

Editorial

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



Liebe Kolleginnen und Kollegen,
liebe Leserinnen und Leser,

in unserer August-Ausgabe 2018 setzen wir die Berichterstattung zu den Neuerungen durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I, S. 3202) fort, diesmal mit einem Beitrag zum Abstimmungsgespräch nach § 231 Abs. 2 StPO.

Im Rechtsprechungsreport finden Sie im verfahrensrechtlichen Teil die für die Praxis bedeutsame Entscheidung des BVerfG zur Durchsuchung einer (ausländischen) Anwaltskanzlei anlässlich des Diesel-Skandals (s. S. 10) sowie einige – nicht so schöne – Entscheidungen der Obergerichte zu Beweisverwertungsverböten im Zusammenhang mit Belehrungsfehlern (s. S. 13 und 17).

Im gebührenrechtlichen Teil berichten wir über die Aufgabe der „500-Blatt-Rechtsprechung“ durch das OLG Düsseldorf.

Zum Schluss: Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Herzliche Grüöe

Inhalt

StRR-Kompakt2

Praxisforum

Abstimmungsgespräch in umfangreichen Verfahren..... 5

Verfahrensrecht

Durchsuchung; Anfangsverdacht; Volksverhetzung..... 9

Compliance: Durchsuchung einer Anwaltskanzlei anlässlich des „Diesel-Skandals“ 10

Keine Belehrung über Möglichkeit der Pflichtverteidigerbestellung..... 13

Es bleibt bei der Widerspruchslösung 15

Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen rechtzeitige Pflichtverteidigerbestellung... 17

StGB/Nebengebiete

Gefahrverwirklichungszusammenhang bei § 315c StGB.... 19

Rückforderungsanspruch bei Schlechterfüllung einer Prostituierten? 21

Hinterziehung von Schenkungsteuer bei ehebedingten Zuwendungen 23

Anwaltsvergütung

Aufgabe der Rechtsprechung zur 500-Blatt-Formel 25



Untersuchungshaft: Begründung von Flucht- und Verdunkelungsgefahr

Der Haftgrund der Fluchtgefahr muss trotz einer drohenden Freiheitsstrafe von mindestens fünf Jahren mit konkreten Anhaltspunkten belegt werden, die eine Gefahr der Flucht, insbesondere ins Ausland, zumindest nahelegen; dies gilt insbesondere, wenn maßgebliche Umstände vorliegen, die gegen eine Flucht sprechen (hier: soziale und berufliche Verankerung, Anwesenheit bei Durchsuchung, bloße Vermutung finanzieller Ressourcen und einer möglichen Tätigkeit im Ausland). Der Haftgrund der Verdunkelungsgefahr kann nur angenommen werden, wenn etwaige Verdunkelungshandlungen angesichts des Ermittlungsstadiums überhaupt noch erfolversprechend sein können; eine gezeigte Kooperationsbereitschaft ist zu berücksichtigen (§§ 112 ff. StPO).

BVerfG, Beschl. v. 25.6.2018 – 2 BvR 631/18

Vermögensarrest: Verhältnismäßigkeit

Auch nach neuem Recht ist sowohl bei der Anordnung als auch der Fortdauer des Vermögensarrestes der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Der Vermögensarrest beschränkt die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Betroffenen in einschneidender Weise. Im Hinblick darauf, dass es sich dabei lediglich um eine vorläufige Maßnahme handelt, die der Sicherung der späteren Einziehungsentscheidung dient, steigen die Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit mit der Dauer der durch sie bewirkten Einschränkungen.

OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 14.6.2018 – 3 Ws 425/17

Pflichtverteidiger: schwierige Sachlage

Die Sachlage ist schwierig i.S.v. § 140 Abs. 2 StPO, wenn es um die Beurteilung eines wiederholten Wiedererkennens aufgrund einer vorherigen Wiedererkennung auf dem Portal „Facebook“ geht.

LG Magdeburg, Beschl. v. 20.6.2018 – 25 Qs 767 Js 8294/18 (56/18)

Akteneinsicht des Nebenklägerversetzers: Aussage gegen Aussage

Dem Beistand des Nebenklägers steht grundsätzlich gem. § 406e Abs. 1 StPO das Recht zur Akteneinsicht zu. In den Fällen der sog. Aussage-gegen-Aussage-Konstellation kann dieses jedoch beschränkt werden.

AG Cloppenburg, Beschl. v. 25.5.2018 – 24 Ls 511 Js 51486/17 (6/18)

Rechtlicher Hinweis: Rücknahme

Die Erteilung eines rechtlichen Hinweises gemäß § 265 Abs. 1 StPO begründet kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass das Gericht lediglich diesem Hinweis gemäß urteilt (vgl. BGH 1998, 3654, 3655). Durch die Neufassung von § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO hat sich daran nichts geändert.

BGH, Beschl. v. 3.7.2018 – 5 StR 38/17

Rechtlicher Hinweis: Einziehungsentscheidung

Nach den Änderungen des § 265 StPO durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I,

Verfassungsrecht

Ermittlungsverfahren

Hauptverhandlung

S. 3202) ist nach § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO ein ausdrücklicher Hinweis auf ggf. zu erwartende Entscheidungen nach den §§ 73 ff. StGB erforderlich.

OLG Koblenz, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 OLG 6 Ss 28/18

Rechtsmittelverzicht: Wirksamkeit

Für das Vorliegen eines Rechtsmittelverzichts kommt es nicht darauf an, dass das Wort „verzichten“ benutzt wird, sondern maßgeblich ist der Gesamtsinn der Erklärung.

BGH, Beschl. v. 3.7.2018 – 4 StR 227/18

Plädoyer des Verteidigers: Urteilsabsetzung

Setzt der Richter schon während des Plädoyers des Verteidigers das Urteil ab, besteht die Besorgnis der Befangenheit.

AG Fürth, Beschl. v. 24.7.2018 – 471 OWi 704 Js 105668/18

Ablehnung: erkennende Richter im Berufungsverfahren

Bereits mit dem Eingang der Akten bei der Berufungsstrafkammer nach § 321 StPO sind die nach der Geschäftsverteilung zur Mitwirkung an der Hauptverhandlung berufenen Richter „erkennende Richter“ im Sinne von § 28 Abs. 2 Satz 2 StPO. Werden diese als befangen abgelehnt, zählen darüber hinaus auch die Richter, die nach § 27 StPO berufen sind, über das Ablehnungsgesuch zu entscheiden, zu den erkennenden Richtern.

KG, Beschl. v. 29.6.2018 – 2 Ws 123/18

Urteilsgründe: fehlende Unterschrift

Fehlt die Unterschrift der Berufsrichter unter der Urteilsurkunde, ist der Inhalt der schriftlich fixierten Urteilsgründe nicht gedeckt, d.h. es fehlt das Zeugnis, dass es sich bei den schriftlich niedergelegten Gründen um die Gründe des Gerichts handelt, die als Ergebnis der Hauptverhandlung in der Beratung gewonnen wurden. Dem Revisionsgericht ist dann eine Entscheidung, ob das sachliche Recht zutreffend angewandt ist, nicht möglich. Der Mangel wird nicht durch den maschinenschriftlich abgedruckten Namen der Richter und auch nicht durch die Bestätigung der Geschäftsstelle: „Unterschiedenes Urteil zur Geschäftsstelle gelangt am ...“ ausgeglichen.

OLG München, Beschl. v. 26.6.2018 – 5 OLG 15 Ss 89/18

Berufung: Berufungsverwerfung in einem Fortsetzungstermin

In § 329 Abs. 1 S. 1 heißt es nach neuem Recht „bei Beginn eines Hauptverhandlungstermins“. Das bedeutet, dass es sich anders als früher nicht um die erste Berufungsverhandlung in der anhängigen Sache handeln muss und somit z.B. auch das Nichterscheinen in einem Fortsetzungstermin erfasst wird. Es bleibt offen, ob § 329 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StPO auch gilt, wenn nach Unterbrechung der Hauptverhandlung gemäß § 228 Abs. 1, § 229 Abs. 1 StPO der Angeklagte zum Fortsetzungstermin überhaupt nicht erschienen ist.

OLG Nürnberg, Beschl. v. 30.4.2018 – 2 OLG 2 Ss 240/17

Rechtsmittelverfahren

Ablehnung: Richter einer Strafvollstreckungskammer als erkennende Richter

Richter einer Strafvollstreckungskammer sind im Verfahren nach den §§ 109 ff. StVollzG erkennende Richter im Sinne des § 28 Abs. 2 Satz 2 StPO. In entsprechender Anwendung der Vorschrift kann die Entscheidung über die Zurückweisung eines sie betreffenden Ablehnungsgesuchs nur zusammen mit der verfahrensabschließenden Entscheidung nach § 115 Abs. 1 Satz 1 StVollzG angefochten werden.

KG, Beschl. v. 24.5.2018 – 2 Ws 83/18 Vollz

Handeltreiben: Mittäterschaft

Das Aufbewahren von Rauschgift für einen Dritten, das zur gewinnbringenden Veräußerung bestimmt ist, kann zwar im Einzelfall ein Tatbeitrag sein, der die Annahme von Mittäterschaft beim Handeltreiben rechtfertigt. Ob es sich so verhält, bestimmt sich aber nach den allgemeinen Grundsätzen für die Abgrenzung der Beteiligungsformen gemäß § 25 Abs. 2 oder § 27 StGB. Die Feststellung, dass der Angeklagte eigennützig handelte, reicht aber nicht aus, um täterschaftliches Handeltreiben zu begründen.

BGH, Beschl. v. 8.5.2018 – 2 StR 130/18

Unfallflucht: feststellungsbereite Person

Der Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist auch dann erfüllt, wenn der Täter den Unfallort erst nach der letzten feststellungsberechtigten Person verlässt, sofern er zuvor seine Vorstellungspflicht verletzt hat.

BGH, Beschl. v. 11.4.2018 – 4 StR 583/17

Gehörsverstoß: Nichtberücksichtigung der schriftlichen Sacheinlassung des entbundenen Betroffenen

Nach Art. 103 Abs. 1 GG ist eine schriftliche, ggf. durch die Verteidigung weitergeleitete Sacheinlassung des von der Erscheinungspflicht in der Hauptverhandlung entbundenen (abwesenden) Betroffenen auch dann zu berücksichtigen, wenn sie dem Gericht erst am Sitzungstag unmittelbar vor dem anberaumten Termin übermittelt wird. Darauf, ob die Sacheinlassung bis zum Erlass der angefochtenen Entscheidung dem Gericht vorgelegt wird oder ihr Inhalt tatsächlich zur Kenntnis des Gerichts gelangt ist, kommt es nicht an.

OLG Bamberg, Beschl. v. 3.7.2018 – 3 Ss OWi 932/18

Elektronisches Gerät: Taschenrechner

Ein Taschenrechner ist kein elektronisches Gerät i.S. des § 23 Abs. 1a StVO, das der Kommunikation, Information oder Organisation oder der Ortsbestimmung dient bzw. dienen soll oder zur Unterhaltungselektronik gehört.

OLG Oldenburg, Beschl. v. 25.6.2018 – 2 Ss (OWi) 175/18

Längenzuschlag: Hauptverhandlungsdauer

Auch längere Sitzungspausen sind grundsätzlich nicht von der Verhandlungsdauer in Abzug zu bringen. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob und inwieweit der Verteidiger die Sitzungspause anderweitig für seine berufliche Tätigkeit sinnvoll hätte nutzen

Vollstreckung

StGB – Allgemeiner Teil

StGB – Besonderer Teil

Ordnungswidrigkeiten

Anwaltsvergütung

StRR-Kompakt

können, wobei schon aus Gründen der Praktikabilität kein an individuellen Möglichkeiten ausgerichteter Maßstab anzulegen ist.

OLG Dresden, Beschl. v. 10.7.2018 – 1 Ws 142/18

Einstellung des Verfahrens: zusätzliche Verfahrensgebühr

Die Einstellung des Strafverfahrens gem. § 153a StPO in der Hauptverhandlung führt nicht zur Entstehung der Zusatzgebühr nach Nr. 4141 Abs. 1 Nr. 1 VV RVG. Das gilt auch, wenn durch die Einstellung Fortsetzungstermine vermieden werden.

AG Hannover, Urt. v. 17.7.2018 – 571 C 4229/18

Praxisforum

Abstimmungsgespräch in umfangreichen Verfahren

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

Das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I, S. 3202), das am 24.8.2017 in Kraft getreten ist, hat u.a. auch Änderungen/Ergänzungen im Bereich des § 213 StPO gebracht. Diese stellen wir nachfolgend vor.

