

## Editorial

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



Liebe Kolleginnen und Kollegen,  
liebe Leserinnen und Leser,  
wir übersenden heute die StRR-Oktoberausgabe 2019. Dazu ist Folgendes  
anzumerken:

Im Praxisforum befassen sich die Kollegen Goldstein und Will zunächst mit den beiden  
„Sterbehilfeentscheidungen“ des BGH vom 3.7.2019 und stellen die Auswirkungen für  
die Praxis dar.

Im Rechtsprechungsreport stellen wir Ihnen neben „Beweiswürdigungsentscheidungen“  
drei Beschlüsse zur RiLi 2016/1919 vor, die sich im Wesentlichen mit der Frage  
der unmittelbaren Anwendung befassen. Darunter befindet sich auch eine BGH-  
Entscheidung.

Abgerundet wird unsere Berichterstattung durch zwei steuerstrafrechtliche Be-  
schlüsse des BGH und eine für die Praxis bedeutsame Entscheidung des OLG Köln  
zum Nachweis der Vertretervollmacht im Bußgeldverfahren.

Zum Schluss: Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Herzliche Grüße

## Inhalt

**StRR-Kompakt** ..... 2

### Praxisforum

Die Sterbehilfe im Lichte der  
neusten BGH-Rechtsprechung ..... 5

### Rechtsprechungsreport

#### Verfahrensrecht

Urteilsgründe bei einem  
DNA-Gutachten ..... 9

Verständigung und Beweis-  
würdigung ..... 11

Sachverständigenbeweis-  
antrag ..... 12

Umsetzung der PKH-Richtlinie  
2016/1919 ..... 14

Verständigung: Pflicht zur Mittei-  
lung von mit anderem Spruchkör-  
per geführten Erörterungen ..... 15

Anwendung der PKH-Richtlinie  
2016/1919 bei Pflichtverteidiger-  
bestellung ..... 17

#### StGB/Nebengebiete

Nemo-tenetur-Grundsatz ..... 20

Konkurrenzverhältnis von  
Steuerhinterziehung und Steuer-  
hehlerei ..... 22

#### Ordnungswidrigkeitenrecht

Nachgewiesene Vollmacht und  
Verwerfungsbefugnis ..... 24

#### Anwaltsvergütung

Anrechnung von Zahlungen/  
Vorschüssen bei der Pflichtver-  
teidigervergütung ..... 26

Verbindung von Verfahren und  
Anrechnung von Vorschüssen .... 28



### Durchsuchung: Auffindeverdacht

Ein rechtmäßiger Durchsuchungsbeschluss setzt einen hinreichend konkreten Auffindeverdacht voraus. Ein Grundrechtseingriff ist dann unverhältnismäßig, wenn naheliegende grundrechtsschonende Ermittlungsmaßnahmen ohne greifbare Gründe unterbleiben oder zurückgestellt werden und die vorgenommene Maßnahme außer Verhältnis zur Stärke des in diesem Verfahrensabschnitt vorliegenden Tatverdachts steht. Im Einzelfall können die Geringfügigkeit der zu ermittelnden Straftat, eine geringe Beweisbedeutung der zu beschlagnahmenden Gegenstände sowie die Vagheit des Auffindeverdachts der Durchsuchung entgegenstehen.

VerfGH Sachsen, Beschl. v. 1.8.2019 – Vf. 39-IV-19

### PKH-Richtlinie: Unmittelbare Anwendung nach Ablauf der Umsetzungsfrist

Für eine unmittelbare Anwendung der Bestimmungen der sog. PKH-Richtlinie in Verbindung mit § 141 Abs. 3 StPO mit der Folge, dass bereits mit Ablauf der Umsetzungsfrist für die Mitgliedstaaten am 5.5.2019 (vgl. Art. 12 Abs. 1 PKH-Richtlinie in Verbindung mit Ziffer 2 der Berichtigung der Pkw-Richtlinie [Abl. 2017 L 91/40]) „im Regelfall schon vor der ersten Beschuldigtenvernehmung ein Antrag auf Pflichtverteidigerbestellung zu stellen ist“, ist rechtlich kein Raum.

BGH, Beschl. v. 4.6.2019 – 1 BGs 170/19

### Pflichtverteidiger: nachträgliche Beiordnung

Die rückwirkende Beiordnung eines Pflichtverteidigers nach Abschluss des Verfahrens ist dann geboten, wenn die Voraussetzungen der Beiordnung zum Zeitpunkt der Antragstellung vorgelegen haben.

AG Kempten, Beschl. v. 27.8.2019 – 12 Gs 1887/19

### Einziehung: Hinweispflicht

Der 5. Strafsenat des BGH beabsichtigt zu entscheiden: Eine Hinweispflicht auf die Rechtsfolge der nach den §§ 73, 73c StGB obligatorischen Einziehung, die an bereits in der Anklageschrift enthaltene tatsächliche Umstände anknüpft, sehen weder § 265 Abs. 1 StPO noch § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO vor. Der Senat fragt daher bei den anderen Strafsenaten an, ob an entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

BGH, Beschl. v. 18.6.2019 – 5 StR 20/19

### Urteilsabsetzungsfrist: Kollegialgericht

Bei einem Kollegialgericht gestattet auch der unvorhersehbare Ausfall der Berichterstatterin nicht ohne Weiteres die Überschreitung der Frist zur Absetzung des Urteils (§§ 275, 338 StPO).

BGH, Beschl. v. 9.7.2019 – KRB 37/19

### Wiedereinsetzung: Faxversand

Scheitert die Übermittlung eines fristgebundenen Schriftsatzes an der temporären Belegung oder Störung des Telefaxempfangsgeräts des Gerichts, darf der Prozessbevollmächtigte der Partei nicht ohne Weiteres mehrere Stunden vor Ablauf des letzten

Ermittlungsverfahren

Hauptverhandlung

Rechtsmittelverfahren

## **StRR-Kompakt**

---

Tages der Frist – vorliegend bereits gegen 20.00 Uhr – zusätzliche Übermittlungsversuche einstellen (im Anschluss an BGH NJW 2015, 1027 Rn 21).

BGH, Beschl. v. 20.8.2019 – VIII ZB 19/18

### **Verständigung: Protokollierung**

Wird in der Hauptverhandlung ein Vermerk über ein außerhalb der Hauptverhandlung geführtes Verständigungsgespräch verlesen, ist der Protokollierungspflicht des § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO genügt, wenn der Vermerk durch die Angabe der Aktenfundstelle unverwechselbar bezeichnet wird.

BGH, Beschl. v. 30.7.2019 – 5 StR 288/19

### **Rechtsmitteleinlegung: Einlegung über beA**

Die Einlegung eines Rechtsmittels mittels elektronischen Dokuments über das besondere elektronische Anwaltspostfach ohne qualifizierte elektronische Signatur erfüllt in Rheinland-Pfalz derzeit nicht das Schriftformerfordernis des § 341 Abs. 1 StPO.

OLG Koblenz, Beschl. v. 22.8.2019 – 2 OLG 4 Ss 104/19

### **Berufungsverfahren: Berufungsbeschränkung auf den Rechtsfolgenausspruch**

Eine Berufungsbeschränkung auf den Rechtsfolgenausspruch scheidet aus, wenn die erstgerichtlichen Urteilsgründe – und mit ihnen die darin enthaltenen tatsächlichen Feststellungen zum Schuldspruch – gänzlich fehlen. Dem völligen Fehlen der Urteilsgründe steht es gleich, wenn die Urteilsgründe entgegen § 275 Abs. 2 Satz 1 StPO überhaupt nicht oder nur in ungenügender Weise unterschrieben sind und eine Nachholung der Unterschrift wegen Ablaufs der Frist aus § 275 Abs. 1 StPO ausscheidet.

OLG Hamburg, Beschl. v. 13.8.2019 – 2 Rev 39/18

### **Berufungsbeschränkung: Bindungswirkung bei Regelbeispielen**

Im Fall der wirksamen Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch erwachsen die erstinstanzlichen Feststellungen zur Erfüllung eines gesetzlichen Regelbeispiels (hier: Gewerbsmäßigkeit) nicht in Rechtskraft. Das Berufungsgericht muss aufgrund der insoweit fehlenden Bindungswirkung des erstinstanzlichen Urteils hierzu eigene Vorstellungen treffen.

OLG Celle, Beschl. v. 17.5.2019 – 2 Ss 59/19

### **Pflichtverteidigerwechsel: Vollzug der Sicherungsverwahrung**

Die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 463 Abs. 8 StPO gilt auch für jedes weitere Verfahren, solange sie nicht aufgehoben wird. Die Zulässigkeit eines Pflichtverteidigerwechsels im Rahmen des § 463 Abs. 8 StPO ist außerhalb der Fallgestaltungen der Rücknahme der Bestellung nach § 143 StPO nicht allein daran zu messen, ob ein „wichtiger Grund“ vorliegt oder nicht. Für einen neuen Vollstreckungsabschnitt rechtfertigen – anders als in einem laufenden Abschnitt – weder Kostengesichtspunkte noch Gründe der Prozessökonomie die Ablehnung eines Beiordnungsantrags eines neuen Verteidigers.

KG, Beschl. v. 27.8.2019 – 2 Ws 135/19

**Vollstreckung**

### Einziehung: Tabaksteuerhinterziehung

Ein der Einziehung unterliegender wirtschaftlicher Vorteil liegt bei einer Hinterziehung von Tabaksteuer nur vor, soweit sich die im Wert der Tabakwaren verkörperte Steuerersparnis im Vermögen des Täters widerspiegelt (§§ 370 Abs. 1 AO, 73c StGB).

BGH, Urt. v. 11.7.2019 – 1 StR 620/18

### Urkundenfälschung: Vorlage einer Ausweiskopie

Der 5. Strafsenat des BGH beabsichtigt zu entscheiden: Auch durch Vorlage einer Kopie oder elektronische Übersendung des Bildes eines echten Ausweises kann ein Ausweispapier im Sinne von § 281 Abs. 1 Satz 1 StGB zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht werden.

BGH, Beschl. v. 8.5.2019 – 5 StR 146/19

### Schreckschusspistole: Waffenbegriff

Eine – geladene – Schreckschusspistole unterfällt nur dann dem Waffenbegriff des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB, wenn feststeht, dass beim Abfeuern der Waffe der Explosionsdruck nach vorne aus dem Lauf austritt und die Waffe deshalb nach ihrer Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Hierzu hat das Tatgericht regelmäßig Feststellungen zu treffen, denn der Austritt des Explosionsdrucks nach vorne mag zwar üblich sein, kann aber nicht als selbstverständlich vorausgesetzt werden.

BGH, Beschl. v. 30.7.2019 – 4 StR 238/19

### Untreue: Fremdgeld des Rechtsanwalts

„Jederzeit fähig“, mit Fremdgeld bestimmungsgemäß umzugehen, ist der Rechtsanwalt u.U. auch dann, wenn ihm ein nicht ausgeschöpfter Dispositionskredit eingeräumt ist. Zu den im Hinblick auf die Bereitschaft des Rechtsanwalts, mit Fremdgeldern bestimmungsgemäß umzugehen, im Falle einer Mandatskündigung erforderlichen Feststellungen.

OLG Köln, Beschl. v. 19.6.2019 – III-1 RVs 97 und 99/19

### Volksverhetzung: Holocaust

Fälle des umfassenden Herunterrechnens der Opferzahlen des Holocausts unterfallen allein der Tatbestandsvariante des „Verharmlosens“ i.S.v. § 130 Abs. 3 StGB. Die mit einer eigenen Bewertung versehene und jedermann im Internet zugängliche Verlinkung eines Beitrages, der ein augenscheinlich manipuliertes Foto eines Eingangstores zu einem Konzentrationslager zeigt, bei dem der tatsächlich vorhandene Schriftzug im Torbogen durch die Worte „Muh Holocaust“ ersetzt ist, und in dem dargelegt wird, in Bezug genommene Quellen seien geeignet, das historisch nachgewiesene Ausmaß des Völkermordes an der jüdischen Bevölkerung während der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft zu widerlegen, ist geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören.

OLG Celle, Urt. v. 16.8.2019 – 2 Ss 55/19

StGB – Allgemeiner Teil

StGB – Besonderer Teil

### Urteilsabsetzungsfrist: generelle Arbeitsüberlastung

Eine generelle Arbeitsüberlastung entschuldigt nicht die Versäumung der Urteilsabsetzungsfrist (§§ 275, 338 StPO, §§ 71, 79 OWiG).

OLG Rostock, Beschl. v. 23.8.2019 – 21 Ss OWi 210/19 (B)

### Notwendigkeit von Fotokopien: Prüfpflicht des Gerichts

Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, im Kostenfestsetzungsverfahren selbst zu prüfen, welche Aktenbestandteile aus Sicht der Verteidigung zwingend zu kopieren waren und welche nicht.

LG Braunschweig, Beschl. v. 5.8.2019 – 9 Qs 158/19

## Praxisforum

---

### Die Sterbehilfe im Lichte der neusten BGH-Rechtsprechung

RA/FaStR Juri Goldstein, Lehrbeauftragter an der University of Applied Sciences Jena, Recht für Pflegeberufe; Dipl. ref. jur. Andrea Will

Seit jeher geraten Ärzte bei der Betreuung suizidaler Patienten in ein weitverzweigtes moralisches Dilemma zwischen dem hippokratischen Eid, dem Willen des Patienten und den Grenzen des Strafrechts.

Am 3.7.2019 bestätigte der 5. Strafsenat des BGH zwei Urteile des LG Berlin und des LG Hamburg, die zwei Ärzte hinsichtlich der Unterstützung von Selbsttötungen, des Unterlassens von Maßnahmen zur Rettung der bewusstlosen Suizidentinnen sowie der unterlassenen Hilfeleistung freigesprochen hatten. Die Mediziner seien nicht verpflichtet gewesen, den Patientinnen nach deren Suizidversuch das Leben zu retten. Im Folgenden soll erläutert werden, warum dieses Urteil seinem Inhalt nach einzigartig ist, welche rechtlichen und praktischen Probleme es beseitigt und welche es neu entstehen lässt.

