

## Editorial

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



Liebe Kolleginnen und Kollegen,  
liebe Leserinnen und Leser,

in unserer September-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) weiter fort. Diesmal zum „Opening Statement“ nach § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO.

Im Rechtsprechungsreport finden Sie im verfahrensrechtlichen Teil u.a. eine weitere Entscheidung des BGH zur Besorgnis der Befangenheit infolge sog. Vorbefassung. Auch ein Beschluss des OLG Frankfurt am Main zur Verhältnismäßigkeit des Vermögensarrestes betrifft das neue Recht.

Im materiellen Teil stellen wir Ihnen u.a. zwei Entscheidungen zum unerlaubten Entfernen vom Unfallort vor (s. Seite 18 und 22).

Aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht berichten wir über zwei Beschlüsse des OLG Oldenburg zur Neufassung des § 23 Abs. 1a StVO – elektronisches Gerät im Straßenverkehr.

Zum Schluss: Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Herzliche Grüße

## Inhalt

<b>StRR-Kompakt</b> .....	2
<b>Praxisforum</b>	
Das Opening Statement des Verteidigers – teilweise neu .....	4
<b>Rechtsprechungsreport</b>	
<b>Verfahrensrecht</b>	
Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit wegen Vorbefassung .....	10
Verlesung des Anklagesatzes .....	11
Verweigerte Schweigepflichts- entbindung und Beweisantrag .....	12
Unerreichbarkeit des (Auslands-) Zeugen .....	13
Verhältnismäßigkeit bei Vermögensarrest .....	15
Unverwertbare Angaben des Beschuldigten zur Halter- eigenschaft .....	17
<b>StGB/Nebengebiete</b>	
Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort bei Verlassen des Unfallorts nach der letzten feststellungsbereiten Person .....	18
Sexuelle Belästigung und/oder Körperverletzung? .....	20
Wertgrenze für den „bedeutenden Schaden“ bei der Regelentziehung wegen unerlaubten Entfernens ....	22
<b>Ordnungswidrigkeitenrecht</b>	
Taschenrechner als elektronisches Gerät i.S.d. § 23 Abs. 1a StVO? .....	24
Halten eines Mobiltelefons .....	26
<b>Anwaltsvergütung</b>	
Berechnung der Hauptverhandlungs- dauer für den Längenzuschlag .....	27
Verfahrensgebühr im Revisions- verfahren .....	28



### Klageerzwingungsverfahren: Antragsanforderungen

Die Darlegungsanforderungen für einen zulässigen Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 172 StPO dürfen nicht überspannt werden. Zwar erfordert die Zulässigkeit nach § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO die Mitteilung des wesentlichen Inhalts der angegriffenen Bescheide sowie der Einlassung des Beschuldigten, soweit diese im Einstellungsbescheid mitgeteilt wird. Eine Obliegenheit des Antragstellers, sich durch Akteneinsicht Kenntnis von der vollständigen Einlassung des Beschuldigten zu verschaffen und diese sodann auch vollständig mitzuteilen, besteht grundsätzlich jedoch nicht. Etwas anderes gilt, wenn der Antragsteller seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung maßgeblich auch mit Inhalten aus den Ermittlungsakten begründet. In diesem Fall ist er gehalten – soll die vom Gesetzgeber implizit vorgesehene und verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Schlüssigkeitsprüfung allein auf der Grundlage des gestellten Antrags nicht unterlaufen werden –, zumindest den wesentlichen Inhalt der Beweismittel mitzuteilen, aus denen er auszugsweise vorträgt oder gar zitiert (vgl. auch schon BVerfGK 14, 211 ff. m.w.N.).

BVerfG, Beschl. v. 2.7.2018 – 2 BvR 1550/17

### U-Haft eines Heranwachsenden: unterbliebene Unterrichtung der Jugendgerichtshilfe

Der gegen einen Heranwachsenden ergangene Haftbefehl ist nicht wegen Verletzung der – auf Heranwachsende entsprechend anwendbaren (§ 109 Abs. 1 Satz 1 JGG) – Unterrichtungspflicht des § 72a Satz 1 JGG aufzuheben.

BGH, Beschl. v. 28.6.2018 – AK 24/18

### Pflichtverteidiger: nachträgliche Beordnung

Eine rückwirkende Verteidigerbeordnung ist unzulässig. Dies gilt selbst dann, wenn der Antrag auf Beordnung noch vor Abschluss des Verfahrens gestellt und vom Gericht zunächst nicht beschieden wurde.

LG Bremen, Beschl. v. 13.6.2018 – 1 Qs 184/18

### Pflichtverteidiger: Schwere der Tat

Dem Beschuldigten ist nach § 140 Abs. 2 StPO ein Pflichtverteidiger zu bestellen, wenn er als Angehöriger des öffentlichen Dienstes aufgrund des anhängigen Ermittlungsverfahrens mit „standesrechtlichen“ Konsequenzen zu rechnen hat.

AG Landshut, Beschl. v. 2.8.2018 – Gs 2927/18

### Akteneinsicht: Nebenklage

Der Verletzten ist eine umfassende Einsicht in die Verfahrensakten regelmäßig in solchen Konstellationen zu versagen, in denen ihre Angaben zum Kerngeschehen von der Einlassung des Angeklagten abweichen und eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation vorliegt.

AG Hamburg-Barmbek, Beschl. v. 13.7.2018 – 846 Ds 92/17

### Mitteilung über Verständigungsgespräche: Inhalt

Die Mitteilung über das Rechtsgespräch genügt nicht den Informationspflichten nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO, wenn der Vorsitzende lediglich das Ergebnis eines Vorgesprächs mitteilt, nicht aber seinen anfänglichen Vorschlag und den hierzu vertrete-

Verfassungsrecht

Ermittlungsverfahren

Hauptverhandlung

## StRR-Kompakt

---

nen (ablehnenden) Standpunkt der Staatsanwaltschaft (vgl. u.a. BGH NStZ 2017, 363).

BGH, Beschl. v. 5.7.2018 – 5 StR 180/18

### Ablehnung eines Beweisantrages: genügende Sachkunde

Das Tatgericht darf sich im Freibeweisverfahren nicht die erforderliche Sachkunde verschaffen, um dann einen Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens wegen eigener Sachkunde nach § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO abzulehnen. Denn wenn das Tatgericht die Anhörung eines Sachverständigen für erforderlich hält, um sich sachkundig zu machen, muss der Sachverständige in der Hauptverhandlung im Strengbeweisverfahren gehört werden.

BGH, Beschl. v. 3.7.2018 – 4 StR 621/18

### Besorgnis der Befangenheit: Zwischenentscheidung

Die Annahme der Besorgnis der Befangenheit (§ 24 StPO) ist berechtigt, wenn nach Aufhebung einer Verurteilung durch den BGH zur Begründung einer Zwischen(haft)entscheidung Erwägungen aus der vom BGH aufgehobenen Entscheidung herangezogen werden (2. Durchgang des Berliner Kudamm-Raser-Falls).

LG Berlin, Beschl. v. 27.8.2018 – (540 Ks) 251 Js 52/16 (4/18)

### Strafvollstreckungsverfahren: Mindestanforderungen an gerichtliche Beschlüsse

Die von den Strafvollstreckungskammern erlassenen Beschlüsse i.S.d. § 115 StVollzG müssen grundsätzlich die Anforderungen erfüllen, die § 267 StPO an die Begründung strafrechtlicher Urteile stellt. Dazu zählt auch die Angabe der vollständigen Personalien des Antragstellers. Enthält der Antrag i.S.d. § 109 StVollzG sowohl Beschimpfungen als auch ein sachliches Vorbringen, so muss über die Sache entschieden werden. Eine wirksame Verweisung im Sinne von § 115 Abs. 1 Satz 3 StVollzG auf bei den Gerichtsakten befindliche Schriftstücke wegen der „weiteren Einzelheiten“ setzt voraus, dass diese „nach Herkunft und Datum genau zu bezeichnen sind“.

KG, Beschl. v. 15.8.2018 – 2 Ws 130/18 Vollz

### Versuchsstrafbarkeit: Erfolgsverhinderung beim Rücktritt

Für die Straflosigkeit wegen Rücktritts vom Versuch nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB ist nicht erforderlich, dass der Täter zur erfolgreichen Erfolgsabwendung die optimale Möglichkeit zur Erfolgsverhinderung gewählt hat. Erforderlich ist aber stets, dass der Täter eine neue, für die Nichtvollendung der Tat wenigstens mitursächliche Kausalkette in Gang setzt. Für Straflosigkeit wegen Rücktritts vom Versuch nach § 24 Abs. 1 Satz StGB muss der Täter alles in seinen Kräften Stehende tun, was nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist.

BGH, Beschl. v. 5.7.2018 – 1 StR 201/18

### Sperrfrist: Aufhebung

Eine Aufhebung der Sperrfrist nach § 69 Abs. 7 StGB kommt nur in Betracht, wenn hinreichende Gründe vorliegen, dass der Verurteilte nicht länger als zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet anzusehen ist. Erforderlich ist, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Verurteilte sich im Straßenverkehr nicht mehr als

Vollstreckung

StGB – Allgemeiner Teil

## StRR-Kompakt

---

gefährlich erweist. Diese Wahrscheinlichkeit muss anhand einer Gesamtabwägung aller für die Eignung maßgebenden Umstände unter Berücksichtigung der neuen Tatsachen ermittelt werden.

AG Rheinberg, Beschl. v. 23.8.2018 – 4 Cs 418 Js 126/18-271/18

### Anwaltsvertrag: Kündigung; Höhe der Vergütung

Auch ein nachgeschobener Kündigungsgrund, der im Zeitpunkt der Kündigung schon bestand, dem kündigenden Dienstberechtigten aber seinerzeit noch nicht bekannt war, kann eine Kündigung im Sinne der Vorschrift des § 628 Abs. 1 S. 2 BGB veranlassen. Allein aus einer anwaltlichen Vergütungsabrede, die zu einer Vergütung führt, die knapp dreimal so hoch ist wie die gesetzlichen Gebühren, kann nicht auf ein zur Sittenwidrigkeit führendes besonders grobes Missverhältnis zur gesetzlichen Vergütung geschlossen werden.

KG, Urt. v. 8.6.2018 – 9 U 41/161

### Verbot der Mehrfachverteidigung: Kostenerstattung

Das Verbot der Mehrfachverteidigung gemäß § 146 StPO gilt auch im Einziehungsverfahren. Der Verstoß gegen das Verbot der Mehrfachverteidigung gemäß § 146 StPO führt dazu, dass der zugrunde liegende Mandatsvertrag und die Vollmacht unwirksam sind. Auch wenn der Verstoß gegen das Verbot der Mehrfachverteidigung im Verfahren unbemerkt geblieben ist, kann die Kostenerstattung im Kostenfestsetzungsverfahren versagt werden. Bei einem Verstoß gegen das Verbot der Mehrfachverteidigung findet eine Gebührenerhöhung gemäß Nr. 1008 VV RVG keine Anwendung.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 7.8.2018 – 4 Ws 175/18

## Praxisforum

---

### Das Opening Statement des Verteidigers – teilweise neu

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

Durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I, S. 3202) sind in die StPO einige Neuerungen auch für den Verfahrensabschnitt Hauptverhandlung eingeführt worden. Davon stellen wir heute das Opening Statement nach § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO vor. Das ist Verteidigern in der Vergangenheit von Vorsitzenden auch schon ohne gesetzliche Regelung zugestanden worden, die StPO hat nun aber ein Recht des Verteidigers eingeführt.

#### I. Allgemeines

§ 243 Abs. 5 Satz 3 sieht das Opening Statement als ausdrückliches Recht (des Verteidigers; vgl. dazu II.) nur in bestimmten Verfahren vor dem LG/OLG vor. Der Referentenentwurf zum „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ (vgl. Ref-E, S. 40) wollte dieses Erklärungsrecht noch für alle Verfahren und nicht nur für Verfahren vor dem LG/OLG einführen. Im Gesetzgebungsverfahren ist dann aber die Beschränkung auf erstinstanzliche Verfahren vor dem LG/OLG erfolgt. Daraus lässt sich jedoch nicht schließen, dass in anderen Verfahren, z.B. umfangreichen Verfahren vor dem (erweiterten) Schöffengericht beim

Anwaltsvergütung

Nur besondere Verfahren

AG oder in Berufungsverfahren, nun ein Opening Statement nicht (mehr) zulässig ist. Insoweit gilt vielmehr die bislang h.M. der Lit. fort, dass der Vorsitzende auch in solchen Verfahren ein Opening Statement zulassen kann. Es besteht nur eben kein Recht, eine solche Erklärung abgeben zu dürfen.

### *Hinweis*

Von diesem „Erklärungsrecht“ wird der Verteidiger (für den Angeklagten) in geeigneten Fällen nach Verlesung des Anklagesatzes und der Belehrung des Angeklagten auch Gebrauch machen. Das gilt vor allem dann, wenn der Angeklagte nach seiner Belehrung erklärt hat, er wolle schweigen. Mit der Bekanntgabe des Verteidigungsplans hat der Verteidiger nach wie vor auch in diesen Verfahren eine gute Möglichkeit, den Ablauf der Verhandlung zu beeinflussen.

Ob der Verteidiger bereits unmittelbar zu Beginn der Hauptverhandlung um das Wort bittet, um eine Erklärung abzugeben, sollte er jedoch immer noch sorgfältig prüfen. Nicht jeder Vorsitzende sieht es nämlich gern, wenn der Sitzungsverlauf gleich zu Anfang durch Erklärungen des Verteidigers „gestört“ wird.

