

## Editorial

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



Liebe Kolleginnen und Kollegen,  
liebe Leserinnen und Leser,

wir übersenden heute die Januar-Ausgabe 2020. Wenn der Monat Januar auch schon ein wenig fortgeschritten ist: Noch ist es Zeit, das mit guten Wünschen zum neuen Jahr zu verbinden. Ich hoffe, dass uns dieses Jahr nicht ebenso viele gesetzliche Änderungen wie das Jahr 2019 bringen wird, und: wenn Änderungen, dann vielleicht mal nicht nur welche, die die Rechte des Beschuldigten beschneiden.

Zur aktuellen Ausgabe ist anzumerken:

Durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I, S. 3202) ist ab 1.1.2020 § 136 Abs. 4 in die StPO eingefügt worden. Die dadurch eingetretenen Änderungen stellen wir Ihnen im Praxisforum vor.

Im Rechtsprechungsreport finden Sie eine neuere Entscheidung des BVerfG zum Anfangsverdacht bei der Durchsuchung in den „KiPo-Fällen“. Außerdem stellen wir die schon etwas ältere (zivilrechtliche) Entscheidung des BGH zur Frage der „Rückführung“ von im Strafverfahren beschlagnahmten Gegenständen nach Beendigung des Verfahrens vor.

Aus dem materiellen Teil weise ich hin auf eine weitere Entscheidung aus dem Bereich der Einziehung (§§ 73 ff. StGB).

Die Berichterstattung in diesem Heft wird abgeschlossen durch den Beschluss des BayObLG zur standardisierten Messung ohne Rohmessdaten, also zu der Frage, die der VerfGH in seinem Urteil vom 5.7.2019 behandelt hat. Es überrascht nicht, dass das BayObLG sich dem VerfGH nicht anschließt.

Zum Schluss: Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen!

Herzliche Grüße

## Inhalt

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

### Praxisforum

Audiovisuelle Aufzeichnung von  
Beschuldigtenvernehmungen  
(§ 136 Abs. 4 StPO).....5

### Rechtsprechungsreport

#### Verfahrensrecht

Durchsuchung: Anfangsverdacht bei verjährtem Besitz von  
Kinder-/Jugendpornografie... 13

Ausschluss der Öffentlichkeit  
für die Schlussvorträge ..... 16

Holschuld eines Dritten bezüglich  
in Strafverfahren beschlagnahmter  
Gegenstände ..... 18

Aussetzung der Hauptverhandlung  
wegen (schuldhafter) Nichtteilnahme  
des Wahlmanwalts..... 21

#### StGB/Nebengebiete

Keine Einziehung im Strafverfahren  
bei Verjährung des Steueranspruchs..... 23

Faktische Öffentlichkeit bei der  
Videoaufnahme einer polizeilichen  
Personenkontrolle..... 25

#### Ordnungswidrigkeitenrecht

BayObLG: standardisierte  
Messung ohne Rohdatenspeicherung  
..... 27



### Untersuchungshaft: Beschränkungen

Mit Blick auf eine Trennscheibenanordnung haben die Gerichte die staatliche Verpflichtung zum Schutz von Ehe und Familie zu berücksichtigen. Danach sind die nachteiligen Auswirkungen, die sich bei jeder Untersuchungshaft von längerer Dauer aus der Einschränkung der Kommunikation zwischen dem Inhaftierten und seinen Angehörigen ergeben, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren, aber auch unter angemessener Beachtung der Belange der Allgemeinheit zu begrenzen (Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; § 119 Abs. 1 StPO).

BVerfG, Beschl. v. 17.7.2019 – 2 BvR 2158/18

### Sitzungspolizeiliche Anordnung: Verfassungsbeschwerde

Für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen eine sitzungspolizeiliche Anordnung des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung, nach der die Anfertigung und Verbreitung von Zeichnungen zulässig bleiben soll, die den nicht öffentlich bekannten Angeklagten identifizierbar abbilden, ist nach dem Grundsatz der Subsidiarität erforderlich, dass der Angeklagte gegen eine sich konkret abzeichnende Veröffentlichung Rechtsschutz vor den Zivilgerichten in Anspruch genommen hat.

BVerfG, Beschl. v. 10.10.2019 – 1 BvR 2276/19

### DNA-Gutachten: Urteilsgründe

Grundsätzlich hat das Tatgericht in Fällen, in denen es dem Gutachten eines Sachverständigen folgt, dessen wesentliche Anknüpfungstatsachen und Ausführungen so darzulegen, 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. Liegt dem Gutachten jedoch ein allgemein anerkanntes und weithin standardisiertes Verfahren zugrunde, wie dies etwa bei daktyloskopischen Gutachten, der Blutalkoholanalyse oder der Bestimmung von Blutgruppen der Fall ist, so genügt die bloße Mitteilung des erzielten Ergebnisses. Für molekulargenetische Vergleichsgutachten gilt nichts anderes.

BGH, Beschl. v. 20.11.2019 – 4 StR 318/19

### Revision: Beschränkung auf den Rechtsfolgenausspruch

Die Revision gegen ein Berufungsurteil kann nicht wirksam auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt werden, wenn das Berufungsgericht trotz unbeschränkt eingelegter Berufung keinen eigenen Schuldspruch mit den zugehörigen Feststellungen getroffen hat. Dies gilt auch, wenn es zu Unrecht von einer wirksamen Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch ausgegangen ist.

BGH, Beschl. v. 26.9.2019 – 5 StR 206/19

### Pflichtverteidiger: Strafvollstreckungsverfahren

Der Umstand, dass der Verurteilte unter rechtlicher Betreuung steht, stellt für das Erfordernis der Beordnung eines Verteidigers lediglich ein Indiz dar, das für sich allein genommen erhebliche Zweifel an der Fähigkeit zur Selbstverteidigung nicht zu begründen vermag. Vielmehr ist erforderlich, dass kumulativ noch weitere Gesichtspunkte hinzukommen. Eine besondere Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage ergibt sich nicht allein aus dem Umstand, dass die Justizvollzugsanstalt im Rahmen des

Verfassungsrecht

Hauptverhandlung

Rechtsmittelverfahren

Vollstreckung

## **StRR-Kompakt**

---

Verfahrens nach § 57 Abs. 1 StGB nacheinander mehrere divergierende Prognoseeinschätzungen abgegeben hat.

OLG Celle, Beschl. v. 3.12.2019 – 2 Ws 352/19

### **Entziehung der Fahrerlaubnis: Fremdschaden**

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

LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 5.12.2019 – 5 Qs 73/19

### **Schwere Körperverletzung: dauernde Entstellung bei Narbe am Bauch**

Der Qualifikationstatbestand des § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB kann im Einzelfall bei besonders großen oder markanten Narben oder bei einer Vielzahl von Narben in derselben Körperregion zu bejahen sein, wenn dabei ein Grad an Verunstaltung der äußeren Gesamterscheinung erreicht wird, bei dem die Beeinträchtigung in ihrem Gewicht den übrigen in § 226 StGB genannten Folgen in etwa nahe kommt. Anders als bei Narben im Gesicht, die das Gesamterscheinungsbild stärker prägen, liegt eine Bejahung der Qualifikation bei einer circa 25 cm langen Narbe am Bauch nicht ohne Weiteres nahe.

BGH, Urt. v. 19.9.2019 – 3 StR 180/19

### **Beleidigung: Gashahnaufdreher**

Eine Meinungsäußerung, die sich weder als Verletzung der Menschenwürde, Formalbeleidigung noch Schmähkritik darstellt, erfordert eine Abwägung zwischen dem Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG und dem in Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Persönlichkeitsrecht, deren Ergebnis verfassungsrechtlich nicht vorgegeben ist, bei der jedoch alle wesentlichen Umstände des Falles zu berücksichtigen sind und bei der es auf die Schwere der Beeinträchtigung der betroffenen Rechtsgüter ankommt. Die auf die Person des Geschädigten abzielende Bezeichnung als „Gashahnaufdreher“ stellt eine Ehrkränkung von erheblichem Gewicht dar, da dem so Bezeichneten nicht nur im Sinne eines „Mitläufers“ die Eigenschaft eigenständigen Denkens und eigenverantwortlichen Handelns abgesprochen wird, sondern er mit der konkreten Wortwahl auch persönlich in die Nähe einer Ideologie vergleichbar mit derjenigen der Unterstützer des nationalsozialistischen Unrechtsregimes gerückt und in direkten Zusammenhang mit einer nationalsozialistisch gesinnten Gruppe gebracht wird.

OLG Köln, Urt. v. 10.12.2019 – III-1 RVs 180/19

### **Verschlechterungsverbot: Einzelstrafe**

Das Verschlechterungsverbot der §§ 358, 331 StPO gilt auch für die Einzelstrafen und die Einziehungsentscheidung.

BGH, Beschl. v. 22.10.2019 – 1 StR 434/19

### **Geschwindigkeitsüberwachung: Einsatz Privater**

Die Heranziehung privater Dienstleister zur eigenständigen Feststellung und Verfolgung von Geschwindigkeitsverstößen im Rahmen der kommunalen Verkehrsüberwachung ist unzulässig. Macht die Gemeinde von der gesetzlichen Befugnis zur Verkehrsüberwachung Gebrauch, darf sie sich hierbei privater Dienstleister nur

**StGB – Allgemeiner Teil**

**StGB – Besonderer Teil**

**Strafzumessung**

**Ordnungswidrigkeiten**

bedienen, wenn sichergestellt ist, dass sie Herrin des Verfahrens bleibt, wozu insbesondere die Vorgaben über Ort, Zeit, Dauer und Häufigkeit der Messungen, die Kontrolle des Messvorgangs, die Verantwortung für den ordnungsgemäßen Einsatz technischer Hilfsmittel und die Kontrolle über die Ermittlungsdaten gehören sowie die Entscheidung darüber, ob und gegen wen ein Bußgeldverfahren einzuleiten ist. Nimmt die Gemeinde als Verfolgungsbehörde bei der Durchführung von Geschwindigkeitsmessungen oder deren Auswertung einen privaten Dienstleister in Anspruch, der ihr Personal nach den Bestimmungen des AÜG überlässt, und ist dieses Personal – unter Aufgabe der Abhängigkeiten und des Weisungsrechts der Entleihfirma – hinreichend in die räumlichen und organisatorischen Strukturen der Gemeinde integriert sowie der für das Verfahren zuständigen Organisationseinheit der Gemeinde zugeordnet und deren Leiter unterstellt, so ist das Handeln des überlassenen Mess- bzw. Auswertepersonals unmittelbar der Gemeinde als hoheitliche Tätigkeit zuzurechnen. Im Rahmen der Auswertung von Messdaten durch Leiharbeitnehmer ist eine hinreichende Kontrolle der Gemeinde über die (digitalen) Ermittlungsdaten grundsätzlich nur dann hinreichend gewährleistet, wenn sich die Messdatensätze auf einem ausschließlich der Gemeinde oder dem von ihr mit der Auswertung betrauten Leiharbeitnehmer zugänglichen Speichermedium befinden. Auch sonst darf sich die Gemeinde der (technischen) Hilfe eines privaten Dienstleisters bedienen, wenn diese nicht in Bereiche eingreift, die ausschließlich hoheitliches Handeln erfordern, und sichergestellt ist, dass die Verantwortung für den ordnungsgemäßen Einsatz technischer Hilfsmittel sowohl bei der Messung selbst als auch bei der Auswertung bei ihr verbleibt. Die Gemeinde bleibt jedenfalls dann Herrin des Verfahrens, wenn sich die Tätigkeit des Dienstleisters auf die Aufbereitung der Daten einer Messreihe (etwa durch Vergrößerung bzw. Aufhellung von Bildern oder sonstige rein qualitative Bildbearbeitungen) beschränkt und die Resultate anschließend durch die Gemeinde selbst oder das an sie entlehene Auswertepersonal einer Kontrolle auf Vollständigkeit, Authentizität und Integrität sowie Verwertbarkeit unterzogen werden. Dabei muss sichergestellt sein, dass die Bestimmungen des Datenschutzes durch den privaten Dienstleister strikt eingehalten werden und dieser nach der Rückübertragung keinen Zugriff mehr auf die Daten hat. Dies schließt eine Vorselektion der Daten, etwa durch Vorenthaltung wegen mangelnder Beweiseignung, seitens des privaten Dienstleisters aus.

BayObLG, Beschl. v. 29.10.2019 – 202 ObOWi 1600/19

### **Geschwindigkeitsüberwachung: Einsatz Privater**

Die Überwachung des fließenden Verkehrs ist Kernaufgabe des Staates. Sie dient dem Schutz des Lebens und der Gesundheit der am Verkehr teilnehmenden Bürger. Sie ist eine hoheitliche Aufgabe, die unmittelbar aus dem Gewaltmonopol folgt und deswegen bei Verstößen berechtigt, mit Strafen und/oder Bußgeldern zu reagieren. Sie ist ausschließlich Hoheitsträgern, die in einem Treueverhältnis zum Staat stehen, übertragen. In der Folge kann der Staat nicht die Regelungs- und Sanktionsmacht an „private Dienstleister“ abgeben, damit diese für ihn als „Subunternehmer“ ohne Legitimation hoheitliche Aufgaben wahrnehmen. Zuständig für die kommunale Verkehrsüberwachung ist der Bürgermeister als Ortspolizeibehörde. In dieser Funktion ist er kein kommunales Selbstverwaltungsorgan, sondern Teil der Polizei und unmittelbar der Dienst- und Fachaufsicht des Innenministeriums unterworfen. Bei der Verkehrsüberwachung des fließenden Verkehrs beim Einsatz technischer Verkehrsüberwachungsanlagen ist die Hinzuziehung und Übertragung von Aufgaben an private Dienstleister bzw. Personen, die nicht in einem Dienst- und Treueverhältnis

## StRR-Kompakt

---

zum Staat stehen, ausgeschlossen. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) regelt ausdrücklich nicht die Übertragung hoheitlicher Aufgaben.

OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 6.11.2019 – 2 Ss OWi 942/19

### **Bußgeldbescheid: fehlende Angabe der Schuldform; rechtlicher Hinweis**

Ist im Bußgeldbescheid die Schuldform nicht angegeben, hat das regelmäßig zur Folge, dass vom Vorwurf fahrlässigen Handelns auszugehen ist.

OLG Dresden, Beschl. v. 12.12.2019 – OLG 25 Ss 859/19 (B)

### **Adhäsionsverfahren; Verfahrensgebühr; Kostenfestsetzung; Verzinsung**

Dem Entstehen der Verfahrensgebühr Nr. 4143 VV RVG steht nicht entgegen, dass es zu keiner Anhängigkeit des Adhäsionsantrags gekommen ist. Die Verzinsung des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs beginnt nicht bereits am Tag des Eingangs des Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht, sondern erst an dem darauffolgenden Tag entsprechend §§ 42 f. StPO, § 187 Abs. 1 BGB. Dies gilt nicht nur für § 464b Satz 2 StPO, sondern dürfte auch für § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO gelten.