I. Allgemeines

Nach § 213 StPO liegt die Terminbestimmung für die Hauptverhandlung im Ermessen des Vorsitzenden (vgl. dazu Burhoff, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 9. Aufl. 2018, Rn 2792 und Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2018, Rn 4068). Nach allgemeiner Meinung ist der Vorsitzende zwar nicht verpflichtet, die Terminplanung für die Hauptverhandlung vorab mit den Verfahrensbeteiligten abzustimmen. Jedoch ist in der Rechtsprechung aus dem Recht des Angeklagten, sich von einem Rechtsanwalt seines Vertrauens verteidigen zu lassen, die Verpflichtung des Gerichts abgeleitet worden, bei Planung der Hauptverhandlung wenigstens ernsthaft zu versuchen, diesem Recht Geltung zu verschaffen, indem Terminwünsche des Verteidigers nicht ohne Weiteres übergangen werden (vgl. Burhoff, HV, Rn 2792 und Burhoff, EV, Rn 4068 m.w.N. aus der Rspr.; u.a. BGH NJW 2008, 2451 = StRR 2008, 361; NJW 2018, 1698 m.w.N. = StRR 7/2018, 11; NStZ 2009, 650; NStZ-RR 2010, 312). Darüber hinaus geht der BGH davon aus, dass es insbesondere in Großverfahren regelmäßig angezeigt sei, mit den Verfahrensbeteiligten die Hauptverhandlungstermine abzustimmen (vgl. für Wirtschaftsstrafverfahren BGH NJW 2008, 2451 = StRR 2008, 361). Findet der Versuch einer solchen Terminabsprache nicht statt, muss sich der Vorsitzende bei substantiierten Verlegungsanträgen eines sog. Anwalts des Vertrauens jedenfalls ernsthaft bemühen, dessen nachvollziehbaren Begehren im Rahmen der zeitlichen Möglichkeiten des Gerichts – und anderer Verfahrensbeteiligter – Rechnung zu tragen (vgl. BGH NJW 2018, 1698 = StRR 7/2018, 11; NStZ-RR 2010, 312).

An dieser Stelle gibt es in der Praxis häufig Streit. Dem soll nun durch die durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ erfolgte Erweiterung des § 213 StPO begegnet werden. In dessen neuem Abs. 2 ist nämlich jetzt eine Regelung enthalten, die die Durchführung von Abstimmungen zum äußeren Ablauf besonders umfangreicher (erstinstanzlicher) Hauptverhandlungen mit voraussichtlich mehr als zehn Verhandlungstagen fördern soll (BT-Drucks 18/11277,

Terminbestimmung: Ermessen des Vorsitzenden

Streitbeilegung durch § 213 Abs. 2 StPO?

S. 32). Der Referentenentwurf hatte diese Regelung im Übrigen schon bei zu erwartenden „mehr als drei Verhandlungstagen“ vorgesehen (vgl. Ref-E, S. 38).

Hinweis

Vorgesehen sind nur „Abstimmungen zum äußeren Ablauf der Hauptverhandlung“. Durch diese frühzeitige Abstimmung des äußeren Ablaufs soll die effiziente Durchführung umfangreicher Strafverfahren gefördert werden. Das bedeutet, dass sich an der grundsätzlichen „Terminshoheit“ des Vorsitzenden nichts geändert hat (vgl. z.B. Burhoff, HV, Rn 2792). Das „Abstimmungsgespräch“ soll aber „vor der Terminsbestimmung“ durchgeführt werden.

Möglich waren solche Abstimmungsgespräche zwar auch bereits nach der früheren Gesetzeslage, und zwar nach den §§ 202a, 212 StPO. Bei § 213 Abs. 2 StPO handelt es sich zwar auch (nur) um eine Sollvorschrift. Die ausdrückliche Regelung hat aber zur Folge, dass die Abstimmungen in umfangreichen Verfahren vor dem LG oder OLG mit voraussichtlich mehr als zehn Verhandlungstagen grundsätzlich vorzunehmen sind. Davon geht auch die Gesetzesbegründung aus (vgl. BT-Drucks 18/11277, S. 32). Die Gesetzesbegründung geht allerdings auch davon aus, dass der Vorsitzende aus gewichtigen Gründen im Einzelfall von einem Abstimmungsgespräch absehen kann (vgl. BT-Drucks, a.a.O.). Das wird z.B. der Fall sein, wenn der Angeklagte und/oder der Verteidiger auf die Durchführung eines solchen Gesprächs verzichtet haben.

II. Sachliche Voraussetzungen für das Abstimmungsgespräch

Voraussetzung für die Durchführung eines Abstimmungsgesprächs ist ein besonders umfangreiches Verfahren beim LG oder OLG, in dem die Hauptverhandlung voraussichtlich länger als zehn Tage dauern wird. Entscheidend ist nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks 18/11277, S. 32 f.), dass sich die Erforderlichkeit aus dem Verfahrensstoff ergibt, also z.B. in einem Wirtschaftsstrafverfahren o.Ä. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich diese Einschränkung allerdings nicht.

Hinweis

Ein Abstimmungsgespräch findet nach der ausdrücklichen Regelung in § 213 Abs. 2 StPO („erstinstanzlichen“) nicht im Berufungsverfahren statt.

Der Begriff des „besonders umfangreichen Verfahrens“ wird in den §§ 42, 51 RVG hinsichtlich der Gewährung einer Pauschgebühr verwendet. Zur Auslegung des Begriffs wird man daher grundsätzlich auf die dazu vorliegende Rspr. und Lit. zurückgreifen können (vgl. dazu Burhoff, in: Burhoff/Volpert, RVG Straf- und Bußgeldsachen, 5. Aufl. 2017, § 51 Rn 17 ff.; Burhoff, in: Gerold/Schmidt, RVG, 23. Aufl. 2017, § 51 Rn 15 ff.). Ob allerdings die vollständige Anwendung der Rechtsprechung zu den §§ 42, 51 RVG möglich ist, erscheint fraglich. Die Gesetzesbegründung geht nämlich davon aus, dass in den Fällen, in denen die Notwendigkeit von mehr als zehn Hauptverhandlungstagen sich nicht aus dem Verfahrensstoff ergibt, sondern auf andere Gründe zurückzuführen ist, z.B. also auf eingeschränkte Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten mit der Folge, dass immer nur kurze Hauptverhandlungstage durchgeführt werden können, oder auf die Verhinderung mehrerer Zeugen, die Regelung nicht Anwendung finden soll, wenn das Verfahren nicht zugleich auch in der Sache besonders umfangreich ist (BT-Drucks 18/11277, S. 32 f.). Abgesehen davon, dass die Abgrenzung in der Praxis kaum praktikabel erscheint, ergibt sich das aus der Regelung selbst nicht. Zudem ist nicht nachvollziehbar, warum bei einem Verfahren, dass z.B. wegen der eingeschränkten Verhandlungsfähigkeit des Ange-

Ggf. kann der Vorsitzende vom Abstimmungsgespräch absehen

Besonders umfangreiches Verfahren beim LG oder OLG

Rechtsprechung zu den §§ 42, 51 RVG anwendbar

klagten voraussichtlich länger als zehn Hauptverhandlungstage dauern soll, eine Abstimmung nicht erforderlich sein soll.

Hinweis

In i.S.d. Gesetzesbegründung zu § 213 Abs. 2 StPO weniger umfangreichen Verfahren können allerdings ohne Weiteres jederzeit auch Abstimmungsgespräche durchgeführt werden. Grundlage sind dann die §§ 202a, 212 StPO (BT-Drucks 18/11277, S. 33).

III. Inhalt des Abstimmungsgesprächs

Der Inhalt, den das Abstimmungsgespräch hat, folgt aus der in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks 18/11277, S. 32 f.) beschriebenen Zielsetzung der Regelung. Durch die Abstimmung des äußeren Ablaufs der Hauptverhandlung vor der Terminierung soll nämlich die frühzeitige Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten gefördert und damit zu einer effizienten Durchführung komplexer Hauptverhandlungen wesentlich beigetragen werden. Es geht also um die frühzeitige Abstimmung, welche Vorstellungen das Gericht und die Verfahrensbeteiligten von der im Verfahren erforderlichen Beweisaufnahme haben. Damit erhält aber nicht nur „das Gericht frühzeitig eine genauere Vorstellung von Art und Umfang der zu erwartenden Beweisaufnahme“ und kann dadurch – so die Gesetzesbegründung (BT-Drucks 18/11277, S. 32 f.) – eine bessere zeitliche und inhaltliche Planung der Hauptverhandlung vornehmen und spätere Verzögerungen vermeiden. Vielmehr erfährt durch die Teilnahme an einer solchen Abstimmung auch der Verteidiger etwas vom Umfang und Inhalt der vom Gericht vorgesehenen Beweisaufnahme. Denn eine „Abstimmung“ ist nur möglich, wenn beide Seiten die Karten auf den Tisch legen und ihr Programm und ihre Programmwünsche offenlegen. Für den Verteidiger ist es natürlich immer eine Frage des Einzelfalls und des Verteidigungsziels, ob er – ggf. so frühzeitig – seine Verteidigungsstrategie zumindest teilweise offenlegt. So kann ja z.B. aus dem Wunsch nach einem bestimmten Zeugen/einer Zeugengruppe auf die Verteidigungsstrategie rückgeschlossen werden.

Inhaltlich sind die Gespräche nach § 213 Abs. 2 StPO auf den äußeren Ablauf der Hauptverhandlung beschränkt (vgl. BT-Drucks 18/11277, S. 33; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 213 Rn 11). Es geht also um die Frage der Strukturierung der Hauptverhandlung, also z.B. wann welche Zeugen vernommen werden, wann Urkunden verlesen werden sollen (ggf. vor oder nach dem „Zeugenprogramm“?), wann im Verfahren tätige Sachverständige gehört werden oder auch, wann ggf. sitzungsfreie Zeit eingeplant wird, um Urlaube abwickeln zu können. Die Gespräche dienen nicht dem Inhalt der Hauptverhandlung, also z.B. der Frage, ob Verfahrensteile nach den §§ 153 ff. StPO eingestellt werden, ob bestimmte Beweisangebote gestellt werden oder nicht und erst recht nicht der Vorbereitung einer Verständigung i.S. des § 257c StPO.

Im Rahmen einer Faustregel wird man wie folgt abgrenzen können: Alles, was Ergebnisbezug hat, also über die organisatorische Vorbereitung der Hauptverhandlung hinausgeht, gehört nicht mehr in ein Abstimmungsgespräch nach § 213 Abs. 2 StPO, sondern muss einem Erörterungstermin i.S.d. §§ 202, 212 StPO vorbehalten bleiben. Daraus folgt: War Gegenstand des Gesprächs nur die organisatorische Vorbereitung der Hauptverhandlung, greift die Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO nicht (vgl. dazu Burhoff, HV, Rn 2064 und BVerfG NJW 2013, 1058, 1064 ff.; BGH NStZ 2013, 610; 2016, 668; 2017, 52). Sind die Erörterungen darüber hinausgegangen, hat es sich nicht mehr um ein Abstimmungsgespräch nach § 213

Zielsetzung: frühzeitige Abstimmung ...

... aber beschränkt auf den äußeren Ablauf

Faustregel

Praxisforum

Abs. 2 StPO gehandelt, sondern ggf. um eine Erörterung zur Vorbereitung einer Verständigung i.S. des § 257c StPO.

Hinweis

Insoweit besteht dann die Mitteilungspflicht des Vorsitzenden nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO. Wird die nicht erfüllt, kann/muss der Verteidiger diesen Verstoß nach § 344 Abs. 2 StPO mit der Verfahrensrüge geltend machen.

IV. Äußerer Rahmen der Abstimmungen

§ 213 Abs. 2 StPO sieht keine besondere Form für die Abstimmungen vor. Es ist also dem Vorsitzenden überlassen, wie er sie durchführt. Die Abstimmung kann telefonisch, z.B. im Rahmen einer Telefonkonferenz, erfolgen, aber auch, indem der Vorsitzende mit den „abstimmungsberechtigten“ Verteidigern, der StA und ggf. dem Nebenklägervertreter sukzessive telefoniert. Auch eine schriftliche Abstimmung ist möglich. Anbieten wird sich im Zweifel ggf. auch die Durchführung eines gemeinsamen Abstimmungstermins.

Abgestimmt werden muss mit dem Verteidiger, der Staatsanwaltschaft und ggf. dem Nebenklägervertreter. An der Abstimmung müssen also der Angeklagte und/oder der Nebenkläger nicht beteiligt werden. Ihre Rechte werden durch die Teilnahme des Verteidigers bzw. des Nebenklägervertreters gewahrt. Auch ein Einziehungsbeteiligter (§§ 73 ff. StGB) muss an einer organisatorischen Abstimmung nicht teilnehmen. Vorgesehen ist in § 213 Abs. 2 StPO die Abstimmung durch den Vorsitzenden. Das schließt aber nicht aus, dass der Vorsitzende die Abstimmung einem Mitglied der Strafkammer/des Senats, im Zweifel dem Berichterstatter, überträgt. An einem Termin können auch alle oder einzelne Berufsrichter teilnehmen.

Hinweis

Wird ein Abstimmungstermin durchgeführt, wird darüber und über das Ergebnis im Zweifel ein Aktenvermerk angefertigt werden, schon um das Ergebnis aktenkundig zu machen. Vorgeschrieben ist das aber nicht.

V. Revision

Bei der Neuregelung des § 213 Abs. 2 StPO handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift (BT-Drucks 18/11277, S. 33). Das bedeutet, dass auf das Unterlassen eines Abstimmungsgesprächs die Revision nicht gestützt werden kann (Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 213 Rn 12 a.E.). Ein Verstoß gegen § 213 Abs. 2 StPO kann allenfalls mittelbar Bedeutung haben, wenn es um Terminsschwierigkeiten des Verteidigers während des Verfahrens geht. Dann kann zur Stützung des (Revisions-) Vortrags auf das Unterlassen eines Abstimmungsgesprächs hingewiesen und damit untermauert werden, dass sich das Gericht ggf. nicht ausreichend bemüht hat, Terminskollisionen des Verteidigers zu beseitigen.

