

Editorial

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



Liebe Kolleginnen und Kollegen,
liebe Leserinnen und Leser,

wir übersenden heute die Januar-Ausgabe 2019. Wenn der Monat Januar auch schon ein wenig fortgeschritten ist: Noch ist es Zeit, das mit guten Wünschen zum neuen Jahr zu verbinden. Ein wahrscheinlich spannendes Jahr liegt vor uns. Ich erinnere nur an die Neuregelung des Rechts der Pflichtverteidigung.

Zur aktuellen Ausgabe ist anzumerken:

Das Praxisforum 2019 eröffnen wir mit einem Beitrag zur den Ermittlungsrisiken bei grundsätzlich zulässigen Kooperationen im Gesundheitswesen – Fragen, die im Zusammenhang mit den §§ 299a, 299b StGB eine Rolle spielen.

Im Rechtsprechungsreport finden Sie eine weitere Entscheidung des BGH aus dem offenbar schier unerschöpflichen Reservoir der Frage nach einem Beweisverwertungsverbot bei Verstößen gegen den Richtervorbehalt. Wir stellen Ihnen außerdem die „Sitzordnungsentscheidung“ des BGH vor.

Aus dem materiellen Teil weise ich auf die zwei Entscheidung aus dem Steuerstrafrecht hin.

Zum Schluss: Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Herzliche Grüße

Inhalt

StRR-Kompakt2

Praxisforum

Ermittlungsrisiken bei grundsätzlich zulässigen Kooperationen im Gesundheitswesen..... 5

Rechtsprechungsreport

Verfahrensrecht

Qualifizierte Belehrung nach Verstoß gegen Richtervorbehalt? 13

Sitzordnung im Hauptverhandlungssaal 15

Zustellung der Ladung in einer Gemeinschaftseinrichtung 18

StGB/Nebengebiete

Konkurrenzverhältnis bei Steuerhinterziehung 20

Beleidigung; Meinungsfreiheit 22

Hinterziehung von Tabaksteuer bezüglich Tobacco Strips..... 24

Ordnungswidrigkeitenrecht

Die nächste Runde: Akteneinsicht, rechtliches Gehör und faires Verfahren 26

Anwaltsvergütung

Höhe der zu erstattenden Wahl-anwaltsgebühren 28



Durchsuchung: Anfangsverdacht; Sichtung von Datenträgern

Eine vorab mit dem Durchsuchungsbeschluss verbundene „Beschlagnahmeanordnung“, die noch keine Konkretisierung der erfassten Gegenstände, sondern nur eine gattungsmäßige Umschreibung enthält, stellt noch keine Beschlagnahmeanordnung im Sinne von § 98 Abs. 1 StPO dar, sondern lediglich eine Richtlinie für die Durchsuchung mit dem Ziel der Begrenzung des Durchsuchungsbeschlusses. Da das Verfahren im Stadium der Durchsicht noch einen Teil der Durchsuchung nach §§ 102, 103 StPO bildet, kommt es für die Rechtmäßigkeit der richterlichen Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung darauf an, ob die Voraussetzungen für eine Durchsuchung im Zeitpunkt der Entscheidung noch vorliegen. Sind diese Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Durchsicht dagegen nicht mehr gegeben, dann ist auch die Durchsicht als Teil der Durchsuchung nicht mehr zulässig. Es muss also weiterhin ein Anfangsverdacht bestehen und die Durchsicht zur Auffindung von Beweismitteln geeignet und verhältnismäßig sein. Ungeeignet ist die Durchsicht insbesondere, wenn Beweismittel aufgespürt werden sollen, die einem Beschlagnahmeverbot oder einem sonstigen Verwertungsverbot unterliegen.

BVerfG, Beschl. v. 20.9.2018 – 2 BvR 708/18

Strafklageverbrauch: Zusammentreffen von Straftat und Ordnungswidrigkeit

Eine Verkehrsordnungswidrigkeit und eine aus Anlass ihrer Ahndung unmittelbar danach zum Nachteil eines Polizeibeamten begangene Beleidigung sind eine Tat im prozessualen Sinn, so dass ein wegen der Straftat rechtskräftig ergangener Strafbefehl die Ahndung wegen der Ordnungswidrigkeit sperrt.

KG, Beschl. v. 12.10.2018 – 3 Ws (B) 250/18

Belehrung über Verständigung: Zeitpunkt

Der grundlegenden Bedeutung der Belehrungspflicht für die Fairness des Verfahrens und die Selbstbelastungsfreiheit ist nur dann Rechnung getragen, wenn der Angeklagte vor dem Eingehen einer Verständigung, deren Bestandteil das Geständnis ist, vollumfänglich über die Tragweite seiner Mitwirkung an der Verständigung informiert ist. Deshalb ist die Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO im Anschluss an den Verständigungsvorschlag des Gerichts zu erteilen und nicht erst nach der Verständigung. Denn eine solche kommt nicht erst mit der Belehrung zustande, sondern bereits durch die Zustimmungserklärungen gem. § 257c Abs. 3 Satz 4 StPO.

BGH, Beschl. v. 6.11.2018 – 5 StR 486/18

Beweisantrag: außerhalb der Hauptverhandlung gestellt

Über außerhalb der Hauptverhandlung gestellte Beweisanträge hat der Tatrichter im Rahmen seiner Amtsaufklärungspflicht zu entscheiden und ist nicht auf die in § 244 Abs. 3, 4 und 5 StPO normierten Ablehnungsgründe beschränkt. Die Nichterhebung eines außerhalb der Hauptverhandlung beantragten Beweises kann nur mit der Aufklärungsrüge beanstandet werden.

KG, Beschl. v. 12.9.2018 – (2) 161 Ss 141/18 (40/18)

Verfassungsrecht

Ermittlungsverfahren

Hauptverhandlung

Unterschrift: Anforderungen

Eine „Unterschrift“ unter einem Urteil setzt voraus, dass mindestens einzelne Buchstaben des Namens des Unterzeichnenden zu erkennen sind.

OLG Braunschweig, Beschl. v. 13.11.2018 – 1 Ss 60/18

Adhäsionsverfahren: Ordnungsmittel

Das Strafgericht ist für die Androhung von Ordnungsmitteln aufgrund eines gem. § 405 StPO im Adhäsionsverfahren geschlossenen Vergleichs gem. § 890 ZPO nicht zuständig, vielmehr ist dies gem. § 406b Satz 2 StPO das Gericht der bürgerlichen Rechtspflege, an welchem das Strafgericht des ersten Rechtszugs seinen Sitz hat.

LG Osnabrück, Beschl. v. 21.11.2018 – 1 Qs 60/18

Zustellung: Empfangsberechtigung i.S.d. § 37 Abs. 2 StPO

Die Rechtsfolge des § 37 Abs. 2 StPO, der zufolge sich die Berechnung einer Frist nach der „zuletzt bewirkten Zustellung“ richtet, tritt nur ein, wenn die Zustellung „an mehrere Empfangsberechtigte bewirkt“ worden ist. Ein Verteidiger, dessen Vollmacht sich nicht bei den Akten befindet (§ 145a Abs. 1 StPO), ist nicht in diesem Sinn empfangsberechtigt.

KG, Beschl. v. 24.10.2018 – 3 Ws (B) 264/18

Zustellungsmangel: Heilung durch nachträgliche Ausstellung der Verteidigervollmacht

Ist in einer einem Rechtsanwalt schriftlich erteilten Vollmacht die Entgegennahme von Zustellungen ausdrücklich ausgeschlossen und wird an diesen gleichwohl zugestellt, so heilt die spätere Ausstellung einer Verteidigervollmacht den zuvor bestehenden Zustellungsmangel.

KG, Beschl. v. 8.11.2018 – 3 Ws (B) 249/18

Berufung: nicht eindeutig bezeichnetes Rechtsmittel

Das nicht eindeutig bezeichnete Rechtsmittel ist selbst dann als Berufung zu behandeln, wenn es inhaltlich den Anforderungen einer Revisionsbegründung entspricht (hier: Rüge der „Verletzung materiellen Rechts“), die Wahl der Revision aber nicht erklärt ist.

KG, Beschl. v. 13.9.2018 – (3) 161 Ss 153/18 (27/18)

Konkurrenzen: Einbruchsdiebstahl und Sachbeschädigung

Bei (vollendetem) schwerem Bandendiebstahl (§ 244a Abs. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3, § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Var. 1 StGB) oder (vollendetem) Wohnungseinbruchdiebstahl (§ 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 Gesetzeseseinheit in Form der Konsumtion hinter den schweren Bandendiebstahl oder den Wohnungseinbruchdiebstahl zurück.

BGH, Beschl. v. 27.11.2018 – 2 StR 481/17

Rechtsmittelverfahren

StGB – Allgemeiner Teil

Diebstahl: Vollendung im Selbstbedienungsgeschäft

Das sichtbare Wegtragen von Waren begründet innerhalb der Geschäftsräume noch keinen neuen Gewahrsam des Täters. Sofern er sich dabei noch innerhalb des durch Sicherungsmaßnahmen begrenzten Geschäftsbereichs aufhält, ist der Diebstahl daher nur versucht, nicht aber vollendet.

KG, Beschl. v. 22.10.2018 – (2) 161 Ss 59/18 (12/18)

Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort: bedeutender Schaden

Ein bedeutender Schaden im Sinn von § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB liegt ab einem Betrag von 2.500,00 EUR (netto) vor.

LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 12.11.2018 – 5 Qs 73/18

Schwere Vergewaltigung: Einsatz einer Waffe

Der Qualifikationstatbestand der besonders schweren Vergewaltigung (§ 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB) ist erfüllt, wenn das gefährliche Werkzeug zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung der Tat eingesetzt wird.

BGH, Beschl. v. 25.10.2018 – 4 StR 239/18

Schwerer Parteiverrat: Schädigungsbewusstsein

Schon nach dem Wortlaut des § 356 Abs. 2 StGB qualifiziert nicht jedes Handeln des Anwalts zum Nachteil seiner Partei den Verrat zum Verbrechen. Hinzutreten muss vielmehr das Einverständnis der Gegenpartei in sein schädigendes Handeln. Hierfür ist ein gemeinsames Schädigungsbewusstsein von Anwalt und Gegenpartei erforderlich.

BGH, Beschl. v. 21.11.2018 – 4 StR 15/18

Benutzung eines elektronischen Geräts: Bemessung der Geldbuße

Die unterschiedslose Erfassung elektronischer Geräte in § 23 Abs. 1a StVO belegt, dass Merkmale wie z.B. Größe und Gewicht oder der „Aufgaben- und Anwendungsbereich“ des betreffenden Gegenstandes ohne Hinzutreten weiterer, besonderer Umstände nicht geeignet sind, eine Erhöhung des Bußgeldregelsatzes zu rechtfertigen.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 16.11.2018 – 1 Rb 25 Ss 1157/18

Unangemessene Dauer eines Vergütungsfestsetzungsverfahrens: Entschädigung

Die Vorschriften der §§ 198 ff. GVG sind auch auf das Vergütungsfestsetzungsverfahren anzuwenden. Die Verfahrensdauer ist unangemessen i.S.d. § 198 Abs. 1 S. 1 GVG, wenn sie eine Grenze überschreitet, die sich auch unter Berücksichtigung gegenläufiger rechtlicher Interessen (Rechtsstaatsprinzip, richterliche Unabhängigkeit) für den Betroffenen als sachlich nicht mehr gerechtfertigt oder unverhältnismäßig darstellt. Die Frage, ob eine unangemessene Verzögerung des Verfahrens vorliegt, ist nicht nur am Verhalten des Gerichts zu messen, sondern auch am Verhalten der Verfahrensbeteiligten.

OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.10.2018 – 16 EK 10/18

StGB – Besonderer Teil

Ordnungswidrigkeiten

Anwaltsvergütung

Akteneinsicht: Anschaffung von Festplatten

Was zur Bearbeitung einer Sache sachgemäß ist, bestimmt sich nicht nach der subjektiven Ansicht des Anwalts oder seines Mandanten, sondern nach dem objektiven Standpunkt eines vernünftigen sachkundigen Dritten. Dabei hat der Rechtsanwalt einen gewissen und auch nicht zu engen, sondern eher großzügigeren Ermessensspielraum. Er muss allerdings den allgemeinen Kostengrundsatz berücksichtigen, dass jeder die Auslagen möglichst gering halten muss (hier: Anschaffung einer dritten externen Festplatte in einem Verfahren mit erheblichem Aktenumfang).

LG Duisburg, Beschl. v. 26.10.2018 – 36 KLS 112 Js 23/11-10/17

Praxisforum

Ermittlungsrisiken bei grundsätzlich zulässigen Kooperationen im Gesundheitswesen

Rechtsanwalt Dr. Jan-Maximilian Zeller, Köln, und stud. iur. David Thomas, Köln

Das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen erfolgte als Reaktion des Gesetzgebers zur Schließung einer Gesetzeslücke im Anschluss an den Beschluss des BGH vom 29.3.2012 (Az.: GSSt 2/11), nach dem Vertragsärzte weder in den Täterkreis der §§ 331, 332 StGB noch in den des § 299 StGB a.F. fallen und somit nicht durch das damals geltende Korruptionsstrafrecht erfasst werden konnten.

Das Inkrafttreten des besagten Gesetzes am 4.6.2016 führte nicht nur zur Einfügung der neuen Straftatbestände §§ 299a, b StGB, welche die Bestechung bzw. Bestechlichkeit im Gesundheitswesen unter Strafe stellen, sondern u.a. auch zu weiteren Änderungen an den §§ 300 bis 302 StGB. Die Gesetzesänderungen haben nicht unerhebliche Ermittlungs- und Strafbarkeitsrisiken im Gesundheitssektor zur Folge, von denen insbesondere auch die nach Berufs- bzw. Sozialrecht grundsätzlich zulässigen Kooperationen betroffen sind.