### II. Rechtsnatur

Die (Neu-)Regelung knüpft an § 243 Abs. 5 Satz 2 StPO und das danach bestehende Recht des Angeklagten an, sich zu Beginn der Hauptverhandlung umfassend zur Anklage zu äußern. Die Gesetzesbegründung weist ausdrücklich darauf hin, dass es sich daher bei der Neuregelung nicht um ein eigenes Recht des Verteidigers handelt (BT-Drucks 18/11277, S. 33; s.a. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 243 Rn 31c).

Die daran im Gesetzgebungsverfahren geübte Kritik (vgl. Stellungnahmen des DAV 40/16 von August 2016, S. 7 und BRAK 17/17 von März 2017, S. 6) ist nicht von der Hand zu weisen (krit. a. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 243 Rn 31c). Mit der Regelung in § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO ist im Grunde ein Zwitter geschaffen worden – zwar Erklärung des Verteidigers, aber für den Angeklagten –, mit dem m.E. in der Praxis nicht einfach umzugehen sein wird. Der Gesetzgeber war sich offenbar auch selbst nicht ganz darüber im Klaren, was er eigentlich wollte. Denn einerseits handelt es sich – wie aus dem Gesetzeswortlaut „für diesen“ folgt – um eine Erklärung des Verteidigers für den Angeklagten. Dann muss sich aber der Angeklagte diese Erklärung an sich nicht mehr zu eigen machen, wovon aber die Gesetzesbegründung (BT-Drucks 18/11277, S. 34) ausgeht. Die Erklärung ist dann „Einlassung“ des Angeklagten mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen. Andererseits wird man aber aus der Formulierung in der Regelung den Schluss ziehen können, dass es sich eben doch „nur“ um eine Erklärung des Verteidigers und nicht um eine Einlassung des Angeklagten handelt. Dafür sprechen die Formulierung „Erklärung“ und auch die des vorweggenommenen „Schlussvortrags“, die Möglichkeit, den Verteidiger auf eine weitere schriftliche Stellungnahme zu verweisen, was bei einer Wertung der Erklärung des Verteidigers als Einlassung des Angeklagten i.e.S. nicht möglich wäre. Zudem hätte, wenn man von einer Einlassung i.e.S. auszugehen hätte, auch nicht nur auf die Regelung des Selbstleseverfahrens § 249 Abs. 2 Satz 1 StPO verwiesen werden dürfen. Schließlich lässt sich der Gesetzesbegründung (BT-Drucks 18/11277, S. 34), die an das Opening Statement des Verteidigers nach altem Recht anknüpft, entnehmen, dass das geregelt werden sollte. Alles in allem aber dennoch: Es ist ein Erklärungsrecht des Angeklagten, das vom Verteidiger ausgeübt wird.

Nicht eigenes Recht des  
Verteidigers

Zwitter

### Hinweis

Dieses Hin und Her hat aber Auswirkungen auf den Umgang mit der (Neu-)Regelung. M.E. sollten Verteidiger in Absprache mit dem Mandanten – wie schon in der Vergangenheit – sehr sorgfältig abwägen, ob sie von dem Erklärungsrecht des § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO Gebrauch machen, und vorsichtig damit umgehen (Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 243 Rn 31c). Es sollte – vor allem beim schweigenden Angeklagten – deutlich gemacht werden, dass es sich bei der Erklärung nicht um eine (Teil-)Einlassung des Angeklagten handelt. Im Verlauf des Verfahrens muss dann alles vermieden werden, aus dem man den Schluss ziehen kann, der – schweigende – Angeklagte mache sich die Erklärung des Verteidigers zu eigen. Anderenfalls könnte darin ein Teilschweigen mit den sich daraus für den Angeklagten ergebenden nachteiligen Folgen gesehen werden.

### III. Antrag des Verteidigers

Voraussetzung für die Gelegenheit zur einer Erklärung nach § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO ist zunächst ein Antrag des Angeklagten oder des Verteidigers für den Angeklagten. Da es sich nach dem Gesetzeswortlaut um eine Erklärung des Verteidigers für den Angeklagten handelt, muss der Angeklagte mit der Erklärung des Verteidigers, die dieser für ihn abgeben will, einverstanden sein. Dem Verteidiger steht daher nicht das Recht zu, gegen den Willen des Angeklagten eine Erklärung nach § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO abzugeben. Ist der Angeklagte mit der vom Verteidiger für ihn beabsichtigten Erklärung nicht einverstanden, will der Verteidiger aber dennoch eine Erklärung abgeben, bleibt nur der Weg über eine Erklärung des Verteidigers, die mit Zustimmung des Vorsitzenden jederzeit abgegeben werden kann.

### Hinweis

Über den Antrag des Verteidigers entscheidet zunächst der Vorsitzende (§ 238 Abs. 1 StPO). Dieser ist verpflichtet (vgl. BT-Drucks 18/11277, S. 34), dem Verteidiger die Möglichkeit zu der Eröffnungserklärung zu gewähren. Er hat kein Ermessen. Auch der Zeitpunkt der Erklärung ist als „Eröffnungserklärung“ vorgegeben.

Gewährt der Vorsitzende das Erklärungsrecht nicht, muss der Verteidiger das, wenn er es später mit der Revision rügen will, nach § 238 Abs. 2 StPO beanstanden (Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. § 243 Rn 40).

Gestellt werden kann der Antrag auf Gelegenheit zu einer Erklärung nach § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO nur in besonders umfangreichen Verfahren beim LG/OLG, in denen die Hauptverhandlung voraussichtlich länger als zehn Tage dauern wird. Die Formulierung entspricht weitgehend der Formulierung im (ebenfalls neuen) § 213 Abs. 2 StPO (vgl. a. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 243 Rn 31b). Die Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drucks 18/11277, S. 33 f.) macht hier allerdings nicht die Einschränkung dahin, dass der besondere Umfang von mehr als zehn Verhandlungstagen seinen Grund im Verfahrensstoff haben muss. Das wird allerdings i.d.R. der Fall sein.

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 Rechtsprechung und Literatur zurückgreifen können (vgl. dazu Burhoff/Volpert/Burhoff, RVG, § 51

Antrag als Voraussetzung

Besonders umfangreiche Verfahren

Rückgriff auf RVG

Rn 17 ff.); ob allerdings die vollständige Anwendung der Rechtsprechung zu den §§ 42, 51 RVG möglich ist, erscheint fraglich.

### Hinweis

Die (Neu-)Regelung gilt nur für Verfahren beim LG oder OLG. Sie gilt nach der ausdrücklichen Regelung in § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO – „erstinstanzlichen“ – nicht für Berufungsverfahren.

### IV. Zeitpunkt

Die Erklärung ist „vor der Vernehmung des Angeklagten ... abzugeben“, also vor dem in § 243 Abs. 5 Satz 2 StPO bestimmten Zeitpunkt, nämlich der (persönlichen) Vernehmung des Angeklagten zur Sache. Die Erklärung ist nicht davon abhängig, dass der Angeklagte zur persönlichen Erklärung/Vernehmung zur Sache bereit ist. Das folgt daraus, dass es sich nicht um eine (Teil-)Einlassung des Angeklagten handelt. Sind am Verfahren mehrere Angeklagte beteiligt, müssen alle Verteidiger vor der Vernehmung des ersten Angeklagten ihr Opening Statement abgeben. Das folgt zwar nicht unmittelbar aus dem insoweit unklaren Wortlaut des § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO, der sich zudem noch von § 222b Abs. 1 Satz 1 StPO unterscheidet, wo für den Besetzungseinwand auf „die Vernehmung des ersten Angeklagten“ abgestellt wird. Sinn und Zweck der Erklärung – Gegenerklärung gegen die Anklage – führen m.E. aber dazu, das Opening Statement nicht an die Vernehmung des jeweiligen Angeklagten anzuknüpfen, sondern an die Verlesung der Anklage.

### V. Inhalt

§ 243 Abs. 5 Satz 3 räumt dem Verteidiger inhaltlich das Recht ein, „für diesen [den Angeklagten] eine Erklärung zur Anklage abzugeben“. Geht man davon aus, dass die Erklärung an das Recht des Angeklagten, sich zur Sache zu äußern (§ 243 Abs. 5 Satz 2 StPO), anknüpft und der Gesetzgeber in dem Erklärungsrecht des Verteidigers eine bessere Möglichkeit als durch eine eigene Erklärung des Angeklagten sieht, die für die Verteidigung wesentlichen Punkte darzustellen, folgt daraus, dass der Verteidiger für den Angeklagten in der Erklärung zu allen Punkten des gegen diesen erhobenen Vorwurfs vorab Stellung nehmen kann (Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 243 Rn 31d). Das gilt sowohl für rechtliche als auch für tatsächliche Fragen.

Begrenzt wird das Erklärungsrecht nur/aber durch den Hinweis in § 243 Abs. 5 Satz 3 Hs. 2 StPO, wonach die Erklärung „den Schlussvortrag nicht vorwegnehmen darf“. Insoweit wird die Auffassung in der Rspr. und Lit. zum Erklärungsrecht des Verteidigers nach § 257 Abs. 2 StPO im Rahmen der Beweisaufnahme entsprechend anzuwenden sein. Dem Verteidiger wird auch nur ein Recht zur vorläufigen Bewertung eingeräumt. Entsprechendes gilt dann für das Erklärungsrecht, das sich auf eine „Erklärung zur Anklage“ bezieht. Daraus folgt, dass die Erklärung sich einerseits auf alle aus Sicht des Angeklagten entscheidenden Punkte der bevorstehenden Beweisaufnahme beziehen kann, sich andererseits aber auf die für die gesamte Hauptverhandlung maßgeblichen Gesichtspunkte wird beschränken müssen. Die Würdigung der in diesem Verfahrensstadium noch nicht erhobenen Beweise ist nicht zulässig (BT-Drucks 18/11277, S. 34; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 243 Rn 31d).

Geht die Erklärung des Verteidigers (für den Angeklagten) darüber hinaus und wird der Schlussvortrag des Verteidigers vorweggenommen, kann der Vorsitzende in Ausübung seiner Sachleitungsbefugnis dem Verteidiger nach § 238 Abs. 1 StPO das Wort wegen „Missbrauchs“ entziehen. Es gelten dieselben Vorgaben wie bei der

Begrenzung

Missbrauch



Entziehung des Erklärungsrechts des Verteidigers, die denen bei der Entziehung des Fragerechts entsprechen. Das bedeutet, dass der Vorsitzende zunächst wird abmahnen müssen und erst bei einem weiteren Verstoß das Erklärungsrecht entziehen kann. Der Vorsitzende kann/muss ggf. zunächst aufgeben, eine weitere Erklärung schriftlich einzureichen (§ 243 Abs. 5 Satz 4 Hs. 1 StPO).

### Hinweis

Gegen die Maßnahmen kann der Verteidiger nach § 238 Abs. 2 StPO vorgehen. Er muss diesen Weg einschlagen, wenn er das Vorgehen des Vorsitzenden später mit der Revision rügen will (§ 338 Nr. 8 StPO; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 337 Rn 40).

Gibt der Verteidiger danach ein Opening Statement ab, muss er inhaltlich der „Anklage als Arbeitshypothese der StA entgegnetreten“, indem er (vgl. Wesemann, StraFo 2001, 296; s.a. als Beispiel eines Opening Statement das aus dem „Mzoudi-Verfahren“ auf [www.nullapoena.de/all/opening](http://www.nullapoena.de/all/opening)):

- seine Gegenbeweise zu den in der Anklage enthaltenen Behauptungen ankündigt,
- ggf. die Frage nach der Zulässigkeit bestimmter Beweiserhebungen aufwirft,
- eine eigene rechtliche Beurteilung vorträgt (§ 243 Abs. 3 StPO),
- ggf. das Schweigen des Mandanten erläutert,
- dessen Angaben zur Sache ergänzt und bewertet,
- ggf. einen Einstellungsantrag wiederholt,
- versucht, einer einseitigen Darstellung in der Öffentlichkeit und/oder einer einseitigen Beeinflussung der ehrenamtlichen Richter entgegenzuwirken.

### VI. Form

Die Erklärung des Verteidigers erfolgt grds. mündlich in der Hauptverhandlung. Nach § 243 Abs. 5 Satz 4 Hs. 1 StPO kann der Vorsitzende dem Verteidiger aber aufgeben, „die weitere Erklärung schriftlich einzureichen, wenn ansonsten der Verfahrensablauf erheblich verzögert würde“. Das ist ein an bestimmte Voraussetzungen geknüpfter Verweis auf § 257a StPO; der Referentenentwurf hatte an der Stelle uneingeschränkt auf § 257a StPO verwiesen. Durch diese Regelung soll Missbrauch vermieden werden (krit. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 243 Rn 31e [Konfliktstoff für die HV]).

Der Vorsitzende kann dem Verteidiger nicht von vornherein aufgeben, die Erklärung schriftlich einzureichen. Das gilt nur für die „weitere Erklärung“. Erfasst sind damit die Fälle, in denen erkennbar wird, dass der Schlussvortrag vorweggenommen werden soll, was nach § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO nicht zulässig ist. Dann kann aufgegeben werden, „die weitere Erklärung“ schriftlich einzureichen. Entsprechendes soll nach der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drucks 18/11277, S. 34) gelten, wenn das Erklärungsrecht missbräuchlich ausgeübt wird, etwa durch ausschweifende abseitige Erklärungen bei Taten, bei denen zum Beispiel eine bestimmte politische Überzeugung eine Rolle spielt (krit. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 243 Rn 31e).