#### I. Überblick über die Ausgangslage der Vorinstanzen

Beide Fälle der Erstinstanzen Hamburg und Berlin betrafen Ärzte, die ihren jeweiligen Patientinnen ein tödlich wirkendes Medikament überlassen hatten, um die Beteiligten beim Suizid zu unterstützen. Die Patientinnen nahmen das Medikament selbst und im Beisein des behandelnden Arztes ein, der sie bis zum Tod begleitete.

Das Hamburger Verfahren der Erstinstanz (Urt. v. 8.11.2017 – 619 Kls 7/16) betraf zwei Frauen im Alter von über 80 Jahren. Diese fassten im Jahr 2012 den Entschluss, ihr Leben selbstbestimmt zu beenden. Nach den Feststellungen des LG Hamburg litten die beiden suizidwilligen Patientinnen an mehreren nicht lebensbedrohlichen, aber ihre Lebensqualität und persönlichen Handlungsmöglichkeiten zunehmend einschränkenden Krankheiten. Daher kontaktierten sie die Sterbehilfeorganisation „Sterbehilfe e.V.“. In Zusammenarbeit mit diesem Verein begutachtete der angeklagte Facharzt für Neurologie und Psychiatrie die beiden Patientinnen. Nach seinen medizinischen und psychologischen Untersuchungen bestätigte er deren Einsichts- und Urteilsfähigkeit sowie die Festigkeit der Suizidwünsche. Im weiteren Verlauf wohnte der Angeklagte der Einnahme der tödlich wirkenden Medikamente auf Verlangen der Frauen bei. Die Staatsanwaltschaft warf ihm vor, die Rettung der Frauen trotz Garantenstellung unterlassen zu haben, nachdem beide in den Zustand der

Anwaltsvergütung

BGH erneuert Rechtsauffassung

§§ 212, 13 216, 323c StGB

Hamburger Verfahren

Bewusstlosigkeit gefallen waren. Das Einleiten von Rettungsmaßnahmen hatte er auf ihren ausdrücklichen Wunsch hin unterlassen.

Das LG Hamburg sprach den Angeklagten aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen frei. Dazu führten die Richter aus, beide Frauen hätten während des gesamten Tatgeschehens die alleinige Tatherrschaft über die Herbeiführung ihres Todes gehabt. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass nach Medikamenteneinnahme eine Änderung ihres Willens eingetreten sei. Der Angeklagte sei aufgrund der ihm bekannten Freiverantwortlichkeit der Suizide auch nicht zu ihrer Rettung verpflichtet gewesen.

Im Berliner Verfahren klagte die Staatsanwaltschaft einen 70-jähriger Hausarzt an, der einer Patientin Zugang zu einem in hoher Dosierung tödlich wirkenden Schlafmittel verschafft hatte. Die 44-jährige Frau litt seit ihrer Jugend an einer nicht lebensbedrohlichen chronischen Krankheit, welche jedoch starke krampfartige Schmerzen verursachte. Sie kontaktierte nach mehreren eigenen und vergeblichen Suizidversuchen den Angeklagten, um schließlich von diesem Hilfe beim Sterben zu erhalten. Auf ihren Wunsch hin verschaffte der Angeklagte ihr nicht nur Zugang zu den Medikamenten, sondern betreute sie auch nach der Einnahme. Die Patientin verfiel in einen zweieinhalb Tage andauernden Zustand der Bewusstlosigkeit. In dieser Zeit wachte der Angeklagte über die Frau und unterließ jegliche Hilfeleistungen.

Das LG Berlin sprach den Angeklagten aus rechtlichen Gründen frei. Die Richter sahen in der Bereitstellung der Medikamente eine straflose Beihilfe zur eigenverantwortlichen Selbsttötung. Zu Rettungsbemühungen nach Eintritt der Bewusstlosigkeit sei der Angeklagte nicht verpflichtet gewesen. Der Garantspflicht stehe die freiverantwortliche Ausübung des Selbstbestimmungsrechts der Verstorbenen entgegen, die eine Pflicht des Angeklagten zur Abwendung ihres Todes entfallen lasse.

Die LG Berlin und Hamburg führten in beiden Urteilen den Patientenwillen als wesentliches Merkmal dafür auf, ob eine Pflicht zur Hilfeleistung des Arztes sowie dessen Tatherrschaft nach Beginn der suizidalen Handlungen begründet wurden. Der Wille des Patienten sei als dessen oberstes Gut zu respektieren, so die Gerichte. Gegen die Freisprüche legten die jeweiligen Staatsanwaltschaften Revision ein.

## II. Die Ausgangslage der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Nach der früheren Rechtsprechung des BGH durfte ein Arzt dem Patienten straflos ein tödliches Medikament überlassen. Diese Beihilfe zur Selbsttötung als sogenannte passive Sterbehilfe steht nicht unter Strafe. Sobald der Patient allerdings in den Zustand der Bewusstlosigkeit verfiel, war der behandelnde Arzt zum Eingreifen verpflichtet und hatte den Patienten zu reanimieren. In der Konsequenz mussten sich Ärzte nach der Übergabe eines potentiell tödlichen Medikamentes zum Suizidversuch folglich umgehend entfernen, wenn sie kein strafrechtliches Risiko eingehen wollten. Diese unübersichtliche und für die Betroffenen oft unverständliche Rechtslage sorgte für erhebliche Kritik, sorgte sie doch dafür, dass Patienten alleine sterben mussten. Ein Begleiten in den Tod durch medizinische Betreuung oder durch psychischen Beistand war dem behandelten Arzt nicht möglich, ohne sich strafbar zu machen.

Diese Rechtslage fußte dogmatisch korrekt hergeleitet auf der allgemein anerkannten Ausgestaltung der Garantspflicht. Einem bewusstlosen Menschen gegenüber ist jedermann verpflichtet zu helfen, indem mindestens Rettungsmaßnahmen irgendeiner Art einzuleiten sind. Ärzten als hippokratisch vereidigten Medizinern oblag diese Schutzpflicht in besonderem Maße, da sie in einem natürlichen Näheverhältnis zu hilfebedürftigen Personen stehen. Leistet ein Arzt keine Hilfe, machte er sich mithin generell der Tötung durch Unterlassen strafbar.

### Hamburger Urteil

### Berliner Verfahren

### Berliner Urteil

### Strafbarkeit behandelnder Ärzte

### Intention Garantpflicht

Vor 35 Jahren entschied der BGH in seinem umstrittenen Ur. v. 4.7.1984 (3 StR 96/84, BGHSt 32, 367 im Fall Wittig, dass diese Grundsätze auch anzuwenden sind, wenn der Bewusstlose die Situation vorher eigenverantwortlich und bewusst herbeigeführt hat, weil er sich das Leben nehmen wollte. Mit Eintreten der Bewusstlosigkeit verliert der Suizident die Möglichkeit, den Suizidversuch selbst abubrechen, sodass er die Herrschaft über das Tatgeschehen in diesem Moment verliert.

### III. Die Wendung des BGH

Mit seinen neuen Urteilen 5 StR 132/18 und 393/18 schlägt der BGH eine neue Richtung ein und wendet sich von seinen bisherigen Auffassungen ein erhebliches Stück weit ab. Er verwarf die Revisionen der Staatsanwaltschaften und bestätigte die freisprechenden Urteile der LG Berlin und Hamburg. Im Gegensatz zur alten Rechtsprechung habe der Patient aufgrund seines Selbstbestimmungsrechts weiterhin die Herrschaft über das Tatgeschehen inne.

Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Angeklagten für ihre im Vorfeld geleisteten Beiträge zu den Suiziden hätte vorausgesetzt, dass die Frauen nicht in der Lage waren, einen freiverantwortlichen Selbsttötungswillen zu bilden, so der Leipziger Strafsenat. Die Gerichte der ersten Instanz haben in beiden Fällen rechtsfehlerfrei keine die Eigenverantwortlichkeit der Suizidentinnen einschränkende Umstände festgestellt. Der von den Patienten gefasste Entschluss über den Sterbewunsch beruhte vielmehr auf „einer im Laufe der Zeit entwickelten, bilanzierenden Lebensmüdigkeit“. Es war ausgeschlossen, dass die Vorhaben der Frauen auf eine psychische Störung zurückzuführen seien.

Beide Angeklagte waren nach Eintritt der Bewusstlosigkeit der Suizidentinnen auch nicht zur Einleitung lebensrettender Maßnahmen verpflichtet gewesen. Der angeklagte Arzt im Hamburger Verfahren hatte schon nicht die ärztliche Behandlung der beiden sterbewilligen Frauen übernommen, sondern nur die Begutachtung und das Beiwohnen auf Bitten der Sterbehilfeorganisation. Dieses Verhalten hat ihn jedenfalls nicht zu lebensrettenden Maßnahmen verpflichten können. Insbesondere werden diese auch nicht mit der Erstellung des geforderten Gutachtens oder durch eine vereinbarte Sterbebegleitung begründet. Ebenfalls wurde durch das LG Berlin zutreffend festgestellt, dass der angeklagte Hausarzt keine Schutzpflicht für das Leben der 44-jährigen Frau hatte. Durch die Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts wurde der Angeklagte von seiner Stellung als behandelnder Hausarzt und damit grundsätzlich bestehenden Pflicht zur Rettung des Lebens seiner Patientin rechtswirksam entbunden.

Aus den gleichen Gründen traf die Angeklagten auch keine in Unglücksfällen jedermann obliegende Hilfeleistungspflicht gemäß § 323c StGB. Die Suizide waren Ausfluss der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts der sterbewilligen Frauen, was den Ärzten auch bewusst war. Zu Rettungsmaßnahmen entgegen dem Patientenwillen sind Ärzte in solchen Fällen nicht verpflichtet.

Mit dieser Korrektur der Rechtsprechung des BGH von 1984 sind Ärzte nun nicht mehr zur Lebensrettung verpflichtet, wenn sie wissen, dass der Patient einen freiverantwortlichen Selbsttötungswillen gefasst hatte.

Damit stärken die Richter das Selbstbestimmungsrecht des Patienten. So muss der Wille des Patienten auch dann besonders respektiert werden, wenn die Person eben nicht mehr bei Bewusstsein ist. Der vorsitzende Richter Norbert Mutzbauer begründete seine Erwägungen im Übrigen mit einer gedanklichen Parallele zur Patientenverfügung. In deren Rahmen ist es nämlich auch möglich, in wachem Zustand zu bestimm-

**Bestätigung der Freisprüche**

**Keine Pflicht zur Hilfeleistung**

**Stärkung des Patientenwillens**

men, wie sich Ärzte später im Fall von Bewusstlosigkeit zu verhalten haben, insbesondere welche Maßnahmen sie zu tun oder zu unterlassen haben.

Für die Beurteilung, ob strafrechtlich relevantes Verhalten vorlag, war unerheblich, ob die Angeklagten mit der jeweiligen Suizidhilfe möglicherweise ärztliche Berufspflichten verletzt haben.

Ebenso war das Verhalten der Angeklagten wegen des strafrechtlichen Rückwirkungsverbotens nicht am Straftatbestand der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung gemäß § 217 StGB zu messen, da die Norm zur Zeit der Suizide noch nicht in Kraft war.

### IV. Auswirkungen auf die Praxis

In beiden entschiedenen Fällen sind die Angeklagten Mediziner. Jedoch lässt sich die ratio decidendi des Urteils auch auf nahe Angehörige übertragen. Auch diese unterlagen bisher im Falle des Suizids einer Schutzpflicht gegenüber den Betroffenen. Somit stärkt die Rechtsprechung letztendlich Kinder und Ehepartner, die den sterbewilligen Verwandten seit Juli 2019 ebenfalls risikolos bis zum Tod begleiten können.

Ärzten hilft das Urteil nur bedingt weiter. Das Urteil des 5. Strafsenats schließt die Strafbarkeit für diejenigen Ärzte aus, die einmalig einem Patienten beim Sterben helfen und ihn während des Suizids betreuen. Trotz der höchstrichterlichen Rechtsprechung bleibt die Gefahr für Ärzte, sich strafbar zu machen, weiterhin bestehen. Ärzte, die mehr als einmal unterschiedlichen Patienten bei diesem Schritt aus dem Leben Beistand und Hilfe leisten wollen, machen sich weiterhin strafbar.

§ 217 wurde im Jahr 2015 durch den Gesetzgeber in das Strafgesetzbuch eingeführt. Die Norm stellt die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung unter Strafe. Um das Tatbestandsmerkmal der Geschäftsmäßigkeit zu erfüllen, reicht bereits ein wiederholtes Hilfeleisten zur Selbsttötung ohne Profitinteresse.

In manchen Regionen Deutschlands, etwa in Hamburg, verbietet auch das Berufsrecht die ärztliche Begleitung einer Selbsttötung. Ärzten droht dann sogar der Verlust ihrer Zulassung.

### V. Fazit

Die Deutsche Sterbehilfe lobte das Leipziger Urteil als eine epochale Abkehr von der früheren Rechtsprechung zugunsten des Selbstbestimmungsrechts. Der Bundesgerichtshof stärkt mit seiner Entscheidung das Recht eines Menschen, über sein Leben sowie über den Zeitpunkt und die Art und Weise seines Ablebens frei und eigenverantwortlich bestimmen zu können.

Rudolf Henke, Vorsitzender des Marburger Bundes, kritisierte das Urteil hingegen. Es verkenne die höchste ärztliche Aufgabe, nämlich die Erhaltung des Lebens und das Lindern des Leidens. Die Mitwirkung an einer Selbsttötung könne keine solche ärztliche Aufgabe sein, begründet durch die Berufsordnung und den abgelegten hippokratischen Eid. Zwar sei das Selbstbestimmungsrecht von Patienten zu respektieren, aber es vermöge nicht die Grenze des ärztlichen Handelns umzugestalten.