Im Folgenden soll zunächst erläutert werden, welche der relevanten strafrechtlichen Normen für die betreffenden Kooperationsformen problematisch werden könnten (I.). Im Anschluss wird anhand von Beispielen verschiedener Kooperationsmodelle aufgezeigt, welche Risiken die Gesetzesänderung mit sich bringt (II.) und mit welchen Maßnahmen dem sinnvollerweise entgegengewirkt werden kann (III.).

I. Relevante strafrechtliche Normen (§§ 299a, 299b StGB)

Zum Verständnis der Auswirkungen der Strafbewährung korruptiven Verhaltens im Gesundheitswesen im Kontext möglicher Kooperationsformen von Leistungserbringern untereinander oder mit der Industrie ist zunächst auf die Struktur der Tatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen einzugehen.

1. Geschütztes Rechtsgut

Die §§ 299a, b StGB verfolgen das Ziel eines dualen Rechtsgüterschutzes. Das geschützte Rechtsgut besteht zum einen in der Lauterkeit des Wettbewerbs, zum anderen soll aber auch das Vertrauen des Patienten in das Gesundheitssystem beziehungsweise in die Integrität und Unabhängigkeit der heilberuflichen Entscheidung geschützt werden (BT-Drucks 18/6446, S. 12 f.). Nach der Streichung der Pflichtverletzungsalternative aus dem Tatbestand im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens erscheint dies zumindest fragwürdig und der Schutz des Vertrauens in die

Gesetzesänderungen

Struktur der Tatbestände

Dualer Rechtsgüterschutz

Integrität des Gesundheitssystems eher als Schutzreflex der Norm (Tsambikakis, medstra 2016, 131, 132 f.). Unstrittig ist jedenfalls, dass eine Vertrauensverletzung nur dann nach §§ 299a, b StGB strafbar ist, wenn sie gleichzeitig auch eine Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt. Mittelbar werden außerdem die Vermögensinteressen der Beteiligten im Gesundheitswesen geschützt (BT-Drucks 18/6446, S. 13.).

2. Täterkreis

Bei § 299a StGB handelt es sich um ein Sonderdelikt (Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 299a Rn 7). Täter kann nur sein, wer Angehöriger eines Heilberufs ist, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert (§ 299a S. 1 StGB).

Hinweis

Dies erfasst nicht nur akademische Heilberufe, z.B. Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichen-Psychotherapeuten und Apotheker, sondern auch Gesundheitsfachberufe wie Gesundheits- und Krankenpfleger, Ergotherapeuten, Logopäden und Physiotherapeuten (Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, § 299a Rn 8.)

Als Täter des § 299b StGB kommt dagegen jedermann in Betracht (Fischer, a.a.O., § 299b Rn 2)

3. Tathandlungen

Die Tathandlungen des Empfängers in § 299a StGB sind das Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen eines Vorteils. § 299b StGB spiegelt die entsprechenden Tätigkeiten auf Geberseite, also das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils, wider. Die Tathandlungen sind insoweit identisch mit § 299 StGB (Fischer, a.a.O., § 299a Rn 13).

4. Vorteilsbegriff

Der Vorteilsbegriff entspricht dem des § 299 StGB und ist weit auszulegen (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl., § 299a Rn 119). Demnach ist ein Vorteil jede Zuwendung, auf die der Empfänger keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert (BGH NStZ-RR 2015, 278). Auch Zuwendungen aus berufs- bzw. sozialrechtlich grundsätzlich zulässigen Kooperationsmodellen sind Vorteile im Sinne der §§ 299a, b StGB (Tsambikakis, medstra 2016, 131, 134). Der weite Vorteilsbegriff umfasst damit alle vergüteten zulässigen Kooperationsformen. Anders als in §§ 31, 32 MBO-Ä sind neben materiellen jedoch auch immaterielle Vorteile erfasst (Fischer, a.a.O., § 299a Rn 12). Für diese wird überwiegend eine greifbare Zuwendung gefordert, die wegen ihres objektiv messbaren Charakters Gegenstand der Unrechtsvereinbarung werden kann (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, § 299a Rn 121), sodass die bloße Befriedigung des Ehrgeizes, des Geltungsbedürfnisses oder der Eitelkeit nicht genügen (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., § 299a Rn 119).

Hinweis

Also kann ein Vorteil nicht nur in einer materiellen Vergütung liegen, sondern zum Beispiel auch in dem Versprechen, sich wechselseitig Patienten zuzuweisen.

Sonderdelikt

Wie bei § 299 StGB

Weite Auslegung

5. Unrechtsvereinbarung

Daher spielt das Tatbestandsmerkmal der Unrechtsvereinbarung als normatives Korrektiv eine zentrale Rolle bei der sachgerechten Begrenzung des Tatbestandes (Dann/Scholz, NJW 2016, 2077, 2078). Eine Unrechtsvereinbarung liegt dann vor, wenn als Gegenleistung für den Vorteil eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb erfolgen soll (Momsen/Laudien, BeckOK-StGB, § 299a Rn 19 f.). Die unlautere Bevorzugung muss dabei einen der in Nr. 1–3 der Tatbestände abschließend aufgelisteten und im Gesundheitswesen typischen Vorgänge zum Gegenstand haben (Momsen/Laudien, BeckOK-StGB, § 299a Rn 20). Tatbestandlich erfasst sind sämtliche Handlungen, die der Verordnung oder dem Bezug von Arznei-, Heil-, Hilfsmitteln und Medizinprodukten (Nr. 1, 2) beziehungsweise der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial dienen (Nr. 3) (Momsen/Laudien, BeckOK-StGB, § 299a Rn 20).

Hinweis

Die Zuführung soll dem Zuweisungsbegriff der §§ 73 Abs. 7 SGB V, 31 MBO-Ä entsprechen und jegliche Form der Einwirkung auf den Patienten, auch mündliche und unverbindliche Empfehlungen, erfassen. Hiervon sind ausdrücklich auch die grundsätzlich zulässigen vertraglichen Kooperationen betroffen (Tsambikakis, medstra 2016, 131, 136).

Ausgangspunkt für den Begriff der Unlauterkeit ist die Definition des § 299 StGB: Demnach ist eine Bevorzugung unlauter, wenn sie geeignet ist, Mitbewerber durch Umgehung der offengelegten Regeln des Wettbewerbs und durch Ausschaltung der Konkurrenz zu schädigen (Dann/Scholz, NJW 2016, 2077, 2078).

Im Rahmen der § 299a, b StGB ist jedoch das Primärrecht des Gesundheitsmarktes zu berücksichtigen (insb. Berufs- und Sozialrecht) (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., § 299a Rn 153.). Eine berufs- oder sozialrechtliche Zulässigkeit der Kooperation entfaltet eine Legitimationswirkung, sodass eine vom Gesundheitsrecht ausdrücklich zugelassene Kooperation grundsätzlich nicht unlauter sein soll.

6. Subjektiver Tatbestand

Der Täter muss mit zumindest bedingtem Vorsatz handeln und die tatsächlichen Voraussetzungen der eigenen Täterstellung (nur bei § 299a StGB) sowie der Bevorzugung und Unlauterkeit erfassen. Diesbezügliche Bewertungsfehler sind bedeutungslos (Tsambikakis, medstra 2016, 131, 137).

Die Strafandrohung der §§ 299a, b StGB liegt bei bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Liegt ein besonders schwerer Fall nach § 300 StGB vor, erhöht sich der Strafrahmen auf drei Monate bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe. Vor dem Hintergrund, dass erhebliche Ermittlungs- und Strafbarkeitsrisiken auch bei bisher üblichen Kooperationen bestehen können und dass insbesondere das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit im Rahmen des § 300 S. 2 Nr. 2 StGB für die meisten Kooperationsformen einschlägig sein dürfte, erscheint die Strafandrohung gravierend. Doch bereits die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und die Durchführung entsprechender Maßnahmen (z.B. Durchsuchungen) können im Gesundheitswesen schwerwiegende Folgen für den wirtschaftlichen Erfolg und die Reputation des Beschuldigten haben (Kubiciel, jurisPR-StrafR 11/2016, Anm. 1).

Zentrale Rolle

Primärrecht des Gesundheitsmarktes

Bedingter Vorsatz

Bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe

Hinweis

Daher ist es entscheidend, bereits bestehende sowie geplante Kooperationen rechtlich zu überprüfen, um idealerweise schon die Entstehung von Strafbarkeits- oder Strafverfolgungsrisiken verhindern zu können.

II. Kooperationsformen und ihre Zulässigkeit

Das Gesundheitswesen kennzeichnet ein stark durch das Sozialrecht vorgeprägter und reglementierter Wettbewerb. Zahlreiche Kooperationen zwischen den Leistungserbringern, aber auch mit der Industrie sind nicht nur zulässig, sondern gesundheitspolitisch ausdrücklich erwünscht, da sie dem Gesundheitssystem insgesamt zugutekommen und somit auch im Interesse der Patienten liegen (BT-Drucks 18/6446, S. 18). Im Folgenden sollen vier verschiedene Kooperationsformen im Lichte der §§ 299a, 299b StGB betrachtet werden: Kooperationen von Vertragsärzten untereinander, die Zusammenarbeit zwischen Krankenhäusern und Vertragsärzten, Kooperationen zur Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln sowie Kooperationen mit der Industrie.

1. Kooperation von Vertragsärzten

Vertragsärzte können miteinander auf verschiedene Weise kooperieren. Sie können sich beispielsweise zu Praxisnetzen oder Berufsausübungsgemeinschaften zusammenschließen. Hierbei kann vor allem das gegenseitige Zuweisen von Patienten oder Untersuchungsmaterial zwischen den kooperierenden Ärzten zu einem strafrechtlich relevanten Problem werden.

Werden Patienten zwischen Ärzten innerhalb einer Berufsausübungsgemeinschaft, eines Praxisnetzes oder eines ähnlichen Zusammenschlusses zugewiesen, könnte § 299a StGB erfüllt sein. Der zuweisende Arzt erlangt nämlich im Zusammenhang mit der Zuweisung einen materiellen Vorteil. Zu beachten ist, dass für die Zuweisung nach §§ 299a Nr. 3, 299b Nr. 3 StGB schon mündliche und unverbindliche Empfehlungen genügen (BT-Drucks 18/6446, S. 20). Zur Begründung der Strafbarkeit muss zusätzlich eine Unrechtsvereinbarung vorliegen.

Zwar sind sowohl Praxisnetze als auch Berufsausübungsgemeinschaften gesundheitsrechtlich zulässig und damit auch grundsätzlich nicht unlauter im Sinne der §§ 299a, b StGB, jedoch schließt auch eine grundsätzlich zulässige Kooperationsform eine Unrechtsvereinbarung nicht aus, falls ihre individuelle Ausgestaltung rechtswidrig ist (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., § 299a Rn 154). Die dafür erforderliche unlautere Bevorzugung kann sich insbesondere aus Verstößen gegen das Sozialrecht oder das Berufsrecht ergeben (Fischer, a.a.O., § 299a Rn 11). Hier ist an einen Verstoß gegen das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt aus § 31 MBO-Ä zu denken. Um Strafbarkeitsrisiken zu vermeiden, muss also ein Vergütungsanspruch unabhängig von der Zuweisung von Patienten gestaltet werden. Gleichwohl kann ein Verstoß vorliegen, wenn „das Entgelt nicht entsprechend dem Wert der erbrachten heilberuflichen Leistung in wirtschaftlich angemessener Höhe nachvollziehbar festgelegt worden ist und es eine verdeckte ‚Zuweisungsprämie‘ enthält“ (BT-Drucks 18/6446, S. 18 f.). Dann liegt trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit der Kooperationsform in ihrer individuellen Ausgestaltung eine konkludente Unrechtsvereinbarung (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O. § 299a Rn 154). Die Legitimationswirkung der erlaubten Kooperationsformen wird also für verdeckte Unrechtsvereinbarungen wieder eingeschränkt (Tsambikakis, medstra 2016, 131, 137). Im Fall von Berufsausübungsgemeinschaften liegt eine verdeckte Unrechtsvereinbarung nahe, wenn der

Kooperationen ggf.
ausdrücklich gewünscht

Verschiedene Formen
der Kooperation

durch die Behandlung des zugewiesenen Patienten generierte Gewinn „ohne Grund in einer Art und Weise verteilt wird, die nicht dem Anteil der persönlich erbrachten Leistungen entspricht (...)“ (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., § 299a Rn 176).

Hinweis

Die Vergütung der Ärzte innerhalb des Zusammenschlusses muss kurz gesagt nicht nur unabhängig von der Zuweisung, sondern auch nachvollziehbar und angemessen gegenüber der tatsächlich vom jeweiligen Arzt erbrachten Heilleistung sein, um nicht in den Verdacht zu geraten, eine verdeckte Zuweisungsprämie darzustellen.

Aber auch bloße wechselseitige Zuweisungen innerhalb einer zulässigen Kooperationsform ohne eine (unlautere) Gewinnaufteilung können sich aufgrund des weiten Vorteilsbegriffes als problematisch erweisen. Zwar kann nicht „ohne das Hinzutreten weiterer Umstände aus dem Vorliegen von auch wechselseitigen Zuweisungen auf ein konkludent verabredetes Gegenleistungsverhältnis zwischen den Zuweisungen und damit auf eine Unrechtsvereinbarung geschlossen werden“ (BT-Drucks 18/6446, S. 19), fraglich bleibt jedoch, was unter den „weiteren Umständen“ zu verstehen ist. Das Nichtvorliegen solcher Umstände wird wohl regelmäßig erst durch Ermittlungen der Staatsanwaltschaft aufgeklärt werden können (Pragal/Handel, medstra 2016, 22, 24). Durch die sozial- und berufsrechtliche Zulässigkeit der Zusammenarbeit insbesondere bei der Berufsausübungsgemeinschaft besteht die Zuweisungsproblematik allerdings nur in geringerem Maße als unter sonstigen Vertragsärzten.

