

Editorial

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



Liebe Kolleginnen und Kollegen,
liebe Leserinnen und Leser,

in unserer Oktober-Ausgabe 2018 haben wir ausnahmsweise auf einen Beitrag verzichtet, um ein wenig mehr Platz für Rechtsprechung zu haben. Im November setzen wir dann die Berichterstattung zu interessanten Themen fort.

Im Rechtsprechungsreport haben wir im verfahrensrechtlichen Teil einen Schwerpunkt zu der Neufassung des § 265 StPO durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I, S. 3202) gesetzt. Wir berichten darin über die ersten Entscheidungen der obergerichtlichen Rechtsprechung zu der neu gefassten Vorschrift. Einen zweiten Schwerpunkt bilden Entscheidungen zum Ablehnungsrecht, darunter der Beschluss des LG Berlin im Kudamm-Raser-Fall.

Im RVG-Teil stellen wir schließlich den BGH-Beschluss zu den Reisekosten des auswärtigen Rechtsanwalts vor. Er ist zwar in einem Zivilverfahren ergangen, hat aber Auswirkungen auch auf Strafverfahren.

Zum Schluss: Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Herzliche Grüße

Inhalt

StRR-Kompakt 2

Rechtsprechungsreport

Verfahrensrecht

Ablehnung: Unverzüglichkeit und Besorgnis der Befangenheit 5

Ausreichende Verteidigungszeit nach einem rechtlichen Hinweis..... 8

Rechtlicher Hinweis bei Veränderung der Sachlage..... 11

Ausdrücklicher Hinweis bei Einziehung 13

Besorgnis der Befangenheit wegen Zwischenentscheidung 15

StGB/Nebengebiete

„Sicherungsspinne“ als besondere Sicherung gegen Wegnahme 17

Erweiterte Einziehung bei gewerbsmäßiger Steuerhhelei..... 18

Bezeichnung von Polizeibeamten als „Flitzpiepen“ 20

Ordnungswidrigkeitenrecht

Haftgrund Flucht- und/oder Verdunkelungsgefahr..... 21

Besorgnis der Befangenheit 23

Anwaltsvergütung

Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts..... 24



Öffentlichkeitsfahndung: Verhältnismäßigkeit

Auch der (einfache) versuchte Computerbetrug rechtfertigt die Öffentlichkeitsfahndung mit einer Videoaufnahme, die den mutmaßlichen, den Abhebevorgang durchführenden Täter zeigt (§ 131b Abs. 1 StPO). Diebstahl und Missbrauch von EC-, Kredit- oder Bankkarten ist als um sich greifendes Massenphänomen geeignet, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen. Die Fehlerwahrscheinlichkeit der Öffentlichkeitsfahndung in den Fällen des EC-Karten-Computerbetrugs ist vergleichsweise niedrig, was regelmäßig die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme begründet.

LG Bonn, Beschl. v. 2.8.2018 – 21 Qs 62/18

Urteilsanforderungen: Beweiswürdigung bei molekulargenetischer Vergleichsuntersuchung

Für die Darstellung des Ergebnisses einer auf einer molekulargenetischen Vergleichsuntersuchung beruhenden Wahrscheinlichkeitsberechnung ist in der Regel zumindest erforderlich, dass das Tatgericht mitteilt, wie viele Systeme untersucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergeben haben und mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination zu erwarten ist (vgl. u.a. BGH NStZ 2017, 723).

BGH, Beschl. v. 17.7.2018 – 1 StR 518/17

Beweisantrag: Auslandszeuge

Ob das Gebot des § 244 Abs. 2 StPO, die Beweisaufnahme zur Erforschung der Wahrheit auf alle entscheidungsrelevanten Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, es gebietet, dem Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen nachzukommen, kann nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls beurteilt werden. Allgemein gilt lediglich der Grundsatz, dass bei einem durch die bisherige Beweisaufnahme gesicherten Beweisergebnis auf breiter Beweisgrundlage eher von der Vernehmung des Auslandszeugen abgesehen werden kann, insbesondere wenn er nur zu Beweisthemen benannt ist, die lediglich indiziell relevant sind oder die Sachaufklärung sonst nur am Rand betreffen (§ 244 Abs. 5 Satz 2 StPO).

BGH, Beschl. v. 12.7.2018 – 3 StR 144/18

Verlesung polizeilicher Vernehmungsprotokolle: Zulässigkeit

Die Verlesung einer Niederschrift über die polizeiliche Vernehmung des Angeklagten verstößt gegen § 250 StPO und darf daher im Urteil nicht verwertet werden. Zulässig ist nach § 254 StPO lediglich die Verlesung eines Protokolls über eine richterliche Vernehmung. Zulässig ist die Verlesung eines polizeilichen Vernehmungsprotokolls aber zum Zwecke des Vorhalts an die Vernehmungsbeamten oder an den in der Hauptverhandlung abweichend aussagenden Angeklagten.

BGH, Beschl. v. 23.5.2018 – 4 StR 584/17

Vollmacht des Verteidigers: Zustellungsvollmacht

Die anwaltliche Versicherung des Verteidigers, bevollmächtigt zu sein, umfasst nicht die Erklärung, dass der Verteidiger rechtsgeschäftlich zur Empfangnahme von Zustellungen bevollmächtigt ist (§§ 145a StPO, 51 OWiG).

OLG Celle, Beschl. v. 30.8.2018 – 3 Ss (OWi) 157/18

Ermittlungsverfahren

Hauptverhandlung

Rechtsmittelverfahren

Bewährungswiderruf: neue Tat; Pflichtverteidiger

Ein Widerruf von Strafaussetzung zur Bewährung wegen einer neuen Tat ist auch ohne deren Aburteilung ohne Verletzung der Unschuldsvormutung zulässig, wenn der Betroffene die neue Straftat vor einem Richter glaubhaft gestanden hat, das Geständnis nicht ersichtlich von prozesstaktischen Erwägungen bestimmt ist und nicht widerrufen wird. Zu diesen Voraussetzungen muss das Widerrufsgericht aber Stellung nehmen.

Liegt eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung der Widerrufsgründe durch das Gericht und die Staatsanwaltschaft vor, ist dem Verurteilten ggf. in analoger Anwendung von § 140 Abs. 2 StPO für das Vollstreckungsverfahren ein Pflichtverteidiger beizuordnen.

SächsVerfGH, Beschl. v. 30.8.2018 – Vf 73-IV 18 (HS)

Reststrafenaussetzung: mündliche Anhörung, Vollstreckungsreihenfolge

Acht Monate nach der letzten Anhörung und Entscheidung über die Frage der Reststrafenaussetzung nach § 57 StGB ist auf Antrag des Verurteilten eine erneute Anhörung und Entscheidung in der Sache zwingend geboten. Sofern eine noch vollständig zu vollstreckende Freiheitsstrafe im Anschluss an ein Restdrittel einer anderen Freiheitsstrafe vollstreckt wird, hat die Vollstreckungsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen, ob die Vollstreckungsreihenfolge zu ändern ist.

OLG Celle, Beschl. v. 22.8.2018 – 2 Ws 313/18

Tateinheit: Bandendiebstahl/Wohnungseinbruchsdiebstahl und Sachbeschädigung

Der 2. Strafsenat beabsichtigt zu entscheiden: Bei (vollendetem) schwerem Bandendiebstahl (§ 244a Abs. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3, § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Var. 1 StGB) oder (vollendetem) Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 StGB) steht eine zugleich begangene Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1 StGB) stets im Verhältnis der Tateinheit (§ 52 Abs. 1 StGB); sie tritt nicht im Wege der Gesetzesinheit in Form der Konsumtion hinter den schweren Bandendiebstahl oder den Wohnungseinbruchsdiebstahl zurück.

BGH, Beschl. v. 6.3.2018 – 2 StR 481/17

Strafaussetzung zur Bewährung: Verlängerung der Bewährungszeit

Eine – auch mehrfache – Verlängerung der Bewährungszeit bis zu der in § 56a Abs. 1 StGB vorgesehenen Höchstgrenze von fünf Jahren ist – unabhängig von der Dauer der zunächst bestimmten Bewährungszeit und ungeachtet der Regelung des § 56f Abs. 2 S. 2 StGB – immer möglich. Zulässig ist aber auch eine darüber hinausgehende Verlängerung der Bewährungszeit, wobei sich die Vorschrift des § 56f Abs. 2 S. 2 StGB insoweit begrenzend auswirkt, als jede Verlängerung der Bewährungszeit ihre Grenze bei Erreichen des „absoluten Höchstmaßes“ von fünf Jahren zuzüglich der Hälfte der ursprünglich bestimmten Bewährungszeit erfährt.

OLG Hamm, Beschl. v. 22.3.2018 – 1 Ws 91/18

Vollstreckung

StGB – Allgemeiner Teil

Verstoß gegen das PflVG: Urteilsanforderungen

Bei einer Verurteilung wegen eines Vergehens gegen §§ 1, 6 PflVG müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, aufgrund welcher Umstände das Tatgericht von einer zivilrechtlich wirksamen Beendigung des Versicherungsvertrags ausgegangen ist. Es ist entweder darzutun, dass dem Versicherungsnehmer die Kündigung zugegangen ist oder aufgrund welcher tatsächlichen Umstände die Zugangsfiktion des § 13 Abs. 1 VVG zum Tragen gekommen ist.

KG, Beschl. v. 8.6.2018 – (3) 121 Ss 96/18 (12/18)

Verstoß gegen das PflVG: Urteilsanforderungen

Für seine Annahme, ein Versicherungsvertrag habe für das von dem Angeklagten geführte Fahrzeug im Tatzeitpunkt nicht mehr bestanden, muss das tatrichterliche Urteil im Falle einer Verurteilung, die auf eine Vertragsauflösung des Versicherungsvertrages gestützt wird, die Tatsachen feststellen, aus denen sich die Wirksamkeit der hierzu erforderlichen Willenserklärungen ergibt.

OLG Köln, Beschl. v. 11.4.2018 – III-1 RVs 61/18

Beleidigung: Aussage A.C.A.B. (all cops are bastards)

Beleidigende Aussagen wie „A.C.A.B.“ und alle damit einhergehenden Synonyme sind, da diese Aussagen auch „grob ungehörige Handlungen“ darstellen, grundsätzlich über § 118 OWiG sanktionierbar. Ist eine personalisierte Zuordnung der Beleidigungshandlung festgestellt, tritt § 118 Abs. 1 OWiG nach der gesetzlich normierten Subsidiaritätsklausel des § 118 Abs. 2 OWiG kraft Gesetzes hinter § 185 StGB zurück. Das Verfahrenshindernis eines fehlenden Strafantrags des § 194 StGB führt auch nicht dazu, dass § 118 OWiG als Nachrangvorschrift wieder auflebt. Erst wenn eine anderweitige Sanktionierung (sicher) ausgeschlossen ist, z.B. bei einer ansonsten straflosen Kollektivbeleidigung, kann eine Ahndung nach § 118 OWiG in Betracht kommen.

OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 23.5.2018 – 2 Ss-OWi 506/17

Strafrechtsentschädigung: grobe Fahrlässigkeit

Das Verschweigen wesentlicher entlastender Umstände durch einen jedenfalls teilweise aussagebereiten Beschuldigten führt zur Versagung einer Entschädigung nach dem StrEG gem. § 5 Abs. 2 StrEG, wenn der Umstand dem Beschuldigten bekannt war und es sich um einen für seine Verteidigung wesentlichen entlastenden Punkt handelte, wie dies beim Verschweigen eines Nachtrunkes bei einem teilweise aussagewilligen Beschuldigten in aller Regel der Fall ist.

LG Saarbrücken, Beschl. v. 5.6.2018 – 8 Qs 38/18

Messfoto: Inaugenscheinnahme

Der Inhalt der Datenzeile auf einem Messfoto muss nicht gesondert durch Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Es genügt ausnahmsweise die Inaugenscheinnahme, da sich der gedankliche Inhalt der Urkunde durch einen Blick erfassen lässt.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 4.9.2018 – 6 RB 18 Ss 469/18

StGB – Besonderer Teil

Sonstiges

Ordnungswidrigkeiten

Rechtsschutzversicherung: Vorerstreckungsklausel

Die sog. Vorerstreckungsklausel des § 4 Abs. 3 Buchst. a) der Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB 2008) ist intransparent.

