schweigende Betroffene hat unabhängig von seiner fehlenden Einlassung die Möglichkeit, solche Fehler der Messung etwa über seinen Verteidiger geltend zu machen. Und die

Einschlägige Verfahrensnormen genügen

Waffengleichheit

Die erwartete Reaktion des OLG Bamberg

abschließende Bemerkung zur Waffengleichheit/Wissensparität könnte auch als Ermutung (miss)verstanden werden, als Trichter die Augen geschlossen zu halten und die einschlägigen Unterlagen erst recht nicht beizuziehen, wenn kein substanziiertes Vorbringen des Betroffenen erfolgt, was ihm ohne Einsicht in die Unterlagen aber eben kaum möglich ist.

Es ist und bleibt ein Trauerspiel, das nur der BGH oder noch besser das BVerfG beenden kann. Der VerfGH Saarland hat fundiert begründet den richtigen Weg gewiesen.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Anwaltsvergütung

Zusätzliche Verfahrensgebühr wegen Rücknahme der Revision

Die Zusatzgebühr nach Nr. 4141 Abs. 1 VV RVG entsteht grundsätzlich durch die Revisionsrücknahme, allerdings muss eine auf die Förderung des Verfahrens gerichtete Tätigkeit, die über eine nach Nr. 4130, 4131 VV RVG zu vergütende Tätigkeit hinausgeht, ersichtlich sein. (Leitsatz des Verfassers)

LG Aschaffenburg, Beschl. v. 2.5.2018 – Qs 44/18

I. Sachverhalt

Die Rechtsanwältin war Pflichtverteidigerin des Angeklagten. Sie und die Staatsanwaltschaft hatten gegen das den Angeklagten verurteilende Berufungsurteil des LG vom 4.10.2017 Revision eingelegt. Die schriftlichen Urteilsgründe wurden der Pflichtverteidigerin und der Staatsanwaltschaft am 8.11.2017 zugestellt. Der sachbearbeitende Staatsanwalt vermerkte mit Verfügung vom 8.11.2017 die Revisionsbegründungsfrist bis 1.12.2017. Am 24.11.2017 fertigte der sachbearbeitende Staatsanwalt einen Vermerk, wonach die Pflichtverteidigerin Rücksprache mit dem Angeklagten halten wolle, ob ihrerseits die Revision durchgeführt werde. Mit Schriftsatz vom 6.12.2017 nahm die Rechtsanwältin „nach Rücksprache und ausführlicher Besprechung mit meinem Mandanten“ die Revision zurück. Die Staatsanwaltschaft nahm die Revision mit Verfügung vom 6.12.2017 zurück. Die Pflichtverteidigerin hat für das Revisionsverfahren die Gebühren Nr. 4130, 4141 und 7022 VV RVG geltend gemacht. Die Gebühr Nr. 4141 VV RVG ist nicht festgesetzt worden. Ihre Beschwerde gegen den ihre Erinnerung zurückweisenden Beschluss des AG hatte beim LG Erfolg.

II. Entscheidung

Das LG grenzt die beiden Verfahrensgebühren wie folgt ab: Die anwaltschaftliche Prüfung und Beratung, ob und ggf. mit welchen Anträgen eine – häufig aus Zeitgründen zunächst nur zur Fristwahrung eingelegte – Revision begründet und weiter durchgeführt oder zurückgenommen werden soll, werde bereits mit der Verfahrensgebühr Nr. 4130 VV RVG abgegolten (vgl. KG RVGreport 2009, 346). Mit der Zusatzgebühr Nr. 4141 VV RVG könne daher nur eine über diese Tätigkeit hinausgehende Tätigkeit des Verteidigers abgegolten werden. Es sei daher davon auszugehen, dass Tätigkeiten des Verteidigers, die aufgrund der daraufhin erfolgten Rücknahme eines Rechtsmittels zum Verlust der Hauptverhandlungsgebühr führen, gebührenrechtlich ausgeglichen werden sollen und ein solcher Ausgleich nur dann nicht erfolgen soll, wenn das Rechtsmittel ohne eine weitere Tätigkeit des Verteidigers, die

Ein Trauerspiel

Rücknahme der Revision
nach Besprechung mit
dem Mandanten

Abgrenzung Verfahrensgebühr
Nr. 4130 VV RVG/
Nr. 4141 VV RVG

über die Prüfung der Erfolgsaussichten hinausgeht (abgegolten durch Nr. 4130 VV RVG), zurückgenommen werde.