2. Kooperation zwischen Krankenhaus und Vertragsarzt

Im Rahmen der sektorenübergreifenden Kooperation ist vor allem die Zusammenarbeit zwischen Krankenhäusern und Vertragsärzten durch die §§ 299a, b StGB betroffen.

Ärzte können für Krankenhäuser als Konsiliar-, Beleg- oder Honorararzt tätig werden. Ferner können Kooperationen beispielsweise in Form der vor- und nachstationären Behandlung im Krankenhaus (§ 115a SGB V), des ambulanten Operierens im Krankenhaus (§ 115b SGB V), der ambulanten Behandlung durch Krankenhausärzte (§ 116 SGB V) oder der integrierten Versorgung (§ 140a SGB V) vorliegen.

Die genannten Tätigkeiten sind im Rahmen des SGB V zulässige Kooperationen und bleiben, wenn sie den dortigen Voraussetzungen in ihrer individuellen Ausgestaltung entsprechen, nicht gegen sonstiges Gesundheitsrecht verstoßen und ihre Vergütung angemessen und nachvollziehbar geregelt ist, ausdrücklich von der Strafbarkeit ausgenommen.

Der Konsiliararzt, ein niedergelassener Arzt, der meist als Spezialist für das Krankenhaus auf einem besonderen Fachgebiet beratend tätig wird, erbringt eine Leistung für das Krankenhaus, die von diesem auf Basis des Konsiliararztvertrages vergütet wird. Diese Form der Zusammenarbeit ist grundsätzlich zulässig, jedoch muss die Honorierung nachvollziehbar und angemessen im Vertrag geregelt sein, um bei eventuellen Zuweisungen durch den Vertragsarzt an das Krankenhaus den Verdacht einer Scheinstellung oder verdeckten Zuweiserprämie (s.o.) zu vermeiden. Das Gleiche gilt auch für die Tätigkeit als Belegarzt, bei der anerkannte Vertragsärzte ihre Patienten im Krankenhaus behandeln und dafür die Infrastruktur des Krankenhauses nutzen dürfen.

Besonderer Aufmerksamkeit bedarf auch das in § 20 Abs. 2 Satz 2 Ärzte-ZV zugelassene Honorararztmodell. Der Honorararzt ist auf freiberuflicher Basis zeitlich befristet

Wechselseitige Zuweisungen

Sektorenübergreifende
Kooperation

Honorararztmodell

im Rahmen eines Dienstvertrages für das Krankenhaus tätig und wird von diesem dafür vergütet, ohne selbst angestellt oder als Konsiliar- bzw. Belegarzt tätig zu sein (Eufinger, MedR 2017, 296, 296 f.).

Hinweis

Problematisch wird die Tätigkeit wie bei den meisten vertraglichen Kooperationen in Fällen, in denen der Honorararzt als niedergelassener Arzt Patienten in sein Krankenhaus verweist und diese dort behandelt. Eine vertragliche Regelung der Vergütung sollte darum jeden Bezug zur Anzahl der durch den Honorararzt zugewiesenen Patienten vermeiden, sie muss darüber hinaus nachvollziehbar und angemessen ausfallen.

Alle diese Kooperationsformen sind gesundheitspolitisch grundsätzlich gewollt. Deshalb „kann die Honorierung heilberuflicher Leistungen im Rahmen zulässiger beruflicher Zusammenarbeit grundsätzlich nicht den Verdacht begründen, dass die Einräumung der zugrunde liegenden Verdienstmöglichkeit als Gegenleistung für die Zuweisung des Patienten erfolgen soll und eine Unrechtsvereinbarung vorliegt“, sofern keine weiteren Umstände hinzutreten (BT-Drucks 18/6446, S. 18.). Auch hier besteht das Risiko, dass die „weiteren Umstände“ oft nicht ohne ein Ermittlungsverfahren auszuschließen sein werden.

3. Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln

Auch für die sektorenübergreifenden Kooperationen, die der Versorgung mit Heil- und Hilfsmitteln dienen, gilt das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt gem. § 31 Abs. 1 MBO-Ä. Ebenfalls verboten sind nach § 31 Abs. 2 MBO-Ä Empfehlungen bestimmter Heil- und Hilfsmittelerbringer ohne einen hinreichenden Grund.

Daneben sind die folgenden sozialrechtlichen Normen aus dem SGB V zu beachten. Gem. § 128 Abs. 1 SGB V gilt ein Depotverbot für Hilfsmittel in Arztpraxen, außer es handelt sich um Hilfsmittel, die zur Versorgung in Notfällen benötigt werden. § 128 Abs. 2 Satz 1 SGB V statuiert außerdem ein Beteiligungs- und Zuwendungsverbot für Vertragsärzte bei der Versorgung mit Hilfsmitteln. Unter das Zuwendungsverbot fallen nach § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V „auch die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Geräten und Materialien und Durchführung von Schulungsmaßnahmen, die Gestellung von Räumlichkeiten oder Personal oder die Beteiligung an den Kosten hierfür sowie Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr Ordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen“. Ein Verstoß gegen die genannten sozialrechtlichen Vorschriften kann nunmehr als unlautere Bevorzugung im Sinne der §§ 299a, 299b StGB gewertet werden, gravierende Strafbarkeitsrisiken nach sich ziehen und ist daher um jeden Preis zu vermeiden.

4. Kooperation mit der Industrie

Vor allem aber die Zusammenarbeit zwischen Ärzten und Industrie läuft Gefahr, durch das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen erfasst zu werden. Als problematische Kooperationsform kommt beispielsweise die Teilnahme an vergüteten Anwendungsbeobachtungen und Fortbildungsveranstaltungen in Betracht.

Der Gesetzgeber hat betont, dass insbesondere vergütete Anwendungsbeobachtungen sich als Möglichkeit der korruptiven Einflussnahme auf den Arzt erwiesen haben (BT-Drucks 18/6446, S. 19). Auch in der Literatur wird der geringe wissenschaftliche Nutzen derartiger Studien, der einer hohen Entlohnung für verhältnismäßig geringen

Grundsätzlich gewollt

Verbot von Empfehlungen ohne Grund

Gefahr

Aufwand gegenübersteht, häufig kritisiert (Fischer, StGB, § 299a Rn 11a). Gleichwohl ist die Teilnahme an Anwendungsbeobachtungen gem. § 67 Abs. 6 Satz 3 AMG grundsätzlich gestattet. Es handelt sich daher bei vergüteten Anwendungsbeobachtungen um eine zulässige Kooperationsform, der in vollem Umfang die Legitimationswirkung der gesundheitsrechtlichen Zulässigkeit zuteilwerden muss. Die bloße Teilnahme an einer Anwendungsbeobachtung kann den Straftatbestand des § 299a StGB jedenfalls nicht erfüllen, solange die Entschädigung angemessen und die Anwendungsbeobachtung kein Bestandteil einer Unrechtsvereinbarung ist (BT-Drucks 18/6446, S. 18). Besonders wichtig ist im Falle einer Teilnahme die strikte Beachtung des Äquivalenzprinzips, wonach Honorar und Vergütung nicht in einem erkennbaren Missverhältnis stehen dürfen (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O. § 299a Rn 175). Hierzu muss der tatsächliche Arbeitsaufwand des Arztes mit dem Honorar verglichen werden, unter Berücksichtigung des Wertes der erlangten Informationen, der Teilnehmerzahl und des wissenschaftlichen Wertes der Studie (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., § 299a Rn 175).

Hinweis

Da schon ein Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip einen Anfangsverdacht begründet, der wiederum weitere Ermittlungsmaßnahmen nach sich ziehen könnte, empfiehlt es sich für die teilnehmenden Ärzte, Vertragsentwürfe vorab der Ärztekammer vorzulegen und Verträge nur schriftlich abzuschließen (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., § 299a Rn 175).

Werden zu Fortbildungszwecken Zuwendungen gewährt, gilt § 32 Abs. 2 MBO-Ä: „Die Annahme von geldwerten Vorteilen in angemessener Höhe ist nicht berufswidrig, sofern diese ausschließlich für berufsbezogene Fortbildung verwendet werden. Der für die Teilnahme an einer wissenschaftlichen Fortbildungsveranstaltung gewährte Vorteil ist unangemessen, wenn er über die notwendigen Reisekosten und Tagungsgebühren hinausgeht.“ Aus einem Verstoß gegen § 32 MBO-Ä kann wiederum eine unlautere Bevorzugung folgen. Von einem Gegenseitigkeitsverhältnis und damit dem Vorliegen einer nach § 299a StGB strafrechtlich relevanten Unrechtsvereinbarung ist allerdings erst auszugehen, wenn die Aufwendungen in ihrem Umfang und ihrer Häufigkeit ein solches Ausmaß erreichen, dass von der Bereitschaft des Arztes zu einer konkreten Gegenleistung auszugehen ist (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., § 299a Rn 179).

5. Unternehmensgründung und Gewinnbeteiligung

Als problematisch erweisen sich die Folgen der §§ 299a, 299b StGB im Hinblick auf die Gründung neuer Gesellschaften im Gesundheitswesen und deren Gewinnbeteiligungsvereinbarungen.

Gründen Heilberufsangehörige ein Unternehmen oder beteiligen sie sich an einem solchen, erhalten sie durch den generierten Gewinn einen Vorteil im Sinne der §§ 299a, b StGB, der jedoch grundsätzlich zulässig ist, solange er sich als Resultat des unternehmerischen Risikos darstellt (Wissing/Cierniak, NZWiSt 2016, 41, 42 ff.). Weist ein am Gewinn des Unternehmens beteiligter Arzt dem Unternehmen Patienten zu und ergibt sich die Gewinnbeteiligung unmittelbar pro Kopf aus der Anzahl der zugeführten Patienten, liegt eine Unrechtsvereinbarung wegen Verstoßes gegen das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt vor. Aber auch ein mittelbarer Vorteil aus der allgemeinen Gewinnbeteiligung soll für eine Unrechtsvereinbarung bereits genügen, wenn der Arzt durch sein Zuführungsverhalten spürbaren Einfluss auf seinen Beteiligungsertrag nehmen kann (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., § 299a Rn 189).

Fortbildungszwecke

Problematisch

Dabei sind im Rahmen einer Gesamtbetrachtung folgende Kriterien zu berücksichtigen: die Anzahl der Zuweisungen und die Höhe der Beteiligung des Arztes sowie der Gesamtumsatz des Unternehmens (Wissing/Cierniak, NZWiSt 2016, 41, 44). Wenn zwingende medizinische Gründe bestehen, kann eine solche Zuweisung in einzelnen Ausnahmefällen einen Fall des erlaubten Risikos darstellen (Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O., § 299a Rn 189).

Hinweis

Es erscheint im Hinblick auf die bestehende Rechtsunsicherheit aber sinnvoll, ganz von Zuweisungen an das „eigene Unternehmen“ abzusehen. Insbesondere Verträge zur Gründung von Unternehmen sollten vor ihrer Unterzeichnung im Hinblick auf §§ 299a, 299b StGB überprüft werden, aber auch bereits vor 2016 existierende Unternehmen sind von einer Strafbarkeit nicht ausgenommen, da eine Fortführung der Beteiligung bei unveränderter Zuweisungspraxis nach Inkrafttreten von §§ 299a, b StGB eine konkludente Erneuerung der Unrechtsvereinbarung bedeutet (Wissing/Cierniak, NZWiSt 2016, 41, 44). Auch auf einen Verbotsirrtum werden sich die Beteiligten regelmäßig dann nicht berufen können, wenn sie sich bereits vorab in einem berufs- oder sozialrechtlich umstrittenen Bereich bewegt haben (vgl. BGHSt 27, 196, 201 f.; 52, 227, 239 f.).

III. Möglichkeiten zur Vermeidung von Ermittlungsrisiken

Wie oben im Einzelnen erläutert bringt das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen aufgrund der Weite der oben vorgestellten Tatbestände und der Höhe der Strafandrohung nicht unerhebliche Risiken mit sich, von denen auch gesundheitsrechtlich zulässige Kooperationsformen nicht ausgeschlossen sind. Die folgenden Hinweise sollen den betroffenen Akteuren im Gesundheitswesen als Leitlinien zur Vermeidung beziehungsweise effektiven Bekämpfung der erörterten Strafbarkeits- und Ermittlungsrisiken aus §§ 299a, 299b StGB dienen (vgl. auch Tsambikakis, medstra 2016, 131, 136; Pragal/Handel, medstra 2016, 22, 23; Kassenärztliche Bundesvereinigung, PraxisWissen, „Richtig kooperieren“, S. 5; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, a.a.O. § 299a Rn 175 ff.):

1. Die Vergütung von Vertragsärzten muss unabhängig von der Zuweisung von Patienten gestaltet werden, denn ein Verstoß gegen das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt kann nun auch eine Strafbarkeit gem. §§ 299a, 299b StGB nach sich ziehen.
2. Entgelte müssen in Bezug auf erbrachte heilberufliche Leistungen angemessen sein. Sind sie das nicht, steht der Verdacht einer verdeckten Zuweiserprämie im Raum, der häufig erst nach unangenehmen (weiteren) Ermittlungsmaßnahmen ausgeräumt werden kann. Im Zweifel über die Angemessenheit des Entgelts sollte die Vergütungsvereinbarung der Ärztekammer vorgelegt werden.
3. Empfehlungen müssen sachlich begründet sein und sämtliche Behandlungsalternativen aufgezeigt werden.
4. Um sich im Zweifelsfall wirksam entlasten zu können, empfiehlt sich unbedingt eine Dokumentation und Transparenz der fraglichen Vorgänge. Auch die Dokumentation etwaiger Aufklärungspflichten ist zu beachten.
5. Aus demselben Grund sollten Verträge stets schriftlich abgeschlossen und nach § 33 S. 2 MBO-Ä oder § 24 MBO-Ä der Ärztekammer vorgelegt werden.
6. Ebenfalls unerlässlich ist die Beratung durch einen spezialisierten Rechtsanwalt. Die Einschätzung des Gesetzgebers, die Fallzahl pro Jahr werde sich „im niedrigen

Hinweise zur „richtigen Kooperation“

Praxisforum

dreistelligen Bereich“ bewegen, mag vereinzelt dazu verleiten, die Situation auszusitzen. Hiervon ist jedoch aufgrund der Schwere der Strafandrohung und der wirtschaftlichen Folgewirkung, die bereits von einem Ermittlungsverfahren ausgeht, dringend abzuraten.