Gegen den § 217 StGB haben einige schwerkranke Menschen, Ärzte und Sterbehilfevereine vor dem BVerfG in Karlsruhe Verfassungsbeschwerde erhoben, die derzeit beraten wird. Bei einem Verhandlungstermin im April 2019 deuteten die Verfassungsrichter an, dass sie die umstrittene Norm eventuell beanstanden werden. Es dürfte vor allen Dingen die Frage zu entscheiden sein, ob es ein Recht auf selbstbestimmtes

**Keine Prüfung von Berufspflichten**

**Keine Prüfung von § 217 StGB**

**Rechtslage für Angehörige gestärkt**

**Rechtsunsicherheit für Ärzte bleibt**

**Lob durch Deutsche Sterbehilfe**

**Kritik durch Ärzteverband**

**BVerfG als Zünglein an der Waage**



## Praxisforum

---

Sterben gibt. Das Urteil wird Ende des Jahres erwartet. Sollten die Verfassungsrichter ein solches Recht bejahen und § 217 StGB kippen, bekommt die hier dargelegte Entscheidung eine ganz andere Bedeutung. Denn dadurch würde die ärztliche Begleitung von Suiziden weitestgehend legalisiert werden.

Das Thema Sterbehilfe ist in den vergangenen Jahren zunehmend in den öffentlichen Fokus gerückt. Das liegt an dem gesellschaftlichen Wandel, der über die Zeit die Freiheit und Selbstbestimmtheit des Einzelnen zu einem der höchsten existierenden Rechtsgüter gemacht hat. Die Frage, inwiefern dieses Selbstbestimmungsrecht auch den selbstbestimmten Tod umfasst, wird unterschiedlich bewertet. In den europäischen Nachbarländern ist die rechtliche Situation hierzu höchst unterschiedlich geregelt. In den Niederlanden sind, anders als in Deutschland, sämtliche Arten der Sterbehilfe straffrei. Der Arzt muss jedoch Vorgaben erfüllen, beispielsweise den Patienten auf Einsichts- und Urteilsfähigkeit hin überprüfen – ähnlich wie im Fall vor dem Hamburger LG. Zudem muss der Arzt definitiv feststellen, dass der Sterbewillige keine Aussicht auf Besserung seines Zustandes hat und dass er seine Leiden kaum erträgt. Die finale Entscheidung über eine begleitete Sterbehilfe bedarf dann noch der Zustimmung eines weiteren Arztes. Ähnliche Regelungen gelten in Belgien und Luxemburg. Aus diesem Grund verlagern einige Patienten ihre Suizidversuche auch ins Ausland.

Ob diese Länder für Deutschland in der Ausgestaltung von freien Suiziden ein Vorbild sein können, bleibt abzuwarten. Maßgeblich wird sein, zu welcher Entscheidung das Bundesverfassungsgericht in ein paar Monaten kommen wird. Anhand der Entscheidung wird sich zeigen, inwieweit die Unverletzlichkeit und Schutzwürdigkeit des Lebens mit dem freien Willen, diese Welt zu verlassen, vereinbar ist. Fest steht: Wenn die Richter in Karlsruhe zu § 217 StGB gesprochen haben, werden sie die rechtlichen Grenzen entweder für weitere Jahre in ihrem Status quo festsetzen oder für bahnbrechende Veränderung sorgen.

## Rechtsprechungsreport

---

### *Verfahrensrecht*

#### **Urteilsgründe bei einem DNA-Gutachten**

**Grundsätzlich muss bei molekulargenetischen Vergleichsgutachten in den Urteilsgründen bei den in der forensischen Praxis gebräuchlichen Verfahren lediglich das Gutachtenergebnis in Form der biostatistischen Wahrscheinlichkeitsaussage in numerischer Form mitgeteilt werden, sofern sich die Untersuchungen auf eindeutige Einzelspuren beziehen und keine Besonderheiten in der forensischen Fragestellung aufweisen. Diese Vereinfachung gilt aber nicht für Mischspuren. (Leitsatz des Verfassers)**

*BGH, Beschl. v. 24. 1.2019 – 1 StR 564/18*

#### **I. Sachverhalt**

Das LG hat den Angeklagten wegen der Tötung seiner Ehefrau wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Von der Täterschaft des die Tat abstreitenden Angeklagten hat sich das LG aufgrund einer Vielzahl von Hilfstatsachen überzeugt. Dabei hat es einer vom Angeklagten herrührenden DNA-Spur am Boden einer Getränkedose, die das Opfer von seiner Arbeitsstelle mitgebracht hatte und die bei

### **Unterschiedliche Bewertung in Europa**

### **Ausblick**

### **DNA-Spur maßgeblich für die Überführung des Angeklagten**

der Tat zu Boden gefallen war, „ganz besondere Indizbedeutung“ zugemessen; denn damit könne der Angeklagte nur am Tatort in Kontakt gekommen sein, anders als mit der Jacke der Geschädigten, an deren Kapuze und Kragenseite ebenfalls auf den Angeklagten hinweisende DNA-Spuren – neben einem belastenden Faserspurenbild – gesichert worden seien, und mit dem linken Finger, unter dessen Nagel die Sachverständige vom Landeskriminalamt eine für die Verursachung durch den Angeklagten sprechende „DYS-Spur“ nachgewiesen habe. Daher sei die DNA-Spur an der Dose in der Gesamtschau das „gewichtigste Indiz“, zu welchem der Angeklagte – anders als sonst (etwa zu einem angeblichen Besuch der Ehefrau am Morgen des Tattages, was als „Sinneswandel“ im Einlassungsverhalten und „Anpassung an das Beweisergebnis“ zu würdigen sei) – geschwiegen habe, weil ein Erklärungsversuch offensichtlich sinnlos gewesen sei. Die Revision des Angeklagten hatte Erfolg.

### II. Entscheidung

Der BGH beanstandet die Beweiswürdigung des LG als rechtsfehlerhaft. Sie verhalte sich nicht zu den Grundlagen, aus denen abzuleiten sei, dass der Angeklagte das an der Red-Bull-Dose in einer Mischspur gesicherte Material „mit einer Wahrscheinlichkeit von 1 : 3,3 Millionen mitverursacht habe“.

Insoweit gelte: Sei dem Tatrichter mangels Sachkunde eine eigene Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Gutachtens eines Sachverständigen nicht möglich, so genüge es, dass er sich von der Sachkunde des Gutachters überzeuge und sich danach dem Ergebnis des Gutachtens anschließe. Jedoch müsse er in diesem Fall die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Ausführungen des Sachverständigen im Urteil so wiedergeben, dass das Rechtsmittelgericht prüfen kann, ob die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht und die Schlussfolgerungen nach den Gesetzen der Logik, den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens und den Erkenntnissen der Wissenschaft möglich sind (st. Rspr.; vgl. u.a. BGH NSTZ-RR 2014, 115, 116 m.w.N.). Der Umfang der Darlegungspflicht richte sich dabei nach der jeweiligen Beweislage und der Bedeutung, die der Beweisfrage für die Entscheidung zukommt (BGH NSTZ 2013, 177, 178). Liege dem Gutachten jedoch ein allgemein anerkanntes und weithin standardisiertes Verfahren zugrunde, wie dies etwa beim daktyloskopischen Gutachten, der Blutalkoholanalyse oder der Bestimmung von Blutgruppen der Fall sei, so genüge die bloße Mitteilung des erzielten Ergebnisses (BGH, Beschl. v. 19.12.2018 – 4 StR 410/18; NSTZ 2011, 171 m.w.N.).

Für molekulargenetische Vergleichsgutachten gelte nichts anderes. Nach der neueren Rechtsprechung müsse in den in der forensischen Praxis gebräuchlichen Verfahren lediglich das Gutachtenergebnis in Form der biostatistischen Wahrscheinlichkeitsaussage in numerischer Form mitgeteilt werden, sofern sich die Untersuchungen auf eindeutige Einzelspuren beziehen und keine Besonderheiten in der forensischen Fragestellung aufweisen (BGHSt 63, 187 = StRR 2/2019, 13). Diese Vereinfachung gelte demnach nicht für Mischspuren (vgl. BGH, a.a.O.; Urt. v. 6.2.2019 – 1 StR 499/187), da solche Spuren mehr als zwei Allele in einem DNA-System aufweisen, mithin Zellmaterial von mehr als einer einzelnen Person. Insoweit ist nach wie vor grundsätzlich in den Urteilsgründen mitzuteilen, wie viele Systeme untersucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergaben, mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination bei einer weiteren Person zu erwarten ist und, sofern der Angeklagte einer fremden Ethnie angehört, ob dieser Umstand bei der Auswahl der Vergleichspopulation von Bedeutung war. Bei Mischspuren können je nach den konkreten Umständen des Einzelfalles strengere Anforderungen gelten (BGH NSTZ-RR 2016, 118, 119; Urt. v. 6.2.2019 – 1

**Beweiswürdigung rechtsfehlerhaft**

**Anforderungen an die Urteilsgründe bei einem Sachverständigengutachten ...**

**... gelten grundsätzlich auch für molekulargenetische Vergleichsgutachten**

StR 499/18), auch in Bezug auf die Vergleichspopulation (BGH NStZ 2016, 490, 492); gegebenenfalls sei es notwendig, ergänzende molekulargenetische Untersuchungen durchzuführen (BGH NStZ 2014, 477, 479). Regelmäßig werde sich die Angabe empfehlen, wie viele Spurenverursacher in Betracht kommen und um welchen Typ von Mischspur es sich handelt (BGH, Beschl. v. 27.6.2017 – 2 StR 572/16 m.w.N.).

Die Ausführungen des LG genügten – so der BGH – diesen Anforderungen nicht. Sie teilten nur mit, dass als weitere Spurenverursacherin – ebenfalls mit einer Wahrscheinlichkeit von 1 : 3,3 Millionen – eine Besucherin der Tagungsstätte, die die Dose dort zurückließ, in Betracht kommt. Insoweit sei bereits der Typ der Mischspur – eine Spur ohne klaren Hauptverursacher – nicht hinreichend genau herausgearbeitet. Im Übrigen fehle es – wie auch bei den anderen DNA-Spuren – völlig an der Darstellung der Systeme und der Wahrscheinlichkeitsberechnung (vgl. zu Letzterem BGH NStZ 2013, 179); auf die für den Angeklagten relevante Vergleichspopulation werde nicht eingegangen.

### III. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung des BGH fasst die Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Urteilsgründe, wenn die Beweiswürdigung/Überführung des Angeklagten auf eine DNA-Spur gestützt wird, noch einmal zusammen. Als Verteidiger muss man das im Auge behalten und Lücken in der Beweiswürdigung mit der Sachrüge prüfen. I.d.R. wird in den Fällen das Urteil auf einem solchen Fehler beruhen (§ 337 StPO). Das gilt jedenfalls dann, wenn sich das LG, wie es hier der Fall war, festgelegt hat, dass von der Vielzahl der Indizien die DNA-Spur an der Getränkedose für seine Überzeugungsbildung (§ 261 StPO) den Ausschlag gegeben hat.

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

### Verständigung und Beweiswürdigung

#### Zur trichterlichen Würdigung der Angaben eines Zeugen in dem gegen ihn selbst geführten Strafverfahren. (Leitsatz des Verfassers)

**BGH, Beschl. v. 27.2.2019 – 2 StR 558/18**

#### I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln verurteilt. Die dagegen gerichtete Revision des Angeklagten, mit der er u.a. die landgerichtliche Beweiswürdigung als rechtsfehlerhaft beanstandet hat, hatte Erfolg.

#### II. Entscheidung

Der BGH sieht ebenfalls Fehler in der Beweiswürdigung. Zwar obliege es allein dem Trichter, sich unter dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu bilden. Der Beurteilung durch das Revisionsgericht unterliege nur, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen seien. Dies sei der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft sei, wenn sie gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstoße oder das Gericht überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung gestellt habe (BGH NStZ-RR 2016, 47, 48).

Hier hat der BGH Lücken in der Beweiswürdigung des LG gesehen. Die Angaben einer Zeugin, die nach Ansicht des LG indiziell die Aussage eines anderen Zeugen gestützt

**Ausführungen des LG zu  
knapp**

**Zusammenfassung der  
Rechtsprechung**

**Fehler in der  
Beweiswürdigung ...**

**... lückenhaft**

haben, seien Bekundungen der Zeugin in ihrem eigenen Strafverfahren und beruhten zudem, wie das LG ohne nähere Einzelheiten mitgeteilt habe, auf einer Verständigung (§ 257c StPO). Sie seien von der Aussage der Zeugin bei der Polizei abgewichen. Bei dieser Sachlage hätte sich die Strafkammer nicht nur – wie geschehen – mit der Würdigung der (polizeilichen) Angaben der Zeugin an sich, sondern auch mit dem Umstand befassen müssen, dass die zum Nachteil des Angeklagten in die Beweiswürdigung eingestellte Aussage der Zeugin in ihrer eigenen Hauptverhandlung Teil einer Verfahrensverständigung gewesen sei. Es sei jedenfalls in der Regel geboten, in die Würdigung einer entscheidungserheblichen Aussage (eines Tatbeteiligten) eine vorangegangene Verständigung in dem gegen ihn wegen desselben Tatkomplexes durchgeführten Verfahren – gleichgültig, ob es Teil des Verfahrens gegen den Angeklagten oder formal eigenständig sei – erkennbar einzubeziehen (vgl. BGH NSTZ 2012, 465, 466; 2013, 353, 355). Nichts anderes könne gelten, wenn es sich – wie hier – zwar um Angaben einer Aussageperson handelt, die nicht denselben Tatkomplex betreffen, diese aber von wesentlicher (indizieller) Bedeutung für die Würdigung des einzigen Belastungszeugen seien und es besondere (verfahrensrechtliche) Anhaltspunkte für die Gefahr einer falschen Einlassung gebe. Davon sei – wie im zugrunde liegenden Fall – jedenfalls dann auszugehen, wenn im Rahmen der Verfahrensverständigung ein nicht aus sich selbst heraus nachvollziehbarer Wechsel der Einlassung vollzogen wird und dies dazu führe, dass eine dritte Person, hier der Angeklagte, dadurch (faktisch) belastet werde (vgl. BGH NSTZ 2014, 287). In dieser besonderen Konstellation sei das Tatgericht gehalten, der Frage nachzugehen, ob die den Dritten belastenden Angaben allein mit Blick auf Vorteile im eigenen Strafverfahren gemacht worden seien, ohne sich darüber im Klaren zu sein, damit womöglich auch wahrheitswidrig eine dritte Person zu belasten.