LG Hamburg, Beschl. v. 29.11.2019 – 628 Qs 37/19 u. 628 Qs 40/19

### **Bußgeldverfahren: Mittelgebühr**

Bei straßenverkehrsrechtlichen Bußgeldverfahren ist grundsätzlich der Ansatz der Mittelgebühr als Ausgangspunkt gerechtfertigt.

AG München, Urt. v. 2.12.2019 – 213 c 16136/19x

## Praxisforum

---

### **Audiovisuelle Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen (§ 136 Abs. 4 StPO)**

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

Durch das „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.8.2017 (BGBl I, S. 3202) ist bereits im August 2017 der § 136 Abs. 4 StPO in das Gesetz eingefügt worden. Er ist aber nicht sofort in Kraft getreten. Vielmehr hat der Gesetzgeber den Ermittlungsbehörden eine Frist gegeben, sich auf die neue Vorschrift vorzubereiten, und hat deshalb das Inkrafttreten auf den 1.1.2020 hinausgeschoben (vgl. Art. 18 Abs. 2 des Gesetzes). Wir stellen Ihnen die gerade in Kraft getretene Neuregelung nachfolgend vor.

#### **I. Allgemeines**

Die Neuregelung in § 136 Abs. 4 StPO hat folgende Fassung:

„(4) Die Vernehmung des Beschuldigten kann in Bild und Ton aufgezeichnet werden. Sie ist aufzuzeichnen,

wenn

1. dem Verfahren ein vorsätzlich begangenes Tötungsdelikt zugrunde liegt und der Aufzeichnung weder die äußeren Umstände noch die besondere Dringlichkeit der Vernehmung entgegenstehen

oder

## Anwaltsvergütung

## Fassung der Neuregelung

2. die schutzwürdigen Interessen von

a) Beschuldigten unter 18 Jahren oder

b) Beschuldigten, die erkennbar unter eingeschränkten geistigen Fähigkeiten oder einer schwerwiegenden seelischen Störung leiden,

durch die Aufzeichnung besser gewahrt werden können. § 58a Abs. 2 gilt entsprechend.“

§ 136 Abs. 4 StPO erweitert die Möglichkeiten der audiovisuellen Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen. Diese war bislang über § 163a Abs. 1 Satz 2 StPO a.F., der auf die §§ 58a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und 3, 58b StPO verwiesen hat, sowohl bei richterlichen als auch bei staatsanwaltschaftlichen oder polizeilichen Vernehmungen möglich. Daran hält § 136 Abs. 4 Satz 1 StPO fest. In § 136 Abs. 4 Satz 2 StPO wird jedoch nun die Verpflichtung der Ermittlungsbehörden zur audiovisuellen Aufzeichnung in bestimmten Verfahren oder besonderen Konstellationen geregelt (vgl. dazu III.). Die frühere Verweisung in § 163a Abs. 2 Satz 2 StPO a.F. konnte damit entfallen (vgl. BT-Drucks 18/11277, S. 32).

Bei der Anfertigung einer audiovisuellen Aufzeichnung von einer Vernehmung handelt es sich um einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art 2 Abs. 1 GG. Dieser Eingriff wird jedoch als durch das staatliche Interesse an der Strafverfolgung und an einer möglichst umfassenden und zutreffenden Wahrheitsfindung gerechtfertigt angesehen (vgl. BT-Drucks 18/11277, S. 25 unter Hinweis auf BT-Drucks 13/7165, S. 5 f. betreffend die Einführung des § 58a StPO).

### Hinweis

Der Beschuldigte kann aufgrund der aus dem Nemo-tenetur-Grundsatz folgenden Freiheit, sich selbst zu belasten, die Aussage verweigern. Über sein Recht zu schweigen kann er sich somit auch einer audiovisuellen Aufzeichnung entziehen.

## II. Sinn und Zweck der Neuregelung

Ziel der Erweiterung der audiovisuellen Dokumentationsmöglichkeiten von Beschuldigtenvernehmungen ist in erster Linie eine Verbesserung der Wahrheitsfindung. Insoweit zutreffend weist die Gesetzesbegründung (BT-Drucks 18/11277, S. 24 f.) darauf hin, dass eine Videoaufzeichnung den Verlauf einer Vernehmung authentisch wiedergibt und daher dem herkömmlichen schriftlichen Inhaltsprotokoll überlegen ist. Zutreffend ist es auch, dass die in kommunikativen Prozessen wie in einer Vernehmung naturgemäß auftretenden Wahrnehmungsmängel auf einer Videoaufnahme leichter aufgespürt und nachvollzogen werden können als in einem schriftlichen Protokoll. Denn dessen Inhalt ist durch die Wahrnehmung des mitschreibenden/diktierenden Vernehmungsbeamten gefiltert und damit grundsätzlich fehleranfällig. Auch werden Aspekte aus der Vernehmung/Aussage des Vernommenen, die zunächst weniger Bedeutung zu haben scheinen und deshalb keinen Eingang in ein Inhaltsprotokoll gefunden haben, im weiteren Verlauf der Ermittlungen infolge neuer Erkenntnisse dann jedoch Bedeutung erlangen, festgehalten und reproduzierbar. Das gilt auch für körpersprachliche Signale, deren Interpretation vielleicht erst im Laufe des Ermittlungsverfahrens an Bedeutung gewinnt. Insgesamt wird man schon sagen können, dass die audiovisuelle Aufzeichnung im Ermittlungsverfahren einen erheblichen Beitrag für die Verbesserung der Sachverhaltsaufklärung leisten kann.

**Erweiterung der Möglichkeiten der audiovisuellen Aufzeichnung**

**Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht**

**Verbesserung der Wahrheitsfindung**

Das gilt insbesondere auch hinsichtlich des Umstandes, dass eine audiovisuelle Dokumentation den Beschuldigten vor unsachgemäßen und – i.S. des § 136a StPO – rechtswidrigen Vernehmungsmethoden schützt. Die korrekte Vorgehensweise des Vernehmungsbeamten, insbesondere auch die Einhaltung von Formalitäten wird festgehalten und ist nachträglich überprüfbar, was für die Frage, ob der Beschuldigte belehrt worden ist oder nicht, von Bedeutung ist.

Schließlich bietet die audiovisuelle Dokumentation auch für eine spätere Hauptverhandlung Vorteile, und zwar auch für den Beschuldigten. Es besteht zwar einerseits die Möglichkeit, dem Beschuldigten seine eigene Aussage anhand einer Videoaufzeichnung anstatt wie bisher anhand des Inhaltsprotokolls vorzuhalten, andererseits lässt sich durch die Vorführung der Dokumentation aber auch der (sichere) Nachweis führen, dass der Beschuldigte eine Aussage so, wie sie ihm vorgehalten oder wie sie vom Vernehmungsbeamten bekundet wird, nicht gemacht hat.

### III. Regelungsinhalt

Die audiovisuelle Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen ist wie folgt geregelt (vgl. auch Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. 2019, § 136 Rn 19a):

- § 136 Abs. 4 Satz 1 StPO enthält das schon früher auf der Grundlage der „Kann-Vorschrift“ der §§ 163a Abs. 1, 58a Abs. 1 Satz 1 StPO a.F. für – polizeiliche und staatsanwaltliche – Beschuldigtenvernehmungen geltende Ermessen. Danach kann grundsätzlich (jede) Vernehmung des Beschuldigten in Bild und Ton aufgezeichnet werden (vgl. BT-Drucks 18/11277, S. 26).
- Nach § 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StPO muss die Vernehmung aufgezeichnet werden, wenn dem Ermittlungsverfahren ein vorsätzlich begangenes Tötungsdelikt zugrunde liegt und der Aufzeichnung weder die äußeren Umstände noch die besondere Dringlichkeit der Vernehmung entgegenstehen.
- § 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 StPO bestimmt darüber hinaus eine generelle Aufzeichnungspflicht, wenn die schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten durch die Aufzeichnung besser gewahrt werden können.

#### Hinweis

§ 136 Abs. 4 StPO gilt unmittelbar nur für richterliche Beschuldigtenvernehmungen. Er wird über die Verweise in § 163a Abs. 3 und 4 StPO auf staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Beschuldigtenvernehmungen entsprechend angewendet.

§ 136 Abs. 4 Satz 1 StPO enthält die „Generalklausel“ für die audiovisuelle Aufzeichnung von (richterlichen) Beschuldigtenvernehmungen. Danach steht die Aufzeichnung der Vernehmung in Bild und Ton im Ermessen – „kann“ – des Vernehmenden. Das entspricht der bisherigen Regelung in § 163a Abs. 1 Satz 2 StPO a.F. mit Verweis auf §§ 58a, 58b StPO. Für die Anordnung gelten die für die Anordnung einer audiovisuellen Zeugenvernehmung nach § 58a Abs. 1 Satz 1 StPO geltenden Überlegungen entsprechend (vgl. dazu Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2019, Rn 4786 ff. [im Folgenden kurz: Burhoff, EV]).

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Aufzeichnung ist, dass es sich um eine Vernehmung i.e.S. handelt (zum Begriff Burhoff, EV, Rn 4384 ff.). Das schließt die Aufzeichnung von bloß informatorischen Anhörungen usw. aus (zum Umfang der Aufzeichnung s. unten IV.).

Die Zulässigkeit der Aufzeichnung hängt nicht vom Einverständnis des Beschuldigten ab. Dieser muss den Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht (vgl. oben I.) dulden. Er kann

## Schutz vor rechtswidrigen Vernehmungsmethoden

## Vorteile für die Hauptverhandlung

## Allgemeine Grundzüge der Neuregelung

## § 136 Abs. 4 Satz 1 StPO: Generalklausel

## Zulässigkeit der Aufzeichnung

## Einverständnis nicht erforderlich

eine Bild-Ton-Aufzeichnung grundsätzlich nur dadurch vermeiden, dass er sich weigert, Angaben zur Sache zu machen.

### Hinweis

Zulässig ist es m.E. aber, dass sich der Beschuldigte und der Vernehmungsbeamte darüber einigen, dass der Beschuldigte nicht von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht und dafür der Vernehmungsbeamte auf die audiovisuelle Dokumentation der Vernehmung verzichtet.

Nach § 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StPO besteht eine Pflicht zur Aufzeichnung („Sie ist aufzuzeichnen ...“) bei vorsätzlichen Tötungsdelikten. Grund für die in diesen Fällen vorgesehene Aufzeichnungspflicht ist der Umstand, dass bei diesen äußerst schwerwiegenden Delikten, bei denen i.d.R. hohe Freiheitsstrafen drohen, das staatliche Interesse an einer bestmöglichen Wahrheitsfindung ebenso schwer wiegt wie das Interesse des einer solchen Tat verdächtigten Beschuldigten (BT-Drucks 18/11277, S. 25). Das Interesse an der ordnungsgemäßen Dokumentation überwiege vor diesem Hintergrund den verhältnismäßig geringfügigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten, zumal dieser auch stets die Möglichkeit habe, die Aussage zu verweigern und damit auch eine Aufzeichnung zu vermeiden. Außerdem diene die Aufzeichnung gerade auch dem Schutz des Beschuldigten.

Der Begriff der „vorsätzlichen Tötungsdelikte“ umfasst die Delikte der §§ 211 bis 221 StGB im Falle einer vorsätzlichen Begehungsweise sowohl im Stadium des Versuchs als auch der Vollendung.

Erfasst sind auch erfolgsqualifizierte Delikte, sofern der Vorsatz auch auf den Eintritt der schweren Folge gerichtet war; in diesen Fällen wird regelmäßig ohnehin ein vollendetes Tötungsdelikt i.S.d. §§ 211, 212 StGB gegeben sein. Erfasst sind daher z.B. auch sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge (§ 176b StGB), Vergewaltigung u.a. mit Todesfolge (§ 178 StGB), Aussetzung mit Todesfolge (§ 211 Abs. 3 StGB), Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB), erpresserischer Menschenraub mit Todesfolge (§ 238a Abs. 3 StGB), Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB), räuberische Erpressung mit Todesfolge (§ 255 StGB i.V.m. § 251 StGB), Brandstiftung mit Todesfolge (§ 306c StGB), die gemeingefährlichen Straftaten nach §§ 307 Abs. 3, 308 Abs. 3 StGB, räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (§ 316a Abs. 3 StGB), Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr (§ 316c Abs. 3 StGB) und auch der neue § 315d Abs. 4 StGB betreffend das im Straßenverkehr verbotene Rennen.

Voraussetzung für die Aufzeichnungspflicht ist weiter – „und“ –, dass der Aufzeichnung weder die äußeren Umstände noch die besondere Dringlichkeit der Vernehmung entgegenstehen. Die Gesetzesmaterialien (BT-Drucks 18/11277, S. 27) gehen davon aus, dass das der Fall ist und die Pflicht zur Aufzeichnung daher (regelmäßig) entfällt, wenn die Aufzeichnung der Vernehmung – etwa weil sie im Rahmen einer Nacheile oder Durchsuchung direkt am Ort des Geschehens vorgenommen wird – aufgrund der äußeren Umstände nicht möglich ist oder sich die Vernehmung sonst als besonders dringlich erweist und die technischen Möglichkeiten der audiovisuellen Aufzeichnung aufgrund der Eilsituation am Tatort oder im Umkreis nicht gegeben sind. Unter die „äußeren Umstände“ lassen sich aber auch die Fälle fassen, in denen in der Person des Beschuldigten liegende Umstände der Aufzeichnung entgegenstehen, z.B. weil dieser Gründe anführt, nicht vor der Kamera aussagen zu wollen, im Übrigen aber grundsätzlich aussagebereit ist (BT-Drucks 18/12785, S. 64). Der Umstand, dass die Vernehmung an einem Ort durchgeführt wird, an dem die Aufzeichnungstechnik nicht zur Verfügung steht, begründet für sich allein aber keine Ausnahme (Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 136 Rn 19d).

### § 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StPO: vorsätzliche Tötungsdelikte

### Begriff der „vorsätzlichen Tötungsdelikte“

### Voraussetzung für die Aufzeichnungspflicht



### Hinweis

Stellt sich erst während einer Vernehmung heraus, dass ein vorsätzliches Tötungsdelikt aus dem o.a. Katalog in Betracht kommen könnte, muss unverzüglich zu einer „Aufzeichnungsvernehmung“ übergegangen werden (Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 136 Rn 19c m.w.N.).