Neben den aufgezeigten Strafbarkeitsrisiken sind auch mögliche approbations-, berufs-, zulassungs- und sozialrechtliche Folgen zu beachten.

Rechtsprechungsreport

Verfahrensrecht

Qualifizierte Belehrung nach Verstoß gegen Richtervorbehalt?

Es kann offenbleiben, ob Vernehmungspersonen verpflichtet sind, den Angeklagten qualifiziert zu belehren, weil ihm bei seiner früheren Vernehmung Erkenntnisse vorgehalten wurden, die unter Verstoß gegen den Richtervorbehalt bei Durchsuchungen erlangt worden waren, wenn jedenfalls die Abwägung im Einzelfall eine Verwertbarkeit zulässt. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Urt. v. 3.5.2018 – 3 StR 390/17

I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten freigesprochen.

Zwei Polizeibeamte begaben sich wegen eines aus der Wohnung kommenden durchdringenden Alarmtons in die Wohnung des abwesenden Angeklagten. Dort fanden sie Betäubungsmittel und Waffen. Einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss gem. § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO versuchten die Beamten nicht einzuholen; die Gründe dafür ließen sich nicht aufklären. Der nach Rückkehr über seine Beschuldigtenrechte belehrte Angeklagte zeigte sich hier (erste Vernehmung) wie auch später kooperativ und geständig. Dabei sowie bei den folgenden polizeilichen und ermittelungsrichterlichen Vernehmungen (zweite und dritte Vernehmung) wurde er nicht auf eine mögliche Unverwertbarkeit der aufgefundenen Beweismittel hingewiesen. Das LG hat die gefundenen Beweismittel und die Aussagen der Zeugen wegen Verstoßes gegen den Richtervorbehalt für unverwertbar erachtet. Die Revision der StA war erfolgreich.

II. Entscheidung

Der Senat legt zunächst die bekannten Grundsätze dar, wonach das Strafverfahrensrecht bei nicht normierten Verwertungsverböten keinen allgemein geltenden Grundsatz kennt, wonach jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht und es im Einzelfall einer Abwägung bedarf. Schwerwiegende, bewusste oder willkürliche Verfahrensverstöße, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen werden, verlangten von Verfassungen wegen die Unverwertbarkeit dadurch gewonnener Informationen (BVerfGE 113, 29, 61 = NJW 2005, 1917; BGHSt 44, 243, 248 f. = NJW 1999, 959; 51, 285, 289 f. = NJW 2007, 2269; BGH NStZ 2012, 104, 105 = StRR 2012, 61 [Strittmatter/Schubert]). Ein danach bestehendes Beweisverwertungsverbot gelte zunächst nur für diejenige Aussage, die durch den Verfahrensfehler herbeigeführt worden ist. Für Fälle einer Vernehmung des Beschuldigten unter

Durchsuchung ohne Beschluss

Grundsätze zum Verwertungsverbot

Verstoß gegen die Belehrungspflicht gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO sei nach der Rechtsprechung des BGH indes anerkannt, dass dieser Verfahrensfehler auch zur Unverwertbarkeit von dessen späteren Aussagen führen kann. Der Beschuldigte sei in diesen Fällen zu Beginn einer späteren Vernehmung durch eine „qualifizierte Belehrung“ auf die Unverwertbarkeit seiner früheren Aussage hinzuweisen (BGHSt 53, 112, 115 f. = NJW 2009, 1427 = StRR 2009, 140 [Stephan]). Unterbleibt die gebotene qualifizierte Belehrung, folge daraus jedoch wiederum nicht ohne Weiteres die Unverwertbarkeit der neuerlichen Aussage. Es sei vielmehr wie in anderen Fällen einer fehlerhaften Erkenntnisgewinnung eine Abwägung vorzunehmen. In deren Rahmen komme dem Verstoß gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung regelmäßig nicht dasselbe Gewicht zu wie der vorangegangenen Beeinträchtigung der Selbstbelastungsfreiheit durch den Verstoß gegen die Belehrungspflicht gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO, weil der Beschuldigte bei der späteren Vernehmung zumindest nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO auf sein Schweigerecht hingewiesen wurde. Im Übrigen sei das staatliche Interesse an der Sachaufklärung zu berücksichtigen (BGH NJW 2007, 2706).

Danach gelte in Bezug auf die Angaben des Angeklagten bei seinen drei Vernehmungen Folgendes:

Bei der ersten Vernehmung in der Wohnung komme ein Verstoß gegen das Erfordernis einer qualifizierten Belehrung mangels früherer Vernehmung nicht in Betracht. Allerdings habe das LG nicht geprüft und abgewogen, ob die Verwertung der Angaben des Angeklagten in der Wohnung unter dem Gesichtspunkt des Vorhalts unzulässig erlangter Erkenntnisse wegen des Verstoßes gegen den Richtervorbehalt ausgeschlossen sein könnte.

Auch hinsichtlich der zweiten und dritten Vernehmung liege kein Verwertungsverbot vor. Ob die insoweit zum Verstoß gegen die Belehrungspflicht gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO entwickelten Grundsätze auf Fälle des Vorhalts unzulässig erlangter Erkenntnisse zu übertragen sind, habe der BGH bislang nicht entschieden; es sei lediglich in einem Einzelfall in Betracht gezogen worden, dass ein durch den Vorhalt unzulässig erlangter Beweismittel begründetes Beweisverbot auch die Angaben des Beschuldigten bei späteren Vernehmungen umfassen kann (BGHSt 27, 355, 358 = NJW 1978, 1390). Die Frage, ob der Kriminalbeamte und der Ermittlungsrichter verpflichtet waren, den Angeklagten qualifiziert zu belehren, weil ihm bei seiner ersten Vernehmung unzulässig erlangte Erkenntnisse vorgehalten worden waren, könne letztlich offenbleiben. Denn selbst wenn beide gegen eine daraus resultierende Pflicht zur qualifizierten Belehrung verstoßen hätten, habe dies nicht zur Folge, dass die Angaben, die der Angeklagte ihnen gegenüber gemacht hat, unverwertbar sind. Das ergebe sich aus der jeweils gebotenen Abwägung zwischen dem Gewicht des Verfahrensverstößes und dem staatlichen Interesse an der Sachaufklärung. Der Verfahrensverstoß habe in beiden Fällen nur verhältnismäßig geringes Gewicht. So wiege die Verletzung der Pflicht zur qualifizierten Belehrung, auch wenn sie auf den Vorhalt unzulässig erlangter Beweismittel bei einer früheren Vernehmung gestützt wird, regelmäßig nicht so schwer wie der vorangegangene Verfahrensfehler. Insoweit gelte Entsprechendes wie in den Fällen eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO. Da nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Fällen unzulässig erlangter Beweismittel bislang keine Pflicht zur qualifizierten Belehrung bei späteren Vernehmungen angenommen worden ist, sei zudem beiden Vernehmungspersonen nicht bekannt gewesen, dass es ihnen oblag, den Angeklagten qualifiziert zu belehren. Sie seien mithin gutgläubig gewesen und hätten ihre Pflicht zur qualifizierten Belehrung des Angeklagten weder fahrlässig noch vorsätzlich

Erste Vernehmung

Zweite und dritte Vernehmung

verletzt. Von einem bewussten oder willkürlichen Handeln, bei dem grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen wurden, könne deshalb keine Rede sein. Demgegenüber sei das staatliche Interesse an der Aufklärung des Sachverhalts groß. Das Verfahren habe eine schwerwiegende Straftat zum Gegenstand, hier das bewaffnete Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG), für das im Regelfall eine Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren verhängt wird. Selbst bei Annahme eines minder schweren Falles im Sinne des § 30a Abs. 3 BtMG sehe das Gesetz gleichwohl noch die Verhängung einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren vor. Infolgedessen seien die Angaben, die der Angeklagte bei seiner zweiten und dritten Vernehmung gemacht hat, selbst dann verwertbar, wenn die Vernehmungspersonen es pflichtwidrig unterlassen hätten, ihn qualifiziert zu belehren.

III. Bedeutung für die Praxis

Bedauerlicherweise lässt der Senat die bislang nicht geklärte Frage offen, ob Vernehmungspersonen die Pflicht einer qualifizierten Belehrung trifft, wenn bei einer früheren Vernehmung unzulässig erlangte Beweismittel vorgehalten worden sind. Auch wenn die Begründung der hier durchgeführten Abwägung und deren Ergebnis im konkreten Fall vertretbar erscheinen, bleibt die Frage, was der Sinn der qualifizierten Belehrung sein soll, wenn ihr nicht dasselbe Gewicht wie der Belehrungspflicht gem. § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO zukommt. Das Urteil erweckt den Eindruck, dass Verfahrensverstöße wie hier die Missachtung des Richtervorbehalts bei der Durchsuchung mit dem Ziel der Verwertbarkeit der im Zusammenhang damit erlangten Beweismittel „gesundgebetet“ werden.

Dieser Eindruck wird durch eine „Segelanweisung“ für die neue Hauptverhandlung verstärkt. Der BGH weist ausdrücklich auf die Möglichkeit hin, dass die Durchsuchung der Wohnung polizeirechtlich (hier § 41 Abs. 1 Nr. 1 PolG NW) zum Absuchen nach hilfsbedürftigen Personen zulässig gewesen sein kann: „Sollte es demnach polizeirechtlich erlaubt gewesen sein, die Wohnungstür zur Gefahrenabwehr zu öffnen und die einzelnen Räumlichkeiten nach hilfsbedürftigen Personen abzusuchen, so könnte der wegen einer Missachtung des Richtervorbehalts gem. § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO verfahrensfehlerhaften Fortführung der Durchsuchung durch das Öffnen des Wohnzimmerschranks im Rahmen der gebotenen Abwägung ein minderes Gewicht zukommen.“ Das führt die neuere Rechtsprechung des BGH zur Verwertbarkeit bei der Konkurrenz von strafverfahrensrechtlicher und polizeirechtlicher Durchsuchung fort (BGHSt 62, 123 = NJW 2017, 3173 = StRR 10/2017, 11 [Deutscher]; BGH NStZ 2018, 296 = StRR 3/2018, 15 [Deutscher]; NStZ-RR 2018, 146 = StRR 5/2018, 12 [Deutscher]).

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Sitzordnung im Hauptverhandlungsraum

Es besteht grundsätzlich kein Anspruch des Angeklagten, die Sitzordnung in der Hauptverhandlung so zu gestalten, dass er das Gesicht eines Zeugen bei dessen Vernehmung frontal sehen kann. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 1.8.2018 – 5 StR 228/18

Unbefriedigend

Durchsuchung nach
Polizeirecht

I. Sachverhalt

Der Angeklagte rügt ohne Erfolg die unzulässige Beschränkung der Verteidigung (§ 338 Nr. 8 StPO). Am zweiten Verhandlungstag wurde mit der Vernehmung der Nebenklägerin als zentraler Belastungszeugin begonnen; sie wurde zudem an zwölf weiteren Hauptverhandlungstagen gehört. Der Angeklagte beantragte über seinen Verteidiger, „die Sitzordnung dergestalt zu ändern, dass er das Gesicht der Zeugin ununterbrochen sehen kann bzw. dass die Zeugin den Platz mit der Nebenklägerin tauscht“. Der Vorsitzende lehnte dieses Begehren mit der Begründung ab, das Gesicht der Zeugin sei für die Verfahrensbeteiligten erkennbar. Auf Beanstandung des Verteidigers bestätigte das Gericht die Anordnung des Vorsitzenden mit der Begründung, jedenfalls diejenigen Verteidiger, die es wünschten, hätten die Möglichkeit, die Mimik der Zeugin zu beobachten. Ein weitergehendes Recht, die Zeugin mit eigenen Augen frontal zu sehen, habe der Angeklagte nicht. Nach den von der Verteidigung eingereichten Skizzen der Sitzungssäle konnte der inhaftierte und hinter einer besonderen Schranke sitzende Angeklagte die während der Vernehmung direkt vor dem Richtertisch positionierte Zeugin von leicht schräg hinten sehen.

II. Entscheidung

Die Bestimmung der Sitzordnung im Hauptverhandlungsraum sei eine Maßnahme, die zwar einerseits die rein äußerliche Gestaltung des Hauptverhandlungsablaufs betrifft, andererseits aber auch in die Rechte von Verfahrensbeteiligten eingreifen und deshalb nach § 238 Abs. 2 StPO beanstandet werden kann. Von dieser Beanstandungsobliegenheit bei Fragen der Sitzordnung (OLG Köln NJW 1961, 1127) habe der Angeklagte Gebrauch gemacht. Durch den Gerichtsbeschluss sei der Angeklagte aber nicht in seiner Verteidigung in entscheidungserheblicher Weise unzulässig beschränkt worden (§ 338 Nr. 8 StPO). Denn die Sitzanordnung habe weder das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren noch sein Konfrontationsrecht (Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK) oder sein Recht auf effektive Verteidigung verletzt noch im Übrigen seine Verteidigung unzulässig beschränkt. Die Entscheidung, wie bei einer Zeugenvernehmung die Sitzanordnung konkret gestaltet wird, hänge von einer Vielzahl von Umständen des Einzelfalls ab, die in der konkreten Situation vor Ort bewertet und gegeneinander abgewogen werden müssen. Derartige Entscheidungen, die zudem gefahrenspezifisch prognostische Elemente beinhalten, könne das Revisionsgericht nur auf grobe Ermessensfehler überprüfen. Nur wenn die Entscheidung des Gerichts zur Sitzordnung erkennen lässt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruht oder grundlegend die Rechtspositionen der Verfahrensbeteiligten verkennt und hierdurch tatsächlich die Mitwirkungsmöglichkeiten des Angeklagten oder seines Verteidigers entscheidungserheblich eingeschränkt wurden, könne eine Rüge nach § 338 Nr. 8 StPO bei Beanstandung der Sitzanordnung Erfolg haben.