BGH, Urt. v. 4.7.2018 – IV ZR 200/16

Verfahren nach dem IRG: Terminsgebühr

Die Gebühr gemäß Nr. 6102 VV RVG erfasst nur die Verhandlung nach §§ 30 Abs. 3, 31 IRG, nicht jedoch die Teilnahme an einer Anhörung im Vollstreckungshilfverfahren nach §§ 85 ff. IRG, die der Erklärung eines Einverständnisses des Verurteilten nach § 85 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 IRG dient.

OLG Dresden, Beschl. v. 18.6.2018 – 2 (S) AR 48/17

Rechtsprechungsreport

Verfahrensrecht

Ablehnung: Unverzüglichkeit und Besorgnis der Befangenheit

1 An die Auslegung des Begriffs „unverzüglich“ ist im Interesse einer zügigen Durchführung des Verfahrens ein strenger Maßstab anzulegen. Die Ablehnung muss aber nicht „sofort“, jedoch „ohne schuldhaftes Zögern“, d.h. ohne unnötige, nicht durch die Sachlage begründete Verzögerungen geltend gemacht werden.

2. Unmutsäußerungen von Mitgliedern des erkennenden Gerichts als Reaktion auf das Verhalten anderer Verfahrensbeteiligter sind Grenzen gesetzt, die – je nach den Umständen des Einzelfalls – dann überschritten sind, wenn sie in der Form überzogen sind oder in der Sache auch bei einem vernünftigen Angeklagten die Befürchtung von Voreingenommenheit aufkommen lassen können. (Leitsätze des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 6.3.2018 – 3 StR 559/17

I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten verurteilt. Dagegen hat der Angeklagte Revision eingelegt und sie u.a. mit der Verfahrensrüge begründet. Diese hatte der Angeklagte damit begründet, bei dem Urteil habe ein Schöffe mitgewirkt, nachdem er wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden war und das Ablehnungsgesuch zu Unrecht verworfen worden sei (§ 338 Nr. 3, § 24 Abs. 2, § 31 Abs. 1 StPO). Der Rüge lag im Wesentlichen folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

Am ersten Hauptverhandlungstag ließ sich der Angeklagte zur Sache ein. Während der Verlesung seiner schriftlichen Erklärung fragte der Schöffe R. den Angeklagten, ob er tatsächlich den „Quatsch“ glaube, den er „hier erzähle“. Danach setzte der Angeklagte seine Einlassung bis zur Unterbrechung der Hauptverhandlung um 17.40 Uhr fort. Nachdem die Verfahrensbeteiligten die Frage, ob noch Erklärungen abzugeben seien, verneint hatten, schloss der Vorsitzende die Sitzung. Mit am selben Abend um 20.30 Uhr per Fax beim LG eingegangenem Schreiben lehnte der Angeklagte wegen des beschriebenen Vorfalls den Schöffen R. wegen der Besorgnis der Befangenheit ab. Dieser gab in der Folge eine dienstliche Erklärung ab, in der er sich

Anwaltsvergütung

Verfahrensrüge

Äußerung des Schöffen

für seine möglicherweise als beleidigend verstandene Bemerkung entschuldigte. Er stehe dem Angeklagten nach wie vor unvoreingenommen gegenüber. Dessen Auftreten vor Gericht habe er allerdings als provozierend empfunden. Auf eine Passage der Einlassung sei ihm schließlich die zitierte Frage „herausgerutscht“. Er habe in diesem Augenblick einfach wissen wollen, ob der Angeklagte mit seinen Äußerungen ernst genommen werden wolle oder ob es sich dabei „für alle erkennbar um provozierenden Unsinn handle“.

Die Strafkammer hat das Ablehnungsgesuch gemäß § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO als unzulässig, weil verspätet vorgebracht zurückgewiesen. Darüber hinaus sei der Ablehnungsantrag in der Sache nicht begründet. Bei der zitierten Frage habe es sich der Sachlage nach um eine verständliche Unmutsäußerung des Schöffen gehandelt. Möglicherweise habe die Frage des Schöffen bei dem Angeklagten zwar ein Befremden ausgelöst. Doch habe der Schöffe in seiner dienstlichen Erklärung nachvollziehbar dargestellt, wie es zu der spontanen Äußerung gekommen sei. Zudem habe er sich entschuldigt und seine fortbestehende Objektivität versichert. Damit habe er mögliche Zweifel an seiner Unparteilichkeit wieder ausgeräumt.

II. Entscheidung

Nach Ansicht des BGH war das Ablehnungsgesuch nach § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO zulässig. Zwar sei an die Auslegung des Begriffs „unverzüglich“ im Interesse einer zügigen Durchführung des Verfahrens ein strenger Maßstab anzulegen. Die Ablehnung müsse zwar nicht „sofort“, aber „ohne schuldhaftes Zögern“, d.h. ohne unnötige, nicht durch die Sachlage begründete Verzögerungen geltend gemacht werden. Durch die Sachlage begründet sei indes eine Verzögerung, die dadurch entstehe, dass der Antragsteller, nachdem er Kenntnis vom Ablehnungsgrund erlangt hat, eine gewisse Zeit zum Überlegen und zum Abfassen des Gesuchs benötige. Welche Zeitspanne dafür zuzubilligen sei, hänge von den Umständen des Einzelfalls ab (BGH NStZ 2009, 223, 224; BGH StV 2017, 448).

Danach sei, so der BGH, das Ablehnungsgesuch vorliegend unverzüglich angebracht. Es sei dem Angeklagten unbenommen gewesen, nach dem „spontanen“ Einwurf des Schöffen zunächst seine Einlassung zu Ende zu führen. Auch auf die vor Unterbrechung der Hauptverhandlung gestellte Frage des Vorsitzenden, ob noch Erklärungen abgegeben werden sollen, habe der Angeklagte nicht sofort reagieren müssen. Vielmehr sei ihm insoweit eine Überlegungsfrist einschließlich einer Beratung mit seinem Verteidiger zuzubilligen, der seinerseits eine gewisse Zeit zur Abfassung des Antrags und zu dessen Versendung an das Gericht benötigte. Nachdem die Sitzung gegen 17.40 Uhr geschlossen worden sei, sei das Ablehnungsgesuch, das nicht einmal drei Stunden später per Fax beim LG einging, rechtzeitig angebracht.

Anders als das LG bejaht der BGH auch die „Besorgnis der Befangenheit“. Der Schöffe habe mit seiner Bemerkung deutlich gemacht, dass er der Einlassung des Angeklagten nicht nur nicht folgen werde, sondern sie für vollkommen unsinnig halte („Quatsch“). Zwar möge es unter Umständen aus der Sicht eines vernünftigen Angeklagten hinnehmbar sein, wenn ein Richter ihm in nachdrücklicher Form Vorhalte macht, sich in nach Sachlage noch verständlichen Unmutsäußerungen ergeht („Unmutsaufwallungen“) oder auf das nach dem gegebenen Sachstand zu erwartende Verfahrensergebnis hinweist (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 208, 209). Indes seien solchen Unmutsäußerungen von Mitgliedern des erkennenden Gerichts als Reaktion auf das Verhalten anderer Verfahrensbeteiligter Grenzen gesetzt, die – je nach den Umständen des Einzelfalls – dann überschritten seien, wenn sie in der Form überzogen sind oder in der Sache auch bei einem vernünftigen Angeklagten die

Zurückweisung durch die
Strafkammer

Unverzüglichkeit

Überlegungsfrist

Besorgnis der Befangenheit

Befürchtung von Voreingenommenheit aufkommen lassen können (st. Rspr.; etwa BGH NStZ 2012, 570 f. m.w.N.). Danach könne von einer bloßen „Unmutsaufwallung“ nicht mehr die Rede sein, wenn ein Schöffe wie hier in grob unsachlicher Weise die Einlassung des Angeklagten als unsinnig bewertet. Dass es dem Schöffen auch nicht etwa darum ging, den Angeklagten auf gewisse Bedenken gegen die Einlassung hinzuweisen, um diesem die Chance zu eröffnen, diese auszuräumen, zeige dabei nicht nur die Wortwahl, sondern auch der Umstand, dass er das Ende der Einlassung nicht einmal abgewartet hat. Auch aus der Sicht eines verständigen Angeklagten musste damit der Eindruck entstehen, dass der Schöffe seine Angaben nicht unparteiisch prüfen werde.

Die dienstliche Äußerung des abgelehnten Schöffen war nach Auffassung des BGH auch nicht geeignet, das durch seine Bemerkung bedingte berechtigte Misstrauen des Beschwerdeführers in seine Unparteilichkeit auszuräumen. Sie war vielmehr geeignet, die Berechtigung des durch den Einwurf des Schöffen genährten Misstrauens des Ablehnenden zu vertiefen (vgl. BGH wistra 2013, 155, 156). Indem der Schöffe seine spontane Frage dahingehend zu erklären versuchte, dass er lediglich habe wissen wollen, ob der Angeklagte mit seinen Äußerungen ernst genommen werden wolle oder ob es sich dabei für alle erkennbar um provozierenden Unsinn handele, machte er deutlich, auch aus einer gewissen Distanz heraus die Einlassung des Angeklagten weiterhin als entweder nicht ernst gemeint oder als „Unsinn“ zu bewerten. Seine nicht mehr unter dem unmittelbaren Eindruck der Hauptverhandlung abgegebene Stellungnahme verdeutliche somit, dass es sich bei seiner Frage gerade nicht um eine durch das Prozessgeschehen provozierte bloße „Unmutsaufwallung“ handelte. Darauf, ob der Schöffe selbst sich als „weiterhin unvoreingenommen“ ansehe, komme es dabei nicht an.

III. Bedeutung für die Praxis

Eine der in der letzten Zeit doch mal wieder häufigeren Entscheidungen des BGH zum Ablehnungsrecht. Dazu zwei Bemerkungen:

1. Als Verteidiger sollte man sich durch die m.E. recht großzügige Entscheidung des BGH zur Unverzüglichkeit nicht täuschen lassen. Schaut man sich nämlich die Rechtsprechung des BGH an, kann man m.E. eine klare Linie nicht erkennen. Zwar räumt der BGH dem Angeklagten immer eine Überlegungsfrist und damit die Möglichkeit ein, sich mit seinem Verteidiger zu beraten (BGH NStZ 1992, 290; 2008, 578; StV 2016, 271; 2017, 144 [Ls.; inhaftierter Angeklagter]). Andererseits ist nicht ganz klar, wie schnell der Angeklagte danach reagieren muss. Während hier eine Frist von drei Stunden nach Schluss der Hauptverhandlung ausgereicht hat, obwohl sich der Verteidiger/Angeklagte noch nicht einmal einen „unaufschiebbaren Antrag“ vorbehalten bzw. diesen angekündigt hatte, hat es der BGH, Beschl. v. 10.1.2018 – 2 StR 76/17 – als verspätet angesehen, wenn ein Befangenheitsgesuch nicht unmittelbar nach Fortsetzung der Hauptverhandlung, sondern erst nach Stellung eines bereits vor der 45-minütigen Unterbrechung angekündigten Beweisantrags gestellt worden ist. Als Verteidiger wird man daher auf Nummer Sicher gehen (müssen) und unmittelbar nach einem Vorfall oder einer Äußerung, die zum Gegenstand eines Ablehnungsgesuchs gemacht werden soll, den Befangenheitsantrag ankündigen und ggf. Unterbrechung der Hauptverhandlung beantragen. Der Antrag sollte dann so schnell wie möglich gestellt werden.

2. Zur Begründetheit ist nichts anzumerken, außer: Es erstaunt, dass die Kammer die Äußerungen des Schöffen nicht hat ausreichen lassen, um von „Besorgnis“ – mehr ist nicht erforderlich – der Befangenheit auszugehen. Deutlicher als dieser Schöffe

Dienstliche Äußerung räumt
Besorgnis nicht aus

Vorsicht

Besorgnis der Befangenheit

kann man m.E. kaum zum Ausdruck bringen, was man von der Einlassung des Angeklagten hält. Oder: Wie anders, als dass der Schöffe ggf. befangen ist, soll der Angeklagte diese Äußerung werten?

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

Ausreichende Verteidigungszeit nach einem rechtlichen Hinweis

Dem Angeklagten muss nach Erteilung eines rechtlichen Hinweises ausreichend Gelegenheit zur Verteidigung gegeben werden. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 13.7.2018 – 1 StR 34/18

I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten u.a. wegen Steuerhinterziehung verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Rüge der Verletzung des § 265 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 StPO in der Fassung des „Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I, 3202) gestützten Revision. Diese hatte Erfolg.

Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: Mit der Anklage waren dem Angeklagten drei Fälle der Beihilfe zur Steuerhinterziehung hinsichtlich der C. Ltd. für die Jahre 2006 bis 2009 und 17 Fälle der mittäterschaftlichen Steuerhinterziehung hinsichtlich der L. GmbH zur Last gelegt worden. Die Anklageschrift war jeweils von Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) sowie davon ausgegangen, dass für eine mittäterschaftliche Begehung eine rein faktische Geschäftsführerstellung nicht ausreichend sei. Die erforderliche Rechtspflicht zur Aufklärung über steuerliche Tatsachen (§ 35 AO) habe für den Angeklagten erst ab dem 11.11. 2011 bestanden, so dass diesem nur für die nach diesem Zeitpunkt eingereichten Steuererklärungen mittäterschaftliches Handeln zur Last gelegt wurde.

In einem noch vor Eröffnung des Hauptverfahrens erfolgten Gespräch zwischen den Verfahrensbeteiligten gemäß § 202a StPO wies der Vorsitzende der Wirtschaftsstrafkammer darauf hin, dass das Gericht entgegen der rechtlichen Wertung in der Anklageschrift Steuerhinterziehung durch aktives Tun (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) für gegeben erachte, so dass es auf eine Organ- oder Pflichtenstellung des Angeklagten M. für eine täterschaftliche Strafbarkeit nicht ankomme. Weitere Ausführungen zur Beteiligungsform des Angeklagten M. erfolgten in diesem Rahmen nicht. Diese Einschätzung wiederholte der Vorsitzende in einem weiteren Gespräch am dritten Hauptverhandlungstag.

Am 20. Hauptverhandlungstag erteilte der Vorsitzende sodann den rechtlichen Hinweis, dass bei dem Angeklagten M. „auch eine Verurteilung wegen mittäterschaftlicher Umsatzsteuerhinterziehung für die Jahre 2006–2009 in Betracht“ komme. Nach weiteren sieben Hauptverhandlungstagen wurde die Beweisaufnahme geschlossen, ohne dass bis dahin weitere Hinweise erfolgt wären. Im unmittelbaren Anschluss hielt der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft seinen Schlussvortrag und beantragte darin, den Angeklagten wegen 20 (tatmehrheitlicher) Fälle der mittäterschaftlich begangenen Steuerhinterziehung zu verurteilen.

Die Plädoyers der Verteidiger waren für den nächsten Hauptverhandlungstag in der Folgeweche vorgesehen. In diesem Termin trat die Strafkammer jedoch wieder in die Beweisaufnahme ein. Sie erteilte den rechtlichen Hinweis, „dass beim Angeklagten M. in Abweichung von der Anklage auch eine Verurteilung wegen Steuerhinterzie-

Verfahrensrüge hat Erfolg

Verfahrensgeschehen

hung in 20 tateinheitlichen Fällen in Betracht kommt unter dem Gesichtspunkt eines uneigentlichen Organisationsdelikts. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn Anknüpfungspunkt für die strafbare Handlung nicht eine individualisierte Tathandlung ist, die jeder einzelnen Tat zugeordnet werden kann, sondern der Täter die organisatorische Grundlage für eine Vielzahl von Taten des Vordermanns schafft“.

In der Folge wurde die Beweisaufnahme erneut geschlossen. Der Vertreter der Staatsanwaltschaft hielt seinen Schlussvortrag. Anschließend trat die Strafkammer, da die Verteidigung eines anderen Angeklagten verschiedene Anträge angekündigt hatte, wieder in die Beweisaufnahme ein. Nach Stellung der Anträge wurde die Hauptverhandlung für 24 Minuten unterbrochen und danach fortgesetzt. Die Verteidigung des Angeklagten beantragte im Hinblick auf den o.g. Hinweis, die Hauptverhandlung auszusetzen, hilfsweise zu unterbrechen und am selben Tag nicht mehr fortzusetzen. Die Verteidigung sei zur Frage der Zurechnung über die Konstruktion des uneigentlichen Organisationsdelikts nicht vorbereitet, so dass insofern eine angemessene Verteidigung nicht gewährleistet werden könne.

Die Strafkammer wies diesen Antrag nach einer weiteren 19-minütigen Unterbrechung der Hauptverhandlung unter Verweis auf den Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen zurück; der erteilte Hinweis betreffe „lediglich die Frage der zutreffenden Beurteilung der Konkurrenzen und die rechtliche Einordnung täterschaftlicher Begehungsweise“. Auch sei eine Beurteilung als tateinheitliche Begehung nicht geeignet, zu einer Erhöhung der Strafe zu führen. Nachdem die Beweisaufnahme wiederum geschlossen worden war, plädierten zunächst der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft durch Wiederholung seiner Anträge und die Verteidiger des anderen Angeklagten. Nach einer 55-minütigen Mittagspause erhielten die Verteidiger des Angeklagten das Wort. Diese stellten im Rahmen ihrer Schlussvorträge sechs Hilfsbeweisanträge, die darauf ausgerichtet waren, dass dem Angeklagten keine für eine mittäterschaftliche Tatbegehung erforderlichen, individualisierbaren Tatbeiträge nachgewiesen werden könnten.

Der Angeklagte M. wurde schließlich in dem Folgetermin, der fünf Tage später stattfand, entsprechend dem oben genannten Hinweis verurteilt, d.h. die Strafkammer ging von dereteiligungsform der mittelbaren Täterschaft in Form eines uneigentlichen Organisationsdelikts aus. Die Hilfsbeweisanträge wurden im Wesentlichen als tatsächlich bedeutungslos abgelehnt; daraus, dass der Angeklagte nicht als Verantwortlicher nach außen aufgetreten sei, folge nicht zwingend, dass er nicht der Verantwortliche im Hintergrund gewesen sei.

II. Entscheidung

Diese Verfahrensweise verletzt nach Auffassung des BGH § 265 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 StPO.

Sinn und Zweck des § 265 Abs. 1 StPO, aber auch des neuen § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO sei es, den Angeklagten vor Überraschungen zu schützen und eine Beschränkung seiner Verteidigung zu verhindern (vgl. dazu BGHSt 2, 371, 373; 13, 320 f.; 18, 56, 57; NJW 1980, 714; vgl. BT-Drucks 18/11277, S. 37). Nach beiden Vorschriften sei daher zweierlei erforderlich: Zum einen müsse der erforderliche Hinweis so beschaffen sein, dass der Angeklagte und sein Verteidiger aus ihm allein oder in Verbindung mit dem Inhalt der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses erkennen können, welche Tat der Hinweis betrifft, welches Strafgesetz nach Auffassung des Gerichts auf sie anzuwenden ist und durch welche Tatsachen das Gericht die gesetzlichen Merkmale als erfüllt ansieht (vgl. etwa BGH NStZ 1998, 529, 530). Zum

Sinn und Zweck der (Neu-)
Regelung

anderen müsse dem Angeklagten nach Erteilung des Hinweises ausreichend Gelegenheit zur Verteidigung gegeben werden. Dem zweiten Erfordernis werde die Verfahrensweise des LG nicht gerecht.

Zunächst sei vorliegend sowohl nach § 265 Abs. 1 StPO als auch nach Abs. 2 Nr. 2 StPO ein Hinweis erforderlich gewesen. Für § 265 Abs. 1 StPO folge das u.a. daraus, dass das LG von einer anderen Teilnahmeform ausgehen wollte als die unverändert zugelassene Anklage. Zwar habe das LG dem Angeklagten den erforderlichen Hinweis erteilt. Es habe ihm und seinen Verteidigern anschließend aber nicht ausreichend Gelegenheit zur Verteidigung gegeben. Der Vorsitzende muss durch sein Verhalten zum Ausdruck bringen, dass das Gericht bereit sei, mit Rücksicht auf die eingetretene Veränderung Erklärungen und Anträge entgegenzunehmen und zu prüfen, und es müsse dem Angeklagten zu solchen Erklärungen und Anträgen Zeit gelassen werden. Wie viel Zeit dem Angeklagten und seinen Verteidigern hierzu einzuräumen sei, lasse sich zwar nicht allgemein bestimmen. Jedenfalls müsse sie aber unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse als ausreichend angesehen werden können. Das sei hier nicht der Fall gewesen. Bei dem Gewicht der Veränderung und bei der Schwierigkeit des veränderten rechtlichen Gesichtspunktes, der nicht alltäglich gewesen sei und auf den sich die Verteidigung auch nach Kenntnis der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses sowie des zwischenzeitlich erteilten rechtlichen Hinweises besonders hätte vorbereiten müssen, sei zumindest eine längere Unterbrechung unerlässlich gewesen, die der Verteidigung eine hinreichend gründliche Vorbereitung auf die rechtliche Beurteilung des uneigentlichen Organisationsdelikts nebst allen dabei zu bedenkenden Verknüpfungen ermöglicht hätte. Die 55-minütige Mittagspause sei hierfür jedenfalls nicht ausreichend gewesen.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Eine Entscheidung, mit der sich argumentieren und den Gerichten (hoffentlich) Einhalt gebieten lässt, wenn der Verteidiger und der Angeklagte, was ja in der Praxis nicht selten ist, mit am Ende der Hauptverhandlung erteilten (rechtlichen) Hinweisen überfahren werden (sollen). Denn der BGH weist ausdrücklich darauf hin, dass § 265 Abs. 4 StPO einen über § 265 Abs. 1–3 StPO hinausgehenden Grundsatz enthält, der besagt, dass das Gericht im Rahmen seiner Justizgewährungspflicht für eine Verfahrensgestaltung zu sorgen hat, die die Wahrung der Verfahrensinteressen aller Verfahrensbeteiligten, vor allem aber die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten in der Hauptverhandlung, nicht verkürzt. Der BGH weist außerdem darauf hin, dass der Begriff der „veränderten Sachlage“ nicht eng ausgelegt werden darf (vgl. schon BGH NJW 1958, 1736, 1737; LR/Stuckenberg, StPO, 27. Aufl., § 265 Rn 99; Burhoff, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 9. Aufl. 2018, Rn 1949). Eine Veränderung der Sachlage ist daher auch anzunehmen, wenn das Gericht – wie hier – aus den dem Angeklagten bereits aus der zugelassenen Anklage bekannten Tatsachen andere rechtliche Folgerungen zieht (BGH NSTZ 1993, 400).

2. Bei der Bemessung der zusätzlich zu gewährenden Vorbereitungszeit sind alle Umstände von Bedeutung. Dazu gehören u.a. die Schwierigkeiten, die sich aus der Veränderung ergeben, hier der Übergang von Alleintäterschaft zu mittelbarer Täterschaft in Form des uneigentlichen Organisationsdelikts. Dazu gehört aber auch der Zeitpunkt, in dem der Hinweis erfolgt. Das war hier erst nach 28 Hauptverhandlungstagen der Fall, nachdem die Beweisaufnahme bereits geschlossen worden war. Und: Es waren zeitnah bereits weitere Hauptverhandlungstermine anberaumt, so dass sich die Verzögerung durch eine weitergehende Unterbrechung in Grenzen gehalten hätte.

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

Keine ausreichende Zeit zur Verteidigung

Argumentationshilfe

Umstände des Einzelfalls

Rechtlicher Hinweis bei Veränderung der Sachlage

Bei dem Vorwurf des Mordes aus niedrigen Beweggründen ist der Angeklagte nicht nur davon in Kenntnis zu setzen, durch welche bestimmten Tatsachen das Gericht das Mordmerkmal als erfüllt ansieht, vielmehr ist er auch darüber zu informieren, dass sich diese Tatsachen aus Sicht des Gerichts gegenüber der Anklageschrift oder aber auch gegenüber einem früheren Hinweis geändert haben könnten (§ 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO). Der Hinweis ist förmlich zu erteilen. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 14.6.2018 – 3 StR 206/18

I. Sachverhalt

Das LG hatte die Angeklagte wegen Mordes verurteilt. Die Angeklagte hatte ihre Tochter erstickt. Sie wollte in Frankreich ein neues unabhängiges Leben beginnen; daran sah sie sich durch ihre Tochter gehindert. Zudem wollte sie sich am Vater des Kindes rächen, der mit dem gemeinsamen Kind seinen Aufenthaltsstatus verbessern wollte, aber dennoch die Angeklagte und seine Tochter verließ. Nach Auffassung der Angeklagten hatte der Nebenkläger ihr Leben „kaputtgemacht“, indem er sie geschwängert hatte und sie dann mit dem Kind allein ließ. Die Tochter wollte die Angeklagte dem Nebenkläger nicht überlassen. Das LG hat das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe vor allem durch die „rücksichtslose Gier“ der Angeklagten nach einem selbstbestimmten Leben ohne Einschränkungen als verwirklicht angesehen; daneben hat es auf das Motiv der Rache der Angeklagten abgestellt, dem Nebenkläger seine Tochter sowie die aus seiner Vaterschaft vermeintlich erwachsenen ausländerrechtlichen Vorteile zu nehmen.