VI. Gebühren

Gebührenrechtlich handelt es sich bei einem ggf. stattfindenden Abstimmungstermin zwar um einen Termin außerhalb der Hauptverhandlung. Eine besondere Terminsgebühr ist für die Teilnahme des Verteidigers an dem Termin in Nr. 4102 VV RVG – ebenso wie für einen Termin nach den §§ 202a, 212 StPO – allerdings nicht vorgesehen. Die Teilnahme wird also mit der gerichtlichen Verfahrensgebühr Nrn. 4112, 4118 VV RVG abgegolten (Burhoff, RVGreport 2017, 402 = StRR Sonderheft 5/2018, 2).

Keine besondere Form

Teilnehmer

Ordnungsvorschrift

Keine Terminsgebühr

Verfahrensrecht

Durchsuchung; Anfangsverdacht; Volksverhetzung

Die Bezeichnung verschleierter Frauen als „verpacktes Vieh“ und die Aufforderung, Kopftuchträgerinnen als „es“ oder „er“ zu bezeichnen, rechtfertigen den Anfangsverdacht der Volksverhetzung. Eine deshalb angeordnete Durchsuchung verstößt nicht gegen Art. 13 Abs. 1 GG. (Leitsatz des Verfassers)

BVerfG, Beschl. v. 20.4.2018 – 1 BvR 37/17

I. Sachverhalt

Gegen den Beschwerdeführer wurde ein Ermittlungsverfahren wegen Volksverhetzung eingeleitet, nachdem der Verdacht aufgekommen war, er habe in Internetkommentaren verschleierte Frauen als „verpacktes Vieh“ bezeichnet und zudem geäußert, dass muslimische Frauen – zumindest soweit sie Kopftuch trügen – nicht mehr als Frauen und „sie“, sondern als „es“ oder „er“ (= der Kopftuchmoslem) anzusprechen seien.

Aufgrund dieses Verdachts ordnete das AG die Durchsuchung der Wohnung des Beschwerdeführers an. Als Ziel der Maßnahme wurde das Auffinden von Beweismitteln, insbesondere von internetfähigen Geräten, mit denen die verfahrensgegenständlichen Kommentare veröffentlicht worden seien, benannt.

Noch bevor die Durchsuchung vollzogen wurde, bot der Beschwerdeführer der StA an, sämtliche Medien, Computer oder sonstige in Betracht kommende elektronische Kommunikationsmittel freiwillig an die Polizei auszuhändigen. Dennoch wurde wenige Tage später die Durchsuchung durchgeführt.

Eine gegen den Durchsuchungsbeschluss erhobene Beschwerde sowie eine folgende Anhörsungsrüge wies das LG zurück. Die anschließend erhobene Verfassungsbeschwerde, mit der eine Verletzung u.a. der Meinungsfreiheit und der Unverletzlichkeit der Wohnung geltend gemacht wurde, hat das BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen.

II. Entscheidung

1. Die Meinungsfreiheit sei nicht verletzt. Nach Ansicht des BVerfG hält sich die Einordnung der Äußerungen als volksverhetzend i.S.d. § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB im fachgerichtlichen Wertungsrahmen. Die Feststellung, durch die vorgeschlagene Bezeichnung von Kopftuchträgerinnen als „es“ oder „er“ würde die Menschenwürde muslimischer Frauen angegriffen, sei verfassungsrechtlich vertretbar. Sie beziehe sich ersichtlich auf die in Deutschland lebenden Frauen und impliziere deren Objekthaftigkeit, mit der ihnen zugleich die Achtung als gleichberechtigte Personen abgesprochen werde. Eine ähnliche Herabwürdigung hätten die Fachgerichte in der Bezeichnung als „verpacktes Vieh“ sehen dürfen.

2. Die Durchsuchungsanordnung verstoße auch nicht gegen Art. 13 Abs. 1 GG. Die von den Fachgerichten vorgenommene Bewertung der angeordneten Durchsuchung als verhältnismäßig sei unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten noch tragfähig.

Die Einschätzung, die Durchsuchungsanordnung sei zur Erhärtung des Anfangsverdachts geeignet, halte sich ebenfalls im fachgerichtlichen Wertungsrahmen. Die Beurteilung der Frage, ob eine Untersuchung der beschlagnahmten Gegenstände

Verschleierte Musliminnen im Internet als „verpacktes Vieh“ und „es“ bezeichnet

Durchsuchung nach internetfähigen Geräten

Durchsuchung trotz angebotener freiwilliger Herausgabe vollzogen

Kein Verstoß gegen die Meinungsfreiheit

Auch Art. 13 Abs. 1 GG nicht verletzt

Rechtsprechungsreport

technisch dazu geeignet ist herauszufinden, ob der streitige Kommentar vom Beschwerdeführer stammt, liege im ermittlungstaktischen Ermessen der Strafverfolgungsorgane. Es sei aus der Ex-ante-Perspektive zumindest nicht auszuschließen, dass bei der Durchsuchung etwas gefunden werden würde, was auf die Urheberchaft des Beschwerdeführers hinsichtlich des genannten Kommentars schließen ließe. Die Anordnung der Durchsuchung sei zur Erhärtung des Anfangsverdachts auch erforderlich gewesen.

Nicht zu beanstanden sei ferner, dass das LG das Kooperationsangebot des Beschwerdeführers, alle gewünschten Gegenstände freiwillig herauszugeben, nicht als milderer, aber ebenso geeignetes Mittel zum Auffinden von Beweismitteln wie die angeordnete Durchsuchung eingestuft hat. Eine freiwillige Herausgabe lasse grundsätzlich mangels gleicher Eignung die Erforderlichkeit der Maßnahme nicht entfallen, da – sofern es sich dabei nicht um einen einzelnen, eindeutig zu identifizierenden Gegenstand handelt – nicht auszuschließen sei, dass der Betroffene lediglich einen Teil der bei ihm vorhandenen Geräte herausgibt.

Angesichts der Strafandrohung des § 130 Abs. 1 StGB stehe der in der Durchsuchung liegende Grundrechtseingriff auch in angemessenem Verhältnis zur Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts.

III. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung bringt keine wesentlichen Neuerungen. Die vorliegenden Äußerungen überschreiten ganz eindeutig die Grenze zur Strafbarkeit, sodass die Annahme, das BVerfG rücke im Bereich der Meinungsfreiheit von seiner sehr großzügigen Linie ab, verfehlt wäre. Nicht neu ist auch, dass das Angebot zur freiwilligen Herausgabe die Rechtmäßigkeit einer Durchsuchung grundsätzlich nicht entfallen lässt; dies war bisher schon geltende Rechtsprechung des BVerfG.

RiLG Thomas Hillenbrand, Stuttgart

Compliance: Durchsuchung einer Anwaltskanzlei anlässlich des „Diesel-Skandals“

Absolute Beweiserhebungs- und -verwendungsverbote wie in § 160a Abs. 1 StPO können nur in engen Ausnahmefällen zum Tragen kommen, insbesondere wenn eine Ermittlungsmaßnahme mit einem Eingriff in den Schutzbereich der Menschenwürde verbunden wäre, die jeder Abwägung von vornherein unzugänglich ist. Nur in solchen Fällen ist es zulässig, bereits eine Beweiserhebung generell zu untersagen und jede Verwendung gleichwohl erlangter Erkenntnisse auszuschließen. (Leitsätze des Verfassers)

BVerfG, Beschl. v. 27.6.2018 – 2 BvR 1405/17, 1780/17, 1562/17, 1287/17, 1583/17

I. Sachverhalt

Anlässlich eines in den USA geführten strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens wegen Abgasmanipulationen an Dieselfahrzeugen beauftragte die Volkswagen AG die internationale Rechtsanwaltskanzlei JD mit internen Ermittlungen, rechtlicher Beratung und der Vertretung gegenüber den US-amerikanischen Strafverfolgungsbehörden. Zum Zwecke der Sachaufklärung sichteten die Rechtsanwälte von JD innerhalb des Volkswagen-Konzerns eine Vielzahl von Dokumenten und führten konzernweit Befragungen von Mitarbeitern durch. Mit dem Mandat waren auch

Angebotene freiwillige Herausgabe steht Durchsuchung nicht entgegen

Angemessenes Verhältnis zur Schwere der Tat

Nichts wesentlich Neues

Durchsuchung und Sicherstellung in beauftragter Anwaltskanzlei

Rechtsanwälte aus dem Münchener Büro der Kanzlei befasst. Wegen der Vorgänge im Zusammenhang mit Dieselmotoren der Audi AG, die der Kanzlei JD selbst kein Mandat erteilt hatte, ermittelt die StA München II wegen des Verdachts des Betruges und strafbarer Werbung. Auf Antrag der StA ordnete das AG die Durchsuchung der Münchener Geschäftsräume der Kanzlei JD an. Bei der Durchsuchung wurden zahlreiche Aktenordner sowie ein umfangreicher Bestand an elektronischen Daten mit den Ergebnissen der internen Ermittlungen sichergestellt. Das AG bestätigte die Sicherstellung mit Entscheidungen. Die erhobenen Beschwerden waren erfolglos. Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde der Volkswagen AG, der Anwaltskanzlei JD sowie dreier Rechtsanwälte der Kanzlei nicht zur Entscheidung angenommen.

II. Entscheidung

1. Verfassungsbeschwerden der Volkswagen AG

Durch die Beschlüsse, mit denen die Sicherstellung der bei der Durchsuchung aufgefundenen Schriftstücke und Dateien richterlich bestätigt worden ist, sei die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen. Der Grundrechtseingriff sei jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Er finde seine Rechtsgrundlage in § 110 StPO.

Es verstoße nicht gegen Verfassungsrecht, dass die Fachgerichte mit der h.A. § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO, nach dem eine Ermittlungsmaßnahme unzulässig ist, die sich gegen einen Rechtsanwalt richtet und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die dieser das Zeugnis verweigern dürfte, im Bereich der Beschlagnahme (§ 94 StPO) bzw. der dieser vorausgehenden Sicherstellung zur Durchsicht nicht für anwendbar gehalten haben. Hiernach stelle § 97 StPO eine Spezialregelung für Beschlagnahmen dar, die § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO grundsätzlich verdrängt. Die Ansicht stütze sich auf § 160a Abs. 5 StPO, wonach die §§ 97, 100c Abs. 6 und 100g Abs. 4 StPO unberührt bleiben (LG Mannheim NStZ 2012, 713 = StRR 2013, 69 [Deutscher]; LG Bochum NStZ 2016, 500; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 160a Rn 17). Von Verfassungs wegen sei es nicht geboten, den absoluten Schutz des § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO auf den Bereich der Durchsuchungen einschließlich der vorläufigen Sicherstellung zum Zwecke der Durchsicht und auf Beschlagnahmen von Mandantenunterlagen eines Rechtsanwalts auszudehnen. Die Normierung eines absoluten Beweiserhebungs- und -verwendungsverbotes in § 160a Abs. 1 StPO beschränke die verfassungsrechtlich gebotene Effektivität der Strafverfolgung in erheblichem Maße. Derartige absolute Verbote könnten nur in engen Ausnahmefällen zum Tragen kommen, insbesondere wenn eine Ermittlungsmaßnahme mit einem Eingriff in den Schutzbereich der Menschenwürde verbunden wäre, die jeder Abwägung von vornherein unzugänglich ist. Nur in solchen Fällen ist es zulässig, bereits eine Beweiserhebung generell zu untersagen und jede Verwendung gleichwohl erlangter Erkenntnisse auszuschließen. Solche Gründe seien hier weder vorgetragen noch ersichtlich.

Soweit die Fachgerichte davon ausgegangen sind, § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO begründe ebenso wie § 97 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO ein Beschlagnahmeverbot nur im Rahmen eines Vertrauensverhältnisses zwischen einem Berufsgeheimnisträger und dem im konkreten Ermittlungsverfahren Beschuldigten, sei Verfassungsrecht ebenfalls nicht verletzt. Nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur schützt § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO nur das Vertrauensverhältnis zwischen dem Zeugnisverweigerungsberechtigten und dem im konkreten Strafverfahren Beschuldigten (LG Bochum a.a.O.; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 97 Rn 10a m.w.N.) Ein solches Verständnis stehe im Einklang mit dem Wortlaut, der Systematik, der Entstehungsgeschichte und

Maßnahmen verfassungsrechtlich zulässig

§ 160a Abs. 1 Satz 1 StPO nicht anwendbar

§ 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO steht nicht entgegen

dem Sinn und Zweck der Norm und sei ist nicht willkürlich. Eine erweiternde Auslegung von § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO, nach der der Beschlagnahmeschutz unabhängig von einem Berufsgeheimnisträger-Beschuldigten-Verhältnis besteht, sei verfassungsrechtlich nicht geboten. Sie würde zu einem weitreichenden Schutz vor Beschlagnahmen und darauf gerichteten Durchsuchungen bei Berufsgeheimnisträgern führen und die verfassungsrechtlich gebotene Effektivität der Strafverfolgung erheblich beschneiden. Auch bestünde ein hohes Missbrauchspotenzial. Beweismittel könnten gezielt in die Sphäre des Rechtsanwalts verlagert oder nur selektiv herausgegeben werden.