### III. Bedeutung für die Praxis

Das bedeutet: Das Tatgericht muss sich in diesen Fällen mit dem Zustandekommen der Verständigung, der Motivlage des Zeugen und der damit in Zusammenhang stehenden Änderung seiner Einlassung in seinem Strafverfahren auseinandersetzen und sich die Frage stellen, ob er das allein im Hinblick auf für ihn damit in Zusammenhang stehende Vorteile getan und ob er dabei bedacht und in Kauf genommen hat, dass er damit (indiziell) auch den Angeklagten belastet.

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

### Sachverständigenbeweis Antrag

**Ob der Antragsteller eines Beweisantrages eine hinreichend konkretisierte Beweisbehauptung aufstellt, ist durch Auslegung des Antrags nach seinem Sinn und Zweck zu ermitteln. Dabei dürfen insbesondere bei einem Sachverständigenbeweis Antrag keine überspannten Anforderungen gestellt werden. (Leitsatz des Verfassers)**

*BGH, Beschl. v. 10.4.2019 – 4 StR 25/19*

#### I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit Körperverletzung und Beleidigung verurteilt. Mit der Verfahrensrüge hat der Angeklagte geltend gemacht, das LG habe seinen Anträgen auf Einholung eines rechtsmedizinischen Sachverständigengutachtens zum Beweis der Tatsache, dass „eine Zahl von fünf bis

Motivlage?

Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens

## Rechtsprechungsreport

sechs Schlägen mit der Hand in das Gesicht einer anderen Person Spuren ... hinterlasse, die auch nach einem Zeitraum von vier bis sechs Stunden ... noch sichtbar sein müssen“ bzw. dass „ein gewaltsames Eindringen in die Vagina einer Frau mit zwei Fingern innere Verletzungen ...“ zur Folge habe, die auch nach vier bis sechs Stunden „noch sichtbar sein müssen“, zu Unrecht die Qualität eines Beweisantrags abgesprochen.

### II. Entscheidung

Die Rüge hatte keinen Erfolg. Der BGH hat allerdings gegen die Begründung der Ablehnung des Beweisantrages durch das LG rechtliche Bedenken.

Ein Beweisantrag im Sinne des § 244 Abs. 3 und 4 StPO erfordere inhaltlich die Behauptung einer bestimmten Beweistatsache. Dies setze voraus, dass der tatsächliche Vorgang oder der Zustand bezeichnet wird, der mit dem benannten Beweismittel unmittelbar belegt werden kann. Nicht ausreichend ist die Benennung eines Beweisziels, also der Folgerung, die das Gericht nach Auffassung des Antragstellers aus von ihm nicht näher umschriebenen tatsächlichen Vorgängen oder Zuständen ziehen soll. Ob der Antragsteller eine hinreichend konkretisierte Beweisbehauptung aufstelle, sei erforderlichenfalls durch Auslegung des Antrags nach seinem Sinn und Zweck zu ermitteln. Bei dieser Auslegung habe das Gericht die Beweisbehauptung unter Würdigung aller in der Hauptverhandlung zutage getretenen Umstände, des sonstigen Vorbringens des Antragstellers sowie ggf. des Akteninhalts zu beurteilen. Dabei dürften keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Dies gelte insbesondere für einen Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens; denn insoweit sei der Antragsteller vielfach nicht in der Lage, die seinem Beweisziel zugrunde liegenden Vorgänge oder Zustände exakt zu bezeichnen (vgl. BGH StRR 8/2016, 8 = NStZ 2016, 116; LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn 96 m.w.N.).

Gemessen daran enthalte das Beweisbegehren des Angeklagten die hinreichend bestimmte Behauptung einer dem Beweis zugänglichen Tatsache bzw. eines Erfahrungssatzes (vgl. LR/Becker, a.a.O., § 244 Rn 95). Zwar erwecke die Formulierung des Antrags für sich genommen den Eindruck, der Angeklagte behaupte lediglich ein Beweisziel und benenne in seiner Antragsbegründung nicht ausdrücklich, aufgrund welcher konkreten Anknüpfungstatsachen der als Beweismittel benannte Sachverständige sein Gutachten erstatten soll. Dem Antragsvorbringen in Verbindung mit dem übrigen Akteninhalt lasse sich jedoch hinreichend klar entnehmen, dass der Angeklagte – ausgehend von dem in den Akten dokumentierten Befund, dass wenige Stunden nach der Anzeige der verfahrensgegenständlichen Tat Verletzungsspuren nicht festgestellt worden seien – den Sachverständigen zum Beweis des Erfahrungssatzes hören wolle, dass aus rechtsmedizinischer Sicht unter Zugrundelegung des von dem Tatopfer geschilderten Geschehens sichtbare Verletzungsspuren zu erwarten wären.

### III. Bedeutung für die Praxis

Der BGH hat zwar rechtliche Bedenken gegen die Ablehnungsbegründung, diese hatten für den Angeklagten jedoch keine messbaren Folgen. Denn der BGH hat ein Beruhen des Urteils auf der verfahrensfehlerhaften Behandlung der Beweisanträge als Beweisermittlungsanträge ausgeschlossen. Das LG hatte die Anträge nämlich unter Aufklärungsgesichtspunkten (§ 244 Abs. 2 StPO) geprüft und die begehrte Beweiserhebung wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit abgelehnt. Zur Begründung war dazu ausgeführt, dass das LG die im Beweisantrag bezeichneten Anknüpfungstatsachen, wonach der Angeklagte der Geschädigten „fünf bis sechs Schläge“ versetzt habe bzw. die vaginale Penetration mit den Fingern „gewaltsam“ erfolgt sei,

**Anforderungen an einen Sachverständigenbeweisantrag**

**Anforderungen erfüllt**

**Kein Beruhen**

nicht feststellen werde. Mit dieser Begründung habe das LG zweifelsfrei zu erkennen gegeben, dass es diejenigen Tatsachen, auf die sich der Sachverständige nach dem Inhalt der Beweisanträge stützen müsste, als Beweisgrundlage bereits ausgeschlossen hat. Die Ablehnung der Beweisanträge wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels (vgl. BGH NStZ 2018, 300; LR/Becker, a.a.O., § 244 Rn 238 m.w.N.) lag sonach nach Auffassung des BGH auf der Hand.

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

### Umsetzung der PKH-Richtlinie 2016/1919

**Für eine unmittelbare Anwendung der Bestimmungen der sog. PKH-Richtlinie in Verbindung mit § 141 Abs. 3 StPO mit der Folge, dass bereits mit Ablauf der Umsetzungsfrist für die Mitgliedstaaten am 5.5.2019 (vgl. Art. 12 Abs. 1 PKH-Richtlinie in Verbindung mit Ziffer 2 der Berichtigung der Pkw-Richtlinie [Abl. 2017 L 91/40]) „im Regelfall schon vor der ersten Beschuldigtenvernehmung ein Antrag auf Pflichtverteidigerbestellung zu stellen ist“, ist rechtlich kein Raum.  
(Leitsatz des Verfassers)**

*BGH, Beschl. v. 4.6.2019 – 1 BGs 170/19*

#### I. Sachverhalt

Der GBA beim BGH führt ein Ermittlungsverfahren u.a. gegen den Beschuldigten. Er legt ihm zur Last, im Zeitraum der Jahre 2014 bis 2017 für den Geheimdienst einer fremden Macht eine geheimdienstliche Agententätigkeit gegen die Bundesrepublik Deutschland ausgeübt zu haben, die auf die Mitteilung oder Lieferung von Tatsachen oder Erkenntnissen gerichtet war (§ 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB). Am 4.6.2019 war durch den GBA im Anschluss an durchgeführte Durchsuchungsmaßnahmen die Durchführung einer staatsanwaltschaftlichen Beschuldigtenvernehmung beabsichtigt. In Vorbereitung dessen hat der GBA beim Ermittlungsrichter des BGH beantragt, dem Beschuldigten einen Pflichtverteidiger zu bestellen. Er hat sich dabei auf die PKH-Richtlinie 2016/1919 bezogen. Der BGH hat einen Pflichtverteidiger bestellt, dies allerdings nicht mit der Anwendung der PKH-Richtlinie begründet.

#### II. Entscheidung

Die PKH-Richtlinie EU 2016/1919 vom 26.10.2016 war bis zum 5.5.2019 in nationales Recht umzusetzen. Nachdem das nicht geschehen ist, stellt sich die Frage, ob die Grundsätze der RiLi ggf. automatisch im Recht der Pflichtverteidigung gelten. Der BGH hat die Frage verneint. Für eine unmittelbare Anwendung der Bestimmungen der sog. PKH-Richtlinie in Verbindung mit § 141 Abs. 3 StPO mit der Folge, dass bereits mit Ablauf der Umsetzungsfrist für die Mitgliedstaaten am 5.5.2019 (vgl. Art. 12 Abs. 1 PKH-Richtlinie in Verbindung mit Ziffer 2 der Berichtigung der Pkw-Richtlinie [Abl. 2017 L 91/40]) „im Regelfall schon vor der ersten Beschuldigtenvernehmung ein Antrag auf Pflichtverteidigerbestellung zu stellen ist“, sei rechtlich kein Raum. Erforderlich für eine unmittelbare Wirkung einzelner Richtlinienbestimmungen sei – neben dem Ablauf der Umsetzungsfrist –, dass diese inhaltlich unbedingt und hinreichend genau gefasst seien. Das hat der BGH verneint. Den Mitgliedsstaaten werde nämlich ein nicht unerheblicher Gestaltungsspielraum eingeräumt, der es ihnen namentlich ermöglicht, die Bewilligung von Prozesskostenhilfe im Strafverfahren an „eine Bedürftigkeitsprüfung“ (Art. 4 Abs. 3 PKH-RL), eine „Prüfung

**Auf die Anwendung der RiLi gestützter Antrag des GBA**

**Keine unmittelbare Anwendung der PKH-RiLi**

materieller Kriterien“ (Art. 4 Abs. 4 PKH-RL) oder an beides zu knüpfen (vgl. Art. 4 Abs. 2 PKH-RL).

Damit bleibt nur die Möglichkeit der Anwendung der RiLi im Rahmen der Auslegung des derzeitigen nationalen Rechts über die Grundsätze der sog. richtlinienkonformen Auslegung. Auch dazu hat sich BGH geäußert. Er lehnt eine Anwendung ab. Die Richtlinienziele seien nämlich im Wege richtlinienkonformer Auslegung der hier maßgebenden Bestimmungen des deutschen Strafverfahrensrechts nicht zu erreichen; die maßgebenden Bestimmungen des Rechts über die notwendige Verteidigung unterscheiden sich schon im Regelungsansatz kategorial von einfacher Prozesskostenhilfe. Dem deutschen Strafprozessrecht sei nämlich Prozesskostenhilfe für den Angeklagten grundsätzlich fremd. Das Recht der notwendigen Verteidigung gem. §§ 140, 141 StPO sichere die Justizförmigkeit des Strafverfahrens ab und stehe damit – anders als das Institut der Prozesskostenhilfe – nicht allein im Interesse der beschuldigten Person. Das Recht der notwendigen Verteidigung knüpfe auch nicht an die Bedürftigkeit eines Beschuldigten an. Eine unionsrechtlich begründete Pflicht zur Wahrung der Interessen eines Beschuldigten liefe der gesetzlichen Funktion der notwendigen Verteidigung zuwider (vgl. Schoeller, StV 2019, 190, 191); sie wäre für diesen auch mit erheblichen Belastungen verbunden, etwa bei der Verteidigerauswahl, der Beendigung des Mandatsverhältnisses und mit Blick auf ein nicht unerhebliches Kostenrisiko. Dass die Gebühren des beigeordneten Verteidigers durch den Staat ausgelegt und im Verurteilungsfall – auf Grundlage der Kostenentscheidung im Urteil (§ 465 StPO) – zu erstatten sind (§ 464a Abs. 1 Satz 1 StPO; BVerfG NJW 2003, 196), ist ein faktisch-funktioneller Nebeneffekt für die Absicherung des justizförmigen Verfahrens (vgl. Schoeller, StV 2019, 190, 191), nicht hingegen Ausdruck einer im Strafverfahren vorgesehenen allgemeinen, der Disposition eines Beschuldigten unterstehenden Prozesskostenhilfe.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Den Ausführungen zur unmittelbaren Geltung der RiLi kann man sich m.E. noch anschließen (vgl. auch Burhoff, StRR 7/2019, 5 ff.), das Übrige kann und muss man m.E. anders sehen und es wird zum Glück ja auch wohl anders gesehen (vgl. u.a. LG Chemnitz StRR 7/2019, 18), und zwar – wie der BGH-Beschluss zeigt – sogar vom GBA.

2. Im Übrigen erschließt sich mir nicht, warum der BGH überhaupt in dem Beschluss zu den Fragen der RiLi 2016/1919 Stellung genommen hat. Denn er hat dem Beschuldigten einen Pflichtverteidiger beigeordnet, und zwar auf einen „Hilfsantrag“ des GBA. Der hatte seinen Beibruchungsantrag nämlich – auf Hinweis des BGH – auch darauf gestützt, dass das Verfahren sowohl rechtlich als auch tatsächlich schwierig ist und eine Verteidigung bereits im Ermittlungsverfahren notwendig erscheine.

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

### **Verständigung: Pflicht zur Mitteilung von mit anderem Spruchkörper geführten Erörterungen**

**Zur Mitteilungspflicht von Erörterungen, die vor Hinzuverbindung der Sache in der Hauptverhandlung vor einer anderen Strafkammer geführt wurden. (Leitsatz des Gerichts)**

**KG, Beschl. v. 25.4.2019 – (3) 161 Ss 42/19 (27/19)**

**Auch keine Anwendung über die Auslegung des nationalen Rechts**

**Teilweise anders zu sehen**

**Warum Stellung genommen?**

### I. Sachverhalt

Für die Berufung des Angeklagten war ursprünglich die 61. Strafkammer zuständig. Dort kam es vor Aufruf der Hauptverhandlung zu einem Gespräch über eine dann nicht erfolgte Verständigung, eine Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch sowie die Verbindung mit dem vorliegenden Verfahren. Der Vorsitzende teilte dies sodann in der Verhandlung mit, hinsichtlich der Verständigung aber nur deren negatives Ergebnis. Der Angeklagte beschränkte die Berufung nach Mitteilung seines Verteidigers, dass die StA eine Strafaussetzung ausgeschlossen hatte. Das Verfahren wurde dann ausgesetzt. Nach Verbindung mit dem vorliegenden Verfahren teilte der Vorsitzende der jetzt zuständigen 71. Strafkammer in der neuen Hauptverhandlung lediglich mit, dass Gespräche über eine Verständigung im Sinne des § 257c StPO nicht stattgefunden haben. Die Revision des Angeklagten blieb erfolglos.