Voraussetzung ist aber, dass durch die weitere mündliche Erklärung der Verfahrensablauf „erheblich verzögert“ würde. Dazu, wann das Fall ist, schweigen sich die (Neu-)Regelung und auch die Gesetzesmaterialien aus. Die Frage der „erheblichen Verzögerung“ wird man sicherlich von den Umständen des Einzelfalls abhängig machen und auf die geplante Gesamtdauer des Verfahrens beziehen müssen. Bei

Der Anklage entgegnetreten

Grds. mündlich, aber ggf. schriftlich

Weitere Erklärung

Erhebliche Verzögerung



einem Verfahren, das so oder so schon länger als zehn HV-Tage dauert, wird eine Verfahrensverzögerung von ein oder zwei Stunden noch nicht erheblich sein (Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 243 Rn 31e [Frage des Einzelfalls]).

### *Hinweis*

Gegen eine entsprechende Anordnung des Vorsitzenden muss der Verteidiger nach § 238 Abs. 2 StPO vorgehen, wenn er das Vorgehen des Vorsitzenden später mit der Revision als unzulässig rügen will (§ 338 Nr. 8 StPO; Meyer-Goßner/Schmitt, § 337 Rn 40).

Schließlich wird in § 243 Abs. 5 Satz 4 Hs. 2 StPO auf § 249 Abs. 2 Satz 1 StPO verwiesen. Das gibt dem Vorsitzenden die Möglichkeit anzuordnen, dass die weitere schriftliche Erklärung, bei der es sich um eine Urkunde handelt, im Selbstleseverfahren in die Hauptverhandlung eingeführt wird. D.h., dass die schriftliche Erklärung nicht in der Hauptverhandlung verlesen werden muss, sondern es ausreicht, dass die Richter vom Wortlaut der Erklärung Kenntnis genommen haben und die übrigen Beteiligten hierzu Gelegenheit hatten.

Verwiesen wird nur auf § 249 Abs. 2 Satz 1 StPO. Eine Bezugnahme auf das in § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO geregelte Widerspruchsrecht und auf die Protokollierungspflicht des § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO ist nicht erfolgt, ihrer bedurfte es aber auch nicht, weil die Erklärung des Verteidigers anders als die in § 249 StPO genannten Urkunden kein Beweismittel darstellt.

### *Hinweis*

Der Verteidiger wird im Hinblick auf §§ 338 Nr. 8, 238 Abs. 2 StPO der Anordnung des Selbstleseverfahrens widersprechen.

## VII. Vernehmung des Angeklagten zur Sache

Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks 18/11277, a.a.O.) geht davon aus, dass dann, wenn die Eröffnungserklärung oder Teile davon als Einlassung des Angeklagten ausgestaltet werden, die sich dieser zu eigen macht, die nachfolgende Vernehmung des zur Äußerung bereiten Angeklagten (§ 243 Abs. 5 Satz 2 StPO) auf Fragen beschränkt werden kann, die aus Sicht des Gerichts neben der Erklärung des Verteidigers noch offen geblieben sind oder zu der es persönliche Antworten des Angeklagten für erforderlich hält (krit. insoweit Stellungnahme des DAV 40/16 von August 2016, S. 7). Das folgt aus dem Gesetzeswortlaut nicht. Der Angeklagte behält auch dann, wenn der Verteidiger eine Erklärung nach § 243 Abs. 5 Satz 3 StPO für ihn abgegeben hat, sein Recht, sich umfassend zur Sache einzulassen. Das folgt schon daraus, dass es sich bei der Erklärung eben ggf. nicht um eine Einlassung des Angeklagten i.e.S. handelt. Letztlich wird es auch eine Frage der Aufklärungspflicht des Gerichts (§ 244 Abs. 2 StPO) sein, ob und inwieweit es dem Angeklagten das Recht zur (weiteren) Äußerung einräumt.

## VIII. Revision

Die mit dem Erklärungsrecht zusammenhängenden Verfahrensfragen unterliegen der Prüfung durch die Revision, und zwar im Wege der Verfahrensrüge über § 338 Nr. 8 StPO. Das bedeutet, dass zur Begründung der Verfahrensrüge im Hinblick auf § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO alle Verfahrensvorgänge, die mit der Erklärung zusammenhängen, vorgetragen werden müssen. Vorgetragen werden muss, wenn gerügt wird, dass das Erklärungsrecht nicht eingeräumt oder beschnitten worden ist, auch, was im Fall der

Selbstleseverfahren

Verweis nur auf § 249 Abs. 2 Satz 1 StPO

Revisibel

Erklärung vorgetragen worden wäre. Der Verteidiger sollte auch zur Frage des Beruhens (§ 337 StPO) Stellung nehmen (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 243 Rn 40).

## Rechtsprechungsreport

---

### Verfahrensrecht

#### Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit wegen Vorbefassung

Auch eine vermeintlich oder tatsächlich rechtsfehlerhafte Vorentscheidung rechtfertigt für sich genommen die Besorgnis der Befangenheit nicht. Es müssen vielmehr konkrete Umstände des Einzelfalls hinzutreten, welche die Besorgnis der Befangenheit zu begründen vermögen. (Leitsatz des Verfassers)

*BGH, Beschl. v. 19.4.2018 – 3 StR 23/18*

#### I. Sachverhalt

Die Strafkammer hat die Angeklagten wegen Raubes in Tateinheit mit versuchtem Totschlag verurteilt. Dagegen wendet sich der Angeklagte u.a. mit der Revision. Im Revisionsverfahren hat der Angeklagte drei Richter am BGH wegen Besorgnis der Befangenheit (§§ 34 ff. StPO) abgelehnt. Dies hat er im Wesentlichen damit begründet, die drei abgelehnten Richter hätten bereits an einem vorangegangenen Revisionsverfahren mitgewirkt, in dem ein erstes Urteil vom BGH-Senat auf die Sachrüge der Angeklagten aufgehoben worden war. In dieser Entscheidung hätten sie die von der Revision der Angeklagten geltend gemachte Verfahrensrüge, mit der die Unverwertbarkeit polizeilicher Vernehmungen geltend gemacht worden war, vorläufig als unbegründet bewertet. Damit sei davon auszugehen, dass sie im nun anstehenden Verfahren, in dem diese Rüge erneut erhoben worden ist, nicht unparteiisch seien. Denn die in der vorläufigen Bewertung der Verfahrensrüge als unbegründet zum Ausdruck gekommene Ansicht des Senats sei nicht nur rechtlich falsch, sondern beinhalte eine Grundeinstellung zum Wert des Richtervorbehalts bei Freiheitsentziehungen, die die Angeklagten befürchten lasse, dass künftige Entscheidungen unter Beteiligung der abgelehnten Richter „maßgeblich in Dimensionen polizeitaktischer Praktikabilität angesiedelt“ seien und „ohne Berücksichtigung grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen gefällt werden“. Die Argumentation der Vorentscheidung verrate einen mangelnden Respekt des Senats vor einem Menschenrecht. Zudem dokumentiere „das Verhalten“ der abgelehnten Richter, dass sie aus Sicht der Angeklagten in ihrer Ansicht derart festgelegt seien, dass eine neutrale Würdigung der anstehenden Rechtsfrage von ihnen nicht erwartet werden könne.

#### II. Entscheidung

Den Ablehnungsantrag hat der BGH als unzulässig verworfen und dies wie folgt begründet: Die Vorbefassung eines Richters als solche könne die Besorgnis der Befangenheit grundsätzlich nicht begründen, so dass die nur auf diese Tatsache und die damit notwendig verbundenen inhaltlichen Äußerungen gestützte Ablehnung ohne inhaltliche Prüfung als unzulässig verworfen werden könne (BGH NStZ 2010, 401, 403). Auch eine vermeintlich oder tatsächlich rechtsfehlerhafte Vorentscheidung rechtfertige für sich genommen die Besorgnis der Befangenheit nicht. Es müssten vielmehr konkrete Umstände des Einzelfalls hinzutreten, welche die Besorgnis der

Ablehnung der Mitglieder des Revisionssenats wegen Vorbefassung

Vorbefassung allein rechtfertigt Ablehnung nicht

Befangenheit zu begründen vermögen; diese über die Vorentscheidung hinausreichenden Umstände müsse der Antragsteller in seinem Gesuch vortragen und glaubhaft machen. Anhaltspunkte für die Besorgnis der Befangenheit können in dem Verhalten des Richters oder in den Gründen der vorangegangenen Entscheidung gefunden werden (BVerfG NStZ-RR 2007, 275).

Hieran gemessen hat der BGH das Befangenheitsgesuch als unzulässig und damit als nach § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO zu verwerfen angesehen. Die Angeklagte habe ihr Ablehnungsgesuch ausschließlich mit der Vorbefassung der abgelehnten Richter an der vorangegangenen Revisionsentscheidung und der darin vertretenen Rechtsansicht begründet. Da das – vom Verteidiger der Angeklagten in der damaligen Revisionshauptverhandlung angeregte – Vorgehen des Senats, in seinem Urteil, mit dem er das vorangegangene Urteil des LG auf die Sachrüge hin aufgehoben und zu neuer Verhandlung zurückverwiesen hatte, im Hinblick auf das neu zur Entscheidung anstehende Verfahren eine vorläufige Einschätzung zur Verwertbarkeit der polizeilichen Vernehmung der Angeklagten abzugeben, prozessordnungsgemäß gewesen sei, könne auf die Mitwirkung an dieser Entscheidung die Besorgnis der Befangenheit grundsätzlich nicht gestützt werden. Auch die in dieser vorläufigen Einschätzung vertretene Rechtsauffassung als solche könne – selbst wenn sie rechtsfehlerhaft wäre – eine solche nicht begründen.

### III. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung zeigt mal wieder, dass Ablehnung des Richters wegen „Vorbefassung“ schwer ist und i.d.R. nur in Ausnahmefällen Erfolg hat. Denn es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass allein die Mitwirkung an der früheren Entscheidung nicht ausreicht, um die Besorgnis der Befangenheit zu begründen. Es müssen weitere Gründe hinzukommen, zu denen vorgetragen werden muss. Und das gilt m.E. erst recht, wenn der Antragsteller selbst – wie hier – eine Stellungnahme des BGH zu einer Rechtsfrage angeregt hat. Kommt der BGH dieser Anregung nach, dann kann man m.E. später nicht auf die Stellungnahme, wenn sie der eigenen Auffassung nicht entspricht, einen Ablehnungsantrag stützen. Das kommt „venire contra factum proprium“ sehr nahe.

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

### Verlesung des Anklagesatzes

Zur Erforderlichkeit der Verlesung des Anklagesatzes in der nach Aufhebung und Zurückverweisung neu durchgeführten Hauptverhandlung. (Leitsatz des Verfassers)

*BGH, Urt. v. 24.4.2018 – 1 StR 481/17*

#### I. Sachverhalt

Der Angeklagte war bereits durch Urteil des LG aus dem Januar 2016 verurteilt. Das Urteil hat der BGH auf die Verfahrensrüge des Angeklagten teilweise aufgehoben und das Verfahren zurückverwiesen. Das LG hat den Angeklagten erneut verurteilt. Dagegen wendet sich der Angeklagte erneut u.a. mit einer Verfahrensrüge. Diese hatte erneut Erfolg. Der Angeklagte hatte mit seiner Verfahrensrüge geltend gemacht, dass in der neu durchgeführten Hauptverhandlung der die nun vom LG abgeurteilte Tat betreffende Anklagesatz aus der ursprünglichen Anklageschrift nicht verlesen worden ist.

Hinzutreten weiterer Umstände

Ablehnung wegen Vorbefassung ist schwer

Verfahrensrüge: Anklagesatz nicht verlesen

### II. Entscheidung

Die Verfahrensrüge griff nach Auffassung des BGH (erneut) durch. Gemäß § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO sei nach der Vernehmung des Angeklagten zu seinen persönlichen Verhältnissen der Anklagesatz zu verlesen. Dies erfülle u.a. den Zweck, den Angeklagten und die übrigen Verfahrensbeteiligten, insbesondere die Schöffen, aber auch die Öffentlichkeit über weitere Einzelheiten des Vorwurfs zu unterrichten (BGH NStZ 2006, 649, 650) und ihnen zu ermöglichen, ihr Augenmerk auf die Umstände zu richten, auf die es in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ankommt. Auf die Verlesung könne daher auch nicht verzichtet werden (LR-Becker, StPO, 26. Aufl., § 243 Rn 39).

Diese Grundsätze gelten – so der BGH – uneingeschränkt auch nach Zurückverweisung der Sache durch ein Rechtsmittelgericht, wobei nur insoweit Einschränkungen durch eine eingetretene Teilrechtskraft oder vorgenommene Beschränkungen oder Erweiterungen des Verfahrensgegenstandes nach § 154a Abs. 2 und 3 StPO zu berücksichtigen seien (LR-Becker, StPO, 26. Aufl., § 243 Rn 51). Nur bei Zurückverweisung der Sache allein im Strafausspruch seien statt des Anklagesatzes insoweit das Ausgangsurteil und die zurückverweisende Revisionsentscheidung zu verlesen. Hier habe die Aufhebung der ersten Entscheidung des LG auch den Schuldspruch betroffen, weshalb der entsprechende Teil des Anklagesatzes zu verlesen gewesen sei. Das sei, davon geht der BGH jedenfalls aus, nicht geschehen.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Die Verlesung des Anklagesatzes gehört zu den wesentlichen Förmlichkeiten im Sinne des § 273 Abs. 1 StPO, deren Einhaltung gemäß § 274 StPO nur durch das Protokoll bewiesen werden kann (BGH NStZ 1995, 200, 201). Schweigt das Sitzungsprotokoll hierzu, was in dem vom BGH entschiedenen Verfahren der Fall war, muss das Revisionsgericht davon ausgehen, dass der Anklagesatz in der neuen Hauptverhandlung nicht verlesen wurde.

2. Die Verlesung des Anklagesatzes ist im Übrigen ein so wesentliches Verfahrenserfordernis, dass die Unterlassung im Allgemeinen die Revision begründet (BGH NStZ 2000, 14). Allenfalls in einfach gelagerten Fällen, in denen der Zweck der Verlesung des Anklagesatzes durch die Unterlassung nicht beeinträchtigt worden ist, kann ein Beruhen des Urteils auf der Nichtverlesung des Anklagesatzes unter Umständen ausgeschlossen werden (BGH, a.a.O.).