Gegen die Annahme der Fachgerichte, der Beschwerdeführerin komme eine Beschuldigtenstellung oder eine beschuldigtenähnliche Stellung im Sinne von § 97 Abs. 1 StPO nicht zu, sei aus verfassungsrechtlicher Sicht nichts zu erinnern. Insbesondere hat das Beschwerdegericht zur Beurteilung der Frage, unter welchen Voraussetzungen sich eine juristische Person in einer beschuldigtenähnlichen Verfahrensstellung befindet, einen vertretbaren Maßstab herangezogen. Es folgt im Ergebnis der wohl überwiegend vertretenen Ansicht, die den Beschlagnahmeschutz juristischer Personen gemäß § 97 Abs. 1 StPO zwar nicht davon abhängig macht, dass das Unternehmen bereits die förmliche Verfahrensstellung eines Beteiligungsinteressenten innehat, die dafür aber voraussetzt, dass eine künftige Nebenbeteiligung nach objektiven Gesichtspunkten in Betracht kommt. Von Verfassungs wegen sei es nicht geboten, eine beschuldigtenähnliche Stellung, die einen Beschlagnahmeschutz aus § 97 Abs. 1 StPO nach sich zieht, bereits dann anzunehmen, wenn ein Unternehmen ein künftiges gegen sich gerichtetes Ermittlungsverfahren lediglich befürchtet und sich vor diesem Hintergrund anwaltlich beraten lässt oder eine unternehmensinterne Untersuchung in Auftrag gibt. Dies gelte umso mehr, als es ohne objektive Kriterien kaum möglich erscheint, die Grenzen des Beschlagnahmeschutzes zuverlässig zu bestimmen. Die Fachgerichte müssten die Beschwerdeführerin auch nicht deshalb als Beschuldigte behandeln, weil sie in einem weiteren Ermittlungsverfahren der StA Braunschweig förmlich als Nebenbeteiligte wegen eines Ordnungswidrigkeitenvorwurfs geführt wird und deshalb dort eine beschuldigtenähnliche Verfahrensstellung einnimmt. Den Ermittlungsverfahren der StA München II und Braunschweig lägen unterschiedliche prozessuale Taten zugrunde. Der Verzicht auf eine Verbindung der Verfahren unterläge keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Beschwerdeführerin müsse auch nicht befürchten, dass Erkenntnisse aus den bei der Kanzlei JD sichergestellten Unterlagen und Daten, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht der Rechtsanwälte der Kanzlei erstreckt, im Verfahren der StA Braunschweig gegen sie verwertet werden. Für Unterlagen und Daten, die im Münchener Verfahren bei der Kanzlei sichergestellt wurden und für die im Braunschweiger Verfahren ein Beschlagnahmeverbot gemäß § 97 Abs. 1 StPO bestanden hätte, gelte im Braunschweiger Verfahren das Verwertungsverbot gemäß § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO, das im Bereich der Beschlagnahmen und Durchsuchungen nach allgemeiner Ansicht nicht durch § 160a Abs. 5 StPO ausgeschlossen wird (Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 97 Rn 50). An dieser Beurteilung ändere sich auch nichts, weil die Audi AG Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin ist.

2. Verfassungsbeschwerden der Kanzlei und der Rechtsanwälte

Die Verfassungsbeschwerde der amerikanischen Rechtsanwaltskanzlei JD sei – so das BVerfG – mangels Beschwerdeberechtigung, da sie keine inländische juristische Person im Sinne von Art. 19 Abs. 3 GG und damit nicht Trägerin von Grundrechten sei, unzulässig. Die Verfassungsbeschwerde der Rechtsanwälte sei unzulässig, weil eine Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführer nicht ersichtlich ist.

Keine beschuldigtenähnliche Stellung

Unzulässig

III. Bedeutung für die Praxis

Compliance ist bei Großunternehmen zur Problemverhinderung und zur Behandlung akuter Krisen aus straf- und haftungsrechtlichen Gründe mittlerweile üblich. Wird sie hausintern betrieben, ergeben sich für Durchsuchung und Sicherstellung keine Besonderheiten. Um Objektivität zu demonstrieren, werden allerdings in Krisensituationen häufig externe Anwälte oder Wirtschaftsprüfer eingeschaltet. Dann stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang sich hier aus §§ 97 Abs. 1, 160a Abs. 1 StPO Beweiserhebungs- und verwertungsverbote ergeben. Durch die Auslagerung besteht die gesetzlich hingegenommene Gefahr des Missbrauchs durch Lagerung von Unterlagen beim Anwalt oder Wirtschaftsprüfer, die dort anders als beim Auftraggeber selbst nicht beschlagnahmt werden dürfen. Hier lag die Besonderheit darin, dass die Volkswagen AG oder deren Mitarbeiter als Auftraggeberin der Compliance-Untersuchung nicht Beschuldigte des Verfahrens waren. Das BVerfG hat eingehend und überzeugend begründet, dass in dieser Konstellation kein Verbot der Beschlagnahme bestand, wobei der Volkswagen AG auch keine beschuldigtenähnliche Stellung zukommt. Bemerkenswert ist nicht nur, dass sich die Beschlüsse fast mehr wie fachstrafgerichtliche denn verfassungsgerichtliche Entscheidungen lesen. Selten hat das BVerfG mit solcher Deutlichkeit herausgestellt, dass absolute Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote mit Blick auf die Effektivität der Strafverfolgung eine enge Ausnahme bleiben müssen.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Keine Belehrung über Möglichkeit der Pflichtverteidigerbestellung

Auch dann, wenn der Angeklagte entgegen § 136 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 StPO a.F. (jetzt: § 136 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StPO) im Rahmen seiner polizeilichen Vernehmungen nicht darüber belehrt worden ist, dass ihm unter den Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 und 2 StPO ein Pflichtverteidiger bestellt werden kann, besteht kein Beweisverwertungsverbot, wenn die Belehrung aus Unwissenheit des Vernehmungsbeamten über das Bestehen der Verpflichtung unterblieben ist. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 6.2.2018 – 2 StR 163/17

I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten wegen „gemeinschaftlich begangenen Mordes“ zu einer Freiheitsstrafe von 13 Jahren verurteilt. Mit seiner dagegen gerichteten Verfahrensrüge hat der Angeklagte geltend gemacht, seine Angaben bei seiner Vernehmung seien unverwertbar, weil er entgegen § 136 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 StPO a.F. (jetzt: § 136 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 StPO) im Rahmen seiner polizeilichen Vernehmungen nicht darüber belehrt worden sei, dass ihm unter den Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 und 2 StPO ein Pflichtverteidiger bestellt werden könnte. Die Rüge hatte keinen Erfolg.

II. Entscheidung

Zwar seien die nach § 136 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 StPO a.F. notwendigen Belehrungen nicht erfolgt. Daraus folge aber – so der BGH – kein Verwertungsverbot.

Die Frage, ob das Unterbleiben des gesetzlich vorgeschriebenen Hinweises auf die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung zu einem Beweisverwertungsverbot führt, hat der BGH bisher nicht entschieden. Der 2. Strafsenat weist aber darauf hin,

Fragen der Compliance

Absolutes Beweisverwertungsverbot

dass der BGH bereits vor der gesetzlichen Einführung dieser Belehrungspflicht auch ohne gesetzliche Vorgabe im Einzelfall eine Pflicht zur Belehrung über die Möglichkeit einer unentgeltlichen Verteidigung bejaht und bei einem Verstoß hiergegen ein grundsätzliches Beweisverwertungsverbot abgelehnt hat (BGH NStZ 2006, 236, 237). Dies sei im Wesentlichen damit begründet worden, dass nur gravierende Verfahrensverstöße zu einem Beweisverwertungsverbot führen könnten und die Verletzung der Pflicht zur Belehrung über die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung nicht annähernd einer Verletzung der Pflicht zur Belehrung über die Möglichkeit einer Verteidigerkonsultation gleichkomme, die grundsätzlich ein Verwertungsverbot nach sich ziehe.

Daran hält der 2. Strafsenat auch nach der Einfügung der Belehrungspflicht in § 136 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 StPO a.F. fest. Die Annahme eines absoluten Beweisverwertungsverbots sei nicht geboten (ebenso Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl., § 136 Rn 21). Weder dem Gesetz, das Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.6.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren umsetzt, noch den Gesetzgebungsmaterialien oder auch der genannten Richtlinie lasse sich entnehmen, dass die Neuregelung das Ziel verfolge, die Verletzung der Belehrungspflicht hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen den von der Rechtsprechung für Verstöße gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO entwickelten Grundsätzen gleichzustellen. Dies gelte auch, wenn davon auszugehen sei, dass die neu eingefügte Regelung der Sache nach eine Erweiterung der Pflicht zur Belehrung über die Verteidigerkonsultation nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO darstelle (so im Ergebnis auch Schuhr, in: MüKo-StPO, § 136 Rn 38). Hieraus folge nicht, dass auch hinsichtlich der Rechtsfolgen an diese Regelung anzuknüpfen wäre (a.A. aber Schuhr, a.a.O.). Wie der BGH in seinen Entscheidungen zur alten Rechtslage ausgeführt habe, bleibe die Verletzung der Pflicht nach § 136 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 StPO a.F. in ihrer Bedeutung hinter derjenigen nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO zurück, die die grundsätzliche Zugangsmöglichkeit zu einem Verteidiger als solchen betrifft. Es handele sich insoweit um eine für die Rechtsstellung des Beschuldigten als Verfahrenssubjekt konstitutive Bestimmung, deren Verletzung in aller Regel zur Annahme eines Beweisverwertungsverbots führen muss (vgl. dazu Schneider, NStZ 2016, 552, 554). Damit seien die Regelungen über die Bestellung eines Pflichtverteidigers, die nicht absolut gelten und vom Vorliegen der in § 140 Abs. 1 und 2 StPO genannten Voraussetzungen abhängig sind, nicht vergleichbar. Hinzu komme, dass der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren kein eigenes Antragsrecht auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers habe, sondern lediglich anregen könne, dass die Staatsanwaltschaft von ihrem Antragsrecht Gebrauch mache. Hieran habe im Übrigen – wie die Gesetzesbegründung klarstelle – die Ergänzung der Vorschrift nichts ändern sollen (vgl. BT-Drucks 17/12578, 16).

Der BGH verneint dann auch ein relatives, im Rahmen einer einzelfallbezogenen Abwägung festzustellendes Verwertungsverbot. Das LG habe in seinem den Widerspruch gegen die Verwertung zurückweisenden Beschluss zutreffend in den Blick genommen, dass das staatliche Verfolgungs- und Aufklärungsinteresse – wie hier – bei einem Tötungsdelikt besonders hoch ist, die Belehrung nicht bewusst oder willkürlich, sondern aus Unkenntnis der Vernehmungsbeamten über die Neuregelung unterblieben sei und damit der festgestellte Verstoß von geringerem Gewicht sei. Zudem gebe es keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, die Angeklagten hätten im Rahmen ihrer ersten Vernehmung Angaben zur Sache gemacht, weil sie mangels wirtschaftlicher Mittel keine Möglichkeit gesehen hätten, sich eines Verteidigers zu bedienen.

Fortgeltung der alten Rechtsprechung

Relatives Beweisverwertungsverbot

III. Bedeutung für die Praxis

1. Mich machen solche Entscheidungen ärgerlich und lassen mich dann auch ratlos zurück. Denn ich frage mich: Was sollen eigentlich die ganzen neuen Belehrungspflichten, die in Umsetzung der Vorgaben aus Brüssel durch Gesetze eingeführt werden, die wie hier das „Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren“ v. 2.7.2013 (BGBl I, S. 1938) auch noch das Wort „Stärkung der Beschuldigtenrechte“ o.Ä. im Namen führen, wenn diesen Worten dann nicht auch Taten folgen. Oder anders gefragt: Wie will man eigentlich die Ermittlungsbehörden anhalten, die Vorgaben neuer gesetzlicher Vorschriften umzusetzen, wenn man sie nicht bestraft, wenn sie dies nicht tun? Also die Angaben, die Beschuldigte trotz unzureichender Belehrungen machen, dann als unverwertbar ansieht? Tut man dies nicht, kann man sich m.E. die gesetzlichen Neuregelungen, die – wie dieser Fall anschaulich zeigt – den Vernehmungsbeamten häufig ja noch nicht einmal bekannt sind, sparen. Zumal der BGH den allgemeinen Satz „Dummheit schützt vor Strafe nicht“ umkehrt und nach dem Satz verfährt: „Dummheit schützt vor Strafe“. Wenn es dem Gesetzgeber wirklich ernst mit der Stärkung von Beschuldigtenrechten ist, dann würde er endlich gesetzliche Beweisverwertungsverbote einführen und dem obergerichtlichen „Eiertanz“ der Abwägungslehre, den wir hier auch wieder lesen müssen, ein Ende bereiten. Aber das ist im Grunde nicht gewollt. Und das wird sich auch in den kommenden Jahren der GroKo nicht ändern. Deren Koalitionsvertrag lässt vielmehr Schlimmes erahnen.

2. Als Verteidiger muss man sich auf die Situation einstellen und zumindest die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen dafür schaffen, in der Revision ein Beweisverwertungsverbot überhaupt geltend machen zu können, also Widerspruch einlegen gegen die Verwertung der inkriminierten Angaben. Bekanntlich stirbt die Hoffnung ja zuletzt.

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

Es bleibt bei der Widerspruchslösung ...