§ 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 StPO regelt ebenfalls einen Fall der obligatorischen Bild-Ton-Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung. Angeknüpft wird an die „schutzwürdigen Interessen“ des Beschuldigten. Es muss nach dem Wortlaut keine besondere Schutzbedürftigkeit des Beschuldigten die audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung gebieten (s. aber BT-Drucks 18/11277, S. 27).

### Hinweis

Im ursprünglichen Gesetzesentwurf war an der Stelle mit „insbesondere“ formuliert (BT-Drucks 18/11277, S. 27). Diese Formulierung ist im Gesetzgebungsverfahren (vgl. BT-Drucks 18/12785, S. 64) entfallen. Das soll die Anwendungsfälle für die Praxis „deutlich und klar“ fassen. Diese Präzisierung führt dazu, dass in anderen als in den in der Nr. 2 genannten Fällen eine audiovisuelle Vernehmung allenfalls nach Abs. 4 Satz 1 in Betracht kommt

Die Nr. 2 nennt dann zwei Fälle, in denen von „schutzwürdigen Interessen“ des Beschuldigten auszugehen ist.

Die Nr. 2a) geht davon aus, dass „Beschuldigte unter 18 Jahren“ schutzbedürftig sind, der Beschuldigte also minderjährig ist. Hintergrund für diese Regelung ist u.a. die Richtlinie (EU) 2016/800 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind (ABl L 132 vom 21.5.2016, S. 1). Diese ist noch nicht in nationales Recht umgesetzt. Weil aber jugendliche Beschuldigte im Strafverfahren eines besonderen Schutzes bedürfen, sieht die Neuregelung des § 136 Abs. 4 StPO bereits jetzt wegen des Sachzusammenhangs mit der allgemeinen Regelung zur audiovisuellen Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen eine Bestimmung auch für unter 18-jährige Beschuldigte vor.

Die Nr. 2b) sieht darüber hinaus Beschuldigte in einer Vernehmungssituation außerdem dann als schutzbedürftig an, wenn sie erkennbar unter eingeschränkten geistigen (kognitiven) Fähigkeiten oder einer schwerwiegenden seelischen Störung leiden. In diesen Fällen wird die Aufzeichnung als erforderlich angesehen, um die nachträgliche Prüfung zu ermöglichen, ob der Beschuldigte sich der besonderen Tragweite seiner Äußerungen bewusst war. Bei geistig oder seelisch eingeschränkten Personen können sich Vernehmungen aufgrund von Wahrnehmungsdefiziten oder Motivirrtümern des zu Vernehmenden schwierig gestalten. Eine eingeschränkte Ausdrucksfähigkeit kann darüber hinaus zu Problemen bei der Bewertung der Glaubwürdigkeit einer Person führen. Hier sieht die Neuregelung durch die Aufzeichnung der Vernehmung die Möglichkeit einer späteren Kontrolle, ob Aussagen etwa aufgrund einer – dem Vernehmenden möglicherweise nicht bewussten – Suggestion zustande gekommen sind (vgl. dazu Eschelbach, ZAP F. 22, S. 661, 662; Nestler, ZIS 2014, 594, 596 f.; zum Mordfall Peggy Knobloch Neuhaus, StV 2015, 185).

Es muss sich um eine „schwerwiegende seelische Störung“ (vgl. a. §§ 20, 21 StGB) handeln. Liegt nur eine leichtere seelische Störung vor, kann dies aber – ggf. in Zusammenhang mit sonstigen Umständen – dennoch die Aufzeichnung gebieten, wenn die schutzwürdigen Interessen dadurch besser gewahrt werden können.

### § 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 StPO: schutzwürdiges Interesse des Beschuldigten

#### Beschuldigte unter 18 Jahren

#### Beschuldigte mit eingeschränkten geistigen Fähigkeiten

#### Schwerwiegende seelische Störung

### Hinweis

Nr. 2b) erfasst nur geistige Beeinträchtigungen. Ist der Beschuldigte körperlich beeinträchtigt, z.B. durch eine Hörschädigung o.Ä., kann sich die Aufzeichnungspflicht aber aus der allgemeinen Überlegung ergeben, dass deshalb die schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten die Aufzeichnung gebieten (§ 136 Abs. 4 Satz 1 StPO; siehe oben).

§ 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 StPO setzt für die Aufzeichnungspflicht weiter voraus, dass die schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten durch die Aufzeichnung besser gewahrt werden. Daran kann es im Einzelfall – auch bei Vorliegen der Voraussetzungen im Übrigen – fehlen. Als Beispiel nennt die Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drucks 18/11277, S. 28) den Fall, dass der Beschuldigte ersichtlich gehemmt ist, vor der Kamera zu sprechen. Die Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drucks a.a.O.) geht offenbar davon aus, dass in dem Fall eine heimliche Aufzeichnung der Vernehmung möglich ist. Entsprechende Aufzeichnungen seien heute nahezu unauffällig möglich und würden zumeist nach kurzer Zeit von den Betroffenen gar nicht mehr bemerkt werden. M.E. ist das unzutreffend. Liegen die Voraussetzungen der Nr. 2 nicht vor, weil die schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten nicht „durch die Aufzeichnung besser gewahrt werden können“, dann kann das nicht durch eine heimliche Aufnahme umgangen werden. Zwar muss der Beschuldigte in die Aufzeichnung nicht einwilligen (vgl. oben I.). Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten wird aber u.a. auch damit gerechtfertigt, dass der Beschuldigte, der eine Aufnahme nicht wünscht, sich entscheiden kann, keine Angaben zu machen. Diese Entscheidungsmöglichkeit würde durch eine heimliche Aufnahme unterlaufen.

### IV. Verfahren

Nach § 136 Abs. 4 Satz 3 StPO gilt § 58a Abs. 2 StPO. Damit sind die für „die bisherigen Aufzeichnungsfälle bei Zeugenvernehmungen entwickelten Schutzmechanismen“ (BT-Drucks 18/11277, S. 28) auf die Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen übertragen worden.

Die Verwendung der Bild-Ton-Aufzeichnung ist nur für Zwecke der Strafverfolgung und nur insoweit zulässig, als dies zu Erforschung der Wahrheit erforderlich ist (§ 58a Abs. 2 Satz 1 StPO; vgl. dazu Burhoff, EV, Rn 4813 m.w.N.). Die Aufzeichnung ist unverzüglich zu löschen, soweit sie für diese Zwecke nicht mehr benötigt wird (§ 58a Abs. 2 Satz 2 StPO i.V.m. § 101 Abs. 8 StPO).

Nach § 58a Abs. 2 StPO i.V.m. § 147 StPO besteht ein Akteneinsichtsrecht des Verteidigers. Es handelt sich nicht um Beweisstücke, für die § 147 Abs. 4 StPO gelten würde, sondern um Ergänzungen der Vernehmungsprotokolle (vgl. BT-Drucks 18/11277, S. 26), die somit Gegenstand der Sachakten sind und dem Akteneinsichtsrecht des Verteidigers unterliegen (vgl. für die Aufzeichnungen von audiovisuellen Zeugenvernehmungen Burhoff, Rn 4209; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. § 58a Rn 12 f.). Es müssen ggf. amtliche Kopien gefertigt werden (vgl. § 58a Abs. 2 Satz 3 StPO). Wegen der Durchführung der Akteneinsicht wird verwiesen auf Burhoff, EV, Rn 4210 ff.).

Nach § 58a Abs. 2 StPO i.V.m. § 406e StPO haben auch der Nebenklägervertreter und/oder der Verletztenbeistand grundsätzlich ein Akteneinsichtsrecht. Dies unterliegt ggf. Beschränkungen (vgl. dazu Burhoff, EV, Rn 330 ff.). Gerade bei der Akteneinsicht für diese Berechtigten dürfte es sich empfehlen, zur Verbesserung des Schutzes des Beschuldigten vor einer missbräuchlichen Weitergabe der Aufzeichnung die an die

**Schutzwürdige Interessen durch die Aufzeichnung besser gewahrt**

**Verweis auf § 58a Abs. 2 StPO**

**Verwendungsbeschränkungen**

**Akteneinsicht**

**Nebenkläger**

Akteneinsichtsberechtigten herauszugebende Aufzeichnung mit einem Kopierschutz zu versehen (vgl. BT-Drucks 18/11277, S. 26).

Die Überlassung der Aufzeichnung oder die Herausgabe von Kopien an andere Stellen bedarf nach § 58a Abs. 2 Satz 6 StPO der Einwilligung des Beschuldigten.

### Hinweis

§ 136 Abs. 4 StPO verweist nicht auch auf § 58a Abs. 3 StPO. Der Verweis und damit die Übertragung der Widerspruchsmöglichkeit des § 58a Abs. 3 StPO mit der Folge des Vollverschriftungserfordernisses war bei den Beschuldigtenvernehmungen anders als bei Zeugenvernehmungen nicht erforderlich, weil der Beschuldigte anders als der Zeuge keine mit Ordnungsmitteln erzwingbare Pflicht hat, zur Sache auszusagen.

Der Umfang der Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung und deren technische Durchführung sind in § 136 Abs. 4 StPO – ebenso wie die einer Zeugenvernehmung nach § 58a StPO – nicht geregelt. Wegen der Einzelheiten kann man m.E. die Ausführungen zur Durchführung der Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung nach § 58a StPO entsprechend heranziehen (vgl. Burhoff, EV, Rn 4807 ff.).

Im Übrigen gibt auch die Gesetzesbegründung einige Mindeststandards vor (vgl. BT-Drucks 18/11277, S. 26), und zwar:

- Die Aufzeichnung muss (!) in ihrem Umfang regelmäßig den gesamten Verlauf der Vernehmung erfassen.
- Der Begriff der Aufzeichnung umfasst nach dem Zweck der Regelung – Wahrheitsfindung und Schutz der Beschuldigten mit Blick auf die Einhaltung der Vernehmungsförmlichkeiten (vgl. oben Rn 76 f.) – alle Verfahrensvorgänge, die mit der Vernehmung in enger Verbindung stehen oder sich aus ihr entwickeln.
- Auch eventuell bedeutsame Vorgespräche, die außerhalb der Bild-Ton-Aufzeichnung geführt worden sind, sollten erwähnt werden, um dem Beschuldigten Gelegenheit zu geben, sich hierzu zu erklären. M.E. müssen sie erwähnt werden.
- Zur Vermeidung etwaiger Streitigkeiten über den Inhalt oder die Umstände einer Vernehmung oder das konkrete Verhalten des Vernehmenden soll es sich anbieten, dass der Vernehmende am Ende der Vernehmung erklärt, dass die Aufzeichnung die Vernehmung vollständig und richtig wiedergibt.

Nicht (ausdrücklich) geregelt sind in § 136 Abs. 4 StPO Protokollierungsfragen. Es gelten also die allgemeinen Regeln mit der Folge, dass die §§ 168, 168a StPO gelten und von der Beschuldigtenvernehmung (selbstverständlich) ein Protokoll zu fertigen ist. An der in der Praxis üblichen (Mit-)Protokollierung durch den Vernehmungsbeamten ist damit festgehalten worden; die Verschriftlichung der Vernehmung kann aber auch im Nachhinein mithilfe der Videodokumentation erfolgen, was sich insbesondere in eilbedürftigen Verfahren – etwa in Haftsachen – anbieten kann (BT-Drucks 18/11277, S. 26).

In und mit der Neuregelung des § 136 Abs. 4 StPO ist aber nicht bestimmt, dass eine Verpflichtung zur Erstellung einer Vollverschriftlichung der Videovernehmung in Form der wörtlichen Transkription besteht. Das ist mit der Erweiterung der bestehenden Aufzeichnungsmöglichkeiten (ausdrücklich) nicht verbunden (vgl. BT-Drucks 18/11277, S. 26). Das folgt auch schon aus der Funktion der Bild-Ton-Aufzeichnung. Diese tritt (nur) neben die klassische Niederschrift der Vernehmung.

### Umfang/Durchführung der Aufzeichnung

### Mindeststandards

### Protokoll der Vernehmung

### Keine Pflicht zur Vollverschriftlichung

Für die dem Beschuldigten gegen die Anordnung einer Bild-Ton-Aufzeichnung zustehenden Rechtsmittel kann m.E. auf die dem Zeugen gegen die Anordnung einer Videovernehmung zustehenden Rechtsmittel verwiesen werden. (vgl. dazu Burhoff, EV, Rn 4798). Dabei kann sich der Beschuldigte aber nur gegen die Anordnung der Aufzeichnung, nicht aber gegen die Anordnung/Durchführung der Vernehmung wehren. Letztere kann er nur dadurch „angreifen“, dass er keine Angaben zur Sache macht.

### V. Beweisverwertungsverbote

Für Beweisverwertungsverbote gilt: § 136 Abs. 4 StPO ist eine Ordnungsvorschrift, die der Wahrheitsfindung und dem Schutz der Beschuldigten dient, indem sie die Dokumentation der Beschuldigtenvernehmungen insbesondere im Bereich vorsätzlich begangener Tötungsdelikte und bei Schutzbedürftigkeit der Beschuldigten verbessert. Ist keine Videoaufzeichnung vorhanden, gelten die hergebrachten Grundsätze für die Feststellung der Einhaltung der Vernehmungsförmlichkeiten im Freibeweisverfahren; der Grundsatz „in dubio pro reo“ gilt grundsätzlich nicht (statt aller Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 136 Rn 23; § 136a Rn 32). Aus dem Fehlen einer audiovisuellen Aufzeichnung kann also nicht der Schluss gezogen werden, dass die Vernehmungsförmlichkeiten nicht eingehalten wurden oder ihre Einhaltung nicht mehr feststellbar sei (BT-Drucks 18/11277, S. 27; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., Rn 20a).

#### Hinweis

Auch im Übrigen führt das Fehlen einer audiovisuellen Aufzeichnung grundsätzlich nicht zur Unverwertbarkeit der Aussage im weiteren Verfahren, auch wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Voraussetzungen für eine Aufzeichnung nach § 136 Abs. 4 StPO vorgelegen haben (BT-Drucks 18/11277, S. 27; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., Rn 20a). Das Fehlen einer audiovisuellen Aufzeichnung kann aber ggf. Auswirkungen auf die Beweiswürdigung und den Beweiswert von Angaben des Beschuldigten haben. In der Literatur wird vertreten (vgl. Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646, 2649), dass ein Beweisverwertungsverbot zu bejahen ist, wenn das Unterlassen einer audiovisuellen Aufzeichnung bewusst willkürlich geschehen ist oder auf einer generellen Weisung beruht.