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

### Verweigerte Schweigepflichtsentbindung und Beweisantrag

Steht einem Arzt nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, so obliegt es ausschließlich seiner freien Entscheidung, ob er sich nach Abwägung der widerstreitenden Interessen zu einer Zeugenaussage entschließt. (Leitsatz des Verfassers)

*BGH, Beschl. v. 16.11.2017 – 3 StR 460/17*

### I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten u.a. wegen schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern verurteilt. Die Revision des Angeklagten beanstandet mit einer Verfahrensrüge, dass die Strafkammer zwei Beweisanträge mit rechtsfehlerhafter Begründung abgelehnt hat. Dem lag folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: Dem Angeklag-

Verlesung des Anklagesatzes

Grundsätzlich auch nach Aufhebung und Zurückverweisung

Wesentliche Förmlichkeit der Hauptverhandlung

Beruhen

Beweisantrag auf Ladung von zwei Ärzten

ten, dem sexuelle Handlungen an der Tochter seiner Lebenspartnerin vorgeworfen werden, hatte in der Hauptverhandlung u.a. die Anträge gestellt, zwei die Tochter/Nebenkägerin behandelnde Ärzte, darunter eine Frauenärztin, als Zeugen zu den Behauptungen zu vernehmen, die Mitangeklagte F., seine Lebenspartnerin, habe auf sein Drängen bzw. seine Veranlassung jeweils einen Untersuchungstermin für ihre Tochter vereinbart, während des Termins bei der Frauenärztin habe er vor der Praxis gewartet, während des anderen Arzttermins sei er zugegen gewesen. Diese Beweistatsachen seien für die tatrichterliche Überzeugungsbildung hinsichtlich der ihm angelasteten sexuellen Übergriffe von Bedeutung; denn, würden die Vorwürfe zutreffen, hätte er „mit Sicherheit nicht entsprechende ärztliche Untersuchungen veranlasst, die dazu hätten führen können, dass sein angebliches Tun aufgedeckt worden wäre“. Das LG hat diese Anträge nach § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO abgelehnt, weil ein Beweismittelverbot bestünde. Gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO unterlägen die zwei Zeugen hinsichtlich ihrer ärztlichen Tätigkeiten gegenüber der Nebenkägerin einer Pflicht zur Verschwiegenheit. Die Nebenkägerin habe durch die Nebenkäglerevertreterin erklären lassen, sie entbinde die beiden behandelnden Ärzte nicht von dieser Verpflichtung. Die Revision des Angeklagten hatte Erfolg.

### II. Entscheidung

Der BGH sieht die Ablehnung der Beweisanträge wegen Unzulässigkeit der begehrten Beweiserhebungen gem. § 244 Abs. 3 Satz 1 StPO als rechtsfehlerhaft an. Die begehrten Beweiserhebungen seien nicht ohne weiteres unzulässig gewesen. Stehe einem Arzt nach § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, so obliegt es ausschließlich seiner freien Entscheidung, ob er sich nach Abwägung der widerstreitenden Interessen zu einer Zeugenaussage entschließt. Lehne der Patient es ab, den Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden, oder widerrufe er eine frühere Entbindungserklärung, so habe er keinen strafprozessualen Anspruch darauf, dass der Arzt die Aussage verweigere (vgl. BGHSt 18, 146, 147; 42, 73, 76). Das gelte auch dann, wenn sich dieser durch seine Angaben nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar mache (vgl. BGHSt 15, 200, 202; 18, 146, 147 f.). Auch dann bleibe die Aussage grundsätzlich verwertbar (vgl. BGHSt 50, 64, 79 m.w.N.; KK-Senge, StPO, 7. Aufl., § 53 Rn 9). Für das Tatgericht komme es somit nicht darauf an, ob der Berufsheimnisträger befugt oder unbefugt handelt, sondern nur darauf, ob er sein Zeugnis verweigert oder nicht (vgl. BGHSt 15, 200; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl., § 53 Rn 45; KK-Senge, a.a.O. Rn 7).

### III. Bedeutung für die Praxis

In vergleichbaren Fällen darf also das Gericht nicht allein wegen der von der Nebenkägerin ggf. verweigerten Schweigepflichtsentbindung von einem Beweismittelverbot und damit von der Unzulässigkeit der begehrten Zeugenvernehmungen ausgehen. Vielmehr muss die Strafkammer – falls sie die Beweisanträge nicht aus anderen Gründen ablehnt – den Arzt laden und seine Entscheidung über das Zeugnisverweigerungsrecht herbeiführen. Dessen Aussagebereitschaft kann allerdings ggf. auch freibeweislich geklärt werden.

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

### Unerreichbarkeit des (Auslands-)Zeugen

Die Ladung eines Zeugen mit einfachem Brief genügt regelmäßig nicht, um die Unmöglichkeit seiner Vernehmung auf absehbare Zeit festzustellen. Von einer förmlichen Ladung kann aber ausnahmsweise abgesehen wer-

Arzt muss selbst über seine Schweigepflicht entscheiden

Arzt muss geladen werden

den, wenn nach den Umständen des Einzelfalles ausgeschlossen erscheint, dass der Zeuge von seiner beabsichtigten Vernehmung keine Kenntnis hatte. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 28.11.2017 – 3 StR 272/17

### I. Sachverhalt

Das LG hatte die Angeklagten im „zweiten Anlauf“, nachdem ein erstes Urteil vom BGH aufgehoben worden war, im Zusammenhang mit vereinbarten, dann aber nicht getätigten Lkw-Lieferungen nach Litauen wegen Betruges bzw. Beihilfe hierzu verurteilt.

In der Hauptverhandlung hatte der Verteidiger des Hauptangeklagten die Vernehmung eines in Litauen wohnhaften Zeugen beantragt. Daraufhin wandte sich der Vorsitzende per einfachem Brief in litauischer Sprache an den Zeugen und bat unter Nennung der Erreichbarkeit des Gerichts per Telefon, Fax und E-Mail um Rückmeldung, ob der Zeuge bereit sei, einer Ladung Folge zu leisten, entweder zum LG oder für eine audiovisuelle Vernehmung zum litauischen Rechtshilfegericht, das in dieser Sache bereits seit 2011 wiederholt mit diversen Rechtshilfeersuchen der Strafkammer befasst gewesen war. Zugleich wandte sich der Vorsitzende mit einfachem Brief an einen Richter des litauischen Rechtshilfegerichts und bat ihn vorsorglich um Unterstützung bei der erneuten, im Wege der Videosimultanübertragung durchzuführenden Anhörung. Zugleich erbat er eine telefonische Kontaktaufnahme zu dem Zeugen, um dessen Bereitschaft zu einer Aussage in Oldenburg oder Vilnius zu klären.

Nachdem in der Folgezeit weder der Zeuge noch das Rechtshilfegericht auf die Schreiben reagierten, lud der Vorsitzende den Zeugen per einfachem Brief in litauischer Sprache zu einem der nächsten Hauptverhandlungstermine.

Nachdem der Zeuge nicht erschienen war, verkündete die Strafkammer noch am selben Hauptverhandlungstag einen Beschluss, mit dem sie die Verlesung eines Dokuments anordnete, das Angaben des Zeugen bei einer früheren Vernehmung in Litauen enthielt. Das Dokument wurde anschließend verlesen. Eine daraufhin erhobene Verfahrensrüge des Angeklagten hat der BGH für unbegründet erklärt.

### II. Entscheidung

Die Verlesung der Aussage nach § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO in der damals geltenden Fassung sei, so der BGH, nicht zu beanstanden. Mit dem die Verlesung anordnenden Beschluss habe die Strafkammer zudem zugleich die beantragte Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung abgelehnt.

Eine Ladung mit einfachem Brief sei zwar im Allgemeinen nicht ausreichend, um die Unmöglichkeit der Vernehmung des Zeugen auf absehbare Zeit feststellen zu können, weil der Zugang des Ladungsschreibens ungewiss sei.

Vorliegend habe aber der Vorsitzende zusätzliche Tätigkeiten für eine Kontaktaufnahme entfaltet, sowohl unmittelbar als auch mittelbar über das bereits zuvor seit mehreren Jahren in dieser Sache tätig gewesene Rechtshilfegericht. Unter diesen Umständen habe die Strafkammer ausnahmsweise die Vernehmungsniederschrift auch ohne vorherige förmliche Zustellung des Ladungsschreibens verlesen dürfen.

In Anbetracht der Bemühungen des Vorsitzenden sei es ausgeschlossen erschienen, dass der Zeuge von seiner beabsichtigten Vernehmung keine Kenntnis hatte. Wäre er verzogen gewesen, wäre er für die Strafkammer unbekanntes Aufenthalts und eine Aufenthaltsermittlung im Ausland nicht veranlasst gewesen.

Ladung eines Zeugen im Ausland

Aussage des nicht erschienenen Zeugen in der HV verlesen

BGH: Verlesung nicht zu beanstanden

Ladung mit einfachem Brief zwar grundsätzlich unzureichend ...

... aber: hier zusätzliche Tätigkeiten des Vorsitzenden

Fehlende Kenntnis des Zeugen von der beabsichtigten Einvernahme ausgeschlossen



### III. Bedeutung für die Praxis

Dem Beschluss des BGH liegt eine eher ungewöhnliche Konstellation zugrunde; Fälle wie der vorliegende, in denen über Jahre hinweg regelmäßiger und intensiver Kontakt zu einem Rechtshilfegericht im Ausland besteht, dürften in der Praxis selten sein. Dementsprechend hebt auch der Senat ausdrücklich hervor, dass von einer förmlichen Zustellung der Ladung nur „ausnahmsweise“ abgesehen werden durfte. Eine allgemeine Absenkung der Voraussetzungen für die Verlesung einer Aussage wegen Unerreichbarkeit des Zeugen ist mit der Entscheidung nicht verbunden.

RiLG Thomas Hillenbrand, Stuttgart

### Verhältnismäßigkeit bei Vermögensarrest

1. Sowohl bei der Anordnung als auch bei der Fortdauer des Vermögensarrestes ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Dies gilt gleichermaßen nach altem wie neuem Recht.
2. In Anbetracht dessen, dass es sich beim Vermögensarrest 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.
3. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist daher verletzt, wenn der rechtskräftige Abschluss des Verfahrens aus Umständen, die in der Sphäre des Staates liegen, erheblich verzögert wird.
4. Sofern im Strafverfahren noch kein Urteil ergangen ist, in dem festgestellt wurde, dass allein deshalb nicht auf Verfall erkannt wird, weil Ansprüche eines Verletzten i.S.v. § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a.F. entgegenstehen, ist das am 1.7.2017 in Kraft getretene Recht anzuwenden (Art. 316h EGStGB; § 14 EGStPO). (Leitsätze des Verfassers)

*OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 14.6.2018 – 3 WS 425/17*

### I. Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin ist Mutter der Beschuldigten, gegen welche seit Ende 2013 ein Ermittlungsverfahren wegen Nichtabführung von Sozialabgaben und Steuerhinterziehung im Zusammenhang mit dem Betrieb mehrerer „Terminwohnungen“ zwecks Ausübung der Prostitution durch diverse Chinesinnen geführt wird. Dabei soll die Beschuldigte insgesamt Sozialabgaben in Höhe von 599.285,09 EUR nicht abgeführt haben. Von ihren illegalen Einnahmen hat die Beschuldigte insgesamt 379.085,57 EUR der Beschwerdeführerin zukommen lassen. Mit Beschl. v. 30.4.2015 ordnete das AG Frankfurt a.M. deshalb den dinglichen Arrest in das Vermögen der Beschwerdeführerin in Höhe von 379.085,57 EUR an. Ihre diesbezügliche Beschwerde hiergegen hatte beim LG Frankfurt a.M. keinen Erfolg.

Das OLG Frankfurt a.M. hob mit Beschluss v. 8.1.2016 jedoch den Haftbefehl gegen die Beschuldigte aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auf, weil das Gericht davon ausging, dass die tatsächliche Schadenssumme unter 30.000 EUR liege. Daraufhin beantragte die Beschwerdeführerin am 1.3.2016, den Arrestbeschluss v. 30.4.2015 aufzuheben. Da das AG Frankfurt a.M. diesen Antrag zurückwies und die dagegen gerichtete Beschwerde vom LG Frankfurt a.M. verworfen wurde, griff die Beschwerdeführerin diese Entscheidung mit der weiteren Beschwerde an.

Keine generelle Erleichterung für die Verlesung von Aussagen

Arrest über ca. 380.000 EUR seit April 2015



## Rechtsprechungsreport

Zu einer Anklage ist es bisher nicht gekommen, weil die Staatsanwaltschaft mehrfach hinsichtlich des Schlussberichtes der ermittelnden Bundespolizei v. 10.12.2015 Rücksprache hielt und zudem den Ausgang eines finanzgerichtlichen Verfahrens abwarten wollte, um die dortigen Erkenntnisse in den Bericht der Steuerfahndung wie der Schlussberechnung der Deutschen Rentenversicherung einfließen zu lassen. Schließlich lagen am 12.6.2017 der entsprechende Ermittlungsbericht sowie die Berechnungen der Deutschen Rentenversicherung vor. Dennoch hat die Staatsanwaltschaft bisher keine Anklage erhoben.

### II. Entscheidung

Der Arrestbeschluss war – so das OLG – aus Gründen der Verhältnismäßigkeit aufzuheben.