Eine weitere Einschränkung der im Wortlaut der Vorschrift nicht definierten „auf die Förderung des Verfahrens gerichtete Tätigkeit“ sehe Nr. 4141 Anm. 2 VV RVG nicht vor. Insbesondere bedürfe es nicht der Feststellung einer intensiven und zeitaufwändigen Tätigkeit des Verteidigers oder konkreter Anhaltspunkte für die Anberaumung einer Hauptverhandlung. Soweit in der obergerichtlichen Rechtsprechung darauf abgestellt werde, finde das in den Gesetzesmaterialien keine Stütze. Auch folge aus den Gesetzesmaterialien nicht, dass – wie in der obergerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls teilweise gefordert werde – eine (Revisions-)Hauptverhandlung bereits anberaumt sein müsse. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die zusätzliche Verfahrensgebühr Nr. 4141 VV RVG durch die Revisionsrücknahme zunächst grundsätzlich entstehe, erst dann erfolge die Prüfung, ob eine auf die Förderung des Verfahrens gerichtete Tätigkeit, die über eine nach Nr. 4130 VV RVG zu vergütende Tätigkeit hinausgehe, ersichtlich sei. Nur dann verbleibe es bei der entstandenen Gebühr.

Das LG bejaht dann eine auf die Förderung des Verfahrens gerichtete Tätigkeit der Pflichtverteidigerin, die über die Prüfung und Beratung, ob und ggf. mit welchen Anträgen die Revision begründet und weiter durchgeführt oder zurückgenommen werden soll, hinausgeht. Dies sei bereits aus der Akte ersichtlich. Aufgrund des Vermerks des sachbearbeitenden Staatsanwalts vom 24.11.2017 habe ein Gespräch zwischen ihm und der Pflichtverteidigerin stattgefunden. Die Revision des Angeklagten aber auch die Revision der Staatsanwaltschaft seien am selben Tag zurückgenommen worden. Aus dem Inhalt des Aktenvermerks ergebe sich, dass über eine gegenseitige Revisionsrücknahme gesprochen wurde. Dies ist eine Tätigkeit des Rechtsanwaltes, die über die Prüfung der Erfolgsaussichten hinausgehe und daher mit der zusätzlichen Verfahrensgebühr Nr. 4141 VV RVG zu vergüten sei.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Lange nichts mehr zu der Frage gehört, ob die zusätzliche Verfahrensgebühr Nr. 4141 Anm. 1 Ziff. 3 VV RVG über die Mitwirkung des Verteidigers am Entbehrlichwerden der Hauptverhandlung hinaus weitere Tätigkeiten voraussetzt. Und dann diese Entscheidung aus Bayern, die sich gegen die Rechtsprechung von zwei bayerischen OLG stellt, nämlich OLG Bamberg und OLG München (vgl. wegen weiterer Nachweise Burhoff/Volpert/Burhoff, RVG, Nr. 4141 VV Rn 71 ff.). Wunder gibt es eben doch immer wieder.

2. Allerdings erscheint mir die Begründung des LG für seine im Ergebnis zutreffende Entscheidung ein wenig quer. Das LG unternimmt nämlich zwei Schritte: Zunächst die Feststellung, dass die Gebühr Nr. 4141 VV RVG durch die Rücknahme entstanden ist, dann im zweiten Schritt, ob der Verteidiger eine über den Abgeltungsbereich der allgemeinen Verfahrensgebühr Nr. 4130 VV RVG hinausgehende Tätigkeit erbracht hat. Diese stufenweise Prüfung, die das LG vornimmt, lässt sich aber weder den Gesetzesmaterialien noch der zu Nr. 4141 VV RVG vorliegenden Rechtsprechung und Literatur entnehmen. Und im Grunde meint das LG das auch nicht so. Denn nur, wenn – so auch das LG – der Rechtsanwalt eine über den Abgeltungsbereich der Nr. 4141 VV RVG hinausgehende Tätigkeit in Form der Mitwirkung/Förderung des Verfahrens erbringt, steht ihm die Gebühr zu. Und das ist alles, was Mitwirkung am Entbehrlichwerden der Hauptverhandlung ist. Insoweit grenzt das LG zutreffend zwischen Nr. 4130 VV RVG und Nr. 4141 VV RVG ab. Liegt eine solche Tätigkeit/Mitwirkung nicht vor, entsteht die Gebühr Nr. 4141 VV RVG erst gar nicht. Insofern irrt das LG, wenn es meint, dass dann, wenn man eine solche Tätigkeit nicht feststel-

Auf Förderung des Verfahrens gerichtete Tätigkeit

Ein Wunder

Begründung hinkt

len könne, die entstandene Gebühr Nr. 4141 VV RVG wieder wegfallt. Denn durch welche Tätigkeit, wenn nicht Mitwirkung i.S.v. Nr. 4141 Anm. 1 VV RVG soll die Gebühr entstanden sein? Aber dennoch: Ein Wunder ... Als Verteidiger muss man im Übrigen darauf achten, dass eine zusätzliche Tätigkeit erbracht und diese bei der Kostenfestsetzung auch dargelegt wird.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Münster/Augsburg

Zusätzliche Verfahrensgebühr für Rücknahme der Revision?