Die unverändert zur Hauptverhandlung zugelassene Anklage vom 13.9.2017 begründete die niedrigen Beweggründe hingegen damit, die Angeklagte habe sich am Nebenkläger rächen und ihn dafür bestrafen wollen, „dass er während des Zusammenlebens ihr gegenüber gewalttätig gewesen war“. Auf die von ihm in Abweichung hiervon nach den Urteilsgründen festgestellten Beweggründe der Angeklagten für ihre Tat hat das LG diese in der Hauptverhandlung nicht förmlich hingewiesen. Die Revision der Angeklagten hatte Erfolg.

II. Entscheidung

Der BGH beanstandet das Verfahren. Das sei mit § 265 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. Abs. 1 StPO in der Fassung des „Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I S. 3202, 3210), in Kraft getreten zum 24.8.2017, nicht vereinbar. Der Angeklagten hätte, so der BGH, ein förmlicher Hinweis darauf erteilt werden müssen, dass das LG die Annahme des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe auf eine Motivlage der Angeklagten zu stützen gedachte, die von der ihr in der Anklageschrift angelasteten deutlich abwich. Der Hinweis sei nach § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO i.V.m. § 265 Abs. 1 StPO geboten gewesen. Denn die Tatsachengrundlage, auf welche das LG das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe stütze, weiche in zweifacher Hinsicht wesentlich von derjenigen der Anklage ab: Das Motiv, ein neues selbstbestimmtes und vom Kind unabhängiges Leben in Frankreich zu beginnen, kann zwar als besonders „krasse Selbstsucht“ bewertet und damit das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe als erfüllt angesehen werden (vgl. BGH NStZ 2009, 210). Indes benenne die Anklage ein solches Motiv nicht und stütze das Mordmerkmal allein auf ein Rachemotiv der Angeklagten. Diese beiden Beweggründe unterscheiden sich nach Auffassung des BGH deutlich voneinander.

Verurteilung

Anklage

Das Tatmotiv der Selbstsucht nach einem unabhängigen Leben könne – der GBA hatte das anders gesehen – auch nicht dem wesentlichen Ermittlungsergebnis der Anklageschrift entnommen werden: Die dort mitgeteilte Einschätzung einer Zeugin, der Angeklagten fehle der „natürliche Mutterinstinkt“, sei nichtssagend und gebe daher keinen Anhalt für eine selbstsüchtige Entscheidung der Angeklagten, nach dem endgültigen Scheitern der Beziehung mit dem Nebenkläger das Kind durch dessen Tötung „hinter sich zu lassen“ und in Frankreich ein neues Leben zu beginnen.

Den danach erforderlichen Hinweis auf die in zweifacher Hinsicht geänderte Tatsachengrundlage hätte der Vorsitzende förmlich erteilen müssen. Dies folgt für den BGH aus dem in § 265 Abs. 2 StPO enthaltenen Verweis („ebenso ist zu verfahren“) auf die in § 265 Abs. 1 StPO normierte Hinweispflicht. Mit der Neuregelung des § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO habe der Gesetzgeber die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelte Hinweispflicht umsetzen wollen, wonach auch unterhalb der Schwelle des § 265 Abs. 4 StPO in entsprechender Anwendung des § 265 Abs. 1 StPO ein Hinweis auf die Veränderung eines tatsächlichen Umstands erforderlich sei, wenn dieser in seinem Gewicht der Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunkts gleichstand (BT-Drucks 18/11277, S. 37 unter Hinweis auf BGH NStZ 2015, 233, 234 m.w.N.). Damit solle das Recht des Angeklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) gewährleistet und er nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz des fairen Verfahrens vor Überraschungsentscheidungen geschützt werden (BT-Drucks, a.a.O.; BGH, a.a.O., m.w.N.).

Mit dem Verweis auf § 265 Abs. 1 StPO, wonach der Angeklagte „besonders“ auf eine veränderte Sachlage hinzuweisen ist, sei die zu der alten Rechtslage vertretene Auffassung, es genüge, wenn der Angeklagte die Änderung eines wesentlichen sachlichen Umstandes dem Gang der Hauptverhandlung entnehmen könne (offen gelassen in BGHSt 56, 121, 125; vgl. im Übrigen etwa BGH NStZ 2015, 233, 234 m.w.N.), überholt. Zwar sei den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber sich mit diesem Gesichtspunkt auseinandergesetzt habe (siehe insbesondere den Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 22.2.2017, BT-Drucks 18/11277, S. 36 f.). Indes folge dieses Ergebnis aus dem Verweis auf die in § 265 Abs. 1 StPO normierte Hinweispflicht (im Ergebnis ebenso Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl., § 265 Rn 22; BeckOK-StPO/Eschelbach, § 265 Rn 51).

III. Bedeutung für die Praxis

1. Eine weitere Entscheidung, die sich mit den Neuregelungen in § 265 StPO durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I, S. 3202) auseinandersetzt.
2. Auf den ersten Blick scheint der Beschluss des 5. Strafsenats v. 8.5.2018 (5 StR 65/18) der o.a. Entscheidung entgegenzustehen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Anforderungen, die dort an den Revisionsvortrag einer Rüge der Verletzung des § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO im Hinblick auf § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO gestellt werden. Das hat der 3. Strafsenat jedoch verneint. Er lässt zwar offen, ob er dem 5. Strafsenat insoweit in sämtlichen Punkten für alle denkbaren Sachverhaltsgestaltungen folgen würde. Auf mögliche Bedenken komme es indes nicht an, da auch unter Beachtung der vom 5. Strafsenat formulierten Maßstäbe gegen die Zulässigkeit der Rüge der Angeklagten keine Bedenken bestünden: Soweit der 5. Strafsenat Revisionsvortrag dazu verlange, ob der Revisionsführer durch den Gang der Hauptverhandlung über die Veränderung der Sachlage bereits zuverlässig unterrichtet war und deshalb ein ausdrücklicher Hinweis unterbleiben konnte, sei dem hier schon durch den Hinweis darauf hinreichend Genüge getan, dass selbst die Staatsanwaltschaft auf eine

Verurteilung der Angeklagten nur wegen Totschlags plädiert habe. Auch sei kein Revisionsvortrag dazu erforderlich, inwieweit der Hinweis für die genügende Verteidigung der Angeklagten erforderlich gewesen sei, warum die Angeklagte durch dessen Unterlassen in ihrer Verteidigung beschränkt worden sei und wie sie ihr Verteidigungsverhalten nach erteiltem Hinweis anders hätte einrichten können; denn all das verstehe sich hier von selbst. Für diesen Fall verlange aber auch der 5. Strafsenat kein entsprechendes Revisionsvorbringen (BGH, a.a.O., Rn 6). Diese Erörterungen des 3. Strafsenats sollte der Verteidiger bei der Begründung einer Revision im Blick haben und dazu – sicherheitshalber – vortragen.

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

Ausdrücklicher Hinweis bei Einziehung

§ 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO erfasst auch Entscheidungen nach den §§ 73 ff. StGB. (Leitsatz des Verfassers)

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

I. Sachverhalt

Gegen den Angeklagten war ein Verfahren wegen Bankrotts anhängig, in dem ihn das AG wegen Insolvenzverschleppung und Bankrott zu einer Freiheitsstrafe verurteilt hat. Daneben ordnete das AG die Einziehung des Wertes des Erlangten in Höhe von 14.509,36 EUR an. Dagegen richtet sich die Revision des Angeklagten. Mit der Verfahrensrüge hat er einen Verstoß gegen § 265 StPO wegen eines unterlassenen Hinweises auf die Möglichkeit einer Anordnung nach § 73c StGB geltend gemacht. Die Revision hatte (teilweise) Erfolg.

II. Entscheidung

Das OLG führt aus: Wie sich aus dem Schweigen des Hauptverhandlungsprotokolls ergebe (§ 274 StPO), sei der Angeklagte zu keiner Zeit darauf hingewiesen worden, dass die Einziehung des Wertes von Taterträgen gem. § 73c StGB i.V.m. Art. 316h EGStGB in der Fassung vom 13.4.2017 in Betracht komme. Eine solche Belehrung sei jedoch nach der seit dem 1.7.2017 geltenden Vorschrift des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO zwingend vorgeschrieben (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl., § 265 Rn 20a; vgl. auch OLG Hamburg, Beschl. v. 5.4.2018 – 1 Rev 7/18: neu geschaffene Hinweispflicht zum Schutz vor Überraschungsentscheidungen mit korrespondierendem Aussetzungsrecht in § 265 Abs. 3 StPO).

Zwar habe – so das OLG – die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft in ihrem Schlussvortrag „die Einziehung von Geldbeträgen in Höhe von 13.500,- EUR und 1.009,36 EUR gemäß §§ 73, 73a StGB“ beantragt. Dieser am 26.10.2017 gestellte Antrag, der wegen der seit dem 1.7.2017 gemäß Art. 316h EGStGB in der Fassung vom 13.4.2017 auch für sogenannte „Altfälle“ geltenden Neuregelung der §§ 73 ff. StGB nicht der aktuellen Gesetzeslage entsprach, habe jedoch – entgegen der von der Generalstaatsanwaltschaft in den Raum gestellten Möglichkeit – einen förmlichen Hinweis nach § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO nicht ersetzen können. Der Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt müsse dem Angeklagten in der Weise gegeben werden, dass er eindeutig erkennen könne, es werde für das erkennende Gericht bei der Beurteilung der Straftat auf diesen Gesichtspunkt ankommen und er werde daher seine Verteidigung darauf einzurichten haben. Es handele sich dabei um eine die rechtlichen Grenzen des Hauptverfahrens bestimmende und damit dieses Verfahren gestaltende Prozesshandlung, die den Grundsatz des rechtlichen Gehörs sichern solle

Einziehung von rund
14.500 EUR

Rechtlicher Hinweis zwingend

Hinweis durch andere reicht
nicht

Der erforderliche Hinweis müsse nach allgemein anerkannter Auffassung regelmäßig durch das erkennende Gericht selbst, d.h. durch die oder den Vorsitzenden, gegeben werden. Es reiche nicht aus, dass der betreffende Gesichtspunkt in der Hauptverhandlung von einem anderen Verfahrensbeteiligten als dem Gericht, etwa von der Staatsanwaltschaft oder dem Verteidiger, zur Sprache gebracht wird (vgl. nur KG VRS 129, 10 unter Hinweis auf BGH zfs 1993, 335).

Die Anordnung der vermögensrechtlichen Nebenfolge beruhe auf diesem Verfahrensverstöß (§ 337 StPO). Es sei nicht auszuschließen, dass sich der Angeklagte im Falle der Erteilung eines Hinweises – etwa im Hinblick auf die Empfangnahme und Einlösung der beiden relevanten Schecks – anders verteidigt hätte.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Soweit ersichtlich handelte es sich bei dem Beschluss um die erste obergerichtliche Entscheidung zu dem neuen, durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I, S. 3202) eingeführten § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO. Danach ist ein Hinweis auch dann erforderlich, wenn sich erst in der Hauptverhandlung vom Gesetz besonders vorgesehene Umstände ergeben, die die Strafbarkeit erhöhen oder die Anordnung einer Maßnahme oder die Verhängung einer Nebenstrafe oder Nebenfolge rechtfertigen. § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO enthält teilweise die frühere Regelung des § 265 Abs. 2 StPO a.F. Der hatte aber eine Hinweispflicht nur für strafbarkeitserhöhende Umstände und Maßregeln der Besserung und Sicherung vorgesehen. Das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ hat das geändert/erweitert auf alle „Maßnahmen“ und „die Verhängung einer Nebenstrafe oder Nebenfolge“ (vgl. a. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl., § 265 Rn 17 ff.).

2. Ist ein Hinweis erforderlich, genügt es nach ständiger Rechtsprechung nicht, wenn nur Beweispersonen oder andere Verfahrensbeteiligte auf die veränderte Sachlage hinweisen (vgl. BGHSt 28, 196; 56, 121; BGH StV 2002, 589; 2003, 151; 2008, 341; StraFo 2010, 157 [für Sachverständige]; OLG Bremen StV 1996, 301; wegen der Einzelh. s. Meyer-Goßner/Schmitt, § 265 Rn 15b, 22) oder die Veränderung von einem anderen Verfahrensbeteiligten angesprochen wird (BGHSt 56, 121; StV 2006, 5 [Verteidiger und Staatsanwalt im Plädoyer; vgl. dazu jetzt auch BGH StRR 10/2018, 8; in dieser Ausgabe]).