Die Sitzanordnung im Gericht müsse sich zunächst an den baulichen Gegebenheiten des Hauptverhandlungsraums orientieren, die dem Gericht vorgegeben sind. Der Angeklagte könne dabei auf eine umfriedete oder besonders gesicherte Anklagebank verwiesen werden, wenn ansonsten seine Flucht oder eine Störung des Verhandlungsablaufs drohen (vgl. § 176 GVG, Nr. 125 Abs. 2 RiStBV). Von seinem Platz aus müsse der Angeklagte der Hauptverhandlung folgen und seine Verteidigung führen können (OLG Köln NJW 1980, 302). Ihm sei grundsätzlich zu ermöglichen, sich während der Hauptverhandlung mit seinem Verteidiger zu besprechen (BayOBLG StraFo 1996, 47; OLG Köln a.a.O. und NJW 1961, 1127, BVerfG NJW 1996, 3268); anderenfalls könne es notwendig sein, zu diesem Zweck die Hauptverhandlung auf Antrag zu unterbrechen. Bei der Vernehmung von Zeugen (und Sachverständigen) sei

Eingeschränkte Sicht des Angeklagten auf Zeugin

Revisionsrechtliche Beanstandung der Sitzordnung

Grundlagen zur Sitzordnung

zunächst entscheidend, dass das den Urteilspruch verantwortende erkennende Gericht den Zeugen so gut sieht, wie es dies selbst unter Aufklärungsgesichtspunkten für notwendig erachtet. Zudem könne erforderlich sein, berechtigten Sorgen von Zeugen im Hinblick auf den Angeklagten oder andere Verfahrensbeteiligte durch eine besondere Sitzanordnung zu begegnen (BGH NStZ 1999, 419; 2015, 103). Soweit danach – sowie im Rahmen der baulichen Gegebenheiten – möglich und mit der Sicherheit und Ordnung im Hauptverhandlungssaal vereinbar, sei den übrigen Verfahrensbeteiligten die optische Teilhabe an der Zeugenvernehmung zu gewähren. Kann dies nicht für alle gleichermaßen geschehen, reiche zur Wahrung der Teilhaberechte des Angeklagten auch aus, einem Verteidiger wie hier eine weitergehende Sicht auf den Zeugen zu ermöglichen. Zur Wahrung des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK genüge es grundsätzlich, dass vor Verurteilung eines Angeklagten alle ihn belastenden Beweismittel in einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und in seiner Gegenwart erörtert werden, um eine kontradiktorische Prüfung zu ermöglichen. Dies werde nicht dadurch infrage gestellt, dass dem Angeklagten keine frontale Sicht auf einen Zeugen gewährt wird. Gerade bei Umfangsverfahren werde es häufig schon aufgrund der baulichen Verhältnisse unmöglich sein, allen Angeklagten und allen sonstigen Verfahrensbeteiligten einen Blick auf das Gesicht eines Zeugen während dessen Vernehmung zu ermöglichen (Fromm, NJW 2013, 982, 983). Führt dies zu einer deutlich eingeschränkten Teilhabe an der Zeugenvernehmung, etwa weil auch die Sicht des Verteidigers auf den Zeugen gravierend behindert ist, könne das Gericht bei vorheriger Beanstandung der Sitzanordnung oder Offensichtlichkeit der Behinderung sein Urteil auf besondere Beobachtungen der Mimik und Gestik eines Zeugen nur stützen, wenn es zuvor den übrigen Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung davon Mitteilung gemacht und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Geschieht dies, liege die Verletzung der Grundsätze des fairen Verfahrens oder des Rechts auf eine effektive Verteidigung durch eine Sitzanordnung des Gerichts regelmäßig fern.

Nach diesen Maßstäben liege hier keine Rechtsverletzung vor. Der inhaftierte Angeklagte hatte von seinem Platz einen seitlichen Blick auf die Zeugin. Entgegen der Auffassung der Revision gebe es keinen Anspruch des Angeklagten, das Gesicht eines Zeugen frontal zu sehen. Die Entscheidung des LG, dem Angeklagten unter all diesen Umständen keinen anderen Platz zuzuweisen, weise keinen Rechtsfehler, schon gar nicht einen groben Ermessensfehler, auf.

III. Bedeutung für die Praxis

Der 5. Senat gibt hier einen kleinen Grundkurs zur Sitzordnung in der Hauptverhandlung und der Revisibilität entsprechender gerichtlicher Anordnung (weiterführend Burhoff, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 8. Aufl. 2016, Rn 2519 ff.). Wie Großverfahren mit einer Mehrzahl von Angeklagten und Verteidigern sowie zahlreichen Nebenklägern und deren Vertretern (NSU-Verfahren beim OLG München, Love-Parade-Verfahren beim LG Duisburg) zeigen, kann das Gericht aufgrund der Vielzahl an Beteiligten und des öffentlichen Interesses zwar gehalten sein, die bauliche Gestaltung des Verhandlungssaals zu ändern oder auf andere Räumlichkeiten (in Duisburg: Messehalle) auszuweichen. Der BGH weist jedoch überzeugend darauf hin, dass in aller Regel die vorhandenen baulichen Gegebenheiten maßgebend sind, solange die Amtsaufklärung des Gerichts und das Konfrontationsrecht des Angeklagten (hilfsweise über den Verteidiger) hinreichend gewährleistet sind. Der Verteidiger muss im Fall einer ermessensfehlerhaften Ablehnung der beantragten Änderung der Sitzordnung aber unbedingt eine Beschlussentscheidung

Hier kein Verstoß

Überzeugend

des Gerichts nach § 238 Abs. 2 StPO herbeiführen, um überhaupt den Revisionsgrund des § 338 Nr. 8 StPO („durch einen Beschluss des Gerichts“) begründen zu können.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Zustellung der Ladung in einer Gemeinschaftseinrichtung

1. Zur Wirksamkeit der Zustellung der Ladung zum Berufungshauptverhandlungstermin in einer „Gemeinschaftseinrichtung“.
2. Zu den Anforderungen an die Verfahrensrüge, mit der eine Verletzung des § 329 Abs. 1 StPO gerügt wird.

OLG Köln, Beschl. v. 12.6.2018 – 1 RVs 107/18

I. Sachverhalt

Das AG hat den Angeklagten verurteilt. Das LG hat die Berufung des Angeklagten gem. § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO verworfen. Dagegen wendet sich der Angeklagte u.a. mit zwei Verfahrensrügen. Das Rechtsmittel des Angeklagten hatte keinen Erfolg.

II. Entscheidung

Der Angeklagte hatte zunächst geltend gemacht, er sei zum Hauptverhandlungstermin nicht wirksam geladen worden. Die Ladung war dem Angeklagten in der Weise zugestellt worden, dass die Ladung selbst in einer Postfiliale hinterlegt und eine Benachrichtigung hierüber in den zu der von ihm angegebenen Anschrift gehörenden Briefkasten eingelegt worden ist. Unter der Anschrift „H 1–3“ betreibt der X e.V., ein Verein zur Unterstützung von Menschen mit besonderen sozialen Schwierigkeiten, eine sog. „Wärmestube“, die als Anlaufstelle für ansonsten obdachlose Männer und Frauen vormittags Aufenthaltsmöglichkeiten, die Möglichkeit der Nahrungsaufnahme, Gesundheitsvorsorge, die Verwahrung von Wertsachen und namentlich auch die Erreichbarkeit durch Einrichtung einer Postadresse anbietet. Diese Anschrift war auch vom Verteidiger des Angeklagten angegeben worden.

Unter diesen Umständen sieht das OLG die Zustellung der Terminladung als wirksam an. Gem. § 178 Abs. 1 Nr. 3 ZPO könne in dem Fall, dass der Zustellungsempfänger in einer Gemeinschaftseinrichtung wohne, dort aber nicht angetroffen werde, dem Leiter der Einrichtung oder einem dazu ermächtigten Vertreter zugestellt werden. Sei die Zustellung auf diesem Wege nicht ausführbar, könne das zuzustellende Schriftstück bei einer von der Post dafür bestimmten Stelle niedergelegt und über die Tatsache der Niederlegung eine schriftliche Mitteilung in der bei gewöhnlichen Briefen üblichen Weise abgegeben werden (§ 181 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung gelte dann mit der Abgabe der schriftlichen Mitteilung als bewirkt (§ 181 Abs. 1 S. 4 ZPO).

Bei der Wärmestube der X e.V. handele es sich – so das OLG – zunächst um eine vom Gesetz gemeinte Gemeinschaftseinrichtung, hierzu zählen grundsätzlich auch Obdachlosenunterkünfte (MüKo-StPO/Valerius, § 37 Rn 27; SSW-StPO/Mosbacher/Claus, 3. Aufl. 2018, § 37 Rn 35). Der Angeklagte habe unter der Anschrift der Wärmestube auch im Zeitpunkt der Zustellung im Sinne der Zustellungsvorschriften „gewohnt“. Für die Ausfüllung des Begriffs „Wohnen“ sei maßgebend die tatsächliche Benutzung einer Wohnung, weil damit grundsätzlich auch die Möglichkeit einhergeht, in zumutbarer Weise von zugestellten Sendungen Kenntnis zu nehmen. Für die Erfüllung des Begriffs „Wohnen“ sei es zwar typisch, nicht aber unabdingbar, dass der Zustellungsempfänger an der angegebenen Anschrift auch übernachtete (Stein/

Ordnungsgemäße Ladung

Zustellung wirksam

Wohnen in einer Gemeinschaftseinrichtung

Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 178 Rn 6; MüKo-ZPO/Häublein a.a.O.). Sieht – wie hier – die Gemeinschaftseinrichtung eine Übernachtungsmöglichkeit nicht vor, könne der Zustellungsadressat aber dort gleichwohl seinen Lebensmittelpunkt im vorstehend gekennzeichneten Sinne haben. Hier habe die Wärmestube die postalische Erreichbarkeit als eine ihrer Leistungen angeboten. Der Angeklagte selbst habe – über seinen Verteidiger – ohne jegliche Einschränkung seine „neue Anschrift“ mit der Adresse mitgeteilt (vgl. a. SSW-StPO/Mosbacher/Claus, a.a.O., § 37 Rn 29).

Mit der zweiten Verfahrensrüge hatte der Angeklagte die Verletzung des § 329 Abs. 1 StPO gerügt. Die Rüge sieht das OLG als nicht genügend i.S.d. § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO ausgeführt an. Es fehle hier Vortrag zur Pflichtverteidigerbestellung des vormaligen Wahlverteidigers. Mit der Beiordnung des bisherigen Wahlverteidigers als Pflichtverteidiger ende das Mandat und damit auch die (etwa) erteilte Vertretungsvollmacht. Das folge aus einer entsprechenden Anwendung des § 168 BGB, wonach die Vollmacht mit dem ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäft erlösche (u.a. OLG Hamm zfs 2014, 470 unter Bezugnahme auf BGH NStZ 1991, 94; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. 2018, § 142 Rn 7). Bei fortbestehendem Willen des Angeklagten, sich von dem nunmehrigen Pflichtverteidiger vertreten zu lassen, sei die Erteilung einer neuen, den Anforderungen des § 329 StPO genügenden Vollmacht erforderlich. Aus diesem Grund setze die formgerechte Ausführung der Rüge der Verletzung des § 329 Abs. 1 S. 1 StPO – neben einer Darstellung des genauen Inhalts der Vollmacht – Vortrag dazu voraus, ob und bejahendenfalls zu welchem Zeitpunkt der Verteidiger zum Pflichtverteidiger bestellt worden ist (OLG Köln, Beschl. v. 10.10.2017 – III-1 RVs 238/17). Nur so werde das OLG in die Lage versetzt zu prüfen, ob ein Fall wirksamer Vertretung in der Berufungshauptverhandlung vorliegt.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Zur Zustellung ist darauf hinzuweisen, dass man als Verteidiger auf Anfragen zur postalischen Erreichbarkeit des Mandanten besser unter Hinweis auf die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht schweigt. Es ist nicht Aufgabe des Verteidigers, die ordnungsgemäße Ladung des Mandanten sicherzustellen. Schweigt man, kann dann später auch nicht – so wie hier – die erteilte Auskunft gegen den Mandanten verwendet werden.

2. Die Ausführungen des OLG zum Erlöschen der (Vertretungs-)Vollmacht im Fall der Niederlegung des Wahlmandats entsprechen der h.M. Der Verteidiger muss also in vergleichbaren Fällen darauf dringen, dass ihm eine – ggf. neue – Vertretungsvollmacht erteilt wird.

3. Nach der dem Verteidiger erteilten Vollmacht war der Verteidiger befugt, „in allen Instanzen zu verteidigen bzw. zu vertreten, und zwar auch bei meiner (scil.: des Angeklagten) Abwesenheit“. Das OLG hat die Frage, ob diese Vollmacht die Anforderungen an eine gerade für die Berufungshauptverhandlung erteilte Vertretungsvollmacht erfüllt, offengelassen (zu dieser Frage zuletzt KG VRR 6/2018, 3 [Ls.]; OLG Oldenburg StV 2018, 151; OLG Hamm, Beschl. v. 24.11.2016 – 5 RVs 82/16; StRR 11/2016, 2 [Ls.]).