### VI. Verwendung in der Hauptverhandlung

Das Vorhandensein einer Videoaufzeichnung der Vernehmung des Beschuldigten erlaubt in einer späteren Hauptverhandlung nicht, dass die Vernehmung des Angeklagten in Person in der Hauptverhandlung (§ 243 Abs. 5 Satz 3 StPO) durch das Abspielen der Aufzeichnung (s)einer Vernehmung aus dem Ermittlungsverfahren ersetzt werden kann. Das wäre ein umfassender Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren, den die StPO (derzeit) nicht vorsieht. Er ist zudem auch deshalb abzulehnen, weil das Gericht selbst oder die anderen Verfahrensbeteiligten wie Staatsanwalt, Verteidiger oder Nebenklägervertreter möglicherweise weitere oder andere Fragen zur Sachverhaltsaufklärung an den Beschuldigten richten wollen als die frühere Vernehmungsperson (BT-Drucks 18/11277, S. 26).

In der Hauptverhandlung wird die audiovisuelle Aufzeichnung daher wie auch sonst ein Protokoll einer Vernehmung behandelt – „ein qualitativ besseres, weil authentischeres“ (BT-Drucks 18/11277, S. 26). Das bedeutet, dass immer dann, wenn nach den Regeln der StPO Durchbrechungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (§ 250 StPO) zulässig sind, etwa indem die Verlesung der Niederschrift einer Vernehmung anstelle

Rechtsmittel

Ordnungsvorschrift

Keine Ersetzung der Vernehmung des Angeklagten

Behandlung wie ein Protokoll der Vernehmung

## Praxisforum

---

der Vernehmung des Beschuldigten selbst gestattet ist (vgl. §§ 231a Abs. 1 Satz 2, 233 Abs. 2 Satz 2 StPO), an die Stelle der Verlesung des schriftlichen Inhaltsprotokolls das Abspielen der audiovisuellen Aufzeichnung treten kann. Über § 251 Abs. 1 oder 2 StPO kommt – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 251 Abs. 1 oder 2 StPO – ggf. das Abspielen der audiovisuellen Aufzeichnung der Vernehmung eines (früheren) Mitbeschuldigten in Betracht (vgl. insoweit Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 251 Rn 4 m.w.N.). Auch kann ggf. die Vernehmung eines Zeugen durch das Abspielen seiner Vernehmung als Beschuldigter ersetzt werden (Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O.).

Schließlich kommt das Abspielen der Aufzeichnung einer Vernehmung nach § 254 StPO in Betracht. In § 254 StPO ist das durch eine Anpassung des Wortlauts für die Verlesung eines richterlichen Protokolls eines Geständnisses des Beschuldigten ausdrücklich klargestellt worden (vgl. Rn 261).

Zudem können dem Beschuldigten in der Hauptverhandlung Vorhalte aus der Aufzeichnung wie aus einem Vernehmungsprotokoll gemacht werden. Insoweit gelten die allgemeinen Regeln (Burhoff, Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 9. Aufl. 2019, Rn 3720 ff.).

## Rechtsprechungsreport

---

### *Verfahrensrecht*

#### **Durchsuchung: Anfangsverdacht bei verjährtem Besitz von Kinder-/Jugendpornografie**

**1. Der für die Anordnung der Durchsuchung und Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung dabei aufgefundener Beweismittel notwendige Anfangsverdacht kann sich beim Besitz kinder- oder jugendpornografischer Schriften aus vagen Aussagen anderer Beschuldigter ergeben.**

**2. Ein Anfangsverdacht liegt nicht vor, wenn die vermeintliche Anlasstat verjährt ist und die fachgerichtlichen Entscheidungen keine greifbaren Anhaltspunkte für die Annahme aufführen, dass der Beschuldigte sich auch in nicht rechtsverjährter Zeit im Besitz von inkriminierten Schriften befand. (Leitsätze des Verfassers)**

*BVerfG, Beschl. v. 20.11.2019 – 2 BvR 31/19 und 886/19*

#### **I. Sachverhalt**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Durchsuchung seiner Wohnräume in einem Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des Besitzes kinder- und jugendpornografischer Schriften sowie gegen die Sicherstellung und Auswertung der aufgefundenen technischen Geräte und Datenträger. Bei der Auswertung sichergestellter Speichermedien in einem gegen zwei andere Personen wegen des Verdachts der Verbreitung, des Erwerbs und des Besitzes kinderpornografischer Schriften geführten Ermittlungsverfahren wurden auf einer der sichergestellten Festplatten 43 E-Mail-Nachrichten aus dem Jahr 2009 mit inkriminierten Bild- und Videodateien aufgefunden. Die Absenderadresse einer E-Mail mit zwei Bilddateien konnte aufgrund einer Providerauskunft dem Beschwerdeführer zugeordnet werden. Das AG ordnete die Durchsuchung der Wohnung des Beschwerdeführers zum Zwecke der Auffindung von Computern, Speichermedien, internetfähigen Mobiltelefonen, Multimediaplays

§ 254 StPO

Vorhalte

Durchsuchung und Sicherstellung nach Hinweis auf E-Mails

sowie von Unterlagen mit Hinweisen auf Passwörter, externe Datenspeicher oder E-Mail-Postfächer an. Der Anfangsverdacht beruhe auf den Angaben des gesondert Verfolgten, der auf die Frage, ob er mit dem Nutzer der in Rede stehenden E-Mail-Adresse kinderpornografische Dateien ausgetauscht habe, angegeben habe, dass über den Account „irgendwas gelaufen“ sei, er aber nicht mehr wisse, was. Auf den sichergestellten Datenträgern des gesondert Verfolgten habe festgestellt werden können, dass der Beschwerdeführer zwei Bilddateien verschickt habe, die jeweils dasselbe männliche erigierte Glied eines Jugendlichen zeigten. Die leicht erkennbare Beinbehaarung lasse vermuten, dass es sich um einen Jungen in der Pubertät handele. Es wurden mehrere Computer, Festplatten und ein Smartphone sichergestellt. Der Beschwerdeführer erklärte im Rahmen der Durchsichtung, dass es sich bei dem Glied, das die versendeten Bilder zeigten, um sein eigenes handeln könne. Das AG bestätigte die vorläufige Sicherstellung der bei der Durchsichtung in Verwahrung genommenen Datenträger zum Zwecke der Durchsicht.

Die Beschwerden des Beschwerdeführers bleiben erfolglos. Mit Beschl. v. 23.5.2019 hat das BVerfG der StA im Wege der einstweiligen Anordnung bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers untersagt, die sichergestellten Beweismittel auszuwerten. Das BVerfG hat nunmehr die angegriffenen Beschlüsse aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

### II. Entscheidung

Die Beschlüsse verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 13 Abs. 1 und 2 GG. Notwendiger, aber auch in Anbetracht der Eingriffsintensität einer Wohnungsdurchsichtung hinreichender Anlass für eine Durchsichtung sei der Verdacht, dass eine Straftat begangen wurde. Das Gewicht des Eingriffs verlange auf konkreten Tatsachen beruhende Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Eine Durchsichtung dürfe somit nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Anfangsverdachts erst erforderlich sind. Diesen Anforderungen würden die angefochtenen Beschlüsse nicht gerecht. Dabei sei die Annahme, der Beschwerdeführer habe sich im Besitz von zumindest jugendpornografischen Schriften befunden und sie an den Empfänger der E-Mail versandt, allerdings nicht verfassungsrechtlich zu beanstanden. Diese Annahme könne aber nicht allein auf die der E-Mail beigefügten Bilddateien gestützt werden. Bei geschlechtsreifen Personen falle eine Altersbestimmung schwer, da sichtbare Anhaltspunkte wie bei Kinderpornografie („vor der Pubertät“) nicht existieren. Hier lasse sich aufgrund des körperlichen Entwicklungsstandes ausschließen, dass ein Kind im Sinne von § 184b StGB abgebildet ist. Ob es sich um das Glied eines Jugendlichen oder eines Erwachsenen handelt, könne den Bildern aber nicht entnommen werden. Im vorliegenden Fall komme jedoch hinzu, dass die Bilddateien an einen Empfänger versandt wurden, der nach eigener Aussage auf einer Plattform eine gesamte Datenbank mit kinder- und jugendpornografischem Material zum Tausch bereithielt und mindestens 43 E-Mail-Nachrichten mit kinder- und jugendpornografischem Material empfing oder verschickte. Die Angaben des Empfängers seien zwar ausgesprochen vage, was auf den erheblichen Zeitablauf zurückzuführen sein dürfte. Sie ließen jedoch im Zusammenhang mit dem Versand der E-Mail und den beigefügten Bilddateien einen Austausch von kinder- oder jugendpornografischem Material zwischen dem Beschwerdeführer und dem Empfänger der E-Mail möglich erscheinen. Dass das AG vor diesem Hintergrund angenommen hat, der Beschwerdeführer könne Bilder verschickt haben, dies das erigierte Glied eines Jugendlichen gezeigt hätten, entbehrt nicht jeden sachlichen Grundes.

**Anfangsverdacht: An sich denkbar ...**

Die Beschlüsse legten aber keine sachlich zureichenden, plausiblen Gründe dafür dar, weshalb sich der Beschwerdeführer auch in nicht verjährter Zeit und insbesondere noch zum Zeitpunkt der Durchsuchungsanordnung im März 2018 im Besitz von jugend- oder gar kinderpornografischen Schriften befunden haben soll. Eine mögliche, an das Versenden und den Besitz der in Rede stehenden zwei Bilddateien im Jahr 2009 anknüpfende Straftat wäre zum Zeitpunkt des Erlasses des Durchsuchungsbeschlusses im März 2018 nicht mehr verfolgbare, da gem. § 184c Abs. 2 und 4 StGB a.F. in Verbindung mit § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB Verfolgungsverjährung eingetreten war. Hinsichtlich einer noch verfolgbaren Straftat vermutet der Durchsuchungsbeschluss lediglich, dass der Beschwerdeführer „auch heute noch im Besitz kinder- und jugendpornografischer Schriften“ sei. Worauf das AG diese Vermutung stützt, werde nicht erläutert. Wenn das LG meint, es liege nach allgemeiner Lebenserfahrung fern, dass es sich bei dem Versenden der Bilder im Jahr 2009 um einen Einzelfall gehandelt haben könnte, da dies für das beschriebene Tatbild untypisch sei, knüpfe es letztlich an die Persönlichkeit des Beschwerdeführers an und schreibe ihm eine generelle, fortbestehende Tatgeneigtheit zu. Schon der Verdacht betreffend das Jahr 2009 stütze sich auf eine nur vage Tatsachengrundlage. Die angegriffenen fachgerichtlichen Entscheidungen setzten sich dennoch nicht ausreichend mit der Frage auseinander, warum auch mehrere Jahre nach dem Versand der E-Mail noch der Schluss darauf zulässig sein soll, dass sich der Beschwerdeführer weiterhin im Besitz von kinder- und jugendpornografischem Material befinde und mithin weitere Straftaten begehe. Diese Frage stelle sich nicht zuletzt unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten. Denn rechtfertigte die nicht näher begründete Annahme einer dauerhaften Störung der Sexualpräferenz auch nach Jahren einen Anfangsverdacht für die Begehung von Straftaten nach §§ 184b, 184c StGB, so könnten gegen den Betroffenen über lange Zeiträume hinweg Ermittlungsmaßnahmen ohne das Hinzutreten weiterer Verdachtsmomente angeordnet werden, was auf eine weitreichende Entgrenzung der Strafverfolgung hinausliefe. Vor diesem Hintergrund hätte es angesichts der besonderen Umstände des Falles einer eingehenderen Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme bedurft.

Das BVerfG führt im Weiteren aus, dass die Sichtung des Beweismaterials (§ 110 StPO) mangels Anfangsverdachts eine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist.

### III. Bedeutung für die Praxis

Das BVerfG schreibt seine Rechtsprechung zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Anfangsverdacht bei Durchsuchungen fort (etwa BVerfGE 59, 95; näher Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2019, Rn 1587 ff.). In Bezug auf den Anfangsverdacht von Taten des Besitzes nach §§ 184b Abs. 3 und 184c Abs. 3 StGB knüpft das Gericht an seine Entscheidung NJW 2018, 3571 = StRR 12/2018, 8 [Deutscher] an. Hier (vage Angaben eines anderen Beschuldigten) wie dort (an sich legales Verhalten) lässt das Gericht den Verfolgungsbehörden einen weiten Spielraum für die Annahme eines Anfangsverdachts bei diesen Straftaten, wenn weitere Anhaltspunkte hinzutreten, die die Tatbegehung als möglich erscheinen lassen (s.a. BVerfG NJW 2014, 3085, Fall „Edathy“). Das BVerfG führt aber überzeugend aus, dass selbst diesen geringen Anforderungen nicht genügt wird, wenn die Ausgangstat verjährt ist und angesichts des erheblichen Zeitablaufs keine greifbaren Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich der Beschuldigte auch aktuell noch im Besitz solcher inkriminierten Schriften befindet. Die schlichte Annahme, ein solcher Beschuldigter mache typischerweise so weiter, ist eine bloße Vermutung. Auch bei einem verjährten Diebstahl würde ohne weitere Anhaltspunkte vernünftiger-

... hier aber nicht wegen  
Zeitablaufs

Konkretisierung der  
Rechtsprechung

weise niemand auf die Idee kommen, der Beschuldigte sei auch aktuell als Dieb tätig und berge Diebesgut in seiner Wohnung. Anders könnte es in Fällen wie hier nur sein, wenn weitere Hinweise auf nicht verjährte Taten vorliegen. Auch einschlägige, nicht tilgungsreife Verurteilungen können solche Anhaltspunkte sein, nicht aber abstrakte Überlegungen zur typischen Persönlichkeit solcher Täter.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### Ausschluss der Öffentlichkeit für die Schlussvorträge

**Liegen die Voraussetzungen des § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG vor, stellt das Fehlen eines den Ausschluss der Öffentlichkeit für die Schlussvorträge anordnenden Gerichtsbeschlusses keinen absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 6 StPO dar. (Leitsatz des Gerichts)**

*BGH, Beschl. v. 9.5.2019 – 4 StR 605/18*

#### I. Sachverhalt

Am ersten Tag der gegen den Angeklagten wegen des Verdachts der Vergewaltigung zum Nachteil der Nebenklägerin geführten Hauptverhandlung beschloss die Strafkammer auf Antrag des Nebenklägervertreters, die Öffentlichkeit während der Dauer der Vernehmung der Nebenklägerin gemäß § 171b Abs. 1 GVG auszuschließen. Nach Verkündung des näher begründeten Gerichtsbeschlusses in öffentlicher Sitzung wurde die Nebenklägerin unter Ausschluss der Öffentlichkeit als Zeugin vernommen. Am vierten Hauptverhandlungstag nach Schluss der Beweisaufnahme erfolgten die Schlussvorträge der Verfahrensbeteiligten einschließlich des letzten Wortes des Angeklagten wiederum in nicht öffentlicher Sitzung, ohne dass zuvor ein Beschluss der Strafkammer über den Ausschluss der Öffentlichkeit während der Schlussvorträge gefasst worden war. Der BGH hat die Revision des Angeklagten als unbegründet verworfen.