Die Rüge unzulässiger Verwertung von Durchsuchungsfunden erfordert einen Widerspruch in der Hauptverhandlung. (Leitsatz des Gerichts)

BGH, Beschl. v. 9.5.2018 – 5 StR 17/18

I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten wegen unerlaubten bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge verurteilt. Hiergegen richtet sich die u.a. mit einer Verfahrensrüge begründete Revision des Angeklagten. Der Angeklagte hat die Verwertung von in seiner Wohnung bei einer Durchsuchung gefundenen Betäubungsmitteln vor folgendem Hintergrund gerügt: Die Wohnungsdurchsuchung erfolgte zunächst aufgrund eines gegen den gemeldeten Wohnungsinhaber F. wegen Betrugsvorwürfen richterlich angeordneten Durchsuchungsbeschlusses. Nachdem die Polizei durch eine offenstehende Tür die Wohnung betreten, niemanden angetroffen, aber zufällig Rauschgift gefunden und teilweise sichergestellt hatte, wechselte sie das Schloss aus und wartete. Als der Angeklagte die Wohnung betreten wollte, wurde er festgenommen. Am nächsten Tag setzten die Polizeibeamten die Durchsuchung fort und stellten weitere Betäubungsmittel sicher. Der Verwertung der an diesem Tag sichergestellten Beweismittel hatte der Verteidiger in der Hauptverhandlung widersprochen; nur insoweit rügt die Revision einen Verstoß gegen ein Beweisverwertungsverbot. Die Revision des Angeklagten hatte keinen Erfolg.

Ratlos

Auf die Situation einstellen

Widerspruch gegen Ergebnisse der Durchsuchungen

II. Entscheidung

Nach Auffassung des BGH ist die auf ein Beweisverwertungsverbot gerichtete Verfahrensrüge unzulässig, weil sie nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO entspreche. Der Vortrag zum Widerspruch sei unvollständig. Hänge die Beachtung eines Beweisverwertungsverbots in der Revisionsinstanz von der Erhebung eines Widerspruchs in der Hauptverhandlung ab, müsse der Revisionsführer hierzu vollständig vortragen (vgl. Cirener/Herb, NStZ-RR 2018, 97, 99 m.w.N.).

Die Erhebung eines Widerspruchs sei – so der BGH – aber auch bei Beweisverwertungsverboten, die aus Fehlern bei einer Wohnungsdurchsuchung resultieren sollen, Voraussetzung einer entsprechenden Revisionsrüge. Soweit der 2. Strafsenat – in diesem Punkt nicht tragend – die gegenteilige Auffassung vertreten habe (vgl. BGHSt 61, 266 = StRR 4/2017, 10 m. Anm. Deutscher = NStZ 2017, 367 m. Anm. Basdorf; offen gelassen von BGHSt 51, 285, 296 f. = StRR 2017, 145, folge der Senat dem nicht. Beweisverwertungsverbote, die aus einem Verstoß gegen Verfahrensvorschriften bei der Beweisgewinnung abgeleitet werden, werden durch den jeweiligen Gesetzesverstoß begründet und seien in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu beachten (BGH NJW 2017, 1828, 1829 m.w.N. und vom 22.2.2018 – StB 29/17). Unterlasse es der verteidigte Angeklagte, in der Hauptverhandlung der Beweisverwertung zu widersprechen, führe dies für die Revision zur Rügepräklusion (BGHSt 50, 272; 60, 38, 43 f. m.w.N.). Das Recht, sich auf das Verwertungsverbot zu berufen, gehe verloren, wenn der verteidigte (oder entsprechend belehrte) Angeklagte in der tatrichterlichen Verhandlung der Verwertung und der ihr vorangehenden Beweiserhebung nicht widersprochen habe (BGHSt 38, 214, 226 m.w.N.).

Sinn und Zweck der Widerspruchsobliegenheit sei es, auf den Einwand des Betroffenen hin dem Tatgericht in der Hauptverhandlung die Möglichkeit und Veranlassung zu geben, dem gerügten Verfahrensfehler freibeweislich im Einzelnen nachzugehen (vgl. BGHSt 52, 38, 42 f.). Dem verteidigten Angeklagten (und den sonst von einem Beweisverwertungsverbot Betroffenen) werde im Interesse der Schonung von Justizressourcen – orientiert am Subsidiaritätsgedanken – die frühestmögliche zumutbare Geltendmachung einer Rechtsverletzung abverlangt, um in der Hauptverhandlung vor dem Tatgericht die Frage des Verwertungsverbots eingehend prüfen und gegebenenfalls Abhilfe schaffen zu können (vgl. ausführlich dazu Basdorf, StV 2010, 414, 416; Mosbacher, FS Rissing-van Saan, 2011, S. 357 ff. m.w.N.). Dementsprechend folge die Begründung des Widerspruchserfordernisses nicht aus der Dispositionsbefugnis des Angeklagten, sondern aus dem Gedanken subsidiären Rechtsschutzes. Eine Differenzierung des Widerspruchserfordernisses innerhalb unselbstständiger Beweisverwertungsverbote überzeuge deshalb nicht (Basdorf, NStZ 2017, 370, 371).

Im Einzelnen fehlte dem BGH der Vortrag, welche Betäubungsmittel konkret am ersten und welche am zweiten Tag der Durchsuchung sichergestellt worden sind. Dies hätte sich, wie der BGH vermutet, aus jeweiligen Durchsuchungsberichten, deren Inhalt nicht näher mitgeteilt wird, ergeben. Damit bleibe letztlich unklar, gegen die Verwertung welcher Betäubungsmittelfunde sich der Widerspruch des Angeklagten in der Hauptverhandlung gerichtet hat und inwieweit die Beweisverwertung überhaupt gerügt werde.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Seit der Entscheidung des 2. Strafsenats in BGHSt 61, 266 = StRR 4/2017, 10 m. Anm. Deutscher war die Widerspruchslösung wieder in der Diskussion. Das zeigte sich auch an den beiden auch vom 5. Strafsenat nun angeführten Literaturstimmen

Verfahrensrüge nicht ausreichend begründet

Widerspruch auch bei Durchsuchungen erforderlich

Interesse der Schonung von Justizressourcen

Welche Betäubungsmittel wurden wann beschlagnahmt?

Widerspruchslösung lebt

Rechtsprechungsreport

von Basdorf und Mosbacher. Wer sich also über die Entscheidung des 2. Strafsenats gefreut und gemeint hatte, die Widerspruchslösung sei – zumindest teilweise – tot, der wird nun auch vom 5. Strafsenat eines Besseren belehrt, getreu dem Spruch: Totgesagte leben länger. Und ich wage die Voraussage: Die anderen Strafsenate werden die bzw. „ihre“ Widerspruchslösung mit Zähnen und Klauen verteidigen. Das ist dem Beschluss des 5. Strafsenats mehr als deutlich anzumerken. Und: Die Argumentation für die Widerspruchslösung ändert sich. War es früher die „Dispositionsbefugnis des Angeklagten“, die im Vordergrund stand (vgl. u. BGHSt 38, 214), sind es jetzt das „Interesse der Schonung von Justizressourcen – orientiert am Subsidiaritätsgedanken“ und der „Gedanke subsidiären Rechtsschutzes“. Die knappen Justizressourcen erlauben inzwischen also alles, wohl selbst die Verwertung kontaminierter Beweismittel.

Allerdings: Der 5. Strafsenat hatte es mit seiner Absage an die Rechtsprechung des 2. Strafsenats einfach, denn der von diesem angedachte teilweise Abgang auf die Widerspruchslösung war „nicht tragend“. Damit stellte sich für den 2. Strafsenat nicht die Frage einer Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen. Die Ausführungen des 5. Strafsenats sind jetzt allerdings tragend. Man darf also gespannt sein, ob die Frage sich damit demnächst auf dem Weg zum Großen Senat befindet, wenn der 2. Strafsenat ggf. an seiner Rechtsprechung – tragend – festhält.

2. Für den vorsichtigen Verteidiger bleibt es dabei: Der sich abzeichnende Streit in der Rechtsprechung der Senate des BGH wird ihn erst recht veranlassen, in allen Fällen Widerspruch einzulegen. Also: Nach wie vor. Allerdings auch nach wie vor: Der Widerspruch in der Hauptverhandlung nutzt dem Mandanten nichts, wenn dann nicht später in der Revision ausreichend und umfangreich vorgetragen wird. Diese Entscheidung des BGH ist dafür ein „schönes“ (?) Beispiel.

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

Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen rechtzeitige Pflichtverteidigerbestellung

1. Zur Frage, wann einem Angeklagten, der zum Zeitpunkt der richterlichen Vernehmung eines Zeugen keinen Verteidiger hat, ein Verteidiger bestellt werden muss.

2. Wird gegen die Pflicht zur rechtzeitigen Bestellung eines Pflichtverteidigers verstoßen, führt dies nicht zur Unverwertbarkeit der Aussage der richterlichen Verhörsperson, sondern – vergleichbar mit Fällen einer pflichtwidrig versagten Beteiligung an der richterlichen Vernehmung oder des anonymen Zeugen – zu besonders strengen Beweis- und Begründungsanforderungen im tatrichterlichen Urteil. (Leitsätze des Gerichts)

OLG Hamm, Beschl. v. 15.5.2018 – 4 RVs 47/18

I. Sachverhalt

Dem Angeklagten ist der Vorwurf der gefährlichen Körperverletzung gemacht worden. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens ist die Belastungszeugin T richterlich vernommen worden. Der Angeklagte war von dieser Vernehmung ausgeschlossen, ohne dass ihm ein Pflichtverteidiger bestellt wurde. In der Hauptverhandlung hat das AG u.a. den Vernehmungsrichter als Zeugen vernommen sowie einen Arztbericht verlesen und Lichtbilder in Augenschein genommen. Das AG hat den Angeklagte freigesprochen. Auf die gegen das Urteil gerichtete Berufung der Staatsanwaltschaft

Großer Senat?

Immer widersprechen

Richterliche Vernehmung ohne Pflichtverteidiger

Rechtsprechungsreport

hat das LG das amtsgerichtliche Urteil aufgehoben und den Angeklagten verurteilt. Die Revision des Angeklagten hatte keinen Erfolg.

II. Entscheidung

Nach Auffassung des OLG war nicht zu beanstanden, dass das LG von der Verwertbarkeit der Aussage der richterlichen Verhörfperson ausgegangen sei. Zwar sei zutreffend, dass für den Angeklagten, der zum Zeitpunkt der richterlichen Vernehmung der Zeugin keinen Verteidiger gehabt habe, nach § 141 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK ein Verteidiger hätte bestellt werden müssen. Denn jedenfalls im Verlauf der richterlichen Vernehmung, von der A gemäß § 168c Abs. 3 StPO ausgeschlossen worden sei, habe sich abgezeichnet, dass die Mitwirkung eines Verteidigers im gerichtlichen Verfahren notwendig sein würde. Es hätten bereits Vorwürfe massiver und mehrfacher Misshandlungen im Raum gestanden. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers sei erst nach Erhebung der Anklage erfolgt. Zwar habe der Angeklagte von der richterlichen Vernehmung der Belastungszeugin ausgeschlossen werden und eine Benachrichtigung von der Vernehmung gemäß § 168c Abs. 3 und 5 StPO unterbleiben dürfen. Denn sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Ermittlungsrichterin hätten eine Gefährdung des Untersuchungserfolges bejaht. Der so entstandenen Beschränkung des Fragerechts des Angeklagten hätte allerdings durch die Bestellung eines Pflichtverteidigers begegnet werden müssen. Dieses Versäumnis mindere zwar den Beweiswert des Vernehmungsergebnisses, das durch den Rückgriff auf die Vernehmungsrichterin zur Grundlage der Urteilsfindung geworden sei. Der im Vorverfahren begangene Verfahrensfehler wirke mithin in der Hauptverhandlung fort; dies unterliege der revisionsrechtlichen Prüfung.

Der dargestellte Verfahrensfehler führe aber nicht zur Unverwertbarkeit der Aussage der richterlichen Verhörfperson, sondern – vergleichbar mit Fällen einer pflichtwidrig versagten Beteiligung an der richterlichen Vernehmung oder des anonymen Zeugen – zu besonders strengen Beweis- und Begründungsanforderungen. Zum einen habe der Tatrichter zu beachten, dass die Glaubwürdigkeitsbeurteilung mit dem Instrumentarium der Aussageanalyse begrenzt sei, weil die Aussage durch das Fehlen eines kontradiktorischen Verhörs nur beschränkt aufgeklärt und vervollständigt werden könne. Auf die Angaben des Vernehmungsrichters könne eine Feststellung daher nur dann gestützt werden, wenn diese Bekundungen durch andere wichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestätigt würden. Dass eine Überprüfung der von dem Vernehmungsrichter wiedergegebenen Aussage nach diesen Maßstäben erfolgt sei, müsse der Tatrichter in einer für das Revisionsgericht nachprüfaren Weise im Urteil deutlich machen. Diesen Maßstäben genüge nach Auffassung des OLG das Urteil des LG. Darüber hinaus habe das LG zutreffend auf außerhalb der Aussage stehende, wichtige Gesichtspunkte abgestellt.

III. Bedeutung für die Praxis

Eine erstaunliche Entscheidung. Erstaunlich deshalb, weil das OLG mit keinem Wort auf die durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I, S. 3202) geschaffene neue Rechtslage eingeht, sondern sich auf die zum alten Recht ergangene Rechtsprechung zurückzieht (vgl. dazu BGHSt 34, 231; BGHSt NSTz 1998, 312; BGH StV 2017, 776; s.a. noch BGHSt 46, 93, 103). Zwar hat zum Zeitpunkt der Vernehmung der Belastungszeugin der neue § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO noch nicht gegolten, die Neuregelung hat aber genau den hier vom OLG entschiedenen Fall im Auge und sieht dafür jetzt zwingend die Bestellung eines Pflichtverteidigers vor (vgl. dazu Burhoff StRR 5/2018, 4 ff.).