### II. Entscheidung

Die Verfahrensrüge des § 243 Abs. 4 StPO greife nicht durch. Es sei zweifelhaft, ob die Vorsitzende der 71. kleinen Strafkammer eine Pflicht zur Mitteilung über den Inhalt des vor der Verfahrensübernahme und -verbindung vor der 61. Strafkammer geführten Erörterungsgesprächs traf. Obergerichtliche Entscheidungen zu dieser Frage seien bisher nicht ergangen. Anerkannt sei die Pflicht zur Mitteilung der vorausgegangenen Erörterungsgespräche nach erfolgter Neubesetzung der zur Entscheidung berufenen Strafkammer (BGH NJW 2014, 3385; für den Richterwechsel aufgrund erfolgreicher Besetzungsrüge: BGH NStZ 2016, 221). Ob nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht eine Pflicht des Vorsitzenden des nunmehr zuständigen Tatgerichts besteht, Erörterungsgespräche, die ein im ersten Rechtsgang zuständiges Tatgericht durchgeführt hat, gem. § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO mitzuteilen, habe der BGH offengelassen (BGH NStZ 2016, 357 = StRR 4/2016, 7 [Deutscher]; abgelehnt von OLG Hamburg NStZ 2016, 182). In ähnlicher Weise habe das OLG Saarbrücken entschieden, dass Erörterungen des erstinstanzlichen Gerichts nicht der Mitteilungspflicht des Berufungsgerichts unterliegen (BeckRS 2016, 12266).

Der Umstand, dass in der vorliegenden Konstellation die zur Entscheidung berufenen Richter nicht selbst an den Erörterungsgesprächen teilgenommen haben und vor diesem Hintergrund aus eigener Anschauung zu deren Inhalten keine Angaben machen können, spreche für ein spruchkörperbezogenes Verständnis der Mitteilungspflicht. Dieser Sichtweise stehe der Gesetzeswortlaut auch nicht entgegen. Danach hätte jeder Spruchkörper jeweils über die unter seiner Beteiligung vorgenommenen Erörterungsgespräche nach § 243 Abs. 4 StPO zu informieren. Da Ziel des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO sei, informelle und unkontrollierte Absprachen zu verhindern, solche aber erkennbar mit dem nach Verbindung des Verfahrens berufenen Spruchkörper nicht getroffen worden sind, spreche auch dieser Umstand dafür, dass die zuletzt zuständige Vorsitzende keine Mitteilungspflicht traf.

Ein solches spruchkörperbezogenes Verständnis von der Mitteilungspflicht beschränke darüber hinaus die Problematik im Zusammenhang mit inhaltlich unzureichenden Aufzeichnungen über Erörterungsgespräche auf die Fälle, in denen die Besetzung des Spruchkörpers in der Zeit zwischen dem Erörterungsgespräch und dem Beginn der Hauptverhandlung wechselt. Denn die Erfüllung der Pflicht zur umfassenden und zutreffenden Mitteilung über Erörterungsgespräche sei immer dann besonders erschwert, wenn die Mitglieder des erkennenden Spruchkörpers an diesen nicht beteiligt waren und die vorliegenden Aufzeichnungen über die Gesprächsinhalte nicht den Anforderungen an die Mitteilung im Sinne des § 243 Abs. 4 StPO genügen. Ein solcher Fall sei auch hier gegeben, nachdem die in der Hauptverhandlung der 61.

**Verbindung bei anderer Strafkammer**

**Mitteilungspflicht der neuen Strafkammer?**

**Fehlende oder unzureichende Kenntnis der neuen Strafkammer**



Strafkammer zu Protokoll genommene Mitteilung über das erfolgte Erörterungsgespräch inhaltlich lückenhaft war und – für sich genommen – der Mitteilungspflicht nicht genügt hätte. Die Mitteilungspflicht erstreckte sich auch auf deren wesentlichen Inhalt. Angesichts dessen hätte auch eine Verlesung dieser Angaben einer Mitteilungspflicht nicht Genüge getan. Dieser Umstand hätte im Falle der Annahme einer Mitteilungspflicht der Vorsitzenden der 71. Strafkammer die Frage aufgeworfen, ob den übernehmenden Spruchkörper eine Pflicht zur Aufklärung des unzureichend aktenkundigen Inhaltes der Erörterungen trifft, deren Erfüllung wegen des schnellen Personalwechsels in den Strafkammern mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein könnte. Dies könne indessen dahinstehen, da auszuschließen sei, dass das Urteil hierauf beruht. Der Senat schließt aus, dass ein Mitteilungsdefizit im konkreten Fall Auswirkungen auf das Aussage- bzw. das Verteidigungsverhalten des Angeklagten hatte, da ihm durch seinen Verteidiger bekannt war, dass die StA eine Strafaussetzung zur Bewährung ablehnte. Auch ein Informationsdefizit der Öffentlichkeit sei hier auszuschließen.

### III. Bedeutung für die Praxis

Bemerkenswert, dass das KG die Revision mit einem zwölfseitigen (!) Beschluss gem. § 349 Abs. 2 StPO als „offensichtlich“ unbegründet verwirft. In der Sache ist das vom KG für diese Fallkonstellation angedachte Verständnis der Mitteilungspflicht nicht wirklich überzeugend (Rechtsprechungsübersicht zur Verständigung bei Deutscher, StRR 3/2017, 4). Das Argument, die neue Strafkammer habe bei fehlerhafter Mitteilung im ersten Durchlauf keine oder nur unzureichende Kenntnis von Ablauf und Inhalt des damaligen Verständigungsgesprächs gehabt, ist nur auf den ersten Blick überzeugend. Dies trifft in gleicher Weise bei einer Zurückverweisung an eine andere Strafkammer nach erfolgreicher Revision zu oder bei Neubesetzung der Kammer zwischen zwei Durchläufen. Für die letztere Fallgestaltung hat der BGH (NJW 2014, 3385) mit einer am Schutzzweck des § 243 Abs. 4 StPO orientierten Argumentation deutlich gemacht: Mit diesem Schutzzweck wäre es nicht vereinbar, in dem Umstand, dass die Besetzung der Strafkammer zwischen dem Gespräch und der Hauptverhandlung hinsichtlich eines oder auch sämtlicher Richter gewechselt hat, einen Grund für den Ausschluss der Mitteilungspflicht zu sehen (Rn 12). Hier kann nichts anderes gelten.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### Anwendung der PKH-Richtlinie 2016/1919 bei Pflichtverteidigerbestellung

**1. Unter dem Gesichtspunkt der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage ist nicht bereits dann immer ein Fall der notwendigen Verteidigung gegeben, wenn die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung die Verhängung einer Freiheitsstrafe anstelle einer Geldstrafe erstrebt oder wenn die am Verfahren beteiligten Justizorgane (Staatsanwaltschaft einerseits und Gericht andererseits oder zwei Gerichtsinstanzen) allgemein unterschiedliche Bewertungen der Rechtsfolgenfrage vornehmen.**

**2. Zur Anwendung der Richtlinie (EU) 2016/1919 vor ihrer Umsetzung in deutsches Recht bei der Bestellung von Pflichtverteidigern. (Leitsätze des Gerichts)**

*KG, Beschl. v. 4.7.2019 – 4 Ws 62/19-161 AR 138/19*

**Nicht überzeugend**

### I. Sachverhalt

Das AG hat den umfassend geständigen Angeklagten wegen Diebstahls gemäß § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB in zwei Fällen schuldig gesprochen, ihn verwarnt und die Verurteilung zu einer Gesamtgeldstrafe von 120 Tagessätzen zu je zehn EUR vorbehalten. Die Bewährungszeit hat es auf zwei Jahre festgesetzt. Dagegen wendet sich die Staatsanwaltschaft Berlin, die in der Hauptverhandlung erster Instanz die Festsetzung von Einzelfreiheitsstrafen in Höhe von jeweils drei Monaten und als Gesamtstrafe eine bedingte Gesamtfreiheitsstrafe von vier Monaten beantragt hatte, mit ihrer auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkten Berufung gegen das amtsgerichtliche Urteil. Sie verfolgt weiterhin das Ziel der Verhängung einer Gesamtfreiheitsstrafe. Die Berufungshauptverhandlung ist noch nicht anberaumt. Der Angeklagte hat beantragt, ihm einen Pflichtverteidiger beizuordnen. Das hat der Vorsitzende der Berufungskammer abgelehnt. Dagegen hat der Angeklagte Beschwerde eingelegt, mit der er auch geltend macht, dass infolge des Inkrafttretens der Richtlinie (EU) 2016/1919 „spätestens mit dem 25.5.2019 ... eine Beiordnung zwingend zu erfolgen“ habe, wobei der Verteidiger ersichtlich angenommen hat, dass die Richtlinie unmittelbare Rechtswirkung entfalte und „somit einen unmittelbaren Anspruch auf Beiordnung eines vom Mitgliedsstaat finanzierten Verteidigers bereits im Ermittlungsverfahren (schaffe), jedenfalls wenn und soweit ein Tatvorwurf eröffnet wird“. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

### II. Entscheidung

Das KG verneint die Voraussetzungen des § 140 Abs. 2 StPO. Allein der Umstand, dass sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung gegen die vom Jugendrichter getroffene Rechtsfolgenentscheidung wendet und, wie schon in der Hauptverhandlung erster Instanz, die Festsetzung einer schärferen Sanktion – hier die Verhängung von Freiheitsstrafe anstelle einer Verwarnung mit Strafvorbehalt – erstrebt, führe nicht zur Notwendigkeit der Verteidigung. Der Senat folge nicht der Rechtsprechung einiger OLG, wonach unter dem Gesichtspunkt der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage bereits und stets dann ein Fall der notwendigen Verteidigung gegeben sei, wenn die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung die Verhängung einer Freiheitsstrafe anstelle einer Geldstrafe erstrebt (so OLG Naumburg StV 2017, 157 [Ls.] = StraFo 2016, 207) oder wenn die am Verfahren beteiligten Justizorgane (Staatsanwaltschaft einerseits und Gericht andererseits oder zwei Gerichtsinstanzen) allgemein unterschiedliche Bewertungen der Rechtsfolgenfrage vornehmen (so OLG Karlsruhe NStZ-RR 2002, 336 für den Fall, dass die Berufung der Staatsanwaltschaft auf den Wegfall der Strafaussetzung zur Bewährung abzielt; in diese Richtung auch, aber jeweils nicht tragend: OLG Düsseldorf StV 1988, 290 und KG StraFo 2013, 425; noch weitergehend, aber – nach Auffassung des KG – kaum justiziabel und zudem unter Bezugnahme auf diese Ansicht nicht tragende Rechtsprechung, Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl., § 140 Rn 26a: auch „bei sonstiger unterschiedlicher Bewertung der Sach- oder Rechtslage“).

Solche eher schematisch wirkenden Rechtsgrundsätze würden der Generalklausel des § 140 Abs. 2 StPO, die den Charakter eines Auffangtatbestandes habe und angesichts der ihr zukommenden Ergänzungsfunktion in besonderer Weise einer Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalles bedürfe, nicht gerecht (vgl. auch OLG Hamburg, Beschl. v. 31.8.2017 – 2 Ws 141/17; OLG Dresden NStZ-RR 2005, 318; s. auch BVerfG NJW 2003, 882; VerfGH Sachsen, Beschl. v. 27.10.2005 – Vf. 62-IV-05; OLG Karlsruhe DAR 2005, 573). Vielmehr sei auch in Fällen, in denen am Verfahren beteiligte Justizorgane unterschiedliche Einschätzungen der Rechtsfolgenfrage

**Strafmaßberufung der  
Staatsanwaltschaft**

**Keine schwierige Sach- und  
Rechtslage**

**Umstände des Einzelfalls von  
Bedeutung**

vornehmen, die Notwendigkeit einer Pflichtverteidigerbestellung auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung der Sach- und Rechtslage zu beurteilen, weil nur eine solche Gesamtbetrachtung eine sachgerechte Bewertung des Grads der Schwierigkeit im Sinne des § 140 Abs. 2 StPO ermögliche. Jedenfalls in einer Fallkonstellation wie der vorliegenden, in der – bei gleichsam „unstreitigem“ Schuldspruch – die von Gericht und Staatsanwaltschaft unterschiedlich beurteilte Frage der angemessenen Rechtsfolge schon wesentlicher Gegenstand der Hauptverhandlung erster Instanz gewesen sei und diese Problematik in einer Berufungshauptverhandlung (lediglich) einer neuen gerichtlichen Bewertung zugeführt werden solle, sei kein Grund ersichtlich, allein wegen der Tatsache, dass diese erneute Entscheidung infolge eines von der Staatsanwaltschaft erhobenen Rechtsmittels zu treffen sei, einen Fall notwendiger Verteidigung anzunehmen. Dies gelte umso mehr, wenn, wie hier zu erwarten, dieser erneuten Bewertung ein im Wesentlichen unveränderter – zumal: nicht schwieriger – Strafzumessungssachverhalt zugrunde liege.