3. Das OLG hat zudem ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die verfahrensfehlerhaft angeordnete Nebenfolge keine Auswirkungen auf den Strafausspruch hat. Das AG wäre nicht gehalten gewesen, die angeordnete Einziehung des Wertes von Taterträgen strafmildernd zu berücksichtigen. Für die frühere Regelung des Verfalls habe es der ständigen Rechtsprechung entsprochen, dass diese Maßnahme trotz bisweilen erheblicher Belastungen für den Verurteilten keinen Strafcharakter hat und keinen Genugtuungs-, sondern einen Präventionszweck verfolgt (BVerfG NJW 2004, 2073, 2074; BGHSt 47, 260, 265 f.; 51, 65, 67; NJW 1995, 2235 f.). Die umfassende Neuregelung der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung habe zwar unter anderem zu einer Änderung des Begriffs der Maßnahme geführt, ihren Rechtscharakter aber unberührt gelassen (vgl. BT-Drucks 18/9525, S. 55). Es bestehe kein Anlass, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen, die aus der Rechtsnatur des Instituts abgeleitet hat, dass die mit dessen Anwendung verbundene Vermögenseinbuße regelmäßig keinen Strafmilderungsgrund darstellt (vgl. BGH StRR 6/2018, 13; s. aber BGH, Beschl. v. 3.5.2018 – 3 StR 8/18, wonach bei der Einziehung eines Pkw

Beruh

Neuregelung

Ausdrücklicher Hinweis

Strafzumessung

nach § 74 StGB als Nebenstrafe eine Gesamtbetrachtung der Strafzumessung erforderlich ist).

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

Besorgnis der Befangenheit wegen 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). (Leitsatz des Verfassers)

LG Berlin, Beschl. v. 27.8.2018 – (540 Ks) 251 Js 52/16 (4118)

I. Sachverhalt

Den Angeklagten wird im sog. Berliner Kudamm-Raser-Fall u.a. Mord durch Veranstaltung eines Rennens im Straßenverkehr zur Last gelegt. Deswegen sind die Angeklagten im Februar 2017 jeweils u.a. wegen Mordes verurteilt worden. Dieses Urteil hat der BGH aufgehoben (vgl. StRR 4/2018, 19). Nach Eingang der Sache bei der nunmehr zuständigen Schwurgerichtskammer des LG hat der Angeklagte die Aufhebung des Haftbefehls gemäß § 120 Abs. 1 StPO und seine Entlassung aus der Untersuchungshaft beantragt. Mit Beschl. v. 28.3.2018 hat die 40. Strafkammer die Fortdauer der Untersuchungshaft aus den fortbestehenden Gründen ihrer Anordnung angeordnet. Den dringenden Tatverdacht wegen Mordes in Tateinheit mit vorsätzlicher Gefährdung des Straßenverkehrs und zumindest gefährlicher Körperverletzung hat sie auf die Gründe des Urteils des LG vom 27.2.2017 gestützt, das ungeachtet seiner Aufhebung durch den BGH die Erkenntnisse einer umfassenden Hauptverhandlung wiedergebe. Die Kammer hat weiter ausgeführt, nach vorläufiger Prüfung der Auffassung zu sein, dass sich diese Feststellungen bei erneuter Hauptverhandlung in den entscheidungserheblichen Punkten bestätigen würden und auf die in dem vom BGH aufgehobenen Urteil schriftlich niedergelegten Erwägungen in dem Urteil des LG Berlin vom 27.2.2017 Bezug genommen. Hinsichtlich der vom BGH in seiner Entscheidung vom 1.3.2018 bemängelten Feststellungen zu dem bedingten Tötungsvorsatz hat sie ausgeführt, mit dringenden Gründen, u.a. nach dem Gutachten eines Sachverständigen davon auszugehen, dass die erneute Hauptverhandlung einen solchen für den Zeitpunkt des erfolgsverursachenden Handelns ergeben werde. Soweit der BGH hinsichtlich der diesbezüglichen Beweiserwägungen eine hinreichende Auseinandersetzung mit dem vorsatzkritischen Gesichtspunkt der möglichen Eigengefährdung der Angeklagten vermisst habe, hat die Kammer u.a. unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung auch des 4. Strafsenates des BGH zum Wollenselement des bedingten Vorsatzes ausgeführt, es liege auf der Hand, dass die Angeklagten erkannt hätten, bei einer Fahrt durch die nächtliche Innenstadt mit Geschwindigkeiten bis 160 km/h über mehrere rote Ampeln nicht nur Menschenleben äußerst zu gefährden; da sie ihre Fahrzeuge trotz dieser Erkenntnis dennoch dergestalt gelenkt hätten, hätten sie die Tötung von anderen Menschen billigend in Kauf genommen. Wegen dieser Entscheidung hat der Angeklagte in der Hauptverhandlung die Mitglieder der Schwurgerichtskammer wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Der Antrag hatte Erfolg.

Begründung einer Haftfortdauerentscheidung im Kudamm-Raser-Fall

II. Entscheidung

Das LG führt aus: Aus Sicht der Angeklagten habe bei objektiver Beurteilung mit den Ausführungen in dem Haftfortdauerbeschluss ein Grund vorgelegen, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit der Mitglieder der Schwurgerichtskammer zu rechtfertigen (§ 24 Abs. 2 StPO). Die Mitwirkung an Zwischenentscheidungen im anhängigen Verfahren wie hier bei einem Haftfortdauerbeschluss und die Begründungen solcher Entscheidungen wie die darin geäußerten Rechtsmeinungen seien regelmäßig zwar nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit zu begründen, selbst wenn in ihnen die Überzeugung von der Schuld des bzw. der Angeklagten zum Ausdruck gekommen sei. Es gelte aber etwas anderes, wenn besondere Umstände hinzuträten. Die könnten insbesondere dann gegeben sein, wenn sich aus der Art und Weise der Begründung von Zwischenentscheidungen die Besorgnis der Befangenheit ergibt.

Das hat das LG hier bejaht. Die Angeklagten hätten bei verständiger Würdigung davon ausgehen können, dass ihnen die abgelehnten Richter nicht unvoreingenommen und unparteiisch gegenüberstanden, nachdem sie den Haftfortdauerbeschluss auf die Gründe des Urteils vom 27.2.2017 gestützt und dabei ausdrücklich und in vollem Umfang auf diese Bezug genommen hätten, obwohl die Angeklagten mit ihren Rechtsmitteln Erfolg gehabt hatten und das Urteil, mit dem sie zu lebenslangen Freiheitsstrafen verurteilt worden waren, durch die Entscheidung des BGH vom 1.3.2018 mit den Feststellungen, mithin vollständig, aufgehoben worden war. Die Angeklagten hätten nach der Entscheidung des BGH darauf vertrauen können, dass das aufgehobene Urteil als Grundlage nachfolgender Entscheidungen nicht mehr herangezogen werde und das nunmehr erkennende Gericht eigenständig und völlig frei neue Feststellungen treffen werde. Dies gelte indes nicht nur für die Feststellungen, sondern auch für die Erwägungen, die die Strafkammer in ihrem (aufgehobenen) Urteil angestellt habe. Denn der BGH habe sowohl hinsichtlich eines bedingten Tötungsvorsatzes als auch einer mittäterschaftlichen Begehungsweise darauf hingewiesen, dass die entsprechenden Beweiserwägungen in dem angefochtenen Urteil einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalten würden. Dieser berechtigten Erwartung werde indes auch die weitere Art und Weise der Begründung zu den einzelnen von dem BGH für die Entscheidung angeführten Gründen in dem Haftfortdauerbeschluss nicht gerecht, die in ihren Formulierungen auch aus Sicht eines besonnenen Angeklagten den Eindruck erweckten, dass die abgelehnten Richter sich hinsichtlich des maßgeblichen Sachverhaltes und dessen Beurteilung bereits – in für ihn nachteiliger Weise – festgelegt hätten und einen Hinweis auf die Vorläufigkeit der Betrachtungen und Würdigungen vermissen ließen.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Ablehnungen wegen Besorgnis der Befangenheit mit dem Hinweis auf eine Zwischenentscheidung des Gerichts, an der der abgelehnte Richter teilgenommen hat, sind meist erfolglos (vgl. die Rechtsprechung bei Burhoff, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 9. Aufl. 2019, Rn 114 ff.). Wenn das Gericht sich aber so anfängerhaft wie hier im Berliner Kudamm-Raser-Fall verhält, dann muss der Ablehnungsantrag Erfolg haben. Denn wie anders als „voreingenommen“ sollen denn die Angeklagten eine Haftentscheidung verstehen, wenn sie mit Erwägungen begründet wird, die dem BGH nicht ausgereicht haben, um die Verurteilung aus dem ersten Durchgang zu rechtfertigen. Und das dann offenbar auch noch ohne Hinweis darauf, dass die dargelegten Bewertungen nur „vorläufig“ sind.

2. Der Beschluss enthält die ausdrückliche Feststellung der entscheidenden Kammer: „Die Kammer geht davon aus, dass eine tatsächliche Befangenheit der abgelehnten

Mitwirkung an Zwischenentscheidung reicht i.d.R. nicht ...

... hier aber besondere Umstände

Anfängerfehler

Überflüssige Formulierung

Richter nicht gegeben ist.“ Diese „Mitteilung“ ist überflüssig. Denn darauf, ob die abgelehnten Richter befangen sind oder nicht, kommt es nicht. Entscheidend ist allein die aus Sicht des Angeklagten gegebene „Besorgnis der Befangenheit“. Die Formulierung erweckt den Eindruck, als habe auch die entscheidende Kammer die Formulierungen der abgelehnten Richter als nicht so gravierend angesehen. Waren sie aber.

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

StGB/Nebengebiete

„Sicherungsspinne“ als besondere Sicherung gegen Wegnahme

Bei Verwendung einer sog. „Sicherungsspinne“ an Waren zum Schutz gegen Ladendiebstähle ist im Rahmen des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB zu prüfen, ob sie wie ein Sicherungsetikett erst beim Verlassen der Geschäftsräume oder bereits beim Durchtrennen der Drähte zur Erschwerung des Gewahrsamsbruchs Alarm auslösen soll, wobei das Regelbeispiel dann nur anwendbar ist, wenn die Vorrichtung funktionstüchtig und aktiviert ist. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Urt. v. 26.6.2018 – 1 StR 79/18

I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten wegen Diebstahls zu einer Geldstrafe verurteilt. Mit ihrer Revision beanstandet die StA, dass die Strafkammer die Voraussetzungen eines besonders schweren Falls des Diebstahls nach § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB verneint und sodann auch einen unbenannten besonders schweren Fall nach § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB abgelehnt hat. Der Angeklagte wollte im Elektronikfachmarkt ein Tablet entwenden. Um die ca. 18 x 30 cm große Verpackung waren Elektrodrähte angebracht (sog. Sicherungsspinne). Bei Durchtrennen der Drähte oder Passieren des Kassenbereichs löst die Sicherungsvorrichtung ein Alarmsignal aus. Der Angeklagte entfernte mit einer Skalpellklinge die Sicherungsspinne. Anschließend entnahm der Mitangeklagte das Tablet aus der Verpackung und steckte es unter sein T-Shirt in den Hosenbund. Anschließend gingen beide in Richtung Ausgang und verließen, ohne zu bezahlen, den Markt. Der BGH hat das Urteil im Strafausspruch aufgehoben.