Verteidiger hätte bestellt werden müssen

Kein Beweisverwertungsverbot

Kein Eingehen auf neue Rechtslage

Man hätte daher m.E. schon erwarten können, dass das OLG im Hinblick auf die neue Rechtslage – ich gehe davon aus, dass diesem dem OLG bekannt ist – und die Intention des Gesetzgebers dann vielleicht doch einmal zu der neu zu entscheidenden Frage eines Beweisverwertungsverbotes Stellung nimmt und nicht einfach nur alten Wein in neuen Schläuchen präsentiert. An anderer Stelle hat man ja – wenn es zu Lasten der Angeklagten geht – auch kein Problem damit, die Neuregelung auf Altfälle anzuwenden (vgl. OLG Rostock StRR 4/2018, 13 betreffend „Richtervorbehalt“). Hätte man das getan, hätte man m.E. nicht mehr guten Gewissens ein Beweisverwertungsverbot verneinen und sich auf die Beweiswürdigungslösung des BGH, die ja auch nicht unumstritten ist, zurückziehen müssen. Denn das Gesetz verlangt in dem hier entschiedenen Fall vergleichbaren Fällen jetzt ausdrücklich einen Pflichtverteidiger. Wird der nicht bestellt, wird man das sanktionieren müssen. Denn was sollen alle Gebote, wenn deren Übertretung keine Folgen haben soll. Dann sind sie nichts als Lippenbekenntnisse.

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

StGB/Nebengebiete

Gefahrverwirklichungszusammenhang bei § 315c StGB

Bei der Straßenverkehrgefährdung nach § 315c StGB muss ein innerer Zusammenhang zwischen der herbeigeführten Gefahr und den mit den verschiedenen Tatbestandsalternativen typischerweise verbundenen Risiken in der Weise bestehen, dass sich in der eingetretenen Gefahrenlage gerade das spezifische Risiko der Tathandlung verwirklicht hat. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 15.3.2018 – 4 StR 469/17

I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten u.a. wegen vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs verurteilt. Der Angeklagte befuhr mit einem Pkw die linke von zwei Geradeauspuren einer Straße in Richtung einer Kreuzung. Im Bereich dieser Kreuzung ist die Straße neben den beiden Geradeauspuren mit einer Linksabbiegespur ausgebaut. Der sich mit deutlich überhöhter Geschwindigkeit der Kreuzung nähernde Angeklagte, der die Kreuzung in Geradeausrichtung passieren, sich aber nicht hinter den auf den Geradeauspuren haltenden Fahrzeugen einreihen wollte, wechselte auf die freie Linksabbiegespur und verlangsamte zunächst wegen des unverändert andauernden Rotlichts seine Geschwindigkeit. Er hatte vor, die im Geradeausverkehr haltenden Fahrzeuge links zu überholen, anschließend im Kreuzungsbereich auf eine der Geradeauspuren zurückzuwechseln und auf diese Weise vor den haltenden Fahrzeugen die Kreuzung zu überqueren. Er fuhr bei Rotlicht mit einer Geschwindigkeit von 40 bis 60 km/h über die Haltelinie in die Kreuzung ein, wo er mit einem auf der Fußgänger- und Radwegefurt bei Grünlicht querenden Radfahrer kollidierte. Der Angeklagte hatte ihn aufgrund der Beeinträchtigung der Sicht durch die vor der Lichtzeichenanlage haltenden Fahrzeuge erst ca. eine Sekunde vor dem Überfahren der Haltelinie wahrgenommen, die Kollision aber durch Abbremsen oder Ausweichen nicht mehr verhindern können. Bei dem Zusammenstoß erlitt der Radfahrer lebensgefährliche Verletzungen. Auf die Revision des Angeklagten hat der BGH lediglich den Schuldspruch auf fahrlässige Gefährdung des Straßenverkehrs geändert.

Vorfahrt beim Überholen missachtet

II. Entscheidung

Indem der Angeklagte trotz Rotlichts in die Kreuzung fuhr und mit dem vorrangberechtigten Radfahrer zusammenstieß, habe er fahrlässig den Tatbestand der Straßenverkehrsgefährdung in der Begehungsvariante des § 315c Abs. 1 Nr. 2a, Abs. 3 Nr. 2 StGB verwirklicht. Eine Vorfahrtsverletzung im Sinne des § 315c Abs. 1 Nr. 2a StGB begehe auch, wer bei Rotlicht in eine Kreuzung einfährt und dadurch den bevorrechtigten Querverkehr beeinträchtigt (OLG Düsseldorf NZV 1996, 245; OLG Karlsruhe VRS 107, 292).

Dagegen erfülle die Fahrweise des Angeklagten weder die tatbestandlichen Voraussetzungen eines vorsätzlichen falschen Überholens nach § 315c Abs. 1 Nr. 2b, Abs. 3 Nr. 1 StGB noch liege eine fahrlässige Gefährdung des Straßenverkehrs in der Tatbestandsalternative des § 315c Abs. 1 Nr. 2d, Abs. 3 Nr. 2 StGB vor. Ob hier ein Überholen i.S.d. Norm vorlag, könne dahinstehen. Denn der Annahme einer vorsätzlichen Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315c Abs. 1 Nr. 2b, Abs. 3 Nr. 1 StGB stehe jedenfalls entgegen, dass sich in der Gefährdung und Schädigung des Radfahrers kein Risiko verwirklichte, das sich gerade aus der Nichtbeachtung der durch eine entsprechende Fahrbahnmarkierung getroffenen Anordnung zur Fahrtrichtung ergab. Der Tatbestand des § 315c Abs. 1 StGB setze voraus, dass die unter eine der verschiedenen Begehungsvarianten zu subsumierende Tathandlung zu einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert geführt hat. Wie dem Wortlaut der Norm („und dadurch“) zu entnehmen sei, muss ein innerer Zusammenhang zwischen der herbeigeführten Gefahr und den mit den verschiedenen Tatbestandsalternativen typischerweise verbundenen Risiken in der Weise bestehen, dass sich in der eingetretenen Gefahrenlage gerade das spezifische Risiko der Tathandlung verwirklicht hat (BGH NSTZ 2007, 222; BayObLG VRS 64, 371). Dass der Gefahrenerfolg nur gelegentlich der Tathandlung des § 315c Abs. 1 StGB eintritt, reiche dagegen nicht (BGH a.a.O.). Bei dem festgestellten Unfallgeschehen fehle es an dem erforderlichen Gefahrverwirklichungszusammenhang, weil die zu dem Körperschaden führende Gefährdung des Radfahrers durch das Einfahren in die Kreuzung unabhängig davon eingetreten ist, in welcher Fahrtrichtung der Angeklagte im Kreuzungsbereich seine Fahrt fortsetzen wollte. Der Zusammenstoß hätte sich bei einem Überholen unter Einhaltung des Richtungsgebots in gleicher Weise ereignet.

Die an die Regelung des § 3 Abs. 1 StVO anknüpfende Begehungsalternative des § 315c Abs. 1 Nr. 2d StGB verwirkliche unter anderem, wer an Straßenkreuzungen die nach der konkreten Verkehrslage gebotene Geschwindigkeit überschreitet. Dies sei etwa der Fall, wenn der Fahrzeugführer vor der Straßenkreuzung so schnell fährt, dass er seinen straßenverkehrsrechtlichen Pflichten im Kreuzungsbereich nicht mehr entsprechen kann. Ob auch das bloße Einfahren in eine Kreuzung unter Missachtung eines Haltegebots als zu schnelles Fahren erfasst werden kann, brauche der Senat nicht zu entscheiden. Denn einem sich allein aus einer Vorfahrtsverletzung ergebenden Fahren mit nicht angepasster Geschwindigkeit käme angesichts der ohnehin erfüllten Tatbestandsvariante des § 315c Abs. 1 Nr. 2a StGB keine eigenständige unrechtsteigernde Bedeutung zu.

III. Bedeutung für die Praxis

Der BGH moniert recht häufig die unvollständigen Feststellungen der Tatgerichte zum Vorliegen einer konkreten Gefahr bei der Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315c StGB. Aber auch wenn eine solche Gefahr wie hier vorliegt, erfordert der Tatbestand bei der Zurechnung einen spezifischen Schutzzweckzusammenhang

Vorfahrtsverstoß

Kein Gefahrverwirklichungszusammenhang beim Überholverstoß

Keine eigenständige Bedeutung der Geschwindigkeitsüberschreitung

Schutzzweckzusammenhang

zwischen dem tatbestandlich erfassten Fehlverhalten und dem eingetretenen Gefahrerfolg (BayObLG NZV 1989, 360 m. Anm. Deutscher u. Bespr. Peters, NZV 1990, 260). Der 4. Senat seziert hier präzise die verschiedenen, potenziell einschlägigen Tatvarianten der „sieben Todsünden“ in § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB und kommt zu einem überzeugenden Ergebnis. Eine vergleichbare Frage stellt sich auch bei dem ähnlich strukturierten gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr nach § 315b StGB: Dieser Tatbestand setzt voraus, dass die konkrete Gefahr für eines der in § 315b Abs. 1 StGB genannten Schutzobjekte jedenfalls auch auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte zurückzuführen ist. Gibt der Täter mit bedingtem Tötungsvorsatz aus seinem fahrenden Fahrzeug einen Schuss mit einer halbautomatischen Selbstladepistole auf den Fahrer eines im Tatzeitpunkt neben ihm befindlichen Fahrzeugs ab, liegt kein gefährlicher Eingriff i.S.d. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB vor, da der Schaden ausschließlich auf der durch den Pistolenschuss freigesetzten Dynamik der auftreffenden Projektile beruht (BGH NZV 2016, 40; NSTZ-RR 2017, 356 = StraFo 2017, 474 = NZV 2018, 42 [Kerkmann]).

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Rückforderungsanspruch bei Schlechterfüllung einer Prostituierten?

Bei einer Schlechterfüllung der vereinbarten Leistungen einer Prostituierten entsteht nach der Wertung des § 2 Satz 2 ProstG kein (anteiliger) Rückforderungsanspruch, weshalb insofern ein Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB ausgeschlossen ist. (Leitsatz des Verfassers)

AG Reutlingen, Beschl. v. 3.4.2018 – 5 Cs 24 Js 4686/18

I. Sachverhalt

Die Angeschuldigte diene unter Vorspiegelung ihrer vollen Leistungswilligkeit dem Anzeigerstatter an, ihm ab 21.30 Uhr zwei Stunden lang „full service“ und „ohne Tabus“ sexuelle Dienstleistungen für 350 EUR zu erbringen. Im Vertrauen auf ihre Leistungswilligkeit übergab der Anzeigerstatter ihr vor Aufnahme der sexuellen Handlungen nach Erscheinen in seiner Wohnung gegen 21.45 Uhr die verlangten 350 EUR in bar. Vorgefasster Absicht entsprechend kleidete sich die Angeschuldigte gegen 22.00 Uhr nach dem ersten geschlechtlichen Verkehr wieder an und verließ die Örtlichkeit, ohne zu weiteren sexuellen Handlungen bereit zu sein. Dem Anzeigerstatter soll hierdurch ein entsprechender Schaden in Höhe von etwa 300 EUR entstanden sein. Das AG hat den Erlass des von der StA wegen Betrugs beantragten Strafbefehls abgelehnt.

II. Entscheidung

Einem Betrug stehe entgegen, dass die Rückforderung des Anzeigerstatters sittenwidrig sei, jedenfalls aber nicht bestehe. Ein Erfüllungsbetrug scheidet deswegen aus. Resultieren Ansprüche aus einem sittenwidrigen oder verbotenen Rechtsgeschäft (§§ 134, 138 BGB), so könnten sie wegen ihres Widerspruchs zu außerstrafrechtlichen Vorschriften auch im Rahmen des § 263 StGB keinen Schutz genießen. Für den Bereich der Prostitution habe der Gesetzgeber das im ProstG abschließend geregelt und Zweifelsfragen geklärt. Der Freier einer Prostituierten habe keinen Anspruch auf die Erbringung der sexuellen Dienstleistung. Ihm bleibe nur die Möglichkeit nach § 2 Satz 2 ProstG, die Zahlung zu verweigern mit dem Einwand, die Prostituierte habe eine zugesagte Leistung nicht erbracht. Rechtlich fehlgehe im Anwendungsbereich des ProstG hingegen die pauschale Annahme, in der Vereitelung eines Rückzahlungs-

Vorgetäuschte Leistungsbereitschaft

Grundlagen

anspruches müsse ein Vermögensschaden gesehen werden. Dabei werde übersehen, dass der Prostitutionsvertrag nach der klaren gesetzlichen Regelung (hierzu: Bamberger/Roth/Hau/Posek, 45. Edition, ProstG, § 1 Rn 5) als einseitig verpflichtender Dienstvertrag ausgestaltet ist und ein Rückforderungsanspruch wegen Schlechterfüllung rechtlich nicht besteht. Die Vorschrift diene nur der Verbesserung der rechtlichen Stellung der Prostituierten, indem diesen die Begründung einer Entgeltforderung ermöglicht wird, nicht hingegen derjenigen ihrer Kunden, von Zuhältern, Bordellbetreibern oder sonstigen Dritten (BT-Drucks 14/5958, 4), weswegen Letztere mit ihren Ansprüchen nicht von dem gesetzlichen Ausnahmefall von § 138 BGB profitieren. Zwar sei, da das Gesetz in § 2 ProstG Einwendungen und Einreden behandelt, wohl noch vertretbar, dass auch der Freier im Falle der Nichtleistung eines gewissen Schutzes bedarf, weswegen angenommen werden mag, dass der Freier den vereinbarten Dirnenlohn herausverlangen kann, wenn er diesen zahlt, bevor ihm die hierfür zugesagten Dienste gewährt werden, wenn also die im Gegenzug vereinbarte oder versprochene Handlungen überhaupt nicht vorgenommen wird. In diesen Fällen möge vertreten werden, die Vorschrift des § 814 BGB stehe einer Rückforderung ausnahmsweise nicht entgegen.