#### II. Entscheidung

Die Verfahrensrüge des § 338 Nr. 6 StPO dringe nicht durch. Zwar sei die Verfahrensbestimmung des § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG verletzt. Dieser Verfahrensverstoß unterfalle aber nicht der Vorschrift des § 338 Nr. 6 StPO. Nach der im Jahr 2013 eingefügten Vorschrift des § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG sei in Verfahren, die eine Katalogtat des § 171b Abs. 2 GVG zum Gegenstand haben, die Öffentlichkeit für die Schlussvorträge auszuschließen, wenn die Verhandlung unter den Voraussetzungen des § 171b Abs. 1 oder 2 GVG oder des § 172 Nr. 4 GVG ganz oder zum Teil nicht öffentlich stattgefunden hat. Durch die Regelung solle verhindert werden, dass Umstände, für deren Erörterung die Öffentlichkeit während des bisherigen Verlaufs der Hauptverhandlung ausgeschlossen war, bei den Schlussvorträgen gleichwohl öffentlich zur Sprache kommen. Zugleich werde den Verfahrensbeteiligten im Rahmen der Schlussvorträge eine unbefangene Auseinandersetzung mit dem gesamten zum Inbegriff der Hauptverhandlung gewordenen Verfahrensstoff ermöglicht (BGHSt 63, 23 Rn 16 und 19 = NJW 2018, 640; StV 2017, 369, 370). Dieser Ausschluss der Öffentlichkeit diene der Absicherung derselben Geheimhaltungsinteressen, die für den im Verlauf der Hauptverhandlung zuvor erfolgten Ausschluss der Öffentlichkeit maßgeblich waren. Um diese auf den vorausgegangenen Öffentlichkeitsausschluss bezogene Schutzwirkung zu erreichen, habe sich der Gesetzgeber für die Schaffung eines neuen zwingenden Ausschlusstatbestands entschieden, für den mangels spezieller Verfahrensbe-

**Ausschluss der Öffentlichkeit bei Schlussvorträgen ohne Beschluss**

**Zweck des Ausschlusses**



stimmungen das allgemein in § 174 GVG geregelte Ausschließungsverfahren Anwendung findet.

Nach § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG sei auch der Ausschluss der Öffentlichkeit für die Schlussvorträge gemäß § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG durch einen zu verkündenden Gerichtsbeschluss anzuordnen. Ein Verstoß stelle aber bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG in einschränkender Auslegung des § 338 Nr. 6 StPO keinen absoluten Revisionsgrund dar. Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, der eine Kontrolle der Rechtspflege durch die Allgemeinheit ermöglicht, gehöre zu den wesentlichen rechtsstaatlichen Strukturprinzipien des Strafprozesses (BVerfG NJW 2001, 1633, 1635). Der hohen Bedeutung der Öffentlichkeitsmaxime trage die StPO dadurch Rechnung, dass sie die Verletzung von Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens bei Durchführung der Hauptverhandlung in § 338 Nr. 6 StPO als absoluten Revisionsgrund ausgestaltet hat. Nach der Rechtsprechung des BGH würden von § 338 Nr. 6 StPO als Verletzung von Vorschriften über die Öffentlichkeit auch Verstöße gegen Verfahrensbestimmungen erfasst, welche das Ausschließungsverfahren regeln (BGH NStZ-RR 2018, 324; NStZ 2013, 479, 480). Dies gelte indes nicht uneingeschränkt. So habe der BGH für das Begründungserfordernis des § 174 Abs. 1 Satz 3 GVG bereits entschieden, dass nicht jeder formale Verstoß gegen Bestimmungen des Ausschließungsverfahrens der Regelung des § 338 Nr. 6 StPO unterfällt (BGH NStZ-RR 2004, 235, 236). Hiernach komme einer Verletzung der gesetzlich vorgeschriebenen Begründungspflicht in Fällen, in denen auf der Grundlage eines sicher feststehenden Verfahrensablaufs eine unzulässige Beschränkung der Öffentlichkeit auszuschließen ist und der Ausschlussgrund für alle Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit eindeutig zu erkennen war, kein solches Gewicht zu, dass deshalb der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO zu bejahen wäre (BGHSt 45, 117, 120 = NJW 1999, 3060).

Der Senat hält eine restriktive Auslegung des § 338 Nr. 6 StPO auch dann für geboten, wenn bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG die Schlussvorträge entsprechend der zwingenden gesetzlichen Vorgabe in nicht öffentlicher Sitzung gehalten wurden, ohne dass der Öffentlichkeitsausschluss zuvor durch einen Gerichtsbeschluss angeordnet worden war. Hierfür sprächen die verfahrensmäßigen Besonderheiten, die sich aus der gesetzlichen Ausgestaltung des Ausschließungsgrundes des § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG ergeben. § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG schreibe den Ausschluss der Öffentlichkeit für die Schlussvorträge in Verfahren, die eine Katalogtat des § 171b Abs. 2 GVG zum Gegenstand haben, zwingend vor. Anders als bei dem ebenfalls zwingenden Ausschlussgrund des § 171b Abs. 3 Satz 1 GVG i.V.m. § 171b Abs. 1 und 2 GVG sei der Umfang des Ausschlusses der Öffentlichkeit durch die Festlegung auf die Schlussvorträge zudem gesetzlich bestimmt. Dies habe zur Folge, dass auf der Rechtsfolgenseite weder zum Ob eines Ausschlusses noch zu dessen Umfang ein Entscheidungsspielraum des Gerichts bestehe. Voraussetzung für den Ausschluss der Öffentlichkeit nach § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG sei allein der in einem früheren Stadium der Hauptverhandlung erfolgte Ausschluss der Öffentlichkeit nach den Vorschriften des § 171b Abs. 1 oder 2 GVG bzw. § 172 Nr. 4 GVG für mindestens einen Teil der Verhandlung. Findet aufgrund eines nach den genannten Bestimmungen angeordneten Ausschlusses der Öffentlichkeit zumindest ein Teil der Hauptverhandlung in nicht öffentlicher Sitzung statt, stehe ab diesem Zeitpunkt für alle Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit fest, dass auch für die Schlussvorträge ein Öffentlichkeitsausschluss zu erfolgen hat. Dieser tatbestandliche Rückbezug auf eine feststehende innerprozessuale Tatsache führe zu dem, dass bei einem Öffentlichkeitsausschluss nach § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG nicht nur auf der

### § 338 Nr. 6 StPO als absoluter Revisionsgrund

### Aber: Restriktive Auslegung bei dieser Konstellation

Rechtsfolgenseite, sondern auch auf der Tatbestandsebene kein von dem Spruchkörper in seiner Gesamtheit wahrzunehmender Spielraum für eine abweichende Entscheidung vorhanden ist. Zum anderen sei das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des Ausschlussgrundes nach § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG aus dem bloßen Verfahrensablauf heraus sowohl für die Verfahrensbeteiligten als auch die Öffentlichkeit eindeutig zu erkennen. Insoweit sei die Lage nicht anders als bei einer nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zulässigen Begründung eines Öffentlichkeitsausschlusses durch ausdrückliche Bezugnahme auf einen früher verkündeten Gerichtsbeschluss (BGHSt 30, 298, 303 f. = NJW 1982, 948; BGHSt 45, 117, 119 = NJW 1999, 3060). Angesichts dieser aus der gesetzlichen Ausgestaltung des Ausschlussgrundes des § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG resultierenden besonderen Verfahrensgegebenheiten sei es ausgeschlossen, dass ein Verstoß gegen das Beschlusserfordernis des § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG zu einer irgendwie gearteten Beeinträchtigung des materiellen Gehalts der Öffentlichkeitsmaxime führt. Mangels Beruhens greife auch der relative Revisionsgrund des § 337 StPO nicht ein.

### III. Bedeutung für die Praxis

Die für BGHSt vorgesehene Entscheidung ist ein weiterer Mosaikstein in den Grundsätzen des Ausschlusses der Öffentlichkeit nach der Umgestaltung des § 171b GVG im Jahr 2013. Angesichts des in dieser Konstellation zwingenden Ausschlusses der Öffentlichkeit auch für die Schlussvorträge ist es überzeugend, dass der BGH in solchen Fällen den Beschluss zum Ausschluss auch bei den Schlussvorträgen als nicht wesentlich erachtet und daher bei dessen Fehlen den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO nicht durchgreifen lässt. Aus der Art der Argumentation ist aber der Ausnahmecharakter der Entscheidung nur für diese Fallgruppe ersichtlich. Verallgemeinerungsfähig für andere Konstellationen ist sie nicht.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### Holschuld eines Dritten bezüglich in Strafverfahren beschlagnahmter Gegenstände

**1. In einem Strafverfahren beschlagnahmte Gegenstände sind auch gegenüber nicht beschuldigten (unbeteiligten) Dritten in entsprechender Anwendung von § 697 BGB an dem Ort zurückzugeben, an welchem sie aufzubewahren waren. Die verwahrende Justizbehörde ist nicht verpflichtet, die Sachen an den Beschlagnahmeort oder den Wohnsitz des Berechtigten zurückzubringen (Bestätigung und Fortführung von BGH NJW 2005, 988).**

**2. Der von der Beschlagnahme betroffene Dritte ist für Fahrtkosten und sonstige notwendige Aufwendungen, die ihm im Zusammenhang mit der Abholung der Gegenstände entstehen, nach Maßgabe von § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 JVEG zu entschädigen. (Leitsätze des Gerichts)**

*BGH, Urt. v. 16.5.2019 – III ZR 6/18*

#### I. Sachverhalt

Im Rahmen eines strafprozessualen Ermittlungsverfahrens, das die Staatsanwaltschaft seit 2013 gegen den Ehemann der Klägerin führte, wurden der Klägerin gehörende Sachen bei einem Lagerunternehmen und in einem Bankschließfach auf der Insel S. beschlagnahmt und zur Polizeidirektion F. verbracht. Nach Freigabe der

Überzeugend

Beschlagnahme von der Ehefrau gehörenden Gegenständen

beschlagnahmen Gegenstände durch die Staatsanwaltschaft holte die auf S. wohnhafte Klägerin die beschlagnahmen Gegenstände im April/Mai 2016 bei der Polizeidirektion F. ab. Zuvor hatte sie die Staatsanwaltschaft vergeblich zur Verbringung der Gegenstände nach S. aufgefordert.

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Erstattung von Fahrtkosten in Höhe von 152,40 EUR nebst vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten und Zinsen. Das LG hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben und das beklagte Land zur Zahlung von 142 EUR nebst vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten und Zinsen verurteilt. Auf die vom LG zugelassene Berufung des Beklagten hat das OLG Schleswig die Klage abgewiesen (vgl. NStZ-RR 2018, 96). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Revision hatte keinen Erfolg.

### II. Entscheidung

Ebenso wie das OLG geht der BGH davon aus, dass in einem Strafverfahren beschlagnahmte Gegenstände auch gegenüber nicht beschuldigten Dritten nicht in entsprechender Anwendung von § 697 BGB an dem Ort zurückzugeben sind, an welchem sie aufzubewahren waren. Die verwahrende Justizbehörde sei nicht verpflichtet, die Sachen an den Beschlagnahmeort oder den Wohnsitz des Berechtigten zurückzubringen. Es fehle somit an einer Pflichtverletzung des Beklagten gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB beziehungsweise einer Amtspflichtverletzung im Sinne von § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB, Art. 34 Satz 1 GG. Die Rückgabepflicht sei Holschuld und nicht Bringschuld (BGH NJW 2005, 988). Dem lasse sich nicht entgegenhalten, dass die Sache nicht aufgrund eines vertraglichen Einverständnisses des Hinterlegers, sondern – oftmals gegen dessen Willen – durch den hoheitlichen Zugriff der Strafverfolgungsbehörden in die öffentlich-rechtliche Verwahrung überführt worden sei (so insbesondere Hoffmann/Knierim, NStZ 2000, 461, 462 f.; ähnlich Damrau, NStZ 2003, 408, 410). Dieser Gesichtspunkt sei für die Festlegung des Leistungsorts hinsichtlich der Herausgabe nach Beendigung des Verwahrungsverhältnisses ohne wesentliche Bedeutung. Denn die Rechtmäßigkeit des hoheitlichen Zugriffs begründe eine sachliche Rechtfertigung für das öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis, die in ihrem Gewicht dem vertraglichen Konsens bei einem privatrechtlichen Verwahrungsvertrag mindestens gleichkomme. Der ursprünglich rechtmäßige Zustand werde auch nicht dadurch nachträglich rechtswidrig, dass die Beschlagnahme endet und die Staatsanwaltschaft die Sache zur Abholung bereitstellt. Es sei deshalb gerechtfertigt, die gesetzlichen Regelungen für die Abwicklung eines beendeten Verwahrungsverhältnisses, zu denen § 697 BGB gehört, bei der Beendigung einer Beschlagnahme nach § 94 Abs. 2 StPO entsprechend heranzuziehen (so auch BeckOGK/Dörr, BGB, § 839 Rn 1066 [Stand: 1.3.2019]; BeckOGK/Schlinker, a.a.O., § 697 Rn 5 [Stand: 1.2.2019]; Erman/Zetzsche, BGB, 15. Aufl., § 697 Rn 4; Jülich, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 697 Rn 6; KK-StPO/Spilleke, 7. Aufl., § 111k Rn 1; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl., § 111n Rn 4; NK-BGB/Klingelhöfer, 3. Aufl., § 697 Rn 1; PWW/Fehrenbacher, BGB, 13. Aufl., § 697 Rn 1; Burghart, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 3. Aufl., § 111n Rn 7; Soergel/Schur, BGB, 13. Aufl., § 697 Rn 2; Staudinger/Reuter, BGB, Neubearbeitung 2015, § 697 Rn 5; bereits zuvor im Sinne der Senatsrechtsprechung Schäfer, wistra 1984, 136, 137 und Flore/Schwedtmann, PStR 2000, 28, 31; differenzierend gegenüber Nichtbeschuldigten Johann, in: Löwe-Rosenberg a.a.O. § 111k Rn 17; MüKo-BGB/Henssler a.a.O. § 697 Rn 3; Kemper, NJW 2005, 3679, 3681 f.; ablehnend Menges, in: Löwe-Rosenberg, a.a.O., § 98 Rn 64; SK-StPO/Wohlens/Greco, 5. Aufl.,

### Klage auf Ersatz von Fahrtkosten

### § 697 BGB entsprechend

§ 98 Rn 60 jeweils unter Bezugnahme auf Damrau, NStZ 2003, 408, 410 und Hoffmann/Knierim, NStZ 2000, 461, 462).