II. Entscheidung

Der Strafausspruch halte revisionsgerichtlicher Überprüfung nicht stand, weil die getroffenen Feststellungen dem Revisionsgericht keine Prüfung ermöglichen, ob die Strafkammer das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB ohne Rechtsfehler verneint hat. Die Schutzvorrichtung i.S. dieser Vorschrift müsse tatsächlich funktionsfähig und aktiviert sein. Deshalb sei ein offenes Schloss oder ein geöffneter Tresor keine Schutzvorrichtung gegen Wegnahme (Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 243 Rn 16a). Schutzvorrichtungen i.S.d. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB seien – wie das als Beispiel erwähnte Behältnis – solche, die nach ihrer Beschaffenheit dazu geeignet und bestimmt sind, die Wegnahme einer Sache erheblich zu erschweren. Nicht ausreichend sei es, wenn die Schutzvorrichtung erst wirksam wird, wenn der Gewahrsam bereits gebrochen ist. Deshalb seien Sicherheitsetiketten an Waren in Kaufhäusern, die akustischen oder optischen Alarm erst auslösen, wenn der Täter das Kaufhaus verlässt, keine Schutzvorrichtungen. Sie seien nicht dazu geeignet und bestimmt, den Gewahrsamsbruch, der bei handlichen und leicht beweglichen Sachen in der Regel mit dem Verbergen des Diebesguts in der Kleidung des Täters oder in

Entfernen einer „Sicherungsspinne“

Grundlagen: Schutzvorrichtungen gegen Ladendiebstähle

einem von diesem mitgeführten Behältnis innerhalb des Kaufhauses vollendet ist (vgl. BGH NStZ 2015, 276; Vollendung des Diebstahls durch Einstecken des Notebooks in den mitgeführten Jute-Beutel; BGHSt 26, 24, 25 f.; Fischer, a.a.O., Rn 16 und § 242 Rn 18 m.w.N.), zu verhindern, sondern sie dienen der Wiederbeschaffung des bereits an den Täter verlorenen Gewahrsams (OLG Düsseldorf NJW 1998, 1002; OLG Stuttgart NStZ 1985, 76).

Hat die Sicherungsspinne bei Durchtrennen mit dem Skalpell keinen Alarm ausgelöst, weil sie defekt oder nicht aktiviert war, handele es sich nicht um eine Schutzvorrichtung i.S.d. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB. Ob dies der Fall war oder die Sicherungsspinne ohnehin erst beim Verlassen des Elektronikfachmarkts Alarm ausgelöst hätte, lasse sich den Feststellungen nicht entnehmen. Hätte sie erst beim Verlassen des Markts Alarm ausgelöst, sei sie in der Funktionsweise den Sicherungsetiketten vergleichbar. Hat sie aber bereits beim Durchtrennen der Drähte Alarm ausgelöst, sei zu prüfen, ob diese Funktion bereits den Bruch des Gewahrsams erschwert. So seien Einbruchsmelder an Gebäuden oder Autoalarmanlagen Schutzvorrichtungen, da sie dazu dienen, den Gewahrsamswechsel durch Alarmierung hilfsbereiter Dritter zu erschweren. Allerdings könne bei kleineren Gegenständen im Kaufhaus der Gewahrsamsbruch bei Ertönen des Alarmsignals bereits vollzogen sein oder noch vollzogen werden; denn es mache das Personal nur auf eine erfolgte Manipulation oder einen erfolgten Gewahrsamsbruch aufmerksam. Das Personal könne, wenn es ihm gelingt, den Täter rechtzeitig zu erkennen, und zugriffsbereite Personen vorhanden sind, Maßnahmen zu dessen Ergreifung und Wiedererlangung des Gegenstands einleiten.

III. Bedeutung für die Praxis

Der Teufel steckt im Detail. Die Tatgerichte haben den Leitsatz verinnerlicht, dass Sicherungsetiketten, welche Alarm erst beim Verlassen der Geschäftsräume auslösen, keine Schutzvorrichtungen gem. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB sind. Dabei werden allerdings neue technische Entwicklungen beim Schutz vor Ladendiebstählen aus dem Blick verloren. Durch die Verwendung von Funkchips ist es möglich, dass bereits beim Durchtrennen oder Abreißen von Sicherungskabeln an Ausstellungsstücken oder eben sog. Sicherungsspinnen an Waren Alarm ausgelöst wird, bevor es zum tatbestandsrelevanten Übergang des Gewahrsams kommt. Auf diese Sachlage weist der BGH hin und fordert entsprechende Feststellungen dazu, ob die konkrete Schutzvorrichtung vom technischen Design dazu bestimmt war, durch frühzeitigen Alarm die Wegnahme zu erschweren und ob sie überhaupt funktionstüchtig und aktiviert war. Das ist angesichts der anerkannten Bewertung von Diebstählen insbesondere kleinerer Sachen (Stichwort: Gewahrsamsenklave) dogmatisch überzeugend. Leichter macht dies den AG die tägliche Arbeit mit dem Massengeschäft „Ladendiebstahl“ freilich nicht.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Erweiterte Einziehung bei gewerbsmäßiger Steuerhhehlerei

Die erweiterte Einziehung von Taterträgen nach § 73a StGB bezieht sich nur auf „Gegenstände“. Dies sind individualisierte Sachen und Rechte. Im Unterschied zur Regelung nach § 73 StGB werden ersparte Aufwendungen nicht erfasst. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 4.7.2018 – 1 StR 244/18

Anforderungen an die Feststellungen im Einzelfall

Praxisrelevant für das Massengeschäft „Ladendiebstahl“

I. Sachverhalt

Der Angeklagte bezog in sechs Fällen unverzollte und unversteuerte Zigaretten aus Polen, die zuvor von polnischen Lieferanten in die EU und sodann nach Deutschland geschmuggelt worden waren. Vor Ausführung der siebten Lieferung wurde er festgenommen und die Zigaretten sichergestellt. Die Zigaretten hatte der Angeklagte zuvor mit einem Gewinn pro Stange von 1 EUR, also insgesamt 1.620 EUR, weiterverkauft. Für die Zigaretten gab er keine Steuerklärung nach § 23 Abs. 1 TabStG ab.

Die Vorinstanz – LG Halle – verurteilte den Angeklagten wegen gewerbsmäßiger Steuerhhelei gemäß § 374 Abs. 2 AO in sechs Fällen und versuchter gewerbsmäßiger Steuerhhelei und ordnete die Einziehung des Wertes des Taterfolges in Höhe von insgesamt 51.755,20 EUR an. Zuvor war das Verfahren nach § 154 Abs. 2 StPO auf die gewerbsmäßige Steuerhhelei beschränkt worden. Mit der Revision greift der Angeklagte die erweiterte Einziehung nach § 73a StGB in Höhe von 50.155,20 EUR an.

II. Entscheidung

Der BGH hat die Einziehung des Wertersatzes, soweit sie den Veräußerungsgewinn für die Zigaretten in Höhe von 1.620 EUR überstieg, aufgehoben. Zwar stellen ersparte Aufwendungen bei der Einziehung nach § 73 StGB „etwas“ dar, was „durch die Tat“ oder „für sie“ erlangt wurde. Bei einer Steuerhinterziehung (§ 370 AO) ist dies dann der Betrag der nicht entrichteten Steuer (BGH wistra 2011, 394). Demgegenüber sind beim Tatbestand der Steuerhhelei weder die von den Lieferanten hinterzogenen Steuern bzw. Abgaben solchermaßen erlangt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Angeklagte für diese nach § 71 AO haftet. Der Angeklagte erlangt vielmehr erst einmal nur die Zigaretten und sodann bei deren Weiterverkauf den entsprechenden Erlös.

Als Empfänger der Zigaretten war der Angeklagte zwar Steuerschuldner hinsichtlich der hierauf entfallenden Tabaksteuer und hätte unverzüglich Steuererklärungen abgeben müssen (§ 23 Abs. 1 TabStG), insofern hat er durch die Nichtabgabe der Steuererklärungen die Tabaksteuer erspart. Diese Straftaten waren aber nach der Verfahrensbeschränkung nicht Gegenstand der Verurteilung, so dass eine Einziehung nach § 73 StGB ausscheidet.

Die erweiterte Einziehung von Taterträgen nach § 73a StGB bezieht sich nur auf „Gegenstände“, also individualisierte Sachen und Rechte, ersparte Aufwendungen werden aber im Unterschied zur Regelung nach § 73 StGB nicht erfasst.

III. Bedeutung für die Praxis

Der BGH stützt seine einengende Auslegung von § 73a StGB auf die Gesetzesbegründung zum erweiterten Verfall nach § 73d StGB a.F. (BT-Drucks 11/6623, S. 5). Der Fall legt dar, dass Beschränkungen des Verfahrensstoffes dazu führen können, dass die Einziehung nur rudimentär greift. Insofern wird dann dem Anliegen der Richtlinie 2014/42/EU nicht entsprochen, die da lautet: „Die wirksame Verhütung und Bekämpfung der organisierten Kriminalität sollte jedoch durch die Neutralisierung der Erträge aus Straftaten erreicht werden und in bestimmten Fällen auf alle Vermögensgegenstände, die aus kriminellen Handlungen stammen, ausgeweitet werden.“

Wie sich aus § 421 StPO ergibt, hat daher grundsätzlich die Einziehung des Vermögensvorteils zu erfolgen und nur im Ausnahmefall kann diese unterbleiben (Reh, NZWiSt 2018, 20).

Rechtsprechungsreport

Erfolgt eine Einstellung nach § 154 StPO, wäre dann in einem selbstständigen Verfahren nach § 76a Abs. 3 StGB die Einziehung vorzunehmen, was natürlich die Sache verkompliziert (Köhler, NStZ 2017, 497, 499).

Dr. Matthias Gehm, Limburgerhof

Bezeichnung von Polizeibeamten als „Flitzpiepen“

Polemische und verletzende Formulierungen sind dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit nicht ohne Weiteres entzogen. (Leitsatz des Verfassers)

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

I. Sachverhalt

Gegen den Angeklagten war ein Bußgeldverfahren eingeleitet worden, nachdem zwei Polizeibeamte ihn dabei beobachtet hatten, wie er während einer Autofahrt sein Mobiltelefon benutzte. In diesem Verfahren bezeichnete er die Beamten in einer E-Mail an die Bußgeldstelle als „die zwei Flitzpiepen vor Ort“. Das AG verurteilte den Angeklagten deshalb wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe. Der Begriff „Flitzpiepe“ werde als Synonym für „Dummkopf“, „Trottel“ oder „Depp“ verwendet und sei deshalb als abwertende Äußerung zu verstehen. Dieses Sprachverständnis begründete das AG mit einem Verweis auf zwei nicht näher bezeichnete Internetseiten. Auf die Sprungrevision des Angeklagten hat das OLG das Urteil aufgehoben und die Sache an das AG zurückverwiesen.

II. Entscheidung

Der Senat beanstandet, dass die Urteilsgründe lückenhaft seien. So bliebe der sprachwissenschaftliche Hintergrund der Internetseiten, auf die sich das AG berufen hatte, unklar. Zudem seien vom Angeklagten vorgelegte Internetausdrucke, die „auch abweichende Wortbedeutungen bzw. Wortverwendungen“ belegten, in den Urteilsgründen zwar erwähnt, jedoch ohne dass diese abweichenden Bedeutungsgehalte aufzeigt würden und ohne dass sich der Tatrichter mit ihnen auseinandersetze. Zudem stelle es einen durchgreifenden Darlegungsmangel dar, dass das AG sich zwar auf den konkreten Kontext der Äußerung des Angeklagten berufe, es dabei aber versäume, diesen Kontext in einer nachprüfbaren Weise durch Wiedergabe des Inhalts der E-Mail des Angeklagten wiederzugeben.

Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass selbst dann, wenn die Äußerung im konkreten Zusammenhang als abwertendes personales Urteil auszulegen sein sollte, besonders sorgfältig geprüft werden müsse, ob sie nicht gleichwohl von der Meinungsfreiheit gedeckt ist. Auch eine polemische und verletzende Formulierung entziehe eine Äußerung nicht ohne weiteres dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG. Es sei deshalb aus prozessökonomischen Gründen zu erwägen, nach § 153 Abs. 2 StPO zu verfahren, zumal sich der Angeklagte unmittelbar nach der Konfrontation mit dem Beleidigungsvorwurf entschuldigt habe.

III. Bedeutung für die Praxis

Die vom BVerfG „verordnete“ Rechtsprechung der Obergerichte zur Reichweite der Meinungsfreiheit gibt regelmäßig Anlass zur Kritik, wird das Grundrecht doch nicht selten (auch noch über die Vorgaben des BVerfG hinaus) von der Meinungs- zur Beleidigungsfreiheit erhoben. Vorliegend jedoch steht die Richtigkeit der Entscheidung des OLG außer Frage: Auf derart lückenhafte Feststellungen kann eine Verurtei-

Polizeibeamte als „Flitzpiepen“ bezeichnet

Urteilsgründe lückenhaft

Auch polemische Äußerungen können von Art. 5 GG gedeckt sein

Zutreffende Entscheidung

Rechtsprechungsreport

lung nicht gestützt werden, und ob die – verglichen mit der sonst in Beleidigungsverfahren anzutreffenden Wortwahl – eher harmlos erscheinende Äußerung tatsächlich von § 185 StGB erfasst wird, erscheint im Hinblick auf die vorgenannte Rechtsprechung zumindest problematisch. Da sie überdies nicht im öffentlichen Raum unmittelbar gegenüber den Polizeibeamten, sondern „indirekt“ gegenüber der Bußgeldstelle getätigt wurde und sich der Angeklagte zudem auch frühzeitig entschuldigt hat, erscheint die Anregung des Senats, das Verfahren einzustellen, naheliegend.