Dabei findet auf den Fall neues Recht entsprechend dem Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung v. 13.4.2017 (BGBl I 2017, S. 872) Anwendung. Dies ergibt sich daraus, dass im Strafverfahren noch kein Urteil ergangen ist, in dem festgestellt wurde, dass allein deshalb nicht auf Verfall erkannt wird, weil Ansprüche eines Verletzten i.S.v. § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a.F. entgegenstehen (Art. 316h EGStGB; § 14 EGStPO).

Auch nach neuem Recht ist wie bei der alten Rechtslage sowohl die Anordnung als auch die Fortdauer des Vermögensarrestes am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen, denn die bisherige Rechtsprechung hierzu wird durch die Neuregelung nicht berührt (BT-Drucks 18/9525, S. 49, 75). 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, die im vorliegenden Fall mehr als drei Jahre und einen Monat anhalten (vgl. OLG Frankfurt a.M. StV 2008, 624; BVerfG, Beschl. v. 7.7.2006 – 2 BvR 583/06, Beschl. v. 7.6.2005 — 2 BvR 1822/04, BeckRS 2005, 27483).

Deshalb wird der angeordnete Arrest unverhältnismäßig, wenn der rechtskräftige Abschluss des Verfahrens allein durch Umstände aus der Sphäre des Staates wie im vorliegenden Fall erheblich verzögert wird, weil dann eine durch die Sache nicht mehr gebotene und damit nicht mehr hinzunehmende Belastung des Betroffenen entsteht (OLG Köln NStZ 2005, 400). Bei dem bisherigen Verfahrensablauf kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Verfahren noch ausreichend gefördert worden ist, und es ist nicht absehbar, wann ein Urteil ergeht, in welchem auf die Anordnung der Einziehung der Taterträge nach §§ 73 ff. StGB erkannt wird.

### III. Bedeutung für die Praxis

Auch wenn die Übergangsvorschrift des Art. 316h EGStGB teilweise als Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot nach Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK gewertet wird (LG Kaiserslautern NZWiSt 2018, 149), hat im vorliegenden Fall das OLG Frankfurt a.M. zu Recht ausgeführt, dass nach altem wie neuem Recht hinsichtlich des Vermögensarrestes das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren ist (vgl. auch Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665, 677), so dass auch nach altem Recht in der Sache keine andere Entscheidung ergangen wäre.

Das OLG Frankfurt a.M. hat zudem auch zutreffend herausgestellt, dass sich aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip eine Verpflichtung für die Strafverfolgungsorgane ergibt, die Herbeiführung einer endgültigen Entscheidung hinreichend zu fördern. Gerade bei

Bisher keine Anklage

Neues Recht

Verhältnismäßigkeit

Hier unverhältnismäßig

Zutreffend

hohen Summen kann nämlich dem Betroffenen sogar die Insolvenz drohen, wenn ein (rechtswidriger) Vermögensarrest nicht zeitnah aufgehoben wird, bzw. ihm können entsprechend hohe Refinanzierungskosten hierdurch entstehen. Da die amtliche Gesetzesbegründung gerade hervorhebt, dass „die bisherige Rechtsprechung zum Arrestgrund und zur Dauer vorläufiger Sicherungsmaßnahmen (...) durch die Neuregelung nicht berührt“ wird (BT-Drucks 18/9525, S. 49), kann auf die bisherige Rechtsprechung hier zurückgegriffen werden, was der Rechtssicherheit dient.

Dr. Matthias Gehm, Limburgerhof

### Unverwertbare Angaben des Beschuldigten zur Haltereigenschaft

Wird der einer Unfallflucht verdächtige Fahrzeughalter bei einer Befragung nicht als Beschuldigter belehrt, sind seine Angaben gegenüber einem Polizeibeamten unverwertbar. (Leitsatz des Verfassers)

*LG Duisburg, Beschl. v. 13.7.2018 – 35 Qs 58/18*

#### I. Sachverhalt

Gegen den Beschuldigten wird wegen des Verdachts des unerlaubten Entfernens vom Unfallort ermittelt. Ihm ist die Fahrerlaubnis vorläufig entzogen worden. Die gegen den Beschluss des AG gerichtete Beschwerde des Beschuldigten hatte Erfolg.

#### II. Entscheidung

Das LG verneint nach den (derzeitigen) Ermittlungsergebnissen einen dringenden Tatverdacht dahin, dass der Beschuldigte den verfahrensgegenständlichen Unfall selbst herbeigeführt hat. Zwar habe ein Zeuge das Fahrzeug, mit dem der Unfall verursacht wurde, durch Angabe der Farbe und einiger Teile des amtlichen Kennzeichens mit hinreichender Sicherheit – und einem sich daraus ergebenden dringenden Tatverdacht – identifizieren können, zumal an dem sodann ermittelten Fahrzeug der Marke AUDI A4 Unfallspuren, die mit denen an dem durch den Zeugen genutzten Fahrzeug der Marke VW Fox korrespondieren, vorgefunden worden seien. Indes habe der Zeuge den Fahrer des Fahrzeugs zum Zeitpunkt des Unfalls weder konkret identifizieren noch beschreiben können.

Soweit der Beschuldigte im Rahmen einer informatorischen Befragung durch einen Polizeibeamten angegeben habe, er sei alleiniger Nutzer des Fahrzeugs der Marke AUDI, unterliegen seine diesbezüglichen Angaben – so das LG – einem durch seinen Verteidiger geltend gemachten Beweisverwertungsverbot, das sich aus der mangelnden vorherigen Belehrung als Beschuldigter, mithin aus §§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 4 Satz 2 StPO ergebe. Zwar habe, soweit die Polizeibeamten in unmittelbarer Nähe des Fahrzeugs der Marke AUDI Ermittlungen zum Halter dieses Fahrzeugs vorgenommen haben, woraufhin der Beschuldigte eingeräumt habe, Halter des Fahrzeugs zu sein, noch eine ohne vorherige Belehrung als Beschuldigter zulässige informatorische Befragung vorgelegen. Nach dieser Auskunft des Beschuldigten, er sei Halter des Fahrzeugs, habe sich der Tatverdacht dahingehend, dass er als Halter mit dem Fahrzeug auch zum Zeitpunkt des Unfalls gefahren sei, aber so sehr verdichtet, dass er nunmehr als Beschuldigter anzusehen gewesen sei und als solcher auch hätte belehrt werden müssen. Da diese Belehrung aber erst nach seiner Angabe, er sei alleiniger Nutzer des Fahrzeugs – mithin erst zu einem Zeitpunkt, als sich nicht nur ein Anfangsverdacht ergeben hatte, sondern die Täterschaft quasi eingeräumt war –, erfolgte, bestehe insoweit ein Beweisverwertungsverbot (vgl. hierzu auch OLG Nürnberg StV 2015, 155 m. Anm. Burhoff, StRR 2014, 105). Es sei auch nicht davon

Vorwurf: unerlaubtes  
Entfernen vom Unfallort

Kein dringender Tatverdacht

Angaben bei der Befragung  
unverwertbar

auszugehen, dass es sich bei der Angabe des Beschuldigten, er sei alleiniger Nutzer des Fahrzeugs, um eine auch ohne vorherige Beschuldigtenbelehrung verwertbare Spontanäußerung handelte, da in einem polizeilichen Vermerk festgehalten sei, der Halter sei in einem Billard-Verein angetroffen und zum Sachverhalt befragt worden, woraufhin er angegeben habe, alleiniger Nutzer des Fahrzeugs der Marke AUDI zu sein, so dass sich in diesem Zusammenhang der Verdacht, er könne unfallverursachender Fahrer gewesen sein, ergeben habe. Andere Beweismittel für die Fahreigenschaft stünden nicht zur Verfügung.

### III. Bedeutung für die Praxis

Der Sachverhalt entspricht im Wesentlichen dem der auch vom LG zitierten Entscheidung des OLG Nürnberg. Daher kann auf StRR 2014, 105 = VRR 2014, 107, jeweils mit Anm. Burhoff, Bezug genommen werden. Das Verfahren ist im Übrigen mal wieder ein schönes Beispiel dafür, dass der Verteidiger den (rechtzeitigen) Widerspruch gegen die kontaminierten Angaben des Beschuldigten nicht vergessen hat und das sich wegen nicht ausreichender Belehrung ergebende Beweisverwertungsverbot geltend gemacht hat. Und: Das Verfahren zeigt, dass der Widerspruch so früh wie möglich geltend zu machen ist. Dann können ggf. Zwangsmaß nicht erlassen werden oder sind zumindest aufzuheben, weil – so wie hier – der für die Aufrechterhaltung erforderliche dringende Tatverdacht nicht (länger) bejaht werden kann.

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

### StGB/Nebengebiete

#### Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort bei Verlassen des Unfallorts nach der letzten feststellungsbereiten Person

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

BGH, Beschl. v. 11.4.2018 – 4 StR 583/18

#### I. Sachverhalt

Der Angekl. H. überschritt auf einer mehrspurigen Straße die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h. Deshalb konnte er nicht rechtzeitig bremsen, als sich vor ihm ein Fahrzeug vom Fahrbahnrand in seine Spur einordnete. Der Angekl. wich auf die linke Spur aus, weshalb der Fahrer des dort befindlichen Fahrzeugs (der weitere Angekl. S, der ebenfalls zu schnell fuhr) ebenfalls nach links auf die Gegenfahrbahn auswich. Dort kam es zunächst zu einer streifenden Kollision und sodann zu einem Frontalzusammenstoß, bei dem mehrere Personen teils schwer verletzt wurden. Der Angekl. stellte sein Fahrzeug ab und kehrte zu Fuß zur Unfallstelle zurück. Dort gab er sich nicht als Unfallbeteiligter zu erkennen, sondern erklärte den erschienenen Polizeibeamten, er habe den Unfall als Fußgänger beobachtet. Bei seinen Angaben zum Unfallhergang verschwieg er seine eigene Unfallbeteiligung. Schließlich verließ der Angekl. den Unfallort. Dies geschah nicht ausschließlich zu einem Zeitpunkt, als keine andere feststellungsbereite Person mehr vor Ort war. Das LG hat den S. wegen fahrlässiger Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, die zur Bewährung ausgesetzt wurde, und den H. wegen Körperverletzung und unerlaubten Entfernens vom Unfallort zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung. Beiden Angekl. wurde die

Widerspruch im Ermittlungsverfahren kann sich lohnen

Fahrerlaubnis entzogen. Die Revisionen der Angekl hatten hinsichtlich der Schuldsprüche keinen Erfolg, führten aber zur Aufhebung des gesamten Rechtsfolgenausspruchs hinsichtlich des S. sowie bezüglich des H. zur Aufhebung der Aussprüche über die Einzelstrafe wegen fahrlässiger Körperverletzung und über die Gesamtstrafe.

### II. Entscheidung

Die Strafbarkeit nach § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter sich vom Unfallort entfernt, bevor er seiner (aktiven) Vorstellungspflicht und (passiven) Feststellungsduldungspflicht genügt hat. Nach schon bislang h.M. sind diese Voraussetzungen auch dann erfüllt, wenn der Täter den Unfallort erst nach der letzten feststellungsberechtigten Person verlässt, sofern er zuvor seine Vorstellungspflicht verletzt hat (OLG Hamm NJW 1979, 438; Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 142 Rn 31a m.w.N.). Die Gegenauffassung hat insbesondere das BayObLG vertreten (NJW 1983, 2039, 2040; NJW 1984, 1365, 1366; vgl. auch SK-StGB/Rudolphi/Stein, 8. Aufl., § 142 Rn 29).

Der BGH schließt sich der h.M. an und begründet dies mit einer Auslegung des Gesetzes anhand des Wortlauts, der Gesetzessystematik und von Sinn und Zweck der Norm. Der Wortlaut setze gerade nicht voraus, dass sich im Zeitpunkt des Entfernens vom Unfallort noch feststellungsbereite Personen am Unfallort befinden, sondern vielmehr, dass sich der Täter entfernt, „bevor“ er sich vorgestellt und die erforderlichen Feststellungen ermöglicht hat. Diese Auslegung entspreche auch dem Sinn und Zweck der Norm. Der Schutzzweck des § 142 StGB, die Sicherung bzw. Abwehr der durch einen Unfall entstandenen zivilrechtlichen Ansprüche, sei im Fall des Entfernens vom Unfallort, nachdem die letzte feststellungsbereite Person diesen verlassen hat, nicht weniger betroffen, als wenn der Täter sich in Anwesenheit feststellungsbereiter Personen vom Unfallort entferne, ohne seinen Pflichten nach § 142 Abs. 1 StGB zu genügen. Durch die von der h.M. gewählte Auslegung sei der als letzter am Unfallort verbleibende Unfallbeteiligte auch nicht gezwungen, zeitlich unbegrenzt am Unfallort zu verharren, um sich nicht strafbar zu machen. Es bleibe ihm die Möglichkeit, Polizeibeamte als feststellungsbereite Personen zum Unfallort zu rufen, um sich sodann nach Erfüllung seiner Vorstellungspflicht straffrei vom Unfallort entfernen zu können.

Der BGH begründet sodann die Aufhebung der Strafaussprüche gegen beide Angekl hinsichtlich der fahrlässigen Körperverletzung damit, dass das LG nicht berücksichtigt hat, dass dritte Personen (namentlich den jeweils anderen Angekl.) ein nicht nur unerhebliches Mitverschulden an dem Unfallgeschehen trifft. Ein solches Mitverschulden vermindere das Gewicht der dem Täter zuzurechnenden Tatfolgen und sei daher als bestimmender Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen. Soweit die Strafkammer ein Mitverschulden der Zeugin, die sich in die Fahrspur des H. eingeordnet hatte, offengelassen hatte, hätte sie im Rahmen der Strafzumessung zugunsten der Angekl von einem solchen Mitverschulden ausgehen müssen.