Der BGH sieht – insbesondere im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (vgl. Nr. 73a Satz 1 RiStBV) – nicht die Notwendigkeit einer Einschränkung in den Fällen, in denen Sachen eines nicht beschuldigten Dritten beschlagnahmt wurden. Es treffe zwar zu, dass sein Urt. v. 2.2005 die Beschlagnahme von Gegenständen des Beschuldigten zum Gegenstand hatte, gegen den das Verfahren später gemäß § 153a Abs. 2 StPO endgültig eingestellt wurde. Die Regelung des § 697 BGB sei jedoch auch dann entsprechend anzuwenden, wenn – wie im vorliegenden Fall – im Gewahrsam eines nicht beschuldigten (unbeteiligten) Dritten befindliche Gegenstände rechtmäßig beschlagnahmt wurden, wobei der Betroffene gegebenenfalls in entsprechender Anwendung von § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 JVEG für Fahrtkosten und sonstige notwendige Aufwendungen, die ihm im Zusammenhang mit der Abholung der Gegenstände entstehen, zu entschädigen ist. Schließlich ergibt sich für den BGH etwas anderes auch nicht aus verfassungsrechtlichen Erwägungen.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Zunächst: Mit dieser Entscheidung des BGH dürfte dann endgültig geklärt sein, dass im Strafverfahren beschlagnahmte Gegenstände, die einem Dritten gehören, von diesem nach Beendigung der Beschlagnahme zurückgeholt werden müssen. Er hat keinen Anspruch darauf, dass sie ihm von den beschlagnahmenden Ermittlungsbehörden zurückgebracht werden (vgl. zu allem auch Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2019, Rn 840 ff. m.w.N.).

2. Aber: Der Dritte ist für die von ihm im Zusammenhang mit der Abholung aufgewendeten Kosten gem. § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 JVEG wie ein Zeuge zu entschädigen. Danach kommt vor allem der Ersatz von Fahrtkosten und sonstigen notwendigen Aufwendungen in Betracht (§ 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 3 i.V.m. §§ 5, 7 JVEG). Die Entschädigungspflicht nach § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 JVEG erfasst zwar unmittelbar nur die freiwillige Herausgabe von Gegenständen (§ 95 Abs. 1 StPO). Der BGH wendet die Entschädigungsregelung jedoch entsprechend an, wenn Nichtbeteiligte, die von Maßnahmen der Durchsuchung und Beschlagnahme betroffen werden, die Gegenstände nicht freiwillig herausgeben und es deshalb der Beschlagnahme nach § 94 Abs. 2 StPO bedarf. Denn die Sach- und Interessenlage entspricht auch in einem solchen Fall dem Normzweck des § 23 Abs. 2 JVEG. Die Aufwendungen, die zur Wiedererlangung der (ehemals) beschlagnahmten Gegenstände erforderlich waren, können im Verfahren nach § 4 Abs. 1 JVEG auf direktem Weg, d.h. ohne einen Schadensersatz- oder Amtshaftungsprozess führen zu müssen, erstattet verlangt werden. Über die dabei zu beachtende Drei-Monats-Frist (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 JVEG) und den Fristbeginn (§ 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 JVEG) ist der Rechteinhaber gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 JVEG zu belehren.

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

**Keine Einschränkungen zugunsten des nicht beschuldigten Dritten**

**(Streit-)Frage endgültig geklärt**

**Aber: Entschädigungspflicht gem. § 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 JVEG**

### **Aussetzung der Hauptverhandlung wegen (schuldhafter) Nichtteilnahme des Wahlanwalts**

**Nimmt der im Gerichtsgebäude anwesende Wahlverteidiger nicht an der Hauptverhandlung teil, um seine Bestellung zum Verteidiger zu erzwingen, und hat dies die Aussetzung der Hauptverhandlung zur Folge, sind ihm gemäß § 145 Abs. 4 StPO die durch die Aussetzung verursachten Kosten auch dann aufzuerlegen, wenn seine Vergütung nicht gesichert war. (Leitsatz des Gerichts)**

*OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.7.2019 – 5 – 2 StE 9/18*

#### **I. Sachverhalt**

Die Anklage wirft dem Angeklagten u.a. vor, in zehn Fällen die ausländische terroristische Vereinigung IS unterstützt und in vier Fällen für sie um Mitglieder und Unterstützer geworben zu haben. Nachdem der Senat des OLG seit dem 17.1.2019 bereits an fünf Tagen verhandelt hatte, war am 12. und 14.3.2019 der Pflichtverteidiger jeweils mit ärztlichem Attest entschuldigt krankheitsbedingt nicht anwesend. Die an beiden Tagen jeweils im Gebäude, aber nicht im Saal anwesende Wahlverteidigerin des Angeklagten erklärte, sie nehme an der Hauptverhandlung nur teil, wenn sie zur Pflichtverteidigerin bestellt werde. Eine Bestellung durch den Vorsitzenden erfolgte nicht.

Der Vorsitzende hatte die Bestellung zuvor bereits mehrfach abgelehnt; hiergegen gerichtete Rechtsmittel des Angeklagten waren beim BGH und beim BVerfG erfolglos geblieben. Da die Wahlverteidigerin wegen anderer Termine verhindert und der bestellte Verteidiger weiterhin erkrankt war, konnte bis zum 20.3.2019, dem letzten möglichen Tag einer Fortsetzung der Hauptverhandlung, nicht mehr verhandelt werden. Weil eine weitere Unterbrechung gemäß § 229 StPO nicht mehr möglich war, hat das OLG die Hauptverhandlung mit Beschl. v. 19.3.2019 ausgesetzt. Das OLG hat die durch die Aussetzung der Hauptverhandlung verursachten Kosten der Wahlverteidigerin auferlegt.

#### **II. Entscheidung**

Das OLG hat die Voraussetzungen des § 145 Abs. 4 StPO bejaht. Zur Begründung hat es darauf verwiesen, dass nicht nur der bestellte Verteidiger, sondern auch der Wahlverteidiger zur Teilnahme an der Hauptverhandlung verpflichtet sei. Nach der StPO sei einem Angeklagten, der einen Wahlverteidiger habe, auch im Falle der notwendigen Verteidigung grundsätzlich kein Verteidiger zu bestellen. Wenn die Verteidigung demnach im Regelfall vom Wahlverteidiger allein geführt werden solle, verstehe es sich von selbst, dass dieser nicht nach Belieben an der Hauptverhandlung teilnehmen oder ihr fernbleiben könne. Die StPO gehe von dieser Pflicht des Wahlverteidigers aus und beschränke die Kostenpflicht nicht auf den Pflichtverteidiger, sondern lege auch dem Wahlverteidiger, der eine Aussetzung der Hauptverhandlung verschuldet, Kosten auf.

Es habe – so das OLG – auch kein Ausnahmefall vorgelegen, in dem die Wahlverteidigerin der Hauptverhandlung gleichwohl fernbleiben dürfen. Sei ein Pflichtverteidiger bestellt, dürfe sich der Wahlverteidiger zwar grundsätzlich darauf verlassen, dass die Verteidigung des Angeklagten durch diesen sichergestellt werde, und es treffe ihn keine unbedingte Erscheinungspflicht. Anders sei es aber dann, wenn der Wahlverteidiger – wie hier – nicht darauf vertrauen könne, dass der Pflichtverteidiger

**Wahlverteidigerin  
anwesend ...**

**... nimmt aber nicht an der  
Hauptverhandlung teil**

**§ 145 Abs. 4 StPO gilt auch für  
den Wahlverteidiger**

**Kein Ausnahmefall**

tatsächlich zur Hauptverhandlung erscheinen werde. Auch der Umstand, dass die Verteidigerin nach ihrem Vorbringen für ein Tätigwerden in der Hauptverhandlung nicht mit der Bezahlung einer Vergütung habe rechnen können, habe sie unter den besonderen Umständen des (Einzel-)Falls nicht von der Verpflichtung freigestellt, in der Hauptverhandlung aufzutreten. Die Rechtsanwältin sei sowohl am 12. als auch am 14.3.2019 im Gerichtsgebäude anwesend gewesen und habe sich lediglich geweigert, im Gerichtssaal an der Hauptverhandlung teilzunehmen. Sämtliche für die Anreise erforderlichen Auslagen seien schon angefallen gewesen und der für das Verfahren aufgewandte Zeitaufwand sei derselbe geblieben, unabhängig davon, ob die Verteidigerin im Gerichtssaal auftrat oder im Verteidigerzimmer auf eine erhoffte Verteidigerbestellung wartete. Die Teilnahme an der Hauptverhandlung sei für die Wahlverteidigerin mithin mit keinem zusätzlichen Aufwand und keinem persönlichen Nachteil mehr verbunden gewesen. Dass sich die Verteidigerin bei dieser Sachlage trotzdem nicht in den Gerichtssaal begeben habe, sondern vor dessen Türen wartete, habe seinen Grund nach Überzeugung des OLG deshalb nicht darin gehabt, dass ihre Bezahlung nicht gesichert gewesen sei. Vielmehr sei es der Rechtsanwältin ausschließlich darum gegangen, in Anbetracht der drohenden Aussetzung der Hauptverhandlung ihre Bestellung zur weiteren Verteidigerin zu erzwingen.

Dabei habe das Ziel der Verteidigerin, ihre Bestellung zu erreichen, ein solches Vorgehen nicht gerechtfertigt. Der Vorsitzende habe seine Entscheidung, sie nicht zu bestellen, in mehreren Beschlüssen eingehend begründet. Die hiergegen gerichteten Rechtsmittel des Angeklagten seien durchweg erfolglos geblieben; der BGH habe in seiner Entscheidung vom 7.2.2019 überdies ausgeführt, dass der angefochtene Vorsitzendenbeschluss nach vorläufiger Einschätzung Ermessensfehler nicht erkennen lasse. Zudem habe die Vorgehensweise der Verteidigerin das Risiko einer Aussetzung der Hauptverhandlung mit der Folge einer längeren Dauer der für den Angeklagten besonders belastenden Untersuchungshaft begründet. Mit ihrem Ziel, ihre Bestellung zur Verteidigerin zu erreichen, habe die Rechtsanwältin daher keine aner kennenswerten Interessen, die eine Ausnahme von der grundsätzlichen Pflicht des Wahlverteidigers zur Teilnahme an der Hauptverhandlung rechtfertigen konnten, verfolgt. Vielmehr sei das Verhalten der Verteidigerin, die letztlich mutwillig eine Aussetzung der Hauptverhandlung provozierte, mit einer gewissenhaften Ausübung des Anwaltsberufs nicht in Einklang zu bringen.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Das Verfahren, in dem die Entscheidung ergangen ist, hat den BGH bereits mehrfach beschäftigt. Der BGH hat nicht nur in dem vom OLG angeführten Beschl. v. 7.2.2019 zur Ablehnung der Bestellung der Wahlverteidigerin als Pflichtverteidigerin Stellung genommen und in dem Beschluss die Auffassung des Vorsitzenden bestätigt. Er hat zudem auch im Beschl. v. 3.5.2019 (AK 15/19, StB 9/19, StRR 12/2019, 22) zur Frage der Verhältnismäßigkeit der weiteren U-Haft des Angeklagten ausgeführt und hat das Verhalten der Wahlverteidigerin dem Angeklagten als (mit-)ursächliches Verteidigungsverhalten bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der weiteren Fortdauer der Untersuchungshaft angerechnet. Eine weitere Entscheidung des BGH – jetzt zur Kostentragungspflicht – wird es in der Sache allerdings nicht geben, da einer der Fälle des § 304 Abs. 4 Satz 2 StPO, in denen die Beschwerde gegen in erstinstanzlichen Verfahren beim OLG ergangene Beschlüsse ausnahmsweise zulässig ist, nicht vorliegt. Es bleibt also bei der Entscheidung des OLG, zumindest zunächst. Denn man wird davon ausgehen können, dass die Wahlverteidigerin die vom OLG entschiedene Frage auch dem BVerfG vorlegen wird.

**Ziel der Verteidigerin, ihre Bestellung zu erreichen**

**Verfahren mehrfach beim BGH**

2. Viel Hoffnung auf eine Änderung der Entscheidung durch das BVerfG wird man m.E. nicht haben dürfen. Denn die obergerichtliche Rechtsprechung geht dahin, entsprechendes Verteidigerverhalten als standeswidrig anzusehen (vgl. dazu AnwGH Nordrhein-Westfalen NJW-RR 2006, 1491, 1492 f. und wohl auch BGH, a.a.O.). In dem Fall wird der Verteidiger aber mit der Auferlegung der Kosten rechnen müssen. Ob zu Recht, wird uns das BVerfG oder vielleicht auch erst der EGMR sagen.

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

### *StGB/Nebengebiete*

#### **Keine Einziehung im Steuerstrafverfahren bei Verjährung des Steueranspruchs**

**Das Erlöschen des Anspruchs aus dem Steuerschuldverhältnis gemäß § 47 AO wegen steuerlicher Festsetzungsverjährung (§§ 169 ff. AO) führt zum Ausschluss der diesbezüglichen Einziehung des Tatertrages oder des Wertersatzes nach § 73e Abs. 1 StGB. (Leitsätze des Verfassers)**

**BGH, Beschl. v. 24.10.2019 – 1 StR 173/19**

#### **I. Sachverhalt**

Die Vorinstanz – das LG Mannheim – hatte gegen den Einziehungsbeteiligten im Zuge eines Steuerstrafverfahrens mit UrT. v. 17.10.2018 die Einziehung des Wertes von Taterträgen von insgesamt 1.411.779,75 EUR angeordnet.

Dem lag u.a. zum einen die Hinterziehung von Einkommensteuer die Jahre 1999 bis 2002, Körperschaftsteuer die Jahre 2000 bis 2002 und Umsatzsteuer das Jahr 2000 betreffend zugrunde. Dabei lagen die jeweiligen Verkürzungsbeträge pro Tat im materiellen Sinne über 50.000 EUR (Gesamtverkürzungsbetrag 1.281.955, 81 EUR).

Zudem wurde die Einziehung betreffend Umsatzsteuerverkürzungen 2001 und 2002 (Verkürzungsvolumen 47.633,50 EUR bzw. 45.832,38 EUR) angeordnet.

#### **II. Entscheidung**

Das Erlöschen des Steueranspruchs wegen Eintritts der Festsetzungsverjährung führt zum Ausschluss der Einziehung des Tatertrages oder des Wertersatzes nach § 73e Abs. 1 StGB. Denn der aus dem Steuerschuldverhältnis sich ergebende Steueranspruch (§ 37 Abs. 1 AO) bezieht sich auf die geschuldete Steuer als Geldleistung. Die nicht entrichtete und geschuldete Steuer aus dem Steuerschuldverhältnis ist als ersparte Aufwendung das Erlangte i.S.v. § 73e Abs. 1 StGB. Dabei ist der Begriff des Erlöschens in § 73e Abs. 1 StGB deckungsgleich mit dem des § 47 AO unter Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG) auszulegen.