RiLG Thomas Hillenbrand, Stuttgart

Ordnungswidrigkeitenrecht

Haftgrund Flucht- und/oder Verdunkelungsgefahr

Zu den Anforderungen an die Begründung für das Vorliegen des Haftgrundes der „Fluchtgefahr“ bzw. der „Verdunkelungsgefahr“. (Leitsatz des Verfassers)

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

I. Sachverhalt

Dem Beschuldigten, der vor seiner Inhaftierung als Zahnarzt in gemeinschaftlicher Praxis tätig war, wird eine am 27.10.2017 begangene Geiselnahme, gefährliche Körperverletzung und Bedrohung gemäß §§ 239b, 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, 3 und 4, 240 StGB vorgeworfen. Den gegen ihn erlassenen Haftbefehl hat das AG auf die Haftgründe der Flucht- und Verdunkelungsgefahr gestützt. Die Rechtsmittel des Beschuldigten hatten beim LG Augsburg und OLG München keinen Erfolg. Die Verfassungsbeschwerde des Beschuldigten war dann aber erfolgreich.

II. Entscheidung

Das BVerfG beanstandet unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung (mal wieder) eine nicht ausreichende Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen der Fortdauer der Untersuchungshaft in den Beschlüssen des LG und des OLG. In der Regel seien in jedem Beschluss über die Anordnung der Fortdauer der Untersuchungshaft aktuelle Ausführungen zu dem weiteren Vorliegen ihrer Voraussetzungen, zur Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Beschuldigten und dem Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit geboten, weil sich die dafür maßgeblichen Umstände angesichts des Zeitablaufs in ihrer Wichtigkeit verschieben. Die zugehörigen Ausführungen müssten in Inhalt und Umfang eine Überprüfung des Abwägungsergebnisses am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur für den Betroffenen selbst, sondern auch für das die Anordnung treffende Fachgericht im Rahmen einer Eigenkontrolle gewährleisten und in sich schlüssig und nachvollziehbar sein. Die maßgeblichen Umstände des jeweiligen Einzelfalls seien umfassend zu berücksichtigen und es müsse regelmäßig auch den gegen das Vorliegen eines Haftgrundes sprechenden Tatsachen Rechnung getragen werden, um die (Prognose-)Entscheidung des Gerichts auch intersubjektiv nachvollziehbar zu machen.

Hinsichtlich des Haftgrundes der „Fluchtgefahr“ beanstandet das BVerfG, dass die Entscheidung des LG über eine lediglich formelhafte Begründung hinaus keine näheren Ausführungen zur Flucht- und Verdunkelungsgefahr sowie zur Verhältnismäßigkeit der Haft enthalte. Das genüge verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen offensichtlich nicht. Die Erwägungen des OLG zu den Haftgründen der

Zahnarzt inhaftiert

Begründungstiefe

Fluchtgefahr

Flucht- und Verdunkelungsgefahr sowie zur Verhältnismäßigkeit der Haft seien abstrakt gehalten, trügen den Umständen des Einzelfalles nicht angemessen Rechnung, seien zudem lückenhaft und insgesamt nicht hinreichend nachvollziehbar. Von der drohenden erheblichen Freiheitsstrafe abgesehen benenne die Entscheidung des OLG keine konkreten Anhaltspunkte, die die Gefahr einer Flucht – insbesondere ins Ausland – zumindest nahelegen würden. Maßgebliche, gegen eine Flucht sprechende Umstände würden nicht erörtert. Es bleibe daher unklar, ob diese durch das Gericht zutreffend berücksichtigt worden seien. Der Beschuldigte sei sozial und beruflich in Deutschland fest verankert. Nach seinen unwiderlegten Ausführungen habe er in jüngerer Zeit erhebliche finanzielle Investitionen in seine Zahnarztpraxis getätigt. In Kenntnis der durch den Geschädigten unmittelbar nach der Tat erstatteten Anzeige habe er sich noch kurz vor seiner Festnahme mit einer Kollegin zu zukünftigen Abrechnungsfragen in der Gemeinschaftspraxis ausgetauscht, was gegen die Annahme des OLG spreche, er werde die Praxis nicht fortführen, sondern sich ins Ausland absetzen. Auch nach dem durch die Kriminalpolizei telefonisch erfolgten Hinweis auf laufende Durchsuchungsmaßnahmen sei der Beschuldigte nicht geflüchtet, sondern habe sich mit seinem Verteidiger unverzüglich zu seiner zu diesem Zeitpunkt noch in Durchsuchung befindlichen Wohnung begeben. Konkrete Feststellungen zu Erfahrungen oder Kontakten des Beschuldigten, die ein Leben im Ausland „auf der Flucht“ ermöglichen könnten, seien ebenso wenig getroffen wie zu seinen nach der Auffassung des OLG eine solche Flucht ermöglichenden finanziellen Ressourcen. Dass diese letztlich auf Vermutungen statt auf gesicherter Grundlage beruhen, zeige – so das BVerfG – der Umstand, dass in den polizeilich ausgewerteten Telekommunikationsvorgängen zwischen dem Beschuldigten und einer Mitbeschuldigten erhebliche Ausgleichsverpflichtungen des Beschuldigten an seinen Sozius erwähnt werden, die er mit dem Hinweis kommentierte, er könne diesen nicht nachkommen. Die in der angegriffenen Entscheidung aufgezeigte Möglichkeit einer zahnärztlichen Tätigkeit „im Ausland“ bleibe rein spekulativ.

Im Hinblick auf eine angenommene Verdunkelungsgefahr genügten die Entscheidungen nach Auffassung des BVerfG verfassungsrechtlich gebotenen Begründungsanforderungen ebenfalls nicht. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Beschuldigte beabsichtigt habe, die Aufklärung der Tat unlauter zu verhindern oder zu erschweren, habe das OLG nicht benannt. Darüber hinaus sei nicht dargetan, dass etwaige Verdunkelungshandlungen angesichts des in dem hier maßgeblichen Zeitraum der Untersuchungshaft bereits fortgeschrittenen Ermittlungsstadiums überhaupt noch erfolgversprechend hätten sein können. Soweit das Gericht bei Herleitung der Verdunkelungsgefahr auf das vorangegangene Verhalten des Beschuldigten abstelle, habe es dieses lediglich punktuell gewürdigt. Im Hinblick auf mögliche Verdunkelungshandlungen des Beschuldigten durch eine Beeinflussung des Geschädigten fehle eine erkennbare Befassung mit dem Umstand, dass der Geschädigte sich nach der Tat weiterhin (auch) in München aufgehalten habe, ohne dass der Beschuldigte bis zu seiner Festnahme versucht hätte, auf ihn einzuwirken. Das OLG erwähne ferner nicht, dass der Geschädigte seinerseits den unmittelbaren Kontakt zu dem Beschuldigten gesucht und ihn in dessen Zahnarztpraxis aufgesucht hatte. Kurz nach der Tat habe der Geschädigte dem Beschuldigten zudem in einer elektronischen Nachricht von seiner Strafanzeige berichtet, ihm seine Adresse in Frankreich mitgeteilt und – nach Aktenlage – versucht, den Beschuldigten dazu zu provozieren, ihn – den Geschädigten – aufzusuchen („P., this is my address ... Come and kill me.“).

Schließlich sei – so das OLG – die Verhältnismäßigkeit der Haft nicht hinreichend begründet. Der Hinweis auf die bis dahin lediglich kurze Dauer der Haft genüge

Verdunkelungsgefahr

Verhältnismäßigkeit

schon deshalb nicht, weil der Beschuldigte detailliert dargelegt habe, auch eine bereits kurze Haft könne sich für seine Praxis und ihn irreparabel existenzvernichtend auswirken. Ob dieser Umstand in die Abwägung eingeflossen ist, lasse sich dem Beschluss des OLG nicht entnehmen.

III. Bedeutung für die Praxis

Das BVerfG nimmt eine Überprüfung der fachgerichtlichen Entscheidung auf die zutreffende Anwendung einfachen Rechts ausschließlich im Rahmen des Willkürverbots vor (st.Rspr.; vgl. BVerfGE 18, 85 92 f.; 65, 317, 322). Auf der Grundlage ist es dann umso bemerkenswerter, dass das BVerfG hier den Haftbefehl aufgehoben hat. Die Begründung könnte man zusammenfassen in „Gewogen und als im Hinblick auf den Rang des Freiheitsgrundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG als viel zu leicht befunden“. Die Entscheidung ist – sowohl hinsichtlich des Haftgrundes der Fluchtgefahr als auch hinsichtlich dessen der Verdunkelungsgefahr – eine Fundgrube für Verteidiger, da alle Argumente gegen das Vorliegen dieser Haftgründe, die in dem Zusammenhang immer wieder eine Rolle spielen, vom BVerfG angesprochen werden und ihre Bedeutung herausgestellt wird. Damit kann man argumentieren. Den Fachgerichten sei die Entscheidungslektüre empfohlen, um festzustellen, wie man es besser nicht macht.

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

Besorgnis der Befangenheit

Misstrauen in die Unvoreingenommenheit des abgelehnten Richters ist grundsätzlich zu bejahen, wenn sich aus dessen Verhalten ergibt, dass das Ergebnis der Entscheidungsfindung bereits feststeht, obgleich dem Betroffenen noch rechtliches Gehör zu gewähren ist. (Leitsatz des Gerichts)

AG Fürth, Beschl. v. 24.7.2017 – 471 OWi 704 Js 105668/18

I. Sachverhalt

Gegen den Betroffenen war ein OWi-Verfahren wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung anhängig. Gegen den Bußgeldbescheid hat der Betroffene Einspruch eingelegt. Nachdem die Beweisaufnahme geschlossen worden war, hielt der Verteidiger des Betroffenen seinen Schlussvortrag und stellte währenddessen einen Befangenheitsantrag gegen den als Vorsitzender fungierenden Richter am AG. Zur Begründung führte er aus, dass der Vorsitzende bereits während des Plädoyers des Verteidigers die Urteilsformel niederschrieb. Der Richter am AG hat dies in seiner dienstlichen Stellungnahme eingeräumt. Der Ablehnungsantrag des Betroffenen hatte Erfolg.

II. Entscheidung

Das AG führt aus: Das Verhalten eines Richters während der Hauptverhandlung könne die Ablehnung begründen, wenn es besorgen lasse, dass er nicht unvoreingenommen an die Sache herangehe, insbesondere von der Schuld des Betroffenen bereits endgültig überzeugt sei. Ein Misstrauen in die Unvoreingenommenheit des abgelehnten Richters sei grundsätzlich zu bejahen, wenn sich aus dessen Verhalten ergebe, dass das Ergebnis der Entscheidungsfindung bereits feststehe, obgleich dem Betroffenen noch rechtliches Gehör zu gewähren sei. Das sei hier der Fall; weil der Vorsitzende schon während des Plädoyers des Verteidigers das Urteil abgesetzt habe.

Fundgrube

Während des Plädoyers des Verteidigers die Urteilsformel niedergeschrieben

Besorgnis der Befangenheit bejaht

III. Bedeutung für die Praxis

1. Die Entscheidung ist zutreffend. Ebenso haben in der Vergangenheit z.B. entschieden das BayObLG (MDR 1973, 246) und das AG Wildeshausen (DAR 2017, 405). Der BGH hat es in BGHSt 11, 74, 89 offenbar anders gesehen und meint: „Ein Amtsrichter, der die Urteilsformel während der Schlussvorträge der Beteiligten niederschreibt, verletzt hierdurch nicht das Gesetz.“ Die Tätigkeit des Niederschreibens der Urteilsformel mache den Richter nämlich nicht unfähig, die Schlussvorträge in sich aufzunehmen. Für die Frage nach der Aufnahmefähigkeit des Richters mache es keinen Unterschied, ob das, was er schreibt, den Inhalt von Aussagen, Ausführungen oder sonstigen Erklärungen betrifft, oder ob es sich dabei um die Urteilsformel handelt. Dem kann ich nicht folgen. Wie bitte anders als als endgültige Festlegung vor abschließender Gewährung des rechtlichen Gehörs soll es denn der Betroffene oder im Strafverfahren der Angeklagte verstehen, wenn der Richter die Urteilsformel schon vorab schreibt und unterschreibt. Das reicht für mich für die „Besorgnis der Befangenheit“ aus – und nur darauf kommt es an. Wenn in dem Zusammenhang immer wieder auch auf BGH wistra 2005, 110 verwiesen wird, geht das (ebenfalls) fehl. Denn der BGH hat dort nur ausgeführt, dass es den Berufsrichtern unbenommen ist, sich schon vor den Schlussvorträgen durch die Fertigung eines Votums (Urteilsentwurfs) entsprechend dem jeweiligen Ermittlungs- bzw. Verfahrensstand auf die Hauptverhandlung bzw. die Urteilsberatung vorzubereiten. Das ist etwas ganz anderes als die Abfassung und Unterzeichnung des Urteilstenors schon während des Plädoyers des Verteidigers.