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

Fehlender Vortrag zu Pflichtverteidigerbestellung

StGB/Nebengebiete

Konkurrenzverhältnis bei Steuerhinterziehung

1. Der BGH gibt seine bisherige Rechtsprechung zur Tateinheit bei der Steuerhinterziehung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO auf, als eine Tat i.S.v. § 52 StGB bei mehreren Steuererklärungen über verschiedene Steuerarten und unterschiedliche Veranlagungszeiträume (und verschiedene Steuerpflichtige) angenommen worden ist, wenn die Abgabe der Erklärungen im äußeren Vorgang zusammenfällt. In diesen Konstellationen liegen vielmehr nach der geänderten Rechtsprechung im Grundsatz mehrere Taten (§ 53 StGB) vor.

2. Das Strafgericht hat bei der Anwendung des Blankett-Tatbestandes der Steuerhinterziehung eine eigenständige steuerrechtliche Beurteilung eines steuerstrafrechtlich bedeutsamen Lebenssachverhalts vorzunehmen.

3. Hinsichtlich der Verkürzung von Kapitalertragsteuer besteht bis einschließlich des Veranlagungszeitraums 2008 keine Veranlassung, bei der Strafzumessung zusätzlich über die Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens nach § 3 Nr. 40 EStG a.F. hinaus den Hinterziehungsbetrag zu reduzieren. Ab dem Veranlagungszeitraum 2009 gilt unter Beachtung von §§ 32d Abs. 1 Satz 1, 43 Abs. 5 Satz 1 EStG Entsprechendes bei verdeckten Gewinnausschüttungen, die nicht der Kapitalertragsteuer unterworfen worden sind, so dass die diesbezüglichen Zuflüsse als Einkommen des Gesellschafters mit einem Steuersatz von 25 % anzusetzen sind (Abgeltungsteuer). (Leitsätze des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 22.1.2018 – 1 StR 535/17

I. Sachverhalt

Der Angeklagte W war als freier Berater für Unternehmen in Krisensituationen tätig. Um die hieraus erzielten Einkünfte dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen, bediente er sich der A GmbH sowie der K GmbH. Alleinige Gesellschafterin der A GmbH war die Angeklagte U. Die Geschäftsanteile an der K GmbH befanden sich formal in den Händen der gemeinsamen Kinder der Angeklagten. Tatsächlich wurden bei beiden Gesellschaften die Anteile treuhänderisch für den Angeklagten W gehalten, der auch bei beiden Gesellschaften faktischer Geschäftsführer war. Der Angeklagte W sorgte dafür, dass die durch seine Beratertätigkeit erzielten Einkünfte unter Einbindung beider GmbHs dem Lebensunterhalt seiner Familie zur Verfügung standen.

Entgegen der Finanzverwaltung, die in den Zahlungen der GmbHs Arbeitslohn an den Angeklagten W erblickte, sah das LG hierin verdeckte Gewinnausschüttungen. Insofern wurden die Angeklagten wegen Hinterziehung von Körperschaftsteuer (einschließlich Solidaritätszuschlag) und Gewerbesteuer zugunsten der A GmbH für die Veranlagungszeiträume 2007 bis 2012 sowie zugunsten der K GmbH für die Veranlagungszeiträume 2013 und 2014 verurteilt. Zusätzlich wurden sie für die Jahre 2013 und 2014 wegen Hinterziehung von Umsatzsteuer zugunsten der K GmbH verurteilt. Hinzu kam für die Veranlagungszeiträume 2008 bis 2012 die Verurteilung beider Angeklagter wegen Hinterziehung von Einkommensteuer und im Hinblick auf den Angeklagten W auch die Jahre 2013 und 2014 betreffend. Dabei sind einige der

Auffassung des LG

Taten im Versuchsstadium steckengeblieben. Die entsprechenden Steuererklärungen sind teilweise taggleich beim Finanzamt eingegangen.

II. Entscheidung

Im Rahmen seiner Vorfragenkompetenz (§ 262 Abs. 1 StPO) obliegt dem Strafgericht die steuerrechtliche Beurteilung des steuerstrafrechtlich relevanten Sachverhalts. Insofern ist die diesbezügliche abweichende steuerliche Beurteilung der Finanzverwaltung hinsichtlich der Ausschüttungen der A und K GmbH an den Angeklagten W unerheblich, denn Steuerbescheiden kommt grundsätzlich keine konstitutive Wirkung für die Entstehung des Steueranspruchs und dessen Höhe zu.

Der konkurrenzrechtlichen Einordnungen der Taten durch das LG folgt der BGH nur teilweise.

Dabei rückt der BGH von seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung ab, die zwar davon ausging, dass die Abgabe jeder einzelnen unrichtigen Steuererklärung (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) grundsätzlich als selbstständige Tat i.S.v. § 53 StGB zu werten ist, jedoch dann von Tateinheit gem. § 52 StGB ausging, wenn mehrere Steuererklärungen im äußeren Vorgang zusammenfallen und überdies – also kumulativ hierzu – in den Erklärungen übereinstimmende unrichtige Angaben über die Besteuerungsgrundlagen enthalten sind. Als übereinstimmende unrichtige Angaben sind beispielsweise dabei solche im Verhältnis Körperschaftsteuer-, Gewerbesteuer- und Umsatzsteuerhinterziehung sowie im Verhältnis von Einkommensteuer-, Gewerbesteuer- und Umsatzsteuerhinterziehung gesehen worden (BGH, Urt. v. 28.10.2004 – 5 StR 276/04, NJW 2005, 374, 375; BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – 1 StR 418/16, NZWiSt 2017, S. 473; vgl. Gehm, Kompendium Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2017, S. 163 f.).

Auch bei Steuerhinterziehung durch Unterlassen gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO ist grundsätzlich im Hinblick auf jede Steuerart, jeden Besteuerungszeitraum und jeden Steuerpflichtigen von selbstständigen Taten i.S.v. § 53 StGB ausgegangen worden, es sei denn, die erforderlichen Angaben, die der Täter pflichtwidrig unterlassen hat, waren durch ein und dieselbe Handlung zu erbringen gewesen (BGH, Urt. v. 28.10.2004 – 5 StR 276/04, NJW 2005, 374, 375; vgl. Gehm, Kompendium Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2017, S. 164).

Der BGH hält nicht mehr daran fest, dass bei mehreren Steuererklärungen, deren Abgabe durch eine körperliche Handlung gleichzeitig erfolgt, Tateinheit vorliegt. Insofern kann das bloße Zusammenfallen der Abgabe von mehreren Steuererklärungen (etwa durch Versenden per Post in einem Brief), die rechtlich nicht miteinander verknüpft sind, nicht Tateinheit herleiten. Denn hierdurch wird die für Tateinheit erforderliche Teilidentität der Ausführungshandlungen nicht begründet. Dabei ist zu beachten, dass sich die Steuerhinterziehung als steuerrechtsakzessorischer Tatbestand und Erklärungsdelikt auf die jeweiligen für die einzelne Steuerart und den Besteuerungszeitraum erheblichen Tatsachen bezieht. Insofern ist hier grundsätzlich nunmehr von Tatmehrheit auszugehen.

Anders verhält sich dies nur bei Zuschlagsteuern wie dem Solidaritätszuschlag auf die Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer, bei dem die Erklärung und Festsetzung zusammen mit den benannten Hauptsteuern erfolgt (vgl. §§ 1, 3 und 4 SolZG).

Was die Strafzumessung hinsichtlich der Hinterziehung von Einkommensteuer betreffend die an den Angeklagten W von den GmbHs ausgeschütteten verdeckten Gewinnausschüttungen anbelangt, so gilt für die Jahre bis 2008, hinsichtlich derer das Halbeinkünfteverfahren greift (§ 3 Nr. 40 EStG a.F.), dass der sich solchermaßen

Vorfragenkompetenz

Aufgabe der bisherigen
Rechtsprechung

Steuerhinterziehung durch
Unterlassen

Mehrere Steuererklärungen

Zuschlagssteuer

Strafzumessung

ergebende Hinterziehungsbetrag zugrunde zu legen ist. Einer weiteren Absenkung bedarf es nicht, da der Gesetzgeber sowieso eine Absenkung des Körperschaftsteuersatzes bei der Gesellschaft vorgenommen hat und nur den hälftigen Zufluss beim Gesellschafter der Steuer unterwirft (BGH, Beschl. v. 20.12.2017 – 1 StR 464/17, NStZ 2018, 345). Ab dem Veranlagungszeitraum 2009 gilt unter Beachtung von §§ 32d Abs. 1 S. 1, 43 Abs. 5 S. 1 EStG Entsprechendes bei verdeckten Gewinnausschüttungen, die nicht der Kapitalertragsteuer unterworfen worden sind, so dass die entsprechenden Zuflüsse als Einkommen des Gesellschafters mit einem Steuersatz von 25 % anzusetzen sind (Abgeltungsteuer), ein Verstoß gegen das strafrechtliche Prinzip der Doppelbelastung liegt insofern nicht vor.

III. Bedeutung für die Praxis

Der BGH geht zu Recht nunmehr davon aus, dass grundsätzlich allein die gleichzeitige Abgabe von Steuererklärungen respektive -anmeldungen zu verschiedenen Steuerarten und Besteuerungszeiträumen keine Tateinheit begründen kann. Dies löst auch die rein praktischen Probleme, die sich durch die zunehmende Abgabe von Steuererklärungen bzw. Steueranmeldungen in elektronischer Form ergeben. Dort ist nämlich ein solcher äußerlich verbindender Akt wie bei der Übermittlung durch die Post in einem Briefumschlag gar nicht möglich. Vielmehr muss jeweils eine Freigabe zur Sendung getätigt werden. Für die Papierform hatte es der BGH für die Annahme von Tateinheit zwar ausreichen lassen, dass die Erklärungen taggleich beim Finanzamt eingehen (BGH, Beschl. v. 6.9.2012 – 1 StR 140/12, NZWiSt 2013, 77). Aber es fällt schwer, um eine entsprechende Gleichbehandlung zwischen den verschiedenen Übermittlungsmethoden herzustellen, Argumente zu finden, um dies bei elektronischer Datenübermittlung entsprechend zu handhaben, denn ein entsprechender verbindender äußerer Vorgang ist kaum zu konstruieren. Dass bei Zuschlagsteuern allerdings Tateinheit vorliegt, ergibt sich bereits daraus, dass hierfür keine eigenen Erklärungen abzugeben sind, sondern diese gerade einen festen Prozentsatz zur Hauptsteuer, also beim Solidaritätszuschlag zur Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer ausmachen. Insofern, wie der BGH hier mit langjähriger Rechtsprechung bricht, ist die Entscheidung von großer praktischer Relevanz. Da es sich bei der Steuerhinterziehung um einen steuerakzessorischen Blankett-Tatbestand handelt, ist es zutreffend, dass unabhängig von der Würdigung der Finanzverwaltung das Strafgericht im Zuge der Rechtsanwendung eine eigenständige steuerliche Beurteilung des entsprechenden Sachverhalts vornehmen muss. Aus dieser Akzessorietät lässt sich auch die Meinung des BGH zur Strafzumessung hinsichtlich der Einkommensteuerhinterziehung betreffend die verdeckte Gewinnausschüttung (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG, § 8 Abs. 3 S. 2 KStG) herleiten.

Dr. Matthias Gehm, Limburgerhof

Beleidigung; Meinungsfreiheit

Die Bezeichnung von Polizeibeamten als „dumm“ und „unfähig“ durch einen von einer polizeilichen Maßnahme Betroffenen kann zumindest auch eine Kritik an der Maßnahme selbst darstellen und deshalb vom Grundrecht der Meinungsfreiheit gedeckt sein. (Leitsatz des Verfassers)

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 27.9.2018 – 1 OLG 2 Ss 31/18

Gleichzeitige Abgabe von Steuererklärungen begründet keine Tateinheit

I. Sachverhalt

Der Angeklagte, der mit dem Fahrrad unterwegs gewesen war, wurde von Polizeibeamten angehalten und kontrolliert. Auf Alkoholkonsum angesprochen, gab er – wahrheitswidrig – an, er habe eine Flasche Schnaps getrunken. Er wurde deshalb, nachdem er einen Atemalkoholtest verweigert hatte, zur Entnahme einer Blutprobe auf die Dienststelle verbracht. Dort beschwerte er sich lautstark über das Vorgehen der Beamten und bezeichnete diese als „dumm“, „unfähig“, „schikanös“, „machtveressen“ und „niveaulos“. Das Ergebnis der schließlich entnommenen Blutprobe war negativ.

Das AG verhängte gegen den Angeklagten wegen Beleidigung eine Geldstrafe. Seine hiergegen gerichtete Berufung hatte keinen Erfolg. Aus Sicht des LG habe der Angeklagte die Beamten jedenfalls durch die Bezeichnung als „dumm“ und „unfähig“ vorsätzlich an der Ehre gekränkt.

Auf die Revision des Angeklagten hat ihn das OLG freigesprochen.

II. Entscheidung

Den Ausführungen des LG könne, so der Senat, bereits nicht eindeutig entnommen werden, ob es die Äußerungen des Angeklagten als Schmähkritik gewertet und deshalb zu Recht von einer Abwägung der Persönlichkeitsrechte der Polizeibeamten mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit abgesehen hat.

Zudem wäre die Annahme einer reinen Schmähung nicht hinreichend tragfähig begründet. Das LG habe sich mit dem sowohl zeitlich-sachlich als auch motivatorischen Zusammenhang zwischen der vom Angeklagten vorgenommenen ablehnenden Bewertung des polizeilichen Vorgehens und der daran unmittelbar anschließenden Bezeichnung der Beamten als „dumm“ und „unfähig“ nicht näher befasst. Dies wäre aber aus Rechtsgründen erforderlich gewesen, da dieser hier maßgeblich für den Sinn der verfahrensgegenständlichen Äußerungen sei. Durch ihre enge Verbindung mit der vom Angeklagten erhobenen Kritik an dem Vorgehen der Beamten könne der Äußerung der Charakter einer nicht durch einen sachlichen Anlass gedeckten Schmähung genommen sein. Die Feststellungen des LG zum Gesamtkontext der Äußerungen ließen es zumindest nicht fernliegend erscheinen, dass trotz ihres Wortlauts nicht der Angriff auf die persönliche Ehre der Beamten im Vordergrund stand, sondern dass diese jedenfalls auch als Ausdruck der Missbilligung des Vorgehens der Beamten gemeint waren.