Auch die Argumentation des Verteidigers mit der PKH-Richtlinie (EU) 2016/1919 hat dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg zu verholfen. Nach den vom EuGH zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien formulierten Grundsätzen wäre die genannte Richtlinie – ungeachtet der Frage, wie aus dem in ihr verbürgten „Anspruch auf Prozesskostenhilfe“ unmittelbar die mit dem Rechtsmittel verfolgte Beiordnung eines Pflichtverteidigers abzuleiten wäre – nach dem Verstreichen der Umsetzungsfrist zweifellos in Bezug auf die in ihrem Art. 4 Abs. 4 Satz 2 formulierten Fälle unmittelbar anwendbar, in denen ein Beschuldigter bereits in Haft ist oder einem Gericht zur Entscheidung über eine Haft vorgeführt wird. Im Übrigen erscheine es demgegenüber zweifelhaft, ob die Voraussetzung für eine unmittelbare Wirkung, dass die in der Richtlinie ausgesprochene Verpflichtung hinreichend klar und genau formuliert und nicht an Bedingungen geknüpft ist, es keiner zusätzlichen umsetzenden Maßnahme bedürfe und ein Handlungsspielraum der Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Durchführung der betreffenden Bestimmung fehle, sodass das nationale Gericht sie sinnvoll anwenden könnte, anzunehmen wäre. Die Frage hat das KG jedoch offengelassen. Einer abschließenden Befassung mit der Frage bedürfe es nämlich nicht. Denn entgegen der Annahme des Verteidigers gebiete die Richtlinie, dies zeige auch der Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 12.6.2019 (BR-Drucks 364/19), keinesfalls eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der notwendigen Verteidigung auf (alle) Fälle, in denen einem Beschuldigten in einem Ermittlungsverfahren – ungeachtet des Gewichts und Charakters der vorgeworfenen Straftat – „ein Tatvorwurf eröffnet wird“, wobei der Verteidiger angesichts der Verwendung des Wortes „jedenfalls“ sogar der Auffassung zu sein scheine, dass es auch Fälle gebe, in denen die notwendige Verteidigung nicht einmal eine Eröffnung eines Tatvorwurfs erfordere. Dies folgt ohne weiteres aus Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie, wonach der Anspruch auf die Bereitstellung finanzieller Mittel „im Interesse der Rechtspflege erforderlich“ sein muss, sowie aus Art. 4 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 1 der Richtlinie, wonach den Mitgliedsstaaten die Befugnis eingeräumt sei, eine Prüfung materieller Kriterien (wie Schwere der Straftat, Komplexität des Falles und Schwere der zu erwartenden Strafe) vorzusehen.

### III. Bedeutung für die Praxis

Mich überzeugen die Ausführungen des KG nicht.

1. Warum aus dem Umstand, dass die von Gericht und Staatsanwaltschaft unterschiedlich beurteilte Frage der angemessenen Rechtsfolge schon wesentlicher Gegenstand der Hauptverhandlung erster Instanz war und die Problematik in einer

RiLi 2016/1919

§ 140 StPO

Berufungshauptverhandlung nur einer neuen gerichtlichen Bewertung zugeführt wird, geschlossen werden soll, dass die Sachlage nicht schwierig ist, erschließt sich mir nicht. Aber offenbar befürchtet das KG in allen Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt hat, eine Pflichtverteidigerbeordnung.

2. Zur Anwendung der RiLi 2016/1919 ist anzumerken, dass dieser Beschluss nicht der erste Vorbote einer restriktiven Auslegung der RiLi und der geplanten gesetzlichen Neuregelungen ist. Zur unmittelbaren Geltung nach Anlauf der Umsetzungsfrist s. BGH StRR 10/2019, 14 und auch noch LG Chemnitz StRR 7/2019, 18 und AG Freiburg StRR 9/2019, 13.

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

### *StGB/Nebengebiete*

#### **Nemo-tenetur-Grundsatz**

**1. Derjenige, der sich beim Kauf von un versteuerten Zigaretten der Steuerhehlerei nach § 374 AO schuldig gemacht hat, kann unter Berücksichtigung des Nemo-tenetur-Grundsatzes nicht zusätzlich hinsichtlich dieser Tabakwaren wegen Hinterziehung von Tabaksteuer gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 3 TabStG belangt werden.**

**2. Mangels einer Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 3 TabStG kommt insoweit auch keine Einziehung des Wertes von Taterträgen nach §§ 73 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 73c StGB in Betracht. (Leitsätze des Verfassers)**

*BGH, Beschl. v. 23.5.2019 – 1 StR 127/19*

#### **I. Sachverhalt**

Die Angeklagte bezog in mehreren Fällen von polnischen Lieferanten im Zeitraum Dezember 2016 bis April 2018 aus Drittländern stammende, un versteuerte und unverzollte Zigaretten, die sie nach Erhalt ohne Erklärung gegenüber der zuständigen Zollbehörde im Straßenverkauf gewinnbringend weiterveräußerte.

Die Vorinstanz – das LG Neuruppin – verurteilte die Angeklagte insofern u.a. wegen gewerbsmäßiger Steuerhehlerei gem. § 374 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Alt. 1 AO in mehreren Fällen, aber auch tatmehrheitlich dazu stehend wegen Hinterziehung von Tabaksteuer (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 3 TabStG) in mehreren Fällen.

#### **II. Entscheidung**

Der BGH hob die Verurteilung wegen Hinterziehung von Tabaksteuer in mehreren Fällen auf, da diese gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz verstoßen würde, der auf dem Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) bzw. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 14 Abs. 3 Buchst. g des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte sowie Art. 6 EMRK beruht (BVerfG, Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, BeckRS 2016, 51435).

Zwar bestehen grundsätzlich nach § 393 Abs. 1 S. 2 AO im Besteuerungsverfahren auch bei gleichzeitig geführtem Steuerstrafverfahren die steuerlichen Mitwirkungspflichten fort.

**Vorbote?**

**Steuerhehlerei**

**Mitwirkungspflichten**

Ausnahmsweise wird die Strafbewehrung der steuerlichen Pflichten aber suspendiert, wenn der Steuerpflichtige nicht auf andere Weise hinreichend geschützt ist, wie beispielsweise durch ein strafrechtliches Verwertungsverbot. Insofern ist auch danach zu differenzieren, ob sich die Erklärungspflicht auf andere als vom Strafverfahren betroffene Veranlagungszeiträume bezieht. Kann der Steuerpflichtige über eine Selbstanzeige nach § 371 AO Straffreiheit erlangen, ist er zudem nicht schutzwürdig und die Erklärungspflicht entfällt nicht (Gehm, Kompendium Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2017, S. 410 f. m.w.N.; BGH, Beschl. v. 10.2.2015 – 1 StR 405/14, NStZ 2016, 34).

Aus dem Nemo-tenetur-Prinzip ergibt sich zudem bezüglich der Einkommensteuererklärung die Einschränkung der Erklärungspflicht derart, dass nicht offenbart werden muss, dass die Einkünfte aus strafbarem Verhalten herrühren. Insofern genügt die rein betragsmäßige Angabe (BGH, Urt. v. 5.4.2004 – 5 StR 139/03, NStZ-RR 2004, 242 bei Erhalt von Bestechungsgeldern als Einkünfte i.S.v. § 22 Nr. 3 EStG).

Dabei bescheinigt der BGH der Angeklagten hinsichtlich ihrer sich aus § 23 Abs. 1 S. 3 TabStG ergebenden Erklärungspflicht eine unlösbare Konfliktsituation, denn im Fall, dass sie dieser Erklärungspflicht hinsichtlich der unversteuerten und unverzollt erworbenen Tabakwaren nachgekommen wäre, hätte sie ihre Taten nach § 374 AO gegenüber der Zollbehörde offenbart. Dabei hebt der BGH zusätzlich darauf ab, dass sich die Steuerhhelei und die Steuerhinterziehung auf dieselben Tabakwaren beziehen und einen von derselben Tatmotivation getragenen einheitlichen Lebenssachverhalt in Form der gewinnbringenden Veräußerung unversteuerter Tabakwaren darstellen. Auch sei kein weitergehendes Tatumrecht geschaffen worden, da der Tatbestand der Steuerhhelei und die Regelungen des TabStG mit der Verhinderung des Inverkehrbringens unversteuerter Zigaretten letztlich ein identisches Ziel verfolgen.

Da der Angeklagten im Hinblick auf den Tatbestand der Steuerhhelei die Möglichkeit der Selbstanzeige nicht gegeben ist, scheidet somit die Hinterziehung von Tabaksteuer gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO unter Beachtung des Nemo-tenetur-Grundsatzes aus.

Insofern kommt auch in diesem Zusammenhang keine Einziehung des Wertes von Taterträgen nach §§ 73 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 73c StGB in Betracht.

### III. Bedeutung für die Praxis

Der entschiedene Fall hat seine Besonderheit neben den Spezifika des TabStG darin, dass der Angeklagten letztlich die Möglichkeit zur Selbstanzeige nicht gegeben war. Ist die Selbstanzeigemöglichkeit gegeben, ist nämlich keine Berufung auf den Nemo-tenetur-Grundsatz möglich (BGH, Beschl. v. 10.2.2015 – 1 StR 405/14, PStR 2015, S 189 m. Anm. Gehm). Zudem verhält es sich beispielsweise für die Einkommensteuer so, dass für vom Strafverfahren nicht umfasste Veranlagungszeiträume eine Erklärungspflicht gem. §§ 90, 150 Abs. 2 AO, § 56 EStDV auch unter Beachtung von § 393 Abs. 1 AO samt der diesbezüglichen Strafbewehrung weiter besteht. Dies gilt auch für Dauersachverhalte, bezüglich derer bei wahrheitsgemäßen Angaben hinsichtlich der nicht vom Steuerstrafverfahren erfassten Zeiträume auch Rückschlüsse auf frühere vom Steuerstrafverfahren erfasste Zeiträume möglich sind. Allerdings besteht insofern ein strafrechtliches Verwertungsverbot (BGH, Beschl. v. 12.1.2005 – 5 StR 191/04, NJW 2005, 763). Hinsichtlich der vom Steuerstrafverfahren umfassten Zeiträume ergibt sich keine weitere Strafbarkeit, wenn der Steuerpflichtige die Besteuerungsgrundlagen nicht

### Nemo tenetur

### Selbstanzeige nicht möglich

offenbart, allerdings können diese nach § 162 AO im Besteuerungsverfahren geschätzt werden, weil eine Schätzung kein Zwangsmittel i.S.v. § 393 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 328 AO ist (Jäger; in Klein, AO Komm., 14. Aufl. 2018 § 393 Rn 11 ff. m.w.N.). Ebenfalls ist im Steuerstrafverfahren eine Schätzung möglich (vgl. Gehm, NZWiSt 2012, 408). Die aktuelle Entscheidung wird aber sicherlich in der Praxis der Strafverteidigung genutzt werden, um über die konkrete Konstellation des Falles hinaus wegen Vorliegens von Konfliktsituationen Straffreiheit einzufordern.

Dr. Matthias Gehm, Limburgerhof

### **Konkurrenzverhältnis von Steuerhinterziehung und Steuerhehlerei**

**Nur der vor Beendigung des Verbringungs Vorgangs erlangte Besitz an un-  
versteuerten Tabakwaren kann die Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung  
gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 3 TabStG begründen;  
der nach Beendigung des Verbringungs Vorgangs begründete Besitz an  
unversteuerten Tabakwaren wird durch den Tatbestand der Steuerhehlerei  
(§ 374 Abs. 1 AO) strafrechtlich erfasst. (Leitsatz des Verfassers)**

*BGH, Urt. v. 24.4.2019 – 1 StR 81/18*

#### **I. Sachverhalt**

Der Angeklagte K vermittelte dem V zur kurzfristigen Einlagerung von aus Russland stammenden un versteuerten und unverzollten Zigaretten Container, die der Angeklagte P zur Verfügung stellte. Hierfür bekamen sowohl K als auch P von V ein Entgelt. Im Oktober 2016 lagerte V insgesamt 4,32 Mio. Zigaretten ein. Die gesamte deutsche Tabaksteuer betrug dabei 674.369,28 EUR. Erst im Nachgang hierzu wurde K klar, dass es sich bei der eingelagerten Ware um unverzollte und un versteuerte Zigaretten handelte.

Im Dezember 2016 vereinbarte K mit V, dass die Zigaretten weitertransportiert werden sollten, womit K den P und den Angeklagten J beauftragte, die sodann darüber informiert wurden, dass es sich um un versteuerte Zigaretten handle. Zur Tarnung stellte P falsche CMR-Papiere (Frachtbriefe) aus. Der Transport fand im Januar 2017 statt, wobei P Fahrer und J Beifahrer war sowie K den Lkw-Transport mit einem Pkw begleitete.

Der vom Zoll observierte Transport wurde noch während der Transportfahrt gestoppt und die Zigaretten sichergestellt.

#### **II. Entscheidung**

Der Angeklagte P hat nicht dem Vortäter der Steuerhinterziehung – V – Absatzhilfe geleistet, steht somit weder im Lager des Vortäters oder des Zwischenhehlers und es besteht auch kein einvernehmliches Handeln mit diesen Personen, sondern P hat lediglich den K bei dessen Bemühungen um Absatzhilfe gegenüber dem V unterstützt. Somit hat sich P nur wegen Beihilfe zur versuchten Steuerhehlerei gem. § 374 Abs. 1 Var. 4, Abs. 3 AO, §§ 22, 23, 27 StGB schuldig gemacht, da die Absatzhilfe nicht erfolgreich war (BGH, Beschl. v. 11.6.2008 – 5 StR 145/08, Rn 5, wistra 2008, 386).

Weder K noch P oder J haben sich wegen Steuerhinterziehung durch Unterlassen gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO, § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 TabStG strafbar gemacht. Denn nach der Beendigung des Verbringungs Vorgangs, also wenn die Tabakware zur Ruhe gekommen ist, fehlt es an der Strafbewehrung etwaiger verbrauchsteuerlicher

**Transportvorgänge**

**Keine Absatzhilfe**

Erklärungspflichten. Dabei knüpft die Steuerschuldnerschaft i.S.v. § 23 Abs. 1 S. 2 TabStG und somit die Erklärungspflicht gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 TabStG unmittelbar an die Regelung zur Entstehung der Steuerschuldnerschaft nach § 23 Abs. 1 S. 1 TabStG an, die ihrerseits an den Besitz im Zusammenhang mit dem Verbringungsverfahren anknüpft.

Dabei weist auch die Steuerschuldnerschaft nach Art. 33 Abs. 3 RL 2008/118/EG einen engen Bezug zum Liefervorgang auf.