2. Fraglich ist allerdings, wie man mit diesen Fällen verfahrensrechtlich umgeht. Denn nicht immer wird der Verteidiger auf einen so ehrlichen Richter wie hier treffen, der die Abfassung und Unterzeichnung einräumt. Der Verteidiger hat in diesen Fällen keine andere Möglichkeit, als durch eine anwaltliche Versicherung die zu frühe Urteilsfassung glaubhaft zu machen. Ggf. hilft auch die eidesstattliche Erklärung eines Zuschauers, der das Schreiben des Richters beobachtet hat. Und: Ggf. empfiehlt es sich, mit dem Schlussvortrag innezuhalten und zu sehen, ob der Richter auch eine „Schreibpause“ einlegt. Tut er das nicht, spricht viel dafür, dass er sich nicht nur Notizen aus dem bzw. zu dem Plädoyer des Verteidigers macht, sondern anderes, eben den Urteilstenor, schreibt.

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

Anwaltsvergütung

Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts

1. Ist die Hinzuziehung eines auswärtigen Rechtsanwalts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht notwendig im Sinne von § 91 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 ZPO, führt dies lediglich dazu, dass die Mehrkosten, die gegenüber der Beauftragung von bezirksansässigen Prozessbevollmächtigten entstanden sind, nicht zu erstatten sind.

2. Tatsächlich angefallene Reisekosten des auswärtigen Rechtsanwalts sind deshalb insoweit erstattungsfähig, als sie auch dann entstanden wären, wenn die obsiegende Partei einen Rechtsanwalt mit Niederlassung am weitest entfernt gelegenen Ort innerhalb des Gerichtsbezirks beauftragt hätte. (Leitsätze des Gerichts)

BGH, Beschl. v. 9.5.2018 – I ZB 62/17

Zutreffend

Verfahrensrechtlicher Umgang

I. Sachverhalt

Der Antrag des Klägers auf Kostenfestsetzung sowohl der tatsächlichen Reisekosten des Düsseldorfer Prozessbevollmächtigten zum Termin vor dem LG Frankfurt am Main als auch der hilfsweise geltend gemachten fiktiven Reisekosten bis zur höchstmöglichen Entfernung im LG-Bezirk Frankfurt am Main wurde zurückgewiesen. Die gegen die Ablehnung der fiktiven Reisekosten gerichtete Rechtsbeschwerde hatte beim BGH Erfolg und führte zur Zurückverweisung an das LG, weil dieses keine Feststellungen dazu getroffen hatte, ob die fiktiven Reisekosten zutreffend berechnet worden sind.

II. Entscheidung

Der BGH hat zunächst darauf hingewiesen, dass auch bei der Prüfung der Notwendigkeit von anwaltlichen Reisekosten gemäß § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO eine typisierende Betrachtungsweise geboten ist. Eine übermäßig differenzierende Betrachtung im Einzelfall erziele keinen Gerechtigkeitsgewinn und stehe in keinem Verhältnis zu den sich einstellenden Nachteilen, wenn in nahezu jedem Einzelfall darüber gestritten werden könne, ob die Kosten einer bestimmten Rechtsverfolgungs- oder Rechtsverteidigungsmaßnahme zu erstatten seien oder nicht.

Um notwendige Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -verteidigung handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung des BGH im Allgemeinen, wenn eine vor einem auswärtigen Gericht klagende oder verklagte Partei einen an ihrem Wohn- oder Geschäftsort ansässigen Rechtsanwalt mit ihrer Vertretung beauftragt (zur Ausnahme vgl. BGH RVGreport 2009, 76 = AGS 2009, 304).

Beauftragt eine auswärtige Partei einen Rechtsanwalt, der selbst weder am Gerichts-ort noch am Wohn- oder Geschäftsort der Partei ansässig ist („Rechtsanwalt am dritten Ort“), sind dessen Reisekosten angesichts der Erstattungsfähigkeit der Reisekosten eines an dem Wohn- oder Geschäftsort ansässigen Rechtsanwalts regelmäßig bis zur Höhe der fiktiven Reisekosten eines solchen Rechtsanwalts als notwendig und damit erstattungsfähig anzuerkennen (vgl. BGH RVGreport 2007, 349; BGH RVGreport 2011, 468 = VRR 2012, 40).

Ob bei der Zuziehung eines auswärtigen Rechtsanwalts dessen Reisekosten stets zumindest in Höhe der fiktiven Reisekosten eines Bevollmächtigten mit Niederlassung am weitest entfernt gelegenen Ort innerhalb des Gerichtsbezirks erstattungsfähig sind, ist umstritten (dagegen z.B. OLG Celle AGS 2015, 442 = RVGreport 2015, 386; OLG Frankfurt AGS 2016, 361, OLG Karlsruhe RVGreport 2017, 347). Der BGH hat sich der Auffassung angeschlossen, nach der eine Reisekostenerstattung in diesen Fällen nicht vollständig versagt werden kann (vgl. OLG Frankfurt AGS 2017, 101; OLG Schleswig AGS 2015, 487 = RVGreport 2015, 385; OLG Köln AGS 2016, 55 = RVGreport 2016, 68; LG Düsseldorf AGS 2015, 7). Es müsse in diesen Fällen eine Gleichstellung mit den Fällen erfolgen, in denen ein im Gerichtsbezirk niedergelassener Rechtsanwalt beauftragt werde, dessen Reisekosten ohne Notwendigkeitsprüfung erstattungsfähig seien. Tatsächlich angefallene Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts seien deshalb zumindest insoweit notwendig im Sinne von § 91 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 ZPO und damit erstattungsfähig, als sie auch dann entstanden wären, wenn die obsiegende Partei einen Rechtsanwalt mit Niederlassung am weitest entfernt gelegenen Ort innerhalb des Gerichtsbezirks beauftragt hätte.

Die Frage, ob Mehrkosten für die Anreise eines auswärtigen Rechtsanwalts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren, stelle sich deshalb erst und allein für die Erstattungsfähigkeit von Reisekosten ab der Gerichtsbezirksgrenze. Dürfe eine Partei einen im Bezirk des Prozessgerichts niedergelassenen Rechtsanwalt

Keine Reisekosten festgesetzt

Typisierende Betrachtungsweise bei der Kostenerstattung

Kosten eines Anwalts am Wohn-/Geschäftsort sind grds. erstattungsfähig

Fiktive Reisekosten bei Rechtsanwalt am dritten Ort

Der am weitesten entfernt gelegener Ort innerhalb des Gerichtsbezirks

Fälle der Notwendigkeitsprüfung

beauftragen, sei sie, soweit dessen Reisekosten nicht überschritten würden, nicht daran gehindert, auch die tatsächlichen Reisekosten des von ihr beauftragten, nicht am Gerichtsort ansässigen Rechtsanwalts ihres Vertrauens erstattet zu bekommen. Schutzwürdige Belange der gegnerischen Partei gegen eine Belastung mit zusätzlichen Kosten seien nicht berührt. Denn diese müsse aufgrund der Begrenzung der Kostenerstattung maximal auf die Reisekosten eines im Bezirk des Prozessgerichts niedergelassenen Rechtsanwalts immer mit einer Belastung mit diesen Kosten rechnen.

Die Gleichbehandlung aller in einem Gerichtsbezirk niedergelassenen Rechtsanwältinnen rechtfertigt eine Schlechterstellung der außerhalb des Bezirks niedergelassenen Rechtsanwältinnen nicht. Denn mit dem Wegfall des Zulassungsprinzips sollte auch dem Bedarf an persönlichem Kontakt und dem Vertrauensverhältnis zwischen der Partei und dem von ihr ausgewählten Rechtsanwalt Rechnung getragen werden. Schließlich müsse die unterlegene Partei wegen § 91 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 ZPO immer mit der Erstattungspflicht von Reisekosten eines bezirksansässigen Rechtsanwalts rechnen. Die obsiegende Partei sei in jedem Fall berechtigt, einen im Gerichtsbezirk niedergelassenen Rechtsanwalt zu beauftragen mit der Folge, dass dessen Reisekosten ohne eine Notwendigkeitsprüfung zu erstatten seien. Deshalb liege es nicht im wohlverstandenen Kosteninteresse, überhaupt keine Reisekosten erstatten zu müssen.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Der Entscheidung des BGH ist zuzustimmen. Wenn Reisekosten des nicht in dem Bezirk des Prozessgerichts niedergelassenen und am Ort des Prozessgerichts auch nicht wohnenden Rechtsanwalts nicht notwendig sind, heißt das nicht, dass die in diesen Fällen entstandenen Reisekosten (vgl. Vorbem. 7 Abs. 2 VV RVG) überhaupt nicht erstattungsfähig sind. Vielmehr hat der BGH für diesen Fall nunmehr höchststrichterlich klargestellt, dass diese Reisekosten jedenfalls in (fiktiver) Höhe der Reisekosten eines im Gerichtsbezirk niedergelassenen oder wohnenden Rechtsanwalts erstattet werden müssen. Maßgebend für die Berechnung dieser fiktiven Reisekosten ist dabei der am weitesten entfernt liegende Ort innerhalb des Gerichtsbezirks.

2. Die Entscheidung des BGH ist zwar zu der von Besonderheiten geprägten Erstattung anwaltlicher Reisekosten bei der Klage eines Wettbewerbs- bzw. Berufsverbandes ergangen. Diesen hat der BGH schon in der Vergangenheit aus erstattungsrechtlicher Sicht die Einschaltung eines Rechtsanwalts am Prozessort aufgegeben (BGH NJW-RR 2013, 242 = RVGreport 2013, 67; AGS 2009, 304 = RVGreport 2009, 76). Auch in Verkehrssachen spielt das aber dann eine Rolle, wenn Reisekosten eines nicht im Gerichtsbezirk ansässigen Rechtsanwalts mangels Notwendigkeit abgelehnt werden. Anstelle fiktiver Reisekosten für die Anreise von einem im Gerichtsbezirk am weitesten entfernt liegenden Ort sollte hier allerdings stets auch geprüft werden, ob nicht anstelle der anwaltlichen Reisekosten die fiktiven Reisekosten der Partei zur Wahrnehmung des auswärtigen Termins zu berücksichtigen sind, vgl. § 91 Abs. 1 ZPO. Das gilt natürlich nur, wenn diese nicht ohnehin zum Termin angereist ist und ihre Kosten hierfür geltend macht.

3. Die Entscheidung ist aber auch für die Kostenerstattung in Straf- und Bußgeldsachen anwendbar. Gem. § 464a Abs. 2 Nr. 2 StPO, § 46 OWiG gehören zu den notwendigen Auslagen eines Beteiligten nämlich neben den Gebühren auch die Auslagen eines Rechtsanwalts, soweit sie nach § 91 Abs. 2 ZPO zu erstatten sind. Die Reisekosten eines im Gerichtsbezirk niedergelassenen oder wohnenden Verteidigers sind danach ausnahmslos ohne Notwendigkeitsprüfung erstattungsfähig, wenn der Verteidiger seine Kanzlei oder seinen Wohnsitz nicht am Gerichtsort hat. Ist der

Niederlassung, nicht Zulassung ist entscheidend

Zutreffend

Verkehrssachen

Straf- und Bußgeldsachen

Rechtsprechungsreport

Verteidiger nicht in dem Bezirk des Prozessgerichts niedergelassen und wohnt er auch nicht am Ort des Prozessgerichts, ist eine Notwendigkeitsprüfung erforderlich (vgl. hierzu Burhoff/Volpert, RVG Straf – und Bußgeldsachen, 5. Aufl., Teil A Rn 1351 ff.). Geht die Notwendigkeitsprüfung negativ aus, sind jedenfalls die Reisekosten von dem am weitesten entfernt liegenden Ort innerhalb des Gerichtsbezirks zu erstatten.

Dipl.-Rechtspfleger Joachim Volpert, Willich

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

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