Eine solche Wertung ist nach Auffassung des Senats nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Eskalation ausschließlich auf das Verhalten des Angeklagten zurückzuführen war. Es sei in diesem Zusammenhang nicht relevant, ob eine geäußerte Sachkritik nachvollziehbar oder gar berechtigt ist oder ob das behördliche Vorgehen rechtmäßig oder rechtswidrig war.

Da es sich nicht um eine reine Schmähkritik handele, sei eine Abwägung zwischen den Persönlichkeitsrechten der Beamten und der Meinungsfreiheit erforderlich. Diese falle zugunsten des Angeklagten aus. Der Angeklagte habe die verfahrensgegenständlichen Äußerungen nicht als unbeteiligter Dritter, sondern als Betroffener einer polizeilichen Maßnahme getätigt. Sie seien zudem von keinem unbeteiligten Dritten wahrgenommen worden und ihr Beleidigungsgehalt sei eher moderat gewesen. Auch seien die Äußerungen im Rahmen einer affektiv aufgeladenen Situation aus einer „sehr aufgeheizten Stimmung“ heraus spontan getätigt worden.

Polizeibeamte nach Kontrolle u.a. als „dumm“ und „unfähig“ bezeichnet

Verurteilungen wegen Beleidigung

Revision führt zum Freispruch

Schmähkritik nicht hinreichend begründet

Vorangegangenes Verhalten des Angeklagten irrelevant

Abwägung falle zugunsten des Angeklagten aus

III. Bedeutung für die Praxis

Zustimmen kann man dem Senat, was die Bezeichnung der Polizeibeamten als „unfähig“ betrifft. Eine solche Formulierung kann durchaus dahingehend verstanden werden, dass mit ihr zum Ausdruck gebracht werden soll, die Beamten seien den sich aus ihrer Stellung ergebenden dienstlichen Aufgaben nicht gewachsen, sodass insoweit nicht die Schmähung der Person, sondern die Kritik an der Amtsführung im Vordergrund stand.

Hinsichtlich der Bezeichnung eines Beamten als „dumm“ fällt hingegen eine Einschätzung schwer, haben doch die Tatgerichte nicht den Zusammenhang oder zumindest den Satz, in dem das Wort „dumm“ fiel, festgestellt. So fiel es beispielsweise bei einem Ausspruch wie „Sie sind dumm“ recht schwer, der Annahme des Senats, der Angeklagte habe „nicht fernliegend“ nicht den Beamten schmähen, sondern auch die Maßnahme an sich und damit dessen dienstliches Vorgehen kritisieren wollen, zu folgen.

Dagegen kann der unmittelbare zeitliche Zusammenhang mit der Bezeichnung als „unfähig“ durchaus dafür sprechen, dass der Angeklagte, wenn auch mit unangemessenen Worten, zumindest auch das Einsatzverhalten der Beamten beanstanden wollte. In diesem Fall läge das OLG, insbesondere vor dem Hintergrund der extrem weiten Auslegung der Meinungsfreiheit durch das BVerfG, richtig.

Nicht nachvollziehbar ist allerdings der Hinweis darauf, dass die Äußerung „im Rahmen einer affektiv aufgeladenen Situation aus einer sehr aufgeheizten Stimmung heraus“ getätigt wurde. Ein solcher Umstand wird zwar in etlichen Fallkonstellationen relevant sein, nicht aber, wenn es sich, wie hier, eindeutig nicht um einen (auch bei rechtmäßigem behördlichen Vorgehen möglichen) nachvollziehbaren oder zumindest erklärbaren Erregungszustand handelt, sondern um ein, begonnen mit der wahrheitswidrigen Selbstbezeichnung, eine Flasche Schnaps getrunken zu haben, von Anfang an rein querulatorisches, gezielt auf Eskalation angelegtes Verhalten.

RiLG Thomas Hillenbrand, Stuttgart

Hinterziehung von Tabaksteuer bezüglich Tobacco Strips

1. Eine Hinterziehung von Tabaksteuer bezüglich Rauchtobak gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 TabStG erfordert, dass bei dem entsprechenden Tabakprodukt keine weitere industrielle Verarbeitung erforderlich ist, um diesem die für den gewöhnlichen Rauchkonsum üblichen Beschaffenheitseigenschaften zu verleihen.

2. Somit ist nicht von Rauchtobak auszugehen, wenn bei der üblichen Herstellung in großem Maßstab noch mindestens eine industrielle Bearbeitung notwendig ist, damit sich der jeweilige Tabak zum Rauchen eignet.

3. Ist der Tabak noch nicht fermentiert, hat er die für das Vorliegen von Rauchtobak erforderliche industrielle Endstufe der Produktion noch nicht durchlaufen, so dass auch hinsichtlich solcher Produkte noch keine Hinterziehung von Tabaksteuer begangen werden kann. (Leitsätze des Verfassers)

LG Hagen, Beschl. v. 31.8.2018 – 71 Qs 16/18

Bezeichnung als „unfähig“ von Art. 5 GG gedeckt

Einschätzung hinsichtlich der Bezeichnung als „dumm“ schwierig

Hinweis auf aufgeheizte Stimmung nicht nachvollziehbar

I. Sachverhalt

Der Beschuldigte bestellte in Polen mindestens 19.400 kg Virginia Tobacco Strips – (weitgehend) unbehandelte Tabaksteifen bzw. Tabakblätter –, die am 19.9.2017 in Lagerräumlichkeiten des Beschuldigten im Inland eingeliefert wurden. Die gelieferten Tobacco Strips meldete der Beschuldigte nicht zur Besteuerung an. Aufgrund dieses Sachverhalts erließ das AG Hagen auf Antrag der StA gegen den Beschuldigten Haftbefehl wegen Verdachts der Tabaksteuerhinterziehung. Begründet wurde dies damit, dass es sich bei den Tobacco Strips um Rauchtabak gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 TabStG handle.

Der Beschuldigte wurde aufgrund des Haftbefehls festgenommen, aber am selben Tag bei Außervollzugsetzung des Haftbefehls unter Auflage der Zahlung einer Kaution in Höhe von 75.000 EUR sowie Angabe seiner ladungsfähigen Anschrift in Polen wieder auf freien Fuß gesetzt. Der Beschuldigte hat Haftbeschwerde mit der Begründung eingelegt, dass es sich bei den Tobacco Strips nicht um Rauchtabak i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 3 TabStG handle, da sie sich nicht ohne weitere industrielle Bearbeitung zum Rauchen eignen. Das AG Hagen hat der Beschwerde mit der Begründung nicht abgeholfen, dass die Tobacco Strips sich ohne weitere industrielle Verarbeitung zum Rauchen derart eignen, dass sie durch einfaches Zerbröseln als Pfeifentabak verwendet werden könnten.

II. Entscheidung

Das LG hat den Haftbefehl aufgehoben, da der Beschuldigte nicht gem. § 112 Abs. 1 Satz 1 StPO dringend verdächtig ist, Tabaksteuer nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO, §§ 1 Abs. 2 Nr. 3, 2 Abs. 1 Nr. 4, 17 Abs. 1, 23 Abs. 1 TabStG hinterzogen zu haben. Vielmehr bestehen an der Begehung einer solchen Tat erhebliche Zweifel.

§ 1 Abs. 2 Nr. 3 TabStG spricht davon, dass kein Rauchtabak vorliegt, wenn noch eine weitere industrielle Verarbeitung erforderlich ist, um den Tabak rauchen zu können. Insofern lässt sich aus dem Wortlaut der Norm herleiten, dass noch nicht von Rauchtabak auszugehen ist, wenn bei der üblichen Herstellung in großem Maßstab noch mindestens eine industrielle Bearbeitungsstufe notwendig ist, damit sich der jeweilige Tabak zum Rauchen eignet (vgl. auch EuGH, Urt. v. 6.4.2017 – C-638/15, Rn 30). Darüber hinaus kommt es für die Frage, ob sich ein Produkt nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 TabStG zum Rauchen eignet, darauf an, ob es derart als Genussmittel verwendet werden kann, dass der Rauch für den durchschnittlichen Konsumenten den üblichen bzw. akzeptablen Geschmack aufweist und mit der Inhalation keine zusätzlichen Gesundheitsgefahren verbunden sind, welche über die naturgemäß ohnehin beim Rauchen gegebenen hinausgehen.

Bei den vorliegenden Tobacco Strips ist zumindest noch ein industrieller Bearbeitungsschritt erforderlich, um diesen Rauchgenuss zu gewährleisten, nämlich der der Fermentierung, bei dem bei Tabakchargen von mindestens 1.000 kg durch eine Wärmebehandlung von 50 bis 60 Grad Celsius über vier bis sechs Monate hinweg der Nikotingehalt unter die toxische Grenze gemindert wird und die blatteigenen Eiweißverbindungen abgebaut werden, welche ansonsten das Aroma überdecken würden. Insofern sind die Tobacco Strips ohne einen weiteren industriellen Vorgang noch nicht zum Rauchen geeignet, so dass zweifelhaft ist, ob der objektive Tatbestand der Steuerhinterziehung erfüllt ist.

In Polen 19.400 kg Virginia Tobacco Strips bestellt

Haftbefehl

Aufhebung des Haftbefehls:
kein dringender Tatverdacht

§ 1 Abs. 2 Nr. 3 TabStG

Noch ein industrieller Bearbeitungsschritt erforderlich

III. Bedeutung für die Praxis

Da es sich bei der Steuerhinterziehung nach h.M. um einen Blankett-Tatbestand handelt, bedarf § 370 AO der Ausfüllung durch die Einzelsteuergesetze (Andrejtschisch, in: Wannemacher, Steuerstrafrecht Handbuch, 6. Aufl. 2013, Rn 20, 24; BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – 1 StR 176/17, BeckRS 2017, 120582). Insofern hat das LG Hagen sich zu Recht der Mühe unterzogen, genau zu prüfen, ob hier tatsächlich Rauchtobak nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 TabStG vorliegt. Die Ausführungen des LG Hagen erscheinen vertretbar. Insbesondere erscheint es unter Heranziehung der benannten EuGH-Entscheidung vertretbar, dass auf den üblichen industriellen Produktionsprozess abzustellen ist, bei dem große Mengen Tabak bearbeitet werden, und nicht darauf, ob in Einzelfällen theoretisch eine Verwendung zum Rauchen möglich erscheint. Auch außerhalb der Frage, ob ein Haftbefehl rechtmäßig ist, wird diese Entscheidung dazu führen, dass in der Praxis zukünftig genauer hingeschaut werden muss, ob noch Vorprodukte vorliegen, die keine Tabaksteuer auslösen. Weil es sich hierbei letztlich auch um Fragen der Rechtsanwendung handelt, muss das Strafgericht diese Entscheidung selbst treffen und darf sich nicht (ungeprüft) auf entsprechende Stellungnahmen der Finanzverwaltung verlassen (vgl. auch Gehm, Kompendium Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2017, S. 58 f. m.w.N.; BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – 1 StR 176/17, NZWiSt 2018, 38 mit Anm. Gehm).

Dr. Matthias Gehm, Limburgerhof

Ordnungswidrigkeitenrecht

Die nächste Runde: Akteneinsicht, rechtliches Gehör und faires Verfahren

Keine Verletzung der Rechte des Betroffenen bei in der Hauptverhandlung abgelehntem Antrag auf Herausgabe der sich nicht bei der Akte befindlichen Messdatei (Anschluss an OLG Bamberg StRR 7/2018, 23, VRR 7/2018, 14 [jew. Deutscher]; entgegen VerfGH Saarland NZV 2018, 275 m. Anm. Krenberger = StRR 6/2018, 22, VRR 7/2018, 15 [jew. Deutscher]). (Leitsatz des Gerichts)

OLG Oldenburg, Beschl. v. 23.7.2018 – 2 Ss (OWi) 197/18

I. Sachverhalt

Das AG hat den Betroffenen wegen eines mittels des Messgeräts LEIVTEC XV 3 gemessenen fahrlässigen Geschwindigkeitsverstoßes verurteilt. Mit dem Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde wird gerügt, dass die Rohmessdaten nicht zugänglich gemacht worden seien. Der Antrag blieb ohne Erfolg.

II. Entscheidung

Wie der Senat (zfs 2017, 469 = VRR 6/2017, 20 [Bäumer] = NZV 2017, 392 [Krenberger]) bereits ausgeführt hat, verletze ein in der Hauptverhandlung durch Beschluss abschlägig beschiedener Antrag auf Herausgabe einer Kopie der Messdatei einschließlich etwaiger sogenannter Rohmessdaten weder den Anspruch des Betroffenen auf rechtliches Gehör noch die Grundsätze des fairen Verfahrens. Der Beschluss des VerfGH Saarland a.a.O. gebe dem Senat keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung. Der Senat folge vielmehr dem OLG Bamberg a.a.O., das sich ausführlich mit der Entscheidung des VerfGH Saarland auseinandergesetzt hat. Soweit das OLG Bamberg darauf hinweist, dass ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen

Steuerhinterziehung
Blankett-Tatbestand

Verurteilung wegen Geschwindigkeitsverstoßes

Kein Verstoß gegen rechtliches Gehör

Gehörs nach höchstrichterlicher Rechtsprechung von vornherein ausscheidet, sei dem nichts hinzuzufügen. Obwohl der Senat mit dieser Rechtsauffassung von einem Beschluss des OLG Celle (StRR 8/2016, 18, VRR 8/2016, 16 [jew. Burhoff]) abweicht, komme – da im Zulassungsverfahren der Einzelrichter abschließend über die Frage der Gehörsverletzung entscheidet – eine Übertragung auf den Senat in der Besetzung mit drei Richtern nicht in Betracht und schon deshalb auch keine Vorlage zum BGH (BGHSt 44, 144 = NJW 1998, 3211).