Die Entstehung der Gebühr gemäß Nr. 4141 VV RVG für die Rücknahme der Revision ist ausgeschlossen, wenn das Rechtsmittel zu diesem Zeitpunkt noch nicht begründet worden ist. (Leitsatz des Gerichts)

LG Limburg, Beschl. v. 23.3.2018 – 1 Ks-2 Js 52458/16

I. Sachverhalt

Der Pflichtverteidiger hat gegen das Urteil des Landgerichts Revision eingelegt, das Rechtsmittel aber noch vor dessen Begründung zurückgenommen. Für die Rücknahme hat er eine Gebühr gemäß Nr. 4141 VV RVG geltend gemacht. Die ist nicht gewährt worden.

II. Entscheidung

Das Entstehen der Gebühr gemäß Nr. 4141 VV RVG habe – so das LG – als übergreifende Voraussetzung für alle Tatbestandvarianten nach Nr. 4141 Anm. 1 Satz 1 Nr. 1–4 VV RVG, dass die Hauptverhandlung durch die anwaltliche Mitwirkung entbehrlich werde. Die Gebühr entstehe danach nur, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorhanden seien, dass eine Hauptverhandlung durchgeführt worden wäre (vgl. dazu u.a. OLG München NStZ-RR 2013, 64; Mayer/Kroiß, RVG, 7. Aufl., Nrn. 4141–4147 VV Rn 11). So liege der Fall hier aber schon deshalb nicht, weil die Revision noch nicht gemäß § 344 StPO begründet worden sei. Zum Zeitpunkt der Rücknahme lag demnach noch kein Rechtsmittel vor, das alle Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt habe. Bei einer unzulässigen Revision sei jedoch mit einer Entscheidung ohne Revisionshauptverhandlung gemäß §§ 346 Abs. 1, 349 Abs. 1 StPO zu rechnen (vgl. OLG München NStZ-RR 2013, 64).

III. Bedeutung für die Praxis

Das Entstehen der Nr. 4141 Anm. 1 Satz 1 Nr. 3 VV RVG in den Fällen der Rücknahme der Revision ist in Rechtsprechung und Literatur heftig umstritten (vgl. Burhoff/Volpert/Burhoff, RVG, Nr. 4141 VV Rn 71 ff. m.w.N.). Dabei wird jedoch übersehen, dass der Wortlaut der Nr. 4141 VV RVG keine weiteren Voraussetzungen für das Entstehen der Gebühr voraussetzt als die „Mitwirkung“ des Rechtsanwalts. Und die ist grundsätzlich auch in den Fällen gegeben, in denen die Revision noch nicht begründet worden ist. Allerdings hat es der Verteidiger hier noch schwerer, gegen die Auffassung in der Rechtsprechung anzukämpfen, die konkrete Anhaltspunkte dafür verlangt, dass eine Hauptverhandlung durchgeführt worden wäre. Denn davon kann zunächst mal, da noch nicht begründet ist und daher auch eine Verwerfung nach § 349 Abs. 1 StPO im Raum steht, nicht ausgegangen werden. Daher sollte der Verteidiger seine Revision immer zumindest mit der einfachen materiellen Rüge begründen. Das ist kein großer Aufwand, da dafür der Satz: „Ich rüge die Verletzung materiellen Rechts“ genügt.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Münster/Augsburg

Revisionsrücknahme vor Begründung

Vermeidung einer Hauptverhandlung

Revision zumindest kurz begründen

Impressum

Herausgeber:

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D.
Rechtsanwalt in Augsburg/Münster

Erscheinungsweise:

monatlich, nur als PDF, nicht im Print

Bezugspreis (jährlich):

112 EUR zzgl. MwSt.

Bestellungen:

Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende gegenüber dem Verlag erfolgen.

ISSN 1864-7200



ZAP Verlag GmbH
Rochusstraße 2–4 · 53123 Bonn
Tel.: 0228-91911-62 · Fax: 0228-91911-66
service@zap-verlag.de
Ansprechpartnerin im Verlag: Bettina Schwabe

Hinweis:

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Infobrief enthaltenen Ausführungen.

Hinweise zum Urheberrecht:

Die Inhalte dieses Infobriefs wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Abonnenten zur ausschließlichen Verwendung zu internen Zwecken bestimmt. Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche Verbreitung oder Veröffentlichung (auch in elektronischer Form) der Informationen aus diesem Infobrief darf nur unter vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die ZAP Verlag GmbH erfolgen. In einem solchen Fall ist der ZAP Verlag als Quelle zu benennen.
- Unter „Informationen“ sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Infobrief zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Infobrief überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und/oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt. Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzungen des Infobriefs zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherheitskopien dürfen nur als solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet, den Infobrief im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und/oder öffentlich wiederzugeben.