Hinsichtlich des Angekl S. hebt der BGH auch die Entziehung der Fahrerlaubnis auf. Da bei ihm keine Katalogtat des § 69 Abs. 2 StGB vorlag, setzt die Fahrerlaubnisentziehung voraus, dass die Tat tragfähige Rückschlüsse darauf zulässt, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Interessen unterzuordnen (BGHSt 50, 93 ff.). Insoweit fehlten nach Auffassung des BGH im Urteil hinreichende Darlegungen zur charakterlichen Ungeeignetheit des S. zum Führen von Kraftfahrzeugen. Er war erstmals wegen einer Verkehrsstraftat in Erscheinung getreten. Sein Fahreignungsregister wies keinen Eintrag auf und er war zudem in Eile, weil seine Ehefrau ihn telefonisch gebeten hatte, schnell nach Hause zu kommen, da sein Sohn dringend ärztlicher Hilfe bedürfe.

Entfernen vom Unfallort vor Erfüllung der Vorstellungspflicht

BGH schließt sich der h.M. an; Gesetzesauslegung

Strafausspruch: Mitverschulden Dritter am Unfall ist strafmildernd zu berücksichtigen

Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 69 Abs. 1, Abs. 2 StGB)

## Rechtsprechungsreport

Hinsichtlich des H. hatte dagegen die Fahrerlaubnisentziehung Bestand, da sowohl eine Katalogtat vorlag als auch die weiteren Voraussetzungen des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB gegeben waren.

### III. Bedeutung für die Praxis

Das Ergebnis des BGH zur Verwirklichung des § 142 Abs. 1 StGB überzeugt. Insbesondere sprechen der Wortlaut und der Sinn und Zweck der Norm für diese Auslegung. Weniger überzeugend sind die „gesetzssystematischen Erwägungen“ (BGH a.a.O., Rn 20–22), mit denen letztlich lediglich auf eine sonst entstehende „Strafbarkeitslücke“ hingewiesen wird. Dass ein Verhalten auch durch andere Modalitäten einer Norm nicht als strafbar erfasst werden kann, ist aber kein gesetzssystematisches Argument für die Subsumtion eines Verhaltens unter eine der Modalitäten des Straftatbestands.

Von praktischer Bedeutung sind insbesondere die Ausführungen des BGH zu den Rechtsfolgenaussprüchen. Eine Fahrerlaubnisentziehung bedarf bei Nichtkatalogtaten des § 69 StGB einer Gesamtwürdigung der Tatumstände und der Täterpersönlichkeit. Das Mitverschulden dritter Personen an einem Unfall ändert zwar nichts am Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einer fahrlässigen Körperverletzung oder Tötung, ist aber auf der Strafzumessungsebene zu berücksichtigen.

RiLG Dr. Holger Niehaus, Düsseldorf

### Sexuelle Belästigung und/oder Körperverletzung?

Zu den Voraussetzungen einer sexuellen Belästigung i.S.d. § 184i Abs. 1 StGB. (Leitsatz des Gerichts)

*BGH, Beschl. v. 13.3.2018 – 4 StR 570/17*

#### I. Sachverhalt

Das LG hat die Angeklagte wegen sexueller Belästigung gemäß § 184i Abs. 1 StGB zum Nachteil einer Polizeibeamtin verurteilt. Dazu hat das LG folgende Feststellungen getroffen: Nachdem die Angeklagte wegen eines anderen Geschehens festgenommen worden war, wurde sie in den Räumen einer Polizeiwache – in Anwesenheit der geschädigten Polizeibeamtin – von einer weiteren Polizeibeamtin körperlich durchsucht. Die Angeklagte, der die Durchsuchung missfiel, rief der Geschädigten zu: „Und du willst wohl auch gleich in meine Fotze gucken? Soll ich auch in deine greifen?“ Dabei griff sie der Geschädigten mit einer schnellen Bewegung in den Schritt und kniff sie dort schmerzhaft. Die Geschädigte war hierdurch schockiert; der Vorfall war ihr peinlich und sie ekelte sich sehr. Der BGH hat die Verurteilung wegen eines Verstoßes gegen § 184i Abs. 1 StGB beanstandet.

#### II. Entscheidung

Der BGH führt in der zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmten Entscheidung aus, dass zwar die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Straftatbestandes der sexuellen Belästigung im Sinne des § 184i Abs. 1 StGB erfüllt seien. Das LG habe indes nicht geprüft, ob der Strafbarkeit nach § 184i Abs. 1 StGB die Subsidiaritätsklausel dieser Vorschrift entgegenstehe.

Dabei geht der BGH in der in der Literatur streitigen Frage der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der körperlichen Berührung „in sexuell bestimmter Weise“ i.S.v. § 184i Abs. 1 StGB davon aus, dass das Vorliegen einer Berührung „in sexuell

Überzeugt

Rechtsfolgenaussprüche

Kneifen im Schritt

BGHSt

Auslegungskriterien wie zum Begriff der sexuellen Handlung nach § 184h Nr. 1 StGB

bestimmter Weise“ anhand der Auslegungskriterien zu bestimmen sei, welche die Rechtsprechung zum Begriff der sexuellen Handlung nach § 184h Nr. 1 StGB entwickelt hat (Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 184i Rn 4 bis 5a; in diese Richtung auch BeckOK-StGB/Ziegler, Stand: 1.2.2018, § 184i Rn 4 und 5); demnach könne eine Berührung sowohl objektiv – nach dem äußeren Erscheinungsbild – als auch subjektiv – nach den Umständen des Einzelfalles – sexuell bestimmt sein, wobei es allerdings nicht ausreichte, dass die Handlung allein nach der subjektiven Vorstellung des Täters sexuellen Charakter habe (Fischer, a.a.O.; a.A. – Bestimmung anhand objektiver Umstände und der Sexualbezug muss sich aus der Berührung als solcher ergeben – MüKo-StGB/Renzikowski, 3. Aufl., § 184i Rn 8; ders., NJW 2016, 3553, 3557; SK-StGB/Noltenius, 9. Aufl., § 184i Rn 6; Hörnle, NSTZ 2017, 13, 20; Hoven/Weigend, JZ 2017, 182, 189; in diese Richtung auch Krug/Weber, ArbR 2018, 59, 60). Mit Blick auf § 184h Nr. 1 StGB sprechen nach Auffassung des BGH für diese Auslegung insbesondere systematische Erwägungen. Zudem werde sie durch den Wortlaut sowie Sinn und Zweck der neuen Strafvorschrift gestützt. Eine Berührung in sexuell bestimmter Weise sei demnach zu bejahen, wenn sie einen Sexualbezug bereits objektiv, also allein gemessen an dem äußeren Erscheinungsbild, erkennen lässt. Darüber hinaus können auch ambivalente Berührungen, die für sich betrachtet nicht ohne Weiteres einen sexuellen Charakter aufweisen, tatbestandsmäßig sein. Dabei sei auf das Urteil eines objektiven Betrachters abzustellen, der alle Umstände des Einzelfalles kenne; hierbei sei auch zu berücksichtigen, ob der Täter von sexuellen Absichten geleitet war. Insofern gelte im Rahmen von § 184i Abs. 1 StGB nichts anderes als bei der Bestimmung des Sexualbezugs einer Handlung gemäß § 184h Nr. 1 StGB (vgl. hierzu die st.Rspr.; BGHSt 61, 173, 176; BGH NSTZ 2002, 431, 432, 2017, 528; StV 2018, 231; StraFo 2015, 471).

Gemessen daran sei die Annahme des LG, die Angeklagte habe den Tatbestand des § 184i Abs. 1 StGB objektiv und subjektiv erfüllt, nicht zu beanstanden. Die Angeklagte habe die Geschädigte nach den Urteilsfeststellungen gezielt in den Schritt – also in den Bereich des primären Geschlechtsorgans – gekniffen. Hierdurch ergebe sich bereits nach dem äußeren Erscheinungsbild ein Bezug zum Geschlechtlichen (vgl. für Berührungen im Bereich der primären Geschlechtsorgane im Ergebnis übereinstimmend: BT-Drucks 18/9097, S. 30; Fischer, a.a.O., § 184i Rn 4; MüKo-StGB/Renzikowski, a.a.O., § 184i Rn 8; Hörnle, NSTZ 2017, 13, 20). Dieser sexuelle Bezug sei, ohne dass es hierauf noch maßgeblich ankäme, verstärkt worden durch die begleitende Äußerung der Angeklagten, aus welcher sich ergebe, dass gerade die Intimsphäre der Geschädigten als Reaktion auf die eigene, als störend empfundene körperliche Durchsuchung verletzt werden sollte. Da sich eine Berührung in sexuell bestimmter Weise bereits hinreichend aus den äußeren Umständen ergebe, sei es unerheblich, dass keine sexuelle Motivation der Angeklagten festgestellt sei, sondern sie naheliegend allein aus Renitenz und zur Provokation der Geschädigten handelte.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Da die Berührung im Schritt der Geschädigten ohne Weiteres geeignet war, sexuell belästigend zu wirken, braucht der BGH nicht zu entscheiden, ob es allein auf das individuelle Empfinden des Tatopfers ankommt (in diesem Sinne Fischer, a.a.O.; BeckOK-StGB/Ziegler, a.a.O., Rn 7; Hoven/Weigend, JZ 2017, 182, 189; so auch für § 183 StGB LK-StGB/Laufhütte/Roggenbuck, 12. Aufl., § 183 Rn 4) oder ob zusätzlich eine aus objektiver Perspektive zu bestimmende Eignung zur Belästigung vorliegen muss (vgl. MüKo-StGB/Renzikowski, a.a.O., § 184i Rn 10; SK-StGB/Noltenius, a.a.O., § 184i Rn 6; eine objektive Eignung der Handlung zur Belästigung wird teils auch im Rahmen von § 183 StGB gefordert: vgl. MüKo-StGB/Hörnle,

Kneifen im Schritt: Bezug zum Geschlechtlichen

Neigung: individuelles Empfinden des Tatopfers nicht allein maßgebend



3. Aufl., § 183 Rn 12; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 183 Rn 3). Der Senat weist jedoch darauf hin, dass er angesichts der tatbestandlichen Reichweite von § 184i StGB dazu neigt, dass es nicht allein auf das subjektive Empfinden des Opfers ankommt, sondern dass die Berührung auch bei einer wertenden Betrachtung objektiv geeignet sein muss, sexuell belästigend zu wirken (in diese Richtung weist auch die Gesetzesbegründung, wonach bloße Ärgernisse, Ungehörigkeiten oder Distanzlosigkeiten „nicht ohne Weiteres dazu geeignet seien, die sexuelle Selbstbestimmung zu beeinträchtigen“, BT-Drucks 18/9097, S. 30).

2. Aufgehoben hat der BGH, weil sich das LG nicht damit auseinandergesetzt hat, dass eine Strafbarkeit wegen sexueller Belästigung nach § 184i Abs. 1 StGB ausscheidet, wenn die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Aus der uneingeschränkt auf „andere Vorschriften“ verweisenden Subsidiaritätsklausel ergibt sich, dass § 184i Abs. 1 StGB von allen Strafvorschriften mit schwererer Strafandrohung verdrängt wird und nicht nur von solchen des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuches (vgl. Fischer, a.a.O., § 184i Rn 16; MüKo-StGB/Renzikowski, a.a.O., § 184i Rn 14; SK-StGB/Noltenius, a.a.O., § 184i Rn 13). Zwar verweist die Gesetzesbegründung in diesem Zusammenhang nur auf Straftatbestände, die eine mit § 184i StGB „vergleichbare Schutzrichtung aufweisen“ (BT-Drucks 18/9097, S. 30). Dieser gesetzgeberische Wille hat aber im Wortlaut des § 184i Abs. 1 StGB keinen Niederschlag gefunden und ist damit unbeachtlich, da der Wortlaut die äußerste Grenze der Auslegung ist (vgl. SK-StGB/Noltenius, a.a.O., § 184i Rn 13; MüKo-StGB/Renzikowski, a.a.O.; vgl. zur entsprechend weiten Auslegung der Subsidiaritätsklausel im Rahmen von § 246 Abs. 1 StGB: BGHSt 47, 243 ff.; so auch zu § 125 Abs. 1 StGB a.F. BGHSt 43, 237, 238 f.).

Im LG-Urteil sind aber, obwohl sich das nach Auffassung des BGH aufgedrängt hat, etwaige vorrangige Tatbestände nicht geprüft worden. Aus den Feststellungen ergab sich, dass die Angeklagte die Geschädigte „schmerzhaft“ kniff, was das Vorliegen einer Körperverletzung gemäß § 223 Abs. 1 StGB – dieses Delikt ist mit schwererer Strafe bedroht als § 184i Abs. 1 StGB – nahelegt.

3. Die Verurteilung nach § 184i Abs. 1 StGB anstatt (möglicherweise) nach § 223 Abs. 1 StGB beschwert die Angeklagte trotz des höheren Strafrahmens der letztgenannten Vorschrift. Aus einem zu milden Schuldspruch ergibt sich nämlich dann eine Beschwer, wenn das vom Tatrichter angewandte Strafgesetz völlig verschieden ist von demjenigen, welches in Wahrheit verletzt wurde (vgl. BGHSt 8, 34, 37; LR-StPO/Franke, 26. Aufl., § 354 Rn 22; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 354 Rn 17). Dies muss auch gelten, wenn der Strafbarkeit lediglich die formelle Subsidiarität einer Vorschrift entgegensteht, da auch das Nichteingreifen der Subsidiaritätsklausel Voraussetzung der Strafbarkeit ist.