Da bei den Hinterziehungstaten die Einkommensteuer die Jahre 1999 bis 2002, die Körperschaftsteuer die Jahre 2000 bis 2002 und die Umsatzsteuer das Jahr 2000 betreffend das Verkürzungsvolumen pro Tat im materiellen Sinne über 50.000 EUR lag und somit Steuern in großem Ausmaß nach § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AO verkürzt wurden (BGH NZWiSt 2016, 102), greift die zehnjährige Strafverfolgungsverjährung nach § 376 Abs. 1 AO. Die Festsetzungsverjährung als Frist, innerhalb derer die Finanzverwaltung Steuerbescheide erlassen oder ändern, somit ihren Steueranspruch noch geltend machen kann, beträgt im Fall der Hinterziehung von Steuern nach § 169 Abs. 2 S. 2 AO auch zehn Jahre. Der Ablauf dieser Frist war zudem nach

**BVerfG oder EGMR?**

§ 171 Abs. 7 AO so lange gehemmt, bis hinsichtlich der entsprechenden Steuerstraftat noch keine Strafverfolgungsverjährung eingetreten war. Mit Anklageerhebung am 29.4.2010 war gemäß § 78c Abs. 1 S. 1 Nr. 6 StGB die Strafverfolgungsverjährung bezüglich dieser Taten unterbrochen, so dass bei Urteilserlass noch keine Zahlungsverjährung bezüglich dieser Steueransprüche und somit deren Erlöschen gemäß § 47 AO eingetreten war. Damit erfolgte die Anordnung der Einziehung des Wertersatzes insofern zu Recht.

Hinsichtlich der Umsatzsteuerhinterziehungen 2001 und 2002 betreffend wurden die Jahreserklärungen am 22.8.2002 bzw. 13.6.2003 abgegeben. Da diese zu einer zu geringen Festsetzung und Zahllast führten, war gemäß §§ 370 Abs. 4 S. 1 Halbsatz 2, 168 S. 1, 150 Abs. 1 S. 3 AO, §§ 18 Abs. 3 S. 1, 2 Abs. 1 UStG zum jeweiligen Zeitpunkt der Einreichung beim Finanzamt Tatvollendung und -beendigung gegeben (BGH BeckRS 2019, 24295; vgl. Gehm, Kompendium Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2017, S. 314). Mangels Überschreitens der Hinterziehungsgrenze von 50.000 EUR greift § 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 und somit die längere Strafverfolgungsverjährungsfrist nach § 376 Abs. 1 AO bezüglich dieser Taten nicht, so dass die Strafverfolgungsverjährung lediglich fünf Jahre beträgt (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB). Spätestens 15 Jahre nach Tatbeendigung trat somit Strafverfolgungsverjährung ein, da zu diesem Zeitpunkt noch kein erstinstanzliches Urteil ergangen war (§§ 78c Abs. 3 S. 3, 78b Abs. 3 und 4 StGB). Zum selben Zeitpunkt trat auch die Verjährung aus dem Steuerschuldverhältnis ein (§§ 169 Abs. 2 S. 1, 171 Abs. 7 AO). Somit war zum Zeitpunkt der Anordnung der Einziehung der diesbezügliche Steueranspruch nach §§ 47, 169 Abs. 2 S. 2, 171 Abs. 7 AO erloschen, so dass die Einziehung der Taterträge insoweit nach § 73e Abs. 1 StGB ausscheidet.

### III. Bedeutung für die Praxis

Der BGH schließt sich der Meinung an, dass sich die Frage, ob eine Einziehung im Steuerstrafverfahren nach § 73e Abs. 1 StGB ausscheidet, danach beurteilt, ob nach § 47 AO der konkrete Anspruch aus dem Steuerschuldverhältnis i.S.v. § 37 AO erloschen ist (so auch Kuhn/Weigell/Görlich, Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2019, Rn 155; Gehm, StB 2019, 368, 369). Sofern ein Erlöschen des Steueranspruchs sich aus dem Eintritt der Festsetzungsverjährung herleitet, ist wegen der Ablaufhemmung dieser Verjährung nach § 171 Abs. 7 AO auch der Eintritt der Strafverfolgungsverjährung mit zu berücksichtigen. Dabei bedeutet Ablaufhemmung i.S.v. § 171 AO, dass infolge bestimmter während der Festsetzungsfrist eintretender Ereignisse die Verjährung über ihren regulären Zeitpunkt bis zum Wegfall des Hemmungstatbestandes hinausgeschoben wird. Die ursprüngliche Festsetzungsfrist läuft aber nicht etwa ab diesem Zeitpunkt ungekürzt von dort weiter, wo sie sich bei Eintritt des Hemmungseignisses befunden hat. Insofern zeitigt es keine Folgen bezüglich der Gesamtlänge der Festsetzungsfrist, wenn das Hemmungseignis innerhalb der regulären Frist bereits wieder wegfällt (Rüsken, in: Klein, AO-Komm., 14. Aufl. 2018, § 171 Rn 1). Im Fall der verlängerten Strafverfolgungsverjährung nach § 376 Abs. 1 AO beträgt die absolute Verjährungsfrist gemäß § 78c Abs. 3 S. 2 StGB 20 Jahre (BGH NZWiSt 2017, 68 m. Anm. Gehm; Jäger, in: Klein, AO-Komm., 14. Aufl. 2018, § 376 Rn 60; Gehm, Kompendium Steuerstrafrecht, 3. Aufl. 2017, S. 320). Die vorliegende Entscheidung führt auf den ersten Blick dazu, dass über die Vorschriften der Einziehung nicht die steuerlichen Verjährungsfristen ausgehebelt werden können. Dabei ist jedoch auch zu beachten, dass nach §§ 73, 73b und 73c i.V.m. § 76a Abs. 2 StGB auf Antrag der Staatsanwaltschaft bzw. der Bußgeld- und Strafsachenstelle des Finanzamtes gemäß § 435 Abs. 1 StPO die Möglichkeit besteht, die Einziehung des Tatertrags bzw. dessen Werts bei Täter oder Teilnehmer wie auch beim Drittbegünstigten selbstständig



innerhalb von 30 Jahren nach Beendigung der Tat vorzunehmen (§ 76b Abs. 1 StGB). Insofern wurde die Frage gestellt, ob im selbstständigen Einziehungsverfahren insofern die steuerlichen Verjährungsfristen ausgehebelt werden können (vgl. Beyer, NWB 2018, 1209; Madauß, NZWiSt 2018, 28, 33 f; Madauß, NZWiSt 2019, 49, 52). Da es im entschiedenen Fall des BGH um ein selbstständiges Einziehungsverfahren ging, ist auch insofern nunmehr Rechtsklarheit gegeben.

Dr. Matthias Gehm, Limburgerhof

### **Faktische Öffentlichkeit bei der Videoaufnahme einer polizeilichen Personenkontrolle**

**Die bei einer Unterredung im Rahmen einer polizeilichen Personenkontrolle gesprochenen Worte sind grundsätzlich nicht an die Allgemeinheit gerichtet, also nicht für einen über einen durch persönliche und sachliche Beziehungen abgegrenzten Personenkreis hinausgehenden Hörerkreis bestimmt. Allerdings kann das Vorhandensein einer sogenannten „faktischen“ Öffentlichkeit der Nichtöffentlichkeit des gesprochenen Wortes entgegenstehen. (Leitsätze des Gerichts)**

*LG Kassel, Beschl. v. 23.9.2019 – 2 Qs 111/19*

#### **I. Sachverhalt**

Die Beschwerdeführerin fertigte mit ihrem beschlagnahmten iPhone eine Videoaufnahme anlässlich einer polizeilichen Personenkontrolle ihres Freundes im Vorfeld einer Großdemonstration an. Das AG bestätigte die Beschlagnahme, gestützt auf einen Anfangsverdacht nach § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Das LG hat den Beschluss auf Beschwerde der Beschwerdeführerin aufgehoben und die Herausgabe des iPhones an sie angeordnet.

#### **II. Entscheidung**

Zwar gehe das AG zutreffend davon aus, dass die bei einer Unterredung im Rahmen einer polizeilichen Personenkontrolle gesprochenen Worte grundsätzlich nicht an die Allgemeinheit gerichtet sind, also nicht für einen über einen durch persönliche und sachliche Beziehungen abgegrenzten Personenkreis hinausgehenden Hörerkreis bestimmt sind, was der gängigen Definition des nicht öffentlich gesprochenen Wortes im Sinne des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB entspreche (Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 201 Rn 3). Grundsätzlich unterfielen polizeiliche Personenkontrollen also durchaus dem Schutzbereich des § 201 StGB. Allerdings könne das Vorhandensein einer sog. „faktischen Öffentlichkeit“ der Nichtöffentlichkeit des gesprochenen Wortes entgegenstehen; dies sei namentlich dann der Fall, wenn die Äußerung unter Umständen erfolgt, nach denen mit einer Kenntnisnahme durch Dritte gerechnet werden müsse (Fischer, Rn 4). Denn entscheidend sei die Abgeschlossenheit des Zuhörerkreises und die Kontrollmöglichkeit über die Reichweite der Äußerung (Fischer a.a.O.). Eine „faktische Öffentlichkeit“ werde zwar nicht schon deswegen angenommen werden können, weil es technisch gelungen ist, eine Tonaufzeichnung von dem Gespräch zu fertigen; eine so weitgehende Auslegung würde den Straftatbestand des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB im Ergebnis gegenstandslos machen. Abzustellen sei vielmehr auf solche Umstände, die für diejenigen Personen, deren Kommunikation betroffen ist, auch offen zu erkennen sind (LK/Schünemann, 12. Aufl., § 201 Rn 7, der das lautstark in einer voll besetzten Gaststätte gesprochene Wort als Beispiel nennt). Doch auch unter

**Beschlagnahme des Mobiltelefons wegen Videoaufnahme**

**Faktische Öffentlichkeit bei § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB**

Würdigung der ohne Weiteres erkennbaren äußeren Umstände des zur Zeit der Aufzeichnung gegebenen Szenarios deute hier vieles auf das Vorliegen einer solchen faktischen Öffentlichkeit in der Situation der fraglichen Personenkontrolle hin. Hierzu hat die Beschwerdeführerin vorgetragen, dass in unmittelbarer Reichweite mindestens zwei weitere von Maßnahmen betroffene Personen waren sowie ein halbes Dutzend weiterer „Nichtpolizeibeamter“, welche das gesprochene Wort hören konnten. Es existierten keine sonstigen Ermittlungsergebnisse, die dieser Darstellung entgegenstünden, die Darstellung sei mit der Situation einer Personenkontrolle am Eingang eines Hauptbahnhofs im Vorfeld einer Massendemonstration ohne Weiteres plausibel in Einklang zu bringen und sie werde, soweit man der von der Beschwerdeführerin vorgelegten Videoaufzeichnung einer dritten Person Erkenntnisse entnehmen kann, durch diese gestützt.

Unbeschadet dessen liege hier auch eine rechtfertigende Einwilligung des Freundes der Beschwerdeführerin als kontrollierter Person im Rahmen einer reinen Personenkontrolle vor. Anders wäre es zu beurteilen, wenn die Beamten den Kontrollierten mit Fragen zu Sachverhalten oder gar mit Beschuldigungen konfrontieren würden oder wenn ein Gespräch zwischen mehreren Beamten untereinander aufgezeichnet würde; solches lasse sich hier der Akte nicht entnehmen. So aber müsse die Kammer vom Standardfall einer Personenkontrolle ausgehen, sodass durch einen Tonmitschnitt im Wesentlichen die Rechte und Interessen des Kontrollierten verletzt würden. Da es sich in diesem Fall um den Freund der Beschuldigten handelt, spreche wiederum viel dafür, dass er eine solche Einwilligung erteilen würde.

Überdies wäre die Beschlagnahme inzwischen auch als unverhältnismäßig zu erachten. Ein Smartphone gehöre heute für eine große Mehrzahl von Menschen zu deren zentralen Besitzgegenständen, die im Alltagsleben von überaus großer Bedeutung sind. Überdies sei es ein zentraler Sammelpunkt einer Unmenge von nicht selten durchaus privaten Daten und Informationen über den Inhaber des Geräts und auch über sein gesamtes soziales Umfeld. Diese extrem hohe Bedeutung des Smartphones im täglichen Leben sei bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten. Bei der Straftat nach § 201 Abs. 1 StGB handele es sich um eine Tat aus dem eher unteren Kriminalitätsspektrum. Zudem sei das iPhone seit nunmehr fast genau zwei Monaten beschlagnahmt, ohne dass für die weitere Aufklärung der Verdachtstat irgendetwas geschehen wäre, hier die Auswertung der Videoaufnahme und die Ermittlung und Vernehmung von Tatzeugen. Vor diesem Hintergrund ließe sich eine Fortdauer der Beschlagnahme unter dem Gesichtspunkt der Beweissicherung auch dann nicht rechtfertigen, wenn man einen Anfangsverdacht nach § 201 Abs. 1 StGB bejahen wollte.