Bei einer Schlechtleistung wie hier scheiterten ein Rückforderungsanspruch und eine Betrugsstrafbarkeit an der Wertung des § 2 Satz 2 ProstG i.V.m. § 1 Satz 1 ProstG. Nach der Vorschrift kann gegen die Forderung der Prostituierten nur die vollständige Nichterfüllung eingewendet werden. Mit Ausnahme des Erfüllungseinwandes und der Einrede der Verjährung sind „weitere Einwendungen und Einreden ausgeschlossen“. Der Anzeigeerstanter hätte also nur einwenden können, er habe schon gezahlt oder die Forderung sei wegen „vollständiger“ Nichterfüllung gar nicht erst entstanden. Soweit eine Rückforderung wegen einer Schlechtleistung im Raume steht, gehe die spezielle gesetzliche Regelung in § 2 ProstG jedem „allgemeinen“ Rechtsgedanken vor, der § 814 BGB auch für diesen Fall ausschließen könnte. Die Vorschrift des § 2 ProstG diene nach ihrem Sinn und Zweck dazu, solche Einwendungen und Einreden des Freiers gegen den Anspruch der Prostituierten auszuschließen, die darauf beruhen könnten, dass die Leistung aus Sicht des Freiers „nicht gut genug“, nicht „erfolgreich“ oder „mittlerer Art und Güte“ erbracht worden sei.

Ebenso wenig, wie der Freier wegen einer „Schlechtleistung“ die Zahlung verweigern kann, sei ihm im Falle einer „Schlechtleistung“ je ein (gar „anteiliger“) Rückforderungsanspruch oder „Minderungsanspruch“ gegeben. Ein Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB sei im angeklagten Fall ausgeschlossen.

III. Bedeutung für die Praxis

Nach Einführung des ProstG am 1.1.2002 hat sich die Strafrechtspflege vor allem mit Fällen des Betruges und der Erpressung durch Freier zu befassen gehabt. Die von einer Prostituierten aufgrund einer vorherigen Vereinbarung erbrachten sexuellen Handlungen und die dadurch begründete Forderung auf das vereinbarte Entgelt (§ 1 Satz 1 ProstG) gehören zum strafrechtlich geschützten Vermögen, sodass ein Betrug bei Vortäuschung der Zahlungswilligkeit vorliegen kann (BGHSt 61, 149 = NJW 2016, 2434). Die Erpressung einer Prostituierten in der Form, dass ihr der Verzicht auf das vereinbarte Entgelt abgenötigt wird, kommt erst dann in Betracht, wenn die abgesprochene sexuelle Handlung einvernehmlich vorgenommen worden ist (BGH NStZ 2011, 278). Dem gegen den Willen der Prostituierten erzwungenen Geschlechtsverkehr kommt kein Vermögenswert im Sinne des § 253 Abs. 1 StGB zu (BGH NStZ 2013, 71 = StRR 2013, 432 [Artkämpfer]; krit. zu diesem Bereich Fischer, StGB; 65. Aufl. 2018, § 253 13c ff.).

Slechterfüllung ist nicht gleich Nichterfüllung

Fazit: kein Schaden

Vorrangig: Straftaten von Freiern

Nur selten hat sich die Praxis mit Verfahren gegen Prostituierte wegen Betrugs zu befassen. Trotz allen gesellschaftlichen Wandels dürften die Geschädigten in aller Regel wenig Interesse an einer Strafanzeige mit der möglichen Folge einer öffentlichen Hauptverhandlung wegen von vorneherein beabsichtigter Nicht- oder Schlechterfüllung haben. Mit dem Vollzug der vereinbarten sexuellen Dienstleistung ist der Zahlungsanspruch wirksam entstanden (§ 1 Satz 1 ProstG), wobei die bei diesem Gewerbe übliche Vorkasse ohne Belang ist. Das AG Reutlingen begründet anhand des § 2 Satz 2 ProstG überzeugend, dass ein Rückforderungsanspruch bei nur teilweiser Erbringung der verabredeten Leistung oder Schlechterfüllung nicht entsteht. Auch bei bereits zuvor bestehendem Täuschungsvorsatz liegt ein Betrug insoweit nicht vor.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Hinterziehung von Schenkungsteuer bei ehebedingten Zuwendungen

1. Auch ehebedingte Zuwendungen unterfallen der Schenkungsteuer, so dass in diesem Zusammenhang eine Steuerhinterziehung begangen werden kann.
2. Zeigt der Zuwendungsempfänger entgegen seiner Pflicht nach § 30 Abs. 1 ErbStG die Schenkung dem Finanzamt nicht an, ist die Steuerhinterziehung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO in dem Zeitpunkt vollendet und auch beendet, zu dem bei rechtzeitiger Anzeige der Zuwendung das Finanzamt den Schenkungsteuerbescheid dem Beschenkten bekannt gegeben hätte.
3. Werden diese Zuwendungen auf einen Zugewinnausgleichsanspruch angerechnet, so liegt bis zum Zeitpunkt der Anrechnung eine zeitliche Verkürzung von Schenkungsteuer i.S.v. § 370 Abs. 4 S. 1 AO vor, da das Erlöschen des Schenkungsteueranspruchs mit Wirkung für die Vergangenheit nach § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG die Steuerhinterziehung nicht entfallen lässt.
4. Ist der Zuwendende oder der Zuwendungsempfänger sich seiner Anzeigepflicht nach § 30 Abs. 1 respektive Abs. 2 ErbStG nicht bewusst, so liegt kein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB, sondern ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB vor. (Leitsätze des Verfassers)

Hessisches FG, Urt. v. 7.5.2018 – 10 K 477/17

I. Sachverhalt

A war Ehefrau des B. Von diesem erhielt sie u.a. im Jahr 2000 eine Bargeldsumme von 1.800.000 EUR zur Einzahlung auf ein Depot im Ausland. Aus dem Depot erzielte die A einkommensteuerpflichtige Kapitaleinkünfte, die sie nicht der Einkommensteuer unterwarf. Die Schenkung wurde von A nicht dem Finanzamt angezeigt. Im Jahr 2014 hoben die Eheleute mit Ehevertrag den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft zugunsten der Gütertrennung auf. Auf den daraufhin durchzuführenden Zugewinnausgleich wurde u.a. die von B an A erbrachte Zuwendung von 1.800.000 EUR angerechnet. Im Jahr 2014 deckte die Steuerfahndung die Schenkung auf.

II. Entscheidung

A hat damit, dass sie entgegen § 30 Abs. 1 ErbStG die Schenkung der 1.800.000 EUR als schenkungsteuerpflichtige Zuwendung i.S.v. §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 7

Betrug durch Prostituierte?

Schenkung von 1,8 Mio. EUR an Ehefrau

Steuerhinterziehung

Abs. 1 Nr. 1 ErbStG dem Finanzamt nicht angezeigt hat, eine Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO begangen. Dabei reicht es für den Eintritt des Verkürzungserfolges aus, dass eine Steuerhinterziehung auf Zeit gegeben ist (§ 370 Abs. 4 S. 1 AO).

Diese Tat war vollendet und auch beendet in dem Zeitpunkt, zu dem bei rechtzeitiger Anzeige der Zuwendung das Finanzamt den Schenkungsteuerbescheid der A bekannt gegeben hätte (BGH, Beschl. v. 25.7.2011 – 1 StR 631/10, NJW 2011, 3249 Rn 41). Diese zeitliche Verkürzung ist insofern gegeben, da das Erlöschen des Schenkungssteueranspruchs mit Wirkung für die Vergangenheit nach § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG durch die erfolgte Verrechnung der ehebedingten Zuwendung mit dem Zugewinnausgleichsanspruch der A die Steuerhinterziehung nicht entfallen lässt.

In diesem Zusammenhang hat nach § 30 Abs. 2 ErbStG auch B als Zuwendender seine Pflicht zur Anzeige des Vorgangs gegenüber dem Finanzamt verletzt.

Die A handelte auch vorsätzlich, denn für den (bedingten) Vorsatz der Steuerhinterziehung reicht es aus, dass die A aufgrund einer Parallelwertung in der Laiensphäre den Grund, die Höhe und die Fälligkeit des Steueranspruchs erfasst hat. Dabei muss sie die steuerliche Erheblichkeit der Tatsache – im Fall der ehebedingten Zuwendung – zwar nicht steuerlich präzise, aber doch in dem Sinne erkannt haben, dass sie weiß, die Tatsache werde möglicherweise für eine Steuerschuld von Bedeutung sein.

Hätte die A nicht um ihre Anzeigepflicht nach § 30 Abs. 1 ErbStG gewusst, läge kein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB, sondern ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB vor. Der Umstand, dass A, die im Umgang mit Geldangelegenheiten und Bankgeschäften versiert ist, das Geld im Ausland an der deutschen Einkommensteuer vorbei angelegt hat, lässt den Schluss zu, dass sie ganz bewusst gegen ihre schenkungsteuerlichen Erklärungspflichten verstoßen hat, um nicht hinsichtlich der Hinterziehung von Einkommensteuer im Zusammenhang mit Kapitaleinkünften aufzufliegen. Auch vermag sich A nicht dadurch zu entlasten, dass zum damaligen Zeitpunkt die schenkungsteuerliche Behandlung von ehebedingten Zuwendungen streitig gewesen wäre. Dies zeigt vielmehr, dass ihr die entsprechende steuerliche Relevanz bewusst war, und zudem war diese Frage bereits mehrere Jahre vor der Schenkung des Bargeldes vom BFH abschließend geklärt worden (BFH BStBl II 1994, 366; BFH/NV 1995, 70; 1997, 444).

III. Bedeutung für die Praxis

Das Hessische FG hatte im Zusammenhang mit dem Anfall von Hinterziehungszinsen nach § 235 AO den Fall steuerstrafrechtlich zu würdigen, da hierfür der objektive und subjektive Tatbestand des § 370 AO erfüllt sein müssen und keine Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe greifen dürfen. Dabei sind die Ausführungen des Hessischen FG zur Parallelwertung in der Laiensphäre zutreffend, wobei die genaue Höhe des Steueranspruchs aber nicht vom Täter erfasst worden sein muss (Gehm, Kompendium Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2017, S. 81 f.).

Es entspricht gängiger Meinung, dass der Irrtum über steuerliche Erklärungspflichten unter § 17 StGB fällt (Ziemann-Hüls/Reichling, Steuerstrafrecht, 2016, § 369 Rn 88).

Zutreffend geht das Hessische FG auch davon aus, dass hier eine zeitliche Verkürzung gegeben ist. Zwar erlischt nach § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG der Steueranspruch mit Wirkung für die Vergangenheit (Pahlke-Fischer/Pahlke/Wächter, ErbStG, § 29 Rn 1), dies ändert aber, da die Steuerhinterziehung ein konkretes Gefährdungsdelikt ist

Vollendete Tat

Kein vorsatzausschließender
Tatbestandsirrtum

Ausführungen zutreffend

(Gehm, Kompendium Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2017, S. 48), nichts daran, dass der zeitliche Verkürzungserfolg eingetreten war.

Dr. Matthias Gehm, Limburgerhof

Anwaltsvergütung

Aufgabe der Rechtsprechung zur 500-Blatt-Formel

1. Die Bejahung einer jedenfalls fast ausschließlichen Inanspruchnahme durch die Hauptverhandlung kommt unter Zugrundelegung einer fünftägigen Arbeitswoche grundsätzlich nicht schon bei Prozesswochen mit zwei ganztägigen Verhandlungen, sondern erst bei solchen mit jedenfalls drei ganztägigen Verhandlungen in Betracht.

2. Die Rechtsprechung zur Bemessung der Pauschgebühr für die Einarbeitung/Grundgebühr auf der Grundlage der sog. „500-Blatt-Formel“ wird aufgegeben. Die Pauschgebühr ist vielmehr durch Bewertung der konkreten Vorbereitungstätigkeit des Pflichtverteidigers — insbesondere durch die erstmalige Einarbeitung in den Rechtsfall — zu bemessen. (Leitsatz des Verfassers)

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.4.2018 – 3 AR 256 u. 257 u. 258 u. 259/16

I. Sachverhalt

Die Rechtsanwälte waren Pflichtverteidiger in einem Verfahren, in dem ihren Mandanten Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung u.a. vorgeworfen worden ist. In dem Verfahren hat in der Zeit von Juli 2012 bis November 2014 an 163 Tagen die Hauptverhandlung beim OLG stattgefunden. Nach Abschluss des Verfahrens haben die RA Pauschgebühren in unterschiedlicher Höhe, zum Teil in Höhe von rund 240.00 EUR, nach § 51 RVG beantragt. Das OLG hat anstelle der Gebühren Nr. 4100, 4104 und 4130 VV RVG jedem Verteidiger insgesamt 22.000 EUR bewilligt.

II. Entscheidung

Nach Auffassung des OLG liegen unter Zugrundelegung der Maßstäbe der höchstgerichtlichen Rechtsprechung für die Gewährung einer Pauschgebühr nicht hinsichtlich aller Verfahrensabschnitte die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 RVG vor.