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

### Wertgrenze für den „bedeutenden Schaden“ bei der Regelentziehung wegen unerlaubten Entfernens

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

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

Subsidiaritätsklausel

Beschwer



### I. Sachverhalt

Das AG hat die Angeklagte wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort (§ 142 StGB) verurteilt. Von der Entziehung der Fahrerlaubnis gem. § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB hat es abgesehen. Bei einem (festgestellten) Sachschaden in Höhe von 1.469,04 EUR (netto) sei die Wertgrenze für einen bedeutenden Schaden nicht erreicht. Diese sah das AG erst bei einem Schaden in Höhe von 1.600 EUR überschritten. Die Revision der Staatsanwaltschaft hatte Erfolg.

### II. Entscheidung

Das OLG hat insbesondere die Ausführungen des AG zu der Maßregel des § 69 StGB beanstandet. Das AG setze sich nur mit dem Regelbeispiel des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB auseinander und verneine dessen Vorliegen aufgrund der Nichtannahme eines bedeutenden Schadens im Sinne der Vorschrift. Es könne dahinstehen, ob dies bereits im Widerspruch dazu stehe, dass das AG bei der Anordnung des Fahrverbots von einem „recht hohen verursachten Fremdschaden“ ausgeht. Jedenfalls entbinde die Verneinung einer Regelvermutung aus § 69 Abs. 2 StGB den Tatrichter nicht davon, die nach § 69 Abs. 1 StGB erforderliche einzelfallbezogene Prognoseentscheidung zu treffen (Geppert, in: Laufhütte u.a., LK-StGB, 12. Aufl., § 69 Rn 55 m.w.N.). Dies erfordert eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls, namentlich der Tat selbst, aber auch der Persönlichkeit, soweit sie sich in der Tat manifestiert hat (Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 69 Rn 6 und 7). Auch unterhalb der Grenze des bedeutenden Schadens gem. § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB komme eine Entziehung der Fahrerlaubnis in Betracht. Vorliegend wäre – so das OLG – in diese Gesamtwürdigung einzustellen, dass ein nicht unerheblicher Schaden eintrat, die Angeklagte eine Voreintragung im Fahreignungsregister aufweise und sie erst seit relativ kurzer Zeit einen Führerschein besitze.

Für die neue Hauptverhandlung hat das OLG einen Hinweis zum bedeutenden Schaden im Sinne des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB gemacht: Ob ein bedeutender Schaden im Sinne des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB vorliege, bemesse sich nach wirtschaftlichen Kriterien und beurteile sich nach der Höhe des Betrages, um den das Vermögen des Geschädigten als direkte Folge des Unfalls vermindert werde (OLG Hamm VRR 2011, 309; VRR 1/2015, 13 = StRR 2015, 112). Der Gesetzgeber habe bewusst darauf verzichtet, für den Umfang des bedeutenden Schadens starre Schadensgrenzen festzulegen. Es handele sich vielmehr um eine veränderliche Grenze, die als solche abhängig von der wirtschaftlichen Entwicklung, insbesondere der allgemeinen Preis- und Einkommensentwicklung ist (MüKo-StGB, 2. Aufl., § 69 Rn 71). Soweit sich das AG vorliegend in Anlehnung an die Entscheidung des LG Braunschweig vom 3.6.2016 (VRR 7/2016, 2 [Ls.] = StRR 7/2016, 3 [Ls.]) zur Bestimmung des bedeutenden Schadens an dem jährlich vom Statistischen Bundesamt berechneten und veröffentlichten Verbraucherindex orientiere, könne dies ein Anhaltspunkt sein, um die Bestimmung vorzunehmen. Dies könne jedoch nicht allein ausschlaggebend sein, da ansonsten die Wertgrenze des bedeutenden Schadens jährlich oder in sogar noch kürzeren Zeiträumen jeweils neu festgesetzt werden müsste. Es verbiete sich daher eine schematische Anwendung. Vielmehr bedürfe es der Betrachtung einer Mehrzahl von Kriterien, um die Annahme eines bedeutenden Schadens feststellen zu können. Insbesondere darf, da Rechtsgut der Vorschrift des § 142 StGB die Feststellung und Sicherung der durch einen Unfall entstandenen zivilrechtlichen Ansprüche ist, die allgemeine Einkommensentwicklung nicht außer Acht gelassen werden (Fischer, StGB, 65. Aufl., § 142 Rn 2). Weiter sei bei der Festsetzung der Grenze des bedeutenden Schadens die Relation innerhalb der Regelbeispiele des § 69 Abs. 2 Nr. 3

AG: Wertgrenze für den bedeutenden Schaden bei 1.600 EUR

Einzelfallentscheidung

Hinweise zum „bedeutenden Schaden“

StGB zu berücksichtigen. Abschließend sei zu beachten, dass aus verfassungsrechtlichen Gründen, insbesondere im Hinblick auf die Tatbestandsbestimmtheit, eine Anhebung der Wertgrenze nur bei einer grundlegenden Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse in Betracht komme (BGH VRR 2011, 70 = StRR 2011, 112).

### III. Bedeutung für die Praxis

Leider hat das OLG die Chance nicht genutzt, eine klare Aussage zur Wertgrenze des bedeutenden Schadens i.S.d. § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB zu treffen. Das AG hatte sie bei 1.600 EUR angesetzt. Es war davon ausgegangen, dass die seit dem Jahr 2002 in ständiger Rechtsprechung angewandte Wertgrenze von 1.300 EUR für die Annahme eines „bedeutenden Schadens“ nach nunmehr 15 Jahren und bekanntermaßen erfolgter Preisentwicklung dringend angepasst werden muss (vgl. u.a. Beschluss des LG Braunschweig, a.a.O.). Als Vergleichsmaßstab hatte es auf den jährlich vom Statistischen Bundesamt berechneten und veröffentlichten Verbraucherpreisindex zurückgegriffen und folgende Berechnung angestellt: „Der aktuell geltende Verbraucherpreisindex in Deutschland hat das Jahr 2010 als Basisjahr (2010 = 100). Im Jahr 2002 erreichte der Verbraucherpreisindex einen Jahresdurchschnittswert von 88,6 und zum Stichtag Mai 2017 einen Wert von 108,8. Die Veränderungsrate beträgt somit 22,80 % (108,8 ./ 88,6 x 100 – 100). Der Wert von 1.300 EUR aus dem Jahr 2002 stieg somit unter Berücksichtigung dieser Preissteigerungsrate von 22,80 % im relevanten Vergleichszeitraum auf 1.596 EUR. Leicht gerundet erscheint es daher sachgerecht und die allgemeine Preisentwicklung angemessen berücksichtigend, die Wertgrenze für die Annahme eines bedeutenden Schadens i.S.d. § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB nunmehr auf 1.600 EUR festzusetzen.“ Den Weg geht das OLG leider nicht mit, sondern verweist nur allgemein auf die Berücksichtigung aller Kriterien und sieht eine Anhebung nur bei einer „grundlegenden Veränderung“ der wirtschaftlichen Verhältnisse als erforderlich an. Offenbar soll die aber bei einer Veränderung um rund 23 % noch nicht gegeben sein.

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

### Ordnungswidrigkeitenrecht

#### Taschenrechner als elektronisches Gerät i.S.d. § 23 Abs. 1a StVO?

Ein Taschenrechner ist kein elektronisches Gerät i.S.d. § 23 Abs. 1a StVO, das der Kommunikation, Information oder Organisation bzw. der Unterhaltung oder der Ortsbestimmung dient bzw. dienen soll. (Leitsatz des Verfassers)

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

#### I. Sachverhalt

Das AG hat den Betroffenen u.a. auch wegen eines Verstoßes gegen § 23 Abs. 1a StVO verurteilt. Dazu hat das AG ausgeführt: „Auf dem Lichtbild pp. ist zu sehen, dass der Betroffene ein technisches Gerät in seiner Hand vor das Gesicht hält. Der Verteidiger hat in der Hauptverhandlung erklärt, hierbei handele es sich nicht um ein Mobiltelefon, sondern um einen Taschenrechner. Diesen hatte er in Hauptverhandlung auch vorgelegt. Tatsächlich könnte es sich um dieses Gerät gehandelt haben, wobei sich allerdings die Frage stellt, warum sich der Betroffene diesen Taschenrechner vor das Gesicht hält. Nach der Neufassung des § 23 Abs. 1 StVO unterliegt auch das Halten und Aufnehmen eines mobilen Flachrechners dem Verbot dieser

Chance vertan

Taschenrechner vor dem Gesicht

Vorschrift.“ Das Rechtsmittel des Betroffenen hatte Erfolg. Das OLG hat die Rechtsbeschwerde zugelassen und die Verurteilung wegen des Verstoßes gegen § 23 Abs. 1a StPO aufgehoben.

### II. Entscheidung

Das OLG sieht einen Taschenrechner nicht als ein elektronisches Gerät i.S.d. § 23 Abs. 1a Satz 1 StVO an. Dies seien Geräte der Unterhaltungselektronik oder Geräte zur Ortsbestimmung, insbesondere Mobiltelefone oder Autotelefone, Berührungsbildschirme, tragbare Flachrechner, Navigationsgeräte, Fernseher oder Abspielgeräte mit Videofunktion oder Audiorekorder. Ein Taschenrechner unterfalle dieser Norm nicht. Zwar sei die Aufzählung in der Neufassung des § 23 Abs. 1a StVO nicht abschließend. In der Begründung des Entwurfes der Verordnung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur und des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (abgedr. unter BR-Drucks 556/17, S. 26) heiße es, dass unter die Geräte zum Beispiel sämtliche Handys, Smartphones ... Tablet-Computer, Touchscreens, elektronische Terminplaner, Diktiergeräte, ... Walkman, Discman und Notebooks fallen sollen. In der Kommentierung von Eggert, in: Freymann/Wellner, juris PK-Straßenverkehrsrecht, 1. Aufl. 2016, § 23 StVO 1. Überarbeitung) werde ausgeführt, dass der technikoffene Ansatz wesentliche Verschärfungen insoweit mit sich bringe, als jetzt auch Gerätschaften erfasst würden, die bislang selbst bei extensiver Auslegung nicht unter dem Begriff Mobiltelefon hätten subsumiert werden können. Der beliebten Flucht in Alternativgeräte sei durch den weit gefassten Gerätebegriff ein Riegel vorgeschoben, wengleich so plumpe Ausreden wie „Rasierapparat“ oder „Kühlakku wegen Zahnschmerzen“ möglich blieben. Lasse sich ein Diktiergerät noch als ein Gerät bezeichnen, das der Kommunikation dient, falle aber ein reiner Taschenrechner unter keinen der genannten Oberbegriffe. Die Annahme, die Eingabe einer Rechenoperation und deren anschließendes Ablesen unterfalle einem Informationszweck, würde – so das OLG – die Auslegung der Norm überdehnen und wäre für den Normadressaten nicht erkennbar.

### III. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung ist zutreffend. Es würde in der Tat zu weit führen, auch einen reinen Taschenrechner, um den es hier wohl ging, als von § 23 Abs. 1a Satz 1 StVO erfasst anzusehen. Es handelt sich zwar um ein elektronisches Gerät, aber nicht um eines im Sinne des Satzes 1. Vom vollständigen Verbot der Nutzung von elektronischen Geräten während der Fahrt hat der Ordnungsgeber aber gerade abgesehen, weil es ein Übermaß darstellen würde (BR-Drucks 556/17, S. 4; zum neuen Recht s.a. Burhoff VRR 4/2018, 4). Nicht ganz zu Unrecht hat sich allerdings das AG die Frage gestellt, warum sich der Betroffene einen Taschenrechner vor das Gesicht gehalten hat. Es geht dann aber nicht so weit, die Einlassung des Betroffenen ggf. als „lebensfremd“ abzutun (vgl. dazu für den Akkurasierer OLG Hamm NZV 2007, 96 = DAR 2007, 126). Auch das OLG ist den Weg nicht gegangen, sondern hat die Chance genutzt, etwas zum Begriff „elektronisches Gerät“ rechtsfortbildend zu sagen.

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

Begriff des „elektronischen Geräts“

Zutreffende Entscheidung, aber lebensfremd?

### Halten eines Mobiltelefons

Bereits das Halten eines Mobiltelefons während des Führens eines Fahrzeuges ist ein Verstoß gegen § 23 Abs. 1a StVO n.F. Auf den Grund des Haltens kommt es nicht an. (Leitsatz des Gerichts)

*OLG Oldenburg, Beschl. v. 25.7.2018 – 2 Ss (OWi) 201/18*

#### I. Sachverhalt

Der Betroffene ist wegen eines Verstoßes gegen § 23 Abs. 1a StVO verurteilt worden. Das AG hat im Urteil festgestellt, dass der Betroffene während des Führens eines Pkw ein Mobiltelefon in der rechten Hand gehalten habe. Weiter hat es ausgeführt, daraus, dass der Betroffene „mehrere Sekunden auf das Display schaute, ergibt sich auch, dass er das Mobiltelefon verwendet hat“. Der Betroffene meint, damit sei eine Nutzung nicht belegt. Sein Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde hatte beim OLG keinen Erfolg.

#### II. Entscheidung

Auf die Frage, weshalb der Betroffene das Gerät in der Hand gehalten hat, kommt es nach Auffassung des OLG nicht an: Durch die Neufassung des § 23 Abs. 1a StVO sollte – so das OLG – die Regelungslücke geschlossen werden für Fälle, in denen das Gerät in der Hand gehalten wird, obwohl dies nicht erforderlich war (Begründung des Entwurfes der Verordnung des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur und des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, S. 26, abgedr. unter BR-Drucks 556/17). Die Neufassung gehe deshalb normtechnisch einen anderen Weg: Der neue Abs. 1a enthalte statt des bisherigen Verbotes nunmehr ein Gebot, wann eine Gerätenutzung zulässig sei (Eggert, in: Freymann/Wellner, juris PK-Straßenverkehrsrecht, 1. Aufl. 2016, § 23 StVO, 1. Überarbeitung Rn 26). Zulässig sei eine Nutzung danach nur dann, wenn das Gerät weder aufgenommen noch gehalten werde. Da der Betroffene das Smartphone aber gehalten habe, habe er bereits gegen § 23 Abs. 1a StVO n.F. verstoßen (vgl. Fromm, MMR 2018, 68, 69).