### III. Bedeutung für die Praxis

Soweit sich das LG hier äußert, ist das hinsichtlich der Annahme einer tatbestandsausschließenden faktischen Öffentlichkeit und der Einwilligung der kontrollierten Person überzeugend und zur Verhältnismäßigkeit zumindest nachvollziehbar. Interessant ist aber, was das LG hier nicht anspricht. Da es das von seinem zutreffenden Ausgangspunkt her an sich gar nicht mehr anzusprechende Fass „Einwilligung“ aufmacht, wäre hier auch die Einwilligung der beteiligten Polizeibeamten zu prüfen gewesen, deren Schutz ebenfalls von § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB umfasst wird. Das OLG Frankfurt (NJW 1977, 1547) hat eine Rechtfertigung der verdeckten Tonaufzeichnung der Vernehmung eines Beschuldigten durch diesen abgelehnt (ebenso das OLG Karlsruhe NJW 1979, 1542 bei der Tonaufnahme eines Telefongesprächs mit einem Beamten). Hier lag die Absicht der Beschwerdeführerin für die Aufzeichnung nach

**Einwilligung der kontrollierten Person**

**Verhältnismäßigkeit**

**Unvollständig**

ihren eigenen Angaben darin, „sie habe sich nicht anders zu helfen gewusst, da die Polizeibeamten sehr ruppig gewesen seien und sie auch nicht zu ihrem Freund gelassen hätten. Sie sei sodann ca. 45 Minuten lang festgehalten worden und man habe einem Anwalt, der zu ihr gewollt habe, den Weg versperrt und ihn zum Gehen aufgefordert“. Mithin ging es auch und gerade um eine Beweissicherung gegen die Beamten. Hätte hier also keine tatbestandsausschließende faktische Öffentlichkeit bestanden, wäre es auch auf die Einwilligung der beteiligten Beamten angekommen. Das Vorliegen solcher Einwilligungen darf in solchen Situationen jedenfalls für den hier relevanten Anfangsverdacht getrost verneint werden.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### *Ordnungswidrigkeitenrecht*

#### **BayObLG: standardisierte Messung ohne Rohdatenspeicherung**

**1. Die unterbliebene Überlassung von nicht zu den (Gerichts-) Akten gelangten Unterlagen sowie der (digitalen) Messdaten einschließlich der sog. Rohmessdaten oder der Messreihe stellt für sich genommen weder eine Verletzung des rechtlichen Gehörs noch einen Verstoß gegen das faire Verfahren dar. Vielmehr handelt es sich bei den entsprechenden Anträgen um Beweismittlungsanträge, deren Ablehnung nur unter Aufklärungsgesichtspunkten gerügt werden kann (u.a. Anschluss an OLG Bamberg NZV 2018, 425 = VRR 7/2018, 14 = StRR 7/2018, 23 [jew. Deutscher]; OLG Oldenburg zfs 2017, 469 = VRR 6/2017, 20 [Bäumer] und VRR 9/2018, 18 = StRR 1/2019, 26 [jew. Deutscher]; OLG Hamm VRR 8/2017, 18 [Deutscher]; OLG Zweibrücken NStZ-RR 2018, 156 = zfs 2018, 349; OLG Koblenz, Beschl. v. 17.7.2018 – 1 OWi 6 SsBs 19/18 bei juris; entgegen VerfGH Saarland NZV 2018, 275 = DAR 2018, 557 = VRR 6/2018, 15 = StRR 6/2018, 22 [jew. Deutscher]).**

**2. Von einem Verstoß gegen das faire Verfahren mit der Folge eines Verwertungsverbots ist nicht (allein) deshalb auszugehen, weil durch das zur Verfolgung der Verkehrsordnungswidrigkeit eingesetzte, alle Kriterien eines standardisierten Messverfahrens erfüllende Messgerät neben dem dokumentierten Messergebnis keine sog. Rohmessdaten für den konkreten Messvorgang aufgezeichnet, abgespeichert, vorgehalten oder sonst nach Abschluss der Messung zur nachträglichen Befundprüfung oder Plausibilitätskontrolle bereitgehalten oder diese Daten unterdrückt werden (u.a. Anschluss an OLG Oldenburg, Beschl. v. 9.9.2019 – 2 Ss [OWi] 233/19; OLG Köln, Beschl. v. 27.9.2019 – 1 RBs 339/19; KG, Beschl. v. 2.10.2019 – 162 Ss 122/19; OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.9.2019 – 1 Rb 28 Ss 300/19; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 6.11.2019 – 2 Rb 35 Ss 808/19 OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.11.2019 – 1 Ss OWi 381/19 (alle bei juris; entgegen VerfGH Saarland NJW 2019, 2456 = NZV 2019, 414 = DAR 2019, 500 = zfs 2019, 527 = VRR 8/2019 = 11/StRR 8/2019, 23 [jew. Deutscher])). (Leitsätze des Gerichts [Zitate redigiert, Hervorhebungen im Original])**

*BayObLG, Beschl. v. 9.12.2019 – 202 ObOWi 1955/19*

### I. Sachverhalt

Das AG hat den Betroffenen wegen fahrlässiger Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit zu einer Geldbuße verurteilt und gegen ihn ein Regelfahrverbot für die Dauer eines Monats angeordnet. Die Messung wurde mit einer geeichten stationären Geschwindigkeitsmessanlage vom Typ „TraffiStar S 330“ mit der zugehörigen Softwareversion durchgeführt. Die Rechtsbeschwerde stützt der Betroffene darauf, dass das AG seinem in der Hauptverhandlung und schon gegenüber der Verwaltungsbehörde und vor der Hauptverhandlung gegenüber dem AG gestellten Antrag auf Beiziehung und Überlassung der „unverschlüsselten Rohmessdaten der tatgegenständlichen Messung ... sowie der gesamten Messreihe ...“ zur Auswertung durch einen (privaten) Sachverständigen nicht nachgekommen ist. Zudem wendet er sich gegen die verwendete Messanlage, falls diese keine Messdaten speichern sollte. Die Rechtsbeschwerde bleibt erfolglos.

### II. Entscheidung

Zu Leitsatz 1 führt das BayObLG aus, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Grundsatzes des fairen Verfahrens liege angesichts der im Leitsatz zitierten Rechtsprechung entgegen der Entscheidung des VerfGH Saarland nicht vor. Es sei auch nicht entscheiden, ob die Verteidigung des Betroffenen die Einsicht in die Messunterlagen und deren Herausgabe schon bei der Verwaltungsbehörde verlangt und dann vor dem AG im Verfahren nach § 62 OWiG erfolglos einen Antrag auf Herausgabe gestellt hatte und ihr neuerlicher, in der Hauptverhandlung mit einem Antrag auf Aussetzung des Verfahrens verbundener Antrag auf Einsichtnahme durch den Tatrichter zurückgewiesen wurde (so OLG Karlsruhe DAR 2019, 582 = VRR 8/2019, 15 ([Deutscher])).

Die fehlende Speicherung der Rohmessdaten führe nicht zu einem Verwertungsverbot. Die hierzu aufgrund des Gewährleistungsbereichs des Grundrechts auf ein faires Verfahren der Verfassung des Saarlandes i.V.m. Art. 6 Abs. 3 EMRK hergeleitete, für den Senat nicht bindende gegenteilige Auffassung des VG Saarland sei unbeschadet der als „nicht hinterfragbar“ bezeichneten vordergründigen Anknüpfung an Wesen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Rechtsbegriffs des standardisierten Messverfahrens im Sinne der Rechtsprechung des BGH mit dieser nicht nur unvereinbar, sondern verkehrt sie in ihr Gegenteil (treffend Peuker, NZV 2019, 443). Schon die Prämisse des VerfGH Saarland, die „bundesrechtlichen und bundesgerichtlichen Grundsätze“ zum standardisierten Messverfahren seien durchweg – „soweit ersichtlich“ – für Fälle entwickelt worden, in denen Rohmessdaten für den konkreten Messvorgang zur Verfügung standen, sei unzutreffend. Die Rechtsprechung des BGH zum sog. „standardisierten Messverfahren“ gehe vielmehr davon aus, dass nicht der bei einer einzelnen Messung generierte geeichte Messwert (Einzelmesswert) als solcher nach den Vorgaben des Mess- und Eichrechts unabhängig überprüfbar sein muss, sondern dass es entscheidend auf die Überprüfung des Messgerätes selbst sowie der Bedingungen seines Einsatzes im konkreten Fall ankommt, zusammen mit verschiedenen weiteren Schutzvorschriften, u.a. in Form von Verkehrsfehlergrenzen und Eichfristen. Jedes den Anforderungen der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt (PTB) genügende Messgerät verfüge außerdem über eine Vielzahl von geräteinternen Kontrollmechanismen, die im Fehlerfall zur Abschaltung bzw. Unterdrückung des Messbetriebs führen. Die in der Falldatei des Gerätes auf freiwilliger Basis integrierten Zusatzdaten stünden dabei nicht im Widerspruch zu dieser Festlegung. Hält das Messgerät bei der Überprüfung nach § 39 MessEG unter Berücksichtigung der Verwendungssituation alle Anforderungen bezüglich Messrichtigkeit und Messbe-

**Fahrverbot ohne Regelfall der Beharrlichkeit**

**Zu Leitsatz 1: Herausgabe der Messdaten**

**Zu Leitsatz 2: keine Speicherung der Messdaten**

ständigkeit ein, dann habe das Messgerät auch bei der gegenständlichen Messung korrekt gearbeitet, da die Verwendungssituation in beiden Fällen gleich war. Durch diesen Rückschluss werde die Problematik aufgelöst, dass der gegenständliche Messvorgang als solcher nicht wiederholbar ist. Nach alledem sei und bleibe es gerechtfertigt, eine von der PTB erteilte Zulassung mit der einhelligen obergerichtlichen Rechtsprechung weiterhin als „antizipiertes Sachverständigengutachten“ zu begreifen (wird näher ausgeführt). Das Inkrafttreten des neuen Mess- und Eichgesetzes (BGBl I 2013, S. 2722, 2723) und der neuen Mess- und Eichverordnung (BGBl I 2014, S. 2010, 2011) zum 1.1.2015 habe an dieser Rechtslage nichts geändert, denn auch im Rahmen der Konformitätsprüfung werde überprüft, ob die Bauart des Messgerätes die Einhaltung der mess- und eichrechtlichen Vorgaben betreffend die Messrichtigkeit und Messbeständigkeit und insbesondere der Verkehrsfehlergrenzen garantiert. Insofern fuße die Rechtsprechung zum sog. standardisierten Messverfahren weiterhin auf dem differenzierten Zusammenspiel zwischen vorheriger Konformitätsprüfung und nachträglicher Befundkontrolle, welches gewährleiste, dass die Bedingungen der Anwendbarkeit und der Ablauf des Messverfahrens so festgelegt sind, dass unter gleichen Voraussetzungen gleiche Ergebnisse zu erwarten sind (Peuker, NZV 2019, 443, 445). Etwaigen Messungenauigkeiten werde durch Toleranzabzüge Rechnung getragen.

Bedenken begegne auch die der Argumentation des VerfGH des Saarlandes offenbar zugrunde liegende Annahme, den Betroffenen belastende technische Beweise könnten und müssten jederzeit und vollständig rekonstruierbar sein. Ein hiermit korrespondierender Anspruch auf Schaffung neuer, noch nicht existierender und deshalb auch für einen am Verfahren beteiligten potenziellen Antagonisten, etwa die Verfolgungsbehörde, nicht zugänglicher Beweismittel sei dem deutschen Verfahrensrecht fremd; er könne auch als vermeintliches „Recht auf Plausibilisierung“ insbesondere nicht aus dem Fair-trial-Grundsatz auch in seiner Ausprägung unter dem Aspekt der sog. Waffengleichheit oder dem damit verbundenen sog. Grundsatz der Wissensparität begründet werden. Die Bestimmung der verfahrensrechtlichen Befugnisse und Hilfen, die dem Betroffenen eines Bußgeldverfahrens ebenso wie dem Beschuldigten im Strafverfahren nach dem Grundsatz des fairen Verfahrens im Einzelnen einzuräumen sind, und die Festlegung, wie diese auszugestalten sind, seien in erster Linie dem Gesetzgeber und sodann – in den vom Gesetz gezogenen Grenzen – den Fachgerichten bei der ihnen obliegenden Rechtsauslegung und -anwendung aufgegeben. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liege erst dann vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte und unter Berücksichtigung der Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und damit auch des Auftrags zur „pflichtgemäßen Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten“ (vgl. § 47 Abs. 1 Satz 1 OWiG) ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde.

Bei Anlegung dieser Maßstäbe könne mit Blick auf die Bedeutung der umfassenden technischen Überprüfungen der Messgeräte durch die PTB im Rahmen des Zulassungs- bzw. Zertifizierungsverfahrens sowie der Möglichkeiten einer nachträglichen Befundprüfung nach den §§ 39 Abs. 1, 40 Abs. 1 MessEG von einer Verletzung des von einem verkehrsrechtlichen Bußgeldverfahren Betroffenen in seinem aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Recht auf ein faires Verfahren und einem hieraus abzuleitenden Verwertungsverbot allein deshalb, weil der bußgeldrechtlichen Verurteilung u.a. die Ergebnisse eines sog. standardisierten Messverfahrens zugrunde liegen, das neben dem dokumentierten Messergebnis keine sog. Rohmessdaten für

**Kein Recht auf Plausibilisierung**

**Schlussfolgerung: abweichende Bewertung ist unverständlich**

den konkreten Messvorgang gespeichert hat, nicht ausgegangen werden. Bei dieser Sachlage bleibe die Wertung, wonach der Rechtsuchende in einem verkehrsrechtlichen Bußgeldverfahren ... in nicht hinnehmbarer Weise „auf Gedeih und Verderb der amtlichen Bestätigung der Zuverlässigkeit eines elektronischen Systems und der es steuernden Algorithmen ausgeliefert“ sei, unverständlich.

### III. Bedeutung für die Praxis

Ein wahre „Meisterleistung“. Der Einzelrichter des im Jahr 2018 wiedergeborenen BayObLG hat es geschafft, nahtlos an die Grundhaltung des OLG Bamberg als Vorgänger anzuschließen und gleich in einem Beschluss die beiden grundlegenden Entscheidungen des VerfGH Saarland „abzuwatschen“. Anders kann man es nicht nennen, wenn dessen Argumentation als „vordergründig“ und dessen Ansicht als „unverständlich“ bezeichnet wird. Ich habe hier mehrfach (Nachweise in den Leitsätzen) dargelegt, aus welchen Gründen die Ansicht des OLG Bamberg und nun des BayObLG unzutreffend ist. Für den Betroffenen werden das Messverfahren und die Messdaten mit dieser Rechtsprechung zur nahezu unangreifbaren „Black Box“. Das standardisierte Messverfahren ist mit seinem Regel-Ausnahme-Verhältnis ein richtiges Instrument, um dem Massengeschäft „Verkehrsordnungswidrigkeiten“ Herr werden zu können. Nach meinem eventuell naiven rechtsstaatlichen Verständnis ist das aber nur tragbar, wenn der Betroffene die Möglichkeit hat, einen Ausnahmefall behaupten und mittels eines Sachverständigen auch beweisen zu können. Es ist daher nicht nachvollziehbar, wenn das BayObLG meint, es bestehe kein Anspruch darauf, dass belastende Beweise jederzeit und vollständig rekonstruierbar sein müssen. Erst recht unverständlich ist, dass das Gericht es im Rahmen der Herausgabe von Messdaten für unerheblich hält, dass der Betroffene vorgerichtlich bzw. über den Antrag nach § 62 OWiG vergeblich eine Herausgabe der Messdaten versucht hat (gegen die zutreffende Ansicht des OLG Karlsruhe DAR 2019, 582 = VRR 8/2019 15 ([Deutscher])). Es bleibt nur die Hoffnung, dass der BGH auf Vorlage nach § 121 Abs. 2 GVG oder noch besser das BVerfG diesem Trauerspiel ein Ende setzt.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

Ein Trauerspiel

## Impressum

---

### Herausgeber:

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

### Erscheinungsweise:

monatlich, nur als PDF, nicht im Print

### Bezugspreis (jährlich):

116 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.