Auch wenn der EuGH demgegenüber einen weiten Besitzbegriff vertritt (EuGH, Urt. v. 3.7.2014 – C-165/13, Rn 27, wistra 2014, 433), so gebietet der Grundsatz der europarechtlichen Auslegung für das Steuerstrafverfahren im Unterschied zum Besteuerungsverfahren keine weite Auslegung, die sich vom Wortlaut des § 23 Abs. 1 S. 2 TabStG unter Beachtung von Art. 103 Abs. 2 GG zu weitgehend entfernt (BFH, Urt. v. 11.11.2014 – VII R 44/11, Rn 18, BFH/NV 2015, 629; BFH, Urt. v. 27.11.2014 – VII R 40/12, Rn 16, BeckRS 2015, 94379). Auch der EuGH hebt nämlich bei Anwendung des Strafrechts die Bedeutung der Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Bestimmtheit anzuwendenden Rechts hervor (EuGH, Urt. v. 5.12.2017 – C 42/17, Rn 51 f., 59, NJW 2018, 217). Diese einschränkende Auslegung im Steuerstrafverfahren führt aber zu keinen Strafbarkeitslücken, weil insofern der Straftatbestand der Steuerhhehleri greift, so dass eine effektive Durchsetzung des Steueranspruchs gegeben ist und somit dem Unionsrecht hinreichend Geltung verschafft wird.

Da somit die Angeklagten erst nach Einlagerung der Zigaretten an ihnen Besitz erlangten, waren sie nicht nach § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO wegen Steuerhinterziehung strafbar, indem sie nach § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 TabStG als Steuerschuldner verabsäumten, unverzüglich Steuererklärungen abzugeben.

Eine Strafbarkeit nach § 370 Abs. 1 Nr. 3 AO scheitert ebenfalls daran, dass die Angeklagten nicht am Verbringungsverfahren vorsätzlich beteiligt waren und somit keine Steuerzeichen verwenden mussten (vgl. §§ 17 Abs. 1 S. 3, 15 Abs. 1, 21 Abs. 1 und 23 Abs. 1 S. 1 TabStG).

Insofern verbleibt es allein bei der Strafbarkeit wegen versuchter Steuerhhehleri bzw. Beihilfe hierzu.

Da die Angeklagten sich nicht wegen Steuerhinterziehung strafbar gemacht haben, kommt auch eine Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73 Abs. 1, § 73c S. 1 StGB in Höhe der nicht festgesetzten Tabaksteuer als ersparte Aufwendungen nicht in Betracht (BGH, Beschl. v. 4.7.2018 – 1 StR 244/18, Rn 8, wistra 2018, 471 = StRR 2018/10, 18 mit Anm. Gehm).

### III. Bedeutung für die Praxis

Der entschiedene Fall ist neben der Frage des reinen Konkurrenzverhältnisses zwischen § 370 und § 374 AO auch deshalb m.E. von Relevanz, weil in der Konsequenz wegen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes, der auch im Unionsrecht gilt, die steuerliche und die steuerstrafrechtliche Beurteilung voneinander abweichen können. Das heißt: Auch wenn § 370 AO ein Blankett-Tatbestand ist (Andrejtschitsch, in: Wannemacher, Steuerstrafrecht-Handbuch, 6. Aufl. 2013, Rn 20, 24; BGH, Beschl. v. 24.5.2017 – 1 StR 176/17, Rn 5, NSTz 2018, 341), müssen die Subsumtionsergebnisse im Besteuerungsverfahren und im Steuerstrafverfahren nicht die gleichen sein. Die unionsrechtskonforme Auslegung im Besteuerungsverfahren ist mithin dann auch eine andere als im Steuerstrafverfahren.

Dr. Matthias Gehm, Limburgerhof

**Weiter Besitzbegriff**

**Einziehung**

**Relevanz über  
Konkurrenzen hinaus**

#### Nachgewiesene Vollmacht und Verwerfungsbefugnis

**Für den „Nachweis“ der in § 73 Abs. 3 OWiG bezeichneten Vollmacht genügt es auch im Bußgeldverfahren nicht, dass diese aufgrund mündlicher Ermächtigung durch den Betroffenen von dem zu bevollmächtigten Verteidiger selbst unterzeichnet wird. (Leitsatz des Gerichts)**

**OLG Köln, Beschl. v. 24.9.2019 – III-1 RBs 328/19**

#### I. Sachverhalt

Gegen die Betroffenen ist in einem Bußgeldbescheid wegen eines Verstoßes gegen § 23 Abs. 1a StVO eine Geldbuße in Höhe von 100,00 EUR festgesetzt worden. Die Betroffene hat dagegen Einspruch eingelegt. Nach Ladung der Betroffenen zum Hauptverhandlungstermin am 26.6.2019 ist diese zum Termin nicht erschienen und hat über ihren anwesenden Verteidiger beantragt, sie von dem Erscheinen in der Hauptverhandlung zu entbinden. Das AG hat den Antrag abgelehnt und den Einspruch mit Urteil vom selben Tag verworfen.

Dagegen richtet sich der Antrag auf Zulassung der Rechtsbeschwerde, der u.a. mit der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs begründet worden ist. Dazu hat die Betroffene auf folgendes Verfahrensgeschehen hingewiesen: Der Verteidiger hat zu Beginn der Hauptverhandlung vor dem AG beantragt, die nicht erschienene Betroffene von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen zu entbinden, wozu er dem AG eine von ihm selbst handschriftlich geschriebene und im Namen der Betroffenen „kraft umfassend erteilter Vollmacht (auch zur Vertretung)“ unterschriebene Vollmacht überreicht hat, mit welcher diese ihn über die bloße Verteidigung hinaus zur Abgabe von Erklärungen jedweder Art, insbesondere im Falle ihrer eigenen Abwesenheit, bevollmächtigte. Diesen Antrag hat das Amtsgericht abgelehnt und zur Begründung ausgeführt, dass die Vertretung der Betroffenen nicht durch schriftliche Vertretungsvollmacht nachgewiesen worden sei (§§ 46, 72 OWiG, §§ 234, 411a StPO). Der Zulassungsantrag hatte keinen Erfolg.

#### II. Entscheidung

Das OLG hat sich der Auffassung des AG angeschlossen, dass der Verteidiger die für seinen zu Beginn der Hauptverhandlung noch zulässig gestellten Entbindungsantrag erforderliche Vertretungsvollmacht dem AG nicht wirksam nachgewiesen habe.

Der Wortlaut der Vorschrift des § 73 Abs. 3 OWiG sei durch Gesetz v. 5.7.2017, BGBl I, S. 2208, zum 1.1.2018 dahingehend geändert, dass die Vertretung nicht mehr durch einen „schriftlich bevollmächtigten“, sondern durch einen „mit nachgewiesener Vollmacht versehenen“ Verteidiger erfolgen könne. Nach der Gesetzesbegründung zur Änderung des § 73 Abs. 3 OWiG, die ihrerseits auf die Gesetzesbegründung zu § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO verweist (vgl. BT-Drucks 18/9416, S. 75), sei dabei – in Ansehung des neu verwendeten Gesetzeswortlauts „Vollmacht“ im Unterschied zu der in §§ 234, 329 Abs. 1 Satz 1 StPO bezeichneten „Vertretungsvollmacht“ – eine terminologische Anpassung und Vereinheitlichung der Vorschriften bezweckt worden. Danach handele es sich bei der in Rede stehenden „Vollmacht“ um die von der Beratungs- bzw. Anwaltsvollmacht zu unterscheidende „Vertretungsvollmacht“ (vgl. BT-Drucks 18/9416, S. 70). Die – von den entsprechenden Regelungen in der StPO abweichende – Wortwahl „Vollmacht“ in § 73 Abs. 3 OWiG anstelle von „Vertretungsvollmacht“ in § 329 StPO sei indes – so das OLG – für die Art und Weise der

**Entbindungsantrag in der Hauptverhandlung abgelehnt**

**Begründung: Selbst unterschriebene Vollmacht des Verteidigers reicht nicht**

**Nachweis der Vollmacht**



Vollmachtserteilung ohne Belang. Vielmehr sei für die Beantwortung der vorliegend in Rede stehenden Fragestellung allein die Auslegung des in der StPO und dem OWiG einheitlich verwendeten Begriffs „nachgewiesen“ maßgeblich, welcher an die Stelle früherer Gesetzesfassungen mit der Bezeichnung „schriftlich“ getreten ist. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die insoweit geänderte Terminologie vor dem Hintergrund der bevorstehenden Einführung der elektronischen Akte erfolgte und „medienneutral“ zu verstehen sei, so dass – neben der vom Betroffenen zu wählenden Schriftform – nunmehr der Nachweis über die Erteilung der Vollmacht beispielsweise auch durch eine elektronische Signatur erfolgen könne (vgl. BT-Drucks 18/9416, S. 70). Der Gesetzgeber habe hierdurch keineswegs das Erfordernis der Schriftform aufgegeben.

Nach der Gesetzesbegründung aus dem Jahr 2015 zur Änderung des § 329 StPO solle es dafür nunmehr ausdrücklich nicht – entgegen der früheren Rechtsprechung – (mehr) ausreichen, wenn diese Vertretungsvollmacht aufgrund mündlicher Ermächtigung durch den Angeklagten von dem zu bevollmächtigenden Verteidiger selbst unterzeichnet wird (vgl. BT-Drucks 18/3562, S. 68). Diesen in der Begründung zur Änderung des § 329 StPO ausdrücklich formulierten gesetzgeberischen Willen erstreckt das OLG auch auf das gerichtliche Bußgeldverfahren und gibt seine entgegenstehende frühere Rechtsprechung auf. Nach seiner Auffassung spricht für eine einheitliche Verfahrensweise im Straf- und Bußgeldverfahren bereits, dass ausweislich der o.g. Gesetzesbegründung zu § 73 OWiG bei der Neufassung der Vorschriften eine Anpassung und Vereinheitlichung jedenfalls der Gesetzsterminologie beabsichtigt war (vgl. BT-Drucks 18/9416, S. 70). Auch nach der Kommentarliteratur gelten für die Einzelheiten der nach § 73 Abs. 3 OWiG erteilten Vertretungsvollmacht die zu den §§ 234, 411 Abs. 2 StPO entwickelten Grundsätze (vgl. Göhler/Seitz/Bauer, OWiG, 17. Aufl., § 73 Rn 27 m.w.N.). Insbesondere sei aber auch zu bedenken, dass die bisher geübte und von der Rechtsprechung überwiegend akzeptierte Praxis, nach der der Verteidiger des Betroffenen die Vollmacht in der Hauptverhandlung selbst ausstellt und in Vertretung unterschreibt, weder mit der Gesetzssystematik noch mit den mit dem Schriftformerfordernis verfolgten Zielen ohne Weiteres im Einklang stand bzw. steht; dies hat der Gesetzgeber nunmehr bezogen auf § 329 StPO mit seinem Hinweis in der Gesetzesbegründung ausdrücklich klargestellt. So erachte das Gesetz regelmäßig eine mündliche Zusicherung des als Teil der Strafrechtspflege handelnden Verteidigers über den Bestand der Vollmacht als ausreichend. Fordert das Gesetz hingegen ausnahmsweise eine „nachgewiesene“ – bzw. nach alter Fassung „schriftliche“ – Vollmacht, so diene dies neben dem gesicherten Nachweis des Bestehens eben dieser Vollmacht für das Gericht (vgl. BT-Drucks 18/9416, S. 70) insbesondere auch dem Hinweis an den bzw. einer Warnung des Angeklagten bzw. Betroffenen, indem diesem vor Augen geführt wird, dass er wesentliche Verfahrensrechte und weitreichende Befugnisse in der Hauptverhandlung auf seinen Verteidiger überträgt. Eine allein vom Verteidiger unterzeichnete Urkunde ist indes als Nachweis für die frühere Bevollmächtigung, also eine Erklärung des Angeklagten, ersichtlich nicht geeignet. Diese Erwägungen, namentlich die aufgezeigten Zwecke und Funktionen des Schriftformerfordernisses, gelten nach Auffassung des OLG entsprechend und einschränkungslos auch im gerichtlichen Bußgeldverfahren.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Soweit ersichtlich handelt es sich bei diesem Beschluss um die erste Entscheidung eines OLG zur Frage, ob sich im Bußgeldverfahren der Verteidiger weiterhin selbst die erforderliche Vertretungsvollmacht ausstellen und unterzeichnen kann oder ob ihm das nach den Änderungen des § 329 StPO, die das für das Strafverfahren ausschließen, auch im Bußgeldverfahren nicht mehr möglich ist. Es war m.E. zu erwarten, dass

### Gleichklang Straf- und Bußgeldverfahren

### Erste OLG-Entscheidung zu der Problematik

die Rechtsprechung die für das Strafverfahren geltende Praxis auf das Bußgeldverfahren übertragen würde. Dass es so lange gedauert hat, überrascht allerdings. Damit ist dieses „Schlupfloch“ in den Entbindungsfällen oder wenn der Mandant unerwartet nicht erscheint „gestopft“. Und man soll sich nicht der Hoffnung hingeben, dass andere OLG anders entscheiden werden. Ich denke eher nein, man wird die Begründung des OLG Köln übernehmen. Obwohl m.E. fraglich ist, warum eine allein vom Verteidiger unterzeichnete Urkunde als Nachweis für die frühere Bevollmächtigung, also eine Erklärung des Angeklagten, „ersichtlich“ nicht geeignet ist. Warum soll die Erklärung des Verteidigers, der Mandant habe ihm Vertretungsvollmacht erteilt, nicht ausreichen?

2. Fazit: Als Verteidiger muss man nun darauf achten, dass der Mandant bei Auftragserteilung auf jeden Fall auch eine Vertretungsvollmacht unterzeichnet und dass man diese in der Hauptverhandlung dann zur Hand hat.

3. Für diejenigen, die die anstehenden Fragen ggf. doch noch von „ihrem“ OLG prüfen lassen wollen: Zu erheben ist die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs, die wie eine Verfahrensrüge (§ 344 Abs. 2 Satz 2 OWiG) zu begründen ist. Vorgetragen werden muss, welcher Sachvortrag infolge der Einspruchsverwerfung unberücksichtigt geblieben ist oder was der Betroffene im Falle der Anhörung geltend gemacht hätte.