Keine Pauschgebühr rechtfertigt sich nach Auffassung des OLG – selbst angesichts der hohen Zahl der Hauptverhandlungstage und des insoweit geltend gemachten Vor- und Nacharbeitungsaufwandes – für die Tätigkeit des Pflichtverteidigers während der Hauptverhandlung. Insoweit fehle es an der Unzumutbarkeit der gesetzlichen Gebühren. Mit Blick auf die Rechtsprechung des BVerfG (vgl. BVerfG NJW 2007, 3420) stelle sich insoweit die Frage, ob die Höhe des Entgelts für die im Rahmen der Hauptverhandlung vor dem oberlandesgerichtlichen Staatsschutzsenat entfaltete Tätigkeit wegen längere Zeit während ausschließlicher oder fast ausschließlicher Inanspruchnahme für den Pflichtverteidiger von existenzieller Bedeutung sei. Nach der Rechtsprechung des Senats (dazu RVGreport 2016, 99 = StRR 2015, 359) sei zu deren Beantwortung im Kern auf die Dichte der Hauptverhandlungstage abzustellen – und zwar mit Blick auf die hiervon abhängenden Möglichkeiten des Pflichtverteidigers zum Engagement in anderen Mandaten. Die Bejahung einer jedenfalls fast ausschließlichen Inanspruchnahme durch die Hauptverhandlung

Umfangreiches Staatsschutzverfahren

Pauschgebühr

Hauptverhandlung

komme unter Zugrundelegung einer fünftägigen Arbeitswoche grundsätzlich nicht schon bei Prozesswochen mit zwei ganztägigen Verhandlungen, sondern erst bei solchen mit jedenfalls drei ganztägigen Verhandlungen in Betracht. In Wochen mit dreitägiger Verhandlung ergebe sich unter Zubilligung einer Vor- und Nachbereitungszeit von insgesamt einem weiteren Tag, der in derartigen Umfangsverfahren grundsätzlich angemessen erscheint, eine etwa 80-prozentige – und damit fast ausschließliche – Auslastung als Pflichtverteidiger. Diese „Dichte“ werde hier nicht erreicht. Durchschnittlich hätten in der Woche nur 1,35 Sitzungen stattgefunden, da sich die 163 Hauptverhandlungstage über insgesamt 121 Wochen erstreckten. Ihren Vor- und Nachbereitungsaufwand während der Hauptverhandlung haben die Antragsteller nachvollziehbar mit wöchentlich sechs bzw. sieben Arbeitsstunden beziffert. Für diese Arbeit hätten sie den vom Staatsschutzsenat vorsorglich anberaumten, regelmäßig aber aufgehobenen dritten wöchentlichen Verhandlungstag nutzen können. Das Vorhandensein von jeweils zwei Pflichtverteidigern habe zudem die Möglichkeit eröffnet, außerhalb der Sitzungen anfallende Aufgaben arbeitsteilig zu erledigen (vgl. OLG Stuttgart StRR 2014, 453 = RVGreport 2015, 98; OLG Nürnberg RVGreport 2015, 181 = StRR 2015, 157 = AGS 2015, 171 = Rpfleger 2015, 355).

Das Schwergewicht der Arbeit der Pflichtverteidiger lag nach Auffassung des OLG hier ohne Zweifel in der erstmaligen Einarbeitung in die Ermittlungsakten, die sich bis zum Beginn der Hauptverhandlung auf ca. 96.000 Seiten beliefen und sich damit im Vergleich zu einem normalen „Rechtsfall“ i.S.d. Nr. 4100 VV RVG als weit überdurchschnittlich umfangreich erwiesen. Es liege daher auf der Hand, dass die Antragsteller für diese Tätigkeit mit dem zumindest überwiegenden Teil ihrer Arbeitskraft für längere Zeit gebunden waren, so dass die gesetzlichen Gebühren für diesen Verfahrensabschnitt unzumutbar seien. Der Senat bemesse die für diesen Verfahrensabschnitt zu gewährende Pauschvergütung allerdings nicht länger nach der von ihm entwickelten „500-Blatt-Formel“. Im Versuch der Schaffung einer objektiven Bewertungsgrundlage sei der Senat davon ausgegangen, dass vom Pflichtverteidiger angesichts der Höhe der Grundgebühr der Nr. 4100 VV RVG das Studium einer Akte von nicht mehr als 500 Blatt erwartet werden könne, so dass diese Grundgebühr dem Gesamtumfang der Akten entsprechend verhältnismäßig erhöht wurde (vgl. im Einzelnen OLG Düsseldorf RVGreport 2016, 99 = StRR 2015, 359 = JurBüro 2015, 637 = Rpfleger 2015, 668; RVGreport 2016, 178; RVGreport 2016, 138). Diese mathematische Herangehensweise sei nicht nur von anderen Oberlandesgerichten mangels hinreichender Eignung „für die Findung eines an sämtlichen Gesichtspunkten und am Gesamtgepräge eines konkreten Falles orientierten billigen und zumutbaren Ausgleichs für die entfaltete anwaltliche Tätigkeit“ abgelehnt worden (vgl. etwa OLG Stuttgart RVGreport 2017, 56). Auch führe sie in Umfangsverfahren heutigen Zuschnitts, die – gerade im Bereich der Kommunikationsüberwachung – von flächendeckender Informationssammlung mit umfassendem Datenbestand geprägt sind, zu keinen hinreichend angemessenen Ergebnissen. Die Akteninhalte seien nicht mehr in ihrer Gesamtheit per se klassischer Lesestoff, sondern bedürfen in großen Teilen lediglich der kursorischen Erfassung und sind Grundlage für computergestützte Recherchen. Dieses Bild ergebe sich auch im vorliegenden Verfahren. Der Senat habe die gesamten zu Beginn der Hauptverhandlung existenten ca. 96.000 Blatt Akten und Beiakten einer aufwändigen stichprobenartigen Sichtkontrolle unterzogen und dabei festgestellt, dass nur etwa ein Drittel davon eigentliches Lesematerial enthalte. Der restliche (Groß-)Teil bestehe aus Deckblättern, teilbeschrifteten Seiten, Doppeln, Fotos, Quittungen, Formularen und Vertragsbedingungen, Tabellen, TKO-Ereignis- und E-Mail-Listen sowie sonstigen technischen Daten. Wenn natürlich auch diese

Einarbeitung

Aktenbestandteile eine gewisse geistige Aufmerksamkeit der Antragsteller erforderten, so handele es sich doch nicht um diejenigen Akteninhalte, deren sachgerechte Bewertung der Senat durch die Schaffung der „500-Blatt-Formel“ bewirken wollte. Schließlich trete hinzu, dass sich der Senat in den vergangenen Jahren wiederholt in anderen Verfahren mit Fällen zu befassen hatte, in denen Pflichtverteidiger unter Berufung auf die „500-Blatt-Formel“ – etwa für das (angebliche) Studium von (auf ihren Antrag) beigezogenen Akten aus anderen Großverfahren, die nach Mitteilung des Tatgerichts im Wesentlichen ohne Bedeutung für das zu entscheidende Verfahren blieben – weit überhöhte Pauschanträge in zum Teil sechsstelliger Höhe stellten.

Der Senat kehre daher zu einer Bemessung der Pauschgebühr durch Bewertung der konkreten Vorbereitungstätigkeit des Pflichtverteidigers – insbesondere durch die erstmalige Einarbeitung in den Rechtsfall – zurück. Zwar könne der Senat sich hierzu naturgemäß nicht wie zur Vorbereitung auf die Hauptverhandlung in die Verfahrensakten einarbeiten – tatrichterlich war er hier selbst nicht zuständig. Die vorgenannte stichprobenartig durchgeführte Sichtprüfung der Akten biete aber eine hinreichend tragfähige Grundlage zur Ausübung des insoweit bestehenden pflichtgemäßen Ermessens. Sie ergebe, dass das Verfahren selbst im Vergleich mit anderen erstinstanzlichen OLG-Staatsschutzverfahren einen höchst außergewöhnlichen Umfang hatte. Es hatte sich um eines der umfangreichsten Al-Qaida-Verfahren in Deutschland gehandelt, das schon vom ermittelnden BKA mit größtem Aufwand betrieben wurde und angesichts der nicht geständigen Angeklagten zu einer aufwändigen und anspruchsvollen Beweisaufnahme und -würdigung führte. Vor diesem Hintergrund erscheinen die von den Antragstellern zum Teil ins Feld geführten mehrere Hundert Stunden für die Einarbeitung nicht aus der Luft gegriffen. Zur Abgeltung der Mühe- und Aufwands der Antragsteller hält der Senat dann auf Grundlage seiner Erfahrungen und im Vergleich mit anderen Staatsschutzverfahren einen Betrag von 20.000 EUR für angemessen.

Das OLG bejaht dann auch für die Tätigkeit der Antragsteller im Revisionsverfahren die Voraussetzungen des § 51 RVG insbesondere mit Blick auf die dem Senat vorliegenden und von ihm kursorisch erfassten Revisionsbegründungsschriften. Deren bemerkenswerter Umfang von bis zu 567 Seiten resultiere bei genauerem Hinsehen aber weitestgehend aus dem im Rahmen der Erhebung von Verfahrensrügen erfolgten Einrücken von Akten- und Protokollstellen. Ihr „Nettoumfang“ reduziere sich so deutlich. Hinzu komme, dass die Teilnahme an der Hauptverhandlung sowohl den Überblick über die Probleme des Verfahrens und die möglichen Revisionsgründe als auch das Auffinden der zur Begründung erforderlichen Protokollstellen erleichtert. Indes sind hier die oben zum Einarbeitungsaufwand beschriebenen Besonderheiten von Belang, die sich letztlich auch im großen Umfang des ca. 300 Seiten umfassenden Urteils niedergeschlagen haben. Vor diesem Hintergrund hat das OLG (äußerst ausnahmsweise) eine Verdoppelung der gesetzlichen Wahlverteidigerhöchstgebühr von 1.110 EUR für angemessen gehalten. Die Antragsteller mit Blick auf die Abweichungen beim Umfang ihrer Revisionsbegründungen unterschiedlich zu behandeln, erscheint dem Senat angesichts des Gesamtbildes des Verfahrens nicht sachgerecht.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Dies ist eine der Pauschgebührenscheidungen, die sich einreihen in die lange Reihe von Entscheidungen, die inzwischen vorliegen und bei denen man sich schon fragt, ob es nicht besser gewesen wäre, 2004 die Pauschgebühr ganz abzuschaffen. Hätte man das getan, hätte man sich den „Eiertanz“, den die OLG heute veranstalten, um ja nicht eine hohe Pauschgebühr gewähren zu müssen, sparen können.

Revisionsverfahren

Gnadenbrot

Daher: Zur Frage der Hauptverhandlungsdichte und zur Revisionsgebühr erspare ich mir weitere Kommentare, außer: Was ist eigentlich „äußerst ausnahmsweise“? M.E. sollten sich OLG solche Formulierungen verkneifen. Denn es entsteht sonst – jedenfalls für mich – schnell der Eindruck, man meine, dem Pflichtverteidiger eine Art Gnadenbrot zu gewähren.

2. Zur Aufgabe der „500-Blatt-Rechtsprechung“ fragt man sich, wie man das überschreiben soll. Ist „Was schert mich mein Geschwätz von gestern?“ passend oder doch lieber: „Da geht sie hin, die schöne 500-Blatt-Formel“. Dahin ist sie jedenfalls, diese vom OLG Düsseldorf selbst entwickelte Formel, von der das OLG Düsseldorf im Beschl. v. 31.5.2016 (3 AR 118/16, RVGreport 2017, 10) auch nach Kritik (vgl. u.a. OLG Stuttgart RVGreport 2017, 56) schon ein wenig abgerückt war. Nun hat es sich ganz abgewendet, aus welchen Gründen auch immer. Ich vermute, dass die Neubesetzung des Senatsvorsitzes nicht ganz ohne Einfluss war, denn seitdem dieser gewechselt hat, hat sich m.E. die Rechtsprechung zur Pauschgebühr aus Düsseldorf nicht unbedingt verbessert. Also würde auch passen: „Neue Besen kehren gut“. Ich frage mich bei solchen Rechtsprechungsänderungen immer: Warum eigentlich?, und: Hat sich niemand bei Einführung der 500-Blatt-Formel Gedanken gemacht, wohin sie führen kann? Aber egal, mit einem Federstrich entscheidet man sich anders, obwohl man die Formel ja auch sicherlich noch einschränkend hätte anwenden können, wie man es in der eigenen Rechtsprechung ja auch bereits getan hat. Aber allein ein Windchen aus Stuttgart führt dazu, dass man seine eigene Auffassung aufgibt. Allerdings, und das darf man nicht übersehen: Es gab dann auch wohl Verfahren, in denen von Verteidigern nicht mit Augenmaß mit dieser Formel umgegangen worden ist. Das ist dann das Ergebnis mit der Folge, dass die Verteidiger nun auch in Düsseldorf wieder davon abhängig sind, in welche Akten sie sich nach Ansicht des OLG haben einarbeiten müssen. Dabei erschließt sich mir der Unterschied, den der Senat in seinem Beschluss offenbar macht, nicht: Einarbeiten muss sich der Verteidiger in das gesamte Aktenmaterial. Es gibt nicht Akten erster oder zweiter Klasse. Sind andere Akten beigezogen, sind auch sie Verfahrensstoff, den man kennen muss. Und wenn die Tatgerichte dann später mitteilen, dass Aktenteile „im Wesentlichen ohne Bedeutung für das zu entscheidende Verfahren blieben“, dann hilft das wenig. Denn woher soll der Verteidiger das zu Beginn des Verfahrens wissen?

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

Warum?

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.