#### III. Bedeutung für die Praxis

Die Verurteilung des Betroffenen wegen eines Verstoßes gegen § 23 Abs. 1a StVO durch das AG ist zutreffend. Das folgt aber nicht aus den vom OLG dargelegten Gründen. Das OLG übersieht nämlich m.E., dass der Oberbegriff für die Tathandlung in § 23 Abs. 1a StVO immer noch die Nutzung ist, denn in § 23 Abs. 1a StVO heißt es nach der Neuregelung: Wer ein Fahrzeug führt, darf ein elektronisches Gerät, das der Kommunikation, Information oder Organisation dient oder zu dienen bestimmt ist, nur benutzen, wenn 1. hierfür das Gerät weder aufgenommen noch gehalten wird und 2. entweder a) nur eine Sprachsteuerung und Vorlesefunktion genutzt wird oder b) zur Bedienung und Nutzung des Gerätes nur eine kurze, den Straßen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnissen angepasste Blickzuwendung zum Gerät bei gleichzeitig entsprechender Blickabwendung vom Verkehrsgeschehen erfolgt oder erforderlich ist. Das bedeutet: Nutzung und damit ein Verstoß gegen § 23 Abs. 1 StVO liegt immer dann vor, wenn das Gerät aufgenommen oder gehalten wird und zur Bedienung und Nutzung nicht nur ein kurzer Blick ausreicht. Alles andere würde den Tatbestand auch zu weit und damit zu unbestimmt machen. Allein das Halten reicht also nicht (zum Ganzen auch Burhoff, ZAP Heft 8/2018, F 9 S. 987 und Burhoff, VRR 4/2018, 4). Im Ergebnis ist die Entscheidung dann aber richtig. Denn

Mobiltelefon gehalten und auf das Display geschaut

Allein das Halten reicht

Ergebnis richtig, Begründung falsch

der Betroffene hatte – wie das AG festgestellt hat – mehrere Sekunden auf das Display geschaut. Das ist nicht mehr „nur eine kurze, den Straßen-, Verkehrs-, Sicht- und Wetterverhältnissen angepasste Blickzuwendung zum Gerät“. Damit lag ein Verstoß gegen § 23 Abs. 1a StVO vor.

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

### Anwaltsvergütung

#### Berechnung der Hauptverhandlungsdauer für den Längenzuschlag

Zur (Nicht)Berücksichtigung von längeren Pausen, insbesondere von (Mittags)Pausen, bei der Berechnung der für den Längenzuschlag maßgeblichen Hauptverhandlungsdauer. (Leitsatz des Gerichts)

*OLG München, Beschl. v. 24.5.2018 – 6 St (K) 8/17*

##### I. Sachverhalt

Der Rechtsanwalt war Pflichtverteidiger in einem beim OLG München anhängigen Verfahren wegen Verdachts der Bildung einer terroristischen Vereinigung u.a. Der RA hat im Rahmen der Vorschussgewährung die Festsetzung einer Hauptverhandlungsterminsgebühr beantragt. In dem Zusammenhang hat er auch einen Längenzuschlag nach Nr. 4123 VV RVG für eine Hauptverhandlung von mehr als 8 Stunden Dauer begehrt. Nach Abzug einer pauschalen Mittagspause von einer Stunde durch den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle verblieb für diesen Sitzungstag aber nur eine Verhandlungsdauer von 7 Stunden und 23 Minuten, die nur die Zubilligung des um 178,00 EUR niedrigeren Längenzuschlags nach Nr. 4122 VV RVG rechtfertigte. Die dagegen gerichtete Erinnerung des Pflichtverteidigers hatte keinen Erfolg.

##### II. Entscheidung

Die Frage, ob und in welchem Umfang Pausen bei der Feststellung der Dauer der für den sog. Längenzuschlag des Pflichtverteidigers maßgeblichen Hauptverhandlungszeit zu berücksichtigen sind, ist in der Rechtsprechung umstritten. Das OLG München hält – wie nicht anders zu erwarten – an seiner Auffassung, dass bei der Festsetzung eines Längenzuschlags die Zeit der Mittagspause in die Dauer der Teilnahme an der Hauptverhandlung nicht einzurechnen ist, fest (vgl. dazu und zu den Nachweisen zur anderen Ansicht Burhoff/Volpert/Burhoff, RVG, Nr. 4110 VV Rn 19 ff.). Begründet wird dies erneut damit, dass eine Teilnahme an der Hauptverhandlung voraussetze, dass sie stattfindet. Sei die Hauptverhandlung unterbrochen, könne der Rechtsanwalt an ihr grundsätzlich nicht teilnehmen. Das gelte jedenfalls für Mittagspausen, die sich im üblichen zeitlichen Rahmen bewegen. Eine derartige Mittagspause sei eine prozessneutrale Unterbrechung, die dem Rechtsanwalt zur freien und eigenverantwortlichen Gestaltung überlassen bleibe. Diese zu vergüten bestehe kein Anlass. Anders als bei kürzeren prozessbedingten Verhandlungspausen, in denen oft sitzungsrelevante Probleme zwischen Rechtsanwalt und Mandanten besprochen würde und während der sich der RA dem Gericht zur Verfügung halten müsse, gelte das für Mittagspausen nicht.

##### III. Bedeutung für die Praxis

1. Anders als das OLG München hat es vor kurzem das OLG Brandenburg (RVGreport 2017, 142) gesehen. Dessen Auffassung veranlasst das OLG München aber nicht, von seiner Rechtsprechung, die für den Pflichtverteidiger nachteilig ist und dem Sinn und

Mittagspause wird abgezogen

Mittagspause ist abzuziehen

Kleinkariert

## Rechtsprechungsreport

Zweck der durch das RVG geschaffenen Regelung widerspricht, abzuweichen. In dem Zusammenhang auszuführen: „Das Abstellen auf die Vorbemerkung Teil 4 Abs. 3 Satz 2 VV RVG trifft die hier vorliegende Problemstellung nicht. Die genannte Vorschrift regelt nach dem Wortlaut ihres 3. Satzes nämlich nur den Sonderfall des verlegten oder aufgehobenen Termins, nicht aber die Frage, wie hinsichtlich der Unterbrechungen eines stattfindenden Termins zu verfahren ist“, ist kleinkariert und eines OLG nicht würdig.

2. Traurig stimmen die weiteren Ausführungen des OLG, wenn gesagt wird: „Soweit der Erinnerungsführer darauf abstellt, der Vorsitzende habe bei Beratungsbedarf auf die Mittagspause verwiesen, ändert dies nichts an der oben getroffenen Einschätzung. Es liegt hier allenfalls eine Anregung des Vorsitzenden vor, keinesfalls aber die verbindliche Anordnung, die Mittagspause in einer bestimmten Weise zu nutzen. Überdies wäre auch keine Ermächtigungsgrundlage für den Vorsitzenden zu einer derartigen Anordnung ersichtlich.“ Das zeigt den Widersinn der Entscheidung des OLG mehr als deutlich. Der Vorsitzende weist auf die Mittagspause hin, wenn Beratungsbedarf besteht. Wird die Mittagspause dann dazu genutzt, soll die Zeit dem Verteidiger nicht bei der Berechnung der Hauptverhandlungsdauer gutgeschrieben werden. Man wollte lachen, wenn die Argumentation nicht so traurig wäre.

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

### Verfahrensgebühr im Revisionsverfahren

Zum Entstehen und zur Höhe der Verfahrensgebühr für das Revisionsverfahren. (Leitsatz des Gerichts)

*OLG Oldenburg, Beschl. v. 4.4.2018 – 1 Ws 157/18 u. 1 Ws 158/18*

#### I. Sachverhalt

Im Streit waren die Gebühren des Verteidigers des Angeklagten in einem Revisionsverfahren beim BGH. Revision hatte der Nebenkläger eingelegt. Sie hatte beim BGH keinen Erfolg. Dem Nebenkläger sind die Kosten auferlegt worden. Das LG hat die Verfahrensgebühr Nr. 4130 VV RVG in Höhe der Mittelgebühr festgesetzt. Die dagegen eingelegte Beschwerde des Nebenklägers hatte keinen Erfolg.

#### II. Entscheidung

Das OLG führt nur kurz aus: Der Nebenkläger habe Revision gegen das Urteil des LG eingelegt, soweit der Angeklagte freigesprochen worden sei. Mit Schriftsatz vom 4.7.2017 habe der Verteidiger beantragt, die Revision des Nebenklägers zu verwerfen. Dadurch sei die Gebühr Nr. 4130 VV RVG entstanden (vgl. Gerold/Schmidt/Burhoff, RVG, 23. Aufl. 2018, VV 4130). Angesichts des Umstandes, dass die Revision des Nebenklägers mit der Erhebung der Sachrüge begründet worden sei und somit eine materiell-rechtliche Prüfung durch den Angeklagten sowohl möglich als auch erforderlich war, erscheine die vom LG festgesetzte Mittelgebühr jedenfalls nicht unbillig i.S.v. § 14 Abs. 1 Satz 4 RVG.

#### III. Bedeutung für die Praxis

Manchmal überraschen (OLG-)Entscheidungen. Da wird hier dann mal einfach so die Mittelgebühr festgesetzt, während in anderen Verfahren darum nicht selten lange diskutiert wird. Die Entscheidung des OLG ist aber zutreffend. Zunächst: Die Verfahrensgebühr für das Revisionsverfahren Nr. 4130 VV RVG ist spätestens mit der

Traurige Argumentation

Angeklagter wendet sich gegen Nebenklägerrevision

Verfahrensgebühr für das Revisionsverfahren

Zutreffend



## Rechtsprechungsreport

---

Fertigung des Schriftsatzes, in dem die Verwerfung der Revision des Angeklagten beantragt worden ist, entstanden. Wahrscheinlich ist die Gebühr sogar noch eher entstanden (zum Abgeltungsbereich der Verfahrensgebühr Nr. 4130 VV RVG s. Burhoff/Volpert/Burhoff, RVG, Nr. 4130 VV Rn 13 ff.), nämlich mit der ersten beratenden Tätigkeit des Rechtsanwalts nach Erteilung des Auftrags zur Vertretung im Revisionsverfahren. Auch die Höhe der Gebühr ist nicht zu beanstanden. Das OLG sieht ersichtlich die Mittelgebühr als Ausgangspunkt für die Gebührenbemessung an (vgl. dazu zuletzt OLG Karlsruhe RVGreport 2017, 386) und legt sie zugrunde. Da offensichtlich keine gebührenerhöhenden bzw. -mindernden Umstände vorlagen, ist die Gebühr dann als angemessen angesehen worden.

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

## 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.



# Die strafrechtlichen Handbücher von Detlef Burhoff

## Ermittlungsverfahren und Hauptverhandlung jetzt in Neuauflage!

Burhoffs Handbücher sind Standardwerke der strafrechtlichen Praktikerliteratur und gehören zum Besten, was für den Strafverteidiger an speziell auf ihn zugeschnittener Literatur zur Verfügung steht.

Was diese Handbücher so einzigartig nützlich macht, ist ihre Struktur.

Denn in jedem der Nachschlagewerke finden Sie in alphabetischer Reihenfolge umfangreiche Beiträge zu über 300 Stichworten, und jedes wird dabei gleich dreifach praxisgerecht aufgearbeitet:

- 1. Das Wichtigste in Kürze:** Ideal für alle, die nur eine schnelle Orientierung brauchen.
- 2. Ausführliche Betrachtung:** Ideal für alle, die sich einen Gesamtüberblick verschaffen wollen.
- 3. Praxis-Rat:** Ideal für alle, die eine konkrete Empfehlung benötigen.

Die Werke von Detlef Burhoff sollten in keiner Sammlung im Strafprozessrecht fehlen!

## FAX-BESTELLSCHEIN (bitte ankreuzen)



### Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren

8. Auflage 2019, ca. 2.400 Seiten, gebunden, mit Download, ca. 129,00 €  
ISBN 978-3-89655-931-9  
Erscheint Oktober 2018



### Paket:

- Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren
  - Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung
- statt ca. 248,00 € im Paket **nur ca. 199,00 €**  
ISBN 978-3-89655-939-5  
Auslieferung erfolgt im November 2018

Sie sparen  
49 €



### Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung

9. Auflage 2018, ca. 2.000 Seiten, gebunden, mit Download, ca. 119,00 €  
ISBN 978-3-89655-932-6  
Erscheint November 2018



### Komplettpaket:

- Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren
  - Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung
  - Handbuch für die strafrechtlichen Rechtsmittel und Rechtsbehelfe
  - Handbuch für die strafrechtliche Nachsorge
- statt ca. 476,00 € im Paket **nur ca. 299,00 €**  
ISBN 978-3-89655-961-6  
Auslieferung erfolgt im November 2018

Sie sparen  
177 €

An den  
ZAP Verlag  
Rochusstr. 2-4  
53123 Bonn

.....  
Firma/Kanzlei

.....  
Name, Vorname

.....  
Straße, Hausnummer

.....  
PLZ, Ort

.....  
Telefon, Telefax

.....  
Datum / Unterschrift

Alle Preise inkl. MwSt. und zzgl. Versand. Es gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des ZAP Verlags. Diese sind abrufbar unter [www.zap-verlag.de](http://www.zap-verlag.de)

AWY

Bitte ausfüllen und faxen an

**0 228. 91 911- 66**

oder Ihrer Buchhandlung übergeben.

Selbstverständlich können Sie auch  
telefonisch bestellen: **0 228. 91911-62**

**ZAP**