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

### *Anwaltsvergütung*

#### **Anrechnung von Zahlungen/Vorschüssen bei der Pflichtverteidigervergütung**

**Der in § 58 Abs. 3 Satz 4 RVG verwendete Begriff der „Höchstgebühr eines Wahlanwalts“ bezeichnet diejenige Vergütung als Anrechnungsgrenze, die der Pflichtverteidiger gem. § 14 Abs. 1 RVG unter Berücksichtigung der dort benannten Umstände im konkreten Einzelfall nach billigem Ermessen (höchstens) verlangen könnte, wenn er das betreffende Mandat (weiterhin) als Wahlverteidiger wahrgenommen hätte. (Leitsatz des Verfassers)**

*OLG Koblenz, Beschl. v. 8.8.2019 – 2 Ws 224/19*

#### **I. Sachverhalt**

Der Rechtsanwalt war Pflichtverteidiger des Angeklagten. Er hat nach Abschluss des Verfahrens seine Pflichtverteidigervergütung geltend gemacht. Darauf ist ihm ein vom Mandanten gezahlter Vorschuss gem. § 58 Abs. 3 Satz 1 und 4 RVG angerechnet worden. Der Pflichtverteidiger ist der Auffassung, dass diese Anrechnung zu Unrecht erfolgt ist. Vom LG sei der Begriff der „Höchstgebühr eines Wahlanwalts“ verkannt worden. Das Rechtsmittel des Rechtsanwalts hatte keinen Erfolg.

#### **II. Entscheidung**

Nach § 58 Abs. 3 Satz 4 RVG sei – so das OLG – der die Höchstgebühren eines Wahlanwalts übersteigende Betrag eines erhaltenen Vorschusses anzurechnen, soweit die dem Rechtsanwalt nach § 58 Abs. 3 Satz 3 RVG verbleibenden Pflichtverteidigergebühren höher seien als die Höchstgebühren. Dabei versteht das OLG den Begriff der „Höchstgebühren eines Wahlanwalts“ wie das OLG Jena. Das hat in einem Beschl. v. 20.4.2017 (RVGreport 2018, 95) (bereits) entschieden, dass der Begriff der

**Schriftliche Vertretungsvollmacht bei der Akte?**

**Begründung der Rechtsbeschwerde?**

**Anrechnung von Vorschüssen nach § 58 Abs. 3 Satz 4 RVG**

**Konkrete Höchstgebühr, also Anwendung von § 14 RVG**

„Höchstgebühren eines Wahlanwalts“ in § 58 Abs. 3 Satz 4 RVG diejenige Vergütung als Anrechnungsgrenze bezeichnet, die der Pflichtverteidiger gem. § 14 Abs. 1 RVG unter Berücksichtigung der dort genannten Umstände im konkreten Einzelfall nach billigem Ermessen höchstens verlangen könnte, wenn er das betreffende Mandat (weiterhin) als Wahlverteidiger wahrgenommen hätte. Diese Auffassung begründet das OLG Koblenz ebenso wie das OLG Jena mit der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Aus der ergebe sich eindeutig, dass mit dem Begriff nur die (fiktiven) Wahlanwaltsgebühren des konkreten Einzelfalls gemeint sein können (so auch Sommerfeldt, in: v. Seltmann, Beck'scher Online-Kommentar RVG, 44. Edition, Stand: 1.6.2019, § 58 RVG Rn 33, 34; Burhoff, RVGreport 2018, 95 f.; wohl auch Hartung, in: Hartung/Schons/Enders, RVG, 3. Aufl. 2017, § 58 Rn 52). Der heutige § 58 Abs. 3 Satz 4 RVG finde sich mit identischem Wortlaut bereits im ersten Referentenentwurf zum „Zweiten Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts“ vom 11.11.2011, dort S. 156 unter Art. 8 Abs. 1 Rn 26. Zur Begründung habe der Entwurf ausdrücklich Bezug auf die bis dahin ergangene Literatur und Rechtsprechung genommen. Mithin bestehe der Zweck der Vorschrift darin sicherzustellen, dass der Pflichtverteidiger mit den bereits erhaltenen Zahlungen und Vorschüssen nicht mehr erlange, als er als Wahlverteidiger im konkreten Fall erhalten hätte.

Der Einwand des Rechtsanwalts, die Wahlverteidigergebühren des Einzelfalls seien bei Anwendung des § 58 Abs. 3 Satz 4 RVG gar nicht eindeutig zu bestimmen, da der Gesetzgeber keine dem § 14 Abs. 1 Satz 4 RVG entsprechende Regelung geschaffen habe, überzeugte das OLG nicht. § 14 Abs. 1 Satz 1 RVG gebe vor, dass der Rechtsanwalt selbst die Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, vor allem des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit, der Bedeutung der Angelegenheit sowie der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Auftraggebers, nach billigem Ermessen bestimme. Diese Vorschrift müsse auch bei der Ermittlung der fiktiven Wahlverteidigergebühr für die Berechnung der Anrechnungsgrenze im § 58 Abs. 3 Satz 4 RVG berücksichtigt werden. Entgegen der Ansicht des Verteidigers gebe die Vorschrift aber dem Rechtsanwalt auch ohne die Regelung des § 14 Abs. 1 Satz 4 RVG, wonach die vom Rechtsanwalt bestimmte Gebühr nicht verbindlich sei, wenn sie unbillig und von einem Dritten zu ersetzen sei, keinen Freibrief, Gebühren in beliebiger Höhe zu erheben. Der Rechtsanwalt solle vielmehr ausdrücklich in jedem Fall die Gebühr selbst nach billigem Ermessen festsetzen.

### III. Bedeutung für die Praxis

Das OLG Koblenz bestätigt mit seiner Entscheidung das LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 15.10.2018 (2 KLS 1023 Js 6546/17, RVGreport 2019, 14). Damit haben jetzt zwei OLG die Frage gleich entschieden. Man kann davon ausgehen, dass kaum ein anderes OLG davon abweichen wird. Die Literatur hat die Frage bisher nicht behandelt (siehe jetzt aber Gerold/Schmidt/Burhoff, RVG, 24. Aufl., § 58). Es ist zu hoffen, dass die Frage im anstehenden 3. KostRMoG geklärt wird und die Klärung nicht wieder allein Rechtsprechung und Literatur überlassen wird. Denn eins darf man nicht übersehen: Zwischen dem Wortlaut der Regelung und dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck der Neuregelung des § 58 Abs. 3 Satz 4 RVG durch das 2. KostRMoG besteht keine Konformität. Während der Wortlaut von den „Höchstgebühren eines Wahlanwalts“ spricht, was den Hinweis auf die jeweilige Rahmenhöchstgebühr nahelegt, geht die Gesetzesbegründung zu der Neuregelung davon aus, dass die Neuregelung sicherstellen soll, dass der Rechtsanwalt inklusive bereits erhaltener Zahlungen nicht mehr erhalten soll, als er erhalten würde, wenn er von vornherein als Wahlverteidiger tätig geworden wäre. Dann kann aber Anknüpfungspunkt für die Berechnung/Anrechnung nur die dem Rechtsanwalt konkret als Wahlverteidiger ggf. zustehende

**§ 14 Abs. 1 Satz 4 RVG steht nicht entgegen**

**Nicht konform**

höchste Gebühr, also seine „Höchstgebühr“, in Betracht kommen. Alles andere würde, worauf die OLG Jena und Koblenz zutreffend hinweisen, die Neuregelung leerlaufen lassen.

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

### **Verbindung von Verfahren und Anrechnung von Vorschüssen**

**Nur in derselben Strafsache erhaltene Zahlungen und Vorschüsse muss sich der Verteidiger anrechnen lassen. Nicht anzurechnen sind Zahlungen des Mandanten, die einen von dem Gebührenanspruch des Anwalts nicht abgedeckten besonderen Gegenstand betreffen. (Leitsatz des Verfassers)**

**AG Osnabrück, Beschl. v. 14.3.2019 – 207 Ls (1302 Js 27990/16) 127/18**

#### **I. Sachverhalt**

Gegen den Angeklagten wurde unter der polizeilichen Vorgangsnummer 2016 00 700 195 am 1.6.2016 zunächst ein Ermittlungsverfahren wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge eingeleitet. Der Verteidiger meldete sich gegenüber der Polizei zu dieser Vorgangsnummer mit Schreiben vom 28.7.2016 zur Akte und beantragte Akteneinsicht. Am 7.6.2016 wurde parallel zu diesem Verfahren ein Verfahren zur Vermögensermittlung des Angeklagten eingeleitet. Die polizeiliche Vorgangsnummer lautete 2016 00 704 586. Der Verteidiger meldete sich am 31.10.2016 auch zu dieser Vorgangsnummer bei der Polizei und beantragte Akteneinsicht.

Nachdem das AG Osnabrück durch Beschl. v. 11.8.2016 den dinglichen Arrest in das bewegliche und unbewegliche Vermögen des Angeklagten in Höhe von 21.000,00 EUR und zur Vollstreckung des Arrestes die Durchsuchung der Wohnung des Angeklagten angeordnet hatte, wurde die Wohnung des Angeklagten am 24.10.2016 durchsucht. Im Rahmen der Durchsuchung wurden die eingesetzten Beamten darauf aufmerksam, dass sich in einer zur Wohnung gehörenden Garage Teile einer Indoorplantage zum Anbau von Cannabis befanden. Aus diesem Grund wurde ein gesondertes Verfahren wegen des Verdachts der unerlaubten Herstellung von Cannabis in nicht geringer Menge eingeleitet. Dieses Verfahren wurde bei der Polizei unter der Vorgangsnummer 2016 01 384 782 geführt. Auch zu dieser Vorgangsnummer meldete sich der Verteidiger am 4.11.2016 gegenüber der Polizei zur Akte und beantragte Akteneinsicht.

Der Verteidiger hat im Verfahren 2016 01 384 782 und im Verfahren 2016 00 704 586 jeweils 400,00 EUR Vorschuss erhalten, im Verfahren 2016 00 700 195 hat er einen Vorschuss von 1.200 EUR erhalten. Eine Verbindung der Verfahren mit den polizeilichen Vorgangsnummern 2016 00 700 195 und 2016 01 384 782 erfolgte unmittelbar vor Anklageerhebung. Der RA ist zum Pflichtverteidiger bestellt worden. Auf den Kostenfestsetzungsantrag des Verteidigers vom 15.6.2018 hat der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle die dem Verteidiger aus der Landeskasse zustehende Vergütung festgesetzt und dabei die erhaltenen Zahlungen, also auch die von je 400 EUR, angerechnet. Dagegen richtet sich das Rechtsmittel des Verteidigers, das Erfolg hatte.

#### **Mehrere Ermittlungsverfahren**

#### **Verbindung**

### II. Entscheidung

Das AG führt aus, dass eine Anrechnung der Anzahlungen zu den beiden polizeilichen Vorgangsnummern in Höhe von insgesamt 800,00 EUR nicht hätte erfolgen dürfen. Gemäß § 58 Abs. 3 Satz 1 RVG seien in Angelegenheiten, in denen sich die Gebühren nach den Teilen 4–6 VV RVG bestimmen, Vorschüsse und Zahlungen, die der Rechtsanwalt vor oder nach der gerichtlichen Bestellung oder Beiordnung für seine Tätigkeit in einer gebührenrechtlichen Angelegenheit erhalten hat, auf die von der Staatskasse für diese Angelegenheit zu zahlenden Gebühren anzurechnen. Der Verteidiger müsse sich aber – so das AG – nur in derselben Strafsache erhaltene Zahlungen und Vorschüsse anrechnen lassen. Nicht anzurechnen seien Zahlungen des Mandanten, die einen von dem Gebührenanspruch des Anwalts nicht abgedeckten besonderen Gegenstand betreffen. Solange keine Verbindung erfolgt sei, sei jedes Ermittlungsverfahren eine eigene Angelegenheit (so auch Winkler, in: Mayer/Kroiß, Kommentar zum RVG, 7. Aufl. 2018, § 15 Rn 38, AG Berlin-Tiergarten RVGreport 2010, 18). Die drei Verfahren, in denen der Verteidiger tätig geworden sei, stünden zwar im Zusammenhang, seien jedoch drei eigenständige Ermittlungsverfahren und somit verschiedene gebührenrechtliche Angelegenheiten.

Eine Verbindung der Verfahren mit den polizeilichen Vorgangsnummern 2016 00 700 195 und 2016 01 384 782 sei erst unmittelbar vor Anklageerhebung erfolgt, so dass dem Verteidiger auch für beide später verbundene Ermittlungsverfahren die bis dahin entstandenen Gebühren zustünden. Die im Verfahren 2016 01 384 782 erhaltenen 400,00 EUR für dieses Ermittlungsverfahren seien somit nicht anzurechnen. Gleiches gelte für die für das Verfahren 2016 00 704 586 erhaltenen 400,00 EUR, da es sich auch bei diesem Verfahren um ein eigenständiges Verfahren handele. Somit seien nur die für das Verfahren 2016 00 700 195 erhaltenen 1.200 EUR anzurechnen gewesen, da diese für das gesamte Verfahren gezahlt wurden.

### III. Bedeutung für die Praxis

Ein etwas komplizierter Sachverhalt, bei dem sich nicht endgültig beurteilen lässt, ob das AG ihn richtig gelöst hat, da nähere Angaben dazu fehlen, welche Vereinbarung hinsichtlich der Zahlung der beiden Vorschüsse in Höhe von 400 EUR getroffen worden sind. Es scheint aber wohl so zu sein, dass diese nur für das vorbereitende Verfahren (Nrn. 4100, 4104 VV RVG) gezahlt werden sollten, der Vorschuss von 1.200 EUR hingegen für das gesamte Verfahren 2016 00 700 195. Geht man davon aus, dann hat das AG die Anrechnungsproblematik aber richtig gelöst. Denn nach § 58 Abs. 3 Satz 1 RVG muss sich der Verteidiger nur in derselben Strafsache erhaltene Zahlungen und Vorschüsse anrechnen lassen. „In derselben Strafsache“ wären hier dann aber die Ermittlungsverfahren 2016 01 384 782 und 2016 00 704 586. Nur auf die insoweit entstandenen Gebühren wäre dann anzurechnen, nicht aber auch auf weitere Gebühren, die nach Verbindung der Verfahren ggf. noch entstanden sind, also die Gebühren Nr. 4106, 4108 VV RVG (so auch Volpert, in: Burhoff/Volpert, RVG Straf- und Bußgeldsachen, 5. Aufl. 2017, § 58 Abs. 3 RVG Rn 31; vgl. auch noch KG RVGreport 2017, 415).

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

**Anrechnung bei Verbindung von Verfahren**

**Anrechnungsproblematik wohl richtig gelöst**

## Impressum

---

### Herausgeber:

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

### 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.