Es könne darüber hinaus dahinstehen, ob die Zulassung der Rechtsbeschwerde in entsprechender Anwendung des § 80 Abs. 1 Nr. 2 OWiG auch bei einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren zuzulassen wäre. Die Grundsätze des fairen Verfahrens würden durch die in der Hauptverhandlung erfolgte Ablehnung eines Antrages auf Herausgabe der Rohmessdaten nämlich nicht verletzt. Soweit der VerfGH Saarland einen Anspruch auf Herausgabe nicht bei der Akte befindlicher Messdaten annimmt und hierzu ausführt, dass sich ablehnende Stimmen nur „vereinzelt“ finden würden, weist das OLG Bamberg in seinem Beschl. v. 13.6.2018 zunächst zutreffend auf eine ganze Reihe von Entscheidungen der OLG hin, die die Auffassung des OLG Bamberg teilen. Auch der Senat sei mit seinem oben zitierten Beschluss von seiner vom VerfGH Saarland mehrfach zitierten Entscheidung (DAR 2015, 406 m. Anm. Deutscher = StRR 2015, 274, VRR 7/2015, 13 [jew. Burhoff]) abgerückt, soweit es die Ablehnung eines in der Hauptverhandlung gestellten Antrages auf Beiziehung von Rohmessdaten betrifft. Wenn der VerfGH von einer Beibringungs- bzw. Darlegungslast spricht, dürfte damit gemeint gewesen sein, dass es aus Sicht eines Betroffenen für seine Verteidigung hilfreich sein kann, wenn er – unabhängig von der Aufklärungspflicht des Gerichtes – Anhaltspunkte für mögliche Messfehler darlegen kann.

Wenn der VerfGH hieraus folgernd einen Anspruch auf Herausgabe der Rohmessdaten unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung eines fairen Verfahrens für gegeben hält, bedeute das im Ergebnis letztlich nichts anderes, als dass er das standardisierte Verfahren als unfair ansieht: Das OLG Bamberg habe (DAR 2016, 337 = StRR 8/2016, 18/VRR 7/2016, 19 [jew. Deutscher]) auf die Konsequenzen aus der Rechtsprechung des BGH zum standardisierten Messverfahren hingewiesen. Ein Tatrichter müsse sich nur dann von der Zuverlässigkeit der Messungen überzeugen, wenn konkrete Anhaltspunkte für Messfehler gegeben sind. Das OLG Bamberg habe weiter zutreffend ausgeführt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung nur dahingehend interpretiert werden könne, dass im Falle eines standardisierten Messverfahrens keine vernünftigen Zweifel mehr an dem Geschwindigkeitsverstoß gegeben seien, wenn und soweit das amtlich zugelassene Messgerät, das im Tatzeitpunkt geeicht gewesen sei, unter Beachtung der Bedienungsanleitung des Zulassungsinhabers durch einen geschulten Messbeamten verwendet worden sei, sich auch sonst keine von außen ergebenden Hinweise auf etwaige Messfehler gezeigt hätten und der Tatrichter die vorgeschriebenen Messtoleranzen berücksichtigt habe. Es komme nach einer durchgeführten Beweisaufnahme, in der sich der Tatrichter zweifelsfrei von der Einhaltung der Prämissen für ein standardisiertes Messverfahren überzeugt habe, im Ergebnis zum Gleichlauf von Aufklärungspflicht und Fair-trial-Grundsatz. Denn es würde einen nicht auflösbaren Wertungswiderspruch darstellen, wenn einerseits der durch ein standardisiertes Messverfahren ermittelte Geschwindigkeitswert ausreichende Grundlage für eine Verurteilung des Betroffenen sein solle, andererseits aber gleichwohl einem Antrag auf Überlassung der Messdatei, der allein das Ziel habe, die Richtigkeit des so ermittelten Messwertes zu erschüttern, unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens stattgegeben werden müsste. Mit seiner Entscheidung entziehe

Keine Verletzung des fairen Verfahrens

Anderenfalls wäre standardisiertes Messverfahren als solches unfair

Rechtsprechungsreport

der VerfGH Saarland der vom BGH festgestellten Folge aus der amtlichen Zulassung von Geräten und Methoden demgegenüber die Grundlage. Wäre nämlich davon auszugehen, dass sich aus den Rohmessdaten Anhaltspunkte für ein fehlerhaftes Messergebnis ergeben können, wäre letztlich auch das AG von Amts wegen verpflichtet, die entsprechenden Daten beizuziehen und sachverständig auswerten zu lassen. Das solle jedoch nach der Rechtsprechung des BGH ohne Vorliegen konkreter Anhaltspunkte gerade nicht erforderlich sein.

III. Bedeutung für die Praxis

Es war zu erwarten: Das OLG Oldenburg schließt sich dem federführenden OLG Bamberg in dem Bestreben an, dem Betroffenen nahezu jede Möglichkeit zu nehmen, die Regel-Ausnahme-Wirkung des standardisierten Messverfahrens im Einzelfall auch nur ansatzweise substantiiert angehen zu können. Die Argumente sind bekannt. Dass das im Gegensatz zur Ansicht des VerfGH Saarland nicht überzeugt, habe ich hier mehrfach dargelegt (a.a.O.).

Neu ist allerdings die Behauptung, die Ansicht des VerfGH Saarland bedeute, dass das standardisierte Messverfahren insgesamt unfair wäre. Das ist gelinde gesagt absurd. Dieses vom BGH anerkannte und auch vom VerfGH Saarland als solches nicht angezweifelte Rechtsinstitut ist ein wichtiges Mittel, um dem Massengeschäft der Verkehrsordnungswidrigkeiten in der Praxis Herr zu werden. Unfair ist nicht das ihm innewohnende Regel-Ausnahme-System, sondern die auf der Rechtsprechung der OLG Bamberg und Oldenburg beruhende Verweigerung auch nur der Chance, im konkreten Fall Mängel der Messung und des Messverfahrens nicht nur ins Blaue zu behaupten, sondern konkret herausarbeiten und vorbringen zu können. Der VerfGH Saarland entzieht diesem Rechtsinstitut also weder die Grundlage, noch zieht sein Ansatz eine generelle Beiziehungspflicht des AG nach sich.

Immerhin ist das OLG Oldenburg so ehrlich darzulegen, aus welchem Grund es die an sich angezeigte, eigentlich für die Praxis sogar dringend notwendige Vorlage an den BGH nicht vornimmt. Früher oder später wird der BGH die Sache aber im Interesse der Praxis klären müssen, eventuell das BVerfG.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Anwaltsvergütung

Höhe der zu erstattenden Wahlanwaltsgebühren

Es gibt keinen allgemeinen Rechtssatz, wonach ein Wahlverteidiger im Kostenfestsetzungsverfahren nicht schlechter gestellt werden dürfe als ein Pflichtverteidiger. Die Gebühren des Wahlverteidigers können daher unter der Pauschalgebühr des gesetzlich bestellten Verteidigers liegen. (Leitsatz des Verfassers)

LG Detmold, Beschl. v. 15.5.2018 – 23 Qs 36 Js 635/16

I. Sachverhalt

Der ehemalige Angeklagte ist vom AG wegen einer Trunkenheitsfahrt verurteilt worden, außerdem wurde ein Fahrverbot festgesetzt. Dagegen hat der Angeklagte Berufung eingelegt. In dem auf den 9.11.2016 anberaumten Hauptverhandlungstermin erschien der Angeklagte nicht. Die Hauptverhandlung dauerte 10 Minuten. Es wurde Fortsetzungstermin auf den 29.11.2016 bestimmt. In dem hat das LG unter

Wie zu erwarten

Standardisiertes Messverfahren wäre unfair?

Keine Vorlage an den BGH

HVT dauert zehn Minuten

Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung im Übrigen das Fahrverbot aufgehoben. Die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des ehemaligen Angeklagten wurden der Staatskasse auferlegt.

Der Verteidiger des Angeklagten macht nun dessen notwendige Auslagen der II. Instanz geltend. Er hat für den Hauptverhandlungstermin vom 9.11.2016 eine Terminsgebühr i.H.v. 320 EUR beantragt. Der Bezirksrevisor hat nur die Mindestgebühr i.H.v. 80 EUR als gerechtfertigt angesehen. Das AG hat die Terminsgebühr in Höhe der Terminsgebühr eines Pflichtverteidigers festgesetzt, denn der Wahlverteidiger dürfe nicht schlechter gestellt werden als der gesetzlich bestellte Verteidiger. Dagegen hat der Bezirksrevisor sofortige Beschwerde eingelegt. Sie hatte beim LG Erfolg.

II. Entscheidung

Das LG hat unter Anwendung der Kriterien des § 14 Abs. 1 Satz 1 RVG für den Hauptverhandlungstermin am 9.11.2016 nur die Mindestgebühr i.H.v. 80 EUR als erstattungsfähig angesehen. Hauptkriterium für die Höhe der Terminsgebühr sei die Dauer der Hauptverhandlung. Als durchschnittliche Dauer einer Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht werde dabei ein Zeitraum von zwei bis drei Stunden angenommen (vgl. Gerold/Schmidt/Burhoff, RVG, VV Vorb. 4 Rn 34 m.w.N.). Mit lediglich zehn Minuten Dauer sei der Hauptverhandlungstermin vom 9.11.2016, der nahezu pünktlich begonnen habe, dahinter ganz deutlich zurückgeblieben. Auch sei der anwaltliche Aufwand gering gewesen. Da der Angeklagte nicht erschienen sei, sei eine Verhandlung zur Sache nicht möglich gewesen. Schließlich sei die Angelegenheit auch weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht besonders schwierig gewesen, sodass auch die Vorbereitung des Verteidigers auf den Termin als nicht erheblich einzuschätzen sei.

Der Auffassung des AG, dem Wahlverteidiger stehe unabhängig von den genannten Kriterien jedenfalls die Pauschalgebühr des gesetzlich bestellten Verteidigers zu, hat das LG eine Absage erteilt. Ein allgemeiner Rechtssatz, wonach ein Wahlverteidiger im Kostenfestsetzungsverfahren nicht schlechter gestellt werden dürfe als ein Pflichtverteidiger, bestehe nicht. Während der vom Gericht bestellte gesetzliche Verteidiger nach § 55 RVG einen Honoraranspruch gegen die Staatskasse geltend mache, besitze der Wahlverteidiger einen Honoraranspruch gegen seinen Mandanten. Davon zu unterscheiden sei die Frage, welche Kosten dieser als notwendige Auslagen nach §§ 464a Abs. 2 Nr. 2 StPO, 91 Abs. 2 ZPO von der Staatskasse erstattet bekomme. Eine wirtschaftliche Schlechterstellung des Wahlverteidigers sei damit nicht verbunden. Eine etwaige Differenz des von ihm geltend gemachten Honoraranspruchs zu den von der Staatskasse dem Angeklagten als notwendig erstatteten Auslagen müsse der Wahlverteidiger im Rahmen des Mandatsverhältnisses geltend machen.

III. Bedeutung für die Praxis

1. Die Entscheidung entspricht der h.M. in der Rechtsprechung (vgl. inzidenter LG Koblenz Rpfleger 2009, 698; LG Neuruppin, Beschl. v. 22.12.2011 – 11 Qs 72/11, insoweit nicht in VRR 2012, 43 [Ls.] = StRR 2012, 83 [Ls.]; Beschl. v. 2.1.2012 – 11 Qs 62/11; LG Osnabrück Nds.Rpfl 2008, 228; AG Bautzen, Beschl. v. 24.10.2014 – 40 Ls 150 Js 9671/11; AG Koblenz JurBüro 2005, 593). Das AG Köthen hat die Frage zwar vor kurzem anders entschieden (vgl. RVGreport 2017, 185 = StRR Sonderausgabe 5/2017, 9). Ich hatte aber bereits damals darauf hingewiesen, dass die Entscheidung vereinzelt bleiben würde. Denn die Festbetragsgebühren des Pflichtverteidigers

AG setzt in Höhe der Pflichtverteidigergebühren fest

Erstattungsfähig nur die Mindestgebühr

Wahlanwaltsgebühren/
Pflichtverteidigergebühren

Entspricht der h.M.

Rechtsprechungsreport

sind im RVG nicht als Untergrenzen der Gebührenrahmen für den Wahlanwalt festgelegt, sondern können, wie die Mindestgebühren zeigen, unterschritten werden (zu allem a. Burhoff/Volpert/Burhoff, RVG, Teil A: Rahmengebühren [§ 14 RVG], Rn 1687).

2. Der ehemalige Angeklagte und sein Verteidiger können im Übrigen froh sein, dass für den Hauptverhandlungstermin am 9.11.2016 überhaupt eine Terminsgebühr erstattet wird. Denn in dem Termin war der Angeklagte „säumig“. Die Berufungskammer hat aber in ihrer Kostenentscheidung von der Ausnahmeregelung des § 467 Abs. 2 Satz 2 StPO keinen Gebrauch gemacht. Eine Korrektur der Entscheidung im Festsetzungsverfahren in der Weise, dass ggf. hier noch die Notwendigkeit der Auslagen verneint würde, ist nicht möglich. Denn die Feststellung der „schuldhaften Säumnis“ erfordert eine Einzelfallprüfung, die vom Tatrichter vorzunehmen ist.

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

Kosten der Säumnis

Impressum

Herausgeber:

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

Erscheinungsweise:

monatlich, nur als PDF, nicht im Print

Bezugspreis (jährlich):

114 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, 1.768 Seiten, gebunden, mit Download, 129,00 €
ISBN 978-3-89655-931-9
Erscheint November 2018



Paket:

- Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren
 - Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung
- statt 248,00 € im Paket **nur 199,00 €**
ISBN 978-3-89655-939-5
Auslieferung erfolgt im Dezember 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 Dezember 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 476,00 € im Paket **nur 299,00 €**
ISBN 978-3-89655-961-6
Auslieferung erfolgt im Dezember 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